

ACTA IURIDICA LEBUSANA VOL. 29



Ewaryst Kowalczyk

# Obowiązki równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne



Uniwersytet Zielonogórski

*Pamięci mojego Ojca*

ACTA IURIDICA LEBUSANA VOL. 29

Ewaryst Kowalczyk

# **Obowiązki równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne**

Zielona Góra 2023

## RADA WYDAWNICZA

Andrzej Pieczyński (*przewodniczący*), Andrzej Bisztyga, Bogumiła Burda,  
Eugene Feldshtein, Beata Gabryś, Magdalena Gibas-Dorna, Jacek Korentz,  
Tatiana Rongińska, Franciszek Runiec (*sekretarz*)



## RECENZENCI

Krzysztof Horubski  
Ewa Szewczyk

## REDAKCJA

Izabela Bednarz

## KOREKTA

Ewelina Furtak

## REDAKCJA TECHNICZNA

Elżbieta Kościańska

## PROJEKT OKŁADKI

Marta Surudo

Na okładce: Gustave Caillebotte, *Skiffs*, 1877,  
dzięki uprzejmości National Gallery of Art w Waszyngtonie

© Copyright by Uniwersytet Zielonogórski,  
Zielona Góra 2023

ISBN 978-83-7842-512-0

[https://doi.org/10.59444/2023MONaKow\\_SER\\_AIL](https://doi.org/10.59444/2023MONaKow_SER_AIL)

Oficyna Wydawnicza Uniwersytetu Zielonogórskiego  
65-246 Zielona Góra, ul. Podgórna 50, tel. (68) 328 78 64  
[www.ow.uz.zgora.pl](http://www.ow.uz.zgora.pl), e-mail: [sekretariat@ow.uz.zgora.pl](mailto:sekretariat@ow.uz.zgora.pl)

# Spis treści

|  |    |
|--|----|
| <b>Wykaz skrótów</b> .....   | 11 |
| <b>Wprowadzenie</b> .....  | 13 |
| 1. Uwagi wstępne .....   | 13 |
| 2. Równość i równe traktowanie .....   | 14 |
| 3. Obowiązki równego traktowania jako przedmiot badań .....  | 15 |
| 4. Zamówienia publiczne .....  | 19 |
| 5. Ubiegający się o zamówienia publiczne .....   | 22 |
| 6. Zobowiązani do równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne .....                          | 27 |
| 7. Podstawowe problemy badawcze .....  | 29 |
| 8. Źródła .....  | 31 |
| 9. Metodologia .....   | 35 |
| <b>Rozdział I</b>  |    |
| <b>Konstytucyjny wymiar obowiązków równego traktowania<br/>ubiegających się o zamówienia publiczne</b> ..... | 39 |
| 1. Wprowadzenie .....  | 39 |
| 2. Konstytucjonalizacja .....  | 40 |
| 3. Konstytucyjne zasady równości .....   | 44 |
| 3.1. Zasada równości wobec prawa oraz zasada równego traktowania .....                                       | 44 |
| 3.2. Zasada niedyskryminacji .....   | 48 |
| 3.3. Szczególne zasady równości .....  | 50 |
| 3.4. Związek zasad równości z zasadą sprawiedliwości społecznej .....  | 51 |
| 3.5. Związek zasad równości z zasadą proporcjonalności .....   | 55 |
| 3.6. Uprzywilejowanie wyrównawcze .....  | 57 |
| 4. Zastosowanie konstytucyjnych zasad równości w zamówieniach publicznych .....                              | 59 |
| 4.1. Podmiotowy zakres zastosowania konstytucyjnych zasad równości<br>w zamówieniach publicznych .....       | 59 |
| 4.1.1. Podmioty, wobec których wykonywane są obowiązki równego traktowania ....                              | 59 |
| 4.1.2. Podmioty zobowiązane do równego traktowania .....   | 65 |

|   |           |
|---|-----------|
| 4.2. Problematyka wertykalnego oraz horyzontalnego zastosowania konstytucyjnych zasad równości w zamówieniach publicznych .....   | 69        |
| 4.3. Problematyka skuteczności konstytucyjnych zasad równości w zamówieniach publicznych .....  | 73        |
| 4.4. Bezpośrednie stosowanie konstytucyjnych zasad równości w zamówieniach publicznych .....  | 80        |
| 5. Zasady równości jako wzorzec kontroli aktów normatywnych wyznaczających obowiązki równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne w postępowaniach inicjowanych skargą konstytucyjną ..... | 88        |
| 5.1. Kwestia zasad równości jako samodzielnej podstawy skargi konstytucyjnej .....  | 88        |
| 5.2. Związek konstytucyjnych zasad równości z wolnością działalności gospodarczej .....   | 90        |
| 6. Wnioski .....  | 93        |
| Rozdział II   |           |
| <b>Europejski wymiar obowiązków równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne .....</b>   | <b>97</b> |
| 1. Wprowadzenie .....   | 97        |
| 2. Europeizacja zamówień publicznych .....  | 98        |
| 3. Obowiązki, zastosowanie i skuteczność aktów prawa europejskiego .....  | 101       |
| 4. Ogólne zasady równości w prawie europejskim .....  | 107       |
| 4.1. Zasada niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową .....  | 107       |
| 4.2. Zasady swobód rynku wewnętrznego .....   | 115       |
| 4.3. Ogólna zasada równego traktowania .....  | 123       |
| 5. Szczególna zasada niedyskryminacji oraz równego traktowania wykonawców w prawie europejskim .....  | 131       |
| 5.1. Kształtowanie się szczególnej zasady niedyskryminacji oraz równego traktowania wykonawców w prawie europejskim .....   | 131       |
| 5.2. Zakres zastosowania szczególnej zasady równego traktowania i niedyskryminacji wykonawców .....   | 139       |
| 5.3. Znaczenie zasady równego traktowania i niedyskryminacji wykonawców .....   | 143       |
| 6. Ogólne zasady równości w zamówieniach publicznych a szczególna zasada równego traktowania i niedyskryminacji wykonawców .....  | 153       |
| 6.1. Znaczenie ogólnych zasad równości w zamówieniach publicznych objętych dyrektywami zamówieniowymi .....   | 154       |
| 6.2. Znaczenie ogólnych zasad równości w zamówieniach publicznych nieobjętych dyrektywami zamówieniowymi .....  | 156       |
| 6.2.1. Stanowisko Trybunału Sprawiedliwości .....   | 156       |
| 6.2.2. Stanowisko Komisji Europejskiej .....  | 160       |
| 6.2.3. Stanowisko doktryny .....  | 162       |
| 6.2.4. Stanowisko państw członkowskich .....  | 164       |
| 6.2.5. Aspekt transgraniczności .....   | 165       |
| 6.3. Zastosowanie zasad ogólnych do zamówień <i>in house</i> oraz zamówień publiczno-publicznych .....  | 169       |
| 7. Wnioski .....  | 170       |

## Rozdział III

|   |     |
|---|-----|
| <b>Ustawowy wymiar obowiązków równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne</b> .....   | 177 |
| 1. Zasady zamówień publicznych w polskim systemie zamówień publicznych .....  | 177 |
| 2. Zasada równego traktowania wykonawców .....  | 182 |
| 2.1. Kształtowanie się zasady równego traktowania wykonawców .....  | 182 |
| 2.2. Zakres zastosowania zasady równego traktowania wykonawców .....  | 188 |
| 3. Zasada równego dostępu do zamówień publicznych .....   | 196 |
| 3.1. Kształtowanie się zasady równego dostępu do zamówień publicznych .....   | 196 |
| 3.2. Zakres zastosowania zasady równego dostępu do zamówień publicznych .....   | 206 |
| 4. Zasada równego dostępu do realizacji zadań finansowanych ze środków publicznych ....   | 207 |
| 4.1. Kształtowanie się zasady równego dostępu do realizacji zadań finansowanych ze środków publicznych .....                                | 207 |
| 4.2. Zakres zastosowania zasady równego dostępu do realizacji zadań finansowanych ze środków publicznych .....                              | 211 |
| 5. Zastosowanie zasad wyznaczających obowiązki równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne do zamówień pozaustawowych ..... | 223 |
| 6. Bezpośrednia i pośrednia skuteczność zasad wyznaczających obowiązki równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne .....    | 230 |
| 7. Wnioski .....  | 233 |

## Rozdział IV

|  |     |
|--|-----|
| <b>Obowiązki równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne związane ze stanowaniem prawa zamówień publicznych</b> .....            | 237 |
| 1. Wprowadzenie .....  | 237 |
| 2. Stanowanie prawa zamówień publicznych .....   | 238 |
| 3. Obowiązki stanowania prawa zamówień publicznych w celu urzeczywistnienia równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne .....    | 242 |
| 3.1. Obowiązek stanowania norm określających uzasadnione kryteria różnicowania ....  | 242 |
| 3.1.1. Różnicowanie ubiegających się o zamówienie publiczne .....  | 242 |
| 3.1.2. Zasadność różnicowania .....  | 244 |
| 3.1.3. Związek różnicowania z charakterystyką ubiegających się o zamówienia publiczne .....  | 247 |
| 3.1.4. Relewantność kryteriów różnicowania ubiegających się o zamówienia publiczne z punktu widzenia celów udzielania zamówień publicznych ..... | 249 |
| 3.1.4.1. Cele udzielania zamówień publicznych .....  | 249 |
| 3.1.4.2. Kryteria różnicowania ubiegających się o zamówienia publiczne .....   | 257 |
| 3.1.4.3. Kryteria różnicowania a warunki zamówienia .....  | 259 |
| 3.2. Obowiązek stanowania norm stwarzających równość szans w ubieganiu się o zamówienia publiczne .....  | 263 |
| 3.3. Obowiązek niestanowania prawa skutkującego dyskryminacją ubiegających się o zamówienia publiczne .....                                      | 269 |
| 3.4. Obowiązek stanowania prawa w celu uprzywilejowywania wyrównawczego ubiegających się o zamówienie publiczne .....                            | 276 |



|   |     |
|---|-----|
| 4. Obowiązki równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne w stanowieniu prawa a urzeczywistnianie sprawiedliwości w zamówieniach publicznych ..... | 280 |
| 4.1. Związek obowiązków równego traktowania ze sprawiedliwością .....   | 280 |
| 4.2. Obowiązek stanowienia procedur udzielania zamówień publicznych .....   | 285 |
| 4.3. Obowiązek stanowienia norm urzeczywistniających bezstronność w procesie udzielania zamówień .....  | 292 |
| 4.4. Obowiązek stanowienia norm urzeczywistniających przejrzystości procesu udzielania zamówień .....   | 293 |
| 4.5. Obowiązek stanowienia norm zapewniających uczciwość konkurencji w procesie udzielania zamówienia publicznego .....   | 294 |
| 4.6. Obowiązek stanowienia norm zapewniających proporcjonalność rygorów procesu udzielenia zamówienia .....   | 296 |
| 4.7. Obowiązek stanowienia norm zapewniających ubiegającym się o zamówienia publiczne równy dostęp do środków ochrony prawnej .....                               | 297 |
| 5. Wnioski .....  | 298 |

## Rozdział V

**Obowiązki równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne**

|  |            |
|--|------------|
| <b>w przestrzeganiu prawa zamówień publicznych .....</b>   | <b>307</b> |
| 1. Przestrzeganie prawa zamówień publicznych .....   | 307        |
| 2. Kierunkowe obowiązki równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne w prawie zamówień publicznych .....  | 309        |
| 3. Obowiązek interpretacji prawa zamówień publicznych w sposób urzeczywistniający równe traktowanie ubiegających się o zamówienia publiczne .....                    | 312        |
| 4. Obowiązki równego traktowania przy ustalaniu i stosowaniu warunków zamówienia ....  | 315        |
| 4.1. Ustalanie i stosowanie warunków zamówienia .....  | 315        |
| 4.2. Obowiązki dotyczące ustalania równych warunków zamówienia .....   | 322        |
| 4.3. Obowiązki dotyczące równego stosowania warunków zamówienia .....  | 333        |
| 4.4. Obowiązki równego traktowania dotyczące ustalania stanów faktycznych, do których znajdują zastosowanie warunki zamówienia .....                                 | 339        |
| 4.5. Obowiązek urzeczywistniania równych szans w ubieganiu się o zamówienia publiczne .....  | 343        |
| 5. Obowiązki równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne w przestrzeganiu prawa a urzeczywistnianie sprawiedliwości w zamówieniach publicznych ..... | 348        |
| 5.1. Obowiązek stosowania procedur udzielania zamówień publicznych .....   | 349        |
| 5.2. Obowiązek urzeczywistniania bezstronności w procedurze udzielania zamówienia publicznego .....  | 351        |
| 5.3. Obowiązek urzeczywistniania przejrzystości w procedurze udzielania zamówienia publicznego .....   | 352        |
| 5.4. Obowiązek urzeczywistniania uczciwej konkurencji w procedurze udzielania zamówienia publicznego .....   | 355        |
| 5.5. Obowiązek podejmowania działań w procedurze udzielenia zamówienia w sposób proporcjonalny .....   | 359        |
| 6. Wnioski .....   | 359        |

## Rozdział VI

**Obowiązki równego traktowania a położenie prawne**

|  |     |
|--|-----|
| <b>ubiegających się o zamówienia publiczne</b> .....   | 363 |
| 1. Obowiązki równego traktowania w stanowieniu prawa a położenie prawne<br>ubiegających się o zamówienia publiczne .....   | 363 |
| 1.1. Korzystna sytuacja faktyczna .....  | 363 |
| 1.2. Publiczne podmiotowe prawo do równego traktowania .....   | 364 |
| 1.3. Wolność od dyskryminacji .....  | 367 |
| 1.4. Prawnie uznana zdolność do ubiegania się o zamówienia publiczne .....   | 368 |
| 1.5. Uprawnienia służące ochronie publicznego prawa do równego traktowania .....   | 371 |
| 2. Obowiązki równego traktowania w przestrzeganiu prawa a położenie prawne<br>ubiegających się o zamówienia publiczne .....  | 374 |
| 2.1. Korzystna sytuacja faktyczna .....  | 374 |
| 2.2. Prawo do równego traktowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia<br>publicznego .....  | 375 |
| 2.3. Wolność od dyskryminacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia<br>publicznego .....  | 379 |
| 2.4. Uprawnienia służące ochronie i realizacji prawa do równego traktowania<br>w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego .....  | 379 |
| 3. Wykonywanie obowiązków równego traktowania ubiegających się o zamówienia<br>publiczne a przestrzeganie praw podstawowych .....  | 381 |
| 3.1. Ustalenia terminologiczne .....   | 381 |
| 3.2. Obowiązki przestrzegania praw podstawowych .....  | 384 |
| 3.3. Wpływ praw podstawowych na prawo i położenie podmiotów prawa .....  | 387 |
| 3.3.1. Wpływ praw podstawowych na prawo jako przejaw konstytucjonalizacji .....  | 387 |
| 3.3.2. Podporządkowanie i komplementarność jako modele wpływu praw<br>podstawowych na prawo .....  | 393 |
| 3.3.3. Wertykalne i horyzontalne oddziaływanie praw podstawowych .....   | 394 |
| 3.3.4. Bezpośrednie i pośrednie oddziaływanie praw podstawowych .....  | 398 |
| 3.4. Konstytucyjne i europejskie źródła obowiązków równego traktowania<br>ubiegających się o zamówienia publiczne jako normatywny wyraz praw<br>podstawowych .....             | 401 |
| 3.4.1. Konstytucyjna zasada równości jako wyraz konstytucyjnego prawa<br>do równego traktowania .....  | 401 |
| 3.4.2. Europejskie zasady równości jako wyraz podstawowego prawa do równego<br>traktowania .....   | 403 |
| 3.4.2.1. Wzrost znaczenia praw podstawowych w europejskim porządku<br>prawnym .....  | 403 |
| 3.4.2.2. Ogólna zasada równości oraz zasada niedyskryminacji<br>ze względu na przynależność państwową jako normatywny wyraz<br>podstawowego prawa do równego traktowania ..... | 407 |
| 3.4.2.3. Zasady swobód rynku wewnętrznego a prawo podstawowe<br>do równego traktowania .....   | 409 |

|   |     |
|---|-----|
| 3.5. Europejskie akty prawne dotyczące praw podstawowych a obowiązki równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne .....                          | 413 |
| 3.5.1. Karta Praw Podstawowych a obowiązki równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne .....  | 413 |
| 3.5.2. Europejska Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności a obowiązki równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne .....     | 418 |
| 3.6. Obowiązki równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne a przestrzeganie praw podstawowych w stosunkach zewnętrznych Unii Europejskiej ..... | 424 |
| 4. Wnioski .....  | 432 |
| Rozdział VII  |     |
| <b>Wnioski końcowe</b> .....  | 437 |
| <b>Bibliografia</b> .....   | 447 |

## Wykaz skrótów

|               |   |
|---------------|---|
| DyscFinPublU  | – Ustawa z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych  |
| Dz.U.         | – Dziennik Ustaw  |
| Dz. Urz. UE   | – Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej   |
| EKPC          | – Europejska konwencja praw człowieka, właśc. Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r. |
| FinPublU      | – Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych   |
| GKO           | – Główna Komisja Orzekająca w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych   |
| KIO           | – Krajowa Izba Odwoławcza   |
| KoncesBudU    | – Ustawa z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi  |
| KPP           | – Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej z dnia 26 października 2012 r.  |
| KRP           | – Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.   |
| MOP           | – Międzynarodowa Organizacja Pracy  |
| NSA           | – Naczelny Sąd Administracyjny  |
| ONZ           | – Organizacja Narodów Zjednoczonych   |
| OTK           | – Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego  |
| PartPublPrywU | – Ustawa z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym   |
| Pzp 2004      | – Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych  |
| Pzp 2019      | – Ustawa z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych  |
| RG            | – Rzecznik generalny Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej  |
| RIO           | – Regionalna Izba Obrachunkowa  |
| SA            | – Sąd Apelacyjny  |
| SN            | – Sąd Najwyższy   |
| SO            | – Sąd Okręgowy  |
| TFUE          | – Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej  |
| TK            | – Trybunał Konstytucyjny  |
| Trybunał      | – Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, w tym odpowiednio Trybunał Sprawiedliwości lub Sąd  |
| TUE           | – Traktat o Unii Europejskiej z 7 lutego 1992 r.  |
| WSA           | – Wojewódzki Sąd Administracyjny  |
| ZA            | – Zespół Arbitrów przy Urzędzie Zamówień Publicznych  |



# Wprowadzenie

## 1. Uwagi wstępne

Podstawową przyczyną wszelkich dociekań badawczych jest chęć rozwiązania problemów, które są istotne. Doniosłość podejmowanych zagadnień wynika z kolei z tego, że oto stają się dopiero dostrzegalne, a potrzeba ich wyjaśnienia paląca, albo z tego, że są trwale obecne, lecz dotąd niedostatecznie rozstrzygnięte.

Równość, będąc centralną kwestią podejmowanych tu rozważań, jest wartością zakorzenioną we współczesnym myśleniu o prawie, a konieczność równego traktowania innych jawi się jako bezdyskusyjna. Nie inaczej jest w obszarze zamówień publicznych, gdzie istnienie obowiązków równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne nie jest kwestionowane. Nawet powierzchowna obserwacja regulacji prawnych pozwala dostrzec, że prawodawca zakwalifikował stany rzeczy dotyczące równości w zamówieniach publicznych jako istotne. Także ogólna treść obowiązków równego traktowania wydaje się powszechnie zrozumiała. Chodzi bowiem o to, by do ubiegających się o zamówienia publiczne odnosić się bez faworyzowania jednych lub dyskryminowania innych.

Jednakże, po dokładniejszym oglądzie, w obszarze spraw pozornie oczywistych ujawnia się cała gama zagadnień domagających się rozstrzygnięcia. Nie można bowiem przejść obojętnie wobec pytania: na czym w istocie polegają obowiązki równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne? Czy wynikają tylko z nieskrepowanej woli prawodawcy, czy może on sam związany jest powinnością takiego stanowienia prawa, by zapewniało równe traktowanie ubiegających się o zamówienia publiczne – a jeśli tak, to w jakim zakresie? Czy obowiązki równego traktowania ubiegających się o zamówienia są immanentnym elementem norm prawa zamówień publicznych, zapisanym niejako w jego aksjologicznym „kodzie genetycznym”, czy

jednak mogłoby istnieć prawo zamówień publicznych niewyznaczające obowiązków równego traktowania? Czy równe traktowanie ubiegających się o zamówienia publiczne to jeden z przejawów ogólnego obowiązku równego traktowania, czy może stanowi odrębny, specyficzny dla zamówień typ obowiązku? Wreszcie: czym może różnić się równe traktowanie w zamówieniach publicznych wyrażające się w stanowieniu norm prawnych od równego traktowania przy stosowaniu i przestrzeganiu tych norm?

## 2. Równość i równe traktowanie

Słowo „równość” (i podobne) znajduje częste zastosowanie zarówno w języku powszechnym, jak i prawniczym. Współczesne słowniki podają różne definicje i opisy tego pojęcia. Wśród synonimów lub wyrazów bliskoznacznych „równości” wskazuje się m.in.: „równouprawnienie”, „egalitaryzm”, „jednakowość”, „identyczność”, „bliźniaczość”, „tożsamość”, „równorzędność”, „równowartość”, „jednolitość”, „jednorodność”, „równokształtność”, „homogeniczność”, „równopostaciowość”<sup>1</sup>. Natomiast wśród przykładów antonimów są: „nierówność”, „uprzywilejowanie”, „dyskryminacja”<sup>2</sup>. W języku powszechnym, w kontekście społecznym, pojęcie równości odnoszone jest często do praw (np. „równouprawnienie”, „równość wobec prawa”, „równość w prawie”, „równość praw”), obowiązków (np. „równe obowiązki”), szans (np. „równe szanse”, „równe możliwości”, „równy start”) czy dóbr („np. „równy podział dóbr”, „równe płace”)<sup>3</sup>.

Podstawowe intuicje podpowiadają, że termin „równość” służyć może opisowi stanu faktycznego związanego – w najbardziej ogólnym ujęciu – z określonymi relacjami, w ramach których stwierdza się zgodność porównywanych obiektów ze względu na jakąś jedną cechę lub więcej cech<sup>4</sup>. Równość w takim ujęciu oznacza więc relację jakościową opartą na wspólnej cesze<sup>5</sup>. Zgodność wszystkich cech porównanych podmiotów należałoby określić jako tożsamość czy identyczność. Natomiast zgodność w zakresie jednej lub niektórych spośród posiadanych cech świadczyć będzie po prostu o podobieństwie podmiotów<sup>6</sup>.

Pojęcie równości ma jednocześnie silne asocjacje aksjologiczne i dlatego odnoszone jest do określonego ideału czy pożądanego stanu. Jerzy Bartmiński i Grzegorz Żuk stwierdzają, że najczęściej stosowanym w języku polskim pojęciem szerszym,

<sup>1</sup> J. Bartmiński, G. Żuk, *Pojęcie równości i jego profilowanie we współczesnym języku polskim*, „Etnolingwistyka. Problemy Języka i Kultury”, t. 21, Lublin 2009, s. 55.

<sup>2</sup> *Ibidem*, s. 58.

<sup>3</sup> *Ibidem*, s. 60.

<sup>4</sup> T. Żuradzki, *Równość*, Interdyscyplinarne Centrum Etyki Uniwersytetu Jagiellońskiego (INCEP), Artykuł przeglądowy, [www.ruj.uj.edu.pl](http://www.ruj.uj.edu.pl) [dostęp: 25.08.2021].

<sup>5</sup> <https://plato.stanford.edu/archives/win2009/entries/equality> [dostęp: 27.08.2021].

<sup>6</sup> *Ibidem*.

lecz bezpośrednio nadrzędnym wobec pojęcia równości (w znaczeniu społecznym) jest pojęcie zasady, co świadczy o głównie postulatycznym czy powinnościowym traktowaniu terminu „równość” w języku powszechnym<sup>7</sup>. Perspektywę tę wzmacnia normatywne ujęcie równości jako treści obowiązku. W elementarnej warstwie powinność ta obejmuje jednocześnie aspekty uniwersalistyczne (traktować równo wszystkich, którym takie traktowanie się należy) oraz odnosi się do właściwego osądu, oceny czy rozstrzygnięcia (traktować równo, czyli tak samo, bezstronnie)<sup>8</sup>.

W ramach podejmowanej w niniejszej pracy problematyki zamówień publicznych owe podstawowe supozycje zachowują aktualność, doznają jednak równocześnie pewnych oczywistych uszczegółowień. Po pierwsze, przedmiotem analizy jest równe traktowanie ubiegających się o zamówienia publiczne – co stanowi zawężenie uniwersalistycznego aspektu podmiotowego. Po drugie, równe traktowanie dotyczy tutaj zamówień publicznych, co zaś każe odwoływać się do specyfiki tej dziedziny życia społecznego i wiązać właściwą ocenę, rozstrzygnięcie czy osąd o równym traktowaniu z okolicznościami, w których określone podmioty ubiegają się o zamówienia publiczne.

### 3. Obowiązki równego traktowania jako przedmiot badań

Obowiązki równego traktowania będące przedmiotem niniejszych rozważań odnoszą się do elementów oczekiwanego prawnie postępowania określonych podmiotów<sup>9</sup>. W związku z tym warto przypomnieć, że prawnicze pojęcie obowiązku staje się dostrzegalne dopiero poprzez odniesienie do norm postępowania – obowiązek jest wszak kwalifikacją deontologiczną danego zachowania jako nakazanego, dokonywaną zawsze ze względu na określoną normę prawną<sup>10</sup>. Istotą obowiązku jest natomiast ograniczenie swobody postępowania, poprzez istnienie nakazu lub zakazu określonego działania<sup>11</sup>. Przy czym, w przypadku obowiązku prawnego, owo ograniczenie ma swoje źródło właśnie w normie prawnej. Doskonale ujął tę kwestię Zdzisław Ziemia, stwierdzając, że „obowiązkowe jest to, od czego powstrzymywanie się prowadzi do nieposłuszeństwa jakiemuś nakazowi”<sup>12</sup>. Należy w związku z tym konsekwentnie

<sup>7</sup> J. Bartmiński, G. Żuk, *op. cit.*, s. 55.

<sup>8</sup> T. Żuradzki, *op. cit.*, s. 2.

<sup>9</sup> Z. Ziemiński, *O pojmowaniu sprawiedliwości*, Lublin 1992, s. 187; A. Redelbach, S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys teorii państwa i prawa*, Poznań 1992, s. 149; A. Łopatka, *Prawoznawstwo*, Warszawa 2002, s. 202.

<sup>10</sup> S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys teorii prawa*, Poznań 1997, s. 101; R. Alexy, *Teoria praw podstawowych*, przeł. B. Kwiatkowska, J. Zajadło, Warszawa 2010, s. 117; B. Banaszak, *Prawo konstytucyjne*, Warszawa 2017, s. 416; T. Chauvin, T. Stawecki, P. Winczorek, *Wstęp do prawoznawstwa*, Warszawa 2019, s. 101.

<sup>11</sup> R. Wieruszewski, *Podstawowe obowiązki obywateli PRL*, Warszawa 1984, s. 67.

<sup>12</sup> Z. Ziemia, *Analityczna teoria obowiązku. Studium z logiki deontycznej*, Warszawa 1983, s. 62. W literaturze stwierdza się także, że wyróżnianie wszystkich możliwych znaczeń obowiązków w języku prawniczym jest niemożliwe i niecelowe. W. Lang, J. Wróblewski, S. Zawadzki, *Teoria*



odróżniać obowiązki, które służą opisowi sytuacji prawnej wyznaczonej przez normy prawa, od obowiązków, które są np. treścią oczekiwań adresowanych do konkretnych podmiotów albo naturą przekonań o własnych czy cudzych powinnościach, żywionych przez osoby mające poczucie jakiegoś obowiązku.

Dla opisu obowiązków jako sytuacji prawnej, w tym obowiązków równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne, nie jest jednak konieczne ustalenie, czy treść norm je wyznaczających spotyka się z posłuchem ich adresatów i czy takie prawa rzeczywiście kształtują stosunki społeczne. Normatywny obowiązek jest sytuacją tetyczną, czyli wynikającą wyłącznie ze stwierdzenia obowiązywania norm wyznaczających nakaz lub zakaz jakiegoś zachowania<sup>13</sup>. Oznacza to w konsekwencji, że pojęcie obowiązku charakteryzować należy poprzez wiązanie kilku aspektów tj. adresatów tych norm, określonych typów zachowań podmiotów (będących adresatami norm) oraz kwalifikacji tych zachowań ze względu na rozpatrywane normy<sup>14</sup>.

Obowiązek jako sytuację prawną można rozpatrywać też wycinkowo, np. przez pryzmat samego zakresu zastosowania normy. W takim przypadku punktem odniesienia są okoliczności, w których dana norma znajduje zastosowanie. Są to sytuacje, w których ujęte w treści normy prawnej obowiązki stają się powinnością konkretnego podmiotu lub grupy podmiotów<sup>15</sup>. Na tym tle mówić należy w pierwszym rzędzie o tzw. obowiązkach potencjalnych, które opisuje się bez konieczności ustalenia, czy realnie zaistniały owe okoliczności, w których należy je wykonać. W drugim rzędzie mówić można o tzw. obowiązkach aktualnych, które występują wówczas, gdy zaszły okoliczności objęte zakresem zastosowania określonej normy postępowania. Obowiązki wskazane w treści normy generalnej i abstrakcyjnej są zatem jedynie obowiązkami potencjalnymi. Co więcej, niektóre z nich mogą nigdy nie doczekać się aktualizacji. Jednak potencjalność obowiązku stwarza jednocześnie stan powinności, który Zygmunt Ziemiński opisywał jako „obowiązek gotowości do podjęcia działania”<sup>16</sup>. W tym sensie sam obowiązek dyspozycyjności jest jednak obowiązkiem aktualnym.

Związek między treścią normy prawnej a wyznaczonym przez nią obowiązkiem pozwala również dostrzec obowiązki wyznaczone bezpośrednio i pośrednio. Obowiązkiem wyznaczonym bezpośrednio (obowiązkiem bezpośrednim) będzie

---

*państwa i prawa*, Warszawa 1980, s. 324 i nast.; A. Monarcha-Matlak, *Problematyka obowiązków prawnych administracji publicznej na gruncie prawa administracyjnego*, [w:] *Księga Jubileuszowa z okazji 15-lecia Wydziału Prawa i Administracji US*, red. Z. Ofiarski, Szczecin 2004, s. 541.

<sup>13</sup> S. Wronkowska, *Podstawowe pojęcie prawa i prawoznawstwa*, Poznań 2005, s. 174; A. Redelbach, *Wstęp do prawoznawstwa*, Poznań 1994, s. 96; T. Chauvin, T. Stawecki, P. Winczorek, *op. cit.*, s. 48.

<sup>14</sup> S. Wronkowska, *Z. Ziemiński, op. cit.*, s. 100 i 108.

<sup>15</sup> *Ibidem*, s. 32.

<sup>16</sup> Z. Ziemiński, *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, Warszawa 1980, s. 330.

zachowanie, które wynika wprost z treści normy prawnej, natomiast obowiązkiem wyznaczonym pośrednio będzie każde inne zachowanie pozostające w koniecznej relacji z obowiązkiem bezpośrednim. Związek pomiędzy obowiązkami wyznaczonymi bezpośrednio a obowiązkami wyznaczonymi pośrednio może polegać chociażby na tym, że norma nakazująca określone zachowanie jednocześnie pośrednio zakazuje niepodjęcia takiego zachowania. I odwrotnie, norma zakazująca określonego zachowania pośrednio nakazuje jego niepodjęcie. Dodatkowo, związek między wyznaczonymi obowiązkami może mieć charakter instrumentalny<sup>17</sup>. Sytuacja taka występuje wówczas, gdy norma wyznaczająca bezpośrednio obowiązek określonego zachowania jednocześnie kwalifikuje pośrednio jako zakazane te wszystkie zachowania, których nie da się pogodzić z koniecznością zrealizowania obowiązku bezpośredniego<sup>18</sup>. Albo w innym przypadku, gdzie z zakazu wynika pośrednio nakaz czynienia tego wszystkiego, co jest niezbędne dla uniknięcia urzeczywistnienia stanu rzeczy, którego zakaz dotyczy<sup>19</sup>. Powyższe wskazuje, że obowiązek prawny nie musi polegać wyłącznie na prostych nakazach lub zakazach. W przypadku gdy norma wskazuje, jaki stan rzeczy ma być przez adresata normy zrealizowany, obowiązek może składać się ze złożonego zespołu działań i zaniechań<sup>20</sup>.

W ocenie autora niniejszej pracy, ujęcie problematyki równego traktowania z punktu widzenia obowiązków wnosi dodatkowe korzyści w porównaniu z analizą równego traktowania jako prawa przysługującego określonym podmiotom. Badanie obowiązków równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne pozwala przede wszystkim dostrzegać i analizować skutki działania normy prawnej zarówno bez konieczności uwzględnienia położenia innych podmiotów, jak i z możliwością uwzględniania takiego położenia, w tym istnienia stosunków prawnych<sup>21</sup>. W drugim przypadku obowiązek równego traktowania może być opisywany dodatkowo poprzez charakteryzowanie uprawnień podmiotów, które mają być traktowane równo. Związek ten pozwala z kolei na odniesienie się do węzła prawnego (łac. *vinculum iuris*), który może łączyć zobowiązanego i uprawnionego na tle równego traktowania. Należy jednak założyć, że obowiązkom traktujących nie muszą odpowiadać skorelowane z nimi uprawnienia traktowanych – nawet jeśli samo istnienie

<sup>17</sup> *Idem*, *Analiza pojęcia czynu*, Warszawa 1972, s. 160.

<sup>18</sup> *Ibidem*, s. 161.

<sup>19</sup> *Ibidem*.

<sup>20</sup> R. Wieruszewski, *op. cit.*, s. 67; Z. Ziemiński, *Logiczne podstawy prawoznawstwa*, Warszawa 1966, s. 99.

<sup>21</sup> W teorii prawa zaproponowano, by kwalifikacje zachowań adresata normy niezawierające odniesień do innej osoby, dla której dany czyn ma być dokonany, nazywać podstawowymi modalnościami prawnymi. Natomiast kwalifikacje zawierające takie odniesienia nazywać pochodnymi modalnościami prawnymi. S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *op. cit.*, s. 100; Z. Ziemiński, *Analiza pojęcia...*, s. 158-160; Z. Ziemiński, *O metodzie analizowania stosunku prawnego*, „Państwo i Prawo” 1967, nr 2, s. 207.

obowiązków równego traktowania kreuje korzystne położenie ubiegających się o zamówienia publiczne.

Na obowiązki, w tym obowiązki równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne, można również spoglądać w świetle ich przynależności do określonej gałęzi prawa. W takim przypadku można byłoby mówić o obowiązkach równego traktowania jako obowiązkach publicznoprawnych albo prywatnoprawnych (względnie administracyjnych lub cywilnych). Podział taki korespondowałby chociażby z istniejącymi na gruncie szczegółowych nauk prawnych ujęciami sytuacji prawnej albo stosunku prawnego jako administracyjnego czy cywilnego, albo publicznoprawnego czy prywatnoprawnego, wynikającymi z tradycyjnego podziału na prawo publiczne i prawo prywatne<sup>22</sup>. Szczegółowe omówienie proponowanych kryteriów takich podziałów stosunków czy sytuacji prawnych wykracza poza ramy niniejszej pracy. W tym miejscu należy jedynie odnotować, zgłaszane najczęściej w literaturze, najistotniejsze aspekty takich klasyfikacji. Należą do nich w szczególności: charakterystyczna metoda regulacji przyjęta dla wyznaczenia określonego położenia prawnego; charakter podmiotów pozostających w danej sytuacji prawnej; specyficzny sposób powstawania stosunku prawnego, a dalej równorzędny albo nierównorzędny rodzaj układu stosunków pomiędzy stronami; zakres swobody stron w kształtowaniu stosunków prawnych; przedmiot regulacji jako należący do spraw ze sfery działania administracji albo spraw cywilnych, a także sposób rozstrzygania sporów, w tym kognicje organów orzekających<sup>23</sup>.

W nawiązaniu do tych elementów można by podjąć próbę rozstrzygnięcia przynależności obowiązków równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne. Należy jednak dostrzec, że ewentualna różnica między wymienionymi typami obowiązków byłaby formalna, a nie treściowa. W systemie zamówień publicznych, podobnie jak występuje to w niejednym przypadku we współczesnym prawodawstwie, trudno mówić w jakimś określonym sensie o obowiązkach, które ze względu na swą treść są „z natury” administracyjnoprawne czy „z natury” cywilnoprawne. Konstatacja ta dotyczy w szczególności obowiązków równego traktowania w obszarze zamówień

---

<sup>22</sup> Z. Banaszczyk, *Stosunek cywilnoprawny*, [w:] *System prawa prywatnego*, t. 1: *Prawo cywilne – część ogólna*, red. M. Safjan, Warszawa 2007, s. 836; J. Boć, *Stosunki administracyjnoprawne i sytuacje administracyjnoprawne*, [w:] *Prawo administracyjne*, red. J. Boć, Wrocław 2010, s. 365-367; E. Ura, *Prawo administracyjne*, Warszawa 2010, s. 74; P. Machnikowski, *op. cit.*, s. 109; A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 2001, s. 16 i nast.; A. Stelmachowski, *Zarys teorii prawa cywilnego*, Warszawa 1998, s. 35 i nast.; Z. Ziemiński, *O metodzie...*, s. 203; E. Iserzon, *Uwagi o kryterium stosunku administracyjnoprawnego (próba rewizji)*, „Państwo i Prawo” 1965, nr 11, s. 669.

<sup>23</sup> R. Hauser, *Stosunek administracyjnoprawny*, [w:] *System prawa administracyjnego*, t. 1: *Instytucje prawa administracyjnego*, red. R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2010, s. 198-200; T. Sokołowski, *Cywilnoprawna metoda regulacji a zagadnienia metodologiczne prawa cywilnego*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2007, nr 3, s. 411-422; J. Zimmermann, *Prawo administracyjne*, Warszawa 2020, s. 258.

publicznych<sup>24</sup>. Należy spodziewać się, że określenie takich lub innych obowiązków równego traktowania jako publicznoprawnych czy cywilnoprawnych byłoby konsekwencją przyjętej konwencji dotyczącej koniecznych kryteriów klasyfikacji, a nie efektem poznania i opisu treści takich obowiązków<sup>25</sup>. Oddalając więc niebezpieczeństwo błędnego koła w rozumowaniu (łac. *circulus in demonstrando*), polegającego w tym przypadku na tym, że o ewentualnej przynależności jakiegoś obowiązku do określonej gałęzi prawa przesądzałby charakter normy prawnej go wyznaczającej, a z kolei o przynależności normy rozstrzygałby charakter wyznaczonego przez nią obowiązku, w opracowaniu zaproponowano analizę określonych obowiązków równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne przez pryzmat ich wymiaru, a nie przynależności. Z tego powodu zasadniczą część rozważań poświęcono na analizę konstytucyjnego, europejskiego oraz ustawowego wymiaru obowiązków równego traktowania.

#### 4. Zamówienia publiczne

W przypadku obowiązków w zakresie zamówień publicznych określenie merytorycznego pola badawczego oraz zastosowanie odpowiednich kryteriów doboru źródeł prawnych związane jest przede wszystkim z terminem „zamówienie publiczne”. Przy czym należy zwrócić uwagę na funkcjonowanie przynajmniej kilku znaczeń tego terminu w literaturze oraz w praktyce. Pierwsze, węższe i najczęściej występujące rozumienie zamówień publicznych odnosi się do pewnego rodzaju umowy określanej jako „umowa o zamówienie publiczne”, względnie „umowa w sprawie zamówienia publicznego”. Zawarcie takiej umowy jest tożsame z udzieleniem zamówienia publicznego. Drugie, szersze rozumienie zamówień publicznych związane jest z systemowym ujęciem zamówień publicznych i obejmuje kilka rodzajów umów, w tym umowę o zamówienia publiczne, umowę partnerstwa publiczno-prywatnego oraz umowę koncesji na roboty budowlane lub usługi<sup>26</sup>. Można wreszcie wskazać kolejne, najrzadziej występujące znaczenie terminu „zamówienie publiczne”, które stosowane jest bez koniecznego odniesienia do którejkolwiek z wymienionych wyżej rodzajów umów albo nawet z pośrednim odniesieniem do jeszcze innego rodzaju umów. Mowa o takich umowach, jak np. umowa o powierzenie lub wsparcie realizacji zadania publicznego zawierana na podstawie przepisów ustawy o działalności

<sup>24</sup> R. Szczepaniak, *Podział na prawo publiczne i prywatne. Uwagi na kanwie monografii Igora Zachariasza*, „Forum Prawnicze” 2016, nr 6, s. 92; I. Zachariasz, *Prawo w ujęciu strukturalnym. Studium o dychotomicznym podziale prawa na prawo publiczne i prawo prywatne*, Warszawa 2016.

<sup>25</sup> J. Nowacki, *Prawo publiczne – prawo prywatne*, Katowice 1992, s. 132.

<sup>26</sup> 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.

pożytku publicznego i o wolontariacie, ale przy zastosowaniu procedur zamówień publicznych<sup>27</sup>. Pod pojęciem zamówienia rozumie się również niekiedy same procedury służące zawarciu umowy o zamówienie publiczne<sup>28</sup>.

Ustawa z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych<sup>29</sup> definiuje termin „zamówienie”, a nie „zamówienie publiczne”<sup>30</sup>. Okoliczność ta jest o tyle interesująca, że Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych<sup>31</sup> definiowała właśnie termin „zamówienie publiczne”. W Pzp 2004 pod tym terminem identyfikowano umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane<sup>32</sup>. Natomiast aktualnie obowiązująca ustawa Pzp 2019 pod terminem „zamówienie” każe rozumieć umowę odpłatną zawieraną między zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem jest nabycie przez zamawiającego od wybranego wykonawcy robót budowlanych, dostaw lub usług<sup>33</sup>. Zakres znaczeniowy tych definicji pozostaje zasadniczo zbieżny<sup>34</sup>. „Zamówieniem publicznym” oraz „zamówieniem” jest umowa odpłatna zawierana przez zamawiającego z wykonawcą. Nowa ustawa wprowadza jednak dwa dodatkowe elementy pojęciowe: „nabycie” oraz „wybrany wykonawca”. Elementy te nawiązują do brzmienia Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych (dalej: dyrektywa klasyczna)<sup>35</sup> oraz Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej (dalej: dyrektywa sektorowa)<sup>36</sup>.

<sup>27</sup> Ustawa z dnia 23 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie (Dz.U. z 2003 r. Nr 96, poz. 873, art. 11 ust. 6). Na marginesie można wspomnieć, że zwrotem „powierzenie dostaw, robót lub świadczenia usług” posługiwała się Ustawa z dnia 18 listopada 1948 r. o dostawach, robotach i usługach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz niektórych kategorii osób prawnych – art. 2 (Dz.U. z 1948 r. Nr 63, poz. 494).

<sup>28</sup> P. Szustakiewicz, [w:] M. Chmaj, G. Herc, E. Komorowski, P. Szustakiewicz, *Zamówienia publiczne. Podręcznik*, Warszawa 2010, s. 12; zob. również P. Szustakiewicz, *Zasady prawa zamówień publicznych*, Warszawa 2007, s. 7.

<sup>29</sup> Ustawa z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. z dnia 22 lipca 2022 r., Dz.U. z 2022 r., poz. 1710).

<sup>30</sup> Art. 7 Pzp 2019.

<sup>31</sup> Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. (t.j. z dnia 11 września 2019 r., Dz.U. z 2019 r., poz. 1843).

<sup>32</sup> Art. 2 pkt 13 Pzp 2004.

<sup>33</sup> Art. 7 pkt 32 Pzp 2004. W uzasadnieniu do projektu ustawy wskazano, że element pojęciowy odnoszący się do wybranego wykonawcy „zawęża stosowanie reżimu ustawowego” (Druk sejmowy nr 3624 z 12 lipca 2019 r., s. 12, sejm.gov.pl) [dostęp: 15.05.2021].

<sup>34</sup> Pzp 2004 (Dz.U. z 2004 r. Nr 19, poz. 177, art. 7 pkt 32). Ustawa posługuje się dodatkowo określeniami szczegółowszymi, jakimi są: zamówienia klasyczne, zamówienie sektorowe, zamówienia na usługi społeczne i inne szczególne usługi czy zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa wyodrębniane ze względu na status zamawiającego lub przedmiot zamówienia.

<sup>35</sup> Art. 1 ust. 2 i art. 2 ust. 1 pkt 8 dyrektywy klasycznej.

<sup>36</sup> Art. 1 ust. 2 i art. 2 pkt 1 dyrektywy sektorowej. 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

„Zamówieniem”, w rozumieniu regulacji prawnych zawartych w Pzp 2019, jest umowa, której głównym przedmiotem jest nabycie określonych dóbr. Przy czym samo „nabycie” należałoby rozumieć szeroko, jako uzyskiwanie korzyści, zarówno poprzez nabycie własności określonych dóbr, jak i na podstawie innych tytułów prawnych<sup>37</sup>. Henryk Nowicki odnotował jeszcze na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 r., że legalna definicja zamówienia publicznego odnosi się w swej istocie do prawnej formy działania (czyli umowy), czyli dokonywania zakupów, a nie wyłącznie przedmiotu zamówienia<sup>38</sup>. W ocenie autora niniejszej pracy należałoby jednak doprecyzować, że cechą rodzajową zamówienia publicznego jest nie tyle sama umowa, ile okoliczność, że jest zawierana przez podmiot należący do określonej kategorii (tj. zamawiających). Wszystkie pozostałe elementy ustawowej definicji, w tym przedmiot umowy i jej odpłatny charakter, warunkują wprawdzie istnienie zamówienia publicznego, ale o nim nie przesądzają. Ponadto wskazać można okoliczności dotyczące zamówienia publicznego, które mogą – choć nie muszą – występować w praktyce, ale z pewnością nie stanowią o jego konstrukcji normatywnej. Przykładem jest tu wydatkowanie środków publicznych na podstawie umowy o zamówienie publiczne<sup>39</sup>.

Powyższe wskazuje, że różnica gatunkowa (*differentia specifica*) zamówienia publicznego obejmuje normatywne wskazanie podmiotów zobowiązanych do udzielania zamówień zgodnie z określonymi procedurami, czyli zamawiających (aspekt podmiotowy)<sup>40</sup>. Zastrzec jednak trzeba, że spoczywający na określonych zamawiających obowiązek udzielenia zamówień z określonymi procedurami wynikać może *ex lege*, tj. z mocy ustawy, ale także z zobowiązań prawnomiędzynarodowych czy nawet kontraktowych. Co więcej, procedura, do której stosowania może być zobowiąza-

---

planuje zawrzeć umowy na dostawę ze wszystkimi wykonawcami chcącymi dostarczać produkty na warunkach wskazanych przez ten podmiot, to nie istnieje wówczas konieczność stosowania dyrektywy. 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 motywie 4. 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*). Zob. G. Wicik, *Pojęcie zamówienia publicznego. Glosa do wyroku TSUE z 01.03.2018 r. w sprawie C-9/17 (Tirkkonen)*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2018, nr 4, s. 91.

<sup>37</sup> A. Sanchez-Graells, *Article 1 Subject-matter and scope 1*, [w:] R. Caranta, A. Sanchez-Graells, *European Public Procurement. Commentary on Directive 2014/24/EU*, Cheltenham-Northampton 2021, s. 6-7.

<sup>38</sup> H. Nowicki, *Prawo zamówień publicznych – pojęcie i zakres regulacji*, [w:] *XV-lecie systemu zamówień publicznych w Polsce. Ogólnopolska konferencja naukowa, 22-23 czerwca 2009 r. Toruń*, red. H. Nowicki, J. Sadowy, Toruń–Warszawa 2009, s. 90.

<sup>39</sup> T. Kocowski, *Zamawiający i wykonawcy w systemie zamówień publicznych*, „Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu” 2017, nr 497: *Przedsiębiorca w społecznej gospodarce rynkowej. System zamówień publicznych*, s. 174.

<sup>40</sup> K. Horubski, *Administracyjnoprawne instrumenty realizacji zamówienia publicznego*, Warszawa 2017, s. 10.



ny zamawiający, może być procedurą ustawową, lecz także procedurą organizacji międzynarodowej, międzynarodowej instytucji finansującej, procedurą wynikającą z umów międzynarodowych czy nawet procedurą wynikającą z innych konsensualnych porozumień i umów<sup>41</sup>.

Należy również dodać, że normatywne pojęcie zamówienia nie należy wyłącznie do prawa zamówień publicznych. Jak wspomniano wyżej, jako część sfery zamówień publicznych postrzega się również umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi oraz umowy partnerstwa publiczno-prywatnego określane niekiedy jako „szczególne rodzaje zamówień”<sup>42</sup>. Nie bez znaczenia jest też to, że np. organem właściwym w sprawach umów koncesji jest Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, który m.in. opracowuje oraz opiniuje projekty aktów normatywnych dotyczące umowy koncesji oraz monitoruje stosowanie zasad zawierania umowy koncesji<sup>43</sup>. Okoliczność ta wynika – jak wskazano w uzasadnieniu do projektu ustawy o umowach koncesji na roboty budowlane lub usługi – z tego, że „koncesje na roboty budowlane lub usługi są szczególnym rodzajem zamówień”, a „procedury udzielania koncesji i zamówień publicznych opierają się na podobnych zasadach i wymaganiach proceduralnych”<sup>44</sup>. Ponadto, jak wskazują Henryk Nowicki oraz Paweł Nowicki, partnerstwo publiczno-prywatne stanowi element systemu zamówień publicznych oprócz „tradycyjnych” zamówień publicznych oraz koncesji na roboty budowlane lub usługi<sup>45</sup>.

## 5. Ubiegający się o zamówienia publiczne

Tematyka pracy odnosi się do obowiązków równego traktowania podmiotów określanych jako „ubiegający się o zamówienia publiczne”. Wskazując podmioty objęte tym mianem, należy w pierwszym rzędzie odnotować istnienie takich ustawowych terminów, jak „wykonawca”, „partner prywatny” czy „koncesjonariusz”.

Na gruncie prawa zamówień publicznych wykonawca rozumiany jest jako osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budow-

---

<sup>41</sup> M. Bendorf-Bundorf, *Wielopłaszczyznowy charakter pojęć: zamówienie publiczne i zamawiający*, „Folia Iuridica Universitatis Wratislaviensis” 2020, vol. 9(2), s. 245 i 249.

<sup>42</sup> M. Bejm, *Wprowadzenie*, [w:] *Ustawa o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi. Komentarz*, red. M. Bejm, Warszawa 2018, s. 8; G. Mazurek, *Ustawa o koncesji na roboty budowlane lub usługi. Komentarz*, Wrocław 2009, s. 9; Projekt ustawy o umowach koncesji na roboty budowlane lub usługi, s. 5, [https://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/Projekty/8-020-232-2016/\\$file/8-020-232-2016.pdf](https://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/Projekty/8-020-232-2016/$file/8-020-232-2016.pdf) [dostęp: 15.01.2021].

<sup>43</sup> Ustawa z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (t.j. z dnia 12 czerwca 2019 r., Dz.U. z 2019 r., poz. 1528, art. 52).

<sup>44</sup> Projekt ustawy o umowach koncesji na roboty budowlane lub usługi, s. 5, [https://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/Projekty/8-020-232-2016/\\$file/8-020-232-2016.pdf](https://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/Projekty/8-020-232-2016/$file/8-020-232-2016.pdf) [dostęp: 15.01.2021].

<sup>45</sup> H. Nowicki, P. Nowicki, *Partnerstwo publiczno-prywatne jako element systemu zamówień publicznych*, „Studia BAS” 2014, nr 3, s. 80.

lanego. Wykonawca to także podmiot, który ubiega się o udzielenie mu zamówienia, złożył ofertę lub zawarł umowę w sprawie zamówienia publicznego<sup>46</sup>. W Ustawie z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi jako wykonawcę opisuje się osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej lub grupę takich podmiotów, które ubiegają się o zawarcie umowy koncesji lub złożyły ofertę<sup>47</sup>. Strona umowy koncesji to wykonawca określany jako koncesjonariusz, parter prywatny zaś w myśl regulacji dotyczących partnerstwa publiczno-prywatnego to przedsiębiorca lub przedsiębiorca zagraniczny<sup>48</sup>.

Przywołane definicje odwołują się do różnych elementów pojęciowych, które można scharakteryzować jako statusy prawne oraz właściwości, a także okoliczności związane z określoną aktywnością podmiotu. Na tym tle stosunkowo najczytelniej przedstawia się status partnera prywatnego. Jest on bowiem tożsamy ze statusem przedsiębiorcy lub przedsiębiorcy zagranicznego. Natomiast pojęcie wykonawcy na gruncie prawa zamówień publicznych oraz ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi nie jest w sposób konieczny powiązane ze statusem przedsiębiorcy<sup>49</sup>. Część badaczy postuluje jednak, by regulacje taką konieczność przewidywały<sup>50</sup>.

Pojęcie wykonawcy zawarte w Pzp 2019 jest częściowo zbieżne z definicją zawartą w dyrektywie klasycznej, gdzie jako wykonawcę rozumie się każdą osobę fizyczną lub prawną, podmiot publiczny lub grupę takich osób lub podmiotów, w tym tymczasowe stowarzyszenie przedsiębiorstw, które oferują na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług<sup>51</sup>. Zgodnie z brzmieniem dyrektywy klasycznej pojęcie wykonawców powinno być interpretowane szeroko, tak aby obejmowało wszelkie osoby lub podmioty, które oferują wykonanie robót budowlanych, dostawę produktów lub świadczenie usług

---

<sup>46</sup> Ustawa z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r., poz. 2019). H. Wolska postuluje, by zbiorczą definicję legalną pojęcia wykonawcy zastąpić trzema pojęciami charakteryzującymi odrębne podmioty, które ubiegają się o zamówienia publiczne, złożyły ofertę oraz zawarły umowę o zamówienie publiczne. H. Wolska, *Normatywna pozycja osoby fizycznej nieprowadzącej działalności gospodarczej w prawie zamówień publicznych*, [w:] *Modernizacja zamówień publicznych: geneza nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych z 22 czerwca 2016 r.*, red. M. Kania, P. Nowicki, A. Piwowarczyk, Warszawa 2017, s. 313; H. Wolska, *Pojęcie wykonawcy w krajowym systemie zamówień publicznych*, „Animus. Prawo Zamówień Publicznych” 2017, t. 1, s. 59.

<sup>47</sup> Ustawa z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz.U. z 2016 r., poz. 1920, art. 2 pkt 10).

<sup>48</sup> PartPublPrywU (t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 711).

<sup>49</sup> H. Wolska, *Pojęcie wykonawcy*..., t. 1, s. 59; A. Powałowski, H. Wolska, *Wykonawca zamówienia publicznego a status prawny przedsiębiorcy*, [w:] *Państwo a gospodarka: zasady, instytucje, procedury: księga jubileuszowa dedykowana Profesor Bożenie Popowskiej*, red. P. Lissoń, M. Strzelbicki, Poznań 2020, s. 380.

<sup>50</sup> A. Powałowski, H. Wolska, *op. cit.*, s. 386-387.

<sup>51</sup> Art. 2 pkt 10 dyrektywy klasycznej.



na rynku, niezależnie od formy prawnej, którą te osoby lub podmioty wybrały do celów prowadzenia działalności. W związku z tym firmy, oddziały, jednostki zależne, spółki cywilne, spółdzielnie, spółki akcyjne, uniwersytety – publiczne czy prywatne – oraz formy podmiotów inne niż osoby fizyczne powinny wszystkie być objęte zakresem terminu „wykonawca”, bez względu na to, czy są osobami prawnymi<sup>52</sup>. Do opisu wykonawcy, który złożył ofertę, dyrektywa stosuje natomiast termin „oferent”<sup>53</sup>, a do oznaczenia wykonawcy, który ubiegał się o zaproszenie lub został zaproszony do udziału w procedurze ograniczonej, procedurze konkurencyjnej z negocjacjami, procedurze negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji, dialogu konkurencyjnym lub partnerstwie innowacyjnym, termin „kandydat”<sup>54</sup>. Dodać warto, że w opinii Trybunału Sprawiedliwości przedstawione w dyrektywie klasycznej pojęcie wykonawcy obejmuje również podmioty realizujące cele niezarobkowe, o ile tylko są uprawnione na gruncie prawa krajowego do oferowania usług objętych zamówieniem<sup>55</sup>. Identycznie z dyrektywą klasyczną ujmuje pojęcia wykonawcy i oferenta dyrektywa koncesyjna<sup>56</sup> – odnosząc z kolei termin „kandydat” do wykonawcy, który ubiegał się o zaproszenie lub został zaproszony do udziału w postępowaniu o udzielenie koncesji<sup>57</sup>, a termin „koncesjonariusz” do wykonawcy, któremu udzielono koncesji<sup>58</sup>.

W literaturze przedstawiono pogląd, zgodnie z którym określony podmiot uzyskuje status wykonawcy w rozumieniu przepisów ustawy Pzp 2019 w chwili, gdy w odpowiedni sposób uzewnętrznia chęć ubiegania się o dane zamówienie<sup>59</sup>. Wydaje się jednak, że termin „wykonawca” należy rozumieć jeszcze szerzej – jako obejmujący podmioty, które uczestniczą w określonych czynnościach podejmowanych przez zamawiającego, w sytuacji, w której nie ma żadnego postępowania o udzielenie zamówienia, jak i w sytuacji, w której postępowanie jest już zakończone. Legalne rozumienie „wykonawcy” czy „partnera prywatnego” dopuszcza możliwość stosowania tego terminu także wobec podmiotów, które jeszcze nie ubiegają się albo już nie ubiegają się o udzielenie konkretnego zamówienia publicznego. Najczytelniejszym przykładem będzie tu określenie wykonawcy jako uczestnika konsultacji rynkowych<sup>60</sup> albo wykonawcy jako strony umowy o zamówienie publiczne już zawartej albo już wykonanej<sup>61</sup>. Status wykonawcy będzie mieć również podmiot niezaproszony do negocjacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia w trybie negocjacji bez

<sup>52</sup> Motyw 14 dyrektywy klasycznej; T. Kocowski, *op. cit.*, s. 176.

<sup>53</sup> Art. 2 pkt 11 dyrektywy klasycznej.

<sup>54</sup> Art. 2 pkt 12 dyrektywy klasycznej.

<sup>55</sup> Wyrok Trybunału z dnia 11 czerwca 2020 r., C-219/19, pkt 1.

<sup>56</sup> Art. 5 pkt 2 i 4 dyrektywy koncesyjnej.

<sup>57</sup> Art. 5 pkt 3 dyrektywy koncesyjnej.

<sup>58</sup> Art. 5 pkt 5 dyrektywy koncesyjnej.

<sup>59</sup> M. Bendorf-Bundorf, *op. cit.*, s. 242.

<sup>60</sup> Art. 84 ust. 3 Pzp 2019.

<sup>61</sup> Np. art. 431 Pzp 2019.

ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki, który korzysta z powodu niezaprośzenia z przysługujących mu środków ochrony prawnej.

Godzi się zauważyć, że legalne pojęcia wykonawcy (w tym pojęcie partnera prywatnego i koncesjonariusza) zostały skonstruowane na potrzeby wykładni aktów prawnych je definiujących. Oznacza to, że legalne definicje wykonawcy, koncesjonariusza i partnera prywatnego związane są z dokonywaniem czynności regulowanych danym aktem. Każde to przyjąć, że w rozumieniu regulacji prawnych wykonawcą nie jest każdy podmiot oferujący na rynku dostawy, roboty budowlane lub usługi, lecz taki, który udziela wymienionych świadczeń i odnosi się do niego ta lub inna norma zawarta odpowiednio w dyrektywach, w Pzp 2019 albo w KoncesBudU. Podobnie partnerem prywatnym nie jest każdy przedsiębiorca, lecz tylko taki, w stosunku do którego mają zastosowanie przepisy ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym.

Istnienie definicji legalnych terminów „wykonawca” oraz „partner prywatny”, niemających charakteru naukowego, ale sformułowanych wyłącznie na potrzeby wykładni konkretnych aktów prawnych, może rodzić potrzebę doktrynalnego ujęcia tych pojęć. W literaturze nie zaproponowano jednak dotychczas definicji wykonawcy powszechnie przyjmowanej w zamówieniach publicznych. Rozważania badaczy koncentrują się przede wszystkim na elementach pojęciowych zawartych w regulacjach prawnych. Pewna różnica zdań zarysowała się jednakże na tle posiadania zdolności prawnej jako warunku bycia wykonawcą. Jan Lic stwierdza na przykład, że każda jednostka organizacyjna przewidziana przepisami prawa może być wykonawcą w rozumieniu przepisów prawa zamówień publicznych. W jego opinii, dla oceny, czy jednostka organizacyjna nieposiadająca zdolności prawnej może być wykonawcą, decydujące znaczenie ma „tryb występowania tych jednostek w obrocie prawnym”, a nie posiadanie zdolności prawnej<sup>62</sup>. Bardziej przekonujący jest jednak pogląd wyrażony przez Hannę Wolską, Andrzeja Powałowskiego czy Ewę Przeszło. Zgodnie z nim status wykonawcy w przypadku jednostki organizacyjnej nieposiadającej osobowości prawnej uzależniony jest od posiadania przez nią zdolności na gruncie prawa cywilnego<sup>63</sup>. Podobne stanowiska przyjmowane są na gruncie orzecznictwa<sup>64</sup>. Zasadniczą racją takiego podejścia jest to, że ubieganie się o zamówienia publiczne, dalej zawarcie czy ewentualna modyfikacja umowy wymagają z oczywistych względów zdolności do składania oświadczeń woli.

---

<sup>62</sup> J. Lic, *Konsorcjum w zamówieniach publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2008, nr 4, s. 98.

<sup>63</sup> H. Wolska, *Pojęcie wykonawcy...*, s. 60; A. Powałowski, H. Wolska, *op. cit.*, s. 384-385; E. Przeszło, *Wykonawca*, [w:] *Leksykon prawa zamówień publicznych. Podstawowe pojęcia*, red. E. Przeszło, A. Powałowski, Warszawa 2020, s. 367.

<sup>64</sup> Np. w wyroku z dnia 15 maja 2009 r. Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że każdy wykonawca składający ofertę w postępowaniu o zamówienie publiczne musi posiadać zdolność prawną i zdolność do czynności prawnych.

W ocenie autora niniejszej pracy – niezależnie od przywołanych rozbieżności – formułowanie doktrynalnej definicji wykonawcy nie jest jednak konieczne z poznawczego punktu widzenia. Wielość sytuacji prawnych, w których może znaleźć się podmiot w związku z określonym zamówieniem publicznym, jest tak duża, że objęcie ich jednym terminem byłoby bezużyteczne. W systemie zamówień publicznych nie można mówić o statusie wykonawcy w ogólności. Status stanowi bowiem względnie trwałą sytuację prawną obejmującą zbiór koniecznych uprawnień i obowiązków determinujących położenie danego podmiotu wobec innych podmiotów, w tym przesłanki nabycia i utraty statusu<sup>65</sup>. W przypadku wykonawców można mówić co najwyżej o statusie „wykonawcy-uczestnika postępowania o zamówienia publiczne”, „wykonawcy-uczestnika konsultacji rynkowych”, „wykonawcy-strony umowy o zamówienie publiczne” itp.<sup>66</sup>

Wskazane w tytule pracy określenie „ubiegający się o zamówienia publiczne” pozwala więc wyjść poza ramy definicji ustawowych, które tylko w części odnoszą się do okoliczności ubiegania się o zamówienia publiczne. Jednocześnie umożliwia dostrzeżenie wielości sytuacji, których może dotyczyć obowiązek równego traktowania. Okoliczność, jaką jest ubieganie się o zamówienia publiczne, pozwala zakreślić krąg podmiotów bardzo szeroko i objąć nim tych wszystkich, którzy przejawiają jakiegokolwiek działania w celu uzyskania zamówienia publicznego. Część z ubiegających się o zamówienia publiczne może być bez wątplenia określona jako wykonawcy w rozumieniu aktualnych regulacji prawnych, inni – dodatkowo – jako uczestnicy określonego postępowania, oferenci, uczestnicy negocjacji etc.

Przy posługiwaniu się terminem „ubiegający się o zamówienia publiczne” odróżniać jednak należy takie odniesienia, które dotyczą podmiotów ubiegających się o określone zamówienie w ramach toczącego się postępowania, od takich, które dotyczą generalnej kategorii podmiotów rozpatrywanej bez związku z udziałem w określonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W drugim przypadku termin „ubiegający się o zamówienia publiczne” obejmować będzie w istocie jakiegokolwiek podmioty – z ewentualnym wyłączeniem tych podmiotów, które nie mają na gruncie obowiązujących przepisów możliwości ubiegania się o jakiś rodzaj zamówień – o ile tylko mogą one potencjalnie żywić zamiar ubiegania się o określone zamówienia. W związku z tym, w zależności od kontekstu rozważań, termin „ubiegający się o zamówienia” będzie w niniejszej pracy dotyczyć:

- a) podmiotów, które mogą ubiegać się o jakieś zamówienia publiczne,
- b) podmiotów, które ubiegają się o jakieś zamówienie publiczne.

<sup>65</sup> Por. A. Wróbel, *Prawo podmiotowe publiczne*, [w:] *System prawa administracyjnego*, t. 1, s. 354; M. Kumela-Romańska, *Administracyjnoprawny status cudzoziemca w Polsce*, Warszawa 2017, s. 31.

<sup>66</sup> A. Mika, *Status wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w Polsce*, „Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu” 2017, nr 497: *Przedsiębiorca w społecznej gospodarce rynkowej. System zamówień publicznych w Polsce*, s. 178.

Z powyższych względów zaproponowany termin „ubiegający się o zamówienia publiczne” jawi się jako stosunkowo pojemny, a jednocześnie odpowiadający kierunkowi podejmowanych w niniejszym opracowaniu badań. Pozwala zakreślić uzasadnione granice analiz, które mają obejmować okoliczności skoncentrowane wokół aktu udzielenia zamówienia jako celu zabiegów podejmowanych przez zainteresowane podmioty. W związku z tym w celu zachowania konwencji terminologicznej w dalszych rozważaniach stosowane będą terminy „ubiegający się o zamówienia publiczne” lub „ubiegający się o zamówienie”. Jednakże w ramach poszczególnych zagadnień związanych ze stosowaniem określonych regulacji systemu zamówień publicznych używane będą dla opisu ubiegających się o zamówienia publiczne również takie określenia, jak „wykonawcy”, „partnerzy prywatni” czy „oferenci”.

## 6. Zobowiązani do równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne

Problematyka obowiązków równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne ściśle związana jest z samymi zobowiązanymi. W pracy przyjęto założenie, że kategoria ta może obejmować zarówno podmioty stanowiące normy prawne o charakterze generalnym i abstrakcyjnym (czyli podmioty prawodawcze), jak i podmioty przestrzegające takich norm. Ze względu na wielowymiarowe (tj. konstytucyjne, europejskie oraz ustawowe) ujęcie obowiązków równego traktowania pojęcie prawodawcy będzie rozumiane szeroko i odnoszone do prawodawcy formalnego, czyli organów wyposażonych w kompetencje do stanowienia prawa (działalności prawotwórczej). Z kolei druga grupa podmiotów, których obowiązki równego traktowania są przedmiotem rozważań w rozdziale dotyczącym przestrzegania prawa, związana będzie z instytucjami zamawiającymi.

W literaturze stwierdza się, że cechą instytucji zamawiających jest ich publiczny charakter<sup>67</sup>. Jednocześnie zauważa się, że publiczny status podmiotów zaliczanych do kategorii zamawiających ustalany jest na podstawie różnych kryteriów, w tym kryteriów strukturalnych (tj. przynależność do systemu organów władzy publicznej), kryteriów funkcjonalnych (tj. wykonywanie zadań publicznych) czy kryteriów kontroli (tj. poddanie dominującemu wpływowi lub kontroli ze strony organów albo podmiotów uznawanych za publiczne na podstawie dwóch wcześniejszych kryteriów)<sup>68</sup>. Wieleść proponowanych kryteriów, a także ich przedmiot odwołujący się do innych bogatych treściowo terminów, takich jak „organ władzy”, „zadania publiczne” czy „kontrola”, każe jednak podać w wątpliwość zaproponowany sposób wyodrębnienia kategorii zamawiających spośród ogółu podmiotów. Należałoby też przyjąć, że publiczny charakter podmiotu nie musi być konieczną cechą opisującą podmioty, które należą lub powinny

<sup>67</sup> K. Horubski, *op. cit.*, s. 10.

<sup>68</sup> *Ibidem*.

należąc do grupy zamawiających. Konstatację tę potwierdza też treść stanowionego prawa. Ustawa Pzp 2019 wskazuje mianowicie na trzy kategorie zamawiających: zamawiający publiczni, zamawiający sektorowi i zamawiający subsydiowani.

W tym zakresie w pracy przyjęto pojęcie zamawiającego zawarte w Pzp 2019 – jest ono bardzo pojemne i obejmuje: osoby fizyczne, osoby prawne albo jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, obowiązane na podstawie ustawy do jej stosowania<sup>69</sup>. Warto przy tym odnotować, że ustawowa ogólna definicja zamawiającego nie odnosi się do cech podmiotów. Dokładniejsze ujęcie cech zamawiającego dokonuje się w ramach wspomnianego wyżej podziału na trzy kategorie zamawiających: publicznych, sektorowych i subsydiowanych. Pierwszą ze wskazanych kategorii tworzą jednak 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 sektorową<sup>70</sup>. Natomiast 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 zamówienia<sup>71</sup>.

Należy dodać, że ustawa o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi również posługuje się terminem „zamawiający”, rozumiejąc pod tym pojęciem wprost podmioty wskazane w ustawie Pzp 2019. KoncesBudU określa również terminem „zamawiający” tzw. przedsiębiorstwa publiczne<sup>72</sup> oraz inne podmioty wykonujące działalność na podstawie praw szczególnych lub praw wyłącznych<sup>73</sup>, przyznanych w celu wykonywania działalności sektorowej, o ile umowa koncesji jest zawierana w celu prowadzenia działalności sektorowej. Ta kategoria zamawiających korespon-

<sup>69</sup> Art. 2 pkt 31 Pzp 2019.

<sup>70</sup> Art. 5 Pzp 2019.

<sup>71</sup> Art. 2 ust. 1 pkt 4 Pzp 2019. Należy jednak zastrzec, że zamówienie zamawiającego subsydiowanego musi mieć wartość równą lub przekraczającą progi unijne oraz przedmiotem zamówienia 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.

<sup>72</sup> Tj. przedsiębiorstwo wykonujące jeden z rodzajów działalności sektorowej, na które podmiot, o którym mowa w art. 4 Pzp 2019, pojedynczo lub wspólnie z innymi takimi podmiotami, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot wywiera dominujący wpływ, w szczególności: a) posiada ponad połowę udziałów albo akcji w tym przedsiębiorstwie lub b) posiada ponad połowę głosów przypadających na akcje wyemitowane przez to przedsiębiorstwo lub wynikających z udziałów w tym przedsiębiorstwie, lub c) ma prawo do powoływania ponad połowy składu organu zarządzającego lub nadzorczego przedsiębiorstwa – o ile umowa koncesji jest zawierana w celu prowadzenia działalności sektorowej (art. 2 pkt 11 KoncesBudU).

<sup>73</sup> Praw szczególnych lub praw wyłącznych, o których mowa w art. 5 ust. 2 Pzp 2019.

duje z terminem „zamawiający sektorowi” z Pzp 2019. Z kolei ustawa o partnerstwie publiczno-privatnym posługuje się określeniem „podmiot publiczny”, odnosząc je do jednostek sektora finansów publicznych, tzw. podmiotów prawa publicznego oraz związków tych podmiotów, co oznacza, że pojęcie podmiotu publicznego wpisuje się w kategorię zamawiających publicznych w rozumieniu Pzp 2019. Z uwagi na powyższe ustalenia, w dalszej części opracowania stosowane będą zamiennie określenia „zamawiający” albo „instytucje zamawiające”.

## 7. Podstawowe problemy badawcze

Praca ma cel poznawczy i służy ustaleniu znaczenia obowiązków równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne na gruncie polskiego prawodawstwa, czyli opisaniu określonego wzorca zachowania<sup>74</sup>. Celowi temu podporządkowane są dwa główne zamierzenia badawcze: analiza źródeł normatywnych dotyczących obowiązków równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne oraz naukowa, dogmatyczna charakterystyka tych obowiązków.

W zakresie badań źródłowych odniesiono się do trzech podstawowych wymiarów obowiązków równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne. Są to: wymiar konstytucyjny, wymiar europejski oraz wymiar ustawowy. Taki dobór materiału źródłowego zdeterminowany jest naczelnym znaczeniem Konstytucji w hierarchii źródeł prawa, ale także przynależnością dziedziny zamówień publicznych w Polsce do problematyki wewnętrznego rynku unijnego i wreszcie faktem, że znajduje ona od wielu już lat konkretyzacje w ustawodawstwie krajowym. Celem analiz źródłowych jest ustalenie stanu prawnego w badanej materii, w tym rozstrzygnięcie, w jakim w istocie zakresie obowiązki równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne mają podstawę w normach Konstytucji RP, prawie europejskim oraz prawie krajowym. Przy czym niezbędnym aspektem rozważań na ten temat będą zagadnienia skuteczności norm konstytucyjnych oraz prawa europejskiego w polskim porządku prawnym w obszarze równego traktowania w zamówieniach publicznych oraz wzajemnej relacji zachodzącej pomiędzy badanymi źródłami prawa. Zamierzeniem autora w tym zakresie jest udzielenie odpowiedzi na wiele pytań szczegółowych, w tym:

- 1) W jakim zakresie konstytucyjne źródła obowiązków równego traktowania wiążą ustawodawcę stanowiącego prawo dotyczące zamówień publicznych oraz same instytucje zamawiające?
- 2) W jaki sposób, w świetle harmonizacji procedur zamówień publicznych w Unii Europejskiej (UE), ogólne zasady równości w prawie europejskim oddziałują na proces tworzenia i przestrzegania prawa zamówień publicznych w wymiarze krajowym?

---

<sup>74</sup> K. Opalek, J. Wróblewski, *Zagadnienia teorii prawa*, Warszawa 1969, s. 13.



- 3) Jakie znaczenie dla kształtowania obowiązków równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne w Polsce ma szczególnie zasada równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców wyrażona w unijnym prawie pochodnym?
- 4) Jakie zasady dotyczące zamówień publicznych kształtowane w ramach krajowego ustawodawstwa zwykłego wyznaczają obowiązki równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne oraz w jaki sposób?

Autor niniejszego opracowania reprezentuje stanowisko, że zadania nauk prawnych wykraczają poza analizę obowiązującego aktualnie prawa, wyjaśnienia jego treści, a nawet logicznego opracowania wniosków wynikających z jego wykładni. Tym, co m.in. odróżnia działalność badawczą od praktyki stosowania prawa, jest dążenie do uchwycenia dotąd nie dość rozpoznanych zjawisk, figur i instytucji prawnych takimi, jakimi są, ale także próba nakreślenia, jakimi być powinny. Praca badawcza zatem to również budowa aparatury pojęciowej i jej porządkowanie<sup>75</sup>. Z tego powodu zadaniem podjętym w niniejszej pracy jest sformułowanie koncepcji obowiązków równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne. Celem prowadzonych badań jest nie tylko opis problemów tkwiących w tekstach aktów prawnych, ale także ich naukowe ujęcie. Wynika z tego konieczność możliwie spójnej konceptualizacji owych obowiązków na podstawie uzasadnionych twierdzeń i tez. Nie ulega przy tym wątpliwości, że teoretycznoprawne refleksje oraz wyniki wykładni obowiązującego prawa „zasilają się” wzajemnie i przenikają. Pierwsze opisują lub postulują istnienie określonych konstrukcji teoretycznoprawnych i prawidłowości ogólnych, drugie zaś służą odpowiedzi na pytania o obowiązywanie poszczególnych norm. Ujęcie teoretyczne aspiruje do tego, by zachować walor ponadczasowości i uniwersalizmu pomimo zmienności stanu regulacji prawnych; z kolei ujęcie egzegetyczne polega przede wszystkim na odtworzeniu aktualnego stanu prawnego. W badaniach dotyczących obowiązków równego traktowania, dla których punktem odniesienia jest prawo, należy zatem przyjąć oba nierozłączne w takim przypadku punkty widzenia.

Koncepcyjne ujęcie obowiązków równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne służyć będzie odpowiedzi na następujące główne pytania badawcze:

- 1) Czy i ewentualnie w jakim zakresie obowiązki równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne stanowią jakiś specyficzny typ obowiązków związanych z równością?
- 2) Jak przedstawia się związek między obowiązkami równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne a koniecznością wyłaniania podmiotów, którym udzielane są zamówienia?

---

<sup>75</sup> F. Longchamps, *Z problemów poznania prawa*, Wrocław 1968, s. 8; K. Opałek, J. Wróblewski, *op. cit.*, s. 327.

- 3) W czym wyrażać się może specyfika obowiązków związanych z niedyskryminowaniem ubiegających się o zamówienia publiczne?
- 4) Na czym polega urzeczywistnianie równości szans w zamówieniach publicznych?
- 5) W czym wyrażać się może specyfika działań związanych z wyrównywaniem szans w ubieganiu się o zamówienia publiczne?
- 6) Czy niestanowienie prawa zamówień publicznych może być przejawem naruszenia obowiązków równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne?
- 7) Czym mogą różnić się obowiązki równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne wykonywane w ramach stanowienia norm prawnych oraz wykonywane w procesie realizacji treści ustanowionych norm?
- 8) Na czym polega stanowienie prawa zamówień publicznych w sposób zgodny z obowiązkiem równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne?
- 9) Na czym polega przestrzeganie prawa zamówień publicznych w sposób zgodny z obowiązkiem równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne?
- 10) Jak istnienie i realizacja obowiązków równego traktowania w procesie stanowienia oraz przestrzegania prawa kształtuje położenie prawne ubiegających się o zamówienia publiczne?
- 11) W jakim zakresie przestrzeganie obowiązków równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne może stanowić wyraz przestrzegania praw podstawowych?

Rozstrzygnięcie wskazanych, głównych problemów wymagać będzie wyjaśnienia wielu kwestii szczegółowych. Wśród nich wskazać można: warunki uzasadnionego różnicowania ubiegających się o zamówienia publiczne; charakter dogmatyczny kryteriów różnicowania ubiegających się o zamówienia publiczne; znaczenie normatywne „równości szans” w zamówieniach publicznych; zakres stosowania uprzywilejowania wyrównawczego w zamówieniach publicznych; związki wymagań równego traktowania z aspektami sprawiedliwości w zamówieniach publicznych i wiele innych.

## 8. Źródła

Wybór badanego materiału normatywnego oparto na podstawowym kryterium kwerendalnym, odnoszącym się do fenomenu, jakim są zamówienia publiczne. W części przypadków analizie poddano regulacje zawarte w aktach prawnych, w przypadku których *ratio legis* odnosi się wprost do potrzeby regulacji zamówień publicznych. W pozostałym zakresie podstawę rozważań stanowią normy wynikające z przepisów odnoszących się do szerszych obszarów życia społecznego (jak np. unijny rynek wewnętrzny czy finanse publiczne), lecz obejmujących też dziedzinę zamówień publicznych. W ramach tak dobranych źródeł skoncentrowano się zaś na normach,



które należy uznać za źródła obowiązków równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne.

W sytuacjach wymagających rozstrzygnięcia odrębne miejsce poświęcono uzasadnieniu zakresu zastosowania w zamówieniach publicznych rozważanych regulacji – które stanowi jedno z podstawowych zamierzeń badawczych niniejszego opracowania. Służy ono bowiem m.in. odpowiedzi na pytanie, jakie źródła normatywne kształtują obowiązki równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne.

Podstawowy materiał badawczy związany jest z regulacjami prawnymi tworzącymi system prawa zamówień publicznych. Termin „system prawa zamówień publicznych” utożsamiany jest głównie z określonym katalogiem aktów prawnych, również w wymiarze europejskim, obejmującym także akty prawa pierwotnego Unii Europejskiej, których postanowienia można odnieść do zamówień publicznych<sup>76</sup>. Należy w związku z tym dostrzec istnienie nie tylko polskiego, lecz także europejskiego systemu prawa zamówień publicznych<sup>77</sup>.

Na polskim gruncie samo pojęcie prawa zamówień publicznych można ujmować wąsko lub szeroko. W ujęciu węższym prawo zamówień publicznych dotyczy aktu prawnego o nazwie Prawo zamówień publicznych wraz z aktami wykonawczymi<sup>78</sup>. W ujęciu szerszym pojęcie prawa zamówień publicznych obejmuje wiele regulacji prawnych, których zakres zastosowania dotyczy zamówień publicznych<sup>79</sup>. W takim znaczeniu termin „prawo zamówień publicznych” rozumiany jest jako zbiór regulacji prawnych obejmujących co najmniej udzielanie zamówień publicznych (wyodrębnienie przedmiotowe), adresowanych do określonej grupy podmiotów (wyodrębnienie podmiotowe). W tym świetle można przyjąć, że polski system prawa zamówień publicznych obejmuje aktualne regulacje dotyczące także umów koncesji na roboty budowlane lub usługi oraz umowy partnerstwa publiczno-prywatnego. Pozwala to również przyjąć, że w ujęciu doktrynalnym zamówienia publiczne są kategorią szerszą niż legalna definicja zamówienia publicznego zawarta w ustawie Prawo zamówień publicznych<sup>80</sup>.

Terminem „system prawa zamówień publicznych” należałoby objąć również prawo europejskie, w tym prawo wtórne, czyli tzw. dyrektywy zamówieniowe<sup>81</sup>, ale także

<sup>76</sup> K. Horubski, *op. cit.*, s. 12-13.

<sup>77</sup> P. Nowicki, *System zamówień publicznych w Unii Europejskiej*, [w:] *System zamówień publicznych w Polsce*, s. 42-45.

<sup>78</sup> K. Horubski, *op. cit.*, s. 11.

<sup>79</sup> H. Nowicki, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 91-92; K. Horubski, *op. cit.*, s. 12.

<sup>80</sup> T. Kocowski, *Zamawiający...*, s. 163.

<sup>81</sup> Należą do nich m.in.: Dyrektywa 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniająca Dyrektywy 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych; Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji; Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur

wszystkie aktualnie obowiązujące regulacje krajowe państw członkowskich, w tym implementujące dyrektywy zamówieniowe<sup>82</sup>. Regulacje krajowe państw członkowskich UE kształtują bowiem rynek zamówień publicznych będący częścią jednolitego rynku wewnętrznego. W związku z takim rozumieniem systemu prawa zamówień publicznych należałoby raczej mówić o istnieniu w obrębie Unii Europejskiej wielu krajowych systemów prawa zamówień publicznych, dla których wspólnym trzonem jest system europejski.

Należy wobec powyższego zwrócić uwagę na wielopłaszczyznowość i policentryczność systemów prawnych – podjęta problematyka dotyczy bowiem prawa polskiego, w tym harmonizowanego w ramach Unii Europejskiej, jak i europejskiego prawa pierwotnego i pochodnego. Istotne znaczenie mają także normy wynikające z umów międzynarodowych odnoszących się do zamówień publicznych, w tym przede wszystkim umów i porozumień zawartych przez Unię Europejską<sup>83</sup>. Wszystko to sprawia, że w systemie prawa zamówień publicznych dostrzegać trzeba wymiar państwowy i „ponadpaństwowy” („*ultra state*” dimension)<sup>84</sup> oraz problemy związane z wzajemnym rozpoznawaniem różnych porządków prawnych<sup>85</sup>.

Warto również dodać, że pojęcia prawa zamówień publicznych czy też systemu prawa zamówień publicznych związane są z szerszym pojęciem systemu zamówień publicznych<sup>86</sup>. Andrzej Borowicz definiuje system zamówień publicznych jako:

---

udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniająca Dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE; Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca Dyrektywę 2004/18/WE; 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.

<sup>82</sup> H. Nowicki, P. Nowicki, *op. cit.*, s. 81.

<sup>83</sup> P. Nowicki, *Aksjologia prawa zamówień publicznych. Między efektywnością ekonomiczną a instrumentalizacją*, Toruń 2019, s. 15-16.

<sup>84</sup> S. Cassese, *Global standards for national administrative procedure*, „Law and Contemporary Problems” 2005, nr 3-4, s. 125.

<sup>85</sup> W literaturze znalazł także zastosowanie termin „międzynarodowe prawo zamówień publicznych”, zob. E. Przeszło, *Pravo zamówień publicznych*, [w:] *Prawo gospodarcze publiczne*, red. A. Powałowski, Warszawa 2020, s. 394. Odnosi się go np. do wymagań dotyczących udzielenia zamówień wynikających ze zobowiązań międzynarodowych, takich jak tzw. *Global Procurement Agreement* (GPA). Należy jednak zastrzec, że polski system zamówień publicznych, podobnie jak przepisy obowiązujące w innych państwach członkowskich UE, stanowią w istocie element europejskiego systemu zamówień publicznych. Europejski system zamówień publicznych zaś określa wspólny dla państw członkowskich sposób uczestnictwa w międzynarodowych organizacjach o charakterze handlowym czy zawierania umów lub porozumień międzynarodowych odnoszących się do zamówień publicznych.

<sup>86</sup> *Eadem*, *System zamówień publicznych*, [w:] *Instytucje i instrumenty kontroli w systemie zamówień publicznych*, red. A. Powałowski, E. Przeszło, H. Wolska, Warszawa 2018, s. 3 i nast.; H. Nowicki, P. Nowicki, *op. cit.*, s. 79 i nast.; H. Nowicki, *Cele systemu zamówień publicznych*, „Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu” 2017, nr 497: *Przedsiębiorca w społecznej gospodarce rynkowej. System zamówień publicznych w Polsce*, s. 53 i nast.; A. Panasiuk, *Czy w Polsce mamy system*

„zespół procedur, zasad, instytucji oraz źródeł i kanałów informacji, umożliwiających efektywne zlecenie robót budowlanych, dostaw i usług w sektorze finansów publicznych”<sup>87</sup>. Natomiast Ewa Przeszło utożsamia system zamówień publicznych z powiązаныmi wzajemnie różnorodnymi kategoriami, w tym instytucjami i konstrukcjami prawa materialnego i formalnego, metodą regulacji czy organami kontrolnymi i orzekającymi. Autorka zalicza do niego obszary regulacji dotyczące zamówień publicznych, ale także partnerstwa publiczno-prywatnego czy koncesji na roboty budowlane lub usługi<sup>88</sup>. O istnieniu systemu zamówień publicznych przesądza – zdaniem E. Przeszło – to, że wspólnym elementem dla tych obszarów regulacji prawnych, które tworzą system zamówień publicznych, jest ich cel oraz realizacja interesu publicznego przez podmioty publiczne<sup>89</sup>. Z kolei w ujęciu Andrzeja Panasiuka system zamówień publicznych obejmuje zbiór instrumentów prawnych „w bezpośredni sposób definiujących schemat poszczególnych zachowań podmiotów sektora publicznego w procesie wydatkowania środków publicznych na potrzeby realizacji ustawowych zadań publicznych”<sup>90</sup>. Autor ten dodaje, że podstawą systemu zamówień publicznych jest „katalog norm odnoszących się do instytucji, instrumentów prawnych oraz procedur definiujących proces udzielania zamówień publicznych mających na celu – poprzez realizacje określonych zadań w sposób konkurencyjny, transparentny i równy – zaspokajanie potrzeb publicznych”<sup>91</sup>.

Istotne znaczenie dla prowadzonego badania ma także różnorodna natura źródeł prawa. Wynika ono w części z aktów stanowienia prawa krajowego oraz europejskiego, a w części także prawa precedensowego (pretorskiego), a więc prawotwórczej roli Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Nie ulega bowiem kwestii, że orzecznictwo trybunalskie jest istotnym elementem analizy unijnych przepisów dotyczących zamówień publicznych.

Prymarną rolę w ramach analizowanych źródeł pełnią zasady prawa. Specyfika zasad jako przykładu analizowanych źródeł polega z jednej strony na ich doniosłości w kształtowaniu systemu prawa zamówień publicznych, z drugiej na szczególnym sposobie ich wyodrębniania w porządku prawnym. W związku z tym zasady prawa stanowią punkt wyjścia dla dalszych rozważań opartych na normach określających szczegółowo treść obowiązków równego traktowania, co w rezultacie służy kon-

---

*zamówień publicznych*, [w:] *Prawo zamówień publicznych. Stan obecny i kierunki zmian*, red. H. Nowicki, P. Nowicki, Wrocław 2015, s. 41-42; A. Panasiuk, *Prawno-ekonomiczne aspekty...*, s. 15 i nast.; M. Stręciwilk, *Nowe Prawo zamówień publicznych a system zamówień publicznych*, „Zamówienia Publiczne. Doradca” 2001, nr 1, s. 10.

<sup>87</sup> A. Borowicz, *Istota, funkcje i kierunki ewolucji polskiego systemu zamówień publicznych*, „Zeszyty Naukowe Wyższej Szkoły Ekonomiczno-Społecznej w Ostrołęce” 2004, nr 1, s. 93.

<sup>88</sup> E. Przeszło, *System...*, s. 6-7.

<sup>89</sup> *Ibidem*, s. 7.

<sup>90</sup> A. Panasiuk, *Czy w Polsce...*, s. 40.

<sup>91</sup> *Ibidem*, s. 41.

ceptualizacji obowiązków równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne.

W pracy wykorzystane zostaną także źródła praktyki prawnej, w tym stanowiska Komisji Europejskiej wyrażane w formie komunikatów czy opinie rzeczników generalnych. Wskazać tutaj warto, że celem komunikatów Komisji jest przede wszystkim przedstawienie ogólnego podejścia Komisji w zakresie stosowania niektórych zasad i reguł prawa unijnego. Komunikaty takie reprezentują oficjalny pogląd Komisji na temat tego, jak należy interpretować określone przepisy, w tym przypadku głównie traktaty i orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości. Komunikaty nie są jednak źródłem prawa, lecz uzupełniającym instrumentem interpretacyjnym. Z kolei opinie rzeczników generalnych służą formułowaniu uzasadnionych wniosków w sprawach toczących się przed Trybunałem Sprawiedliwości. Opinie te nie są wprawdzie wymagane we wszystkich sprawach, a zawarte w nich treści nie są wiążące, jednakże mają istotne znaczenie przy analizie aktualnego stanu prawnego.

## 9. Metodologia

Weryfikacja przyjętych w pracy hipotez oparta będzie na metodach badawczych właściwych naukom prawnym. Podstawową rolę odgrywać będzie tu metoda dogmatyczna, mająca przede wszystkim określić, jakie normy postępowania wyznaczające obowiązki równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne obowiązują w prawie<sup>92</sup>. Materiał normatywny analizowany będzie przy zastosowaniu metody lingwistyczno-logicznej służącej ustaleniu treści obowiązującego prawa. Przy czym wykładnia prawa oparta będzie na podstawowym założeniu derywacyjnej koncepcji wykładni. Zgodnie z nim podejście metodologiczne zdeterminowane jest przede wszystkim rzeczywistymi cechami badanego materiału normatywnego, a nie wyłącznie funkcją pełnioną przez aktualnego interpretatora<sup>93</sup>. W tym ujęciu na pierwszy plan wysuwać się więc będzie konieczność analiz źródłowych służących ocenie charakteru normatywnego źródeł obowiązków równego traktowania. Ponadto, zgodnie z przyjętymi założeniami, przedmiotem badania nie będzie tylko tekst prawny jako taki, czyli składający się z zespołów zdań ujętych w określonym akcie prawnym, ale także wynikające z nich normy postępowania wyznaczające obowiązek określonego zachowania, tj. równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne.

Jednak zamierzenia przyświecające autorowi niniejszego opracowania nie ograniczają się wyłącznie do odtworzenia treści ustanowionych norm. W niniejszej pracy

<sup>92</sup> Z. Ziemiński, *Szkice z metodologii szczegółowych nauk prawnych*, Warszawa 1983, s. 7.

<sup>93</sup> M. Zieliński, *Derywacyjna koncepcja wykładni jako koncepcja zintegrowana*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2006, nr 3, s. 95-96.

przyjęto, że badane źródła normatywne są przejawem aktywności normodawcy będącego również „racjonalnym aksjologiem”<sup>94</sup>. Nie oznacza to wprawdzie założenia, że prawodawca w każdym przypadku kreuje określone wartości albo że czyni tak jedynie wówczas, gdy formułuje wypowiedzi aksjologiczne. W pracy uznano jednak, że prawodawca poprzez stanowienie prawa daje wyraz temu, jakie wartości chce realizować lub które wartości są przez niego aprobowane<sup>95</sup>. Takie stanowisko badawcze wymagać będzie skorzystania z kontekstu towarzyszącego wykładni, w tym uwzględnienia celów stanowienia analizowanych norm, aktów prawnych czy nawet całego systemu prawa zamówień publicznych<sup>96</sup>. Celów, które mogą polegać na urzeczywistnieniu wartości etycznych, ale także użytecznych<sup>97</sup>.

Z tego powodu w pracy pomocnicze zastosowanie znajdzie metoda aksjologiczna. Z jednej strony wykorzystana będzie w celu rekonstrukcji wpisanych w prawo wartości odnoszących się do problematyki równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne (aspekt wewnętrzny), z drugiej posłuży identyfikacji wartości, które można uznać za zewnętrzne i niezależne od aktów stanowienia prawa zamówień publicznych, ale oddziałujące na prawo i jego przestrzeganie w zakresie obowiązków równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne (aspekt zewnętrzny)<sup>98</sup>.

W związku z powyższym, podstawowym źródłem dekodowania wartości prawnych istotnych dla podejmowanego zagadnienia będą zasady prawa oraz inne normy prawne, prawa i wolności podstawowe, a także poglądy formułowane w tym zakresie w literaturze i orzecznictwie<sup>99</sup>. Jedną z przyjętych hipotez badawczych zakłada możliwość oddziaływania powinności równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne zarówno na proces stanowienia prawa zamówień publicznych, jak i na sposób jego stosowania. Jej weryfikacja wymaga jednak wzięcia pod uwagę możliwości istnienia źródeł obowiązków równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne, uprzedzających stanowienie prawa dotyczącego zamówień publicznych. Źródła te mogą odnosić się do wartości wynikających z porządku konstytucyjnego czy odpowiadających prawom fundamentalnym<sup>100</sup>. Tym samym – posługując się ilustracją Marzeny Kordeli – należy tu mówić o potrzebie odtworzenia wartości prawnych samego prawa zamówień publicznych, a także okalającego je „pierście-

<sup>94</sup> M. Kordela, *Wstęp metodologiczny do wykładni aksjologicznej*, [w:] *Wielowymiarowość prawa*, red. J. Czapska, M. Dudek, M. Stępień, Toruń 2014, s. 36.

<sup>95</sup> *Ibidem*, s. 38; M. Zajęcki, *Aksjologiczna interpretacja prawa (studium z metodologii i teorii prawa)*, Warszawa 2017, s. 20.

<sup>96</sup> J. Wróblewski, *Zagadnienia teorii wykładni prawa ludowego*, Warszawa 1959, s. 95.

<sup>97</sup> P. Nowicki, *Aksjologia...*, s. 68-69.

<sup>98</sup> M. Kordela, *Aksjologia źródeł prawa*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2016, nr 2, s. 15-18.

<sup>99</sup> *Ibidem*, s. 16-17.

<sup>100</sup> M. Kordela, *Wstęp metodologiczny...*, s. 40.

nia wartości zewnętrznych”<sup>101</sup>. Podejście to wymaga jednakże wyjścia poza ramy tradycyjnego paradygmatu pozytywizmu prawniczego, w którym horyzont źródeł wytyczają wyłącznie normy prawa stanowionego. By skutecznie przeanalizować źródła normatywne, konieczne jest także uwzględnienie czynników wpływających na prawo zamówień publicznych<sup>102</sup>.

Ustalenia poczynione w pracy oparte zatem będą również na przeglądzie literatury przedmiotu oraz orzecznictwa w celu porównania zawartych w nich tez, odtworzenia motywów (*rationes decidendi*) rozstrzygnięć orzeczniczych oraz sformułowania wniosków syntetyzujących. Przy czym wielopłaszczyznowość oraz międzygałęziowość prawa zamówień publicznych umożliwi uwzględnienie dorobku nauki i orzecznictwa z zakresu prawa finansowego, prawa publicznego gospodarczego, prawa europejskiego, konstytucyjnego, administratywistyki i cywilistyki. Subsydiarnie, w ramach prowadzonych rozważań, uwagi wymagać będzie treść dokumentów, które, nie mając wprawdzie formalnej rangi źródeł prawa, ilustrują sposób stosowania prawa, a także niekiedy wpływają na jego tworzenie. Doniosłość pozaprawnych instrumentów oddziaływania na sposób przestrzegania prawa w obszarze zamówień publicznych nie budzi obecnie wątpliwości, co przejawia się chociażby poprzez komunikaty i wytyczne Komisji Europejskiej.

W celu identyfikacji ewentualnej ewolucji ujęcia obowiązków równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne w niniejszej pracy zastosowanie znajdzie również metoda historyczna. Przyjęto przy tym naturalne kryteria czasowe doboru źródeł wynikające z procesu kształtowania się systemu prawa zamówień publicznych w Polsce i w Europie. Na gruncie krajowym związane są one z jednej strony z uchwaleniem w 1994 r. pierwszej w nowym ustroju politycznym oraz społeczno-gospodarczym ustawy o zamówieniach publicznych, a z drugiej z przystąpieniem Polski w 2004 r. do Unii Europejskiej. Z kolei w odniesieniu do regulacji europejskich, w zakresie analiz historycznych, przedmiotem uwagi będą źródła prawa powstałe po wejściu w życie Traktatu o Unii Europejskiej<sup>103</sup>. W pracy znajdują się również odwołania do regulacji europejskich i krajowych obowiązujących przed wskazanymi datami, aczkolwiek służyć będą jedynie określeniu szerszego kontekstu zmian w regulacjach prawnych następujących później.

Uwagi przedstawione w niniejszej rozprawie wyrażone zostały na tle stanu prawnego obowiązującego w styczniu 2023 r.

\* \* \*

<sup>101</sup> Eadem, *Aksjologiczna wykładnia prawa*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2017, t. 110, s. 156.

<sup>102</sup> P. Nowicki, *Aksjologia...*, s. 25.

<sup>103</sup> Traktat o Unii Europejskiej (Dz.Urz. UE z dnia 7 czerwca 2016 r. C 202/13 ze zm.).

Starając się realizować podjęte zamierzenie badawcze korzystałem z nieocenionych uwag i wskazówek prof. Ewy Szewczyk, prof. Tünde Tatrai, prof. Andrzeja Bisztygi, prof. Krzysztofa Horubskiego, prof. Tadeusza Stanisławskiego, dr Hanny Wolskiej oraz dra Macieja Lubiszewskiego.

Wdzięczność za niezwykle owocną współpracę w ramach kwerendy bibliograficznej pragnę wyrazić również pracownikom Biblioteki Uniwersytetu Zielonogórskiego.

Niniejsza publikacja nie powstałaby bez wyrozumiałości i cierpliwości Najbliższych, w szczególności mojej żony Agnieszki oraz naszych synów i córki.

Wszystkim, którym zawdzięczam wsparcie przy opracowaniu niniejszej monografii, składam w tym miejscu podziękowanie.



## Rozdział I

# Konstytucyjny wymiar obowiązków równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne

## 1. Wprowadzenie

Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej nie odwołuje się wprost do zamówień publicznych. W ramach rozdziału X *Finanse publiczne* ustawa zasadnicza odnosi się jedynie do wydatkowania środków finansowych na cele publiczne (art. 216 ust. 1 *in fine* KRP). Dostrzegać należy w tym zapisie podstawę zasady kontroli legalności wydatków publicznych, która stanowi równocześnie jeden z wyrazów zasady legalizmu w działalności organów administracji publicznej (art. 7 KRP)<sup>1</sup>. Zgodnie z nią wydatkowanie środków publicznych dokonuje się w sposób określony w ustawie, co wskazuje m.in. na konieczność istnienia odpowiedniej podstawy materialnoprawnej konkretnego wydatku, ale także zachowania odpowiedniej formy prawnej jego dokonania.

Nie można jednak *a priori* przyjąć, że problematyka równego traktowania ubiegających się o zamówienie publiczne pozostaje całkowicie poza horyzontem zainteresowania prawodawcy konstytucyjnego. Punktem wyjścia dla poszukiwania takiego wpływu należy uczynić normy konstytucyjne zawarte w rozdziale II *Wolności, prawa i obowiązki człowieka i obywatela*. Jako uzasadnione jawi się bowiem założenie, że ukształtowanie obowiązków równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne może również wynikać z obowiązywania norm konstytucyjnych odnoszących się do praw i wolności.

---

<sup>1</sup> Z kolei 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.



W tym zakresie na pierwszy plan wysuwa się zagadnienie równości, będącej bez wątpienia istotną wartością konstytucyjną. Znajduje swój wyraz w wielu postanowieniach Konstytucji RP, począwszy od preambuły, przez postanowienia o charakterze ustrojowym<sup>2</sup>, po zasady ogólne wolności, praw i obowiązków człowieka i obywatela<sup>3</sup>, a także wolności i prawa polityczne<sup>4</sup> czy ekonomiczne, socjalne i kulturalne<sup>5</sup>.

W pierwszym rzędzie podkreślić jednak należy, że kwestia konstytucyjnego znaczenia obowiązków równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne w oczywisty sposób związana jest z istnieniem konstytucji, czyli aktu prawnego, którego formalne znaczenie objawia się przede wszystkim szczególnym usytuowaniem w hierarchii źródeł prawa<sup>6</sup>. Jednocześnie, o konstytucyjnym charakterze norm przesądza zakres ich zastosowania jako odnoszący się do tzw. zagadnień konstytucyjnych, w tym spraw związanych z podstawowymi prawami i wolnościami oraz związanymi z nimi powinnościami określonych podmiotów<sup>7</sup>. Doniosłość formalna i materialna Konstytucji RP wymaga zatem ujęcia badanego obszaru jako „konstytucyjnego wymiaru obowiązków równego traktowania”, wyrażającego korelację między hierarchicznym usytuowaniem norm a wagą obowiązków z nich wynikających. Jednocześnie, konstytucyjny wymiar pozwala spojrzeć na obowiązki równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne w świetle szerszego procesu, opisywanego zazwyczaj jako konstytucjonalizacja. Z tego powodu w niniejszej rozprawie analiza źródeł prawa poprzedzona będzie odniesieniem się do zjawiska, które dotyczy wpływu norm konstytucyjnych – oraz szerzej porządku konstytucyjnego – na prawo i sytuacje prawne przez nie wyznaczone. W dalszej kolejności poczynione zostaną ustalenia dotyczące zakresu zastosowania i zakresu normowania zawartej w Konstytucji RP zasady równości i zasady niedyskryminacji. Analizy zawarte w niniejszym rozdziale służyć mają przede wszystkim udzieleniu odpowiedzi na pytanie, w jakim zakresie obowiązki równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne kształtowane są w ramach procesów konstytucjonalizacji przez normy konstytucyjne.

## 2. Konstytucjonalizacja

Termin „konstytucjonalizacja” znajduje obecnie powszechne zastosowanie w literaturze<sup>8</sup>. W jednym z podstawowych ujęć odnoszony jest do procesów prawnych

<sup>2</sup> Konstytucja RP z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483), art. 6, art. 11.

<sup>3</sup> *Ibidem*, art. 32, art. 33.

<sup>4</sup> *Ibidem*, art. 60.

<sup>5</sup> *Ibidem*, art. 64, art. 70.

<sup>6</sup> R.M. Małajny, *Pojęcie konstytucji*, „Państwo i Prawo” 2018, nr 2, s. 17.

<sup>7</sup> T. Wieciech, *Normatywny wymiar brytyjskiej konstytucji*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2012, nr 74(2), s. 30.

<sup>8</sup> O.O. Cherednychenko, *The Constitutionalization of Contract Law: Something New under the Sun?*, „Electronic Journal of Comparative Law” 2004, vol. 8.1, <https://www.ejcl.org/81/art81-3.html>

polegających na zwiększeniu wpływu norm konstytucyjnych na określony obszar stosunków społecznych, a także poszczególne instytucje i konstrukcje prawne. Jak odnotowuje się w nauce, procesy te interpretowane są także jako próba odpowiedzi na zjawisko dyspersji władzy publicznej, wynikające chociażby z prywatyzacji zadań publicznych i ze wzrostu znaczenia innych niż klasyczna władza polityczna czynników kształtowania sytuacji jednostki<sup>9</sup>. Zauważa się również, że u podstaw konstytucjonalizacji leży historycznie już ugruntowana idea odejścia od koncepcji konstytucji jako deklaracji politycznej na korzyść stanowiska o charakterze normatywnym wpływającego intensywnie na praktykę orzecniczą<sup>10</sup>.

Konstytucjonalizacja jest jednak pojęciem wieloznacznym, a poszczególne sposoby jego rozumienia związane są z rodzajami systemów prawnych, w ramach których proces konstytucjonalizacji jest identyfikowany, a także z różnym pojmowaniem norm konstytucyjnych, do których ów proces jest odnoszony. Biorąc pod uwagę systemy prawne, można mówić o konstytucjonalizacji dokonującej się w ramach porządku prawnego danego państwa albo w ramach regulacji prawnych obowiązujących w grupie państw, np. w Unii Europejskiej<sup>11</sup>. W literaturze dostrzega się również procesy konstytucjonalizacji zachodzące w organizacjach międzynarodowych (np. w Światowej Organizacji Handlu)<sup>12</sup> albo konstytucjonalizacji samego prawa międzynarodowego<sup>13</sup>. Natomiast spojrzenie przez pryzmat regulacji prawnych pozwala dostrzec w konstytucjonalizacji procesy odnoszące się do samej konstytucji jako aktu prawnego oraz innych aktów prawnych, którym przypisuje się konstytucyjne znaczenie w danym systemie prawnym (łac. *leges fundamentales*).

Przez konstytucjonalizację można więc rozumieć zwiększenie wpływu ustawy zasadniczej jako aktu o nadrzędnej pozycji i szczególnej treści na określony obszar

[dostęp: 29.01.2021]; eadem, *Fundamental Rights and Private Law: A Relationship of Subordination or Complementarity?*, „Utrecht Law Review” 2007, vol. 3, nr 2, s. 1.

<sup>9</sup> K.J. Kaleta, *Rola i znaczenie wartości we współczesnym dyskursie prawniczym*, [w:] *Aksjologiczny wymiar prawa*, red. M. Dudek, M. Stępień, Kraków 2015, s. 137.

<sup>10</sup> A. Bierć, *Freedom of Contract against the Constitutional Non-discrimination Principle*, „Studia Prawnicze” 2018, nr 3(215), s. 39.

<sup>11</sup> D. Kabat-Rudnicka, *Konstytucjonalizacja Unii Europejskiej a sądownictwo konstytucyjne*, Warszawa 2015, s. 85.

<sup>12</sup> B. Ziemblicki, *Ochrona praw człowieka w systemie Światowej Organizacji Handlu*, Toruń 2013, s. 72 i nast.; T. Widłak, *O konstytucjonalizacji prawa międzynarodowego – ku konstytucji społeczności międzynarodowej?*, „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego” 2010, nr 8, s. 49 i nast.

<sup>13</sup> R. Deplano, *Fragmentation and Constitutionalisation of International Law: A Theoretical Inquiry*, „European Journal of Legal Studies” 2013, vol. 6, is. 1, s. 74; K. Armingeon, K. Milewicz, S. Peter, A. Peters, *The Constitutionalisation of International Trade Law*, [w:] *The Prospects of International Trade Regulation: from fragmentation to coherence*, red. T. Cottier, P. Delimatsis, Cambridge 2011, s. 70, <https://ssrn.com/abstract=1881650>; <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1881650>, [dostęp: 16.02.2022].

zjawisk społecznych, w tym prawa<sup>14</sup>. Przy czym zwiększenie wpływu konstytucji może dokonać się poprzez zabiegi legislacyjne albo poprzez wykładnię zakodowanych w postanowieniach konstytucji norm. Przynosi to taki skutek, że normy te znajdują zastosowanie do okoliczności, które nie były zaliczane do zakresu ich zastosowania w dotychczasowej interpretacji. Konstytucjonalizacja realizowana drogą zabiegów prawodawczych może polegać jedynie na przyjęciu konstytucji albo wprowadzeniu do istniejącej konstytucji określonego pojęcia odnoszącego się do jakiegoś zjawiska życia społecznego<sup>15</sup>. Konstytucjonalizacja może również wyrażać się w unormowaniu (w całości lub częściowo) danej instytucji, a w tym poprzez ustanowienie norm konstytucyjnych będących źródłem określonych uprawnień i obowiązków<sup>16</sup>. Natomiast w procesie stosowania prawa konstytucjonalizacja może ujawniać się w trakcie wykładni prokonstytucyjnej norm prawnych przez organy stosujące prawo, w tym przez podmioty rozstrzygające spory<sup>17</sup>.

Jednakże na konstytucjonalizację można spojrzeć jeszcze szerzej, tj. jako na proces prowadzący do wykształcenia się porządku konstytucyjnego w danym systemie prawnym, a nawet jako na propagowanie i rozprzestrzenianie się konstytucjonalizmu jako sposobu myślenia o prawie<sup>18</sup>. Konstytucjonalizacja może więc przejawiać się zarówno w „promieniowaniu” (niem. *Ausstrahlungswirkung*, *Ausstrahlung des Grundgesetzes*) istniejącej konstytucji (także poprzez wpływ na interpretację innych przepisów)<sup>19</sup>, jak i w kształtowaniu się konstytucji jako aktu prawnego, a także nabywaniu cech konstytucyjnych poprzez istniejące już akty prawne, czyli być pewnego rodzaju drogą „ku konstytucji”<sup>20</sup>. Zdaniem Krzysztofa Kalety: „ze względu na najwyższą moc prawną ustawy zasadniczej ujęte w niej wartości mają »promieniować« na wszystkie gałęzie

<sup>14</sup> M. Latacz, *Wpływ konstytucji na kształtowanie standardów metodologicznych*, „Przegląd Prawniczy Uniwersytetu Warszawskiego” 2017, nr 2, s. 385; K. Kiczka, *Konstytucjonalizacja publicznego prawa gospodarczego*, [w:] *Nowe problemy badawcze w teorii publicznego prawa gospodarczego (z uwzględnieniem samorządu terytorialnego)*, red. L. Kieres, Wrocław 2010, s. 141.

<sup>15</sup> B. Ziemblicki, *op. cit.*, s. 72.

<sup>16</sup> T. Dębowska-Romanowska, *Pojęcie i znaczenie konstytucjonalizacji ustroju i systemu finansowego państwa*, [w:] *Konstytucyjne uwarunkowania tworzenia i stosowania prawa finansowego i podatkowego*, red. P.J. Lewkowicz, J. Stankiewicz, Białystok 2010, s. 19; M. Ziółkowski, *Bezpośredni horyzontalny skutek norm konstytucyjnych (analiza krytyczna)*, [w:] *Horyzontalne oddziaływanie Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej oraz Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności*, red. A. Młynarska-Sobaczewska, P. Radziejewicz, Warszawa 2015, s. 114.

<sup>17</sup> M. Florczak-Wątor, *Horyzontalny wymiar praw konstytucyjnych*, Kraków 2014, s. 126.

<sup>18</sup> T. Widłak, *op. cit.*, s. 53.

<sup>19</sup> J. Zajadło, *Konstytucjonalizacja prawa międzynarodowego*, „Państwo i Prawo” 2011, nr 3, s. 7-8; M. Florczak-Wątor, *Horyzontalny wymiar...*, s. 114; M. Safjan, *O różnych metodach oddziaływania horyzontalnego praw podstawowych na prawo prywatne*, „Państwo i Prawo” 2014, nr 2, s. 4; J. Limbach, *Promieniowanie konstytucji na prawo prywatne*, [w:] *Na drodze do wspólnoty kultury prawnej II. Auf dem Wege zur Gemeinschaft der Rechtskultur II*, red. M. Lutter, W.-H. Roth, M. Wyrzykowski, Warszawa 2016, s. 9; M. Borsiak, „Promieniowanie” konstytucji, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 2016, nr 98, s. 11 i nast.

<sup>20</sup> T. Widłak, *op. cit.*, s. 53-54.

prawa, determinując kształt rozwiązań przyjmowanych na gruncie poszczególnych dogmatyk<sup>21</sup>. Lech Garlicki zaś stwierdził, że: „w ten sposób poszczególne gałęzie prawa zostają jakby nasączone normami prawa konstytucyjnego, a konstytucja zyskuje charakter rzeczywistej podstawy całokształtu państwowego prawodawstwa. Ze szczególną wyrazistością powyższe zjawiska przejawiają się w orzecznictwie dotyczącym praw i wolności obywatelskich”<sup>22</sup>.

Oznacza to, że samo pojęcie konstytucji może odnosić się nie tyle do konkretnego aktu prawnego, ile do określonego ładu konstytucyjnego, porządku fundamentalnych wartości lub jeszcze inaczej – idei konstytucyjnych. Konstytucja – w materialnym znaczeniu – to w istocie zespół podstawowych zasad i reguł urządzenia danej społeczności. W tym rozumieniu konstytucjonalizacja to emanacja wartości konstytucyjnych, upowszechnianie się zasad konstytucyjnych, „wsączanie aksjologii konstytucyjnej”<sup>23</sup>. W ramach tak pojmowanej problematyki konstytucjonalizacji w sposób szczególny ujawnia się warstwa aksjologiczna prawa<sup>24</sup>. Jej wyrazem jest np. doktryna obiektywnego porządku wartości (niem. *objektive Wertordnung*)<sup>25</sup> zawartego w konstytucji, ale posiadającego równocześnie znaczenie uniwersalne. Postulatem tej doktryny jest wymóg konsekwentnego wdrażania wartości konstytucyjnych w porządku prawnym<sup>26</sup>. Wynika z tego, jak zauważa Piotr Radzewicz, że ustawa zasadnicza jest nie tylko podstawą działania władzy publicznej i organizacji państwa (systemu rządów), lecz także fundamentem życia zbiorowego we wszystkich jego sferach<sup>27</sup>. Wprawdzie w literaturze podnosi się niekiedy, że konstytucjonalizacja instytucji prawa prywatnego zasadniczo nie oddziałuje bezpośrednio na stosunki prywatnoprawne, gdyż jest przede wszystkim podstawą nakazów adresowanych do ustawodawcy<sup>28</sup>, jednak jednocześnie wskazuje się, że wartości konstytucyjne są przedmiotem nakazu realizacji zasad konstytucyjnych, a w konsekwencji również ustawowych zasad prawa, w tym prawa prywatnego, które rozwijają zasady konstytucyjne na niższych poziomach hierarchicznie zbudowanego systemu prawnego<sup>29</sup>.

<sup>21</sup> K.J. Kaleta, *op. cit.*, s. 124.

<sup>22</sup> L. Garlicki, *Sądownictwo konstytucyjne w Europie Zachodniej*, Warszawa 1987, s. 292.

<sup>23</sup> T. Widłak, *op. cit.*, s. 53.

<sup>24</sup> Zob. np. Z. Kędzia, *Uwagi o aksjologii konstytucji*, [w:] *Prawa człowieka w społeczeństwie obywatelskim*, red. A. Rzepliński, Warszawa 1993, s. 24 i nast.

<sup>25</sup> M. Florczak-Wątor, *Horyzontalny wymiar...*, s. 114; I. Wróblewska, *Poziome działanie praw jednostki jako rozwiązanie ustrojowe*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2014, nr 1(17), s. 61.

<sup>26</sup> P. Radzewicz, *Pojęcie horyzontalnego skutku norm konstytucyjnych – uwagi wprowadzające z perspektywy prawa konstytucyjnego*, [w:] *Horyzontalne oddziaływanie...*, s. 35.

<sup>27</sup> *Ibidem*, s. 51.

<sup>28</sup> P. Czarny, *Konstytucyjne podstawy prawnej regulacji stosunków prywatnoprawnych w Polsce (na tle koncepcji horyzontalnego oddziaływania praw konstytucyjnych oraz obowiązku ochrony tych praw przez państwo)*, [w:] *Oddziaływanie współczesnych konstytucji na stosunki między podmiotami prywatnymi*, red. M. Florczak-Wątor, Kraków 2015, s. 170.

<sup>29</sup> M. Ziółkowski, *Bezpośredni horyzontalny skutek...*, s. 132.

W powyższym świetle na szczególną uwagę zasługuje problematyka „konstytucjonalizacji obowiązków”. Zagadnienie to nie jest często podejmowane w literaturze, a jeśli, to zazwyczaj w kontekście obowiązków państwa<sup>30</sup>, nieco rzadziej obowiązków obywateli i innych podmiotów<sup>31</sup>. Tym bardziej uwagi wymaga zagadnienie konstytucyjnego wymiaru obowiązków równego traktowania w zamówieniach publicznych. Zauważa się przy tym od dawna, że o konstytucyjnym wymiarze obowiązków przesądzają z jednej strony aspekty formalne (tj. wynikanie z norm konstytucyjnych), z drugiej – aspekty materialne, wyrażające się w tym, że treść wyznaczonych zachowań odnosi się do najważniejszych dóbr i wartości społecznych<sup>32</sup>. Cechą obowiązków konstytucyjnych jest również to, że powiązane są z realizacją konkretnego konstytucyjnego uprawnienia bądź swobody<sup>33</sup>. Nie wyklucza się przy tym, że obowiązki konstytucyjne mogą nakazywać określone zachowania, lecz także zakazywać określonych zachowań<sup>34</sup>. Dostrzega się również, że sam proces konstytucjonalizacji obowiązków może wyrażać się także w tym, że poszerzeniu ulega krąg podmiotów będących ich adresatami<sup>35</sup>.

### 3. Konstytucyjne zasady równości

#### 3.1. Zasada równości wobec prawa oraz zasada równego traktowania

Kluczowe postanowienia Konstytucji RP w materii równości dotyczą tzw. ogólnej zasady równości zawartej w art. 32 KRP: „1. Wszyscy są wobec prawa równi. Wszyscy mają prawo do równego traktowania przez władze publiczne. 2. Nikt nie może być dyskryminowany w życiu politycznym, społecznym lub gospodarczym z jakiegokolwiek przyczyny”<sup>36</sup>. Zasada ta została umiejscowiona w rozdziale II *Wolności, prawa i obowiązki człowieka i obywatela*, w otwierającym go podrozdziale *Zasady ogólne*. Oznacza to, że ustawodawca konstytucyjny przypisał zasadę równości przede

<sup>30</sup> M. Florczak-Wątor, *Konstytucja jako źródło obowiązków państwa w stosunku do obywatela*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2018, nr 80(1), s. 119 i 130.

<sup>31</sup> K. Complak, *Konstytucjonalizacja obowiązków jednostki w państwach Ameryki Łacińskiej może być wzorem do naśladowania?*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2015, t. 100, s. 307-324.

<sup>32</sup> B. Banaszak, M. Jabłoński, *Obowiązki podstarwowe człowieka i obywatela*, [w:] *Wolności i prawa jednostki oraz ich gwarancje w praktyce*, red. L. Wiśniewski, Warszawa 2006, s. 238; H. Zięba-Załucka, *Obowiązki obywatelskie w Rzeczypospolitej Polskiej*, „Themis Polska Nowa” 2011, nr 1, s. 197. Podobne poglądy przedstawiano już w literaturze okresu PRL. Zob. np.: R. Wieruszewski, *Podstarwowe obowiązki obywateli PRL*, Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk-Łódź 1984, s. 75-78; A. Łopatka, *Pojęcie podstarwowych praw i obowiązków obywateli PRL*, [w:] *Podstarwowe prawa i obowiązki obywateli PRL*, red. A. Łopatka, Warszawa 1978, s. 19; R. Wieruszewski, *Podstarwowe obowiązki obywateli PRL*, [w:] *Podstarwowe prawa i obowiązki obywateli PRL w okresie budowy rozwiniętego społeczeństwa socjalistycznego*, red. A. Łopatka, R. Wieruszewski, Warszawa 1976, s. 117.

<sup>33</sup> B. Banaszak, M. Jabłoński, *Obowiązki podstarwowe...*, s. 241.

<sup>34</sup> *Ibidem*.

<sup>35</sup> *Ibidem*, s. 262.

<sup>36</sup> Konstytucja RP z dnia 2 kwietnia 1997 r.



wszystkim do kategorii wolności, praw i obowiązków, nie traktując jej wyłącznie jako zasady funkcjonowania ustroju państwa<sup>37</sup>. Z tego powodu art. 32 KRP uznawany jest w literaturze i w orzecznictwie jednocześnie za źródło zasady prawa, w tym zasady ustrojowej, ale także źródło konstytucyjnego prawa podmiotowego<sup>38</sup>. Ponadto usytuowanie zasady równości w ramach tzw. zasad ogólnych pozwala dostrzegać w niej materię konstytucyjną wyznaczającą sposób pojmowania pozostałych przepisów ustawy zasadniczej. Tym samym zasadę równości można uznać za jedną z wiodących zasad całego porządku prawnego w Polsce<sup>39</sup>. Jak zauważa Jacek B. Falski, Polska jako demokratyczne państwo prawa opiera swe ustawodawstwo na konstytucyjnej zasadzie równości, gwarantuje istnienie organów kontrolujących jej przestrzeganie, a także wyposaża tych, których równość praw doznała uszczerbku w instrumentarium dochodzenia swych racji w niezawisłym systemie sądownictwa<sup>40</sup>. Nie budzi zatem zdziwienia to, że w literaturze konstytucyjną zasadę równości określa się jako „najpierwszą z zasad”<sup>41</sup>.

W ramach zasady równości wyróżnia się ponadto dwie płaszczyzny. Pierwsza odnosi się do określonego stwierdzenia – deklaracji normatywnej: „Wszyscy są wobec prawa równi”, która utożsamiana jest z „równością w prawie”<sup>42</sup>. Na ten aspekt zasady równości w prawie należy spoglądać także przez pryzmat preambuły konstytucyjnej, która przewiduje, że wszyscy obywatele Rzeczypospolitej są „równi w prawach”. Druga odnosi się do powinności równego traktowania oraz niedyskryminacji.

Jeszcze przed wejściem w życie obecnie obowiązującej konstytucji Trybunał Konstytucyjny wskazał na te dwa elementy równości: „równość w prawie” oraz „równość wobec prawa” (nazywaną też „równością stosowania prawa” albo „równością wobec prawa *sensu stricto*”)<sup>43</sup>. Pogląd ten został zaaprobowany w orzecznictwie także po wejściu w życie Konstytucji RP<sup>44</sup>. Jak zauważono na gruncie orzecznictwa, art. 32

<sup>37</sup> M. Chmaj, *Równość wobec prawa*, [w:] *Wolności i prawa człowieka w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, red. M. Chmaj, Warszawa 2016, s. 59.

<sup>38</sup> A. Łabno, *Zasada równości i zakaz dyskryminacji*, [w:] *Wolności i prawa jednostki oraz ich gwarancje...*, s. 37; I. Bernatek-Zaguła, *Konstytucyjna zasada równości wobec prawa w świetle ustawy o udostępnianiu informacji gospodarczych*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2012, nr 3, s. 76; postanowienie TK z dnia 24 października 2001 r., SK 10/01.

<sup>39</sup> W. Borysiak, L. Bosek, *Komentarz do art. 32*, [w:] *Konstytucja RP*, t. 1, *Komentarz. Art. 1-86*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016, s. 819.

<sup>40</sup> J.B. Falski, *Konstytucyjna zasada równości w Polsce*, [w:] *Państwo – Demokracja – Samorząd. Księga jubileuszowa na sześćdziesięciolecie Profesora Eugeniusza Zielińskiego*, red. T. Mołdawa, Warszawa 1999, s. 72.

<sup>41</sup> J. Oniszczyk, *Równość – najpierwsza z zasad i orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 2004.

<sup>42</sup> Zob. m.in. L. Garlicki, M. Zubik, *Komentarz do art. 32*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 110; M. Masternak-Kubiak, *Prawo do równego traktowania*, [w:] *Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP*, red. B. Banaszak, A. Preisner, Warszawa 2002, s. 121; B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 227.

<sup>43</sup> J. Oniszczyk, *Równość...*, s. 28 i 35.

<sup>44</sup> Zob. np. orzeczenie TK z dnia 31 marca 1998 r., K 24/97.

ust. 1 KRP jako całość odnosi się zarówno do stanowienia, jak i stosowania prawa<sup>45</sup>. Takie same poglądy formułowane są również w doktrynie<sup>46</sup>. Przyjmuje się przy tym, że w odniesieniu do prawodawcy konstytucyjna zasada równości wymaga stanowienia norm generalno-abstrakcyjnych o treści urzeczywistniającej jej wymagania, a wobec podmiotów stosujących takie normy – odpowiedniej ich konkretyzacji<sup>47</sup>. Z kolei konstytucyjny wyraz równości rozciągający się również na obszar stosowania prawa wyrażony jest w art. 32 ust. 1 zd. 2 KRP, który przewiduje, że „wszyscy mają prawo do równego traktowania przez władze publiczne”. Norma zawarta w tym przepisie uznawana jest też niekiedy za źródło zasady określanej jako „zasada równego traktowania”<sup>48</sup>. Ten wymiar zasady równości ściśle łączy się z zagadnieniem praworządności w realizowaniu treści norm prawnych. W literaturze stwierdza się, że obowiązek równego traktowania w tym znaczeniu związany jest z postulatami praworządności formalnej odnoszącymi się do obowiązku stosowania prawa przez władze publiczne<sup>49</sup>. Pozostaje jednak w oczywistym związku z obowiązkiem zapewnienia przez prawodawcę równości wszystkich w prawie. Sposób, w jaki powinnośc ta realizowana jest poprzez stanowienie prawa, kształtuje ostatecznie obowiązki podmiotów je stosujących. Obowiązek równego traktowania wyraża się w istocie w podejmowaniu działań zgodnych z treścią norm prawnych<sup>50</sup>. Jednocześnie, praworządne zachowanie nie zostaje wyczerpane w realizowaniu treści ustanowionych norm, lecz wymaga pewnej dodatkowej dyspozycji: gotowości do urzeczywistniania równego traktowania adresatów norm prawnych.

W literaturze wskazuje się, że konstytucyjny wzorzec równości odnosi się do przynależności dwóch lub więcej podmiotów do co najmniej jednej i tej samej klasy, wyróżnionej ze względu na określoną cechę istotną<sup>51</sup>. Z tak pojmowanego konstytucyjnego ideału równości wyprowadza się zasadę postępowania, zgodnie z którą podmioty znajdujące się w podobnej sytuacji powinny być traktowane w sposób podobny, a podmioty znajdujące się w sytuacji odmiennej – w sposób odmienny<sup>52</sup>.

<sup>45</sup> A. Patalon, *Zasada równości wobec prawa w świetle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego w Polsce*, [w:] *Nierówności społeczne. W trosce o otwarcia horyzontów edukacji*, red. K. Błasińska et al., Gdańsk 2015, s. 76; W. Borysiak, L. Bosek, *op. cit.*, s. 819; orzeczenie TK z dnia 9 stycznia 2007 r., P 5/05, pkt 3.

<sup>46</sup> Zob. m.in. L. Garlicki, M. Zubik, *op. cit.*, s. 110; M. Masternak-Kubiak, *op. cit.*, s. 121; B. Banaszak, *Konstytucja...*, s. 227.

<sup>47</sup> P. Tuleja, *Art. 32. Zasada równości*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. P. Tuleja, Warszawa 2019, s. 121.

<sup>48</sup> L. Garlicki, M. Zubik, *op. cit.*, s. 111 i 122; I. Bernatek-Zagała, *op. cit.*, s. 74; B. Banaszak, *Konstytucja...*, s. 227.

<sup>49</sup> L. Garlicki, M. Zubik, *op. cit.*, s. 112.

<sup>50</sup> J. Podkowik, *Konstytucyjna zasada równości i zakaz dyskryminacji w prawie cywilnym*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2016, t. 25, nr 2, s. 231; zob. orzeczenie TK z dnia 15 lipca 2010 r., K 63/07.

<sup>51</sup> W. Borysiak, L. Bosek, *op. cit.*, s. 831.

<sup>52</sup> *Ibidem*.

Można więc przyjąć, że z Konstytucji RP wynika ogólny nakaz jednakowego traktowania podmiotów prawa w obrębie określonej klasy (kategorii)<sup>53</sup>. W tym świetle w doktrynie stwierdza się również, że równe traktowanie oznacza w rezultacie powinność pomijania w procesie stanowienia oraz stosowania prawa cech i sytuacji, które nie są istotne<sup>54</sup>. W myśl orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego oznacza to, że „wszystkie podmioty prawa (adresaci norm prawnych), charakteryzujące się daną cechą istotną (relewantną) w równym stopniu, mają być traktowane równo, a więc według jednakowej miary, bez zróżnicowań dyskryminujących, jak i faworyzujących”<sup>55</sup>. Wynika zaś z tego konieczność akceptacji „różnego traktowania przez prawo różnych podmiotów (adresatów norm prawnych), bo równe traktowanie przez prawo tych samych podmiotów pod pewnym względem oznacza z reguły różne traktowanie tych samych podmiotów pod innym względem”<sup>56</sup>.

W opinii Jana Podkowika powyższa interpretacja art. 32 ust. 1 KRP, którą można streścić w formule „równych traktować równo”, wydaje się obecnie powszechnie aprobowana i niekwestionowana<sup>57</sup>. Nakaz równego traktowania w procesie tworzenia norm prawnych polegać ma na kształtowaniu w sposób jednakowy (podobny) sytuacji prawnej podmiotów, które uznaje się za podobne według kryteriów przyjętych przez prawodawcę. Jak stwierdził Trybunał Konstytucyjny: „równość w stanowieniu prawa oznacza zatem wyróżnianie poszczególnych klas (kategorii) podobnych podmiotów prawa w treści norm prawnych”<sup>58</sup>. Natomiast w odniesieniu do stosowania prawa konstytucyjny nakaz równego traktowania powinien wyrażać się w tym, że w indywidualnych sytuacjach konkretni adresaci norm prawnych uznani przez prawodawcę za podmioty podobne, tj. zaliczone do danej klasy istotnej, są traktowani tak samo. Ustalenie, czy jest przestrzegana zasada równości, wymaga – jak zauważa Jerzy Oniszczyk – określenia kręgu adresatów, do których odnosi się dana norma prawna, i wskazania tych elementów ich sytuacji faktycznej, które są prawnie relewantne<sup>59</sup>. W istocie równość w stosowaniu prawa jest po prostu – wedle dominującego stanowiska – poprawnym stosowaniem norm prawnych przez organy państwa<sup>60</sup>. Jednocześnie wskazuje się, że podstawowym aspektem nakazu równego traktowania jest zakaz arbitralności pojmowany – w odniesieniu do stosowania prawa – jako zakaz różnicowania sytuacji podmiotów opartego na cechach nierelewantnych z punktu widzenia danej normy<sup>61</sup>. Znajduje on zastosowanie w szczególności wówczas, gdy

<sup>53</sup> Orzeczenie TK z dnia 18 kwietnia 2000 r., K 23/99.

<sup>54</sup> J. Podkowik, *op. cit.*, s. 231.

<sup>55</sup> Orzeczenie TK z dnia 9 marca 1988 r., U 7/87.

<sup>56</sup> *Ibidem*.

<sup>57</sup> J. Podkowik, *op. cit.*, s. 232.

<sup>58</sup> Orzeczenie TK z dnia 15 lipca 2010 r., K 63/07.

<sup>59</sup> J. Oniszczyk, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, Kraków 2000, s. 270.

<sup>60</sup> J. Podkowik, *op. cit.*, s. 231.

<sup>61</sup> P. Tuleja, *Art. 32...*, s. 120.



hipoteza normy prawnej pozostawia organowi ją stosującemu określony margines swobody<sup>62</sup>.

Na uwagę zasługuje również to, że w orzecznictwie podkreśla się, iż równość w rozumieniu konstytucyjnym nie ma charakteru abstrakcyjnego i absolutnego. Konstytucja RP nie nakazuje ustanawiania zawsze absolutnej równości, lecz jedynie zakazuje nieuzasadnionego różnicowania.

Zgodnie z powszechnie przyjętym założeniem równość nie oznacza identyczności (tożsamości) praw wszystkich jednostek. Równość (prawo do równego traktowania) funkcjonuje zawsze w pewnym kontekście sytuacyjnym, odniesiona musi być do zakazów lub nakazów albo nadania uprawnień określonym jednostkom (grupom jednostek) w porównaniu ze statusem innych jednostek (grup). Równość nie oznacza jednakowej sytuacji faktycznej i prawnej wszystkich, ale polega na jednakowym uzdolnieniu do rozmaitych praw<sup>63</sup>.

Należy więc odnotować, że zasada równości nie może być utożsamiana z obowiązkiem zapewniania bezwzględnej „faktycznej równości”, zakłada jedynie zagwarantowanie tej równości na płaszczyźnie prawnej.

### 3.2. Zasada niedyskryminacji

W doktrynie zauważa się jednocześnie, że z jednej strony art. 32 KRP stanowi „normatywną całość”, a z drugiej – ma złożoną strukturę i znaczenie<sup>64</sup>. W ust. 1. konstytuuje ogólną zasadę równości, a w ust. 2. przewiduje zakaz dyskryminacji. Ogólną zasadę równości kształtuje więc nie tylko zasada równości obejmująca obowiązki pozytywne, ale również zasada niedyskryminacji. Konstytucyjny zakaz dyskryminacji traktowany jest w literaturze zazwyczaj jako szczególny, odrębny wyraz zasady równości<sup>65</sup>. Stwierdza się przy tym, że każda dyskryminacja stanowi przejaw naruszenia obowiązku równego traktowania, ale nie każdy przejaw nieuzasadnionego nierównego traktowania jest równoznaczny z dyskryminacją<sup>66</sup>. W związku z tym w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego można zauważyć coraz bardziej konsekwentne odróżnianie zasady równego traktowania w procesie stanowienia i stosowania prawa od zasady niedyskryminacji w tych obszarach<sup>67</sup>.

<sup>62</sup> W. Borysiak, L. Bosek, *op. cit.*, s. 833.

<sup>63</sup> Postanowienie TK z 24 października 2001 r., SK 10/01.

<sup>64</sup> Orzeczenie TK z dnia 23 października 2001 r., K. 22/01.

<sup>65</sup> L. Garlicki, M. Zubik, *op. cit.*, s. 112, 122 i 126; J. Podkowik, *op. cit.*, s. 258; orzeczenie TK z dnia 5 lipca 2011 r., P 14/10; W. Borysiak, L. Bosek, *op. cit.*, s. 820.

<sup>66</sup> L. Garlicki, M. Zubik, *op. cit.*, s. 126.

<sup>67</sup> Zob. np. orzeczenia TK z dnia 24 lutego 1999 r., SK 4/98; z dnia 15 lipca 2010 r., K 63/07; z dnia 5 lipca 2011 r., P 14/10; z dnia 3 grudnia 2013 r., P 40/12; postanowienie TK z dnia 22 lipca 2015 r., SK 20/14.

W piśmiennictwie dostrzega się też, że konstytucyjny zakaz dyskryminacji ma charakter uniwersalny, ale sama dyskryminacja pojawia się głównie w określonych sytuacjach, tj. gdy różnicowanie następuje ze względu na cechę osobową (wiek, płeć, stan zdrowia, wyznanie itp.), niezależną od woli i czynów<sup>68</sup>. W związku z tym przyjmuje się, że zakaz dyskryminacji ma ścisły związek z podlegającą ochronie w Konstytucji RP godnością człowieka<sup>69</sup>. Warto jednak podkreślić, że konstytucyjny zakaz dyskryminacji odwołuje się do „jakichkolwiek przyczyn” (np. przynależności państwowej). Piotr Tuleja stwierdza w związku z tym, że dyskryminacja może również dotyczyć cech, które nie mają obiektywnego charakteru, ale są chronione przez prawo<sup>70</sup>. W literaturze podkreśla się nawet, że dyskryminacja jest bardzo szeroką, wręcz blankietową formułą<sup>71</sup>. Część autorów stwierdza jednocześnie, że takie ujęcie oddaje istotę dyskryminacji oraz odpowiada standardom międzynarodowym<sup>72</sup>. Inni autorzy zwracają z kolei uwagę na to, że sformułowanie zawarte w polskiej konstytucji jest nietypowe w świetle prawa międzynarodowego, które zazwyczaj egzemplifikuje, choć często w sposób otwarty, niedozwolone kryteria dyskryminacji, ułatwiając tym samym wykładnię przepisów<sup>73</sup>.

Wskazać również można próby doktrynalnego ujęcia dyskryminacji. Na przykład w opinii Andrzeja Wróbla teoretyczna koncepcja dyskryminacji obejmuje: a) konstrukcje niedozwolonych kryteriów różnicujących oraz b) element pokrzywdzenia osoby dyskryminowanej<sup>74</sup>. Z kolei Piotr Winczorek stwierdza, że dyskryminacją jest – nieznanujące podstawy w obowiązujących normach prawnych i upośledzające daną osobę – odbieranie lub ograniczenie wolności, uniemożliwianie lub utrudnianie korzystania z praw albo wymaganie realizacji nieznanych prawu obowiązków<sup>75</sup>. Stwierdza się również w literaturze, że postępowanie jest dyskryminujące, jeśli ma na celu naruszenie równości szans albo równego traktowania<sup>76</sup>.

<sup>68</sup> L. Garlicki, M. Zubik, *op. cit.*, s. 111, 127; M. Ziółkowski, *Zasada równości w prawie*, „Państwo i Prawo” 2015, nr 5, s. 101; W. Borysiak, L. Bosek, *op. cit.*, s. 820.

<sup>69</sup> Konstytucja RP z dnia 2 kwietnia 1997 r., art. 30.

<sup>70</sup> P. Tuleja, *Art. 32...*, s. 122.

<sup>71</sup> M. Safjan, *Autonomia woli a zasada równego traktowania*, [w:] *Zaciąganie i wykonywanie zobowiązań*, red. E. Gniewek, K. Górską, P. Machnikowski, Warszawa 2010, s. 361.

<sup>72</sup> M. Masternak-Kubiak, *op. cit.*, s. 127.

<sup>73</sup> M. Safjan, *Autonomia woli a zasada...*, s. 361; T. Filipowicz, *Zasada równego traktowania wykonawców w zamówieniach publicznych dotyczących technologii informatycznych*, Warszawa 2015, s. 133; L. Garlicki, *Zasada równości i zakaz dyskryminacji w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, [w:] *Obywatel – jego wolności i prawa*, red. B. Oliwa-Radzikowska, Warszawa 1998, s. 79.

<sup>74</sup> A. Wróbel, *Rekonstrukcja pojęcia „dyskryminacja”? Uwagi na tle dwóch orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości UE*, [w:] *Księga pamiątkowa w piątą rocznicę śmierci profesora Andrzeja Kijowskiego*, red. Z. Niedbała, Warszawa 2010, s. 337.

<sup>75</sup> P. Winczorek, *Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.*, Warszawa 2000, s. 51.

<sup>76</sup> I. Pużycka, J. Wojnowska-Radzińska, *Zasada równości i zakaz dyskryminacji w Konstytucji RP*, [w:] *Prawo wobec dyskryminacji w życiu społecznym, gospodarczym i politycznym*, red. Z. Niedbała, Warszawa 2011, s. 267-268.

Na odnotowanie zasługuje także wyróżnianie w polskiej doktrynie dwóch postaci dyskryminacji, tj. bezpośredniej oraz pośredniej. Dyskryminacja bezpośrednia jest oparta na przesłance różnicującej wynikającej wprost z przepisów prawa, dyskryminacja pośrednia zaś istnieje wówczas, gdy niedopuszczalne zróżnicowanie wynika z kontekstu całokształtu redakcji danej przesłanki wyznaczającej pozornie neutralne kryteria różnicowania, nieopierające się wprost na jakiegokolwiek przesłance dokonującej bezpośredniego zróżnicowania<sup>77</sup>.

W świetle powyższego, zawarty w konstytucji zakaz dyskryminacji należałoby więc postrzegać jako „klauzulę-barierę” w ramach konstytucyjnej zasady równości<sup>78</sup>. Ogólna zasada równości wynikająca z art. 32 ust. 1 KRP ma bowiem rangę zasady wymagającej jej urzeczywistnienia w możliwie najwyższym stopniu, dopuszczając jednocześnie możliwość różnicowania podmiotów, jeśli przemawiają za tym uzasadnione argumenty konstytucyjne. Natomiast zakaz dyskryminacji – ze względu na związek z ochroną godności człowieka oraz na krąg podmiotów zobowiązanych – nie przewiduje jakichkolwiek odstępstw, nawet w ramach zasady proporcjonalności. W tym zakresie należy więc przyjąć, że zasada niedyskryminacji ma charakter gwarancyjny<sup>79</sup>. Zakaz dyskryminacji jest bowiem przykładem zasady konstytucyjnej niepodlegającej żadnym ograniczeniom w jakichkolwiek okolicznościach<sup>80</sup>. Jednocześnie, zasada niedyskryminacji nie wymaga urzeczywistnienia faktycznej równości podmiotów prawa<sup>81</sup>.

### 3.3. Szczególne zasady równości

Wyrażona w art. 32 KRP zasada równości nie jest jedyną regulacją konstytucyjną odnoszącą się do równości. Uzupełniająco należy zatem zwrócić uwagę na rozwinięcie ogólnej zasady równości z art. 32 KRP w postaci tzw. zasad szczególnych<sup>82</sup>. Przykładem może być tu art. 33 KRP, który stanowi, że:

1. Kobieta i mężczyzna w Rzeczypospolitej Polskiej mają równe prawa w życiu rodzinnym, politycznym, społecznym i gospodarczym. 2. Kobieta i mężczyzna mają w szczególności równe prawo do kształcenia, zatrudnienia i awansów, do jednakowego wynagradzania za pracę jednakowej wartości, do zabezpieczenia społecznego oraz do zajmowania stanowisk, pełnienia funkcji oraz uzyskiwania godności publicznych i odznaczeń<sup>83</sup>.

<sup>77</sup> W. Borysiak, L. Bosek, *op. cit.*, s. 831.

<sup>78</sup> J. Podkowiak, *op. cit.*, s. 260.

<sup>79</sup> P. Śmiałek, *Prawna ochrona jednostki przed naruszeniem konstytucyjnego zakazu dyskryminacji w relacjach horyzontalnych*, „Przegląd Sejmowy” 2019, nr 4, s. 88.

<sup>80</sup> Więcej na ten temat: M. Ziółkowski, *Bezpośredni horyzontalny skutek...*, s. 129-130.

<sup>81</sup> W. Borysiak, L. Bosek, *op. cit.*, s. 820.

<sup>82</sup> Ł. Folać, *Paradoksy dotyczące zasady równości*, [w:] *Równość w prawie administracyjnym*, red. J. Korczak, P. Lisowski, Warszawa 2018, s. 24.

<sup>83</sup> Konstytucja RP z dnia 2 kwietnia 1997 r.; M. Masternak-Kubiak, *op. cit.*, s. 131.

Z powodu tego, że zagadnienie równości zostało ujęte w wielu przepisach konstytucyjnych, ujawniła się kwestia relacji, jaka zachodzi pomiędzy art. 32 KRP a szczegółowymi przepisami służącymi przestrzeganiu równości w określonych dziedzinach życia społecznego. W nauce stwierdza się w związku z tym, że sformułowana w art. 32 ust. 1 KRP zasada równości stanowi *lex generalis* dla pozostałych norm konstytucyjnych dotyczących równości i ją konkretyzujących<sup>84</sup>. Określa się ją też mianem „ogólnej zasady równości”, odróżniając tym samym od szczegółowych praw równościowych wyrażonych w innych przepisach konstytucyjnych wyznaczających obowiązki państwa w zakresie równego traktowania podmiotów tychże wolności i praw<sup>85</sup>. Jerzy Oniszcuk konstatuje zaś, że na podstawie analizy unormowań konstytucyjnych Trybunał Konstytucyjny doszedł do wniosku, iż znaczenie przepisów szczegółowych nie polega na wprowadzaniu wyjątków od ogólnej zasady równości, ale na potwierdzeniu obowiązywania tej zasady we wskazanych obszarach życia społecznego<sup>86</sup>.

### 3.4. Związek zasad równości z zasadą sprawiedliwości społecznej

Nie można też nie dostrzegać związku, jaki istnieje między zasadami równości a konstytucyjną zasadą sprawiedliwości społecznej. Jak zauważają Lech Garlicki i Marek Zubik, żadnej z tych zasad (wartości) nie da się definiować ani stosować bez równoczesnego nawiązania do drugiej<sup>87</sup>. Łukasz Moniuszko odnotowuje, że za pośrednictwem sprawiedliwości „uwypukla się w Konstytucji” wartość równości<sup>88</sup>. W opinii Piotra Tulei zasada sprawiedliwości, w szczególności wynikająca z niej formuła sprawiedliwości dystrybutywnej, determinuje rozumienie równości oraz uzasadnia dokonywanie od niej odstępstwa<sup>89</sup>. Natomiast Małgorzata Masternak-Kubiak zauważa, że:

równość w prawie stanowi pochodną sprawiedliwości. Zasada równości wobec prawa jest ściśle powiązana z zasadą sprawiedliwości społecznej, gdyż w określonych przypadkach stanowi ona podstawę różnicowania sytuacji prawnej jednostki. Zasada równości wypływa z zasady sprawiedliwości, stanowi jej konkretyzację<sup>90</sup>.

Odnotowuje się też „korygujący charakter zasady sprawiedliwości” w obszarze równego traktowania<sup>91</sup>. Jolanta Blicharz podnosi nawet, że to zasada równości wobec

<sup>84</sup> B. Banaszak, *Konstytucja...*, s. 225; podobnie np. M. Masternak-Kubiak, *op. cit.*, s. 119; J. Oniszcuk, *Konstytucja...*, s. 269.

<sup>85</sup> J. Podkowiak, *op. cit.*, s. 232.

<sup>86</sup> J. Oniszcuk, *Równość...*, s. 72.

<sup>87</sup> L. Garlicki, M. Zubik, *op. cit.*, s. 117.

<sup>88</sup> Ł. Moniuszko, *Sprawiedliwość. Studium koncepcji filozoficznoprawnej Zygmunta Ziemińskiego*, Kraków 2017, s. 134.

<sup>89</sup> P. Tuleja, *Art. 32...*, s. 120.

<sup>90</sup> M. Masternak-Kubiak, *op. cit.*, s. 123; podobnie orzeczenie TK z dnia 16 grudnia 1997 r., K 8/97: „sąd o równości w prawie jest pochodną sprawiedliwości”.

<sup>91</sup> I. Pużycka, J. Wojnowska-Radzińska, *op. cit.*, s. 269; J. Oniszcuk, *Równość...*, s. 53; orzeczenie TK z dnia 24 kwietnia 2002 r., P 5/01.

prawa kształtuje, ale także konkretyzuje ogólniejszą zasadę sprawiedliwości społecznej<sup>92</sup>. Na oczywisty związek zasady państwa sprawiedliwości społecznej z zasadą równości zwraca też uwagę Kazimierz Strzyczkowski. W jego ocenie „legitymowane zasadą państwa sprawiedliwości społecznej działania państwa podlegają ocenie z punktu widzenia konstytucyjnie chronionej zasady równości”. Co więcej:

konstytucyjny nakaz państwa sprawiedliwości społecznej, realizowany za pośrednictwem państwowej działalności gospodarczej, może być wykonywany tylko w warunkach związania innymi zasadami konstytucyjnymi: zasadą pomocniczości, proporcjonalności, społecznej gospodarki rynkowej, wolności gospodarczej, priorytetu własności prywatnej, równości i konkurencji<sup>93</sup>.

Zasada sprawiedliwości społecznej została wyrażona w art. 2 KRP, który przewiduje, że „Rzeczpospolita Polska jest demokratycznym państwem prawnym, urzeczywistniającym zasady sprawiedliwości społecznej”. Jak trafnie stwierdza Aleksandra Szadok-Bratuń, sprawiedliwość ze swej istoty jest społeczna, ponieważ dotyczy swą materią relacji wspólnotowych<sup>94</sup>.

Związek między równością a sprawiedliwością dostrzegany jest w orzecznictwie<sup>95</sup>. Anna Patalon wskazuje, że w orzecznictwie trybunalskim sprawiedliwość społeczna traktowana jest jako źródło wskazań do zachowania równowagi w stosunkach społecznych i powstrzymania się od kreowania nieusprawiedliwionych, niepopartych obiektywnymi wymogami i kryteriami przywilejów dla wybranych grup obywateli<sup>96</sup>. Jerzy Oniszczyk odnotowuje, że w ocenie Trybunału Konstytucyjnego różnicowanie podmiotów prawa jest dopuszczalne na gruncie zasady równości, jeśli jest zgodne z zasadą sprawiedliwości społecznej<sup>97</sup>. Z kolei Anna Łabno zauważa, że w wielu orzeczeniach trybunalskich zasada sprawiedliwości umożliwia właściwie prawidłowe ustalenie zakresu zastosowania zasady równości<sup>98</sup>. Dobitnie ów związek przedstawił Trybunał Konstytucyjny w orzeczeniu z 6 kwietnia 1993 r., dostrzegając, że:

zgodnie zatem z utrwalonym w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego poglądem zasada równości polega na tym, że wszystkie podmioty prawa charakteryzujące się daną cechą istotną w stopniu równym mają być traktowane równo, a więc według jednakowej miary, tj. bez zróżnicowań zarówno dyskryminujących, jak i faworyzujących, co ozna-

<sup>92</sup> J. Blicharz, *Związek między zasadą równości a zasadą sprawiedliwości społecznej w polskiej Konstytucji i orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego. Próba spojrzenia ogólnego*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2018, t. 114, s. 63.

<sup>93</sup> K. Strzyczkowski, *Zasada państwa sprawiedliwości społecznej jako zasada publicznego prawa gospodarczego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2006, nr 68, z. 4, s. 22-23.

<sup>94</sup> A. Szadok-Bratuń, *Minirefleksje nad maksikwestiami, czyli o aksjologicznych aspektach praworządności*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2018, t. 114, s. 248.

<sup>95</sup> J. Oniszczyk, *Konstytucja...*, s. 303.

<sup>96</sup> A. Patalon, *op. cit.*, s. 75.

<sup>97</sup> J. Oniszczyk, *Równość...*, s. 33.

<sup>98</sup> A. Łabno, *op. cit.*, s. 37.

cza także – sprawiedliwie [...]. Sprawiedliwość wymaga, aby zróżnicowanie prawne poszczególnych podmiotów (ich kategorii) pozostawało w odpowiedniej relacji do różnic w sytuacji tych podmiotów. Wyrażona w ten sposób sprawiedliwość rozdziela oznacza, że równych należy traktować równo, a podobnych należy traktować podobnie, z tym że w tym drugim przypadku powinno się uwzględnić, w jakim stopniu u poszczególnych podmiotów (kategorii osób) występują pewne cechy, które powinny być brane pod uwagę w procesie rozdziału pewnych dóbr (praw). Wymieniona zasada zakłada istnienie proporcji między istotnymi cechami poszczególnych kategorii osób a należym im traktowaniem (zasada relewantności)<sup>99</sup>.

W orzeczeniu z 22 sierpnia 1990 r. Trybunał Konstytucyjny uznał, że „oderwanie się od zasady sprawiedliwości może w praktyce utrudniać ocenę istnienia bądź nieistnienia zasady równości wobec prawa”<sup>100</sup>.

Z powyższego wynika, że istotne miejsce w rozstrzygnięciach trybunalskich zajmują aspekty sprawiedliwego różnicowania podmiotów. W ocenie Trybunału Konstytucyjnego zasada równości praw jest stosowana sprawiedliwie wtedy, gdy zakłada równe traktowanie podmiotów takich samych pod względem relewantnej do treści danego uregulowania cechy, dopuszcza zaś odpowiednio odmienne traktowanie podmiotów, które pod względem takiej cechy są zróżnicowane.

Trybunał Konstytucyjny w swoim orzecznictwie bardzo silnie wiąże przy tym zasadę sprawiedliwości społecznej z zasadą równości, dopuszczając zróżnicowanie sytuacji prawnej obywateli, ale pod warunkiem, iż jest ono sprawiedliwe i wprowadzając zakaz ustanawiania zróżnicowań, które byłyby nieuzasadnione (a więc niesprawiedliwe)<sup>101</sup>.

W innym wyroku Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że „jeżeli w podziale dóbr i związanym z tym podziale ludzi występują niesprawiedliwe różnice, wówczas różnice te uważane są za nierówność”<sup>102</sup>. Trybunał uznał również, że „sprawiedliwość wymaga, żeby równych traktować równo oraz aby różnicowanie w prawie osób fizycznych i innych podmiotów pozostawało w odpowiedniej relacji do różnic w ich sytuacji; różnicowanie w prawie jest dopuszczalne, o ile jest usprawiedliwione”<sup>103</sup>. Ponadto w ocenie Trybunału Konstytucyjnego:

realizacja konstytucyjnych zasad równości oraz sprawiedliwości społecznej nie oznacza konieczności przyznawania wszystkim kategoriom obywateli (grupom podmiotów) jednakowych praw i jednakowych obowiązków. Niejednokrotnie prawidłowa realizacja tych zasad wymaga, w pewnych sytuacjach, kształtowania w sposób zróżnicowany praw i obowiązków poszczególnych grup obywateli. Poszczególne kategorie podmiotów winny być traktowane równo, tzn. według jednakowej miary, bez zróżnicowań dyskry-

<sup>99</sup> Orzeczenie TK z dnia 6 kwietnia 1993 r., K 7/92.

<sup>100</sup> Orzeczenie TK z dnia 22 sierpnia 1990 r., K 7/90.

<sup>101</sup> Orzeczenie TK z dnia 4 lutego 1997 r., P 4/96, pkt 5.

<sup>102</sup> Orzeczenie TK z dnia 22 grudnia 1997 r., K 2/97, pkt 4.

<sup>103</sup> Orzeczenie TK z dnia 27 czerwca 1995 r., K 4/94.



minujących jak i faworyzujących, tylko wówczas, gdy u podłoża określonych regulacji prawnych leży jednakowa sytuacja faktyczna tych kategorii podmiotów<sup>104</sup>.

### Według Trybunału

różnicowanie sytuacji prawnej podmiotów podobnych ma więc znacznie większe szanse uznania za zgodne z konstytucją, jeżeli pozostaje w zgodzie z zasadami sprawiedliwości społecznej lub służy urzeczywistnieniu tych zasad. Zostaje ono natomiast uznane za niekonstytucyjną dyskryminację (uprzywilejowanie), jeżeli nie znajduje podtrzymania w zasadzie sprawiedliwości społecznej. W tym właśnie sensie zasady równości wobec prawa i sprawiedliwości społecznej w znacznym stopniu nakładają się na siebie<sup>105</sup>.

### W innym wyroku Trybunał przyjął, że:

równość dopuszcza różne traktowanie przez prawo podmiotów różniących się między sobą, natomiast ewentualne zróżnicowanie traktowania podmiotów podobnych musi być uzasadnione, to jest oparte na uznanych kryteriach, przy czym zasadność doboru tego, a nie innego kryterium różnicowania podlegać musi każdorazowej ocenie, m.in. z punktu widzenia zasady sprawiedliwości społecznej<sup>106</sup>.

Jak zauważa Jerzy Oniszczyk, w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego podkreśla się, że realizacja konstytucyjnych zasad równości oraz sprawiedliwości społecznej nie oznacza konieczności przyznawania wszystkim grupom podmiotów jednakowych praw i jednakowych obowiązków. Zazwyczaj prawidłowa realizacja tych zasad wymaga kształtowania praw i obowiązków w sposób zróżnicowany<sup>107</sup>.

Ze stanowiskami trybunalskimi korespondują poglądy formułowane na gruncie nauki. Na przykład, według Małgorzaty Masternak-Kubiak, zasada sprawiedliwości nakazuje, aby postępować w stosunku do osób, którym świadczy się jakieś dobro czy uzasadnione zło, nie kierując się tym, z jaką osobą mamy do czynienia w indywidualnym przypadku, lecz w taki sam sposób traktując wszystkie osoby wykazujące jednakowe właściwości z danego punktu widzenia. Sprawiedliwość w tym ujęciu jest przeciwieństwem arbitralności, wymaga bowiem, aby zróżnicowanie poszczególnych ludzi powstawało w odpowiedniej relacji do różnic, które ich dotyczą. Sprawiedliwość oznacza równe traktowanie podmiotów w podobnych sytuacjach istotnych<sup>108</sup>. Z tego powodu zasada sprawiedliwości społecznej może być postrzegana jako źródło możliwych ograniczeń konstytucyjnej zasady równości<sup>109</sup>. Należałoby jednak dodać, że względy sprawiedliwości społecznej mogą również pogłębiać zastosowanie konstytucyjnej zasady równości. Do sytuacji takiej dojdzie, gdy w ramach usprawiedli-

<sup>104</sup> Orzeczenie TK z dnia 29 maja 1996 r., K 22/95.

<sup>105</sup> Orzeczenie TK z dnia 18 stycznia 2000 r., K 17/99.

<sup>106</sup> Orzeczenie TK z dnia 12 listopada 2001 r., P 2/01.

<sup>107</sup> J. Oniszczyk, *Konstytucja...*, s. 276 i 283.

<sup>108</sup> M. Masternak-Kubiak, *op. cit.*, s. 124.

<sup>109</sup> A. Patalon, *op. cit.*, s. 75.



wienia przesłanek różnicowania podmiotów dokonywanego w celu urzeczywistnienia równości zastosowanie znajdować będą aspekty sprawiedliwości społecznej<sup>110</sup>. Z powyższego wynika, że aspekty sprawiedliwości społecznej ujawniają się zatem jako źródło dodatkowych elementów służących za miarę porównania. Jako *tertium comparationis* odnoszone są na gruncie doktryny prawa konstytucyjnego do wolności lub prawa, których ewentualne ograniczenia są rozważane w kontekście zasady równości, a w szerszym ujęciu odnoszone do sprawiedliwości społecznej. Jak stwierdzają Lech Garlicki i Marek Zubik, zasada równości jest dość rzadko jedyną podstawą oceny wprowadzonych różnicowań. Zróżnicowane traktowanie może więc rodzić różne oceny, w zależności od tego, z jaką konkretnie wolnością czy jakim prawem będzie związane, co wskazuje na to, że równości i sprawiedliwości nie da się definiować bez nawiązania jednej do drugiej<sup>111</sup>.

Przedstawione poglądy wskazują na oczywisty związek zachodzący między równością a sprawiedliwością w Konstytucji RP. Jednocześnie należy zgodzić się z poglądem, że nie można tych zasad utożsamiać w tym sensie, że zastosowanie zasady równości miałyby oznaczać spełnienie wymagań zasady sprawiedliwości, a sprawiedliwość miałyby się realizować wyłącznie poprzez równe traktowanie<sup>112</sup>. Wszakże dopuścić należy, że na prawodawcy i podmiotach stosujących prawo spoczywać może nie tylko obowiązek urzeczywistnienia sprawiedliwej równości oraz unikania niesprawiedliwej nierówności, ale także ziszczania sprawiedliwych nierówności, a nawet niwelowania niesprawiedliwych równości w społeczeństwie.

### 3.5. Związek zasad równości z zasadą proporcjonalności

Zasada proporcjonalności stanowi powszechnie akceptowaną konstrukcję prawną<sup>113</sup>. Jako dyrektywa legislacyjna zasada proporcjonalności służy przede wszystkim określeniu relacji między celem aktów legislacyjnych a zawartymi w nich środkami. Proporcjonalność zakłada bowiem właśnie istnienie adekwatności między istotnymi

<sup>110</sup> Orzeczenie TK z dnia 19 kwietnia 2011 r., P 41/09.

<sup>111</sup> L. Garlicki, M. Zubik, *op. cit.*, s. 115.

<sup>112</sup> A. Łabno, *op. cit.*, s. 37; J. Nowacki, *Sprawiedliwość a równość w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, [w:] *W kręgu zagadnień konstytucyjnych*, red. M. Kudej, Katowice 1999, s. 103.

<sup>113</sup> J. Długosz, *The Principle of Proportionality in European Union Law as a Prerequisite for Penalization*, „University Law Review. Przegląd Prawniczy Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza” 2017, nr 7, s. 285-286; J. Maliszewska-Nienartowicz, *Rozwój zasady proporcjonalności w prawie wspólnotowym*, „Studia Europejskie. Centrum Europejskie Uniwersytetu Warszawskiego” 2006, nr 1, s. 59; E. Ūra, *Prawo administracyjne*, Warszawa 2010, s. 36-37; A. Wróbel, *Zasady ogólne (podstawowe) prawa Unii Europejskiej*, [w:] *Stosowanie prawa Unii Europejskiej przez sądy*, red. A. Wróbel, Zakamycze 2005, s. 205 i nast.; *Zasada proporcjonalności (w odniesieniu do prawa publicznego) w tezach Trybunału Konstytucyjnego*, Biuro Trybunału Konstytucyjnego. Zespół Orzecznictwa i Studiów, 2009, <http://trybunal.gov.pl>. [dostęp: 11.09.2017]; Z. Duniewska *et al.*, *Prawo administracyjne. Pojęcia, instytucje, zasady w teorii i orzecznictwie*, red. M. Stahl, Warszawa 2009, s. 143.

cechami poszczególnych kategorii normatywnych, a tym samym kładzie nacisk na związek celu i środka użytego do jego osiągnięcia<sup>114</sup>. Najczęściej odnosi się ją w doktrynie do postulatów racjonalnie uzasadnionej ingerencji państwa w sferę gwarantowanych konstytucyjnie wolności i praw jednostki<sup>115</sup>. Zarówno na gruncie europejskim, jak i polskim pojmowana jest nierzadko jako triada nakazów szczegółowych<sup>116</sup>. Pierwszy z nich, ujmowany jako nakaz przydatności (ew. nakaz odpowiedniości), wymaga, by przewidziany środek władzy publicznej był zdatny dla realizacji zamierzonego celu. Kolejny, tzw. nakaz konieczności (ew. nakaz niezbędności) domaga się ograniczenia ingerencji do niezbędnego minimum. Z kolei nakaz proporcjonalności *sensu stricto* wymaga, by zastosowany środek był adekwatny w stosunku do celu jego użycia<sup>117</sup>.

W orzecznictwie i literaturze zwraca się uwagę na związek konstytucyjnej zasady równości z wymaganiami proporcjonalności. Rozważania w tym zakresie koncentrują się przede wszystkim na kryteriach uzasadniających różnicowanie podmiotów prawa<sup>118</sup>. Kwestia proporcjonalności ujawnia się tutaj w obrębie zagadnienia określanego niekiedy jako „odstępstwo od równego traktowania” w procesie stanowienia prawa i ewentualnej kontroli konstytucyjności takich przepisów. Na przykład w wyroku z 18 stycznia 2000 r. Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że dla oceny zgodności z Konstytucją odstępstwa od zasady równego traktowania wziąć należy pod uwagę m.in. proporcjonalny charakter argumentów przemawiających za takim działaniem. W ocenie TK „waga interesu, któremu ma służyć różnicowanie sytuacji adresatów normy, musi pozostawać w odpowiedniej proporcji do wagi interesów, które zostaną naruszone w wyniku nierównego potraktowania podmiotów podobnych”<sup>119</sup>. Należałoby zatem przyjąć, że wymagania proporcjonalności odgrywają wobec zasady równości

<sup>114</sup> Orzeczenie TK z dnia 12 października 1993 r., K 4/93; orzeczenie TK z dnia 14 czerwca 2004 r., SK 21/03.

<sup>115</sup> J. Długosz, *op. cit.*, s. 283-288; A. Ciesliński, *Konstrukcja prawna swobód rynku wewnętrznego Unii Europejskiej*, „Prace Naukowe Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego”, nr 4, Wrocław 2013, s. 230-231; A. Frąckowiak-Adamska, *Zasada proporcjonalności jako gwarancja swobód rynku wewnętrznego Wspólnoty Europejskiej*, Warszawa 2009, s. 26-29; Z. Duniewska *et al.*, *op. cit.*, s. 138-147; J. Zimmermann, *Prawo administracyjne*, Warszawa 2020, s. 88; E. Ura, *op. cit.*, s. 99-100; A. Stępkowski, *Zasada proporcjonalności w europejskiej kulturze prawnej. Sądowa kontrola władzy dyskrecyjnej w nowoczesnej Europie*, Warszawa 2010, s. 229 i nast. Zasada proporcjonalności znalazła także miejsce w europejskiej praktyce administracyjnej. Zob. Kodeks dobrej praktyki administracyjnej przyjęty decyzją Parlamentu Europejskiego z dnia 6 września 2001 r. (Dz.U. C 2011/285/3); A. Śledzińska-Simon, *Analiza proporcjonalności ograniczeń konstytucyjnych praw i wolności. Teoria i praktyka*, Wrocław 2019, s. 12-13.

<sup>116</sup> E. Ura, *op. cit.*, s. 99.

<sup>117</sup> Orzeczenie Trybunału z dnia 17 maja 1984 r., C-15/83, ECR 1984, s. 2171; orzeczenie Trybunału z dnia 13 maja 1986 r., C-170/84, ECR 1986, s. 1607; orzeczenie Trybunału z dnia 24 września 1985 r., C-181/84, ECR 1985, s. 2889; Duniewska *et al.*, *op. cit.*, s. 140; J. Zimmermann, *op. cit.*, s. 88 i 140.

<sup>118</sup> J. Oniszczyk, *Równość...*, s. 65.

<sup>119</sup> Wyrok TK z dnia 18 stycznia 2000 r., K 17/99. Tak samo: orzeczenie TK z dnia 3 września 1996, K 10/96, a także orzeczenie TK z dnia 16 grudnia 1997 r., K 8/97; J. Podkowik, *op. cit.*, s. 246; B. Banaszak, *Konstytucja...*, s. 228.

(a w związku z tym także wobec zasady sprawiedliwości) rolę instrumentalną. Służą przede wszystkim wyznaczeniu adekwatnego związku między określonymi warunkami (wymaganiami, kryteriami, okolicznościami etc.), które mają różnicować określone podmioty, a celem (zamysłem, zamierzeniem, powodem etc.), dla którego owo różnicowanie jest dokonywane. Z proporcjonalności wynika bowiem konieczność istnienia takiego związku, ale także jego racjonalność. W tym znaczeniu proporcjonalność koncentruje się na tym, by to, co czyni różnicę, zapewniało zachowanie równości.

### 3.6. Uprzywilejowanie wyrównawcze

W doktrynie przyjmuje się niekiedy, że nierówności rzeczywiście istniejące w społeczeństwie pozostają poza sferą regulacji art. 32 KRP. Lech Garlicki stwierdza np., że dopóki „istnienie nierówności faktycznych nie jest bezpośrednim efektem obowiązujących regulacji prawnych, nie można do nich bezpośrednio odnosić aparatury pojęciowej wykształconej na tle pojęcia: równość wobec prawa”<sup>120</sup>. Jeszcze bardziej jednoznacznie wypowiadają się Witold Borysiak i Leszek Bosek. Według nich treści art. 32 KRP, a także następującego po nim art. 33 KRP:

nie mogą być podstawą do wyinterpretowania uprawnienia organów państwa do podejmowania działań mających na celu niwelowanie istniejących pozaprawnych różnic między podmiotami prawa [...]. Za odmienną wykładnią – nakładającą na organy publiczne obowiązek realizacji faktycznej równości – nie przemawia ani brzmienie art. 32, ani wykładnia historyczna i porównawcza. Ustrojodawca, gdyby chciał nałożyć na państwo obowiązek realizacji równości na płaszczyźnie faktycznej, obowiązek taki przewidziałby wprost w przepisie Konstytucji RP [...]<sup>121</sup>.

Odmienny pogląd w tej materii przedstawia Małgorzata Masternak-Kubiak, która stwierdza, że TK wywodzi z zasady równości dyrektywę, w myśl której orzecznictwo powinno być tak ukształtowane, by prowadziło do wyrównywania różnic zachodzących w sytuacji faktycznej adresatów norm<sup>122</sup>.

Na tym tle ujawnia się zagadnienie tzw. uprzywilejowania wyrównawczego, określanego również niekiedy „uprzywilejowaniem pozytywnym”, „dyskryminacją pozytywną”, „usprawiedliwionym różnicowaniem”, „akcją afirmatywną”, „polityką preferencji”<sup>123</sup>. Uprzywilejowanie wyrównawcze należałoby wiązać z różnicowaniem

<sup>120</sup> L. Garlicki, *Komentarz do art. 32*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. 3, red. L. Garlicki, Warszawa 2003, s. 8.

<sup>121</sup> W. Borysiak, L. Bosek, *op. cit.*, s. 832.

<sup>122</sup> M. Masternak-Kubiak, *op. cit.*, s. 121.

<sup>123</sup> M. Safjan, P. Mikłaszewicz, *Granice uprzywilejowania wyrównawczego*, „Przegląd Sejmowy” 2011, nr 6, s. 31 i nast.; A. Śledzińska-Simon, *op. cit.*, s. 44; M. Kotulski, *Równość jako dobro prawne*, [w:] *Równość w prawie administracyjnym*, s. 64 i nast.; A. Wróbel, *Równość*, [w:] *Karta Praw Podstawowych. Komentarz*, red. A. Wróbel, Warszawa 2013, s. 744.

położenia w obrębie podmiotów znajdujących się w takiej samej sytuacji, ale dokonywanym ze względu na konieczność realizacji jakichś wartości podstawowych czy konstytucyjnych oraz służącym poprawie sytuacji faktycznej określonej grupy osób<sup>124</sup>. Uprzywilejowanie wyrównawcze należy zatem postrzegać przez pryzmat jego funkcji – jego celem jest bowiem zmniejszenie realnie występujących nierówności – „wyrównanie deficytu równości”<sup>125</sup>.

Przy ocenie zastosowania uprzywilejowania wyrównawczego w stanowieniu prawa do głosu dochodzą dodatkowe względy, w szczególności wynikające z oceny zaistniałej sytuacji faktycznej, w której określone podmioty są niesłusznie w mniej korzystnym rzeczywistym położeniu niż inne. Najczęściej mają charakter okoliczności społeczno-ekonomicznych czy szerzej – odnoszących się do idei sprawiedliwości społecznej w jej wyrównawczym wymiarze (łac. *iustitia commutativa*)<sup>126</sup>. Jak stwierdza Ewa Ganowicz, konieczność uprzywilejowania może wynikać z sytuacji, w której jakaś grupa podmiotów dysponujących jakąś specyficzną cechą odróżniającą je od reszty znajduje się z powodu tej cechy w nieuzasadnionej gorszej sytuacji w dostępie do jakichś dóbr bądź ma mniejsze możliwości konkurencyjne o nie z innymi<sup>127</sup>. Oznacza to, że sposób określenia przez prawodawcę zakresu zastosowania normy może wynikać z oceny istniejącego już położenia faktycznego podmiotów oraz służyć korzystniejszemu ukształtowaniu takiego położenia w przyszłości. Tak więc stosowanie uprzywilejowania wyrównawczego wynika z przyjęcia pewnego punktu wyjścia, czyli okoliczności, w których powstaje prawo (tj. istniejących nierówności), i zmierza do zmiany tego stanu. W tym zakresie stanowienie prawa pełni funkcję wyrównawczą<sup>128</sup>. Przyczyny takiego działania muszą jednak wykraczać poza racje dotychczas stosowane<sup>129</sup>.

W ocenie autora niniejszego opracowania, uprzywilejowanie wyrównawcze jest treścią obowiązku równego traktowania, a jednocześnie odstępstwem od zasadniczej jego postaci, gdyż związane jest ze stanowieniem prawa (oraz podejmowaniem innych działań) podyktowanym motywami kompensacyjnymi i dążeniem do pogłębienia

<sup>124</sup> P. Tuleja, *Art. 32...*, s. 122.

<sup>125</sup> M. Safjan, *Autonomia woli a zasada...*, s. 376; L. Garlicki, M. Zubik, *op. cit.*, s. 110.

<sup>126</sup> Orzeczenie TK z dnia 29 września 1997 r., K 15/97; orzeczenie TK z dnia 28 listopada 1995 r., K 17/95; A. Patalon, *op. cit.*, s. 74; L. Garlicki, M. Zubik, *op. cit.*, s. 116; J. Podkowik, *op. cit.*, s. 236; R.A. Tokarczyk, *Sprawiedliwość: próba syntetycznej systematyzacji zagadnień*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2016, t. 35, s. 48.

<sup>127</sup> E. Ganowicz, *Zasada pozytywnej dyskryminacji mniejszości narodowych w ujęciu teoretycznym i praktyce ustrojowej*, „Horyzonty Polityki” 2018, t. 9, nr 28, s. 14.

<sup>128</sup> Orzeczenie TK z dnia 14 listopada 2000 r., K 7/00; T. Długosz, *Zagadnienie wspierania przedsiębiorców w warunkach zasady równego traktowania*, [w:] *Współczesne funkcje państwa wobec gospodarki: księga jubileuszowa Profesora Tadeusza Kocowskiego*, red. K. Kiczka, W. Małecki, „Acta Universitatis Wratislaviensis. Prawo” 2022, nr 334, s. 80.

<sup>129</sup> J. Podkowik, *op. cit.*, s. 235.

faktycznej równości<sup>130</sup>. Można więc rzec, że zagadnienie uprzywilejowania wyrównawczego nadaje problematyce równości dodatkowy, dynamiczny wymiar, ponieważ odnosi się do „likwidowania” niektórych barier, czy też „stwarzania” rzeczywistych możliwości. Warto wskazać, że Piotr Tuleja oraz Włodzimierz Wróbel traktują nawet wyrównywanie szans jako jeden z celów, jakie można postawić systemowi prawnemu danego państwa<sup>131</sup>.

Kwestia autentyczności szans poszerza pole analizy argumentów na rzecz projektowanych rozwiązań prawnych o takie, które wynikają z oceny istniejącego stanu faktycznego. Na podstawie takiej oceny orzeka się bowiem o konieczności różnicowania tych, którzy do tej chwili byli traktowani równo. W tym sensie uprzywilejowanie wyrównawcze koryguje standardowe ujęcie równego traktowania. Orzeka się jednak o potrzebie różnicowania ze względu na to, że zaobserwowany stan rzeczy jest oceniony jako negatywny z punktu widzenia przyjmowanego wzorca i z punktu widzenia tego samego wzorca ocenia się jako pozytywny stan, który ma być urzeczywistniony wprowadzonym różnicowaniem.

W zakresie uprzywilejowania wyrównawczego występuje również potrzeba zapewnienia istotnego, proporcjonalnego związku pomiędzy cechą interesujących prawodawcę podmiotów a kryterium, na podstawie którego następuje ich wyróżnienie. Odwołując się do orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego zapadłego na gruncie różnych dziedzinowo spraw, stwierdzić można, że różnicowanie podejmowane w celu uprzywilejowania wyrównawczego nie może opierać się na kryteriach ani przesłankach dobieranych arbitralnie, lecz musi pozostawać w relewantnym związku z celem i treścią normy prawnej. Ponadto względy przemawiające za różnicowaniem sytuacji prawnej podmiotów podobnych powinny mieć rangę argumentów konstytucyjnych.

## **4. Zastosowanie konstytucyjnych zasad równości w zamówieniach publicznych**

### **4.1. Podmiotowy zakres zastosowania konstytucyjnych zasad równości w zamówieniach publicznych**

#### **4.1.1. Podmioty, wobec których wykonywane są obowiązki równego traktowania**

Problematyka zakresu zastosowania konstytucyjnej zasady równości związana jest z odpowiedzią na pytanie, w jakich okolicznościach zawarta w tej zasadzie norma postępowania znajduje zastosowanie. W tej materii aspekty podmiotowe odgrywają kluczową rolę, pozwalając bowiem wskazać podmioty zobowiązane do wypełniania

<sup>130</sup> Orzeczenie TK z dnia 3 marca 1987, P 2/87.

<sup>131</sup> P. Tuleja, W. Wróbel, *Zasada równości w stanowieniu prawa*, [w:] *Demokratyczne państwo prawne (aksjologia, struktura, funkcje)*, red. H. Rot, Wrocław 1992, s. 140; J. Podkowiak, *op. cit.*, s. 249.

konstytucyjnych obowiązków równego traktowania oraz podmioty, ze względu na które takie obowiązki mają być wykonywane.

Punktem wyjścia dla analizy zakresu zastosowania konstytucyjnej zasady równości w zamówieniach publicznych jest ustalenie, czy wynikające z niej obowiązki muszą być również ukierunkowane na równe traktowanie ubiegających się o zamówienia publiczne. W tym zakresie należy w pierwszym rzędzie zwrócić uwagę na zastosowane w art. 32 ust. 1 KRP określenie „wszyscy”, w art. 32 ust. 2 KRP zaś określenie „nikt”.

W tej niwie najbardziej klarownie przedstawia się więc zakres zastosowania zakazu dyskryminacji. Przeczący zaimek „nikt” wskazuje na nieograniczony krąg podmiotów, których nie może dotyczyć dyskryminacja. Wprawdzie zdaniem Jana Podkowika trudno jest: „mówić o »dyskryminowaniu« – w rozumieniu art. 32 ust. 2 KRP – spółek, spółdzielni lub organizacji społeczeństwa obywatelskiego, którym normy prawne przypisują podmiotowość prawną odrębną od podmiotowości prawnej ich członków [...]”<sup>132</sup>. Jednak autor ten dopuszcza jednocześnie możliwość pośredniego i „refleksowego” stosowania zakazu dyskryminacji do podmiotów zbiorowych: „gdy nierówne traktowanie takiego podmiotu wynika z dyskryminującego traktowania ludzi tworzących podmiot korporacyjny albo korzystających z majątku podmiotu zakładowego”<sup>133</sup>. Ograniczenie to należy wiązać z dostrzeganym w takim przypadku silnym związkiem istniejącym pomiędzy konstytucyjnym zakazem dyskryminacji a godnością człowieka. Stanowisko Jana Podkowika jest więc przejawem ostrożnego poglądu zakładającego wprawdzie możliwość stosowania zakazu niedyskryminacji do podmiotów zbiorowych, ale w sposób warunkowy. Tymczasem w literaturze reprezentowane są także podglądy uznające wprost możliwość objęcia konstytucyjną ochroną przed dyskryminacją również podmiotów zbiorowych. Zdaniem Małgorzaty Masternak-Kubiak to, że art. 32 ust. 2 KRP nie określa w sposób pozytywny podmiotów, których obejmuje zasada niedyskryminacji, ma świadczyć o tym, że zakaz dyskryminacji jawi się jako zasada o dość powszechnym pod względem podmiotowym charakterze. Tym bardziej, że zakaz dyskryminacji odnosi się wprost do takich dziedzin życia, jak gospodarka czy życie społeczne<sup>134</sup>. Pogląd o możliwości zastosowania zakazu dyskryminacji również między podmiotami prywatnymi głosi także Monika Florczak-Wątor<sup>135</sup>.

Wziąwszy pod uwagę nawet umiarkowane opinie, można zatem przyjąć, że zakaz dyskryminacji ma charakter uniwersalny w tym sensie, że odnosi się do każdego, kto może być podmiotem konstytucyjnych praw i wolności<sup>136</sup>. Jednocześnie należałoby

<sup>132</sup> J. Podkowik, *op. cit.*, s. 262.

<sup>133</sup> *Ibidem*.

<sup>134</sup> M. Masternak-Kubiak, *op. cit.*, s. 136.

<sup>135</sup> M. Florczak-Wątor, *Horyzontalny wymiar...*, s. 42.

<sup>136</sup> L. Garlicki, M. Zubik, *op. cit.*, s. 125; A. Łabno, *op. cit.*, s. 42.



uznać możliwość dwojakiego uzasadnienia zakazu dyskryminacji w polskim porządku prawnym. Pierwsze uzasadnienie – wynikające z rozumienia konstytucyjnego zakazu dyskryminacji powiązanego z godnością człowieka oraz jego cechami osobistymi, oraz drugie – związane z koncepcją niedyskryminacji *sensu largo* odnoszącą się do podmiotowości konstytucyjnej. Spostrzeżenie to pozwala na sformułowanie wniosku, że obowiązek równego traktowania w zamówieniach publicznych znajduje podstawę w konstytucyjnym zakazie dyskryminacji. Zakaz ten dotyczy zarówno nierównego traktowania osób fizycznych, jak i osób prawnych czy jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej<sup>137</sup>. Uzasadnieniem dla tak rozległych granic zakazu dyskryminacji będzie z jednej strony bardzo szerokie jego ujęcie w polskiej konstytucji („nikt”, „jakakolwiek przyczyna”) oraz to, że dyskryminacja podmiotów organizacyjnych siłą rzeczy przekłada się na osoby fizyczne je tworzące lub wchodzące w ich skład<sup>138</sup>.

Analogiczne wnioski sformułować można wobec zasady równego traktowania wyrażonej w art. 32 ust. 1 KRP. W literaturze stwierdza się, że zakres zastosowania tego przepisu jest bardzo szeroki i obejmuje on nie tylko osoby fizyczne (a wśród nich obywatele polskich, osoby podlegające jurysdykcji państwa polskiego, bezpaństwowców czy cudzoziemców), ale także osoby prawne i jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej<sup>139</sup>. Witold Borysiak oraz Leszek Bosek stwierdzają, że podmiotami prawa do równego traktowania oraz zakazu dyskryminacji są wszystkie podmioty konstytucyjnych praw i wolności<sup>140</sup>. Zakresem tym objąć należy również, poza wyjątkami wynikającymi z natury poszczególnych praw i wolności, nieobywateli, tj. wszystkie osoby podlegające jurysdykcji RP. W literaturze stwierdza się też, że zastosowanie zasady równości i niedyskryminacji dotyczy zarówno osób fizycznych, jak i osób prawnych i innych jednostek organizacyjnych, o ile jest to możliwe ze względu na charakter prawa lub wolności związanej z równością<sup>141</sup>.

Także na gruncie orzecznictwa zasadę równości odnosi się zarówno do osób fizycznych, jak i do osób prawnych oraz wszelkich innych podmiotów konstytucyjnych praw i wolności. Jak stwierdził Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 18 kwietnia 2000 r., powołując się m.in. na orzeczenie trybunalskie z 24 lutego 1999 r.<sup>142</sup>:

w świetle ustabilizowanego orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, z zasady równości, wyrażonej obecnie w art. 32 ust. 1 konstytucji, wynika nakaz jednakowego traktowania podmiotów prawa w obrębie określonej klasy (kategorii). Dotyczy to nie tylko

<sup>137</sup> J. Oniszczyk, *Równość...*, s. 43-44.

<sup>138</sup> A. Bierć, *op. cit.*, s. 60.

<sup>139</sup> P. Winczorek, *op. cit.*, s. 52; J. Blicharz, *op. cit.*, s. 62; J. Oniszczyk, *Konstytucja...*, s. 295.

<sup>140</sup> W. Borysiak, L. Bosek, *op. cit.*, s. 835.

<sup>141</sup> *Ibidem*, s. 836.

<sup>142</sup> Orzeczenie TK z dnia 24 lutego 1999 r., SK 4/98.



podmiotów będących osobami fizycznymi, ale także osób prawnych, albowiem art. 32 konstytucji nie ogranicza kręgu podmiotów, którym przysługuje prawo do równego traktowania przez władze publiczne, a więc także przez ustawodawcę, tylko do osób fizycznych<sup>143</sup>.

W innym miejscu, odnosząc się do podmiotowego zakresu zastosowania zasady równości, Trybunał Konstytucyjny wskazał, że:

istnienie osób prawnych jako odrębnych bytów prawnych (jednostek organizacyjnych mających osobowość prawną i we własnym imieniu uczestniczących w obrocie) jest uzasadnione istnieniem i potrzebą ochrony różnorodnych interesów, zarówno autonomicznych interesów samej osoby prawnej, jak i podmiotów ją tworzących. [...] Stanowią pewną »ekspresję« ich interesów indywidualnych<sup>144</sup>.

W orzecznictwie oraz w literaturze wyrażono jednak podgląd, że adresatem równego traktowania nie są instytucje publiczne<sup>145</sup>. Trybunał Konstytucyjny stoi na stanowisku, że nakaz równego traktowania podmiotów podobnych powinien być odnoszony do systemu praw i wolności jednostki, a nie do funkcjonowania instytucji publicznych<sup>146</sup>. Podobne stanowisko zajął Sąd Najwyższy, stwierdzając, że podmioty sektora państwowego nie są podmiotami gwarantowanych w rozdziale II konstytucji RP praw i wolności<sup>147</sup>. Oceny judykatury aprobowane są też częściowo w doktrynie. Przykładem może być wypowiedź Jana Podkowika, że: »potencjalny krąg »podmiotów równych« może być wyznaczany li tylko w obrębie klasy podmiotów konstytucyjnych wolności i praw»<sup>148</sup>.

Trybunał Konstytucyjny dopuścił natomiast możliwość powoływania się na zasadę równego traktowania przez jednostki samorządu terytorialnego, o ile różnicowanie tych jednostek prowadzi do nieuzasadnionego różnicowania ich mieszkańców<sup>149</sup>. Podobnie problem przedstawiany jest w nauce. Na przykład Anna Łabno uznaje, że trafne jest odniesienie zasady równości do wszystkich osób prawnych, »jeśli nie działają jako podmioty wyposażone we władztwo państwowe i występują w stosunkach

<sup>143</sup> Orzeczenie TK z dnia 18 kwietnia 2000 r., K 23/99.

<sup>144</sup> Orzeczenie TK z dnia 24 kwietnia 2002 r., P 5/01.

<sup>145</sup> P. Tuleja, *Art. 32...*, s. 121.

<sup>146</sup> Orzeczenie TK z dnia 16 grudnia 2009 r., Kp 5/08.

<sup>147</sup> Postanowienie SN z dnia 11 grudnia 2008 r., II CSK 314/08; J. Podkowik, *op. cit.*, s. 235.

<sup>148</sup> J. Podkowik, *op. cit.*, s. 235.

<sup>149</sup> Orzeczenie TK z dnia 18 grudnia 2008 r., K 19/07; zob. też B. Banaszak, M. Jabłoński, *Komentarz do art. 32, [w:] Konstytucje Rzeczypospolitej oraz komentarz do Konstytucji RP z 1997 r.*, red. J. Boć, Wrocław 1998, s. 71; M. Masternak-Kubiak, *op. cit.*, s. 127; opinia Biura Analiz Sejmowych z dnia 8 grudnia 2008 r. w sprawie rządowego projektu ustawy o funduszu sołeckim (druk nr 1278), w której zgłoszono wątpliwości co do zgodności jego przepisów z konstytucyjną zasadą równości oraz zakazu dyskryminacji w kontekście traktowania sołectw na tle innych jednostek pomocniczych gmin, a więc dzielnic miast, osiedli, siół, przysiółków, kolonii, obwodów, <https://orka.sejm.gov.pl> [dostęp: 6.03.2020].

cywilnoprawnych”<sup>150</sup>. W literaturze sformułowano także opinię, zgodnie z którą w zakresie, w którym podmioty publiczne mogą być podmiotami konstytucyjnych praw i wolności, przysługuje im prawo podmiotowe do równego traktowania na równi z podmiotami niepublicznymi. O tym zaś, czy dana wolność lub prawo przysługuje publicznej osobie prawnej, decyduje charakter tej wolności lub prawa oraz cel działania takiego podmiotu<sup>151</sup>.

Wspólnym mianownikiem formułowanych opinii okazuje się przeświadczenie, że konstytucyjna zasada równości nie kreuje uprawnień podmiotów działających w obszarze władztwa publicznego. Jednak państwo (w tym samorząd terytorialny) poprzez swoje jednostki organizacyjne, agendy, przedsiębiorstwa, spółki i inne postaci podmiotów może oczywiście również prowadzić działalność gospodarczą, zawierać umowy, a więc działać w sferze *dominium*<sup>152</sup>. W literaturze oraz orzecznictwie nie wyklucza też możliwości ubiegania się przez podmioty publiczne, w tym spółki komunalne, o zamówienia publiczne, warunkując ją wprawdzie zazwyczaj istnieniem prawnej podstawy do prowadzenia działalności gospodarczej przez takie podmioty<sup>153</sup>. Na przykład Hanna Wolska stwierdza, że spółka komunalna może być wykonawcą zamówienia publicznego, partnerem prywatnym czy koncesjonariuszem, o ile została utworzona zgodnie z przepisami w celu prowadzenia działalności komunalnej, nie jest kontrolowana przez jednostkę sektora finansów publicznych w stopniu wymagającym zaklasyfikowania jej jako podmiot publiczny albo nie ma charakteru celowego wyłączającego taką możliwość<sup>154</sup>.

Powyższe poglądy oraz całokształt porządku konstytucyjnego skłaniają zatem do przyjęcia stanowiska, że obowiązki wynikające z konstytucyjnej zasady równości powinny być wykonywane wobec wszystkich ubiegających się o zamówienia publiczne, nawet wówczas gdy są podmiotami publicznymi. Podstawowa racja dla takiego poglądu tkwi w tym, że ubiegający się o zamówienie nie korzysta w takim przypadku z władztwa publicznego, lecz występuje jako uczestnik rynku zamówień publicznych, konkurując z innymi podmiotami. Należałoby więc przyjąć, że skoro

---

<sup>150</sup> A. Łabno, *op. cit.*, s. 41-42. Podobnie w odniesieniu do szerszego zagadnienia publicznych praw podmiotowych: W. Jakimowicz, *Publiczne prawa podmiotowe*, Kraków 2002, s. 194-197; E.K. Czech, *Osoby fizyczne i osoby prawne jako podmioty publicznych praw podmiotowych, których źródłem są przyrodzone prawa człowieka*, „Krytyka Prawa. Niezależne Studia nad Prawem” 2020, t. 12, nr 4, s. 231.

<sup>151</sup> W. Borysiak, L. Bosek, *op. cit.*, s. 836.

<sup>152</sup> M. Szydło, *Państwo jako przedsiębiorca: wybrane zagadnienia prawne*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2002, nr 2/1/2, s. 141; K. Strzyczkowski, *Państwo jako przedsiębiorca*, [w:] *Państwo a gospodarka: zasady, instytucje, procedury: księga jubileuszowa dedykowana Profesor Bożenie Popowskiej*, red. P. Lissoń, M. Strzelbicki, Poznań 2020, s. 264.

<sup>153</sup> Wyrok KIO z dnia 1 marca 2021 r., KIO 347/21; M. Guziński, *Podmioty gminne w prawie zamówień publicznych*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2018, t. 114, s. 287.

<sup>154</sup> H. Wolska, *Realizacja zadań publicznych przez spółkę komunalną w systemie zamówień publicznych*, Warszawa 2018, s. 122, 134 i 169.

ustawodawca wyposaży podmiot publiczny w możliwość występowania w obrocie gospodarczym jako wykonawca usług, robót budowlanych czy dostawca innych dóbr, w ramach konstytucyjnie określonej społecznej gospodarki rynkowej opartej na wolności działalności gospodarczej, obowiązek równego traktowania powinien dotyczyć również takiego wykonawcy.

Uzupełniająco warto też wspomnieć, że w opinii niektórych badaczy przedsiębiorstwa publiczne mogą powoływać się także na inne wolności i prawa konstytucyjne, w tym na wolność prowadzenia działalności gospodarczej, której wolność konkurencji jest częścią. Stwierdza się w związku z tym, że wolą ustawodawcy jest objęcie swobodą działalności gospodarczej zarówno podmiotów prywatnych, jak i „podmiotów działających w oparciu o mienie państwowe”<sup>155</sup>. Natomiast Krzysztof Horubski stwierdza, że możliwość taka wynika dodatkowo z regulacji prawa europejskiego oraz z Karty Praw Podstawowych, a potwierdzana jest orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Autor ten konstatuje, że tym samym prawo takie należy również wywodzić z prawa krajowego ze względu na postulat wykładni pronunijnej<sup>156</sup>.

W ocenie autora niniejszej pracy, racja przemawiająca za stanowiskiem klasyfikującym podmioty publiczne do kręgu podmiotów, których dotyczy równe traktowanie nie wynika z tego, że działalność podmiotów publicznych oparta jest (lub nie) na swobodzie działalności gospodarczej, ale z tego, że odbywa się zgodnie z wolą prawodawcy w warunkach wolnej konkurencji. Co więcej, wyłączenie publicznych podmiotów gospodarczych z grupy podmiotów objętych równym traktowaniem skutkować może nie tylko ich dyskryminacją, ale także nieuzasadnionym traktowaniem przy ubieganiu się o zamówienia publiczne. Tymczasem rolą państwa jest ujmowanie działalności publicznych podmiotów gospodarczych w takie ramy, które niwelują zagrożenia dla wolnej konkurencji i położenia podmiotów prywatnych<sup>157</sup>. Dlatego wzięcie pod uwagę nawet poglądów odmawiających publicznym podmiotom gospodarczym statusu podmiotów wolności gospodarczej<sup>158</sup> nie przekreśla klasyfikowania ich do kręgu podmiotów, których dotyczą obowiązki równego traktowania.

Niebagatelne znaczenie w prowadzonych tu rozważaniach ma wreszcie to, że „publiczność” jako cecha określonych podmiotów jest właściwością niejednoznaczną. Przykładem mogą być tu tzw. podmioty prawa publicznego. W rozumieniu przedstawianym na gruncie zamówień publicznych, będące osobami prawnymi, stworzonymi

<sup>155</sup> M. Szydło, *Państwo jako przedsiębiorca...*, s. 147.

<sup>156</sup> K. Horubski, *Wolność prowadzenia działalności gospodarczej w świetle art. 16 Karty praw podstawowych – wybrane problemy*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2018, t. 114, s. 509.

<sup>157</sup> M. Szydło, *Państwo jako przedsiębiorca...*, s. 166.

<sup>158</sup> Zob. np. K. Strzyczkowski, *Państwo...*, s. 270-272; orzeczenie TK z dnia 7 maja 2001 r., K 19/00.

w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, niemające charakteru przemysłowego ani handlowego, nadzorowane, kontrolowane czy będące w odpowiednim stopniu własnością jednostek sektora finansów publicznych lub państwowych jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej<sup>159</sup>. Jak stwierdza Sławomir Fundowicz, „szczegółność” nadzoru przekraczającego nadzór nad stowarzyszeniami uprawnia do objęcia pojęciem osób prawa publicznego również związków prywatnoprawnych<sup>160</sup>. Oznacza to, że w obszarze zamówień publicznych podmioty prawa publicznego posiadają status zamawiającego publicznego, ale jednocześnie mogą ubiegać się o zamówienia publiczne.

Powyższe rozważania pozwalają przyjąć, że konstytucyjna zasada równości realizowana w kontekście konstytucyjnej zasady społecznej gospodarki rynkowej wyznacza zakaz dyskryminującego i faworyzującego traktowania zarówno podmiotów prywatnych, jak i podmiotów publicznych w sferze prowadzenia działalności gospodarczej, w tym w zamówieniach publicznych. Zasada równego traktowania w zamówieniach powinna znajdować odzwierciedlenie w regulacjach prawnych zapewniających niedyskryminacyjne i równe traktowanie wszystkich uczestników rynku, zarówno tych z sektora prywatnego, jak i publicznego. Stanowisko to znajduje uzasadnienie również i w tym, że w gospodarce rynkowej następuje wyraźniejsze oddzielenie sfery aktywności gospodarczej państwa – *dominium* – od sfery *imperium*. Skoro więc Skarb Państwa i podmioty sektora publicznego w sferze swojej działalności gospodarczej podlegają regulacjom cywilnoprawnym, wyłączenie ich z zakresu zastosowania konstytucyjnej zasady równości skutkowałoby nierównym (dyskryminującym) traktowaniem nie tylko podmiotów publicznych, ale również podmiotów sektora prywatnego<sup>161</sup>.

#### 4.1.2. Podmioty zobowiązane do równego traktowania

Jak wspomniano wyżej, wyrażona w art. 32 ust. 1 zd. 1 KRP zasada stwierdzająca równość wszystkich wobec prawa zawiera jednocześnie normę zobowiązującą do takiego stanowienia norm prawnych, by zapewniały równość wszystkich podmiotów prawa. Tym samym do kręgu podmiotów zobowiązanych do realizacji zasady równości w prawie włączać należy wszystkie podmioty wyposażone w kompetencje prawotwórcze. Z kolei zdanie: „wszyscy mają prawo do równego traktowania przez władze publiczne”, zawarte w art. 32 ust. 1 KRP, wyróżnia się na tle innych fragmentów tego artykułu poprzez wyraźne wskazanie podmiotów zobowiązanych,

<sup>159</sup> Art. 4 pkt 3 Pzp 2019.

<sup>160</sup> S. Fundowicz, *Pojęcie osoby prawnej prawa publicznego*, „Przegląd Sejmowy” 1999, nr 2, s. 76.

<sup>161</sup> D. Sylwestrzak, *Preferowanie podmiotów publicznych w niektórych rodzajach działalności gospodarczej*, [w:] *Węzłowe problemy oddziaływania państwa na konkurencyjność i innowacyjność gospodarki z perspektywy różnych dziedzin prawa*, red. A. Brzezińska-Rawa, D. Sylwestrzak, Toruń 2015, s. 26; orzeczenie TK z dnia 9 stycznia 2007 r., P 5/05.

jakimi są władze publiczne. Uznaje się w związku z tym, że zasada równości wobec prawa ma zastosowanie zarówno do organów stanowiących prawo, jak i do organów stosujących prawo<sup>162</sup>.

Jak zatem należy rozumieć pojęcie władz publicznych? I czy może ono obejmować również publiczne instytucje zamawiające? W tym zakresie należy odnotować istnienie następujących stanowisk. Zgodnie z jednym z nich obowiązek równego traktowania w procesie stosowania prawa adresowany jest do „władz publicznych” w ścisłym znaczeniu. W tym ujęciu podmiotami zobowiązanymi do równego traktowania są przede wszystkim organy władzy wykonawczej, a także organy samorządu terytorialnego<sup>163</sup>. Zdaniem Witolda Borysiaka i Leszka Boska: „równość w stosowaniu prawa (określana często jako równość traktowania) odnosi się więc do sfery, w której jest ono stosowane przez władze publiczne (przede wszystkim w prawie administracyjnym)”<sup>164</sup>. W podobny sposób wypowiadają się Lech Garlicki i Marek Zubik, którzy stwierdzają, że praktyczne wykorzystanie obowiązku równego traktowania koncentruje się przede wszystkim na dziedzinach życia społecznego, gdzie występuje podporządkowanie jednostki władzom publicznym<sup>165</sup>. Uznają w związku z tym, że pojęcie władz publicznych: „odnosi się do wszelkich organów, urzędów i instytucji, które wykonują kompetencje władzy lub wykonywanie tych kompetencji przygotowują, lub organizują”<sup>166</sup>. Jednocześnie Garlicki i Zubik dopuszczają możliwość, że pod pojęciem władz publicznych można rozumieć również „instytucje niepubliczne realizujące funkcje zlecone i podobne”<sup>167</sup>.

Tak samo uważa Jan Podkowik, który do władz publicznych zalicza także podmioty niepubliczne wykonujące na podstawie ustawy lub porozumienia określone zadania w sposób władczy<sup>168</sup>. Według tego autora szczególnym przykładem w tym zakresie mogą być podmioty, które nie będąc publicznymi, realizują określone funkcje publiczne, podejmując rozstrzygnięcia związane z finansowaniem zadań ze środków publicznych w formach prawnych właściwych nie tylko dla prawa cywilnego, ale i administracyjnego<sup>169</sup>. W opinii Podkowika uzasadnione jest więc odnoszenie zasady

<sup>162</sup> W. Borysiak, L. Bosek, *op. cit.*, s. 836.

<sup>163</sup> B. Banaszak, *Konstytucja...*, s. 226; *idem*, *Zasada równości w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, [w:] *Sześć lat Konstytucji 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, *op. cit.*, s. 836; M. Masternak-Kubiak, *op. cit.*, s. 136.

<sup>164</sup> W. Borysiak, L. Bosek, *op. cit.*, s. 833 i 837.

<sup>165</sup> L. Garlicki, M. Zubik, *op. cit.*, s. 113 i 123.

<sup>166</sup> *Ibidem*, s. 122.

<sup>167</sup> *Ibidem*, s. 122-123.

<sup>168</sup> J. Podkowik, *op. cit.*, s. 250-251.

<sup>169</sup> Wskazać tu można tzw. instytucje wdrażające w rozumieniu ustawy z dnia 6 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju (Dz.U. z 2019 r., poz. 1295, art. 5 pkt 4), art. 29 ust. 1. Mowa o instytucjach mogących być podmiotami prywatnymi, którym na podstawie porozumienia lub umowy

równego traktowania także do państwa działającego w sferze gospodarczej. Autor wyjaśnia, że w powszechnym przeświadczeniu działania podmiotów majątkowo lub organizacyjnie podporządkowanych państwu bywają utożsamiane z działaniami władz publicznych, umacniając lub podważając zaufanie obywateli do państwa. W konsekwencji Skarb Państwa, państwowe osoby prawne i pozostałe publiczne podmioty gospodarcze mogą być związane klasycznymi mechanizmami równościowymi, w tym konstytucyjnym obowiązkiem równego traktowania<sup>170</sup>.

Stanowisko Jana Podkowika zdaje się odpowiadać pogładowi Trybunału Konstytucyjnego wyrażonemu w orzeczeniu z 18 października 2005 r. Trybunał Konstytucyjny, odnosząc się do rozumienia pojęcia władzy publicznej w art. 77 ust. 1 KRP, przyjął, że w rozumieniu tego przepisu pojęcie władzy publicznej „obejmuje wszystkie władze konstytucyjne państwa lub samorządu, a także inne instytucje, o ile wykonują funkcje »władzy publicznej« w wyniku powierzenia czy przekazania im tych funkcji”. Wykonywanie zaś władzy publicznej „dotyczy wszelkich form działalności państwa samorządu terytorialnego i innych instytucji publicznych, które obejmują bardzo zróżnicowane formy aktywności. Wykonywanie takich funkcji łączy się z reguły, chociaż nie zawsze, z możliwością władczego kształtowania sytuacji jednostki”<sup>171</sup>. Podobny pogląd można przypisać również Bogusławowi Banaszakowi, który na kanwie ogólniejszych rozważań o zastosowaniu norm konstytucyjnych stwierdza, że cała Konstytucja RP, a przynajmniej jej część dotycząca praw jednostki, obowiązuje we wszystkich rodzajach stosunków prawnych i jest bezpośrednio stosowana przez wszystkie rodzaje organów władz publicznych, które są nią związane<sup>172</sup>.

Przyjęcie przywołanych propozycji pozwala więc na uznanie, że pojęcie władzy publicznej zawarte w konstytucyjnej zasadzie równego traktowania obejmuje wszystkie podmioty, które wykazują się przynajmniej jedną z następujących cech: a) wchodzi w skład struktury organizacyjnej państwa lub samorządu terytorialnego (podmiotowe ujęcie władzy publicznej) albo b) wykonują władztwo publiczne (funkcjonalne ujęcie władzy publicznej). Przy czym w pierwszym przypadku obowiązek równego traktowania związany byłby zarówno z wykonywaniem funkcji władzy publicznej w sferze *imperium*, jak i z wykonywaniem uprawnień w sferze *dominium*; natomiast w drugim przypadku – tylko z wykonywaniem uprawnień

---

powierzono, w ramach programu operacyjnego, realizację zadań odnoszących się bezpośrednio do beneficjentów. Wspomniane zadanie obejmuje organizowanie konkursów w celu wyłonienia projektów do dofinansowania. K. Kokocińska, *Polityka regionalna w Polsce i w Unii Europejskiej*, Poznań 2010, s. 106-107.

<sup>170</sup> J. Podkowik, *op. cit.*, s. 252; zob. orzeczenie TK z dnia 18 czerwca 2013 r., K 37/12.

<sup>171</sup> Orzeczenie TK z dnia 18 października 2005 r., SK 48/03; zob. też: M. Bernaczyk, *Pojęcie publicznych praw podmiotowych w świetle Konstytucji RP*, [w:] *Wolności i prawa jednostki w Konstytucji RP*, t. 1: *Idee i zasady przewodnie konstytucyjnej regulacji wolności i praw jednostki w RP*, red. M. Jabloński, Warszawa 2010, s. 254.

<sup>172</sup> B. Banaszak, *Prawo konstytucyjne*, Warszawa 2017, s. 76.



w sferze *dominium*. Z kategorii władzy publicznej należy bowiem w oczywisty sposób wykluczyć podmioty niepubliczne niesprawujące władzy publicznej<sup>173</sup>.

Wziąwszy pod uwagę legalne pojęcie zamawiających w rozumieniu Ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych z 2019 r., do grona podmiotów reprezentujących władzę publiczną należałoby zaliczyć jednostki sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów Ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, a także inne państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej (oraz związki tych podmiotów)<sup>174</sup>. Podstawową racją dla takiej klasyfikacji jest to, że wskazane podmioty należą do struktury organizacyjnej państwa lub samorządu terytorialnego. Okoliczności tej nie można jednak odnieść do tzw. podmiotów prawa publicznego, o których mowa w art. 4 pkt 3 Pzp 2019. Ich związek z jednostkami sektora finansów publicznych lub innymi państwowymi jednostkami nie wynika z przyporządkowania hierarchicznego w ramach organizacji państwowej, lecz z zależności natury finansowej, właścicielskiej, nadzorczej czy personalnej. W takim przypadku podmioty prawa publicznego można by było uznać za podmioty władzy publicznej tylko wówczas, gdy zostałyby wyposażone we władztwo publiczne i gdyby działały w ramach takiego władztwa. Takie pojmowanie instytucji zamawiających jako władz publicznych koresponduje z treścią dyrektyw, gdzie przykładem może być art. 2 ust. 1 pkt 1 dyrektywy klasycznej, zgodnie z którym: „instytucje zamawiające” oznaczają państwo, władze regionalne lub lokalne, podmioty prawa publicznego lub związki złożone z co najmniej jednej takiej instytucji lub z co najmniej jednego takiego podmiotu prawa publicznego.

Powyższe pozwala wstępnie przyjąć, że konstytucyjny obowiązek zapewnienia równości ubiegających się o zamówienia publiczne spoczywa co najmniej na prawodawcy oraz zamawiających, którzy są podmiotami władzy publicznej. Z kolei art. 32 ust. 2 KRP nie określa wyraźnie adresatów obowiązków zakazu dyskryminacji, co pozwalałoby z kolei przyjąć, że jest źródłem obowiązków wszelkich podmiotów, w tym zamawiających innych niż organy władzy publicznej<sup>175</sup>.

Definitywne rozstrzygnięcie kwestii zakresu zastosowania konstytucyjnej zasady równości wymaga jednak kontynuacji rozważań i odniesienia się do kolejnego zagadnienia, jakim jest dopuszczalność traktowania norm konstytucyjnych jako źródeł obowiązków odnoszących się do różnych dziedzin życia społecznego, a w związku z tym jako źródeł obowiązków innych podmiotów niż państwo. Problem ten zwią-

<sup>173</sup> 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.

<sup>174</sup> Art. 4 pkt 1 i 2 Pzp 2019.

<sup>175</sup> M. Ziółkowski, *Bezpośredni horyzontalny skutek...*, s. 122; M. Florczak-Wątor, *Horyzontalny wymiar...*, s. 75; S. Jarosz-Zukowska, *Problem horyzontalnego stosowania norm konstytucyjnych dotyczących wolności i praw jednostki w świetle Konstytucji RP*, [w:] *Wolności i prawa jednostki w Konstytucji RP*, t. 1, s. 209.



zany jest w istocie z zapatrywaniami na współczesne znaczenie i rolę konstytucji, a jednocześnie stanowi wiązkę szczegółowych zagadnień, wśród których znajduje się zaangażowana aksjologicznie tematyka wertykalnego oraz horyzontalnego zastosowania norm konstytucyjnych.

#### 4.2. Problematyka wertykalnego oraz horyzontalnego zastosowania konstytucyjnych zasad równości w zamówieniach publicznych

W literaturze problem wertykalności oraz horyzontalności stosowania norm konstytucyjnych ujmowany jest też często jako zagadnienie „wertykalnego/horyzontalnego wymiaru”, „wertykalnego/horyzontalnego obowiązywania” lub „wertykalnego/horyzontalnego oddziaływania” norm. Terminami tymi określa się w istocie związek wielu problemów szczegółowych opisywanych w nauce za pomocą tradycyjnych pojęć, wśród których jako naczelne wskazać można zagadnienia aksjologiczne. Związane są one z funkcją konstytucji jako całego aktu prawnego, z zakresem zastosowania poszczególnych norm konstytucyjnych, a także z ochroną praw podstawowych. Zdaniem Bartosza Skwary:

horyzontalne działanie praw i wolności człowieka i obywatela [...] [jako: przyp. aut.] zbiorcza kategoria oznacza powiązanie dwóch podmiotów prawa prywatnego więzią o charakterze prawnym, opartą lub częściowo opartą na normie konstytucyjnej zrekonstruowanej z przepisów zapewniających ochronę przynajmniej jednego konstytucyjnego prawa lub konstytucyjnej wolności jednostki (człowieka lub obywatela)<sup>176</sup>.

Wprawdzie terminy „wertykalność” oraz „horyzontalność” odnoszą się niekiedy do „obowiązywania” norm konstytucyjnych, jednak w istocie – w ujęciu deskryptywnym – związane są z zakresem zastosowania obowiązujących już norm<sup>177</sup>. O ewentualnym horyzontalnym (bądź wertykalnym) zastosowaniu orzeka się bowiem, dokonując ustaleń dotyczących okoliczności, w których znajdują zastosowanie obowiązujące już normy.

Pomimo podejmowanych w przeszłości prób, do polskiej konstytucji nie został wprowadzony przepis o horyzontalnym zastosowaniu norm konstytucyjnych<sup>178</sup>.

<sup>176</sup> B. Skwara, *Horyzontalny skutek praw i wolności jednostki w systemie Konstytucji RP*, [w:] *Dylematy praw człowieka*, red. T. Gardocka, J. Sobczak, Toruń 2008, s. 379.

<sup>177</sup> M. Ziółkowski, *Bezpośredni horyzontalny skutek...*, s. 117-118; B. Banaszak, *Prawo konstytucyjne...*, s. 392-393.

<sup>178</sup> P. Radziejewicz, *op. cit.*, s. 32. Zapisy takie znaleźć można jednak w uregulowaniach konstytucyjnych niektórych państw. I. Wróblewska, *Zakres podmiotowy obowiązywania praw jednostki we współczesnych państwach demokratycznych. Problem tzw. horyzontalnego skutku norm konstytucyjnych*, [w:] *Ustroje. Historia i współczesność. Polska – Europa – Ameryka Łacińska. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Jackowi Czajkowskiemu*, red. M. Grzybowski, G. Kuca, P. Mikuli, Kraków 2013, s. 96 i nast.; B. Banaszak, *Sądownictwo konstytucyjne a ochrona praw obywatelskich. RFN, Austria, Szwajcaria*, Wrocław 1990, s. 146 i nast.

Niezależnie od tego, w polskiej nauce prawa konstytucyjnego od dawna dyskutowana jest kwestia tak lub inaczej pojmowanego wpływu konstytucji na stosunki prawne niewynikające z władczego podporządkowania jednostki władzy publicznej<sup>179</sup>. Dostrzega się chociażby, że wprawdzie prawo konstytucyjne tradycyjnie należy do dziedziny prawa publicznego, jednak nie musi to wykluczać możliwości oddziaływania zawartych w nim norm na sferę stosunków cywilnoprawnych<sup>180</sup>. Można również rzec, że horyzontalny wymiar norm konstytucyjnych jest współczesnym konstruktem doktrynalnym, w ramach którego podejmuje się próby ujęcia natury badanego zjawiska prawnego, albo raczej daje się wyraz zapatrywaniu, jak powinno się traktować zakres zastosowania norm konstytucyjnych<sup>181</sup>. Jednocześnie ustalanie horyzontalnego zastosowania norm konstytucyjnych polega w istocie na rozwiązywaniu problemów, znanych nauce prawa od dawna, dla opisu których stosuje się ugruntowaną terminologię, jak chociażby określenie „zakres zastosowania”. Pojęcie horyzontalności pozwala na rozłożenie akcentów, w tym podkreślenie pewnych aspektów stosowania norm konstytucyjnych, a także dostrzeżenie tendencji czy zmian w dotychczasowych stanowiskach w tym zakresie<sup>182</sup>.

Nie sposób jednak posługiwać się pojęciem horyzontalności, nie odnosząc się też do pojęcia wertykalności. Horyzontalne zastosowanie norm konstytucyjnych wyraża się bowiem w odstępstwie od tych elementów zakresu zastosowania, które przesadzają o ich tzw. wertykalnym zastosowaniu, czyli zastosowaniu, w którym adresatem obowiązków wynikających z konstytucji jest państwo, a z kolei podmiotem, na którego położenie prawne lub faktyczne oddziałują takie obowiązki, jest jednostka. Zwroty „horyzontalne zastosowanie” oraz „wertykalne zastosowanie” należy jednakże traktować jako pewne skróty myślowe. Odnoszą się one w istocie do podejmowanych w literaturze rozważań dotyczących podmiotowych i przedmiotowych elementów zakresu zastosowania analizowanych norm, gdzie punktem odniesienia są konkretne rodzaje stosunków prawnych określane zazwyczaj jako „stosunki horyzontalne” oraz „stosunki wertykalne”. Horyzontalność lub wertykalność jako element zastosowania norm konstytucyjnych jest więc ściśle związana z teorią stosunku prawnego. Uznaje się przy tym, że horyzontalne zastosowanie określonej normy występuje wówczas, gdy zakres jej zastosowania dotyczy w jakimś stopniu stosunków horyzontalnych, a wertykalne – gdy dotyczy stosunków wertykalnych.

<sup>179</sup> L. Garlicki, *Horyzontalne obowiązywanie praw człowieka a standardy. Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, [w:] *Wpływ Europejskiej Konwencji Praw Człowieka na funkcjonowanie biznesu*, red. A. Bodnar, A. Płoszka, Warszawa 2016, s. 28; P. Radziejewicz, *op. cit.*, s. 25; A. Zieliński, *Aktualne problemy wykładni prawa cywilnego*, [w:] *Teoria i praktyka wykładni prawa*, red. P. Winczorek, Warszawa 2005, s. 314-315; M. Masternak-Kubiak, *op. cit.*, s. 135 i nast.; I. Wróblewska, *Poziome działanie praw jednostki...*, s. 70-71.

<sup>180</sup> M. Florczak-Wątor, *Horyzontalny wymiar...*, s. 43; B. Banaszak, *Prawo konstytucyjne...*, s. 393.

<sup>181</sup> P. Radziejewicz, *op. cit.*, s. 27, 46.

<sup>182</sup> *Ibidem*, s. 44.

Na przykład zdaniem Pawła Śmiałka niewskazanie władz publicznych w art. 32 ust. 2 KRP, a także szerokie określenie sfer funkcjonowania jednostki prowadzi do konstatacji, że przepis ten może znaleźć zastosowanie nie tylko w stosunkach wer-tykalnych, ale i horyzontalnych<sup>183</sup>. Podobne stanowisko zajmują np. Anna Łabno<sup>184</sup> oraz Piotr Tuleja<sup>185</sup>.

Jak wynika z powyższego, kluczowe w tym zakresie jest pojęcie stosunku horyzontalnego, które również jest pewną propozycją terminologiczną służącą opisowi znanych konstrukcji prawnych. Tak uważa chociażby Piotr Radzewicz, który rozumie przezeń:

dwustronną relację prawną między równorzędnymi podmiotami konstytucyjnych wolności lub praw (tj. wolności lub praw mających podstawę w normach konstytucyjnych) bez udziału organu władzy publicznej, w przeciwieństwie do konstytucyjnego stosunku wer-tykalnego, w którym występuje element władztwa publicznego, którym dysponuje jedna ze stron tego stosunku<sup>186</sup>.

Monika Florczak-Wątor opisuje stosunek horyzontalny jako „łączący podmioty prywatne, które względem siebie pozostają w relacji równorzędnej”<sup>187</sup>. Należałoby więc zaznaczyć, że w obszarze prawa konstytucyjnego określenia „stosunek horyzontalny” i „stosunek wer-tykalny” należy traktować jako odnoszące się do pewnego modelowego czy wręcz obrazowego ujęcia relacji prawnych. W rzeczywistości istnienie jakiegoś typu stosunku prawnego jest kształtowane przez wiele czynników, jak np. charakter norm wyznaczających sytuację prawną stron takiego stosunku, w tym tzw. metodę regulacji czy sam status stron. Należy jednakowoż zwrócić uwagę na ułomność określenia „horyzontalny” (jak i „wer-tykalny”) w przypadku stosunków prawnych, do których mogą mieć zastosowania normy konstytucyjne. Po pierwsze, jak słusznie podkreśla Lech Garlicki, horyzontalność stosunków prawnych nie musi oznaczać ich faktycznego „poziomego” czy „symetrycznego” charakteru. Przykładem mogą być tu stosunki, w których stroną są podmioty o dominującej czy szczególnej pozycji ekonomicznej albo społecznej<sup>188</sup>.

Po drugie, niedoskonałość konstrukcji terminologicznej „horyzontalnego” lub „wer-tykalnego” stosunku prawnego, a przez to „horyzontalnego” lub „wer-tykalnego” zastosowania norm konstytucyjnych, ujawnia się również w tym, że komplikuje klasyfikacje określonych typów stosunków prawnych. Będąc wprawdzie atrakcyjnym ujęciem modelowym, omawiana konstrukcja w ograniczonym stopniu przydaje

<sup>183</sup> P. Śmiałek, *op. cit.*, s. 91 i 94.

<sup>184</sup> A. Łabno, *op. cit.*, s. 43.

<sup>185</sup> P. Tuleja, *Art. 32...*, s. 121.

<sup>186</sup> P. Radzewicz, *op. cit.*, s. 29.

<sup>187</sup> M. Florczak-Wątor, *Obowiązki ochronne państwa w świetle Konstytucji RP i Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Kraków 2018, s. 22.

<sup>188</sup> L. Garlicki, *Horyzontalne obowiązki...*, s. 26.

się do opisu konkretnych przykładów stosunków prawnych. Dotyczy to zwłaszcza stosunków, w których podmiot władzy publicznej dokonuje czynności w sferze *dominium* (reprezentując np. uprawnienia właścicielskie Skarbu Państwa czy jednostki samorządu terytorialnego) albo w których podmiot prawa publicznego niebędący organem administracji publicznej (np. spółka komunalna czy podmiot prywatny) zostaje wyposażony w kompetencje związane z reprezentacją interesów publicznych, w ramach których udziela zamówień publicznych. Dalej idącym przykładem są sytuacje, w których podmiot publiczny poprzez udzielanie zamówień publicznych czy zawieranie umów partnerstwa publiczno-prywatnego powierza określonym podmiotom realizację określonych zadań pozostających w ścisłym związku z wykonywaniem zadań publicznych. Na niedoskonałość określeń „horyzontalny” i „wertikalny” wskazuje również pośrednio Monika Florczak-Wątor, która stwierdza, że w zależności do przyjętego kryterium (materialnego, formalnego czy funkcjonalnego) podmioty prawa publicznego mogą zostać zaliczone do podmiotów państwowych lub prywatnych, co będzie przesądzało, czy stosunek prawny, w którym są stroną, będzie mógł zostać uznany odpowiednio za stosunek wertykalny albo horyzontalny<sup>189</sup>.

Należy również dostrzec, że norma prawna może odnosić się do określonych stosunków horyzontalnych, które mogą być rozpatrywane zarówno pod kątem aspektów podmiotowych, jak i przedmiotowych. W pierwszym przypadku kwestia horyzontalności ujawniać się będzie wówczas, gdy adresatem normy jest podmiot inny niż władza publiczna lub podmiot wyposażony w takie władztwo publiczne<sup>190</sup>. W drugim przypadku horyzontalny skutek normy występuje, jeśli dotyczy stosunków prawnych nieopartych na władczości, nawet jeśli adresatem normy jest władza publiczna – ale działająca nie w sferze *imperium* (np. jako prawodawca), lecz w sferze *dominium* (np. jako instytucja zamawiająca).

W literaturze dostrzega się jednocześnie możliwość odstępstw od wzorcowych ujęć wertykalnego i horyzontalnego stosunku prawnego. Na przykład Monika Florczak-Wątor stwierdza, że takie sytuacje związane są z występowaniem elementu publicznego w odniesieniu do jednego z podmiotów tego stosunku. Element ten może wyrażać się w tym, że podmiot jest powołany przez państwo albo powiązany z państwem w taki sposób, że korzysta z mienia publicznego jako podstawy działalności, realizuje powierzone mu zadania publiczne lub też podlega nadzorowi państwa. W opinii autorki przykładem takich podmiotów są publiczne podmioty gospodarcze czy podmioty prawa publicznego. Element publiczny może też ujawniać się w fakcie „upublicznienia przedmiotu własności prywatnej” i jego udostępnienia innym osobom, połączonym z czerpaniem z tego korzyści. Działalność taka może wiązać się z koniecznością respektowania praw i wolności innych osób, w sposób analogiczny

<sup>189</sup> M. Florczak-Wątor, *Horyzontalny wymiar...*, s. 35.

<sup>190</sup> M. Ziółkowski, *Bezpośredni horyzontalny skutek...*, s. 120.

do tego, jak zobowiązane jest państwo. W konsekwencji stosunki z udziałem takich podmiotów będą stosunkami horyzontalnymi, stosunkami wertykalnymi albo quasi-wertykalnymi<sup>191</sup>.

Spostrzeżenia Moniki Florczak-Wątor okazują się szczególnie ważne w odniesieniu do stosunków panujących w obszarze zamówień publicznych. Wskazują też na niewyczerpujący charakter podziału stosunków na wertykalne i horyzontalne. W związku z tym trafniejsze wydaje się odnośnienie problematyki zastosowania konkretnych norm konstytucyjnych do konkretnego rodzaju stosunków prawnych. W tym zakresie skoncentrowanie badań na zamówieniach publicznych okazuje się bardziej użyteczne. Nie porzucając wprawdzie możliwości posługiwania się terminami „horyzontalność” i „wertykalność” do opisu wzorców zastosowania norm konstytucyjnych w ogólności, dokonywać należy jednak analizy zastosowania zasady równości zawartej w art. 32 KRP w obszarze zamówień publicznych – bez rozstrzygania, czy i ewentualnie kiedy stosunki w obszarze zamówień publicznych można zaklasyfikować jako horyzontalne w pełni lub w części. Należy przyjąć, że badana norma konstytucyjna odnosi się do określonych stosunków prawnych, o ile wynika z zakresu jej stosowania, a nie z „horyzontalnej” czy „wertykalnej” właściwości norm konstytucyjnych lub stosunków prawnych, do których się odnoszą<sup>192</sup>. Kwestia ta skłania do kontynuacji rozważań o zastosowaniu konstytucyjnej zasady równości w zamówieniach publicznych poprzez odniesienie do problematyki jej skuteczności.

#### **4.3. Problematyka skuteczności konstytucyjnych zasad równości w zamówieniach publicznych**

Ustalenia dotyczące zastosowania konstytucyjnej zasady równości w zamówieniach publicznych są dodatkowo determinowane sposobem postrzegania funkcji konstytucji jako takiej lub samych procesów konstytucjonalizacji. To właśnie przyjęte stanowisko aksjologiczne skutkuje opowiedzeniem się za określonym modelem stosowania norm konstytucyjnych. Z teoretycznego punktu widzenia oznacza to poszerzenie pola analiz o postulaty dotyczące tego, jak takie normy powinny kształtować stosunki społeczne. Skutkuje to również potrzebą uzupełnienia opisu okoliczności, w których norma znajduje zastosowanie (tj. zakresem zastosowania), opisem zachowań, które adresaci norm powinni podejmować w takich okolicznościach (tj. zakresem normowania). Konstatacja ta wywołuje zatem konieczność podjęcia kolejnego zagadnienia, jakim jest skuteczność norm konstytucyjnych.

Zagadnienie skuteczności norm konstytucyjnych analizowane jest na gruncie prawa konstytucyjnego zazwyczaj z uwzględnieniem wielu elementów dopełnia-

<sup>191</sup> M. Florczak-Wątor, *Obowiązki ochronne państwa...*, s. 26-27.

<sup>192</sup> P. Radziejewicz, *op. cit.*, s. 46.

jących, wśród których pierwszoplanową rolę odgrywają aspekty pośredniej albo bezpośredniej skuteczności oraz horyzontalnej albo wertykalnej skuteczności. Niejednolita i zmienna jest jednak terminologia stosowana przez badaczy dla opisu istoty tego zjawiska. Michał Ziółkowski odnotowuje, że w tym zakresie – oprócz terminów „skuteczność” czy „skutek” – zastosowanie znajdują takie określenia, jak np. „obowiązki”, „stosowanie”, „działanie” czy „wymiar” konstytucji, norm konstytucyjnych, praw czy wolności konstytucyjnych<sup>193</sup>.

Na potrzeby podejmowanych tu analiz konstytucyjnej zasady równości w zamówieniach publicznych przyjęto termin „skuteczność”, który rozumiany będzie jako charakterystyka zakresu obowiązków i praw z niej wynikających. Skuteczność konstytucyjnej zasady równości w zamówieniach publicznych będzie więc odnosić się nie tylko do zakresu jej zastosowania, lecz dodatkowo do zakresu jej normowania – czyli zachowań wyznaczanych przez normę prawną. Spojrzenie to, w ocenie autora niniejszego opracowania, stanowi wspólny rdzeń dla większości prezentowanych w literaturze poglądów, nawet jeśli okazują się rozbieżne w zakresie elementów dopełniających. Uzasadnia to więc posłużenie się terminem „skuteczność” w miejsce terminu „zastosowanie” oraz zapewnia większą czytelność prowadzonych analiz.

W rozważaniach na temat skuteczności norm konstytucyjnych przyjmowana jest perspektywa wyznaczanych przez normy konstytucyjne praw („w jaki sposób prawa konstytucyjne działają”<sup>194</sup>) albo perspektywa powiązanych z nimi obowiązków („w jakim zakresie prawa konstytucyjne powinny być uwzględniane”<sup>195</sup>, „które z konstytucyjnych zakazów albo nakazów określonego zachowania się i w jakich okolicznościach są adresowane do podmiotów”<sup>196</sup>). Przykładem ujmowania skuteczności norm konstytucyjnych przede wszystkim z punktu widzenia praw jest niemiecka doktryna *Drittwirkung*. Jest ona – jak stwierdza Anna Młynarska-Sobaczewska – obecnie najczęściej wybierana jako punkt odniesienia dla analizy problemów związanych ze stosowaniem norm konstytucyjnych w polskiej judykaturze oraz jurysprudencji<sup>197</sup>, koncentruje się na wpływie norm wyznaczających uprawnienia jednostek na porządek prawny. Skuteczność w ramach tej koncepcji odnoszona jest nawet wprost do podstawowych praw i wolności konstytucyjnych (niem. *Drittwirkung der Grundrechte*)<sup>198</sup>.

<sup>193</sup> M. Ziółkowski, *Bezpośredni horyzontalny skutek...*, s. 117.

<sup>194</sup> M. Florczak-Wątor, *Rola sądów i trybunałów w kształtowaniu koncepcji horyzontalnego działania praw jednostki*, [w:] *Sądy i trybunały wobec problemu horyzontalnego działania praw jednostki*, red. M. Florczak-Wątor, Kraków 2015, s. 17.

<sup>195</sup> *Ibidem*.

<sup>196</sup> M. Ziółkowski, *Bezpośredni horyzontalny skutek...*, s. 120.

<sup>197</sup> A. Młynarska-Sobaczewska, *Wprowadzenie*, [w:] *Horyzontalne oddziaływanie...*, s. 9.

<sup>198</sup> B. Skwara, *Kategoryzacja horyzontalnego obowiązywania praw podstawowych w świetle aksjologicznych założeń systemu prawa*, [w:] *Horyzontalne oddziaływanie...*, s. 62; I. Wróblewska, *Prywatyzacja zadań państwa a horyzontalny wymiar praw konstytucyjnych*, [w:] *Horyzontalne oddziaływanie...*, s. 105.



Z kolei obowiązkom, w kontekście problematyki skuteczności, poświęca się większą uwagę w niemieckiej teorii obowiązków ochronnych (niem. *Grundrechtliche Schutzpflichten des Staates*) czy anglosaskiej teorii działania państwowego (ang. *state action*). Teoria obowiązków ochronnych odwołuje się do powinności zapewnienia ze strony państwa efektywnego działania konstytucyjnych wolności i praw – także w przypadkach ich naruszenia przez inne podmioty niż organy państwowe<sup>199</sup>. W modelu opartym na tej teorii państwo występuje jako strażnik realizacji praw i wolności konstytucyjnych, korzystając z przysługującego mu władztwa publicznego<sup>200</sup>. Przy czym obowiązki ochronne państwa występują zarówno w sferze stanowienia, jak i stosowania prawa<sup>201</sup>.

Teoria obowiązków ochronnych państwa związana jest z funkcją państwa, jak i samej konstytucji. Dostrzega się współcześnie, że państwo z potencjalnego źródła zagrożeń podstawowych swobód i uprawnień jednostki stało się ich gwarantem<sup>202</sup>. Od państwa oczekuje się zatem, by w obliczu określonych niebezpieczeństw podejmowało stosowne działania, także oddziałujące na sferę stosunków pomiędzy innymi podmiotami, w których może dojść do naruszenia prawa i wolności konstytucyjnych<sup>203</sup>. Nowe oczekiwania wobec państwa związane są w szczególności z ochroną prawa własności, wolności człowieka czy równości wobec prawa. Oznacza to nowe spojrzenie na funkcje konstytucji domagające się jej zastosowania na innych niż dotychczasowych polach<sup>204</sup>. W teorii obowiązków ochronnych państwa wpisana jest też koncepcja państwowych obowiązków negatywnych i pozytywnych. Zgodnie z nią obowiązkiem władz publicznych jest powstrzymanie się od naruszeń praw, ale nie tylko. Koncepcja wymaga także od władz podejmowania działań służących zapewnieniu realnej (materialnej i proceduralnej) możliwości korzystania przez podmioty ze swoich praw oraz udzielenia im ochrony przed wszelkiego rodzaju naruszeniami (ingerencjami). Ochrona ta obejmuje podmioty niezależnie od charakteru tego podmiotu, który jest autorem określonego naruszenia<sup>205</sup>.

Natomiast wywodząca się z amerykańskiego systemu prawnego doktryna *state action* (określana też jako *governmental action*)<sup>206</sup> odnosi się do szeroko rozumianej

<sup>199</sup> M. Florczak-Wątor, *Horyzontalny wymiar...*, s. 127-128; P. Czarny, *op. cit.*, s. 177.

<sup>200</sup> P. Radzewicz, *op. cit.*, s. 37.

<sup>201</sup> M. Florczak-Wątor, *Obowiązki ochronne państwa...*, s. 99.

<sup>202</sup> M. Ziółkowski, *Bezpośredni horyzontalny skutek...*, s. 123; M. Florczak-Wątor, *Horyzontalny wymiar...*, s. 52; M. Florczak-Wątor, *Rola sądów i trybunałów...*, s. 24.

<sup>203</sup> Z. Kędzia, *Horyzontalne działanie praw obywatelskich*, [w:] *Państwo, prawo, obywatel. Zbiór studiów dla uczczenia 60-lecia urodzin i 40-lecia pracy naukowej profesora Adama Łopatki*, red. J. Łętowski, W. Sokolewicz, Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk-Łódź 1989, s. 522-524; P. Radzewicz, *op. cit.*, s. 48-49.

<sup>204</sup> P. Radzewicz, *op. cit.*, s. 53.

<sup>205</sup> L. Garlicki, *Horyzontalne obowiązywanie...*, s. 30; *idem*, *Polskie prawo konstytucyjne – zarys wykładu*, Warszawa 2018, s. 119-120; A. Wróbel, *Komentarz do art. 14*, [w:] *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, t. 1, *Komentarz do artykułów 1-18*, red. L. Garlicki, Warszawa 2010, s. 789-790.

<sup>206</sup> I. Wróblewska, *Poziome działanie praw jednostki...*, s. 64.



działalności państwa, także wykonywanej za pośrednictwem podmiotów nienależących ściśle do struktury państwowej, o ile takie podmioty pozostają z państwem w określonych zależnościach organizacyjnych, właścicielskich czy finansowych i realizują różnego rodzaju zadania państwa (publiczne)<sup>207</sup>. Podstawowy przedmiot analiz stanowi tutaj właśnie działanie państwowe (*state action*) i związane z nim pozytywne obowiązki konstytucyjne<sup>208</sup>. Co więcej, podobnie jak w ramach koncepcji obowiązków ochronnych państwa, w doktrynie *state action* dopuszcza się możliwość przepisania państwu w niektórych przypadkach odpowiedzialności za naruszenia prawa i wolności jednostek przez inne podmioty, w tym prywatne<sup>209</sup>. Oczywiście, doktryna *state action*, podobnie jak teoria obowiązków ochronnych państwa – jak zauważa Piotr Radzewicz – nie należy wyłącznie do problematyki horyzontalnej skuteczności norm konstytucyjnych, lecz ją uzasadnia. Państwo występuje w tej koncepcji w roli gwaranta efektywnego korzystania przez podmioty z ich konstytucyjnych wolności i praw, które mogą być zagrożone również przez inne podmioty władzy publicznej<sup>210</sup>.

Jak wskazano wyżej, o skuteczności norm konstytucyjnych orzeka się, oceniając postać praw lub obowiązków konstytucyjnych. W tym zakresie przywołać należy dodatkowo doktrynalne koncepcje pośredniej i bezpośredniej skuteczności norm.

Podział na skuteczność bezpośrednią i pośrednią norm konstytucyjnych jest stosunkowo często stosowany w literaturze. Na przykład w doktrynie *Drittwirkung* dostrzega się możliwość bezpośredniego skutku normy konstytucyjnej (niem. *unmittelbare Drittwirkung*), która wyraża się w tym, że podmiot konstytucyjnej wolności lub prawa może powoływać się na swoją wolność lub prawo w stosunkach z innym podmiotem, a ten jest na tej podstawie zobowiązany do określonego zachowania<sup>211</sup>. Należy jednak w tym zakresie odróżnić sytuacje, w których „bezpośredniość” wyraża się w „prawie powoływania się” na normę konstytucyjną w celu odpowiedniego ukształtowania stosunku czy położenia prawnego, od korzystania na drodze sądowej z ochrony prawnej. W drugim przypadku zakłada się, że jednostka może wprawdzie powoływać się na swoje prawa konstytucyjne w relacjach z innym podmiotem, ale nie ma możliwości samodzielnego wyegzekwowania swoich praw konstytucyjnych. Dlatego też ostatecznie spory zaistniałe między takimi podmiotami wymagają rozstrzygnięcia przez sąd – m.in. opierając się bezpośrednio na normie konstytucyjnej<sup>212</sup>.

Natomiast model pośredniej skuteczności konstytucji (niem. *mittelbare Drittwirkung*) zakłada, że normy konstytucyjne dotyczące wolności i praw jednostki powinny

<sup>207</sup> P. Radzewicz, *op. cit.*, s. 37-38; I. Wróblewska, *Poziome działanie praw jednostki...*, s. 64-65; I. Wróblewska, *Prywatyzacja zadań państwa...*, s. 109-111.

<sup>208</sup> I. Wróblewska, *Prywatyzacja zadań państwa...*, s. 109.

<sup>209</sup> M. Florczak-Wątor, *Pozytywne obowiązki państwa w zakresie ochrony praw konwencyjnych jednostki*, „Przegląd Naukowy Disputatio” 2010, t. 11, s. 312.

<sup>210</sup> P. Radzewicz, *op. cit.*, s. 38.

<sup>211</sup> *Ibidem*, s. 34; I. Wróblewska, *Prywatyzacja zadań państwa...*, s. 105.

<sup>212</sup> M. Florczak-Wątor, *Rola sądów i trybunałów...*, s. 18.

być w możliwie wysokim stopniu uwzględniane w praktyce prawniczej przez odpowiednie stanowienie, wykładnię i stosowanie przepisów ustawowych<sup>213</sup>. W procesie stanowienia prawa pośrednia skuteczność norm konstytucyjnych wyraża się w tym, że ustawodawca kształtuje treść norm prawnych w sposób urzeczywistniający wartości konstytucyjne. Norma konstytucyjna znajduje konkretyzacje w normie ustawowej<sup>214</sup>. W modelu tym ujawnia się więc pozytywny aspekt realizowania norm konstytucyjnych w procesie legislacyjnym, który polega z jednej strony na przestrzeganiu trybu stanowienia ustawy, a z drugiej – na urzeczywistnianiu materialnoprawnych norm konstytucyjnych. W konsekwencji ustawodawca jest zobowiązany nie tylko powstrzymać się od uchwalania ustaw sprzecznych z konstytucją (tzw. negatywny aspekt stosowania norm konstytucyjnych), ale także wdrażać do porządku prawnego jej postanowienia (tzw. pozytywny aspekt stosowania norm konstytucyjnych)<sup>215</sup>.

Pośrednia skuteczność norm konstytucji przejawia się głównie poprzez interpretację zasad prawa, klauzul generalnych, przepisów odsyłających czy zwrotów wartościujących w sposób uwzględniający treść konstytucyjnych wolności i praw człowieka<sup>216</sup>. Nie jest więc związana z powinnościami realizowanymi wobec czy na rzecz innego podmiotu, ale z obowiązkami odpowiedniej wykładni norm konstytucyjnych. Podmiot stosujący prawa, dokonując interpretacji norm prawnych, w obliczu wielości konkurujących ze sobą wniosków, powinien wybierać te, które w największym stopniu realizują postulaty konstytucyjne. W tym przypadku można by mówić o refleksywnym oddziaływaniu konstytucji na sytuację prawną podmiotów<sup>217</sup>.

Model pośredniej skuteczności norm konstytucyjnych opiera się w istocie na kilku tradycyjnych instytucjach prawa konstytucyjnego, w tym na dyrektywie wykładni prokonstytucyjnej, nakazie współstosowania konstytucji i ustawy w celu zbliżenia ustawy do wzorca konstytucyjnego czy zakazie naruszania autonomii pojęć konstytucyjnych<sup>218</sup>. Pośrednia skuteczność norm konstytucyjnych korzysta również z ogólnych figur i instytucji prawnych, jak klauzule generalne i zwroty niedookreślone. W takim przypadku, jak ujmuje to obrazowo Monika Florczak-Wątor: „pojęcia otwarte [...] [są: przyp. aut.] postrzegane jako swego rodzaju furtki, przez które wartości znajdujące się u podstaw praw konstytucyjnych przenikają do prawa prywatnego, determi-

<sup>213</sup> I. Wróblewska, *Prywatyzacja zadań państwa...*, s. 106.

<sup>214</sup> K. Działocha, *Zasada bezpośredniego stosowania Konstytucji w dziedzinie wolności i praw obywateli*, [w:] *Obywatel – jego wolności i prawa. Rzecznik Praw Obywatelskich (1988–1998). Zbiór studiów przygotowany z okazji 10-lecia urzędu Rzecznika Praw Obywatelskich*, oprac. B. Oliwa-Radzikowska, Warszawa 1998, s. 30–31.

<sup>215</sup> P. Radziejewicz, *op. cit.*, s. 35.

<sup>216</sup> *Ibidem*; M. Florczak-Wątor, *Horyzontalny wymiar...*, s. 101; I. Wróblewska, *Poziome działanie praw jednostki...*, s. 56; L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne...*, s. 119.

<sup>217</sup> L. Garlicki, *Horyzontalne obowiązywanie...*, s. 29.

<sup>218</sup> *Idem*, *Wprowadzenie do dyskusji*, [w:] *Konferencja naukowa: Konstytucja RP w praktyce*, oprac. Biuro Rzecznika Prawa Obywatelskich, Warszawa 1999, s. 24.

nując sposób jego wykładni i stosowania”<sup>219</sup>. Z tych względów pośrednia skuteczność norm konstytucyjnych znajduje zrozumienie także u przedstawicieli nauk szczegółowych. Andrzej Zieliński stwierdza na przykład, że: „Nie powinno budzić wątpliwości, że konstytucyjne regulacje wolności i praw człowieka i obywatela zawierają swoiste klauzule generalne mające wpływ na wykładnię przepisów regulujących także sferę stosunków cywilnoprawnych”<sup>220</sup>.

Godzi się również odnotować, że problematyka bezpośredniej i pośredniej skuteczności norm konstytucyjnych pozostaje w związku z zagadnieniem horyzontalności i wertykalności. Przy czym horyzontalna czy wertykalna skuteczność norm konstytucyjnych (albo konstytucyjnych praw lub obowiązków) związana jest z postacią stosunków, które kształtowane są treścią obowiązków lub praw, z takich norm wynikających, o których była mowa wyżej. Nawiązuje więc do analizowanego wyżej (podmiotowego i przedmiotowego) zakresu zastosowania norm konstytucyjnych, czyli okoliczności, w których znajdują zastosowania zawarte w nich obowiązki. I tak horyzontalność normy w połączeniu z bezpośrednią skutecznością pozwala orzekać (w szczególności autorom stojącym na gruncie *Drittwirkung*), że np. podmiot konstytucyjnej wolności lub prawa może powoływać się na swoją wolność lub prawo w stosunkach z innym podmiotem – z organem władzy publicznej, nawet niedziałającym w ramach władztwa publicznego, ale także z podmiotem niebędącym organem władzy publicznej – a ten jest na tej podstawie zobowiązany do określonego zachowania<sup>221</sup>. Natomiast w zakresie skuteczności pośredniej w wymiarze horyzontalnym umożliwia np. formułowanie wniosków, zgodnie z którymi „znaczenie norm konstytucyjnych polega [...] na ich interpretacyjnym oddziaływaniu na materię ustawową, »nasycaeniu« jej aksjologią konstytucyjną, wdrażaniu wartości, które podlegają konstytucyjnej ochronie oraz »promieniowaniu« na prawo prywatne”<sup>222</sup>.

Na tym tle specyficznie przedstawia się koncepcja *state action*. Doktryna ta zasadniczo sprzeciwia się skuteczności norm konstytucyjnych w stosunkach występujących pomiędzy podmiotami prawa prywatnego. Jednak, wykorzystując model stosunku prawnego wertykalnego, dopuszcza, że jego stroną, w miejsce organu państwa, może być podmiot władzy publicznej w znaczeniu funkcjonalnym albo podmiot prawa prywatnego działający w sposób zbliżony do samego państwa ze względu na specyfikę zadań lub postaci powiązania z władzą publiczną<sup>223</sup>.

Natomiast w koncepcji obowiązków ochronnych państwa zakłada się, że organy władzy publicznej powinny w stosownych procedurach aktywnie korygować stosunki

<sup>219</sup> M. Florczak-Wątor, *Rola sądów i trybunałów...*, s. 21.

<sup>220</sup> A. Zieliński, *Aktualne problemy...*, s. 315.

<sup>221</sup> P. Radziejewicz, *op. cit.*, s. 34; I. Wróblewska, *Prywatyzacja zadań państwa...*, s. 105.

<sup>222</sup> P. Radziejewicz, *op. cit.*, s. 106.

<sup>223</sup> *Ibidem*, s. 37-38; I. Wróblewska, *Poziome działanie praw jednostki...*, s. 64-65; I. Wróblewska, *Prywatyzacja zadań państwa...*, s. 109-111.

prawne między podmiotami prawa prywatnego, ukształtowane wbrew gwarancjom konstytucyjnym. Koncepcja ta odwołuje się więc do konstrukcji, w której występuje element władztwa publicznego, ponieważ podmiotem zobowiązanym do zapewnienia konstytucyjnych wolności i praw jest organ państwa działający na podstawie przepisów ustawowych (np. gwarantujących prawo do sądu). Jak trafnie podkreśla Piotr Radzewicz, relacja między podmiotem prawa prywatnego domagającym się ochrony a udzielającym tej ochrony organem państwa, mimo że sprawa dotyczy sfery prawa prywatnego, ma tak naprawdę wymiar wertykalny<sup>224</sup>. Z tego powodu koncepcja ta opisywana jest niekiedy w literaturze jako „odwrócony” model horyzontalnego skutku norm konstytucyjnych<sup>225</sup>.

Powyższe koncepcje potwierdzają sformułowany wyżej wniosek, zgodnie z którym konstytucyjna zasada równości ma zastosowanie w obszarze zamówień publicznych, będąc źródłem obowiązków spoczywających na państwie jako prawodawcy oraz jego organach jako podmiotach stosujących prawo. Pozwalają jednocześnie opowiedzieć się za tym, że obowiązki państwa w zakresie stanowienia i stosowania prawa obejmują urzeczywistnianie równości i niedyskryminacji nie tylko w zamówieniach publicznych, których udzielają podmioty publiczne, ale także tych, których udzielają inni zamawiający, w tym zamawiający sektorowi i subsydiowani. Uzasadnieniem dla takiego postulatu jest po pierwsze fakt, że od współczesnego państwa można oczekiwać oddziaływania na sferę stosunków pomiędzy jakimikolwiek podmiotami, w których może dojść do naruszenia prawa i wolności konstytucyjnych. Jak trafnie ujmują tę kwestię Witold Borysiak i Leszek Bosek:

skoro w myśl literalnego brzmienia art. 32 ust. 1 Konstytucji RP nakaz równego traktowania skierowany jest do władz publicznych, to są one zobowiązane do takiego stanowienia i stosowania prawa, aby we wszystkich dziedzinach regulowanych przez prawo zasada taka znajdowała zastosowanie i następnie była przestrzegana<sup>226</sup>.

Po drugie, sfera zamówień – ze względu na istotnie obecny aspekt interesu publicznego – w dodatkowy sposób tłumaczy powinność państwa zapewnienia równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne udzielane przez wszelkie instytucje zamawiające.

Uznać zatem należy skuteczność konstytucyjnej zasady równości wyrażającej się w oddziaływaniu na wykładnię i stosowanie przepisów ustawowych, w tym poprzez prokonstytucyjną interpretację ustawowych zasad i reguł dotyczących udzielania zamówień publicznych. Prezentowane w literaturze poglądy na temat skuteczności norm konstytucyjnych uzasadniają również stanowisko dopuszczające możliwości powoływania się przez ubiegających się o zamówienia publiczne na konstytucyjną

<sup>224</sup> P. Radzewicz, *op. cit.*, s. 37.

<sup>225</sup> *Ibidem*.

<sup>226</sup> W. Borysiak, L. Bosek, *op. cit.*, s. 837.

zasadę równości jako źródła obowiązków w stosunkach z zamawiającymi, w tym przy korzystaniu ze środków ochrony prawnej w sporach. W tym zakresie konstytucyjna zasada równości będzie źródłem obowiązków, których przestrzeganie, przed organem rozpatrującym spór, domagać się będzie ubiegający się o zamówienie.

#### 4.4. Bezpośrednie stosowanie konstytucyjnych zasad równości w zamówieniach publicznych

Jak wspomniano wyżej, konstytucyjna zasada równości pojmowana jest w literaturze jako źródło praw podmiotowych. Perspektywa ta nie jest jednak przeszkodą, lecz wręcz uzasadnia dostrzeganie w niej podstawy konstytucyjnych obowiązków spoczywających na określonych podmiotach. Spojrzenie to ma podstawę szczególnie w tym, że konstytucyjna zasada równości ma również obiektywny charakter w tym sensie, że jako „zasada porządku konstytucyjnego”<sup>227</sup> kształtuje podstawy ustroju państwa prawnego.

Problematyka zastosowania konstytucyjnej zasady równości jako źródła obowiązków wobec ubiegających się o zamówienia publiczne znajduje rozwinięcie na kanwie zagadnienia bezpośredniego stosowania (nadrzędności) norm konstytucyjnych. Zasada ta została zawarta w art. 8 ust. 2 KRP, który przewiduje, że „przepisy Konstytucji stosuje się bezpośrednio, chyba że Konstytucja stanowi inaczej”<sup>228</sup>.

Zasada bezpośredniego stosowania konstytucji odnosi się do możliwości dokonania aktu stosowania prawa wprost na podstawie normy konstytucyjnej bez potrzeby uprzedniego wydania ustawy zwykłej rozwijającej i konkretyzującej normy konstytucyjne (czyli bez konieczności „pośredniczącej roli” ustawy)<sup>229</sup>. W nieco silniejszym ujęciu zasada ta interpretowana jest również jako źródło obowiązku uwzględniania w podejmowaniu decyzji (ustawodawczych, administracyjnych, wyroków sądowych i innych) treści postanowień konstytucji<sup>230</sup>. Można więc przyjąć, że obejmuje ona dwa – omówione wyżej – przenikające się wymiary bezpośredniości. Pierwszy, związany jest z warunkami prawnymi, w jakich normy konstytucyjne znajdują zastosowanie, gdzie zakłada się brak konieczności obowiązywania regulacji ustawowych

<sup>227</sup> L. Garlicki, M. Zubik, *op. cit.*, s. 118.

<sup>228</sup> Jerzy Jaskiernia zwraca uwagę, że w konstytucjach państw można spotkać różne warianty rozwiązań w sprawie bezpośredniego stosowania konstytucji, jak nieustanowienie *expressis verbis* zasady bezpośredniego stosowania (tj. milczenie konstytucji); przyjęcie zasady, że tylko niektóre postanowienia konstytucji stosuje się bezpośrednio, albo ustanowienie zasady bezpośredniego stosowania konstytucji. W konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 r. zastosowany został ten trzeci wariant. Zob. J. Jaskiernia, *Spór o reguły bezpośredniego stosowania Konstytucji RP*, [w:] *Dookoła Wojtek... Księga pamiątkowa poświęcona Doktorowi Arturowi Wojciechowi Preisnerowi*, Wrocław 2017, s. 87.

<sup>229</sup> *Ibidem*, s. 88; P. Radzewicz, *op. cit.*, s. 28; A. Chmielarz-Grochal, *Bezpośrednie stosowanie art. 45 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2016, nr 3(31), s. 68.

<sup>230</sup> P. Winczorek, *op. cit.*, s. 20; J. Jaskiernia, *op. cit.*, s. 88.

konkretyzujących jej postanowienia. Drugi – który jest w istocie konsekwencją wymiaru pierwszego – odnosi się do pewnej postaci obowiązku konstytucyjnego, wyrażającego się w powinności stosowania postanowień konstytucji wprost.

Bezpośredniość, a co za tym idzie – nadrzędność stosowania konstytucji jest w ujęciu współczesnego konstytucjonalizmu rezultatem rozumienia konstytucji jako najwyższego prawa i cechą samej konstytucji wyrażającą się w „rozszerzonej skuteczności norm konstytucyjnych”<sup>231</sup>. Jak stwierdza P. Tuleja, nakaz bezpośredniości konstytucji ma wzmacniać zasadę jej nadrzędności<sup>232</sup>. Jednocześnie zasada bezpośredniego stosowania służy *de facto* nadaniu przepisom konstytucji charakteru zbliżonego do ustawodawstwa zwykłego, przy zachowaniu jej znaczenia w hierarchii źródeł prawa, a w konsekwencji zapewnieniu większych gwarancji przestrzegania norm konstytucji. W literaturze stwierdza się przy tym, że bezpośrednie stosowanie konstytucji jest jednym z niezbędnych warunków konstytucjonalizacji określonego porządku prawnego<sup>233</sup>.

Bezpośredniość odnosząca się do stosowania wprost normy konstytucyjnej jest jednocześnie zjawiskiem złożonym. Może przybierać postać samoistnego stosowania, gdzie podmiot stosujący prawo opiera swe rozstrzygnięcie wyłącznie na przepisie Konstytucji RP. W takim przypadku konieczne jest, by dany przepis wyznaczał określoną normę postępowania dostatecznie precyzyjnie, jednoznacznie i zupełnie<sup>234</sup>. Trudno jednak przyjąć, by w każdym przypadku norma konstytucyjna formułowała wszystkie wymagania dokonywania określonej czynności. Konstytucja może np. upoważniać (i zobowiązywać) do dokonania określonej czynności konwencjonalnej, ale już reguły proceduralne jej wykonania może określać ustawa zwykła<sup>235</sup>. Bezpośrednie stosowanie przepisów konstytucji jako wyłącznej podstawy rozstrzygnięć należałoby więc odróżniać od tzw. współstosowania różnych norm konstytucyjnych, a także współstosowania norm konstytucyjnych z normami wynikającymi z ustaw pośredniczących<sup>236</sup>. Zjawisko to (nazywane też „niesamoistnym” lub „zależnym”

<sup>231</sup> R. Radziejewicz, *op. cit.*, s. 28; A. Grabowski, *Teoria konstytucyjnego państwa prawa i jej wpływ na argumentację prawniczą*, [w:] *Demokratyczne państwo prawa. Zagadnienia wybrane*, red. M. Aleksandrowicz, A. Jamróz, L. Jamróz, Białystok 2014, s. 58-59; J. Jaskiernia, *op. cit.*, s. 88.

<sup>232</sup> P. Tuleja, *Komentarz do art. 8*, [w:] *Konstytucja RP*, t. 1, s. 319-320.

<sup>233</sup> R. Guastini, *Uwagi o konstytucjonalizacji porządku prawnego. Przypadek włoski*, [w:] *Konstytucjonalizm, neokonstytucjonalizm, postpozytywizm. Studia z teorii konstytucyjnego państwa prawa*, red. A. Grabowski, J. Holoher, Kraków 2019, s. 59-60.

<sup>234</sup> J. Jaskiernia, *op. cit.*, s. 90-92; A. Bator, *Bezpośrednie stosowanie Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej (art. recenzyjny)*, „Państwo i Prawo” 2006, nr 10, s. 98; P. Winczorek, *op. cit.*, s. 20; S. Wronkowska, *W sprawie bezpośredniego stosowania Konstytucji*, „Państwo i Prawo” 2001, nr 2, s. 12-14; B. Nita, *Bezpośrednie stosowanie konstytucji a rola sądów w ochronie konstytucyjności prawa*, „Państwo i Prawo” 2002, nr 9, s. 37; P. Tuleja, *Komentarz do art. 8*, s. 320.

<sup>235</sup> S. Wronkowska, *W sprawie...*, s. 9-10.

<sup>236</sup> W postanowieniu TK z dnia 22 marca 2000 r., P 12/98, Trybunał Konstytucyjny zauważył, że: „w naszym porządku prawnym bardzo niewiele jest materii, w których unormowania konstytucyjne nie znalazły konkretyzacji i rozwinięcia w ustawodawstwie zwykłym, proces bezpośredniego



stosowaniem konstytucji)<sup>237</sup> jest znacznie bardziej powszechne w praktyce, gdzie zwykle normy konstytucyjne nie stanowią wyłącznej samodzielnej podstawy rozstrzygnięcia spraw indywidualnych czy stanowienia norm generalnych<sup>238</sup>. W opinii Trybunału Konstytucyjnego najbardziej typowe w praktyce jest właśnie współstosowanie przepisu konstytucji i przepisów ustawy, co występuje w sytuacji, gdy dana materia jest jednocześnie regulowana zarówno na poziomie konstytucyjnym, jak i ustawowym.

Wówczas przepis konstytucyjny albo – wraz z przepisem ustawy – staje się budulcem dla zbudowania normy prawnej (co jednak możliwe jest tylko, gdy przepis ten charakteryzuje się dostatecznym stopniem konkretności i precyzji), bądź staje się wyznacznikiem sposobu ustalenia prawnego znaczenia przepisu ustawy<sup>239</sup>.

Oznacza to, że przepis konstytucyjny bezpośrednio „bierze udział” w rozstrzygnięciu sprawy, stając się jedną z podstaw rekonstrukcji normy prawnej, lub też wskazując sposób wykładni przepisu ustawowego zharmonizowany z konstytucją. Z tego powodu w literaturze przedmiotu taką postać współstosowania konstytucji zalicza się właśnie do stosowania bezpośredniego<sup>240</sup>. Bezpośrednie stosowanie normy konstytucyjnej nie wyklucza również oddziaływania modyfikującego zakres zastosowania i normowania ustawy, a nawet upoważniającego do odmowy zastosowania niekonstytucyjnego przepisu ustawy przez sąd (zastosowanie kolizyjne)<sup>241</sup>. Przykładem bezpośredniego stosowania konstytucji nie będzie jednak tzw. stosowanie ornamentacyjne, w którym organ powołuje się na przepis konstytucji, pomimo że ustawa stwarza wystarczającą podstawę do rozstrzygnięcia sprawy<sup>242</sup>.

Wyrażona w art. 8 ust. 2 KRP zasada prawa sprowadza się do powinności stosowania norm konstytucji w sposób określony jako bezpośredni w przedstawionym wyżej znaczeniu. Jednak nie precyzuje samego zwrotu „stosowanie (przepisów

---

stosowania konstytucji przybiera zwykle postać współstosowania normy (zasady) konstytucyjnej i odpowiednich norm ustawowych [...]. Normy i zasady konstytucyjne mogą w szczególności wyznaczać sposób rozumienia przepisów ustawowych, ich zakres stosowania, a także ich zakres obowiązywania”; J. Jaskiernia, *op. cit.*, s. 93; B. Banaszak, *Prawo konstytucyjne...*, s. 81-82; K. Działocha, *Bezpośrednie stosowanie Konstytucji RP (stan doktryny prawa)*, [w:] *Bezpośrednie stosowanie Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, red. K. Działocha, Warszawa 2005, s. 19.

<sup>237</sup> J. Jaskiernia, *op. cit.*, s. 93; A. Chmielarz-Grochał, *op. cit.*, s. 72; P. Śmiałek, *op. cit.*, s. 92-93; P. Tuleja, *Komentarz do art. 8*, s. 320.

<sup>238</sup> J. Jaskiernia, *op. cit.*, s. 93.

<sup>239</sup> Orzeczenie TK z dnia 28 listopada 2001 r., K 36/01.

<sup>240</sup> B. Banaszak, *Bezpośrednie stosowanie Konstytucji w kontekście realizacji i ochrony praw i wolności*, [w:] *Wolności i prawa jednostki w Konstytucji RP*, t. 1, s. 320.

<sup>241</sup> M. Florczak-Wątor, *Komentarz do art. 8*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. P. Tuleja, s. 50; P. Tuleja, *Komentarz do art. 8*, s. 320.

<sup>242</sup> J. Jaskiernia, *op. cit.*, s. 94; G. Comandé, *Comparative remarks*, [w:] *Fundamental Rights and Private Law in the European Union*, red. G. Brüggemeier, A. Colombi Ciacchi, G. Comandé, Cambridge 2010, s. 721; B. Banaszak, *Bezpośrednie stosowanie Konstytucji...*, s. 320.

Konstytucji)<sup>243</sup>. Przepis konstytucyjny nie określa także przedmiotowego zakresu bezpośredniego stosowania konstytucji<sup>244</sup>. W literaturze oraz judykaturze nie kwestionuje się jednak tego, że bezpośrednio stosowanie konstytucji obejmuje przynajmniej sfery sądowego stosowania prawa. Sąd Najwyższy w wyroku z 7 kwietnia 1998 r. stwierdził, że art. 8 ust. 1 KRP: „zobowiązuje do bezpośredniego stosowania jej przepisów, przy czym pod pojęciem »stosowanie« należy rozumieć w pierwszym rzędzie sądowe stosowanie prawa”<sup>245</sup>. Natomiast Trybunał Konstytucyjny, łącząc aspekt możliwości i obligatoryjności bezpośredniego stosowania konstytucji, uznał w postanowieniu z 22 marca 2000 r., że z art. 8 ust. 2 KRP wynika:

nie tylko nakaz – adresowany m.in. do wszystkich organów władzy publicznej – bezpośredniego stosowania konstytucji, ale także założenie możliwości tego bezpośredniego stosowania, bo zostaje ono wykluczone tylko w przypadku, gdy sama konstytucja tak stanowi. Nie tylko nie ma więc przeszkód dla bezpośredniego stosowania konstytucji przez sądy, ale też uznać należy, że sądy te powinny sięgać do tego bezpośredniego stosowania w tych wszystkich sytuacjach, gdy jest to potrzebne i możliwe<sup>246</sup>.

W literaturze stwierdza się również, że zagadnienie bezpośredniego stosowania norm konstytucyjnych może wykraczać poza sądową postać stosowania prawa, a co za tym idzie – obejmować stosowanie prawa typu administracyjnego (kierowniczego)<sup>247</sup>. Sławomira Wronkowska stwierdza, że w dyskursie o bezpośrednim stosowaniu konstytucji używa się określenia „stosowanie” w odniesieniu do aktów dokonywanych przez organy państwa, opartych na kompetencjach do ich dokonywania z mocy samej normy konstytucyjnej<sup>248</sup>. Zauważa się również, że stosowanie prawa, w szczególności stosowanie norm kompetencyjnych, obejmuje także proces stanowienia norm<sup>249</sup>. Za aprobowany należałoby więc uznać pogląd, zgodnie z którym art. 8 ust. 2 KRP odnosi bezpośrednio stosowanie konstytucji co najmniej do aktów kształtujących indywidualne sytuacje prawne, ale także aktów stanowienia norm generalnych i abstrakcyjnych<sup>250</sup>. Konieczność uwzględnienia przepisów konstytucji będzie zatem

<sup>243</sup> Zdaniem J. Jaskierni pojęcie bezpośredniego stosowania zaczerpnięte zostało z prawa międzynarodowego i europejskiego. Wiąże się ono z pojęciem aktów (norm) „samowynalnych”, co znalazło wyraz w przepisach konstytucyjnych określających pozycję umowy międzynarodowej (art. 91. ust. 2 KRP) oraz pozycji prawa stanowionego przez organizację międzynarodową w krajowym porządku Prawnym (art. 91. ust. 3 KRP). J. Jaskiernia, *op. cit.*, s. 90; M. Ziółkowski, *Bezpośredni horyzontalny skutek...*, s. 119.

<sup>244</sup> J. Jaskiernia, *op. cit.*, s. 90.

<sup>245</sup> I PKN 90/98; J. Wróblewski, *Sądowe stosowanie prawa*, Warszawa 1988, s. 9; J. Jaskiernia, *op. cit.*, s. 95; S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys teorii prawa*, Poznań 1997, s. 215-216.

<sup>246</sup> P 12/98.

<sup>247</sup> P. Tuleja, *Komentarz do art. 8*, s. 320.

<sup>248</sup> S. Wronkowska, *W sprawie...*, s. 8.

<sup>249</sup> P. Tuleja, *Stosowanie Konstytucji RP w świetle zasady jej nadrzędności*, Kraków 2003, s. 72; B. Banaszak, *Prawo konstytucyjne...*, s. 77; A. Bator, *op. cit.*, s. 104-105; K. Działocha, *Bezpośrednie stosowanie Konstytucji...*, s. 15-18; *idem*, *Zasada bezpośredniego stosowania Konstytucji...*, s. 30.

<sup>250</sup> J. Jaskiernia, *op. cit.*, s. 91.

dotyczyć zarówno tworzenia prawa na podstawie konstytucji, jak i jego stosowania przez kompetentne podmioty.

Wskazać również trzeba na możliwość istnienia wyjątków od bezpośredniego stosowania przepisów konstytucji – zgodnie z przywołanym brzmieniem art. 8 ust. 2 KRP, który przewiduje, że „przepisy Konstytucji stosuje się bezpośrednio, chyba że Konstytucja stanowi inaczej”<sup>251</sup>. Jednakże, jak zauważa się w literaturze, obecnie Konstytucja RP nie wskazuje wyjątków od bezpośredniego jej stosowania. Zatem ujęte w art. 8 ust. 2 KRP wyłączenie należałoby traktować jako przyzwolenie na wprowadzenie do konstytucji wyjątków od nakazu bezpośredniego jej stosowania<sup>252</sup>.

W tym punkcie rozważań należałoby odnieść się do specyfiki zamówień publicznych, która obejmuje z jednej strony materię jurysdykcyjnego stosowania prawa chociażby poprzez działalność orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej czy sądów powszechnych, a także działalność samych instytucji zamawiających w procesie zawierania i realizacji umów o zamówienia publiczne. Na tym tle pojawia się pytanie, jak należy rozumieć „stosowanie prawa” w tym obszarze. W celu udzielenia odpowiedzi warto odwołać się do koncepcji przedstawianych na gruncie ogólnej teorii prawa, gdzie wyróżnia się węższe i szersze pojmowanie „stosowania prawa”. Węższe rozumienie pojęcia stosowania prawa (stosowania norm prawnych) dotyczy korzystania z przyznanej określone podmiotowi kompetencji do rozstrzygania określonych spraw, tj. do normatywnej kwalifikacji prawnej stanu faktycznego oraz ustalenia prawnych konsekwencji tej kwalifikacji. W przypadku administracyjnego typu stosowania prawa rozstrzyganie spraw polegać będzie przede wszystkim na wydawaniu aktów administracyjnych kreujących normy indywidualno-konkretne. Natomiast w przypadku sądowego typu stosowania prawa rozstrzyganie spraw polegać będzie na podejmowaniu aktów, wyznaczanych przez treść przepisów prawa materialnego, orzekających o skutkach prawnych danego stanu faktycznego po stwierdzeniu wystąpienia okoliczności, w których określona norma prawa materialnego znajduje zastosowanie<sup>253</sup>. W jednym i drugim przypadku stosowanie prawa w przedstawionym rozumieniu dokonuje się w kontekście stosunków podporządkowania władzom publicznym<sup>254</sup>.

Z kolei szersze ujęcie stosowania prawa odnosi się do czynienia przez określony podmiot użytku z przyznanego przez normę prawną upoważnienia do dokonania określonej czynności konwencjonalnej, która może być aktem stosowania prawa

<sup>251</sup> Zob. *ibidem*, s. 87.

<sup>252</sup> P. Tuleja, *Komentarz do art. 8*, s. 324-325.

<sup>253</sup> L. Morawski, *Wstęp do prawoznawstwa*, Toruń 2015, s. 127; W. Lang, J. Wróblewski, S. Zawadzki, *Teoria państwa i prawa*, Warszawa 1980, s. 411; W. Dawidowicz, *O stosowaniu prawa przez organy administracji państwowej*, „Zeszyty Naukowe Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Gdańskiego” 1981, z. 9, s. 41 i nast.

<sup>254</sup> L. Garlicki, M. Zubik, *op. cit.*, s. 113; S. Wronkowska, *W sprawie...*, s. 8.

w przedstawionym wyżej wąskim znaczeniu, ale też inną czynnością prawną<sup>255</sup>. Co więcej, stosowanie prawa w tym ujęciu może być jednocześnie aktem tworzenia prawa, co uchyla rozłączność klasycznego podziału na stanowienie i stosowanie prawa<sup>256</sup>. Jednocześnie szersze ujęcie nie wyklucza możliwości uznania za stosujące prawo podmiotów niebędących władzą publiczną.

Wziąwszy pod uwagę samo brzmienie konstytucyjnej Preambuły: „Wszystkich, którzy dla dobra Trzeciej Rzeczypospolitej tę Konstytucję będą stosowali...”, należałoby opowiedzieć się za szerokim rozumieniem stosowania prawa, tj. obejmującym różne czynności konwencjonalne dokonywane zgodnie z normami konstytucyjnymi. Opinia ta podzielana jest również wśród części konstytucjonalistów<sup>257</sup>. Zważyć bowiem należy, że odmienne podejście ograniczałoby bezpośrednio zastosowanie konstytucji, w tym zasady równości, do władczej działalności podmiotów publicznych, zwieńczonej jedynie orzeczeniem sądowym lub aktem administracyjnym – z wyłączeniem działalności prawodawczej parlamentu i innych organów stanowiących normy generalne i abstrakcyjne.

Należy więc stwierdzić, że obowiązek bezpośredniego stosowania konstytucyjnej zasady równości aktualizować się może w określonych okolicznościach jako obowiązek organów władzy sądowniczej, wykonawczej, ale także ustawodawczej. W obszarze zamówień publicznych powinnośc ta może być związana np. z działalnością Krajowej Izby Odwoławczej, Sądu Okręgowego w Warszawie – sądu zamówień publicznych, innych organów administracji publicznej, a także samego prawodawcy stanowiącego prawo dotyczące zamówień publicznych. Zakres bezpośredniego zastosowania konstytucyjnej zasady równości obejmuje również stanowienie aktów prawa miejscowego przez organy samorządu terytorialnego oraz terenowe organy administracji rządowej, a także stanowienie administracyjnych aktów prawa zakładowego odnoszących się do materii zamówień publicznych. Stwierdzenie to koresponduje przy tym ze znaczeniem konstytucyjnej zasady równości, która wyznacza m.in. powinność stanowienia norm zapewniających równość podmiotów prawa. Podkreślić jednak trzeba rzecz pozornie oczywistą, że podmioty te zobowiązane będą stosować w takim przypadku bezpośrednio konstytucyjną zasadę równości w związku z innymi normami wynikającymi z Konstytucji RP albo normami wynikającymi z Konstytucji RP oraz z ustawodawstwa zwykłego (współstosowanie norm konstytucyjnych). Ponadto normy te upoważniać będą do dokonywania określonych czynności w ramach obowiązków orzeczniczych, administracyjnych czy prawodawczych, a nie w ramach obowiązków związanych z udzielaniem przez nie zamówień publicznych.

<sup>255</sup> P. Tuleja, *Stosowanie Konstytucji...*, s. 69; J. Wróblewski, *op. cit.*, s. 7-8.

<sup>256</sup> S. Wronkowska, *W sprawie...*, s. 8; M. Dąbrowski, *Stosowanie czy przestrzeganie norm konstytucji w ujęciu horyzontalnym: zagadnienia terminologiczne*, „Przegląd Konstytucyjny” 2020, nr 4, s. 62.

<sup>257</sup> M. Dąbrowski, *op. cit.*, s. 63; J. Jaskiernia, *op. cit.*, s. 88 i 90-91.

Odrębnie więc należy spojrzeć na możliwość bezpośredniego stosowania konstytucyjnej zasady równości przez instytucje zamawiające w związku z udzielaniem zamówień publicznych. Przedstawiona wyżej koncepcja szerokiego rozumienia pojęcia stosowania prawa mogłaby skłaniać do przyjęcia takiej możliwości, pod warunkiem wszakże, że stosowanie prawa przez instytucje zamawiające polegałoby na dokonywaniu czynności konwencjonalnych wyznaczonych przez normy konstytucyjne albo przynajmniej normy konstytucyjne i normy ustawowe<sup>258</sup>. W takim przypadku, w związku z dokonywaniem takich czynności konwencjonalnych, wypełnienie dyspozycji zawartej w art. 32 KRP mogłoby stanowić przykład bezpośredniego współstosowania norm konstytucyjnych, w tym zasady równości. Biorąc pod uwagę całokształt regulacji zawartych w aktualnie obowiązującej Konstytucji RP, należy jednak wykluczyć możliwość wystąpienia takiej sytuacji w praktyce. Konstytucja nie reguluje w żadnym miejscu problematyki udzielania zamówień publicznych ani nie określa podstaw prawnych do podejmowania działań w tym obszarze. Wspomniana wyżej zasada kontroli legalności wydatków publicznych odsyła w tym zakresie do ustawy jako podstawy materialnoprawnej oraz wyznacza formę prawnej konkretnego wydatku. Również art. 32 KRP nie stanowi samodzielnej podstawy prawnej do dokonywania określonych czynności konwencjonalnych przy udzielaniu zamówień publicznych. Nie można też wskazać innej normy konstytucyjnej, która stanowiłaby podstawę prawną podejmowania określonych działań przy udzielaniu zamówień publicznych wspólnie z zasadą równości.

W związku z tym przypomnieć należy, że oprócz stosowania norm prawnych, rozumianego jako korzystanie z przyznanej konstytucyjnej kompetencji do dokonywania czynności konwencjonalnych, wyróżniać trzeba takie terminy jak „przestrzeganie prawa”, „poszanowanie prawa” czy „realizowanie prawa”. Są to pojęcia szersze i odnoszą się do spełniania (świadomego, w przypadku przestrzegania lub niekoniecznie świadomego, w przypadku realizowania czy poszanowania) wyznaczonych przez normę obowiązków przez każdego, kto jest jej adresatem<sup>259</sup> lub – inaczej – do zachowania zgodnego z treścią normy dyspozycji w warunkach określonych w jej hipotezie<sup>260</sup>. W tym rozumieniu stosowanie norm prawnych jest jednym z przejawów przestrzegania (poszanowania) prawa. Na konieczność „szanowania” norm konstytucyjnych wskazuje chociażby brzmienie art. 31 ust. 2 KRP. Zgodnie z nim „każdy jest obowiązany szanować wolności i prawa innych”<sup>261</sup>. Artykuł ten zawarty jest w rozdziale II Konstytucji: *Wolności, prawa i obowiązki człowieka i obywatela*, a tym samym odnosi się też do poszanowania konstytucyjnej zasady równości.

<sup>258</sup> M. Dąbrowski, *op. cit.*, s. 62.

<sup>259</sup> *Ibidem*, s. 60-66; A. Redelbach, *Wstęp do prawoznawstwa*, Poznań 1994, s. 140; S. Wronkowska, *W sprawie...*, s. 7; *eadem*, *Podstawowe pojęcia prawa i prawoznawstwa*, Poznań 2003, s. 120.

<sup>260</sup> M. Dąbrowski, *op. cit.*, s. 66.

<sup>261</sup> P. Czarny, *op. cit.*, s. 173.

Powyższe rozważania prowadzą do konieczności rozróżniania sytuacji, w których możliwe jest bezpośrednio stosowanie konstytucyjnej zasady równości w zamówieniach publicznych, oraz sytuacji, w których można orzekać wyłącznie o obowiązku jej przestrzegania (poszanowania). Bezpośrednie zastosowanie zawartej w Konstytucji RP zasady równości odnosić się więc może do działalności organów władzy publicznej w zakresie sądowego czy administracyjnego stosowania prawa w obszarze zamówień publicznych, a także w zakresie stanowienia prawa zamówień publicznych. Natomiast w odniesieniu do instytucji zamawiających udzielających zamówień publicznych można mówić wyłącznie o obowiązku przestrzegania (realizacji, poszanowania) konstytucyjnej zasady równości. Przestrzeganie konstytucji jest jednak kategorią pojęciową odrębną od stosowania konstytucji. Powinność stosowania związana jest z istnieniem podstawy prawnej określonych działań, a przestrzeganie – z ogólną dyspozycją do postępowania zgodnie z konstytucją. Kwestii przestrzegania konstytucji nie należy więc łączyć z instytucją bezpośredniego jej stosowania jako podstawy czynności konwencjonalnych. Przeciwny pogląd wymagałby akceptacji absurdalnej konkluzji, zgodnie z którą sama Konstytucja RP przewiduje możliwość jej nieprzestrzegania. Zgodnie bowiem z brzmieniem art. 8 ust. 2 KRP „przepisy Konstytucji stosuje się bezpośrednio, chyba że Konstytucja stanowi inaczej”.

Należy również wspomnieć, że przykładem stosowania konstytucji – przynajmniej w ocenie niektórych badaczy prawa konstytucyjnego<sup>262</sup> – może być też korzystanie z uprawnień konstytucyjnych przysługujących jednostce domagającej się realizacji i ochrony swoich praw, np. poprzez złożenie skargi konstytucyjnej, zwrócenie się do Rzecznika Praw Obywatelskich czy złożenie petycji. Stwierdzić jednak należy, że korzystanie z takich uprawnień nie będzie bezpośrednim zastosowaniem konstytucyjnej zasady równości jako źródła obowiązków równego traktowania ubiegających się o zamówienie publiczne. Co najwyżej związane będzie z bezpośrednim zastosowaniem konstytucyjnej zasady równości jako źródła prawa równego dostępu do sądu czy sprawiedliwego procesu. Wprawdzie ubiegający się o zamówienie, korzystając ze skargi konstytucyjnej, występując do Rzecznika Praw Obywatelskich czy korzystając z innych środków ochrony prawnej, może powoływać się na konstytucyjną zasadę równości w celu przedstawienia swojej oceny przedkładanej do rozstrzygnięcia sprawy o zamówienie publiczne. Jednak nie będzie to przykładem bezpośredniego stosowania konstytucyjnej zasady równości przez jednostkę w takim postępowaniu, ale powoływania się na normę konstytucyjną w celu wykazania obowiązków spoczywających na innym podmiocie (np. prawodawcy czy instytucji zamawiającej) w innym postępowaniu (w procesie legislacyjnym czy procedurze udzielenia zamówienia) w celu doprowadzenia do ich wykonania. Bezpośrednie zastosowanie konstytucji nastąpi

<sup>262</sup> K. Działocha, *Bezpośrednie stosowanie Konstytucji...*, s. 22; M. Dąbrowski, *op. cit.*, s. 65; B. Banaszak, *Bezpośrednie stosowanie Konstytucji...*, s. 319.



dopiero wówczas, gdy konstytucyjna zasada równości stanie się materialną podstawą rozstrzygnięcia przedłożonej sprawy czy sprawowania wymiaru sprawiedliwości i będzie tym samym działaniem podmiotu rozpatrującego sprawę.

## **5. Zasady równości jako wzorzec kontroli aktów normatywnych wyznaczających obowiązki równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne w postępowaniach inicjowanych skargą konstytucyjną**

### **5.1. Kwestia zasad równości jako samodzielnej podstawy skargi konstytucyjnej**

Jak wspomniano wyżej, przykładem stosowania prawa może być korzystanie z uprawnień konstytucyjnych przysługujących jednostce, na przykład polegających na wnoszeniu skarg konstytucyjnych. W tym zakresie konstytucyjna zasada równości stanowić może wzorzec konstytucyjny, którym posługiwać się będzie Trybunał Konstytucyjny. Zagadnieniem problematycznym jest jednak to, czy równość, do której odnosi się art. 32 KRP, jest chroniona i gwarantowana w kontroli konstytucyjnej jako wartość samodzielna, czy też wyłącznie w relacji do innych wartości zawartych w konstytucji. Kwestia ta odnosi się więc do samodzielności zastosowania zasady równości jako konstytucyjnego wzorca kontroli<sup>263</sup>.

Zagadnienie to ujawniało się na gruncie orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego. Jako fundamentalne w tym zakresie należy wskazać orzeczenie TK z 24 października 2001 r.<sup>264</sup>, które wprawdzie nie zapadło na kanwie problematyki zamówień publicznych, ale którego konkluzje należy odnieść do prowadzonych tu rozważań. Otóż we wskazanym orzeczeniu TK stwierdził, że art. 32 KRP nie może stanowić samodzielnej podstawy zaskarżenia konstytucyjności przepisów prawa w drodze skargi konstytucyjnej. Uznał w związku z tym brak możliwości przyznania podmiotowi indywidualnemu legitymacji do wniesienia skargi konstytucyjnej opartej wyłącznie na art. 32 KRP<sup>265</sup>. Trybunał Konstytucyjny uznał bowiem, że z art. 32 KRP nie wynika dla jednostki uprawnienie do domagania się od władzy publicznej równości za pomocą skargi<sup>266</sup>. Trybunał nie zakwestionował wprawdzie tego, że prawo do równego traktowania jest konstytucyjnym prawem jednostki, stwierdził jednakże, że art. 32 KRP wyraża zasadę ogólną i kształtuje sytuację prawną jednostki zawsze wspólnie z inną normą. Trybunał przyjął, że konstytucyjna zasada wyznacza w związku z tym „szczególnego rodzaju prawo podmiotowe”, które uzyskuje peł-

<sup>263</sup> M. Safjan, *Autonomia woli a zasada...*, s. 361.

<sup>264</sup> SK 10/01.

<sup>265</sup> M. Safjan, *Autonomia woli a zasada...*, s. 362.

<sup>266</sup> *Ibidem*, s. 361.

ny wymiar konstytucyjny dopiero w przypadku „nierówności” odnoszących się do określonych, unormowanych w konstytucji wolności lub praw. Na tle przywołanych poglądów TK sformułował pogląd, że zawarta w art. 32 KRP zasada równości ma więc charakter prawa II stopnia, tzw. „metaprawa”, co oznacza, że przysługuje ono w związku z konkretnymi normami prawnymi lub innymi działaniami organów władzy publicznej, a nie w oderwaniu od nich, samoistnie.

Zauważyć warto, że postanowienie Trybunału Konstytucyjnego nie zapadło jednomyślnie. W ramach zdań odrębnych część członków składu orzekającego zwróciła uwagę na to, że stanowisko TK, zgodnie z którym art. 32 KRP wyraża prawo do równego traktowania, jednocześnie niebędące konstytucyjnym prawem jednostki, jest wewnątrznie sprzeczne. Zaprezentowana zaś koncepcja „metaprawa” jest *de facto* degradacją praw konstytucyjnych (Krzysztof Kolasiński). Podkreślono, że prawo do równego traktowania jest w istocie odbiciem po stronie uprawnień jednostki obowiązku organu władzy publicznej nałożonego na poziomie konstytucji. Stąd zarzut naruszenia w drodze ustawy prawa do równego traktowania przez władze publiczne może stanowić samodzielną podstawę do wniesienia skargi konstytucyjnej (Jerzy Stępień). Zwrócono także uwagę na podwójną funkcję skargi konstytucyjnej, czyli środka uchylecia niekonstytucyjnego przepisu oraz ochrony konstytucyjnych praw obywatela (Janusz Trzeciński)<sup>267</sup>.

W doktrynie zgłoszono także dalej idące wątpliwości wobec koncepcji zawartej w postanowieniu Trybunału Konstytucyjnego. Zarzucono m.in., że TK pomija wyniki wykładni językowej art. 32 ust. 1 KRP, co osłabia normatywny charakter konstytucyjnej zasady równości jako zasady ogólnej, a tym samym nie pozwala traktować jej jako źródła konstytucyjnych praw podmiotowych<sup>268</sup>. Podkreśla się również, że koncepcja prawa do równego traktowania, jako „metaprawa”, została przyjęta tylko na potrzeby interpretacji art. 79 ust. 1 KRP i oceny dopuszczalności orzekania w sprawach skarg konstytucyjnych, nie zaś ustalania treści i charakteru prawnego art. 32 ust. 1 KRP<sup>269</sup>. Zauważa się też, że trybunalskie pojęcie metaprawa należałoby raczej traktować jako konstrukt argumentacji orzeczniczej, a nie koncept teoretyczny<sup>270</sup>. W tym zakresie dostrzec można również odrębne traktowanie zasady niedyskryminacji (art. 32 ust. 2 KRP). Na przykład w opinii Marka Safjana zasada niedyskryminacji ma autonomiczny charakter i dlatego może być samodzielną podstawą skargi konstytucyjnej<sup>271</sup>.

Do stanowiska Trybunału Konstytucyjnego odniesiono się także w literaturze, m.in. w sposób częściowo aprobujący. Pomimo polemiki na gruncie doktryny, orze-

<sup>267</sup> SK 10/01.

<sup>268</sup> B. Banaszak, *Konstytucja...*, s. 232; *idem*, *Zasada równości...*, s. 27 i 29; A. Łabno, *op. cit.*, s. 39–40; R. Balicki, *Zasada równości i jej wpływ na realizację konstytucyjnych praw i wolności*, [w:] *Wolności i prawa jednostki w Konstytucji RP*, t. 1, s. 437–438.

<sup>269</sup> J. Podkowiak, *op. cit.*, s. 232.

<sup>270</sup> B. Banaszak, *Konstytucja...*, s. 232–233.

<sup>271</sup> M. Safjan, *Autonomia woli a zasada...*, s. 363.

czenie TK z 24 października 2001 r. – jak stwierdzają Lech Garlicki oraz Marek Zubik – ma obecnie pełne cechy trwałości i jednolitości<sup>272</sup>. Należy więc przyjąć, że w aktualnym stanie prawnym postawienie w skardze konstytucyjnej zarzutu naruszenia zasady równości jest dopuszczalne wyłącznie przy jednoczesnym postawieniu zarzutu naruszenia innej, szczegółowej wolności lub jednego z praw konstytucyjnych<sup>273</sup>. Autorzy ci dodają jednak, że jeżeli jakaś dziedzina stosunków nie została objęta szczegółowymi unormowaniami konstytucyjnymi, to nie ma przeszkód do samoistnego stosowania konstytucji w tym zakresie<sup>274</sup>. Zatem powyższe wskazanie nie wyklucza tego, że zasada równości kształtuje obowiązki określonych podmiotów oraz że ochrona ubiegających się o zamówienia publiczne może być realizowana za pomocą innych środków prawnych związanych z konstytucyjną zasadą równości, nie tylko za pomocą skargi konstytucyjnej.

## 5.2. Związek konstytucyjnych zasad równości z wolnością działalności gospodarczej

Przykładem wartości konstytucyjnej, która jawi się jako pozostająca w związku z zasadą równości w zamówieniach publicznych, jest wolność działalności gospodarczej. Należy w związku z tym przypomnieć, że Konstytucja RP posługuje się terminem „wolność działalności gospodarczej” w rozdziale, w którym znajdują się naczelne zasady dotyczące ustroju i funkcjonowania państwa. Zgodnie z brzmieniem art. 22 KRP „ograniczenie wolności działalności gospodarczej jest dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny”. Jednocześnie, problematyka wolności działalności gospodarczej należy do dziedziny wolności i praw konstytucyjnych. Świadczy o tym chociażby sam termin „wolność”<sup>275</sup>. Treść Konstytucji RP pozwala zatem przyjąć, że wolność działalności gospodarczej jest z jednej strony zasadą ustrojową RP, z drugiej zaś podstawową wolnością konstytucyjną przysługującą powszechnie wszystkim ludziom oraz jednostkom organizacyjnym, które w istocie działają w obrocie dzięki ludzkiej aktywności<sup>276</sup>. Powyższe oznaczają, że wolność działalności gospodarczej ma silne konstytucyjne zakorzenienie aksjologiczne<sup>277</sup>.

<sup>272</sup> L. Garlicki, M. Zubik, *op. cit.*, s. 124; podobnie B. Przywora, *Czy art. 32 Konstytucji RP (zasada równości) może stanowić samodzielny wzorzec kontroli w sprawach inicjowanych skargą konstytucyjną?: przyczynek do dyskusji*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2020, nr 7/8, s. 179.

<sup>273</sup> L. Garlicki, M. Zubik, *op. cit.*, s. 124-125. Podobnie na gruncie prawa administracyjnego; zob. E. Folać, *op. cit.*, s. 41.

<sup>274</sup> L. Garlicki, M. Zubik, *op. cit.*, s. 119.

<sup>275</sup> P. Kuczma, *Konstytucyjne ujęcie wolności działalności gospodarczej*, „Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu” 2014, nr 372: *Przedsiębiorca w społecznej gospodarce rynkowej*, s. 229.

<sup>276</sup> K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze publiczne*, Warszawa 2015, s. 82-83; M. Szydło, *Wolność działalności gospodarczej jako prawo podstawowe*, Bydgoszcz 2011, s. 66-67.

<sup>277</sup> Podobnie kwestia ta przedstawia się np. na gruncie prawa niemieckiego. Tzw. wolność zawodu znajduje się w katalogu konstytucyjnie gwarantowanych praw podmiotowych ustawy zasadniczej.

Znamienne jest także z punktu widzenia problematyki zamówień publicznych zagadnienie zakresu zastosowania wolności działalności gospodarczej. Adresatem konstytucyjnej zasady wolności gospodarczej jest każdy podmiot prawa, który może – ze względu na brak prawnych zakazów – prowadzić działalność gospodarczą na terytorium Polski. Ponadto wraz z momentem przystąpienia Rzeczypospolitej do Unii Europejskiej adresatami tej zasady są także podmioty mające siedzibę w państwie UE i prowadzące działalność gospodarczą w RP<sup>278</sup>. Warto w tym miejscu również odwołać się do dyrektywy prounijnej wykładni prawa krajowego. W jej świetle powinny być rozumiane pojęcie wolności gospodarczej oraz związane z nią obowiązki władz publicznych zapobiegające różnicowaniu podmiotów krajowych i zagranicznych. Należałoby jednak przyjąć, że wolność działalności gospodarczej nie obejmuje podmiotów, które należą do Skarbu Państwa lub jednostek samorządu terytorialnego<sup>279</sup>.

Zasadniczą treścią „wolności gospodarczej” jest prawo wyboru i wykonywania dowolnego zawodu oraz prawo podjęcia decyzji o prowadzeniu działalności gospodarczej<sup>280</sup>. W literaturze proponowane są jednak kolejne ujęcia szczegółowych aspektów wolności gospodarczej, czyli tzw. swobód częściowych. Godna odnotowania jest tu zbieżność wielu stanowisk<sup>281</sup>. Wskazane swobody częściowe nie stanowią oczywiście wyczerpania enumeratywnego. Dodatkowo ich treść przenika się wzajemnie. Jak zauważa Jacek Kołacz: „wywierają one bowiem na siebie wpływ, wzajemnie się ograniczając i dopełniając, tworząc przez to obraz zakresu swobody działalności gospodarczej istniejącej w danym systemie prawnym”<sup>282</sup>.

W kontekście problematyki ubiegania się o zamówienia publiczne na szczególną uwagę zasługuje szczegółowy aspekt wolności działalności gospodarczej określany

---

W ujęciu teoretycznoprawnym stanowi wolność prawnie chronioną, której treścią jest publiczne prawo podmiotowe o charakterze ochronnym/obronnym (*Abwehrrecht*). Anna Walaszek-Pyziół stwierdza, że prawo to odgrywa rolę instrumentu chroniącego określoną sferę możliwości postępowania jednostek przed ingerencją ze strony państwa, w tym przed naruszeniami i nieuzasadnionymi ograniczeniami. G. Manssen, *Aktuelle Fragen des Schutzes der Berufsfreiheit im deutschen Verfassungsrecht*, „Przegląd Prawa i Administracji” 1997, t. 37, s. 23; A. Walaszek-Pyziół, *Wolność działalności gospodarczej w ustawodawstwie Republiki Federalnej Niemiec*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 1992, nr 5-6, s. 106; P. Badura, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, [w:] *Besonderes Verwaltungsrecht*, red. I. von Münch, Berlin 1970, s. 260.

<sup>278</sup> P. Kuczma, *op. cit.*, s. 232.

<sup>279</sup> J. Ciapała, *Konstytucyjna zasada wolności działalności gospodarczej*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2001, z. 4, s. 24.

<sup>280</sup> A. Walaszek-Pyziół, *op. cit.*, s. 107.

<sup>281</sup> *Ibidem*, s. 108; J. Reszczyński, *O pojęciu wolności gospodarczej w ekonomii i naukach prawnych*, „Studia Ekonomiczne. Gospodarka. Społeczeństwo. Środowisko” 2018, nr 1(2), s. 32; J. Kołacz, *Swobody częściowe a swoboda działalności gospodarczej*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2008, Rok LXX, z. 2, s. 80; P. Kuczma, *op. cit.*, s. 230; P. Soroka, *Zamówienia publiczne a wolność gospodarcza*, „Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu” 2012, nr 270: *Zamówienia publiczne – stan obecny i perspektywy*, s. 135.

<sup>282</sup> J. Kołacz, *op. cit.*, s. 80.

w piśmiennictwie jako prawo do swobodnego konkutowania z innymi podmiotami czy po prostu swoboda konkurencji (niem. *Wettbewerbsfreiheit*)<sup>283</sup>. W literaturze stwierdza się, że wolna konkurencja jest swobodą cząstkową, „która buduje wolność gospodarczą”<sup>284</sup>, a prawo do konkurencji, oprócz innych praw relewantnych gospodarczo, należy do podstawowych zasad państwa konstytucyjnego<sup>285</sup>.

W najkrótszym ujęciu prawo do konkurencji związane jest z możliwością podejmowania różnorodnych działań w celu pozyskania kontrahentów<sup>286</sup>. W ramach prawa do swobodnego konkutowania można z kolei wyodrębnić kolejne aspekty szczegółowe, jak wolność wejścia na określony rynek oraz konkutowania 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 konkutowania, ale także obowiązek realizacji warunków, które chronią uprawnionych przed zachowaniami sprzecznymi z uczciwą konkurencją podejmowanymi przez inne podmioty<sup>287</sup>.

Nie ma przeszkód, by cząstkowa swoboda działalności gospodarczej, jaką jest wolność konkutowania, obejmowała również prawo do pozyskania zamówienia publicznego. Jak wspomniano wyżej, funkcją regulacji dotyczących zamówień publicznych jest m.in. zapewnienie dostępu do zamówień publicznych poprzez zachowanie uczciwej i wolnej konkurencji, a zapewnienie uczciwej konkurencji jest obowiązkiem państwa korelującym z istotą wolności działalności gospodarczej<sup>288</sup>.

Zagadnienie dostępu do zamówień publicznych należałoby więc traktować jako przejaw wolności działalności gospodarczej. Świadczy o tym podmiotowy zakres zastosowania wolności gospodarczej jako prawa konstytucyjnego oraz jej treść, w szczególności odnosząca się do wolności konkutowania. Na tej podstawie uznać należy, że wolności działalności gospodarczej pojmowanej jako wolność konkutowania w warunkach równego traktowania odpowiada: obowiązek państwa powstrzymania się od nieuzasadnionej ingerencji, tj. zakaz wydawania takich unormowań prawnych, które pozostawałyby w sprzeczności z wolnością konkutowania, w tym z dostępem do zamówień (obowiązek negatywny), oraz obowiązek stwarzania warunków wspo-

<sup>283</sup> A. Walaszek-Pyziół, *op. cit.*, s. 108; E. Kosiński, *Aspekt prawny wolności gospodarczej*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2003, nr 3/4, s. 13.

<sup>284</sup> P. Soroka, *op. cit.*, s. 141.

<sup>285</sup> K. Strzyczkowski, *Kilka uwag o obiektywizacji gospodarczych praw podstawowych*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2018, t. 114, s. 646.

<sup>286</sup> J. Kołacz, *op. cit.*, s. 80.

<sup>287</sup> J. Reszczyński, *op. cit.*, s. 15; A. Biernat, A. Wasilewski, *Wolność gospodarcza w Europie*, Kraków 2000, s. 77; R. Stober, *Handbuch des Wirtschaftsverwaltungs- und Umweltrechts*, Stuttgart-Berlin-Köln 1989, s. 468; L. Bielecki, *Zasada wolności gospodarczej w okresie transformacji ustrojowej w Polsce*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2003, nr 1, s. 68.

<sup>288</sup> P. Soroka, *op. cit.*, s. 136.

magających możliwość równego ubiegania się o zamówienia publiczne (obowiązek pozytywny)<sup>289</sup>. Okazuje się zatem, że konstytucyjna zasada równości, wprawdzie nie samodzielnie, ale w powiązaniu z konstytucyjną wolnością działalności gospodarczej, wyznaczać może wzorzec kontroli aktów normatywnych w postępowaniach inicjowanych skargą konstytucyjną.

## 6. Wnioski

Przedmiotem rozważań zawartych w niniejszym rozdziale uczyniono konstytucyjny wymiar obowiązków równego traktowania. Przyjęto, że konstytucyjne znaczenie obowiązków równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne należy wiązać nie tylko z zasadami Konstytucji RP, z których te obowiązki wynikają, ale także z szerszymi procesami konstytucjonalizacji w prawie. Przejawem tych procesów jest m.in. zwiększenie wpływu ustawy zasadniczej na określony obszar zjawisk społecznych, odbywający się nie tylko poprzez zabiegi legislacyjne, ale także przez odpowiednią wykładnię zakodowanych w postanowieniach konstytucji norm oraz przez „prokonstytucyjną” wykładnię prawa w ogólności. Co więcej, konstytucjonalizacja to także pewien sposób myślenia o prawie, emanacja zasad konstytucyjnych czy – innymi słowy – upowszechnianie się wartości konstytucyjnych. W ramach tak rozważanego wymiaru obowiązków równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne w sposób szczególny ujawnia się warstwa aksjologiczna prawa. W rezultacie normy konstytucyjne stają się nie tylko podstawą działania władzy publicznej, ale fundamentem życia zbiorowego, także w obszarze gospodarczym.

W tym świetle treścią szczegółowych analiz uczyniono zasady równości zawarte w art. 32 KRP. Odnotowano ich złożony wewnętrznie charakter, wyrażający się w istnieniu zasady równości *sensu stricto* oraz zasady niedyskryminacji. Stwierdzono przy tym, że konstytucyjna zasada równości wyznacza zarówno obowiązek stanowienia norm prawnych zapewniających równość wszystkich podmiotów prawa, jak i obowiązek władzy publicznej równego traktowania wszystkich podmiotów w procesie stosowania prawa. Podkreślono, że konstytucyjny zakaz dyskryminacji ma charakter uniwersalny, ale sama dyskryminacja pojawia się głównie w określonych sytuacjach, tj. gdy różnicowanie następuje ze względu na cechę osobową. Nie wykluczono jednak sytuacji, w których naruszenie konstytucyjnego zakazu dyskryminacji będzie związane z innymi przyczynami, w tym chociażby przynależnością państwową. Zaznaczono, że zakaz dyskryminacji nie przewiduje jakichkolwiek odstępstw i w związku z tym ma charakter gwarancyjny w polskim porządku prawnym. Wskazano również na związek, jaki istnieje pomiędzy konstytucyjnymi zasadami równości a konstytucyjną zasadą sprawiedliwości społecznej.

<sup>289</sup> S. Biernat, A. Wasilewski, *op. cit.*, s. 197-202.



Odnosząc się do samego zakresu zastosowania konstytucyjnych zasad równości, opowiedziano się za koncepcją szerokiego ich zastosowania. Zgodnie z nią zasady równości odnoszą się do każdego, kto może być podmiotem konstytucyjnych praw i wolności, w tym podmiotów ubiegających się o zamówienia publiczne. Zakaz dyskryminacji oraz nakaz równego traktowania dotyczy zarówno osób fizycznych, jak i osób prawnych czy jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej. Uzasadnieniem dla tak rozległych granic zastosowania konstytucyjnej zasady równości – w zakresie odnoszącym się do zakazu dyskryminacji – jest z jednej strony bardzo szerokie jego ujęcie w polskiej konstytucji („nikt”, „jakakolwiek przyczyna”) oraz to, że dyskryminacja podmiotów organizacyjnych siłą rzeczy przekłada się na osoby fizyczne je tworzące lub wchodzące w ich skład. Podobnie jest w przypadku zasady równości *sensu stricto*, w ramach której konstytucyjny prawodawca posługuje się określeniem „wszyscy”. Uznano zatem, że konstytucyjna zasada równości wyznacza zakaz dyskryminującego traktowania oraz nakaz równego traktowania zarówno podmiotów prywatnych, jak i publicznych w sferze prowadzenia działalności gospodarczej, także w zamówieniach publicznych. Ponadto zasada równego traktowania w zamówieniach powinna znajdować odzwierciedlenie w regulacjach prawnych zapewniających niedyskryminacyjne i równe traktowanie wszystkich uczestników rynku, zarówno tych z sektora prywatnego, jak i publicznego.

Nawiązując z kolei do kwestii podmiotów zobowiązanych do przestrzegania konstytucyjnej zasady równości, stwierdzono, że obowiązek zapewnienia równości ubiegających się o zamówienia publiczne spoczywa jedynie na prawodawcy oraz zamawiających, którzy są podmiotami władzy publicznej. Szerzej natomiast określono zastosowanie zakazu dyskryminacji, który w Konstytucji RP nie jest zawężony podmiotowo do „władzy publicznej”, co pozwala przyjąć, że jest źródłem obowiązków wszelkich podmiotów, w tym zamawiających innych niż organy władzy publicznej.

W związku z rozważaniami o podmiotowym zakresie zastosowania konstytucyjnej zasady równości odniesiono się także do koncepcji wertykalnego i horyzontalnego zastosowania norm konstytucyjnych. Stwierdzono jednak, że podział stosunków prawnych na horyzontalne i wertykalne jest niewyczerpujący i wymaga uwzględnienia wielu odstępstw od ich wzorcowego ujęcia. Uznano zatem, że koncepcja dychotomicznego podziału na „horyzontalne” i „wertykalne” zastosowanie norm konstytucji ma niewielką przydatność poznawczą w obszarze zamówień publicznych. Stwierdzono, że trafniejsze w analizie zakresu zastosowania konstytucyjnej zasady równości jest odnoszenie się do konkretnego rodzaju stosunków prawnych, czyli w tym przypadku do stosunków zachodzących w obszarze zamówień publicznych – bez rozstrzygnięcia o ich horyzontalnym czy wertykalnym charakterze. Sformułowano pogląd, że badana norma konstytucyjna odnosi się do określonych stosunków prawnych, o ile wynika z zakresu jej stosowania, a nie z „horyzontalnej” czy „wertykalnej” właściwości norm konstytucyjnych czy stosunków prawnych, do których one się odnoszą.

W ramach rozważań zawartych w niniejszym rozdziale podjęto także zagadnienie skuteczności konstytucyjnej zasady równości w zamówieniach publicznych. Ustalono, że skuteczność konstytucyjnej zasady równości w zamówieniach publicznych odnieszona będzie nie tylko do zakresu jej zastosowania, lecz obejmować będzie dodatkowo zagadnienie zakresu jej normowania – czyli postaci zachowań wyznaczanych przez normę prawną. W tym ujęciu kwestia skuteczności poszerzyła pole analiz zagadnienia podmiotowego zakresu zastosowania konstytucyjnej zasady równości. Na kanwie rozważań odnoszących się do koncepcji bezpośredniej oraz pośredniej, a także horyzontalnej oraz wertrykalnej skuteczności norm konstytucyjnych stwierdzono, że konstytucyjna zasada równości ma zastosowanie w obszarze zamówień publicznych, będąc źródłem obowiązków spoczywających na państwie jako prawodawcy oraz jego organach jako podmiotach stosujących prawo. Odwołano się w tym zakresie do teorii i koncepcji doktrynalnych postulujących oddziaływanie współczesnego państwa na sferę stosunków zachodzących pomiędzy jakimikolwiek podmiotami, w których może dojść do naruszenia prawa i wolności konstytucyjnych. Stwierdzono w związku z tym, że obowiązki państwa w zakresie stanowienia i stosowania prawa obejmują urzeczywistnianie równości i niedyskryminacji nie tylko w zamówieniach publicznych, których udzielają podmioty publiczne, ale także w zamówieniach, których udzielają inni zamawiający, w tym zamawiający sektorowi i subsydiowani. Zauważono ponadto, że sfera zamówień – ze względu na istotnie obecny aspekt interesu publicznego – w dodatkowy sposób tłumaczy powinność państwa zapewnienia równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne udzielane przez wszelkie instytucje zamawiające. Zwrócono również uwagę na skuteczność konstytucyjnej zasady równości wyrażającej się w oddziaływaniu na wykładnię i stosowanie przepisów ustawowych, w tym poprzez prokonstytucyjną interpretację ustawowych zasad i reguł dotyczących udzielania zamówień publicznych. Prezentowane w literaturze poglądy na temat skuteczności norm konstytucyjnych uzasadniają również stanowisko dopuszczające możliwość powoływania się przez ubiegających się o zamówienia publiczne na konstytucyjną zasadę równości jako źródła obowiązków w stosunkach z zamawiającymi, w tym przy korzystaniu ze środków ochrony prawnej w sporach.

Szczególną uwagę poświęcono kwestii bezpośredniego stosowania konstytucyjnej zasady równości w zamówieniach publicznych. Zauważono, że zasada bezpośredniego stosowania konstytucji odnosi się do możliwości dokonania aktu stosowania prawa wprost na podstawie normy konstytucyjnej bez potrzeby uprzedniego wydania ustawy zwykłej rozwijającej i konkretyzującej normy konstytucyjne (czyli bez konieczności „pośredniczącej roli” ustawy). Odnosi się też do obowiązku uwzględniania w podejmowaniu określonych decyzji treści postanowień konstytucji. Dokonawszy analizy terminu „stosowanie” w odniesieniu do norm konstytucyjnych, stwierdzono, że obowiązek bezpośredniego stosowania konstytucyjnej zasady równości w obszarze zamówień publicznych może aktualizować się jako obowiązek organów władzy

sądowniczej, wykonawczej, ale także ustawodawczej. Stwierdzono jednakże, że problematyki bezpośredniego stosowania konstytucji nie należy odnosić do działalności instytucji zamawiających udzielających zamówień publicznych. W takim przypadku należy mówić wyłącznie o obowiązku przestrzegania (realizacji, poszanowania) konstytucyjnej zasady równości. Konkluzję tę oparto na argumentie, zgodnie z którym instytucja bezpośredniego stosowania konstytucji dotyczy okoliczności, w których normy konstytucyjne stanowią lub współtworzą z normami ustawowymi podstawę określonych działań. Tymczasem Konstytucja RP nie reguluje w żadnym miejscu problematyki udzielania zamówień publicznych ani nie określa podstaw prawnych do podejmowania działań w tym obszarze. Podstawą udzielania zamówień publicznych są w polskim porządku prawnym ustawy. Również art. 32 KRP nie stanowi samodzielnej podstawy prawnej do dokonywania określonych czynności konwencjonalnych przy udzielaniu zamówień publicznych. Nie można też wskazać innej normy konstytucyjnej, która stanowiłaby podstawę prawną podejmowania określonych działań przy udzielaniu zamówień publicznych wspólnie z zasadą równości. W odniesieniu do instytucji udzielających zamówienia powinność realizowania norm konstytucyjnych należałoby opisać jedynie jako obowiązek przestrzegania konstytucji.

Analizę konstytucyjnego wymiaru obowiązków równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne zwieńczono zagadnieniem konstytucyjnej zasady równości jako samodzielnego wzorca kontroli aktów normatywnych wyznaczających obowiązki równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne w postępowaniach inicjowanych skargą konstytucyjną. Rozważania skoncentrowano na podniesionej na gruncie orzecznictwa trybunalskiego kwestii samodzielności zastosowania zasady równości jako konstytucyjnego wzorca kontroli. Po przeprowadzonych analizach wskazano, że przykładem wolności konstytucyjnej, która pozostaje w związku z zasadą równości w zamówieniach publicznych, jest wolność działalności gospodarczej. Szczególna korespondencja między wolnością działalności gospodarczej a równością w zamówieniach publicznych występuje w aspekcie prawa do swobodnego konkurowania z innymi podmiotami – czy inaczej – ze swobodą konkurencji. Przyjęto zatem, że zagadnienie dostępu do zamówień publicznych w warunkach swobody konkurencji należy traktować jako przejaw wolności działalności gospodarczej. W rezultacie tego rekonstruować można wzorzec konstytucyjny kontroli aktów normatywnych w postępowaniach inicjowanych skargą konstytucyjną. Wyraża się on w istnieniu obowiązku państwa powstrzymania się od nieuzasadnionej ingerencji, co oznacza zakaz wydawania takich unormowań prawnych, które pozostawałyby w sprzeczności z wolnością konkurowania, w tym z równym dostępem do zamówień (obowiązek negatywny), oraz stwarzania warunków wspomagających możliwość równego ubiegania się o zamówienia publiczne (obowiązek pozytywny).

## Rozdział II

# Europejski wymiar obowiązków równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne

### 1. Wprowadzenie

Prawo europejskie ma bezpośredni i pośredni wpływ na prawo polskie. Polscy zamawiający są równocześnie europejskimi zamawiającymi, a ubiegający się o zamówienia publiczne w Polsce konkurują ze sobą w istocie nie tylko w ramach polskiego rynku, ale jednocześnie europejskiego rynku wewnętrznego. Dlatego analiza obowiązków równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne wymaga dostrzeżenia ich europejskiego wymiaru. Chociaż samo oddziaływanie prawa europejskiego na polski system zamówień publicznych jest oczywiste, to jednak pytania dotyczące zakresu zastosowania i normowania określonych źródeł prawa domagają się szczegółowych odpowiedzi. Na tym tle ujawnia się więc jako podstawowe zagadnienie sposobu, w jaki europejski porządek prawny kształtuje obowiązki równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne w Polsce. Trzeba przy tym ustalić: na czym – oprócz konieczności koordynacji procedur udzielenia zamówień publicznych w ramach Unii Europejskiej – polegać może oddziaływanie zasad prawa europejskiego w wyznaczaniu obowiązków równego traktowania, które miałyby spoczywać na polskim prawodawcy i instytucjach zamawiających? Jak przedstawia się ewolucja takiego oddziaływania w perspektywie integracji europejskiej oraz czy można wskazać jego punkty graniczne? Rozstrzygnięcie tych i innych, podobnych kwestii wymaga najpierw określenia, jakie konkretne zasady prawa europejskiego, i w jakim zakresie, kształtują obowiązki równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne w Polsce. Dodatkowo, ze względu na wielopłaszczyznowość źródeł prawa europejskiego, przeanalizować należy ich wzajemne relacje w kontekście obowiązków równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne.

Europejski wymiar obowiązków równego traktowania związany jest z wpływem prawa stanowionego, orzecznictwa europejskiego, a także praktyki stosowania prawa, wyrażającej się np. w oficjalnych stanowiskach Komisji Europejskiej. Różny jest w związku z tym charakter norm kształtujących powinności polskiego prawodawcy oraz instytucji zamawiających.

W niniejszym rozdziale zostaną przeanalizowane zasady prawa europejskiego, które można potraktować jako główne podstawy normatywne obowiązków równego traktowania. Wśród nich wskazać należy traktatową zasadę niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową, zasady swobód rynku wewnętrznego i ogólną zasadę równego traktowania – które określane tu będą również wspólnym mianem ogólnych zasad równego traktowania. Omówienia wymaga także zasada równego traktowania i niedyskryminacji wykonawców zawarta w dyrektywach zamówieniowych – która określana będzie też jako szczególna zasada równego traktowania. Rozważania dotyczące wskazanych zasad zostaną jednak poprzedzone odniesieniem do zjawiska europeizacji prawa zamówień publicznych.

## 2. Europeizacja zamówień publicznych

Na europejski wymiar obowiązków równego traktowania wykonawców należy w pierwszym rzędzie spojrzeć przez pryzmat fenomenu określanego jako europeizacja prawa<sup>1</sup>. Jest on jedną z płaszczyzn szerszego procesu europeizacji, który obejmuje wiele oddziaływań i wzajemnego przenikania się wartości, zasad, reguł, a nawet przekonań związanych z kulturą i cywilizacją europejską.

Sam termin „europeizacja” ma wiele znaczeń. W najszerszym ujęciu może oznaczać upowszechnianie europejskich osiągnięć cywilizacyjnych i kulturowych. W naukach politycznych opisuje się europeizację w kontekście integracji europejskiej jako proces polegający na rozszerzaniu Unii Europejskiej na inne państwa członkowskie, czy też wykształcaniu się odrębnego europejskiego systemu politycznego, w tym rozwijaniu określonych polityk na poziomie UE. Według Claudia Radaellego europeizacja to proces: tworzenia (ang. *construction*), rozprzestrzeniania się (ang. *diffusion*) i instytucjonalizacji (ang. *institutionalisation*) formalnych i nieformalnych reguł, procedur, paradygmatów polityki, stylów, sposobów załatwiania spraw i podzielanych stanowisk oraz norm, które w pierwszej fazie są definiowane w procesie podejmo-

<sup>1</sup> A. Wróbel, *Europeizacja prawa administracyjnego – pojęcie i konteksty*, [w:] *System prawa administracyjnego*, t. 3: *Europeizacja prawa administracyjnego*, red. R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2014, s. 25; A. Gorgol, *Prawne aspekty publicznego finansowania partii politycznych w Polsce i na poziomie europejskim*, Lublin 2011, s. 131-132. W literaturze angielskiej stosowane są takie określenia jak: *europeanization*, *europeanizing* lub *europeification*; J. Ruskowski, *Ponadnarodowość w systemie politycznym Unii Europejskiej*, Warszawa 2010, s. 358, przyp. 952 oraz wskazana tam literatura.

wania decyzji unijnych i w nich zawarte, a następnie inkorporowane do krajowego dyskursu, tożsamości, politycznych struktur oraz polityk<sup>2</sup>.

Z kolei europeizację w prawie można odnieść w szerokim znaczeniu do procesów, w ramach których występują różnego rodzaju oddziaływania prawa europejskiego na jakikolwiek inny porządek prawny<sup>3</sup>. Przy czym oddziaływanie to może mieć wyłącznie charakter wewnętrzny (europeizacja *ab intra*) w tym sensie, że odbywa się tylko w stosunku do praw państw członkowskich UE, albo zewnętrzny (europeizacja *ab extra*), gdy dokonuje się wobec praw państw niebędących członkami UE oraz wobec organizacji międzynarodowych<sup>4</sup>. Dodatkowo, europeizacja może mieć przebieg jednokierunkowy lub dwukierunkowy. Przebieg jednokierunkowy ujawniać się będzie wyłącznie poprzez wpływ prawa europejskiego na inny porządek prawny (europeizacja *top-down*) lub wyłącznie poprzez wpływ prawa państw członkowskich na prawo europejskie (europeizacja *bottoms-up*). Przebieg dwukierunkowy natomiast zachodzić będzie jako wzajemny wpływ danych porządków prawnych<sup>5</sup>. Pojęciem europeizacji można również objąć – oprócz wpływu prawa europejskiego na prawa państw członkowskich (europeizacja wertykalna) – wpływ wzajemny praw państw członkowskich (europeizacja horyzontalna)<sup>6</sup>. Przedmiotem analizy w niniejszym rozdziale jest europeizacja prawa zamówień publicznych rozumiana jako jednokierunkowy proces oddziaływania prawa europejskiego na prawo polskie, czyli europeizacja wewnętrzna w układzie wertykalnym, służąca dostosowywaniu prawa krajowego do prawa europejskiego.

Należy również uzupełniająco wspomnieć, że za pomocą europeizacji określa się także wpływ prawa europejskiego dotyczącego praw podstawowych na prawo krajowe. Specyficznym przejawem wskazanych procesów jest również europeizacja konstytucji krajowych, którą utożsamia się z przemianami, wynikającymi z udziału państwa członkowskiego w „europejskim systemie konstytucyjnym”<sup>7</sup>, a wyrażającymi się poprzez działania legislacyjne, ukierunkowaną wykładnię krajowych norm

<sup>2</sup> C.M. Radaelli, *The Europeanization of Public Policy*, [w:] *The Politics of Europeanization*, red. K. Featherstone, C.M. Radaelli, Oxford 2003, s. 30; A. Wróbel, *Uwagi wstępne*, [w:] *System prawa administracyjnego*, t. 3, s. 10.

<sup>3</sup> Z. Cieślík, *Partnerstwo publiczno-prywatne. Publicznoprawna problematyka kontraktowych form działania administracji publicznej*, Warszawa 2014, s. 49.

<sup>4</sup> J. Ruskowski, *op. cit.*, s. 365 i 382-384.

<sup>5</sup> *Ibidem*, s. 361 i 367-382; K. Wach, *Wymiar europeizacji i jej kontekst*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie” 2011, nr 852, s. 30.

<sup>6</sup> R. Petrov, P. Kalinichenko, *The Europeanization of Third Country Judiciaries Through the Application of the EU Acquis: The Cases of Russia and Ukraine*, „International and Comparative Law Quarterly” 2011, vol. 60, nr 2, s. 325; Z. Cieślík, *op. cit.*, s. 50.

<sup>7</sup> K. Wojtyczek, *Polska w europejskim systemie konstytucyjnym*, [w:] *Prawo konstytucyjne Rzeczypospolitej Polskiej*, red. P. Sarnecki, Warszawa 2014, s. 31.



konstytucyjnych, czy też szeroko rozumianą „praktykę konstytucyjną”<sup>8</sup>. W tym zakresie procesy europeizacji zachodzą wspólnie z procesami określanymi jako konstytucjonalizacja<sup>9</sup>.

Europeizacja jest – jak trafnie stwierdza Wojciech Kocot – zjawiskiem hybrydowym, łączącym elementy unifikacji i harmonizacji<sup>10</sup>. Odnosząc się do europeizacji prawa zamówień publicznych, dostrzec zatem należy, że zjawisko to jest ściśle związane z harmonizacją regulacji dotyczących zamówień publicznych państw członkowskich poprzez działalność legislacyjną, lecz także orzecznictwo, refleksję doktrynalną i szeroko rozumianą praktykę stosowania prawa zamówień publicznych<sup>11</sup>. W jej rezultacie można mówić o wykształceniu się europejskiego prawa zamówień publicznych. Kluczową rolę w tym zakresie odgrywa stanowienie dyrektyw zamówieniowych, w ramach których zastosowanie znajduje szczególnie metoda harmonizacji, polegająca na koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych. Na potrzebę koordynacji krajowych procedur udzielania zamówień, w tym przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych, w celu zagwarantowania zasad traktatowych, w tym swobód rynku wewnętrznego czy zasady równego traktowania i zasady niedyskryminacji, zwraca się uwagę chociażby w motywach niektórych dyrektyw zamówieniowych<sup>12</sup>. Oznacza to oczywiście umiejscowienie punktu ciężkości europeizacji prawa zamówień publicznych nie tylko na zastępowaniu uregulowań krajowych normami prawa europejskiego, lecz przede wszystkim na zapewnieniu zgodności skutków działania tych praw. Jednym z jej specyficznych przejawów są również wszelkiego rodzaju postanowienia przewidujące obowiązek wzajemnego uznawania decyzji czy dokumentów wydawanych w poszczególnych państwach członkowskich<sup>13</sup>. Nie można pominąć także niejurydycznych, perswazyjnych aspektów procesów harmonizacyjnych dotyczących zamówień publicznych<sup>14</sup>. Jak zauważa się w literaturze, wyrażają się one w szerokim zastosowaniu na gruncie zamówień

<sup>8</sup> J. Szymanek, *Interpretacja konstytucji: warianty teorii i praktyki na przykładzie Konstytucji RP z 1997 r.*, „Przegląd Sejmowy” 2017, nr 6(143), s. 154-155; M. Ziółkowski, *Europeizacja Konstytucji – rekonstrukcja znaczenia*, [w:] *Europeizacja Konstytucji Państw Unii Europejskiej*, red. K. Kubuj, J. Wawrzyniak, Warszawa 2011, s. 23 i 33.

<sup>9</sup> A. Wróbel, *Uwagi...*, s. 20; M. Claes, *The Europeanisation of national Constitutions in the Constitutionalisation of Europe: Some Observations against the background of the Constitutional Experience of the EU-15*, „Croatian Yearbook of European Law and Policy” 2007, vol. 3, s. 38.

<sup>10</sup> W.J. Kocot, *Europeizacja materialnego prawa prywatnego – stan obecny i perspektywy*, „Państwo i Prawo” 2020, nr 2, s. 101.

<sup>11</sup> Więcej o harmonizacji prawa jako przejawie europeizacji zob. J. Ruskowski, *op. cit.*, s. 385-398.

<sup>12</sup> Zob. np. motyw 1 oraz motyw 136 dyrektywy klasycznej, a także motyw 2 dyrektywy sektorowej.

<sup>13</sup> Np. w myśl art. 62 ust. 1 i 2; art. 64 ust. 7 dyrektywy klasycznej instytucje zamawiające uznają równoważne zaświadczenia wydane przez jednostki mające siedzibę w innych państwach członkowskich.

<sup>14</sup> T. Pajor, *Harmonizacja prawa prywatnego z prawem Unii Europejskiej*, [w:] *System prawa prywatnego*, t. 1: *Prawo cywilne – część ogólna*, red. M. Safjan, Warszawa 2007, s. 270.

publicznych aktów „prawa miękkiego” (ang. *soft law, tertiary law*), czyli komunikatów, wytycznych, konkluzji, rezolucji lub zaleceń dotyczących różnych problemów znajdujących się w obrębie systemu zamówień publicznych<sup>15</sup>.

### 3. Obowiązki, zastosowanie i skuteczność aktów prawa europejskiego

Podjmując zagadnienie zastosowania zasad prawa europejskiego wyznaczających obowiązki równego traktowania w zamówieniach publicznych, należy w pierwszym rzędzie zwrócić uwagę na kwestie obowiązywania, zastosowania oraz skuteczności aktów prawa europejskiego w krajowym porządku prawnym.

Akty prawa europejskiego podlegają włączeniu do systemu prawnego państwa członkowskiego bez potrzeby recepcji, lecz z własnej mocy (łac. *ex proprio vigore*), co skutkuje obowiązkiem ich stosowania w państwie członkowskim jako oryginalnego prawa unijnego, a nie prawa recypowanego. Prawo unijne jest więc częścią systemu prawnego każdego państwa członkowskiego (ang. *the law of the land*)<sup>16</sup>. Tak rozumiane obowiązywanie obejmuje w zasadzie wszystkie akty prawa unijnego, zarówno prawo pierwotne, jak i pochodne (zasada bezpośredniego/natychmiastowego obowiązywania prawa unijnego w krajowych systemach prawnych)<sup>17</sup>. W tym zakresie również dyrektywy jako akty prawa pochodnego są częścią krajowych porządków prawnych od momentu ich wejścia w życie<sup>18</sup>.

Odrębnie natomiast przedstawia się kwestia zastosowania (ang. *applicability*) aktów prawa europejskiego w krajowym porządku prawnym. Wprawdzie na gruncie doktrynalnym oraz orzecznictwym zagadnienie to funkcjonuje w sposób ujawniający pewne różnice terminologiczne, odrębności stanowisk czy ewolucje poglądów<sup>19</sup>,

<sup>15</sup> M. Kania, *Partnerstwo publiczno-prywatne jako przejaw europeizacji publicznego prawa gospodarczego*, [w:] *Europeizacja publicznego prawa gospodarczego*, red. H. Gronkiewicz-Waltz, K. Jaroszyński, Warszawa 2011, s. 265-269; N. Miłostan, „Zielone” zamówienia publiczne jako przykład europeizacji publicznego prawa gospodarczego, [w:] *Europeizacja publicznego prawa gospodarczego*, s. 400.

<sup>16</sup> M. Szpunar, *Odpowiedzialność podmiotu prywatnego z tytułu naruszenia prawa wspólnotowego*, Warszawa 2008, s. 79; S. Biernat, *Prawo Unii Europejskiej a prawo państw członkowskich*, [w:] *Prawo Unii Europejskiej*, t. 1: *Zagadnienia systemowe*, red. J. Barcz, Warszawa 2006, s. 272.

<sup>17</sup> P. Machnikowski, T. Pajor, *Prawo prywatne Unii Europejskiej i jego wpływ na prawo polskie*, [w:] *System prawa prywatnego*, t. 1, s. 262; M. Szpunar, *Bezpośredni skutek prawa wspólnotowego – jego istota oraz próba uporządkowania terminologii*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2005, nr 11, s. 7-8; Z. Brodecki, S. Majkowska-Szulc, *Stosowanie prawa europejskiej integracji*, [w:] *Ochrona praw jednostki*, seria *Acquis communautaire*, red. Z. Brodecki, Warszawa 2004, s. 121.

<sup>18</sup> Np. dyrektywa klasyczna weszła w życie dwudziestego dnia po jej opublikowaniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, czyli 17 kwietnia 2014 r. (art. 93 dyrektywy klasycznej).

<sup>19</sup> W sprawie syntetycznego przeglądu poglądów polskiej doktryny patrz: M. Szpunar, *Bezpośredni skutek...*, s. 4-5; M. Szwarc-Kuczer, *Zasada bezpośredniej skuteczności*, [w:] *Stosowanie prawa Unii Europejskiej przez sądy*, t. 2: *Zasady – orzecznictwo – piśmiennictwo*, red. A. Wróbel, M. Szwarc-Kuczer, K. Kowalik-Bańczyk, Warszawa 2007, s. 142-143.

można jednak przyjąć, że w swej istocie – inaczej niż w przypadku obowiązywania – zastosowanie aktów prawa unijnego nie odnosi się do okoliczności, w których akty te nabierają mocy prawnej, lecz do warunków aktualizacji obowiązku stosowania w państwie członkowskim zawartych w nich norm. Obowiązek stosowania norm jest zazwyczaj wprost konsekwencją obowiązywania aktów je zawierających<sup>20</sup>. Jednak w układzie występującym między prawem europejskim a prawem państwa członkowskiego zastosowanie określonych rozwiązań prawnych wiązać się może z koniecznością implementacji postanowień prawa unijnego, w szczególności (choć nie zawsze konieczne) poprzez działania legislacyjne prawodawcy krajowego – co oznacza podjęcie prawnych działań pośredniczących. W takim przypadku w doktrynie prawa europejskiego mówi się o pośrednim zastosowaniu (ang. *indirect applicability*) prawa unijnego w krajowym porządku prawnym. Natomiast w sytuacji braku takiej konieczności określona norma prawa unijnego ma zastosowanie bezpośrednie (ang. *direct applicability*), czyli może stanowić podstawę rozstrzygnięć podmiotów stosujących prawo<sup>21</sup>. Na przykład dyrektywy, których postać normatywna odnosi się wprawdzie do określonej sfery stosunków społecznych (np. zamówień publicznych), wiążą państwa członkowskie jedynie co do celów, które wyznaczają, oraz w zakresie terminów implementacji ich postanowień. Oznacza to zatem, że zastosowanie dyrektyw w porządku prawnym danego państwa w odniesieniu do określonych obszarów aktywności społecznej jest pośrednie (ang. *indirect applicability*) w tym sensie, że wymaga wprzód podjęcia skutecznych działań implementacyjnych i właśnie poprzez implementację znajduje zastosowanie<sup>22</sup>. Natomiast implementacji nie wymagają ogólne zasady prawa europejskiego. Podmioty stosujące prawo muszą przestrzegać wynikających z zasad obowiązków *ex officio*, a więc bez względu na to, czy w ramach krajowego porządku prawnego dokonano jakichkolwiek działań urzeczywistniających ich treść, albo niezależnie od tego, czy ubiegający się o zamówienia publiczne na takie zasady się powołują<sup>23</sup>. W tym sensie zastosowanie zasady prawa pierwotnego można określić również jako zastosowanie samoistne.

Ponadto akty prawa unijnego mają przywilej pierwszeństwa przed prawem krajowym, co oznacza, że mają swoistą przewagę w sytuacji konfliktu z normami krajowymi państwa członkowskiego – co związane jest z wykładnią i ze stosowaniem

<sup>20</sup> S. Biernat, *Prawo Unii Europejskiej...*, s. 273. W związku z tym, w opinii Macieja Szpunara rozróżnienie kwestii obowiązywania prawa wspólnotowego i stosowania przepisów wspólnotowych, choć uzasadnione z teoretycznego punktu widzenia, nie jest istotne z perspektywy organu stosującego prawo, dla którego obowiązywanie prawa oznacza nic innego, jak powinność jego stosowania; M. Szpunar, *Odpowiedzialność podmiotu...*, s. 66.

<sup>21</sup> S. Biernat, *Prawo Unii Europejskiej...*, s. 272.

<sup>22</sup> A. Sołtysińska, *Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Kraków 2006, s. 21.

<sup>23</sup> K. Horubski *et al.*, *Podstawowe pojęcia publicznego prawa gospodarczego*, [w:] *System prawa administracyjnego*, t. 8A: *Publiczne prawo gospodarcze*, red. R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2018, s. 71.

obowiązującego prawa unijnego i krajowego a służy zapewnieniu efektywności prawa europejskiego w państwach członkowskich<sup>24</sup>. Oczywiście, w przypadku konfliktu prawa krajowego z prawem unijnym to pierwsze nie traci mocy obowiązującej. Pierwszeństwo prawa unijnego oznacza, że w określonym przypadku konkretna norma prawa krajowego nie może znaleźć zastosowania, a sąd krajowy zobowiązany jest – w celu zapewnienia skuteczności prawa unijnego – odmówić zastosowania przepisów niezgodnych z prawem unijnym, nie czekając na jej derogację w drodze działalności ustawodawczej bądź kontroli konstytucyjnej<sup>25</sup>.

Bezpośredniość czy pośredniość zastosowania norm prawa unijnego w porządku prawnym państw członkowskich znajduje uszczegółowienie w zagadnieniu zakresu zastosowania konkretnych norm. Zakres ten obejmuje klasę okoliczności, w których dana norma znajduje zastosowanie, a w tym wskazania podmiotów, które są adresatami zawartych w normie obowiązków, oraz warunków (elementów rzeczywistości), w przypadku wystąpienia których adresaci mają obowiązek zachowania się zgodnego z normą.

W tym kontekście specyficznym przykładem są normy zawarte w dyrektywach. Jak wspomniano wyżej, w przypadku dyrektywy podmiotami zobowiązanymi do realizacji zawartych w niej postanowień, „w odniesieniu do rezultatu, który ma być osiągnięty”<sup>26</sup>, są państwa członkowskie. Podstawowy zakres zastosowania całości kształtu norm zawartych w dyrektywie obejmuje więc na płaszczyźnie podmiotowej państwa członkowskie, a na płaszczyźnie przedmiotowej wszelkie działania pozostające w ich gestii i które pozwalają na urzeczywistnianie zakreślonego dyrektywom rezultatu<sup>27</sup>.

Tło obowiązków implementacyjnych związanych z obowiązaniem dyrektywy oraz konieczność zapewnienia efektywności prawa unijnego nakazuje również

<sup>24</sup> S. Biernat, *Prawo Unii Europejskiej...*, s. 254-255; A. Wróbel, *Niedyskryminacja i obywatelstwo Unii*, [w:] *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej*, t. 1 (art. 1-89), red. A. Wróbel, Warszawa 2012, s. 356; M. Królikowska-Olczak, *Zasada niedyskryminacji w prawie zamówień publicznych Unii Europejskiej*, [w:] *Ekonomiczne i prawne zagadnienia zamówień publicznych. Polska na tle Unii Europejskiej*, red. A. Borowicz, Warszawa 2010, s. 15.

<sup>25</sup> K. Wójtowicz, *Podsumowanie*, [w:] *Europeizacja Konstytucji Państw Unii Europejskiej*, s. 354; J. Barcz, *Zasada pierwszeństwa prawa wspólnotowego w świetle postanowień Konstytucji RP z 1997 r.*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2004, nr 4/2, s. 23.

<sup>26</sup> Art. 288 TFUE.

<sup>27</sup> Należy podkreślić, że państwa członkowskie, implementując postanowienia dyrektyw, nie są zobowiązane do podejmowania wyłącznie działań legislacyjnych. Co więcej, transpozycja dyrektywy nie musi nawet dokonać się poprzez przyjęcie krajowych przepisów szczegółowo regulujących materię, której dotyczy dyrektywa. Może wystarczyć nawet zapewnienie ogólnych ram prawnych. Najistotniejsze jest jednak to, że państwo członkowskie zapewni rzeczywistą skuteczność dyrektywy, a tym samym realizację celów w niej zawartych (zob. np. C-428/04 Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Austrii, pkt 99). Postać słowna przepisów zawartych w dyrektywach służy w tym kontekście wyrażeniu jedynie wzorcowych (pożądanych, okazowych) postaci zasad i reguł, które określają stany rzeczy składające się na rezultat dyrektywy.

przyjąć możliwość poszerzonego zakresu zastosowania zawartych w dyrektywach norm. Postanowienia dyrektyw mogą bowiem znaleźć takie zastosowanie, w którym adresatem zawartych w nich norm będą bezpośrednio inne podmioty (np. instytucje zamawiającego), w obszarze przedmiotowym wykraczającym poza aktywność implementacyjną, ale obejmującym bezpośrednio określoną sferę stosunków społecznych (np. w obszarze prowadzenia określonych postępowań o zamówienie publiczne). W konsekwencji, poszerzenie zakresu zastosowania normy skutkować będzie poszerzeniem zakresu jej normowania, a dalej jej odpowiednią skutecznością. Sytuacja taka wystąpi wówczas, gdy państwo członkowskie uchybi swoim powinnościom, nie transponując w terminie postanowień dyrektyw albo czyniąc to wadliwie lub w sposób niepełny<sup>28</sup>. W takim przypadku przepisy dyrektywy stanowiąc będą bezpośrednią podstawę prawną do działań wszystkich organów państw członkowskich oraz instytucji zamawiających.

Zagadnienia obowiązywania aktów prawa unijnego oraz zakresu stosowania zawartych w nich norm dotyczą „przenikania” prawa europejskiego do krajowego porządku prawnego, natomiast zagadnienie skuteczności wkracza w obszar sposobu normowania, tj. odnosi się do postaci obowiązków i związanych z nimi praw, które aktualizują się w razie ziszczenia się okoliczności objętych zakresem zastosowania norm<sup>29</sup>. Zastrzec jednak należy, że w tym rozumieniu skuteczność normy jest jej cechą, a nie opisem jej rzeczywistego oddziaływania na stosunki społeczne. Jednakże właściwość normy, jaką jest jej skuteczność, rozpatrywana jest jednocześnie przez pryzmat możliwości realizacji przez nią faktycznych celów<sup>30</sup>. Z tego względu w kontekście oddziaływania norm prawa europejskiego na pierwszy plan wysuwa się zagadnienie ich skuteczności w wymiarze bezpośrednim (ang. *direct effect*, franc. *effet direct*). Utożsamiane jest ze zdatnością normy do określania wprost sytuacji prawnej jednostki – głównie jako jednostki uprawnionej, a przez to możliwością zastosowania przez sąd<sup>31</sup>. Świadczy to o zorientowaniu na efektywne „korzystanie z dobrodziejstw przepisów przez jednostkę”<sup>32</sup> w europejskim porządku prawnym.

Sytuacja jednostki, będąca rezultatem tak rozumianej bezpośredniej skuteczności normy, utożsamiana jest przede wszystkim z tym, że norma przyznaje jakieś uprawnienie materialne jednostce (węższe ujęcie)<sup>33</sup>, albo z możliwością powoływania się

<sup>28</sup> C-138/07, pkt 58.

<sup>29</sup> K. Wójtowicz, *Bezpośredni skutek przepisów prawa wspólnotowego w porządku prawnym RP*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2004, nr 4/2, s. 48-49; J. Galster, *Teoretycznoprawne aspekty obowiązywania, stosowania i przestrzegania prawa wspólnotowego w porządku krajowym*, [w:] *Implementacja Prawa Integracji Europejskiej w Krajowych porządkach prawnych*, red. C. Mik, Toruń 1998, s. 13.

<sup>30</sup> N. Póltorak, *Ochrona uprawnień wynikających z prawa Unii Europejskiej w postępowaniach krajowych*, Warszawa 2010, s. 89.

<sup>31</sup> S. Biernat, *Prawo Unii Europejskiej...*, s. 274.

<sup>32</sup> K. Wójtowicz, *Bezpośredni skutek...*, s. 48-49.

<sup>33</sup> P. Craig, G. de Búrca, *EU Law. Text, Cases, and Materials*, Oxford 2015, s. 184.



przez jednostkę bezpośrednio na określony przepis (ang. *the right to invoke*) przed sądem krajowym (szersze ujęcie)<sup>34</sup>. Przy czym prawo powoływania się przez jednostkę na określoną normę może służyć realizacji określonych uprawnień materialnych z tej normy wynikających (subiektywny aspekt bezpośredniej skuteczności) albo realizacji innych celów procesowych (obiektywny aspekt bezpośredniej skuteczności)<sup>35</sup>. W drugim przypadku, dla uznania bezpośredniej skuteczności danej normy nie jest konieczne stwierdzenie, że wynikają z niej określone prawa materialne jednostki. Wystarczy, że norma jest źródłem obowiązków określonych podmiotów, których wykonania jednostka może się domagać. Bezpośrednia skuteczność norm prawa europejskiego nawiązuje zatem do podstawowego przesłania europejskiego porządku prawnego, jakim jest ochrona praw jednostek, ale przede wszystkim zapewnienie realizacji obowiązków spoczywających na państwach członkowskich, a tym samym służy najdalej idącej efektywności prawa unijnego.

Główne podejście do problematyki skuteczności (zwłaszcza bezpośredniej) norm można określić jako „zorientowane na uprawnienia jednostek”, gdzie kwestia skuteczności norm rozpatrywana jest głównie przez pryzmat położenia prawnego nie tyle adresatów norm wyznaczających określone obowiązki (czyli zobowiązanych), ile jednostek (czyli uprawnionych), które są beneficjentami takiego stanu rzeczy<sup>36</sup>. Zorientowanie w kontekście bezpośredniej skuteczności norm na uprawnienia jednostek nie powinno jednak eliminować z pola widzenia podstawowego wymiaru zakresu normowania, jakim są wyznaczane przez normy obowiązki<sup>37</sup>. Bezpośrednią skuteczność można bowiem przypisać tylko tym normom, które są „prawnie zupełne”/„prawnie doskonałe”<sup>38</sup> (ang. *legally complete in itself*), czyli wyznaczają określone obowiązki w sposób dostatecznie jasny, ścisły i bezwarunkowy<sup>39</sup>. W takich przypadkach określone przepisy unijne mogą być powoływane przed organami państwa członkowskiego jako bezpośrednie źródło obowiązków określonych podmiotów, a dalej źródło praw jednostek. Jak wskazuje Stanisław Biernat właściwość norm polegająca na ich bezpośredniej skuteczności wyraża się w tym, że mogą być źródłem nie tylko praw, ale również obowiązków<sup>40</sup>. Koncepcję tę można z kolei określić jako „skuteczność zorientowaną na obowiązki”. Opiera się ona na argumentie, że uza-

<sup>34</sup> K. Wójtowicz, *Bezpośredni skutek...*, s. 51; M. Szwarc-Kuczer, *op. cit.*, s. 141 i 147; M. Szpunar, *Odpowiedzialność podmiotu...*, s. 62.

<sup>35</sup> K. Wójtowicz, *Bezpośredni skutek...*, s. 51; P. Craig, G. de Búrca, *op. cit.*, s. 186; M. Szwarc-Kuczer, *op. cit.*, s. 144.

<sup>36</sup> S. Weatherill, *From Myth to Reality: The EU's 'New Legal Order' and the Place of General Principles within It*, [w:] *General Principles of Law European and Comparative Perspectives*, red. S. Vogenauer, S. Weatherill, Oxford 2017, s. 37.

<sup>37</sup> S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys teorii prawa*, Poznań 1997, s. 32.

<sup>38</sup> M. Szwarc-Kuczer, *op. cit.*, s. 263.

<sup>39</sup> C. Mik, *Europejskie prawo wspólnotowe. Zagadnienia teorii i praktyki*, Warszawa 2002, s. 294; M. Szpunar, *Odpowiedzialność podmiotu...*, Warszawa 2008, s. 72.

<sup>40</sup> S. Biernat, *Prawo Unii Europejskiej...*, s. 274.



sadnieniem przyznania określonym normom skutku bezpośredniego jest nie tylko ochrona praw jednostek, ale potrzeba zapewnienia efektywności prawa unijnego. W tym zakresie prawo unijne nie tylko okazuje się źródłem norm regulujących zachowania państw członkowskich i instytucji unijnych, ale bezpośrednio „wnika w stosunki krajowe członków Unii”<sup>41</sup>. Jak stwierdza Danuta Kabat-Rudnicka, w tym wymiarze konstytucjonalizacja staje się procesem, w którym traktaty ewoluowały ze zbioru prawnych uzgodnień wiążących państwa członkowskie do porządku prawnego, który „przyznaje prawa i nakłada obowiązki, które mogą być wyegzekwowane na drodze sądowej przez jednostki (publiczne i prywatne) w całej Unii”<sup>42</sup>.

Podjęcie zorientowane na obowiązki pozwala uchwycić tę warstwę analizowanej normy, która w praktyce okazuje się kluczowa dla dalszych analiz. Jak wskazuje David Edward, dopiero w konsekwencji ustaleń dotyczących obowiązków można odnieść się do położenia prawnego jednostek, które może – choć nie zawsze – wyrażać się w posiadaniu prawa materialnego oraz procesowej możliwości jego ochrony<sup>43</sup>. W tym zakresie ujawniać się będzie ewentualnie węższy lub szerszy wymiar bezpośredniej skuteczności norm.

Okazać się również może, że wyznaczone przez określone normy nakazy lub zakazy mają postać obowiązków, z którymi nie są skorelowane materialne uprawnienia (roszczenia) określonych jednostek z tych norm wynikające. Sytuację taką określa się niekiedy w literaturze przykładem obiektywnego skutku bezpośredniego (w odróżnieniu od subiektywnego skutku bezpośredniego zorientowanego na uprawnienia jednostek)<sup>44</sup>. Dotyczy on okoliczności, w których istnieje wprawdzie możliwość zastosowania przepisu przez organ krajowy, jednak nie w celu ochrony zawartego w nim uprawnienia, lecz dla oceny przepisów krajowych i ewentualnego wyłączenia ich zastosowania jako naruszających normę unijną<sup>45</sup>. W takim przypadku, obowiązek sądu krajowego powołania normy unijnej w celu dokonania oceny prawa krajowego może być nawet niezależny od tego, czy wynika z niej uprawnienie jednostki<sup>46</sup>.

Skuteczność norm może mieć wreszcie wymiar pośredni (ang. *indirect effect*, franc. *effet indirect*). Okoliczność ta jest na gruncie europejskim utożsamiana głównie

<sup>41</sup> C. Mik, *op. cit.*, s. 559.

<sup>42</sup> D. Kabat-Rudnicka, *Konstytucjonalizacja Unii Europejskiej a sądownictwo konstytucyjne*, Warszawa 2016, s. 56.

<sup>43</sup> D. Edward, *Direct Effect: Myth, Mess or Mystery?*, [w:] *Direct Effect: Rethinking a Classic of EC Legal Doctrine*, red. J.M. Prinsse, A. Schrauwen, Groningen 2002, s. 226.

<sup>44</sup> N. Półtorak, *Ochrona uprawnień...*, s. 181-182; M. Szpunar, *Bezpośredni skutek...*, s. 9-10.

<sup>45</sup> N. Półtorak, *Ochrona uprawnień...*, s. 89, 182.

<sup>46</sup> *Ibidem*, s. 89, 487. Jak zauważa M. Szpunar, w praktyce stosowania prawa mogą pojawiać się rzeczywiste trudności w ustalaniu, czy dana norma kreuje jakieś prawa podmiotowe (M. Szpunar, *Bezpośredni skutek...*, s. 11). Ostatecznie kwestia ta rozstrzygana jest bowiem dopiero na etapie definiowania roszczeń służących ich realizacji (K. Kowalik-Bańczyk, *Wykładnia prawospółnotowa (tzw. pośredni skutek)*, [w:] *Stosowanie prawa Unii Europejskiej przez sądy*, t. 2, s. 404). Wyrok Trybunału z dnia 13 października 2021 r., C-375/20, pkt 79.

z obowiązkiem pronunijnej interpretacji prawa czy wykładni lojalnej (franc. *interprétation conforme*) i postrzegana jako mechanizm wtórny i alternatywny wobec braku skutku bezpośredniego<sup>47</sup>. Przyjazność wykładni wobec prawa europejskiego polega na wzbogacaniu procesu interpretacji przepisów o wartości zakodowane w prawie europejskim, ale ujawnia swoje znaczenie szczególnie w sytuacji istnienia różnych możliwości rozumienia przepisów, czy nawet konfliktu efektów ich wykładni<sup>48</sup>.

## 4. Ogólne zasady równości w prawie europejskim

### 4.1. Zasada niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową

Jak wspomniano wyżej, kształtowanie się normatywnego znaczenia zasad wyznaczających obowiązki równego traktowania w zamówieniach publicznych należy postrzegać jako proces wzajemnego oddziaływania prawodawstwa, piśmiennictwa oraz orzecznictwa europejskiego. Nie ulega kwestii, że zarówno brzmienie orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej zdeterminowane jest treścią postanowień prawa pierwotnego i dyrektyw, jak i odwrotnie – postanowienia kolejnych dyrektyw zamówieniowych kształtowane są przez poglądy i stanowiska wyrażane w orzecznictwie i w literaturze.

Niebagatelną rolę w materii dotyczącej ogólnych zasad równego traktowania przypisać należy właśnie judykaturze. To głównie w ramach działalności trybunalskiej rozpoznaje się zakres zastosowania zasad w zamówieniach publicznych. Przy czym orzecznictwem koncepcję obowiązków związanych z równością i niedyskryminacją w zamówieniach publicznych uformowały stanowiska Trybunału zajmowane zarówno w trybie prejudycjalnym, jak i w postępowaniach inicjowanych skargami Komisji Europejskiej przeciwko państwom członkowskim o stwierdzenie naruszenia zobowiązań traktatowych<sup>49</sup>.

<sup>47</sup> C-375/20, pkt 79; P. Craig, G. de Búrca, *op. cit.*, s. 184; T. Hartley, *The Foundations of European Union Law. An Introduction to the Constitutional and Administrative Law of European Union*, Oxford 2010, s. 235; S. Biernat, *Wykładnia prawa krajowego zgodnie prawem Wspólnot Europejskich*, [w:] *Implementacja Prawa Integracji Europejskiej...*, s. 123.

<sup>48</sup> A. Madeja, *Wykładnia pronunijna w orzecznictwie Polskiego Trybunału Konstytucyjnego (1997–2005)*, „*Studia Iuridica Toruniensia*” 2011, t. 8, s. 166.

<sup>49</sup> Orzekanie w trybie prejudycjalnym, służąc wykładni traktatów i innych aktów przyjętych przez instytucje, organy lub jednostki organizacyjne UE, stanowi swoistą formę współpracy między sądami krajowymi a Trybunałem) w celu zapewnienia jednolitej wykładni i stosowania prawa UE (art. 267 akapit 1 TFUE). Warto przy tym przypomnieć, że orzeczenie prejudycjalne ma charakter wiążący dla sądu, który wystąpił z pytaniem prawnym, ale także dla sądów innych państw członkowskich, co wskazuje na szeroką skuteczność oraz precedensowy charakter orzeczeń prejudycjalnych. Z kolei podstawą wniesienia skargi o stwierdzenie naruszenia przez państwo członkowskie zobowiązań traktatowych jest uchybienie przepisom zawartym w Traktacie o Unii Europejskiej i Traktacie o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, a także zasadom ogólnym oraz prawom gwarantowanym w Karcie

Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej nie odnosi się wprawdzie *expressis verbis* do problematyki równego traktowania w zamówieniach publicznych<sup>50</sup>. Sama kwestia równego traktowania jest jednakże szeroko obecna w przepisach traktatowych, czego przykład stanowi chociażby deklaracja zawarta w *Postanowieniach ogólnych* Traktatu, zgodnie z którą UE we wszystkich swoich działaniach zmierza do zniesienia nierówności oraz wspierania równości mężczyzn i kobiet<sup>51</sup>. Ponadto w Traktacie stwierdza się, że przy określaniu i realizacji swoich polityk i działań UE dąży do zwalczania wszelkiej dyskryminacji ze względu na płeć, rasę lub pochodzenie etniczne, religię czy światopogląd, niepełnosprawność, wiek albo orientację seksualną<sup>52</sup>.

Brak wyraźnego odniesienia do równego traktowania w zamówieniach publicznych nie przeszkadza uznać prawa traktatowego – jak stwierdza wprost Leon Kieres – za źródło europejskiego prawa zamówień publicznych<sup>53</sup>. Co więcej, przepisy traktatowe w sposób bardzo istotny kształtują obowiązki równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne w ramach rynku wewnętrznego poprzez ustanowiony w części drugiej Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej pt. *Niedyskryminacja i obywatelstwo Unii* zakaz dyskryminacji. Zgodnie z nim „w zakresie zastosowania Traktatów i bez uszczerbku dla postanowień szczególnych, które one przewidują, zakazana jest wszelka dyskryminacja ze względu na przynależność państwową. Parlament Europejski i Rada, stanowiąc zgodnie ze zwykłą

---

Praw Podstawowych. Uchybienia państwa członkowskiego mogą obejmować zarówno naruszenia o charakterze legislacyjnym, jak i związanym z realizacją władzy wykonawczej (art. 258-260 TFUE). Na tym tle – jak się okazuje – ujawnia się również niejednokrotnie potrzeba określenia zakresu zastosowania zasad ogólnych prawa europejskiego.

<sup>50</sup> Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej z 25 marca 1957 r. (Dz.U. z 2004 r. Nr 90, poz. 864) odnosi się wprost do zamówień publicznych jedynie w zakresie problematyki badań i rozwoju technologicznego oraz przestrzeni kosmicznej (art. 179 TFUE, dawny art. 163 TWE) oraz w ramach postanowień dotyczących Stowarzyszenia krajów i terytoriów zamorskich (art. 198 TFUE, dawny art. 182 TWE). W pierwszym zakresie stwierdzając m.in., że UE sprzyja przedsiębiorstwom, w tym małym i średnim, ośrodkom badawczym i uniwersytetom w ich wysiłkach badawczych i rozwoju technologicznym wysokiej jakości. Wspomaga wymienione jednostki także w zakresie wzajemnej kooperacji, zmierzając w szczególności do umożliwienia naukowcom swobodnej współpracy ponad granicami, a przedsiębiorstwom do pełnego wykorzystania potencjału rynku wewnętrznego, zwłaszcza poprzez otwarcie krajowych rynków zamówień publicznych, a także określania wspólnych norm i usuwania przeszkód prawnych i fiskalnych tej współpracy. Natomiast w kontekście Stowarzyszenia Traktat stwierdza, że w odniesieniu do inwestycji finansowanych przez UE udział w przetargach i dostawach jest otwarty na równych warunkach dla wszystkich osób fizycznych i prawnych, które mają status państwa członkowskiego lub jednego z krajów i terytoriów (art. 199 ust. 4 TFUE, dawny art. 183 TWE).

<sup>51</sup> Art. 8 ust. 1 (dawny art. 3 ust. 2 TWE) TFUE głosi: „We wszystkich swoich działaniach Unia zmierza do zniesienia nierówności oraz wspierania równości mężczyzn i kobiet”.

<sup>52</sup> Art. 10 TFUE.

<sup>53</sup> L. Kieres, *Prawo zamówień publicznych – dziedzina prawa europejskiego, odrębny system regulacji oraz swoiste ujęcie problemów regulowanych*, „Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu” 2012, nr 270: *Zamówienia publiczne – stan obecny i perspektywy*, s. 55.

procedurą ustawodawczą, mogą przyjąć wszelkie przepisy w celu zakazania takiej dyskryminacji<sup>54</sup>.

Zakaz dyskryminacji ze względu na przynależność państwową – głównie ze względu na szeroki zakres zastosowania – zalicza się do zasad o fundamentalnym znaczeniu w systemie pisanego prawa unijnego<sup>55</sup>. Takis Tridimas słusznie stwierdza, że wprowadzenie zakazu dyskryminacji ze względu na przynależność państwową było pierwszym istotnym krokiem ku integracji europejskiej<sup>56</sup>. Dostrzega się także jego wagę symboliczną: podkreśla, że Unia jest nie tylko umową handlową, ale także wspólnym przedsięwzięciem, w którym oprócz państw biorą udział również ich obywatele<sup>57</sup>. Z formalnego punktu widzenia zakaz dyskryminacji ze względu na przynależność państwową należy zaliczyć do grupy zasad traktatowych<sup>58</sup>. Jednocześnie, respektowanie zakazu dyskryminacji ze względu na przynależność państwową nie ogranicza się jedynie do oceny formalnego ujęcia norm krajowych, ale obejmuje także praktykę ich stosowania przez zobowiązanych<sup>59</sup>.

Natura prawna zasady niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową jest powodem dostrzegania jej różnorodnych funkcji, w tym znaczenia w ujednoczeniu wewnętrznego rynku poprzez zapewnienie równego dostępu dla towarów i usług niezależnie od ich krajowego pochodzenia<sup>60</sup>. Funkcje te są związane przede wszystkim z zagwarantowaniem swobód unijnych<sup>61</sup>. Z czasem zaczęto również

<sup>54</sup> Art. 18 TFUE (dawny art. 12 TWE). Zakaz tej samej treści zawarty został w przepisie art. 7 ust. 1 Traktatu ustanawiającego europejską wspólnotę gospodarczą z dnia 25 marca 1957 r., a następnie po wejściu w życie Traktatu z Maastricht (art. 6 ust. 1 TWE). Przepisy Traktatu z Amsterdamu wprowadzające nową numerację komentowanego przepisu (art. 12 TWE) pozostawiły jego oryginalne brzmienie. Traktaty zmieniające nie zmieniły także miejsca powyższego przepisu w systematyce przepisów traktatowych, a mianowicie w części pierwszej *Zasady*. Zakres zastosowania tych zasad został pośrednio zwiększony w wyniku poszerzenia kompetencji wspólnoty dokonanej traktatami zmieniającymi i „kreatywnego” orzecznictwa Trybunału; A. Wróbel, *Niedyskryminacja i obywatelstwo...*, s. 355.

<sup>55</sup> Opinia RG Lenz z dnia 21 marca 1996 r. w sprawie O’Flynn przeciwko Adjudication Officer, C-237/94; S. O’Leary, *The Principle of Equal Treatment on Grounds of nationality in Article 6 EC. A Lucrative Source of Rights for Member State Nationals*, [w:] *The Principle of Equal Treatment in EC Law*, red. A. Dashwood, S. O’Leary, London 1997, s. 105.

<sup>56</sup> T. Tridimas, *The General Principles of EU Law (Oxford European Community Law Library)*, New York 1999, s. 77.

<sup>57</sup> F.G. Jacobs, *An Introduction to the General Principle of Equality in WE Law*, [w:] *The Principle of Equal Treatment in EC Law*, s. 1-2.

<sup>58</sup> A. Wróbel, *Niedyskryminacja i obywatelstwo...*, s. 353-354.

<sup>59</sup> A. Cieśliński, *Wspólnotowe prawo gospodarcze*, t. 1: *Swobody rynku wewnętrznego*, Warszawa 2009, s. 78.

<sup>60</sup> A. Wróbel, *Niedyskryminacja i obywatelstwo...*, s. 358.

<sup>61</sup> *Idem*, *Pojęcie wspólnego rynku i rynku wewnętrznego a swobody wspólnotowe*, [w:] *Prawo Unii Europejskiej. Prawo materialne i polityki*, red. J. Barcz, Warszawa 2005, s. 23 i nast., *idem*, *Niedyskryminacja i obywatelstwo...*, s. 354; Z. Cieślik, *op. cit.*, s. 131; M. Strzelbicki, *Swoboda świadczenia usług w Unii Europejskiej*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2003, nr 3, s. 63; K. Wandowicz, *Ewolucja zasady równości w prawie wspólnotowym*, [w:] *Równość w Unii Europejskiej – teoria*

zauważać, że zasada niedyskryminacji ma również wymiar konstytucyjny w tym znaczeniu, że stanowi jedną z podstaw normatywnych ochrony praw obywateli państw członkowskich<sup>62</sup>.

Zasada niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową określana jest też w orzecznictwie sądowym i literaturze jako ogólna zasada niedyskryminacji (ang. *the general principle of non-discrimination*, niem. *allgemeines Diskriminierungsverbot*). Rozróżnia się bowiem ogólny zakaz dyskryminacji i szczególne zakazy dyskryminacji ze względu na określone, normatywnie bliżej sprecyzowane kryteria (cechę lub właściwość)<sup>63</sup>. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem zakaz dyskryminacji ze względu na przynależność państwową ma zastosowanie w wypadkach regulowanych przez prawo unijne tylko wówczas, gdy przepisy Traktatów nie przewidują szczegółowego zakazu dyskryminacji<sup>64</sup>. W pozostałych wypadkach zastosowanie mają szczególne przepisy Traktatu zakazujące dyskryminacji<sup>65</sup>. Oznacza to – innymi słowy – że wskazana zasada niedyskryminacji może być stosowana samodzielnie wyłącznie w sytuacjach podlegających prawu UE, w odniesieniu do których Traktat nie zawiera szczególnych postanowień o zakazie dyskryminacji<sup>66</sup>. Jednocześnie zasada niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową jawi się jako źródło zakazu, który w podmiotowym i przedmiotowym zakresie swojego zastosowania zakazuje – na podobieństwo ogólnej zasady równości – każdej innej formy dyskryminacji pozostającej w związku z przynależnością państwową<sup>67</sup>.

Uzasadnione wątpliwości dotyczące traktowania zasady niedyskryminacji jako zasady ogólnej w powyższym znaczeniu zgłasza jednak m.in. Andrzej Wróbel, zauważając, że zasada ta odnosi się do określonego, szczegółowego kryterium różnicującego, czyli przynależności państwowej<sup>68</sup>. Uwzględniając to spostrzeżenie, należałoby zatem ogólność zasady niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową łączyć

*i praktyka*, red. W. Bokajło, A. Pacześniak, Wrocław 2008, s. 115; J. Maliszewska-Nienartowicz, *Rola zasady równości w prawie Wspólnoty/Unii Europejskiej (w ujęciu ewolucyjnym)*, „Studia Europejskie” 2011, nr 4, s. 75-79.

<sup>62</sup> A. Wróbel, *Niedyskryminacja i obywatelstwo...*, s. 359; M. Bell, *The Principle of Equal Treatment: Widening and Deepening*, [w:] *The Evolution of EU Law*, red. P. Craig, G. de Búrca, New York 2011, s. 615.

<sup>63</sup> A. Cieśliński, *Konstrukcja prawna swobód rynku wewnętrznego Unii Europejskiej*, „Prace Naukowe Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego”, nr 4, Wrocław 2013, s. 311.

<sup>64</sup> *Ibidem*; A. Wróbel, *Niedyskryminacja i obywatelstwo...*, s. 361; M. Królikowska-Olczak, *op. cit.*, s. 11; wyrok Trybunału z dnia 30 maja 1989 r. w sprawie Komisja przeciwko Grecji, C-305/87, pkt 12 i 13; wyrok Trybunału z dnia 7 marca 1991 r. w sprawie Masgio przeciwko Bundesknappschaft, C-10/90, pkt 12.

<sup>65</sup> A. Wróbel, *Niedyskryminacja i obywatelstwo...*, s. 381.

<sup>66</sup> Zob. np. wyrok Trybunału z dnia 8 czerwca 2017 r., C-296/15 pkt 37 i 62 oraz wskazane tam orzecznictwo.

<sup>67</sup> A. Wróbel, *Niedyskryminacja i obywatelstwo...*, s. 355.

<sup>68</sup> *Ibidem*, s. 354-355.



nie tyle z ogólnym charakterem zakresu jej zastosowania, ile raczej z jej formalnym statusem, tj. faktem, że odnosi się do całego, szeroko rozumianego prawa unijnego oraz że znajduje ogólne zastosowanie, ale bez uszczerbku dla traktatowych postanowień szczególnych<sup>69</sup>.

Przepis art. 18 TFUE, który ustanawia zakaz dyskryminacji ze względu na przynależność państwową, nie określa *expressis verbis* adresatów wynikających z jego treści obowiązków. Charakter aktu prawnego, w którym się znajduje, pozwala jednak bez wątpliwości uznać, że podmiotami zobowiązanymi są w pierwszym rzędzie państwa członkowskie oraz Unia Europejska. Przyjmuje się też, że art. 18 TFUE ma zastosowanie także do osób fizycznych, osób prawnych oraz jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej, których działania mogą być przypisane w sensie funkcjonalnym państwu członkowskiemu. Działania takich podmiotów – zarówno władcze, jak i niewładcze – mogą być oceniane pod kątem ich zgodności z art. 18 TFUE, ponieważ są podejmowane w imieniu i na rachunek państwa członkowskiego<sup>70</sup>. Takis Tridimas łączy szerokie ujęcie zakresu podmiotowego zastosowania zakazu dyskryminacji z zanikiem tradycyjnego podziału na to, co publiczne i prywatne, oraz z potrzebą ochrony jednostek – również w relacjach z podmiotami prywatnymi<sup>71</sup>. Warto również przywołać jednoznaczna opinię Macieja Szpunara. Stwierdza on mianowicie, że

spośród przepisów traktatowych, których zakres zastosowania obejmuje podmioty prywatne, wymienić można art. 18 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, zakazujący dyskryminacji ze względu na przynależność państwową [...]. Nie ma bowiem znaczenia, czy podmiotem, któremu zarzuca się naruszenie tych przepisów, jest podmiot prywatny, państwo członkowskie czy podmiot usytuowany w strukturze administracyjnej państwa członkowskiego<sup>72</sup>.

Należy w tym zakresie przywołać również wypowiedź Trybunału Sprawiedliwości w sprawie C-281/98 dotyczącej dostępu do zatrudnienia, gdzie Trybunał uznał, że ogólny zakaz dyskryminacji ze względu na przynależność państwową ma zastosowanie także do podmiotów prywatnych (ang. *private persons*) wykonujących działania regulacyjne jako pracodawca<sup>73</sup>. Podobnie w sprawie Ferlini, C-411/98, gdzie stwierdzono, że art. 18 TFUE ma zastosowanie także do takich podmiotów, które

<sup>69</sup> *Ibidem*, s. 373-374; K. Lenaerts, P. Van Nuffel, R. Bray, *Constitutional Law of the European Union*, red. R. Bray, London 1999, s. 535.

<sup>70</sup> A. Wróbel, *Niedyskryminacja i obywatelstwo...*, s. 372-373; *idem*, *Zasada niedyskryminacji ze względu na obywatelstwo*, [w:] *Wprowadzenie do prawa Wspólnot Europejskich*, red. A. Wróbel, Kraków 2004, s. 77; T. Hartley, *op. cit.*, s. 231.

<sup>71</sup> T. Tridimas, *The General Principles...*, s. 31.

<sup>72</sup> M. Szpunar, *Wybrane problemy stosowania prawa Unii Europejskiej w stosunkach cywilnoprawnych*, „Prawo w Działaniu” 2014, t. 20, s. 96.

<sup>73</sup> Wyrok Trybunału z dnia 6 czerwca 2000 r. w sprawie Angonese, C-281/98, teza 1.



sprawują pewną władzę nad jednostkami i są w stanie nałożyć na nie warunki, które niekorzystnie wpływają na wykonywanie praw podstawowych<sup>74</sup>.

Zasada niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową nie zawiera również ograniczeń dotyczących podmiotów, które takim niedyskryminacyjnym traktowaniem mają być objęte. Należy więc uznać, że obowiązek niedyskryminacji odnosi się do wszystkich podmiotów, które znajdują się w sytuacji uregulowanej przez prawo unijne<sup>75</sup>, którymi mogą być zarówno osoby fizyczne, jak i osoby prawne oraz inne jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej<sup>76</sup>. Z kolei w aspekcie przedmiotowym zakres zastosowania zakazu dyskryminacji ze względu na przynależność państwową również jawi się jako szeroki. Odnosi się bowiem do zakresu zastosowania Traktatów, czyli wszystkich sytuacji wchodzących w zakres *ratione materiae* prawa unijnego<sup>77</sup>.

Odnosząc się bardziej szczegółowo do samej problematyki zamówień publicznych, należy przypomnieć, że w pierwszym etapie rozwoju orzecznictwa dotyczącego zamówień publicznych obowiązek równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne pojmowany był przede wszystkim właśnie jako wymóg wynikający z zakazu dyskryminacji ze względu na przynależność państwową. Przy czym stosunkowo szybko kwestie przynależności państwowej zaczęły dotyczyć nie tylko warunków zamówienia związanych wprost z pochodzeniem ubiegających się o zamówienia publiczne, ale także wymagań względem pochodzenia zamawianych produktów<sup>78</sup>. Co więcej, na gruncie orzecznictwa trybunalskiego wyrażono pogląd, zgodnie z którym zasada niedyskryminacji jest również źródłem obowiązków pozytywnych. Przykła-

<sup>74</sup> Wyrok Trybunału z dnia 3 października 2000 r. w sprawie A Ferlini, C-411/98, pkt 50; A. Wróbel, *Niedyskryminacja i obywatelstwo...*, s. 373.

<sup>75</sup> Wyrok Trybunału z dnia 2 października 1997 r. w sprawie Saldanha i MTS Securities Corporation przeciwko Hiross, C-122/96; A. Wróbel, *Niedyskryminacja i obywatelstwo...*, s. 366 i 369; *idem*, *Zasada niedyskryminacji...*, s. 77. Obywatele państw trzecich mogą powoływać się na prawa wywiedzione z prawa unijnego jako członkowie rodziny obywatela albo jako obywatele państwa trzeciego, które zawarło umowę stowarzyszeniową z UE, albo jako obywatele państw trzecich należących do EOG.

<sup>76</sup> A. Wróbel, *Niedyskryminacja i obywatelstwo...*, s. 367-368; *idem*, *Zasada niedyskryminacji...*, s. 77; A. Śledzińska-Simon, *Zasada równości i niedyskryminacji w prawie Unii Europejskiej*, „Studia BAS” 2011, nr 2(26), s. 46; J. Barcik, A. Wentkowska, *Prawo Unii Europejskiej*, Warszawa 2014, s. 76.

<sup>77</sup> Wyrok Trybunału z dnia 20 września 2001 r., C-184/99, pkt 32. Andrzej Wróbel stwierdza, że zakaz dyskryminacji ze względu na przynależność państwową ogranicza się – w aspekcie przedmiotowym – do określonego wycinka ogólnej zasady równości. Będąc odzwierciedleniem zasady ogólnej, obejmuje jednak tylko niektóre stany faktyczne podlegające zasadzie równości, tj. kwestie przynależności państwowej (A. Wróbel, *Przynależność państwowa*, [w:] *System prawa Unii Europejskiej*, t. 6: *Prawo antydyskryminacyjne*, red. J. Maliszewska-Nienartowicz, Warszawa 2020, s. 234-235). Wydaje się jednak, że należałoby przyjąć, iż różnica ta odnosi się nie do zakresu przedmiotowego omawianych zasad, lecz do zakresu ich normowania. Ogólna zasada nakazuje równe traktowanie, a zasada niedyskryminacji zakazuje dyskryminacji ze względu na przynależność państwową.

<sup>78</sup> Wyrok Trybunału z dnia 20 marca 1990 r. w sprawie Du Pont de Nemours Italiana przeciwko USL di Carrara, C-21/88, pkt 13; wyrok Trybunału z dnia 22 września 1988 r. w sprawie Komisja przeciwko Irlandii, C-45/87, pkt 16; Z. Cieślak, *op. cit.*, s. 131.

dem może być tu opinia sformułowana na kanwie sprawy *Scandinavia*, C-275/98, gdzie stwierdzono, że zasady niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową nie można interpretować zawężająco, co oznacza w szczególności przyjęcie, że wynika z niej obowiązek przejrzystości wypełniany w celu upewnienia się, że zasada niedyskryminacji jest przestrzegana<sup>79</sup>. Należy to przede wszystkim tłumaczyć dostrzeganym w orzecznictwie związkiem istniejącym pomiędzy zasadą niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową a swobodami rynku wewnętrznego<sup>80</sup>.

Charakterystyczny dla orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości jest również pogląd, że zasada niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową jest jednocześnie „szczególnym wyrazem” ogólnej zasady równego traktowania jako podstawowej zasady prawa unijnego<sup>81</sup>. Stanowisko aprobujące ten punkt widzenia spotkać można także w literaturze dotyczącej zamówień publicznych<sup>82</sup>.

W judykaturze i literaturze obecny jest pogląd, że zasada niedyskryminacji ze względu na przynależność ma bezpośrednią skuteczność<sup>83</sup>. Już w wyroku z 5 lutego

<sup>79</sup> Pkt 31.

<sup>80</sup> S-C. Sărauru, *The Fundamental Principles Drawn from the Court of Justice of the European Union in the Field of Public Procurement and Concessions*, „Acta Universitatis Danubius” 2010, nr 3, s. 148-149; F. Neumayr, *Value for Money v. Equal Treatment: The Relationship Between the Seemingly overriding National Rationale for Regulating Public Procurement and the Fundamental E.C. Principle of Equal Treatment*, „Public Procurement Law Review” 2002, nr 4, s. 221; wyrok Trybunału z dnia 21 lipca 2005 r., *Coname*, C-231/03, pkt 17.

<sup>81</sup> Wyrok Trybunału z dnia 23 stycznia 1997 r. w sprawie *Pastoor* i *Trans-Cap* przeciwko Belgische Staat, C-29/95, pkt 14; wyrok Trybunału z dnia 16 października 1980 r. w sprawie *Hochstrass* przeciwko TS, C-147/79, pkt 7; wyrok Trybunału z dnia 2 października 2003 r. w sprawie *Garcia Avello*, C-148/02, pkt 31; A. Wróbel, *Niedyskryminacja i obywatelstwo...*, s. 357; S. O’Leary, *op. cit.*, s. 105.

<sup>82</sup> R. Hansen, *Contracts not covered or not fully covered by the Public Sector Directive*, København 2012, s. 57. Należy podkreślić, że tak pojmowane związki pomiędzy zasadą niedyskryminacji a swobodami rynku wewnętrznego oraz zasadą równego traktowania jako ogólną zasadą prawa unijnego nie ujawniły się jedynie w ramach problematyki zamówień publicznych, ale zostały przejęte na grunt orzecznictwa dotyczącego zamówień publicznych z wcześniejszych spraw dotyczących innych obszarów objętych trybunalską kognicją albo kształtowały się równolegle. Zob. np. orzeczenie z 19 października 1977 r. w sprawach połączonych C- 117/76 i 16-77, pkt 7: „[...] the fact that the prohibition of discrimination laid down in the aforesaid provision is merely a specific enunciation of the general principle of equality which is one of the fundamental principles of Community law”; okoliczność tę odnotowują również: D.C. Dragos, R. Vornicu, *Public Procurement below Thresholds in the European Union: EU Law Principles and National Responses*, „European Procurement & Public Private Partnership Law Review” 2015, vol. 10, nr 3, s. 195; M. Krugner, *The Principles of Equal Treatment and Transparency and the Commission Interpretative Communication on Concessions*, „Public Procurement Law Review” 2003, nr 12, s. 183.

<sup>83</sup> W praktyce skutecznej Trybunał posługuje się niestety zamiennym pojęciem „stosowania” (*applicability*) oraz skutku (*effect*) w odniesieniu do przedstawionej właściwości norm. C. Mik, *op. cit.*, s. 560-563; A. Wróbel, *Niedyskryminacja i obywatelstwo...*, s. 355-356; M. Królikowska-Olczak, *op. cit.*, s. 15; A. Cieśliński, *Konstrukcja prawna...*, s. 311; S. O’Leary, *op. cit.*, s. 105-106; T. Tridimas, *The General Principles...*, s. 77; M. Domańska, *Prawo do równego traktowania w postępowaniu krajowym ze względu na obywatelstwo*, [w:] *Stosowanie prawa Unii Europejskiej przez sądy*, t. 2, s. 990; D. Wojtczak, *Bezpośredni skutek prawa wspólnotowego*, [w:] *Stosowanie prawa wspólnotowego w prawie wewnętrznym z uwzględnieniem prawa polskiego*, red. D. Kronobis-Romanowska, Warszawa 2004, s. 63.

1963 r. w sprawie Van Gend en Loos, C-26/62, Trybunał Sprawiedliwości stwierdził, że zgodnie z duchem, systematyką oraz treścią postanowień Traktatu, zakaz wszelkiej dyskryminacji ze względu na przynależność państwową należy interpretować w taki sposób, że jest on bezpośrednio skuteczny i tworzy prawa indywidualne, które sądy krajowe mają obowiązek chronić<sup>84</sup>. Trybunał Sprawiedliwości zwrócił przy tym uwagę na wiele przesłanek warunkujących bezpośrednią skuteczność, wytyczając tym samym szlak dla rozwoju późniejszych koncepcji orzeczniczych<sup>85</sup>. Wskazał mianowicie, że prawo wspólnotowe może być źródłem przysługujących jednostkom uprawnień, które nie muszą być nadane wprost w Traktacie, lecz mogą powstawać również jako skutek zobowiązań, które Traktat nakłada w sposób ściśle określony zarówno na jednostki, jak i na państwa członkowskie oraz instytucje wspólnotowe. Bezwarunkowość zakazu dyskryminacji ze względu na przynależność państwową oraz to, że zobowiązuje on przede wszystkim do niedziałania, oznacza, że nie wymaga podjęcia działań prawodawczych ze strony państw członkowskich i z samej swej natury może z powodzeniem wywoływać skutki bezpośrednio w sferze stosunków prawnych między państwami członkowskimi a podlegającymi ich kompetencji podmiotami prawa. Trybunał stwierdził, że fakt, iż prawo traktatowe umożliwia wniesienie do Trybunału sprawy przeciwko państwu, które nie wywiązuje się ze swoich zobowiązań, nie wyklucza możliwości powoływania się przez jednostkę na zobowiązania państwa członkowskiego przed sądem krajowym. Trybunał zaznaczył jednocześnie, że z okoliczności, iż zasada niedyskryminacji zobowiązuje państwa członkowskie do niedziałania, nie wynika, by jednostki pochodzące z tych państw nie mogły czerpać z niego uprawnień<sup>86</sup>. Jak trafnie odnotowuje Marek Szydło, Trybunał w sprawie Van Gend en Loos, C-26/62, stwierdził, że o bezpośredniej skuteczności przesądzać może sytuacja, w której przepis traktatowy nie tylko przyznaje określone prawa wprost, ale także wówczas, gdy robi to „niejako pośrednio, a mianowicie z racji obowiązków, jakie Traktat nakłada na poszczególne jednostki, państwa członkowskie oraz instytucje wspólnotowe”<sup>87</sup>.

W wyroku z października 1993 r. (połączone sprawy C-92/92 i C-326/92) Trybunał stwierdził, że na przepis ustanawiający zakaz dyskryminacji ze względu na przynależność państwową można bezpośrednio powoływać się przed sądem krajowym (ang. *may be directly relied upon before a national court*). Natomiast w wyroku z 2 października 1997 r. w sprawie Saldanha i MTS, C-122/96, Trybunał uznał możliwość powoływania się na zakaz dyskryminacji ze względu na przynależność

<sup>84</sup> Van Gend en Loos, C-26/62, pkt 5.

<sup>85</sup> S. Weatherill, *op. cit.*, s. 37.

<sup>86</sup> Więcej na temat orzeczenia w sprawie Van Gend en Loos, C-26/62, zob. M. Szwarc-Kuczer, *op. cit.*, s. 144-147.

<sup>87</sup> M. Szydło, *Swobody rynku wewnętrznego a reguły konkurencji: między konwergencją a dywergencją*, Toruń 2006, s. 213.

państwową – także przez obywatela państwa członkowskiego, który jest również obywatelem państwa trzeciego, w którym zamieszkuje<sup>88</sup>. Poglądy te wyrażają więc przekonanie, że zasada niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową ustanawia bezpośrednio stosowane, traktatowo gwarantowane prawo do niedyskryminacyjnego traktowania z powodu przynależności państwowej. Bezpośrednia skuteczność wyznacza zatem możliwość powoływania się przez ubiegających się o zamówienia publiczne na zasadę niedyskryminacji przed sądem krajowym oraz żądania niezastosowania przepisów prawa krajowego odmawiających podmiotom z innych państw członkowskich ochrony praw, które przysługują podmiotom z danego państwa.

## 4.2. Zasady swobód rynku wewnętrznego

W piśmiennictwie swobody rynku wewnętrznego stosunkowo rzadko ujmowane są jako zasady. Tymczasem ich konstrukcja normatywna wskazuje, że są one nie tylko źródłem praw (swobód), ale także wyznaczają fundamenty funkcjonowania jednolitego rynku wewnętrznego. Z tego powodu należy postrzegać je również jako „zasady rynku wewnętrznego”<sup>89</sup>. Jak trafnie ujmuje tę kwestię Aleksander Cieśliński, konstrukcja prawna swobód rynku wewnętrznego UE wskazuje na konieczność ich rozważania nie tylko jako praw podmiotowych, ale także jako zasad, których struktura podlega widzeniu przez pryzmat ich wymiaru funkcjonalnego oraz głębokiej treści zdeterminowanej unijną aksjologią, która istotnie wpływa na wykładnię i stosowanie norm konstytuujących te swobody<sup>90</sup>. Potwierdzenie takiego stanowiska odnaleźć można w orzecznictwie trybunalskim, gdzie powszechnie zastosowanie znajduje termin „zasada” (ang. *the principle*, niem. *der Grundsatz*, franc. *le principe*) w odniesieniu do swobód rynku wewnętrznego<sup>91</sup>, a także występują jednoznaczne stwierdzenia, zgodnie z którymi swobody rynku wewnętrznego należą do podstawowych zasad Unii Europejskiej<sup>92</sup>.

Nie ulega wątpliwości, że stworzenie jednolitego rynku, na którym konkurencja nie jest zakłócona, było i pozostaje jednym z głównych celów Unii Europejskiej wyrażonych w Traktatach<sup>93</sup>. Jak trafnie stwierdza Marek Szydło, swobody rynku

<sup>88</sup> Pkt 15.

<sup>89</sup> W. Hartung, *Problematyka udzielania zamówień publicznych w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa państwa*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2008, nr 2, s. 51.

<sup>90</sup> A. Cieśliński, *Konstrukcja prawna...*, s. 12-13.

<sup>91</sup> Zob. np. Wyrok Trybunału z dnia 12 czerwca 2003 r., C-112/00, pkt 20; Wyrok Trybunału z dnia 8 lipca 2014 r., C-83/13, pkt 1; Wyrok Trybunału z dnia 19 czerwca 2014 r. w sprawach połączonych C-53/13 i C-80/13, pkt 43; Wyrok Trybunału z dnia 12 lipca 2001 r., C-157/99, pkt 55.

<sup>92</sup> C-112/00, pkt 51.

<sup>93</sup> A.S. Graells, *Public Procurement and the EU Competition Rules Second Edition*, Oxford 2015, s. 99; F.G. Jacobs, *op. cit.*, s. 2.

wewnętrznego jako oryginalny normatywny wytwór procesu europejskiej integracji są warunkiem funkcjonowania rynku wewnętrznego i mogą być traktowane jako trzon tzw. konstytucji gospodarczej UE<sup>94</sup>. Jednocześnie materia swobód rynku wewnętrznego oraz zasad z nimi związanych nie jest ujęta w postaci jednej zasady zawartej w pojedynczej jednostce redakcyjnej postanowień traktatowych. Zasady swobód rynku wewnętrznego konstytuują regulacje zawarte w różnych artykułach obecnie obowiązującego TFUE. Przykładem będzie tu art. 49 TFUE (dawny art. 43 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską) odnoszący się do swobody przedsiębiorczości obywateli jednego państwa członkowskiego na terytorium innego państwa członkowskiego, art. 56 TFUE (dawny art. 49 TWE) zakazujący ograniczeń w swobodnym świadczeniu usług wewnątrz UE w odniesieniu do obywateli państw członkowskich mających swe przedsiębiorstwo w państwie członkowskim innym niż państwo odbiorcy świadczenia, czy też art. 45 TFUE (dawny art. 39 TWE) wskazujący na obowiązek zapewnienia swobody przepływu pracowników wewnątrz UE.

Nawiązując do samej postaci swobód rynku wewnętrznego, należy dostrzec w nich doniosłość normatywną, wyrażającą się z jednej strony w związku z zakazem dyskryminacji ze względu na przynależność państwową, a z drugiej w posiadaniu szerszego niż ów zakaz zakresu normowania. Zasady swobód rynku wewnętrznego nie są więc jedynie uszczegółowieniem zakazu niedyskryminacji. Jak trafnie stwierdza Aleksander Cieśliński, swobody rynku wewnętrznego stanowią autonomiczną wobec zakazu dyskryminacji konstrukcję prawną<sup>95</sup>. Nie ograniczają się jedynie do zapewnienia niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową, ale mają przeciwdziałać wszelkim ograniczeniom w świadczeniu usług, przepływie towarów czy ludzi – niezależnie od tego, czy ograniczenia takie noszą znamiona dyskryminacji ze względu na przynależność państwową. Z kolei Marek Szydło podnosi, że funkcja swobód rynku wewnętrznego wykracza poza tradycyjnie pojmowane znoszenie barier występujących w ramach rynku wewnętrznego, ale służy zagwarantowaniu „swobodnej transgranicznej cyrkulacji” poprzez eliminowanie „zakłóceń w zakresie warunków konkurowania” oraz stwarzanie „równego pola gry”<sup>96</sup>. Pozwala to dostrzegać w swobodach rynku wewnętrznego zaawansowany instrument integracji europejskiej, a dalej źródło powinności równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne. Sue Arrowsmith stwierdza nawet, że obowiązki równego traktowania w unijnym prawie zamówień publicznych są w istocie środkiem do osiągnięcia celu jednolitego rynku wewnętrznego<sup>97</sup>.

<sup>94</sup> M. Szydło, *op. cit.*, s. 15-16; K. Horubski *et al.*, *op. cit.*, s. 59.

<sup>95</sup> A. Cieśliński, *Konstrukcja prawna...*, s. 344.

<sup>96</sup> M. Szydło, *op. cit.*, s. 74.

<sup>97</sup> S. Arrowsmith, *The Public Sector Directive 2004/18 – contract award procedures*, [w:] *EU Public Procurement Law: An Introduction*, red. S. Arrowsmith, <https://www.nottingham.ac.uk/pprg/publications/downloads/eu-public-procurement-law-an-introduction.aspx>, s. 131 [dostęp: 1.01.2023].



Szczególne znaczenie zasad swobód rynku wewnętrznego ujawnia się w obszarze zamówień publicznych przede wszystkim w związku z umożliwianiem dostępu do rynku zamówień publicznych (ang. *the right to enter a market*)<sup>98</sup>. Konstytutywną rolę odgrywają tu swobody przedsiębiorczości i świadczenia usług, przepływu osób i towarów, które stają się źródłem obowiązków mających gwarantować równość ubiegających się o zamówienia publiczne, w tym służyć mają znoszeniu wszelkich nieuzasadnionych przeszkód w tym zakresie<sup>99</sup>. Racją dla tak pojmowanych obowiązków równego traktowania jest już nie tylko kwestia przynależności państwowej, ale dodatkowo zamiar aktywności transgranicznej. Obowiązki równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne wywodzone ze swobód rynku wewnętrznego mają bowiem treść bardziej uniwersalną niż zakaz dyskryminacji ze względu na przynależność państwową. Wyrażają się w systemowym podejściu zmierzającym do niestosowania czy nakładania jakichkolwiek barier w sposób nieuzasadniony ograniczających rozwój swobód rynku wewnętrznego. Świadczy to również o szerokim i perspektywicznym wymiarze obowiązków równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne, zakładającym możliwość odnoszenia ich nie tylko do środków dyskryminujących, ale także konieczności uzasadniania wszelkich innych działań wpływających negatywnie na realizację swobód<sup>100</sup>. W tym zakresie można mówić o poszerzeniu aspektu niedyskryminacji ze względu na kryterium przynależności państwowej o pozytywne aspekty równego traktowania<sup>101</sup>. Obejmują one powinność likwidowania nieusprawiedliwionych barier – lub inaczej – wszelkich środków ograniczających realizację swobód, wyrażających się zarówno w regulacjach prawnych, jak i praktykach administracyjnych występujących w poszczególnych państwach członkowskich<sup>102</sup>. Aspekty te łączy jednak ten sam skutek, którego nie wystarczy ująć jedynie jako zapobieganie ograniczaniu, ale jako urzeczywistnianie dostępu do zamówień publicznych<sup>103</sup>.

<sup>98</sup> A. Ciesliński, *Wspólnotowe prawo...*, s. 749.

<sup>99</sup> S. Leible, *Fundamental Freedoms and European Contract Law*, [w:] *Constitutional Values and European Contract Law*, red. S. Grundmann, Alphen aan den Rijn 2008, s. 64; R. Pospisil, P. Kunz, O. Krocil, *The Impact of Public Procurement Law To The System of Public Finance*, „Global Economic Observer” 2019, vol. 7, nr 1, s. 129; A.S. Graells, *op. cit.*, s. 15; *Zielona Księga. Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej – w poszukiwaniu rozwiązań*, COM (96) 583 z dnia 27 listopada 1996 r., Warszawa 1998, s. 13.

<sup>100</sup> A. Ciesliński, *Konstrukcja prawna...*, s. 354.

<sup>101</sup> R. Hansen, *op. cit.*, s. 26.

<sup>102</sup> M. Szydło, *op. cit.*, s. 64–65.

<sup>103</sup> A. Ciesliński, *Wspólnotowe prawo...*, s. 83. W sprawach odnoszących się do zamówień publicznych można również odnotować poglądy, zgodnie z którymi postanowienia traktatowe zakazujące stosowania dyskryminacyjnych przeszkód w swobodnym przepływie towarów, swobodzie świadczenia usług czy swobodzie przedsiębiorczości ustanawiają szczególne w stosunku do art. 18 TFUE zakazy dyskryminacji (C-296/15, pkt 65). W związku z tym stwierdza się niekiedy, że w przypadkach dotyczących zamówień publicznych objętych zakresem zastosowania zasad swobód rynku wewnętrznego nie ma konieczności rozstrzygania spraw, w tym udzielania odpowiedzi na pytania prejudycjalne



Wyrazem dostrzegania w swobodach rynku wewnętrznego źródła szeroko pojmowanych obowiązków równego traktowania w zamówieniach publicznych są stosunkowo liczne stanowiska rzeczników generalnych oraz Trybunału Sprawiedliwości<sup>104</sup>. Na przykład w wyroku z 9 lipca 1987 r. w sprawach połączonych CEI C-27/86, C-28/86, C-29/86 Trybunał stwierdził, że warunkiem korzystania przez państwa członkowskie z możliwości przyjmowania materialnych i proceduralnych zasad udzielenia zamówień publicznych jest ich zgodność z odpowiednimi przepisami prawa wspólnotowego, a w szczególności z zakazami wynikającymi z zasad określonych w Traktacie w odniesieniu do prawa przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług<sup>105</sup>. Podobne stwierdzenie znaleźć można w wyroku Trybunału z 20 września 1988 r. w sprawie Beentjes, C-31/87<sup>106</sup>. Natomiast w sprawie Leclerc-Siplec przeciwko TF1 i M6, C-412/93, rzecznik generalny Francis G. Jacobs stwierdził, że wszystkie przedsiębiorstwa, które angażują się w działalność gospodarczą w państwie członkowskim, powinny mieć nieskrępowany dostęp do całego rynku wspólnotowego, chyba że istnieje uzasadniony powód do odmowy pełnego dostępu do części tego rynku<sup>107</sup>. Jeszcze bardziej syntetycznie kwestię obowiązków wynikających ze swobód ujął rzecznik generalny Philippe Léger w sprawie Mannesmann Anlagenbau Austria i in., C-44/96, stwierdzając, że wspólnotowe prawodawstwo dotyczące zamówień publicznych zostało opracowane w celu zapewnienia poszanowania na poziomie wspólnotowym zasad wolnej konkurencji, swobody przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług, w celu zapewnienia równego dostępu do zamówień publicznych<sup>108</sup>.

W judykaturze odnaleźć można również stanowiska odnoszące się do autonomicznego charakteru swobód rynku wewnętrznego jako źródeł obowiązków równego traktowania. W tym zakresie na szczególną uwagę zasługuje wypowiedź Trybunału sformułowana na kanwie wyroku z 14 października 2004 r. w sprawie Komisja przeciwko Niderlandom, C-299/02. Trybunał Sprawiedliwości stwierdził w niej, że przepisy prawa pierwotnego zakazują stosowania, nawet bez dyskryminacji ze względu na przynależność państwową, wszelkich środków krajowych, które mogą utrudniać lub zniechęcać obywateli Wspólnoty do korzystania ze swobody przedsiębiorczości, jaką gwarantuje Traktat<sup>109</sup>. A w wyroku z 6 kwietnia 2006 r. w sprawie Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (ANAV), C-410/04, Trybunał uznał, że do koncesji na świadczenie usług publicznych winny mieć zastosowanie

---

poprzez odnoszenie się do zakazu dyskryminacji ze względu na przynależność państwową, lecz poprzez odwoływanie się do swobód rynku wewnętrznego (C-470/13, pkt 31; podobnie C-91/08, pkt 32; C-397/98 i C-410/98, pkt 38, 39; C-105/07, pkt 14).

<sup>104</sup> S-C. Săraru, *op. cit.*, s. 149-151.

<sup>105</sup> Pkt 15.

<sup>106</sup> Pkt 29.

<sup>107</sup> Pkt 41.

<sup>108</sup> Pkt 47.

<sup>109</sup> Pkt 15.

swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług, nawet w przypadku braku dyskryminacji ze względu na przynależność<sup>110</sup>. Natomiast w sprawie, której dotyczył wyrok z 23 grudnia 2009 r. w sprawie Serrantoni, C-376/08, Trybunał uznał, że dyrektywy zamówieniowe sprzeciwiają się wszelkim krajowym środkom, które nawet stosowane bez dyskryminacji ze względu na narodowość są tej natury, że zakazują, utrudniają lub czynią mniej atrakcyjnym korzystanie przez obywateli wspólnotowych ze swobód przedsiębiorczości i świadczenia usług zagwarantowanych przepisami Traktatu<sup>111</sup>. Z kolei w sprawie Komisja Europejska przeciwko Irlandii, C-226/09, rzecznik generalny Paolo Mengozzi stwierdził, że z zasad swobody przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług wynikają zasadniczo dwa obowiązki. Pierwszy wskazuje, że instytucje zamawiające muszą zachowywać zasadę niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową oraz zasadę równego traktowania. Drugi jest obowiązkiem przejrzystości wykonywanym w celu umożliwienia zbadania przestrzegania tych zasad<sup>112</sup>.

Jak wynika z powyższego, zakresem ochrony swobód rynku wewnętrznego objęte są zamówienia publiczne pojmowane jako procesy gospodarcze dokonujące się w ramach rynku wewnętrznego, w tym aktywności o charakterze transgranicznym<sup>113</sup>. Z kolei istota obowiązków z nich wynikających znacznie wykracza poza kwestie zakazów i odnosi się do znoszenia przeszkód, czyli barier czy ograniczeń w realizowaniu tych procesów gospodarczych, w tym związanych z dostępem do krajowych rynków zamówień publicznych<sup>114</sup>. Do tego rodzaju niedozwolonych przeszkód należałoby zaliczyć środki dyskryminacyjne odnoszące się do przynależności państwowej ubiegającego się o zamówienie publiczne, ale także do innych kryteriów, które jedynie pośrednio dotyczą przynależności państwowej. Co więcej, obowiązki związane ze znoszeniem przeszkód mogą dotyczyć środków, które wprawdzie nie mają charakteru dyskryminującego ze względu na określone kryteria, ale stanowią przeszkodę w dostępie do zamówień publicznych lub po prostu zniechęcają do ubiegania się o zamówienia publiczne przez podmioty jednego państwa członkowskiego w drugim państwie członkowskim. W tym wymiarze zasady swobód rynku wewnętrznego

---

<sup>110</sup> Pkt 19-20.

<sup>111</sup> Pkt 41.

<sup>112</sup> Pkt 23.

<sup>113</sup> K. Horubski *et al.*, *op. cit.*, s. 74. Podobne stanowiska odnaleźć można w sprawach innych niż dotyczące zamówień publicznych. Na przykład w opinii w sprawie dotyczącej wprowadzenia zagadnień podatkowych (C-433/04) RG stwierdził, że środki, które mogą po prostu „zniechęcać” (ang. *to deter*) przedsiębiorcę do korzystania ze swobody świadczenia usług, również są objęte zakazem, o którym mowa w traktacie (pkt 25).

<sup>114</sup> H. Toner, *Non-discriminatory Obstacles to the Exercise of Treaty Rights – Articles 39, 43, 49, and 18 WE*, „Yearbook of European Law” 2004, vol. 23, nr 1, s. 281 i 298, <https://academic.oup.com/yel/article-abstract/23/1/275/1669207?redirectedFrom=fulltext> [dostęp: 16.11.2021]; M. Krugner, *op. cit.*, s. 196.

stanowią źródło obowiązków służących nie tylko znoszeniu przeszkód, ale także „wyrównywaniu warunków konkurencji”<sup>115</sup>.

O zastosowaniu zasad swobód rynku wewnętrznego w zamówieniach publicznych świadczą również same dyrektywy zamówieniowe. W dyrektywach z 2004 r. przewidywano już wyraźnie, że udzielanie zamówień podlega poszanowaniu zasad Traktatu, a w szczególności zasady swobody przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług, a także zasad, które się z nich wywodzą, takich jak: zasada równego traktowania, zasada niedyskryminacji, zasada wzajemnej uznawalności, zasada proporcjonalności oraz zasada przejrzystości<sup>116</sup>. Ogólne zasady służą przy tym nie tylko jako wskazania w zakresie stanowienia prawa pochodnego, ale także jako punkt odniesienia dla prawidłowej jego interpretacji<sup>117</sup>. Tak samo kategorycznie ujmują tę kwestię aktualnie obowiązujące dyrektywy zamówieniowe, gdzie podkreśla się, że udzielanie zamówień publicznych przez instytucje państw członkowskich lub w imieniu tych instytucji musi być zgodne z zasadami Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, zasadami swobód rynku wewnętrznego oraz zasadami, które się z nich wywodzą<sup>118</sup>.

W literaturze stwierdza się, że konstrukcja prawna swobód rynku wewnętrznego wskazuje, że podmioty zobowiązane muszą przestrzegać wynikających z nich obowiązków *ex officio*, a więc bez względu na to, czy uprawnieni na takie swobody się powołują<sup>119</sup>. Jednocześnie dopuszcza się – opierając się na stanowiskach orzeczniczych<sup>120</sup> – że poszczególne jednostki czy podmioty organizacyjne mogą powoływać się na przepisy TFUE o swobodach rynku wewnętrznego wobec podmiotów zobowiązanych do ich przestrzegania<sup>121</sup>. Podgląd ten wspiera się na tym, że językowe ujęcie postanowień traktatowych dotyczy przede wszystkim zakazów, co implikuje bezwarunkowy, precyzyjny oraz prawnie kompletny charakter norm z nich wynikających, a w konsekwencji ich bezpośrednią skuteczność<sup>122</sup>. Na przykład art. 49 TFUE stanowi, że „ograniczenia swobody przedsiębiorczości obywateli jednego państwa członkowskiego na terytorium innego państwa członkowskiego są zakazane”, a art. 56

<sup>115</sup> M. Szydło, *op. cit.*, s. 521.

<sup>116</sup> Motyw 2 dyrektywy 2004/18/WE.

<sup>117</sup> Motyw 9 dyrektywy 2004/17/WE.

<sup>118</sup> Motyw 1 dyrektywy klasycznej; motyw 2 dyrektywy sektorowej.

<sup>119</sup> K. Horubski *et al.*, *op. cit.*, s. 71.

<sup>120</sup> Zob. np. C-2/74; C-33/74; C-36/74.

<sup>121</sup> K. Horubski *et al.*, *op. cit.*, s. 71; D. Adamski, *Swoboda świadczenia usług na tle konstrukcji rynku wewnętrznego Wspólnoty Europejskiej*, cz. 1: „Modus faciendi” oraz struktura wewnętrzna swobody, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2002, nr 2/4, s. 11; M. Strzelbicki, *op. cit.*, s. 62.

<sup>122</sup> P. Craig, G. de Búrca, *op. cit.*, s. 190-192; C. Mik, *op. cit.*, s. 562-563; J. Kruczałak-Jankowska, *Swoboda przedsiębiorczości*, [w:] *Wolność gospodarcza*, red. Z. Brodecki, Warszawa 2003, s. 125; D. Ehlers, *The Fundamental Freedoms of the European Communities*, [w:] *European Fundamental Rights and Freedoms*, red. D. Ehlers, Berlin 2007, s. 178; S. Biernat, *Prawo Unii Europejskiej...*, s. 278; D. Wojtczak, *op. cit.*, s. 63.

TFUE, że „ograniczenia w swobodnym świadczeniu usług wewnątrz Unii są zakazane w odniesieniu do obywateli państw członkowskich mających swe przedsiębiorstwo w państwie członkowskim innym niż państwo odbiorcy świadczenia”. Naturalnie, negatywny obowiązek powstrzymania się od wszelkich działań, które by mogły utrudnić jednostkom rzeczywiste korzystanie ze swobód rynku wewnętrznego, nie wyczerpuje – jak wskazano wyżej – całego zakresu normowania omawianych zasad. Co więcej, obowiązek negatywny odgrywa wprawdzie kluczową rolę, uzasadniając dodatkowo bezpośrednią skuteczność tych norm traktatowych, ale nie stanowi warunku takiej skuteczności. Przy ustalaniu bezpośredniej skuteczności zasad swobód rynku wewnętrznego nie jest istotne – jak konstatuje Marek Szydło – czy wyznaczają one obowiązki negatywne, czy pozytywne, ale ich precyzyjna, bezwarunkowa oraz prawnie kompletna postać<sup>123</sup>.

Jako podmioty zobowiązane do urzeczywistniania obowiązków wynikających z zasad swobód rynku wewnętrznego wskazać należy przede wszystkim państwa członkowskie – w zakresie wykonywania przez nie obowiązków prawodawczych, ale także w procesie stosowania prawa. Wśród podmiotów zobowiązanych do respektowania swobód rynku wewnętrznego wskazuje się w literaturze również Unię Europejską, czy – ściślej – organy i instytucje unijne<sup>124</sup>. Jednak w zakresie skuteczności zasad swobód rynku wewnętrznego dostrzega się również wymiar horyzontalny<sup>125</sup>. W opinii Aleksandra Cieslińskiego gwarancje swobód mają niewątpliwie charakter publicznoprawny, znajdując zastosowanie głównie w relacjach wertykalnych. Autor ten stwierdza jednak jednocześnie, że unijny dorobek orzeczniczy pozwala dostrzec możliwość realizacji ochrony również wobec podmiotów prywatnych, co świadczy o uznaniu horyzontalnego skutku bezpośredniego<sup>126</sup>. Zastrzega, że nawet jeżeli jakaś norma swobody nie mogłaby być powołana przeciwko podmiotowi prywatnemu jako podstawa roszczenia, to nie musi to oznaczać automatycznie, iż jest ona dla tego podmiotu całkowicie niewiążąca. Jeżeli norma ta zawiera zwłaszcza zakaz, może on oddziaływać na sytuację tego podmiotu również na inne sposoby. Pozwala np.

<sup>123</sup> M. Szydło, *op. cit.*, s. 226-227.

<sup>124</sup> Na tym tle zarysowują się jednak kontrowersje dotyczące przede wszystkim zakresu związania UE obowiązkami wynikającymi ze swobód. Z jednej strony stwierdza się, że UE jest zobligowana swobodami rynku wewnętrznego w takim samym zakresie jak państwa członkowskie. Z drugiej dopuszcza się możliwość szerszej swobody działania instytucji unijnych, niż w przypadku państw członkowskich. Uzasadnienia takiej dyskrekcji doszukuje się w kompetencjach organów i instytucji UE związanych z działalnością w ogólnym interesie państw członkowskich. K. Horubski *et al.*, *op. cit.*, s. 68-69; K. Mortelmans, *The Relationship Between the Treaty Rules and Community Measures for the Establishment and Functioning of the Internal Market – Towards a Concordance Rule*, „Common Market Law Review” 2002, vol. 39, is. 6, s. 1312-1316 oraz podana tam literatura.

<sup>125</sup> P. Verbruggen, *The Public-Private Divide in Community Law: Exchanges across the Divide*, [w:] *The Impact of the Internal Market on Private Law of Member Countries*, red. P. Verbruggen *et al.*, Working Paper, EU LAW, 2009, nr 22, <https://cadmus.eui.eu> [dostęp: 13.01.2022], s. 4-5.

<sup>126</sup> A. Ciesliński, *Konstrukcja prawna...*, s. 76.

wykazywać bezzasadność roszczenia kierowanego wobec korzystającego ze swobód rynku wewnętrznego jako naruszającego powszechnie obowiązującą normę traktatową, a nawet skutkować automatyczną niestosowalnością norm prawa krajowego sprzecznych z zasadami swobód rynku wewnętrznego. Leon Kieres stwierdza, że Trybunał:

stopniowo uznawał za uzasadnione przypisywanie regulacjom prawa europejskiego także skutków w stosunkach horyzontalnych, co w konsekwencji oznacza uznanie prawa przedsiębiorców lub innych podmiotów do powoływania się na regulacje unijne także przy rozstrzygnięciu sporów z podmiotami innymi niż władze publiczne<sup>127</sup>.

Z kolei Olha Cherednychenko zauważa, że horyzontalna skuteczność swobód znajduje zastosowanie głównie na gruncie przepływu osób, świadczenia usługi i swobody przedsiębiorczości<sup>128</sup>.

W ramach pogłębionych rozważań w tej materii rzecznik generalny Miguel Póaires Maduro w opinii dotyczącej sprawy Viking, C-438/05<sup>129</sup>, stwierdził, że możliwość horyzontalnego oddziaływania swobód rynku wewnętrznego należy łączyć z ich funkcją. Przyjął on, że zasady dotyczące swobody przepływu i reguły konkurencji związane są z przyznawaniem pewnych praw uczestnikom rynku. Ochrona uczestników rynku polega zasadniczo na umożliwieniu im kwestionowania utrudnień w konkurowaniu na równych zasadach na wspólnym rynku. Z tego powodu – jak ocenił rzecznik generalny – w odniesieniu do podmiotów prywatnych kluczową rolę odgrywają reguły konkurencji, a w odniesieniu do władz państw członkowskich postanowienia dotyczące swobody przepływu. Stąd reguły konkurencji wywołują skutek horyzontalny, podczas gdy zasady dotyczące swobody przepływu wywołują przede wszystkim skutek wertykalny. Według opinii rzecznika generalnego skutek horyzontalny swobód może wynikać logicznie z Traktatu, w takim zakresie, w jakim byłoby to konieczne dla zapewnienia uczestnikom rynku równych szans dostępu do wspólnego rynku. Miguel Póaires Maduro przyznał, że uznanie takiej skuteczności oznacza w istocie ograniczenie autonomii podmiotów prywatnych. Dopuścił jednak taką możliwość w okolicznościach, gdy działanie prywatne zakłóca cele postanowień dotyczących swobód traktatowych<sup>130</sup>. Rzecznik generalny zaproponował, by owe zakłócenia pojmować jako niedające się racjonalnie ominąć przeszkody w korzystaniu

<sup>127</sup> L. Kieres, *op. cit.*, s. 57.

<sup>128</sup> O.O. Cherednychenko, *Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party: A Comparative Analysis of the Constitutionalisation of Contract Law, with Emphasis on Risky Financial Transactions*, Monachium 2007, s. 198.

<sup>129</sup> Opinia RG M. Póaires Maduro przedstawiona w dniu 23 maja 2007 r. w sprawie The International Transport Workers' Federation i The Finnish Seamen's Union przeciwko Viking Line ABP i OÜ Viking Line Eesti, C-438/05.

<sup>130</sup> Pkt 31-38.

z praw wynikających ze swobód, będące skutkiem prywatnego działania<sup>131</sup>. Trybunał Sprawiedliwości zaaprobował spojrzenie rzecznika w tej sprawie, stwierdzając, że postanowienia traktatowe dotyczące swobody przedsiębiorczości mogą przyznawać prywatnemu przedsiębiorcy prawa<sup>132</sup>.

Nie można oczywiście pominąć pośredniej skuteczności zasad swobód rynku wewnętrznego w zamówieniach publicznych. Orzecznictwo Trybunału dotyczące wykładni podstawowych swobód rynku wewnętrznego – jak trafnie ujął to rzecznik generalny Marek Szpunar w opinii wydanej w sprawie C-552/13 Grupo Hospitalario Quirón SA przeciwko Departamento de Sanidad del Gobierno Vasco, Instituto de Religiosas Siervas de Jesús de la Caridad – ma znaczenie przy dokonywaniu wykładni wspomnianych przepisów dyrektywy dotyczących zamówień publicznych, ponieważ stanowią one wyraz zasady równego traktowania wykonawców, będącej także zasadą ogólną wynikającą z podstawowych swobód rynku wewnętrznego<sup>133</sup>. Wskazania wywodzone z zasad swobód rynku wewnętrznego służą jednak nie tylko interpretacji postanowień dyrektyw, ale ocenie przepisów krajowych w ramach postępowań prejudycjalnych<sup>134</sup>.

### 4.3. Ogólna zasada równego traktowania

Podstawowych źródeł obowiązków równego traktowania wykonawców w wymiarze europejskim należy doszukiwać się również w tzw. niepisanych zasadach ogólnych prawa europejskiego. Na gruncie doktryny prawa europejskiego, ale także w praktyce prawnej, dostrzega się ich niezwykle doniosłą rolę<sup>135</sup>. W literaturze przyjmuje się, że ogólne zasady prawa UE wywiedzione z systemów państw członkowskich

<sup>131</sup> Pkt 48.

<sup>132</sup> Pkt 66.

<sup>133</sup> Pkt 40.

<sup>134</sup> Ilustracją może być tu chociażby wyrok wydany 15 maja 2008 r. w sprawach połączonych SECAP SpA, C-147/06 i C-148/06, w którym Trybunał stwierdził, że podstawowe zasady TWE w dziedzinie swobody przedsiębiorczości i swobodnego przepływu usług oraz ogólna zasada niedyskryminacji sprzeciwiają się przepisom krajowym, przewidującym obowiązek automatycznego wykluczenia ofert uznanych zgodnie z przewidzianym w tych przepisach kryterium matematycznym za nienormalnie niskie w stosunku do świadczenia, w przypadku odpowiednio dużej liczby ofert, nie pozostawiając instytucjom zamawiającym jakiegokolwiek możliwości weryfikacji elementów składowych tych ofert (pkt 35). Z kolei w sprawie C-144/17 Trybunał stwierdził, że z zasad ogólnych (swobody przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług) nie wynika nakaz wykluczania z postępowania występujących odrębnie wykonawców tworzących jednakże syndykat, których odrębne oferty zostały podpisane przez tego samego, ogólnego przedstawiciela syndykatu. Tym samym przepisów krajowych nienakładających na instytucje zamawiające takiego obowiązku nie można uznać za niezgodne z tymi zasadami (C-144/17, pkt 46).

<sup>135</sup> C. Mik, *op. cit.*, s. 486; J. Kliszka, *Prawnowspólnotowy i konstytucyjny wymóg równego traktowania a niektóre regulacje prawa podatkowego*, [w:] *Konstytucyjne uwarunkowania tworzenia i stosowania prawa finansowego i podatkowego*, red. P.J. Lewkowicz, J. Stankiewicz, Białystok 2010, s. 421.



mają charakter zasad konstytucyjnych oraz należą do prawa pierwotnego UE<sup>136</sup>. Jako źródła takich zasad traktuje się jednocześnie normy prawa międzynarodowego publicznego, zasady wspólne dla systemów prawnych państw członkowskich, a także samo prawo europejskie rozumiane jako autonomiczny zbiór norm<sup>137</sup>, czy też prawa fundamentalne (prawa podstawowe, prawa człowieka) wyrażone w różnego rodzaju aktach normatywnych<sup>138</sup>. Jednocześnie, zasady ogólne prawa europejskiego – choć wyrażane w istniejących źródłach prawa pisanego – traktuje się jako istniejące od niego niezależnie i poprzedzające jego stanowienie (ang. *pre-exist written law*)<sup>139</sup>.

Zasady ogólne prawa UE „tkwią immanentnie w traktach”<sup>140</sup>. Jednak proces rozpoznawania, czy też „wydobywania”<sup>141</sup> zasad ogólnych prawa unijnego dokonuje się przede wszystkim w ramach działalności wykładniczej oraz jurysdykcyjnej Trybunału Sprawiedliwości, czyli w procesie sądowego stosowania prawa, na podobieństwo kształtowania się *common law*<sup>142</sup>. Jak zauważa Takis Tridimas, zasady ogólne są „dziećmi porządków prawnych”, ale po identyfikacji przez Trybunał należą do europejskiego porządku prawnego i żyją własnym życiem, kształtując elementarne zamierzenia polityki Unii Europejskiej. Stanowią więc tym samym odrębną kategorię normatywną prawa europejskiego<sup>143</sup>. W konsekwencji znaczenie europejskich zasad ogólnych może się niekiedy różnić od tego znaczenia, jakie mają one w poszczególnych państwach członkowskich. Dodatkowo zasady ogólne stają się punktem odniesienia w ocenie poszczególnych praw krajowych<sup>144</sup>. Przedstawiają się zatem jako pewne uogólnienia prawa stanowionego (europejskiego i krajowego), które jednak

<sup>136</sup> A. Wróbel, *Źródła prawa Wspólnot Europejskich i prawa Unii Europejskiej*, [w:] *Stosowanie prawa Unii Europejskiej przez sądy*, red. A. Wróbel, Zakamycze 2005, s. 37; A. Krawczyk, *Postępowanie administracyjne i sądowe w sprawach unijnych*, [w:] *System prawa administracyjnego*, t. 3: *Europeizacja prawa administracyjnego*, red. R. Hauser, A. Wróbel, Z. Niewiadomski, Warszawa 2014, s. 208.

<sup>137</sup> A. Wentkowska, *Zasady wspólne dla państw członkowskich – u źródeł niepisanego ius commune Europaeum*, [w:] *Zasady ogólne prawa wspólnotowego*, red. C. Mik, Toruń 2007, s. 30; M. Jaśkowski, *Miejsce podstawowych zasad ogólnych prawa wspólnotowego w hierarchii wspólnotowych źródeł prawa*, [w:] *Zasady ogólne prawa wspólnotowego*, s. 59; J. Maliszewska-Nienartowicz, *Zasady ogólne prawa jako źródło europejskiego prawa wspólnotowego*, „Państwo i Prawo” 2005, nr 4, s. 23; K. Lenaerts, P. Van Nuffel, R. Bray, *op. cit.*, s. 534-535.

<sup>138</sup> T. Filipowicz, *Zasada równego traktowania wykonawców w zamówieniach publicznych dotyczących technologii informatycznych*, Warszawa 2015, s. 115.

<sup>139</sup> T. Tridimas, *The General Principles...*, s. 4.

<sup>140</sup> S. Biernat, *Źródła prawa...*, s. 197.

<sup>141</sup> *Ibidem*, s. 197.

<sup>142</sup> J. Galster, *Ogólne zasady prawa*, [w:] *Podstawy prawa Unii Europejskiej z uwzględnieniem traktatu z Lizbony. Zarys wykładu*, red. J. Galster, Toruń 2010, s. 298; M. Domańska, *Zasada niedyskryminacji (równego traktowania)*, [w:] *Stosowanie prawa Unii Europejskiej przez sądy*, s. 114; C. Mik, *op. cit.*, s. 486; T. Tridimas, *The General Principles...*, s. 4.

<sup>143</sup> P. Marcisz, *Koncepcja tworzenia prawa przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej*, Warszawa 2015, s. 221.

<sup>144</sup> T. Tridimas, *The General Principles...*, s. 3.

oddzielają się od niego i funkcjonują jako samoistne i niezależne wyrazy wartości, a dalej jako źródła praw i obowiązków<sup>145</sup>.

Z charakteru normatywnego zasad ogólnych prawa europejskiego wynikają też ich podstawowe funkcje. Należą do nich wspomniana już rola kryterium oceny praw krajowych<sup>146</sup>, ale także funkcja uzupełniająca (subsydiarna) wobec pisanego prawa pierwotnego<sup>147</sup> oraz funkcja instrumentu interpretacji prawa pisanego – w szczególności w przypadkach nie dość precyzyjnie unormowanych (funkcja wypełniania luk prawnych) (ang. *gap-filling function*)<sup>148</sup>. W literaturze wskazano również na funkcję korygującą zasad ogólnych, tj. służącą modyfikowaniu prawa pisanego, oraz funkcję kreacyjną – wyrażającą się w tym, że zasady stają się źródłem inspiracji dla prawodawców krajowych<sup>149</sup>. Zasady ogólne służą niekiedy także wsparciu wykładni *contra legem*<sup>150</sup>. W konsekwencji oznacza to, że cały system prawny europejski podlega ocenie oraz wykładni zgodnie z zasadami ogólnymi prawa UE<sup>151</sup>.

W literaturze zaproponowano także podziały zasad ogólnych prawa europejskiego. Cezary Mik wskazuje na cztery rodzaje zasad, wyróżnione według kryterium pochodzenia: zasady nierozzerwalnie związane z każdym rozwiniętym systemem prawnym; zasady, które mogą być wyprowadzane z systemów prawnych państw członkowskich i dla nich wspólne; zasady wynikające z samej natury wspólnoty europejskiej i jej celów oraz zasady określające prawa podstawowe jednostki<sup>152</sup>. Natomiast Takis Tridimas zwraca uwagę na funkcjonujący w kontynentalnej literaturze podział na zasady aksjomatyczne (konieczne) – będące naturalnymi elementami porządku prawnego (łac. *principes axiomatiques*)<sup>153</sup>, zasady strukturalne – wynikające ze specyficznych cech danego systemu prawnego (łac. *principes structurels*) oraz zasady wspólne dla porządków prawnych państw członkowskich (łac. *principes communs*)<sup>154</sup>. Inny podział zasad ogólnych przytaczany przez Tridimasa to podział na zasady stanowiące podstawę europejskiego porządku konstytucyjnego, zasady ustrojowe, zasady wynikające z rządów prawa i dotyczące ochrony prawa jednostki oraz zasady europejskiego prawa materialnego<sup>155</sup>. Na uwagę zasługuje także wyodrębnienie tzw.

<sup>145</sup> M. Jaśkowski, *op. cit.*, s. 56; C. Mik, *op. cit.*, s. 486.

<sup>146</sup> T. Tridimas, *The General Principles...*, s. 4.

<sup>147</sup> C. Mik, *op. cit.*, s. 487.

<sup>148</sup> T. Tridimas, *The General Principles...*, s. 9-10; s. 33-38; M. Domańska, *Zasada niedyskryminacji...*, s. 114; J. Kliszka, *op. cit.*, s. 421; J.A. Usher, *General Principles of EC Law*, London 1998, s. 121.

<sup>149</sup> A. Wentkowska, *op. cit.*, s. 26 i 40-41. Więcej na ten temat np.: M. Jaśkowski, *op. cit.*, s. 57-62; T. Tridimas, *The General Principles...*, s. 32-33.

<sup>150</sup> T. Tridimas, *The General Principles...*, s. 19-23.

<sup>151</sup> A. Śledzińska-Simon, *op. cit.*, s. 41.

<sup>152</sup> C. Mik, *op. cit.*, s. 518.

<sup>153</sup> T. Tridimas, *The General Principles...*, s. 2. Na T. Tridimasa powołuje się też M. Jaśkowski, zob. M. Jaśkowski, *op. cit.*, s. 58-59.

<sup>154</sup> M. Jaśkowski, *op. cit.*, s. 59.

<sup>155</sup> T. Tridimas, *The General Principles...*, s. 2.

zasad konstytucyjnych (ang. *constitutional in nature*)<sup>156</sup>, czyli zasad o szczególnym statusie prawnym<sup>157</sup>. Według Tridimasa konstytucjonalny charakter zasad ogólnych wyraża się w tym, że jako wiążące dla organów UE oraz państw członkowskich tworzą kryterium oceny prawa przez nie stanowionego<sup>158</sup>.

Wprawdzie wielu autorów – jak zauważa Marek Jaśkowski – wyodrębniających kategorię europejskich zasad konstytucyjnych nie przedstawia kryteriów służących ich rozróżnieniu, to jednak wymienia w jej obrębie zasady podobne. Wśród nich, oprócz takich zasad jak zasada subsydiarności, proporcjonalności czy ochrony praw podstawowych, naczelnie miejsce zajmuje zasada równego traktowania (zasada niedyskryminacji)<sup>159</sup>. Podobnie sam Trybunał Sprawiedliwości nie sformułował ostatecznego katalogu zasad ogólnych, ale jednocześnie konsekwentnie uznaje, że zawiera on zasadę równego traktowania<sup>160</sup>. Można zatem bez wątpliwości przyjmować, że rozpoznana przez Trybunał oraz opisywana w literaturze zasada równego traktowania obecnie stanowi jedną z podstawowych zasad prawa europejskiego<sup>161</sup>.

Nie brakuje także poglądów postrzegających ogólną zasadę równego traktowania jako posiadającą szczególny status na tle innych zasad ogólnych prawa unijnego. Gráinne de Búrca uważa, że zasadę równego traktowania można opisać jako jedną z podstawowych reguł konstytuujących prawo europejskie<sup>162</sup>. Autorka stwierdza, że zasada ta pełni na gruncie UE funkcję instrumentu realizacji celów, ale także wyraża wartości, które takie cele wytyczają. W tym drugim znaczeniu zasada równości nie jest kształtowana, lecz kształtuje cele unijne. W trzecim ujęciu – stosunkowo najmłodszym, a być może najbardziej doniosłym – zasada równego traktowania jest postrzegana jako odrębny, indywidualny cel unijny, a tym samym źródło legislacji<sup>163</sup>. Natomiast jedną z często dostrzeganych funkcji zasady równości – podobnie jak w przypadku zasady proporcjonalności – jest rola wyznacznika granic dopuszczalnej ingerencji UE w porządku prawne państw członkowskich<sup>164</sup>.

Zakres podmiotowy zastosowania ogólnej zasady równego traktowania wynika z jej normatywnego charakteru oraz funkcji. W literaturze stwierdza się, że wiąże ona instytucje unijne oraz państwa członkowskie w zakresie stosowania prawa unij-

<sup>156</sup> K. Lenaerts, P. Van Nuffel, R. Bray, *op. cit.*, s. 534.

<sup>157</sup> M. Jaśkowski, *op. cit.*, s. 58.

<sup>158</sup> T. Tridimas, *The General Principles...*, s. 4.

<sup>159</sup> M. Jaśkowski, *op. cit.*, s. 58; K. Lenaerts, P. Van Nuffel, R. Bray, *op. cit.*, s. 535; A. Wróbel, *Niedyskryminacja i obywatelstwo...*, s. 355.

<sup>160</sup> M. Bell, *op. cit.*, s. 626; A.S. Hartkamp, *Fundamental Rights, Fundamental Freedom and Contract Law*, [w:] *Constitutional Values...*, s. 90.

<sup>161</sup> M. Domańska, *Zasada niedyskryminacji...*, s. 115; G. Barrett, *Re-examining the Concept and Principle of Equality in EC Law*, „Yearbook of European Law” 2003, vol. 22, is. 1, s. 117.

<sup>162</sup> G. de Búrca, *The Role of Equality in European Community Law*, [w:] *The Principle of Equal Treatment in EC Law*, s. 13.

<sup>163</sup> *Ibidem*, s. 24 i 30-31.

<sup>164</sup> J. Kliszka, *op. cit.*, s. 421.

nego<sup>165</sup>. W literaturze stwierdza się też, że racją rozpoznawania i rozwoju zasady równości jest konieczność urzeczywistniania równości wszędzie tam, gdzie ujawniają się luki unijnego prawa pisanego<sup>166</sup>. Zauważa się jednak, że ogólna zasada równego traktowania należy do zasad, które wywodzą się z praworządności i dlatego dotyczy przede wszystkim relacji między jednostką a władzą publiczną.

W nauce reprezentowany jest również pogląd uwzględniający wiążący charakter ogólnej zasady równego traktowania wobec podmiotów, które nie przynależą do struktury władzy publicznej. Takis Tridimas dopuszcza jednak taką możliwość pod warunkiem, że określone podmioty mogą być uważane za emanacje państwa i działają w zakresie prawa unijnego<sup>167</sup>. Podobne opinie przedstawiane są także w polskiej doktrynie<sup>168</sup>. Zauważa się przy tym, że uzasadnieniem dla takiego zakresu zastosowania ogólnej zasady równego traktowania jest m.in. nieaktualność tradycyjnej publiczno-prywatnej dychotomii we współczesnym państwie oraz wzrost znaczenia praw podstawowych<sup>169</sup>.

Nie ulega też wątpliwości, że zakres przedmiotowy zastosowania ogólnej zasady równego traktowania obejmuje dziedzinę zamówień publicznych. Zasada równości nie zawiera bowiem w tym zakresie żadnych wyłączeń. Przegląd orzecznictwa wskazuje ponadto, że Trybunał Sprawiedliwości w sprawach dotyczących zamówień publicznych nierzadko odwołuje się do zasady równego traktowania. Z całokształtu stanowisk Trybunału wypływa przekonanie, że na instytucjach zamawiających spoczywają obowiązki wynikające z zasady równego traktowania – nawet wówczas, gdy regulacje prawa pochodnego dotyczące zamówień publicznych nie wskazują na nią *expressis verbis*.

Już w orzecznictwie zapadłym na kanwie dyrektyw 71/304/EWG, 71/305/EWG oraz 77/62/EEG dostrzec można przeświadczenie, że obowiązki równego traktowania w zamówieniach publicznych wynikają nie tylko z zakazu dyskryminacji ze względu na przynależność państwową, ale także z zasady równego traktowania (ang. *the principle of equal treatment*)<sup>170</sup>. Jednak jako zapowiedź nowej, pogłębionej refleksji orzeczniczej kolejnego okresu wskazać można sprawę C-243/89 *Storebaelt* zakończoną orzeczeniem z 22 czerwca 1993 r.<sup>171</sup> Trybunał Sprawiedliwości rozpatrywał w niej skargę wniesioną przez Komisję Europejską przeciwko Danii o uchybienie zobowiązaniom państwa członkowskiego wynikającym m.in. z dyrektywy Rady 71/305/EWG.

<sup>165</sup> T. Tridimas, *The General Principles...*, s. 23; A. Wróbel, *Przynależność państwowa*, s. 235.

<sup>166</sup> T. Tridimas, *The Application of the Principle of Equality to Community Measures*, [w:] *The Principle of Equal Treatment in EC Law*, s. 215.

<sup>167</sup> T. Tridimas, *The General Principles...*, s. 29-30.

<sup>168</sup> M. Domańska, *Zasada niedyskryminacji...*, s. 118.

<sup>169</sup> T. Tridimas, *The General Principles...*, s. 31.

<sup>170</sup> Wyrok Trybunału z dnia 5 grudnia 1989 r. w sprawie Komisja przeciwko Włochom, C-3/88, pkt 8-9; opinia RG G. Tesaro przedstawiona w dniu 17 listopada 1992 r. w sprawie Komisja przeciwko Danii, C-243/89, pkt 18.

<sup>171</sup> Wyrok Trybunału z dnia 22 czerwca 1993 r. w sprawie Komisja przeciwko Danii, C-243/89.

Rzecznik generalny Giuseppe Tesauro przyznał w swej opinii, że dyrektywa 71/305 nie formułuje wyraźnie zasady równego traktowania (ang. *the principle of equal treatment of tenderers*). Nie świadczy to jednak – w jego opinii – o tym, że postępowanie zamawiającego nie podlega ocenie w jej świetle. Giuseppe Tesauro zauważył, że procedura o zamówienie publiczne jest ze swej istoty konkurencyjna, a to oznacza, że należy zapewnić wszystkim jej uczestnikom równe szanse: w przeciwnym razie nie byłaby już procedurą przetargową, lecz negocjacjami prywatnymi<sup>172</sup>. Orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości w niniejszej sprawie okazało się zbieżne z opinią rzecznika generalnego. Trybunał Sprawiedliwości uznał, że obowiązek przestrzegania zasady równego traktowania leży u podstaw dyrektywy 71/305/EWG<sup>173</sup> (ang. *lies at the very heart of the directive*), której celem jest – zgodnie z preambułą – zapewnienie: „rozwoju skutecznej konkurencji”, pomimo że dyrektywa jednocześnie nie artykułuje wyraźnie zasady niedyskryminacji i równego traktowania wykonawców<sup>174</sup>. Dodatkowo Trybunał stwierdził, że przestrzeganie zasady równego traktowania oferentów wymaga, aby wszystkie oferty spełniały warunki przetargowe, co ma zapewnić obiektywne porównanie ofert złożonych przez różnych oferentów<sup>175</sup>.

W literaturze wyrażono pogląd, że sprawa *Storebaelt* wyznaczyła punkt zwrotny w orzecznictwie Trybunału, od którego coraz bardziej zaznacza się postrzeganie ogólnych zasad równości jako źródła nie tylko negatywnych, ale także pozytywnych obowiązków równego traktowania<sup>176</sup>. Christopher McCrudden stwierdza, że orzeczenie w sprawie *Storebaelt* stanowi pierwszy czytelny przejaw interpretacji zasady równości w zamówieniach publicznych nieodnoszącej się wyłącznie do dyskryminacji ze względu na przynależność państwową, ale odwołującej się do idei, zgodnie z którą wykonawcy znajdujący się w sytuacjach porównywalnych (ang. *comparable*) powinni być traktowani równo, a znajdujący się w sytuacjach odmiennych – powinni być traktowani odmiennie<sup>177</sup>.

Tezy orzeczenia w sprawie *Storebaelt* zostały powtórzone w sprawie *SIAC Construction*, C-19/00 – również związanej z interpretacją postanowień dyrektywy 71/305/EWG. Trybunał Sprawiedliwości przyjął w niej, że obowiązek poszanowania zasady równego traktowania oferentów stanowi sedno dyrektywy<sup>178</sup>, dodając jedno-

<sup>172</sup> Opinia RG G. Tesauro z dnia 17 listopada 1992 r., w sprawie Komisja przeciwko Danii, C-243/89, pkt 18.

<sup>173</sup> Dyrektywa została nowelizowana Dyrektywą 89/440/EWG.

<sup>174</sup> Wyrok Trybunału z dnia 22 czerwca 1993 r. w sprawie Komisja przeciwko Danii, C-243/89, pkt 33.

<sup>175</sup> *Ibidem*, pkt 37.

<sup>176</sup> S. de Mars, *The Limits of General Principles: A Procurement Case Study*, „European Law Review” 2013, vol. 38(3), s. 318.

<sup>177</sup> C. McCrudden, *Buying Social Justice. Equality, Government Procurement, & Legal Change*, Oxford 2007, s. 512.

<sup>178</sup> Wyrok Trybunału z dnia 18 października 2001 r. w sprawie *SIAC Construction*, C-19/00, pkt 33.

cześniej, że oferenci muszą być w stanie równości (ang. *tenderers must be in a position of equality*) zarówno podczas formułowania swoich ofert, jak i podczas oceny tych ofert przez organ orzekający<sup>179</sup>. Z kolei w sprawach połączonych *Fabricom*, C-21/03 i C-34/03, z 3 marca 2005 r. Trybunał stwierdził, że obowiązek przestrzegania zasady równego traktowania jest zgodny z celami dyrektyw z zakresu zamówień publicznych (ang. *lies at the very heart of the public procurement directives*), służących wspieraniu rozwoju skutecznej konkurencji. Po raz kolejny też w sprawach trybunalskich dotyczących zamówień publicznych wskazano na sposób rozumienia zasady równego traktowania jako zakładającej, że porównywalne sytuacje nie mogą być traktowane w odmienny sposób, a odmiennie sytuacje nie mogą być traktowane jednakowo, chyba że takie traktowanie jest uzasadnione z obiektywnego punktu widzenia<sup>180</sup>. Podobną opinię sformułował rzecznik generalny Philippe Léger. Uznał mianowicie, że obowiązek przestrzegania zasady równego traktowania jest zgodny z celami dyrektyw o zamówieniach publicznych, a sama zasada równości „powinna rządzić dziedziną zamówień publicznych”<sup>181</sup>. Z kolei w sprawie *Michaniki AE*, C-213/07, TS orzekł, że zasada równego traktowania oraz wynikająca z niej zasada przejrzystości stanowi podwalinę dyrektyw dotyczących udzielania zamówień publicznych (ang. *constitute the basis of the directives*), a ciążyący na instytucjach zamawiających obowiązek zapewnienia ich poszanowania odpowiada podstawowym założeniom tychże dyrektyw<sup>182</sup>. Trybunał Sprawiedliwości uznał jednocześnie, że zasada równego traktowania obowiązuje instytucje zamawiające we wszystkich postępowaniach w sprawie udzielenia zamówienia publicznego (ang. *are binding on contracting authorities in any procedure for the award of a public contract*)<sup>183</sup>. W ocenie Trybunału zasady te oznaczają m.in., że oferenci powinni znajdować się w równorzędnej pozycji zarówno w chwili przygotowywania ofert, jak i w chwili dokonywania ich oceny przez instytucje zamawiające. Stanowisko Trybunału korespondowało w tej sprawie z opinią rzecznika generalnego Miguela Póiaresa Maduro, który stwierdził, że zasada równego traktowania stanowi podstawę wszystkich uregulowań wspólnotowych w dziedzinie zamówień publicznych<sup>184</sup>.

<sup>179</sup> *Ibidem*, pkt 34.

<sup>180</sup> Pkt 26-27. Należy jednak odnotować, że takie pojmowanie zasady równego traktowania nie jest wytworem judykatury związanej z zamówieniami publicznymi, lecz zostało zaczerpnięte wprost z utrwalonego orzecznictwa w innych obszarach. Trybunał Sprawiedliwości w sprawie *Fabrip.n* powołuje się np. na wyrok z dnia 14 grudnia 2004 r. w sprawie *Arnold André*, C-434/02.

<sup>181</sup> Opinia RG Légera z dnia 3 marca 2005 r. w sprawie *Fabricom*, C-21/03 i C-34/03, pkt 36.

<sup>182</sup> Pkt 44-45.

<sup>183</sup> Pkt 44.

<sup>184</sup> C-213/07, pkt 23. Analogiczne konkluzje znaleźć można np. w orzeczeniu Trybunału z dnia 6 października 2021 r. w sprawie *Conacee*, C-598/19. Trybunał Sprawiedliwości powtórzył w niej, że „zasada równego traktowania [...] stanowi podstawę przepisów Unii dotyczących procedur udzielania zamówień publicznych” (pkt. 37, pkt. 46).



Powyższe wskazuje, że ogólna zasada równego traktowania znajduje zastosowanie w zamówieniach publicznych jako podstawa prawodawstwa unijnego w tej dziedzinie. Jak zauważa Florian Neumayr, zdaniem Trybunału sednem dyrektyw nie jest sama zasada równego traktowania, ale obowiązek jej przestrzegania. W jego ocenie potwierdza to tym bardziej, że zasada równego traktowania wywodzona jest z prawa pierwotnego, a nie jedynie z dyrektyw<sup>185</sup>.

Pomimo wpływu ogólnej zasady równego traktowania na dziedzinę zamówień publicznych trudno przypisać jej bezpośrednią skuteczność w tym obszarze. Zasada ta nie wyznacza bowiem konkretnych obowiązków, którym mogłyby odpowiadać uprawnienia jednostek możliwe do realizacji przed sądami krajowymi. Takis Tridimas dopuszcza wprawdzie bezpośrednią skuteczność ogólnych zasad prawa europejskiego, co obejmowałoby również ogólną zasadę równości, ale powołuje się w tym zakresie na argumenty podniesione w sprawie Foster, C-188/89, która dotyczyła bezpośredniej skuteczności postanowień dyrektywy. Propozycję tę należy więc uznać za mało przekonującą<sup>186</sup>.

Przełęcz orzecznictwa wskazuje jednak na istnienie oczywistego związku między ogólną zasadą równego traktowania a zasadą niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową oraz swobodami rynku wewnętrznego, którym bezpośrednia skuteczność jest przypisywana<sup>187</sup>. Interesujący jest przy tym sposób postrzegania tego związku w orzecznictwie. W sprawie C-458/03 Parking Brixen, powołując się na dotychczasowe orzecznictwo, Trybunał stwierdził klarownie, że zarówno postanowienia traktatu dotyczące swobód rynku wewnętrznego, jak i zakaz dyskryminacji ze względu na przynależność państwową stanowią szczególny wyraz ogólnej zasady równego traktowania (ang. *a specific expression of the general principle of equal treatment*)<sup>188</sup>. Podobnie w wyroku z 13 września 2007 r. w sprawie Komisja przeciwko Włochom, C-260/04<sup>189</sup>. Znaczenie ogólnej zasady równego traktowania oraz jej związek z pozostałymi ogólnymi zasadami pozwala dostrzegać w niej źródła obowiązków równego traktowania wykraczających poza problematykę przynależności państwowej<sup>190</sup>. Jak trafnie stwierdza Helene Gerhardt, podczas gdy traktatowy zakaz dyskryminacji jest szczególnie powiązany z nierównym traktowaniem ze względu na narodowość, nakaz równego traktowania wykracza poza to kryterium i oferuje różne traktowanie oferentów, opierające się na wszelkich cechach<sup>191</sup>.

<sup>185</sup> F. Neumayr, *op. cit.*, s. 220.

<sup>186</sup> T. Tridimas, *The General Principles...*, s. 29.

<sup>187</sup> Wyrok Trybunału z 26 września 2000 r. w sprawie Komisja przeciw Francji, C-225/98, pkt 80.

<sup>188</sup> Wyrok Trybunału z dnia 13 października 2005 r. w sprawie Parking Brixen, C-458/03, pkt 48.

<sup>189</sup> Pkt 23.

<sup>190</sup> R. Hansen, *op. cit.*, s. 59.

<sup>191</sup> H. Gerhardt, *Möglichkeiten und Grenzen einer strategischen Vergabe öffentlicher Aufträge*, Baden-Baden 2020, s. 240.

Należałoby również przyjąć, że ogólna zasada równego traktowania odgrywa na gruncie zamówień publicznych Unii Europejskiej taką samą rolę jak w pozostałych obszarach, tj. stanowi swoisty drogowskaz dla prawodawcy, wyznaczając kierunki pożądanych rozwiązań legislacyjnych<sup>192</sup>. W konsekwencji ogólna zasada równego traktowania pozwala na harmonijny rozwój regulacji, któremu przyświeca poszanowanie wymogów zupełności, spójności i przejrzystości. Zasada równości stanowi również źródło wskazań, w świetle których mogą być interpretowane inne przepisy prawa unijnego, a dalej krajowego, co wskazuje na jej pośrednią skuteczność<sup>193</sup>. Potrzeba odwoływania się do ogólnej zasady równego traktowania występuje jednak w szczególności wówczas, gdy określony problem w sposób definitywny nie jest rozstrzygnięty w ramach obowiązujących regulacji szczegółowych.

W konkluzji powyższych rozważań należy stwierdzić, że europejski wymiar obowiązków równego traktowania ubiegających się o zamówienia prowadzi nieuchronnie do zbliżenia poszczególnych porządków prawnych krajowych w obszarze zamówień publicznych – nawet w tych obszarach, gdzie prawo wtórne respektuje występowanie różnic w obrębie ustawodawstw krajowych. Jednocześnie podzielić trzeba obawy wyrażone przez takich autorów jak Steen Treumer, Erik Werlauff czy Sylvia de Mars, że wzrost znaczenia ogólnych zasad równości może rodzić niepewność co do sposobu pojmowania wynikających z nich obowiązków<sup>194</sup>. Podstawą tej refleksji jest okoliczność, że sposób rozumienia funkcji zasad ogólnych i nadawania im odpowiedniej treści dokonuje się w istocie na kanwie orzecznictwa, które z natury rzeczy jest „okazjonalne”, tj. związane z rozstrzygnięciem konkretnych spraw.

## 5. Szczególna zasada niedyskryminacji oraz równego traktowania wykonawców w prawie europejskim

### 5.1. Kształtowanie się szczególnej zasady niedyskryminacji oraz równego traktowania wykonawców w prawie europejskim

Należy również przyjrzeć się szczegółowo pojawieniu się i rozwojowi szczególnej zasady równego traktowania wykonawców w zamówieniach publicznych. Zagadnienie to ująć trzeba jednak w szerszym kontekście kształtowania się prawa pochodnego dotyczącego zamówień publicznych.

Otóż do jednych z pierwszych regulacji europejskiego prawa pochodnego inicjujących proces harmonizacji prawa zamówień publicznych państw członkowskich

<sup>192</sup> Wyrok Trybunału z dnia 6 czerwca 2019 r., C-264/18, pkt 33

<sup>193</sup> T. Tridimas, *The General Principles...*, s. 3 i 33-38; S. Arrowsmith, *The Public Sector...*, s. 129.

<sup>194</sup> S. de Mars, *op. cit.*, s. 317; S. Treumer, E. Werlauff, *The leverage principle: Secondary Community law as a lever for the development of primary Community law*, „European Law Review” 2003, nr 28(1), s. 133.

można zaliczyć dyrektywy z lat 60. XX w. służące usuwaniu barier (ang. *obstacles*, niem. *Hindernisse*) narodowych, protekcjonizmu i systemów preferencji krajowych w ramach handlu wewnątrzspółnotowego w celu urzeczywistnienia swobód traktatowych. Przejawem tego zamierzenia stały się jednak najpierw tzw. programy na rzecz zniesienia przeszkód w realizacji swobód traktatowych, w których dostrzec już można pewne zainteresowanie kwestią zamówień publicznych. W Generalnym Programie o usuwaniu przeszkód w swobodzie przedsiębiorczości<sup>195</sup> oraz w Generalnym Programie o usuwaniu przeszkód w swobodzie świadczenia usług z 1962 r.<sup>196</sup> wskazano przykłady nieuzasadnionych restrykcji utrudniających handel wewnątrzspółnotowy. Należały do nich regulacje prawne oraz praktyki wykluczające, ograniczające lub określające dodatkowe wymagania dla cudzoziemców w zakresie składania ofert lub występowania jako strona, lub jako podwykonawca w umowach z państwem czy z inną osobą prawa publicznego.

Intencje zawarte w ww. programach znalazły swój wyraz w zobowiązaniach państw członkowskich podjętych w trzech dyrektywach Rady UE przyjętych w 1964 r.<sup>197</sup> Jednak bezpośrednie odniesienie do problematyki znoszenia ograniczeń w zamówieniach publicznych znalazło się dopiero w Dyrektywie 70/32/EWG<sup>198</sup> oraz w Dyrektywie Rady 71/304/EWG<sup>199</sup>. Na mocy pierwszej z wymienionych dyrektyw państwa członkowskie zobowiązały się podejmować wszystkie niezbędne wysiłki w celu zniesienia środków o skutku równoważnym z ograniczeniami ilościowymi wynikającymi z przepisów wykluczających, ograniczających lub utrudniających<sup>200</sup> dostawy towarów wskazanych w dyrektywie jako dopuszczonych do swobodnego obrotu<sup>201</sup>. Z kolei na mocy dyrektywy 71/304/EWG państwa członkowskie zobowiązały się do likwidowania na gruncie zamówień publicznych rozwiązań skutkujących dyskryminującym traktowaniem obywateli innego państwa członkowskiego (w szcze-

<sup>195</sup> Dyrektywa Rady 31961X1202 z dnia 18 grudnia 1961 r., *General Programme for the abolition of restrictions on freedom of establishment*.

<sup>196</sup> *Ibidem*.

<sup>197</sup> Tj. w Dyrektywie Rady 64/225/EWG z dnia 25 lutego 1964 r. w sprawie zniesienia ograniczeń swobody przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług w zakresie reasekuracji i retrocesji; Dyrektywie Rady 64/427/EWG z dnia 7 lipca 1964 r. ustanawiającej szczególne zasady dotyczące środków zapewnionych w odniesieniu do działalności osób pracujących na własny rachunek w przemyśle produkcyjnym i przetwórczym należącym do grup głównych ISIC 23-40 (przemysł i rzemiosło), s. 1863-1864; Dyrektywie Rady 64/429/EWG z dnia 7 lipca 1964 r. o urzeczywistnieniu swobody świadczenia usług i swobody prowadzenia działalności gospodarczej, s. 1880-1892.

<sup>198</sup> Dyrektywa Komisji 70/32/EWG z 17 grudnia 1969 r. w sprawie dostaw towarów dla państwa, jego władz lokalnych oraz osób prawa publicznego.

<sup>199</sup> Dyrektywa Rady 71/304/EWG z dnia 26 lipca 1971 r. dotycząca zniesienia ograniczeń swobody świadczenia usług w odniesieniu do zamówień publicznych na roboty budowlane oraz udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane wykonawcom działającym za pośrednictwem agencji i oddziałów.

<sup>200</sup> Art. 3.

<sup>201</sup> Art. 4.

gólności poprzez stosowanie wobec nich specyfikacji technicznych o charakterze dyskryminującym)<sup>202</sup>.

Problematyka niedyskryminacji oraz równego traktowania została pogłębiona w pierwszych dyrektywach koordynujących procedury zamówień publicznych, do których należałoby zaliczyć Dyrektywę 71/305/EWG<sup>203</sup> oraz Dyrektywę 77/62/EWG<sup>204</sup>. We wstępie do Dyrektywy 71/305/EWG wskazano zasady, na których powinna opierać się koordynacja procedur. Wśród nich sformułowano m.in. zakaz stosowania specyfikacji technicznych o skutku dyskryminującym (ang. *prohibition of technical specifications that have a discriminatory effect*), obowiązek odpowiedniego upubliczniania umów oraz obowiązek ustalania obiektywnych kryteriów uczestnictwa. Wskazano też na konieczność wprowadzania procedury wspólnego nadzoru w celu zapewnienia przestrzegania tych zasad<sup>205</sup>. W Dyrektywie 77/62/EWG<sup>206</sup> również wskazano zasady koordynacji procedur o zamówienia publiczne, stwierdzając, że jej celem jest wprowadzenie równych warunków konkurencji w ubieganiu się o zamówienia publiczne (ang. *equal conditions of competition*) w celu wzmocnienia przejrzystości, a tym samym umożliwienia oceny przestrzegania zakazów tworzenia ograniczeń w swobodnym przepływie towarów w państwach członkowskich<sup>207</sup>. W obu przywołanych dyrektywach wspomniano także wprost o zasadzie niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową<sup>208</sup>.

Problematyka niedyskryminacji i równego traktowania wykonawców podejmowana była także w dyrektywach z lat 80. Na przykład w Dyrektywie 88/295/EWG stwierdzono, że procedura otwarta najlepiej zapewnia ustanowienie równych warunków uczestnictwa w zamówieniach publicznych (ang. *equal conditions for participating in public contracts*) we wszystkich państwach członkowskich, a stosowanie innych procedur wymaga szczególnego uzasadnienia<sup>209</sup>. Wspomnieć również warto, że w Dyrektywie 89/665/EWG stwierdzono, że otwarcie rynku zamówień publicznych na konkurencję wspólnotową wymaga zasadniczego wzrostu gwarancji przejrzystości i braku dyskryminacji<sup>210</sup>. Zawarto w niej także zobowiązanie państw członkowskich do wprowadzenia do procedur odwoławczych m.in. prawa do żądania uchylenia

<sup>202</sup> Art. 3 ust. 1.

<sup>203</sup> Dyrektywa Rady 71/305/EWG z dnia 26 lipca 1971 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień na roboty publiczne.

<sup>204</sup> Dyrektywa Rady 77/62/EWG z dnia 21 grudnia 1976 r. koordynująca procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy. Dyrektywa została znowelizowana Dyrektywą 88/295/EWG.

<sup>205</sup> Dyrektywa 71/305/EWG, preambuła, akapit 9.

<sup>206</sup> Dyrektywa 77/62/EWG.

<sup>207</sup> Dyrektywa 77/62/EWG, preambuła, akapit 6 i akapit 8.

<sup>208</sup> Dyrektywa Rady 71/305/EWG, art. 3 ust. 3 c; dyrektywa Rady 77/62/EWG, art. 2 ust. 3.

<sup>209</sup> Dyrektywa dnia 22 marca 1988 r. (Dz.Urz.WE.L 127 z 21.05.1988), preambuła.

<sup>210</sup> Dyrektywa Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane.

bezprawnych decyzji, w tym usunięcia dyskryminujących specyfikacji technicznych, ekonomicznych lub finansowych zawartych w zaproszeniu do składania ofert, w dokumentacji zamówienia lub we wszelkich innych dokumentach związanych z procedurą udzielania zamówienia<sup>211</sup>.

Aby dostrzec wyraźniej proces kształtowania się zasady niedyskryminacji i równego traktowania w zamówieniach publicznych, należy zwrócić uwagę na kolejny istotny etap harmonizacji prawa zamówień publicznych, który nastąpił w latach 90. XX w.<sup>212</sup> W dyrektywach tego okresu odnoszono się do traktatowego zakazu dyskryminacji ze względu na przynależność państwową oraz do swobód rynku wewnętrznego, w szczególności jako zasad kształtujących w sposób kierunkowy obowiązki zapewnienia ubiegającym się o zamówienia udziału w procedurach<sup>213</sup>. Ponadto – podobnie jak we wcześniejszych dyrektywach – kwestia niedyskryminacji i równego traktowania ujęta została w postaci norm wyznaczających ogólne powinności instytucji zamawiających, związanych z całokształtem organizacji udzielania zamówień publicznych<sup>214</sup>. Na przykład w dyrektywach wskazano wyraźnie, że instytucje zamawiające mają zapewnić, aby nie doszło do dyskryminacji między różnymi

<sup>211</sup> Art. 2.

<sup>212</sup> 18 czerwca 1992 r. została przyjęta Dyrektywa 92/50/EWG odnosząca się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi. Natomiast 14 czerwca 1993 r. przyjęto Dyrektywę Rady 93/36/EWG koordynującą procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy oraz Dyrektywę Rady 93/37/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. dotyczącą koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane. Dyrektywy te zostały znowelizowane Dyrektywą Rady 97/52/WE z dnia 13 października 1997 r. zmieniającą Dyrektywy: 92/50/EWG, 93/36/EWG i 93/37/EWG dotyczące koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych, odpowiednio: na usługi, dostawy i roboty budowlane. Przyjęto ją z powodu przystąpienia Wspólnot Europejskich do Porozumienia w sprawie Zakupów Rządowych (GPA). Równoległe do regulacji dotyczących wspólnotowych zamówień klasycznych przyjęto dyrektywy dotyczące zamówień sektorowych, w tym Dyrektywę Rady 90/531/EWG z dnia 17 września 1990 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji. Następnie przyjęta została Dyrektywa Rady 93/38/EWG z 14 czerwca 1993 r. koordynująca procedury udzielania zamówień publicznych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji. Dyrektywa ta została znowelizowana Dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 98/4/WE z dnia 16 lutego 1998 r. zmieniająca Dyrektywę 93/38/EWG koordynującą procedury udzielania zamówień publicznych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji oraz Dyrektywą Komisji 2001/78/WE z dnia 13 września 2001 r. zmieniającą załącznik IV do Dyrektywy Rady 93/36/EWG, załączniki IV, V i VI do Dyrektywy Rady 93/37/EWG, załączniki III i IV do Dyrektywy Rady 92/50/EWG, zmienione Dyrektywą 97/52/WE oraz załączniki od XII do XV, XVII i XVIII do Dyrektywy Rady 93/38/EWG, zmienione Dyrektywą 98/4/WE. W celu koordynacji procedur odwoławczych w zakresie zamówień sektorowych wydana została z kolei Dyrektywa Rady 92/13/EWG z dnia 25 lutego 1992 r. koordynująca przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne odnoszące się do stosowania przepisów wspólnotowych w procedurach zamówień publicznych podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji.

<sup>213</sup> Dyrektywa Rady 93/36/EWG, art. 2 ust. 3; Dyrektywa Rady 93/37/EWG, art. 30 ust. 1.

<sup>214</sup> Dyrektywa Rady 92/50/EWG, art. 27 ust. 4; Dyrektywa Rady 93/36/EWG, art. 19 ust. 4; Dyrektywa Rady 93/37/EWG, art. 22 ust. 4.



wykonawcami<sup>215</sup> oraz by wszyscy wykonawcy traktowani byli w niedyskryminujący sposób<sup>216</sup>. Dodatkowo w dyrektywach zastosowano określenie „dyskryminacyjne”, względnie „niedyskryminacyjne” do opisu czynności zamawiającego<sup>217</sup>, a także poszczególnych konstrukcji, jak: „niedyskryminujące kryteria wyboru”<sup>218</sup>, „dyskryminujące klauzule w dokumentach”<sup>219</sup>, „gwarancje niedyskryminacji”<sup>220</sup>, „dyskryminujące specyfikacje techniczne”<sup>221</sup>. W dyrektywach z lat 90. pojawia się też już zbiorcze określenie „zasad niedyskryminacji” (ang. *the principles of non-discrimination*), bez odniesienia do aspektu przynależności państwowej i będących źródłem obowiązków zamawiających w odniesieniu do całości procesu udzielania zamówień publicznych<sup>222</sup>, a także odrębnie na poszczególnych etapach postępowania o zamówienie publiczne<sup>223</sup>.

W latach dwutysięcznych nastąpiły kolejne etapy w procesie harmonizacji prawa zamówień publicznych. Pierwszy w latach 2004–2009<sup>224</sup>, a kolejny w 2014 r., w wyniku którego przyjęto obowiązujące dziś dyrektywy zamówieniowe. W dyrektywach z tego okresu stwierdza się już wyraźnie istnienie na gruncie zamówień publicznych zasady równego traktowania oraz niedyskryminacji<sup>225</sup>. Po raz pierwszy zasada ta została wyodrębniona w części normatywnej dyrektyw w rozdziałach poświęconych zasadom udzielania zamówień publicznych<sup>226</sup>.

<sup>215</sup> Dyrektywa 92/50/EWG, art. 3 ust. 2 i art. 4 ust. 2; Dyrektywa 90/531/EWG; Dyrektywa 93/38/EWG, art. 4 ust. 2.

<sup>216</sup> Dyrektywa 93/36/EWG, art. 5 ust. 7, znowelizowana Dyrektywą 97/52/WE; Dyrektywa 93/37/EWG, art. 6 ust. 6.

<sup>217</sup> Np. Dyrektywa 90/531/EWG, art. 3 ust. 1 pkt c i d; Dyrektywa 93/38/EWG, art. 3 ust. 1 pkt c i d.

<sup>218</sup> Dyrektywa 92/50/EWG, art. 13 ust. 5; Dyrektywa 93/38/EWG, art. 23 ust. 5.

<sup>219</sup> Dyrektywa 92/13/EWG, preambuła.

<sup>220</sup> *Ibidem*.

<sup>221</sup> *Ibidem*, art. 2 ust. 1 pkt b.

<sup>222</sup> Dyrektywa 90/531/EWG, art. 3 ust. 2 pkt a i art. 3 ust. 3.

<sup>223</sup> Dyrektywa 93/38/EWG, preambuła, motyw 38.

<sup>224</sup> Dnia 31 marca 2004 r. została przyjęta Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi oraz Dyrektywa 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych. Z kolei 11 grudnia 2007 r. została przyjęta Dyrektywa 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady zmieniająca Dyrektywę Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych, a dnia 13 lipca 2009 r. Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniająca Dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE. Dodatkowo w 2014 r. została przyjęta Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji.

<sup>225</sup> Zob. np. Dyrektywa 2004/18/WE, motyw 12, 14, 15, 46; dyrektywa klasyczna, motyw 2, 11, 15; dyrektywa sektorowa, motyw 2, 20, 22, 23; dyrektywa koncesyjna, motyw 4; dyrektywa obronna, motyw 15.

<sup>226</sup> Dyrektywa 2004/18/WE, art. 2; Dyrektywa 2004/17/WE, art. 10; Dyrektywa klasyczna, art. 2 d., art. 18; art. 10 d; dyrektywa obronna, art. 4 d.; dyrektywa sektorowa, art. 36 ust. 1 d; dyrektywa koncesyjna, art. 3 d.



W związku z uformowaniem się odrębnej kategorii pojęciowej „zasady udzielania zamówień publicznych” zasada równego traktowania i niedyskryminacji pojawiła się w zestawie z innymi zasadami – głównie zasadą przejrzystości, ale także zasadą wzajemnej uznawalności oraz zasadą proporcjonalności<sup>227</sup>. Znamienne jest również to, że w dyrektywach dostrzega się wyraźniej, że zasada równego traktowania jest jedną z podstawowych zasad prawa Unii oraz że jest tym samym źródłem zarówno praw wykonawców, jak i pracowników<sup>228</sup>. Oznacza to, że regulacje zawarte w dyrektywach postrzega się m.in. jako uszczegółowienie zasad ogólnych<sup>229</sup>. Zgodnie z wyraźnym brzmieniem dyrektyw udzielanie zamówień publicznych przez instytucje państw członkowskich lub w imieniu tych instytucji musi być zgodne z zasadami Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, a w szczególności z zasadą swobodnego przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług, a także z zasadami, które się z nich wywodzą, takimi jak: zasada równego traktowania, zasada niedyskryminacji, zasada wzajemnego uznawania, zasada proporcjonalności oraz zasada przejrzystości. W dyrektywie ujawnia się również przeświadczenie legislatora, że w odniesieniu do zamówień publicznych o wartości powyżej określonej kwoty ustanowienie przepisów koordynujących krajowe procedury udzielania zamówień w Unii Europejskiej ma m.in. na celu zagwarantowanie, że zasady traktatowe znajdą praktyczne zastosowanie, a zamówienia publiczne będą tym samym otwarte na konkurencję<sup>230</sup>. Podobnie na gruncie zamówień sektorowych, gdzie stwierdza się, że koordynacja procedur udzielania zamówień sektorowych jest potrzebna, aby zapewnić skuteczność zasad traktatowych, swobód rynku wewnętrznego oraz zasad, które się z nich wywodzą. Podnosi się również, że Unia powinna określić ramy dobrych praktyk handlowych oraz umożliwić maksymalną ich elastyczność, zapewniając w ten sposób zastosowanie zasad traktatowych<sup>231</sup>. Tak rozumiane zasady, w tym zasada równego traktowania i niedyskryminacji mają w myśl regulacji unijnych zastosowanie w zamówieniach publicznych, ale nie są oczywiście tworem wyłącznie systemu zamówień publicznych<sup>232</sup>.

Wzorem poprzednich regulacji w obowiązujących dyrektywach obowiązki równego traktowania i niedyskryminacji pojawiają się także jako ogólne obowiązki kie-

<sup>227</sup> Dyrektywa klasyczna, motyw 1, 2, 12, 14, 46, 58, 68, 90, 110, art. 40, art. 41, art. 56 ust. 3, art. 76 ust. 1 d; dyrektywa sektorowa, motyw 55 d; dyrektywa koncesyjna, motyw 53, 54, 68, 73, 78 d.

<sup>228</sup> Dyrektywa klasyczna, motyw 37; dyrektywa sektorowa, motyw 52 d; dyrektywa koncesyjna, motyw 55.

<sup>229</sup> W. Hartung, *Komentarz do art. 18* [w:] W. Hartung, M. Bağlaj, T. Michalczyk, M. Wojciechowski, J. Krysa, K. Kuźma, *Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 268.

<sup>230</sup> Dyrektywa 2004/18/WE, motyw 2; dyrektywa klasyczna, motyw 1.

<sup>231</sup> Dyrektywa 2004/17/WE, motyw 9; dyrektywa sektorowa, motyw 2.

<sup>232</sup> Dyrektywa klasyczna, motyw 2, 1 d; dyrektywa sektorowa, motyw 2, 9; dyrektywa koncesyjna, motyw 15.

runkowe – bez literalnego odniesienia do zasad<sup>233</sup>. Dyrektywy nawiązują chociażby do niedyskryminacyjnego sposobu postępowania podmiotu zamawiającego<sup>234</sup>, a także cech określonych konstrukcji, jak: niedyskryminujące kryteria<sup>235</sup>, niedyskryminacyjne zasady<sup>236</sup>, klauzule niedyskryminacji<sup>237</sup>, niedyskryminacyjne reguły<sup>238</sup>, niedyskryminujące metody<sup>239</sup>, niedyskryminacyjne kryteria kwalifikacji<sup>240</sup>, niedyskryminujące warunki realizacji zamówienia<sup>241</sup>, niedyskryminujące elektroniczne środki komunikacji<sup>242</sup>, wymogi niedyskryminacyjne<sup>243</sup>.

Na uzupełniającą uwagę zasługuje też problematyka zamówień publicznych udzielanych przez instytucje UE. Regulacje prawne zawarte w tzw. „rozporządzeniu finansowym”<sup>244</sup>, które dotyczy wykonywania budżetu ogólnego Unii Europejskiej i Europejskiej Wspólnoty Energii Atomowej<sup>245</sup>, odnoszą się również do analogicznych jak w dyrektywach zamówieniowych zasad udzielania zamówień publicznych udzielanych przez instytucje Unii na własny rachunek<sup>246</sup>. Zgodnie z nimi wszystkie zamówienia udzielane przez instytucje, agencje wykonawcze i organy Unii, finansowane w całości lub w części z budżetu unijnego, muszą być zgodne z zasadami przejrzystości, proporcjonalności, równego traktowania i niedyskryminacji<sup>247</sup>. Rozporządzenie precyzuje ponadto, że w postępowaniach o udzielenie zamówienia uczestniczyć mogą na równych warunkach wszystkie osoby fizyczne i prawne objęte zakresem stosowania Traktatów oraz wszystkie osoby fizyczne i prawne z siedzibą w państwie trzecim, które zawarło specjalne porozumienie z Unią w dziedzinie zamówień, na warunkach określonych w takim porozumieniu. W postępowaniach tych mogą również uczestniczyć organizacje międzynarodowe<sup>248</sup>. Natomiast w przypadku

<sup>233</sup> Dyrektywa klasyczna, motyw 13, 61, art. 24, art. 29 ust. 3, art. 30 ust. 3, 6 i 7, art. 31 ust. 4; dyrektywa sektorowa, motyw 21; dyrektywa koncesyjna, art. 41 ust. 3 d.

<sup>234</sup> Dyrektywa klasyczna motyw 96, art. 29 ust. 3, art. 30 ust. 3, art. 31 ust. 4.

<sup>235</sup> Dyrektywa klasyczna, motyw 39, art. 43 ust. 1, pkt b; dyrektywa sektorowa, motyw 25; dyrektywa koncesyjna, motyw 63, art. 30 ust. 2.

<sup>236</sup> Dyrektywa klasyczna, art. 46 ust. 2, art. 68 ust. 2 a.

<sup>237</sup> Dyrektywa klasyczna, art. 3.

<sup>238</sup> Dyrektywa klasyczna, art. 44.

<sup>239</sup> Dyrektywa klasyczna, art. 56 ust. 3 d.

<sup>240</sup> Dyrektywa klasyczna, art. 72; dyrektywa sektorowa, art. 56 ust. 2 d.

<sup>241</sup> Dyrektywa sektorowa, motyw 55.

<sup>242</sup> Dyrektywa klasyczna, motyw 53, art. 22 ust. 1, dyrektywa koncesyjna, art. 29 ust. 2.

<sup>243</sup> Dyrektywa koncesyjna, art. 38 ust. 1.

<sup>244</sup> Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE, Euratom) 2018/1046 z dnia 18 lipca 2018 r. w sprawie zasad finansowych mających zastosowanie do budżetu ogólnego Unii, zmieniające rozporządzenia (UE) nr 1296/2013, (UE) nr 1301/2013, (UE) nr 1303/2013, (UE) nr 1304/2013, (UE) nr 1309/2013, (UE) nr 1316/2013, (UE) nr 223/2014 i (UE) nr 283/2014 oraz decyzję nr 541/2014/UE, a także uchylające rozporządzenie (UE, Euratom) nr 966/2012.

<sup>245</sup> Art. 1.

<sup>246</sup> Motyw 96.

<sup>247</sup> Art. 160 ust. 1.

<sup>248</sup> Art. 176 ust. 1.

zakresu zastosowania Porozumienia Światowej Organizacji Handlu ws. Zamówień Rządowych (GPA)<sup>249</sup> postępowanie o udzielenie zamówienia ma być również otwarte dla podmiotów gospodarczych z siedzibą w państwach, które ratyfikowały to porozumienie, na warunkach określonych w tym porozumieniu<sup>250</sup>. W motywach rozporządzenia finansowego stwierdza się ponadto, że do zamówień, które są udzielane w następstwie otwarcia procedury publicznej na konkurencję w celu zapewnienia poszanowania zasad TFUE, w szczególności zasad przejrzystości, proporcjonalności, równego traktowania i niedyskryminacji, należy publikować dane umożliwiające lokalizację odbiorców środków finansowych Unii<sup>251</sup>.

Również na gruncie orzecznictwa z czasem coraz bardziej dostrzegalna stała się myśl wyróżniająca zasadę niedyskryminacji oraz równego traktowania wykonawców jako zasadę szczególną – właściwą problematyce zamówień publicznych. Wprawdzie w niektórych orzeczeniach Trybunał odwołuje się do zasady równego traktowania (ang. *the principle of equal treatment*) jako leżącej u podstaw dyrektyw zamówieniowych (ang. *which underlies the directives on procedures for the award of public contracts*)<sup>252</sup>, ale już w innych posługuje się wprost pojęciem zasady równego traktowania wykonawców (ang. *the principle of equal treatment of tenderers*) jako obowiązującej zamawiających na każdym etapie postępowania o zamówienie publiczne<sup>253</sup>. W wyroku w sprawie C-513/99<sup>254</sup> Concordia Bus Finland Trybunał Sprawiedliwości stwierdził, że na zamawiających spoczywają obowiązki poszanowania zasad zawartych w dyrektywach (ang. *rules laid down by directives*), w tym zasady równego traktowania<sup>255</sup>. Zasada ta – w opinii Trybunału – stanowi samą istotę dyrektyw dotyczących zamówień publicznych (ang. *lies at the very heart of the public procurement directives*), które służą w szczególności popieraniu rozwoju rzeczywistej konkurencji w poszczególnych dziedzinach<sup>256</sup>. Jednocześnie jednak Trybunał potwierdził konieczność przestrzegania zasad ogólnych prawa wspólnotowego, w szczególności zasady niedyskryminacji<sup>257</sup>. Podobnie w orzeczeniach w sprawie C-92/00<sup>258</sup> oraz w sprawie C-331/04<sup>259</sup>, gdzie

<sup>249</sup> Ang. *Government Procurement Agreement*. Zrewidowana wersja Porozumienia w sprawie zamówień rządowych GPA weszła w życie 6 kwietnia 2014 r. decyzją Rady 2014/115/UE z 2 grudnia 2013 r. dotyczącą zawarcia Protokołu zmieniającego Porozumienie w sprawie zamówień rządowych (Dz.Urz.UE.L 2014.68.2)

<sup>250</sup> Art. 177.

<sup>251</sup> Motyw 14.

<sup>252</sup> C-92/00, pkt 45; C-470/99, pkt 91; C-448/01, pkt 47.

<sup>253</sup> Wyrok Trybunału z 25 kwietnia 1996 r. w sprawie Komisja przeciwko Belgii, C-87/94, o uchybienie zobowiązaniom wynikającym z dyrektywy, pkt 28, 36, 45, 67; wyrok z dnia 25 kwietnia 1996 r. w sprawie Komisja przeciwko Belgii, C-87/94, pkt 54.

<sup>254</sup> Wyrok Trybunału z dnia 17 września 2002 r. w sprawie Concordia Bus Finland, C-513/99.

<sup>255</sup> Pkt 38.

<sup>256</sup> Wyrok Trybunału z dnia 17 września 2002 r. w sprawie Concordia Bus Finland, C-513/99, pkt 81, pkt 92.

<sup>257</sup> Pkt 64, pkt 69.

<sup>258</sup> Wyrok Trybunału z dnia 18 czerwca 2002 r. w sprawie HI, C-92/00, pkt 45.

<sup>259</sup> Wyrok Trybunału z dnia 24 listopada 2005 r. w sprawie ATI EAC i in., C-331/04, pkt 22.

stwierdzono, że zasada równego traktowania leży u podstaw dyrektyw w sprawie procedur udzielania zamówień publicznych oraz odpowiada samej istocie dyrektyw z zakresu zamówień publicznych. Z kolei w wyroku z 13 października 2005 r. w sprawie Parking Brixen, C-458/03, Trybunał dostrzegł jeszcze wyraźniej szczególnie na gruncie zamówień publicznych charakter zasady równego traktowania. Powtórzył wprawdzie – odwołując się do dotychczasowego orzecznictwa – że zakaz dyskryminacji ze względu na przynależność państwową oraz zasady swobód rynku wewnętrznego stanowią szczególnie wyraz ogólnej zasady równego traktowania. Jednakże uznał też, że zasada równego traktowania oferentów (ang. *the principle of equal treatment of tenderers*) znajduje zastosowanie do koncesji na świadczenie usług publicznych nawet przy braku dyskryminacji ze względu na przynależność państwową<sup>260</sup>.

Orzecznictwo zapadłe na gruncie dyrektyw z 2004 r. oraz 2014 r. uznaje już ze względu na wyraźne brzmienie dyrektyw zamówieniowych zasadę równego traktowania wykonawców jako konstrukcję prawną szczególną i wyodrębnioną w systemie zamówień publicznych, choć wywodzącą się z ogólnej zasady równego traktowania i z zakazu dyskryminacji ze względu na przynależność państwową<sup>261</sup>. Tytułem przykładu przywołać można wypowiedź Trybunału Sprawiedliwości sformułowaną na kanwie orzeczenia wydanego 21 kwietnia 2021 r., zgodnie z którą: „zasada równego traktowania oferentów, mająca na celu wspieranie rozwoju zdrowej i skutecznej konkurencji między przedsiębiorstwami ubiegającymi się o zamówienie publiczne, wymaga w szczególności, aby wszyscy oferenci byli traktowani na równi tak w chwili przygotowywania przez nich ofert, jak i wówczas, gdy oferty te są oceniane”<sup>262</sup>.

## 5.2. Zakres zastosowania szczególnej zasady równego traktowania i niedyskryminacji wykonawców

Zgodnie z aktualnie obowiązującymi dyrektywami zamówieniowymi „instytucje zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców”<sup>263</sup>. Oznacza to, że zakres podmiotowy zastosowania zasady równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców dotyczy podmiotów zobowiązanych do stosowania odpowiednio przepisów dotyczących zamówień publicznych oraz umów koncesji. Z kolei beneficjentami takiego traktowania są wykonawcy. Natomiast w aspekcie przedmiotowym zastosowanie zasady równego i niedyskryminacyjnego traktowania

<sup>260</sup> Wyrok Trybunału z dnia 13 października 2005 r. w sprawie Parking Brixen, C-458/03, pkt 48.

<sup>261</sup> Zob. np. wyrok Trybunału z dnia 15 października 2009 r., w sprawie Acoset, C-196/08, pkt 48; wyrok z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie Serrantoni i Consorzio stabile edili, C-376/08, pkt 22-24; pkt 31-32; pkt 41; wyrok Sądu z dnia 20 maja 2010 r. w sprawie Niemcy przeciwko Komisji, T-258/06, pkt 112.

<sup>262</sup> Wyrok Trybunału z dnia 21 kwietnia 2021 r. w sprawie T525/19, pkt 53.

<sup>263</sup> Dyrektywa klasyczna, art. 18 ust. 1; dyrektywa sektorowa, art. 36 ust. 1; dyrektywa koncesyjna, art. 3 ust. 1.

wykonawców odnosić należy do całokształtu czynności instytucji zamawiających związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego – również w obszarze postępowań o zawarcie umów ramowych<sup>264</sup>.

Odrębnego rozważenia wymaga możliwość zastosowania szczególnej zasady równego traktowania i niedyskryminacji wykonawców w zakresie realizacji umowy. Ewentualność taką dopuszcza np. Jakub Pawelec – uzasadniając ją zakresem zastosowania samej dyrektywy, która „statuuje generalne ramy prawne dotyczące całego procesu udzielania, tj. od fazy planowania, poprzez prowadzenie postępowania, do realizacji przedmiotu zamówienia”<sup>265</sup>. Podobne stanowisko zajmuje Krzysztof Horubski, który uznaje konieczność respektowania zasady równego traktowania „w trakcie wykonywania zamówienia”<sup>266</sup>. Z kolei Grzegorz Klich stwierdza, że Trybunał wywiódł odpowiednie reguły postępowania w zakresie wykonywania umów o zamówienie publiczne z ogólnych zasad udzielenia zamówień publicznych, w tym przede wszystkim z zasady równego traktowania i przejrzystości<sup>267</sup>. Natomiast w opinii Piotra Bogdanowicza, z perspektywy skuteczności prawa zamówień publicznych Unii Europejskiej kluczowe znaczenie ma więc, aby wskazane zasady niedyskryminacji, równego traktowania oraz przejrzystości obowiązywały również po zakończeniu procedury udzielenia zamówienia – aż do wykonania umowy przez wykonawcę<sup>268</sup>.

W przeciwnym wypadku obowiązek przestrzegania zasad udzielania zamówień na etapie postępowania o udzielenie zamówienia okazałby się wyłącznie pozorny. W rezultacie TSUE »rozciągnął« obowiązywanie tych zasad z etapu udzielenia zamówienia na fazę wykonywania umowy, nawet jeżeli ta ostatnia faza w dacie orzekania przez Trybunał nie była przedmiotem regulacji dyrektyw zamówieniowych, które w związku z tym nie mogły stanowić żadnego punktu odniesienia<sup>269</sup>.

Wydaje się jednak, że pogląd ten wymaga pewnego uściślenia. Należałoby bowiem odróżnić kwestie ewentualnego zastosowania zasady równego traktowania w realizacji umowy od problemu naruszenia tej zasady poprzez nieuprawnioną zmianę umowy. Przegląd orzecznictwa unijnego wskazuje, że problematyka znaczenia zasady równego traktowania wykonawców ujawnia się wyłącznie w drugim ze wskazanych aspektów,

<sup>264</sup> Wyrok Trybunału z dnia 17 czerwca 2021 r., C-23/20.

<sup>265</sup> J. Pawelec, *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, komentarz do art. 18, teza 1.

<sup>266</sup> K. Horubski, *Administracyjnoprawne instrumenty realizacji zamówienia publicznego*, Warszawa 2017, s. 14.

<sup>267</sup> G. Klich, *Zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego*, Warszawa 2016, s. 211.

<sup>268</sup> P. Bogdanowicz, *Modyfikacja umowy w prawie zamówień publicznych Unii Europejskiej*, Warszawa 2019, s. 39.

<sup>269</sup> *Ibidem*, s. 161.

tj. w kontekście zmiany umowy o zamówienie publiczne. Na przykład w wyroku wydanym w sprawie *Pressetext Nachrichtenagentur*, C-454/06, Trybunał stwierdził że

ze względu na cel zapewnienia przejrzystości procedur równego traktowania oferentów, zmiany w postanowieniach zamówienia publicznego w czasie jego trwania stanowią udzielenie nowego zamówienia w rozumieniu dyrektywy 92/50, jeżeli charakteryzują się one cechami w sposób istotny odbiegającymi od postanowień pierwotnego zamówienia i w związku z tym mogą wskazywać na wolę ponownego negocjowania przez strony podstawowych ustaleń tego zamówienia<sup>270</sup>.

Trybunał powołał się przy tym na wcześniejszy wyrok w sprawie *Komisja przeciwko CAS Succhi di Frutta*, C-496/99 P, w którym również uznano, że nieuprawniona zmiana warunków zamówienia w trakcie realizacji zamówienia prowadziłaby do naruszenia zasad przejrzystości i równego traktowania oferentów, ponieważ nie byłaby już gwarantowana obiektywność procedury ani jednolite stosowanie warunków zaproszenia do składania ofert (ang. *the uniform application of the conditions of the invitation to tender and the objectivity of the procedure would no longer be guaranteed*)<sup>271</sup>. Jak trafnie zauważa Aleksandra Kunkiel-Kryńska, z orzeczenia Trybunału wynika, że istotna zmiana postanowień umowy będzie jednak dopuszczalna, gdy strony przewidziały taką możliwość i określiły zasady takiej zmiany już na etapie składania ofert<sup>272</sup>.

Należy dostrzec, że „rozciągnięcie” obowiązywania zasady równego traktowania oparte zostało na przekonaniu, że zmiana postanowień umowy o zamówienie publiczne w czasie jej trwania może stanowić przejaw udzielenia nowego zamówienia<sup>273</sup>. Stąd należałoby przyjąć, że naruszenie równego traktowania wykonawców Trybunał związał z zaniechaniem przeprowadzenia nowej procedury o udzielenie zamówienia, a nie wyłącznie dokonaniem zmiany umowy. Wskazuje to na okoliczność, że modyfikacja umowy może wprawdzie stanowić naruszenie zasady równego traktowania, ale tylko jeśli jest wyrazem ominięcia procedur udzielania zamówień, w których ta zasada winna mieć zastosowanie.

---

<sup>270</sup> Wyrok Trybunału z dnia 19 czerwca 2008 r. w sprawie *Pressetext Nachrichtenagentur*, C-454/06, pkt 34.

<sup>271</sup> Pkt 121-122.

<sup>272</sup> A. Kunkiel-Kryńska, *Zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego w świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2014, nr 10, s. 44. Godny podkreślenia jest fakt, że Trybunał odwołał się w sprawie *Pressetext Nachrichtenagentur*, C-454/06, do zasady równego traktowania wykonawców jako wynikającej z całości kształtu regulacji. Zasada ta nie była bowiem jeszcze wprost wysłowiona w wówczas obowiązującym prawie unijnym. Dyrektywa Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnosząca się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi, na kanwie której wydano orzeczenie w sprawie *Pressetext Nachrichtenagentur*, przewidywała jedynie, że instytucje zamawiające mają zapewniać, aby nie istniała dyskryminacja między różnymi usługodawcami (art. 3 ust. 2). Trybunał przyjął zatem, że dyrektywy zamówieniowe realizują zasady niedyskryminacji i równego traktowania oraz obowiązek przejrzystości poprzez samo ustanowienie procedur udzielania zamówień.

<sup>273</sup> Pkt 34.



Do zasad udzielania zamówień publicznych w kontekście zmiany umowy o zamówienie publiczne Trybunał odwołał się również w orzeczeniu w sprawie *Consorzio Italian Management e Catania Multiserviz*, C-152/17. Włoska *Consiglio di Stato* przedłożyła Trybunałowi zapytanie o zgodność z prawem Unii regulacji prawa krajowego wykluczających możliwość okresowego dostosowywania cen w niektórych umowach o zamówienie publiczne. Trybunał uznał, że prawo unijne nie stoi na przeszkodzie takim normom, i odwołał się w tym zakresie m.in. do zasady równego traktowania wykonawców. Zauważyć jednak należy, że w tej sprawie Trybunał odnosił się więc w istocie do warunków zamówienia, określanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia, stwierdzając, że

cena zamówienia stanowi bardzo ważny czynnik przy ocenie ofert przez instytucję zamawiającą, a także przy podejmowaniu przez nią decyzji o udzieleniu zamówienia danemu wykonawcy [...]. W tych okolicznościach normy prawa krajowego, które nie przewidują okresowego dostosowania cen po udzieleniu zamówień należących do sektorów określonych w tej dyrektywie, przyczyniają się raczej do przestrzegania tych zasad [tj. zasad równego traktowania wykonawców i przejrzystości: przyp. aut.]<sup>274</sup>.

Oznacza to, że przedmiotem rozważań Trybunału nie była kwestia zastosowania zasady równego traktowania wykonawców w trakcie realizacji zamówienia, lecz zgodność z prawem unijnym regulacji krajowych określających treść projektowanych postanowień umowy będących częścią dokumentacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Interesujące z punktu analizowanego problemu są również rozważania Trybunału zawarte w orzeczeniu z 7 września 2016 r. w sprawie *Finn Frogne*, C-549/14. Trybunał stwierdził w nim – powołując się na dotychczasowe orzecznictwo – że zasada równego traktowania i wynikający z niej obowiązek przejrzystości stoją na przeszkodzie wprowadzaniu zmian w umowie, które odbiegają w sposób istotny od postanowień pierwotnego zamówienia, np. poprzez znaczące poszerzenie zamówienia o świadczenia bądź poprzez modyfikacje równowagi ekonomicznej strony umowy na korzyść oferenta. Z treści orzeczenia Trybunału wynika więc, że niektóre zmiany umowy mogą podawać w wątpliwość *ex post* udzielenie zamówienia w tym sensie, iż gdyby warunki te zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówienia, oceniano by inne oferty, a w postępowaniu mogliby brać udział inni wykonawcy<sup>275</sup>. Uszczegóławiając swój wywód, Trybunał stwierdził, że wprowadzenie takich zmian może być oceniane jako dokonywane z „pominięciem zasady równego traktowania, która winna obejmować wszystkie podmioty, które mogłyby być zainteresowane tym

<sup>274</sup> Pkt 29-30; art. 10 Dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych.

<sup>275</sup> Pkt 28.

zamówieniem (ang. *potentially interested*)<sup>276</sup>. Warto podkreślić, że w tym zakresie Trybunał oparł swoje rozstrzygnięcia na wykładni art. 2 Dyrektywy 2004/18/WE, stanowiącej, że instytucje zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty. Trybunał uznał, że przepis ten należy interpretować w ten sposób, że:

nie można do udzielonego już zamówienia publicznego wprowadzić istotnej zmiany, nie wszczynając przy tym nowej procedury udzielania zamówień [...]. Inaczej byłoby tylko wówczas, gdyby w dokumentacji tego zamówienia przewidziane zostało uprawnienie do dostosowania, już po udzieleniu zamówienia, jego pewnych, nawet istotnych, warunków, a także – szczegółowe warunki wykonania tego uprawnienia<sup>277</sup>.

Wydźwięk trybunałski wskazuje więc na to, że ewentualne naruszenie obowiązków równego traktowania byłoby w istocie związane z nierównym traktowaniem, do którego doszłoby w trakcie postępowania, a nie w trakcie realizacji umowy. Takie naruszenie sprowadzałoby się do zarzutu o brak związku warunków zamówienia sformułowanych w trakcie postępowania z późniejszą jego realizacją. Nierówne traktowanie odnosiłoby się zatem nie tylko do samych uczestników postępowania, ale także do tych, którzy w postępowaniu nie wzięli udziału, a byłiby potencjalnie tym zainteresowani, gdyby ostateczne warunki realizacji zamówienia były wskazane w postępowaniu. Na tym tle zrozumiałe więc wydaje się wskazanie, że zwiększenie zakresu zamówienia wymagałoby przeprowadzenia nowej procedury o udzielenie zamówienia, w celu umożliwienia udziału zainteresowanym podmiotom. Wskazuje to nie tyle na poszerzenie zakresu zastosowania zasady udzielania zamówień na fazę realizacji umowy, ile na pogłębienie jej znaczenia.

### 5.3. Znaczenie zasady równego traktowania i niedyskryminacji wykonawców

Jak wyżej wspomniano, dyrektywa wiąże każde państwo członkowskie, do którego jest kierowana, w odniesieniu do rezultatu, który ma być osiągnięty, pozostawia jednak organom krajowym swobodę wyboru formy i środków<sup>278</sup>. Natura dyrektyw jako całości odnosi się także do zawartych w niej postanowień. Oznacza to, że zawarta w dyrektywie szczególna zasada równego traktowania wykonawców – do czasu jej transpozycji do krajowego porządku prawnego – wyznacza kierunek działań legislacyjnych, wykonawczych czy administracyjnych, które mają być podjęte przez państwo członkowskie. Zgodnie z brzmieniem samych dyrektyw podstawową powinnością państw członkowskich w odniesieniu do zamówień publicznych objętych dyrektywa-

<sup>276</sup> Pkt 32.

<sup>277</sup> Pkt 40.

<sup>278</sup> Art. 288 (dawny art. 249 TWE).

mi jest właśnie ustanawianie przepisów koordynujących krajowe procedury udzielania zamówień w celu zagwarantowania praktycznego zastosowania podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych oraz otwierania zamówień na konkurencję<sup>279</sup>. W tym zakresie ujawnia się skuteczność szczególnej zasady równego traktowania wykonawców nie tylko jako wzorca zachowań instytucji zamawiających, lecz samego państwa działającego jako władza ustawodawcza i wykonawcza. Przy czym – jak wskazuje orzecznictwo trybunalskie – zobowiązanie państw członkowskich do osiągnięcia rezultatu wskazanego w dyrektywie, jak również powinność podjęcia wszelkich właściwych środków ogólnych lub szczególnych w celu zapewnienia wykonania tego zobowiązania, ciąży na wszystkich organach tych państw, w tym, w granicach ich kompetencji, na organach sądowych<sup>280</sup>.

Jednak roli dyrektyw, a w tym zawartej w nich szczególnej zasady równego traktowania wykonawców, nie można ograniczyć wyłącznie do źródła obowiązku podejmowania określonych działań implementacyjnych<sup>281</sup>. Znaczenie szczególnej zasady równego traktowania wykonawców ujawnia się również w prounijnej wykładni prawa krajowego. Należy przypomnieć, że zgodnie ze stanowiskiem Trybunału Sprawiedliwości

obowiązek zgodnej wykładni dotyczy wszystkich krajowych przepisów prawnych, zarówno wcześniejszych, jak i późniejszych w stosunku do rozpatrywanej dyrektywy [...] wymóg zgodnej wykładni prawa krajowego jest bowiem nieodłączną cechą systemu traktatowego, który umożliwia sądom krajowym zapewnienie w ramach ich właściwości pełnej skuteczności prawa wspólnotowego przy rozstrzygnięciu wniesionych przed nie sporów<sup>282</sup>.

W związku z tym obowiązek wykładni prawa krajowego w świetle dyrektyw sięga tak daleko, jak to jest możliwe<sup>283</sup>.

Powyższe oznacza, że szczególna zasada równego traktowania wykonawców – podobnie jak ogólna zasada równości – wyznacza znaczenie określonych przepisów prawa krajowego, w szczególności będąc źródłem wskazań i argumentów na rzecz wyboru takiego rezultatu wykładni prawa krajowego, który w największym stopniu realizuje cele prawa unijnego, w tym cele dyrektyw<sup>284</sup>. Trafnie ujął tę kwestię Trybunał w orzeczeniu z 4 lipca 2006 r. w sprawie C-212/04:

w razie dokonania transpozycji dyrektywy do porządku prawnego danego państwa członkowskiego po terminie oraz przy braku bezpośredniej skuteczności odpowiednich przepisów tejże dyrektywy, sądy krajowe są zobowiązane, z chwilą upływu terminu

<sup>279</sup> Zob. np. motyw 1 dyrektywy klasycznej oraz motyw 2 dyrektywy sektorowej.

<sup>280</sup> Wyrok Trybunału z dnia 12 maja 2011 r., C-115/09, pkt 53.

<sup>281</sup> W przypadku dyrektywy klasycznej zasadniczy termin na transpozycję jej postanowień minął 18 kwietnia 2016 r. Art. 90 dyrektywy klasycznej.

<sup>282</sup> Wyrok Trybunału z dnia 4 lipca 2006 r., C-212/04, pkt 108-109.

<sup>283</sup> Wyrok Trybunału z dnia 13 listopada 1990 r., C-106/89, pkt 8.

<sup>284</sup> A. Sołtysińska, *op. cit.*, s. 23; M. Ahlt, M. Szpunar, *Prawo europejskie*, Warszawa 2011, s. 47.

transpozycji, do dokonywania wykładni prawa wewnętrznego, tak dalece jak jest to możliwe, w świetle brzmienia dyrektywy i realizowanego przez nią celu, tak by osiągnięte zostały rezultaty wskazane dyrektywą, przychylając się do najbardziej zgodnej z tym celem wykładni przepisów krajowych oraz do przedstawienia rozstrzygnięcia zgodnego z postanowieniami tej dyrektywy.

Przedstawiony zakres zastosowania szczególnej zasady równego traktowania wykonawców determinuje w istocie jej pośrednią skuteczność w rozumieniu judykatury i nauki prawa europejskiego. Należy jednak przypomnieć, że bezpośrednia skuteczność określonych norm zawartych w dyrektywach jest również możliwa, choć warunkowo. Uzależniona jest bowiem od spełniania się określonych okoliczności, tj. niewdrożenia jej postanowień w terminie lub wdrożenia nieprawidłowego. W orzecznictwie i literaturze stwierdza się też, że postanowienia dyrektyw mogą stanowić wprost podstawę ochrony praw jednostek w sytuacji, gdy państwo nie implementuje przepisów dyrektyw w określonym czasie albo implementacja okazuje się nieprawidłowa<sup>285</sup>.

Nie można jednak powoływać się na dyrektywę, jeśli nie została jeszcze transponowana do wewnętrznego porządku prawnego danego państwa członkowskiego, a termin jej wdrożenia jeszcze nie upłynął<sup>286</sup>. Skutek bezpośredni dyrektyw ma zatem charakter wtórny i sankcyjny<sup>287</sup>. Dodatkowym warunkiem bezpośredniej skuteczności konkretnych przepisów dyrektyw będzie jednak ich odpowiednio precyzyjna treść oraz bezwarunkowy charakter<sup>288</sup>. Ponadto realizacja uprawnień wynikających bezpośrednio z poszczególnych przepisów dyrektyw nie może być uzależniona od wydania przez państwo członkowskie jakichkolwiek aktów wykonawczych<sup>289</sup>. Cezary Mik stwierdza w związku z tym, że określonemu przepisowi dyrektywy trzeba będzie odmówić waloru bezpośredniej skuteczności – nawet jeśli będzie bezwarunkowy – jeśli państwo dysponować będzie dużym marginesem swobody w wyborze sposobów jego implementacji<sup>290</sup>. Jednak w razie spełnienia warunków bezpośredniej skuteczności dyrektywy określone podmioty mogą powoływać się na jej przepisy przed sądem krajowym albo organami administracyjnymi.

Ewentualna bezpośrednia skuteczność samej szczególnej zasady równego traktowania wykonawców wyrażać się więc może w wyznaczaniu obowiązków równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne w sytuacji braku odpowiednich regulacji prawa krajowego albo w uchyleniu skuteczności normy (wykluczenia) prawa

<sup>285</sup> L. Kieres, *op. cit.*, s. 60.

<sup>286</sup> Wyrok Trybunału z dnia 12 grudnia 2013 r. w sprawie *Portgás*, C-425/12, pkt 39; Wyrok Trybunału z dnia 12 maja 2011 r., C-115/09, pkt 54.

<sup>287</sup> C. Mik, *op. cit.*, s. 567.

<sup>288</sup> C-115/09, pkt 54.

<sup>289</sup> M. Ahlt, M. Szpunar, *op. cit.*, s. 40; J. Maśnicki, *Bezpośredni skutek dyrektyw w relacjach trian-gularnych*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2017, nr 3, s. 5.

<sup>290</sup> C. Mik, *op. cit.*, s. 567.

krajowego sprzecznej z dyrektywą i jej substytucji przez szczególną zasadę równego traktowania wykonawców<sup>291</sup>. Warunkiem bezpośredniej skuteczności szczególnej zasady równego traktowania wykonawców musiałyby więc być co najmniej wynikanie z niej konkretnych i bezwarunkowych obowiązków spoczywających na określonych podmiotach (minimalny wymiar skuteczności) lub też proceduralna możliwość powołania się przed sądem krajowym przez ubiegających się o zamówienia publiczne na skorelowane z nimi uprawnienia materialne (maksymalny wymiar skuteczności)<sup>292</sup>.

Jednakże, ogólne ujęcie przepisu określającego nakaz równego traktowania oraz zakaz dyskryminacji każe przyjąć, że jego zakres normowania dotyczy obowiązków „pierwszego rzędu” (łac. *prima facie*) o charakterze kierunkowym, w przypadku których nie można mówić o ich całkowitym wypełnieniu lub niewypełnieniu – co wyklucza w tej części jej bezpośrednią skuteczność. Nie przesądza to jednak, że w procesie stosowania prawa z obowiązków kierunkowych nie mogą być wywodzone instrumentalnie powiązane z nimi obowiązki konkretne. Oznacza to jednak, że bezpośrednia skuteczność normy zawartej w szczególnej zasadzie równego traktowania wykonawców nie jest jej oczywistą, stałą i definitywną właściwością. Przeciwnie – możliwość będzie wyjątkowa. Zależać będzie każdorazowo od stwierdzenia przez organ stosujący prawo istnienia obowiązków konkretnych wynikających z ogólnego obowiązku równego traktowania i niedyskryminacji. Dopiero rozpoznanie takich obowiązków oraz ewentualne ustalenie związanych z nimi określonych uprawnień ubiegających się o zamówienia publiczne pozwoli w konkretnym przypadku na bezpośrednio skuteczne oddziaływanie szczególnej zasady równego traktowania wykonawców. Sytuacje takie mogą być związane w szczególności z zakazem dyskryminacji.

Jak wskazano wyżej, skutek bezpośredni określonych norm prawa europejskiego może mieć naturę wertykalną lub horyzontalną. Wertykalna skuteczność szczególnej zasady równego traktowania wykonawców przejawiać się więc będzie w tym, że będzie wyznaczać obowiązki państwa wobec jednostek, które z kolei mogą powoływać się na tę zasadę jako źródło swoich praw przeciwko państwu członkowskiemu.

<sup>291</sup> N. Półtorak, *Ochrona uprawnień...*, s. 183-185.

<sup>292</sup> Kwestia bezpośredniej skuteczności może dotyczyć również innych postanowień dyrektyw zamówieniowych niż odnoszące się do zasad udzielania zamówień. Na przykład w okoliczności nietransponowania w terminie do prawa krajowego dyrektywy Trybunał uznał bezpośrednią skuteczność przepisów dotyczących wspólnych reguł uczestnictwa w postępowaniu o zamówienie publiczne zawartych w dyrektywie 92/50/EWG odnoszącej się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi (C-46/15, pkt 19). Natomiast w kontekście nieprawidłowej implementacji Trybunał uznał bezpośrednią skuteczność np. przepisów dotyczących zakresu zastosowania dyrektywy 89/665/EWG w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane oraz zawartych w niej przepisów dotyczących środków odwoławczych (art. 1 ust. 1; art. 2 ust. 1 lit. a i b; C-391/15, pkt 41). W innej sprawie Trybunał uznał bezpośrednią skuteczność przepisu przewidującego możliwość przedstawienia przez wykonawcę dowodów potwierdzających jego rzetelność pomimo istnienia odpowiedniej podstawy wykluczenia (C-387/19, pkt 50).

Natomiast horyzontalność przejawiać się będzie w tym, że jednostki mogą powoływać się na zasadę równego traktowania, domagając się spełnienia przez inne jednostki wyznaczonych przez nią obowiązków. Wyróżnienie wertykalnego i horyzontalnego skutku bezpośredniego norm prawa europejskiego wspiera się więc na założeniu istnienia stosunków wertykalnych i horyzontalnych<sup>293</sup>. Takie ujęcie stosunków prawnych, a co za tym idzie – wymiaru zakresu normowania norm prawnych – jest jednak modelowe. Jak stwierdzono wyżej, odnosi się bowiem do pewnych wzorcowych ujęć, opisywanych w ramach podziału dychotomicznego.

Ze specyfiki aktu normatywnego, jakim są dyrektywy, wynika, że ewentualna skuteczność zawartych w nim norm, w tym zasady równego traktowania, odnosi się przede wszystkim do obowiązków spoczywających na państwie członkowskim. Okoliczność ta jest powodem dla przyjmowanej dość często na gruncie orzecznictwa i nauki koncepcji o wyłącznie wertykalnej skuteczności dyrektyw unijnych, a tym samym o braku możliwości odnoszenia zawartych w niej postanowień do relacji horyzontalnych, tj. zachodzących wyłącznie między jednostkami<sup>294</sup>. Jak skonstatował Trybunał w sprawie C-413/15 Farrell,

dyrektywa nie może samoistnie tworzyć obowiązków po stronie jednostki, wobec czego nie można powoływać się na nią wobec jednostki [...]. Rozszerzenie możliwości powoływania się na nieprzetransponowane dyrektywy o dziedzinę stosunków między jednostkami oznaczałoby bowiem przyznanie Unii Europejskiej uprawnienia do nakładania w sposób bezpośrednio skuteczny zobowiązań na jednostki, podczas gdy ma ona tę kompetencję wyłącznie w obszarach, w których powierzono jej uprawnienie do wydawania rozporządzeń<sup>295</sup>.

Odnoszenie skuteczności zasady równego traktowania do obowiązków spoczywających wyłącznie na państwie członkowskim nie zamyka jednak definitywnie problematyki horyzontalności czy wertykalności. Warto bowiem przypomnieć, że na gruncie prawa europejskiego, w tym w praktyce orzeczniczej Trybunału Sprawiedliwości, pojęcie państwa, do którego odnosi się kwestie bezpośredniej skuteczności dyrektyw, rozumiane jest szeroko. Maciej Szpunar zauważa, że szerokie rozumienie terminu „państwo” jest sposobem zapewnienia skuteczności dyrektyw<sup>296</sup>. Natomiast Nina Półtorak stwierdza nawet, że nie wydaje się uzasadnione i możliwe stworzenie jednolitej definicji państwa na potrzeby różnorodnych przepisów prawa wspólnotowego<sup>297</sup>. Wskazuje to na pewną niedoskonałość opisu skuteczności dyrektyw poprzez odwołanie się do określeń „wertykalna” bądź „horyzontalna”.

<sup>293</sup> S. Biernat, *Prawo Unii Europejskiej...*, s. 277.

<sup>294</sup> M. Ahl, M. Szpunar, *op. cit.*, s. 45; M. Szpunar, *Odpowiedzialność podmiotu...*, s. 108.

<sup>295</sup> Pkt 31.

<sup>296</sup> M. Szpunar, *Odpowiedzialność podmiotu...*, s. 110.

<sup>297</sup> N. Półtorak, *Pojęcie państwa w prawie Wspólnot Europejskich (zarys problemu)*, [w:] *Studia z prawa Unii Europejskiej*, red. S. Biernat, Kraków 2000, s. 107.



Podstawową racją, dla której określone podmioty zaliczane są do kręgu zobowiązanych, wobec których można powoływać się na bezpośrednią skuteczność norm dyrektyw, jest okoliczność, w której państwo mogłoby odnieść korzyść z naruszenia prawa unijnego<sup>298</sup>. Z tego powodu pod terminem „państwo” należałoby rozumieć nie tylko organy władzy państwowej lub inne instytucje wykonujące władzę publiczną, ale również podmioty podporządkowane władzy państwowej, znajdujące się pod jej kontrolą i wyposażone przez państwo w prawa szczególne lub wyłączne<sup>299</sup>. W sprawie C-188/89 Foster Trybunał, dokonując syntezy dotychczasowego orzecznictwa, stwierdził, że jednostki mogą powoływać się na bezwarunkowe i wystarczająco jasne przepisy dyrektywy wobec instytucji lub podmiotów podlegających zwierzchnictwu lub kontroli państwa lub posiadających uprawnienia wykraczające poza normy obowiązujące w stosunkach między jednostkami<sup>300</sup>. Trybunał przedstawił pojęcie emanacji państwa, uznając, że

podmiot, któremu – niezależnie od jego formy prawnej – powierzono na podstawie aktu władzy publicznej wykonywanie pod jej kontrolą usług użyteczności publicznej i który dysponuje w tym celu uprawnieniami wykraczającymi poza normy obowiązujące w stosunkach między jednostkami, zalicza się w każdym wypadku do grupy podmiotów, w odniesieniu do których można powoływać się na przepisy dyrektywy wywierające bezpośredni skutek<sup>301</sup>.

Stanowisko Trybunału w sprawie Foster, pomimo częściowej krytyki, wyznaczyło kierunek dalszej myśli orzeczniczej<sup>302</sup>. Znamienna jest też opinia wyrażona przez rzecznika generalnego Ottona Lenza w sprawie C-247/89. Zgodnie z nią jest całkiem możliwe, że organizacja może zostać uznana za „państwo”, nawet jeśli formalnie nie stanowi części państwa, ale zależy od władz publicznych pod względem kadrowym, materialnym lub finansowym<sup>303</sup>.

Badacze problemu stwierdzają ponadto, że dyrektywa jest bezpośrednio skuteczna nie tylko wówczas, gdy państwo działa jako podmiot władczy, ale także gdy działa w zakresie prawa prywatnego<sup>304</sup>. Postanowienia dyrektyw mogą być więc bezpośrednio skuteczne również wobec podmiotów utworzonych na podstawie prawa prywatnego, które pozostają wprawdzie pod kontrolą państwa i wykonują określone zadania powierzone im przez państwo „w sferze gospodarczej”<sup>305</sup>.

<sup>298</sup> Wyrok Trybunału z dnia 10 października 2017 r. w sprawie Farrell, C-413/15, pkt 32 i orzecznictwo tam przywołane; S. Weatherill, *op. cit.*, s. 24-25.

<sup>299</sup> A. Sołtysińska, *op. cit.*, s. 22-23; C. Mik, *op. cit.*, s. 559.

<sup>300</sup> Pkt 18.

<sup>301</sup> Pkt 20.

<sup>302</sup> M. Szwarc-Kuczer, *op. cit.*, s. 217.

<sup>303</sup> C-247/89, pkt 17.

<sup>304</sup> M. Ahl, M. Szpunar, *op. cit.*, s. 44; M. Szpunar, *Odpowiedzialność podmiotu...*, s. 19; S. Biernat, *Prawo Unii Europejskiej...*, s. 285.

<sup>305</sup> Zob. też: Wyrok Trybunału z dnia 10 października 2017 r. w sprawie Farrell, C-413/15, pkt 35 oraz Wyrok Trybunału z dnia 12 grudnia 2013 r. w sprawie Portgás, C-425/12, pkt 24.

Powyższe pozwala przyjąć, że kwestie bezpośredniej skuteczności dyrektyw należy odnieść do obowiązków wszystkich rodzajów instytucji zamawiających objętych europejskim systemem zamówień publicznych, w tym państwa, władz regionalnych lub lokalnych, podmiotów prawa publicznego lub związków złożonych z co najmniej jednej takiej instytucji lub z co najmniej jednego takiego podmiotu prawa publicznego<sup>306</sup>. Racje dla takiego pojmowania bezpośredniej skuteczności prawa pochodnego należy wiązać więc nie tylko z aktywnością władzy publicznej jako takiej, ale też z doniosłością określonej aktywności w sferze publicznej. Oznacza to w sposób oczywisty, że obszar działalności instytucji, które wprawdzie nie są podmiotami władzy publicznej, ale udzielają publicznych zamówień, do których odnoszą się postanowienia dyrektyw zamówieniowych, jest sferą możliwej bezpośredniej ich skuteczności. Ewentualne różnicowanie instytucji zamawiających w tym zakresie prowadziłoby wprost do nierównego położenia podmiotów ubiegających się o zamówienia publiczne, w przypadku niewypełnienia przez państwo obowiązków związanych z prawidłowym wdrożeniem dyrektyw<sup>307</sup>.

Jednocześnie, zobowiązanie do wypełniania obowiązków wynikających z dyrektywy przez określony podmiot nie musi być uzależnione od stwierdzenia, że ponosi on rzeczywistą odpowiedzialność z tytułu braku wdrożenia przez państwo jej postanowień do krajowego porządku prawnego<sup>308</sup>. Wskazuje to też na zasadność rozróżnienia obowiązków adresatów dyrektyw oraz obowiązków adresatów norm zawartych w dyrektywach w przypadku ich bezpośredniego zastosowania<sup>309</sup>.

Konkluzje powyższe korespondują z opinią rzecznik generalnej Eleanor Sharpston wyrażoną w sprawie C-413/15 Farrell. Rzecznik generalna stwierdziła, że w prawie zamówień publicznych Unii Europejskiej pojęcie państwa i podmiotów działających w jego imieniu jest zbieżne z pojęciem instytucji zamawiającej. Od tego z kolei zależy, czy zamówienia należy udzielić zgodnie z przepisami w zakresie zamówień publicznych czy też zgodnie z inną procedurą<sup>310</sup>. Uznała jednocześnie, że aktualny stan prawny i orzecznictwo każe zaliczać automatycznie do kręgu zobowiązanych, wobec których można powoływać się na bezpośrednią skuteczność dyrektyw, wszelkie organy władz miejskich, regionalnych, lokalnych lub równoważne organy jako podmioty działające w imieniu państwa, podmioty będące własnością państwa lub pozostające pod jego kontrolą oraz podmioty, którym państwo powierza świadczenie usługi użyteczności publicznej, której wykonaniem w przeciwnym wypadku mogłoby zajmować się bezpośrednio samo państwo, i wyposażyło te podmioty

<sup>306</sup> Art. 2 ust. 1 pkt 1 dyrektywy klasycznej.

<sup>307</sup> C. Mik, *op. cit.*, s. 573-574.

<sup>308</sup> Zob. opinia RG E. Sharpston w sprawie Farrell, C-413/15, pkt 30.

<sup>309</sup> R. Mastroianni, *On the Distinction Between Vertical and Horizontal Direct Effects of Community Directives: What Role for the Principle of Equality?*, „European Public Law” 1999, vol. 5, is. 3, s. 426.

<sup>310</sup> Pkt 91.

w swego rodzaju dodatkowe uprawnienia, aby umożliwić im skuteczną realizację misji. Eleanor Sharpston zaproponowała jednocześnie, by o przynależności do grupy podmiotów reprezentujących państwo nie przesądzały ich forma prawna, finansowanie ze środków publicznych, a nawet sprawowanie przez państwo bieżącej kontroli lub kierownictwa w odniesieniu do działalności wykonywanej przez ten podmiot. Podstawowa przesłanka zawarta jest w zasadzie, zgodnie z którą jednostka może powoływać się na precyzyjne i bezwarunkowe przepisy dyrektywy przeciwko państwu, niezależnie od charakteru, w jakim państwo występuje, ponieważ konieczne jest uniemożliwienie czerpania przez państwo korzyści z uchybienia przez nie przepisom prawa Unii<sup>311</sup>.

Słuszność powyższej konstatacji potwierdza dodatkowo fakt, że o ewentualnej bezpośredniej skuteczności norm dyrektyw w zamówieniach publicznych można mówić także w kontekście sytuacji nietypowych, w tym tzw. relacji triangularnych<sup>312</sup>. Skutek postanowień dyrektyw w układzie trójstronnym analizuje się poprzez uwzględnienie takiego wpływu na sytuację prawną innego podmiotu ubiegającego się o zamówienie publiczne niebędącego stroną sporu<sup>313</sup>. Można go określić również jako uboczny czy refleksywny skutek bezpośredni<sup>314</sup>. W literaturze spotkać można nawet pogląd, zgodnie z którym w relacjach o charakterze triangularnym wyłączenie skutku horyzontalnego poprzez uznanie zakazu nakładania obowiązków na jednostki staje się fikcją<sup>315</sup>.

Ponadto, nie można także wykluczyć możliwości bezpośredniej skuteczności określonych postanowień dyrektyw w relacjach zachodzących między organami państwa – albo szerzej – między podmiotami mieszczącymi się w pojęciu „państwa” w prawie europejskim. W literaturze stwierdza się, że z taką sytuacją można mieć do czynienia w przypadku, gdy jeden organ państwowy (np. instytucja kontrolująca) powołuje się na bezpośrednio skuteczny przepis dyrektywy wyznaczający obowiązki innemu organowi państwowemu (np. kontrolowanej instytucji zamawiającej)<sup>316</sup>. Kwestia ta ujawniła się również na gruncie orzecznictwa. I tak w orzeczeniu C-425/12 *Portgás* odnoszącym się do Dyrektywy 93/38/EWG koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji Trybunał stwierdził, że organy władzy państw członkowskich powinny być w stanie sprawić, że przepisy dyrektywy będą przestrzegane przez podmioty, którym zostało powierzone świadczenie usług użyteczności publicznej i które dysponują w tym celu uprawnieniami wykraczającymi

<sup>311</sup> Pkt 120, pkt 151.

<sup>312</sup> S. Biernat, *Prawo Unii Europejskiej...*, s. 277.

<sup>313</sup> J. Maśnicki, *op. cit.*, s. 4 i 8; sceptycznie M. Szpunar, *Odpowiedzialność podmiotu...*, s. 142-246.

<sup>314</sup> K. Wójtowicz, *Bezpośredni skutek...*, s. 69.

<sup>315</sup> J. Maśnicki, *op. cit.*, s. 12.

<sup>316</sup> W. Hartung, *Wstęp*, [w:] W. Hartung, M. Bağlaj, T. Michalczyk, M. Wojciechowski, J. Krysa, K. Kuźma, *Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 10.

poza normy obowiązujące w stosunkach między jednostkami. Trybunał uznał za wewnątrznie sprzeczną sytuację, w której władze państwowe i podmioty spełniające wskazane przesłanki mają obowiązek stosowania dyrektywy, a jednocześnie nie miałyby możliwości spowodowania – także przed sądami krajowymi – przestrzegania przez takie podmioty przepisów dyrektyw. Rozwiązanie takie umożliwiłoby bezpośrednio skuteczność dyrektyw w sytuacji, gdy na jej postanowienia powoływałby się podmiot ubiegający się o zamówienie, ale już uniemożliwiłoby bezpośrednią skuteczność w przypadku, gdy powołującym się byłby organ państwowy. W takich okolicznościach omawiana dyrektywa nie znajdowałaby już jednolitego zastosowania w wewnętrznym porządku prawnym danego państwa członkowskiego<sup>317</sup>. W konkluzji Trybunał uznał, że zamawiający znajdujący się w wyżej wskazanych okolicznościach ma obowiązek przestrzegania przepisów dyrektywy, a w konsekwencji organy władzy państwa członkowskiego mogą powołać się wobec niego na te przepisy<sup>318</sup>.

Wskazuje to, że po pierwsze na gruncie zamówień publicznych pewnemu zachwianiu ulega zastosowanie dychotomicznego podziału na horyzontalny i wertykalny wymiar bezpośredniej skuteczności postanowień dyrektyw. Wynika to z obecności w gronie instytucji zamawiających podmiotów niebędących „członem” czy „emanacją” państwa w ścisłym znaczeniu<sup>319</sup>. Racją dla skuteczności postanowień dyrektywy jest w tym przypadku przynależność do kategorii podmiotów zobowiązanych do stosowania procedur udzielania zamówień publicznych. Po drugie – bezpośrednia skuteczność postanowień dyrektyw staje się bardziej dopuszczalna w ramach koncepcji zorientowanej na obowiązki państwa, a nie tylko na uprawnienia jednostek. W takim przypadku podstawową racją dla bezpośredniej skuteczności przepisów dyrektyw jest bowiem to, że z dyrektywy wynikają określone obowiązki, a nie korzyści powołującego się na takie przepisy. Korzyść w takim przypadku może przysługiwać

<sup>317</sup> Pkt 34-37.

<sup>318</sup> Pkt 39. Należy jednak zaznaczyć, że orzeczenie Trybunału poprzedzała sceptyczna w tym zakresie opinia RG N. Wahla. Stwierdził on, że możliwość powołania się przez organ władzy państwowej na nieprzestrzeganie przepisów dyrektywy przeciwko innemu członowi państwa wchodzi w zakres problematyki niezwiązanej z tradycyjnymi rozważaniami dotyczącymi wertykalnej – i *a fortiori* horyzontalnej – bezpośredniej skuteczności dyrektyw, lecz ma źródło w nałożonym na wszystkie władze państwowe obowiązku zastosowania się do przepisów dyrektyw oraz lojalnej współpracy i zapewnienia wykonania zobowiązań wynikających z traktatów lub aktów instytucji. W ocenie N. Wahla z orzecznictwa oraz jego interpretacji przez piśmiennictwo naukowe wynika, że dwa bieguny wertykalnego związku charakteryzującego bezpośrednią skuteczność dyrektyw wskazują na obecność z jednej strony „państwa członkowskiego” (lub jednego z jego członów czy emanacji) – przeciwko któremu można powołać się na przepisy dyrektywy nietransponowanej lub nieprawidłowo transponowanej do porządku krajowego oraz, z drugiej strony, „jednostki”, która jest jedyną uprawnioną do podnoszenia tych przepisów po upływie terminu na ich transponowanie. Rzecznik przyznał jednocześnie, że w orzecznictwie trybunalskim dopuszczono możliwość powoływania się na bezpośrednią skuteczność dyrektywy przez wspólnoty publiczne, *a priori* utożsamiane z członami państwa, o ile traktowane są jako jednostki (C-425/12, pkt 52-55).

<sup>319</sup> M. Szpunar, *Odpowiedzialność podmiotu...*, s. 20.

innym podmiotom: np. członkom wspólnoty publicznej czy innej osobie prawnej typu korporacyjnego.

Proponowany sposób pojmowania bezpośredniej skuteczności dyrektyw koresponduje z opinią niektórych badaczy postulujących uznanie horyzontalnego wymiaru skutku bezpośredniego dyrektyw. Naczelne argumenty zwolenników takiego podejścia odwołują się właśnie do negatywnych następstw społecznych braku horyzontalnego skutku dyrektyw oraz do zasady równości, które wskazują na potrzebę równej ochrony jednostek – zarówno w stosunkach wertykalnych, jak i horyzontalnych<sup>320</sup>. W tym zakresie zaproponowano w literaturze koncepcje rozróżniające funkcje dyrektyw jako „miecza” oraz „tarczy”. W teorii tej wykluczona zostaje możliwość zastosowania dyrektyw jako źródła obowiązków dochodzonych od podmiotów prywatnych („miecz”), dopuszcza się jednocześnie ochronę przed roszczeniami wywodzonymi z norm prawa krajowego, ale niezgodnymi z postanowieniami dyrektyw („tarcza”, ang. *protective screen against contrary national law*)<sup>321</sup>.

W postulatach zwraca się również uwagę na możliwość istnienia „elementu publicznoprawnego” jako argumentu przemawiającego za możliwością bezpośredniego zastosowania dyrektyw w stosunkach horyzontalnych<sup>322</sup>. Propozycja ta jawi się jako szczególnie istotna właśnie na kanwie zamówień publicznych. Wprawdzie Maciej Szpunar sceptycznie odnosi się do tej koncepcji, ale przywołuje okoliczności, które zdają się ją jednocześnie uzasadniać. Stwierdza mianowicie, że w różnych państwach członkowskich, a nawet w obrębie krajowych systemów prawnych rozgraniczenia prawa publicznego i prywatnego są różnie pojmowane, a stosowane w tym celu kryteria niejasne<sup>323</sup>. Fakt ten skutecznie podaje w wątpliwość nie tyle dopuszczalność bezpośredniej skuteczności norm prawnych w stosunkach horyzontalnych, ile zasadność samego podziału na stosunki horyzontalne i wertykalne.

W literaturze stwierdza się wreszcie, że ograniczenie możliwości dochodzenia praw na podstawie dyrektyw wyłącznie wobec podmiotów publicznych, z wyłączeniem podmiotów prywatnych, które funkcjonują na tym samym rynku obok podmiotów publicznych, stanowi ewidentny przejaw dyskryminacji, zarówno z per-

<sup>320</sup> C. Mik, *op. cit.*, s. 573-574 i literatura tam przywołana; K. Głębocki, *Bezpośrednia skuteczność dyrektyw wspólnotowych w krajowym porządku prawnym*, „Studia Europejskie” 1999, nr 3, s. 77; S. Weatherill, *op. cit.*, s. 25; A. Clapham, *Human Rights in the Private Sphere*, Oxford 1996, s. 188 i 269.

<sup>321</sup> Pogląd ten wspiera się w istocie na idei odmawiającej prawa powoływania się przez stronę na racje sprzeczne z jej wcześniejszymi racjami w tej samej sprawie, czyli zaprzeczania samemu sobie (łac. *non concedit venire contra factum proprium*), zbliżonej do cywilistycznej konstrukcji nadużycia prawa zawartej w art. 5 Kodeksu cywilnego czy anglosaskiej konstrukcji *estoppel*. M. Szpunar, *Odpowiedzialność podmiotu...*, s. 133 i literatura tam przywołana; M. Piechocki, *Bezpośrednia horyzontalna i incydentalnie horyzontalna skuteczność dyrektyw w krajowym porządku prawnym*, [w:] *Stosowanie prawa wspólnotowego w prawie wewnętrznym...*, s. 87.

<sup>322</sup> M. Szpunar, *Odpowiedzialność podmiotu...*, s. 133-135 i literatura tam przywołana.

<sup>323</sup> *Ibidem*, s. 134.

spektywy uprawnionych, jak i zobowiązanych<sup>324</sup>. Argumentacji tej należałoby przypisać największą rangę. Odwołuje się ona bowiem do szerszego kontekstu, jakim jest położenie prawne różnych podmiotów w europejskim systemie prawnym, oraz angażuje fundamentalną wartość, jaką jest równość tych podmiotów. Ponadto skoro dyrektywy są adresowane do wszystkich państw członkowskich, to brak implementacji w którymkolwiek z nich stwarza stan nierówności również w obrębie całej Unii<sup>325</sup>.

Należy w końcu wspomnieć uzupełniająco o faktycznym zastosowaniu szczególnej zasady równego traktowania i niedyskryminacji wykonawców (a przy tym innych postanowień zawartych w dyrektywach zamówieniowych) w zamówieniach publicznych nieobjętych zakresem zastosowania dyrektyw. Kwestia ta nie jest związana z formalnym zastosowaniem dyrektyw zamówieniowych ani zawartych w nich norm. Ma jednak dodatkowo wymiar empiryczny, ponieważ dotyczy dostrzegalnego znaczenia dyrektyw w praktyce, w tym jako źródeł wskazań rozwiązań legislacyjnych, albo nawet szczegółowych konstrukcji prawnych, a także jako źródeł kierunków wykładni ustanowionego już prawa krajowego. Naturalnie, zjawisko refleksowego oddziaływania unijnego prawa pochodnego może również podlegać ocenie. Jako pozytywny może być oceniony wpływ dyrektyw (oraz związanego z nim orzecznictwa) na wykładnię prawa krajowego, skutkujący większą jednolitością stanowisk judykatury. Z kolei przejawem niepożądanego wpływu może być zjawisko wdrażania przepisów prawa Unii Europejskiej w szerszym zakresie niż jest to minimalnie wymagane (ang. *gold plating*)<sup>326</sup>. Wyraża się ono w nadmiernej regulacji, wynikającej z prostej i rozszerzającej faktycznej transpozycji postanowień dyrektyw do prawa krajowego albo nieuwzględnianiu w prawodawstwie krajowym wyłączeń przewidzianych w dyrektywach.

## 6. Ogólne zasady równości w zamówieniach publicznych a szczególna zasada równego traktowania i niedyskryminacji wykonawców

Ukształtowanie się szczególnej zasady równego traktowania i niedyskryminacji wykonawców wyznacza potrzebę określenia zakresu zastosowania ogólnych zasad równości w zamówieniach publicznych. Wprawdzie zakres harmonizacji zamówień publicznych w ramach Unii Europejskiej wytyczony jest zakresem obowiązywania Traktatów, ale jednocześnie obszar zamówień publicznych tylko w części objęty jest regulacją dyrektyw zamówieniowych. Oznacza to więc konieczność uwzględnienia

<sup>324</sup> R. Mastroianni, *op. cit.*, s. 432-433; S. Biernat, *Prawo Unii Europejskiej...*, s. 285.

<sup>325</sup> M. Piechocki, *op. cit.*, s. 87.

<sup>326</sup> *Final report of the high level group on cutting red tape in Europe – legacy and outlook*, Bruksela 2014, s. 10 i 20, <https://ec.europa.eu>, [dostęp: 11.01.2022]; M. Jabłoński, *The Danger of So-Called Regulatory 'Gold-Plating' in Transposition of EU Law – Lessons from Poland*, „Studia Iuridica” November 2017, nr 71, s. 76-77; D.C. Dragos, R. Vornicu, *op. cit.*, s. 205-206.



w analizie europejskiego wymiaru obowiązków równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne dystynkcji zachodzącej między zamówieniami publicznymi podlegającymi dyrektywom zamówieniowym a pozostałymi zamówieniami.

### **6.1. Znaczenie ogólnych zasad równości w zamówieniach publicznych objętych dyrektywami zamówieniowymi**

W obszarze zamówień publicznych objętych zakresem dyrektyw zamówieniowych ogólne zasady równości stanowią przede wszystkim źródło obowiązków dotyczących stanowienia prawa pochodnego. Obowiązywanie zasad ogólnych wyznacza bowiem konieczność zawierania w dyrektywach przepisów, które służą urzeczywistnianiu wartości, do których zasady ogólne się odnoszą. Zgodnie z motywami legislacyjnymi wyrażanymi w dyrektywach zamówieniowych, to właśnie potrzeba zagwarantowania praktycznego zastosowania zasad traktatowych, a w szczególności zasad dotyczących swobodnego przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług, a także zasad, które się z nich wywodzą, w tym zasady równego traktowania czy zasady niedyskryminacji, jest powodem ustanawiania przepisów koordynujących krajowe procedury udzielania zamówień publicznych<sup>327</sup>. Zbieżne z tymi intencjami pozostają stanowiska artykułowane na gruncie orzecznictwa, gdzie stwierdza się wprost, że unijne prawodawstwo dotyczące zamówień publicznych zostało opracowane w celu zapewnienia poszanowania na poziomie wspólnotowym zasad wolnej konkurencji, swobody przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług<sup>328</sup>.

Z kolei w kontekście wdrażania w krajowym porządku prawnym postanowień obowiązujących już dyrektyw, treść ogólnych zasad równego traktowania wskazuje kierunki wykładni dyrektyw oraz sposobów ich wdrażania. Jak stwierdza się na gruncie dyrektyw zamówieniowych oraz w orzecznictwie, państwa członkowskie są zobowiązane do przestrzegania prawa unii przy implementowaniu w ustawodawstwie, przepisach wykonawczych czy administracyjnych postanowień dyrektyw<sup>329</sup>. Wynika to z faktu, że treść niektórych postanowień dyrektyw oraz proces ich implementacji pozostawia państwom członkowskim określone pole dla interpretacji. Sposób korzystania ze swobody wykonywania postanowień dyrektyw wyznacza m.in. treść ogólnych zasad równego traktowania. Jak stwierdził Trybunał we wspomnianym już wyżej orzeczeniu z 23 grudnia 2009 r. w sprawie C-376/08 Serrantoni, dyrektywy

---

<sup>327</sup> Zob. np. motyw 9 dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych; motyw 1 dyrektywy klasycznej albo motyw 2 dyrektywy sektorowej.

<sup>328</sup> Pkt 47.

<sup>329</sup> Zob. np. art. 57 ust. 7 dyrektywy klasycznej, orzeczenie Trybunału z dnia 30 stycznia 2020 r. w sprawie C 398/18, pkt 44.

zamówieniowe sprzeciwiają się wszelkim krajowym środkom, które nawet stosowane bez dyskryminacji ze względu na narodowość – są tej natury, że zakazują, utrudniają lub czynią mniej atrakcyjnym korzystanie przez obywateli wspólnotowych ze swobód przedsiębiorczości i świadczenia usług zagwarantowanych przepisami Traktatu. Państwa członkowskie mają jednak pewien zakres swobodnego uznania w zakresie przyjmowania środków mających zagwarantować poszanowanie ogólnych zasad wynikających z prawa traktatowego, w tym zasady równego traktowania. Każde państwo członkowskie może bowiem lepiej określić – biorąc pod uwagę charakterystyczne dla niego względy historyczne, prawne, ekonomiczne i społeczne – sytuacje sprzyjające zaistnieniu zachowań mogących pociągać za sobą omijanie tych zasad<sup>330</sup>. Myśl ta ujawniała się zresztą w obszarze europejskich zamówień publicznych już wcześniej, czego przykładem może być opinia sformułowana na kanwie wyroku Trybunału z 9 lipca 1987 r. w sprawach połączonych C-27/86, C-28/86, C-29/86, w której stwierdzono, że państwa członkowskie posiadają pewien zakres swobody w stanowieniu przepisów dotyczących zamówień publicznych, ale z koniecznością zapewnienia zgodności z prawem traktatowym<sup>331</sup>. Identyczne stanowisko zajął Trybunał w sprawie C-213/07 *Michaniki AE*, oceniając, że państwa członkowskie mają pewną swobodę w zakresie wprowadzania przepisów mających na celu ochronę zasad równego traktowania oferentów i przejrzystości. W związku z tym w ramach prawa krajowego państwa mogą wprowadzać inne niż przewidziane w dyrektywach rozwiązania prawne, o ile mają one na celu poszanowanie zasad równego traktowania wszystkich oferentów i przejrzystości w ramach postępowań w sprawie udzielania zamówień publicznych<sup>332</sup>. Z kolei w sprawie *Republice Włoskiej*, C-412/04, Komisja w swej skardze o stwierdzenie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego wyraziła przekonanie, że gwarancją przestrzegania zasad przejrzystości i równości traktowania zapisanych w traktacie jest stanowienie wyraźnie sformułowanych przepisów krajowych (ang. *by way of express provisions*)<sup>333</sup>.

Natomiast w przypadku dokonanego już wdrożenia postanowień dyrektyw zamówieniowych, ale także w przypadku ich niewdrożenia w terminie do krajowego porządku prawnego, albo wdrożenia ich w sposób nieprawidłowy – znaczenie ogólnych zasad równości ujawnia się w zakresie oceny obowiązującego prawa pochodnego oraz prawa krajowego, a także wskazywania kierunków wykładni<sup>334</sup>. Ogólne zasady

<sup>330</sup> Wyrok z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie *Serrantoni i Consorzio stabile edili*, C-376/08, pkt 19-32, pkt 41.

<sup>331</sup> Pkt 15.

<sup>332</sup> Pkt 47, 49, 55.

<sup>333</sup> Pkt 56.

<sup>334</sup> S. Arrowsmith, *EC Regime on Public Procurement*, [w:] *International Handbook of Public Procurement*, red. K.V. Thai, London 2009, s. 267.

równości wyznaczają więc nie tylko kierunki działań prawodawczych, ale znaczenie określonych przepisów prawa, w szczególności będąc źródłem wskazań i argumentów na rzecz wyboru takiego rezultatu wykładni prawa krajowego, które najbardziej urzeczywistnia wartości zakodowane w tych zasadach<sup>335</sup>.

## 6.2. Znaczenie ogólnych zasad równości w zamówieniach publicznych nieobjętych dyrektywami zamówieniowymi

Na odrębną uwagę zasługuje kwestia zastosowania zasad ogólnych w obszarze zamówień publicznych nieobjętych lub częściowo objętych dyrektywami zamówieniowymi. Nie ulega wątpliwości, że oddziaływanie ogólnych zasad równości w zamówieniach nieobjętych dyrektywami może odbywać się pośrednio, czyli poprzez wpływ na wykładnię prawa krajowego dotyczącego zamówień publicznych. W sposób bardziej złożony przedstawia się natomiast możliwość oddziaływania ogólnych zasad równości w sposób bezpośredni, tj. w sposób wyznaczający konkretne obowiązki w zamówieniach niepodlegających dyrektywom. Na pewną problematyczność tej kwestii wskazuje chociażby dyskusja, która ujawniła się judykaturze oraz w literaturze dotyczącej zamówień publicznych na przełomie XX i XXI w.<sup>336</sup> Asumptem do debaty stało się orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości oraz stanowisko Komisji Europejskiej, w których przyjęto, że podmioty udzielające zamówień publicznych zobowiązane są do przestrzegania podstawowych postanowień zawartych w traktacie, w tym zasady niedyskryminacji w przypadku zawierania umów, które nie są objęte zakresem zastosowania dyrektyw<sup>337</sup>.

### 6.2.1. Stanowisko Trybunału Sprawiedliwości

W pierwszym rzędzie należy przywołać stanowisko Trybunału wyrażone 18 listopada 1999 r. w sprawie *Scandinavia*, C-275/98. Stan faktyczny zagadnienia wstępnego przedstawionego Trybunałowi do rozstrzygnięcia dotyczył obowiązków spoczywających na podmiocie prywatnym, któremu instytucja zamawiająca powierzyła

<sup>335</sup> Jedną z wielu ilustracji znaczenia zasad ogólnych jako źródła wskazań interpretacyjnych może być sprawa C-425/14, w której TK uznał, że podstawowe i ogólne zasady traktatowe, a w szczególności zasady równego traktowania i niedyskryminacji, a także wynikający z nich obowiązek przejrzystości, powinny być interpretowane w ten sposób, iż nie sprzeciwiają się przepisowi prawa krajowego uprawniającemu instytucję zamawiającą do wskazania w warunkach zamówienia przesłanki automatycznego wykluczenia z postępowania wykonawcy, który nie złożył wraz z ofertą pisemnego oświadczenia dotyczącego braku powiązań z innymi wykonawcami ubiegającymi się o zamówienie (pkt 41).

<sup>336</sup> D.C. Dragos, R. Vornicu, *op. cit.*, s. 192; E. Pijnacker Hordijk, M. Meulenbelt, *A Bridge Too Far: Why the European Commission's Attempts to Construct an Obligation to Tender outside the Scope of the Public Procurement Directives should be Dismissed*, „Public Procurement Law Review” 2005, nr 14(123), s. 123-130.

<sup>337</sup> Postanowienie Trybunału z dnia 3 grudnia 2001 r. w sprawie *Vestergaard*, C-59/00, pkt 20.

szczególne prawo do prowadzenia określonej działalności (tj. administrowania systemem oznaczania kolczykami świń), a który nie jest zamawiającym w rozumieniu dyrektywy. Sąd krajowy we wniosku prejudycjalnym sformułował pytanie dotyczące tego, czy podmiot prywatny jako zamawiający powinien się stosować do zakazu dyskryminacji ze względu na przynależność państwową. Trybunał uznał wyraźnie w tej sprawie konieczność przestrzegania zasady niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową w przypadku udzielania zamówień publicznych niepodlegających dyrektywie. Trybunał stwierdził dodatkowo, że z obowiązywania w przypadku takich zamówień zasady niedyskryminacji wynikają dodatkowo obowiązki pozytywne w postaci zapewnienia przejrzystości postępowania<sup>338</sup>.

W kolejnej sprawie C-324/98 *Telaustria*<sup>339</sup> – wskazywanej w literaturze jako przełomowa<sup>340</sup> – odniesiono się do obowiązku zastosowania zasady równego traktowania w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji niepodlegającemu dyrektywie 93/38/EWG koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji. O odpowiedzi na zapytanie skierowane przez Bundesvergabeamt (Austria) Trybunał orzekł, że pomimo wyłączenia umowy z zakresu zastosowania dyrektywy podmioty zamawiające są zobowiązane do przestrzegania podstawowych zasad traktatu, w tym zasady niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową<sup>341</sup>. Jak zauważa Erik Pijnacker Hordijk oraz Maarten Meulenbelt, Trybunał w tej sprawie nie ograniczył jednak obowiązków równego traktowania wywodzonych z zasad ogólnych do kwestii przynależności państwowej, co świadczy o ich szerokim znaczeniu w obszarze nieobjętym dyrektywami<sup>342</sup>. Odwołując się do wcześniejszego orzeczenia w sprawie *Scandinavia*, Trybunał powtórzył, że z ogólnej zasady niedyskryminacji należy wywodzić „obowiązek przejrzystości” w celu zapewnienia przestrzegania niedyskryminacji<sup>343</sup>. Trybunał nie doprecyzował jednak, w jaki konkretnie sposób obowiązek przejrzystości w celu zachowania ogólnych zasad równości ma być wykonany. Poprzestał jedynie na wskazaniu konieczności zapewnienia „odpowiedniego poziomu upublicznienia” (*a degree of advertising*), co z kolei w opinii Martina Dischendorfera stwarza stan niejasności i pozostawia kwestie do rozstrzygnięcia na gruncie

<sup>338</sup> Wyrok Trybunału z dnia 18 listopada 1999 r. w sprawie *Unitron Scandinavia* i 3-S, C-275/98, pkt 31.

<sup>339</sup> Wyrok Trybunału z dnia 7 grudnia 2000 r. w sprawie *Telaustria*, C-324/98.

<sup>340</sup> R. Caranta, S. Treumer, *Foreword by the Editors of the European Procurement Law Series*, [w:] *Outside the EU Procurement Directives – Inside the Treaty?*, red. R. Caranta, D. Dragos, København 2012, European Procurement Law Series vol. 4, s. 15; E. Pijnacker Hordijk, M. Meulenbelt, *op. cit.*, s. 125.

<sup>341</sup> Wyrok Trybunału z dnia 7 grudnia 2000 r. w sprawie *Telaustria* i *Telefonadress*, C-324/98, pkt 60–61.

<sup>342</sup> E. Pijnacker Hordijk, M. Meulenbelt, *op. cit.*, s. 126.

<sup>343</sup> Pkt 62.

orzecznictwa krajowego<sup>344</sup>. Jednakże – jak trafnie wskazuje Sue Arrowsmith – w tej sprawie Trybunał posunął się wyraźnie dalej niż dotychczasowe orzecznictwo. Uznał bowiem wyraźnie, że z traktatowych obowiązków negatywnych wywieść można również pozytywne obowiązki przejrzystości, by umożliwić realizację negatywnego obowiązku niedyskryminowania (ang. *to make in possible to enforce the negative obligation not to discriminate*)<sup>345</sup>. Judykat ten potraktować można ponadto jako przejaw zasady dźwigni (ang. *the principle of leverage*) odnoszącej się do stosowania rozwiązań przewidzianych w unijnym prawie pochodnym do interpretacji prawa pierwotnego<sup>346</sup>.

Pierwszą dekadę XX w. można uznać za okres ugruntowywania się w orzecznictwie przeświadczenia o zastosowaniu ogólnych zasad równości w zamówieniach publicznych niepodlegających dyrektywom. Jako przykład wskazać można sprawę Vestergaard, C-59/00, w której Trybunał Sprawiedliwości stwierdził, że w przypadku zamówienia, którego wartość jest niższa niż próg określony w dyrektywie 93/37, zastosowanie znajdują podstawowe zasady Traktatu, w tym regulacje dotyczące swobodnego przepływu towarów<sup>347</sup>; albo sprawę Komisja Europejska przeciwko Włochom, C-260/04, w której Trybunał orzekł, iż do przestrzegania podstawowych zasad traktatowych, a w szczególności zasady niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową, zobowiązane są organy władzy publicznej, również w przypadku udzielania koncesji na usługi, które nie podlegają dyrektywie 92/50/EWG<sup>348</sup>. Podobnie w wyroku z dnia 27 października 2005 r. w sprawie Contse i in., C-234/03, Trybunał stwierdził, że wszystkie przepisy krajowe dotyczące usług częściowo wyłączonych z dyrektyw powinny być zgodne z zasadą niedyskryminacji, wynikającą z przepisów traktatu dotyczących swobody świadczenia usług<sup>349</sup>. Trybunał podkreślił, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem ewentualne ograniczenia swobody świadczenia usług powinny być stosowane w sposób niedyskryminujący, być uzasadnione względami nadrzędnego interesu publicznego, być odpowiednie dla zagwarantowania realizacji celu, któremu służą, oraz nie powinny wykraczać poza to, co jest konieczne dla jego osiągnięcia<sup>350</sup>. Z kolei w sprawie Komisja Europejska przeciwko Francji, C-264/03, według Trybunału – pomimo że niektóre umowy są wyjęte z zakresu przedmiotowego wspólnotowych dyrektyw z dziedziny zamówień publicznych, to instytucje

<sup>344</sup> M. Dischendorfer, *Services Concessions under the EC Procurement Directives: a note on the Telaustria Case*, „Public Procurement Law Review” 2001, nr 10, s. 59.

<sup>345</sup> S. Arrowsmith, *The Past and the Future Evolution of EC Procurement Law: from Framework to Common Code?*, „Public Contract Law Journal” 2006, vol. 35, nr 3, s. 365.

<sup>346</sup> K. Śliwak, *The applicability of the principle of equal treatment arising from the Treaty to public contracts falling below the value thresholds of the directives*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2022, nr 3, s. 19.

<sup>347</sup> Wyrok Trybunału z dnia 20 października 2005 r. w sprawie Komisja przeciwko Francji, C-264/03, pkt 32 i 33.

<sup>348</sup> Wyrok Trybunału z dnia 13 września 2007 r. w sprawie Komisja przeciwko Włochom, C-260/04, pkt 22-23.

<sup>349</sup> Wyrok Trybunału z dnia 27 października 2005 r. w sprawie Contse i in., C-234/03, pkt 49.

<sup>350</sup> Pkt 25.

zamawiające, które ich udzielają, muszą przestrzegać podstawowych zasad traktatu, a w szczególności zasady niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową<sup>351</sup>. Trybunał zaznaczył jednocześnie, że zasady niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową nie można interpretować zawężająco, co implikuje konieczność dostrzegania w niej źródła obowiązku przejrzystości w zamówieniach publicznych<sup>352</sup>. Jako szczególnie interesujące wskazać można również orzeczenie wydane w sprawie Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Włoskiej, C-412/04, w którym Trybunał wskazał, że brak we właściwych krajowych przepisach wyraźnej wzmianki dotyczącej zastosowania do zamówień niepodlegających dyrektywom obowiązków wynikających z Traktatu nie może oznaczać, że nie ma obowiązku przestrzegania postanowień dotyczących swobód rynku wewnętrznego oraz zasady równego traktowania i obowiązku przejrzystości przy udzielaniu tych zamówień (ang. *need to comply with the principle of equal treatment and the obligation of transparency*)<sup>353</sup>.

Problematykę zastosowania ogólnych zasad równości odnoszono w unijnej judykaturze również do zamówień publicznych częściowo niepodlegających dyrektywom. Ilustracją może być w tej materii sprawa Komisja Europejska przeciwko Irlandii, C-226/09. Trybunał stwierdził, że udzielane przez instytucje zamówienia<sup>354</sup>, które nie podlegają przepisom dyrektywy dotyczącej obowiązku przeprowadzenia przetargu z wcześniejszym ogłoszeniem, podlegają jednak podstawowym zasadom prawa Unii, w szczególności zasadom ustanowionym w Traktacie w dziedzinie prawa przedsiębiorczości i swobodnego świadczenia usług. Racje takiego zastosowania zasad prawa unijnego Trybunał dostrzegł w potwierdzonym w orzecznictwie ogólnym celu koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na poziomie Unii, którym jest zniesienie przeszkód w swobodnym przepływie usług i towarów, a zatem ochrona interesów podmiotów gospodarczych mających siedzibę w innym państwie członkowskim. W konkluzji tych rozważań Trybunał przyjął, że system ustanowiony przez prawodawcę Unii dla zamówień na usługi objęte częściowo zastosowaniem dyrektywy nie może być interpretowany jako stanowiący przeszkodę dla stosowania zasad wynikających z art. 43 i art. 49 TFUE oraz obowiązków zmierzających do zapewnienia przejrzystości procedur oraz równego traktowania ubiegających się o zamówienia<sup>355</sup>.

Rozwój orzecznictwa w drugiej dekadzie XX w. okazał się zbieżny z kierunkiem wytyczonym wcześniej. Tytułem przykładu można przywołać wyrok z 17 marca 2011 r. w sprawie Strong Segurança, C-95/10, stwierdzający, że usługi częściowo

<sup>351</sup> Wyrok Trybunału z dnia 20 października 2005 r. w sprawie Komisja przeciwko Francji, C-264/03, pkt 20.

<sup>352</sup> Pkt 31.

<sup>353</sup> Pkt 94, pkt 105-106.

<sup>354</sup> Tj. objętych załącznikiem II B do dyrektywy klasycznej.

<sup>355</sup> Pkt 29-31.



wyłaczone z dyrektywy – choć ze względu na swój szczególny charakter nie mają *a priori* takiej wagi, która by uzasadniała wymóg ich udzielania zgodnie z procedurami określonymi w dyrektywach – podlegają jednakże ogólnym traktatowym zasadom przejrzystości i równego traktowania, jeżeli mają określone znaczenie w stosunkach transgranicznych<sup>356</sup>. Z kolei w wyroku z 5 kwietnia 2017 r. w sprawie Borta, C-298/15, dotyczącej wniosku o wykładnię dyrektywy sektorowej z 2004 r., Trybunał stwierdził, że w odniesieniu do udzielania zamówienia, które ze względu na swoją wartość nie wchodzi w zakres stosowania dyrektywy, uwzględniać należy podstawowe i ogólne zasady Traktatu (ang. *the fundamental rules and general principles of the FEU Treaty*), zwłaszcza art. 49 i art. 56 TFUE oraz wynikające z nich zasady równego traktowania i niedyskryminacji, a także obowiązek przejrzystości (ang. *the principles of equal treatment and non-discrimination and the obligation of transparency which derive from them*), pod warunkiem że dane zamówienie ma niewątpliwe znaczenie transgraniczne<sup>357</sup>. Kolejnym czytelnym przykładem aktualnych poglądów wyrażanych na gruncie orzecznictwa jest wyrok z 4 kwietnia 2019 r. w sprawie Allianz Vorsorgekasse AG, C-699/17. Trybunał Sprawiedliwości zajął w nim stanowisko w sprawie pytania prejudycjalnego dotyczącego zastosowania dyrektywy klasycznej, ale także art. 49 i art. 56 TFUE oraz wynikających z nich dla zamówień publicznych zasad równego traktowania, niedyskryminacji i przejrzystości zawierania umów z zakładowymi funduszami prewencyjnymi. Trybunał, stwierdziwszy najpierw, że w danej sprawie nie mają zastosowania postanowienia dyrektywy klasycznej ze względu na wartość zawieranych umów, uznał – tak samo jak w sprawie Borta – że należy uwzględnić podstawowe i ogólne zasady Traktatu<sup>358</sup>.

Należy dodać, że analogiczne zapatrywania wyrażono w orzeczeniach dotyczących zamówień publicznych udzielanych przez instytucje europejskie. Przykładem może być wyrok z dnia 14 października 1999 r. w sprawach połączonych *Succhi di Frutta*, T-191/96 i T-106/97. Sąd ocenił w nim działania Komisji Europejskiej jako instytucji zamawiającej nie tylko przez pryzmat obowiązującego ją rozporządzenia (które nie nakłada obowiązków równego traktowania ubiegających się o zamówienia), ale także ogólnej zasady równego traktowania i przejrzystości<sup>359</sup>.

### 6.2.2. Stanowisko Komisji Europejskiej

Poglądy judykatury znalazły odzwierciedlenie w stanowiskach Komisji Europejskiej. W pierwszym rzędzie przywołać należy treść Komunikatu wyjaśniającego Komisji

<sup>356</sup> Pkt 35.

<sup>357</sup> Par. 36, 67.

<sup>358</sup> Par. 49, 65, 60, 63.

<sup>359</sup> *Succhi di Frutta*, T-191/96 i T-106/97, pkt 82; D.C. Dragos, R. Vornicu, *op. cit.*, s. 193.

z 2000 r. dotyczącego stosowania prawa wspólnotowego w koncesji<sup>360</sup>. Komisja stwierdziła w nim, że koncesje odnoszą się do prowadzenia działalności gospodarczej lub dostawy towarów, co oznacza, że problematyka ta podlega odpowiednim przepisom traktatu oraz zasadom wywodzącym się z orzecznictwa sądowego (ang. *the principles which derive from Court Case law*)<sup>361</sup>. W innym miejscu Komunikatu Komisja doprecyzowała, że koncesje podlegają w szczególności takim zasadom wynikającym z orzecznictwa Trybunału jak: zasada niedyskryminacji, zasada równego traktowania, zasada przejrzystości, zasada wzajemnego uznawania i zasada proporcjonalności<sup>362</sup>. W szczegółowych rozważaniach Komisja stwierdziła, powołując się na orzecznictwo Trybunału, że ogólna zasada równego traktowania (ang. *the general principle of equality of treatment*) jest jedną z podstawowych zasad prawa wspólnotowego (ang. *the fundamental principles of Community law*), oraz wskazała, że dyskryminacja ze względu na narodowość jest jedynie jej specyficznym wyrazem (ang. *a specific enunciation*)<sup>363</sup>.

Podobnie w Komunikacie w sprawie stosowania prawa wspólnotowego dotyczącego zamówień publicznych i koncesji w odniesieniu do zinstytucjonalizowanych partnerstw publiczno-prywatnych (ZPPP) z 2008 r. Komisja powtórzyła, powołując się na orzecznictwo Trybunału zapadłe już po wspomnianym wyżej Komunikacie z 2000 r.<sup>364</sup>, że zakaz dyskryminacji ze względu na przynależność państwową, a także wynikające z Traktatu swoboda przedsiębiorczości oraz swoboda świadczenia usług są specyficznym wyrazem (ang. *the specific expressions*) zasady równego traktowania<sup>365</sup>.

Kluczowe znaczenie w analizowanej materii ma jednak Komunikat wyjaśniający Komisji z 23 czerwca 2006 r. dotyczący prawa wspólnotowego obowiązującego w dziedzinie udzielania zamówień, które nie są lub są jedynie częściowo objęte dyrektywami w sprawie zamówień publicznych<sup>366</sup>. Dotyczył on zamówień opiewających na kwoty nieprzekraczające progów, powyżej których zastosowanie miały dyrektywy 2004/18/WE oraz 2004/17/WE, oraz zamówień wskazanych w załącznikach do tych dyrektyw, opiewających na kwoty przekraczające progi, ale do których dyrektywy miały zastosowanie tylko w pewnym zakresie. Komisja przedstawiła w Komunikacie własną interpretację dotychczasowego orzecznictwa Trybunału, zastrzegając jednocześnie, że Komunikat nie ustanawia żadnych nowych przepisów prawnych. W Komunikacie dokonano podziału zamówień publicznych na zamówienia nieistotne dla rynku wewnętrznego, do których nie mają zastosowania wywodzące się z Traktatu

<sup>360</sup> Komunikat wyjaśniający Komisji z 29 kwietnia 2000 r. dotyczący stosowania prawa wspólnotowego w koncesji (*Commission interpretative communication on concessions under Community Law*, OJ C 121, 29.4.2000).

<sup>361</sup> Pkt 2.

<sup>362</sup> Pkt 3.

<sup>363</sup> Pkt 3.1.1.

<sup>364</sup> Wyrok Trybunału z dnia 13 października 2005 r. w sprawie Parking Brixen, C-458/03, pkt 61.

<sup>365</sup> Pkt 2.1.

<sup>366</sup> Komunikat 2006/C179/02 (Dz.Urz.UE.C nr 179, s. 2).

normy, oraz na zamówienia, które są wystarczająco powiązane z funkcjonowaniem rynku wewnętrznego i które muszą być zgodne z powyższymi normami. Wskazano, że w przypadku uznania istotnego charakteru zamówienia z punktu widzenia rynku wewnętrznego jego udzielenie musi być zgodne z podstawowymi zasadami prawa wspólnotowego. Odnosząc się do orzecznictwa trybunalskiego, Komisja Europejska stwierdziła jednoznacznie, że podmioty zamawiające pochodzące z państw członkowskich są zobowiązane do przestrzegania postanowień i zasad zawartych w Traktacie, gdy zawierają umowy w ramach zamówień publicznych objęte jego zakresem. Komisja wskazała, że zasady dotyczące swobody przepływu towarów, przedsiębiorczości, świadczenia usług, a także zasady niedyskryminacji i równego traktowania dotyczą również udzielenia zamówień, które nie są lub są jedynie częściowo objęte przepisami zawartymi w tych dyrektywach<sup>367</sup>.

### 6.2.3. Stanowisko doktryny

Orzeczenia trybunalskie oraz opinia Komisji Europejskiej wywołały dyskusję w literaturze. Wyrażono poglądy, że orzeczenia Trybunału są przejawem aktywizmu sędziowskiego, a stanowisko Komisji rodzi niepewność prawną, a nawet osłabia europejski porządek prawny<sup>368</sup>. Oceniono, że treść Komunikatu skutkuje stosowaniem wymagań proceduralnych bardzo podobnych do tych zawartych w dyrektywach, a tym samym jest przejawem stosowania nieproporcjonalnych wymagań w stosunku do zamówień publicznych nieobjętych dyrektywami<sup>369</sup>. W opinii niektórych komentatorów stanowisko Komisji wyrażone w ww. Komunikatach nie korespondowało też z ówczesnym orzecznictwem Trybunału. W ich ocenie, od czasu wyrażenia w dyrektywach zamówieniowych zasad udzielania zamówień publicznych Trybunał przyjmuje, że zasada równego traktowania wynika wyłącznie z dyrektyw, a nie z prawa pierwotnego<sup>370</sup>. Według Sue Arrowsmith Komisja reprezentowała pogląd, że istnieje traktatowa ogólna zasada równego traktowania, która jest podobna do zasady przewidzianej w dyrektywie i ma zastosowanie do wszelkiej dyskryminacji, a nie tylko dyskryminacji ze względu na przynależność państwową. Tymczasem – w ocenie tejsze autorki – orzecznictwo cytowane przez Komisję dotyczyło w istocie zasady równego traktowania wynikającej z dyrektywy, a nie z samego Traktatu<sup>371</sup>. Podobne stanowisko wyraził Peter Braun, który stwierdził, że jest oczywiste, że Try-

<sup>367</sup> Pkt 2.2.3.

<sup>368</sup> D.C. Dragos, R. Vornicu, *op. cit.*, s. 192.

<sup>369</sup> S. de Mars, *op. cit.*, s. 323; E. Pijnacker Hordijk, M. Meulenbelt, *op. cit.*, s. 124 i 127-128.

<sup>370</sup> P. Braun, *A Matter of Principle(s) – The Treatment of Contracts Falling Outside the Scope of the European Public Procurement Directives*, „Public Procurement Law Review” 2000, nr 39(9), s. 44; M. Krugner, *op. cit.*, s. 182 i 185.

<sup>371</sup> S. Arrowsmith, *The Equal Treatment Principle*, [w:] *EU Public Procurement Law: An Introduction*, red. S. Arrowsmith, s. 78-79, <https://www.nottingham.ac.uk/pprg/publications/downloads/eu-public-procurement-law-an-introduction.aspx> [dostęp: 4.09.2021].

bunał Sprawiedliwości uznaje zasadę równego traktowania jako wywiedzioną wprost z dyrektyw, a nie z Traktatu, i traktuje ją jako zasadę stosowania dyrektyw (ang. *an essential principle for the application*), służącą jedynie wypełnianiu luk w regulacjach prawa pochodnego<sup>372</sup>. Krytycy stanowiska Komisji wyrażają też przeświadczenie, że podstawowe zasady traktatowe, w tym zasada niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową, nie mogą wykraczać poza negatywne obowiązki państw członkowskich<sup>373</sup>. Z kolei Erik Pijnacker Hordijk i Maarten Meulenbelt stwierdzili kategorycznie, że postanowienia Traktatu oraz zasady generalne w nich zawarte nie mogą być właściwie implementowane w krajowym porządku prawnym bez prawa pochodnego<sup>374</sup>. Zastosowanie ogólnych zasad równości w zamówieniach publicznych nieobjętych dyrektywami jest wreszcie niekiedy podstawą twierdzenia o istnieniu wtórnego unijnego reżimu zamówień publicznych (ang. *secondary public procurement regime*)<sup>375</sup> czy też „dualizmu prawnego” w europejskim systemie zamówień<sup>376</sup>.

Wskazać można jednak przykład odmiennych poglądów. Stwierdza się w nich, że opinia Komisji koresponduje z konsekwentnie artykułowanym stanowiskiem Trybunału<sup>377</sup>. W poglądach aprobujących punkt widzenia reprezentowany przez Komisję zauważa się również, że Trybunał nadał wprawdzie postanowieniom Traktatu szerokie zastosowanie, wychodzące poza ścisłe znaczenie zakazu dyskryminacji ze względu na przynależność państwową, ale uczynił to, kierując się m.in. potrzebą realizacji swobód rynku wewnętrznego<sup>378</sup>. Florian Neumayr, podkreślając racje przyjmowanego przez Komisję stanowiska, stwierdza ponadto, że stosowanie ogólnej zasady równego traktowania ma służyć m.in. celowi gospodarczemu, jakim jest otwarcie rynku zamówień na konkurencję<sup>379</sup>. W rezultacie – co przyznają również badacze sceptycznie oceniający zachodzące procesy – obowiązki wywodzone z zasad ogólnych równego traktowania są poszerzane, a w efekcie okazują się częściowo zbieżne z tymi, jakie wynikają z dyrektyw<sup>380</sup>.

Należy także odnotować, że w literaturze przedstawiono pogląd łączący konkluzje krytyków i zwolenników stanowiska przedstawionego przez Komisję Europejską. Jego autorem jest Matthias Krugner, który stwierdza, że w przypadku zamówień i koncesji niepodlegających dyrektywom zastosowanie znajdują obowiązki równego

<sup>372</sup> P. Braun, *op. cit.*, s. 45-46.

<sup>373</sup> *Ibidem*, s. 185.

<sup>374</sup> E. Pijnacker Hordijk, M. Meulenbelt, *op. cit.*, s. 128.

<sup>375</sup> S. Treumer, *Cross-border Interest and Application of EU Law Principles in the Public Procurement Context at National Level*, [w:] *Outside the EU Procurement Directives...*, s. 335.

<sup>376</sup> A. Szymańska, *Status drobnych zamówień transgranicznych – odrzucenie oferty przetargowej – glosa do wyroku TSUE z 16.04.2015 r. w sprawie C-278/14, „Prawo Zamówień Publicznych” 2016, nr 1, s. 165.*

<sup>377</sup> M. Krugner, *op. cit.*, s. 183.

<sup>378</sup> *Ibidem*, s. 191.

<sup>379</sup> F. Neumayr, *op. cit.*, s. 220.

<sup>380</sup> S. Arrowsmith, *The Equal...*, s. 79; D.C. Dragos, R. Vornicu, *op. cit.*, s. 195.

traktowania, ale wynikające jedynie z zasady niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową, a nie ogólnej zasady równego traktowania<sup>381</sup>.

#### 6.2.4. Stanowisko państw członkowskich

Dodać warto, że dyskutowany w literaturze Komunikat Komisji stał się w 2006 r. również przedmiotem skargi Republiki Federalnej Niemiec popieranej przez kilka innych państw oraz Parlament Europejski przeciwko Komisji Europejskiej<sup>382</sup>. Jej celem było stwierdzenie nieważności Komunikatu. Strona skarżąca podniosła, że orzecznictwo Trybunału, na którego podstawie sformułowano Komunikat, ma zastosowanie wyłącznie do koncesji na usługi, a nie do zamówień publicznych w ogólności<sup>383</sup>. Ponadto wskazano, że koncesje na usługi odróżnia od zamówień publicznych o wartości poniżej progów ich gospodarcze znaczenie, ponieważ zazwyczaj koncesje przekraczają europejskie progi i przez to są zbliżone do zamówień podlegających dyrektywom w sprawie zamówień publicznych<sup>384</sup>. Dlatego w ocenie skarżących zamówienia publiczne o wartości poniżej progów mają *a contrario* bardzo niewielkie znaczenie gospodarcze i nie zagrażają tym samym rozpatrywanym podstawowym swobodom, ponieważ skutki dla tych swobód są raczej przypadkowe i pośrednie<sup>385</sup>.

Istotnym dopełnieniem oceny sprawy były wnioski sformułowane w ramach zagadnień proceduralnych, tj. dopuszczalności skargi o stwierdzenie nieważności Komunikatu. Odnosząc się do skargi, Komisja zakwestionowała jej dopuszczalność ze względu na to, że Komunikat nie stanowi aktu zaskarżalnego w trybie skargi o stwierdzenie nieważności. Uzasadniła swoje stanowisko tym, że Komunikat nie zawiera nowych reguł udzielania zamówień publicznych wykraczających poza obowiązki płynące z istniejącego prawa wspólnotowego, a tym samym nie wywołuje wiążących skutków prawnych mogących wpłynąć na sytuację prawną skarżących i interwenientów<sup>386</sup>. Sąd przychylił się do argumentów Komisji, przypominając, że komunikat jest jedynie aktem wyjaśniającym, który należy do kategorii niemających mocy wiążącej zaleceń i opinii; nie ma na celu wywarcia wiążących skutków prawnych, a jedynie służy jasnemu wyrażeniu praw i obowiązków wynikających z prawa wspólnotowego. Zwrócił uwagę, że Komisja nie ustanawia wiążących norm prawnych, a tylko powtarza orzecznictwo Trybunału i przekazuje w formie niewiążących zaleceń jej własne wnioski w przedmiocie jego stosowania<sup>387</sup>.

<sup>381</sup> M. Krugner, *op. cit.*, s. 192 i 206.

<sup>382</sup> Republika Federalna Niemiec przeciwko Komisji Europejskiej, T 258/06.

<sup>383</sup> Pkt 36.

<sup>384</sup> Pkt 37.

<sup>385</sup> Pkt 38.

<sup>386</sup> Pkt 162.

<sup>387</sup> Pkt 24-28.

Rozstrzygając skargę, Sąd powołał się na orzecznictwo Trybunału zapadłe także po publikacji Komunikatu. W jego ocenie, wskazuje ono klarowanie, że obowiązki wynikające z prawa pierwotnego dotyczące równego traktowania i przejrzystości znajdują automatycznie zastosowanie (ang. *apply automatically*) również do zamówień publicznych, które pomimo że są wyłączone z zakresu zastosowania dyrektyw, to posiadają niewątpliwe znaczenie transgraniczne<sup>388</sup>. Dodatkowo, Sąd stwierdził, że trybunalskie tezy orzecznicze dotyczące koncesji mogą być przenoszone na grunt zamówień publicznych, których dotyczy Komunikat<sup>389</sup>.

### 6.2.5. Aspekt transgraniczności

Przegląd orzecznictwa oraz doktryny wskazuje na istotny materialny aspekt okoliczności warunkujących zastosowanie ogólnych zasad równego traktowania. Jak wynika z przywołanych wcześniej poglądów i stanowisk, kluczową racją dla obowiązywania zasady niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową oraz swobód rynku wewnętrznego jest istnienie tzw. elementu transgraniczności, który determinuje unijne znaczenie konkretnego zamówienia publicznego. Tytułem przykładu przywołać można orzeczenie z 11 grudnia 2014 r. w sprawie *Azienda i in.*, C-113/13, gdzie wyraźnie stwierdzono, że warunkiem zastosowania zasad traktatowych, w tym zasady równego traktowania w zamówieniach publicznych niepodlegających dyrektywom – nawet w działalności, której wszystkie istotne elementy mieszczą się w obrębie jednego państwa członkowskiego – jest posiadanie przez zamówienie niewątpliwego znaczenia transgranicznego (ang. *certain cross-border interest*)<sup>390</sup>. Innym przykładem jest orzeczenie z 2 czerwca 2016 r. w sprawie *Falk Pharma*, C-410/14, w którym Trybunał powtórzył, że postępowanie o zamówienie publiczne w zakresie, w jakim jego przedmiot posiada niewątpliwe znaczenie transgraniczne, podlega podstawowym zasadom TFUE<sup>391</sup>. Z kolei w wyroku z 8 lutego 2018 r. *Lloyd's of London*, C-144/17, Trybunał uznał, że udzielanie zamówień publicznych, które ze względu na swoją wartość nie są objęte zakresem tej dyrektywy, podlega zasadzie równego traktowania i niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową, o ile dane zamówienie posiada niewątpliwe znaczenie transgraniczne w świetle określonych obiektywnych kryteriów (ang. *certain cross-border interest in the light of certain objective criteria*)<sup>392</sup>. Natomiast rzecznik generalna Eleonore Sharpston w opinii z 1 grudnia 2016 r. w sprawie *Borta* C-298/15 – dokonując syntezy orzecznictwa – stwierdziła, że właściwość Trybunału do udzielenia odpowiedzi na pytania zadane na podstawie ogólnych zasad TFUE, w tym zasady równego traktowania

<sup>388</sup> Pkt 80.

<sup>389</sup> Pkt 83.

<sup>390</sup> Pkt 46.

<sup>391</sup> Pkt 47.

<sup>392</sup> Pkt 23.



i niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową, zależy od tego, czy dane zamówienie ma znaczenie transgraniczne w świetle w szczególności swojej wagi i miejsca wykonania. W opinii wskazano, że istnienie takiego znaczenia transgranicznego należy ustalać na podstawie wszystkich istotnych okoliczności, takich jak znaczenie gospodarcze zamówienia czy miejsce jego wykonania. Rzecznik zauważyła również, że w ocenie Trybunału istnienie znaczenia transgranicznego może być wykazane zwłaszcza dzięki wartości danego zamówienia lub dzięki technicznym cechom zamówienia<sup>393</sup>.

Warto także przywołać wyrok Trybunału z 19 kwietnia 2018 r. *Oftalma Hospital*, C-65/17. W ramach pogłębionych rozważań Trybunał podkreślił w nim, że istnienie niewątpliwego znaczenia transgranicznego należy wywodzić z konkretnych, a nie hipotetycznych okoliczności zamówienia. Trybunał oparł się przy tym na pewnym wskazaniu metodologicznym, zgodnie z którym nie można uznać niewątpliwego znaczenia transgranicznego na podstawie okoliczności niewykluczających jego istnienia, lecz na podstawie obiektywnych i spójnych okoliczności je potwierdzających<sup>394</sup>. Odnosząc się do zapadłych już wcześniej orzeczeń, Trybunał orzekł ponadto, że obiektywnymi kryteriami mogącymi wskazywać na istnienie niewątpliwego znaczenia transgranicznego mogą być: wartość danego zamówienia, jego cechy techniczne, rzeczywista obecność na rynku zamówień wykonawców pochodzących z innych państw członkowskich niż instytucja zamawiająca, a także wnoszenie przez nich skarg dotyczących danego postępowania<sup>395</sup>. Z kolei w orzeczeniu z 4 kwietnia 2019 r. w sprawie *Allianz Vorsorgekasse*, C-699/17, Trybunał stwierdził, że przy ocenie transgranicznego charakteru zamówienia należy mieć na względzie m.in. jego wartość w związku z miejscem wykonania usług, a także jego specyficzne właściwości<sup>396</sup>.

Problem znaczenia interesu (wymiaru) transgranicznego poruszono także w literaturze<sup>397</sup>, zauważając, że pomimo licznych odwołań w orzecznictwie pojęcie transgraniczności w zamówieniach nie doczekało się czytelnej definicji<sup>398</sup>. Przyczyny takiego stanu rzeczy tłumaczy się m.in. tym, że Trybunał wyłącznie egzemplifikuje przejawy tego zjawiska, jak szczególne znaczenie zamówienia, miejsce, gdzie roboty

<sup>393</sup> Pkt 35-36, 73.

<sup>394</sup> Pkt 39.

<sup>395</sup> Pkt 40.

<sup>396</sup> Pkt 50.

<sup>397</sup> Zob. np.: R. Hansen, *op. cit.*, s. 121-158; P. Telles, *The Good, the Bad and the Ugly: EU's Internal Market, Public Procurement Thresholds and Cross-Border Interest*, „Public Contract Law Journal” 2013, t. 43, nr 1, s. 13-16; K. Więckowski, *Zasady udzielania zamówień publicznych wyłączonych z zakresu stosowania dyrektyw prawa Unii Europejskiej*, [w:] *Europeizacja publicznego prawa gospodarczego*, s. 577-580.

<sup>398</sup> P. Bogdanowicz, *Cross-border Interest and Concession Contracts: a Critical Approach*, „European Procurement & Public Private Partnership Law Review” 2015, vol. 10, nr 2, s. 87.

czy usługi mają być wykonywane, właściwości rynku, którego dotyczy zamówienie, czy nawet oczekiwania i żądania wykonawców<sup>399</sup>.

Obecnie nie ulega wątpliwości, że kwestia znaczenia transgranicznego warunkuje stosowanie zasad ogólnych w zamówieniach niepodlegających dyrektywom. Biorąc pod uwagę stanowiska judykatury oraz opinie wyrażone w doktrynie, należałoby stwierdzić, że transgraniczność powinna być utożsamiana przede wszystkim z występowaniem odpowiedniego znaczenia zamówienia w ramach rynku wewnętrznego – a więc ma wymiar gospodarczy. Po drugie, istnienie transgranicznego interesu należy odnosić do określonego zainteresowania uczestników rynku zamówień publicznych. Zamówienie publiczne powinno przyciągać podmioty gospodarcze z innych państw członkowskich (ang. *attract operators from other Member States*)<sup>400</sup>. Jednocześnie, istnienie interesu transgranicznego należy łączyć z rzeczywistym, ale też potencjalnym zainteresowaniem udziałem w postępowaniu podmiotów pochodzących z innych państw członkowskich niż instytucja zamawiająca (tzw. zainteresowanie o charakterze transgranicznym)<sup>401</sup>.

Pomimo możliwości istnienia wyłącznie potencjalnego interesu granicznego, powinien mieć on jednak znaczenie istotne, a nie jakiegokolwiek. Ten być może najbardziej nieprecyzyjny element interesu transgranicznego odgrywa zarazem kluczową rolę w limitacji zakresu zastosowania zasad ogólnych. W przeciwnym wypadku należałoby przyjąć, że zakres zastosowania europejskich ogólnych zasad równego traktowania rozciąga się na wszelkie, nawet najdrobniejsze zamówienia publiczne.

Dodatkowo, przesłanka zastosowania zasad ogólnych powinna być wiązana wyłącznie z bezpośrednim interesem transgranicznym, czyli zainteresowaniem konkretnym zamówieniem ze strony podmiotu ubiegającego się o to zamówienie, a pochodzącego z innego niż zamawiający państwa członkowskiego. Z drugiej strony, interesu transgranicznego nie należy jednak łączyć z interesem wykonawcy zagranicznego, który sam nie ubiega się o zamówienie, lecz robi to podmiot od niego zależny mający siedzibę w tym samym państwie co zamawiający. Tym bardziej, przykładem pośredniego, a więc niedostatecznego interesu transgranicznego będzie zainteresowanie konkretnym zamówieniem przez wykonawcę krajowego, który jest podwykonawcą wykonawcy zagranicznego.

Wskazane wyżej aspekty interesu transgraniczności należy opatrzyć jeszcze jednym zastrzeżeniem: ocena transgranicznego charakteru zamówienia musi być

<sup>399</sup> *Ibidem*, s. 87; R. Caranta, *The Borders of EU...*, s. 45; P. Telles, *op. cit.*, s. 13-15.

<sup>400</sup> Wyrok Trybunału wydany w sprawach połączonych SECAP SpA, C-147/06 i C-148/06, pkt 24.

<sup>401</sup> L. Kieres, *op. cit.*, s. 56; Z. Raczkiwicz, *Prawo wspólnotowe a udzielanie zamówień publicznych o wartościach podprogowych*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2009, nr 1, s. 23 i nast.; R. Szostak, *Zamówienia wyłączone z reżimu Prawa zamówień publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2009, nr 3, s. 28 i nast.; wyrok Trybunału z dnia 19 kwietnia 2018 r., C-65/17, pkt 38; wyrok Trybunału z dnia 10 listopada 2019 r., C-29/04, pkt 38.

oparta na okolicznościach występujących w danym przypadku<sup>402</sup>. Nie ma jednakże przeszkód, by regulacje państwa członkowskiego na szczeblu krajowym lub lokalnym ustanawiały obiektywne kryteria wskazujące na wystąpienie niewątpliwego zainteresowania transgranicznego<sup>403</sup>. Trudno jednak na gruncie polskich regulacji wskazać propozycje takich wskazań. Nie wprost rolę takiego kryterium mogą odgrywać progi kwotowe warunkujące stosowanie do udzielenia określonych zamówień przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych albo wyłączenia stosowania ustawy odnoszące się do określonych rodzajów zamówień. Nie można jednak całkowicie wykluczyć istnienia istotnego aspektu transgranicznego także w zamówieniach pozaustawowych<sup>404</sup>.

Należy również podkreślić, że przez pryzmat transgraniczności należy oceniać nie tylko sytuacje nierównego (tj. mniej korzystnego) traktowania podmiotów pochodzących z innego państwa członkowskiego w porównaniu z ubiegającymi się o zamówienia publiczne pochodzącymi z państwa, w którym nierówne traktowanie następuje, ale także nierównego (tj. mniej korzystnego) traktowania podmiotów pochodzących z państwa, w którym nierówne traktowanie występuje w porównaniu z podmiotami z innych państw członkowskich. Kwestia transgraniczności może ujawniać się w kształtowaniu przez państwo sytuacji prawnej podmiotów pochodzących z tego państwa w sposób mniej korzystny niż podmiotów z innego państwa członkowskiego, np. poprzez brak uznawania przez władze krajowe równoważnych uprawnień czy kwalifikacji nabywanych w innym państwie członkowskim przez podmioty krajowe (tzw. odwrotna dyskryminacja)<sup>405</sup>. Nie można także wykluczyć sytuacji, w których państwo będzie zainteresowane koncentrowaniem aktywności podmiotów krajowych w jego granicach, zniechęcając ich do uczestnictwa w rynku zamówień publicznych innego państwa członkowskiego, np. pośrednio poprzez rozwiązania podatkowe<sup>406</sup>.

<sup>402</sup> P. Bogdanowicz, *Co ma znaczenie (unijne)? I jakie? Rozważania w świetle art. 5 rozporządzenia nr 1370/2007*, „Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2014, nr 7(3), s. 59–61; wyrok Trybunału z dnia 19 kwietnia 2018 r. w sprawie Oftalma Hospital, C-65/17; wyrok Trybunału z dnia 10 listopada 2019 r. w sprawie Komisja przeciwko Austrii, C-29/04, pkt 39–40; podobnie wyrok Trybunału z dnia 6 października 2016 r. w sprawie Tecnoedi Construzioni, C-318/15, pkt 22.

<sup>403</sup> C-147/06 i C-148/06, pkt 31. Należy zwrócić uwagę, że zgodnie z art. 94 regulaminu postępowania przed Trybunałem wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym powinien zawierać m.in. omówienie powodów, dla których sąd odsyłający rozpatruje kwestię wykładni lub ważności określonych przepisów prawa UE, jak również związku, jaki dostrzega on między tymi przepisami a uregulowaniami krajowymi, które znajdują zastosowanie w postępowaniu głównym. W przypadku zamówień publicznych oznaczać to może obowiązek wykazania przez sąd odsyłający istotnego znaczenia transgranicznego zamówienia.

<sup>404</sup> E. Kowalczyk, *Pozaustawowe zamówienia publiczne*, Zielona Góra 2021, s. 72–73.

<sup>405</sup> A. Cieśliński, *Konstrukcja prawna...*, s. 345; *idem*, *Wspólnotowe prawo...*, s. 53.

<sup>406</sup> Kwestia istotnego znaczenia transgranicznego identycznie przedstawia się np. na gruncie spraw dotyczących koncesji na roboty budowlane lub usługi (zob. np. C-221/12, pkt 28) czy usług częściowo podlegających dyrektywom (zob. np. C-336/12, pkt 26).

### 6.3. Zastosowanie zasad ogólnych do zamówień *in house* oraz zamówień publiczno-publicznych

Zastosowanie ogólnych zasad równości dotyczy również aktywności objętej zainteresowaniem dyrektyw, choć nie dotyczącej zamówień publicznych w ścisłym znaczeniu. Przykładem mogą być tu tzw. zamówienia *in house* (współpraca wertykalna) oraz tzw. zamówienia publiczno-publiczne (współpraca horyzontalna). Warto w tym miejscu odnotować, że jeszcze przed wejściem w życie dyrektywy klasycznej z 2014 roku Trybunał uznał, że przepisy prawa Unii regulujące zamówienia publiczne nie mają co do zasady zastosowania jeśli – ujmując zagadnienie ogólnie – instytucja zamawiająca powierza wykonanie określonych zadań osobie prawnej znajdującej się pod jej kontrolą, bez konieczności zwracania się do podmiotów zewnętrznych lub dwie instytucje zamawiające współpracują ze sobą w celu zapewnienia wykonania wspólnego zadania z zakresu usług publicznych<sup>407</sup>. Jednakże już na gruncie samej dyrektywy klasycznej stwierdzono, że istnieje znaczna niepewność prawna co do tego, w jakim stopniu umowy w sprawie zamówień zawarte pomiędzy podmiotami sektora publicznego powinny podlegać przepisom dotyczącym zamówień publicznych. Z uwagi na fakt, że stosowne orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej jest interpretowane w różny sposób przez poszczególne państwa członkowskie, a nawet przez poszczególne instytucje zamawiające, uznano, że ramach przepisów koordynujących procedury zamówieniowe państw członkowskich należy doprecyzować warunki, w jakich umowy zawierane w obrębie sektora publicznego nie podlegają obowiązkowi stosowania przepisów dotyczących zamówień publicznych<sup>408</sup>. Przyjęto w konsekwencji, że procedury przewidziane w dyrektywie nie powinny mieć zastosowania np. do zamówień publicznych udzielanych kontrolowanym osobom prawnym, jeżeli instytucja zamawiająca sprawuje nad daną osobą prawną kontrolę podobną do kontroli, jaką sprawuje nad własnymi jednostkami, pod warunkiem że kontrolowana osoba prawna prowadzi ponad 80% swojej działalności w ramach wykonywania zadań powierzonych jej przez kontrolującą instytucję zamawiającą lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tę instytucję zamawiającą, bez względu na to, kto jest beneficjentem wykonywanego zamówienia.

Przypomnieć przy tym warto, że obecnie możliwość realizowania przez instytucje zamawiające współpracy wertykalnej bądź horyzontalnej traktowana jest na gruncie dyrektyw jako element swobody organów publicznych w zakresie wykonywania powierzonych im zadań poprzez wykorzystanie ich własnych zasobów, co obejmuje zarówno możliwość współpracy z innymi organami publicznymi, jak i podmiotami od nich zależnymi. Jednakże – jak trafnie zauważył rzecznik generalny Manuel Campos Sánchez-Bordona w sprawie C-796/18 – decyzja państwa członkowskiego

<sup>407</sup> Zob. Opinia RG M. Camposa Sáncheza-Bordony w sprawie C-796/18, pkt 2.

<sup>408</sup> Motyw 31. dyrektywy klasycznej. Zob. motyw 32 oraz art. 12 dyrektywy klasycznej.

dotycząca sposobu świadczenia usług publicznych musi być zgodna z podstawowymi zasadami TFUE, w szczególności dotyczącymi swobodnego przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości i świadczenia usług, a także zasady równego traktowania, niedyskryminacji, wzajemnego uznawania, proporcjonalności i przejrzystości<sup>409</sup>. Takie samo stanowisko przyjął Trybunał w tej sprawie, stwierdzając konieczność wzięcia pod uwagę zasady równego traktowania podczas dokonywania wykładni przepisów dyrektywy określających warunki wyłączenia jej stosowania w przypadku współpracy wertykalnej lub horyzontalnej<sup>410</sup>. Podobny pogląd wyraził Trybunał w sprawach połączonych od C-89/19 do C-91/19 *Rieco*. Stwierdził mianowicie, że swoboda, jaką dysponują państwa członkowskie w wyborze sposobu zarządzania wykonaniem robót lub świadczeniem usług. Wręcz przeciwnie, powinna ona być wykonywana z poszanowaniem podstawowych zasad Traktatu, w szczególności swobodnego przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług, jak również zasad z nich wynikających, takich jak zasada równego traktowania, niedyskryminacji, wzajemnego uznawania, proporcjonalności i przejrzystości<sup>411</sup>.

Należy wreszcie uzupełniającą zaznaczyć, że funkcja ogólnych zasad równości może być nawet związana z postępowaniami, których przedmiotem są wprawdzie umowy odpłatne zawierana przez instytucję zamawiającą z innymi uczestnikami rynku, ale które nie odpowiadają samemu pojęciu „zamówienia publicznego” w rozumieniu dyrektyw. Jak wynika z orzecznictwa, przykładem mogą być tu umowy zawierane bez dokonywania wyboru wykonawców tj. poprzez ich przystępowanie na z góry ustalonych warunkach do określonego systemu w całym okresie jego ważności<sup>412</sup>.

## 7. Wnioski

Na problematykę europejskich źródeł obowiązków równego traktowania ubiegających się o zamówienie publiczne spoglądać należy przez pryzmat procesów związanych z europeizacją prawa, w tym harmonizacją krajowych przepisów dotyczących zamówień publicznych oraz koordynacją procedur udzielania zamówień obowiązujących w poszczególnych państwach członkowskich. Na gruncie zamówień publicznych europeizacja dokonuje się zarówno w obszarze stanowienia prawa, jak i jego stosowania oraz przestrzegania, w tym jego interpretacji. W pierwszym wypadku zmiana w regulacjach prawnych polega *de facto* na modyfikacji dotychczasowych przepisów w sposób odpowiadający celom określonym w europejskim porządku prawnym. Można to określić jako adaptacyjną europeizację prawa zamówień publicznych. Z kolei

<sup>409</sup> Pkt 35.

<sup>410</sup> Wyrok TS z dnia 28 maja 2020 r. w sprawie C-796/18, pkt 76.

<sup>411</sup> Pkt 37. Zob. też: C-159/11, pkt 23.

<sup>412</sup> Zob. Wyrok Trybunału z dnia 2 czerwca 2016 r., C-410/14, pkt 47.

w zakresie stosowania prawa europeizację można wiązać z zasadą pierwszeństwa prawa unijnego oraz jego bezpośredniej skuteczności w ramach zamówień publicznych. Takie oddziaływanie europejskich źródeł prawa świadczy z kolei o substytutywnej funkcji europeizacji prawa zamówień publicznych. W zakresie stosowania prawa zamówień publicznych niebagatelną rolę odgrywa jednak również wykładnia przepisów krajowych zgodnie z prawem i orzecznictwem europejskim dotyczącym zamówień publicznych, czyli tzw. proeuropejska wykładnia prawa zamówień publicznych. Potwierdza to przekonanie, że europeizacja polskiego prawa zamówień publicznych odnosi się do szczególnego rodzaju złożonych relacji między europejskim porządkiem prawnym a polskim porządkiem prawnym. Relacje te obejmują zarówno wpływ prawa stanowionego, jak i aktywizmu sędziowskiego, czyli oddziaływanie orzecznictwa.

Analiza ogólnych zasad równości potwierdza wzrost ich znaczenia w obszarze zamówień publicznych. Zarówno zasadę niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową, jak i zasady wynikające ze swobód rynku wewnętrznego oraz ogólną zasadę równości należy traktować jako niekwestionowane powszechnie źródła obowiązków równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne. W ujęciu historycznym, jako pierwsze źródła obowiązków równego traktowania wskazać trzeba by oczywiście traktatowy zakaz dyskryminacji ze względu na przynależność państwową oraz powiązane z nim swobody rynku wewnętrznego. Jednakże stosunkowo wcześniej, a w sposób wyraźniejszy w orzeczeniach zapadających od początku XXI w., jako źródło powinności równego traktowania zaczęto wskazywać również ogólną zasadę równości prawa europejskiego. Proces ten świadczy o stałym wzroście znaczenia równości jako elementarnej wartości w zamówieniach publicznych. Znamienne jest również to, że wskazane zasady postrzegane są jako pozostające w ścisłym związku, w którym ogólna zasada równego traktowania znajduje swój wyraz w zasadzie niedyskryminacji oraz w swobodach rynku wewnętrznego. Z kolei zasady swobód rynku wewnętrznego są źródłem obowiązków uszczegółwiających postanowienia traktatowego zakazu niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową.

Urzeczywistnianie się triady ogólnych zasad równości w zamówieniach publicznych poskutkowało również uwidocznionym w szczególności od lat 90. XX w. w orzecznictwie przekonaniem o ich szerokim zakresie zastosowania. Do tej chwili – jak zauważa Sylvia de Mars – państwa członkowskie uważały, że mają w przypadku zamówień znajdujących się poza zakresem zastosowania dyrektyw znaczną swobodę w projektowaniu krajowych rozwiązań legislacyjnych, ograniczoną wyłącznie zakazem dyskryminacji<sup>413</sup>. Tymczasem – głównie do czasów spraw *Scandinavia* oraz *Telaustria* – zasady ogólne zaczęły być postrzegane jako źródło obowiązków równego traktowania, i to nie tylko negatywnych, wyrażających się w zakazie podejmowania

<sup>413</sup> S. de Mars, *op. cit.*, s. 317.



działań dyskryminujących ubiegających się o zamówienia publiczne, ale także pozytywne, służących znoszeniu barier w dostępie do zamówień publicznych oraz zapewnieniu przejrzystości procedur udzielania zamówień. Oznacza to, że pierwotne prawo europejskie jest źródłem obowiązków równego traktowania w zamówieniach publicznych, nawet wówczas gdy prawodawca unijny nie określa takich powinności w prawie pochodnym<sup>414</sup>. Stwierdzić również trzeba, że zjawiska, które można odnotować na gruncie zamówień publicznych, korespondują z ogólnymi poglądami formułowanymi odnośnie do zasady równości w prawie Unii Europejskiej, gdzie dostrzega się wręcz swoiste zatarcie podziału na obowiązki negatywne i pozytywne. Jak trafnie ujmuje tę kwestię Anna Śledzińska-Simon: negatywnie ujęte zakazy dyskryminacji i nierównego traktowania rodzą aktualnie konkretne obowiązki pozytywne dla państw członkowskich, które mogą wyrażać się w konieczności stanowienia określonych zakazów dyskryminacji w prawie, prawnych gwarancji braku dyskryminacji, czy szerzej – tworzenia instytucjonalnych warunków dla zapewnienia równości określonych podmiotów albo równości ich szans<sup>415</sup>.

Jednocześnie, istotne znaczenie ogólnych zasad równości w obszarze zamówień publicznych nie oddaliło potrzeby wydawania, począwszy od lat 70. XX w., szczegółowych regulacji zawartych w prawie pochodnym wyznaczającym kierunki harmonizacji i koordynacji procedur w obszarze zamówień istotnych z punktu widzenia rynku wewnętrznego. Jednym z efektów tej działalności legislacyjnej okazała się szczególnie zasada równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców wyrażana *expressis verbis* w dyrektywach zamówieniowych jako jedna z zasad udzielenia zamówień publicznych. Przedstawia się ona jako wyraźna, właściwa systemowi zamówień publicznych konstrukcja prawna, której wdrożenie należy do obowiązków państw członkowskich i która jest podstawowym źródłem obowiązków równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne.

Obecność w europejskim prawie zamówień publicznych ogólnych zasad równości oraz regulacji szczegółowych, na czele ze szczególną zasadą równego traktowania wykonawców, zarysowała konieczność określenia zakresu zastosowania tych źródeł prawa. Linia demarkacyjną wyznaczającą określone odrębności stała się rzecz jasna granica między zamówieniami podlegającymi dyrektywom zamówieniowym oraz

---

<sup>414</sup> R. Hansen, *op. cit.*, s. 26. W motywach aktualnie obowiązujących dyrektyw wspomina się, że państwa członkowskie i instytucje zamawiające powinny podejmować stosowne środki w celu zapewnienia przestrzegania obowiązków w dziedzinie prawa ochrony środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy zgodnie z podstawowymi zasadami prawa Unii (ang. *the basic principles of Union law*), w szczególności z myślą o zapewnieniu równego traktowania (zob. np. motyw 37 dyrektywy klasycznej). Z brzmienia dyrektyw wynika więc wyraźnie w tym zakresie konieczność podejmowania pozytywnych działań. Jednak znaczenie tej wypowiedzi należy łączyć przede wszystkim z obowiązkiem równego traktowania osób, które nie ubiegają się o zamówienia publiczne, ale których realizacja zamówień może dotyczyć (np. pracowników czy odbiorców usług świadczonych przez wykonawców).

<sup>415</sup> A. Śledzińska-Simon, *op. cit.*, s. 43 i 49.

zamówieniami niepodlegającymi dyrektywom w całości lub w części. Efektem aktywizmu sędziowskiego, stanowiska Komisji Europejskiej oraz dyskusji odbywających się w nauce stał się niekwestionowany aktualnie przez większość badaczy pogląd zakładający zastosowanie ogólnych zasad równości również w zamówieniach publicznych niepodlegających dyrektywom, ale mających tzw. istotne znaczenie transgraniczne. Przywołane stanowiska i opinie wyrażają przekonanie, że ogólne zasady równości są źródłem obowiązków spoczywających zarówno na państwach członkowskich w zakresie stanowienia prawa, jak i instytucjach zamawiających w zakresie jego stosowania. Koncentrują się przy tym głównie na uszczegółowieniu *ad casum* wywodzonego z zasad ogólnego obowiązków przejrzystości. Ogólne zasady równego traktowania uznawane są więc za źródła obowiązków „pierwszego rzędu”, które mają charakter kierunkowy. Ewentualna możliwość powoływania się przez ubiegających się o zamówienia publiczne na określone uprawnienia musiałaby jednak być uzależniona od stwierdzenia istnienia określonych, precyzyjnych i bezwarunkowych obowiązków konkretnych wynikających w sposób instrumentalny z obowiązków kierunkowych. Nie można więc wykluczyć bezpośredniej skuteczności ogólnych zasad równości w zamówieniach publicznych nieobjętych dyrektywami. Jednakże o bezpośredniej skuteczności przesądzać będzie każdorazowo ustalony związek tak wywiezionego obowiązku konkretnego z określonym uprawnieniem ubiegającego się o zamówienie publiczne.

Aspekt transgraniczności wskazuje jednocześnie na pewne ograniczenia zastosowania ogólnych zasad równości. Zasady nie obejmują bowiem sytuacji czysto wewnątrz krajowych (ang. *purely internal*)<sup>416</sup>. W okolicznościach takich ewentualne nieuzasadnione różnicowanie ubiegających się o zamówienia publiczne (np. poprzez stanowienie preferencji regionalnych w ramach jednego państwa członkowskiego) nie będzie mogło być traktowane jako naruszenie zasady niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową, czy nawet ograniczenie swobód rynku wewnętrznego. Nie oznacza to jednak, że takie nierówne traktowanie nie będzie mogło być ocenione przez pryzmat np. krajowych norm konstytucyjnych czy ustawowych.

Przejawem pojmowania ogólnych zasad prawa europejskiego są obecnie również stwierdzenia zawarte w samych dyrektywach zamówieniowych wskazujące chociażby na konieczność odwoływania się orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej dotyczącego właściwego stosowania reguł i zasad TFUE w przypadku zamówień, których wartość jest niższa od progów zobowiązujących do stosowania przepisów przewidujących koordynację na poziomie unijnym<sup>417</sup>.

Ogólne zasady równości należy postrzegać jako źródła obowiązków dotyczących zarówno stanowienia, jak i stosowania oraz przestrzegania prawa. Ogólne

<sup>416</sup> A. Cieśliński, *Wspólnotowe prawo...*, s. 49.

<sup>417</sup> Zob. np. motyw 3 dyrektywy sektorowej.

zasady równości wyznaczają obowiązki stanowienia dyrektyw zamówieniowych urzeczywistniających wartości, do których zasady ogólne się odnoszą, a potrzeba zagwarantowania praktycznego zastosowania zasad traktatowych jest jednym z wyrażonych wprost w dyrektywach powodów ustanawiania przepisów koordynujących krajowe procedury udzielania zamówień publicznych. Dodatkowo, treść ogólnych zasad równego traktowania wskazuje kierunki wykładni ustanowionych już dyrektyw – w szczególności w obszarze, w którym transponowane regulacje pozostawiają państwom członkowskim pole dla ich interpretacji oraz swobodę wyborów sposobów implementacji. Podobnie w przypadku niewdrożenia do krajowego porządku prawnego, albo wdrożenia ich w sposób nieprawidłowy, funkcja zasad ogólnych wyrażać się będzie w wyznaczaniu sposobów interpretacji bezpośrednio skutecznych w takiej sytuacji dyrektyw. Natomiast w przypadku dokonanego wdrożenia postanowień dyrektyw zamówieniowych w krajowym porządku prawnym rola ogólnych zasad równości odnosić się będzie dodatkowo do wskazywania kierunków wykładni prawa krajowego.

Dokonana analiza pozwala na potwierdzenie hipotezy, że ukształtowanie się w prawie pochodnym szczególnej zasady niedyskryminacji i równego traktowania wykonawców dotyczącej zamówień objętych postanowieniami dyrektyw zamówieniowych nie uchyliło zastosowania w zamówieniach publicznych zasady równości jako ogólnej zasady prawa europejskiego, zasady niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową oraz zasad swobód rynku wewnętrznego. Wynika z tego również, że – jak ujmuje to Anna Górczyńska – zasady dotyczące niedyskryminacji i równego traktowania będące wraz z podstawowymi swobodami wspólnego rynku filarami całego systemu prawnego UE są jednocześnie „najważniejszymi zasadami w systemie zamówień publicznych”<sup>418</sup>.

W ramach systemu zamówień publicznych zasady ogólne są źródłem obowiązków równego traktowania spoczywających na szeroko rozumianym państwie, pojmowanym jako prawodawca, ale także jako wiele podmiotów stosujących prawo. W przypadkach zamówień publicznych emanacją państwa są instytucje zamawiające, a wśród nich organy władzy państwowej, regionalnej czy lokalnej<sup>419</sup>. Podmiotowym zakresem zastosowania ogólnych zasad równości objąć również należy podmioty niewchodzące w skład struktury podmiotów władzy państwowej, ale podporządkowane państwu, znajdujące się pod jego kontrolą lub wyposażone przez państwo w prawa szczególne lub wyłączne<sup>420</sup>. Co więcej, przyjąć należy, że obowiązki wynikające z ogólnych zasad równości spoczywają także na innych zamawiających wskazanych w dyrektywach

<sup>418</sup> A. Górczyńska, *The Role of Small and Medium-Sized Enterprises in a Sustainable Public Procurement System*, [w:] *International Public Procurement, Innovation and Knowledge Sharing*, red. K.V. Thai, „Public Administration, Governance and Globalization” 2015, s. 308.

<sup>419</sup> R. Hansen, *op. cit.*, s. 46.

<sup>420</sup> A. Sołtysińska, *op. cit.*, s. 22-23.

zamówieniowych, w tym zamawiających sektorowych czy subsydiowanych – nawet niebędących podmiotami publicznymi oraz w zakresie zamówień publicznych o znaczeniu transgranicznym, choć nieobjętych dyrektywami. Stanowisko to wzmacnia doktrynalną koncepcję horyzontalnego zastosowania zasad ogólnych prawa europejskiego. Jego uzasadnienie – oprócz waloru, jakim jest spójność podmiotowego zakresu stosowania ogólnych zasad równości w zamówieniach publicznych – tkwi przede wszystkim w wartości, jaką jest istnienie rynku wewnętrznego, a co za tym idzie – pojmowaniem europeizacji zamówień publicznych jako zjawiska wykraczającego poza koordynację procedur udzielania zamówień publicznych na mocy prawa pochodnego.

W konsekwencji należy stwierdzić, że na polskim prawodawcy oraz polskich instytucjach zamawiających spoczywają obowiązki równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne, których źródłem są nie tylko dyrektywy oraz przepisy krajowe je implementujące, ale także zasady określone w niniejszym opracowaniu jako ogólne zasady równości. Tak określony charakter źródeł obowiązków równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne pozwala mówić o ich europejskim wymiarze.



## Rozdział III

# Ustawowy wymiar obowiązków równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne

## 1. Zasady zamówień publicznych w polskim systemie zamówień publicznych

Problematyka zasad jest trwale obecna w obszarze polskich zamówień publicznych<sup>1</sup>. W literaturze krajowej – prócz pojęcia „zasad zamówień publicznych”<sup>2</sup> – stosowane są również takie określenia, jak „zasady udzielenia zamówień publicznych”<sup>3</sup>, „zasady postępowania o udzielenie zamówienia publicznego”<sup>4</sup>, „zasady prawa zamówień publicznych”<sup>5</sup> czy „zasady systemu zamówień publicznych”<sup>6</sup>, „zasady udzielania i wykonywania zamówień publicznych”<sup>7</sup> i inne.

Należy przy tym przypomnieć, że w polskiej teorii prawa przyjmuje się, że stwierdzenie istnienia zasady w prawie wymaga ustalenia obowiązywania w danym systemie norm, w takim czy innym sensie nadrzędnych względem pozostałych norm<sup>8</sup>. To, co stanowi charakterystykę zasad, to ich „waga” (doniosłość, znaczenie)<sup>9</sup>. Jednocześnie

---

<sup>1</sup> P. Szustakiewicz, *Zasady prawa zamówień publicznych*, Warszawa 2007, s. 249.

<sup>2</sup> Np. R. Gola, *Nowe zasady zamówień publicznych na twórcze prace projektowe*, „Budownictwo i Prawo” 2002, R. 6, nr 3, s. 31-32.

<sup>3</sup> A. Zdebel-Zygmunt, J. Rokicki, *System zamówień publicznych w Polsce*, Warszawa 2014, s. 51.

<sup>4</sup> R. Szostak, *Zasady prawa zamówień publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2014, nr 3, s. 8-9.

<sup>5</sup> P. Szustakiewicz, *op. cit.*; *Potrzeby i kierunki zmian w Prawie zamówień publicznych*, red. M. Stręciwilk, A. Dobaczewska, Warszawa 2018, s. 11.

<sup>6</sup> H. Nowicki, *Economic policies, objectives, and principles of the system of public procurement law*, „Studia Iuridica Toruniensia” 2018, vol. 23, t. 23, s. 203.

<sup>7</sup> R. Szostak, *O niektórych postulatach zmian w prawie zamówień publicznych*, [w:] *Potrzeby i kierunki zmian w Prawie...*, s. 77.

<sup>8</sup> S. Wronkowska, M. Zieliński, Z. Ziemiński, *Zasady prawa. Zagadnienia podstawowe*, Warszawa 1974, s. 28, 64 i nast.

<sup>9</sup> M. Kordela, *Zasady prawa. Studium teoretycznoprawne*, Poznań 2012, s. 14.



dostrzega się wielość i otwartość szczegółowych kryteriów pozwalających wyróżniać spośród norm zasady prawa w ogólności czy zasady systemu prawa. Jak zauważył Krystian Ziemiński: „nie wydaje się ani możliwe, ani celowe sformułowanie zamkniętego raz na zawsze katalogu przesłanek uznawania dyrektyw za zasadnicze”<sup>10</sup>. Trafność tego poglądu opiera się chociażby na tym, że nadrzędność określonej normy może wyrażać się zarówno w istnieniu przesłanek o formalnym, jak i materialnym charakterze. Do pierwszych zaliczyć można uznanie określonej normy za zasadę wprost przez ustawodawcę albo nie wprost poprzez jej odpowiednie usytuowanie w hierarchii aktów prawnych. Dzieje się to poprzez zawarcie tej normy w akcie prawnym o wyższej pozycji hierarchicznej lub wyróżnienie redakcyjne przepisu zawierającego daną normę (łac. *argumentum a rubrica*)<sup>11</sup>. Dodatkowo do przesłanek formalnych zaliczyć należy szeroki zakres zastosowania oraz normowania danej normy<sup>12</sup>. Przesłanki materialne zaś wyrażają się w tym, że dana norma znajduje uzasadnienie aksjologiczne w wartościach uznawanych za najwyższe w proponowanym albo powszechnie przyjmowanym systemie preferencji<sup>13</sup>. Zasadniczy charakter normy w określonym systemie prawnym może wynikać zatem z tego, że zasada posiada większą doniosłość społeczną czy aksjologiczną niż normy zwykłe<sup>14</sup>. Może o tym świadczyć wyższy stopień ogólności normy (kryterium generalności)<sup>15</sup> czy szczególny przedmiot regulacji<sup>16</sup> – to, że dana zasada określa podwaliny jakiejś instytucji prawnej<sup>17</sup>, stanowi rację dla wielu innych norm<sup>18</sup>, jest źródłem kompetencji do stanowienia norm zwykłych albo wyznacza merytoryczny kierunek prawotwórstwa czy jego wykładni<sup>19</sup>.

Zasadam dotyczącym zamówień publicznych w Polsce przypisuje się funkcje analogiczne do tych, jakie mają zasady innych dziedzin, dyscyplin czy gałęzi prawa. Przemysław Szustakiewicz stwierdza, że zasady zamówień publicznych „mają niezwykle ważne znaczenie dla funkcjonowania systemu zamówień publicznych”, kreując wzorce normatywne oraz sposoby rozstrzygania określonych kwestii<sup>20</sup>. Z kolei Małgorzata Nyc-Zimny wyraża opinię, że zasady zamówień publicznych podporządkowane są w znacznej mierze celom oraz wartościom aksjologicznym, jakie

<sup>10</sup> K. Ziemiński, *Zasady ogólne prawa administracyjnego*, Poznań 1989, s. 78.

<sup>11</sup> *Ibidem*, s. 76; M. Korycka-Zirk, *Teorie zasad prawa a zasada proporcjonalności*, Warszawa 2012, s. 20.

<sup>12</sup> K. Ziemiński, *op. cit.*, s. 76.

<sup>13</sup> *Ibidem*, s. 76-77.

<sup>14</sup> M. Korycka-Zirk, *op. cit.*, s. 25; G. Maroń, *Legitymizacja zasad prawa*, [w:] *Teoria prawa między nowoczesnością a ponowoczesnością*, red. A. Samonek, Kraków 2012, s. 245.

<sup>15</sup> K. Opalek, J. Wróblewski, *Zagadnienia teorii prawa*, Warszawa 1969, s. 92; R. Alexy, *Teoria praw podstawowych*, przeł. B. Kwiatkowska, J. Zajadło, Warszawa 2010, s. 75-76.

<sup>16</sup> K. Ziemiński, *op. cit.*, s. 77.

<sup>17</sup> *Ibidem*.

<sup>18</sup> M. Korycka-Zirk, *op. cit.*, s. 22; K. Opalek, J. Wróblewski, *op. cit.*, s. 94.

<sup>19</sup> M. Korycka-Zirk, *op. cit.*, s. 24.

<sup>20</sup> P. Szustakiewicz, *op. cit.*, s. 191.

leżą u podstaw systemu zamówień publicznych. Mają one z jednej strony zapewnić efektywne wydatkowanie środków publicznych, z drugiej dostęp do zamówień publicznych podmiotom zainteresowanym i zdolnym do wykonania zamówienia publicznego w transparentnym postępowaniu o udzielenie zamówienia<sup>21</sup>. Autorka podkreśla, że rola zasad udzielania zamówień publicznych jest niezwykle doniosła, zwłaszcza z punktu widzenia stabilizacji regulacji oraz ochrony konkurencji, efektywności i bezpieczeństwa transakcji. Natomiast Ryszard Szostak wyraża pogląd, że zasady zamówień publicznych „stanowią drogowskazy dla ustawodawcy wyznaczające nie tylko kierunki pożądanych nowelizacji, lecz przede wszystkim zapobiegają różnym odstępstwom wprowadzonym w imię partykularnych interesów. Pozwalają na harmonijny rozwój regulacji, przy poszanowaniu wymogów zupełności, spójności i przejrzystości”<sup>22</sup>. W innym miejscu, odnosząc się do zasad udzielenia i wykonywania zamówień, Ryszard Szostak stwierdza, że „zasady to reguły nadrzędne, przede wszystkim ułatwiające wykładnię prawa i chroniące przed nadmierną kazuistyką ustawową”<sup>23</sup>. Można zatem przyjąć, że zasady związane z systemem zamówień publicznych odgrywają rolę stabilizacyjną, ochronną i gwarancyjną, wpływając na stanowienie, stosowanie i przestrzeganie prawa.

W literaturze zaproponowano też różne podziały polskich zasad dotyczących zamówień publicznych. Na przykład Ryszard Szostak zaproponował odróżnienie zasad udzielania zamówień publicznych oraz zasad dotyczących umów o zamówienia publiczne<sup>24</sup>, wliczając w obręb pierwszej kategorii: zasadę prawa krajowego, wraz z wymogiem prowadzenia postępowania w języku polskim, zasadę powszechności reżimu ustawowego zamówień publicznych, zasadę zapewnienia dostatecznej efektywności zamówienia, zasadę otwartego dostępu do zamówień, zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, zasadę obligacyjnej natury i celowości postępowania, zasadę bezstronności po stronie zamawiającego, zasadę proporcjonalności, zasadę jawności i przejrzystości postępowania, zasadę przetargowego trybu udzielania zamówień, zasadę pisemności postępowania, zasadę rozpoznawania sporów przedumownych przez Krajową Izbę Odwoławczą, zasadę szczególnej ochrony procesowej interesów wykonawców oraz zasadę skutecznej kontroli zarządczej<sup>25</sup>. Z kolei katalog zasad realizacji zamówień publicznych obejmowałby, zgodnie z propozycją Szostaka, powszechnie obowiązujące zasady wykonywania

<sup>21</sup> M. Nyc-Zimny, *Naruszenie zasady udzielania zamówień publicznych podstawą wniesienia odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2021, nr 3, s. 69.

<sup>22</sup> R. Szostak, *Uwagi de lege ferenda na temat zasad udzielania zamówień publicznych*, [w:] *System zamówień publicznych – stan obecny i kierunki zmian*, red. H. Nowicki, Warszawa–Wrocław 2014, s. 119.

<sup>23</sup> *Idem*, *O niektórych postulatach zmian w prawie zamówień publicznych*, [w:] *Potrzeby i kierunki zmian w Prawie...*, s. 77.

<sup>24</sup> *Idem*, *Kilka uwag o roli zasad udzielania zamówień publicznych*, „Zamówienia Publiczne. Doradca” 2020, nr 2, s. 41; *idem*, *Zasady prawa zamówień...*, s. 16–24.

<sup>25</sup> *Idem*, *Uwagi de lege ferenda...*, s. 123.

zobowiązań umownych, ale także zasady właściwe problematyce zamówień publicznych wynikające z obowiązujących regulacji prawnych, jak np. zasada publicznoprawnego obowiązku dochodzenia roszczeń<sup>26</sup> czy zasada z realnego wykonania zamówienia (obowiązek współdziałania)<sup>27</sup>.

Odnosząc się do istoty zasad dotyczących zamówień publicznych należałoby w pierwszym rzędzie wyróżnić doktrynalne postulaty o charakterze systemowym, które stanowią opis pożądanej postaci prawa zamówień publicznych lub nawet całego systemu zamówień publicznych. Do tej kategorii można zaliczyć zasadę powszechności reżimu ustawowego. Wprawdzie znajduje ona swój wyraz w art. 17 ust. 2 Pzp 2019, który stanowi, że zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, jednakże w podstawowym znaczeniu odnosi się ona do samego prawodawcy i wyraża oczekiwanie generalnego i stabilnego charakteru prawa zamówień publicznych. Zasada ta pozwala np. krytycznie oceniać inicjatywy legislacyjne zmierzające do nieuzasadnionego wyłączenia stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych w określonych okolicznościach<sup>28</sup>.

Odrębnie należy natomiast spojrzeć na zasady ustanowione przez prawodawcę, a więc mające uzasadnienie tetyczne. W przypadku części z nich ustawodawca posługuje się wprost określeniem „zasada”, w pozostałych przypadkach zasady dotyczące zamówień publicznych rozpoznaje się w całości regulacji prawnych. Przykładem może być tu wiele zasad prowadzenia wyspecjalizowanej kontroli zamówień publicznych zawartych w Pzp 2019. Powyższe spostrzeżenia pozwalają więc doprecyzować, że zwrot „zasady prawa zamówień publicznych” może mieć dwojakie znaczenie. Może odnosić się do zasad wyrażających właściwość albo pożądaną postać prawa zamówień publicznych, ale może wskazywać na pochodzenie określonych zasad, jako wywiedzionych z ustawy Prawo zamówień publicznych czy też ustaw składających się na system prawa zamówień publicznych<sup>29</sup>.

Pod pojęciem „zasad zamówień publicznych” można rozumieć zasady wyrażone w określonych przepisach jako „zasady”, ale także jako takie rozpoznane i opisywane w literaturze. Przykładem może być tu zasada planowania postępowań o udzielenie zamówienia oraz zasada zarządzania ryzykiem w zamówieniach publicznych<sup>30</sup>. Przy czym zarówno w obrębie zasad ukształtowanych na kanwie doktryny, jaki i wyartykułowanych czy zakodowanych w tekście prawnym wskazać można takie, które dotyczą samego udzielenia zamówień oraz pozostałe zasady, które nie określają sposobu postępowania instytucji zamawiających przy udzieleniu zamówień publicznych. Przykładem zasady należącej do drugiej grupy może być zaproponowana w nauce

<sup>26</sup> *Idem*, *Umowy o zamówienia publiczne w zarysie*, Warszawa 2018, s. 28.

<sup>27</sup> *Idem*, *Zasady prawa zamówień...*, s. 19.

<sup>28</sup> *Ibidem*, s. 10.

<sup>29</sup> P. Szustakiewicz, *op. cit.*, s. 195.

<sup>30</sup> R. Szostak, *Zasady prawa zamówień...*, s. 15.

zasada szczególnej ochrony procesowej interesów wykonawców. Należy również wspomnieć, że ponadgałęziowy charakter prawa zamówień publicznych uprawnia także do posiłkowego stosowania zasad wykształconych poza systemem zamówień publicznych, w tym zasad właściwych dla prawa cywilnego (np. zasady równorzędności stron), zasad prawa administracyjnego (np. legalności) czy zasad prawa finansowego (np. celowości i efektywności wydatkowania środków publicznych)<sup>31</sup>. Z drugiej strony, zasady zamówień publicznych *ex definitione* nie odnoszą się do całego systemu prawnego, ale tylko jego części, jakim jest system zamówień publicznych<sup>32</sup>.

Na szczególną uwagę zasługują również zasady związane z udzieleniem zamówień publicznych. Samo pojęcie „zasad udzielenia zamówień publicznych” jest określeniem ustawowym. Było ono obecne w Pzp 2004 oraz w ustawie o zamówieniach publicznych z 1994 roku<sup>33</sup>. Aktualnie odnosi się do niego art. 1 Pzp 2019 określający zakres zastosowania ustawy oraz wspomniany wyżej tytuł rozdziału 2 ustawy.

Postać norm wynikających z rozdziału 2. *Zasady udzielenia zamówień publicznych* w części obejmuje reguły postępowania, które wyrażają się w konkretnych powinnościach. Przykładem mogą być tu obowiązki informacyjne w zakresie ochrony danych osobowych<sup>34</sup>. Wskazuje to, że dla ustawodawcy zasady udzielenia zamówień publicznych posiadają wprawdzie odpowiednią doniosłość na gruncie zamówień publicznych uzasadniającą ich redakcyjne wyodrębnienie, ale jednocześnie nie muszą one ukierunkowywać całokształtu działań zamawiającego przy udzieleniu zamówień, a sprowadzać się do określonych, konkluzywnych norm postępowania. Na tle podobnego rozróżnienia opartego na Pzp 2004 Przemysław Szustakiewicz zaproponował podział zasad prawa zamówień publicznych na zasady ogólne oraz zasady konkretne<sup>35</sup>. Wydaje się jednak, że ten podział należałoby raczej odnosić do rodzajów obowiązków, które z zasad zamówień publicznych wynikają. Nie można bowiem wykluczyć, że określona zasada, której przypisano by walor ogólności, wyznacza zarówno obowiązki konkretne, jak i z obowiązków ogólnych wynikające.

W zasadach udzielenia zamówień publicznych dostrzegać można również ich wymiar proceduralny<sup>36</sup>. Spostrzeżenie to jest o tyle cenne, że pozwala uchwycić funkcje zasad udzielenia zamówień publicznych, które sprowadza się do urządzenia sposobu postępowania zamawiającego. Nie oznacza to jednak, że zasady udzielania zamówień publicznych odnoszą się wyłącznie do aspektów formalnych takiego postępowania. Mają one również znaczenie materialne, czego przykładem jest chociażby zasada równego traktowania wykonawców.

<sup>31</sup> M. Nyc-Zimny, *op. cit.*, s. 70-71.

<sup>32</sup> P. Szustakiewicz, *op. cit.*, s. 194.

<sup>33</sup> Rozdział 2 Pzp 2004; rozdział 3 Uzp 1994.

<sup>34</sup> Art. 19 ust. 1 Pzp 2019.

<sup>35</sup> P. Szustakiewicz, *op. cit.*, s. 194.

<sup>36</sup> *Ibidem*, s. 194-195.

## 2. Zasada równego traktowania wykonawców

### 2.1. Kształtowanie się zasady równego traktowania wykonawców

Na wstępie odnotowanie zasługuje to, że regulacje prawne dotyczące zamówień publicznych, zarówno w okresie międzywojennym, jak i w okresie tzw. gospodarki uspołecznionej, nie odnosiły się do problematyki równego traktowania wszystkich ubiegających się o zamówienia. Wręcz przeciwnie, dominujące wówczas modele regulacji zamówień oparte były na systemie preferencji przedsiębiorstw krajowych (w okresie międzywojennym) albo krajowych przedsiębiorstw państwowych czy jednostek gospodarki uspołecznionej (w okresie PRL). Na przykład ustawa z dnia 15 lutego 1933 r. o dostawach i robotach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz instytucyj prawa publicznego<sup>37</sup>, nie wyodrębniając wprawdzie części poświęconej zasadom, wyznaczała ogólny obowiązek uprzywilejowanego traktowania przedsiębiorców krajowych, a także krajowych wytwórców drobnych. Zgodnie z brzmieniem art. 2 tej ustawy dostawy i roboty musiałyby być „z reguły wykonywane przez przedsiębiorstwa krajowe, mające siedziby w kraju, albo przez przedsiębiorstwa zagraniczne posiadające w odpowiedniej wysokości wydzielony kapitał w kraju, dopuszczone do działalności i zarejestrowane w kraju”. Ponadto dostawy i roboty miałyby być „wykonywane przy użyciu sił krajowych i surowców oraz wszelkich wyrobów pochodzenia krajowego”<sup>38</sup>. Powyższe zapisy zostały powtórzone w Rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 29 stycznia 1937 r. o dostawach i robotach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz instytucyj prawa publicznego<sup>39</sup>. Rozporządzenie, podobnie jak ustawa z 1933 r., służyło w istocie ochronie producentów krajowych<sup>40</sup>. Stanowiło dodatkowo, że w sytuacji, gdy oferowana cena i pozostałe warunki realizacji zamówienia są jednakowe, należy przy udzieleniu zamówienia „przyznać pierwszeństwo rynkowi miejsca przeznaczenia dostawy lub roboty”<sup>41</sup>. Rozporządzenie wskazywało też na konieczność przyznawania pierwszeństwa rzemieślniczym organizacjom o charakterze zarobkowym, następnie rzemieślnikom, wreszcie przemysłowcom<sup>42</sup>, a przy zamówieniach na dostawę produktów rolnych – rolnikom, a następnie zrzeszeniom rolniczym<sup>43</sup>.

Jeszcze w okresie obowiązywania ustawy o dostawach i robotach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz instytucyj prawa publicznego z 1933 r., Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 13 marca 1947 r. o zabezpieczeniu przez państwowe przedsiębiorstwa budowlane zobowiązań w związku z podejmowaniem się wykonania robót

<sup>37</sup> Dz.U. 1933, Nr 19, poz. 127.

<sup>38</sup> Art. 2 ust. 2.

<sup>39</sup> § 2. Dz.U. 1937, Nr 13, poz. 92.

<sup>40</sup> A. Panasiuk, *System zamówień publicznych w Polsce*, Warszawa 2004, s. 12.

<sup>41</sup> § 13 (1).

<sup>42</sup> *Ibidem*.

<sup>43</sup> § 13 (2).

na rzecz Skarbu Państwa<sup>44</sup> wprowadzono określone ulgi dla przedsiębiorstw państwowych, np. w postaci zwolnienia z obowiązku wnoszenia wadium i zabezpieczenia należytego wykonania umowy<sup>45</sup>. Uchwalona już w realiach kształtującej się gospodarki uspołecznionej ustawa z dnia 18 listopada 1948 r. o dostawach, robotach i usługach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz niektórych kategorii osób prawnych wprowadzała zasadę uprzywilejowania przedsiębiorstw państwowych<sup>46</sup>. Wskazywała mianowicie na obowiązek udzielenia zamówień przedsiębiorstwom państwowym albo samorządowym, lub przedsiębiorstwom pozostającym pod zarządem państwa albo związków samorządu terytorialnego, albo przedsiębiorstwom państwowo-spółdzielczym czy centralom spółdzielczo-państwowym<sup>47</sup>. Udzielenia zamówień pozostałym podmiotom były dopuszczalne wyjątkowo, pod warunkiem, że przedmiot zamówienia nie był objęty zakresem działalności przedsiębiorstw państwowych albo przedsiębiorstwa te nie podejmowały się wykonania zamówienia<sup>48</sup>.

Kolejne regulacje, zawarte w ustawie z dnia 28 grudnia 1957 r. o dostawach, robotach i usługach na rzecz jednostek państwowych<sup>49</sup>, otrzymywały zasadę preferencji dla przedsiębiorstw państwowych. Zasada ta sprowadzała się w tamtym okresie w istocie do tego, że instytucje zamawiające objęte zakresem zastosowania ustawy miały obowiązek udzielenia zamówień innym instytucjom zamawiającym, o ile wykonują one działalność gospodarczą lub spółdzielczą, czyli jednostkom gospodarki uspołecznionej<sup>50</sup>. Zamówienia otwarte zarówno dla podmiotów gospodarki uspołecznionej, jak i pozostałych podmiotów obejmowały jedynie zamówienia poniżej określonej wartości albo zamówienia, których jednostki gospodarki uspołecznionej nie są w stanie wykonywać<sup>51</sup>.

Transformacja ustrojowa i gospodarcza, jaka nastąpiła po 1989 r., wyznaczyła odmienne kierunki kształtowania się systemu zamówień publicznych w Polsce. Warto jednak zaznaczyć, że pierwsza w tym zakresie ustawa z 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych<sup>52</sup> nie posługiwała się jeszcze zwrotem „zasada równego traktowania” lub „zasada niedyskryminacji”. W rozdziale dotyczącym zasad udzielania zamówień publicznych przewidywała jednak, że zamawiający obowiązany jest do traktowania na równych prawach wszystkich ubiegających się o zamówienie publiczne oraz do prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji<sup>53</sup>. W innych miejscach ustawa wspominała

<sup>44</sup> Dz.U. 1947, Nr 31, poz. 133.

<sup>45</sup> § 1 pkt. 1.

<sup>46</sup> Dz.U. 1948, Nr 63, poz. 494.

<sup>47</sup> Art. 5; A. Panasiuk, *op. cit.*, s. 17.

<sup>48</sup> Art. 6.

<sup>49</sup> Dz.U. 1958, Nr 3, poz. 7.

<sup>50</sup> Art. 2 ust. 1.

<sup>51</sup> Art. 2 ust. 2-3.

<sup>52</sup> Ustawa z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (Dz.U. 1994, Nr 76, poz. 344).

<sup>53</sup> Uzp 1994, art. 16.



dotatkowo o równym uczestnictwie dostawców i wykonawców krajowych oraz zagranicznych<sup>54</sup>, obowiązku informowania i przekazywania dokumentów dostawcom i wykonawcom<sup>55</sup> „na równych zasadach”. Ustawa przewidywała jednocześnie instytucje preferencji krajowych, określając m.in., że zamawiający mógł ograniczyć udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia wyłącznie do dostawców lub wykonawców krajowych oraz zagranicznych mających oddział lub przedstawicielstwo w Polsce, jeżeli wartość zamówienia nie przekraczała określonej kwoty<sup>56</sup>. Jeżeli przedmiotem zamówienia były usługi lub roboty budowlane na obszarze Polski, zamawiający mógł ponadto wymagać, aby całość prac objętych zamówieniem była wykonana przy wykorzystaniu podmiotów, surowców i produktów krajowych<sup>57</sup>. Zapisy dotyczące preferencji krajowych przestały obowiązywać od dnia uzyskania przez Rzeczpospolitą Polską członkostwa w Unii Europejskiej.

W ustawie z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych zwrot „zasada równego traktowania” znalazł trzykrotne zastosowanie, ale tylko w zakresie postanowień dotyczących zamówień publicznych wyłączonych z obowiązku pełnego stosowania procedur ustawowych albo wyłączonych tylko częściowo. W pierwszym przypadku odnosił się on do możliwości uzależnienia przyznania środków na dofinansowanie projektu od zastosowania podczas ich wydatkowania m.in. zasady równego traktowania<sup>58</sup>. W drugim ustawodawca wskazywał na konieczność stosowania zasad Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, w szczególności dotyczących równego traktowania, uczciwej konkurencji i przejrzystości w przypadku zawierania przez wykonawców zamówień niektórych umów o podwykonawstwo w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa<sup>59</sup>. W trzecim przypadku ustawa odnosiła się do zasady równego traktowania w zakresie obowiązku określenia sposobu przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia na usługi społeczne<sup>60</sup>. Pzp 2004 w rozdziale dotyczącym zasad udzielenia zamówień publicznych przewidywała również, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz działa zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości<sup>61</sup>. Ustawa zawierała także normy określające ogólne obowiązki równego traktowania, w tym te dotyczące prowadzenia dialogu technicznego<sup>62</sup>, prowadzenia negocjacji<sup>63</sup> oraz okre-

<sup>54</sup> Uzp 1994, art. 18.

<sup>55</sup> Uzp 1994, art. 66.

<sup>56</sup> Uzp 1994, art. 18 ust. 2.

<sup>57</sup> Uzp 1994, art. 18 ust. 3.

<sup>58</sup> Pzp 2004, art. 3 ust. 3.

<sup>59</sup> Pzp 2004, art. 131s ust. 3.

<sup>60</sup> Pzp 2004, art. 138k.

<sup>61</sup> Pzp 2004, art. 7 ust. 1.

<sup>62</sup> Pzp 2004, art. 31a ust. 1.

<sup>63</sup> Pzp 2004, art. 60f.

ślania przesłanek unieważnienia postępowania<sup>64</sup>. Ustawa Pzp 2004 nie wspominała jednakże o zasadzie niedyskryminacji, choć odnosiła się do niedyskryminującego sposobu udzielenia zamówienia w przypadku zamówień na usługi społeczne wyłączone z procedur stosowania ustawy<sup>65</sup>, a także do „niedyskryminujących kryteriów”<sup>66</sup>, „niedyskryminujących kryteriów selekcji”<sup>67</sup>, „niedyskryminujących środków komunikacji elektronicznej”<sup>68</sup>, „niedyskryminujących zasad [wyboru oferty]”<sup>69</sup>.

Ustawa Prawo zamówień publicznych z 11 września 2019 r. wspomina *expressis verbis* o zasadzie równego traktowania wykonawców w związku ze wstępnymi konsultacjami rynkowymi<sup>70</sup>. Wskazuje także na konieczność stosowania przez wykonawców zasady równego traktowania i innych zasad określonych w Traktacie o funkcjonowaniu Unii Europejskiej przy zawieraniu niektórych umów o podwykonawstwo w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa<sup>71</sup>. Podobnie jak w przypadku ustawy z 2004 r. – ustawa z 2019 r. w rozdziale dotyczącym zasad udzielenia zamówień przewiduje, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób przejrzysty i proporcjonalny oraz zapewniający zachowanie zasad uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców<sup>72</sup>. Ustawa Pzp 2019 zawiera także normy określające ogólne obowiązki postępowania związane z równym traktowaniem, w tym dotyczące żądania środków dowodowych<sup>73</sup>, prowadzenia negocjacji<sup>74</sup>, prowadzenia dialogu konkurencyjnego<sup>75</sup> czy określania przesłanek unieważnienia postępowania<sup>76</sup>. Nie wspomina jednak o zasadzie niedyskryminacji. Zawiera jedynie postanowienia dotyczące „niedyskryminujących kryteriów”<sup>77</sup> czy „niedyskryminujących narzędzi i urządzeń komunikacji elektronicznej”<sup>78</sup>.

W ustawie z 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi<sup>79</sup> zwrot „zasada równego traktowania” nie był stosowany. Ustawa przewidywała za to ogólny obowiązek, zgodnie z którym koncesjodawca, przygotowując i prowadząc postępowanie o zawarcie umowy koncesji, miał m.in. zapewnić równe i niedyskryminacyjne

<sup>64</sup> Pzp 2004, art. 131 ust. 1 pkt 2.

<sup>65</sup> Pzp 2004, art. 138o ust. 2.

<sup>66</sup> Pzp 2004, art. 3 ust. 2; art. 30a ust. 1 pkt 2; art. 91 ust. 7a pkt 1.

<sup>67</sup> Pzp 2004, art. 24 ust. 1 pkt 16.

<sup>68</sup> Pzp 2004, art. 10b.

<sup>69</sup> Pzp 2004, art. 36aa ust. 5.

<sup>70</sup> Pzp 2019, art. 84 ust. 2.

<sup>71</sup> Pzp 2019, art. 428 ust. 3.

<sup>72</sup> Pzp 2019, art. 16.

<sup>73</sup> Pzp 2019, art. 106 ust. 2.

<sup>74</sup> Pzp 2019, art. 165 ust. 1; art. 188; art. 290 ust. 1; art. 381 ust. 9.

<sup>75</sup> Pzp 2019, art. 181 ust. 1.

<sup>76</sup> Pzp 2019, art. 418 ust. 1 pkt 2.

<sup>77</sup> Pzp 2019, art. 5 ust. 1; art. 7 pkt 9; art. 91 ust. 4; art. 104 ust. 1; art. 245 ust. 5; art. 423 ust. 2.

<sup>78</sup> Pzp 2019, art. 64.

<sup>79</sup> Ustawa z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz.U. z 2009 r., Nr 19, poz. 101).

traktowanie zainteresowanych podmiotów<sup>80</sup>. Ustawa z 2009 r. odnosiła się również do zmiany oferty lub warunków koncesji, które miałyby „charakter dyskryminacyjny”<sup>81</sup>. Aktualnie obowiązująca ustawa z 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi nie wspomina również o zasadzie równego traktowania ani o zasadzie niedyskryminacji. Znaleźć w niej jednak można odniesienia do „niedyskryminacyjnego sposobu komunikacji”<sup>82</sup>, „niedyskryminacyjnych kryteriów”<sup>83</sup> czy „niedyskryminacyjnego sposobu przedkładania dokumentów”<sup>84</sup>. Z kolei ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym z 19 grudnia 2008 r. odwołuje się do zasady równego traktowania (a także przejrzystości, proporcjonalności) w kontekście postępowania w celu wyboru partnera prywatnego, w przypadkach, w których nie mają zastosowania procedury zawarte w ustawie o umowie koncesji na budowlane lub usługi ani ustawa Prawo zamówień publicznych<sup>85</sup>.

Uzupełniając, warto wspomnieć o odwołaniu do „zasady równego traktowania wykonawców” w regulacjach dotyczących odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Wprawdzie naruszenie tej zasady nie jest ujmowane jako znamię któregoś z deliktów dyscypliny finansów publicznych, ale ma już znaczenie w ocenie zakresu odpowiedzialności. Przepisy przewidują mianowicie, że przy ocenie stopnia szkodliwości dla finansów publicznych naruszenia dyscypliny finansów publicznych niewywołującego skutków finansowych uwzględnia się – w przypadku nieprawidłowości dotyczących udzielania zamówień publicznych albo zawierania umów koncesji na roboty budowlane lub usługi – sposób naruszenia zasady uczciwej konkurencji lub zasady równego traktowania wykonawców<sup>86</sup>. Ponadto udzielenie zamówienia publicznego z istotnym naruszeniem zasady uczciwej konkurencji lub zasady równego traktowania wykonawców stanowi podstawę do wymierzenia kary pieniężnej albo kary nagany<sup>87</sup>.

Odnieść się też można do aktów, które nie mają mocy prawnej równorzędnej z aktami prawa stanowionego, ale które wyznaczają pewne obowiązki związane z udzieleniem zamówień publicznych. Przykładem są tu wytyczne w zakresie kwalifikowalności wydatków realizowanych w ramach projektów czy programów unijnych. Wytyczne można opisać jako instrument prawny określający ujednocnione warunki i procedury realizacji określonych programów. Kierowane są do instytucji uczestniczących w realizacji programów, ale stosowane nie tylko przez te instytucje

---

<sup>80</sup> Art. 6 i art. 12 ust. 1.

<sup>81</sup> Art. 16 ust. 2.

<sup>82</sup> Art. 14 ust. 3.

<sup>83</sup> Art. 29 ust. 5.

<sup>84</sup> Art. 35 ust. 3.

<sup>85</sup> Art. 4 ust. 3 PartPublPrywU.

<sup>86</sup> Art. 28 ust. 3 DyscFinPublU.

<sup>87</sup> Art. 34a DyscFinPublU.

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 Funduszy i Polityki Regionalnej z dnia 18 listopada 2022 r. dotyczącymi kwalifikowalności wydatków na lata 2021-2027 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 wykonawców<sup>88</sup>.

Termin „zasada równego traktowania wykonawców” stosowany jest od lat w piśmiennictwie<sup>89</sup> oraz w orzecznictwie<sup>90</sup>, co pozwala mówić o jego doktrynalnym i instytucjonalnym poparciu<sup>91</sup>. Zasada ta określana jest niekiedy jako zasada „podstawowa”<sup>92</sup>, „generalna”<sup>93</sup> czy „naczelną”<sup>94</sup>. Dostrzega się w niej również „formę realizacji na gruncie Prawa zamówień publicznych konstytucyjnie zagwarantowanej równości

<sup>88</sup> Podrozdział 3.2. *Zasada konkurencyjności*, [https://www.funduszeuropejskie.gov.pl/zakladka:O\\_Funduszach/Poznaj\\_Fundusze\\_Europejskie\\_2021-2027/Prawo\\_i\\_dokumenty/Wytyczne](https://www.funduszeuropejskie.gov.pl/zakladka:O_Funduszach/Poznaj_Fundusze_Europejskie_2021-2027/Prawo_i_dokumenty/Wytyczne) [dostęp: 1.11.2023].

<sup>89</sup> W. Dzierżanowski, *Ochrona konkurencji w prawie zamówień publicznych*, Warszawa 2012, s. 38, 180.

<sup>90</sup> W zakresie orzecznictwa Zespołów Arbitrów oraz KIO zob. np.: wyrok ZA z dnia 15 stycznia 2004 r., UZP/ZO/0-39/04; wyrok ZA z dnia 3 lutego 2004 r., UZP/ZO/0-116/04; wyrok ZA z dnia 3 lutego 2004 r., UZP/ZO/0-111/04; wyrok ZA z dnia 19 marca 2004 r., UZP/ZO/0-291/04; wyrok ZA z dnia 14 czerwca 2004 r., UZP/ZO/0-836/04; wyrok ZA z dnia 8 lipca 2004 r., UZP/ZO/0-1020/04; wyrok ZA z dnia 26 października 2004 r., UZP/ZO/0-1785/04; wyrok ZA z dnia 10 lutego 2005 r., UZP/ZO/0-208/05; wyrok ZA z dnia 10 lutego 2006 r., UZP/ZO/0-334/06; wyrok ZA z dnia 30 marca 2007 r., UZP/ZO/0-323/07; wyrok KIO z dnia 14 stycznia 2008 r., KIO/ÚZP 60/07; wyrok KIO z dnia 2 listopada 2009 r., KIO/ÚZP 1333/09; wyrok KIO z dnia 25 lutego 2010 r., KIO/ÚZP 1895/09; wyrok KIO z dnia 11 lutego 2011 r., KIO 184/11; wyrok KIO z dnia 9 stycznia 2012 r., KIO 2781/11; wyrok KIO z dnia 29 stycznia 2013 r., KIO 120/13; wyrok KIO z dnia 6 lutego 2014 r., KIO 120/14; wyrok KIO z dnia 20 kwietnia 2015 r., KIO 689/15; wyrok KIO z dnia 20 stycznia 2016 r., KIO 16/16; wyrok KIO z dnia 14 kwietnia 2017 r., KIO 626/17; uchwała KIO z dnia 1 lutego 2018 r., KIO/KD 2/18; uchwała KIO z dnia 1 marca 2019 r., KIO/KD 14/19. W zakresie orzecznictwa sądownictwa powszechnego zob. np.: wyrok SN – Izba Cywilna z dnia 26 września 2003 r. IV CK 17/02; wyrok SO w Białymstoku z dnia 31 maja 2012 r., II Ca 373/12; wyrok SO w Gdańsku z dnia 7 listopada 2012 r., XIIIGa 580/12. W zakresie orzecznictwa sądowniczo-administracyjnego zob. np.: wyrok WSA w Gliwicach z dnia 24 stycznia 2013 r., III SA/GI 1664/12; wyrok WSA w Warszawie z dnia 25 sierpnia 2017 r., VIII SA/Wa 13/17; wyrok WSA w Łodzi z dnia 29 listopada 2017 r., III SA/Łd 789/17; wyrok WSA w Krakowie z dnia 22 maja 2018 r., III SA/Kr 163/18; wyrok NSA z dnia 8 stycznia 2019 r., I GSK 3157/18.

<sup>91</sup> G. Maroń, *op. cit.*, s. 247.

<sup>92</sup> Wyrok ZA z dnia 25 września 2006 r., UZP/ZO/0-2503/06; wyrok ZA z dnia 31 maja 2007 r., UZP/ZO/0-623/07; uchwała KIO z dnia 19 marca 2010 r., KIO/KD 17/10; wyrok SO w Gdańsku z dnia 7 listopada 2012 r., XIIIGa 580/12; wyrok WSA w Warszawie z dnia 25 sierpnia 2017 r., VIII SA/Wa 13/17.

<sup>93</sup> Uchwała KIO z dnia 1 lutego 2018 r., KIO/KU 1/18.

<sup>94</sup> Wyrok ZA z dnia 4 marca 2005 r., UZP/ZO/0-374/05.

wobec prawa<sup>95</sup> czy też „przejaw jej konstytucyjnego obowiązywania”<sup>96</sup>. W orzecznictwie odnaleźć można również orzeczenia odnoszące się do pojęcia „zasad równego traktowania” – ujmowanych w liczbie mnogiej<sup>97</sup> oraz „zasady równości” – jako pojedynczej zasady<sup>98</sup>. W judykaturze pojawia się też pojęcie „zasady niedyskryminacji”<sup>99</sup> oraz „zasady równego traktowania i niedyskryminacji”<sup>100</sup>.

Biorąc powyższe pod uwagę, należałoby uznać istnienie „zasady równego traktowania wykonawców” wyartykułowanej w regulacjach prawnych, ale także wywodzonej z całokształtu przepisów systemu prawa zamówień publicznych oraz rozpoznawanej i pojmowanej w nauce i orzecznictwie jako swoista dyrektywa udzielania zamówień publicznych (a w tym zawierania umów partnerstwa publiczno-prywatnego oraz umów koncesji na roboty budowlane lub usługi).

## 2.2. Zakres zastosowania zasady równego traktowania wykonawców

Ustalenia dotyczące zakresu zastosowania zasady równego traktowania wykonawców należy oprzeć na brzmieniu art. 16 pkt. 1 Pzp 2019. Zgodnie z nim zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Podobnie rzecz przedstawia się na gruncie ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi, zgodnie z którą zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o zawarcie umowy koncesji w sposób zapewniający zachowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości<sup>101</sup>. Brzmienie przepisów mogłoby skłaniać do ujęcia zawartej w nim normy jednolitego, nierozdzielonego nakazu przygotowania i prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, a w konsekwencji posługiwania się zwrotem „zasada zapewnienia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców”. Stanowisko takie nie byłoby jednak uprawnione w świetle całokształtu regulacji prawnych. Brzmienie art. 16 pkt. 1 Pzp 2019 wskazuje wprawdzie na istotny związek pomiędzy

<sup>95</sup> G. Klich, *Zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego*, Warszawa 2016, s. 53. Podobnie np. J. Kaczmarczyk, *Zakaz dyskryminacji wykonawców i zapewnienie uczciwej konkurencji w polskim prawie zamówień publicznych*, [w:] *Prawo w administracji i gospodarce*, red. S. Osójca-Kozłowska, Kielce 2021, s. 20.

<sup>96</sup> K. Śliwak, *Zasada równego traktowania przy kwalifikacji podmiotowej w zamówieniach publicznych*, Warszawa 2022, s. 393.

<sup>97</sup> Wyrok ZA z dnia 27 kwietnia 2005 r., UZP/ZO/0-802/05.

<sup>98</sup> Wyrok SO w Olsztynie z dnia 15 listopada 2012 r., V Ga106/12; wyrok KIO z dnia 20 października 2011 r., KIO 2111/11.

<sup>99</sup> Wyrok KIO z dnia 9 marca 2017 r., KIO 338/17; wyrok KIO z dnia 23 sierpnia 2017 r., KIO 1636/17; wyrok KIO z dnia 30 lipca 2019 r., KIO 1350/19.

<sup>100</sup> Wyrok KIO z dnia 23 sierpnia 2017 r., KIO 1636/17.

<sup>101</sup> Art. 12 ust. 1 KoncU.

obowiązkami zapewnienia równego traktowania wykonawców oraz zachowania uczciwej konkurencji w trakcie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia. Jednakże ustawa Pzp 2019 wyodrębnia w szczegółowych regulacjach zasadę równego traktowania i niejednokrotnie odrębnie odnosi się do samych obowiązków równego traktowania. Przykładem mogą być zapisy o prowadzeniu wstępnych konsultacji rynkowych, w których wymaga się, by doradztwo nie powodowało „zakłócenia konkurencji ani naruszenia zasad równego traktowania wykonawców i przejrzystości”<sup>102</sup>. Pzp 2019 wspomina także o obowiązku zapewnienia równego traktowania wszystkich wykonawców podczas negocjacji ofert<sup>103</sup> czy dialogu konkurencyjnego<sup>104</sup>. Wynika z tego, że obowiązki równego traktowania wytyczone omawianą zasadą udzielania zamówień publicznych funkcjonować mogą jako oddzielny, szczególny typ obowiązków.

Podmiotowe aspekty zakresu zastosowania zasady równego traktowania wykonawców nie budzą wątpliwości. Zgodnie z brzmieniem art. 16 pkt. 1 Pzp 2019, to na zamawiającym spoczywa obowiązek przestrzegania tej zasady, a adresatami jego działań są wykonawcy. Na większą uwagę zasługują aspekty przedmiotowe zakresu zastosowania tej zasady. Otóż z brzmienia art. 16 pkt. 1 Pzp 2019 wynika, że zasada równego traktowania wykonawców związana jest z przygotowaniem i przeprowadzeniem postępowania o zamówienie.

Warto przy tym odnotować, że samo pojęcie „postępowania o udzielenie zamówienia” zostało zdefiniowane na potrzeby Pzp 2019<sup>105</sup>. Rozumiane jest jako postępowanie wszczynane przez przekazanie albo zamieszczenie ogłoszenia, przekazanie zaproszenia do negocjacji albo zaproszenia do składania ofert, prowadzone jako uporządkowany ciąg czynności, których podstawą są warunki zamówienia ustalone przez zamawiającego, prowadzące do wyboru najkorzystniejszej oferty lub wynegocjowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego, kończące się zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego albo jego unieważnieniem. Ustawodawca posługuje się także pojęciem „procedury udzielenia zamówienia publicznego”, które jest na gruncie Pzp rozumiane szerzej – obejmuje bowiem dodatkowo inne niż będące postępowaniem o udzielenie zamówienia ciągi czynności, jak chociażby konkursy czy procedury udzielenia zamówień określane przez organizacje międzynarodowe<sup>106</sup>. Natomiast pojęcie trybów postępowania o zamówienie publiczne należałoby łączyć z enumeratywnie wskazanymi w ustawie, nazwanymi rodzajami postępowań o udzielenie zamówienia, jak np. tryb podstawowy czy tryb przetargu nieograniczonego. Z kolei ustawa o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi

<sup>102</sup> Art. 84 ust. 3 Pzp 2019.

<sup>103</sup> Art. 165 ust. 1 Pzp 2019.

<sup>104</sup> Art. 181 ust. 1 Pzp 2019.

<sup>105</sup> Art. 7 pkt 18 Pzp 2019.

<sup>106</sup> Art. 9 Pzp 2019.



definiuje postępowanie jako wszczynane w drodze publicznego ogłoszenia o koncesji, wstępnego ogłoszenia informacyjnego albo przekazania zaproszenia do ubiegania się o zawarcie umowy koncesji w celu dokonania wyboru wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa koncesji<sup>107</sup>.

Wskazany w definicji cel postępowania o udzielenie zamówienia odnosi się nie tyle do zamierzeń instytucji zamawiającej prowadzącej postępowanie, co do natury samego postępowania. Otóż zgodnie z nią postępowanie o udzielenie zamówienia obejmuje działania ukierunkowane – ze względu na ich przedmiot oraz uporządkowanie – na wybór najkorzystniejszej oferty albo wynegocjowanie postanowień umowy. Ów rezultat nie musi oczywiście wystąpić, ale jest właściwością całego postępowania. Tym samym działania czy procedury ustanowione i prowadzone w innych celach nie mogą być określane jako postępowania o zamówienia publiczne.

Ustawowe pojęcie postępowania o udzielenie zamówienia określa nie tylko cel prowadzonego postępowania (tj. dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty lub wynegocjowanie postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego), ale też moment jego wszczęcia, jak i zakończenia. W zakresie momentu wszczęcia postępowania potwierdza dotychczasowe ujęcie<sup>108</sup>. Rozstrzyga również występujące wcześniej wątpliwości w zakresie momentu zakończenia postępowania<sup>109</sup>, przesądzając, że postępowanie o udzielenie zamówienia kończy się zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego albo jego unieważnieniem. Przy czym na uwagę zasługuje to, że zgodnie z legalną definicją postępowania o zamówienie publiczne samo zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego nie stanowi już czynności w postępowaniu. Okoliczność ta wskazuje, że w ocenie prawodawcy moment zawarcia umowy otwiera odrębną pod względem normatywnym fazę zamówienia.

W ujęciu doktrynalnym postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego można by ująć jako określony przez normy prawne ciąg działań obejmujący czynności prawne i materialno-techniczne podejmowane przez zamawiającego w celu udzielenia zamówienia publicznego<sup>110</sup>. Przy czym postępowanie o udzielenie zamówienia należałoby uznać za typ postępowania kwalifikacyjnego, ponieważ w trakcie jego biegu zamawiający dokonuje oceny sytuacji ubiegających się o zamówienia za pomocą

<sup>107</sup> Art. 2 pkt 6 KoncesBudU.

<sup>108</sup> Art. 2 pkt 7a Pzp 2004.

<sup>109</sup> Uchwała SN – Izba Cywilna z dnia 17 grudnia 2010 r., III CZP 103/10.

<sup>110</sup> M. Winiarz, *Definicja postępowania o udzielenie zamówienia publicznego a zakres odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w przedmiocie zamówień publicznych*, „Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu” 2012, nr 270: *Zamówienia publiczne – stan obecny i perspektywy*, s. 161-164; A. Chełmoński, *Ciąg działań prawnych w gospodarce państwowej jako przedmiot badań – propozycja metodologiczna*, „Acta Universitatis Wratislaviensis. Prawo” 1972, nr 163; B. Popowska, *Partnerstwo publiczno-prywatne w świetle koncepcji „ciągu działań prawnych” i jej wpływ na ocenę umowy o PPP*, [w:] *Środki prawne publicznego prawa gospodarczego*, red. L. Kieres, Wrocław 2007, s. 147.

przewidzianych prawem kryteriów klasyfikacyjnych, by ostatecznie udzielić zamówienia temu, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza albo z którym wynegocjowano najkorzystniejsze postanowienia umowy o zamówienie publiczne. Jednocześnie postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego ma cechy postępowania inkluzywnego oraz ekskluzywnego. Inkluzywność postępowania wyraża się chociażby w tym, że jest inicjowane przez zamawiającego i odnosi się – co do zasady – do wielu obowiązków publikacyjnych w celu zaproszenia do udziału w nim zainteresowanych podmiotów. Natomiast ekskluzywność postępowania o udzielenie zamówienia przejawia się w tym, że oceny dokonywane w jego trakcie odnoszą się kolejno do klas wykonawców wyodrębnionych z klas poprzednich, by doprowadzić w końcu do udzielenia zamówienia określonego wykonawcy.

Pojęcie postępowania o udzielenie zamówienia koresponduje z pojęciem zamówienia, rozumianym na gruncie Pzp 2019 jako umowa odpłatna zawierana między zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem jest nabycie przez zamawiającego od wybranego wykonawcy robót budowlanych, dostaw lub usług. O istocie zamówienia świadczy więc m.in. dokonanie wyboru wykonawcy. Definicja zamówienia zdaje się wskazywać ponadto, że wybór wykonawcy jest okolicznością obejmującą zarówno wybór najkorzystniejszej oferty w ramach jednych trybów, jak i wynegocjowanie postanowień umowy w ramach innych trybów postępowania.

Podkreślić warto, że element pojęciowy zamówienia odnoszący się do okoliczności wyboru wykonawcy wprowadzony został ustawą Pzp 2019. Jak wskazano w uzasadnieniu do projektu ustawy, składnik definicji zamówienia odnoszący się do wybranego wykonawcy „zawęża stosowanie reżimu ustawowego”<sup>111</sup>. Pojęcie zamówienia nie obejmuje więc sytuacji, w których dochodzi wprawdzie do zawierania umów, ale nie w wyniku wyboru wykonawcy. Tym samym, również z pojęcia postępowania o udzielenie zamówienia należy włączyć takie działania czy procedury, które nie polegają na przyjęciu oferty albo uzgodnieniu warunków umowy. Pod pojęciem postępowania o udzielenie zamówienia nie można wreszcie rozumieć ciągu działań, które wprawdzie wieńczy zawarcie umowy, ale bez przeprowadzania uprzednio jakichkolwiek kwalifikacji, które pozwalałyby uznać, że następuje „wybór” wykonawcy. Postanowienia te są zbieżne ze stanowiskiem Trybunału Sprawiedliwości wyrażonym w wyroku 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 w sytuacji, w której podmiot publiczny planuje zawrzeć umowy na dostawę ze wszystkimi wykonawcami chcącymi dostarczać produkty na warunkach wskazanych przez ten podmiot, nie istnieje konieczność stosowania dyrektywy klasycznej. Trybunał stwierdził, że wybór oferty, a zatem zwycięskiego wykonawcy, któremu będzie

<sup>111</sup> Druk sejmowy nr 3624 z 12 lipca 2019 r., s. 12, sejm.gov.pl [dostęp: 15.05.2021].

przysługiwać w związku z tym wyłączna możliwość (ang. *exclusivity*) realizacji zamówienia, jest elementem nieodłącznie związanym z pojęciem „zamówienia publicznego”. Zwrócić też należy uwagę na treść dyrektywy klasycznej, gdzie 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*)<sup>112</sup>.

Powyższe ustalenia wskazują, że postępowanie o udzielenie zamówienia jest formalnie określonym rodzajem postępowania, wyznaczonym określonymi okolicznościami inicjującymi oraz kończącymi jego bieg. Dodatkowo, postępowanie o udzielenie zamówienia wyróżnia od innych poszczególnych działań i ciągów czynności jego materia, tj. ukierunkowanie na wybór wykonawcy. Oznacza to zatem, że obowiązki równego traktowania wynikające z zasady określonej w art. 16 pkt. 1 Pzp znajdują każdorazowo zastosowanie w określonym czasie, a ich wykonywanie podporządkowane jest funkcji postępowania o zamówienie. Spostrzeżenie to jest o tyle istotne, że wskazuje jednocześnie, iż zakres zastosowania zasad udzielania zamówień publicznych wyklucza możliwość odnoszenia obowiązków równego traktowania sposobu ułożenia stosunku zobowiązaniowego, jaki powstaje po zawarciu umowy pomiędzy zamawiającym a wykonawcą<sup>113</sup>. W orzecznictwie stwierdza się więc słusznie, że obowiązek równego traktowania odnosi się do wszystkich etapów postępowania do momentu zawarcia umowy<sup>114</sup>. Choć zauważa się jednocześnie, że zasada ta ma zastosowanie do sposobu sporządzania wzoru umowy o zamówienie publiczne w przypadku istnienia bezpośredniego albo pośredniego przełożenia jej treści na możliwości ubiegania się określonych wykonawców o zamówienie publiczne na równi z innymi wykonawcami, znajdującymi się w identycznej sytuacji prawnej i faktycznej<sup>115</sup>.

Sama Pzp 2019 wskazuje również wyraźnie na istnienie „etapów” przygotowania i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia<sup>116</sup>, nie dokonując jednak ścisłego ich zestawienia. Fazę przygotowania postępowania należałoby więc łączyć z całokształtem czynności poprzedzających moment przekazania albo zamieszczenia ogłoszenia, albo przekazania zaproszenia do negocjacji lub zaproszenia do składania ofert. Istotnych wskazań dotyczących rozumienia przygotowania postępowania o zamówienia dostarcza też treść rozdziału 2. działu I Pzp 2019 zatytułowanego

<sup>112</sup> Motyw 4. dyrektywy klasycznej; G. Wicik, *Pojęcie zamówienia publicznego. Glosa do wyroku TSUE z 1.3.2018 r. w sprawie C-9/17 (Tirkkonen)*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2018, nr 4, s. 91.

<sup>113</sup> Wyrok KIO z dnia 26 stycznia 2016 r., KIO 36/16; wyrok KIO z dnia 14 marca 2014 r., KIO 380/14; wyrok KIO z dnia 20 października 2011 r., KIO 2111/11.

<sup>114</sup> Wyrok WSA w Poznaniu z dnia 15 listopada 2013 r., II SA/Po 1070/13.

<sup>115</sup> Wyrok KIO z dnia 4 września 2013 r., KIO 2017/13.

<sup>116</sup> Np. art. 1 pkt 4; art. 110 ust. 1; art. 116 ust. 2; art. 126 ust. 1 Pzp 2019.

*Przygotowanie postępowania.* Wynika z niej, że w ocenie ustawodawcy przygotowaniem postępowania obejmować może takie czynności, jak analiza potrzeb i wymagań zamawiającego, wstępne konsultacje rynkowe, publikacja ogłoszeń o zamówieniu, a także ustalanie warunków zamówienia dotyczących udzielania zamówienia w częściach, możliwości składania ofert wariantowych, ustalenia wymagań związanych ze składaniem ofert w postaci katalogu elektronicznego, przewidywanie zamówień zastrzeżonych, określanie wymagań dotyczących aspektów gospodarczych, środowiskowych, społecznych, związanych z innowacyjnością, zatrudnieniem lub zachowaniem poufnego charakteru informacji przekazanych wykonawcy w toku realizacji zamówienia, ustalanie wymagań dotyczących zatrudnienia na podstawie stosunku pracy, określenie wymagań związanych z wadium, opis przedmiotu zamówienia i wskazanie przedmiotowych środków dowodowych. Kierując się systematyką Pzp 2019, wskazać można z kolei kluczowe etapy przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia, jak upublicznianie ogłoszeń lub kierowanie zaproszeń do wykonawców, składanie ofert lub wniosków przez wykonawców w odpowiedzi na ogłoszenie lub zaproszenie, prowadzenie negocjacji, otwarcie ofert, kwalifikacja podmiotowa wykonawców, ocena ofert, prowadzenie aukcji elektronicznej, wybór najkorzystniejszej oferty oraz zakończenie postępowania, w tym jego unieważnienie. Oczywiście, w ramach poszczególnych etapów wyróżnić można określone czynności, jak wyjaśnianie treści dokumentów zamówienia lub ich modyfikacja, wzywianie wykonawców do wyjaśnień złożonych ofert czy wniosków, wzywianie do uzupełnienia brakujących dokumentów, poprawianie omyłek w ofertach, wykluczanie wykonawców czy odrzucenie ofert i wiele innych.

Jak wspomniano wyżej, Pzp 2019 wyznacza wprost obowiązki równego traktowania wykonawców nie tylko w art. 16 konstytuującym zasadę równego traktowania wykonawców, ale też przy okazji wybranych instytucji i rozwiązań prawnych. Wszystkie jednak dotyczą wybranych etapów przygotowania lub prowadzenia postępowania o zamówienie. I tak, zgodnie z postanowieniami Pzp 2019 zamawiający może, przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia, przeprowadzić wstępne konsultacje rynkowe w celu przygotowania postępowania i poinformowania wykonawców o swoich planach i wymaganiach dotyczących zamówienia<sup>117</sup>. Ustawa wskazuje na możliwość korzystania w ramach konsultacji z doradztwa ekspertów, władzy publicznej lub wykonawców, które może być wykorzystane przy planowaniu, przygotowaniu lub przeprowadzaniu postępowania o udzielenie zamówienia. Ustawa zastrzega jednocześnie, że korzystanie z takiego doradztwa nie może powodować

---

<sup>117</sup> Zamiar prowadzenia konsultacji zamawiający ujawnia na swojej stronie internetowej w postaci informacji, wskazując ich przedmiot. Natomiast informację o przeprowadzeniu wstępnych konsultacji rynkowych zamawiający zamieszcza w ogłoszeniu o zamówieniu. Art. 84 ust. 1-2, ust. 4 Pzp 2019.

zakłócenia konkurencji ani naruszenia zasad równego traktowania wykonawców i przejrzystości<sup>118</sup>. W tym zakresie brzmienie krajowych regulacji odpowiada zapisom dyrektywy klasycznej<sup>119</sup>.

Wprost o obowiązku równego traktowania wykonawców wspomina się też w związku z negocjacjami (w ramach trybu negocjacji z ogłoszeniem<sup>120</sup>, partnerstwa innowacyjnego<sup>121</sup>, negocjacji bez ogłoszenia<sup>122</sup>, trybu podstawowego<sup>123</sup> oraz dialogu konkurencyjnego<sup>124</sup>). W tym ostatnim przypadku ustawa przewiduje ponadto, że zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty może, w celu potwierdzenia zobowiązań finansowych lub innych warunków zawartych w ofercie, negocjować z wykonawcą, którego oferta została najwyższej oceniona, ostateczne warunki umowy, o ile nie skutkuje to zmianami istotnych elementów oferty lub zmianami potrzeb i wymagań określonych w ogłoszeniu o zamówieniu lub w opisie potrzeb i wymagań ani nie prowadzi do zakłócenia konkurencji lub nierównego traktowania wykonawców<sup>125</sup>.

Wyraźne odwołanie do obowiązków równego traktowania znajduje się również w regulacji dotyczącej żądania przez zamawiających przedmiotowych środków dowodowych. Służą one potwierdzeniu, że oferowane przez wykonawców dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają określone przez zamawiającego wymagania, cechy lub kryteria. Ustawa wskazuje, że zamawiający może żądać takich środków, o ile są niezbędne do przeprowadzenia postępowania, same zaś środki dowodowe muszą być proporcjonalne do przedmiotu zamówienia i związane z przedmiotem zamówienia. Ustawa stanowi przy tym, że żądanie przedmiotowych środków dowodowych nie może ograniczać uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców<sup>126</sup>. Wymóg zapewnienia zachowania równego traktowania wykonawców pojawia się również w związku z możliwością określenia przez zamawiającego innych niż ustawowe przesłanki odrzucenia oferty lub unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa<sup>127</sup>.

Wyrażony w Pzp 2019 wymóg zapewnienia nienaruszenia zasady równego traktowania wykonawców w związku ze wstępnymi konsultacjami rynkowymi, a także wyartykułowane obowiązki równego traktowania wykonawców w pozostałych przypadkach zasługują na uwagę chociażby z tego powodu, że dotyczą sytuacji, w których

<sup>118</sup> Art. 84 ust. 3 Pzp 2019.

<sup>119</sup> Art. 40 dyrektywy klasycznej.

<sup>120</sup> Art. 165 ust. 1 Pzp 2019; art. 381 ust. 9 Pzp 2019.

<sup>121</sup> Art. 200 Pzp 2019.

<sup>122</sup> Art. 211 ust. 2 Pzp 2019.

<sup>123</sup> Art. 290 ust. 1 Pzp 2019.

<sup>124</sup> Art. 181 ust. 1 Pzp 2019.

<sup>125</sup> Art. 188 Pzp 2019.

<sup>126</sup> Art. 106 Pzp 2019.

<sup>127</sup> Art. 418 Pzp 2019.

zasada równego traktowania wykonawców i tak znajduje zastosowanie. Brzmienie wskazanych regulacji prawnych świadczy więc o pewnej nadmiarowości normatywnej. Zdaje się jednak, że prawodawca zdecydował się na *superfuulm*, wprowadzając wskazane odwołania do obowiązków równego traktowania wykonawców, kierując się względami praktycznymi, a w tym dążeniem do podkreślenia powinności instytucji zamawiających.

Uzupełnić należy, że również na gruncie orzecznictwa zasada równego traktowania wykonawców postrzegana jest nie tylko jako zasada dotycząca przygotowania postępowania, ale także jego wszystkich kolejnych etapów<sup>128</sup> i każdej czynności<sup>129</sup> oraz działań<sup>130</sup> zamawiającego. W orzecznictwie dostrzega się nawet możliwość naruszenia zasady równego traktowania wykonawców poprzez podjęcie działań poza prowadzonym postępowaniem o udzielenie zamówienia – zawsze jednak w odniesieniu do sytuacji, która istniała w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia. Przykładem może być tu orzeczenie, w którym wykluczono możliwość konwalidowania czynności zaniechania uzupełnienia oświadczenia w zakresie wymaganym przez zamawiającego na etapie rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą ze względu na to, że przeczyłoby to zasadzie równego traktowania wykonawców poprzez obejście przepisów proceduralnych określających sposób uzupełniania brakujących dokumentów w postępowaniu o udzielenie zamówienia<sup>131</sup>.

Z oczywistych powodów w orzecznictwie istotne miejsce zajmują także rozważania dotyczące naruszenia zasady równego traktowania. Stwierdza się np., że naruszenie zasady równego traktowania występuje wówczas, gdy w zależności od tożsamości wykonawcy różnicuje się konsekwencje takiego samego stanu faktycznego lub prawnego, w jakim znajdują się wykonawcy<sup>132</sup>. Wskazuje się przy tym na formalne przejawy naruszenia obowiązku równego traktowania, polegające w szczególności na stosowaniu przez zamawiających nieuzasadnionych „ulg”, „przywilejów”, „stwarzaniu uprzywilejowanej pozycji”<sup>133</sup>, „faworyzowaniu”<sup>134</sup> albo na stosowaniu „środków

---

<sup>128</sup> Wyrok KIO z dnia 11 lutego 2019 r., KIO 153/19; wyrok KIO z dnia 23 czerwca 2017 r., KIO 1184/17; wyrok SO w Gdańsku z dnia 7 listopada 2012 r., XIIIGa 580/12; wyrok WSA w Warszawie z dnia 25 sierpnia 2017 r., VIII SA/Wa 13/17; wyrok KIO z dnia 17 marca 2017 r., KIO 447/17; wyrok KIO z dnia 22 lutego 2016 r., KIO 148/16; wyrok KIO z dnia 30 kwietnia 2015 r., KIO 798/15; wyrok KIO z dnia 10 lipca 2013 r., KIO 1436/13; wyrok KIO z dnia 4 lutego 2013 r., KIO 106/13; wyrok KIO z dnia 13 października 2011 r., KIO 2124/11; wyrok KIO z dnia 11 lipca 2011 r., KIO 1380/11; wyrok NSA z dnia 8 kwietnia 2022 r., I GSK 2376/18.

<sup>129</sup> Wyrok ZA z dnia 13 czerwca 2006 r., UZP/ZO/0-1677/06.

<sup>130</sup> Wyrok KIO z dnia 14 sierpnia 2015 r., KIO 1654/15.

<sup>131</sup> Wyrok KIO z dnia 28 stycznia 2010 r., KIO/UZP 1847/09.

<sup>132</sup> Wyrok KIO z dnia 15 kwietnia 2019 r., KIO 558/19; wyrok KIO z dnia 21 czerwca 2018 r., KIO 1143/18.

<sup>133</sup> Wyrok WSA w Warszawie z dnia 25 sierpnia 2017 r., VIII SA/Wa 13/17.

<sup>134</sup> Wyrok ZA z dnia 4 marca 2005 r., UZP/ZO/0-374/05.



dyskryminujących”, w szczególności ze względu na właściwości wykonawców<sup>135</sup>, czy też „ograniczeniu” dostępu do zamówienia<sup>136</sup>.

### 3. Zasada równego dostępu do zamówień publicznych

#### 3.1. Kształtowanie się zasady równego dostępu do zamówień publicznych

W ramach problematyki równego traktowania na szczególną uwagę zasługuje zagadnienie równego (powszechnego) dostępu do zamówień publicznych. Samo zagadnienie dostępu do zamówień publicznych jest obecne w regulacjach prawnych<sup>137</sup>, dokumentach urzędowych i orzecznictwie<sup>138</sup>.

Dostęp do zamówień, procedur udzielenia zamówień czy rynku zamówień publicznych jest – w myśl poglądów formułowanych w orzecznictwie – funkcją przepisów dotyczących zamówień publicznych<sup>139</sup> czy też celem ustawowym prawa zamówień publicznych<sup>140</sup>. Jest on bez wątpienia pewnym refleksem obecności tej problematyki w obszarze zamówień europejskich. Stwierdza się też m.in., że funkcją zasad zamówień, w tym zasady zachowania uczciwej konkurencji, równego trakto-

<sup>135</sup> Wyrok KIO z dnia 11 lutego 2019 r., KIO 153/19; wyrok KIO z dnia 25 czerwca 2019 r., KIO 1038/19; wyrok KIO z dnia 10 listopada 2017 r., KIO 2213/17; wyrok SO w Gdańsku z dnia 7 listopada 2012 r., XIIIGa 580/12; wyrok NSA z dnia 24 listopada 2016 r., II GSK 1127/15; wyrok WSA w Warszawie z dnia 25 sierpnia 2017 r., VIII SA/Wa 13/17; wyrok KIO z dnia 22 maja 2017 r., KIO 938/17; wyrok KIO z dnia 11 kwietnia 2017 r., KIO 606/17; wyrok KIO z dnia 17 marca 2017 r., KIO 447/17; wyrok KIO z dnia 14 grudnia 2016 r., KIO 2275/16; wyrok KIO z dnia 6 czerwca 2016 r., KIO 800/16; wyrok KIO z dnia 22 lutego 2016 r., KIO 148/16; wyrok KIO z dnia 18 grudnia 2014 r., KIO 2559/14; wyrok KIO z dnia 23 czerwca 2014 r., KIO 1097/14; wyrok KIO z dnia 24 lipca 2013 r., KIO 1673/13; wyrok KIO z dnia 10 lipca 2013 r., KIO 1436/13; wyrok KIO z dnia 19 grudnia 2012 r., KIO 2740/12; wyrok KIO z dnia 11 czerwca 2012 r., KIO 1073/12; uchwała KIO z dnia 2 kwietnia 2012 r., KIO/KD 69/12; wyrok KIO z dnia 11 stycznia 2012 r., KIO 2816/11; wyrok KIO z dnia 13 października 2011 r., KIO 2124/11; wyrok ZA z dnia 1 sierpnia 2006 r., UZP/ZO/0-2169/06; wyrok ZA z dnia 20 czerwca 2005 r., UZP/ZO/0-1372/05.

<sup>136</sup> Wyrok KIO z dnia 1 sierpnia 2019 r., KIO 1342/19; wyrok KIO z dnia 30 listopada 2016 r., KIO 2112/16.

<sup>137</sup> Zob. np. motyw 68 oraz art. 22 dyrektywy klasycznej albo Pzp 2019, art. 64.

<sup>138</sup> Komunikat wyjaśniający Komisji dotyczący prawa wspólnotowego obowiązującego w dziedzinie udzielania zamówień, które nie są lub są jedynie częściowo objęte dyrektywami w sprawie zamówień publicznych, *Zasady*: „Podmioty zamawiające nie powinny nakładać wymogów powodujących bezpośrednią lub pośrednią dyskryminacją względem potencjalnych oferentów w innych państwach członkowskich, takich jak wymóg aby przedsiębiorstwa zainteresowane zamówieniem musiały posiadać siedzibę w tym samym państwie członkowskim lub regionie co podmiot zamawiający. (...) Sąd uważa, że wskazany cel, zmierzający do zapewnienia podmiotom gospodarczym bez względu na ich pochodzenie równoprawnego dostępu do organizowanych przetargów wynika z poszanowania zasad swobody przedsiębiorczości i świadczenia usług, a także wolnej konkurencji, a w szczególności zasady równego traktowania wyrażonej w zakazie dyskryminacji ze względu na przynależność państwową zawartym w art. 12 WE”.

<sup>139</sup> Wyrok KIO z dnia 6 sierpnia 2012 r., KIO 1578/12.

<sup>140</sup> Wyrok SO w Białymstoku z dnia 31 maja 2012 r., II Ca 373/12.

wania wykonawców oraz proporcjonalności i przejrzystości, jest równy dostęp do zamówień publicznych dla wszystkich potencjalnych wykonawców – oprócz stwarzania możliwości uzyskania przez zamawiającego wszelkich możliwych ofert<sup>141</sup>. Przyjmuje się, że stwarzanie wykonawcom zdolnym do należytej realizacji prac równego dostępu do zamówienia jest treścią zasady równego traktowania wykonawców<sup>142</sup>. Najczęściej zwraca się przy tym uwagę na związek obowiązku zapewnienia dostępu do postępowania z zachowaniem zasady równego traktowania wykonawców oraz zasady uczciwej konkurencji<sup>143</sup>. Nie brakuje także odniesień do zasady proporcjonalności, która służy m.in. temu, by nie ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię należytego jego wykonania<sup>144</sup>. W orzecznictwie stwierdza się, że zamawiający jako stosujący prawo mają obowiązek zapewnienia dostępu do zamówienia<sup>145</sup> czy procedur udzielania zamówień wykonawcom<sup>146</sup> – przy czym obowiązki zamawiających w tym zakresie dotyczą zarówno zamówień podlegających Pzp 2019, jak i z nich wyłączonych<sup>147</sup>. W orzecznictwie wskazano także na konieczność zapewnienia wykonawcom równego dostępu do istotnych dla postępowania informacji w jednakowym czasie, w tym także obowiązku publikacji ogłoszeń, jako implikacji obowiązywania zasady równego traktowania wykonawców<sup>148</sup>.

Zapewnienie dostępu wiązane jest w orzecznictwie z określonymi instytucjami prawa zamówień publicznych, jak np. przetarg nieograniczony, który traktowany jest jako instrument gwarantujący szeroki dostęp do zamówienia publicznego<sup>149</sup>, ale także z czynnościami zamawiającego. Związek z zapewnieniem dostępu do zamówień

<sup>141</sup> Wyrok WSA w Białymstoku z dnia 13 listopada 2019 r., I SA/Bk 510/19; tak samo: wyrok WSA w Poznaniu z dnia 28 listopada 2019 r., IV SA/Po 599/19; wyrok KIO z dnia 19 marca 2013 r., KIO 521/13.

<sup>142</sup> Wyrok KIO z dnia 11 kwietnia 2017 r., KIO 606/17.

<sup>143</sup> Uchwała KIO z dnia 1 lutego 2018 r., KIO/KD 2/18; wyrok KIO z dnia 30 kwietnia 2015 r., KIO 798/15; wyrok KIO z dnia 1 czerwca 2018 r., KIO 967/18; wyrok SO w Białymstoku z dnia 31 maja 2012 r., II Ca 373/12.

<sup>144</sup> Wyrok KIO z dnia 4 lutego 2019 r., KIO 51/19; wyrok KIO z dnia 31 maja 2016 r., KIO 786/16; wyrok KIO z dnia 3 lipca 2015 r., KIO 1300/15.

<sup>145</sup> Uchwała KIO z dnia 20 czerwca 2018 r., KI-412/155/18; uchwała KIO z dnia 11 lutego 2016 r., KIO/KD 14/16; wyrok KIO z dnia 1 czerwca 2018 r., KIO 967/18; wyrok KIO z dnia 6 października 2017 r., KIO 1969/17; orzeczenie GKO z dnia 29 stycznia 2018 r., BDF1.4800.87.2017; wyrok KIO z dnia 1 sierpnia 2019 r., KIO 1342/19; uchwała KIO z dnia 13 września 2013 r., KIO/KD 83/13.

<sup>146</sup> Wyrok KIO z dnia 14 stycznia 2019 r., KIO 2671/18; uchwała KIO z dnia 5 czerwca 2018 r., KIO/KD 21/18; uchwała KIO z dnia 1 lutego 2018 r., KIO/KD 2/18.

<sup>147</sup> Uchwała KIO z dnia 20 czerwca 2018 r., KI-412/155/18; uchwała KIO z dnia 11 lutego 2016 r., KIO/KD 14/16.

<sup>148</sup> Wyrok ZA z dnia 25 września 2006 r., UZP/ZO/0-2503/06; wyrok KIO z dnia 11 lutego 2019 r., KIO 153/19; wyrok KIO z dnia 23 listopada 2017 r., KIO 2321/17; wyrok KIO z dnia 15 listopada 2017 r., KIO 2279/17; wyrok KIO z dnia 14 grudnia 2016 r., KIO 2275/16; wyrok KIO z dnia 18 grudnia 2014 r., KIO 2559/14; wyrok KIO z dnia 26 czerwca 2014 r., KIO 1028/14; wyrok KIO z dnia 11 stycznia 2012 r., KIO 2816/11.

<sup>149</sup> Wyrok KIO z dnia 9 sierpnia 2019 r., KIO 1437/19.

dostrzeżono np. w czynności podziału zamówienia na części<sup>150</sup>, formułowaniu treści dokumentacji przetargowej<sup>151</sup>, opisie przedmiotu zamówienia<sup>152</sup>, określaniu warunków udziału<sup>153</sup>, określaniu wysokości zabezpieczenia należytego wykonania umowy<sup>154</sup>, stosowaniu narzędzi i urządzeń do komunikacji z wykonawcami przy użyciu środków komunikacji elektronicznej<sup>155</sup>, żądaniu określonych dokumentów<sup>156</sup> czy wyznaczaniu terminów wykonawcom na dokonanie określonej czynności<sup>157</sup>. Natomiast w odniesieniu do nieprawidłowości orzecznictwo mówi najczęściej o stanowieniu „barier”<sup>158</sup> czy „ograniczaniu” dostępu do zamówienia<sup>159</sup>. Problem ograniczania dostępu do zamówień dostrzega się także w sytuacjach niezwiązanych z czynnościami samych zamawiających, jak np. w znowach przetargowych wykonawców<sup>160</sup> czy działaniach pojedynczych wykonawców jako czynów nieuczciwej konkurencji<sup>161</sup>. Na uwagę zasługuje również to, że orzecznictwo posługuje się *expressis verbis* zwrotem „zasada równego dostępu do zamówienia”<sup>162</sup>, stwierdzając przy tym, że zasada ta zawarta jest w przepisach dotyczących zasad udzielania zamówień publicznych<sup>163</sup>.

Rozważenia wymaga, czy zasadę równego dostępu do zamówień można jednak uznać za odrębną zasadę systemu zamówień publicznych w Polsce. Odnotować przy tym warto, że na gruncie polskiej nauki zgłoszono już potrzebę ujęcia w regulacjach

<sup>150</sup> Wyrok KIO z dnia 31 stycznia 2017 r., KIO 101/17; wyrok KIO z dnia 9 lutego 2017 r., KIO 164/17; wyrok KIO z dnia 31 lipca 2017 r., KIO 1500/17.

<sup>151</sup> Wyrok KIO z dnia 8 stycznia 2018 r., KIO 2683/17.

<sup>152</sup> Wyrok KIO z dnia 16 stycznia 2020 r., KIO 2628/19; wyrok KIO z dnia 1 czerwca 2018 r., KIO 967/18; wyrok KIO z dnia 1 czerwca 2018 r., KIO 967/18; wyrok KIO z dnia 17 grudnia 2019 r., KIO 2437/19; wyrok KIO z dnia 17 sierpnia 2018 r., KIO 1534/18; uchwała KIO z dnia 19 maja 2016 r., KIO/KD 34/16; wyrok KIO z dnia 30 listopada 2018 r., KIO 2358/18; wyrok KIO z dnia 10 lipca 2018 r., KIO 1266/18; wyrok KIO z dnia 18 września 2017 r., KIO 1789/17; wyrok KIO z dnia 20 sierpnia 2018 r., KIO 1527/18.

<sup>153</sup> Uchwała KIO z dnia 5 czerwca 2018 r., KIO/KD 21/18; wyrok KIO z dnia 6 października 2017 r., KIO 1969/17; orzeczenie GKO z dnia 29 stycznia 2018 r., BDF1.4800.87.2017; uchwała KIO z dnia 1 lutego 2018 r., KIO/KD 2/18; wyrok KIO z dnia 1 sierpnia 2019 r., KIO 1342/19; wyrok NSA z dnia 4 kwietnia 2017 r., II GSK 1269/15; wyrok KIO z dnia 30 listopada 2016 r., KIO 2112/16; uchwała KIO z dnia 13 września 2013 r., KIO/KD 83/13.

<sup>154</sup> Wyrok KIO z dnia 4 lutego 2019 r., KIO 85/19.

<sup>155</sup> Wyrok KIO z dnia 14 stycznia 2019 r., KIO 2671/18.

<sup>156</sup> Wyrok KIO z dnia 11 czerwca 2018 r., KIO 996/18.

<sup>157</sup> Wyrok KIO z dnia 30 maja 2017 r., KIO 880/17.

<sup>158</sup> Wyrok KIO z dnia 4 lutego 2019 r., KIO 85/19; wyrok KIO z dnia 11 czerwca 2018 r., KIO 996/18; wyrok KIO z dnia 30 maja 2017 r., KIO 880/17.

<sup>159</sup> Wyrok KIO z dnia 1 sierpnia 2019 r., KIO 1342/19; wyrok KIO z dnia 30 listopada 2016 r., KIO 2112/16.

<sup>160</sup> Wyrok SO – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 3 lutego 2020 r., XVII AmA 23/18.

<sup>161</sup> Uchwała KIO z dnia 2 kwietnia 2015 r., KIO/KD 17/15.

<sup>162</sup> Wyrok KIO z dnia 1 czerwca 2018 r., KIO 967/18; wyrok KIO z dnia 26 kwietnia 2018 r., KIO 677/18.

<sup>163</sup> Wyrok KIO z dnia 26 kwietnia 2018 r., KIO 677/18; wyrok KIO z dnia 10 czerwca 2017 r., KIO 1314/17; uchwała KIO z dnia 12 sierpnia 2016 r., KIO/KD 49/16.

prawnych zasady równego albo powszechnego (albo równoprawnego czy też otwartego) dostępu do zamówień publicznych. Na przykład Ryszard Szostak stwierdza, że „zasadę otwartego dostępu do zamówień publicznych” powinno się awansować poprzez wyrażenie jej *expressis verbis* w ustawie, najlepiej poprzez werbalne połączenie z zasadą równego traktowania konkurentów. Zastrzega jednak, że zasady te nie są tożsame. Zauważa, że otwartość dostępu do zamówień ujawnia się w szczególności w tym, że wszelkie podmioty legalnie funkcjonujące w gospodarce mogą ubiegać się o zamówienia publiczne na jednakowych warunkach, bez względu na kraj pochodzenia, formę organizacyjną, przynależność sektorową itp., co w szczególności wyklucza jakiegokolwiek preferencje krajowe, lokalne czy zawodowe<sup>164</sup>. Podobnie zagadnienie dostępu zamówień publicznych zdaje się ujmować Marek Szydło. Jego zdaniem tzw. „prawo wykonawców do aktywnego uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na różnych jego etapach”<sup>165</sup> należy zaliczać do podstawowych zasad (wartości) sprawiedliwego proceduralnie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Prawo do aktywnego uczestnictwa w postępowaniu powinno przejawiać się – według Marka Szydły – w tym, że wykonawcom należy przyznać prawną możliwość brania udziału w interesujących ich postępowaniach o zamówienie publiczne wraz z kompetencją do korzystania z różnego rodzaju środków prawnych gwarantujących im skuteczną obronę ich interesów (np. prawo do składania wyjaśnień czy prawo do składania środków odwoławczych itp.)<sup>166</sup>.

Postulaty i spostrzeżenia polskiej doktryny dotyczące zasady równego (powszechnego/otwartego) dostępu do zamówień publicznych pojmowanej jako zasada wynikająca z całokształtu regulacji prawnych zasługują na przyjęcie i pogłębienie. Zasadę dostępu do zamówień publicznych wywodzić można bowiem z ustawowych regulacji zamówień publicznych, ale także uzasadniać istnieniem wolności podstawowych, w tym wolności działalności gospodarczej, oraz powinności państwa wynikających z konstytucyjnych zasad ustrojowych, a także założeń ideowych oraz zasad przewodnich wyrażonych w Konstytucji RP. Warto przy tym przypomnieć, że zagadnienie wolności podejmowania działalności gospodarczej wpisane jest w treść Konstytucji RP<sup>167</sup>, a także zagwarantowane w KPP, która uznaje wolność prowadzenia działalno-

<sup>164</sup> R. Szostak, *Zasady prawa zamówień...*, s. 10-11; *idem*, *Uwagi de lege ferenda...*, s. 126.

<sup>165</sup> M. Szydło, *Prawna koncepcja zamówienia publicznego*, Warszawa 2014, s. 29.

<sup>166</sup> *Ibidem*.

<sup>167</sup> Wspomina o niej wprost art. 17 ust. 2, art. 20 oraz art. 22 KPP. Można również przyjąć, że jest ona jednym z wyrazów ogólnej wolności człowieka gwarantowanej przez art. 31 ust. 1 Konstytucji RP. Treść Konstytucji RP pozwala przyjąć, że wolność działalności gospodarczej (czy inaczej wolność podejmowania działalności gospodarczej) jest z jednej strony zasadą ustrojową RP, z drugiej zaś podstawową wolnością konstytucyjną przysługującą powszechnie wszystkim ludziom oraz jednostkom organizacyjnym, które w istocie działają w obrocie dzięki ludzkiej aktywności. Zob. orzeczenia TK z dnia 31 stycznia 2001 r., P 4/99; 4 września 2007 r., P 19/07; K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze publiczne*, Warszawa 2015, s. 82-83; M. Szydło, *Wolność działalności gospodarczej jako prawo podstawowe*, Bydgoszcz 2011, s. 66-67.

ści gospodarczej zgodnie z prawem Unii oraz ustawodawstwami i praktykami krajowymi. Szczególnym wyrazem wolności działalności gospodarczej jest art. 2 ustawy z dnia 6 marca 2018 r. Prawo przedsiębiorców<sup>168</sup> przewidujący, że „podejmowanie, wykonywanie i zakończenie działalności gospodarczej jest wolne dla każdego na równych prawach”. Wolności gospodarczej odpowiada z kolei obowiązek powstrzymania się od nieuzasadnionej ingerencji w sferę wolności (swobody prowadzenia działalności gospodarczej jako prawa podstawowego w unijnym porządku prawnym) spoczywający zarówno na organach unijnych, jak i organach państw członkowskich<sup>169</sup>.

Należałoby także przyjąć, że zasada zapewnienia dostępu do zamówień publicznych czerpie swoje uzasadnienie z konstytucyjnej zasady pomocniczości. W literaturze zauważono mianowicie, że zasada ta nie odnosi się wyłącznie do stosunków występujących między podmiotami publicznymi, postulując przekazywanie zadań podmiotom niższego szczebla (wymiar wertykalny zasady pomocniczości)<sup>170</sup>. Zasada subsydiarności dotyczy również relacji o charakterze horyzontalnym, wskazując tym samym na potrzebę umożliwiania realizacji określonych zadań przypisanych podmiotom publicznym przez podmioty prywatne<sup>171</sup>. W świetle współczesnych koncepcji nauki o administracji czy też standardów zarządzania w sektorze publicznym, dostrzegalne jest również coraz bardziej znaczenie zasady pomocniczości odnoszące się nie tylko do zakresu, ale także sposobów wykonywania zadań przez podmioty publiczne w gospodarce. W tym kontekście procesy zachodzące zarówno wewnątrz sektora publicznego, jak i oddziałujące na niego „z zewnątrz” kształtują sposób rozumienia konstytucyjnej zasady pomocniczości. Huber Izdebski stwierdza, że

„good governance” nie da się oddzielić od zasady pomocniczości (subsidiarności), coraz częściej deklarowanej w państwach Europy jako zasada konstytucyjna, a także, w nieco innym kontekście, stanowiącej zasadę europejskiego prawa wspólnotowego.

<sup>168</sup> Dz.U. z 2021 r., poz. 162.

<sup>169</sup> S. Biernat, A. Wasilewski, *Wolność gospodarcza w Europie*, Kraków 2000, s. 197-202.

<sup>170</sup> F. Saint-Ouen, *Podział władzy w demokracji europejskiej*, „Samorząd Terytorialny” 1991, nr 6, s. 4; A. Wiktorowska, *Zasada subsydiarności*, [w:] *Institucje współczesnego prawa administracyjnego. Księga jubileuszowa Profesora zw. dra hab. Józefa Filipka*, red. I. Niżnik-Dobosz, Kraków 2001, s. 759-764.

<sup>171</sup> J. Zimmermann, *Aksjomaty prawa administracyjnego*, Warszawa 2013, s. 93; M. Giełda, *Idea społeczeństwa obywatelskiego i zasada subsydiarności a umowy administracyjnoprawne*, [w:] *Umowy w administracji*, red. J. Boć, L. Dziewięcka-Bokun, Wrocław 2008, s. 65; J. Barzak, *Zasada subsydiarności a praktyczne aspekty jej realizacji w administracji publicznej*, [w:] *Sposoby realizacji zadań publicznych*, red. B. Dolnicki, Warszawa 2017, s. 5; T. Bąkowski, *Administracyjnoprawna sytuacja jednostki w świetle zasady pomocniczości*, Warszawa 2007, s. 194; K. Bandarzewski, *Prywatyzacja zadań publicznych*, [w:] *Koncepcja systemu prawa administracyjnego. Zjazd Katedr Prawa i Postępowania Administracyjnego Zakopane 24-27 września 2006 r.*, red. J. Zimmermann, Warszawa 2007, s. 345; P. Wilczyński, *Podmioty niepubliczne w sferze administracji publicznej*, „Państwo i Prawo” 2002, nr 2, s. 51; R. Szarek, *Glosa do wyroku sądu antymonopolowego z dnia 6 stycznia 1999 r.*, (XVII Ama 60/98), „Orzecznictwo Sądów Powszechnych” 2000, nr 11, poz. 168; P. Buczkowski, *Spółeczeństwo obywatelskie i zasada subsydiarności a samorząd terytorialny w Polsce*, [w:] *Subsidiarności*, red. D. Milczarek, Warszawa 1996, s. 179.



[...]. Najnowszy aspekt tej zasady, mianowicie powierzanie, gdy jest to tylko możliwe, wykonywania zadań publicznych podmiotom należącym do sfery społeczeństwa obywatelskiego (tzw. pomocniczość horyzontalna), oznacza nie tylko konieczność partycypacji w tej dziedzinie, lecz również stanowi szczególną, społeczną formułę deregulacji<sup>172</sup>.

Część badaczy stoi na stanowisku, że subsydiarność jako ukierunkowana na realizację interesu publicznego, w wymiarze poziomym odnoszona powinna być głównie do współpracy państwa z organizacjami społeczeństwa obywatelskiego przy wykonywaniu określonych zadań publicznych<sup>173</sup>. Inni autorzy dopuszczają jednak zastosowanie zasady pomocniczości w sferze gospodarczej. Zauważa się np., że doktryna pomocniczości w zakresie działalności jednostek samorządu terytorialnego ma zastosowanie do wszystkich zadań służących zaspokajaniu potrzeb wspólnoty lokalnej, w tym obejmujących gospodarkę komunalną<sup>174</sup>. Część autorów odnosi zasadę subsydiarności w obszarze gospodarczym do aktywności podmiotów publicznych, wskazując m.in. na funkcję legitymizującą bezpośredni udział podmiotów publicznoprawnych w obrocie gospodarczym<sup>175</sup>. Jednak pozostali wskazują także na obecność podmiotów prywatnych. W tym zakresie subsydiarność pojmowana jest jako dyrektywa kooperacji, współpracy i powierzenia przez podmioty publiczne realizacji określonych zadań i przedsięwzięć gospodarczych służących celom publicznym podmiotom niepublicznym<sup>176</sup>. Jako egzemplifikacje instrumentu takiego powierzenia wskazuje się m.in. umowy partnerstwa publiczno-prywatnego<sup>177</sup>. Przykład ten jest o tyle istotny, że naturą normatywną partnerstwa publiczno-prywatnego jest

<sup>172</sup> H. Izdebski, *Od administracji publicznej do public governance*, „Zarządzanie Publiczne/ Uniwersytet Ekonomiczny w Krakowie” 2007, nr 1(1), s. 17.

<sup>173</sup> D. Wacinkiewicz, *Horyzontalny wymiar zasady subsydiarności – uwagi w kontekście koncepcji decentralizacji i samorządu terytorialnego Tadeusza Bigi*, „Acta Universitatis Wratislaviensis. Prawo” 2021, No 4058, 333, s. 472; J. Blicharz, *Udział polskich organizacji pozarządowych w wykonywaniu zadań administracji publicznej*, Wrocław 2005, s. 65-69; P. Buczkowski, *op. cit.*, s. 175; A. Miruć, *Zasada pomocniczości jako podstawa realizacji zadań z zakresu pomocy społecznej*, [w:] *Sposoby realizacji zadań publicznych*, red. B. Dolnicki, Warszawa 2017, s. 475-477; *idem*, *Zasada pomocniczości w prawie pomocy społecznej*, „Administracja: Teoria, Dydaktyka, Praktyka” 2008, nr 3, s. 26 i nast.; I. Sierpowska, *Zasada pomocniczości w pomocy społecznej*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2009, t. 79, s. 222-223; M. Wenclik, D. Konopka, *Zasada subsydiarności jako podstawa budowania partnerstwa publiczno-społecznego oparta na wieloletnim kontraktowaniu usług społecznych*, [w:] *Sposoby realizacji zadań publicznych*, red. B. Dolnicki, Warszawa 2017, s. 708-709.

<sup>174</sup> A. Trela, *Powierzanie zadań z zakresu gospodarki komunalnej a swoboda zawierania umów*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2015, nr 77(3), s. 243.

<sup>175</sup> A. Mitsuś, *Istota wykonywania zadań publicznych z zakresu gospodarki komunalnej*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie” 2011, nr 868, s. 137; K. Prokop, A. Jackiewicz, *Konstytucyjne aspekty partnerstwa publiczno-prywatnego (uwagi wprowadzające)*, [w:] *Partnerstwo publiczno-prywatne. Zagadnienia teorii i praktyki*, red. M. Perkowski, Białystok 2007, s. 56-58.

<sup>176</sup> H. Izdebski, *Samorząd terytorialny. Podstawy ustroju i działalności*, Warszawa 2011, s. 183.

<sup>177</sup> *Ibidem*, s. 186; D.P. Mikołajczyk, *Teoretyczne aspekty partnerstwa publiczno-prywatnego – zalety, wady, bariery rozwoju w Polsce oraz związek z ideą nowego zarządzania publicznego, prywatyzacji i zamówień publicznych*, „Acta Universitatis Lodzianensis. Folia Oeconomica” 2019, nr 243: *Partnerstwo publiczno-prywatne: warunki i wybrane obszary jego funkcjonowania*, s. 122.



właśnie współpraca podmiotu publicznego z partnerem prywatnym, wyrażająca się we wspólnej realizacji przedsięwzięcia opartej na podziale zadań i ryzyku pomiędzy stronami umowy<sup>178</sup>. Zasadę subsydiarności jako uzasadnienie zasady równego dostępu należałoby również odnieść do innych umów systemu zamówień publicznych. W każdym przypadku stanowią bowiem formę współpracy kontraktowej, czego potwierdzeniem jest ustawowy obowiązek współdziałania zamawiającego i wykonawcy wybranego w postępowaniu o udzielenie zamówienia przy wykonaniu umowy w celu należytej realizacji zamówienia<sup>179</sup>. Należałoby więc przyjąć, że skoro aspektem zasady subsydiarności jest dyrektywa współpracy realizowana również przy zastosowaniu instrumentarium systemu zamówień publicznych, to dostęp do zamówień powinien być równy dla wszystkich ubiegających się o nie.

W tym punkcie znaczenie zasady subsydiarności koresponduje dodatkowo z postulatami prywatyzacji realizacji zadań publicznych, wyznaczając konieczność szeroko rozumianego dostępu ogółu podmiotów do sfery zadań tradycyjnie przypisywanych podmiotom publicznym. W literaturze stwierdza się nawet, że zasada pomocności szczególnie determinuje prawną możliwość prywatyzacji zadań publicznych. Tomasz Bąkowski upatruje w prywatyzacji rzeczywistnienie zasady pomocności, która domaga się odpowiedniego rozmieszczenia i sposobu realizacji zadań publicznych.

Prywatyzacja realizacji zadań publicznych, dokonująca się z inicjatywy podmiotu pierwotnego (ustawowego) piastuna tych zadań, jest z punktu widzenia zasady pomocności zabiegiem celowym i zasługującym na aprobatę. Podjęcie inicjatywy w tym zakresie przez podmiot będącym pierwotnym wykonawcom zadania publicznego charakteryzuje się bowiem dokładnym rozeznaniem trafności ewentualnego rozstrzygnięcia o prywatyzacji realizowania tego zadania<sup>180</sup>.

Z kolei Kazimierz Bandarzewski zauważa, że „prywatyzacja zadań publicznych jako efekt ekonomizacji działalności organów administracji pozwala na realizację zasady subsydiarności i zwiększa zaangażowanie obywateli i ich wspólnot”<sup>181</sup>. Natomiast Ryszard Szarek stwierdza nawet, że wykorzystanie prawnej możliwości prywatyzowania realizacji zadań publicznych należy, ze względu na zasadę pomocności, traktować w kategoriach obowiązku<sup>182</sup>. W literaturze zwraca się uwagę na rezultaty prywatyzacji realizacji zadań publicznych. Są one zbieżne z ideą ujętą w zasadzie pomocności, ponieważ w takim przypadku zaspokajanie potrzeb określonych grup społecznych, czy też samych jednostek, dokonuje się poprzez przeniesienie owego

<sup>178</sup> Art. 1 ustawy PartPublPrywU.

<sup>179</sup> Art. 431 Pzp 2019.

<sup>180</sup> T. Bąkowski, *op. cit.*, s. 194.

<sup>181</sup> K. Bandarzewski, *op. cit.*, s. 345.

<sup>182</sup> R. Szarek, *op. cit.*: „Zgodnie z zasadą pomocności przedsiębiorcy prywatni powinni bezpośrednio świadczyć tego rodzaju usługi zamiast gminnych jednostek organizacyjnych”.

wykonawstwa na szczebel niższy z punktu widzenia sformalizowanych struktur państwa i społeczeństwa.

Przypomnieć przy tym warto, że samo zjawisko prywatyzacji realizacji zadań, w ujęciu deskryptywnym, odnoszone jest zazwyczaj właśnie do szeroko rozumianych procesów zwiększającego się oddziały podmiotów prywatnych w realizacji zadań przypisanych podmiotom publicznym. Jednocześnie poglądy przedstawiane w piśmiennictwie wskazują na wieloznaczność terminu „prywatyzacja zadań publicznych”. Pod tą nazwą kryją się czasem odległe w sensie znaczeniowym procesy i zjawiska. Na przykład Adam Błaś stwierdza, że „przez prywatyzację zadań publicznych rozumie się najczęściej proces polegający na przekazywaniu podmiotom prywatnym zadań publicznych przepisanych prawnie administracji rządowej i samorządowi terytorialnemu”<sup>183</sup>. Dla Lidii Zacharko prywatyzacja „oznacza twórczy proces w zakresie sposobu wykonywania zadań publicznych przez podmioty niepubliczne przejmujące zadania dobrowolnie, a prowadzące je w interesie wyższym, »ogólnym«, nie zaś w interesie jednostkowym. Realizacja zadań odbywa się w formach i metodach prawa prywatnego (cywilnego lub handlowego)”<sup>184</sup>. Najbardziej ogólnie prywatyzację opisuje Stanisław Biernat, stwierdzając, że są to „wszelkie przejawy odstępowania od wykonywania zadań przez podmioty administracji publicznej, działające w formach prawa publicznego”<sup>185</sup>, a w związku z tym prywatyzacja to „zbiórce określenie dla zróżnicowanej grupy rozwiązań prawnych, które odzwierciedlają ogólną tendencję przemian występujących w administracji publicznej”<sup>186</sup>. Prywatyzacja realizacji zadań podmiotów publicznych może też być stopniowalna. Kazimierz Bandarzewski zwraca uwagę, że prywatyzacja realizacji zadania stanowi odstępstwo od trzech stanów: realizacji zadania przez organ administracji, realizacji zadania w drodze aktu administracyjnego, a także ponoszenia odpowiedzialności za realizację zadania publicznego<sup>187</sup>. Każde odstępstwo od tych przesłanek będzie stanowiło przejaw prywatyzacji, a w przypadku całkowitego odstąpienia prywatyzację pełną. Można zatem przyjąć, że wspólnym elementem proponowanych ujęć prywatyzacji jest tak lub inaczej rozumiana kooperacja podmiotów publicznych z podmiotami niepublicznymi skutkująca partycypacją tych ostatnich w realizacji zadań publicznych.

W kontekście zasady pomocniczości prywatyzacja staje się postulatem kierowanym wobec prawodawcy oraz podmiotów stosujących prawo zmierzającym do

---

<sup>183</sup> 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. 23.

<sup>184</sup> L. Zacharko, *Prywatyzacja zadań publicznych gminy: studium administracyjnoprawne*, Katowice 2000, s. 31.

<sup>185</sup> S. Biernat, *Prywatyzacja zadań publicznych. Problematyka prawna*, Warszawa 1994, s. 25; J. Zimmermann, *Prawo administracyjne*, Warszawa 2020, s. 144.

<sup>186</sup> S. Biernat, *op. cit.*, s. 25.

<sup>187</sup> K. Bandarzewski, *op. cit.*, s. 338.

zapewnienia dostępu do sfery zadań publicznych. Prywatyzacja w takim ujęciu nie musi wprawdzie wskazywać na potrzebę definitywnej rezygnacji państwa z prowadzenia spraw objętych dotychczas domeną publiczną czy też dokonania zmian właścicielskich lub innych sposobów przyznania podmiotom niepublicznym praw majątkowych związanym z mieniem publicznym<sup>188</sup>. Obejmować jednak może powierzenie przez podmioty administracji publicznej wykonanie zadań podmiotom prywatnym<sup>189</sup>. Ze względu na kooperacyjny i partycypacyjny wymiar prywatyzacji, może ona również wyrażać się w postulatcie zastępowania publicznoprawnych form działania administracji formami właściwymi prawu cywilnemu, w tym umowami. W tym zakresie prywatyzacja sposobu realizacji zadań obejmuje także oczekiwania prywatyzacji form działania administracji publicznej. Ten aspekt prywatyzacji realizacji zadań jest szczególnie ważki w systemie zamówień publicznych, gdzie zjawisko prywatyzacji nie dokonuje się *ex lege*, lecz na podstawie umowy zawieranej pomiędzy podmiotem publicznym – ustawowo umocowanym do realizacji zadań publicznych a podmiotem spoza systemu administracji publicznej, zainteresowanym realizacją zadania czy przedsięwzięcia, czy też wykonaniem świadczenia.

Prywatyzacja prowadzi więc do urzeczywistnienia zasady pomocniczości, a w rezultacie do pogłębienia dostępu podmiotów prywatnych do współpracy z podmiotami publicznymi. Istotną rolę w tym zakresie – w szczególności w dziedzinie zamówień publicznych – odgrywają również względy ekonomiczne i prakseologiczne<sup>190</sup>. Dostęp do realizacji określonych zadań przez ogół podmiotów może bowiem stwarzać szansę na efektywniejsze osiąganie założonych przez administrację publiczną celów, a także daje możliwość wprowadzenia do sfery publicznej pewnych pozytywnych „elementów” właściwych obrotowi gospodarczemu czy działalności społecznej, jak konkurencyjność czy efektywność. Jednocześnie optymalizacja kosztów i podniesienia sprawności działania pozostają w zgodzie z zasadą pomocniczości<sup>191</sup>.

Jak wspomniano wyżej, współpraca instytucji zamawiających z podmiotami prywatnymi nie zwalnia podmiotów publicznych z wykonywania spoczywających na nich zadań publicznych. Po zawarciu umowy o zamówienia publiczne, umowy partnerstwa publiczno-prywatnego czy koncesji na roboty budowlane lub usługi, zadania publiczne, którym zamawiane świadczenia czy realizowane przedsięwzięcia w rezultacie służą, pozostają nadal w gestii podmiotów publicznych i nie tracą

<sup>188</sup> C. Żuławska, *Niektóre prawne i ekonomiczne aspekty prywatyzacji*, „Państwo i Prawo” 1991, z. 2, s. 3 i nast.; J. Niczyporuk, *Elementy pojęcia „prywatyzacja przedsiębiorstw komunalnych”*, „Samorząd Terytorialny” 1994, z. 12, s. 52 i nast.; R. Padrak, *Prywatyzacja spółek komunalnych w trybie przetargu publicznego*, „Finanse Komunalne” 2008, nr 7-8, s. 64 i nast.; R. Sowiński, *Byt organizacyjny i prywatyzacja spółek komunalnych (zagadnienia wybrane)*, „Rejent” 2003, nr 10(150), s. 188 i nast.

<sup>189</sup> K. Bandarzewski, *op. cit.*, s. 333.

<sup>190</sup> A. Błaś, *op. cit.*, s. 24.

<sup>191</sup> H. Izdebski, M. Kulesza, *Administracja publiczna. Zagadnienia ogólne*, Warszawa 2004, s. 377.

swojego publicznego charakteru<sup>192</sup>. Wprawdzie powierzenie realizacji zadań podmiotom spoza systemu administracji publicznej może niekiedy polegać na tym, że po powierzeniu zadanie realizowane jest przez określony czas tylko przez podmiot niepubliczny („przejęcie realizacji zadania”). Sytuacje także można wyobrazić sobie chociażby w sferze organizacji lokalnego transportu zbiorowego na terenie gminy albo zaopatrzenie w wodę jej mieszkańców. Zazwyczaj jednak, po nawiązaniu współpracy z podmiotem prywatnym, podmiot publiczny nadal realizuje swoje zadania. W przypadkach takich powierzenie realizacji zadania czy wspólna realizacja przedsięwzięcia wiąże się w istocie ze wsparciem jego realizacji przez podmiot niepubliczny. Podmioty spoza systemu administracji realizują wówczas zadania nie zamiast podmiotów administracji, ale wobec nich albo razem z nimi.

Powyższe wskazuje, że zaproponowane w doktrynie wyodrębnienie zasady równego dostępu do zamówień publicznych znajduje silne uzasadnienie aksjologiczne i prakseologiczne. Zasada ta wnosi dodatkową wartość do obowiązków równego traktowania wynikających z zasady wyrażonej w art. 16 Pzp 2019. Przede wszystkim stanowi ona postulat odnoszący się do całego systemu zamówień publicznych i obejmuje powinności związane nie tylko z przestrzeganiem prawa, ale także jego stanowieniem.

Nawiązując do samej postaci słownej analizowanej zasady, należałoby postulować ujęcie jej jako „zasady równego dostępu do [ubiegania się o] zamówienia publiczne”. Określenie to sytuuje omawianą zasadę w kontekście relacji zachodzących między podmiotami zobowiązanymi a podmiotami ubiegającymi się o zamówienia, a także pomiędzy samymi podmiotami ubiegającymi się. Tym samym, zasada ta jako norma postępowania wyznacza z jednej strony powinności, ale z drugiej strony odnosi się do wzajemnego położenia tych, wobec których powinności związane z dostępem do zamówienia mają być wykonywane. Nie bez znaczenia jest również to, że pojęcie „otwartego” czy „powszechnego” dostępu może sprawiać mylne wrażenie, że dostęp do zamówień publicznych jest rzeczywiście osiągalny dla każdego zainteresowanego podmiotu. Tymczasem dostęp do zamówień dokonuje się właśnie każdorazowo poprzez wybór określonego wykonawcy, któremu zamówienie jest udzielone, choć w warunkach zapewniających równość wszystkich ubiegających się o nie. Propozycja stosowania pojęcia „zasady równego dostępu do zamówień publicznych” koresponduje ze stanowiskami zajmowanych w szczególności na gruncie orzecznictwa, gdzie stwierdza się, że dostęp do zamówień, jaki mają zapewnić zamawiający wykonawcom ma być dostępem otwartym, ale w sposób „jednakowy”<sup>193</sup>, „niedyskryminujący”<sup>194</sup>,

<sup>192</sup> T. Bąkowski, *op. cit.*, s. 186.

<sup>193</sup> Wyrok Trybunału z dnia 10 maja 2012 r. w sprawie Komisja przeciwko Niderlandom, C-368/10, pkt 62.

<sup>194</sup> Uchwała KIO z dnia 20 czerwca 2018 r., KI-412/155/18; uchwała KIO z dnia 11 lutego 2016 r., KIO/KD 14/16.

„równy”<sup>195</sup> czy polegającym na stworzeniu „równych szans ubiegania się o dostęp do zamówienia”<sup>196</sup>.

### 3.2. Zakres zastosowania zasady równego dostępu do zamówień publicznych

Wyodrębnienie zasady równego dostępu do zamówień publicznych uzasadnione jest również szczególnym zakresem jej zastosowania. Należy go wiązać z szeroko rozumianym określeniem warunków ubiegania się o zamówienia publiczne. W części obejmuje on więc warunki dotyczące konkretnego zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające chociażby z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego<sup>197</sup>. Tak pojmowane określanie warunków związane będzie z aktywnością zamawiającego obejmującą przygotowanie i prowadzenie postępowania o zamówienie. W tym wymiarze zakres zastosowania zasady równego dostępu pokrywa się z zakresem zastosowania zasad przygotowania i prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Określanie warunków dostępu do zamówienia może być jednak związane z innymi formami działalności niepolegającej na samym udzielaniu zamówień. Przykładem może być tu chociażby stanowienie prawa miejscowego. W kontekście ograniczenia dostępu do zamówień poprzez stanowienia norm generalnych i abstrakcyjnych, zwrócono uwagę w orzecznictwie administracyjnym. Tytułem ilustracji przywołać można postanowienie Naczelnego Sądu Administracyjnego z 7 kwietnia 2022 r. (III OSK 355/22) odnoszące się do uchwały organu stanowiącego gmin. Sąd, oddalwszy wprawdzie skargę kasacyjną dotyczącą gminnego regulaminu utrzymania czystości i porządku, mocą którego wprowadzono obowiązek stosowania do zbierania odpadów komunalnych kontenerów określonego producenta, uznał jednocześnie, że potencjalnym źródłem interesu prawnego strony skarżącej mogłoby być „ograniczenie możliwości wzięcia udziału w przetargu”. NSA stwierdził, że prawo udziału w przetargu wywodzić można m.in. z art. 2 Prawa przedsiębiorców konstytuującego wolne dla każdego na równych prawach prowadzenie działalności gospodarczej. Inną egzemplifikacją określania warunków dostępu do zamówień poza określonym postępowaniem o zamówienie publiczne jest wydawanie aktów normatywnych takich,

<sup>195</sup> Wyrok KIO z dnia 1 czerwca 2018 r., KIO 967/18; wyrok WSA w Białymstoku z dnia 13 listopada 2019 r., I SA/Bk 510/19; tak samo: wyrok WSA w Poznaniu z dnia 28 listopada 2019 r., IV SA/Po 599/19.

<sup>196</sup> Wyrok NSA z dnia 4 kwietnia 2017 r., II GSK 1269/15.

<sup>197</sup> Art. 7 pkt 29 Pzp 2019; E. Kowalczyk, *Koncepcja normatywna warunków zamówienia publicznego*, „Studia Prawnoustrojowe” 2021, nr 53, s. 323.

jak wytyczne, instrukcje, procedury i inne, które nie są powszechnie obowiązujące, w tym na obszarze terytorialnym działania organów je wydających, a nawet które mają niekiedy charakter wyłącznie wewnętrzny. W praktyce orzeczniczej podnosi się np., że celem wprowadzenia wytycznych dotyczących procedur udzielenia zamówień w ramach projektów czy programów finansowanych ze środków unijnych jest m.in. zapewnienie dostępu do zamówień<sup>198</sup>. Powyższe oznacza, że zasada równego dostępu do zamówień publicznych wyznacza obowiązki nie tylko instytucjom prowadzącym postępowanie o zamówienie publiczne, ale również innym podmiotom kształtującym warunki dostępu do zamówień. Obejmuje tym samym sferę stosowania prawa, jak i stanowienia norm – nie tylko powszechnie obowiązujących.

## **4. Zasada równego dostępu do realizacji zadań finansowanych ze środków publicznych**

### **4.1. Kształtowanie się zasady równego dostępu do realizacji zadań finansowanych ze środków publicznych**

Zasada równego dostępu do realizacji zadań finansowanych ze środków publicznych zawarta jest w art. 43 aktualnie obowiązującej ustawy z 27 sierpnia 2019 r. o finansach publicznych. Jej słowne ujęcie odnosi się do określonej korzystnej sytuacji prawnej i wskazuje, że „prawo realizacji zadań finansowanych ze środków publicznych przysługuje ogółowi podmiotów, chyba, że odrębne ustawy stanowią inaczej”<sup>199</sup>. Przepis, zgodnie z którym prawo realizacji zadań finansowanych ze środków publicznych przysługuje ogółowi podmiotów, po raz pierwszy pojawił się jednak już w ustawie o finansach publicznych z 1998 r.<sup>200</sup> Obowiązujące do tego momentu przepisy ustawy Prawo budżetowe ujmowały tę kwestię w nieco odmienny sposób, wskazując jedynie na możliwość udzielania z budżetu państwa dotacji dla różnych podmiotów gospodarczych, niezależnie od ich przynależności sektorowej<sup>201</sup>. Regulacje opisujące prawo do realizacji zadań z ustawy z 1998 r. zostały powtórzone w takim samym brzmieniu w ustawie o finansach publicznych w 2005 r.<sup>202</sup>

Postać słowna zasady określonej w art. 43 FinPublU nie odnosi się do pojęcia równości. Nie przeszkadza to jednak dostrzegać w tym przepisie źródła obowiązków równego traktowania. W orzecnictwie stwierdza się chociażby, że art. 43 FinPublU wyraża „zasadę równości w dostępie do realizacji zadań finansowanych ze środków

<sup>198</sup> Np. Wyrok NSA z dnia 23 stycznia 2020 r., II OSK 3992/19; wyrok NSA z dnia 18 czerwca 2021 r., I GSK 1929/18.

<sup>199</sup> Art. 43 ustawy z dnia 27 sierpnia 2019 r. o finansach publicznych.

<sup>200</sup> Art. 25 ust. 1 ustawy z dnia 26 listopada 1998 r. o finansach publicznych.

<sup>201</sup> Art. 19 ust. 1; art. 19a ust. 1 ustawy z dnia 5 stycznia 1991 r. – Prawo budżetowe.

<sup>202</sup> Art. 33 ust. 1 ustawy z dnia 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych.



publicznych”<sup>203</sup>. Podobnie rzecz przedstawia się w praktyce stosowania prawa. Na przykład, w oficjalnych stanowiskach administracji określa się wskazaną zasadę jako „zasadę równouprawnienia w ubieganiu się o środki publiczne na realizację zadań publicznych”<sup>204</sup>. Tak samo jak w przypadku zasady równego dostępu do zamówień publicznych, zasada dostępu do realizacji zadań może odnosić się do aspektów powszechności czy otwartości. Jednak w takim ujęciu na nieco dalszy plan schodząc będą zagadnienia dotyczące relacji zachodzącej między podmiotami ubiegającymi się o realizację zadań. Dostęp do zadań finansowanych ma być bowiem nie tylko powszechny czy otwarty, ale powszechny lub otwarty w stopniu równym.

Obecność regulacji prawnych dotyczących zasady (prawa) dostępu do realizacji zadań finansowanych ze środków publicznych odnotowała doktryna. W literaturze wspomina się zarówno wprost o prawie realizacji zadań finansowanych ze środków publicznych jako przysługującym ogółowi podmiotów, a także o zasadzie powszechnego i równego dostępu do realizacji tych zadań<sup>205</sup>. Jednocześnie warto dostrzec, że zasada równego dostępu nie była dotychczas przedmiotem szczegółowych analiz w literaturze. Znaczeniu „zasady równego dostępu do środków budżetowych” na gruncie zamówień publicznych więcej uwagi poświęcił jedynie Roman Szumlakowski w artykule opublikowanym w 2014 r. pt. *Zasada równego dostępu do środków budżetowych jednostek samorządu terytorialnego dla wykonawców zadań publicznych*<sup>206</sup>. Autor ten lwiał część swoich rozważań odniósł jednak do zasady równego traktowania wykonawców oraz zasady uczciwej konkurencji w zamówieniach publicznych, które mogą być traktowane jako szczególne wyrazy zasady równego dostępu do realizacji zadań finansowanych ze środków publicznych. Odwołanie się do prawa lub zasady realizacji zadań finansowanych ze środków publicznych występuje także w praktyce prawnej. Przykładem mogą być tu liczne orzeczenia sądów administracyjnych<sup>207</sup>, a także uchwały kolegów regionalnych izb obrachunkowych<sup>208</sup>. Wśród nich na uwagę zasługują zarówno stanowiska odnoszące się do naruszenia zasady równego dostępu do realizacji zadań finansowanych w postaci dotacji (np. w odniesieniu do żądania od ubiegających się o realizację zadań niedookreślonego katalogu dokumentów<sup>209</sup>, wy-

<sup>203</sup> Postanowienie WSA w Bydgoszczy z dnia 18 października 2017 r., II SA/Bd 732/17.

<sup>204</sup> Uchwała nr 196/2016 Kolegium RIO w Zielonej Górze z dnia 21 października 2016 r.

<sup>205</sup> L. Lipiec-Warzecha, *Ustawa o finansach publicznych. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 207; Z. Ofiarski, *Komentarz do art. 43*, [w:] *Ustawa o finansach publicznych. Komentarz*, red. M. Karlikowska, W. Miemiec, Z. Ofiarski, K. Sawicka, Wrocław 2010, s. 137; R. Szostak, *Umowy o zamówienia publiczne...*, s. 90.

<sup>206</sup> R. Szumlakowski, *Zasada równego dostępu do środków budżetowych jednostek samorządu terytorialnego dla wykonawców zadań publicznych*, „Acta Universitatis Wratislaviensis. Prawo” 2014, No 3576, t. 316, nr 1, s. 177-190.

<sup>207</sup> Orzeczenie NSA z dnia 4 kwietnia 2017 r., sygn. II GSK 1269/15; orzeczenie NSA z dnia 8 marca 2019 r., I GSK 3428/18; NSA z dnia 12 lipca 2018 r., I GSK 2313/18.

<sup>208</sup> Zob. np. Uchwała nr KI-411/140/20 Kolegium RIO w Krakowie z dnia 13 maja 2020 r. (Dz. Urz. Woj. Małop. z 2020 r., poz. 3478).

<sup>209</sup> Wyrok WSA w Krakowie z dnia 9 marca 2021 r., I SA/Kr 696/20.

kazania niezalegania z podatkami i opłatami<sup>210</sup>, skuteczności w ściągalności składek członkowskich<sup>211</sup>, przedstawienia tytułu prawnego do nieruchomości<sup>212</sup>, ograniczenia procedur konkursowych<sup>213</sup>, ograniczenia możliwości ubiegania się o realizację zadania w określonym czasie<sup>214</sup>, braku wskazania w procedurze ubiegania się o realizację zamówienia kwoty dofinansowania zadania<sup>215</sup> czy też imiennego wskazania w uchwale organu stanowiącego jednostki samorządu terytorialnego podmiotów, którym będą mogły być przyznane dotacje<sup>216</sup>), dostępu do studiów podyplomowych finansowanych ze środków publicznych (np. poprzez wymóg przedstawienia opinii proboszcza)<sup>217</sup>, ale także zamówień publicznych (np. niedopełnienie obowiązku upublicznienia zapytania ofertowego zgodnie z warunkami udzielania zamówień wynikającymi z umowy o dofinansowanie projektu unijnego)<sup>218</sup>.

Charakter prawny zasady równego dostępu do realizacji zadań finansowanych ze środków publicznych zdeterminowany jest przynależnością do szerszej kategorii, jaką są zasady gospodarowania środkami publicznymi. Podkreślić zatem warto, że pojęcie „zasad gospodarowania środkami publicznymi” wpisane jest w tytuł rozdziału 5 działu I ustawy o finansach publicznych oraz stanowi trwały element regulacji w niej zawartych. Biorąc więc pod uwagę treść przepisów o finansach publicznych oraz opinie formułowane w literaturze, należałoby przyjąć, że zasady gospodarowania środkami publicznymi odnoszą się do całokształtu procesów finansowych realizowanych przez jednostki sektora finansów publicznych podejmowanych dla realizacji celów publicznych<sup>219</sup>. Charakter zasad gospodarowania środkami publicznymi ujawnia się jednak pełniej w zestawieniu z jednej strony z zasadami budżetowymi, a z drugiej z ogólnymi zasadami finansów publicznych. Zasady budżetowe, tradycyjnie obecne w literaturze prawnofinansowej<sup>220</sup>, pojmowane są najczęściej jako cechy budżetu państwowego lub

<sup>210</sup> Uchwała nr V/17/2021 Kolegium RIO w Bydgoszczy z dnia 3 lutego 2021 r.; Uchwała nr 055/G273/D/17 Kolegium RIO w Gdańsku z dnia 1 marca 2017 r.; Uchwała Nr XV.146.K.2018. Kolegium RIO w Szczecinie z dnia 6 czerwca 2018 r.

<sup>211</sup> Uchwała nr 8.126.2018 Kolegium RIO w Warszawie z 10 kwietnia 2018 r.

<sup>212</sup> Uchwała nr 128/G117/D/18 Kolegium RIO w Gdańsku z dnia 19 lipca 2018 r.

<sup>213</sup> Uchwała Nr 21.138.2017 Kolegium RIO w Warszawie z dnia 24 października 2017 r.

<sup>214</sup> Uchwała Nr 41/2016 Kolegium RIO w Kielcach z dnia 25 listopada 2016 r.

<sup>215</sup> Uchwała KI-411/110/17 Kolegium RIO w Krakowie z dnia 16 sierpnia 2017 r.

<sup>216</sup> Uchwała nr 196/2016 Kolegium RIO w Zielonej Górze z dnia 21 października 2016 r.

<sup>217</sup> Postanowienie WSA w Bydgoszczy z dnia 18 października 2017 r., II SA/Bd 732/17.

<sup>218</sup> Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego siedziba w Gliwicach z dnia 8 września 2020 r., III SA/GI 217/20.

<sup>219</sup> 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. Finanse, Rynki Finansowe, Ubezpieczenia” 2013, nr 62, s. 196; E. Kowalczyk, *Charakter prawny zasad gospodarowania środkami publicznymi*, [w:] *Teoretyczne i praktyczne aspekty prawa finansowego: problemy, koncepcje, wyzwania i rozwiązania*, red. A. Gorgol, Warszawa 2020, s. 256.

<sup>220</sup> E. Fojcik-Mastalska, R. Mastalski, *Prawo finansowe*, Warszawa 2013, s. 62-65; E. Chojna-Duch, *Podstawy finansów publicznych i prawa finansowego*, Warszawa 2012, s. 139-151; M. Bitner,

samorządowego, wynikające z ich istoty albo postulaty względem prawa i praktyki dotyczącej konstruowania budżetu lub jego treści<sup>221</sup>. Tak rozumiane zasady mają jednak częściowy związek z zasadami gospodarowania środkami publicznymi. Rzeczywistym adresatem zasad budżetowych jest bowiem ustawodawca albo projektodawca ustawy budżetowej. Natomiast zasady gospodarowania środkami publicznymi skierowane są zasadniczo do wszystkich jednostek sektora finansów publicznych<sup>222</sup>. Z kolei pod pojęciem zasad ogólnych finansów publicznych rozumie się w doktrynie podstawowe założenia, na jakich oparta jest gospodarka finansów publicznych<sup>223</sup>. Związek zasad ogólnych z zasadami gospodarowania środkami publicznymi wyraża się więc w tym, że te drugie stanowią konkretyzacje zasad ogólnych. Eugeniusz Ruśkowski stwierdza, że zasady gospodarowania środkami publicznymi „powtarzają, precyzują lub uzupełniają zasady ogólne, wynikające z Konstytucji RP lub całego systemu prawa finansowego”<sup>224</sup>. Z powyższego wynika, że zasadę równego dostępu do realizacji zadań finansowanych ze środków publicznych należy traktować jako jedną z zasad uszczegółwiających zasady ogólne finansów publicznych. Z drugiej – jako zasadę, która może znajdować uszczegółwienie w zasadach wykonywania budżetu.

Przynależność zasady równego dostępu do realizacji zadań finansowanych ze środków publicznych do kategorii zasad gospodarowania środkami publicznymi wskazuje również, że jej podstawowym celem jest odpowiednie urządzenie gospodarki finansowej jednostek sektora finansów publicznych. Tak też należałoby określić podstawowy zakres zastosowania tej zasady. Zasada równego dostępu umiejscowiona jest bowiem w FinPublU pomiędzy regulacjami, które dotyczą jednostek sektora finansów publicznych i związane są z podstawami gromadzenia oraz wydatkowania przez nie środków publicznych. Artykuł 42 opisuje mianowicie zasady związane z gromadzeniem oraz przeznaczeniem środków publicznych przez jednostki sektora finansów publicznych, a art. 44 cele, zasady i sposoby wydatkowania środków

E. Chojna-Duch, M. Grzybowski, E. Kornberger-Sokołowska, M. Supera-Markowska, *Prawo finansowe*, t. 1, *Finanse publiczne*, Warszawa 2011, s. 83-88; A. Kozuch, P. Ucieklak-Jeż, E. Książek, *Finanse publiczne: wybrane zagadnienia*, Częstochowa 2014, s. 33-36; G. Szczodrowski, *Finanse publiczne*, Elbląg 2003, s. 277-282; T. Juja, *Finanse publiczne*, Poznań 2011, s. 58-62; E. Chojna-Duch, *Finanse publiczne i polskie prawo finansowe*, Warszawa 2000, s. 64-73.

<sup>221</sup> J. Szolno-Koguc, *Funkcjonowanie funduszy celowych w Polsce w świetle zasad racjonalnego gospodarowania środkami publicznymi*, Lublin 2007, s. 27.

<sup>222</sup> E. Kowalczyk, *Charakter prawny...*, s. 256.

<sup>223</sup> A. Pomorska, *Zasady ogólne finansów publicznych*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2002, nr 6, s. 10; B. Brzeziński, W. Matuszewski, *Prawo finansów publicznych*, Toruń 2017, s. 55-60; C. Kosikowski, *Polskie prawo finansowe na tle prawa Unii Europejskiej*, Warszawa 2008, s. 80; E. Ruśkowski, *Od prawa budżetowego do prawa finansowego sektora finansów publicznych*, [w:] *System prawa finansowego*, t. 2: *Prawo finansowe sektora finansów publicznych*, red. E. Ruśkowski, Warszawa 2010, s. 27.

<sup>224</sup> E. Ruśkowski, *Zasady gospodarowania środkami publicznymi w Polsce – wybrane uwagi*, [w:] *Nauka prawa finansowego po 1 dekadzie XXI wieku. Księga Pamiątkowa dedykowana Profesorowi Apoloniuszowi Kosteckiemu*, red. I. Czaja-Hliniak, Kraków 2012, s. 361.

publicznych przez te jednostki. Przewiduje również, że 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<sup>225</sup>.

Jednakże potrzeba zapewnienia prawidłowej gospodarki finansowej jednostek sektora finansów publicznych nie przesądza ostatecznie kwestii zasady równego dostępu. Część autorów zdaje się wprawdzie zakładać, że art. 43 FinPublU wyznacza obowiązki wyłącznie jednostkom sektora finansów publicznych<sup>226</sup>. Pozostali nie odnoszą się jednak jednoznacznie do zakresu podmiotowego art. 43 FinPublU<sup>227</sup> albo dopuszczają możliwość jego szerokiego zastosowania<sup>228</sup>. Możliwość szerokiego zastosowania analizowanej zasady, obejmującego również działalność podmiotów spoza sektora finansów publicznych, nie wyklucza samo brzmienie przepisu określającego prawo równego dostępu do realizacji zadań. Na ewentualność taką wskazuje też art. 4 ust. 1 pkt 2 FinPublU, który przewiduje, że przepisy ustawy stosuje się też do innych niż jednostki sektora finansów publicznych podmiotów w zakresie, w jakim wykorzystują środki publiczne lub dysponują tymi środkami.

#### 4.2. Zakres zastosowania zasady równego dostępu do realizacji zadań finansowanych ze środków publicznych

Elementem treści art. 43 FinPublU kształtującym zakres zastosowania zasady równego dostępu jest pojęcie „zadań finansowanych ze środków publicznych”. Jego składnik, czyli sam termin „zadanie”, jest powszechnie stosowany w języku potocznym, ale także prawnym i prawniczym. Pod pojęciem tym można rozumieć to, co ktoś ma uczynić w dążeniu do określonego celu. W ujęciu prakseologicznym zaś zadanie to pewna kategoria działań, które należy podjąć, bądź też pewien stan lub cel, który należy osiągnąć<sup>229</sup>. Natomiast w naukach prawnych termin ten najczęściej stosowany jest w badaniach z zakresu prawa publicznego i związany jest z pojęciem „zadań publicznych” (czy „zadań administracji” albo „zadań państwa”) albo z nieco bardziej

<sup>225</sup> Art. 44 ust. 4 FinPublU.

<sup>226</sup> W. Misiąg, *Komentarz do art. 43, [w:] Ustawa o finansach publicznych. Ustawa o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Komentarz*, red. W. Misiąg, Warszawa 2019, teza 1., Legalis; E. Ruśkowski, „Komentarz do art. 43, [w:] E. Ruśkowski, J.M. Salachna, *Norwa ustawa o finansach publicznych wraz z ustawą wprowadzającą. Komentarz praktyczny*, Gdańsk 2010, s. 175-176.

<sup>227</sup> L. Lipiec-Warzecha, *op. cit.*, s. 206-207.

<sup>228</sup> R. Szostak, *Podstawowe instrumenty administracyjne w zamówieniach publicznych*, „Kwartalnik Prawo Zamówień Publicznych” 2013, nr 4, s. 33.

<sup>229</sup> M. Tabernacka, *Konstrukcja prawna zadania publicznego*, [w:] *Współczesne europejskie problemy prawa administracyjnego i administracji publicznej: w 35. rocznicę utworzenia Instytutu Nauk Administracyjnych Uniwersytetu Wrocławskiego*, „Acta Universitatis Wratislaviensis. Prawo”, nr 295, Wrocław 2005, s. 409; Z. Cieślak, *Prawo administracyjne. Część ogólna*, Warszawa 2002, s. 93.

odległymi semiotycznie określeniami, jak „zakres działania” czy „właściwość”, czy nawet „kompetencja”<sup>230</sup>.

Pojęcie „zadań” wymaga więc odwołania się do konstrukcji zadań publicznych, które tradycyjnie w nauce prawa odnoszone są do zadań wykonywanych przez podmioty publiczne. O publicznym charakterze zadań decyduje w takim ujęciu publiczny status podmiotów je wykonujących<sup>231</sup> oraz publiczny charakter interesów, których urzeczywistnianiu służy ich wykonywanie<sup>232</sup>. Jednakże „publiczność” zadań nie jest zagadnieniem jednoznacznym. W literaturze zauważa się ponadto, że określenie „zadanie publiczne” nie odnosi się do jakiegś definitywnie wykształconej konstrukcji prawnej. Nie ma ustawowej definicji tego pojęcia. Samo wskazanie uniwersalnych cech zadania publicznego zalicza się w doktrynie do zadań trudnych, a niekiedy nawet niecelowych<sup>233</sup>. Dodatkowo, znaczenie pojęcia „zadań publicznych” zależy od zmieniających się rozwiązań ustrojowych i prawnych, społecznych, politycznych i gospodarczych.

W piśmiennictwie nie kwestionuje się jednak tego, że zadania publiczne to działania skierowane na osiągnięcie określonego celu publicznego<sup>234</sup>. Wskazuje się przy tym dodatkowo na aspekt obowiązku – jako elementu konstytuującego pojęcie zadania publicznego<sup>235</sup>. Przy takim założeniu „wykonywanie zadania publicznego” pojmowane jest jako cały proces realizowania normy prawa materialnego, podjęty dla wykonania zawartych w nim powinności<sup>236</sup>. Jak stwierdza Adam Błaś, zadania publiczne „z samej swej istoty” oznaczają obowiązek działania<sup>237</sup>. Dodatkowo, z obowiązkiem realizacji zadania publicznego ściśle skorelowane jest także uprawnienie do jego realizacji. Zadanie publiczne to wprawdzie obowiązek, ale jego realizacja jest jednocześnie przyznanym właściwemu podmiotowi prawem do działania w określonej prawnie

<sup>230</sup> E. Schmidt-Aßmann, *Ogólne prawo administracyjne jako idea porządku*, Warszawa 2001, s. 196; J. Blicharz, *Udział...*, s. 33; idem, *Zakres znaczeniowy pojęcia „zadania publiczne”*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2005, t. 71, s. 59.

<sup>231</sup> S. Fundowicz, *Dynamiczne rozumienie zadania publicznego*, [w:] *Między tradycją a przyszłością w nauce prawa administracyjnego. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Janowi Bociowi*, red. J. Supernat, Wrocław 2009, s. 155.

<sup>232</sup> T. Kocowski, *Prywatyzacja zarządzania majątkiem publicznym, prywatyzacja majątkowa, prywatyzacja zadań publicznych i prywatyzacja wykonania zadań publicznych*, [w:] *Prawne aspekty prywatyzacji*, red. J. Blicharz, Wrocław 2012, s. 48-49.

<sup>233</sup> M. Stahl, *Cele publiczne i zadania publiczne*, [w:] *Koncepcja systemu prawa administracyjnego. Zjazd Katedr Prawa i Postępowania Administracyjnego Zakopane 24-27 września 2006 r.*, red. J. Zimmermann, Warszawa 2007, s. 95; A. Mituś, *op. cit.*, s. 125.

<sup>234</sup> J. Wyporska-Frankiewicz, *Publicznoprawne formy działania administracji o charakterze dwustronnym*, Warszawa 2009, s. 39.

<sup>235</sup> L. Zacharko, *op. cit.*, s. 16-17; J. Filipek, *Elementy strukturalne norm prawa administracyjnego*, Kraków 1982, s. 65-67.

<sup>236</sup> J. Blicharz, *Zakres znaczeniowy...*, s. 61-62.

<sup>237</sup> A. Błaś, *op. cit.*, s. 27.



formie<sup>238</sup>. W związku z tym w przypadku zadań publicznych mówić można także o „prawie do ich wykonywania”. Prawo takie należałoby rozumieć jako kompetencję, która przysługuje wskazanemu w przepisie podmiotowi (podmiotom). Magdalena Tabernacka konstatuje, że „prawne określenie zadania publicznego obejmuje wskazanie normatywne celu oraz określenie kompetencji (tj. wskazanie organu, określenie formy lub form działania, oraz sytuacji podjęcia danego zadania)”<sup>239</sup>.

Powyższe oznacza, że pojmowanie zadań publicznych musi dokonywać się z uwzględnieniem ich obligatoryjnego charakteru, ale też legitymacji do ich wykonania. W tym zakresie aspekt powinności w zadaniach publicznych splata się nierozzerwalnie z aspektem uprawnień. Takie podejście pozwala utożsamiać jednostki sektora finansów publicznych ze sferą zadań publicznych, a w konsekwencji przyjąć, że wszystkie zadania przez nie wykonywane są zadaniami publicznymi lub zadaniami służącymi wykonaniu zadań publicznych<sup>240</sup>. Normy określające zadania jednostek sektora finansów publicznych odnoszą się bowiem do celów lub przynajmniej kierunków działania. Zadania publiczne jednostek sektora finansów publicznych określić zatem można jako przyjęte wyłącznie przez państwo obowiązki zaspokajania zbiorowych i indywidualnych potrzeb człowieka poprzez odpowiednie gospodarowanie środkami publicznymi w ramach posiadanych kompetencji<sup>241</sup>.

Konkluzja powyższa znajduje potwierdzenie w literaturze, gdzie stwierdza się, że samo pojęcie jednostek sektora finansów publicznych związane jest z wykonywaniem przez nie zadań publicznych. Uznaje się mianowicie, że sektor finansów publicznych tworzą jednostki organizacyjne sektora publicznego spełniające co najmniej dwie cechy: powstają na podstawie ustaw oraz są powołane wyłącznie w celu wykonywania zadań publicznych finansowanych ze środków publicznych<sup>242</sup>. Stwierdzenie to znajduje swój wyraz również w regulacjach prawnych. Ustawa o finansach publicznych niejednokrotnie odwołuje się do pojęcia zadań publicznych, charakteryzując działalność jednostek sektora finansów publicznych<sup>243</sup>. Elżbieta Malinowska-Misiąg oraz Wojciech Misiąg stwierdzają wprost, że „pojęcie zadań publicznych jest kluczem

<sup>238</sup> M. Tabernacka, *op. cit.*, s. 421.

<sup>239</sup> *Ibidem*, s. 411.

<sup>240</sup> Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 27 września 1994 r.: „wszystkie zadania samorządu terytorialnego mają charakter zadań publicznych w tym znaczeniu, że służą zaspokojeniu potrzeb zbiorowych społeczności czy to lokalnych, w wypadku zadań własnych, czy zorganizowanego w państwo całego społeczeństwa, jak w wypadku zadań zleconych” (sygn. W 10/93).

<sup>241</sup> S. Fundowicz, *op. cit.*, s. 158.

<sup>242</sup> A. Gorgol, *Formy funkcjonowania jednostek sektora finansów publicznych*, [w:] *Zarys finansów publicznych i prawa finansowego*, red. A. Gorgol, A. Kuś, P. Smoleń, M. Tyrakowski, K. Wójcioda-Buraczyńska, W. Wójtowicz, Warszawa 2020, s. 43; E. Malinowska-Misiąg, W. Misiąg, *Finanse publiczne w Polsce*, Warszawa 2007, s. 32 i nast.; E. Rutkowska-Tomaszewska, *Jednostki sektora finansów publicznych*, [w:] *Prawne aspekty prywatyzacji*, s. 101.

<sup>243</sup> Zob. np. art. 9 pkt 14; art. 18; art. 23 ust. 1 FInPublU.



do finansów publicznych. [...]. Gdyby nie było zadań publicznych, państwo nie potrzebowałoby środków finansowych<sup>244</sup>.

Analizując zakres zastosowania zasady równego dostępu, dostrzec jednak należy, że odnosi się on do pojęcia „zadań”, a nie „zadań publicznych”. Spostrzeżenie to jest szczególnie istotne w kontekście problematyki zamówień publicznych. Sam termin „zadanie” wiązany jest bowiem w prawie sektora finansów publicznych z różnymi działaniami. Na gruncie ustawy o finansach publicznych zastosowanie znajdują takie określenia, jak „zadania budżetowe”<sup>245</sup>, „zadania na rzecz administracji rządowej”<sup>246</sup>, „zadania własne jednostki samorządu terytorialnego”<sup>247</sup>, zadania państwa<sup>248</sup> czy „zadania państwowe”<sup>249</sup>, „zadania ustawowe”<sup>250</sup>, „zadania z zakresu administracji rządowej”<sup>251</sup>, ale także „zadania zlecone”<sup>252</sup>, „zadania bieżące finansowane z udziałem środków [europejskich]”<sup>253</sup>, „zadania wyodrębnione”<sup>254</sup>, „zadania z zakresu wykonywania uprawnień przysługujących Skarbowi Państwa”<sup>255</sup> i inne. Część z nich odpowiada wprawdzie ogólnemu pojęciu „zadań publicznych” w przedstawionym wyżej ujęciu, ale inne mają nieco odmienne znaczenie. Również przegląd literatury prawa finansowego potwierdza wieloznaczność terminu „zadania”. Niektóre zadania, do których odnoszą się autorzy, mają charakter prawnie wyznaczonych podstawowych i stałych obowiązków przypisanych jednostkom sektora finansów publicznych. Jednakże termin „zadania” odnoszony jest w doktrynie prawa finansowego również do określonych przedsięwzięć realizowanych jedynie w określonym czasie, również przez podmioty spoza sektora finansów publicznych. Interesująca jest w tym zakresie konstatacja Barbary Woźniak, która stwierdza, że na gruncie finansów publicznych zadania można ujmować w szerszym i węższym znaczeniu. Zadania publiczne *sensu stricto* dotyczą zadań ściśle związanych z realizacją funkcji publicznych. Natomiast zadania publiczne *sensu largo* to także inne zadania społeczne i zadania gospodarcze<sup>256</sup>. Na marginesie należy wspomnieć, że o zleceniu zadań „na zasadzie wyboru najkorzystniejszej oferty, z uwzględnieniem przepisów o zamówieniach publicznych, o partnerstwie publiczno-prywatnym oraz o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi” mówi wprost

<sup>244</sup> E. Malinowska-Misiąg, W. Misiąg, *op. cit.*, s. 14.

<sup>245</sup> Np. art. 2 pkt 30 lit. a; art. 41 ust. 3 FinPublU.

<sup>246</sup> Art. 13 ust. 1 FinPublU.

<sup>247</sup> Art. 14 FinPublU.

<sup>248</sup> Art. 18 FinPublU.

<sup>249</sup> Art. 29 ust. 2 FinPublU.

<sup>250</sup> Art. 21 ust. 1 pkt 3 FinPublU.

<sup>251</sup> Art. 59 ust. 4 FinPublU.

<sup>252</sup> Art. 59 ust. 4 FinPublU.

<sup>253</sup> Art. 15 ust. 3 pkt 2 FinPublU.

<sup>254</sup> Art. 24 ust. 1 pkt 3 lit. b FinPublU.

<sup>255</sup> Art. 58 ust. 1 pkt 1a FinPublU.

<sup>256</sup> 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.

FinPublU<sup>257</sup>. Oznacza to dopuszczalność – chociażby instrumentalnego – zastosowania procedur udzielania zamówień – także do zlecenia zadań, które nie mieszczą się w pojęciu „zamówienia publicznego”.

Zakres zastosowania zasady równego dostępu wyznaczony jest również pojęciem „finansowania”. Na gruncie doktryny prawa finansowego termin ten, choć stosowany bardzo często, nie doczekał się jednak powszechnie przyjmowanej definicji. Utrwalone sposoby użycia tego terminu w opracowaniach podręcznikowych i monograficznych odwołują się zazwyczaj do takich określeń, jak np. przekazywanie środków publicznych, zaopatrywanie w środki publiczne czy transfer środków pieniężnych<sup>258</sup>. Próbę kompleksowego opisu pojęcia „finansowania” podjął w latach 70. XX w. Ryszard Ciałkowski. Z poczynionych przez tego Autora analiz wynika, że sposoby pojmowania „finansowania” już wówczas odnoszono do związku z przeznaczeniem (ujęcie przedmiotowe) albo relacji między podmiotem finansującym a finansowanym (ujęcie podmiotowe). W ujęciu przedmiotowym akcentuje się kwestie pokrywania określonych potrzeb finansowych albo kosztów realizacji celów i zadań, natomiast w ujęciu podmiotowym nacisk kładziony jest na przekazywanie, czy transfer środków pieniężnych pomiędzy stronami<sup>259</sup>. Podobnie stwierdzał Andrzej Komar, doprecyzowując jednocześnie, że finansowanie przedmiotowe związane jest z przekazywaniem środków pieniężnych na realizację pośrednio lub bezpośrednio określonych celów społecznych, gospodarczych i innych, a podmiotowe z transferem środków na rzecz określonych podmiotów<sup>260</sup>. Jan Sobiech wskazał z kolei na finansowanie polegające na zakupie przez państwo ze środków publicznych dóbr i usług publicznych oraz finansowanie podmiotowe związane z pokrywaniem kosztów działalności określonych podmiotów<sup>261</sup>. Oczywiście, kluczowe w pojęciu finansowania jest zagadnienie wydatków – łączonych zazwyczaj w doktrynie z finalnym przejawem procesów finansowych (jako „ostateczny skutek fiskalnej aktywności państwa”)<sup>262</sup> oraz realizacją określonych celów (czyli zaspokojenia potrzeb publicznych)<sup>263</sup>. W świetle tych ustaleń można przyjąć, że pojęcie finansowania zadań odnosi się do wyznaczonego prawem ciągu

<sup>257</sup> Art. 162 pkt 4; art. 254 pkt 4 FinPublU.

<sup>258</sup> T. Dębowska-Romanowska, *Wybrane zagadnienia klasyfikacji ekonomiczno-prawnej dotacji*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 1989, t. 43, s. 22; A. Gorgol, *Prawne aspekty publicznego finansowania partii politycznych w Polsce i na poziomie europejskim*, Lublin 2011, s. 131-132.

<sup>259</sup> R. Ciałkowski, *Pojęcie finansowania*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Łódzkiego” 1973, ser. I, 95, s. 2-3.

<sup>260</sup> A. Komar, *Finansowanie*, [w:] *System instytucji prawno-finansowych PRL*, t. 1: *Instytucje ogólne*, red. M. Weralski, Warszawa 1982, s. 277.

<sup>261</sup> E. Denek, J. Sobiech, J. Wolniak, *Finanse publiczne*, Warszawa 2001, s. 113.

<sup>262</sup> S. Owsiak, *Finanse publiczne. Teoria i praktyka*, Warszawa 2006, s. 233.

<sup>263</sup> A. Majchrzycka-Guzowska, *Finanse i prawo finansowe*, Warszawa 1998, s. 47; T. Dębowska-Romanowska, *Wydatki publiczne, ich formy prawne oraz zasady realizacji w sektorze finansów publicznych*, [w:] *System prawa finansowego*, t. 2, s. 119; E. Denek, J. Sobiech, J. Wolniak, *op. cit.*, s. 103.

działań, którego przedmiotem jest przeznaczenie środków pochodzących z określonych źródeł na realizację przypisanych zadań dokonującego się poprzez dokonywanie wypłat ze środków publicznych w celu pokrycia kosztów realizacji tych zadań<sup>264</sup>.

Jako podstawową formę finansowania zadań ze środków publicznych – jak uważa Teresa Dębowska-Romanowska – należałoby wskazać dotowanie<sup>265</sup>. W literaturze podnosi się przy tym, że samo pojęcie „dotacji” zastrzeżone jest jedynie do przypadków mających wyraźne umocowanie w regulacjach prawnych<sup>266</sup>. Naukowe propozycje ujęcia tej postaci finansowania odwołują się najczęściej do wszelkich świadczeń dokonywanych w trybie władczym dla wyodrębnionych organizacyjnie osób trzecich na podstawie norm prawa budżetowego lub odrębnych materialno-prawnych norm prawa<sup>267</sup>. Cechą ustrojową dotacji jest to, że „nosi znamiona” wydatku ze środków ujętych w budżecie państwa lub jednostki samorządu terytorialnego, służącemu dalszemu rozdysponowaniu na zadania publiczne lub społeczne, zrównane z publicznymi<sup>268</sup>. Krótsza definicja dotacji określa, że jest to „prawna forma wydatków publicznych, z reguły bezzwrotna, podlegająca szczególnym zasadom rozliczania”<sup>269</sup>. Konstrukcja dotacji zakłada, że niewykorzystana lub wykorzystana niezgodnie z przeznaczeniem podlega co do zasady zwrotowi<sup>270</sup>. Istota dotacji związana jest bowiem z celem wydatku, który wyraża. Jak stwierdza Teresa Romanowska-Dębowska, dotacje „służą” interesowi zbiorowemu, czyli potrzebom zbiorowym, a nie indywidualnym<sup>271</sup>. Udzielanie dotacji pozostaje w ścisłym związku z wykonywaniem zadań publicznych, zarówno wewnątrz sektora finansów publicznych, jak i za pośrednictwem zewnętrznych podmiotów<sup>272</sup>. Dotacja jako swoista instytucja prawno-finansowa jest rodzajem wydatku służącym „rozdysponowaniu na zadania publiczne lub społeczne, zrównane z publicznymi”<sup>273</sup>. Z tej istoty dotacji wynikają więc takie jej cechy, jak bezzwrotny charakter oraz brak powiązania z jakimś konkretnym świadczeniem wzajemnym<sup>274</sup>. Z tego powodu, że przysporzenie wynikające ze stosunku dotacyjnego ma na celu realizację celu zbiorowego, który należy odróżniać od interesów samej administracji,

<sup>264</sup> E. Kowalczyk, *Pojęcie finansowania zadań jednostek samorządu terytorialnego – aspekty prawne*, [w:] *Prawo i administracja dla regionu: zagadnienia prawnofinansowe*, red. J.M. Salachna, K. Stelmaszczuk, P. Borszowski, Wałbrzych 2016, s. 102.

<sup>265</sup> T. Dębowska-Romanowska, *Wybrane zagadnienia...*, s. 22.

<sup>266</sup> Z. Ofiarski, *Subwencje i dotacje jednostek samorządu terytorialnego*, Warszawa 2002, s. 39.

<sup>267</sup> Z. Ofiarski, *Subwencje i dotacje...*, s. 26.

<sup>268</sup> T. Dębowska-Romanowska, *Wydatki publiczne...*, s. 124; *eadem*, *Zagadnienia prawne wydatków publicznych na rzecz osób trzecich*, Łódź 1993, s. 44; *eadem*, *Wybrane zagadnienia...*, s. 23.

<sup>269</sup> Z. Ofiarski, *Subwencje i dotacje...*, s. 23.

<sup>270</sup> *Ibidem*.

<sup>271</sup> T. Dębowska-Romanowska, *Wydatki publiczne...*, s. 124.

<sup>272</sup> *Eadem*, *Wydatki publiczne...*, s. 125.

<sup>273</sup> *Eadem*, *Wydatki publiczne...*, s. 123-124.

<sup>274</sup> J. Młynarczyk-Misiuda, *Aneks. Ważniejsze terminy z zakresu finansów publicznych*, [w:] M. Kossek-Wojnar, S. Owsiak, K. Surówka, *Podstawy teorii finansów publicznych*, Kraków 1995, s. 243; T. Dębowska-Romanowska, *Wybrane zagadnienia...*, s. 25 i 29.

dotacje nie są „odpłatą” za świadczenie przez beneficjenta na rzecz podmiotu dotującego. Przysporzenie dotacyjne nie jest jednak jednostronne. Beneficjent dotacji jest zobowiązany do realizacji określonego zadania, a dotujący osiąga określony cel związany z zadaniem publicznym<sup>275</sup>. Zdaniem Teresy Dębowskiej-Romanowskiej

nieodpłatny (nieekwiwalentny) charakter dotacji i subwencji oznacza, iż z przysporzeniem nie łączy się obowiązek świadczenia podmiotu, na rzecz którego jest ono dokonywane. Brak wzajemności wyraża się w tym, iż w wyniku przekazania dotacji lub subwencji następuje uszczuplenie praw majątkowych podmiotu publicznego, który dotacje lub subwencje przekazał. Korzyści, jakie wiążą się z tym przekazaniem, nie mają majątkowego charakteru. Mogą one polegać na całej gamie zachowań osób trzecich, które to zachowania są pożądane z punktu widzenia interesu publicznego, reprezentowanego przez podmiot dotujący lub subwencjonujący, nie prowadzą jednak do wzajemnego przysporzenia majątkowego<sup>276</sup>.

Dodatkowo, w pojęciu „dotowania” mieściłoby się wszelkie dokonywanie wydatków metodą bezzwrotną, niezależnie od tego, czy są to wydatki redystrybucyjne czy ostateczne, ekwiwalentne<sup>277</sup>. Oczywiście nie każdy rodzaj dotacji służy jednak bezpośredniemu finansowaniu zadań, o którym mowa w zasadzie równego dostępu<sup>278</sup>. Taki charakter można przypisać jedynie dotacji, która „służy finansowemu wsparciu własnych zadań podmiotów dotowanych”<sup>279</sup>, albo dotacji na zadania zlecone/powierzone/poruczone innym podmiotom<sup>280</sup>. Dotacja celowa, inaczej niż dotacja podmiotowa, która ma charakter ogólny i związana jest z „całością działalności danego podmiotu”<sup>281</sup>, służy zawsze finansowaniu, względnie dofinansowaniu określonych zadań<sup>282</sup>. Związek celowych dotacji z dotowanym zadaniem wyraża się m.in. w tym, że jej wykorzystanie polega na zapłacie za zrealizowane zadania, na które dotacja była udzielona<sup>283</sup>. Natomiast dotacje podmiotowe i przedmiotowe stanowią ogólne zasilenie finansowe dotowanego przedmiotu.

Związek dotacji z zadaniem wyraża się również w tym, że podstawą kalkulacji jej wysokości są planowane koszty realizacji określonego zadania, oraz że podlega

<sup>275</sup> T. Dębowska-Romanowska, *Wydatki publiczne...*, s. 124-125.

<sup>276</sup> *Eadem*, *Zagadnienia prawne...*, s. 44-45.

<sup>277</sup> *Eadem*, *Wybrane zagadnienia...*, s. 23.

<sup>278</sup> We współczesnej literaturze wskazuje się na istnienie trzech podstawowych rodzajów dotacji (podmiotowa, przedmiotowa oraz celowa). Niekiedy też wyróżnia się czwarty rodzaj, tj. dotację inwestycyjną. A. Wernik, *Finanse publiczne: cele, struktury, uwarunkowania*, Warszawa 2014, s. 40.

<sup>279</sup> E. Malinowska-Misiąg, W. Misiąg, *op. cit.*, s. 152.

<sup>280</sup> D. Redel, *Charakterystyka wydatków budżetu państwa*, [w:] *Podstawy finansów*, red. K. Marecki, Warszawa 2008, s. 121; Z. Ofiarski, *Finansowanie zadań zleconych przez gminę organizacjom pozarządowym*, „Annales Universitatis Mariae Curie Skłodowska, sectio H Oeconomis” 2012, nr 46, cz. 3, s. 385.

<sup>281</sup> S. Owsiak, *op. cit.*, s. 242.

<sup>282</sup> Z. Ofiarski, *Subwencje i dotacje...*, s. 8, 23.

<sup>283</sup> Art. 168 ust. 4; art. 251 ust. 4 FinPublU.

zwrotowi w części niewykorzystanej<sup>284</sup>. W FinPublU, w kontekście gospodarowania dotacjami wspomina się wprost o „zapłacie za zrealizowane zadania”. Otóż zgodnie z brzmieniem art. 168 ust. 4 oraz art. 251 ust. 4 wykorzystanie dotacji następuje poprzez zapłatę za zrealizowane zadania, na które dotacja była udzielona. Mowa tu o sytuacji, w której beneficjent dotacji udzielonej z budżetu państwa lub z budżetu jednostki samorządu terytorialnego płaci innemu podmiotowi za wykonanie określonych zadań związanych z celem dotacji. W przypadku gdy beneficjentem dotacji będzie jednostka sektora finansów publicznych, dokonywana przez nią zapłata będzie przykładem finansowania zadań ze środków publicznych.

Obowiązujące regulacje przewidują również możliwość finansowania realizacji określonych zadań w formie płatności innej niż dotacje<sup>285</sup>. Przykładem może być tu instytucja płatności związana z realizacją programów europejskich. Ustawa o finansach publicznych istotnie odnosi się do pojęcia „płatności” w kontekście przeznaczenia wydatków na realizację programów finansowanych z udziałem środków europejskich<sup>286</sup>. Płatności mogą być przekazywane beneficjentowi w formie refundacji poniesionych przez niego na realizację projektu tzw. wydatków kwalifikowalnych, w postaci płatności pośrednich lub płatności końcowej, lub w formie zaliczki, przelewem na rachunek bankowy<sup>287</sup>. Według Wiesławy Miemieć instytucja płatności ma następujące cechy: a) dotyczy wydatków finansowanych ze środków europejskich, b) dotyczy programów operacyjnych na poziomie krajowym i regionalnym, c) obejmuje wyłącznie tzw. wydatki kwalifikowane, d) dokonywana jest na podstawie zlecenia płatności, e) uruchamiana jest na zlecenie instytucji, z którą beneficjent zawarł umowę (lub przez państwową jednostkę budżetową, realizującą projekt finansowany z udziałem środków europejskich, na podstawie upoważnienia do wystawiania zleceń płatności udzielonego przez tę instytucję), f) wymaga zgody

---

<sup>284</sup> T. Dębowska-Romanowska, *Wybrane zagadnienia...*, s. 35. Pomimo podobieństw do dotacji, z obszaru rozważań nad prawnymi formami finansowania ze środków publicznych zadań należy wykluczyć subwencje, których przyznawanie dokonuje się bez określania celów i zadań, na które mogą być przeznaczone. Zdaniem Z. Ofiarskiego subwencja stanowi „świadczenie publiczno-prawne państwa na rzecz innych podmiotów publiczno-prawnych, będące prawnofinansowym odbiciem ustrojowego podziału zadań publicznych pomiędzy państwo i samorząd terytorialny”. Do wspólnych cech dotacji i subwencji Z. Ofiarski zaliczył: 1) podobny cel, jakim jest dokonanie jednostronnego przysporzenia dla osób trzecich, 2) zasadniczo bezzwrotny charakter, 3) publiczno-prawny charakter stosunku dotowania i subwencjonowania (*idem*, *Subwencje i dotacje...*, s. 26). *Ibidem*, s. 27; *idem*, *Subwencja jako forma prawna wydatków dokonywanych z budżetu państwa*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2011, z. 3, s. 6.

<sup>285</sup> Forma płatności w ramach programów finansowanych z udziałem środków europejskich traktowana jest jako instytucja zastępująca wcześniejszą instytucję dotacji rozwojowej, regulowanej ustawą o finansach publicznych z 2005 r. W. Miemieć, *Wykonywanie budżetu środków europejskich*, [w:] *Europejskie bezzwrotne źródła finansowania polityki regionalnej w Polsce. Aspekty prawno-finansowe*, red. W. Miemieć, Wrocław 2012, s. 173.

<sup>286</sup> Art. 186 pkt 2 FinPublU.

<sup>287</sup> Art. 189 ust. 1 i 2 FinPublU.

dysponenta części budżetowej (który może upoważnić do tej czynności instytucję, z którą beneficjent zawarł umowę lub państwową jednostkę budżetową, realizującą projekt finansowany z udziałem środków europejskich), g) uruchamiana jest z budżetu dysponenta, h) ma formę zaliczki lub refundacji, i) jest obsługiwana przez BGK (z wyłączeniem wydatków dokonywanych przez jednostki budżetowe)<sup>288</sup>. Natomiast Ludmiła Lipiec-Warzecha opisuje pojęcie „płatności” jako „środki przekazywane z budżetu środków europejskich bezpośrednio do beneficjenta, wydatki na realizację krajowych i regionalnych programów operacyjnych, w części odpowiadającej wkładowi środków europejskich”<sup>289</sup>.

Konstrukcja finansowania zadań ze środków publicznych obejmować może wreszcie zapłatę wynagrodzenia za wykonanie określonego zadania. Zadaniem finansowanym jest w tym przypadku określone zachowanie podmiotu zobowiązanego wobec finansującego, mające postać świadczenia wykonywanego za wynagrodzeniem. Zapłata wynagrodzenia za wykonanie zadania będzie związana z sytuacją, w której podstawą realizacji zadania będzie umowa określająca obowiązek jednostki sektora finansów publicznych polegający na zapłacie sumy pieniężnej na rzecz wykonawcy zadania. O formie tej wspomina ustawa o finansach publicznych np. w zakresie zlecenia realizacji zadań innym podmiotom niż organizacje pozarządowe, na zasadzie wyboru najkorzystniejszej oferty, z uwzględnieniem przepisów o zamówieniach publicznych<sup>290</sup>.

Zadaniami finansowanymi ze środków publicznych mogą być więc usługi, dostawy czy roboty budowlane stanowiące przedmiot umowy o zamówienie publiczne. Jak wspomniano wyżej, wprawdzie pojęcie zamówienia publicznego nie odnosi się do konieczności jego finansowania ze środków publicznych, to jednak udzielanie zamówień publicznych często jest związane z wydatkowaniem środków publicznych. Wynika to chociażby z faktu, że znacząca część zamawiających to jednostki sektora finansów publicznych. Z tego powodu też regulacje systemu prawa zamówień publicznych postrzegane są nierzadko jako instrument służący efektywnemu wykorzystaniu takich środków<sup>291</sup>. W związku z tym należy dostrzec kluczowe dla zamówień publicznych znaczenie zasad gospodarowania środkami publicznymi, w szczególności formułowanych na gruncie finansów publicznych<sup>292</sup>.

<sup>288</sup> W. Miemiec, *Zlecenie płatności i jego rola w przepływie środków unijnych*, [w:] *Europejskie bezzwrotne źródła finansowania...*, s. 208.

<sup>289</sup> L. Lipiec-Warzecha, *op. cit.*, s. 889.

<sup>290</sup> Art. 162 pkt 4; art. 254 pkt 4 FinPublU.

<sup>291</sup> Zob. np. motyw 2 i motyw 63 dyrektywy klasycznej; E. Przeszło, *System zamówień publicznych*, [w:] *Instytucje i instrumenty kontroli w systemie zamówień publicznych*, red. A. Powałowski, E. Przeszło, H. Wolska, Warszawa 2019, s. 3; P. Nowicki, *Zamówienia publiczne jako instrument kształtowania gospodarki przez państwo*, „Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu” 2017, nr 497: *Przedsięwzięcia w społecznej gospodarce rynkowej System zamówień publicznych*, s. 117-118.

<sup>292</sup> Aktualnie stanowią treść rozdziału 5 działu I ustawy z 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, t.j. z dnia 20 stycznia 2021 r., Dz.U. 2021 r., poz. 305.



Również Pzp 2019 posługuje się terminem „finansowanie” w odniesieniu do zamówień publicznych. Czytelnym przykładem są regulacje dotyczące zamawiających subsydiowanych, których status wyznaczany jest właśnie m.in. ze względu na finansowanie ze środków publicznych udzielanych przez nich zamówień<sup>293</sup>. Informacja o kwocie, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, udostępniana jest najpóźniej przed otwarciem ofert, na stronie internetowej prowadzonego postępowania<sup>294</sup>. Stanowi ona również element przesłanki warunkującej unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia<sup>295</sup>. Regulacja posługuje się także zwrotem „zamówienia finansowane przez organizację międzynarodową lub międzynarodową instytucję finansującą”<sup>296</sup> oraz „zamówienia współfinansowane ze środków Unii Europejskiej”<sup>297</sup>.

Istotnym dopełnieniem pojęcia finansowania zadań jest pojęcie „środków publicznych”, które funkcjonuje zarówno w ujęciu normatywnym, jak i teoretycznym<sup>298</sup>. Normatywna koncepcja środków publicznych wynikająca z FinPubIU oparta jest na wyliczeniu rodzajów środków składających się na tę kategorię. Jednocześnie w literaturze dostrzega się również potrzebę definicji środków publicznych<sup>299</sup>. W ujęciu teoretycznym nie budzi wątpliwości przedstawiciele doktryny to, że środkami publicznymi są wyłącznie środki pieniężne, które zostały otrzymane z określonych tytułów i źródeł przez jednostki sektora finansów publicznych lub uiszczone na rzecz budżetu publicznego<sup>300</sup>. Środki publiczne opisuje się również jako „publiczne zasoby finansowe”, czyli „wszelkie wpływy pieniężne”, do jakich pobierania ustawowo upoważniony jest dany podmiot publiczny oraz te wpływy, które danemu podmiotowi przypadają jako dochody i pożytki z przysługujących mu praw majątkowych<sup>301</sup>. Oznacza to, że o uzyskaniu publicznego charakteru przez środki pieniężne przesądza publiczny status podmiotu, któremu się należą lub który uzyskuje.

W doktrynie spotkać można pogląd, że środki publiczne tracą swój charakter w momencie ich przekazania jednostce spoza sektora finansów publicznych<sup>302</sup>. Jednak już w koncepcjach posługujących się kryterium celowościowym zarówno uzyskanie, jak i utrata cechy publiczności przez środki pieniężne wiązana jest z ich

<sup>293</sup> Art. 6 Pzp 2019.

<sup>294</sup> Art. 222 ust. 4 Pzp 2019.

<sup>295</sup> Art. 255 pkt 3; art. 257; art. 310; art. 355 ust. 3 Pzp 2019.

<sup>296</sup> Art. 9 Pzp 2019.

<sup>297</sup> Art. 601 ust. 2 Pzp 2019; art. 613 ust. 1.

<sup>298</sup> S. Owsiak, *op. cit.*, s. 418.

<sup>299</sup> *Ibidem*.

<sup>300</sup> J.M. Salachna, *Środki publiczne, ich formy prawne oraz zasady realizacji w sektorze finansów publicznych*, [w:] *System prawa finansowego*, t. 2, s. 85.

<sup>301</sup> T. Dębowska-Romanowska, *Wydatki publiczne...*, s. 123.

<sup>302</sup> J.M. Salachna, *Środki publiczne...*, s. 85; E. Malinowska-Misiąg, W. Misiąg, *op. cit.*, s. 99; J.M. Salachna, *Zakres odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych a legalne pojęcie środków publicznych – wybrane aspekty*, „Finanse Komunalne” 2005, nr 6, s. 35-36.

przeznaczeniem. Z tej perspektywy środki zachowują charakter publicznych, o ile służą publicznemu celowi. Ilustracją takiego stanowiska jest orzeczenie Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 5 września 2009 r.<sup>303</sup> Sąd, uchylając orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej<sup>304</sup>, 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. Czytelne potwierdzenie takiego punktu widzenia znajduje się w obowiązującej aktualnie ustawie o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Przewiduje ona wyraźnie, 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 środkami<sup>305</sup>.

Należy również dostrzec istnienie konstytucyjnego pojęcia „środków finansowych na cele publiczne”. Użyty w treści art. 216 ust. 1 Konstytucji RP zwrot „środki finansowe na cele publiczne” traktowany jest w doktrynie jako szerszy niż określenie „środki publiczne”. Zauważa się, 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 publicznym<sup>306</sup>.

W konsekwencji przeprowadzonych analiz nasuwa się więc wniosek, że samo finansowanie określonych zadań ze środków publicznych może być dokonywane nie tylko przez podmioty publiczne, ale także przez podmioty niezaliczane do sektora finansów publicznych. W aktualnym stanie prawnym podmioty takie mogą gospodarować przekazanymi im środkami publicznymi, a jednym z celów takiego gospodarowania może być finansowanie realizacji zadań przez inne podmioty. Przykładem może być tu instytucja wdrażająca, o której mowa w ustawie z 6 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju<sup>307</sup>. Może nią być podmiot publiczny lub prywatny, któremu na podstawie porozumienia lub umowy została powierzona, w ramach programu operacyjnego, realizacja zadań odnoszących się bezpośrednio do beneficjentów<sup>308</sup>. Instytucja zarządzająca m.in. ogłasza konkursy w celu wyłonienia projektów do dofinansowania<sup>309</sup>. Może też powierzyć realizację czynności

<sup>303</sup> V SA/Wa 495/07 niepubl.

<sup>304</sup> Orzeczenie GKO z dnia 14 września 2006 r., DF/GKO-4900-36/49/06/965.

<sup>305</sup> Art. 4 ust. 1 pkt 4 DyscFinPublU.

<sup>306</sup> K. Nizioł, *Analiza pojęć „wydatków publicznych”, „wydatków budżetu państwa” oraz „rozchodów publicznych” na gruncie ustawy o finansach publicznych*, „Studia Lubuskie” 2011, t. 7, s. 327.

<sup>307</sup> T.j. z dnia 6 czerwca 2019 r. (Dz.U. z 2019 r., poz. 1295).

<sup>308</sup> Art. 5 pkt. 4.

<sup>309</sup> Art. 29 ust. 1.

technicznych związanych z obsługą swoich zadań innym podmiotom na podstawie odpowiednio porozumienia lub umowy<sup>310</sup>. Innym przykładem są instytuty badawcze, które będąc państwowymi jednostkami organizacyjnymi, nie są jednocześnie jednostkami sektora finansów publicznych. Mogą one jednak osiągać przychody z subwencji i dotacji ze środków publicznych, w tym z dotacji celowych na finansowanie realizacji zadań zleconych, szczególnie ważnych dla planowania i realizacji polityki państwa, których wykonanie jest niezbędne dla zapewnienia obronności i bezpieczeństwa publicznego, działania wymiaru sprawiedliwości, ochrony dziedzictwa narodowego, rozwoju edukacji i kultury, kultury fizycznej i sportu oraz poprawy jakości życia obywateli<sup>311</sup>.

Powyższe rozważania prowadzą do wniosku, że zakres zastosowania normy prawnej konstytuującej zasadę równego dostępu do realizacji zadań finansowanych ze środków publicznych obejmuje działalność wszystkich podmiotów, które dysponując środkami publicznymi, wydatkują je dla innych podmiotów, którym powierza się realizację określonych zadań. Szerokie rozumienie zadań finansowanych ze środków publicznych pozwala również przyjąć, że nie muszą być w każdym przypadku traktowane jako zadania publiczne w ścisłym znaczeniu. Wprawdzie ich publiczne finansowanie każe uznać, że ich realizacja służy zawsze ostatecznie celom publicznym, jednak one same mogą być traktowane jedynie jako inne niż publiczne zadania. Można zatem stwierdzić, że zasada równego dostępu dotyczy zadań o różnicowanym znaczeniu – zarówno takich, które można określić jako publiczne, jak i zadań w innym znaczeniu, służących pośrednio realizacji zadań publicznych, w tym zadań realizowanych poprzez udzielenie zamówień publicznych<sup>312</sup>. Wynika z tego, że zobowiązanymi do stosowania zasady równego dostępu do realizacji zadań finansowanych ze środków publicznych są więc nie tylko jednostki sektora finansów publicznych, ale również jakiegokolwiek inne podmioty dysponujące środkami publicznymi w celu finansowania określonych zadań. Konstatacja ta ma istotne znaczenie w obszarze zamówień udzielanych przez podmioty spoza sektora finansów publicznych, w tym przez zamawiających subsydiowanych czy państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej oraz tzw. podmioty prawa publicznego, o ile udzielane przez nie zamówienia są finansowane ze środków publicznych.

Zakres zastosowania zasady równego dostępu do realizacji zadań odnosi się do sfery stosowania i przestrzegania prawa i obejmuje działania związane z określaniem warunków ubiegania się o realizację zadań. Może on obejmować formułowanie wymagań przedmiotowych, podmiotowych czy proceduralnych. Jej oddziaływanie

<sup>310</sup> Art. 27 ust. 4.

<sup>311</sup> Art. 1 ust. 1; art. 18 ust. 8; art. 21 ust. 6; art. 22 pkt 2 ustawy z dnia 30 kwietnia 2010 r. o instytutach badawczych (t.j. z dnia 15 lipca 2020 r., Dz.Ū. z 2020 r., poz. 1383).

<sup>312</sup> R. Szostak, *Umowy o zamówienia publiczne...*, s. 90.

obejmuje także stanowienie generalnych norm postępowania na podstawie ustawowego upoważnienia, w tym wydawania aktów prawa miejscowego – o czym świadczą liczne stanowiska nadzorcze regionalnych izb obrachunkowych<sup>313</sup>.

Na uwagę zasługuje to, że przepisy konstytuujący zasadę równego dostępu do realizacji zadań finansowanych ze środków publicznych przewidują możliwość wyłączenia jej stosowania na mocy ustaw odrębnych. Owo odesłanie skłania do przyjęcia, że prawodawca może określać szczególne warunki dostępu do takich zadań, chociażby poprzez wskazanie określonych cech lub właściwości, a nawet poprzez imienne oznaczenie podmiotów, które mogą ubiegać się o realizację określonych zadań. W każdym jednak przypadku, ewentualne ograniczenia zastosowania analizowanej zasady muszą wynikać z podstawy ustawowej.

Wieloletnia obecność zasady kształtującej równy dostęp do realizacji zadań finansowanych ze środków publicznych w regulacjach; odniesienia do niej w praktyce prawnej i w literaturze, a także zakres jej zastosowania pozwalają więc uznać ją za dysponującą orzecznictwem i doktrynalnym oparciem konstrukcję prawną, odnoszącą się również do obszaru zamówień publicznych. W porównaniu z zasadą równego traktowania wykonawców oraz zasadą równego dostępu do zamówień publicznych, zasada równego dostępu do realizacji zadań finansowanych ze środków publicznych znajduje jednak dodatkowe uzasadnienie w polskim systemie prawnym. Wynika ono z konieczności zapewnienia prawidłowości gospodarowania środkami publicznymi. Owa prawidłowość wyrażać się ma bowiem w tym, że finansowanie określonych zamówień ze środków publicznych powinno pociągać za sobą zapewnienie ubiegającym się o nie równego dostępu.

## **5. Zastosowanie zasad wyznaczających obowiązki równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne do zamówień pozaustawowych**

Problematykę krajowych zasad wyznaczających obowiązki równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne należy również odnieść do zamówień, których udzielenie nie podlega reżimowi ustawowemu. Pozaustawowy charakter niektórych

---

<sup>313</sup> Uchwała Nr 3.54.2018 Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej w Warszawie z dnia 30 stycznia 2018 r.; Uchwała Nr 055/G273/D/17 Kolegium RIO w Gdańsku z dnia 1 marca 2017 r.; Uchwała Nr 157/K/11 Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej w Warszawie z dnia 10 maja 2011 r.; Uchwała Nr 21.138.2017 Kolegium RIO w Warszawie z dnia 24 października 2017 r.; Uchwała nr 055/G273/D/17 Kolegium RIO w Gdańsku z dnia 1 marca 2017 r.; Uchwała KI-411/110/17 Kolegium RIO w Krakowie z dnia 16 sierpnia 2017 r.; Uchwała nr 8.126.2018 Kolegium RIO w Warszawie z dnia 10 kwietnia 2018 r.; Uchwała nr 055/G273/D/17 Kolegium RIO w Gdańsku z dnia 1 marca 2017 r.; Uchwała Nr XV.146.K.2018 Kolegium RIO w Szczecinie z dnia 6 czerwca 2018 r.; Uchwała nr 196/2016 Kolegium RIO w Zielonej Górze z dnia 21 października 2016 r.

zamówień rodzi bowiem pytanie o możliwość stosowania przy ich udzieleniu zasad, które zostały wyrażone albo są wywodzone z całokształtu regulacji ustawowych.

W piśmiennictwie dotyczącym zamówień publicznych jako „pozaustawowe” charakteryzuje się zazwyczaj określone rozwiązania normatywne, jak np. pozaustawowe sposoby rozstrzygania sporów w zamówieniach publicznych sektorowych<sup>314</sup>, czy pozaustawowe zasady prowadzenia postępowań o udzielanie zamówień publicznych<sup>315</sup>. Jednakże określenie „pozaustawowe” odnoszone jest też do samych zamówień publicznych, określanych również za pomocą takich terminów, jak np. jako „zamówienia drobne”<sup>316</sup>, „zamówienia podprogowe”<sup>317</sup> czy „zamówienia bagatelne”<sup>318</sup>. Zastrzec jednak należy, że termin „zamówienia pozaustawowe” nie jest jednak terminem ustawowym. Stanowi on narzędzie badawcze służące opisowi kategorii zamówień wyróżnionej w pozycji do zamówień ustawowych. W ujęciu negatywnym zamówienia pozaustawowe to zamówienia, które nie są objęte zakresem regulacji wskazanym w art. 1 ustawy Pzp 2019<sup>319</sup>. Z kolei w ujęciu pozytywnym zamówienia pozaustawowe należy przede wszystkim traktować jako przejaw legitymizowanego odstępstwa od stosowania zasady powszechności reżimu ustawowego zamówień publicznych<sup>320</sup>. Na tym tle pozaustawowy charakter zamówień wiązać należy z ograniczeniem zakresu zastosowania przepisów Pzp, które wyznaczają obowiązki dotyczące wyboru wykonawców oraz które określają konsekwencje niewykonania lub nieprawidłowego wykonania takich obowiązków.

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

<sup>314</sup> P. Granecki, A. Panasiuk, *Zamówienia sektorowe*, Warszawa 2007, s. 192.

<sup>315</sup> P. Rączka, *Deontologia zawodowa w zamówieniach publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2015, nr 3, s. 215.

<sup>316</sup> R. Szostak, *Elektronizacja drobnych zamówień publicznych*, [w:] *Informatyzacja procedur udzielania zamówień publicznych*, red. R. Szostak, Warszawa 2018, s. 277.

<sup>317</sup> A. Szyszczkowski, *Zamówienia podprogowe. Analiza praktyczna zamówień do 130 000 zł*, Warszawa 2021, s. 1 i nast.; K. Puchacz, *Wzorcowe regulaminy zamówień publicznych do 30 000 euro z komentarzem*, Gdańsk 2014, s. 29.

<sup>318</sup> B. Nuzzo, *Zamówienia bagatelne we Włoszech*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2018, nr 3, s. 60; A. Smerd, *Zasady udzielania zamówień bagatelnych*, „Zamówienia Publiczne. Doradca” 2019, nr 5, s. 12.

<sup>319</sup> Artykuł ten stanowi, że ustawa reguluje zamówienia publiczne, zwane dalej «zamówieniami», oraz konkursy, w tym określa podmioty obowiązane do stosowania przepisów ustawy; zakres wyłączeń stosowania przepisów ustawy; zasady udzielania zamówień; etapy przygotowania i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia; tryby udzielania zamówień oraz szczególnie instrumenty i procedury w zakresie zamówień; wymagania dotyczące umów w sprawie zamówienia publicznego oraz umów ramowych; organy właściwe w sprawach zamówień; środki ochrony prawnej oraz porządowe rozwiązywanie sporów dotyczących realizacji umów w sprawie zamówienia publicznego; kontrolę udzielania zamówień oraz kary pieniężne.

<sup>320</sup> R. Szostak, *Zasady prawa zamówień...*, s. 9-10.

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

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 i 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 sektorowych<sup>321</sup>. Przesłanki niestosowania ustawy w przypadku określonych 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.

Odrębną kategorią są zamówienia wyłączone ze stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych. 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 2019 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<sup>322</sup>.

<sup>321</sup> Art. 2 ust. 1 Pzp.

<sup>322</sup> Z kolei przykładem zamówień pozaustawowych, których wyłączenie z obowiązku stosowania Pzp 2019 wynika wyłącznie z woli ustawodawcy krajowego, są zamówienia udzielane instytucji 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.



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 czy zakup czasu antenowego, zamówienia na usługi arbitrażowe lub pojednawcze, zamówienia na usługi prawne, 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.

Trzecia kategoria obejmuje zamówienia wyłączone z obowiązku stosowania Pzp 2019 na podstawie ustaw odrębnych. Obejmuje ona np. zamówienia na usługi i dostawy udzielane w związku z COVID-19<sup>323</sup>, niektóre zamówienia udzielone przez ZUS<sup>324</sup>, zamówienie na realizację czynności technicznych związanych z obsługą zadań instytucji zarządzającej, instytucji pośredniczącej lub instytucji wdrażającej<sup>325</sup>, zamówienia na wydrukowanie i doręczenie zestawów pytań testowych i zadań egzaminacyjnych na potrzeby aplikacji prawniczych<sup>326</sup>, zamówienia udzielane w celu wyboru biegłego rewidenta<sup>327</sup>, umowy zawierane z biurami rachunkowymi sporządzającymi sprawozdania gospodarstw rolnych<sup>328</sup>, umowy zawierane ze świadczącą świadczeń gwarantowanych<sup>329</sup>, umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej<sup>330</sup>, zamówienia udzielane w celu wyboru wykładowców Krajowej Szkoły Administracji<sup>331</sup>, zlecenie przez Komisję Nadzoru Finansowego biegłemu rewidentowi badania prawidłowości i rzetelności sprawozdania finansowego<sup>332</sup>, umowy określające warunki i tryb przekazywania środków publicznych na finansowanie

<sup>323</sup> Art. 6a ust. 1; art. 31zv; art. 31zy10 ust. 9 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).

<sup>324</sup> Art. 68 ust. 2; 69 ust. 3; 50 ust. 3f ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych.

<sup>325</sup> Art. 27 ust. 4-5 ustawy z dnia 6 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju.

<sup>326</sup> Art. 75b ust. 11 ustawy z dnia 26 maja 1982 r. – Prawo o adwokaturze; art. 36 ust. 11 ustawy z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych; art. 71 § 11 ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. – Prawo o notariacie; art. 76 ust. 1 i art. 106 ust. 1 ustawy z dnia 22 marca 2018 r. o komornikach sądowych.

<sup>327</sup> Art. 135 ust. 1-4 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe.

<sup>328</sup> 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.

<sup>329</sup> Art. 9a-9b, art. 11a ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych.

<sup>330</sup> Art. 133-134, art. 136, art. 138 ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych.

<sup>331</sup> Art. 53 w ust. 1 ustawy z dnia 23 stycznia 2009 r. o Krajowej Szkole Sądownictwa i Prokuratury.

<sup>332</sup> Art. 62d w ust. 3 ustawy z dnia 5 listopada 2009 r. o spółdzielczych kasach oszczędnościowo-kredytowych.

zadań leczniczych<sup>333</sup>, niektóre zamówienia na czynności zarządu i administrowania nieruchomościami Agencji Mienia Wojskowego<sup>334</sup>, umowy o zarządzanie pracowniczymi planami kapitałowymi oraz umowy o prowadzenie pracowniczych planów kapitałowych<sup>335</sup>.

Podobnie jak w Pzp 2019 przedstawia się kwestia pozaustawowego charakteru niektórych umów koncesji<sup>336</sup>. Co istotne, ustawodawca, regulując kwestie umów wyłączonych ze stosowania ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi posługuje się pojęciem „umów koncesji”, co potwierdza to, że do zawierania takich umów dochodzić może również poza reżimem ustawowym.

Powody wyodrębnienia zamówień pozaustawowych obejmują całą gamę racji o charakterze aksjologicznym czy prakseologicznym. Bez wątpienia naczelną i bezpośrednią racją pozaustawowego charakteru zamówień klasycznych o wartości mniejszej niż 130 000 złotych jest ich odpowiednio mniej istotny charakter. Brak obowiązku stosowania Pzp 2019 w zamówieniach o niewielkiej wartości należy łączyć z ogólnymi postulatami sprawności postępowania instytucji zamawiających oraz efektywności udzielania zamówień publicznych. Powody uzasadniające wyłączenie stosowania Pzp 2019 mogą również wynikać z konieczności stosowania innych procedur. Wskazać tu można chociażby procedury organizacji międzynarodowej, procedury wynikające z porozumień tworzących zobowiązania prawnomiędzynarodowe czy procedury międzynarodowych instytucji finansujących. Jako racje wyłączeń ustawowych wskazać można brak odpowiednio konkurencyjnego wymiaru pewnych rodzajów zamówień publicznych. Ten rodzaj powodów mogą obejmować okoliczności zarówno związane z prawnymi uwarunkowaniami braku konkurencji albo z okolicznościami faktycznymi reprezentującymi pewną trwałą, dostrzegalną specyfikę rynku. Motyw legislacyjny uzasadniający wskazanie pozaustawowych zamówień 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 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 tak, aby dostęp do

<sup>333</sup> Art. 115 ust. 5 ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej.

<sup>334</sup> Art. 63 w ust. 1a ustawy z dnia 10 lipca 2015 r. o Agencji Mienia Wojskowego.

<sup>335</sup> Art. 7, 7a ustawy z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych.

<sup>336</sup> Zgodnie z brzmieniem art. 5 ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi przepisów ustawy nie stosuje się np. do zawierania umów koncesji, w odniesieniu do których zamawiający ma obowiązek przeprowadzić postępowanie na podstawie innej niż określona ustawą procedury organizacji międzynarodowej, albo niektórych umów koncesji w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, umów, których przedmiotem są usługi arbitrażowe lub pojednawcze, usługi Narodowego Banku Polskiego, niektóre usługi prawne, usługi finansowe, usługi transportu lotniczego lub pasażerskiego, wybrane usługi badawcze i rozwojowe i inne.

komunikacji elektronicznej był możliwy dla szerokiego kręgu odbiorców<sup>337</sup>. Przesłanki wyodrębnienia zamówień pozaustawowych mogą być również związane z istotną rolą pozaekonomicznych aspektów społecznych, badawczych czy kulturalnych związanych z udzieleniem zamówienia. Brak obowiązku stosowania Pzp 2019 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 funkcje organu założycielskiego tej instytucji. Wśród powodów zastosowanych w Pzp 2019 wyłączeń obowiązków stosowania ustawy wskazać wreszcie można i takie, które odnoszą się do odmiennego charakteru umów objętych wyłączeniem (np. umowy z zakresu prawa pracy), a także specyficznych okoliczności, w których dochodzi do udzielenia zamówień (np. zamówienia związane z przeciwdziałaniem rozprzestrzeniania się chorób). Nie można również wykluczyć, że powody wprowadzenia niektórych wyłączeń stosowania Pzp 2019 wynikać mogą z doraźnych potrzeb.

Analizując możliwość zastosowania przy udzielaniu zamówień pozaustawowych zasad wyznaczających obowiązki równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne, najpierw należy odnieść się do zasady równego traktowania wykonawców wyrażonej w art. 16 pkt 1 Pzp 2019. Otóż z przeprowadzonych wyżej rozważań wynika, że zakres jej zastosowania ogranicza się do działań instytucji zamawiających związanych z przygotowaniem i prowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie ustawy Prawo zamówień publicznych. Oznacza to, że rzeczona zasada nie odnosi się do czynności zamawiających podejmowanych w celu udzielania zamówień pozaustawowych. Wniosek ten potwierdza pośrednio fakt, że w przypadku niektórych wyłączeń stosowania Pzp zawartych w ustawach odrębnych zastrzega się odrębnie konieczność przestrzegania zasady równego traktowania czy zachowanie obowiązku równego traktowania, co byłoby zbyt ciężkie w przypadku zastosowania art. 16 pkt 1 Pzp 2019 w zamówieniach pozaustawowych. I tak np. w ustawie z 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych przewiduje się, że przy zawieraniu umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej Narodowy Fundusz Zdrowia zobowiązany jest 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 konkurencji<sup>338</sup>. Podobnie w ustawie z 14 lipca 1983 r. o narodowym zasobie archi-

<sup>337</sup> J. Pawelec, *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, komentarz do art. 8, teza 2.

<sup>338</sup> Art. 133-134 ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych.

walnym i archiwach<sup>339</sup> przewiduje się, że zamówienie musi być udzielane w sposób zapewniający przejrzystość, równe traktowanie podmiotów zainteresowanych wykonaniem zamówienia oraz z uwzględnieniem okoliczności mogących mieć wpływ na jego udzielenie<sup>340</sup>. Analogicznie do zamówień z zakresu działalności archiwalnej została ujęta kwestia udzielania zamówień na dostawy lub usługi z zakresu działalności kulturalnej. W ustawie z 25 października 1991 r. o organizowaniu i prowadzeniu działalności kulturalnej nałożono na podmiot prowadzący działalność kulturalną m.in. obowiązek udzielania zamówień w sposób zapewniający przejrzystość, równe traktowanie podmiotów zainteresowanych wykonaniem zamówienia oraz z uwzględnieniem okoliczności mogących mieć wpływ na jego udzielenie<sup>341</sup>. Podobnie uregulowano kwestie udzielania zamówień na określone usługi leśne. Ustawa z 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. Przywołać można również przykład zamówień udzielanych przez zarządzającego specjalną strefą ekonomiczną będącego tzw. podmiotem prawa publicznego. Przepisy ustawy z 20 października 1994 r. o specjalnych strefach ekonomicznych nakładają na takiego zamawiającego obowiązek udzielenia zamówienia w sposób zapewniający zachowanie przejrzystości i równego traktowania podmiotów zainteresowanych wykonaniem zamówienia oraz z uwzględnieniem okoliczności mogących mieć wpływ na jego udzielenie<sup>342</sup>.

Inaczej przedstawia się kwestia zastosowania przywołanej wyżej zasady równego dostępu do ubiegania się o zamówienia pojmowanej jako zasada ukształtowana, rozpoznana i uznana w systemie zamówień publicznych. Nie ma podstaw, by zastosowanie tej zasady ograniczyć wyłącznie do zamówień ustawowych. W tym przypadku zastosowanie zasady równego dostępu wyznaczone będzie samym pojęciem zamówienia publicznego. Należy również podkreślić, że zgodnie z koncepcją systemu zamówień publicznych, zasada równego dostępu dotyczyć będzie również sytuacji związanych z ubieganiem się o zawarcie umów koncesji na roboty budowlane lub usługi oraz umowy partnerstwa publicznego. Ponadto przyjęcie braku obowiązków zapewnienia równego dostępu do zamówień publicznych prowadziłoby do zaburzenia spójności aksjologicznej systemu zamówień publicznych. Obawa ta jest o tyle istotna, że związana jest z postępującą aktywnością prawodawcy w stosowaniu wielu wyłączeń stosowania Prawa zamówień publicznych. Taka praktyka legislacyjna zagraża bowiem kompleksowej naturze regulacji prawa zamówień publicznych. W obliczu istnienia znaczącego obszaru zamówień pozaustawowych, zapewnienie jednorodności zasad udzielania zamówień publicznych jawi się więc jako warunek konieczny spójności

<sup>339</sup> Dz.U. z 2020 r., poz. 164.

<sup>340</sup> Art. 23b.

<sup>341</sup> Art. 37a do 37d.

<sup>342</sup> Art. 8a.

całego systemu zamówień publicznych. Konstatacja ta znajduje potwierdzenie w piśmiennictwie i praktyce prawnej. Czytelnym przykładem takiego przeświadczenia jest częste odwoływanie się do obowiązków równego traktowania wykonawców w procedurach wewnętrznych instytucji zamawiających, oficjalnych opracowaniach, urzędowych materiałach edukacyjnych i innych dokumentach dotyczących udzielenia zamówień pozaustawowych<sup>343</sup>.

Nie ulega z kolei kwestii zastosowanie w zamówieniach pozaustawowych zasady równego dostępu do realizacji zadań finansowanych ze środków publicznych. Jak wskazano wyżej, zakres tej zasady obejmuje również zamówienia publiczne, bez ograniczenia odnoszącego się do zamówień ustawowych. Pojęcie „zadania finansowanego ze środków publicznych” nie uprawnia do wskazywania jakichkolwiek kryteriów limitujących zastosowanie zasady równego dostępu do zamówień ustawowych. Oczywiście, zasada równego dostępu do realizacji zadań związana będzie tylko z udzieleniem zamówień (ustawowych i pozaustawowych) finansowanych ze środków publicznych.

## **6. Bezpośrednia i pośrednia skuteczność zasad wyznaczających obowiązki równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne**

Podjmując zagadnienie ustawowego, czyli krajowego wymiaru obowiązków równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne, należy odnieść się do problematyki bezpośredniej skuteczności zasad, które je wyznaczają. Problematyka ta nie jest szeroko obecna w literaturze czy w orzecznictwie. Wprawdzie Małgorzata Nyc-Zimny dopuszcza możliwość postawienia „samoistnego zarzutu” naruszenia art. 16 pkt. 1 Pzp 2019. Swoje rozważania Autorka koncentruje jednak na problemie naruszenia uczciwej konkurencji. W tym zakresie Nyc-Zimny podnosi, że skoro możliwe są sytuacje, w których uznaje się zaistnienie czynu nieuczciwej konkurencji pomimo braku naruszenia konkretnego przepisu prawa, to istnieje możliwość postawienia samoistnego zarzutu naruszenia samej zasady zachowania uczciwej konkurencji. Warunkiem samoistnego zastosowania zasady będzie jednak wskazanie dobrego obyczaju, który został naruszony. Małgorzata Nyc-Zimny przyznaje jednocześnie, że nie jest możliwe sprecyzowanie czy skatalogowanie kryteriów ocennych, które umożliwiałyby kwalifikację określonego postępowania jako naruszenia uczciwej

---

<sup>343</sup> E. Kowalczyk, *Pozaustawowe zamówienia publiczne*, Zielona Góra 2021, s. 72-74; K. Brózda, *Unikanie wymagań wynikających z Prawa zamówień publicznych – przegląd orzecznictwa*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2019, nr 2, s. 111; A. Smerd, *Regulamin zamówień wyłączonych spod obowiązku stosowania przepisów Prawa zamówień publicznych*, „Zamówienia Publiczne. Doradca” 2020, nr 12, s. 16.

konkurencji<sup>344</sup>. Możliwość powoływania się wyłącznie na zasady udzielenia zamówień publicznych zdaje się również dopuszczać Ryszard Szostak, który stwierdza, że „w ramach przesłanek efektywnego zaskarżenia mieści się naruszenie nie tylko zwykłych przepisów ustawy, lecz także i zasad udzielania zamówień publicznych, zwłaszcza równego traktowania wykonawców, przejrzystości i proporcjonalności”<sup>345</sup>.

Odmienne stanowiska w tym zakresie przedstawiono na gruncie judykatury. Na przykład w orzeczeniu z 11 kwietnia 2013 r. (KIO 589/13) Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że przepis konstytuujący zasadę udzielania zamówień publicznych „w zasadzie nie może stanowić samoistnej podstawy zarzutów odwołania, a zawsze winien odnosić się do konkretnego/szczegółowego przepisu ustawy Prawo zamówień publicznych, dotyczącego konkretnej czynności lub zaniechania czynności przez zamawiającego, do której był na podstawie tego szczególnego przepisu ustawy zobowiązany”. Podobnie w orzeczeniu z 14 czerwca 2018 r. (KIO 1059/18) KIO uznała, że zarzut naruszenia przepisu określającego zasadę udzielenia zamówień „jest niejako zarzutem wtórnym stanowiącym konsekwencję naruszenia innych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych w toku postępowania przez Zamawiającego”. Zbieżne z tym stanowisko zajęła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 21 listopada 2017 r. (KIO 2340/17). Stwierdziła w nim, że przepis określający zasadę udzielenia zamówień publicznych „nie może on stanowić samodzielnej podstawy zarzutu odwołania”. Dalej KIO wyraziła pogląd, że zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ulegają konkretyzacji na gruncie dalszych przepisów Prawa zamówień publicznych, odnoszących się do określonych uprawnień i obowiązków zamawiającego.

Niestety, zarówno w literaturze, jak i w orzecznictwie w celu opisu skuteczności zasad zamówień publicznych stosowane są różne określenia i zwroty oraz reprezentowane nieco odmienne sposoby ich pojmowania. Na potrzeby prowadzonych tu rozważań należałoby więc przyjąć, że skuteczność rozumiana będzie jako zdolność normy do wyznaczania określonych obowiązków, a dalej kształtowania prawnego położenia podmiotów, wobec których takie obowiązki mają być wykonywane. Oczywiście, tak pojmowana zdolność związana jest z cechą samej normy, wynikającą z zakresu normowania, a nie z opisem jej faktycznego oddziaływania na stosunki społeczne. W ramach skuteczności należałoby wyróżnić skuteczność bezpośrednią, która wyraża się przede wszystkim w zdatności normy do takiego określenia obowiązków, którym odpowiadają określone uprawnienia materialne, a dalej prawo do powoływania się na normę w związku z korzystaniem przez uprawionego z ochrony prawnej. Taką zdolność należałoby przypisać wyłącznie tym zasadom zamówień publicznych, w których zakodowane są obowiązki dostatecznie jasne, ścisłe i bezwarunkowe. W przypadkach

<sup>344</sup> M. Nyc-Zimny, *op. cit.*, s. 83.

<sup>345</sup> R. Szostak, *Umowy o zamówienia publiczne...*, s. 13.



takich, określone zasady mogą być np. powoływane przed organami jurysdykcyjnymi jako bezpośrednie źródło obowiązków określonych podmiotów, a dalej źródło praw jednostek. Nie można jednak wykluczyć sytuacji, w których wyznaczone przez określone zasady nakazy lub zakazy będą mieć postać obowiązków, z którymi nie są skorelowane materialne uprawnienia albo roszczenia określonych jednostek. Sytuacja taka związana będzie z okolicznościami, w których istnieje wprawdzie możliwość zastosowania przepisu przez kompetentny organ, jednak nie w celu ochrony jakiegoś uprawnienia, a jedynie dla oceny działania innego podmiotu, w tym kontroli aktów stanowienia czy stosowania prawa. Skuteczność zasad może mieć wreszcie wymiar pośredni, czyli wyraża się w obowiązku odpowiedniej interpretacji i stosowania prawa.

W obrębie problematyki bezpośredniej i pośredniej skuteczności należałoby również wyróżnić zagadnienie „samoistnego zastosowania” albo „samoistnego naruszenia” zasad wyznaczających obowiązki równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne. Jest ono w istocie refleksem zagadnienia bezpośredniej skuteczności norm. O samoistnym zastosowaniu lub naruszeniu zasad orzeka się bowiem wówczas, gdy dana zasada jest źródłem obowiązków, dla określania których nie jest konieczna wykładnia innych norm. Z kolei niesamoistność zastosowania lub naruszenia zasady wyraża się w tym, że dla wykonania określonego obowiązku lub stwierdzenia jego niewykonania albo nienależytego wykonania niewystarczające jest ustalenie zakresu normowania danej zasady, ale konieczne jest uwzględnienie treści innych norm. Zagadnieniu temu odpowiada kwestia możliwości powoływania się przez uprawnionego w celu ochrony przysługujących mu praw na samą zasadę (samoistność zasady) czy też zasadę oraz inne normy kształtujące jego położenie prawne (niesamoistność zasady).

Centralnym zagadnieniem skuteczności zasad wyznaczających obowiązki równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne jest zatem postać obowiązków, które z nich mogą wynikać. Pośrednią skuteczność zasad udzielania zamówień publicznych należałoby wiązać z obowiązkiem odpowiedniej wykładni i stosowania regulacji prawa zamówień publicznych. Natomiast zdolność do bezpośredniej skuteczności należałoby bowiem przypisać wyłącznie tym zasadom, w których zakodowane są obowiązki dostatecznie jasne, ścisłe i bezwarunkowe. Ich konkretność będzie też warunkiem korzystania ze środków ochrony prawnej przez ubiegających się o zamówienia publiczne. Nie ulega wprawdzie wątpliwości, że naruszenie zasad wyznaczających obowiązki równego traktowania ubiegających się o zamówienia może być treścią zarzutu zawartego w odwołaniu wykonawcy na czynność lub zaniechanie czynności przez zamawiającego, a także zaniechanie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia lub zorganizowania konkursu na podstawie ustawy Pzp 2019. Jednakże legitymacja do wniesienia środka ochrony prawnej przewidzianego w Pzp 2019 przysługiwać będzie tylko takiemu wykonawcy, który ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz wykaze, że poniósł lub mógł ponieść szkodę,

która pozostaje w adekwatnym związku przyczynowym z naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy<sup>346</sup>. Z kolei – jak odnotowuje się trafnie na gruncie orzecznictwa – wskazanie naruszeń powinno być w takich przypadkach konkretne i jednoznaczne oraz oparte na podstawach prawnych<sup>347</sup>. O ile takie obowiązki można wywieść z określonej zasady, o tyle orzekać można o jej bezpośredniej skuteczności.

Podobnie przedstawia się zdolność zasad do wyznaczania obowiązków służących ocenie czynności wykonywanych w związku z udzieleniem zamówień pozaustawowych. Problematyka bezpośredniej skuteczności jest wspólna wszystkim zasadom wyznaczającym obowiązki równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne. Podkreślenia wymaga jednak to, że treść obowiązków wyznaczanych zakresem normowania określonej zasady ustalana jest każdorazowo w wyniku interpretacji określonego przepisu lub też konceptualizacji zasady niewyartykułowanej w regulacjach prawnych. Nie można bowiem wykluczyć, że określona zasada wyznacza wiele obowiązków, w tym obowiązki konkretne, jednoznaczne i bezwarunkowe, które wynikają instrumentalnie z innych obowiązków przez te zasady wyznaczone. Zagadnienie to będzie jednak przedmiotem rozważań w kolejnym rozdziale.

## 7. Wnioski

Analizy zawarte w niniejszym rozdziale pozwalają na sformułowanie wniosku, zgodnie z którym obowiązki równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne w wymiarze ustawowym kształtowane są przez zestaw zasad, które należą do systemu prawa zamówień, ale także wywodzone są z prawa finansów publicznych.

Wśród nich na pierwszym planie wyróżnić należy zasadę równego traktowania wykonawców, która została wyrażona w regulacjach prawnych. Ujawnienie się znaczenia tej zasady należy wiązać przede wszystkim z transformacją ustrojowo-gospodarczą, do jakiej doszło po 1989 r., a przede wszystkim przystąpieniem Polski do Unii Europejskiej. Z przeprowadzonych rozważań wynika, że zasada ta ma zastosowanie do zamówień ustawowych, w zakresie stosunkowo ściśle określonych czynności, tj. przygotowania i prowadzenia postępowania o zamówienia publiczne. Stwierdzono, że zasada równego traktowania wykonawców, jako zasada udzielenia zamówienia, nie znajduje zastosowania do czynności instytucji zamawiających podejmowanych już w trakcie realizacji umowy, ani do całokształtu działań związanych z udzieleniem zamówień pozaustawowych. Zasadę równego traktowania wykonawców nie można również traktować jako źródła obowiązków prawodawczych. Odwołując się do typologii zaproponowanej przez Przemysława Szustakiewicza, można uznać, że zasada ta ma charakter wewnętrzny, ponieważ odnosi się wyłącznie do podmiotów

<sup>346</sup> Art. 505 ust. 1 Pzp 2019.

<sup>347</sup> KIO 1081/14; KIO 1569/13; KIO 2130/14; KIO 624/16.

uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Odnotowano również, że zasada równego traktowania wykonawców, choć wiązana jest nierzadko w ramach krajowych regulacji prawnych z obowiązkiem zapewnienia uczciwej konkurencji, jest odrębną konstrukcją normatywną.

W ramach badań nad ustawowym wymiarem obowiązku równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne stwierdzono, że zasadne jest uznanie istnienia jeszcze innej zasady, tj. zasady równego dostępu do zamówień publicznych. Zasadę tą należy traktować jako mającą swoją podstawę w całokształcie ustawowych regulacji systemu zamówień publicznych oraz dysponującą doktrynalnym i orzecznym poparciem. Zasada równego dostępu do zamówień publicznych odnosi się do fundamentalnych wartości, na których wspierają się zamówienia publiczne, takie jak wolność prowadzenia działalności gospodarczej, w tym wolność konkurencji oraz subsydiarność. Znajduje jednocześnie swój wyraz w zjawisku prywatyzacji realizacji zadań publicznych. Stwierdzono, że znaczenie zasady równego dostępu do zamówień publicznych rozciąga się ponadto nie tylko na czynności związane z prowadzeniem postępowań o zamówienia publiczne, ale obejmuje otwarty zakres działalności, w ramach której określane są warunki dostępu do zamówień publicznych. Zasada ta odnosi się tym samym nie tylko do stosowania norm prawnych, ale ich stanowienia – co nadaje jej wymiar zewnętrzny, czyli odnoszący się nie tylko do instytucji zamawiających i wykonawców. Zasada równego dostępu do zamówień publicznych, wywiedziona z całokształtu regulacji ustawowych, wyraża więc właściwość systemu prawa zamówień publicznych, wyznaczając tym samym obowiązki związane ze stanowieniem, jak i przestrzeganiem norm prawnych.

Zagadnienie dostępu do zamówień publicznych wzmacnia dodatkowo obowiązywanie zasady równego dostępu do realizacji zadań finansowanych ze środków publicznych. Zasada ta znalazła swój wyraz w ustawie o finansach publicznych, jako jedna z reguł gospodarowania środkami publicznymi. Obecność zasady kształtującej równy dostęp do realizacji zadań finansowanych ze środków publicznych w regulacjach, a także odniesienia do niej w praktyce prawnej i w nauce pozwalają uznać ją za ugruntowaną konstrukcję prawną, odnoszącą się również do obszaru zamówień publicznych. W porównaniu z zasadą równego traktowania wykonawców oraz zasadą równego dostępu do zamówień publicznych, zasada równego dostępu do realizacji zadań finansowanych ze środków publicznych posiada dodatkowe uzasadnienie w polskim systemie prawnym, związane z potrzebą zapewniania prawidłowego gospodarowania środkami publicznymi. Stwierdzono, że zasada ta obejmuje działalność wszystkich podmiotów, które dysponując środkami publicznymi, wydatkują je na rzecz innych podmiotów, którym powierza się realizację określonych zadań. Zobowiązanymi do stosowania zasady równego dostępu do realizacji zadań finansowanych ze środków publicznych są więc nie tylko jednostki sektora finansów publicznych, ale również jakiegokolwiek inne podmioty dysponujące środkami publicznymi w celu

finansowania określonych zadań. Konstatacja ta ma istotne znaczenie w obszarze zamówień udzielanych przez podmioty spoza sektora finansów publicznych, a w tym przez zamawiających subsydiowanych czy państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej oraz tzw. podmioty prawa publicznego, o ile udzielane przez nie zamówienia są finansowane ze środków publicznych. Zakres zastosowania zasady równego dostępu do realizacji zadań odnosi się do sfery stosowania i przestrzegania prawa oraz obejmuje działania związane z określaniem warunków ubiegania się o realizację zadań. Przyjęto również, że zasada równego dostępu do realizacji zadań finansowanych ze środków publicznych obejmuje swym zakresem także zamówienia pozaustawowe.

W ramach rozważań ustalono również, że wskazane zasady wyznaczające obowiązki równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne mogą być skuteczne pośrednio, wyznaczając powinności odpowiedniej wykładni i stosowania innych norm prawnych. Nie wykluczono jednak możliwości bezpośredniej skuteczności zasad równego traktowania. Jej przejawem jest możliwość powoływania się na określoną zasadę – w powiązaniu z innymi normami, albo nawet wyłącznie (samoistnie) – jako źródło określonych uprawnień. Wskazano przy tym, że warunkiem tak rozumianej bezpośredniej skuteczności zasad jest ustalenie, że wyznacza konkretny obowiązek odnoszący się do okoliczności, w którym zasada ma znaleźć swoje zastosowanie.



## Rozdział IV

# Obowiązki równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne związane ze stanowieniem prawa zamówień publicznych

### 1. Wprowadzenie

W ramach niniejszego rozdziału analizie poddane zostaną obowiązki równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne wykonywane w ramach stanowienia prawa zamówień publicznych w Polsce. Zgodnie z tradycją prawa kontynentalnego stanowienie prawa rozumiane będzie jako działalność podmiotów władzy publicznej wyposażonych w kompetencje prawotwórcze, stanowiących jednostronnie normy prawne o charakterze generalnym i abstrakcyjnym, zawierane w akcie normatywnym<sup>1</sup>. Poza polem zainteresowania pozostanie zagadnienie stanowienia prawa obcego czy międzynarodowego, a także inne postacie zjawisk czy działalności prawotwórczej, jak kształtowanie się prawa zwyczajowego, działalność prawotwórcza judykatury czy tworzenie prawa w drodze umów lub porozumień<sup>2</sup>.

Opis obowiązków równego traktowania, których spełnienie następuje w procesie stanowienia w Polsce, wymaga z oczywistych powodów przyjęcia takiej perspektywy badawczej, w której przedmiotem analizy jest oczekiwany akt prawotwórczy, i dalej samo prawo jako jego wytwór. Oceny i postulaty formułowane w tym zakresie dokonywane są z punktu widzenia przyjmowanego stanowiska – w tym przypadku założenia, że stanowienie prawa dotyczącego zamówień publicznych powinno dokonywać się z zachowaniem obowiązku równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne. Przyjęcie takiego stanowiska uzasadniają wnioski wynikające

---

<sup>1</sup> A. Korybski, L. Leszczyński, *Stanowienie i stosowanie prawa. Elementy teorii*, Warszawa 2021, s. 78; S. Tkacz, *O tym, czy istnieje potrzeba reinterpretacji terminu „stanowienie prawa”*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2015, t. 102: *Postanalityczna filozofia prawa*, s. 235.

<sup>2</sup> A. Korybski, L. Leszczyński, *op. cit.*, s. 79; Z. Ziemiński, *O stanowieniu i obowiązywaniu prawa. Zagadnienia podstawowe*, „Przegląd Sejmowy” 1995, t. 3, nr 3(11), s. 63; M. Kordela, *Teoria prawa Zygmunta Ziemińskiego*, „Filozofia Publiczna i Edukacja Demokratyczna” 2015, nr 4(1), s. 233.



z analizy konstytucyjnego, europejskiego oraz ustawowego wymiaru obowiązków równego traktowania.

Sam akt stanowienia prawa, ze względu na generalną postać norm, które wyznacza, nie odnosi się do konkretnego podmiotu ubiegającego się o zamówienie publiczne. Kształtuje jednak sytuację prawną każdego ubiegającego się o zamówienie publiczne, o ile ziszczają się określone w prawie okoliczności aktualizujące obowiązki równego traktowania. Prawodawca traktuje więc tak lub inaczej ubiegających się o zamówienia publiczne, kreując w określony sposób obowiązki tych, którzy im zamówień udzielają. Odpowiednie stanowienie norm prawnych to w istocie wyznaczanie ich adresatom stosownych powinności – nie wykluczając również tych, które są powiązane z możliwością realizacji odpowiednich zachowań dozwolonych. Oznacza to, że punktem wyjścia dla rozważań o spoczywających na polskim prawodawcy obowiązkach równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne jest uznanie wynikającego z Konstytucji i prawa europejskiego ogólnego nakazu stanowienia norm, które nakładają na ich adresatów (tj. instytucje zamawiające) obowiązki równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne.

Celem rozważań zawartych w niniejszym rozdziale jest więc odpowiedź na pytanie: jakie obowiązki w zakresie równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne spoczywają na prawodawcy krajowym stanowiącym normy dotyczące zamówień publicznych? I kiedy można mówić o ich niespełnieniu? Tak zakreślone zamierzenie każe w pierwszym rzędzie odnieść się do samego obowiązku stanowienia prawa dotyczącego zamówień publicznych, jako warunku wypełnienia obowiązku równego traktowania ubiegających się o zamówienia, a dalej odpowiedniego stanowienia takiego prawa. Innymi słowy, wymaga rozstrzygnięcia, czy niestanowienie norm prawa zamówień publicznych może być przejawem niewypełnienia obowiązków równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne, a w dalszej kolejności, jakie ustanawianie norm regulujących dziedzinę zamówień publicznych może uzasadniać ocenę, że prawodawca wypełnił albo nie wypełnił obowiązków równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne.

## 2. Stanowienie prawa zamówień publicznych

Problematykę prawodawczych obowiązków równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne należałoby więc rozpocząć od kwestii samego stanowienia prawa zamówień publicznych. Wprawdzie, ze względu na obowiązywanie w polskim porządku prawnym kompleksowej regulacji pn. *Prawo zamówień publicznych*, zagadnienie niestanowienia prawa zamówień publicznych ma wymiar hipotetyczny. Jednak z teoretycznego punktu widzenia jest to problem niezwykle ważny, ponieważ służy odpowiedzi na pytanie, czy stanowienie takiego prawa jest podstawową postacią spoczywającego na prawodawcy obowiązku równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne.

Problem niestanowienia pożądaných norm dotyczących dziedziny zamówień publicznych koresponduje z szerszym zjawiskiem rozpoznany w prawoznawstwie, określanym jako „zaniechanie prawodawcze”, „bezczytność regulacyjna” czy „bezwprawie regulacyjne”. W opinii Trybunału Konstytucyjnego zaniechanie takie „polega na tym, że ustawodawca świadomie pozostawia określoną kwestię w całości poza uregulowaniem prawnym”<sup>3</sup>. W najściślejszym znaczeniu dotyczy sytuacji, w której akt wyższego rzędu zobowiązuje do wydania aktu niższego rzędu, a zobowiązany prawodawca takiego obowiązku nie spełnia. W nieco szerszym ujęciu zaniechanie prawodawcze występuje wówczas, gdy na prawodawcy spoczywa obowiązek uregulowania jakiejś dziedziny spraw, a prawodawca obowiązku tego całkowicie nie spełnia<sup>4</sup> lub nie stanowi norm, bez których dana dziedzina pozostaje nieuregulowana w sposób konieczny<sup>5</sup>. Zaniechanie może więc polegać na niewydaniu określonego aktu prawnego albo nieustanawianiu odpowiednich norm. W tym ujęciu, elementem różnicujących postaci bezczynności regulacyjnej jest brak oczekiwanego wyrazu decyzji prawotwórczej: aktu prawnego albo norm prawnych.

Należy zatem zapytać: czy na polskim prawodawcy spoczywa obowiązek stanowienia prawa zamówień publicznych? I czy w związku z tym można przyjąć, że zaniechanie prawodawcze w tym zakresie będzie przykładem naruszenia obowiązku równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne?

W pierwszym rzędzie należy odnotować, że Konstytucja RP nie zobowiązuje *expressis verbis* ustawodawcy do wydania ustawy regulującej obszar zamówień publicznych. Niezależnie więc od tego, że w Polsce obowiązuje aktualnie ustawa Prawo zamówień publicznych, ewentualny brak regulacji w tym zakresie nie uzasadniałby pretensji o zaniechanie legislacyjne pojmowane jako niewywiązanie się prawodawcy zwykłego z konstytucyjnego obowiązku wydania konkretnego aktu prawnego.

Należy także wskazać, że wymóg wydania ustawy dotyczącej zamówień publicznych nie wynika ze zobowiązań związanych z przyjęciem unijnych dyrektyw zamówieniowych. Istota pochodnego aktu unijnego, jakim jest dyrektywa, sprowadza się wprawdzie do zobowiązania prawodawców państw członkowskich do transpozycji określonych regulacji prawnych służących realizacji celu dyrektywy, ale nie odnosi się wprost do obowiązku wydania określonego aktu prawnego oraz nie przesądza o jego usytuowaniu w porządku prawnym danego państwa. Na przykład, dyrektywa klasyczna stanowi wyłącznie, że państwa członkowskie mają obowiązek wprowadzić

<sup>3</sup> Orzeczenie TK z dnia 24 października 2001 r., SK 22/01, OTK ZU Nr 7/2000, poz. 216.

<sup>4</sup> J. Podkowiak, *Charakter i skutki prawne wyroków stwierdzających niekonstytucyjność pominięcia prawodawczego*, „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego” 2017, nr 2(71), s. 22; zob. orzeczenie TK z dnia 6 listopada 2012 r., K 21/11, OTK ZU Nr 10/A/2012, poz. 119.

<sup>5</sup> P. Tuleja, *Zaniechanie ustawodawcze*, [w:] *Ustroje, doktryny, instytucje polityczne. Księga jubileuszowa Profesora zw. dra hab. Mariana Grzybowskiego*, red. J. Czajowski, Kraków 2007; M. Tarasek, *Trybunał Konstytucyjny a kontrola zaniechań legislacyjnych*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2014, nr 1(17), s. 260; P. Radziejewicz, *Kontrola konstytucyjności zaniechań ustawodawczych przez Trybunał Konstytucyjny*, „Państwo i Prawo” 2013, nr 3, s. 3 i nast.

w życie przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne niezbędne do wykonania dyrektywy (ang. *the laws, regulations and administrative provisions necessary to comply with this Directive*)<sup>6</sup>.

Na problem zaniechania stanowienia prawa zamówień publicznych można też spojrzeć szerzej, czyli nie tyle jako na niewydanie określonego aktu prawnego, ile nieuregulowanie dziedziny zamówień publicznych. W tym zakresie źródeł obowiązku uregulowania zamówień publicznych aktami rangi ustawowej można by doszukiwać się w zasadzie praworządności określonej w art. 7 Konstytucji, która stanowi, że „organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa”. Zatem zgodnie z nią, wszelka działalność organów władzy publicznej wymaga legitymacji prawnej do działania<sup>7</sup>. Oznaczałoby to, że również udzielanie zamówień publicznych, a w rezultacie zapewnienie równego traktowania ubiegających się o nie, wymagałoby ustanowienia norm prawnych. Należy jednak podkreślić, że samo udzielenie zamówień publicznych należy do obszaru, w którym instytucje zamawiające – nawet będące organami władzy publicznej – realizują swoje uprawnienia w sferze właścicielskiej za pomocą instrumentarium niewładczego.

Na tym tle ujawnia się więc kwestia, czy udzielanie zamówień publicznych można uznać za przejaw działalności organów władzy publicznej jako takiej, a tym samym, czy udzielenie zamówień publicznych wymaga – zgodnie z konstytucyjną zasadą praworządności – podstawy prawnej. Pytanie to jest elementem szerszego zagadnienia, które można opisać jako problem związania administracji publicznej w sferze gospodarczej prawem, w tym w zakresie swobody wyboru niewładczych (prywatnoprawnych) form działania. W doktrynie publicznego prawa gospodarczego kwestia ta wydaje się ciągle nieprzesądzona<sup>8</sup>. Część badaczy opowiada się za uznaniem istnienia swobody organów administracji publicznej w wyborze niewładczych, prawnych form działania do realizacji zadań publicznych – z zastrzeżeniem braku ustawowego zakazu korzystania z form niewładczych w określonych sytuacjach<sup>9</sup> oraz pod warunkiem istnienia podstawy materialnoprawnej określającej zakres działania administracji<sup>10</sup>. Jak stwierdza Hanna Knysiak-Molczyk: „stosowanie form prawa cywilnego przez organy administracji publicznej może mieć miejsce nie tylko wtedy,

<sup>6</sup> Zob. np. dyrektywa klasyczna, art. 90.

<sup>7</sup> B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 78.

<sup>8</sup> P. Sancewicz, *Swoboda wyboru prywatnoprawnej formy działania administracji gospodarczej w polskiej i niemieckiej doktrynie prawa publicznego*, „Studia Prawa Publicznego” 2019, nr 3, s. 110.

<sup>9</sup> H. Knysiak-Molczyk, *Inne formy działania administracji publicznej*, [w:] J. Zimmermann, *Koncepcja systemu prawa administracyjnego*, Warszawa 2007, s. 494; M. Szydło, *Ustawa o gospodarce komunalnej*, Warszawa 2008, s. 187 i nast.; *idem*, *Umowne powierzenie wykonywania zadań z zakresu gospodarki komunalnej przez jednostki samorządu terytorialnego*, „Finanse Komunalne” 2007, nr 4, s. 5 i nast.; J. Parchomiuk, *Wolność wyboru i nadużycie formy realizacji zadań publicznych*, [w:] *Sposoby realizacji zadań publicznych*, red. B. Dolnicki, Warszawa 2017, s. 541 i nast.

<sup>10</sup> M. Bitner, M. Kulesza, *Zasada legalizmu a zdolność kontraktowa jednostek samorządu terytorialnego*, „Samorząd Terytorialny” 2009, nr 6, s. 16-17.

gdy istnieje do tego wyraźne umocowanie ustawowe, ale również w tych przypadkach, gdy przepisy prawa nie zabraniają korzystania z tej formy działania administracji<sup>11</sup>. Według odmiennych poglądów, każde działanie administracji publicznej – w tym w sferze niewładczej – wymaga istnienia podstawy prawnej pozwalającej na zastosowanie określonej formy prawnej – w tym cywilnoprawnej<sup>12</sup>. W ocenie Elżbiety Ury „możliwość zawarcia umowy cywilnoprawnej przez organ administracji musi zawsze wynikać z istnienia ku temu podstawy prawnej pozwalającej na działania w tej formie”<sup>13</sup>. Niejednoznacznie przedstawia się jednak samo rozumienie koniecznej podstawy prawnej. Na przykład, w opinii Adama Chełmońskiego możliwość stosowania umowy jako formy działania administracji publicznej wywieść można z zasady ogólnej prawa publicznego, zgodnie z którą administracja publiczna realizuje dobro publiczne w formach niewładczych, a wykorzystanie władztwa publicznego jest wyjątkiem od tego domniemania<sup>14</sup>. Wskazać również można stanowiska pośrednie, według których ustawowego umocowania wymaga zawieranie przez administrację umów, ale tylko w przypadku przekazywania na ich podstawie władztwa administracyjnego, czy inaczej – wyposażania w kompetencje administracyjne<sup>15</sup>.

Stwierdzić jednak trzeba, że nawet przyjęcie jako przekonujących poglądów przewidujących najdalej idącą determinację prawną niewładczych form działania administracji publicznej każe jedynie uznać konieczność istnienia podstawy prawnej do udzielenia zamówień publicznych. Nie przesądza bynajmniej, że w tym samym zostaną ukształtowane obowiązki instytucji zamawiających służące równemu traktowaniu ubiegających się o zamówienia. Ponadto istnienie podstawy prawnej do udzielenia zamówień publicznych nie warunkuje w sposób konieczny istnienia obowiązków zamawiających do równego traktowania, ponieważ – jak wskazano w poprzednich rozdziałach – powinności takie wywodzić można bezpośrednio z Konstytucji czy prawa europejskiego.

Oczywiście, brak określonego wprost obowiązku wydania aktu prawnego dotyczącego zamówienia publicznego albo uregulowania dziedziny zamówień publicznych

<sup>11</sup> H. Knysiak-Molczyk, *Umowa cywilnoprawna jako forma działania organów administracji publicznej*, [w:] *Koncepcja systemu prawa administracyjnego. Zjazd Katedr Prawa i Postępowania Administracyjnego Zakopane 24–27 września 2006 r.*, red. J. Zimmermann, Warszawa 2007, s. 494.

<sup>12</sup> K. Strzyczkowski, *Uwagi o zadaniach nauki o prawnych formach działania administracji gospodarczej*, [w:] *Instrumenty i formy prawne działania administracji gospodarczej*, red. B. Popowska, K. Kokocińska, Poznań 2009, s. 55; K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze publiczne*, Warszawa 2015, s. 205–206; S. Dudzik, *Działalność gospodarcza samorządu terytorialnego*, Kraków 1998, s. 184 i nast.

<sup>13</sup> E. Ura, *Prawo administracyjne*, Warszawa 2010, s. 132. Podobnie A. Błaś, *Prawne formy działania administracji publicznej*, [w:] *Prawo administracyjne*, red. J. Boć, Wrocław 2010, s. 351.

<sup>14</sup> A. Chełmoński, *Zasady publicznego prawa gospodarczego*, [w:] *Zasady prawa gospodarczego. Materiały Konferencyjne*, red. A. Śmieja, Wrocław 1999, s. 43.

<sup>15</sup> J. Ruszewski, *Umowa jako forma przekazywania organizacjom pozarządowym przez organy administracji publicznej wykonywania zadań publicznych*, [w:] J. Boć, L. Dziewięcka-Bokun, *Umowy w administracji*, Wrocław 2008, s. 287; L.S. Biernat, *Prywatyzacja zadań publicznych. Problematyka prawna*, Warszawa–Kraków 1994, s. 123.

nie musi jednak oznaczać braku rzeczywistych powodów działalności legislacyjnej w tym zakresie. O ich realnym istnieniu świadczy swoista ciągłość regulacji systemu zamówień publicznych w Polsce. O potrzebie uregulowania dziedziny zamówień publicznych przesądzać może wiele kwestii, a wśród nich także potrzeba zapewnienia w odpowiednio większym stopniu uczciwej konkurencji, przejrzystości procedur czy wreszcie równego traktowania ubiegających się o zamówienia. Co więcej, uregulowanie dziedziny zamówień publicznych (albo ponowne, odmienne jej całościowe lub częściowe uregulowanie) może czynić położenie ubiegających się o zamówienia bardziej lub mniej korzystnym.

Powyższe wskazuje jednakże, że samego niestanowienia prawa zamówień publicznych nie można kwalifikować jako niewypełnienie obowiązku zapewnienia równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne. Innymi słowy, jeśli ustawodawca nie ustanowiłby norm regulujących udzielenie zamówień publicznych, nie można by tym samym stwierdzić, że zaniechał przez samo nieustanowienie takich norm wykonania ciężącego na nim obowiązku równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne. Prawodawcze obowiązki równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne należy zatem ujmować jako obowiązki spoczywające na prawodawcy „w działaniu”; obowiązki, których wypełnienie staje się konieczne, o ile prawodawca stanowi normy dotyczące udzielenia zamówień publicznych. Wypełnianie spoczywających na prawodawcy obowiązków równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne odbywa się więc w związku ze stanowieniem prawa zamówień publicznych, o ile takie prawo jest stanowione. Oznacza to, że wymóg urzeczywistnienia równego traktowania ubiegających się o zamówienia przez prawodawcę aktualizuje się dopiero wówczas, gdy podejmuje działanie legislacyjne i realizuje się poprzez stanowienie norm o określonej oczekiwanej treści (tj. w określonym, oczekiwanym zakresie zastosowania i normowania).

### **3. Obowiązki stanowienia prawa zamówień publicznych w celu urzeczywistnienia równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne**

#### **3.1. Obowiązek stanowienia norm określających uzasadnione kryteria różnicowania**

##### **3.1.1. Różnicowanie ubiegających się o zamówienie publiczne**

Obowiązki równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne związane ze stanowieniem prawa zamówień publicznych dotyczą kreowania norm generalnych i abstrakcyjnych określających sposób postępowania przy udzielaniu zamówień. Stanowione przez prawodawcę normy nie obejmują zatem wszystkich obowiązków, jakie mogą spoczywać na instytucjach zamawiających, ale wyłącznie

te, których istnienie oraz realizacja kształtuje położenie podmiotów, w związku z ubieganiem się przez nie o zamówienia publiczne. Nie mają np. związku z równym traktowaniem ubiegających się o zamówienia obowiązki zamawiających związane chociażby ze sprawozdawczością z udzielonych zamówień czy prowadzeniem rejestru udzielonych zamówień.

Obowiązki i uprawnienia związane z udzieleniem zamówień publicznych obejmować mogą różne rodzaje czynności, które muszą lub mogą spełniać instytucje zamawiające. Ich wspólną cechą jest jednak to, że ich wypełnienie dokonuje się w związku z udzieleniem zamówienia publicznego. I tak np. zamawiający ustala warunki udzielenia zamówienia, czy też dokonuje czynności związanych z badaniem i oceną ofert w tym celu, aby poprzez prawidłowe ich wykonanie udzielić zamówienia publicznego temu wykonawcy, któremu zamówienie powinno być udzielone. Oznacza to, że wykonanie każdego obowiązku związanego z udzieleniem zamówienia służy ostatecznie rozstrzygnięciu, komu zamówienie będzie udzielone; a prawidłowość wykonywania takich obowiązków służy temu, by zamówienie było udzielone temu, komu powinno być udzielone.

Równość traktowania ubiegających się o zamówienie publiczne jest wyznacznikiem treści stanowionych norm określających obowiązki związane z udzieleniem zamówień publicznych. Obowiązek prawodawcy związany jest bowiem z takim określeniem sposobu podjęcia jakiegoś zachowania przez instytucję zamawiającą, by w rezultacie jego wykonania ubiegający się o określone zamówienia byli równo potraktowani. To w wyniku takiego, a nie innego wykonania jakiegoś obowiązku lub uprawnienia przez zamawiającego może zaistnieć sytuacja, w której określone, porównywane podmioty zostaną potraktowane równo albo nierówno. Wypełnianie przez prawodawcę obowiązków związanych z zapewnieniem równego traktowania ubiegających się o zamówienie publiczne dokonuje się więc zawsze w związku z kształtowaniem przez niego innych obowiązków i uprawnień instytucji zamawiających.

Równe traktowanie ubiegających się o zamówienia publiczne poprzez stanowienia prawa można by więc opisać wstępnie jako wyznaczanie takiej samej miary czy standardów<sup>16</sup>. Jednak byłoby to wyłącznie częściowe ujęcie obowiązku równego traktowania, koncentrujące się na fragmencie tego zagadnienia, tj. identyczności wymagań stosowanych w ramach traktowania<sup>17</sup>. Trudno jednakże przyjąć, by obowiązek zapewnienia równości ubiegających się o zamówienia publiczne wyczerpywał się w tym podstawowym wymiarze, tj. obowiązku traktowania wszystkich tak samo<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> A. Śledzińska-Simon, *Zasada równości i niedyskryminacji w prawie Unii Europejskiej*, „Studia BAS” 2011, nr 2(26), s. 42.

<sup>17</sup> J. Podkowiak, *Konstytucyjna zasada równości i zakaz dyskryminacji w prawie cywilnym*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2016, t. 25, nr 2, s. 246.

<sup>18</sup> R. Alexy, *Teoria praw podstawowych*, przeł. B. Kwiatkowska, J. Zajadło, Warszawa 2010, s. 299.



Takie ujęcie równości korespondowałoby wprawdzie – jak ujmuje to Anna Śledzińska-Simon – z „arytmetycznym modelem równości”, według którego „każdy jest traktowany tak samo bez względu na jego pozycję wyjściową, szanse i możliwości”<sup>19</sup>. Tymczasem, traktowanie ubiegających się o zamówienia publiczne dokonuje się ostatecznie w procesie służącym wyłonieniu takiego podmiotu, który będzie realizował określone zamówienie.

Udzielanie każdego zamówienia publicznego poprzedzają kolejne czynności instytucji zamawiającej służące różnicowaniu grupy ubiegających się o zamówienia, skutkujące ostatecznie wyborem wykonawcy i udzieleniem mu zamówienia. Oczywiście jest, że skoro uzyskanie konkretnego zamówienia nie jest możliwe dla każdego ubiegającego się o nie, to uzyska je ten, który zostanie wybrany. Z potrzeby udzielenia zamówienia, które jest niepodzielne, wynika zatem konieczność dyferencjacji położenia prawnego podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne, zwińczona sytuacją, w której najbardziej korzystnie ukształtowana będzie sytuacja tylko jednego podmiotu, któremu zamówienie będzie udzielone. Sytuacja taka występować będzie także wówczas, gdy zamawiający podzieli przedmiot konkretnego zamówienia na części, z której każda będzie przedmiotem odrębnego postępowania, albo podzieli przedmiot zamówienia w ramach jednego postępowania w celu stworzenia możliwości obiegania się o udzielenie odrębnie zamówienia na każdą część. W każdym z tych przypadków wykonawcą poszczególnych części zamówienia będzie bowiem tylko jeden podmiot (bądź konsorcjum podmiotów).

Na etapie realizowania norm, różnicowanie ubiegających się dokonuje się poprzez czynności instytucji zamawiających, w wyniku których kształtowana jest sytuacja prawna konkretnych podmiotów ubiegających się o konkretne zamówienie. Jednak już na etapie stanowienia prawa, dyferencjacja ubiegających się odbywa się poprzez stanowienie norm określających sposób postępowania instytucji zamawiających przy udzieleniu zamówień. Jak wspomniano wyżej, kształtowanie sytuacji prawnej ubiegających się o zamówienie publiczne pojmowanych jako abstrakcyjna grupa podmiotów dokonuje się na płaszczyźnie stanowienia prawa poprzez wyznaczanie zamawiającym określonych obowiązków i uprawnień, których późniejsze wykonywanie wpływa na położenie prawne ubiegających się o zamówienia publiczne.

### 3.1.2. Zasadność różnicowania

W świetle powyższego należałoby przyjąć, że obowiązek zapewnienia równego traktowania odnoszący się do stanowienia prawa musi być ujęty co najmniej jako nakaz nadawania unormowaniom prawnym takiej treści, aby kształtowały w jednaki sposób sytuację prawną tych wszystkich podmiotów, które tak ukształtowaną sytuację mieć powinny, a odmiennie tych, które nie powinny mieć tak ukształtowanej

<sup>19</sup> A. Śledzińska-Simon, *op. cit.*, s. 42.

sytuacji prawnej – ze względu na zamiar udzielenia zamówienia<sup>20</sup>. Odwołując się do klasycznej formuły, można rzec, że obowiązek ów wyraża się w konieczności takiego samego traktowania tych, co są równi (jednakowi) czy też powinni być postrzegani jako równi<sup>21</sup>.

Podstawowy wymiar obowiązku równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne ujawnia się więc w zakazie arbitralności w stanowieniu norm określających kryteria dyferencjacji stosowane w procesie ubiegania się o zamówienia publiczne. Prawodawca nie może w tym zakresie określać kręgu podmiotów, których sytuację kształtuje w sposób nieskrępowany<sup>22</sup>. Wprawdzie prawodawca dysponuje swobodą w tworzeniu prawa, ale obowiązek zapewnienia równości podmiotów w najbardziej podstawowym wymiarze to właśnie ograniczenie dowolności w procesie stanowienia prawa w określaniu kręgu podmiotów, których sytuacja prawna jest kształtowana<sup>23</sup>. Należy więc stwierdzić, że stanowienie prawa w obszarze zamówień publicznych jest wypełnieniem obowiązku równego traktowania, jeśli przyjęte przez prawodawcę kryteria dyferencjacji podmiotów, których sytuacja prawna jest kształtowana, są zasadne, tj. opierające się na usprawiedliwionych ocenach. O istnieniu równości wobec prawa można bowiem orzekać wówczas, gdy wybór tego, a nie innego kryterium różnicowania podmiotów jest uzasadniony<sup>24</sup>.

Uznać należy, że stanowienie prawa zamówień publicznych zgodnego z obowiązkiem równego traktowania ubiegających się o zamówienia polega w istocie na różnicowaniu ubiegających się o zamówienia, ale różnicowaniu opartym na uzasadnionych (sprawiedliwych) powodach. Kwestia równości w prawie w zamówieniach publicznych oznacza w istocie akceptację sprawiedliwie różnego traktowania przy stanowieniu prawa – zarówno wówczas, gdy nie wszyscy mają przyznane określone prawo, jak i wtedy, gdy ci sami pod względem jakiejś cechy mają sytuację ukształtowaną odmiennie ze względu na inną istotną cechę<sup>25</sup>. Innymi słowy: ocena stanowienia prawa przez pryzmat spoczywającego na prawodawcy obowiązku równego

<sup>20</sup> *Ibidem*.

<sup>21</sup> Arystoteles, *Polityka*, ks. III 5.8, przeł. L. Piotrowicz, Warszawa 2002, s. 127.

<sup>22</sup> M. Masternak-Kubiak, *Prawo do równego traktowania*, [w:] *Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP*, red. B. Banaszak, A. Preisner, Warszawa 2002, s. 121; A. Sołtysińska, *Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Kraków 2006, s. 107; T. Hartley, *The Foundations of European Union Law. An Introduction to the Constitutional and Administrative Law of European Union*, Oxford 2010, s. 167.

<sup>23</sup> J. Zajadło, *Idea równości we współczesnej filozofii prawa i filozofii polityki*, „Przegląd Sejmowy” 2011, nr 6, s. 15.

<sup>24</sup> A. Patalon, *Zasada równości wobec prawa w świetle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego w Polsce*, [w:] *Nierówności społeczne. W trosce o otwarcie horyzontów edukacji*, red. K. Błasińska et. al., Gdańsk 2015, s. 73; W. Sadurski, *Równość wobec prawa*, „Państwo i Prawo” 1978, nr 8-9, s. 59; J. Nowacki, *Sprawiedliwość a równość w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, [w:] *W kręgu zagadnień konstytucyjnych*, red. M. Kudej, Katowice 1999, s. 72-73.

<sup>25</sup> A. Patalon, *op. cit.*, s. 73; J. Zajadło, *op. cit.*, s. 15.

traktowania ubiegających się o zamówienia powinna obejmować poszukiwanie usprawiedliwionych przesłanek, dla których określone kryteria dyferencjacji podmiotów powinny mieć zastosowanie. Z kolei probierzem braku równości w prawie zamówień publicznych nie jest brak różnicowania, ale brak odpowiedniego uzasadnienia dla objęcia zakresem normowania takiej, a nie innej grupy podmiotów.

Jak wynika z powyższego, kluczowe dla stanowienia prawa zamówień publicznych zgodnie ze spoczywającym na prawodawcy obowiązkiem zapewnienia równego traktowania ubiegających się o zamówienia jest rozstrzygnięcie o tym, jakie podmioty powinny mieć tak samo ukształtowaną określoną sytuację prawną w wyniku nałożenia i wykonania wskazanych w normie prawnej obowiązków zamawiających. Dyrektywę równego traktowania w stanowieniu prawa sprowadzić więc można do dwóch postulatów:

- 1) unikania sytuacji, w których co najmniej dwa rodzaje podmiotów ubiegających się o zamówienia publiczne, znajdujących się w abstrakcyjnych okolicznościach faktycznych nieujawniających żadnego istotnego uzasadnienia dla odmiennego ukształtowania ich położenia prawnego, miałyby być potraktowane przez prawodawcę odmiennie,
- 2) unikania sytuacji, w których co najmniej dwa rodzaje podmiotów ubiegających się o zamówienia publiczne, znajdujących się w abstrakcyjnych okolicznościach faktycznych ujawniających istotne uzasadnienie dla odmiennego ukształtowania ich położenia prawnego, miałyby być potraktowane przez prawodawcę tak samo<sup>26</sup>.

Prawodawca w dziedzinie zamówień publicznych stoi więc w istocie przed dylematem, według jakiego kryterium rozsądzić, jakie abstrakcyjnie pojmowane podmioty spośród ubiegających się o zamówienia powinny mieć tak samo ukształtowaną sytuację prawną. Zadanie to można określić jako „wstępny etap testu równości”, którego celem jest ustalenie, jakie podmioty należą do tej samej klasy<sup>27</sup>. Jak wspomniano wyżej, odpowiedź na to nie może jednak być pozostawiona nieskrępowanemu uznaniu prawodawcy. W przeciwnym razie każda norma różnicująca ubiegających się o zamówienia publiczne zgodnie z jakimkolwiek kryterium musiałaby zostać uznana za odpowiadającą obowiązkowi równego traktowania. Tak byłoby w przypadku absurdalnej i niesprawiedliwej normy przewidującej np., że zamawiający mają obowiązek udzielenia zamówień tym podmiotom, spośród ubiegających się o zamówienie, które w największym stopniu zalegają z opłacaniem podatków.

O równym traktowaniu ubiegających się o zamówienia publiczne nie może zatem przesądzać wyłącznie wybór jakiegokolwiek kryterium różnicowania. Ważne jest uzasadnienie nierównego oraz równego traktowania, jakie następuje w pro-

<sup>26</sup> Por. M. Bell, *The Principle of Equal Treatment: Widening and Deepening*, [w:] *The Evolution of EU Law*, red. P. Craig, G. de Búrca, New York 2011, s. 626; wyrok Trybunału z dnia 19 czerwca 2008 r., w sprawie Pressetext Nachrichtenagentur, C-454/06, pkt 156.

<sup>27</sup> J. Podkowik, *Konstytucyjna zasada...*, s. 235.

cesie stanowienia kryteriów dyferencjacji, a później przy ich stosowaniu w procesie klasyfikacji ubiegających się o zamówienie publiczne w ramach konkretnego postępowania. Stanowienie prawa zamówień publicznych zapewniającego równe traktowanie ubiegających się o zamówienia publiczne to więc tak naprawdę jeden z wyrazów stanowienia prawa sprawiedliwego. Ocena stanowienia prawa zamówień publicznych nie może bowiem odnosić się wyłącznie do proceduralnej formuły, ale musi być uzupełniona odniesieniem do względów słuszności usytuowanych poza tą formułą. Analiza stanowienia prawa przez pryzmat spełnienia obowiązku równego traktowania wykonawców wymaga więc przyjęcia oceniającego punktu widzenia<sup>28</sup>, skupia się bowiem – jak zauważa Robert Alexy – na odpowiedzi na pytanie, co jest „słusznym, rozsądnym czy też sprawiedliwym ustanawianiem norm”<sup>29</sup>.

### 3.1.3. Związek różnicowania z charakterystyką ubiegających się o zamówienia publiczne

Jak stwierdzono wyżej, równe traktowanie dotyczyć ma tych wszystkich, którzy na nie zasługują. Rozważania o równości w zamówieniach prowadzą więc ku charakterystyce podmiotów, których równe traktowanie ma dotyczyć. Podmioty te są bowiem równe, jeśli mając określoną cechę lub zespół cech, zasługują na takie potraktowanie jak każdy inny podmiot taką cechę lub cechy posiadający. Jednocześnie, na takie samo traktowanie nie mogą liczyć ci, którzy tej szczególnej charakterystyki nie posiadają. Oznacza to, że z obowiązkiem równego traktowania podmiotów o jednakowych cechach immanentnie związany jest obowiązek odmiennego traktowania innych podmiotów, które tych cech nie mają<sup>30</sup>.

Obowiązek równego traktowania spełnia się więc tylko w stosunku do równych, a jego spełnienie jest możliwe, o ile dopuszcza się konieczność odmiennego potraktowania tych, którzy nie są równi<sup>31</sup>. W ustaleniu treści obowiązku zapewnienia równości i ocenie jego spełnienia kluczowe okazują się zatem przekonujące przesłanki doborów traktowanych. Jak trafnie stwierdza Stanisław Biernat na kanwie rozważań o sprawiedliwym rozdziale dóbr, istotne znaczenie ma „dobór cech, które będą porównywane”<sup>32</sup>. Dopiero, gdy racje takiego doboru są nieuzasadnione, mówić można o nierównym traktowaniu – czyli nieuzasadnionym uprzywilejowaniu, względnie dyskryminacji. Podobnie Trybunał Konstytucyjny, który na tle spraw odnoszących się do różnych stosunków społecznych orzeka, że „równość wobec prawa to zasadność wybrania takiego, a nie innego kryterium różnicowania podmiotów prawa”<sup>33</sup>.

<sup>28</sup> R. Alexy, *op. cit.*, s. 310.

<sup>29</sup> *Ibidem*, s. 302. Podobnie W. Sadurski, *Równość wobec...*, s. 59.

<sup>30</sup> L. Garlicki, M. Zubik, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 108.

<sup>31</sup> W. Sadurski, *Równość wobec...*, s. 57.

<sup>32</sup> S. Biernat, *Problemy prawne sprawiedliwego rozdziału dóbr przez państwo*, Kraków 1985, s. 57.

<sup>33</sup> Orzeczenie TK z dnia 28 listopada 1995 r., K 17/95.

Prawodawca, stanowiąc prawo, dokonuje rozstrzygnięcia, w stosunku do jakich podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne wykonywane będą nakładane na instytucje zamawiające określone obowiązki. Daje temu wyraz w treści ustanowionej normy prawnej, której zakres zastosowania odnosi się do określonych cech, właściwości, przymiotów, czynności i innych okoliczności charakteryzujących podmioty lub sytuacje, w których się znajdują, na rzecz których adresat normy jest zobowiązany dokonać wyznaczonej czynności. Te elementy treści normy prawnej można określić jako podstawy lub kryteria dyferencjacji ubiegających się o zamówienia publiczne. W praktyce przybierać mogą w treści przepisu postać takich zwrotów językowych, jak: „wykonawca, który...”, „w przypadku, gdy wykonawca...”, „wykonawcy posiadający...”. Znacznie częściej jednak ustalenie kręgu podmiotów należących do określonej klasy, wobec których nakazane jest lub zakazane określone działanie zamawiającego, dokonuje się w drodze dekodowania zakresu zastosowania normy z wielu przepisów.

Podstawowym warunkiem słuszności wyznaczanych przez prawodawcę kryteriów dyferencjacji jest zatem ich związek z charakterystyką (właściwościami, cechami, statusem etc.) ubiegających się o zamówienia publiczne. „Równe traktowanie” jest bowiem określeniem klasyfikującym traktowanych, czyli ubiegających się o zamówienia. Rozstrzygnięcia dotyczące równego traktowania prowadzą do wskazania tych, którzy są równi, oraz tych, którzy do grupy równych nie należą. O istnieniu równości przesądza natomiast szeroko rozumiana właściwość (cecha, położenie, status, osiągnięcie, zdolność, oświadczenie etc.), którą mają wszyscy ubiegający się o zamówienia zaklasyfikowani jako równi, a której nie mają pozostali ubiegający się o zamówienia<sup>34</sup>. Tak pojmowana równość służy opisowi podmiotów klasyfikowanych jako podobnych (ze względu na jakąś właściwość lub właściwości), ale już niekoniecznie identycznych<sup>35</sup>. W tym drugim przypadku ubiegający się o zamówienia publiczne musieliby posiadać wszystkie właściwości (cechy, położenie, osiągnięcie etc.) takie same. Spełnienie obowiązku równego traktowania ubiegających się o zamówienia w stanowieniu prawa musi więc wyrażać się co najmniej w stanowieniu norm w sposób zgodny z następującą formułą:

Norma postępowania stanowi, że wszyscy zamawiający Z znajdujący się w okolicznościach X, są obowiązani do czynności Y wobec wszystkich ubiegających się o udzielane przez nich zamówienia, a charakteryzujących się cechą E1...En.

Równość traktowania ubiegających się o zamówienie publiczne, jeśli stanowi przedmiot analizowanych obowiązków prawodawczych, domaga się więc spojrzenia

<sup>34</sup> W. Sadurski, *Równość wobec...*, s. 52.

<sup>35</sup> L. Garlicki, M. Zubik, *Komentarz do art. 32, [w:] Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. 2: *Art. 30-86*, red. L. Garlicki, M. Zubik, Warszawa 2016, s. 110-111; J. Podkowiak, *Konstytucyjna zasada...*, s. 232.

koncentrującego się na właściwościach ubiegających się o zamówienia publiczne stanowiących treść kryteriów dyferencjacji. Dotyczy to zarówno ujęcia postulatywnego (czyli służącego odpowiedzi na pytanie, kto powinien być zaklasyfikowany do określonej grupy, a tym samym potraktowany na równi z innymi zaklasyfikowanymi), jak i oceniającego (czyli służącego odpowiedzi na pytanie, kto został, a nie powinien, albo nie został, a powinien, być zaklasyfikowany do określonej grupy). W związku z tym refleksja o równości traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne przy stanowieniu prawa prowadzi niechybnie do analizy słuszności podstaw różnicowania, które zostały, ale także które powinny być zawarte w normach prawnych, regulujących proces udzielania zamówień publicznych.

### **3.1.4. Relewantność kryteriów różnicowania ubiegających się o zamówienia publiczne z punktu widzenia celów udzielania zamówień publicznych**

#### **3.1.4.1. Cele udzielania zamówień publicznych**

Wstępnym warunkiem przekonującego charakteru kryteriów różnicowania jest odwołanie się przez prawodawcę do takiej charakterystyki określonych podmiotów, która jest znacząca (istotna, relewantna) dla dokonywanej dyferencjacji. Przeświadczenie to jest stosunkowo powszechne, zarówno na niwie orzeczniczej, jak i w literaturze. Jak zauważa Trybunał Konstytucyjny, równe traktowanie w stanowieniu prawa „polega na tym, że wszystkie pomioty (adresaci norm prawnych), charakteryzujące się daną cechą istotną (relewantną) w równym stopniu, mają być traktowane równo. A więc według jednakowej miary, bez różnicowań zarówno dyskryminujących, jak i faworyzujących”<sup>36</sup>. Z kolei Chaïm Perelman stwierdza na kanwie ogólnych rozważań o sprawiedliwości, że „osoby należące do tej samej kategorii istotnej powinny być traktowane jednakowo”<sup>37</sup>. Natomiast Piotr Tuleja i Włodzimierz Wróbel podkreślają, że warunkiem prawidłowego różnicowania jest „adekwatność zastosowanej przesłanki podmiotowej (kryterium podmiotowego) do zakładanych celów regulacji prawnej”<sup>38</sup>. Uzasadnienie stanowionych w prawie kryteriów klasyfikacji ubiegających się o zamówienia do określonej kategorii nie może więc wynikać wyłącznie z potrzeby proceduralnego uregulowania sposobów wyboru wykonawców. Sama konieczność stworzenia procedur nie usprawiedliwia w wystarczającym stopniu zastosowania w ich ramach określonych kryteriów klasyfikacji<sup>39</sup>. Można wprawdzie wyobrazić sobie czysto proceduralne kryteria klasyfikacji (jak np. losowanie). Jednakże, w obszarze

<sup>36</sup> Orzeczenie TK z dnia 9 marca 1988 r., U 7/87, OTK w 1988, poz. 1; J. Podkowik, *Konstytucyjna zasada...*, s. 233.

<sup>37</sup> C. Perelman, *O sprawiedliwości*, Warszawa 1959, s. 37.

<sup>38</sup> P. Tuleja, W. Wróbel, *Zasada równości w stanowieniu prawa*, [w:] *Demokratyczne państwo prawne (aksjologia, struktura, funkcje)*, red. H. Rot, Wrocław 1992, s. 146.

<sup>39</sup> W. Sadurski, *Equality and Legitimacy*, New York 2011, s. 94 i 144.



zamówień publicznych obowiązki związane z urzeczywistnianiem równości realizowane są w związku z udzielaniem zamówień.

Przy ustalaniu znaczenia obowiązku równego traktowania nie można zatem pominąć relacji, jaka istnieje pomiędzy celami, którym służy udzielanie zamówień publicznych, a rodzajem podmiotów, które się o nie ubiegają, a w tym świetle mogą zasługiwać na równe potraktowanie. Aprobata dla przyjmowanych w procesie stanowienia prawa kryteriów klasyfikacji ubiegających się o zamówienia opiera się więc siłą rzeczy na postrzeganiu udzielania zamówień publicznych jako działalności celowej, a jednocześnie odpowiednio doniosłej społecznie. Zastosowane w prawie kryteria klasyfikacji będą mogły być traktowane jako uzasadnione, o ile będą służyć celom, dla których udziela się zamówień publicznych. Można zatem rzec, że relewantność kryteriów różnicowania znajduje swoje uzasadnienie w naturze procesu udzielania zamówień publicznych, który musi być działaniem racjonalnym i celowym.

Oczywiście, zagadnienie celów w zamówieniach publicznych jest kwestią złożoną, o czym świadczą poglądy formułowane przez przedstawicieli doktryny. Na przykład, Marek Szydło, odnosząc się do celów samego prawa zamówień publicznych, stwierdza, że reprezentują one pożądane stany rzeczy, które prawodawca ustanawiający normy prawa zamówień publicznych chce osiągnąć, a tym samym cele te są wartościami „osadzonymi” w tym prawie<sup>40</sup>. Marek Szydło dodaje, że można oczekiwać, że cele (wartości) prawa zamówień publicznych są również wartościami aprobowanymi przez społeczeństwo, co w konsekwencji oznacza, że realizacja tych wartości „jest nie tylko prakseologicznie możliwa, ale i społecznie oczekiwana”<sup>41</sup>. Wśród celów prawa zamówień publicznych Autor ten wymienia zapewnienie efektywności ekonomicznej dokonywanych w ramach zamówień publicznych zakupów, osiąganie pozytywnych następstw ogólnogospodarczych, społecznych czy ekologicznych. Wreszcie celem prawa zamówień publicznych jest zagwarantowanie należytego wykonywania przez wykonawców świadczeń stanowiących przedmiot zamówień publicznych<sup>42</sup>. Z kolei Paweł Nowicki oraz Marek Wierzbowski wspólnie odnotowują, że wielokrotnie wskazywanym w orzecznictwie celem normatywnego koordynowania krajowych procedur udzielania zamówień publicznych na szczeblu Unii Europejskiej jest eliminowanie barier w swobodnym przepływie usług<sup>43</sup>. Cel ten został z czasem uzupełniony o zamierzenia wykorzystania prawa zamówień publicznych jako instrumentu służącego osiągnięciu inteligentnego wzrostu gospodarczego sprzyjającego włączeniu społecznemu, przy jednoczesnym zagwaranto-

<sup>40</sup> M. Szydło, *Prawna koncepcja zamówienia publicznego*, Warszawa 2014, s. 1.

<sup>41</sup> *Ibidem*, s. 2.

<sup>42</sup> *Ibidem*, s. 2-3; J. Rawls, *Teoria sprawiedliwości*, Warszawa 1994, s. 120 i nast.

<sup>43</sup> P. Nowicki, M. Wierzbowski, *Kierunki zmian w prawie zamówień publicznych – uwagi de lege ferenda*, [w:] *Potrzeby i kierunki zmian w Prawie zamówień publicznych*, red. M. Stęciwilk, A. Dobaczewska, Warszawa 2018, s. 46.

waniu najbardziej efektywnego wykorzystania środków publicznych<sup>44</sup>. Natomiast Grzegorz Klich rozróżnia dwa rodzaje celów, jakim może służyć regulacja zamówień publicznych. Pierwszy to cele ekonomiczne, a drugi to zamierzenia związane z polityką gospodarczą i społeczną państwa (tj. cele pozaekonomiczne)<sup>45</sup>. Podobnie Maciej Lubiszewski, który stwierdza, że celami prawa zamówień publicznych – oprócz otwarcia zamówień dla konkurujących podmiotów oraz przeciwdziałania praktykom korupcyjnym – jest realizacja celów gospodarczych, społecznych czy ekologicznych, a wreszcie wykonanie zobowiązań Polski wynikających z członkostwa w Unii Europejskiej<sup>46</sup>.

Zagadnienie celów w zamówieniach publicznych wykracza więc poza zamierzenia deklarowane przez samego ustawodawcę albo zakodowane w treści stanowionych przez niego aktów normatywnych. Owe cele urzeczywistniane są poprzez funkcjonowanie systemu zamówień publicznych jako całości, ale także w postaci sumy jednostkowych przedsięwzięć podejmowanych przez konkretnych zamawiających. Cele przypisywane funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w Polsce będą również związane chociażby z zamierzeniami strategicznymi, w tym celami polityki zakupowej państwa. Niektóre z celów mogą być możliwe do realizowania odrębnie w ramach poszczególnych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego (np. zapewnienie dostępu do postępowania o udzielenie zamówienia). Inne mogą być osiągnięte dopiero w wyniku wielu przeprowadzonych postępowań (np. zapewnienia dostępu rynku zamówień publicznych). Cel ustawodawcy, jakim jest uzyskanie określonych efektów społecznych związanych ze zrównoważonym rozwojem gospodarczym i społecznym, nie musi być celem konkretnego zamawiającego realizującego określone zamówienie. Problematyka celów w systemie zamówień publicznych obejmuje więc dodatkowo możliwości istnienia celów realizowanych przez samo stanowienie prawa oraz osiągniętych w trakcie jego stosowania. Ponadto cele, dla których stanowi się prawo zamówień publicznych w ogólności, należy odróżniać od celów, którym mogą służyć określone, konkretne zabiegi legislacyjne podejmowane w obszarze zamówień publicznych związane z osiągnięciem pożądaných przez legislatywę w danym czasie stanów rzeczy (np. działania nowelizacyjne podejmowane w celu zwiększenia liczby składanych ofert w postępowaniach o zamówienia publiczne). Dodatkowo, niektóre cele i wartości, które można przypisywać prawu zamówień publicznych, mogą być swobodnie wyznaczane przez prawodawcę (np. zmiany instrumentów kontroli zamówień publicznych) albo należeć do rodzaju celów i wartości wynikających z natury stosunków, których dotyczą zamówienia publiczne (np. nabywanie dóbr). Mogą one

<sup>44</sup> *Ibidem*, s. 47.

<sup>45</sup> G. Klich, *Zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego*, Warszawa 2016, s. 31.

<sup>46</sup> M. Lubiszewski, *Postulaty de lege ferenda w odniesieniu do kompleksowego charakteru prawa zamówień publicznych*, [w:] *Potrzeby i kierunki zmian w Prawie zamówień publicznych*, red. M. Stęciwilk, A. Dobaczewska, Warszawa 2018, s. 37.

również być determinowane powszechnymi i trwałymi oczekiwaniami społecznymi (np. przeciwdziałanie korupcji) albo mieć znaczenie doraźne (np. wprowadzenie zwolnień w stosowaniu procedur ze względu na trwającą epidemię)<sup>47</sup>. Należałoby też wyróżniać jako odrębne cele istnienia systemu zamówień publicznych oraz cele funkcjonowania określonych instytucji czy rozwiązań normatywnych tego systemu (np. cel sprawozdawczości w zamówieniach publicznych)<sup>48</sup>. Tak rozumiana różnorodność celów, z którymi można mieć do czynienia w obszarze zamówień publicznych, pozwala z kolei dostrzec różnorodność celów, dla których stanowią one zasady i szczegółowe regulacje prawa zamówień publicznych<sup>49</sup>.

Na tle powyższych, różnorodnych celów, wyodrębnić jednak należy wynikające z woli prawodawcy cele, dla których instytucje zamawiające mają udzielać zamówień. Wynikają one z norm prawnych, a urzeczywistniane są w ramach nabywania przez zamawiających określonych dostaw, usług lub robót budowlanych, od podmiotów ubiegających się o te zamówienia. To właśnie przez pryzmat celów, dla których trzeba udzielać zamówień, oceniać należy rację dla doboru tych, którzy mają zamówienia realizować. Istnienie takiego związku warunkuje istotność (relewantność) charakterystyki różnicowanych podmiotów<sup>50</sup>. Nie można bowiem w sposób przekonujący ustalić, kto zasługuje na określone potraktowanie bez odpowiedzi na pytania o cel, dla którego ono następuje i sposób, w jaki się dokonuje.

Wśród celów udzielania zamówień publicznych jako pierwszoplanowe należy wskazać cele ekonomiczne. Udzielanie oraz realizacja zamówień dokonuje się wszak w ramach dwustronnych stosunków prawnych o charakterze majątkowym. Natomiast procedury udzielania zamówień obejmują przede wszystkim reguły zawężenia kręgu podmiotów posiadających gotowość, a także ewentualnie zdolność ubiegania się o zamówienie do jednego, który będzie miał prawo i obowiązek wykonać konkretne zamówienie, a w zamian uzyskać wynagrodzenie. Procedury kwalifikowania ubiegających się o zamówienie odbywają się więc w odniesieniu do możliwości uzyskania przez strony stosunku prawnego określonych korzyści. Oznacza to z jednej strony, że w ramach procedury udzielenia zamówienia dokonuje się kolejno zmianę położenia uczestników postępowania, którą można oceniać jako bardziej lub mniej korzystną

<sup>47</sup> S. Wronkowska, *Kilka tez o instrumentalizacji prawa i ochronie przed nią*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2017, t. 110, s. 107-108.

<sup>48</sup> J. Sadowy, *Cele systemu zamówień publicznych i ich realizacja na przestrzeni 15 lat sprawozdań Prezesa Urzędu*, [w:] *XV-lecie systemu zamówień publicznych: ogólnopolska konferencja naukowa, 22-23 czerwca 2009 r., Toruń*, red. H. Nowicki, J. Sadowy, Toruń 2009, s. 172-175. J. Sadowy zdefiniował trzy zasadnicze cele funkcjonowania systemu zamówień publicznych, a wśród nich zapewnienie niedyskryminującego dostępu wykonawców do ubiegania się o zamówienia publiczne, oszczędne i efektywne wydatkowanie środków oraz przeciwdziałanie korupcji.

<sup>49</sup> M. Szydło, *Prawna koncepcja...*, s. 1-2; G. Klich, *op. cit.*, s. 30.

<sup>50</sup> Orzeczenie TK z dnia 9 marca 1988 r., U 7/87, cyt. za: A. Patalon, *op. cit.*, s. 74; J. Podkowiak, *Konstytucyjna zasada równości...*, s. 233; W. Sadurski, *Równość wobec...*, s. 57.

ze względu na ostateczną korzyść ekonomiczną związaną z udzieleniem zamówienia. Oczywiście, korzyść ubiegającego się o zamówienie związana z zamówieniem publicznym zależy definitywnie od prawidłowego wykonania zamówienia, a nie wyłącznie od jego udzielenia. Wprawdzie wykonawca, któremu udzielono zamówienia publicznego, znajduje się zasadniczo w sytuacji korzystniejszej od pozostałych ubiegających się o zamówienie, to jednak uzyskanie przez niego oczekiwanej korzyści w postaci wynagrodzenia pieniężnego, a także możliwość czerpania innych pożytków zależeć będzie oczywiście od prawidłowego wykonania zamówienia.

Uzyskanie korzyści przez ubiegających się o zamówienie nie jest jednak jedynym powodem udzielania zamówień publicznych, a co za tym idzie – wyłączną przyczyną stanowienia oraz stosowania kryteriów różnicowania. Gratyfikacyjnego charakteru korzyści czerpanych przez wykonawcę zamówienia nie można rozpatrywać w oderwaniu od wymienności dóbr, jaka następuje w ramach zamówień publicznych. Przeprowadzenie postępowania o zamówienie publiczne służy w istocie formułowaniu przez zamawiającego warunków spełnienia wzajemnych świadczeń oraz stworzeniu dla konkurujących podmiotów możliwości wykazywania ich spełnienia. Przy czym korzystność wymiany oceniana jest nie tylko przez pryzmat interesu wykonawcy, ale także zamawiającego, który udziela zamówienia. Udzielenie i wykonanie zamówienia będzie można uznać za wymianę korzystną dla zamawiającego, o ile będzie dokonana z wykonawcą, który złożył propozycję korzystniejszą od innych ubiegających się o zamówienie, ocenianą z punktu widzenia przyjętych wcześniej przez zamawiającego i zakomunikowanych wykonawcom wymagań.

Interes zamawiającego nie musi być jednak związany wyłącznie z korzyścią, którą uzyskuje z racji otrzymanej dostawy, wykonanej usługi czy roboty budowlanej. Tak rozumiany interes nie różniłby się niczym od interesów podmiotów dokonujących transakcji poza obszarem zamówień publicznych. Należy przyjąć, że interes zamawiającego jest „emanacją” interesu publicznego w tym sensie, że odnosi się zarówno do pożyteczności ekonomicznej wynikającej z nabycia najlepszych świadczeń w ramach posiadanych środków finansowych (ang. *value form money*), ale także korzystności z punktu widzenia realizacji celów publicznych. Jak trafnie zauważa Paweł Nowicki:

konkurencja na rynkach prywatnych jest determinowana przez inne czynniki: po pierwsze przez chęć osiągnięcia jak największego zysku przez poszczególnych uczestników samego rynku, a po drugie przez popyt kreowany przez konsumentów i ich gusta [...]. Tymczasem na rynku zamówień publicznych państwo co prawda dokonuje transakcji, kupując potrzebne dostawy, usługi lub roboty budowlane, jednakże nie kieruje się w tym zakresie maksymalizacją zysku, lecz realizacją interesu publicznego<sup>51</sup>.

<sup>51</sup> P. Nowicki, *Aksjologia prawa zamówień publicznych. Pomiędzy efektywnością ekonomiczną a instrumentalizacją*, Toruń 2019, s. 189.

W związku z tym należy przyjąć, że cele udzielania zamówień publicznych, a dalej wyznaczone wzorcowe zachowania zamawiających, mogą, ale nie muszą być takie same jak wzorcowe zachowania w obrocie prywatnym<sup>52</sup>.

W tym zakresie za uzasadnione należy również uznawać cele odnoszące się do korzyści pozaekonomicznych, w tym ekologicznych, innowacyjnych czy społecznych. Odniesienia te wiąże się niekiedy w literaturze z „drugorzędnymi” (ang. *secondary goals*) czy „uzupełniającymi” (ang. *complementary goals*) celami zamówień publicznych, co może niesłusznie sugerować ich mniejszą istotność lub wyjątkowość wobec celów „pierwszorzędnych”. Proponuje się jednak również, by aspekty odnoszące się do szeroko rozumianych kwestii społecznych wiązać z horyzontalnymi celami zamówień publicznych, a przez to nie postrzegać ich jako przyporządkowanych celom ekonomicznym czy konkurującym z nimi<sup>53</sup>. Znamienne w tym kontekście są postanowienia ustawy Pzp 2019 dotyczące zasad udzielania zamówień publicznych. Przewidują one m.in., że zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający najlepszą jakość dostaw, usług oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację (ang. *value form money*). Postanowienia te zakładają także uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do wypracowania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów<sup>54</sup>.

Szczególną rolę w ramach aspektów pozaekonomicznych należy aktualnie przypisać prawom człowieka<sup>55</sup>. Konieczność ich przestrzegania może stanowić uzasadnienie dla wielu rozwiązań prawnych służących kwalifikacji ubiegających się o zamówienia publiczne, jak np. przesłanek wykluczenia wykonawców będących pod

<sup>52</sup> E. Kowalczyk, *Klauzula dobrych obyczajów w zamówieniach publicznych*, [w:] *Procedura zamówień publicznych*, red. M. Filipek, Lublin 2020, s. 138.

<sup>53</sup> O. Martín-Ortega, C.M. O'Brien, *Public Procurement and Human Rights: Interrogating the Role of the State as Buyer*, [w:] *Public Procurement and Human Rights*, red. O. Martín-Ortega, C.M. O'Brien, Cheltenham 2019, s. 5-6; M. Trybus, *Supporting social considerations through public procurement: A legal perspective*, [w:] *Public Procurement Policy*, red. G. Piga, T. Tatrai, London–New York 2016, s. 9; G. Klich, *op. cit.*, s. 31.

<sup>54</sup> Pzp 2019, art. 17 ust. 1.

<sup>55</sup> O. Martín-Ortega, *Public Procurement as a Tool for the Protection and Promotion of Human Rights: a Study of Collaboration, Due Diligence and Leverage in the Electronics Industry*, „Business and Human Rights Journal” 2018, vol. 3, nr 1, s. 78; O. Martín-Ortega, C.M. O'Brien, *op. cit.*, s. 2 i nast.; C.M. O'Brien, *Essential Services, Public Procurement and Human Rights in Europe*, „University of Groningen Faculty of Law Research Paper” 2015, nr 22, <https://ssrn.com/abstract=2591898> [dostęp: 12.10.2020]; O. Blažo, H. Kováčiková, *Right for Equal Opportunity for Fair Public Contract? Human Rights in Public Procurement*, „Białostockie Studia Prawnicze” 2019, vol. 24, nr 2, s. 137; E. Kowalczyk, *Prawa człowieka w europejskim i polskim systemie zamówień publicznych – aktualne wyzwania legislacyjne (na przykładzie zakazu wykorzystywania pracy przymusowej)*, [w:] *System ochrony praw człowieka drugiej generacji wobec nowych wyzwań cywilizacyjnych*, t. 2, red. J. Jaskieronia, K. Spryszak, Toruń 2023, s. 542 i nast.



wpływem państwa, którego prawodawstwo nie zapewnia ochrony praw człowieka<sup>56</sup> czy w ramach wymaganych od wykonawców przedmiotowych środków dowodowych w postaci etykiet zaświadczających brak nadużyć praw człowieka w łańcuchu produkcyjnym<sup>57</sup>. Odniesienia do zagadnienia praw człowieka odnaleźć można w dyrektywach dotyczących zamówień publicznych. Na przykład dyrektywa klasyczna wyznacza konieczność przestrzegania prawa socjalnego i prawa pracy, odsyłając w tym zakresie do wielu międzynarodowych konwencji, wśród których przywołać należy chociażby konwencje odnoszące się do problematyki praw człowieka związanych z pracą przymusową<sup>58</sup>. Wspomnieć również warto o Przewodniku Komisji Europejskiej dotyczącym uwzględniania kwestii społecznych w zamówieniach publicznych pt. *Kwestie społeczne w zakupach*<sup>59</sup>. W uzupełnionym w 2021 r. wydaniu tego przewodnika zauważa się np., że „zamówienia publiczne można wykorzystywać do rozwiązywania problemów społecznych w łańcuchach dostaw, np. dotyczących praw człowieka lub zasad sprawiedliwego handlu”<sup>60</sup>. Spojrzenie to podyktowane jest, jak zauważają autorzy przewodnika, szerokim zakresem unijnych zamówień publicznych, jak również globalnym charakterem niektórych łańcuchów dostaw. Okoliczności te wiążą się z ryzykiem, że zamówienia publiczne mogą być powiązane z przypadkami łamania praw człowieka<sup>61</sup>.

Odniesienia do praw człowieka można odnaleźć również w polskiej *Polityce zakupowej państwa* przyjętej uchwałą nr 6 Rady Ministrów z 11 stycznia 2022 r.<sup>62</sup> Uchwała zagadnienie obecności aspektów pozaekonomicznych w zamówieniach

<sup>56</sup> Projekt ustawy o zmianie ustawy o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa oraz ustawy – Prawo zamówień publicznych z dnia 8 września 2020 r., nr z wykazu UD68, <https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12337950/katalog/12716608#12716608> [dostęp: 28.08.2022].

<sup>57</sup> Dyrektywy zamówieniowe nie posługują się terminem „prawa człowieka” lub „prawa podstawowe” i nie zawierają postanowień odnoszących się bezpośrednio do tej materii. Odsyłają jednak do aktów prawnych, które mając charakter międzynarodowy, konkretyzują je. W postanowieniach dyrektyw znajdują się m.in. takie, zgodnie z którymi państwa członkowskie podejmują stosowne środki służące zapewnieniu, by przy realizacji zamówień publicznych wykonawcy przestrzegali mających zastosowanie obowiązków w dziedzinie prawa ochrony środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy, ustanowionych w przepisach unijnych, krajowych, układach zbiorowych bądź w przepisach międzynarodowego prawa ochrony środowiska, międzynarodowego prawa socjalnego i międzynarodowego prawa pracy wymienionych w załączniku X. Art. 18 ust. 2 dyrektywy klasycznej; art. 36 ust. 2 dyrektywy sektorowej; art. 30 ust. 3 dyrektywy koncesyjnej.

<sup>58</sup> W tym np. Konwencja MOP nr 29 dotycząca pracy przymusowej lub obowiązkowej, Konwencja MOP nr 105 dotycząca zniesienia pracy przymusowej, Konwencja MOP nr 138 dotycząca najniższego wieku dopuszczenia do zatrudnienia czy też Konwencja MOP nr 182 dotycząca zakazu i natychmiastowych działań na rzecz eliminowania najgorszych form pracy dzieci.

<sup>59</sup> Przewodnik Komisji Europejskiej *Kwestie społeczne w zakupach*, wyd. 2., 2021/C 237/01 (OJ C, C/237, 18.06.2021), CELEX: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52021XC0618\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52021XC0618(01)), [dostęp: 1.01.2023].

<sup>60</sup> *Ibidem*, s. 8.

<sup>61</sup> *Ibidem*.

<sup>62</sup> Uchwała nr 6 Rady Ministrów w sprawie przyjęcia polityki zakupowej państwa z dnia 11 stycznia 2022 r. (M.P. z 2022 r. poz. 125).



publicznych, w tym praw człowieka, traktuje jako element szerszego zjawiska, jakim jest społeczna odpowiedzialność w biznesie (ang. CSR – *Corporate Social Responsibility*), wyrażająca się w zorientowaniu profesjonalnych uczestników obrotu gospodarczego na pozaekonomiczne skutki swojej działalności. Zgodnie z *Polityką zakupową państwa* zamawiający, udzielając zamówień publicznych, powinni formułować względem wykonawców ubiegających się o zamówienia publiczne wymagania w zakresie społecznej odpowiedzialności biznesu oraz poszanowania praw człowieka, także odnośnie do całego łańcucha dostaw. W *Polityce...* stwierdza się, że celem polityki zakupowej jest zwiększanie zastosowania aspektów społecznych w zamówieniach publicznych oraz zwiększenie liczby przedsiębiorców realizujących założenia społecznej odpowiedzialności biznesu. Wyrażono przy tym nadzieje, że efektem działania administracji rządowej będzie wzrost liczby zamówień społecznych, a dalej upowszechnianie prospołecznych postaw przedsiębiorców. Wskazano też, że wdrażanie zamierzeń społecznej odpowiedzialności biznesu w zamówieniach może dokonywać się poprzez stosowanie dobrych praktyk, modeli biznesowych, procedur wewnętrznych, a także stanowienie prawa.

Obecność aspektów pozaekonomicznych w prawie zamówień publicznych traktowana jest niekiedy w literaturze jako przejaw instrumentalizacji prawa zamówień publicznych czy instrumentalizacji samych zamówień<sup>63</sup>. Warto jednak w tym miejscu podkreślić, że postrzeganie prawa zamówień publicznych jako instrumentu realizacji określonych celów oraz nośnika określonych wartości (instrumentalność prawa zamówień publicznych) nie musi oznaczać, że jest ono w każdym przypadku przedmiotem nagannego „użycia”. Ze zjawiskiem niepożądanego instrumentalizacji można mieć do czynienia, jeśli proces stanowienia prawa zamówień publicznych odbywa się wbrew określonym wartościom lub dla realizacji nieaprobowanych wartości, które są sprzeczne z tak lub inaczej rozumianą naturą zamówień publicznych. Tu jednak zastrzec trzeba, że prawodawca posiada pewną swobodę w kształtowaniu właśnie samej natury fenomenu, jakim są zamówienia publiczne. Czyni to, określając poprzez stanowienia prawa funkcje całego systemu zamówień publicznych, a dalej powody i warunki, w których mają być udzielane poszczególne zamówienia. Kluczowy w tym zakresie jest również sposób pojmowania efektywności działań poszczególnych instytucji zamawiających i innych podmiotów działających w ramach systemu zamówień publicznych, a w konsekwencji efektywności samego systemu. Tak długo, jak obierane przez prawodawcę cele służą osiągnięciu stanów rzeczy, które można uznać za pożąda-

---

<sup>63</sup> M. Stawiński, *Instrumentalizacja prawa zamówień publicznych w Unii Europejskiej w kontekście kryteriów oceny ofert*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2016, t. 105, s. 159 i nast.; M. Bendorf-Bundorf, *Instrumentalizacja zamówień publicznych w kontekście polityki społecznej Unii Europejskiej*, „Studia Prawnoustrojowe” 2014, nr 24, s. 147 i nast.; A. Sołtyśńska, *Instrumentalizacja zamówień publicznych – rozważania na tle unormowań prawa wspólnotowego*, [w:] *Studia z prawa Unii Europejskiej*, red. S. Biernat, Kraków 2000, s. 384-385.

ne, ich obecność w systemie zamówień publicznych nie powinna być traktowana jako przejaw nagannej instrumentalizacji zamówień publicznych – jeśli tylko udzielanie zamówień w sposób istotny przyczynia się do ich urzeczywistniania<sup>64</sup>.

W świetle dotychczasowych rozważań przyjąć więc należy, że w obszarze zamówień publicznych mogą mieć zastosowania kryteria klasyfikacji ubiegających się o zamówienia publiczne odnoszące się również do racji pozaekonomicznych, w tym społecznych, humanitarnych i innych. W przeciwnym wypadku reguły udzielania zamówień publicznych nie musiałyby się różnić znacznie od jakichkolwiek innych zasad zawierania umów na dostawy, usługi czy roboty budowlane w warunkach wolnej i uczciwej konkurencji. Tak rozumiane cele udzielania zamówień publicznych, w tym szeroko rozumiane korzyści ekonomiczne i pozaekonomiczne, stanowią zatem probierz relewantności cech ubiegających się o zamówienia publiczne, do których odwoływać się mają stanowione przez prawodawcę kryteria różnicowania. Ze względu na te cele, określone właściwości ubiegających się o zamówienia publiczne okazują się istotne, ponieważ świadczą o zdolności do ich realizowania w ramach opartej na umowie współpracy z instytucją zamawiającą.

#### 3.1.4.2. Kryteria różnicowania ubiegających się o zamówienia publiczne

Analizowana koncepcja obowiązków równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne wskazuje na prymarną rolę w zamówieniach publicznych kryteriów różnicowania pozostających w związku z szeroko rozumianymi korzyściami wynikającymi z wykonania zamówienia. Oznacza to, że podstawą różnicowania ubiegających się o zamówienia publiczne powinna być przede wszystkim przedstawiana przez nich propozycja wykonania zamówienia wyrażająca się w treści składanych ofert albo propozycja przedstawiana w trakcie negocjacji. W tym zakresie dyferencjacja ubiegających się o zamówienie dokonuje się w odniesieniu do ich charakterystyki wyrażającej się w skłonności (ambicji, gotowości) do składania propozycji wykonania zamówienia w określony sposób. Zgodność takich propozycji z wymaganiami zamówienia jest koniecznym warunkiem ubiegania się o zamówienie publiczne, a opierając się na najkorzystniejszej ofercie albo najkorzystniejszej propozycji negocjacyjnej instytucja zamawiająca podejmuje finalnie decyzję o udzieleniu zamówienia. Charakterystyka podmiotu, na której oparte są w takim przypadku kryteria dyferencjacji, odnosi się do korzystności i konkurencyjności składanych propozycji. Takie pojmowanie kryteriów różnicowania ubiegających się o zamówienia publiczne czerpie swoją rację w naturze zamówień publicznych, która wyraża się m.in. w wymianie dóbr. W takim przypadku miarą oceny ubiegających się o zamówienia jest ich gotowość do „poniesienia kosztów

<sup>64</sup> A. Kozak, *Instrumentalność a instrumentalizacja prawa*, [w:] *Z zagadnień teorii i filozofii prawa. Instrumentalizacja prawa*, red. A. Kozak, Wrocław 2000, s. 102-104; S. Wronkowska, *Kilka tez...*, s. 108.

(szeroko rozumianych)” dla uzyskania pożądanego dobra<sup>65</sup>. Gotowość taką można określić jako zdolność konkurencyjną. Oczywiście, korzystność propozycji wykonania zamówienia może odnosić się – zgodnie z wymaganiami zamawiającego – nie tylko do ekonomicznych aspektów świadczenia, ale także celów społecznych. W tym zakresie mówić można – posługując się terminologią Richarda J. Arnesona – o kryteriach różnicowania odnoszących się do „społecznego tła konkurencji” (ang. *the social background*) w zamówieniach publicznych<sup>66</sup>.

Obowiązki równego traktowania ubiegających się o zamówienie publiczne spoczywające na prawodawcy uzasadniają również potrzebę odwoływania się w stanowiących podstawach różnicowania do sytuacji faktycznych świadczących o posiadaniu przez ubiegającego się o zamówienie publiczne określonej zdolności do wykonania zamówienia (ang. *capacity to perform the contract*)<sup>67</sup>. Zdolność ta może odnosić się do posiadania odpowiednich uprawnień, ale także dysponowania koniecznym potencjałem technicznym, kadrowym czy finansowym. Relewantne właściwości ubiegających się o zamówienia publiczne mogą być również związane z brakiem przeszkód dla prawidłowego wykonania zamówienia. Przeszkody te mogą być związane z ogólną kondycją podmiotu, brakiem okoliczności podważających jego wiarygodność, rzetelność czy uczciwość. Ten węższy aspekt zdolności określić można jako zdatność do ubiegania się o zamówienie i jego wykonanie.

Należy również zwrócić uwagę na związek, jaki istnieje pomiędzy wskazanymi wyżej odniesieniami kryteriami różnicowania ubiegających się o zamówienia publiczne:

- a) dyferencjacja ubiegających się o zamówienia publiczne odnosząca się do składanych przez nich propozycji wykonania zamówienia jest elementem niezbędnym stanowienia norm wyznaczających kryteria różnicowania, a dyferencjacja odnosząca się do zdolności do wykonania zamówienia nie jest elementem niezbędnym,
- b) dyferencjacja ubiegających się o zamówienia odnosząca się do zdolności do wykonania zamówienia odgrywa rolę służebną wobec dyferencjacji odnoszącej się do propozycji wykonania zamówienia, co oznacza, że jest zasadna, o ile potwierdza możliwość proponowanego wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami instytucji zamawiającej.

Na gruncie stanowienia prawa zamówień publicznych oznacza to konieczność stanowienia norm wyznaczających kryteria różnicowania odnoszące się do składanych przez ubiegających się o zamówienia publiczne propozycji wykonania zamówienia oraz możliwość stanowienia norm odnoszących się do zdolności do wykonania zamówienia.

<sup>65</sup> S. Biernat, *Problemy prawne sprawiedliwego...*, s. 27.

<sup>66</sup> R.J. Arneson, *Against Rawlsian Equality of Opportunity*, „Philosophical Studies” 1999, 93, nr 1, s. 81.

<sup>67</sup> Motyw 101, art. 33 ust. 5 pkt a 9. dyrektywy klasycznej (2014/24/UE).

W kontekście zdolności do wykonania zamówienia na wzmiankę zasługują także stawiane ubiegającym się o zamówienie publiczne wymagania proceduralne w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia. Mogą one odnosić się do wielu koniecznych do spełnienia wymagań dotyczących chociażby terminów na wykonanie określonych czynności w postępowaniu, formy tych czynności czy też postaci samych dokumentów, stosowanych narzędzi komunikacji, wnoszenia wadium i innych. Ich wyznaczanie przez prawodawcę kształtującego konieczny przebieg procedury udzielenia zamówienia związane jest z potrzebą zapewnienia sprawnego, rzetelnego, bezstronnego czy jawnego przebiegu postępowania o zamówienie, a tym samym odnosi się do sprawności ubiegających się o zamówienia do uczestnictwa w takich procedurach. Jednocześnie, wymagania odnoszące się do sprawności proceduralnej pozostają w związku ze zdolnością do wykonania zamówienia i odgrywają w tej relacji rolę służebną. Sprawność w spełnianiu wymagań proceduralnych służy bowiem jako probierz rzetelności, prawidłowości, komunikatywności, rzeczowości składanych w trakcie postępowania propozycji korzystnego wykonania zamówienia oraz autentyczności, klarowności czy wiarygodności wykazywanych zdolności do jego wykonania. I tak np. stanowienie przez prawodawcę reguł dotyczących wyznaczania przez instytucje zamawiające terminów na składanie ofert albo określania wysokości wadium powinno uwzględniać rodzaj czy wartość zamówień, a w konsekwencji umożliwiać sporządzenie adekwatnej, prawidłowej, rzetelnej czy wiarygodnej oferty na jego wykonanie.

#### 3.1.4.3. Kryteria różnicowania a warunki zamówienia

W odniesieniu do aktualnie obowiązujących przepisów przedstawione tu rodzaje kryteriów różnicowania ubiegających się o zamówienia publiczne wiążą się w znacznym zakresie z konstrukcją warunków zamówienia na gruncie Pzp 2019<sup>68</sup>, konstrukcją elementów umowy koncesji i postępowania o zawarcie umowy koncesji<sup>69</sup>, a w przypadku partnerstwa publiczno-prywatnego, z opisem przedmiotu przedsięwzięcia, postacią kryteriów oceny ofert oraz wymaganiami proceduralnymi<sup>70</sup>. Ustawa Prawo zamówień publicznych opisuje warunki zamówienia jako warunki dotyczące zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Obejmuje wiele różnorodnych postanowień odnoszących się do oczekiwanego działania uczestników postępowania o zamówienia publiczne. Mają one w części charakter wymagań kwalifikacyjnych, ponieważ ich spełnienie lub niespełnienie kształtuje położenie prawne podmiotów ubiegających

<sup>68</sup> Art. 7 pkt 29 Pzp 2019.

<sup>69</sup> Art. 2 pkt 1 KoncesBudU.

<sup>70</sup> Art. 4 i 6 PartPublPrywU.

się o zamówienie publiczne<sup>71</sup>. Z jednej strony warunki zamówienia odnosić się mogą do całego spektrum wymagań kontraktowych, które mogą być wyrażone w opisie przedmiotu zamówienia, projektowanych postanowieniach umownych czy innych wymaganiach związanych z realizacją zamówienia. Z kolei warunki dotyczące postępowania o udzielenie zamówienia obejmować mogą – w rozumieniu Pzp 2019 – wiele wymagań ściśle proceduralnych, jak terminy wykonania określonych czynności w trakcie postępowania, warunki prowadzenia negocjacji czy wymagania dotyczące formy dokumentów lub wniesienia wadium. Do wymagań związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia należałoby także zaliczyć podstawy wykluczenia wykonawców z postępowania o zamówienie publiczne, warunki udziału w postępowaniu (czyli tzw. warunki podmiotowe związane z określonymi kwalifikacjami, uprawnieniami, właściwościami czy zdolnościami wykonawców) oraz kryteria oceny ofert<sup>72</sup>. Na gruncie przepisów dotyczących umów koncesji na roboty budowlane lub usługi elementy umowy i postępowania o zawarcie umowy koncesji obejmują m.in. takie wymagania, jak przedmiot umowy, kryteria kwalifikacji dotyczące sytuacji ekonomicznej lub finansowej albo zdolności technicznej lub zawodowej ubiegających się o zawarcie umowy, kryteria oceny ofert, sposób przedstawiania dokumentów przez wykonawców i inne wymagania proceduralne<sup>73</sup>. Natomiast regulacje dotyczące partnerstwa publiczno-prywatnego koncentrują się przede wszystkim na specyfice przedmiotu przedsięwzięcia partnerstwa publiczno-prywatnego oraz na szczególnych kryteriach oceny ofert stosowanych w tej dziedzinie.

Podstawowym przykładem instrumentarium służącym stosowaniu podstaw różnicowania jest na gruncie obowiązujących przepisów opis przedmiotu zamówienia oraz kryteria oceny ofert. Opierając się na nich, instytucja rozstrzyga o zgodności ofert składanych przez ubiegających się o zamówienia i dokonuje ostatecznie wyboru oferty najkorzystniejszej, czyli wyróżnienia tego podmiotu, któremu udzieli zamówienia<sup>74</sup>. Zastosowanie kryteriów oceny ofert w zamówieniach publicznych uznać można za zmodyfikowaną instytucję pierwszeństwa pojmowaną jako uszeregowanie według stopniowalnej cechy potencjalnych kandydatów do otrzymania określonego dobra<sup>75</sup>. Przy czym, w przypadku określonego, niepodzielonego zamówienia czy nawet jego części, jego udzielenie nie odbywa się kolejno dla ubiegających się o zamówienie aż do jego wyczerpania, ale dla tego podmiotu, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza. Jednakże, udzielenie takiego zamówienia może nastąpić dla innego podmiotu wśród tych, których oferty zostały ocenione, jeśli podmiot, którego oferta

<sup>71</sup> E. Kowalczyk, *Koncepcja normatywna warunków zamówienia publicznego*, „Studia Prawno-ustrojowe” 2021, nr 53, s. 322.

<sup>72</sup> *Ibidem*, s. 323.

<sup>73</sup> Np. art. 33, art. 37, art. 40 KoncesBudU.

<sup>74</sup> Art. 204 ust. 1; art. 239 ust. 1 Pzp 2019; art. 40 ust. 1 KoncesBudU.

<sup>75</sup> S. Biernat, *Problemy prawne sprawiedliwego...*, s. 100.

została wybrana jako najkorzystniejsza, uchyla się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy. W tym zakresie zamawiający może skorzystać z prawa do ponownego zbadania i oceny ofert spośród ofert pozostałych w postępowaniu wykonawców oraz wybrać najkorzystniejszą ofertę<sup>76</sup>. Z kolei w przypadku procedur opartych na negocjacjach akt dyferencjacji dokonuje się poprzez czynność wynegocjowania wystarczająco korzystnych postanowień przyszłej umowy o zamówienie publiczne. Przy czym wynegocjowanie wystarczająco korzystnych warunków zamówienia może warunkować lub determinować dalsze uczestnictwo ubiegającego się o zamówienie w prowadzonej procedurze albo rozstrzygać ostatecznie o udzieleniu mu zamówienia (jak w trybie zamówienia z wolnej ręki)<sup>77</sup>.

Natomiast aspekty zdolności do wykonania zamówienia związane są w aktualnie obowiązujących przepisach z warunkami udziału w postępowaniu oraz przesłankami wykluczenia z postępowania. Pierwsze z nich obejmują w zamówieniach posiadanie zdolności do występowania w obrocie gospodarczym; posiadania uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej; znajdowania się w sytuacji ekonomicznej lub finansowej oraz posiadania zdolności technicznej lub zawodowej<sup>78</sup>, a przypadku postępowań o zawarcie umów koncesji – tylko znajdowania się w sytuacji ekonomicznej lub finansowej oraz posiadania zdolności technicznej lub zawodowej<sup>79</sup>. Natomiast przesłanki wykluczenia obejmują wiele okoliczności, jak np. prawomocne skazanie za określone przestępstwa lub wykroczenia, orzeczenia zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne, naruszenia obowiązków dotyczących płatności podatków lub innych opłat publicznoprawnych, otwarcie likwidacji czy ogłoszenia upadłości, istnienie konfliktu interesów i inne<sup>80</sup>.

Wyznaczanie kryteriów dyferencjacji ubiegających się o zamówienia publiczne odnoszących się do zdolności może polegać również na tym, że prawodawca wskazuje krąg podmiotów, którym może być udzielone zamówienie publiczne lub z którymi może być zawarty określony rodzaj umowy. W tym zakresie prawodawca wskazuje zazwyczaj status prawny albo formę organizacyjno-prawną podmiotów zaliczanych do definiowanej kategorii. Przykładem takich regulacji mogą być postanowienia ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym definiujące pojęcie „partnera prywatnego” czy zapisy ustawy z 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej określającej pojęcie „przyjmującego zamówienie”<sup>81</sup>. Zgodnie z brzmieniem wskazanych regulacji,

<sup>76</sup> Art. 263 Pzp 2019.

<sup>77</sup> Zob. np. art. 213 ust. 1 Pzp 2019.

<sup>78</sup> Art. 112 ust. 2 Pzp 2019.

<sup>79</sup> Art. 33 ust. 1 KoncesBudU.

<sup>80</sup> Art. 108-109 Pzp 2019; art. 32 KoncesBudU.

<sup>81</sup> Ustawa z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej, art. 26 ust. 1: „Podmiot leczniczy spełniający przesłanki określone w art. 4, art. 5 ust. 1 i art. 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. *Prawo zamówień publicznych* (Dz.U. z 2019 r., poz. 2019), zwany dalej «udzielającym zamówienia», może



podmioty, które mogą ubiegać się odpowiednio o zawarcie umowy partnerstwa publiczno-prywatnego albo zamówienia na udzielanie w określonym zakresie świadczeń zdrowotnych, są określone stosunkowo wąsko i nie obejmują tym samym ogółu podmiotów funkcjonujących na rynku. Norma zobowiązująca do uznania kategorii podmiotów o określonym statusie lub właściwościach jako posiadających prawo do ubiegania się o zamówienia publiczne może jednocześnie wyznaczać zamawiającemu kompetencje do dokonania wyboru, czy udział w określonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego będzie możliwy dla ogółu podmiotów, czy tylko dla wskazanego w przepisach rodzaju wykonawców, czy może jedynie wybranej kategorii z tego rodzaju. Przykładem takich regulacji będą z kolei przepisy dotyczące tzw. zamówień zastrzeżonych, które przewidują możliwość zastrzeżenia przez zamawiającego, że o udzielenie określonego zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie wykonawcy mający status zakładu pracy chronionej, spółdzielnie socjalne oraz inni wykonawcy, których głównym celem jest społeczna i zawodowa integracja osób społecznie marginalizowanych<sup>82</sup>. Jeszcze czytelniej ujmują tę kwestię dyrektywy zamówieniowe, przewidując możliwość zastrzeżenia prawa udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego (ang. *the right to participate in public procurement procedures*) dla takich kategorii podmiotów<sup>83</sup>.

Należałoby przyjąć, że racją, dla której prawodawca może w sposób zgodny z obowiązkiem równego traktowania określać krąg podmiotów, które mogą ubiegać się o określone zamówienia publiczne, jest okoliczność, że posiadany przez nie status prawny czy forma organizacyjno-prawna jest niezbędną, istotną cechą służącą osiągnięciu celów związanych z realizacją takich zamówień. W przypadku tzw. zamówień zastrzeżonych będą to cele odnoszące się do aspektów społecznych, związane ze wsparciem podmiotów prowadzących działalność w zakresie społecznej i zawodowej integracji osób należących do grup społecznie marginalizowanych. Natomiast w przypadku partnerów prywatnych albo podmiotów leczniczych uzasadnienie dla takiego wskazania należałoby łączyć odpowiednio ze specyfiką przedsięwzięć albo udzielania świadczeń zdrowotnych, których prawidłowe wykonanie wymaga profesjonalnego charakteru podmiotu. Jednocześnie, różnicowanie podmiotów poprzez wskazanie przez prawodawcę kręgu podmiotów posiadających możliwość ubiegania się o zamówienia publiczne powinno mieć tylko wyjątkowe zastosowanie. Ta podstawa dyferencjacji jawi się bowiem jako najdalej idąca, ponieważ musi opierać się na rzeczywistym, choć rzadko występującym związku

---

udzielić zamówienia na udzielanie w określonym zakresie świadczeń zdrowotnych, zwanego dalej «zamówieniem», podmiotowi wykonującemu działalność leczniczą lub osobie legitymującej się nabyciem fachowych kwalifikacji do udzielania świadczeń zdrowotnych w określonym zakresie lub określonej dziedzinie medycyny, zwanym dalej «przyjmującym zamówienie».

<sup>82</sup> Pzp 2019, art. 94 ust. 1.

<sup>83</sup> Zob. np. art. 20 dyrektywy klasycznej albo art. 38 dyrektywy zamówieniowej.

między faktyczną zdolnością do wykonania zamówienia a statusem czy formą organizacyjną prawną podmiotu.

Ze stanowieniem kryteriów różnicowania ściśle związane jest stanowienie norm wyznaczających czynności podejmowane w celu ustalania stanów faktycznych, na podstawie których zamawiający orzekają o spełnieniu przez ubiegających się o zamówienie publiczne wyznaczonych kryteriów. W tym przypadku przedmiotem działania nie jest sama klasyfikacja (np. odrzucenie oferty), ale czynności polegające na ustaleniu istnienia przesłanek takiej klasyfikacji (np. badanie ofert).

Treść norm określających sposoby ustalania stanów faktycznych odnosi się zazwyczaj do konieczności dokonywania przez ubiegających się o zamówienie określonych czynności prawnych lub faktycznych. Przykładem będzie tu składanie ofert, oświadczeń czy innych podmiotowych lub przedmiotowych środków dowodowych, ale także przedstawienie próbek czy udzielenie przez uczestników postępowania o zamówienie na wezwanie zamawiających wyjaśnień treści składanych ofert. Dokonywanie takich czynności odgrywa wprawdzie rolę instrumentalną, ale stanowi warunek spełnienia kryteriów różnicowania ubiegających się o zamówienia publiczne. W związku z tym kształtowanie przez prawodawcę norm określających obowiązki i kompetencje zamawiających do żądania od wykonawców konkretnych dokumentów lub dokonania wybranych czynności w celu ustalenia, czy spełniają przyjęte kryteria, również wymaga zapewnienia równego traktowania ubiegających się o zamówienie publiczne. Formuła równego traktowania pozostaje tu aktualna: wyznaczone prawem wymagania dotyczące sposobu wykazania istnienia stanów faktycznych, na podstawie których orzeka się o spełnieniu kryteriów różnicowania, muszą być relewantne z prawidłowo wyznaczonymi kryteriami. Ilustracją działań legislacyjnych skutkujących naruszeniem obowiązków równego traktowania ubiegających się o zamówienia może być uprawnienie zamawiającego do wymagania przedstawienia przez ubiegających się o zamówienie dokumentów wystawionych wyłącznie w państwie, w którym ma siedzibę zamawiający w sytuacji, gdy istnieje możliwość przedstawienia dokumentów poświadczających w tym samym stopniu określony stan faktyczny wystawionych w innym państwie, w którym ma siedzibę wykonawca.

### **3.2. Obowiązek stanowienia norm stwarzających równości szans w ubieganiu się o zamówienia publiczne**

W literaturze oraz w orzecznictwie stwierdza się stosunkowo często, że równe traktowanie ubiegających się o zamówienia publiczne polega na odpowiednim ukształtowaniu możliwości (szans) w uzyskaniu zamówienia<sup>84</sup>. Dostrzec można w tym

<sup>84</sup> H. Gerhardt, *Möglichkeiten und Grenzen einer strategischen Vergabe öffentlicher Aufträge*, Baden-Baden 2020, s. 240.

zakresie pewną korespondencję z podobnymi koncepcjami funkcjonującymi w innych dziedzinach, jak np. idea równość szans w dostępie do edukacji, w dostępie do form demokracji bezpośredniej czy „idea kariery otwartej na talenty” (ang. *the ideal of careers open to talents*)<sup>85</sup>. Koncepcje te odwołują się zazwyczaj do ideału równej szansy w konkurencji (ang. *the ideal of competitive equal opportunity*), która rozumiana jest jako idea pozytywna, a nie tylko brak prawnych barier<sup>86</sup>. Podobnie jak w koncepcjach pokrewnych, pojmowanie szans w zamówieniach publicznych zdeterminowane jest celem przyświecającym ubiegającym się o zamówienia, którym jest oczywiście uzyskanie zamówienia. Tak samo też, szansa na uzyskanie zamówienia rozważana jest przy założeniu, że jego uzyskanie jest pożądane i korzystne dla ubiegającego się o zamówienie publiczne.

Zauważyć jednak należy, że pojęcie „szansy” czy „szans” może być rozważane w zamówieniach publicznych co najmniej w dwóch znaczeniach. W pierwszym znaczeniu o „szansie” czy „szansach” mówi się w odniesieniu do konkretnego podmiotu lub konkretnej grupy podmiotów, jako posiadających jakąś perspektywę w osiągnięciu pożądanego przez nich określonego celu (dobra), jakim jest określone zamówienie publiczne<sup>87</sup>. Punktem wyjścia dla opisu czyichś szans jest więc chęć osiągnięcia przez dany podmiot jakiegoś konkretnego dobra, ponieważ szansa to w tym przypadku taka lub inna możliwość uzyskania tego, o co ktoś zabiega<sup>88</sup>. W tym znaczeniu szanse na uzyskanie zamówienia należy zatem odnosić do określonego zamówienia publicznego, a nie do jakichkolwiek zamówień.

W drugim ujęciu, pojęcie „szans” rozważane jest w związku z zamówieniami publicznymi w ogólności (wszystkimi albo też z jakimś rodzajem zamówień, np. w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa). W takim przypadku o szansach orzeka się, odnosząc się do zewnętrznych i korzystnych dla określonej abstrakcyjnej klasy podmiotów ogólnych możliwości ubiegania się o zamówienia publiczne, ale z przypuszczeniem zaistnienia w przyszłości konkretnego zamówienia, o które będzie mógł

<sup>85</sup> R.J. Arneson, *Equality of Opportunity: Derivative Not Fundamental*, „Journal of Social Philosophy” 2013, vol. 44, No. 4, s. 317; N.J. de Boer, *Fundamental Rights and the EU Internal Market: Just how Fundamental are the EU Treaty Freedoms? A Normative Enquiry Based on John Rawls' Political Philosophy*, „Utrecht Law Review” 2013, vol. 9, nr 1, s. 156; A. Buchner-Jeziorska, *Równość szans w dostępie do szkolnictwa wyższego w Polsce. Na przykładzie Uniwersytetu Łódzkiego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2000, nr 62, z. 1, s. 155 i nast.; S. Grabowska, *Równość szans w dostępie do form demokracji bezpośredniej w wybranych państwach europejskich*, [w:] *Zasada równości w prawie*, red. H. Zięba-Załucka, M. Kijowski, Rzeszów 2004, s. 116 i nast.

<sup>86</sup> P. Gomberg, *Against competitive equal opportunity*, „Journal of Social Philosophy” 1995, nr 26(3), s. 62.

<sup>87</sup> P. Westen, *The Concept of Equal Opportunity*, [w:] *The Notion of Equality*, red. M. Hajdin, London 2001, s. 276-277; D.A. Lloyd Thomas, *Competitive Equality of Opportunity*, [w:] *The Notion of Equality*, s. 388.

<sup>88</sup> R.J. Arneson, *Equality and Equal Opportunity for Welfare*, „Philosophical Studies: An International Journal for Philosophy in the Analytic Tradition” 1989, vol. 56, No. 1, s. 85.

ubiegać się konkretny podmiot ze wskazanej klasy. Określone uwarunkowania dotyczące szans rozważanej klasy podmiotów nie są odnoszone w takim przypadku do konkretnego zamówienia, ale do możliwej sytuacji, w której jej przedstawiciel będzie ubiegać się o konkretne zamówienie. Na przykład stwierdzenie, zgodnie z którym podmioty objęte zakazem udzielenia im zamówień w związku z sankcjami wojennymi „nie mają szans na uzyskania zamówień udzielanych w Polsce”, oznacza, że takiej szansy nie będzie mieć każdy podmiot objęty zakazem, o ile będzie ubiegał się o określone zamówienie objęte zakresem sankcji. W tym rozumieniu można również wyobrazić sobie np. ogólną ocenę projektowanych regulacji prawnych pod kątem ich liczby i złożoności i na tej podstawie orzekać, że zwiększają lub zmniejszają szanse na uzyskiwanie jakichś zamówień przez jakiś rodzaj podmiotów.

O szansach w zamówieniach publicznych nie można więc mówić w przypadku podmiotu czy podmiotów, które nie ubiegają się o konkretne zamówienia publiczne, albo bez założenia możliwości zaistnienia sytuacji, w której ubiegają się o konkretne zamówienia. Bez takiego założenia należałoby mówić jedynie o możliwościach w dostępie do zamówień, a nie szansach. Jak wskazano wyżej, szansa to okoliczność opisująca położenie podmiotu, ale którego celem jest uzyskanie dobra, jakim jest zamówienie. Dlatego w przypadku opisu sytuacji podmiotów nieubiegających się o zamówienia zwrot, zgodnie z którym podmioty takie „nie mają szans na uzyskanie zamówień udzielanych w Polsce”, należałoby raczej rozumieć tak, że nie mają one dostępu do zamówień publicznych w Polsce, a zwrot mówiący o „zwiększeniu lub zmniejszeniu szans”, że możliwość dostępu do zamówień dla tych podmiotów staje się większa lub mniejsza.

Szansę podmiotów ubiegających się o zamówienia publiczne mogą być oczywiście determinowane różnorodnymi okolicznościami. Wśród nich wskazać można np. dające się zaobserwować prawidłowości rynkowe, posiadanie jakichś zdolności gospodarczych, ale też istniejący stan prawny. W tym ostatnim przypadku ocenie podlegać będzie położenie prawne rozważanej grupy generalnych podmiotów wyznaczone normami prawnymi.

Z perspektywy normatywnej warunkiem istnienia szans na uzyskanie zamówienia jest co najmniej brak nieprzezwycięzalnych dla rozważanej grupy podmiotów prawnych przeszkód do ubiegania się o zamówienia publiczne. Istnienie takiej przeszkody oznacza, że w razie pojawienia się możliwości ubiegania się o konkretne zamówienie, jakkolwiek przedstawiciel tej klasy nie będzie mieć żadnych szans na jego uzyskanie. I tak np., jeśli rozważane regulacje określają krąg podmiotów posiadających cechę *X*, jako mogące ubiegać się o określony rodzaj zamówienia *Z*, to wszystkie podmioty nieposiadające cechy *X* nie będą miały szans na uzyskanie konkretnego zamówienia z rodzaju *Z*, gdy będzie ono przedmiotem konkretnego postępowania. Oznacza to, że ocena wyznaczonych prawem szans określonych klas podmiotów, a dalej ich porównywanie czy wyrównywanie odnosić się może wyłącznie do takich klas, wobec

których nie istnieją prawne nieprzewyciężalne dla nich przeszkody w ubieganiu się o zamówienia publiczne. Innymi słowy, szanse na uzyskanie zamówień pojawiają się, o ile w ogóle istnieje prawna możliwość ubiegania się o zamówienie.

Z drugiej jednak strony, brak jakichkolwiek przeszkód czy wymagań wyznaczonych przez normy prawne w przypadku ziszczenia się okoliczności objętych zakresem zastosowania rozważanej normy prawnej także nie tworzy szansy czy szans. W takim przypadku uzyskanie zamówienia dla ubiegającego się o nie zależałoby jedynie od jego chęci. Skoro sama chęć uzyskania określonego zamówienia miałaby przesądzać o jego uzyskaniu, to określone zamówienie musiałoby być udzielone każdemu, kto tego chce. Sytuacja taka nie wyznacza żadnych szans. Co więcej, ewentualności takiej nie da się również pogodzić z samą istotą udzielenia zamówień publicznych, która wyraża się w udzieleniu dobra tylko jednemu podmiotowi, a nie każdemu, który tego chce.

Horyzont szans na uzyskanie określonego, przypuszczalnego zamówienia przez konkretny podmiot będący przedstawicielem określonej klasy podmiotów wyznaczony jest więc sytuacją prawną, w której nie występuje nieprzewyciężalna dla danego podmiotu przeszkoda w ubieganiu się o zamówienie publiczne, ale obejmuje też wiele innych sytuacji, w których z pewnością występują wprawdzie wynikające z prawa przeszkody czy wymagania na drodze do osiągnięcia celu, jakim jest uzyskanie konkretnego zamówienia publicznego, ale przeszkody przewyciężalne i wymagania możliwe do spełnienia. Przeszkody i wymagania te mogą mieć w konkretnym przypadku oczywiście różnorodną naturę. Mogą być też związane z kryteriami dyferencji wyznaczonymi przez obowiązujące normy prawne albo takimi, które będą wyznaczone po ustanowieniu rozważanych norm. W takim zakresie szanse na uzyskanie zamówienia determinowane są normami prawnymi, które znajdują w przyszłości zastosowanie w określonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Wziąwszy powyższe pod uwagę, stwierdzić należy, że zagadnienie równości szans w zamówieniach publicznych nie można odnosić do tego, co podmioty ubiegające się o zamówienie uzyskają w rezultacie udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne. Porównywanie szans w uzyskaniu zamówienia polega na opisie położenia podmiotów, wobec których dokonano lub będą dokonywane czynności klasyfikacji w postępowaniu o zamówienie publiczne. Równość szans to taki rezultat różnicowania, w którym spełniający kryterium dyferencji mają (nadal) równe szanse na uzyskanie pomyślanego zamówienia, a niespełniający mają inne (a więc nierówne) szanse, albo tych szans nie mają już w ogóle. Przy ocenie takiego rezultatu różnicowania założyć jednak trzeba, że porównywane podmioty mają faktycznie takie same cechy (zdolności, właściwości, ambicje etc.), których dotyczy kryterium różnicowania. Równość szans w zamówieniach publicznych – podobnie jak w innych obszarach – należałoby bowiem odnosić do perspektyw stojących nie tyle przed wszystkimi podmiotami, ale tylko tymi, które posiadają takie same walory konieczne

do spełnienia stawianych im wymagań<sup>89</sup>. W przypadku stanowienia norm prawnych będzie to ocena przyszłego zastosowania stanowionych norm dokonywana zgodnie z treścią projektowanych lub ustanowionych norm, ale przy idealizującym założeniu określonego stanu faktycznego.

Z kolei obowiązek stanowienia norm w sposób stwarzający równość szans ubiegających się o zamówienia publiczne obejmuje powinność wyznaczania takich kryteriów różnicowania, w wyniku zastosowania których równe szanse w uzyskaniu zamówienia powinny mieć te wszystkie podmioty, które posiadają takie same cechy (zdolności, właściwości, ambicje etc.). Zatem, obowiązek prawodawczy nie sprowadza się w tym zakresie do wyznaczania określonych kryteriów dyferencjacji, ale wyznaczania kryteriów uzasadnionych (słusznych) z punktu widzenia celów udzielenia zamówienia publicznego. Jak ujmuje tę kwestię David A. Lloyd Thomas na kanwie ogólnych rozważań równości szans konkurencyjnych: stosowane kryteria selekcji muszą odnosić się do cech istotnych dla wykorzystania szans, które są stwarzane (ang. *relevant to the utilization of the opportunity to be made available*)<sup>90</sup>.

O nierównym ukształtowaniu przez prawodawcę szans ubiegających się o zamówienia publiczne pozwala więc orzekać nie brak wyznaczonych prawem kryteriów dyferencjacji, ale brak usprawiedliwienia dla takich kryteriów. Na przykład jeśli prawodawca ustanowi normę, zgodnie z którą każda instytucja, która chce skorzystać z uprawnienia do żądania od wszystkich ubiegających się o udzielane przez nią zamówienie wniesienia wadium, ma obowiązek określić jego wysokość w usprawiedliwionych wartością zamówienia granicach wskazanych w normie, to ten akt stanowienia wyznacza równe szanse dla ubiegających się o zamówienia, ponieważ konstytuuje uzasadnione kryterium dyferencjacji. Zastosowanie tego kryterium stwarzać będzie równość szans, ponieważ zamawiający dokona według tej samej uzasadnionej miary klasyfikacji ubiegających się na tych, którzy wnieśli wadium i tych, którzy nie wnieśli. Wprawdzie rezultat klasyfikacji będzie mógł stwarzać stan nierówności, ale będzie to stan usprawiedliwionej nierówności, w której równe szanse mają te wszystkie podmioty, które powinny mieć równe szanse w uzyskaniu zamówienia. Sprawiedliwe kryterium dyferencjacji wyznaczone przez prawodawcę przesądzać będzie o stworzeniu równych szans podmiotów, wobec których ten wymóg znajdzie zastosowanie. Z kolei, jeśli prawodawca ustanowi normę, zgodnie z którą każda instytucja, która chce skorzystać z uprawnienia do żądania od wszystkich ubiegających się o udzielane przez nią zamówienie wniesienia wadium, ma prawo określić jego wysokość całkowicie dowolnie tj. w nieusprawiedliwionych wartością zamówienia granicach wskazanych w normie, to ten akt stanowienia nie wyznacza

<sup>89</sup> W. Jaromłowicz, *Problem równości a sprawiedliwość społeczna i zasady podziału*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1981, z. 2, s. 33.

<sup>90</sup> D.A. Lloyd Thomas, *op. cit.*, s. 262.



równych szans dla ubiegających się o zamówienia, ponieważ wyznacza nieuzasadnione kryterium dyferencjacji. Wprawdzie określona przez zamawiającego wysokość wadium będzie taka sama dla wszystkich ubiegających się o zamówienia publiczne, ale jako nieusprawiedliwiona wartością zamówienia będzie nieuzasadnionym kryterium klasyfikacji. Jego zastosowanie będzie mogło spowodować, że część ubiegających się o zamówienie będzie niesprawiedliwie zaklasyfikowana jako niemogąca się ubiegać o zamówienie, a część jako mogąca. Sytuacja ta stwarzać będzie stan nierówności, który nie powinien wystąpić. Niesprawiedliwe kryterium dyferencjacji wyznaczone przez prawodawcę przesądzać będzie o niestworzeniu równych szans dla podmiotów, wobec których to kryterium znajdzie zastosowanie.

Uzupełniając należy dodać, że oczywiście, zasadność kryteriów dyferencjacji tłumaczyć musi również fakt, że dysponowanie określonymi zdolnościami w celu ich spełnienia powinno jak najbardziej zależeć od podmiotu ubiegającego się o zamówienia publiczne. Nie powinny być to aspekty położenia faktycznego determinowane losem, „ślepym trafem”, szczęściem czy fortuną, lecz zależne od możliwości ubiegających się o zamówienia publiczne<sup>91</sup>.

Powyższe oznacza w istocie, że zagadnienie obowiązku stwarzania równości szans nie wykracza poza przedstawione wyżej ogólne ujęcie obowiązków równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne związane ze stanowieniem uzasadnionych kryteriów różnicowania. Pojęcie „szans” będące treścią równości akcentuje jednak położenie ubiegających się o zamówienia publiczne rozpatrywane w odniesieniu do żywionego przez nich zamiaru uzyskania zamówienia. Podkreśla, że kształtowanie położenia ubiegających się o zamówienia publiczne związane jest z pożądanym przez nich dobrem. Można więc stwierdzić, że treścią obowiązków równego traktowania ubiegających się o zamówienia realizowane w procesie stanowienia prawa jest stwarzanie równych szans w przedstawionym już wyżej rozumieniu, tj. zgodnie ze słusznymi (sprawiedliwymi) kryteriami dyferencjacji. Stanowisko to uprawnia do posługiwania się zwrotem „sprawiedliwa równość szans” (ang. *fair equality of opportunity*)<sup>92</sup>, a na gruncie polskiej Konstytucji umożliwia odniesienie do sprawiedliwości społecznej wyrażonej w art. 2 Konstytucji RP. Jak stwierdza Paweł Sarnecki:

W art. 2 Konstytucji mówi się o sprawiedliwej równości szans, która prowadzi do pewnej nierówności. [...] Równość w rozumieniu równości w stanowieniu prawa, występuje w procesie dążenia do osiągnięcia pewnych dóbr. Tam, gdzie dobra są powszechnie dostępne, mówienie o równości i tworzenie równych przepisów prawnych, co do dostępu do nich, nie ma sensu. W procesie dążenia do osiągnięcia pewnych dóbr jest zwykle tak,

<sup>91</sup> S.O. Hansson, *What are opportunities and why should they be equal?*, „Social Choice and Welfare” 2004, vol. 22, s. 307.

<sup>92</sup> N.J. de Boer, *op. cit.*, s. 156.

że dóbr jest ograniczona ilość. W związku z tym tłumaczymy, a w szczególności tak tłumaczy to Trybunał Konstytucyjny, że równość polega głównie na tworzeniu równości szans, a nie na zapewnieniu wszystkim dostępu do owych dóbr, bo jest to niemożliwe<sup>93</sup>.

### 3.3. Obowiązek niestanowienia prawa skutkującego dyskryminacją ubiegających się o zamówienia publiczne

Na obowiązek równości spoczywający na prawodawcy należy również spojrzeć z punktu widzenia dyskryminacji jako postaci jego naruszenia. Pozwala to na dalsze uszczegółowienie treści obowiązku równego traktowania w punkcie dotyczącym charakteru kryteriów dyferencjacji. Oczywiście problematyka dyskryminacji nie należy wyłącznie do dziedziny zamówień publicznych i w najogólniejszym ujęciu stanowi przejaw naruszenia zasady równości. Dlatego można ją opisać jako różne traktowanie podmiotów znajdujących się w takich samych lub istotnie podobnych sytuacjach albo takie samo lub podobne traktowanie podmiotów znajdujących się w istotnie różnych sytuacjach. Przy czym dyskryminacja dotyczy zawsze ukształtowania sytuacji prawnej jakiegoś podmiotu mniej korzystnie niż sytuacja innego podmiotu<sup>94</sup>.

W ściślejszym znaczeniu dyskryminacja odnosi się do różnicowania ze względu na kryterium, które z punktu widzenia przyjmowanych założeń aksjologicznych nie może być kryterium różnicującym *per se*, czyli ze względu na treść tego kryterium, a nie tylko ze względu na brak istotnego związku pomiędzy nim a celem różnicowania. Stwierdzenie, że zachodzi dyskryminacja, nie wymaga wykazywania istnienia rzeczywistego negatywnego skutku czy nierelevantności zastosowanego kryterium. W tym znaczeniu zakaz dyskryminacji odgrywa rolę swoistej „klauzuli – bariery” w ogólnym nakazie równego traktowania<sup>95</sup>. Dyskryminacja w takim rozumieniu jest więc niekorzystnym traktowaniem wynikającym z zastosowania niedopuszczalnego kryterium różnicowania, czy inaczej podstawy różnicowania (ang. *prohibited ground*). Oznacza to, że dyskryminowanie jest zawsze naruszeniem zasady równości, ale nie każde naruszenie zasady równości jest dyskryminowaniem<sup>96</sup>. Dlatego dyskryminację można określić jako kwalifikowaną bądź szczególną postać nieuzasadnionego nierównego traktowania, tj. opartą na specyficznych, niedozwolonych kryteriach (podstawach)<sup>97</sup>.

<sup>93</sup> Spotkanie dyskusyjne w redakcji „Przeglądu Sejmowego” na temat zasady równości, Warszawa, 19 października 2011 r., „Przegląd Sejmowy” 2011, nr 6(107), s. 235.

<sup>94</sup> Zob. np. Orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości z dnia 13 kwietnia 2000 r.; C-292/97, pkt 39.

<sup>95</sup> J. Podkowik, *Konstytucyjna zasada równości...*, s. 260.

<sup>96</sup> A. Pazura, J. Uniejewski, *Zasada równości wobec prawa – naruszenia a dyskryminacja*, „Humanistyczne Zeszyty Naukowe. Prawa Człowieka” 2013, nr 16, s. 176.

<sup>97</sup> Orzeczenie TK z dnia 5 lipca 2011 r., P 14/10, poz. 49, cz. III, pkt 4.2; J. Podkowik, *Konstytucyjna zasada równości...*, s. 258.

Najczęściej nieuznawane kryteria różnicujące odnoszą się do pewnych cech osobistych (zazwyczaj niezależnych, wrodzonych). Trybunał Konstytucyjny w swoim orzecznictwie stwierdza, że zakaz dyskryminacji jest „korelatem” zasady równości i oznacza niedopuszczalność wprowadzania regulacji różnicujących sytuację prawną adresatów norm wyłącznie oraz ze względu na indywidualne (osobowe) cechy adresata normy prawnej, takie jak płeć, wiek bądź pochodzenie społeczne<sup>98</sup>. W ujęciu tym dyskryminacja związana jest najczęściej z godnością i dotyczy sposobu traktowania osoby ludzkiej, ale także grup społecznych. Z tego powodu przyjmuje się często w literaturze, że zakaz dyskryminacji ma charakter uniwersalny i stanowi „swoiste minimum aksjologiczne”, którego przestrzeganie jest wymagane w każdej sferze stosunków społecznych<sup>99</sup>. Takie ujęcie kryteriów niedozwolonych można określić jako indywidualistyczne. Należy jednak dostrzec możliwość szerszego rozumienia niedozwolonych kryteriów różnicujących, które odnoszą się do przynależności do określonej grupy wyodrębnionej ze względu na jakieś cechy. Na przykład niedozwolonym kryterium różnicującym uzasadniającym pojęcie dyskryminacji, także na gruncie zamówień publicznych, ale wychodzącym poza cechy ściśle osobowe, jest wielokrotnie przywoływana już przynależność państwowa. W takim przypadku podstawę dyskryminacji stanowi związek podmiotu dyskryminacji z określoną grupą, organizacją. Ujęcie takie można określić jako afiliacyjne.

Przynależność państwowa jako zakazana podstawa dyskryminacji jest zobiektywizowanym kryterium, ponieważ nie jest związana z przekonaniem czy poczuciem przynależności. Oceniana jest przez pryzmat wymagań formalnych. Na gruncie europejskim podmiotami korzystającymi z zakazu dyskryminacji ze względu na przynależność państwową są podmioty przynależne państwu członkowskiemu UE, a więc nie tylko osoby fizyczne jako obywatele, ale także osoby prawne i jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej. Przynależność państwowa to bowiem pewien status, na który składa się kompleks uprawnień i obowiązków łączących daną jednostkę z państwem. Podobnie rzecz przedstawia się w umowach o wolnym handlu czy w przypadku GPA.

Posiadanie cechy, zgodnie z którą może następować dyskryminacja, należy rozumieć na gruncie zamówień publicznych szeroko. Ponadto dyskryminacja ubiegających się o zamówienia może również dokonywać się w odniesieniu do cech podwykonawców czy nawet podmiotów trzecich, z zasobów których korzysta ubiegający się o zamówienie.

W dziedzinie zamówień publicznych należałoby opowiedzieć się za koncepcją, zgodnie z którą katalog kryteriów dyskryminujących ubiegających się o zamówienie

<sup>98</sup> Orzeczenie TK z dnia 5 lipca 2011 r., P 14/10, cz. III, pkt 4.2.

<sup>99</sup> M. Safjan, *Autonomia woli a zasada równego traktowania*, [w:] *Zaciąganie i wykonywanie zobowiązań*, red. E. Gniewek, K. Górską, P. Machnikowski, Warszawa 2010, s. 376.

nie jest zamknięty. Można założyć ewentualność posłużenia się przez prawodawcę innymi, nowymi kryteriami, które będzie można uznać za niedopuszczalne (jak np. przynależność do określonego typu jednostek samorządu zawodowego). Niedopuszczalność kryterium w zamówieniach publicznych wynika bowiem z faktu, że jego zastosowanie pozostaje w konflikcie z jakimiś elementarnymi wartościami w zamówieniach publicznych. Jak wspomniano wyżej, w przypadku kryteriów odnoszących się do cech indywidualnych i osobowych niesłuszność ich stosowania związana jest z naruszeniem godności dyskryminowanego. Niegodziwość wyraża się w takim przypadku w tym, że określona cecha osobowa stanowi barierę w uzyskaniu zamówienia, a ewentualna rezygnacja z niej – czyli usunięcie tej bariery – jest naruszeniem godności. Z kolei właściwość wyrażająca się w przynależności (np. państwowej) nie musi wprawdzie mieć bezpośredniego związku z godnością dyskryminowanego, ale jednakowoż może dotyczyć jego tożsamości. Tak więc, wspólną cechą tak pojmowanych właściwości jest odniesienie do tożsamości dyskryminowanego, a przez to do pewnej niezmiennalności (ang. *immutable*) właściwości stanowiących podstawę dyskryminowania. Oczywiście, owa niezmiennalność nie musi mieć bezwzględного charakteru. Można przecież wyobrazić sobie zmianę przynależności państwowej ubiegającego się o zamówienie publiczne. Jednakże, jeśli zmiana taka nie byłaby uzasadniona warunkami zamówienia, a jedynie potrzebą uniknięcia bariery w uzyskaniu zamówienia, to nadal taką właściwość podmiotową należałoby traktować jako niezmienną, a kryterium na niej oparte jako dyskryminujące.

Zakaz dyskryminacji najczęściej wyrażany jest przez zakaz dyskryminacji bezpośredniej lub pośredniej. Dyskryminacja bezpośrednia na gruncie stanowienia prawa oznacza sytuację, w której wskazane generalnie podmioty są traktowane mniej korzystnie niż inne ze względu na określoną cechę stanowiącą niedopuszczalne kryterium różnicujące, do którego odnosi się norma prawna<sup>100</sup>.

Bardziej złożonym problemem jest występowanie dyskryminacji pośredniej. W tym przypadku treść norm prawnych nie odnosi się wprost do niedozwolonego kryterium różnicującego, ale do innego kryterium, którego zastosowanie powoduje *de facto* różnicowanie oparte na kryterium dyskryminującym<sup>101</sup>. Do stwierdzenia dyskryminacji bezpośredniej wystarcza ustalenie, że w treści normy prawnej posłużono się zakazanym kryterium różnicującym<sup>102</sup>. Natomiast ustalenie występowania

<sup>100</sup> A. Śledzińska-Simon, *op. cit.*, s. 44.

<sup>101</sup> A. Cieśliński, *Wspólnotowe prawo gospodarcze*, t. 1: *Swobody rynku wewnętrznego*, Warszawa 2009, s. 403; T. Kingreen, *Prohibition of Discrimination Due to Nationality*, [w:] *European Fundamental Rights and Freedoms*, red. D. Ehlers, Berlin 2007, s. 367; J. Maliszewska-Nienartowicz, *Dyskryminacja pośrednia w prawie Unii Europejskiej*, Toruń 2012, s. 77-78.

<sup>102</sup> A. Cieśliński, *Konstrukcja prawna swobod rynku wewnętrznego Unii Europejskiej*, Wrocław 2013, s. 316; A. Wróbel, *Niedyskryminacja i obywatelstwo Unii*, [w:] *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej*, t. 1: *Art. 1-89*, red. A. Wróbel, Warszawa 2012, s. 390.

dyskryminacji pośredniej wymaga wykazania, że pomimo nieposłużenia się zakazanym kryterium różnicującym, skutek zastosowania przyjętego w normie kryterium jest tożsamy z hipotetycznym skutkiem zastosowania niedozwolonego kryterium różnicującego<sup>103</sup>. W przypadku dyskryminacji pośredniej mówić więc można o istnieniu kryterium pozornego (fasadowego) oraz kryterium rzeczywistego, ujawniającego się w stosowaniu prawa<sup>104</sup>. Na istnienie dyskryminacji pośredniej wskazuje więc obowiązywanie pozornie neutralnego przepisu, na podstawie którego dokonuje się klasyfikacji, oraz ocena, z której wynika, że zastosowanie tego pozornie neutralnego kryterium różnicuje *de facto* podmioty według kryterium niedopuszczalnego oraz stawia część podmiotów klasyfikowanych w szczególnie niekorzystnym położeniu<sup>105</sup>. W przypadku dyskryminacji pośredniej w stanowieniu prawa dochodzi więc do swoistego rozdźwięku pomiędzy deklarowanym przez prawodawcę zmierzaniem legislacyjnym a jego rzeczywistym oddziaływaniem. Przy czym ów rozdźwięk może być zamierzony i świadczyć o swoistej „hipokryzji” projektodawcy, ale może też nie wynikać z intencji uczestników procesu legislacyjnego, lecz ujawnić się jako konsekwencja przyjęcia takiej, a nie innej treści normy prawnej.

Zagadnienie dyskryminacji nie ma jednak wymiaru absolutnego. Należy bowiem dopuszczać sytuacje, w których norma prawna posługuje się kryterium, które zasadniczo jest dyskryminujące, ale jego wyjątkowe zastosowanie wynika z innych słusznych i obiektywnych względów (ang. *objective circumstances*)<sup>106</sup>, jak bezpieczeństwo, porządek czy zdrowie publiczne<sup>107</sup>. Czytelnym przykładem takich zabiegów legislacyjnych jest obowiązek wykluczania z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursu wykonawcy oraz uczestnika konkursu wymienionego z nazwy w wykazach określonych w odpowiednich rozporządzeniach unijnych albo wpisanego na stosowną listę w związku z konfliktem zbrojnym<sup>108</sup>.

Problematyka dyskryminacji ubiegających się o zamówienia publiczne może ujawnić się w związku ze stanowieniem prawa zamówień publicznych w sposób sprzeczny z wzorcem konstytucyjnym w tym zakresie. Z jednej strony wzorzec ów związany jest z konstytucyjną wartością dotyczącą „dostatecznej ochrony” praw konstytucyjnych, z drugiej z samą konstytucyjną zasadą równości.

<sup>103</sup> T. Kingreen, *op. cit.*, s. 367.

<sup>104</sup> J. Maliszewska-Nienartowicz, *op. cit.*, s. 77-78, 202.

<sup>105</sup> A. Wróbel, *Równość*, [w:] *Karta Praw Podstawowych. Komentarz*, red. A. Wróbel, Warszawa 2013, s. 734; P. Craig, G. de Búrca, *EU Law. Text, Cases, and Materials*, Oxford 2015, s. 937.

<sup>106</sup> Wyrok Trybunału z dnia 21 lipca 2005 r. w sprawie C-231/03, pkt 19.

<sup>107</sup> A. Wróbel, *Równość*, s. 737-741; P. Craig, G. de Búrca, *op. cit.*, s. 938-947.

<sup>108</sup> Art. 7 Ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego (Dz.U. z 2022 r., poz. 835).

Koncepcja „dostatecznej ochrony”, którą posługuje się Trybunał Konstytucyjny i doktryna prawa konstytucyjnego w odniesieniu do różnych dziedzin prawa, pojmowana jest jako jeden z obowiązków ustawodawcy zwykłego wyrażający się w tym, że ustawodawca nie może całkowicie zrezygnować z ochrony niektórych dóbr prawnych. W rozumieniu tej koncepcji

konstytucyjny obowiązek „dostatecznej ochrony” określonych wartości konstytucyjnych obliguje ustawodawcę zwykłego do wprowadzenia określonych środków służących ochronie tych wartości, a obowiązkowi tego na pewno nie można sprowadzać wyłącznie do ustanowienia zakazów ich naruszania. Ustawodawca powinien bowiem nadto wprowadzić w życie takie środki, które stworzą dostateczne gwarancje przestrzegania i egzekwowania owych zakazów. Gwarancje te mogą mieć różny charakter – zarówno cywilny, jak i administracyjny, czy w ostateczności karny. Konstytucja nie określa, poza generalnymi zasadami, sposobu kształtowania tych gwarancji – konieczne jest wszakże, by zapewniały one „dostateczną” ochronę w określonych warunkach kulturowych i społeczno-ekonomicznych<sup>109</sup>.

W ocenie Moniki Florczak-Wątor koncepcja „dostatecznej ochrony” wskazuje m.in. na istnienie obowiązków ochronnych państwa, ale nie realizowanych w sposób absolutny, tylko w koniecznej mierze („dostateczność”), za pomocą różnorodnych środków, ale mieszczących się w możliwościach prawnych i faktycznych państwa<sup>110</sup>. Z kolei Wojciech Białogłowski oraz Piotr Tuleja stwierdzają, że

intensywność ochrony prawnej i jej rodzaj nie jest prostą konsekwencją wartości chronionego dobra, gdyż na intensywność i rodzaj ochrony prawnej, obok wartości chronionego dobra, wpływa cały szereg czynników różnorodnej natury, które musi brać pod uwagę ustawodawca zwykły, decydując się na wybór rodzaju ochrony prawnej i jej intensywności, niemniej ochrona ta powinna być zawsze dostateczna z punktu widzenia chronionego dobra<sup>111</sup>.

W tym miejscu powrócić należy do problematyki niewłaściwego stanowienia prawa, tj. pominięcia prawodawczego, które odnosi się nie tyle do braku określonego aktu prawnego czy norm prawnych, ile do wyznaczenia przez prawodawcę zbyt wąskiego zastosowania aktu prawnego lub normy prawnej. Pominięcie prawodawcze może być przejawem wadliwości procesu stanowienia prawa polegającej na pomijaniu w akcie prawnym treści wymaganej przez normy wyższego rzędu. Inaczej niż w przypadku

<sup>109</sup> Orzeczenie TK z 28 maja 1997 r., K 26/96, pkt 4.5.

<sup>110</sup> M. Florczak-Wątor, *Konstytucja jako źródło obowiązków państwa w stosunku do obywatela*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2018, R. 80, z. 1, s. 129.

<sup>111</sup> W. Białogłowski, P. Tuleja, *Problem horyzontalnego działania praw jednostki w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, [w:] *Sądy i trybunały wobec problemu horyzontalnego działania praw jednostki*, red. M. Florczak-Wątor, Kraków 2015, s. 81.



zaniechania prawodawczego, w przypadku którego można mówić o nieuregulowaniu całkowitym określonej dziedziny spraw (tj. zaniechaniu właściwym, absolutnym czy bezwzględny, o którym była mowa wyżej), pominięcie prawodawcze to nieuregulowanie w sposób pełny<sup>112</sup>. Zjawisko to obejmuje sytuacje, w których ustawodawca unormował jakąś dziedzinę stosunków społecznych, ale dokonał tego w sposób niewystarczający, regulując je tylko fragmentarycznie, nie uwzględniając koniecznych z punktu widzenia konstytucji elementów normatywnych<sup>113</sup>. Inaczej niż w przypadku zaniechania prawodawczego, przy pominięciu jest obojętne, czy aktywność legislacyjna podjęta jest w następstwie wykonania ciężącego na prawodawcy obowiązku uregulowania jakiejś dziedziny spraw, czy też prawodawca uczynił użytek z kompetencji prawodawczej, ponieważ uznał to za celowe<sup>114</sup>. Punktem wyjścia dla ustalenia wystąpienia pominięcia ustawodawczego jest wskazanie określonego wzorca konstytucyjności, a także analiza zakresu zastosowania i obowiązywania danej normy konstytucyjnej obowiązującej ustawodawcę. W dalszej kolejności należy odnieść się do działania podjętego przez prawodawcę zwykłego oraz zidentyfikować ewentualny brak wykonania obowiązków wynikających z normy konstytucyjnej. Pominięcie może więc polegać np. na określeniu niewystarczającego kręgu uprawnionych, wyznaczeniu zbyt wąskiego zakresu okoliczności, w których norma znajduje zastosowanie, nieustanowieniu norm kompetencyjnych albo ustanowieniu obowiązków lub uprawnień bez wskazania przesłanek korzystania z nich.

W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego odnotowuje się, że pominięcia prawodawcze związane są na ogół z niezapewnieniem właściwej realizacji konstytucyjnych wolności lub praw przysługujących danej kategorii podmiotów. Największa grupa wyroków trybunalskich w sprawie pominięcia ustawodawczego dotyczy właśnie nieprzyznawania pewnych praw<sup>115</sup>. Jednocześnie, jak zauważył Trybunał w wyroku z 6 listopada 2012 r.:

Przykładem pominięcia, który w praktyce następuje najczęściej, mamy do czynienia wtedy, gdy w rozważanej regulacji prawnej nie uwzględniono pewnych podmiotów czy sytuacji, co może być konsekwencją nietrafnego doboru cech relewantnych, ze względu na które jakieś inne podmioty lub sytuacje zostały wyróżnione, albo wprowadzenia nieuzasadnionego zróżnicowania<sup>116</sup>.

<sup>112</sup> M. Granat, *Pominięcie czy zaniechanie ustawodawcze? Uwagi na marginesie sporu przed Trybunałem Konstytucyjnym o dekret warszawski*, [w:] *Wokół wybranych problemów konstytucjonalizmu. Księga jubileuszowa profesora Andrzeja Bałabana*, red. J. Ciapała, P. Mijał, Warszawa 2017, s. 117.

<sup>113</sup> Orzeczenie TK z dnia 24 października 2001 r., SK 22/01; orzeczenie TK z dnia 10 marca 2009 r., P 80/08, poz. 26.

<sup>114</sup> Orzeczenie TK z 6 listopada 2012 r., sygn. akt K 21/11.

<sup>115</sup> Zob. np. orzeczenie TK z 16 czerwca 2009 r., sygn. SK 5/09, poz. 84 oraz orzeczenie TK z 28 kwietnia 2009 r., sygn. K 27/07, poz. 54.

<sup>116</sup> Orzeczenie TK z 6 listopada 2012 r., sygn. akt K 21/11.

Okoliczności te powodują, że w praktyce orzeczniczej polskiego Trybunału Konstytucyjnego dotyczącej pominięcia prawodawczego występują stosunkowo często odniesienia do konstytucyjnego zakazu dyskryminacji<sup>117</sup>. Tomasz Woś stwierdza przy tym, że trybunalska ocena pominięć prawodawcy dokonywana jest przez pryzmat zasady równości pojmowanej jako zakaz „stanowienia regulacji, które dyskryminują lub w sposób nieuzasadniony uprzywilejowują poszczególne grupy adresatów”<sup>118</sup>. Na przykład, w orzeczeniu z 19 maja 2003 r., Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że niezgodny z konstytucyjną zasadą równości jest

brak określonej regulacji – takiej samej, podobnej lub zbliżonej – w odniesieniu do pewnej kategorii podmiotów. To właśnie owo pominięcie ma charakter dyskryminujący i dopiero odpowiednia zmiana przepisów poszerzająca krąg podmiotów pozwala na wyeliminowanie nierównego traktowania w analizowanej sferze stosunków prawnych. Przedmiotem oceny jest bowiem, inaczej niż w przypadku luki, nie tyle sam brak regulacji jako takiej, ale obowiązująca regulacja, której niekonstytucyjność polega na tworzeniu sytuacji dyskryminującej dla pewnej kategorii podmiotów<sup>119</sup>.

Z tego powodu należy przyjąć, że jeśli uregulowanie dziedziny zamówień publicznych wiązałoby się z nieuzasadnionymi ograniczeniami w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw, w szczególności dotyczących swobody działalności gospodarczej, wówczas można by stwierdzać wystąpienie pominięcia prawodawczego jako przejawu naruszenia konstytucyjnego zakazu dyskryminacji<sup>120</sup>. Widać więc ponownie, że brak wyrażonego wprost normatywnego obowiązku stanowienia ustaw dotyczących zamówień publicznych nie oznacza bynajmniej, że ustawodawca korzysta w tym obszarze z całkowitej swobody w podejmowaniu działań legislacyjnych.

Na gruncie problematyki równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne pominięcie prawodawcze przybrać może w szczególności postać zbyt wąskiego wskazania w przepisie kręgu uprawionych podmiotów, których dotyczy dana regulacja prawna. Spowoduje to tym samym pominięcie innych podmiotów, które w świetle obowiązku równego traktowania wynikającego z określonego źródła powinny być potraktowane tak samo. Z punktu widzenia legislacji pominięcie takie może polegać na wyraźnym lub dorozumianym wskazaniu w przepisie właściwości podmiotów, które w sposób nieuzasadniony zawężają grono podmiotów, które w ogóle mogą ubiegać się o zamówienia lub określony rodzaj zamówień w stosunku

<sup>117</sup> Zob. np. orzeczenia TK z: 23 września 1997 r., K 25/96, poz. 36; 6 maja 1998 r., K 37/97, poz. 33; 30 maja 2000 r., K 37/98, poz. 112; 30 września 2002 r., K 41/01, poz. 61; 6 stycznia 2003 r., K 24/01, poz. 1.

<sup>118</sup> T. Woś, *Wyroki interpretacyjne i zakresowe w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2016, vol. 25, 3, s. 992.

<sup>119</sup> Orzeczenie TK z dnia 19 maja 2003 r., K 39/01, pkt 2.

<sup>120</sup> K. Strzyczkowski, *Przedsiębiorcy publiczni wobec zasady równości*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2013, vol. 2013, nr 4, s. 2.

do takiego grona podmiotów, które powinno być w przepisie wskazane<sup>121</sup>. Na podstawie takiego, nieusprawiedliwionego kryterium dyferencjacji, każdy zamawiający w konkretnym postępowaniu będzie orzekał o braku możliwości ubiegania się o zamówienie każdego podmiotu, który będzie należał do klasy podmiotów pominiętych. Ilustracją takiej sytuacji może być wyobrażona inicjatywa legislacyjna, zgodnie z którą o określone zamówienia publiczne będą mogły ubiegać się wyłącznie podmioty posiadające określoną formę organizacyjno-prawną, np. spółki prawa handlowego.

Z powyższego wynika, że podstawowym obowiązkiem dotyczącym równego traktowania ubiegających się o zamówienia spoczywającym na prawodawcy jest stanowienie norm prawa zamówień publicznych w zakresie niezbędnym z punktu widzenia konstytucyjnego wzorca niedyskryminacji, tj. obowiązek niestanowienia norm dyskryminujących ubiegających się o zamówienia publiczne. Można w związku z tym przyjąć, że na gruncie zamówień publicznych istnieje swoiste domniemanie równości wynikające z zakazu dyskryminacji, wyrażające się w wyjściowym zakazie różnego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne ze względu na pewne niedozwolone kryteria, zmierzające ku powinności równego traktowania równych.

### 3.4. Obowiązek stanowienia prawa w celu uprzywilejowywania wyrównawczego ubiegających się o zamówienie publiczne

Na zagadnienie obowiązków równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne należy również spojrzeć w świetle instytucji uprzywilejowania wyrównawczego (określonej też w dziedzinie zamówień publicznych dyskryminacją pozytywną)<sup>122</sup>. Celem działań prawodawczych określanych tym mianem jest zmniejszenie faktycznie występujących nierówności, czyli tzw. „wyrównanie deficytu równości”<sup>123</sup>. Takie rozumienie równości – jak trafnie wskazuje Sacha Prechal – wykracza poza negatywne pojęcie dyskryminacji<sup>124</sup>.

<sup>121</sup> Nie rozstrzygając w tym miejscu kwestii prawidłowości działań ustawodawcy, warto wspomnieć o obowiązujących w Polsce przepisach dotyczących realizacji przedsięwzięć w formule partnerstwa publiczno-prywatnego. Wynika z nich, że ubieganie się o takie zamówienia jawi się jako możliwość ekskluzywna – zarezerwowana dla partnerów prywatnych, którymi są wyłącznie przedsiębiorcy (krajowi) lub przedsiębiorcy zagraniczni [art. 2 ust. 2 PartPublPrywU]. Każę to wykluczyć z kręgu podmiotów, które mogą ubiegać się o realizację przedsięwzięcia w formule PPP, podmioty o innym statusie prawnym, jak np. kluby sportowe będące spółkami działającymi na podstawie przepisów ustawy z dnia 25 czerwca 2010 r. o sporcie (Dz.U. z 2010 r., Nr 127, poz. 857).

<sup>122</sup> Określeniem „dyskryminacja pozytywna” posłużyła się m.in. Komisja Europejska w dokumencie *Zielona Księga w sprawie modernizacji polityki UE w dziedzinie zamówień publicznych. W kierunku zwiększenia skuteczności europejskiego rynku zamówień z 2011 r. w odniesieniu do koncepcji zamówień zastrzeżonych dla podmiotów z sektora małych i średnich przedsiębiorstw* (Bruksela, dnia 27.01.2011, KOM(2011) 15 wersja ostateczna, pkt 3.1, <https://eur-lex.europa.eu/> [dostęp: 4.02.2023]).

<sup>123</sup> M. Safjan, *op. cit.*, s. 376.

<sup>124</sup> S. Prechal, *Equality of Treatment, Non-discrimination, and Social Policy: Achievements in Three Themes*, „Common Market Law Review” 2004, nr 41, s. 537.

Podjęmowane przez prawodawcę działania w zakresie uprzywilejowania wyrównawczego mogą wynikać z oceny istniejącego już faktycznego położenia niektórych podmiotów ubiegających się o zamówienia publiczne oraz służyć korzystniejszemu ukształtowaniu takiego położenia w przyszłości. Oznacza to, że uprzywilejowanie wyrównawcze to wyrównywanie szans w ubieganiu się o zamówienia. Sytuacja taka nie musi wprawdzie skutkować równością uzyskanych korzyści, ale wyraża się w pewnym wyrównaniu możliwości<sup>125</sup>. Posługując się określeniem Allen Buchanan – uprzywilejowanie wyrównawcze domaga się wynagrodzenia z tytułu mniejszych perspektyw będących rezultatem naturalnego lub społecznego uposażenia<sup>126</sup>. Można więc rzec, że zagadnienie uprzywilejowania wyrównawczego nadaje problematyce równości w zamówieniach publicznych dodatkowy, dynamiczny wymiar, ponieważ odnosi się do „likwidowania” niektórych barier, czy też „stwarzania” rzeczywistych możliwości.

Kwestia autentyczności szans poszerza pole analizy argumentów na rzecz projektowanych kryteriów klasyfikacji w zamówieniach publicznych o takie, które wynikają z oceny istniejącego stanu faktycznego dotyczącego ubiegających się o zamówienia publiczne. Na gruncie zamówień publicznych ów wzorzec odnosi się do pożądanego stanu, w którym udział rozważanej klasy podmiotów w ubieganiu się o zamówienie publiczne będzie faktycznie większy. Racje dla uprzywilejowania wyrównawczego tkwią zatem w negatywnej ocenie istniejącego stanu faktycznego, a miarą tej oceny jest uczestnictwo (udział) określonej kategorii podmiotów w rynku zamówień publicznych, czyli dostęp do zamówień.

Uprzywilejowanie wyrównawcze nie może jednak opierać się na kryteriach i przesłankach dobieranych arbitralnie, lecz musi pozostawać w relewantnym związku z celem i treścią normy prawnej. Przesłanki przemawiające za różnicowaniem sytuacji prawnej podmiotów ubiegających się o zamówienia powinny mieć rangę argumentów fundamentalnych, konstytucyjnych.

Uprzywilejowanie wyrównawcze może prowadzić do kształtowania sytuacji prawnej w sposób nierówny, w tym do asymetrycznego podziału dóbr w związku z zamówieniami publicznymi<sup>127</sup>. Dlatego uprzywilejowanie wyrównawcze musi być nie tylko usprawiedliwione, ale także konieczne. Okoliczności takie nastąpią wówczas, gdy pojawi się jakaś klasa ubiegających się o zamówienie publiczne posiadająca specyficzną cechę powodującą, że znajduje się ona niesłusznie w wyraźnie gorszej sytuacji faktycznej, co nie pozwala jej konkurować z innymi wykonawcami o zamówienia

<sup>125</sup> J. Zajadło, *op. cit.*, s. 11; Ł. Prus, *Równość w prawie administracyjnym Unii Europejskiej. Zagadnienia wybrane*, [w:] *Równość w prawie administracyjnym*, red. J. Korczak, P. Lisowski, Warszawa 2018, s. 106; T. Tridimas, *The General Principles of EU Law (Oxford European Community Law Library)*, New York 1999; wyrok Trybunału z dnia 2 maja 2019 r. w sprawie Lavorgna, C-309/18, pkt 19.

<sup>126</sup> A. Buchanan, *Equal Opportunity and Genetic Intervention*, [w:] *The Notion of Equality*, s. 107.

<sup>127</sup> A. Śledzińska-Simon, *op. cit.*, s. 42.

publiczne. Taki stan rzeczy, w którym brak stosownej regulacji oznacza nieuzasadnione ograniczenie możliwości w dostępie do zamówień publicznych, jest źródłem obowiązku stanowienia prawa w celu uprzywilejowania wyrównawczego<sup>128</sup>. W takich przypadkach należy mówić o nakazie uprzywilejowania wyrównawczego jako jednej z postaci obowiązków równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne. Przykładem takich działań na gruncie legislacji, które umożliwiają przejście przez tzw. „bramy szans”, mogą być regulacje dotyczące zamówień zastrzeżonych przewidujących możliwość ubiegania się o zamówienie publiczne, tzw. podmiotów ekonomicznej, albo określone preferencje dla małych i średnich przedsiębiorstw<sup>129</sup>. Naturalnie, wypełnienie przez prawodawcę obowiązków w sprawie uprzywilejowania wyrównawczego może polegać na nakładaniu wielu powinności, ale też stwarzaniu możliwości dla instytucji zamawiających.

Jako interesujące w tym zakresie jawi się stanowisko Komisji Europejskiej wyrażone w *Zielonej Księdze w sprawie modernizacji polityki UE w dziedzinie zamówień publicznych. W kierunku zwiększenia skuteczności europejskiego rynku zamówień* z 2011 r. Komisja z dezaprobatą odniosła się do propozycji zastosowania środków pozytywnej dyskryminacji na rzecz MŚP, takich jak zastrzeżenie z góry części zamówień wyłącznie dla tego typu podmiotów. W ocenie Komisji tego rodzaju działania byłyby także sprzeczne z zasadą równego traktowania oferentów. Komisja opowiedziała się jednak za tym, by dostęp MŚP do zamówień publicznych poprawiać poprzez dzielenie przedmiotu zamówienia na części, nakładanie na wykonawców obowiązków odpowiedniego korzystania z podwykonawstwa, czy też stosowanie tzw. wewnętrznych środków administracyjnych służących ustalaniu wartości docelowych dotyczących udziału MŚP w całości udzielanych zamówień. Takie rozwiązania nie polegają jednak na zastrzeganiu określonych zamówień dla MŚP, lecz dostarczaniu instytucjom zamawiającym – jak ujęła to Komisja – „zachęt do jak najlepszego wykorzystania dostępnych instrumentów na rzecz prowadzenia przyjaznej dla MŚP polityki zamówieniowej”<sup>130</sup>. Wskazuje to, że problematyka uprzywilejowania wyrównawczego pojmowana jest w praktyce prawnej szeroko, jako obejmująca nie tylko działania legislacyjne, ale wszelkie inne zabiegi służące stwarzaniu autentycznych równych szans, które w literaturze określone są niekiedy jako sposoby „miękkie”<sup>131</sup>.

<sup>128</sup> E. Ganowicz, *Zasada pozytywnej dyskryminacji mniejszości narodowych w ujęciu teoretycznym i praktyce ustrojowej*, „Horyzonty Polityki” 2018, t. 9, nr 28, s. 14.

<sup>129</sup> Pzp 2019, art. 94 ust. 1. A. Górczyńska, *The Role of Small and Medium-Sized Enterprises in a Sustainable Public Procurement System*, [w:] *International Public Procurement, Innovation and Knowledge Sharing*, red. K.V. Thai, „Public Administration, Governance and Globalization” 2015, s. 308.

<sup>130</sup> Komisja Europejska, *Zielona Księga...*, s. 42.

<sup>131</sup> J. Ząbkowicz, *Problem pozytywnej dyskryminacji unijnego sektora MŚP w sferze zamówień publicznych w świetle prawa wtórnego UE*, „Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu” 2017, nr 493, s. 141.

Tytułem uzupełnienia wspomnieć trzeba, że stanowienie prawa uprzywilejowującego niektórych ubiegających się o zamówienia publiczne – nawet jeśli posiada uzasadnienie i jest konieczne – musi być dokonywane z zachowaniem obowiązku równego traktowania tych wszystkich, którzy na takie uprzywilejowanie zasługują. Uprzywilejowanie nie może być więc arbitralne także wobec tych, którzy powinni być objęci uprzywilejowaniem ze względu na przyjmowaną rację. Na przykład w sytuacji przywołanego wcześniej uprzywilejowania podmiotów ekonomii społecznej w ramach tzw. zamówień zastrzeżonych, jako naruszenie obowiązku równego traktowania można byłoby oceniać nieuzasadnione wyłączenie z grona przywilejowanych spółdzielni socjalnych albo zakładów pracy chronionej.

Należy zatem powtórzyć, że nierówne traktowanie ubiegających się o zamówienia, którzy w pozostałych przypadkach powinni być potraktowani równo, czyli uprzywilejowanie niektórych podmiotów, jest koniecznym sposobem stanowienia prawa, mieszczącym się w obrębie obowiązku równego traktowania, wówczas, gdy uzasadnione jest to dodatkowymi fundamentalnymi (konstytucyjnymi) względami słusznościowymi i służy wyrównaniu rzeczywistych szans w ubieganiu się o zamówienia publiczne. Obowiązek równego traktowania w tym ujęciu ma funkcję naprawczą – jego wykonanie polega bowiem na oferowaniu tych samych możliwości w uzyskiwaniu zamówień. Wymóg uprzywilejowania wyrównawczego jako podyktowany istotnymi względami należy zatem uznać za treść obowiązku równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne. Jednocześnie, jest to powinność prawodawcza będąca odstępstwem od zasadniczej postaci obowiązków równego traktowania. Związana jest bowiem ze stanowieniem prawa motywowanym dążeniem do pogłębienia faktycznej (autentycznej) równości pomiędzy ubiegającymi się o zamówienia publiczne.

Porównując dwie szczególne postaci obowiązków równego traktowania ubiegających się o zamówienia, tj. zakaz dyskryminacji oraz nakaz uprzywilejowania wyrównawczego, stwierdzić należy, że uprzywilejowanie wyrównawcze zawsze polega na wprowadzaniu pewnych rozwiązań prawnych, które kształtują sytuację pewnych podmiotów korzystniej<sup>132</sup>. Z kolei niedyskryminacja, która również stanowi element obowiązków związanych z zapewnieniem równości, tradycyjnie wyraża się w zakazie podejmowania określonych zabiegów legislacyjnych, tj. takich, które miałyby ukształtować sytuację prawną określonych podmiotów mniej korzystnie niż sytuację pozostałych. W takim podejściu obowiązek równego traktowania od zakazu dyskryminacji odróżnia charakter obowiązków spoczywających na władzy publicznej stanowiącej prawo. W pierwszym wypadku mają one charakter pozytywny i polegają na podjęciu określonych działań na rzecz równości, nawet wyrażających się w uprzywilejowaniu pewnej grupy społecznej. W przypadku niedyskryminacji

<sup>132</sup> M. Bell, *op. cit.*, s. 633.



obowiązki mają charakter negatywny i polegają na powstrzymaniu się od pewnych działań, które naruszają zasadę równego traktowania<sup>133</sup>.

Ponadto treść obowiązku zapewnienia równości, który aktualizuje się w procesie stanowienia prawa, jest oczywiście szersza niż treść zakazu dyskryminacji. Zasada równości zawiera w sobie obowiązek równego traktowania, ochrony przed dyskryminacją, przeciwdziałania nierówności, a nawet wyrównywania szans (promowania równości)<sup>134</sup>. Niedyskryminacja stanowi wyraz równości formalnej. Natomiast obowiązek zapewnienia równości zawiera w sobie postulat równości materialnej, a w najdalej idącym wymiarze łączy się z pozytywnym obowiązkiem urzeczywistniania faktycznej równości ubiegających się o zamówienia publiczne<sup>135</sup>.

#### **4. Obowiązki równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne w stanowieniu prawa a urzeczywistnianie sprawiedliwości w zamówieniach publicznych**

##### **4.1. Związek obowiązków równego traktowania ze sprawiedliwością**

Przeprowadzone wyżej analizy kierują uwagę w stronę sprawiedliwości jako naczelnej wartości, której przyporządkowane jest wykonywanie obowiązków równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne zachodzące w procesie stanowienia prawa. Odpowiada to sformułowanym w literaturze ogólnym spostrzeżeniom dotyczącym ścisłych związków, jakie zachodzą między równością a sprawiedliwością<sup>136</sup>. Zauważa się m.in., że istotą sprawiedliwości jest kształtowanie stosunków społecznych pod względem równości<sup>137</sup> albo że do istoty sprawiedliwości należy traktowanie podobnych przypadków w podobny sposób<sup>138</sup>. W związku z tym zagadnienie prawodawczych obowiązków równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne można uznać za wycinek problematyki „sprawiedliwości reguł, zasad lub norm”<sup>139</sup>.

Związek obowiązków równego traktowania ze sprawiedliwością w zamówieniach publicznych wyraża się w pierwszym rzędzie w omówionym wyżej zagadnieniu doboru przez prawodawcę kryteriów różnicowania ubiegających się o zamówienia publiczne. O sprawiedliwym ukształtowaniu procesu udzielania zamówień przesądza

<sup>133</sup> A. Śledzińska-Simon, *op. cit.*, s. 42.

<sup>134</sup> *Ibidem*; C. McCrudden, *Buying Social Justice. Equality, Government Procurement, & Legal Change*, Oxford 2007, s. 515.

<sup>135</sup> A. Ciesliński, *Konstrukcja prawna...*, s. 315; A. Borowiec, *Zamówienia publiczne jako instrument wspierania małych i średnich przedsiębiorstw w Polsce*, Poznań 2008, s. 145.

<sup>136</sup> S. Biernat, *Problemy prawne sprawiedliwego...*, s. 59; C. Perelman, *op. cit.*, s. 73; Z. Ziemiński, *Związki między sprawiedliwością a równością*, „Etyka” 1981, t. 19, s. 101.

<sup>137</sup> G. Rabruch, *Filozofia prawa*, Warszawa 2009, s. 41

<sup>138</sup> M. Piechowiak, *Sprawiedliwość społeczna jako podstawa porządku prawnego*, [w:] *Zagadnienia współczesnego prawa konstytucyjnego*, red. A. Pułło, Gdańsk 1993, s. 69.

<sup>139</sup> S. Biernat, *Problemy prawne sprawiedliwego...*, s. 76.

w tym zakresie dobór cech, na podstawie których instytucje zamawiające są obowiązane do odpowiedniego kształtowania szans ubiegających się o zamówienia. Można rzec, że równość traktowania w zamówieniach publicznych, a w tym równość szans w ubieganiu się o nie, jest częścią szerszej koncepcji sprawiedliwości. Ten wymiar sprawiedliwości związany z obowiązkami równego traktowania należałoby określić jako materialny<sup>140</sup>.

Na gruncie realizacji obowiązków równego traktowania w stanowieniu prawa ujawnia się również proceduralny aspekt sprawiedliwości, wyrażający się w postulatcie odpowiedniego zinstytucjonalizowanego procesu podejmowania decyzji o udzielaniu zamówień publicznych. Poprzez stanowienie prawa określającego sposób stosowania kryteriów dyferencjacji oraz instrumentarium dostatecznej ochrony ich realizacji prawodawca urzeczywistnia stan procedur, które mogą być oceniane jako sprawiedliwe – albo inaczej – urzeczywistnia stan sprawiedliwości proceduralnej.

Sprawiedliwość proceduralną (ang. *procedural justice*; *procedural fairness*), opisywaną w polskiej literaturze również jako „słuszność proceduralna”, „praworządność proceduralna” czy „sprawiedliwa procedura postępowania”<sup>141</sup>, określić można jako zbiór wartości gwarantujących sprawiedliwy, czyli aprobowany z punktu widzenia przyjmowanych wartości, przebieg postępowania. Określa się ją niekiedy jako przeciwieństwo arbitralności<sup>142</sup>.

Jak stwierdza Zygmunt Ziemiński:

oczekuje się bowiem, że rozstrzygnięcie o tym, czy jakieś działanie było w danej sytuacji sprawiedliwe, dokonywane jest w sposób zinstytucjonalizowany, to znaczy przez określone podmioty do tego zadania powołane i działające w sposób ujęty w przepisy proceduralne<sup>143</sup>.

Z kolei w ujęciu Johna Rawlsa, który uważany jest za twórcę pojęcia *procedural justice* na gruncie filozofii, o istnieniu sprawiedliwości proceduralnej decyduje oprócz treści zachowań uczestników procedury także wyznaczony sposób przeprowadzenia procedury<sup>144</sup>. Oznacza to także, że sprawiedliwość proceduralna jest źródłem postulatów odnoszących się zarówno do stanowienia prawa, jak i oceny obowiązujących regulacji.

<sup>140</sup> *Ibidem*, s. 89.

<sup>141</sup> K. Kowalik-Bańczyk, *Problematyka ochrony praw podstawowych w unijnych postępowaniach w sprawach z zakresu ochrony konkurencji*, Warszawa 2010, s. 13.

<sup>142</sup> R.A. Tokarczyk, *Sprawiedliwość jako naczelną wartość prawa*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska. Sectio G (Ius)” 1997, vol. 44, s. 152.

<sup>143</sup> Z. Ziemiński, *O pojmowaniu sprawiedliwości*, Lublin 1992, s. 176.

<sup>144</sup> J. Rawls, *op. cit.*, s. 30 i nast.; M. Borucka-Arctowa, *Koncepcja sprawiedliwości proceduralnej i jej rola w okresie przemian systemu prawa – analiza teoretyczna i funkcjonalna*, [w:] *Dynamika wartości w prawie*, red. K. Pałeczki, Kraków 1997, s. 31. J. Stelmach, R. Sarkowicz, *Teoria prawa*, Kraków 2001, s. 193-194.

Aktualnie znaczenie sprawiedliwości proceduralnej odnotowuje się w ramach badań w różnych dziedzinach prawa<sup>145</sup>. Jerzy Stelmach i Ryszard Sarkowicz stwierdzają, że wprowadzenie do myślenia etycznego i prawniczego kategorii sprawiedliwości proceduralnej jest zabiegiem ważnym, a nawet koniecznym<sup>146</sup>. Z kolei Agnieszka Góra-Błaszczkowska w kontekście procesu cywilnego wyraża opinie, że postępowanie sprawiedliwe to takie, które zapewnia czytelne zasady procedowania oraz równość uczestników, tj. równe traktowanie i równe uczestnictwo w procedurze<sup>147</sup>. W innym miejscu Autorka odnotowuje jeszcze klarowniej, że: „prawo do sprawiedliwego postępowania najściślej związane jest z realizacją zasady równości”<sup>148</sup>. Wiesław Lang i Jerzy Wróblewski także stwierdzają, że w słuszości proceduralnej chodzi o równe traktowanie stron i równy dostęp do uczestnictwa w procesie<sup>149</sup>. Maciej Bernatt – rozważając zagadnienie sprawiedliwości proceduralnej w postępowaniach przed organami regulacyjnymi – konstatuje, że do wartości uniwersalnych konstytuujących sprawiedliwość proceduralną należy, oprócz wysłuchania, możliwość obrony, poufności, zaskarżalności, a także równości<sup>150</sup>. Zagadnienie sprawiedliwości proceduralnej funkcjonuje również jako sprawiedliwość kontraktowania postulująca niwelowanie nierówności stron w trakcie nawiązywania stosunków umownych<sup>151</sup>.

Pojęcie „sprawiedliwości proceduralnej” można z powodzeniem odnosić do dziedziny zamówień publicznych i wiązać z oczekiwaną postacią procedury udzielenia zamówienia publicznego, która zwiększa prawdopodobieństwo oceny podjętej decyzji jako sprawiedliwej. Przy czym, podobnie jak w innych dziedzinach, stwierdzenie istnienia procedury sprawiedliwej w zamówieniach publicznych odnosi się nie tyle do jej oczekiwanego lub osiągniętego rezultatu, ile przede wszystkim do zgodności wyznaczonych albo podjętych działań z określonymi wartościami, które sprawiedliwy rezultat mają zapewnić<sup>152</sup>. Wartości te dotyczą relacji między uczestnikami procedury a jej organizatorem czy gospodarzem i mają charakter „rudymmentarny, aprioryczny i uprzedni względem procedury”<sup>153</sup>. Jednocześnie, pozwalają one oceniać procedurę

<sup>145</sup> Z. Kmiecik, *Rec.: M. Bernatt, Sprawiedliwość proceduralna w postępowaniu przed organem ochrony konkurencji*, „Państwo i Prawo” 2012, nr 7, s. 115.

<sup>146</sup> J. Stelmach, R. Sarkowicz, *op. cit.*, s. 196.

<sup>147</sup> A. Góra-Błaszczkowska, *Zasada równości stron w procesie cywilnym*, Warszawa 2008, s. 187.

<sup>148</sup> *Ibidem*, s. 190.

<sup>149</sup> W. Lang, J. Wróblewski, *Współczesna filozofia i teoria prawa w USA*, Warszawa 1986, s. 258.

<sup>150</sup> M. Bernatt, *Sprawiedliwość proceduralna w postępowaniu przed organem ochrony konkurencji*, Warszawa 2011, s. 94.

<sup>151</sup> J. Limbach, *Promieniowanie konstytucji na prawo prywatne*, [w:] *Na drodze do wspólnoty kultury prawnej II. Auf dem Wege zur Gemeinschaft der Rechtskultur II*, red. M. Lutter, W.-H. Roth, M. Wyrzykowski, Warszawa 2016, s. 13-14; M. Wilejczyk, *Sprawiedliwość kontraktowa. Pojęcie, realizacja, granice*, „Studia Prawa Prywatnego” 2018, nr 2, s. 8-9.

<sup>152</sup> Zob. np. M. Soniewicka, *Granice sprawiedliwości, sprawiedliwość ponad granicami*, Warszawa 2010, s. 45.

<sup>153</sup> M. Borucka-Arctowa, *op. cit.*, s. 57.

jako dobrą (odpowiednią, właściwą, słuszną etc.). W konsekwencji należy przyjąć, że sprawiedliwość proceduralna obejmuje wprawdzie aspekty formalne, ale wyznacza jednocześnie konieczność uwzględniania przez podmiot stosujący normę prawną przyjmowanych w danych stosunkach „wzorcowych systemów wartościowania”<sup>154</sup> – czy inaczej – celów, które mają nie tylko uzasadnienie tetyczne, ale i aksjologiczne czy prekseologiczne<sup>155</sup>.

W literaturze traktującej o samej sprawiedliwości, a także jej wyrazach w różnych typach procedur prawnych (jak np. procedury tworzenia prawa, procedury cywilne, karne czy administracyjne) pojęcie sprawiedliwości proceduralnej wiąże się zazwyczaj z wieloma szczegółowymi wartościami. Zalicza się do nich np. pewność, przewidywalność, nieprzewlekłość, efektywność, bezstronność, otwartość na uczestnictwo, możliwość kontroli instancyjnej, istnienie reguł dotyczących ustalania stanów faktycznych, uczciwość, rzetelność, grzeczność, poszanowanie godności i praw obywatela, możliwość prezentowania swoich racji, dostęp do informacji, uzasadnianie rozstrzygnięć, kontradiktoryjność, wysłuchanie, możliwość obrony, poufność i zaskarżalność, stabilność rozstrzygnięć i inne<sup>156</sup>. Wśród nich szczególne miejsce przypisywane jest równości<sup>157</sup>.

Poglądy powyższe korespondują z opiniami formułowanymi na gruncie zamówień publicznych. W literaturze stwierdza się, że zapewnienie równego traktowania ubiegających o zamówienia publiczne jest jednym ze wskazywanych często celów prawa zamówień publicznych, ale równocześnie elementem całego kompleksu wartości, które śmiało można określić jako przejaw sprawiedliwego udzielania zamówień publicznych. Jakie są cele prawa zamówień publicznych? – pyta w swojej monografii Paweł Nowicki<sup>158</sup>, a rozstrzygając tę kwestię, odwołuje się do przywołanych już

<sup>154</sup> M. Zieliński, *Obiektywność ustalenia faktów jako element praworządności stosowania prawa*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1979, nr 41(1), s. 34; K. Opałek, J. Wróblewski, *Sporne zagadnienia pojęć teoretycznoprawnych*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1972, nr 34(1), s. 96.

<sup>155</sup> T. Pietrzykowski, *Ujarzmianie Lewiatana. Szkice o idei rządów prawa*, Katowice 2014, s. 133.

<sup>156</sup> Z. Ziemiński, *O pojmowaniu...*, s. 177-181; M. Bernatt, *Sprawiedliwość proceduralna...*, s. 42-43; M. Strzelbicki, *Zasada sprawiedliwości proceduralnej w procedurach publicznego prawa gospodarczego*, [w:] *Swoistość procedur publicznego prawa gospodarczego*, red. B. Popowska, Poznań 2013, s. 61; K. Kurosz, *Sprawiedliwość prawnomaterialna a proceduralna – kilka uwag na temat napięć między różnymi postaciami sprawiedliwości w prawie cywilnym*, „Studia Iuridica” 2017, nr 10, s. 115; N. Półtorak, *Ochrona uprawnień wynikających z prawa Unii Europejskiej w postępowaniach krajowych*, Warszawa 2010, s. 488; P. Ostojski, *Sprawiedliwość proceduralna według ReNEUAL modelu kodeksu postępowania administracyjnego Unii Europejskiej*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2017, R. 79, z. 1, s. 138-139; J. Helios, *Prawo materialne a prawo procesowe w kontekście relacji pomiędzy Unią Europejską a państwami członkowskimi*, „Zeszyty Naukowe Państwowej Wyższej Szkoły Zawodowej im. Witelona w Legnicy” 2009, nr 5, s. 14.

<sup>157</sup> R.S. Summers, *Evaluating and Improving Legal Processes – A Plea for „Process Values”*, „Cornell Law Review” 1974, vol. 60, s. 24-25; M. Bernatt, *Sprawiedliwość proceduralna...*, s. 43.

<sup>158</sup> P. Nowicki, *op. cit.*, s. 13.

wyżej rudymenarnych wartości zamówień publicznych, jak zgodność z prawem (ang. *legal compliance*), uczciwa konkurencja, zrównoważony rozwój oraz wartości ekonomiczne<sup>159</sup>. Jednak Nowicki dostrzega jednocześnie, że „podstawa aksjologiczna prawa zamówień publicznych zawiera wartości, które odnoszą się do efektów realizowanych zamówień, jak również procedury jako takiej”<sup>160</sup>. I dodaje, że „zbalansowanie aspektów sprawiedliwości dystrybucyjnej wartościami właściwymi sprawiedliwości proceduralnej znajduje swój wyraz w katalogu wartości zamówień publicznych”<sup>161</sup>. Marek Szydło natomiast stwierdza, że sprawiedliwość proceduralna w zamówieniach publicznych polega na takim normatywnym ukształtowaniu postępowania o udzielenie zamówienia oraz na takim praktycznym jego przeprowadzeniu, by w postępowaniu tym mogły zostać urzeczywistnione określone wartości. Wartości wpisane w sprawiedliwość proceduralną pozwalają więc w pierwszym rzędzie na pozytywną ocenę regulacji prawa zamówień publicznych, a w dalszej kolejności samego sposobu udzielenia zamówienia publicznego. Autor zalicza do nich przejrzystość, równe traktowanie wykonawców oraz szeroko rozumiane prawo wykonawców do aktywnego uczestnictwa w postępowaniu na różnych jego etapach. Marek Szydło stwierdza również, że elementem sprawiedliwości proceduralnej w zamówieniach publicznych jest zapewnianie szeroko rozumianej etycznej uczciwości zachowań uczestników rynków zamówień publicznych<sup>162</sup>. Na aspekty proceduralne zwraca także uwagę Maciej Lubiszewski, który podkreśla, że nadrzędnym celem prawa zamówień publicznych jest otwarcie zamówień publicznych dla konkurujących ze sobą wykonawców, co z jednej strony oznacza przyznanie wykonawcom podmiotowego prawa do dostępu do zamówienia publicznego, natomiast z drugiej strony zapewnienie konkurencyjności postępowań<sup>163</sup>. Znamienny dla identyfikacji znaczenia procedury zamówień publicznych jest też głos judykatury. W ocenie Sądu Najwyższego wyrażonej w 2001 r. ich celem jest

zagwarantowanie równego traktowania wszystkich uczestników postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, wyeliminowanie zjawisk o charakterze korupcyjnym i w konsekwencji ochronę rynku, który powinien być zorganizowany przy zachowaniu zasady równości wszystkich uczestniczących w nim podmiotów. Celem norm zawartych w ustawie o zamówieniach publicznych jest zatem zapewnienie ochrony interesu publicznego [...]<sup>164</sup>.

Z przytoczonych poglądów wynika, że obowiązkiem prawodawcy jest nie tylko stanowienie prawa regulującego udzielanie zamówień, ale stanowienie tego prawa

<sup>159</sup> *Ibidem*, s. 343-347.

<sup>160</sup> *Ibidem*, s. 343.

<sup>161</sup> *Ibidem*.

<sup>162</sup> M. Szydło, *Prawna koncepcja...*, s. 2-3, s. 29; J. Rawls, *op. cit.*, s. 120 i nast.

<sup>163</sup> M. Lubiszewski, *op. cit.*, s. 36 i 41.

<sup>164</sup> Wyrok SN z dnia 13 września 2001 r., IV CKN 381/00.

w taki sposób, by urzeczywistniało przypisywane mu cele, wśród których ważną rolę odgrywa zapewnienie równości ubiegania się o zamówienia publiczne. Można zatem skonkludować, że jednym z istotnych obowiązków prawodawcy jest kształtowanie norm prawnych w sposób zapewniający sprawiedliwe udzielanie zamówień publicznych, w tym sprawiedliwość proceduralną, w ramach której kluczową rolę odgrywa równość uczestników postępowania ubiegających się o zamówienia publiczne<sup>165</sup>.

#### **4.2. Obowiązek stanowienia procedur udzielania zamówień publicznych**

Jak wskazano wyżej, stanowienie przez prawodawcę uzasadnionych kryteriów dyferencjacji ubiegających się o zamówienia publiczne dokonuje się również w związku ze stanowieniem innych norm służących zapewnieniu ich prawidłowego stosowania. Obejmują one co najmniej stanowienie procedur klasyfikowania ubiegających się o zamówienia publiczne. Te działania prawodawcze odgrywają rolę służebną wobec obowiązku równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne, ponieważ stwarzają możliwości prawidłowego korzystania z ustanowionych kryteriów. Prawidłowe realizowanie takich działań prawodawczych pozwala z kolei na ukształtowanie sytuacji prawnej ubiegających się o zamówienie w sposób pełniej urzeczywistniającej równe traktowanie.

Jednym z warunków umożliwiających sprawiedliwe traktowanie ubiegających się o zamówienie publiczne jest więc istnienie regulowanych prawnych sposobów postępowania w celu udzielenia zamówień. Stanowienie norm dotyczących postępowania o udzielenie zamówień publicznych stwarza „przestrzeń proceduralną”, w ramach której zastosowanie znajdują wyznaczone kryteria dyferencjacji. Z kolei stanowienie norm dotyczących ochrony prawnej uprawdopodobnia rzeczywiste, właściwe wykonywanie wyznaczonych przez prawodawcę obowiązków instytucji zamawiających. To w ramach odpowiedniej procedury mogą dokonywać się kolejno klasyfikacje ubiegających się o zamówienie, w celu wyboru wykonawcy zamówienia.

Procedury udzielenia zamówienia publicznego mogą przybierać różną postać, przy czym najbardziej doniosłą rolę dla realizacji stanu równego traktowania odgrywają procedury o charakterze przetargowym oraz konkursowym. Pojęcie przetargu jest zarezerwowane na gruncie prawa zamówień publicznych do jednego z typów trybów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego obejmującego przetarg nieograniczony oraz ograniczony. Wspólnymi cechami jest publiczny charakter ogłoszenia o ich wszczęciu będący jednocześnie zaproszeniem do udziału w postępowaniu

<sup>165</sup> Na temat ścisłego związku pomiędzy równością a sprawiedliwością w ogólności zob.: S. Biernat, *Rozdział dóbr przez państwo. Uwarunkowania społeczne i konstrukcje prawne*, Wrocław 1989, s. 262; M. Rzepka, *Realizacja zasady równości wobec prawa w postępowaniu administracyjnym*, „Roczniki Administracji i Prawa” 2019, nr 19, s. 272.



poprzez – odpowiednio – złożenie oferty albo złożenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Przy czym wybór wykonawcy, a w dalszej konsekwencji udzielenie zamówienia w obu rodzajach przetargu dokonuje się poprzez wyłonienie oferty najkorzystniejszej<sup>166</sup>. Z kolei pojęcie konkursu w obszarze zamówień publicznych występuje w trzech ujęciach: 1) jako opis jednego z nazywanych sposobów udzielenia zamówienia publicznego<sup>167</sup>, 2) jako opis czynności pomocniczych i organizacyjnych poprzedzających udzielenie zamówienia publicznego<sup>168</sup> albo 3) jako opis niebędącej udzieleniem zamówienia publicznego w postaci przyrzeczenia publicznego nagrody za wykonanie i przeniesienie prawa do pracy konkursowej<sup>169</sup>. Procedury konkursowe oraz przetargowe traktowane jako sposoby udzielenia zamówienia publicznego można opisać wspólnie jako otwarte postępowania wielostopniowe, ofertowe, eliminacyjne, wynikające z uporządkowanych działań, inicjowane publicznym ogłoszeniem będącym zaproszeniem do konkurencyjnego udziału w postępowaniu. Udzielanie zamówienia prowadzone jest w warunkach określonych z góry przez zamawiającego oraz przepisy prawa, których celem jest wyłonienie wykonawcy oferującego wykonanie zamówienia w sposób najkorzystniejszy z punktu widzenia jakościowych lub ilościowych kryteriów i innych warunków określonych przez zamawiającego.

Robert Szostak trafnie odnotowuje, że regulacje prawne dotyczące zamówień publicznych

oparte są na założeniu, że procedury aukcyjno-przetargowe toczone w warunkach, jawnej, realnej i uczciwej konkurencji najlepiej urzeczywistniają zasadę równego dostępu zamówień publicznych, europejskie swobody rynkowe, a także ochronę interesu publicznego, zapewniając najlepszą efektywność wydatków publicznych<sup>170</sup>.

Z kolei Marek Szydło stwierdza, że

jedną z instytucji prawnych szczególnie przydatnych do tego (i specjalnie dedykowanych temu), by służyć realizowaniu w postępowaniu zamówieniowym zasady równości, jest instytucja przetargu nieograniczonego. Przetarg nieograniczony realizuje zasadę rów-

<sup>166</sup> Pzp 2019, art. 133 i nast. oraz 140 i nast.; R. Szostak, *Zasada pisemności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie” 2008, nr 776, s. 5-6; *idem*, *Zagadnienia konstrukcyjne przetargu w świetle znowelizowanych przepisów kodeksu cywilnego*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2004, nr 1, s. 97-98; *idem*, *Przetarg na tle rozwiązań europejskich – zarys problemu*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie” 2009, nr 802, s. 23; S. Rudnicki, S. Dmowski, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Ks. 1, Część ogólna*, Warszawa 1998, s. 183.

<sup>167</sup> Zob. np. motyw 61 dyrektywy klasycznej; Ustawa z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (Dz.U. z 2011 r., Nr 112, poz. 654), art. 26 ust. 3.

<sup>168</sup> Zob. np. art. 78 pkt a dyrektywy klasycznej.

<sup>169</sup> Zob. np. Art. 7 pkt 8 Pzp 2019; M. Ziółkowska, *Charakter prawny konkursu w zamówieniach publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2013, nr 4, s. 59-82.

<sup>170</sup> R. Szostak, *Przetarg na tle rozwiązań europejskich – zarys problemu*, „Zeszyty Naukowe/ Uniwersytet Ekonomiczny w Krakowie” 2009, nr 802, s. 24-25.

ności w postępowaniu zamówieniowym w możliwie najpełniejszy sposób, gdyż daje on możliwość złożenia swojej oferty każdemu wykonawcy, który jest tym zainteresowany<sup>171</sup>.

Z powyższego wynika, że elementem prawidłowej legislacji w zamówieniach publicznych jest stanowienie norm kształtujących konkursowe oraz przetargowe procedury udzielania zamówień publicznych. Konieczność zastosowania takich procedur nie musi być wprawdzie bezwzględna. Jak wskazano wyżej, kompleksowe lub częściowe wyłączenie obowiązku stosowania prawa zamówień publicznych skutkować może wyłączeniem obowiązku stosowania takich procedur, chyba że wynikać on będzie z regulacji odrębnych. Ponadto regulacje zamówień publicznych przewidują i mogą przewidywać możliwość stosowania innych typów procedur udzielania zamówień publicznych, w tym sposobów negocjacyjnych. Jednakże procedurom konkursowym i przetargowym należy przypisać rolę podstawową w zapewnieniu równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne.

W świetle spoczywających na prawodawcy obowiązków równego traktowania ubiegających się o zamówienie publiczne na odrębną uwagę zasługują działania legislacyjne dokonujące się w związku ze stanowieniem prawa zamówień publicznych, ale polegające na stanowieniu określonych wyłączeń w zakresie zastosowania norm dotyczących udzielenia zamówień. Wyłączenia takie mogą przybierać różnorodną postać, wśród których wskazać można kompleksowe oraz częściowe wyłączenie zastosowania obowiązujących regulacji.

Kompleksowe wyłączenie zastosowania obowiązujących regulacji dotyczących udzielenia zamówień publicznych stanowi generalne odstępstwo od stosowania zasady powszechności zamówień publicznych – czy inaczej – zasady powszechności reżimu ustawowego zamówień publicznych. Jej normatywnym wyrazem jest aktualnie art. 17 ust. 2 Pzp 2019, 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 odpłatnych umów na dostawy, usługi lub roboty budowlane z wybieranymi zgodnie z ustawą wykonawcami<sup>172</sup>. Wyłączenie zastosowania przepisów Pzp 2019 dotyczy norm, które wyznaczają konkretne obowiązki dotyczące wyboru wykonawców oraz które określają konsekwencje niewykonania lub nieprawidłowego wykonania takich obowiązków.

Zabiegi legislacyjne służące kompleksowemu wyłączeniu zakresu zastosowania norm mogą przybierać dwojaką postać: a) pozytywną, tj. polegającą na ustanowieniu normy określającej zakres zastosowania ustawy tylko do części zamówień, oraz b) negatywną, tj. polegającą na stanowieniu norm przewidujących wyłączenie

<sup>171</sup> M. Szydło, *Prawna koncepcja...*, s. 33.

<sup>172</sup> R. Szostak, *Zasady prawa zamówień publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2014, nr 3, s. 9-10.

zastosowania ustawy do udzielenia określonych zamówień, przy czym wyłączenia stosowania ustawy mogą być zawarte w samej ustawie, której wyłączenie dotyczy, albo w ustawach odrębnych<sup>173</sup>. Z kolei wyłączenie częściowe może dotyczyć zwolnienia instytucji zamawiających jedynie z części obowiązków dotyczących udzielania zamówień publicznych<sup>174</sup>.

Samo wyłączenie obowiązku stosowania określonych regulacji ustawowych normujących sposób udzielania zamówień publicznych mieści się w ramach swobody prawodawczej, jednak brak usprawiedliwienia dla takich zabiegów legislacyjnych może uprawniać do twierdzenia o naruszeniu przez prawodawcę obowiązku równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne. Z wyłączeniem zastosowania przepisów łączy się bowiem potencjalnie niezapewnienie warunków do równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne.

Interesujących spostrzeżeń w tej materii dokonał Trybunał Sprawiedliwości na kanwie sprawy P.M. i inni przeciwko Ministerraad zakończonej wyrokiem z 6 czerwca 2019 r.<sup>175</sup> Sprawa ta dotyczyła wprawdzie obowiązków równego traktowania realizowanych w ramach prawodawstwa unijnego, ale spostrzeżenia poczynione przez Trybunał w tym zakresie odnosić można do obowiązków prawodawcy krajowego. Otóż Trybunał w ramach odesłania prejudycjalnego odniósł się do pytania o zgodność z zasadą równego traktowania wyłączeń usług arbitrażowych i pojednawczych oraz niektórych usług prawniczych ze stosowania zasad udzielania zamówień określonych w dyrektywie klasycznej. Trybunał potwierdził szeroki zakres uznania przysługujący prawodawcy Unii w ramach wykonywania przyznanych mu kompetencji w dziedzinach zakładających konieczność podejmowania przez niego decyzji natury politycznej, gospodarczej i społecznej oraz wymagających od niego dokonywania kompleksowych ocen<sup>176</sup>. Zastrzegł jednak, że nieważność przepisu przewidującego wyłączenie obowiązków stosowania zasad i procedur zawartych w dyrektywach w przypadku udzielenia niektórych zamówień może wynikać ze znacząco nieodpowiedniego charakteru przepisu w stosunku do zamierzonego celu (ang. *manifestly inappropriate in relation to the objectives which the competent institutions are seeking to pursue*)<sup>177</sup>. Prawodawca jest bowiem zobowiązany oprzeć swój wybór na kryteriach

<sup>173</sup> E. Kowalczyk, *Pozastawowe zamówienia publiczne*, Zielona Góra 2021, s. 8.

<sup>174</sup> Przykładem takiego zwolnienia przewidzianego w obowiązującej aktualnie ustawie Prawo zamówień publicznych jest przepis dotyczący tzw. usług o charakterze niepriorytetowym wskazanych w dyrektywie obronnościowej. Do postępowań o udzielenie takich zamówień nie stosuje się przepisów ustawy dotyczących m.in. minimalnych terminów składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub terminów składania ofert albo obowiązku żądania dokumentów jako podmiotowego środka dowodowego (Art. 398 Pzp 2019).

<sup>175</sup> C-264/18.

<sup>176</sup> Pkt 26.

<sup>177</sup> Pkt 26.

obiektywnych i dostosowanych do celu<sup>178</sup>. Trybunał odniósł się do istoty zasady równego traktowania jako ogólnej zasady prawa i przypomniał, że w jej świetle konieczne jest, aby podobne sytuacje nie były traktowane w odmienny sposób, a odmienne sytuacje nie były traktowane jednakowo, chyba że takie traktowanie jest obiektywnie uzasadnione<sup>179</sup>. Porównywalność odmiennych sytuacji należy oceniać w świetle ogółu cechujących je elementów. Elementy te powinny być m.in. ustalone i ocenione przez pryzmat przedmiotu i celu aktu prawnego, który wprowadza rozróżnienie. Ponadto należy uwzględnić zasady i cele dziedziny prawa, która jest przedmiotem oceny<sup>180</sup>.

Kolejnym szczególnym przykładem wyłączenia obowiązków dotyczących udzielenia zamówień publicznych rozważanym na kanwie orzecznictwa jest zwolnienie z konieczności stosowania określonych procedur na rzecz możliwości udzielenia zamówienia w sposób bezpośredni<sup>181</sup>. W orzeczeniu wydanym 6 kwietnia 2006 r. w sprawie C-410/04 ANAV Trybunał uznał za zgodne z zasadą równego traktowania uregulowanie krajowe pozwalające organowi publicznemu na bezpośrednie udzielenie zamówienia na świadczenie usług publicznych spółce, w której posiada on całość kapitału, pod warunkiem wszakże, że organ publiczny sprawuje nad tą spółką kontrolę analogiczną do tej, jaką sprawuje nad własnymi służbami, i spółka ta prowadzi swoją podstawową działalność wspólnie z organem, który posiada w niej udziały<sup>182</sup>.

Przedstawione poglądy wskazują, że zwolnienie z obowiązku stosowania regulacji dotyczących udzielenia zamówień publicznych należy traktować jako wyjątek, który wymaga uzasadnienia. Analiza obowiązujących regulacji pozwala

<sup>178</sup> Pkt 27.

<sup>179</sup> Pkt 28.

<sup>180</sup> Pkt 29. Trybunał w swych rozważaniach odniósł się również do specyfiki zamówień objętych wyłączeniem. Stwierdził m.in., że podmioty świadczące usługi arbitrażowe i pojednawcze są wybierane w sposób, który nie może być regulowany przepisami dotyczącymi zamówień publicznych (pkt 31). Arbitrzy i rozjemcy muszą być bowiem w każdym przypadku zaakceptowani przez wszystkie strony sporu i są wyznaczani w drodze obopólnego porozumienia stron (pkt 32). Podobnie z wyłączeniami usługami prawnymi, które świadczone są w ramach relacji *intuitu personae* między prawnikiem a jego klientem, charakteryzującej się najściślejszą poufnością, swobodą wyboru obrońcy i więzią zaufania łączącą klienta z reprezentującym go prawnikiem, co utrudnia obiektywny opis oczekiwanej jakości świadczonych usług (pkt. 34-37). Trybunał skonkludował na tej podstawie, że usługi arbitrażowe i pojednawcze oraz usługi prawnicze – ze względu na ich obiektywne cechy (ang. *objective characteristics*) – nie są porównywalne z innymi usługami objętymi zakresem stosowania dyrektywy 2014/24. Wynika stąd, że prawodawca Unii, bez naruszenia zasady równego traktowania, w ramach przysługującego mu zakresu uznania mógł wyłączyć te usługi z zakresu stosowania Dyrektywy (pkt 33, pkt 38, pkt 40).

<sup>181</sup> W. Szydło, *Bezpośrednie zawarcie umowy o świadczenie usług w zakresie publicznego transportu kolejowego i jej sądowa kontrola*, „Przegląd Komunikacyjny” 2015, nr 1, s. 7; art. 5 ust. 6. Rozporządzenia (WE) nr 1370/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 23 października 2007 r. dotyczące usług publicznych w zakresie kolejowego i drogowego transportu pasażerskiego oraz uchylające rozporządzenia Rady (EWG) nr 1191/69 i (EWG) nr 1107/70 (Dz. Urz. UE. L Nr 315, s. 1).

<sup>182</sup> Pkt 33.

zrekonstruować pewien wachlarz przesłanek wyłączeń kompleksowego lub częściowego zakresu zastosowania norm dotyczących udzielania zamówień publicznych. Niektóre z nich wyrażone są wprost w ramach motywów legislacyjnych, inne przejawiają się mniej lub bardziej czytelnie w treści regulacji prawnej. Powody, dla których prawodawca przewiduje wyłączenie stosowania określonych obowiązków, reprezentują zazwyczaj gamę racji posiadających pewne umocowanie aksjologiczne lub prakseologiczne.

Racje dla wyłączenia obowiązków stosowania określonych zasad tkwić mogą w specyfice zamówienia. Bez wątpienia naczelną racją wyłączeń jest bagatelny charakter określonych rodzajów zamówień. W przypadkach takich ustawodawca uznaje, że ustanowione przez niego regulacje nie są optymalne i poprzez wyłączenie obowiązku ich stosowania stwarza instytucjom zamawiającym możliwość swobodniejszego działania. Powody uzasadniające wyłączenie stosowania określonych norm mogą również wynikać z konieczności stosowania innych procedur, w tym wynikających z zobowiązań międzynarodowych czy procedur organizacji międzynarodowych. W ramach *rationes leges* wyłączeń wskazać można takie, które związane są z brakiem odpowiednio konkurencyjnego wymiaru pewnych rodzajów zamówień publicznych. Tego rodzaju powody mogą obejmować okoliczności zarówno związane z prawnymi uwarunkowaniami braku konkurencji albo z okolicznościami faktycznymi reprezentującymi pewną trwałą, dostrzegalną specyfikę rynku. Wśród przesłanek wyłączeń wskazać można także okoliczności polegające na istnieniu wyłączności w wykonywaniu zamówienia<sup>183</sup>. Jako przesłankę uzasadniającą wyłącznie obowiązku stosowania określonych norm wskazać można również przedmiotową specyfikę zamówienia, która zazwyczaj w praktyce wyklucza możliwość faktycznego konkutowania o jego udzielenie<sup>184</sup>. Motyw legislacyjny uzasadniający wyłącznie stosowanie określonych obowiązków 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 dostępność określonych dóbr. Przesłanki wyodrębnienia zamówień, których udzielenia nie wymaga stosowanie określonych regulacji, mogą być również związane z istotną rolą aspektów pozaekonomicznych, niekomercyjnych, w tym aspektów społecznych czy kulturalnych związanych z udzieleniem zamówienia<sup>185</sup>. Brak obowiązku stosowania określonych regulacji do

<sup>183</sup> Przykładem mogą być tu zamówienia na usługi Narodowego Banku Polskiego oraz na usługi Banku Gospodarstwa Krajowego (Art. 10 ust. 2 pkt. 1 oraz 2 Pzp 2019).

<sup>184</sup> Przykładem mogą być tu zamówienia, których przedmiotem jest nabycie praw do budynków lub nieruchomości (art. 11 ust. 1 pkt 6 Pzp 2019). W takich przypadkach nabycie prawa nie dotyczy zwykle jakiegokolwiek nieruchomości, ale jedynie położonych w określonym miejscu.

<sup>185</sup> Wśród nich wskazać można zamówienia na dostawę 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

udzielenia pewnego rodzaju zamówień może także wynikać z ich wewnętrznego charakteru<sup>186</sup>. Wśród powodów wyłączeń obowiązków stosowania ustawy wskazać można i takie, które odnoszą się do odmiennego charakteru umów objętych wyłączeniem<sup>187</sup>. Wreszcie powodami uzasadniającymi wyłączenie stosowania procedur mogą być względy szeroko rozumianego interesu, bezpieczeństwa, porządku czy zdrowia publicznego, potrzeby ochrony środowiska, a nawet moralności publicznej<sup>188</sup>. W literaturze wskazano przy tym, że tak rozumiane powody mogą nie tylko uzasadniać wyłączenie obowiązku stosowania otwartych procedur zamówień publicznych, ale także usprawiedliwiać „protekcjonalny wybór podmiotów publicznych do realizacji usług publicznych”<sup>189</sup>.

Z powyższego wynika, że stanowienie zarówno kompleksowych, jak i częściowych wyłączeń obowiązku stosowania prawa zamówień publicznych, samo przez się nie jest przejawem naruszenia przez prawodawcę obowiązków równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne. Jest jednak ściśle związane z wypełnianiem przez prawodawcę obowiązków równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne poprzez konieczność uzasadnienia wyłączenia. W ocenie autora niniejszej pracy, wyłączeniu obowiązku stosowania prawa zamówień publicznych nie musi każdorazowo towarzyszyć nałożenie obowiązków równego traktowania ubiegających się o zamówienia. W literaturze podejmującej ogólną tematykę równości wyrażono wprawdzie pogląd, że niedopełnienie przez państwo obowiązku polegającego na nienalożeniu na adresatów norm prawnych zakazu dyskryminacji może być przejawem tzw. „biernej dyskryminacji”<sup>190</sup>. Wydaje się jednak, że takie ujęcie niespełniania obowiązków prawodawczych jest w przypadku zamówień publicznych zbyt daleko idące. Jak wskazano wyżej, konstytucyjny zakaz dyskryminacji stanowi element porządku prawnego w Polsce, a ewentualnego braku konkretyzacji tego zakazu

---

kosztów badań lub rozwoju (art. 11 ust. 5 pkt 1 Pzp 2019) albo zamówienia, których przedmiotem są dostawy lub usługi z zakresu działalności kulturalnej (art. 11 ust. 5 pkt 2 Pzp, zob. też: art. 11 ust. 5 pkt 4 Pzp 2019).

<sup>186</sup> Ilustracją mogą być tu zamówienia udzielane instytucji gospodarki budżetowej przez organ władzy publicznej wykonujący funkcje organu nadzorującego albo założycielskiego tej instytucji (art. 11 ust. 5 pkt 8 Pzp 2019).

<sup>187</sup> Zgodnie z aktualnie obowiązującymi regulacjami należą do tej grupy np. umowy z zakresu prawa pracy, umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi, a także umowy zawierane przez uczelnie publiczne z tworzonymi przez nie spółkami celowymi (art. 11 ust. 1 pkt. 1-3 Pzp 2019).

<sup>188</sup> 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). R. Hansen, *Contracts not covered or not fully covered by the Public Sector Directive*, København 2012, s. 139.

<sup>189</sup> D. Sylwestrzak, *Preferowanie podmiotów publicznych w niektórych rodzajach działalności gospodarczej*, [w:] *Węzłowe problemy oddziaływania państwa na konkurencyjność i innowacyjność gospodarki z perspektywy różnych dziedzin prawa*, red. A. Brzezińska-Rawa, D. Sylwestrzak, Toruń 2015, s. 30, 42.

<sup>190</sup> A. Śledzińska-Simon, *op. cit.*, s. 43.



w obszarze pozaustawowych zamówień publicznych nie można kwalifikować jako dyskryminacji jakichś podmiotów przez prawodawcę.

Natomiast brak istotnych racji dla zwolnienia z obowiązku stosowania procedur zamówień publicznych może uprawniać ocenę działań prawodawcy jako polegających na określeniu położenia podmiotów ubiegających się o zamówienia wyłączone oraz podmiotów ubiegających się o pozostałe zamówienia jako niesłusznie odmiennych. Owe nieuzasadnione zwolnienie skutkować będzie niezapewnieniem ustawowych gwarancji równego traktowania, w tym iluzoryczności, lub brakiem instrumentów ochrony prawnej na wypadek nierównego traktowania<sup>191</sup>. Stanowienie obligatoryjnych procedur oraz wyłączeń traktować zatem należy jako stwarzanie warunków dla realizacji obowiązków równego traktowania.

### 4.3. Obowiązek stanowienia norm urzeczywistniających bezstronność w procesie udzielania zamówień

Wśród wartości, które wraz z równością kształtują sprawiedliwość proceduralną, w tym równość traktowania w zamówieniach publicznych, istotną rolę odgrywa bezstronność. W nauce zauważa się, że jest ona właściwie wpisana w dyrektywę sprawiedliwości (sprawiedliwość jako bezstronność, ang. *justice as impartiality*)<sup>192</sup>. Minimum aksjologiczne sprawiedliwości obejmuje bowiem wykluczenie stronniczości, czyli ukierunkowania na faworyzowanie (preferowanie, promowanie) czy dyskryminowanie (upośledzenie) określonego podmiotu<sup>193</sup>.

Polski prawodawca nie określił wprost, że właściwością procedur udzielenia zamówień jest ich bezstronność. Stwierdzenia takie można jednak odnaleźć chociażby w orzecznictwie europejskim. O bezstronności procedur udzielenia zamówień (ang. *the impartiality of procurement procedures*) wspomina się np. w sprawie C-324/98 *Telaustria*<sup>194</sup>, w sprawie C-458/03 *Parking Brixen*<sup>195</sup>, czy też w sprawie T-258/06, Niemcy/Komisja<sup>196</sup>. Na bezstronność procedur wskazuje także Komunikat Wyjaśniający Komisji dotyczący prawa wspólnotowego obowiązującego w dziedzinie

<sup>191</sup> *Ibidem*.

<sup>192</sup> M. Rupniewski, *Pojęcia wzajemności, bezstronności i korzyści wzajemnej w wybranych współczesnych koncepcjach sprawiedliwości*, [w:] *Tendencje rozwojowe myśli politycznej i prawnej*, red. M. Maciejewski, M. Marszał, M. Sadowski, Wrocław 2014, s. 568; B. Barry, *Theories of Justice*, Berkeley 1989, s. 362; M. Strzeliński, *op. cit.*, s. 61; Z. Ziemiński, *O pojmowaniu...*, s. 177 i nast.; S. Biernat, *Rozdział dóbr...*, s. 259.

<sup>193</sup> S. Biernat, *Rozdział dóbr...*, s. 259; Ł. Pasternak, *Zasady jawności oraz uczciwej konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego*, „Krytyka Prawa. Niezależne Studia nad Prawem” 2015, t. 7, nr 1, s. 376-377; G. Klich, *op. cit.*, s. 26.

<sup>194</sup> Teza 3 wyroku Trybunału z dnia 7 grudnia 2000 r. w sprawie *Telaustria* i *Telefonadress*, C-324/98.

<sup>195</sup> Wyrok Trybunału z dnia 13 października 2005 r. w sprawie *Parking Brixen*, C-458/03, pkt 49.

<sup>196</sup> Wyrok Sądu z dnia 20 maja 2010 r., pkt 59.

udzielania zamówień, które nie są lub są jedynie częściowo objęte dyrektywami w sprawie zamówień publicznych<sup>197</sup>. Pojęcie „bezsronnych procedur” (ang. *the impartiality of procurement procedures*) znajduje także zastosowanie w literaturze<sup>198</sup>.

Oczywiście, określenie „bezsronna procedura” jest pewnym skrótem myślowym, ponieważ bezsronność jest w istocie pewną postawą ludzką przyjmowaną przy formułowaniu sądów – a w przypadku zamówień publicznych w zakresie obowiązków równego traktowania – przy stosowaniu wyznaczonych przez ustawodawcę kryteriów klasyfikacji. Właściwsze byłoby więc posługiwanie się określeniem „bezsronność stosowania procedur”. Z tego punktu widzenia, kluczowym obszarem oddziaływania legislacyjnego jest zapewnianie odpowiednich kwalifikacji etycznych osób podejmujących określone czynności w procesie udzielenia zamówień publicznych, w tym zapobieganie konfliktom interesów. Bezsronność domaga się przede wszystkim braku określonego nastawienia, jak chęci realizowania własnego interesu, a także braku zależności czy uprzedzeń. Wyrazem tak pojmowanej bezsronności jest chociażby instytucja wyłączenia z wykonywania czynności z postępowania osób niezapewniających bezsronności i obiektywizmu<sup>199</sup>. Aspekty bezsronnego stosowania procedur udzielenia zamówień publicznych odgrywają więc rolę służebną wobec wypełniania obowiązków równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne w tym sensie, że odnoszą się do pewnej dyspozycji wewnętrznej osób wykonujących określone czynności oraz okoliczności, w których mogą się znajdować.

#### 4.4. Obowiązek stanowienia norm urzeczywistniających przejrzystości procesu udzielania zamówień

Sprawiedliwość proceduralną w zamówieniach publicznych kształtuje również przejrzystość (jawność) postępowania o zamówienie publiczne, która pozostaje w ścisłym związku z obowiązkami równego traktowania. Zarówno w literaturze, jak i na gruncie orzecznictwa stwierdza się, że obowiązki równego traktowania w zamówieniach publicznych pociągają w konsekwencji konieczność przejrzystości<sup>200</sup>. Można nawet rzec, że charakterystycznym rysem orzeczniczym jest też równoczesne odwoływanie

<sup>197</sup> Pkt 2.2.1.

<sup>198</sup> S-C. Săraru, *The Fundamental Principles Drawn from the Court of Justice of the European Union in the Field of Public Procurement and Concessions*, „Acta Universitatis Danubius. Juridica” 2010, nr 6, s. 148.

<sup>199</sup> Art. 17 ust. 3 Pzp 2019.

<sup>200</sup> E. Pijnacker Hordijk, M. Meulenbelt, *A Bridge Too Far: Why the European Commission's Attempts to Construct an Obligation to Tender outside the Scope of the Public Procurement Directives should be Dismissed*, „Public Procurement Law Review” 2005, nr 14(123), s. 126; M. Krugner, *The Principles of Equal Treatment and Transparency and the Commission Interpretative Communication on Concessions*, „Public Procurement Law Review” 2003, nr 12, s. 194; S. Biernat, *Rozdział dóbr...*, s. 265.

się do zasady równego traktowania oraz zasady przejrzystości postępowania<sup>201</sup>. Zwra-  
ca się przy tym uwagę na weryfikacyjną funkcję przejrzystości w zamówieniach  
publicznych<sup>202</sup>. Dostrzega się bowiem, że zasada przejrzystości i konieczność zapew-  
nienia transparentności działań zamawiających gwarantuje realizację obowiązków  
wynikających z zasady równego traktowania wykonawców<sup>203</sup>. Stwierdza się przy  
tym, że obowiązek przejrzystości ma na celu wyeliminowanie ryzyka faworyzowa-  
nia i arbitralnego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne ze strony  
instytucji zamawiającej<sup>204</sup>.

Zagadnienie jawności odgrywa istotną rolę w ocenie stosowania procedur udzie-  
lenia zamówień publicznych przez jej uczestników czy obserwatorów zewnętrznych  
jako zapewniających równe traktowanie ubiegających się o zamówienia publiczne.  
Ten wymiar sprawiedliwości proceduralnej w zamówieniach wyraża się m.in. w moż-  
liwości sprawowania kontroli nad prawidłowym klasyfikowaniem ubiegających się  
o zamówienia, a dalej weryfikacji podjętych w tym przedmiocie decyzji. Uzupełnia  
on obiektywny wymiar sprawiedliwości proceduralnej, który należałoby wiązać z wła-  
ściwością samej procedury, a która polega na zdolności czynienia zadość standardom  
sprawiedliwości<sup>205</sup>. W rezultacie, zarówno subiektywne, jak i obiektywne aspekty  
sprawiedliwości proceduralnej służą eliminowaniu takich zagrożeń, jak nierówne  
traktowania, dyskryminacja, stronniczość, które mogą negatywnie wpływać na wynik  
procedury.

#### 4.5. Obowiązek stanowienia norm zapewniających uczciwość konkurencji w procesie udzielania zamówienia publicznego

W języku powszechnym „uczciwość” może charakteryzować zarówno pewną postawę  
czy zachowanie, jak i sam podmiot, który je przejawia, a wreszcie określone procesy  
czy okoliczności. W każdym przypadku nawiązuje jednak do pewnych wartości  
ocenianych jako cenne, godne urzeczywistniania. Z tego powodu uczciwości można  
przypisywać znaczenie uniwersalne i elementarne. Co równie istotne, uczciwość  
opisywana jest także jako okoliczność sprzyjająca sprawiedliwości (ang. *the presence  
of the circumstances of justice*)<sup>206</sup>.

<sup>201</sup> Wyrok KIO z dnia 15 kwietnia 2019 r., KIO 558/19; wyrok KIO z dnia 21 czerwca 2018 r.,  
KIO 1143/18; wyrok KIO z dnia 14 stycznia 2010 r., KIO/UZP 1648/09; wyrok ZA z dnia 25 września  
2006 r., UZP/ZO/0-2503/06; wyrok KIO z dnia 12 marca 2013 r., KIO 427/13.

<sup>202</sup> Zob. np. S. Arrowsmith, J. Linarelli, D. Wallace Jr., *Regulating Public Procurement, National  
and International Perspectives*, Den Haag–London–Boston 2000, s. 73-74.

<sup>203</sup> Wyrok KIO z dnia 23 sierpnia 2017 r., KIO 1636/17; wyrok KIO z dnia 1 lipca 2015 r., KIO  
1283/15; wyrok KIO z dnia 21 maja 2014 r., KIO 908/14.

<sup>204</sup> Wyrok KIO z dnia 23 sierpnia 2017 r., KIO 1636/17.

<sup>205</sup> M.D. Bayles, *Procedural Justice: Allocating to Individuals*, London 1990, s. 39-60.

<sup>206</sup> B. Barry, *op. cit.*, s. 325.

Uczciwość jako właściwość konkurencji należałoby wiązać z opisem lub postulatem zapewnienia pożądanego stanu rywalizacji, który można określić jako niezakłócone funkcjonowanie konkurencji<sup>207</sup>. Jak pisze Beata Gadek:

Istotą tej koncepcji jest przyjęcie wzorca pozytywnej konkurencji. Porównanie stanu faktycznego z tym abstrakcyjnym modelem pozwala odpowiedzieć na pytanie, czy działanie konkurenta było uczciwe, czy też nie. [...] Sprzeczne z zasadą rzetelności konkurencji jest zatem naruszanie przez rywalizujące podmioty, ustalonych, równych dla wszystkich, warunków konkurencji<sup>208</sup>.

Tak rozumianą uczciwość konkurencji traktować można jako przejaw rozumienia dobrych obyczajów kupieckich<sup>209</sup>. W literaturze zauważono też, że pojęcie uczciwości nabiera szczególnego znaczenia właśnie w obszarze problematyki konkurencji<sup>210</sup>. Artur 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<sup>211</sup>.

Jak wspomniano wcześniej, wolna konkurencja jest swobodą częstkową, która buduje wolność gospodarczą. W tym świetle obowiązek stanowienia norm zapewniających uczciwość konkurencji w procesie udzielania zamówienia publicznego należałoby postrzegać nie tyle jako wyznaczanie granic dla wolności gospodarczej<sup>212</sup>, ile stwarzanie warunków umożliwiających jej pełniejsze wykorzystywanie. Obowiązek stanowienia norm zapewniających uczciwość konkurencji w procesie udzielania zamówienia publicznego można zatem uznać za konieczny element urzeczywistniania sprawiedliwości w zamówieniach publicznych, a tym samym wytyczanie okoliczności, w których dokonywać ma się równe traktowanie ubiegających się o zamówienia publiczne.

<sup>207</sup> 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” 2012, nr 1, s. 29; R. Skubisz, *Klauzule generalne w prawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*, „Annales Universitatis Marie Curie-Skłodowska” 2016, vol. 63, 2, sectio G, s. 10.

<sup>208</sup> B. Gadek, *Generalna klauzula odpowiedzialności za czyn nieuczciwej konkurencji (art. 3 u.z.n.k.)*, Kraków 2003, s. 138.

<sup>209</sup> E. Kowalczyk, *Klauzula dobrych...*, s. 143; K. Kopaczyńska-Pieczniak, *Zasada uczciwości kupieckiej jako zasada prawa handlowego*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2016, vol. 25, 1, s. 170.

<sup>210</sup> M. Biliński, A. Żurawik, *Publiczne prawo gospodarcze*, [w:] *System prawa administracyjnego*, t. 8A: *Publiczne prawo gospodarcze*, red. R. Hauser, Ż. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2018, s. 524.

<sup>211</sup> A. Żurawik, *Dobre obyczaje a zwyczaje, zasady współżycia społecznego i dobra wiara – ujęcie teoretyczne*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2007, nr 4, s. 200.

<sup>212</sup> Tak np. P. Soroka, *Zamówienia publiczne a wolność gospodarcza*, „Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu” 2012, nr 270: *Zamówienia publiczne – stan obecny i perspektywy*, s. 141.

#### 4.6. Obowiązek stanowienia norm zapewniających proporcjonalność rygorów procesu udzielenia zamówienia

Proceduralny wymiar sprawiedliwości ujawnia się również w postulatcie proporcjonalności, który można traktować jako zakorzenioną w europejskim i polskim porządku prawnym wartość. Jak wspomniano wyżej, zarówno na gruncie europejskim, jak i polskim, wymagania proporcjonalności pojmowane są zazwyczaj jako triada nakazów szczegółowych. 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) domaga się ograniczenia ingerencji do niezbędnego minimum. Z kolei nakaz proporcjonalności *sensu stricto* wymaga, by zastosowany środek był adekwatny w stosunku do celu jego użycia<sup>213</sup>. Wskazania te śmiało można odnosić do wymagań stanowienia sprawiedliwości proceduralnej w zamówieniach publicznych. Nie ulega kwestii, że wyznaczaniu przez prawodawcę kompetencji instytucji zamawiających do określania warunków zamówienia, w tym konkretyzowaniu kryteriów różnicowania, powinien towarzyszyć wymóg zachowania proporcjonalności. Tytułem ilustracji przywołać można w tym miejscu zamysł ustawodawczy wyrażony w art. 16 Pzp 2019, który stwierdza m.in., że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób proporcjonalny. To wskazanie interpretowane jest w literaturze jako nałożony przez ustawodawcę na zamawiających obowiązek konstruowania warunków zamówienia w sposób niedyskryminujący, uzasadniony względami interesu publicznego, odpowiedni, ale też nienadmierny, i niewykraczający poza to, co konieczne dla osiągnięcia zakładanych celów<sup>214</sup>.

Spojrzenie na obowiązki równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne w kontekście wymagań proporcjonalności umożliwia ujęcie w funkcjonalną całość różnorodnych elementów procedury zamówień publicznych. Jednocześnie pozwala dostrzec instrumentalny charakter sprawiedliwości proceduralnej w zamówieniach publicznych. Podkreślić jednak należy, że procedury zamówień publicznych są polem działania prawodawczego jako takie, ale jednocześnie są środkiem służącym określonym celom sprawiedliwości materialnoprawnej. Owe cele odnoszą się do treści decyzji o udzieleniu zamówienia, czyli materialnego wyniku procedury, który można oceniać jako sprawiedliwy. W tym ujęciu sprawiedliwość proceduralna, a w tym proporcjonalność w zamówieniach publicznych jest wartością nie samą w sobie, lecz związaną ze sprawiedliwością materialnoprawną<sup>215</sup>. Widoczne jest to chociażby na

<sup>213</sup> J. Zimmermann, *Pravo administracyjne*, Warszawa 2008, s. 88.

<sup>214</sup> *Pravo zamówień publicznych. Komentarz*, red. H. Nowak, M. Winiarz, Warszawa 2021, s. 154-155.

<sup>215</sup> K. Kurosz, *Sprawiedliwość prawnomaterialna a proceduralna – kilka uwag na temat napięć między różnymi postaciami sprawiedliwości w prawie cywilnym*, „*Studia Iuridica*” 2017, nr 10, s. 122.

kanwie obowiązków stanowienia norm służących uprzywilejowaniu wyrównawczemu. W tym zakresie urzeczywistnianie znajduje postulat sprawiedliwości rozdzielczej (dystybutywnej) (łac. *iustitia distributiva*), odnosząc się do odpowiedniego podziału dóbr. Jednak sprawiedliwości proceduralnej w zamówieniach publicznych nie można utożsamiać z modelem tzw. czystej sprawiedliwości proceduralnej w ujęciu zaproponowanym przez Johna Rawlsa, w którym rezygnuje się ze stosowania niezależnego kryterium prawidłowego rezultatu, a przyjmuje się za poprawny każdy wynik procedury uznanej za sprawiedliwą<sup>216</sup>. Wymagania wobec procedury zamówienia publicznego odpowiadają raczej Rawlowskiej koncepcji „sprawiedliwości proceduralnej niedoskonałej”, w której przyjmuje się kryterium poprawności efektu procedury oraz zakłada się zawodność prowadzącej do jego osiągnięcia procedury, czyli możliwość popełnienia błędu<sup>217</sup>. Ryzyko takie może ujawniać się chociażby na etapie realizacji norm przewidujących dla jej adresatów szeroki zakres swobody albo norm wynikających z rozbudowanych redakcyjnie przepisów.

#### **4.7. Obowiązek stanowienia norm zapewniających ubiegającym się o zamówienia publiczne równy dostęp do środków ochrony prawnej**

Kolejnym działaniem prawodawczym służącym pośrednio zapewnieniu równego traktowania ubiegającym się o zamówienia publiczne jest kształtowanie norm umożliwiających dostęp do środków ochrony prawnej. Problematykę tę można opisać jako „równość szans procesowych”<sup>218</sup>. Nie stanowi ona wprawdzie sama w sobie przejawu równego traktowania przy udzieleniu zamówień publicznych, ale umożliwia jego urzeczywistnianie. Jak zauważa się na gruncie orzecznictwa europejskiego, poszanowanie tzw. zasady równości broni (ang. *the principle of equality of arms*) jest niezbędne, ponieważ jest konsekwencją samego pojęcia rzetelnego procesu (ang. *a fair hearing*)<sup>219</sup>. „Równość broni” czy „równość szans procesowych” przewiduje konieczność istnienia takich samych możliwości działania w zakresie ochrony swoich praw. Odgrywa tym samym rolę uzupełniającą, choć konieczną w procesie ubiegania się o zamówienie publiczne<sup>220</sup>.

Funkcję równości stron w zakresie ochrony można też opisać jako zapewnienie równowagi proceduralnej pomiędzy stronami postępowania jurysdykcyjnego, poprzez zagwarantowanie równości praw i obowiązków tych stron, w szczególności w zakresie zasad regulujących organizację środków dowodowych i kontrydiktoryjne

<sup>216</sup> J. Rawls, *op. cit.*, s. 122-124.

<sup>217</sup> *Ibidem*, s. 123.

<sup>218</sup> S. Biernat, *Rozdział dóbr...*, s. 261.

<sup>219</sup> Wyrok Sądu z dnia 6 lutego 2020 r., T-485/18, pkt 39.

<sup>220</sup> A. Góra-Błaszczkowska, *op. cit.*, s. 238; J. Limbach, *op. cit.*, s. 15.



postępowanie przed sądem<sup>221</sup>. Z tego zapewne powodu Christopher H. Bovis posługuje się pojęciem *the principle of procedural equality*, odnosząc się do obowiązku państw członkowskich do stanowienia takich procedur odwoławczych w ramach zamówień publicznych, które w równym stopniu zapewniają ochronę wszystkim ubiegającym się o zamówienia w ramach unijnego rynku wewnętrznego<sup>222</sup>. Nawiązując do ogólnego dorobku orzecznictwa unijnego, wymóg ten można by opisać jako przejaw realizacji zasady równoważności (ang. *the principle of equivalence*), która – jak trafnie stwierdza rzecznik generalna Juliane Kokott – jest przejawem ogólnej zasady równego traktowania i niedyskryminacji w obszarze środków ochrony prawnej<sup>223</sup>.

Bez wątpienia powszechność dostępu do środków odwoławczych traktowana jest jako jedna z unijnych zasad postępowania odwoławczego<sup>224</sup>. O obowiązkach w zakresie powszechnego dostępu do środków ochrony prawnej wspomina chociażby dyrektywa odwoławcza, która stanowi, że państwa członkowskie zapewniają dostępność procedur odwoławczych w ramach szczegółowych przepisów, które państwa członkowskie mogą ustanowić, przynajmniej dla każdego podmiotu, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia i który poniósł szkodę lub może ponieść szkodę w wyniku domniemanego naruszenia<sup>225</sup>. Wymóg zapewnienia dostępu do niedyskryminujących procedur odwoławczych przewidują też zazwyczaj umowy międzynarodowe. Na przykład GPA określa, że strony porozumienia są zobowiązane zapewnić sprawną, skuteczną, przejrzystą i niedyskryminującą procedurę odwoławczą dla wykonawców w trybie administracyjnym lub sądowym<sup>226</sup>.

## 5. Wnioski

Przeprowadzone rozważania wskazują, że wypełnianie przez prawodawcę obowiązków równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne występuje w związku ze stanowieniem przez niego procedur udzielenia zamówień publicznych, tj. dopiero wówczas, gdy takie normy są stanowione. Ewentualne niestanowienie albo stanowienie prawa zamówień publicznych nie jest jeszcze wystarczające do stwierdzenia, że prawodawca zaniechał albo wypełnił powinność równego traktowania. Wymóg urzeczywistnienia równego traktowania ubiegających się o zamówienia realizuje się bowiem poprzez stanowienie norm o określonym zakresie zastosowania

<sup>221</sup> Pkt. 5.

<sup>222</sup> C.H. Bovis, *Access to Justice and Remedies in Public Procurement*, „European Procurement & Public Private Partnership Law Review”, vol. 7, no. 3 (2012), s. 199

<sup>223</sup> Opinia RG Juliane Kokott z dnia 13 marca 2008 r., wyrażona w sprawie C-454/06, pkt 156.

<sup>224</sup> J. Pokrzywniak, T. Kwieciński, J. Baehr, *Środki ochrony prawnej w procedurach zamówień publicznych*, Warszawa 2006, s. 13.

<sup>225</sup> Dyrektywa odwołaniowa, art. 1 ust. 2.

<sup>226</sup> Podobne regulacje zawiera np. umowa o wolnym handlu między Unią Europejską a Republiką Singapuru z dnia 14 listopada 2019 r. (Dz.Urz.U.E.L 294 z 14.11.2019), art. 9.17.

i normowania. To taka, a nie inna treść stanowionego prawa pozwala dopiero orzekać, czy prawodawca stwarza możliwość urzeczywistnienia równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne, odpowiednio kształtując obowiązki instytucji zamawiających.

Równe traktowanie w zamówieniach publicznych związane jest z działalnością, której zamierzonym rezultatem jest wybór określonego podmiotu, który będzie zamówienie wykonywał. To właśnie określony w prawie sposób wykonywania przez instytucje zamawiające czynności kształtuje położenie ubiegających się o zamówienia publiczne. Realizowanie przez prawodawcę spoczywających na nim obowiązków równego traktowania dokonuje się zatem poprzez takie kształtowanie różnych obowiązków instytucji zamawiających, których wykonywanie służy udzieleniu zamówienia, ale przy zapewnieniu równego traktowania ubiegających się o nie.

Z natury regulowanego prawem procesu udzielania zamówień publicznych wynika konieczność różnicowania położenia ubiegających się o zamówienia publiczne. Urzeczywistnianie przez prawodawcę równego traktowania w zamówieniach nie może bowiem odbywać się poprzez takie kształtowanie norm, by w wyniku ich zastosowania każdy ubiegający się o zamówienie mógł je uzyskać. Stanowienie prawa zamówień publicznych w sposób zgodny z obowiązkiem równego traktowania ubiegających się o zamówienia polega w istocie na odpowiednim różnicowaniu ubiegających się o zamówienia, tj. różnicowaniu opartym na uzasadnionych (sprawiedliwych) powodach. Kwestia równości w prawie zamówień publicznych oznacza zatem akceptację różnego traktowania przy stanowieniu prawa. Ocena stanowienia prawa przez pryzmat spoczywającego na prawodawcy obowiązku równego traktowania ubiegających się o zamówienia powinna więc odnosić się do usprawiedliwionych przesłanek, zgodnie z którymi dyferencjacja powinna mieć zastosowanie. W rezultacie należy stwierdzić, że probierzem braku równości w prawie zamówień publicznych nie jest brak różnicowania, ale brak dla niego odpowiedniego uzasadnienia.

W tym świetle okazuje się, że podstawowym obowiązkiem prawodawcy dotyczącym równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne jest brak arbitralności w stanowieniu norm określających sposób różnicowania podmiotów w procesie ubiegania się o zamówienia publiczne. Wprawdzie prawodawca dysponuje swobodą w tworzeniu prawa, ale obowiązek zapewnienia równości w ubieganiu się o zamówienia publiczne stanowi podstawę ograniczenia dowolności w procesie stanowienia prawa oraz ukierunkowuje sposób określania kręgu podmiotów, których sytuacja prawna jest kształtowana.

Równe traktowanie w stanowieniu prawa, odnoszące się do procesu różnicowania ubiegających się o zamówienia publiczne, wymaga ustalania, jakie podmioty powinny mieć tak samo ukształtowaną określoną sytuację prawną w wyniku nałożenia i wykonania wskazanych w normie prawnej obowiązków zamawiających. Oznacza to, że prawodawca, stanowiąc procedury udzielania zamówień, powinien zmierzać do

urzeczywistnienia takich sytuacji, w których podmioty ubiegające się o zamówienia publiczne, znajdujące się w okolicznościach nieujawniających żadnego istotnego uzasadnienia dla odmiennego ukształtowania ich położenia prawnego w procesie udzielania zamówienia, będą miały tak samo ukształtowaną sytuację prawną, a podmioty znajdujące się w okolicznościach ujawniających istotne uzasadnienie dla odmiennego ukształtowania ich położenia prawnego w procesie udzielania zamówienia będą miały ukształtowaną sytuację odmiennie.

Powyższe oznacza, że wypełnianie przez prawodawcę obowiązków równego traktowania związane jest ze stanowieniem odpowiednich kryteriów różnicowania ubiegających się o zamówienia. Dokonywane w procesie stanowienia prawa rozstrzygnięcia dotyczące równego traktowania prowadzą do wskazania tych, którzy są równi oraz tych, którzy do grupy równych nie należą zgodnie z wyznaczonymi normami kryteriami. O istnieniu równości zaś w prawie można orzekać dopiero wówczas, gdy wybór przez prawodawcę tego, a nie innego kryterium zróżnicowania podmiotów jest uzasadniony.

Z kolei warunkiem uzasadnionego charakteru kryteriów różnicowania jest ich związek z charakterystyką ubiegających się o zamówienia publiczne. Istnienie równości warunkuje to, że określoną charakterystykę mają wszyscy ubiegający się o zamówienia, którzy zostali lub powinni zostać zaklasyfikowani jako równi, a której nie mają pozostali ubiegający się o zamówienia.

Równość traktowania ubiegających się o zamówienie publiczne w stanowieniu prawa koncentruje się zatem na charakterystyce ubiegających się o zamówienia publiczne, do której mają odnosić się stanowione kryteria dyferencjacji. Jednak odwoływanie się przez prawodawcę do określonej charakterystyki podmiotów musi być zasadne. Jako probierz słuszności kryteriów różnicowania należy więc wskazać ich znaczący (istotny, relewantny) związek z celami, dla których udziela się zamówień publicznych.

Zakładane w procesie stanowienia prawa cele udzielania zamówień publicznych mogą obejmować szeroko rozumiane korzyści ekonomiczne i pozaekonomiczne. To właśnie ze względu na te cele określona charakterystyka ubiegających się o zamówienia publiczne okazuje się istotna, ponieważ świadczy o możliwości i zdolności do korzystnego zrealizowania zamówień. Kryteria różnicowania ubiegających się o zamówienia publiczne, do których odnoszą się stanowione normy postępowania, powinny więc nawiązywać do zdolności do wykonania zamówienia w sposób zgodny z celami, którym służy realizacja zamówienia, oraz korzystny i konkurencyjny w świetle tych celów. Ową zdolność należy jednak rozumieć szeroko.

Podstawowe znaczenie dla zapewniającego równe traktowanie różnicowania w zamówieniach powinny mieć przedstawiane przez ubiegających się o zamówienie propozycje wykonania zamówienia. Zgodność takich propozycji z wymaganiami zamówienia jest koniecznym warunkiem ubiegania się o zamówienie publiczne,

a opierając się na najkorzystniejszej ofercie albo najkorzystniejszej propozycji negocjacyjnej, instytucja zamawiająca podejmuje finalnie decyzję o udzieleniu zamówienia. Charakterystyka podmiotów, na której oparte są w takim przypadku kryteria dyferencjacji, odnosi się do korzystności i konkurencyjności składanych propozycji.

Kryteria różnicowania ubiegających się o zamówienia publiczne mogą odnosić się również do pewnych właściwości podmiotowych, takich chociażby jak posiadanie odpowiednich uprawnień, ale także dysponowanie koniecznym potencjałem (technicznym lub kadrowym), albo znajdowanie się w określonej sytuacji (ekonomicznej czy finansowej). W szczególnych przypadkach wyznaczanie kryteriów dyferencjacji ubiegających się o zamówienia publiczne może polegać również na określeniu statusu prawnego czy formy organizacyjno-prawnej koniecznych do ubiegania się o określone zamówienia. Relewantne właściwości ubiegających się o zamówienia publiczne mogą być także związane z brakiem przeszkód dla prawidłowego wykonania zamówienia. Przeszkody te mogą być związane z ogólną kondycją podmiotu, brakiem okoliczności podważających jego wiarygodność, rzetelność czy uczciwość. Ten węższy aspekt zdolności określić można jako zdatność do ubiegania się o zamówienie i jego wykonanie.

W związku z kryteriami różnicowania ubiegających się o zamówienia publiczne pozostają wyznaczone przez prawodawcę wymagania proceduralne. Stanowienie norm kształtujących konieczny przebieg procedury udzielenia zamówienia związane jest z potrzebą zapewnienia rzetelnego, bezstronnego czy jawnego przebiegu postępowania o zamówienie, ale jednocześnie odnosi się do sprawności ubiegających się o zamówienia do uczestnictwa w takich procedurach. Sprawność w spełnianiu wymagań proceduralnych służy bowiem wykazaniu wiarygodności składanych w trakcie postępowania propozycji korzystnego wykonania zamówienia oraz zdolności do jego wykonania.

W niniejszym rozdziale wykazano również, że artykułowany na gruncie orzecznictwa i w literaturze obowiązek stwarzania równości szans dla ubiegających się o zamówienie publiczne nie wykracza poza przedstawione w pracy rozumienie obowiązków równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne. Pojęcie „szans” akcentuje wyłącznie położenie ubiegających się o zamówienia publiczne rozpatrywane w odniesieniu do żywionego przez nich zamiaru uzyskania zamówienia. Stwarzanie równości szans to po prostu obowiązek prawodawcy, którego wykonanie pozwala na ocenę rezultatu zastosowania ustanowionych kryteriów różnicowania, zgodnie z którą równe szanse w uzyskaniu określonego zamówienia mają nadal te wszystkie podmioty, które powinny takie szanse mieć – przy założeniu, że dysponują taką samą zdolnością i składają taką samą propozycję wykonania zamówienia.

Szczególną uwagę poświęcono także normatywnej koncepcji niedyskryminacji ubiegających się o zamówienia publiczne. Stwierdzono, że koncepcja ta oparta jest na uznaniu istnienia kryteriów różnicowania niedopuszczalnych ze względu na treść, a nie tylko ze względu na brak istotnego związku pomiędzy nimi a celem różnicowania.

Dyskryminacja w takim rozumieniu jest więc kwalifikowaną postacią nierównego traktowania, polegającą na niekorzystnym traktowaniu, ale wynikającym z zastosowania niedopuszczalnego kryterium różnicowania. Oznacza to, że dyskryminowanie, odgrywając rolę swoistej „klauzuli-bariery”, jest zawsze naruszeniem zasady równości, ale nie każde naruszenie zasady równości jest dyskryminowaniem. Wskazano przy tym, że w dziedzinie zamówień publicznych kluczowe niedozwolone kryteria różnicujące mają wymiar afiliacyjny, jak chociażby w przypadku przynależności państwowej. Opowiedziano się jednak jednocześnie za koncepcją szerokiego rozumienia kryteriów dyskryminacyjnych, które mogą odnosić się również do cech podwykonawców czy nawet podmiotów trzecich, z zasobów których korzysta ubiegający się o zamówienie, a także być związane z wieloma innymi właściwościami, które pozostają w konflikcie z jakimiś elementarnymi wartościami w zamówieniach publicznych. Odniesiono się przy tym do zjawiska dyskryminacji bezpośredniej, ale także dyskryminacji pośredniej, która związana jest z istnieniem kryterium fasadowego, tj. pozornie dopuszczalnego oraz niedopuszczalnego kryterium rzeczywistego, ujawniającego się w stosowaniu prawa. Odwołując się do wzorca konstytucyjnego, uznano również, że na gruncie zamówień publicznych naruszenie zakazu dyskryminacji może przybrać postać pominięcia prawodawczego polegającego na wyraźnym lub dorozumianym wskazaniu w przepisie takich właściwości podmiotów, które nie powinny być treścią kryteriów różnicujących, a które w sposób nieuzasadniony zawężają grono podmiotów, pomijając te, które powinny mieć możliwość ubiegania się o zamówienia.

Odrębną uwagę poświęcono także uprzywilejowaniu wyrównawczemu w zamówieniach publicznych. Przyjęto, że obowiązek równego traktowania w tym ujęciu ma funkcję naprawczą – jego celem jest bowiem zmniejszenie faktycznie występujących nierówności – czyli „wyrównanie deficytu równości”. W związku z tym ustalono, że jest ono nie tylko możliwym sposobem stanowienia prawa, ale powinno być traktowane jako obowiązek prawodawcy. Sytuacja taka może wystąpić, gdy okaże się, że uprzywilejowanie jest uzasadnione fundamentalnymi (konstytucyjnymi) względami słusznościowymi i służy koniecznemu wyrównaniu rzeczywistych szans w ubieganiu się o zamówienia publiczne. Tym samym stwierdzono, że uprzywilejowanie wyrównawcze jest treścią obowiązku równego traktowania, a jednocześnie odstępstwem od zasadniczej jego postaci, ponieważ może prowadzić do kształtowania sytuacji prawnej w sposób nierówny, w tym do asymetrycznego podziału dóbr w związku z zamówieniami publicznymi. W odróżnieniu jednak od podstawowej formuły równego traktowania ubiegających się o zamówienia, uprzywilejowanie wyrównawcze poszerza pole analiz o kwestie autentyczności szans. Odnosi się ono do pożądanego stanu, w którym oczekuje się, że udział rozważanej klasy podmiotów w ubieganiu się o zamówienie publiczne jest faktycznie większy. Okoliczności takie wystąpią wówczas, gdy powstanie jakaś grupa ubiegających się o zamówienie publiczne posiadająca specyficzną cechę (np. niewielki kapitał) powodującą, że znajduje się ona

niesłusznie w wyrażnie gorszej sytuacji faktycznej, co nie pozwala jej konkurować z innymi podmiotami ubiegającymi się o zamówienia publiczne. W takich przypadkach należy więc mówić o nakazie uprzywilejowania wyrównawczego jako jednej z postaci obowiązków równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne.

Dokonując porównania nakazu uprzywilejowania wyrównawczego z zakazem dyskryminacji, stwierdzono również, że uprzywilejowanie wyrównawcze zawsze polega na wprowadzaniu pewnych rozwiązań prawnych, które kształtują sytuację pewnych podmiotów korzystniej. Obowiązki mają w takim przypadku charakter pozytywny i polegają na podjęciu określonych działań na rzecz równości. Natomiast w przypadku niedyskryminacji obowiązki mają charakter negatywny i polegają na powstrzymaniu się od pewnych działań, które naruszają zasadę równego traktowania.

W ramach przeprowadzonych analiz odniesiono się również do związku, jaki istnieje między obowiązkami równego traktowania a urzeczywistnianiem sprawiedliwości w zamówieniach publicznych. Stwierdzono, że wyraża się on zarówno w wymiarze materialnym – odnosząc się do zagadnienia doboru przez prawodawcę kryteriów różnicowania ubiegających się o zamówienia publiczne – jak i w wymiarze proceduralnym. Uznano przy tym, że sprawiedliwość kształtowana jest w obszarze zamówień poprzez stanowienie norm służących urzeczywistnianiu wartości równego traktowania, ale również innych wartości, które z równością są związane. Zauważono, że urzeczywistnianie ideału sprawiedliwości proceduralnej w zamówieniach publicznych tworzy swego rodzaju „otoczenie normatywne”, w którym realizowane są obowiązki równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne. Jednocześnie przyjęto, że zapewnienie równego traktowania ubiegających się o zamówienia jest koniecznym warunkiem istnienia sprawiedliwości w zamówieniach. Skonkludowano na tej podstawie, że spojrzenie na obowiązki równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne w kontekście wymagań sprawiedliwości pozwala ująć w funkcjonalną całość różnorodne elementy procedury zamówień publicznych – zarówno formalne, jak i materialne.

Odnosząc się do stanowienia określonych wyłączeń w zakresie zastosowania norm dotyczących udzielenia zamówień, stwierdzono, że takie działania legislacyjne również mogą być oceniane z punktu widzenia obowiązków równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne. Nieprawidłowe wykonanie przez prawodawcę takich obowiązków może wynikać z braku uzasadnionych powodów do stanowienia wyłączeń i polegać tym samym na określeniu położenia podmiotów ubiegających się o zamówienia wyłączone oraz podmiotów ubiegających się o pozostałe zamówienia jako niesłusznie odmiennych. Owe nieuzasadnione zróżnicowanie wyrażać się może w nieusprawiedliwionym braku ustawowych gwarancji równego traktowania.

Całokształt rozważań zawartych w niniejszym rozdziale potwierdza, że prawodawcze obowiązki równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne polegają zarówno na przyjmowaniu, jak i nieprzyjmowaniu odpowiednich rozwiązań



legislacyjnych przy stanowieniu procedur udzielenia zamówień publicznych. Obowiązki równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne spoczywające na prawodawcy można więc podzielić na negatywne i pozytywne. Istotą obowiązków negatywnych jest powstrzymanie się od podejmowania określonych działań. Ich źródłem jest norma-zakaz dyskryminacji, a zatem niewywiązanie się z zakazu objawiać się będzie stanowieniem norm, które nie powinny być stanowione. Z kolei obowiązki pozytywne to te, które zakładają konieczność aktywności prawodawcy, a ich niewykonanie wyraża się w niepodjęciu określonych działań zapewniających równe traktowanie ubiegających się o zamówienia publiczne.

Powyższe pozwala z kolei przyjąć, że wykonywaniu spoczywających na prawodawcy obowiązków urzeczywistniających równe traktowanie ubiegających się o zamówienie publiczne można przypisać kilka ściśle powiązanych ze sobą funkcji: poszanowania, zapewniania oraz ochrony równości w ubieganiu się o zamówienia publiczne. Pierwsza z nich związana jest z tym, że poprzez stanowienie odpowiedniego prawa zamówień publicznych prawodawca uznaje równe traktowanie ubiegających się o zamówienia za wartość. Druga funkcja realizowania obowiązków równego traktowania w związku z działalnością prawodawczą polega na stwarzaniu podstaw prawnych do działań instytucji zamawiających, w ramach których w procesie stosowania prawa kształtowane są konkretne sytuacje prawne konkretnych podmiotów, które ubiegają się o zamówienia publiczne. Umożliwia ona zapewnienie konkretyzacji równego traktowania w procesie stosowania prawa. Z funkcji tej wynika również funkcja ochronna, która realizuje się poprzez stanowienie norm umożliwiających lub ułatwiających domaganie się przez ubiegających się o zamówienia publiczne równego traktowania. Funkcja ta umożliwia zatem korzystanie przez ubiegających się o zamówienia publiczne z przysługujących im praw. Służy ona zabezpieczeniu przed stanem niepożądanym, jakim jest nierówne traktowanie. W tym przypadku stanowienia prawa jest instrumentem ochrony wyrażającym się m.in. poprzez stwarzanie odpowiednich proceduralnych i materialnych gwarancji korzystania z prawa do równego traktowania, w tym środków ochrony prawnej. Funkcje poszanowania, zapewniania oraz ochrony prawa do równego traktowania w dziedzinie zamówień publicznych potwierdzają związek stanowienia prawa w dziedzinie zamówień ze sprawiedliwością, w tym konstytucyjną powinnością *urzeczywistniania zasady sprawiedliwości społecznej*. Owo urzeczywistnianie sprawiedliwości społecznej dokonuje się m.in. poprzez stanowienie prawa w sposób zapewniający równe traktowanie ubiegających się o zamówienie publiczne. Zatem, by dokonywać oceny prawa stanowionego przez pryzmat obowiązku równego traktowania ubiegających się o zamówienie, należy odwołać się do zagadnień uprzedzających akt stanowienia prawa. Równość traktowania jako powinność prawodawcza odnosi się bowiem do społecznych przekonań i wyobrażeń, odpowiednio trwałych, ale jednocześnie podlegających zmianom, gdyż zakładających możliwość rozwoju wiedzy czy pogłębienia wrażliwości społeczeństwa. Zagadnienie

równości w procesie stanowienia prawa zamówień publicznych jest więc częścią refleksji o prawie racjonalnym i sprawiedliwym, a równe traktowanie ubiegających się o zamówienie elementem sprawiedliwości społecznej. Ocena celów stanowienia prawa zamówień publicznych, a dalej ocena kryteriów różnicowania ubiegających się o zamówienia, musi odwoływać się do wartości. Zagadnienie równości w procesie stanowienia prawa zamówień publicznych jest nie tylko oceną prawa takim, jakim jest, ale głównie takim, jakim być powinno.



## Rozdział V

# Obowiązki równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne w przestrzeganiu prawa zamówień publicznych

### 1. Przestrzeganie prawa zamówień publicznych

Obowiązki równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne realizowane są zarówno w sferze stanowienia prawa, jak i jego przestrzegania. Źródła obowiązków równego traktowania obejmują swym zakresem nie tylko działania prawodawcy, ale także instytucji zamawiających. Co więcej, obie te sfery są ze sobą ściśle powiązane, choćby dlatego, że stanowienie prawa jest pewną formą stosowania prawa, w tym wypełniania norm konstytucyjnych oraz zobowiązań traktatowych, czy też realizowania powinności wynikających z ogólnych zasad prawa<sup>1</sup>.

Wykonywanie norm prawnych określane jest zazwyczaj jako stosowanie prawa. Proces ten charakteryzowany jest jako ustalanie skutków danego stanu faktycznego, realizowany przez podmiot wyposażony w kompetencje do ukształtowania sytuacji prawnej adresata podejmowanych przez niego działań<sup>2</sup>. Przy czym, jak wspomniano wyżej, w polskiej literaturze najczęściej przyjmuje się, że tak rozumiana kompetencja przysługiwać może wyłącznie podmiotom wyposażonym we władztwo publiczne, które jednostronnie podejmują decyzję określającą prawa i obowiązki określonych podmiotów<sup>3</sup>. W tym zakresie najczęściej wyróżnia się też typy podstawowe, typy pochodne, szczególne, czy nawet podtypy stosowania prawa, wśród których wiodącą rolę przypisuje się stosowaniu prawa typu sądowego oraz typu kierowniczego<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Z. Ziemiński, *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, Warszawa 1980, s. 415.

<sup>2</sup> A. Korybski, L. Leszczyński, *Stanowienie i stosowanie prawa. Elementy teorii*, Warszawa 2015, s. 18; J. Oniszczyk, *Stosowanie prawa*, Warszawa 2000, s. 77; J. Wróblewski, *Sądowe stosowanie prawa*, Warszawa 1988, s. 7-8; L. Leszczyński, *Zagadnienia teorii stosowania prawa. Doktryna i tezy orzecznictwa*, Zakamycze 2004, s. 15.

<sup>3</sup> A. Korybski, L. Leszczyński, *op. cit.*, s. 20.

<sup>4</sup> *Ibidem*, s. 115.

Stosunkowo rzadziej proponuje się szersze rozumienie „stosowania prawa” jako kompetencji do dokonywania czynności konwencjonalnych przez jakikolwiek podmiot prawa<sup>5</sup>. Tak rozumiane stosowanie prawa obejmuje również niewładcze formy działania i odnoszone jest w związku z tym przez niektórych autorów również do dziedziny zamówień publicznych<sup>6</sup>.

Proces stosowania norm prawnych jest też tradycyjnie przeciwstawiany stanowieniu prawa<sup>7</sup>. Akt stosowania prawa przez określony podmiot wyraża się bowiem w konkretyzacji praw lub obowiązków innego indywidualnego podmiotu, zgodnie z ustanowioną wcześniej normą wyznaczającą postawę prawną i ewentualnie treść określonych zachowań. Przeciwstawienie tak rozumianego stosowania prawa oraz stanowienia prawa przestaje jednak być ostre w kontekście szerzej rozumianych procesów prawotwórczych, w tym orzecznictwa o charakterze precedensowym<sup>8</sup>. Jak stwierdził już w 1993 r. Zygmunt Ziemiński, rozstrzygające o prawotwórczym charakterze danego działania jest w rezultacie to, czy dane działanie – w określonym układzie prawnym – prowadzi do zmiany zakresu czynów nakazywanych lub zakazywanych prawnie<sup>9</sup>. Spostrzeżenie to nabiera aktualnie szczególnego wyrazu w świetle problematyki europeizacji prawa, w tym prawa zamówień publicznych oraz ujawniającej się w tym zakresie specyfiki europejskich czynników prawotwórczych.

Z powyższych względów, w ramach niniejszego studium przyjęto za najbardziej odpowiednie odwołanie się do innego pojęcia, tj. „przestrzegania” prawa<sup>10</sup>, które utożsamiane jest ze świadomym wypełnianiem norm prawnych<sup>11</sup>. W związku z tym, przestrzeganie prawa zamówień publicznych odnosić się będzie do każdego zachowania zgodnego z treścią normy dyspozycji w warunkach określonych w jej hipotezie (polegającego albo niepolegającego na korzystaniu z kompetencji do dokonania czynności konwencjonalnej)<sup>12</sup>. Termin „przestrzeganie” pozwala przy tym na rozstrzygnięcie analizowanych tu problemów badawczych, koncentrując uwagę na realizacji norm prawnych („stosowania się do prawa”, „posługiwania się prawem”),

<sup>5</sup> *Ibidem*, s. 20; J. Oniszczyk, *op. cit.*, s. 77; Z. Ziemiński, *Problemy podstawowe...*, s. 415; W. Zabłocki, *Wpływ organizacji społecznych na sytuację prawną obywateli w procesie stosowania prawa*, Kraków 1982, s. 21.

<sup>6</sup> M. Koleśnikow, Z. Leszczyński, M. Żyglowicz, *Stosowanie prawa zamówień publicznych*, Warszawa 2005, s. 7.

<sup>7</sup> A. Korybski, L. Leszczyński, *op. cit.*, s. 21.

<sup>8</sup> *Ibidem*, s. 78.

<sup>9</sup> Z. Ziemiński, *Tworzenie a stanowienie i stosowanie prawa*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1993, nr 55, z. 4, s. 50.

<sup>10</sup> S. Wronkowska, *W sprawie bezpośredniego stosowania Konstytucji*, „Państwo i Prawo” 2001, z. 9, s. 7; M. Dąbrowski, *Stosowanie czy przestrzeganie norm konstytucji w ujęciu horyzontalnym – zagadnienia terminologiczne*, „Przegląd Konstytucyjny” 2020, nr 4, s. 60–66; A. Łopatka, *Prawoznawstwo*, Warszawa 2002, s. 189; A. Redelbach, *Wstęp do prawoznawstwa*, Poznań 1994, s. 223; S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys teorii prawa*, Poznań 1997, s. 197–198.

<sup>11</sup> J. Oniszczyk, *op. cit.*, s. 76–77.

<sup>12</sup> M. Dąbrowski, *op. cit.*, s. 66.

jednak bez uwikłania w spór o rozumienie pojęcia „stosowania”. Jednocześnie, zakłada ono działania instytucji zamawiających podejmowane intencjonalnie w celu prawidłowego udzielenia zamówienia. Wreszcie, termin „przestrzeganie” – nie wykluczając możliwości czynienia przez instytucje zamawiające użytku z przysługujących im kompetencji – koncentruje zainteresowanie na powinnościach wynikających z obowiązującego prawa, a w tym dotyczących równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne. Jak stwierdza Leszek Leszczyński, przestrzeganie prawa jest rodzajem realizowania prawa, tyle że odnosi się ono przede wszystkim do norm zobowiązujących, czyli nakazujących lub zakazujących<sup>13</sup>. Zastrzec jednak należy, że w dalszych rozważaniach używane będzie również określenie „stosowanie” czy „realizowanie”, ale – o ile nie będzie zastrzeżone inaczej – właśnie jako synonimy pojęcia „przestrzegania” w przedstawionym tu rozumieniu.

## 2. Kierunkowe obowiązki równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne w prawie zamówień publicznych

Zakładając zgodność stanowionego prawa zamówień publicznych z przyjmowanym systemem wartości dotyczącym równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne, można zatem stwierdzić, że obowiązki instytucji zamawiających w zakresie przestrzegania obowiązków równego traktowania sprowadzają się po prostu do podejmowania działań zgodnych z treścią norm prawnych<sup>14</sup> – czy inaczej – „wypełnienia prawa zgodnie z prawem” (fr. *l'application de la loi conformément à la loi*<sup>15</sup>). Każde działanie zgodne z zakresem normowania obowiązującego prawa należy bowiem uznać za zapewniające równe traktowanie. Jak stwierdza Jan Podkowik: „W istocie równość w stosowaniu prawa jest po prostu – wedle dominującego stanowiska – poprawnym stosowaniem norm prawnych przez organy państwa”<sup>16</sup>.

Jednakże stwierdzenie takie – choć trafne – nie rozstrzyga istoty problemu przestrzegania obowiązków równego traktowania wynikających z obowiązującego prawa. Nie wyjaśnia mianowicie, jak oceniać, czy dane postępowanie zamawiającego jest z prawem zgodne, czy też nie. Jak słusznie odnotowuje Piotr Winczorek w rozważaniach dotyczących konstytucyjnej zasady równości: „Można ustanowić prawo równe dla wszystkich, lecz tak je stosować, iż jedni stają się de facto uprzywilejowani, a drudzy – dyskryminowani”<sup>17</sup>. Należałoby zatem przyjąć, że istnieje też określony

<sup>13</sup> L. Leszczyński, *op. cit.*, s. 15.

<sup>14</sup> L. Garlicki, M. Żubik, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 112; W. Sadurski, *Równość wobec prawa*, „Państwo i Prawo” 1978, nr 8-9, s. 55.

<sup>15</sup> H. Kelsen, *Justice et droit naturel*, [w:] *Le droit naturel*, red. H. Kelsen, Paryż 1959, s. 57; R. Alexy, *Teoria praw podstawowych*, Warszawa 2010, s. 298.

<sup>16</sup> J. Podkowik, *Konstytucyjna zasada równości i zakaz dyskryminacji w prawie cywilnym*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2016, t. 25, nr 2, s. 231.

<sup>17</sup> P. Winczorek, *Prawo konstytucyjne Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2003, s. 89.



sposób realizowania norm prawnych – albo inaczej – takie sposoby realizowania norm prawnych, które pozwalają orzekać o różnym stopniu przestrzeganiu obowiązków równego traktowania. Problem oceny zgodności określonego postępowania z prawem w wymiarze staje się szczególnie istotny wówczas, gdy obowiązujące przepisy pozostawiają podmiotowi zobowiązanemu określony zakres swobody, uznania czy luzu decyzyjnego<sup>18</sup>.

Analizę odpowiedniego sposobu przestrzegania prawa zamówień publicznych należy zatem zacząć od kierunkowych obowiązków równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne. Obowiązki te – w przeciwieństwie do obowiązków konkretnych wyznaczających konieczność podjęcia lub zaniechania podjęcia określonego działania – pojmowane są jako wyznaczone prawem powinności stałej realizacji określonego stanu rzeczy<sup>19</sup>. O obowiązku konkretnym można mówić wówczas, gdy da się wyłącznie rozstrzygnąć, że został zrealizowany w pełni albo wcale. Natomiast obowiązek kierunkowy może być spełniany w różnym zakresie<sup>20</sup>. W literaturze zauważa się, że wyznaczany przez prawodawcę w normie o charakterze kierunkowym cel ma zazwyczaj określoną doniosłość, wyrażającą się w tym, że stan rzeczy związany jest z podstawowymi aksjomatami, a także ma być trwale utrzymywany bądź nieprzerwanie osiągany w przypadkach, gdy nie jest możliwe jego spełnienie w doskonałym stopniu<sup>21</sup>. Wyznaczany do realizacji przez normy kierunkowe cel można więc traktować jako rodzaj dobra istotnego dla prawodawcy. Tym samym wyznaczanie obowiązków kierunkowych stanowi przejaw zamiarów prawodawcy dotyczących potrzeby ochrony pewnych wartości w prawie.

Podział na obowiązki kierunkowe i konkretne wynika więc z charakteru norm je wyznaczających. Natura norm, z których wynikają obowiązki kierunkowe (nazywane przez to normami kierunkowymi, normami celowościowymi czy programowymi albo nakazami optymalizacyjnymi), związana jest z kolei z zakresem ich normowania, który wyznacza nakaz realizacji czy dążenie do osiągnięcia pewnego celu, jednak bez jednoczesnego wskazania określonych zachowań jako środków urzeczywistnienia

<sup>18</sup> S. Biernat, *Problemy prawne sprawiedliwego rozdziału dóbr*, Kraków 1985, s. 77.

<sup>19</sup> A. Kubiak, *O interpretacji przepisów programowych w Konstytucji*, „Państwo i Prawo” 1987, nr 4, s. 25; K. Complak, *Konstytucyjne postanowienia programowe czy normy o celach państwa*, [w:] *Sześć lat Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Doświadczenia i inspiracje*, red. L. Garlicki, A. Szymt, Warszawa 2003, s. 60; L. Grzonka, *Koncepcja norm programowych z perspektywy teorii prawa*, Poznań 2012, s. 49. Pojęcie norm programowych jest dość powszechnie stosowane w polskiej literaturze prawniczej, w szczególności na gruncie prawa konstytucyjnego w odniesieniu do postanowień Konstytucji RP określających cele państwa; P. Sarnecki, *Normy programowe w konstytucji i odpowiadające im wolności obywatelskie*, [w:] *Sześć lat Konstytucji...*, s. 252-253; B. Banaszak, *Prawo konstytucyjne*, Warszawa 2017, s. 89-90.

<sup>20</sup> T. Gizbert-Studnicki, A. Grabowski, *Normy programowe w konstytucji*, [w:] *Charakter i struktura norm Konstytucji*, red. J. Trzczeński, Warszawa 1997, s. 102.

<sup>21</sup> *Ibidem*, s. 100.

tego nakazu (wzorców postępowania)<sup>22</sup>. Innymi słowy, poprzez ustanowienie normy, z której wynikają obowiązki o charakterze kierunkowym, normodawca obliguje adresata normy do realizacji idealistycznie określonego stanu rzeczy bez podawania szczegółowych środków realizacji, czyli pozostawiając pewną swobodę ich wyboru<sup>23</sup>. W tym zakresie normy kierunkowe mają charakter niedefinitywny, gdyż w ramach ustalenia zakresu ich normowania nie dochodzi do rozstrzygnięcia o wszystkich obowiązkach spoczywających na adresatach. Obowiązki wyznaczone przez normy celowościowe mają więc postać obowiązków, które można określić jako obowiązki „pierwszego rzędu”. Ich generalna, pierwsza postać sprowadza się do obowiązku realizacji określonego celu. Ustalanie natomiast dalszych, zawartych w obowiązku kierunkowym konkretnych obowiązków służących realizacji wyznaczonego celu dokonuje się już w trakcie przestrzegania prawa i wymaga przeprowadzenia określonych procesów myślowych przez kierującego się pewną wiedzą i doświadczeniem interpretatora normy celowościowej<sup>24</sup>. W przypadku norm kierunkowych trudno zatem mówić o całkowitym wypełnieniu obowiązków wyznaczonych zakresem ich normowania<sup>25</sup>. Przy czym zakładać należy, że realizacja wskazanego stanu rzeczy przez adresata normy kierunkowej dokonywać się powinna w możliwie najwyższym stopniu przy uwzględnieniu panujących faktycznych i prawnych możliwości (tzw. optymalizacyjny charakter norm)<sup>26</sup>. Nie porzucając konwencji terminologicznej opisującej normy jako kierunkowe, należałoby jednak zaakcentować, że „kierunkowość” pojmowaną jako właściwość jakiegoś fenomenu lepiej przypisywać samym obowiązkom, a nie normom, z których one wynikają.

Oczywiście realizacja obowiązku kierunkowego wyraża się nie tylko poprzez ogólną dyspozycję zobowiązanego do urzeczywistniania określonych wartości, ale także poprzez konkretne działania czy zaniechania określonych czynności. Jednak odpowiedzi na pytanie, jakie konkretne obowiązki nakładają normy programowe na swoich adresatów, można udzielić dopiero tylko *in concreto* w nawiązaniu do określonej sytuacji faktycznej<sup>27</sup>. W przypadku norm kierunkowych podstawowy zakres normowania wyznacza zobowiązanie adresata do zachowywania lub realizowania wskazanego stanu rzeczy. Istnienie takich obowiązków „pierwszego rzędu” przesądza

<sup>22</sup> *Ibidem*, 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” 2007, nr 2, s. 12; L. Grzonka, *Koncepcja norm...*, s. 45.

<sup>23</sup> L. Grzonka, *Normy programowe w prawie pracy*, „Studenckie Zeszyty Naukowe – Koło Naukowe Prawników UMCS” 2011, nr 21, s. 59; A. Kubiak, *op. cit.*, s. 26.

<sup>24</sup> P. Miłkaszewicz, *Obowiązki informacyjne w umowach z udziałem konsumentów na tle prawa Unii Europejskiej*, Warszawa 2008, s. 109.

<sup>25</sup> P. Sarnecki, *op. cit.*, s. 253.

<sup>26</sup> T. Gizbert-Studnicki, A. Grabowski, *op. cit.*, s. 100-101.

<sup>27</sup> *Ibidem*, s. 104.

wprawdzie o tym, że dane normy mają wiążący charakter, ale jednocześnie nie rozstrzyga o wszystkich powinnościach spoczywających na adresatach takich norm. Z istoty obowiązków kierunkowych wynika również ich funkcja<sup>28</sup>. Obowiązki kierunkowe, nie wyznaczając bezpośrednio wzorów postępowania, ale wiążąc jednocześnie adresatów trwałym obowiązkiem osiągnięcia doniosłych celów uznanych przez normodawcę za istotne ze względu na pewne dobra, mogą określać sposób przestrzegania, poprzez ukierunkowanie wykładni norm prawnych oraz wywiązywanie się z zawartych w nich obowiązków konkretnych<sup>29</sup>.

W świetle powyższego stwierdzić należy, że podstawowe źródło kierunkowych obowiązków równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne stanowią normy-zasady. Szczególną rolę należy oczywiście przypisywać zasadom dotyczącym udzielenia zamówień publicznych, w tym zasadzie równego traktowania wykonawców czy zasadzie równego dostępu do realizacji zadań finansowanych ze środków publicznych. Były one przedmiotem analiz w poprzednich rozdziałach dotyczących konstytucyjnego, europejskiego oraz ustawowego wymiaru obowiązków równego traktowania. Zakres normowania wskazanych zasad obejmuje bowiem obowiązek aktualny – albo inaczej – obowiązek *prima facie* (obowiązek równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne), ale też obowiązki przyszłe zawarte w zakresie normowania, w tym takie, których konkretna treść będzie mogła być dekodowana *ad casum*<sup>30</sup>.

Nie można jednak wykluczyć istnienia kierunkowych obowiązków równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne wynikających z innych norm niż określających zasady udzielenia zamówień publicznych. Przykładem takich aktualnie obowiązujących przepisów jest art. 290 ust. 1 albo art. 381 ust. 9 ustawy Pzp 2019. Stanowią one, że podczas negocjacji ofert zamawiający zapewnia równe traktowanie wszystkich wykonawców.

### **3. Obowiązek interpretacji prawa zamówień publicznych w sposób urzeczywistniający równe traktowanie ubiegających się o zamówienia publiczne**

Z kierunkowego charakteru obowiązku równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne wynika w pierwszym rzędzie powinność właściwej interpretacji prawa zamówień publicznych<sup>31</sup>. Odnosi się on w istocie do sfery operacji myślowych

<sup>28</sup> Więcej na temat funkcji norm programowych patrz: L. Grzonka, *Koncepcja norm...*, s. 176-181; P. Sarnecki, *op. cit.*, s. 252.

<sup>29</sup> A. Kubiak, *op. cit.*, s. 25; D.E. Lach, *Zasada równego dostępu do świadczeń opieki zdrowotnej*, Warszawa 2011, s. 24; P. Sarnecki, *op. cit.*, s. 252; B. Banaszak, *op. cit.*, s. 89-90.

<sup>30</sup> P. Miklaszewicz, *op. cit.*, s. 109.

<sup>31</sup> R. Szostak, *Uwagi de lege ferenda na temat zasad udzielania zamówień publicznych*, [w:] *Prawo zamówień publicznych. Stan obecny i kierunki zmian*, red. H. Nowicki, P. Nowicki, Wrocław 2015, s. 119. Podobnie w odniesieniu do unijnych zasad równego traktowania w zamówieniach publicznych:

służących rekonstruowaniu norm postępowania<sup>32</sup>. Przy czym, uznanie istnienia obowiązku interpretacji prawa zamówień publicznych w sposób urzeczywistniający równe traktowanie ubiegających się o zamówienia publiczne samo w sobie stanowi już przejaw rozumowania prawniczego, ponieważ jest przykładem logicznego „wynikania norm z normy”<sup>33</sup>. Normy wyznaczające obowiązki równego traktowania ubiegających się o zamówienia znajdują bowiem zastosowanie w sytuacjach przygotowywania i prowadzenia postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, co w sposób logiczny obejmuje konieczność wykładni przez instytucje zamawiające norm wyznaczających w tym zakresie określone obowiązki. Tak więc, w konsekwencji wynikania norm można mówić o istnieniu szczególnego obowiązku interpretacji prawa zamówień publicznych w sposób urzeczywistniający równe traktowanie ubiegających się o zamówienia publiczne, który jest konieczny dla spełnienia ogólnego obowiązku równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne.

Pogląd ten znajduje potwierdzenie chociażby w powszechnej opinii przypisującej zasadom udzielenia zamówień publicznych funkcje dyrektyw interpretacyjnych. W orzecznictwie stwierdza się m.in., że zasady zamówień publicznych zostały sformułowane na potrzeby określenia celów, funkcji oraz systemowego osadzenia dalszych norm szczególnych, które stanowią ich konkretną realizację. Wskazuje się przy tym, że dokonując wykładni prawa zamówień publicznych, należy uwzględnić systemową rolę i teleologiczny aspekt naczelných zasad zamówień publicznych, które są „dyrektywami interpretacyjnymi co do szczegółowych norm tej ustawy”<sup>34</sup>. Na gruncie orzecznictwa podkreśla się również funkcję zasady równego traktowania jako dyrektywy interpretacji innych zasad udzielania zamówień publicznych<sup>35</sup>, poszczególnych instytucji albo norm prawnych<sup>36</sup>, a nawet postanowień zamawiających sformułowanych w dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne<sup>37</sup>. Zasada równego traktowania postrzegana jest też jako wytyczna interpretacji

---

A. Hajduk, *Zasada równego traktowania i obowiązek przejrzystości postępowania o zamówienie publiczne w aktualnym orzecznictwie TSUE*, „Animus. Prawo Zamówień Publicznych” 2017, t. 1, s. 18-19.

<sup>32</sup> J. Oniszczyk, *op. cit.*, s. 26-28; L. Leszczyński, *op. cit.*, s. 109.

<sup>33</sup> S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *op. cit.*, s. 171; M. Kordela, *Teoria prawa Zygmunta Ziemińskiego*, „Filozofia Publiczna i Edukacja Demokratyczna” 2015, t. 4(1), s. 242-243.

<sup>34</sup> Uchwała KIO z dnia 1 lutego 2018 r., KIO/KD 2/18.

<sup>35</sup> Wyrok KIO z dnia 1 lipca 2015 r., KIO 1283/15.

<sup>36</sup> Wyrok KIO z dnia 1 lipca 2015 r., KIO 1283/15; wyrok KIO z dnia 6 lutego 2014 r., KIO 120/14; wyrok KIO z dnia 28 października 2010 r., KIO 2256/10; wyrok KIO z dnia 23 maja 2017 r., KIO 920/17; wyrok KIO z dnia 14 czerwca 2019 r., KIO 1020/19; wyrok KIO z dnia 3 czerwca 2015 r., KIO 1030/15; wyrok KIO z dnia 27 września 2016 r., KIO 1724/16; wyrok KIO z dnia 7 marca 2016 r., KIO 250/16; wyrok KIO z dnia 5 maja 2015 r., KIO 829/15; wyrok KIO z dnia 25 czerwca 2019 r., KIO 1056/19; wyrok KIO z dnia 12 sierpnia 2016 r., KIO 1408/16; uchwała KIO z dnia 1 lutego 2018 r., KIO/KD 2/18.

<sup>37</sup> Wyrok KIO z dnia 31 maja 2016 r., KIO 810/16; wyrok KIO z dnia 14 marca 2016 r., KIO 292/16; wyrok KIO z dnia 12 stycznia 2015 r., KIO 2784/14; wyrok KIO z dnia 3 października 2014 r., KIO 1953/14; wyrok KIO z dnia 10 maja 2013 r., KIO 964/13.

wyznaczająca granice swobody zamawiających w stosowaniu przepisów<sup>38</sup>, w tym dotyczące sposobu określania warunków udziału w postępowaniu<sup>39</sup> oraz stosowania rozszerzającej wykładni wymagań zawartych w dokumentacji zamówienia wobec wykonawców<sup>40</sup>.

Zasady równego traktowania jako dyrektywy wykładni znajdują również zastosowanie w sprawach niedostatecznie szczegółowo unormowanych. Przykładem może być tu orzeczenie odnoszące się do przepisu ustawy, który wskazuje przykładowe kryteria oceny ofert. Skład orzekający przyjął, że w celu oceny, czy dane kryterium wskazane w przepisie zostało w konkretnej sprawie prawidłowo sformułowane, należy odnieść się do zasad udzielania zamówień publicznych, w tym zasady równego traktowania wykonawców<sup>41</sup>. Poprzez odwołanie do zasady równego traktowania jako źródła obowiązku odpowiedniej wykładni prawa przyjęto też, że z zasady pisemności nie wynika wyłącznie wymóg przekazywania informacji w formie pisemnej, ale także konieczność przekazywania w tej formie treści niezbędnych do oceny przez wykonawców czynności podejmowanych przez zamawiającego<sup>42</sup>. Również opierając się na zasadzie równego traktowania, wykluczono – pomimo braku wyraźnego brzmienia przepisów w tej materii – możliwość powoływania się przez wykonawcę na doświadczenie zdobyte przy wykonaniu zamówienia przez konsorcjum, którego był członkiem, jeśli faktycznie wykonawca nie uczestniczył w jego realizacji<sup>43</sup>. Przez pryzmat zasady równego traktowania doprecyzowano także obowiązek wzywania wykonawców do złożenia wyjaśnień lub brakujących dokumentów poprzez wskazanie, że nie mogą one służyć zmianie treści oferty<sup>44</sup> lub sporządzeniu oferty nowej<sup>45</sup>. Podobnie w przypadku obowiązku wzywania do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny zasada równego traktowania służy jako podstawa wykładni, zgodnie z którą ponowne wezwanie wykonawcy w tej sprawie jest dopuszczalne tylko wówczas, gdy zamawiający ma wątpliwości co do złożonych już wyjaśnień<sup>46</sup>. Opierając się na zasadzie równego traktowania, stwierdza się również w orzecznictwie obowiązywanie na gruncie zamówień publicznych generalnego zakazu negocjacji między zamawiającym a wykonawcą złożonej oferty, poza wyjątkami wyraźnie w przepisach

<sup>38</sup> Uchwała KIO z dnia 1 lutego 2018 r., KIO/KD 2/18; wyrok KIO z dnia 13 stycznia 2022 r., KIO 3794/21.

<sup>39</sup> Wyrok KIO z dnia 5 lutego 2008 r., KIO/UZP 27/08.

<sup>40</sup> Wyrok KIO z dnia 14 marca 2016 r., KIO 292/16.

<sup>41</sup> Wyrok KIO z dnia 14 stycznia 2013 r., KIO 2904/12.

<sup>42</sup> Wyrok KIO z dnia 1 lipca 2015 r., KIO 1283/15.

<sup>43</sup> Wyrok KIO z dnia 21 grudnia 2018 r., KIO 2534/18.

<sup>44</sup> Wyrok KIO z dnia 14 czerwca 2019 r., KIO 1020/19; wyrok KIO z dnia 3 czerwca 2015 r., KIO 1030/15.

<sup>45</sup> Wyrok KIO z dnia 27 września 2016 r., KIO 1724/16; wyrok KIO z dnia 7 marca 2016 r., KIO 250/16; wyrok KIO z dnia 5 maja 2015 r., KIO 829/15.

<sup>46</sup> Wyrok KIO z dnia 25 czerwca 2019 r., KIO 1056/19; wyrok KIO z dnia 12 sierpnia 2016 r., KIO 1408/16.

przewidywanymi<sup>47</sup>. Z zasady równego traktowania wywodzi się też zakaz wykluczania z postępowania wykonawcy wskutek niedopełnienia przez niego obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej lub obowiązującej ustawy<sup>48</sup>, a nawet zakaz udowadniania faktu złożenia oferty w terminie przy pomocy świadków<sup>49</sup>.

Realizowanie odpowiedniej wykładni norm prawa zamówień publicznych jako postać obowiązku równego traktowania dostrzega się również na gruncie orzecznictwa europejskiego. Trybunał stwierdził nawet, że zasada równego traktowania jest źródłem obowiązku autonomicznej i jednolitej wykładni prawa Unii w sposób uwzględniający jego kontekst i cel uregulowania<sup>50</sup>. W ocenie Trybunału zasada równego traktowania i zasada niedyskryminacji wykonawców odgrywa istotną rolę w sytuacjach, w których krajowe, regionalne i lokalne organy władzy publicznej korzystają ze swobody wyboru sposobu świadczenia usług. Zdaniem Trybunału swoboda taka nie jest nieskrępowana, a organy publiczne muszą przy korzystaniu z niej uwzględniać właśnie spoczywające na nich obowiązki równego traktowania<sup>51</sup>. W innym miejscu Trybunał Sprawiedliwości stwierdził konieczność odwoływania się do zasady równego traktowania występującej w sytuacjach, gdy prawo krajowe nie reguluje wyraźnie jakiejś kwestii<sup>52</sup>.

## 4. Obowiązki równego traktowania przy ustalaniu i stosowaniu warunków zamówienia

### 4.1. Ustalanie i stosowanie warunków zamówienia

Jak wskazano wyżej, kierunkowe obowiązki równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne nie mogą być rozpatrywane w oderwaniu od innych norm prawa zamówień publicznych. Przy czym wykładnia prawa jest jedynie wstępnym etapem procesu realizowania norm prawnych. Jego finalnym przejawem jest podjęcie

<sup>47</sup> Wyrok KIO z dnia 30 lipca 2019 r., KIO 1350/19; wyrok KIO z dnia 13 lutego 2015 r., KIO 194/15. Podobnie w orzecznictwie unijnym np.: wyrok Trybunału z 3 czerwca 2021 r., C-210/20, pkt 43; wyrok Trybunału z dnia 7 kwietnia 2016 r. w sprawie Partner Apelski Dariusz, C-324/14, teza 3; wyrok Trybunału z dnia 4 maja 2017 r., C-387/14, pkt 37.

<sup>48</sup> Wyrok KIO z dnia 5 marca 2018 r., KIO 307/18.

<sup>49</sup> Wyrok KIO z dnia 7 czerwca 2016 r., KIO 894/16.

<sup>50</sup> Wyrok Trybunału z dnia 4 czerwca 2020 r. w sprawie Remondis, C-429/19, pkt 24 (z powołaniem się na podobne wyroki: z dnia 17 listopada 1983 r. w sprawie Merck, C-292/82, pkt 12; z dnia 18 stycznia 1984 r. w sprawie Ekro, C-327/82, pkt 11; z dnia 19 września 2000 r. w sprawie Linster, C-287/98, pkt 43, a także z dnia 21 marca 2019 r. w sprawie Falck Rettungsdienste i Falck, C-465/17, pkt 28).

<sup>51</sup> Wyrok Trybunału z dnia 3 października 2019 r. w sprawie Irgita, C-285/18, pkt 48 (z powołaniem się na podobne wyroki: z dnia 9 lipca 1987 r. w sprawie CEI i Bellini, C-27/86, C-29/86, pkt 15; z dnia 7 grudnia 2000 r. w sprawie Telaustria i Telefonadress, C-324/98, pkt 60; z dnia 10 września 2009 r. w sprawie Sea, C-573/07, pkt 38).

<sup>52</sup> Wyrok Trybunału z dnia 24 maja 2016 r. w sprawie MT Højgaard i Züblin, C-396/14, pkt 36.



określonej decyzji o zastosowaniu lub przestrzeganiu odkodowanej normy oraz przedsięwzięcie przez zobowiązanego działań służących realizacji wynikającej z niej obowiązków. Związek obowiązków kierunkowych z obowiązkami konkretnymi dostrzegany jest chociażby w orzecznictwie, gdzie stwierdza się, że do samoistnego naruszenia zasad udzielania zamówień publicznych dochodzi niezmiernie rzadko<sup>53</sup>, a same zasady nie mogą być jedyną podstawą prawną do korzystania przez wykonawców ze środków ochrony prawnej<sup>54</sup>. Za oczywiste uznaje się również to, że już naruszenie poszczególnych przepisów ustawy może być jednocześnie naruszeniem zasady równego traktowania<sup>55</sup>. Równe traktowanie ubiegających się o zamówienia publiczne urzeczywistnia się zatem właściwie poprzez spełnianie przez zamawiających spoczywających na nich konkretnych obowiązków.

Wziąwszy pod uwagę wnioski sformułowane w poprzednim rozdziale, stwierdzić należy, że przestrzeganie norm w sposób zapewniający równe traktowanie odnosi się do procesów kwalifikacji ubiegających się o zamówienia publiczne. W ich ramach rozstrzyga się o zaliczaniu określonych podmiotów ubiegających się o zamówienia do określonych klas zgodnie z ustanowionymi kryteriami różnicowania. Tym samym decyduje się, czy i jacy ubiegający się o zamówienie publiczne kwalifikują się do dalszego udziału w postępowaniu. Oczekiwany celem takiej procedury jest kwalifikacja określonego podmiotu jako takiego, któremu będzie udzielone zamówienie.

Proces kwalifikacji ubiegających się o zamówienia publiczne może być złożony i obejmować co najmniej:

- a) czynności ustalania lub konkretyzowania kryteriów różnicowania,
- b) czynności ustalania stanów faktycznych, na podstawie których dokonuje się czynności kwalifikowania,
- c) czynności kwalifikowania.

Ustalanie kryteriów różnicowania stanowi niezbędny element procesu kwalifikowania ubiegających się o zamówienia publiczne. Mogą towarzyszyć temu czynności konkretyzowania kryteriów różnicowania. W takim przypadku mówić można o dokonywanych przez instytucje zamawiające pewnych „aktach pośredniczących” pomiędzy stanowieniem kryteriów przez prawodawcę a dokonywaniem czynności kwalifikacji ubiegających się o zamówienia przez zamawiających<sup>56</sup>. Jednak konkretyzowania kryteriów nie można uznać za konieczny element procesu kwalifikacji. Prawodawca może bowiem wyznaczyć kryteria dyferencjacji w sposób wystarczająco

<sup>53</sup> Wyrok KIO z dnia 4 września 2013 r., KIO 2017/13.

<sup>54</sup> Wyrok KIO z dnia 29 stycznia 2014 r., KIO 85/14.

<sup>55</sup> Wyrok KIO z dnia 28 stycznia 2019 r., KIO 5/19; wyrok KIO z dnia 31 lipca 2012 r., KIO 1512/12; wyrok SO w Białymstoku z dnia 31 maja 2012 r., II Ca 373/12.

<sup>56</sup> S. Biernat, *Rozdział dóbr przez państwo. Uwarunkowania społeczne i konstrukcje prawne*, Wrocław 1989, s. 84.

konkretny, by zamawiający mógł na ich podstawie dokonywać kwalifikacji ubiegających się o zamówienia. Sytuacja taka może np. wystąpić, gdy prawodawca określi status podmiotów, które mogą ubiegać się o określony rodzaj zamówienia. Jednak, jako modelową należałoby uznać sytuację, w której dokonywanie czynności kwalifikowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia poprzedzone jest konkretyzacją kryteriów różnicowania. W takim przypadku instytucja zamawiająca specyfikuje kryteria różnicowania, na podstawie których dokonywać będzie kwalifikacji, uwzględniając ich związek z charakterem udzielanego zamówienia. Rolę służebną, choć niezbędną w procesie kwalifikowania podmiotów ubiegających się o zamówienie, odgrywają czynności służące ustalaniu stanów faktycznych, na podstawie których dokonuje się czynności kwalifikowania. Podobnie jednak jak w przypadku samych kryteriów, sposób dokonywania tych czynności może być definitywnie określony przez prawodawcę, albo może dopuszczać lub wymagać konkretyzacji przez instytucję zamawiającą.

Z analizy problematyki równego traktowania w stanowieniu prawa wynika również, że konkretyzowane kryteria różnicowania oraz kwalifikacja podmiotów w procesie przestrzegania prawa mogą odnosić się do:

- a) składanych propozycji wykonania zamówienia,
- b) zdolności (w tym zdatność) do wykonania zamówienia.

Dyferencjacja ubiegających się o zamówienia w procesie realizowania norm prawnych odbywa się zatem poprzez kwalifikację podmiotów, ale dokonywaną w odniesieniu przedmiotowych aspektów ich charakterystyki (czyli gotowości do określonego sposobu wykonania zamówienia) oraz w odniesieniu do podmiotowych aspektów ich charakterystyki (czyli zdolności, w tym zdatności do wykonania zamówienia). W wymiarze proceduralnym kwalifikacji podmiotów zgodnie z aspektami przedmiotowymi oraz aspektami podmiotowymi towarzyszy z kolei podział na czynności, który można skrótowo opisać jako kwalifikacja przedmiotowa oraz kwalifikacja podmiotowa.

Należy również zwrócić uwagę na związek, jaki istnieje pomiędzy wskazanymi odniesieniami kryteriów i czynności kwalifikacji. Otóż z istoty procesu udzielania zamówienia publicznego wnosić można, że:

- a) dyferencjacja ubiegających się o zamówienia publiczne opierająca się na składanych przez nich propozycjach wykonania zamówienia stanowi konieczny element kwalifikacji, natomiast w odniesieniu do zdolności do wykonania zamówienia stanowi element niekonieczny;
- b) dyferencjacja ubiegających się o zamówienia publiczne w odniesieniu do zdolności do wykonania zamówienia odgrywa rolę służebną wobec dyferencjacji odnoszącej się do propozycji wykonania zamówienia.

Na gruncie przestrzegania prawa zamówień publicznych oznacza to, że instytucje zamawiające w każdym przypadku muszą dokonywać kwalifikacji przedmiotowej ubiegających się zamówienia. Konieczność ta wynikać będzie z brzmienia regulacji prawnych, które – jak wskazano w poprzednim rozdziale – nie mogą pominąć tego

aspektu różnicowania ubiegających się o zamówienia publiczne. Natomiast kwalifikacja podmiotowa nastąpi w procesie stosowania norm prawnych, o ile będą one przewidywać kompetencje zamawiających w tym zakresie. Kompetencje te mogą być powiązane z uprawnieniem albo obowiązkiem do dokonania kwalifikacji podmiotowej. Ponadto służebny charakter kwalifikacji podmiotowej realizuje się w tym, że wprawdzie kryteria różnicowania odnoszą się w tym zakresie do właściwości podmiotowych, ale ich posiadanie jest jednak konieczne w trakcie realizacji zamówienia, gdyż jest warunkiem jego należytego wykonania. Kwalifikacja odnosząca się do cech podmiotów ma więc walor prognostyczny, służy bowiem uzyskaniu przez zamawiającego w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia podstaw do oczekiwania, że ubiegający się o zamówienie są zdolni i posiadają zdolności (właściwości, potencjał) niezbędne do jego realizacji po jego udzieleniu. Celem przeprowadzania kwalifikacji podmiotowej w zamówieniach publicznych jest bowiem wstępna ocena zdolności do wykonania zamówienia, ale dokonywana przez pryzmat związku zdolności ubiegających się o zamówienie publiczne z przedmiotem zamówienia.

Jak wskazano wcześniej, na gruncie aktualnie obowiązujących przepisów stosowanie przez instytucje zamawiające norm wyznaczających kryteria różnicowania ubiegających się o zamówienia związane jest częściowo z konstrukcją warunków zamówienia w rozumieniu Pzp 2019, czy też elementami umowy koncesji albo umowy partnerstwa publiczno-prywatnego oraz postępowań o zawarcie takich umów. W celu zapewnienia czytelności prowadzonych dalej rozważań, wymagania te opisywane będą za pomocą wspólnego terminu „warunki zamówienia”. Tak pojmowane warunki zamówienia stanowią – jak przewiduje chociażby Pzp 2019 – podstawę uporządkowanego ciągu czynności dokonywanych w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego<sup>57</sup>. Obejmują one kompleks wymagań, które instytucja zamawiająca może lub musi formułować w określonym postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz warunki, w których dokonywane będą czynności kwalifikowania ubiegających się o zamówienia publiczne. Jednak, jak wspomniano wyżej, wymagania związane z dokonywaniem przez instytucje określonych czynności w ramach postępowania o udzielenie zamówienia mogą być również w sposób definitywny określone w ustawie. W takim przypadku instytucje zamawiające nie konkretyzują warunków zamówienia.

W tym miejscu należałoby uszczegółowić, że w ramach obowiązujących procedur udzielenia zamówień publicznych ustalanie warunków zamówienia w aspekcie dotyczącym składanych propozycji wykonania zamówienia odbywa się przede wszystkim w ramach opisywania przedmiotu zamówienia (przedmiotu koncesji, przedsięwzięcia partnerstwa publiczno-prywatnego), określenia kryteriów oceny ofert, a także określenia elementów umowy, która będzie zawarta z wybranym podmiotem, a także

---

<sup>57</sup> Art. 7 pkt 18 Pzp 2019.

innych przedmiotowych warunków zamówienia<sup>58</sup>, a stosowanie takich warunków głównie w ramach badania i oceny ofert<sup>59</sup> albo w ramach negocjacji<sup>60</sup>. Dokonując takiej kwalifikacji, zamawiający rozstrzyga o tym, czy oferowane przez ubiegających się o zamówienia świadczenia są zgodne z jego wymaganiami oraz które z oferowanych czy proponowanych w trakcie negocjacji warunków wykonania takich świadczeń są najkorzystniejsze. Funkcja eliminacyjna kwalifikacji przedmiotowej dokonuje się poprzez czynność odrzucenia oferty. Kwalifikacja przedmiotowa służyć ma również selekcji ubiegających się o zamówienia publiczne. Do sytuacji takiej dochodzi chociażby w przypadku ograniczania poprzez zastosowania kryteriów oceny ofert liczby wykonawców zapraszanych do negocjacji w trybie podstawowym<sup>61</sup> albo przy stosowaniu kryteriów oceny ofert w celu wskazania podmiotu, któremu zostanie udzielone zamówienie<sup>62</sup>. Czynność ta dokonuje się poprzez wybór najkorzystniejszej oferty albo wynegocjowanie postanowień umowy, która zostanie zawarta.

Przepisy prawa zamówień publicznych wskazują na to, że instytucje zamawiające dysponują znaczną swobodą w ustalaniu warunków zamówienia o charakterze przedmiotowym. Okoliczność ta jest zupełnie zrozumiała, ponieważ dopiero istnienie konkretnego przedmiotu zamówienia umożliwia sformułowanie odpowiednich wymagań dotyczących jego wykonania. Jednocześnie, przepisy wyznaczając pewne możliwości instytucjom zamawiającym, nakładają na nie dodatkowo określone obowiązki pozytywne i negatywne. Tytułem przykładu wskazać można, że zgodnie z Pzp 2019 określone przez zamawiającego cechy przedmiotu zamówienia mogą odnosić się w szczególności do określonego procesu, metody produkcji, realizacji wymaganych dostaw, usług lub robót budowlanych, lub do konkretnego procesu innego etapu ich cyklu życia, nawet jeżeli te czynniki nie są ich istotnym elementem, pod warunkiem że są one związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do jego wartości i celów. Przepisy wymagają ponadto, by zamawiający określał w opisie przedmiotu zamówienia wymagane cechy dostaw, usług lub robót budowlanych, a sam opis był jednoznaczny i wyczerpujący. Ustawa zakazuje jednakże opisywania przedmiotu w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, oraz – co do zasady – wskazania znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów<sup>63</sup>. Z całokształtu regulacji wynika również, że wymagania przedmiotowe muszą być relewantne z punktu widzenia

<sup>58</sup> Zob. np. art. 91-103; art. 239-242 Pzp 2019.

<sup>59</sup> Zob. np. art. 223 i nast. Pzp 2019; art. 37 KoncesBudU; art. 6 PartPublPrywU.

<sup>60</sup> Zob. np. art. 152 Pzp 2019; art. 29 KoncesBudU.

<sup>61</sup> Art. 288 Pzp 2019.

<sup>62</sup> Zob. np. art. 239 ust. 1 Pzp 2019.

<sup>63</sup> Art. 99 Pzp 2019.

celu zamówienia. W ramach kwalifikacji przedmiotowej zamawiający konkretyzuje przedmiotowe kryteria różnicowania w takim zakresie, jaki jest usprawiedliwiony celem konkretnego zamówienia. Ten aspekt prawidłowości stosowanych kryteriów wymaga każdorazowo odpowiedzi na pytanie, jakie wymagania przedmiotowe są niezbędne, by zrealizować cel zamówienia należycie albo korzystniej.

Obowiązujące regulacje dotyczące zamówień publicznych przewidują także w ramach warunków zamówienia instrumenty kwalifikacji podmiotowej. Ustawa Pzp 2019 posługuje się nawet pojęciem „kwalifikacji podmiotowej wykonawców”<sup>64</sup>, a ustawa o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi pojęciem „kwalifikacji wykonawców”<sup>65</sup>. Odnoszą się one do:

- a) przesłanek wykluczenia z postępowania<sup>66</sup>;
- b) warunków udziału w postępowaniu<sup>67</sup> lub kryteriów kwalifikacji<sup>68</sup>, które obejmują:
  - a. sytuację ekonomiczną lub finansową;
  - b. zdolność techniczną lub zawodową,a w przypadku Pzp 2019 dodatkowo:
  - c. zdolność do występowania w obrocie gospodarczym;
  - d. uprawnienia do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej;
- c) kryteriów selekcji.

Kwalifikacja podmiotowa może mieć charakter wstępny w tym znaczeniu, że jej dokonanie nie przesądza o udzieleniu zamówienia, lecz jedynie o możliwości udziału w postępowaniu albo zaklasyfikowaniu do kolejnego etapu postępowania. Kwalifikacja podmiotowa służy zatem rozstrzygnięciu wyników postępowania, ale nie może przesądzać o wyborze wykonawcy zamówienia publicznego. Wybór podmiotu, któremu zostanie udzielone zamówienie, następuje bowiem poprzez zastosowanie kryteriów wyboru najkorzystniejszej oferty albo poprzez wynegocjowanie najkorzystniejszych postanowień umowy. Tak rozumianego charakteru kwalifikacji podmiotowej nie zmienia przewidziana w Pzp 2019 możliwość tzw. odwróconej kolejności oceny ofert. Zgodnie z nią zamawiający może najpierw dokonać badania i oceny ofert, a następnie dokonać kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, którego oferta została najwyższej oceniona, w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu, o ile taka możliwość została przewidziana w specyfikacji warunków zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu<sup>69</sup>. Odwrócona kolejność

<sup>64</sup> Zob. np. Rozdział 3 pt. *Kwalifikacja podmiotowa wykonawców*.

<sup>65</sup> Zob. np. Rozdział 6 pt. *Kwalifikacja wykonawców i wybór najkorzystniejszej oferty*.

<sup>66</sup> Zob. np. art. 108 i nast. Pzp 2019; art. 32 i nast. KoncesBudU.

<sup>67</sup> Art. 112 i nast. Pzp 2019.

<sup>68</sup> Art. 33 KoncesBudU.

<sup>69</sup> Art. 139 ust. 1 Pzp 2019.

oceny ofert wskazuje jedynie na możliwość dokonania kwalifikacji podmiotowej wobec podmiotu, którego oferta została już najwyżej oceniona.

Sposób określenia warunków zamówienia w aspektach podmiotowych dokonywany jest w ramach swobody, którą dysponuje zamawiający. Swoboda ta jest jednak limitowana w prawie zamówień publicznych koniecznością:

- a) odnoszenia do ustawowo określonych przesłanek wykluczenia z postępowania oraz
- b) rodzajów warunków zamówienia, a także
- c) uwzględniania odpowiedniego związku kryteriów kwalifikacji podmiotowej z przedmiotem zamówienia.

Na przykład przepisy Pzp 2019 wskazują, że określanie przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu musi dokonywać się w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażać się w minimalnych poziomach zdolności<sup>70</sup>. Podobnie ujmuje tę kwestię KoncesBudU, wskazując, że określone przez zamawiającego kryteria kwalifikacji muszą być związane z przedmiotem umowy koncesji, proporcjonalnie do tego przedmiotu, zapewniać rzeczywistą konkurencję oraz muszą umożliwiać zamawiającemu zweryfikowanie sytuacji ekonomicznej lub finansowej oraz zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy niezbędnej do wykonania umowy koncesji<sup>71</sup>.

To ujęcie normatywne koresponduje z przedstawioną wyżej koncepcją wstępnego, prognostycznego oraz eliminacyjnego charakteru kwalifikacji podmiotowej. Każde w rezultacie przyjęcie, że formułowane w jej ramach wymagania (czyli konkretyzowane kryteria różnicowania) powinny odnosić się do cech, których posiadanie czy spełnienie jest niezbędne do wykonania zamówienia. Jednocześnie eliminacyjna kwalifikacja podmiotowa nie uprawnia zamawiającego do określania kryteriów kwalifikacji odnoszących się do właściwości, których posiadanie byłoby wprawdzie przydatne do wykonania zamówienia, ale nie jest niezbędne. Takie działanie należałoby określić jako zastosowanie cechy nierelevantnej z punktu widzenia celu zamówienia.

Wyjątkowo na gruncie obowiązujących przepisów kwalifikacja podmiotowa może jednak nie tylko pełnić funkcję eliminacyjną, ale również selekcyjną. Taka funkcja wyraża się w tym, że zamawiający nie tylko klasyfikuje ubiegających się o zamówienia na tych, którzy spełniają kryteria podmiotowe albo ich nie spełniają, a przez to tracą status uczestnika postępowania, ale również dokonuje wskazania tych, których zaprosi do kolejnych czynności postępowania. W tym zakresie przepisy przewidują, że kryteria selekcji muszą być „obiektywne i niedyskryminacyjne”<sup>72</sup>. Takie ograniczenie

<sup>70</sup> Art. 112 ust. 1 Pzp 2019.

<sup>71</sup> Art. 33 ust. 2 KoncesBudU.

<sup>72</sup> Art. 7 pkt 9 Pzp 2019; podobnie rzecz przedstawia się w postępowaniach o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, w przypadku nałożenia przez zamawiającego na wykonawcę obowiązku zawarcia umów o podwykonawstwo (art. 423 ust. 5 Pzp 2019).



liczby wykonawców zakwalifikowanych do udziału w następnych etapach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego może wystąpić w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego<sup>73</sup>, negocjacji z ogłoszeniem<sup>74</sup>, dialogu konkurencyjnego<sup>75</sup>, partnerstwa innowacyjnego<sup>76</sup> oraz w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa – w zamówieniach na podwykonawstwo<sup>77</sup>.

Należy także zwrócić uwagę na dające się zrekonstruować na gruncie w Pzp 2019 wyraźne rozgraniczenie aspektów kwalifikacji podmiotowej i przedmiotowej. Czytelnym tego wyrazem jest zasada, zgodnie z którą kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej<sup>78</sup>.

Niezbędnym etapem procesu kwalifikowania ubiegających się o zamówienie, a także elementem pojęciowym warunków zamówienia jako tzw. wymagania proceduralne<sup>79</sup>, są również czynności podejmowane w celu ustalania stanów faktycznych, na podstawie których instytucje zamawiające dokonują czynności kwalifikowania. Związane są one z procesem badania i oceny ofert albo prowadzeniem negocjacji, choć nie wyrażają się w czynnościach kwalifikowania.

#### 4.2. Obowiązki dotyczące ustalania równych warunków zamówienia

Na system prawny składają się zarówno normy ujęte wprost w tekście prawnym, jak i normy będące ich konsekwencją. Tym samym położenie prawne podmiotów prawa kształtują nie tylko obowiązki wyrażone wprost w przepisie, ale również obowiązki pozostające z nimi w logicznym lub instrumentalnym związku. W procesie przestrzegania prawa mogą więc być uznawane za wiążące obowiązki będące wynikiem istnienia innych obowiązków. Owo wynikanie może mieć wymiar logiczny, jak w przypadku omówionej wyżej powinności odpowiedniej wykładni prawa zamówień publicznych, ale także wymiar instrumentalny. W tym drugim przypadku o istnieniu jakiegoś obowiązku przesądzi to, że jego wykonanie będzie konieczne dla realizowania innego stwierdzonego już obowiązku<sup>80</sup>.

<sup>73</sup> Art. 148 Pzp 2019.

<sup>74</sup> Art. 159 Pzp 2019.

<sup>75</sup> Art. 177 Pzp 2019.

<sup>76</sup> Art. 195 Pzp 2019.

<sup>77</sup> Art. 423 ust. 2 Pzp 2019.

<sup>78</sup> Art. 241 ust. 2 Pzp 2019.

<sup>79</sup> Art. 7 pkt 29 Pzp 2019. Natomiast ustawa KoncesBudU nie posługuje się w tym zakresie jakimś szczególnym terminem.

<sup>80</sup> M. Zajęcki, „Normy wirtualne” a obowiązki realne. O instrumentalnym wynikaniu norm i jego konsekwencjach dla prakseologicznej prawidłowości zmian w prawie, „Krytyka Prawa. Niezależne Studia nad Prawem” 2021, t. 13, nr 2, s. 231; Z. Ziemiński, *Logika praktyczna*, Warszawa 1994, s. 250; L. Grzonka, *Normy programowe...*, s. 60; T. Gizbert-Studnicki, A. Grabowski, *op. cit.*, s. 98; L. Leszczyński, *op. cit.*, s. 246.

W świetle powyższych rozważań przyjąć należy, że z wyartykułowanego w obowiązujących regulacjach prawnych obowiązku równego traktowania ubiegających się o zamówienie publiczne wynikają w pierwszym rzędzie dwa typy obowiązków, które można określić jako:

- a) obowiązki ustalania równych warunków zamówienia,
- b) obowiązek równego stosowania warunków zamówienia.

Spełnienie wskazanych obowiązków wynika w sposób instrumentalny z obowiązku równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne wyznaczonego zasadami udzielania zamówień publicznych. Ich realizacja jest warunkiem koniecznym dla zapewnienia równego traktowania.

W odniesieniu do pierwszego ze wskazanych typów, tj. obowiązków ustalania równych warunków zamówienia, należy na wstępie podkreślić rzecz pozornie oczywistą. Otóż ustalanie warunków zamówienia dokonuje się w fazie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia, tj. przed jego wszczęciem. Jednakże odpowiednie traktowanie ubiegających się o zamówienie publiczne odbywa się dopiero w trakcie postępowania poprzez zastosowanie warunków zamówienia. Z tego powodu, ustalanie warunków zamówienia na potrzeby postępowania, które jednak nie zostanie wszczęte, a w jego ramach nie nastąpią czynności kwalifikowania, będzie nieistotne z punktu widzenia równego traktowania – nawet jeśli takie warunki zostały ustalone jako nierówne. Obowiązek ustalania równych warunków zamówienia należy zatem pojmować jako obowiązek realizowany w trakcie przygotowania postępowania, ale pod warunkiem, że ustalone warunki znajdą zastosowanie w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia.

Podstawowy obowiązek wynikający w sposób instrumentalny z kierunkowego obowiązku równego traktowania należałoby odnosić do powinności ustalania w ramach określonego postępowania warunków jednakowych dla wszystkich ubiegających się o zamówienie. Skoro równe traktowania odbywa się w procesie różnicowania, ustalanie równych kryteriów dyferencjacji stanowi konieczny element urzeczywistnienia pożądanego tu stanu rzeczy. Myśl ta powszechnie obecna jest również w orzecznictwie, gdzie obowiązki równego traktowania opisywane są nierzadko jako konieczność „traktowania jednakowego”<sup>81</sup>. Tradycyjnie stwierdza się m.in., że „wymóg równego

<sup>81</sup> Wyrok KIO z dnia 11 lutego 2019 r., KIO/UZP 153/19; wyrok KIO z dnia 9 września 2019 r., KIO/UZP 1636/19; wyrok KIO z dnia 23 listopada 2017 r., KIO/UZP 2321/17; wyrok KIO z dnia 15 listopada 2017 r., KIO/UZP 2279/17; wyrok KIO z dnia 10 listopada 2017 r., KIO 2213/17; wyrok SO w Gdańsku z dnia 7 listopada 2012 r., XII Ga 580/12; wyrok WSA w Warszawie z dnia 25 sierpnia 2017 r., VIII SA/Wa 13/17; wyrok KIO z dnia 22 maja 2017 r., KIO 938/17; wyrok KIO z dnia 11 kwietnia 2017 r., KIO 606/17; wyrok KIO z dnia 17 marca 2017 r., KIO 447/17; wyrok KIO z dnia 14 grudnia 2016 r., KIO 2275/16; wyrok KIO z dnia 6 czerwca 2016 r., KIO 800/16; wyrok KIO z dnia 22 lutego 2016 r., KIO 148/16; wyrok KIO z dnia 18 grudnia 2014 r., KIO 2559/14; wyrok KIO z dnia 23 czerwca 2014 r., KIO 1097/14; wyrok KIO z dnia 4 lutego 2013 r., KIO 106/13; wyrok KIO z dnia 19 grudnia 2012 r., KIO 2740/12; wyrok KIO z dnia 11 czerwca 2012 r., KIO 1073/12; wyrok

traktowania oznacza konieczność stawiania wszystkim potencjalnym uczestnikom postępowania takich samych warunków udziału w postępowaniu oraz ocenę spełnienia stawianych warunków według tych samych, wcześniej podanych do wiadomości kryteriów<sup>82</sup>. Wskazuje się przy tym na konieczność stosowania wobec ubiegających się o zamówienia publiczne w ramach danego postępowania „jednej miary”<sup>83</sup>, „tych samych warunków”<sup>84</sup>, „tych samych reguł”<sup>85</sup>, „równych zasad”<sup>86</sup>, „tych samych zasad i kryteriów”<sup>87</sup>, czy „jednakowych wymagań”<sup>88</sup>. Z kolei w ujęciu negatywnym, jednakowość wymagań ujmowana jest dość często jako zakaz stosowania przywilejów, ale także i środków dyskryminujących ze względu na właściwości<sup>89</sup> albo formułowania odmiennych wymagań wobec poszczególnych wykonawców lub grup wykonawców<sup>90</sup>.

W próbach syntetycznego ujęcia zasady równego traktowania stwierdza się też m.in., że obowiązek równego traktowania oznacza dla zamawiającego obowiązek traktowania na równych prawach wszystkich wykonawców ubiegających się o zamówienie i stosowania jednakowych miar do tych wykonawców, którzy pozostają w tej samej lub podobnej sytuacji<sup>91</sup>. Przy czym jednakowość miar odnoszona jest jedynie do

---

KIO z dnia 19 marca 2012 r., KIO 432/12; wyrok KIO z dnia 13 października 2011 r., KIO 2124/11; uchwała KIO z dnia 20 maja 2010 r., KIO/KU 34/10; wyrok ZA z dnia 1 sierpnia 2006 r., UZP/ZO/0-2169/06; wyrok ZA z dnia 20 czerwca 2005 r., UZP/ZO/0-1372/05.

<sup>82</sup> Wyrok ZA z dnia 19 stycznia 2005 r., UZP/ZO/0-29/05. Podobnie: wyrok ZA z dnia 3 lipca 2007 r., UZP/ZO/0-768/07.

<sup>83</sup> Wyrok KIO z dnia 11 lutego 2019 r., KIO 153/19; wyrok WSA w Gliwicach z dnia 24 stycznia 2013 r., III SA/GI 1664/12; wyrok KIO z dnia 22 maja 2017 r., KIO 938/17; wyrok KIO z dnia 14 grudnia 2016 r., KIO 2275/16; wyrok KIO z dnia 18 grudnia 2014 r., KIO 2559/14; wyrok KIO z dnia 23 czerwca 2014 r., KIO 1097/14; wyrok KIO z dnia 10 lipca 2013 r., KIO 1436/13; wyrok KIO z dnia 4 lutego 2013 r., KIO 106/13; wyrok KIO z dnia 11 czerwca 2012 r., KIO 1073/12; wyrok KIO z dnia 19 marca 2012 r., KIO 432/12; wyrok KIO z dnia 11 stycznia 2012 r., KIO 2816/11; wyrok KIO z dnia 11 lipca 2011 r., KIO 1380/11.

<sup>84</sup> Wyrok KIO z dnia 25 stycznia 2019 r., KIO 2514/18; wyrok ZA z dnia 23 stycznia 2007 r., UZP/ZO/0-63/07; wyrok ZA z dnia 18 stycznia 2006 r., UZP/ZO/0-87/06; wyrok ZA z dnia 2 stycznia 2006 r., UZP/ZO/0-3928/05; wyrok KIO z dnia 11 lutego 2014 r., KIO 110/14.

<sup>85</sup> Uchwała KIO z dnia 2 kwietnia 2012 r., KIO/KD 69/12; wyrok KIO z dnia 22 marca 2021 r., KIO 478/21.

<sup>86</sup> Wyrok KIO z dnia 29 stycznia 2008 r., KIO/UZP 120/07.

<sup>87</sup> Wyrok WSA w Poznaniu z dnia 15 listopada 2013 r., II SA/Po 1070/13.

<sup>88</sup> Wyrok ZA z dnia 3 lipca 2007 r., UZP/ZO/0-768/07.

<sup>89</sup> Wyrok KIO z dnia 14 grudnia 2016 r., KIO 2275/16; wyrok KIO z dnia 11 lutego 2019 r., KIO 153/19; wyrok KIO z dnia 25 czerwca 2019 r.; KIO 1038/19; wyrok KIO z dnia 23 czerwca 2014 r., KIO 1097/14.

<sup>90</sup> Uchwała KIO z dnia 18 listopada 2014 r., KIO/KD 101/14.

<sup>91</sup> Wyrok KIO z dnia 15 kwietnia 2019 r., KIO 558/19; wyrok KIO z dnia 9 września 2019 r., KIO 1636/19; wyrok KIO z dnia 21 czerwca 2018 r., KIO 1143/18; wyrok KIO z dnia 23 listopada 2017 r., KIO 2321/17; wyrok WSA w Gliwicach z dnia 24 stycznia 2013 r., III SA/GI 1664/12; wyrok KIO z dnia 22 maja 2017 r., KIO 938/17; wyrok KIO z dnia 17 marca 2017 r., KIO 447/17; wyrok KIO z dnia 14 grudnia 2016 r., KIO 2275/16; wyrok KIO z dnia 10 lipca 2013 r., KIO 1436/13; wyrok KIO z dnia 4 lutego 2013 r., KIO 106/13; wyrok KIO z dnia 11 czerwca 2012 r., KIO 1073/12; wyrok KIO z dnia 19 marca 2012 r., KIO 432/12; wyrok KIO z dnia 11 lipca 2011 r., KIO 1380/11; uchwała KIO z dnia 20 maja 2010 r., KIO/KU 34/10.

jednego, określonego postępowania<sup>92</sup>. Wymóg równego traktowania oznacza również na gruncie judykatury konieczność stawiania wszystkim potencjalnym uczestnikom postępowania takich samych warunków udziału w postępowaniu i oceny spełnienia stawianych warunków według tych samych, wcześniej podanych do wiadomości kryteriów<sup>93</sup>. W jeszcze bardziej skrótowym ujęciu stwierdzono, że zasada równego traktowania wykonawców oznacza dla zamawiającego obowiązek traktowania na równych prawach wszystkich ubiegających się o zamówienie<sup>94</sup>. W innym jeszcze miejscu odnotowano, że równe traktowanie oznacza konieczność stawiania wszystkim potencjalnym uczestnikom postępowania takich samych warunków udziału w postępowaniu oraz przekazywania informacji identycznych w swojej treści wszystkim uczestnikom postępowania<sup>95</sup>.

Pogląd orzeczniczy utożsamiający równe traktowanie z ustalaniem jednakowych warunków dla ubiegających się o zamówienia publiczne znajduje oparcie w całości kształcie regulacji prawa zamówień publicznych. Obowiązujące przepisy nie przewidują możliwości ustalania w ramach jednego postępowania odmiennych warunków zamówienia dla różnych grup wykonawców. Na tym tle jako wyjątkowe może jawić się przewidziane w obowiązujących przepisach uprawnienie zamawiających do określenia szczególnego, obiektywnie uzasadnionego sposobu spełniania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunków udziału w postępowaniu<sup>96</sup>. Należy jednak zaznaczyć, że wskazane uprawnienie dotyczy wyłącznie wycinka warunków zamówienia i nie wyraża się w możliwości określenia odrębnych warunków udziału w postępowaniu dla takich podmiotów, ale w możliwości wskazania specjalnego sposobu spełnienia tych warunków. Oznacza to, że określone przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu muszą być takie same dla wszystkich podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne. Odmiennie może być określona wyłącznie konieczna metoda wykazania przez grupę wykonawców spełnienia takich warunków. W literaturze wyrażono nawet pogląd, że kompetencja zamawiającego ogranicza się w tym zakresie tylko do technicznego sposobu wypełnienia lub udokumentowania warunków kwalifikacji<sup>97</sup>. Opinia ta wydaje się jednak zbyt śmiała. Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych wskazują wyraźnie na „sposób spełniania” warunków, co pozwala na nieco szersze pojmowanie tego uprawnienia. Spostrzeżenie to znajduje również klarowne potwierdzenie w treści dyrektyw zamówieniowych, które posługują się zwrotem „sprecyzowanie sposobu,

<sup>92</sup> Wyrok KIO z dnia 29 sierpnia 2018 r., KIO 1638/18.

<sup>93</sup> Wyrok ZA z dnia 2 stycznia 2006 r., UZP/ZO/0-3928/05; wyrok ZA z dnia 6 maja 2005 r., UZP/ZO/0-848/05.

<sup>94</sup> Wyrok ZA z dnia 4 stycznia 2006 r., ZP/ZO/0-3955/05.

<sup>95</sup> Wyrok WSA w Poznaniu z dnia 15 listopada 2013 r., II SA/Po 1070/13.

<sup>96</sup> Art. 117 ust. 1 Pzp 2019.

<sup>97</sup> M. Czerwiński, *Grupa wykonawców w prawie zamówień publicznych*, Warszawa 2019, s. 83.

w jaki grupy wykonawców mają spełnić wymogi<sup>98</sup>. Oznacza to, że „szczególny sposób spełnienia warunków” wyrażać się może w modelach wymagań, gdzie przynajmniej jeden z podmiotów wspólnie ubiegających się o zamówienie musi spełniać w całości określony warunek, albo wszyscy muszą samodzielnie spełniać określony warunek, choć mogą sumować jego zakres, albo wszyscy wspólnie ubiegający się o zamówienia muszą samodzielnie spełniać w całości określony warunek<sup>99</sup>. Oczywiście, uprawnienie zamawiającego do określenia szczególnego sposobu spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez podmioty wspólnie ubiegające się o zamówienie publiczne musi pozostawać w zgodzie z obowiązkiem równego traktowania innych podmiotów – zarówno tych, które w danym postępowaniu ubiegają się o zamówienie samodzielnie, jak i wspólnie.

Wymóg stosowania jednej i tej samej miary w ramach ustalania warunków zamówienia jest przejawem podstawowego znaczenia równości. Znamienne jest jednak to, że w krajowej praktyce orzeczniczej bardzo rzadko kwestia ustalania jednakowych czy też równych warunków zamówienia podnoszona jest na kanwie przypadków, w których w jednym postępowaniu zostały określone odmienne warunki dla co najmniej dwóch grup podmiotów. Ilustracją mogą być tu przypadki wskazywania szerszego zakresu dokumentów wymaganych od podmiotów zagranicznych<sup>100</sup>.

Przeгляд orzecznictwa wskazuje, że problematyka „równej miary” związana jest jednak najczęściej z sytuacjami, w których zamawiający określił takie same warunki dla wszystkich ubiegających się o zamówienia, lecz warunki te jawią się jako „nierówne do spełnienia”. Zauważa się chociażby, że naruszenie obowiązków równego traktowania polegać może na ustalaniu warunków, które uniemożliwiają jakiemuś podmiotowi „złożenie ważnej i konkurencyjnej oferty”<sup>101</sup> albo zawierają wymagania nieistotne z punktu widzenia przygotowania „racjonalnie skalkulowanej oferty”<sup>102</sup>. W tym ujęciu kwestia równości wykracza poza zagadnienie jednakowości warunków pojmowanej formalnie i obejmuje dodatkowo aspekty zasadności stosowanych kryteriów dyferencjacji. Na odnotowanie zasługuje również to, że w orzecznictwie znajdują się też odniesienia do koncepcji obowiązków równego traktowania pojmowanej jako wymóg odpowiedniego różnicowania ubiegających się o zamówienia publiczne. KIO stwierdziła np., że

nierówne traktowanie wykonawców w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego [...] ma miejsce wówczas, gdy wykonawcy znajdujący się w takiej samej

<sup>98</sup> Zob. np. art. 19 ust. 2 dyrektywy klasycznej.

<sup>99</sup> E. Kowalczyk, *Wymagania podmiotowe przy wspólnym ubieganiu się o zamówienie publiczne*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2022, nr 1, s. 76.

<sup>100</sup> Uchwała KIO z dnia 18 listopada 2014 r., KIO/KD 101/14; Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 września 2016 r., KIO/KD 54/16; Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 maja 2018 r., KIO/KD 16/18.

<sup>101</sup> Wyrok KIO z dnia 11 czerwca 2012 r., KIO 1073/12.

<sup>102</sup> Wyrok KIO z dnia 22 maja 2017 r., KIO 938/17.

lub podobnej sytuacji traktowani są w odmienny sposób, tj. jeden z wykonawców czy jedna z kategorii wykonawców jest traktowana przez zamawiającego w sposób uprzywilejowany. Przestrzeganie zasady równego traktowania wykonawców polega bowiem na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców<sup>103</sup>.

W innym orzeczeniu KIO uznała nawet, że „zasada równego traktowania sprowadza się do konieczności identycznego traktowania takich wykonawców, których sytuacja jest taka sama lub bardzo podobna, nie oznacza to natomiast konieczności identycznego traktowania wszystkich wykonawców znajdujących się na rynku lub aspirujących do wejścia na rynek”<sup>104</sup>. Zauważa ona również, że o naruszeniu zasad udzielania zamówień publicznych mówić można, gdy nie istnieje bezpośrednio lub pośrednio przełożenie pomiędzy ustalonymi warunkami zamówienia a możliwością ubiegania się wykonawcy o zamówienie na równi z innymi wykonawcami znajdującymi się w identycznej sytuacji prawnej i faktycznej<sup>105</sup>. W tym zakresie polskie orzecznictwo koresponduje ze stanowiskiem judykatury unijnej, gdzie stwierdza się np., że „zasada równego traktowania wymaga, aby porównywalne sytuacje nie były traktowane w sposób odmienny, a sytuacje odmienne nie były traktowane w sposób jednakowy, chyba że takie traktowanie jest obiektywnie uzasadnione”<sup>106</sup>.

W odniesieniu do problematyki ustalania warunków przedmiotowych w orzecznictwie potwierdzenie znajduje ogólne uprawnienie instytucji zamawiającej do formułowania szczegółowych wymagań wobec ubiegających się o zamówienia publiczne – jeśli tylko wymagania zamawiającego znajdują podstawę w jego „uzasadnionych potrzebach”<sup>107</sup>, „obiektywnych potrzebach”<sup>108</sup>, „potrzebach społecznych”<sup>109</sup> czy też „interesach zamawiającego”<sup>110</sup>. Takie usprawiedliwione działania zamawiającego mogą prowadzić nawet do sytuacji, w których tylko jeden wykonawca jest w stanie

<sup>103</sup> Wyrok KIO z dnia 29 kwietnia 2021 r., KIO 743/21. Tak samo np.: wyrok KIO z dnia 19 marca 2012 r., KIO 432/12; wyrok KIO z dnia 11 lipca 2011 r., KIO 1380/11; wyrok KIO z dnia 19 grudnia 2012 r., KIO 2740/12; wyrok KIO z dnia 4 lutego 2013 r., KIO 106/13; wyrok KIO z dnia 10 lipca 2013 r., KIO 1436/13; wyrok KIO z dnia 17 marca 2017 r., KIO 447/17; wyrok SO w Gdańsku z dnia 7 listopada 2012 r., XII Ga 580/12.

<sup>104</sup> Wyrok KIO z dnia 5 marca 2021 r., KIO 89/21.

<sup>105</sup> Wyrok KIO z dnia 4 września 2013 r., KIO 2017/13.

<sup>106</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 6 października 2021 r., C-598/19, pkt 36.

<sup>107</sup> Wyrok KIO z dnia 7 maja 2015 r., KIO 853/15; wyrok KIO z dnia 23 marca 2017 r., KIO 445/17; wyrok KIO z dnia 4 kwietnia 2017 r., KIO 561/17; wyrok NSA z dnia 16 lutego 2021 r., I GSK 376/18; wyrok KIO z dnia 19 lipca 2021 r., KIO 1577/21; wyrok KIO z dnia 17 marca 2009 r., KIO/UZP 253/09; wyrok KIO z dnia 16 stycznia 2020 r., KIO 2628/19.

<sup>108</sup> Wyrok KIO z dnia 20 kwietnia 2015 r., KIO 689/15; wyrok KIO z dnia 29 czerwca 2016 r., KIO 1029/16; wyrok KIO z dnia 3 kwietnia 2017 r., KIO 496/17; wyrok KIO z dnia 18 września 2017 r., KIO 1789/17; wyrok KIO z dnia 9 lipca 2013 r., KIO 1518/13; wyrok KIO z dnia 26 sierpnia 2015 r., KIO 1727/15; wyrok KIO z dnia 3 października 2019 r., KIO 1828/19.

<sup>109</sup> Wyrok KIO z dnia 5 marca 2021 r., KIO 89/21.

<sup>110</sup> Wyrok KIO z dnia 10 kwietnia 2012 r., KIO 573/12; wyrok KIO z dnia 20 czerwca 2013 r., KIO 1314/13.



złożyć ważną ofertę<sup>111</sup>. Jednak, zgodnie z przepisami za niedopuszczalne z punktu widzenia równego traktowania uznaje się już wskazywanie w opisie przedmiotu zamówienia na konkretnego producenta lub konkretny produkt<sup>112</sup>. Wskazania takie traktuje się za przejaw dyskryminacji bezpośredniej<sup>113</sup> albo bezpośrednie naruszenie zasady równości<sup>114</sup>, czy też naruszenie tzw. zasady neutralności opisu przedmiotu zamówienia<sup>115</sup>. Z kolei dyskryminacja pośrednia – zgodnie z powszechną opinią – utożsamiana jest z ustalaniem nieuzasadnionych wymagań, które wprowadzie nie wskazują wprost na określonego producenta czy konkretny produkt, ale „ograniczają krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia do jednego wykonawcy lub ogranicza krąg wykonawców do podmiotów mogących zaoferować urządzenie tylko jednego producenta”<sup>116</sup>. W orzecznictwie uznano również za niezgodne z zasadą równego traktowania wykonawców opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny<sup>117</sup>.

Wśród wybranych, konkretnych przykładów stwierdzonych naruszeń obowiązków równego traktowania w obszarze ustalania warunków przedmiotowych przywołać można: wskazanie bez uzasadnienia koniecznego miejsca realizacji przedmiotu zamówienia<sup>118</sup>, wymóg otwarcia rachunku bankowego przez wykonawcę we wskazanym przez zamawiającego banku<sup>119</sup>, wyznaczenie zbyt krótkiego terminu na wykonanie zamówienia<sup>120</sup>, opisywanie przedmiotu zamówienia na podstawie katalogów jednego producenta<sup>121</sup>, żądania zbyt wysokiego ubezpieczenia na czas realizacji umowy<sup>122</sup>, niewskazanie minimalnego gwarantowanego zakresu przedmiotu zamówienia<sup>123</sup>, nieustalenie prawidłowej stawki podatku VAT<sup>124</sup>, a nawet zawieranie w dokumen-

<sup>111</sup> Wyrok KIO z dnia 5 lipca 2011 r., KIO 1307/11; wyrok KIO z dnia 5 marca 2021 r., KIO 89/21; wyrok KIO z dnia 19 lipca 2021 r., KIO 1577/21.

<sup>112</sup> Wyrok KIO z dnia 17 marca 2009 r., KIO/UZP 253/09; wyrok KIO z dnia 6 maja 2010 r., KIO 634/10.

<sup>113</sup> Wyrok KIO z dnia 6 maja 2010 r., KIO 634/10.

<sup>114</sup> Wyrok KIO z dnia 17 sierpnia 2018 r., KIO 1534/18; uchwała KIO z dnia 19 maja 2016 r., KIO/KD 34/16.

<sup>115</sup> Wyrok KIO z dnia 3 lutego 2014 r., KIO 17/14; uchwała KIO z dnia 22 maja 2015 r., KIO/KD 27/15.

<sup>116</sup> Wyrok KIO z dnia 6 maja 2010 r., KIO 634/10. Zob. też wyrok KIO z dnia 13 października 2011 r., KIO 2124/11; wyrok KIO z dnia 17 lipca 2015 r., KIO 1022/15.

<sup>117</sup> Wyrok KIO z dnia 26 marca 2018 r., KIO 411/18; wyrok KIO z dnia 25 stycznia 2022 r., KIO 69/22.

<sup>118</sup> Wyrok KIO z dnia 18 kwietnia 2011 r., KIO 732/11.

<sup>119</sup> Wyrok KIO z dnia 17 czerwca 2008 r., KIO/UZP 538/08.

<sup>120</sup> Uchwała KIO z dnia 18 grudnia 2015 r., KIO/KD 66/15; wyrok KIO z dnia 29 września 2020 r., KIO 2142/20.

<sup>121</sup> Wyrok SO w Szczecinie z dnia 30 maja 2011 r., I C 317/09.

<sup>122</sup> Wyrok ZA z dnia 10 lutego 2006 r., UZP/ZO/0-334/06.

<sup>123</sup> Wyrok KIO z dnia 26 marca 2018 r., KIO 411/18.

<sup>124</sup> Wyrok KIO z dnia 6 lipca 2017 r., KIO 1248/17; wyrok KIO z dnia 7 października 2021 r., KIO 2652/21.

tacji przetargowej informacji nieistotnych<sup>125</sup>. W kontekście równego traktowania rozważana jest także w judykaturze kwestia podziału przedmiotu zamówienia na części<sup>126</sup>, różnicowanie terminu płatności w zależności od statusu wykonawcy<sup>127</sup> czy też określanie wysokości zabezpieczenia należytego wykonania umowy<sup>128</sup>.

O istnieniu uzasadnionych potrzeb, warunkujących zgodność działań zamawiającego z zasadą równego traktowania wykonawców, wspomina się w orzecznictwie stosunkowo często w kontekście ustalania kryteriów oceny ofert<sup>129</sup>. KIO stwierdziła np. że

granica swobody Zamawiającego, wynikająca z obowiązku stosowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, jest [...] obowiązek stosowania takich kryteriów, które odzwierciedlają uzasadnione potrzeby zamawiającego. Te zaś mogą być powiązane nie tylko stricte z samym zakresem świadczeń objętych umową w sprawie zamówienia publicznego, ale również z realizacją zamówienia w szerokim rozumieniu, tj. z każdym z aspektów realizacji danego elementu zamówienia<sup>130</sup>.

W opinii KIO kryteria oceny ofert muszą mieć „charakter obiektywny, nienaruszający zasady równego traktowania wszystkich wykonawców i winny być stosowane do- kładnie w ten sam sposób wobec wszystkich ofert. Nie mogą zatem być subiektywne i uznaniowe i nie mogą też dawać zamawiającemu nieograniczonej swobody arbitralnego wyboru oferty”<sup>131</sup>. W świetle obowiązków równego traktowania podkreśla się przy tym związek kryteriów z przedmiotem zamówienia oraz zwraca uwagę na tzw. „zdolność pomiarową kryteriów oceny ofert”, ich szczegółowość, kompletność i jednoznaczność opisu umożliwiającą dokonanie właściwej i obiektywnie uzasadnionej oceny, porównania i hierarchizacji w rankingu ofert<sup>132</sup>. Kryteria muszą być jednakowe dla wszystkich ubiegających się o zamówienia<sup>133</sup>. Jako pośrednie naruszenie zasady równego traktowania oraz zasady uczciwej konkurencji traktuje się sytuacje, w których mogą oni złożyć ważną i odpowiadającą wymaganiom zamawiającego ofertę, ale z uwagi na ukształtowanie kryteriów oceny oferta taka nie będzie mogła realnie konkurować z ofertami innych wykonawców<sup>134</sup>. Stanowisko polskiej judykatury

<sup>125</sup> Wyrok KIO z dnia 23 sierpnia 2010 r., KIO 1682/10.

<sup>126</sup> Wyrok KIO z dnia 31 stycznia 2017 r., KIO 101/17; wyrok KIO z dnia 9 lutego 2017 r., KIO 164/17; wyrok KIO z dnia 31 lipca 2017 r., KIO 1500/17; wyrok KIO z dnia 23 maja 2017 r., KIO 920/17.

<sup>127</sup> Wyrok KIO z dnia 18 lutego 2020 r., KIO 208/20; wyrok KIO z dnia 13 marca 2020 r., KIO 465/20.

<sup>128</sup> Wyrok KIO z dnia 4 lutego 2019 r., KIO 85/19.

<sup>129</sup> Uchwała KIO z dnia 2 kwietnia 2012 r., KIO/KD 69/12; wyrok KIO z dnia 11 stycznia 2012 r., KIO 2816/11; wyrok KIO z dnia 26 lipca 2021 r., KIO 1874/21.

<sup>130</sup> Wyrok KIO z dnia 26 lipca 2021 r., KIO 1874/21.

<sup>131</sup> Wyrok KIO z dnia 27 lipca 2021 r., KIO 1930/21.

<sup>132</sup> Orzeczenie GKO z dnia 22 stycznia 2018 r., BDF1.4800.74.2017; wyrok KIO z dnia 1 kwietnia 2010 r., KIO/KD 22/10.

<sup>133</sup> Wyrok KIO z dnia 23 października 2020 r., KIO 2613/20.

<sup>134</sup> Wyrok KIO z dnia 11 stycznia 2012 r., KIO 2816/11.

koresponduje w tym zakresie z opiniami formułowanymi na gruncie orzecznictwa unijnego. Warto przywołać chociażby opinię rzecznika generalnego Paolo Mengozziego, który stwierdził, że

pod pojęciami zasad równego traktowania i przejrzystości rozumie się obowiązek uprzedniego informowania oferentów o kryteriach udzielenia zamówienia [...]. Ponadto w świetle tej linii orzeczniczej z powyższych zasad wynikają zawsze: obowiązek dokonywania wykładni kryteriów udzielania zamówień w sposób jednolity w toku całego postępowania oraz zakaz wprowadzania zmian kryteriów udzielania zamówień w toku postępowania przetargowego<sup>135</sup>.

W praktyce prawnej oraz w literaturze zwraca się uwagę na fakt, że zapewnienie równego traktowania jest szczególnie istotne na etapie kwalifikacji podmiotowej, ponieważ warunki podmiotowe „mają znaczenie blokujące wobec zainteresowanych udziałem w postępowaniu”<sup>136</sup>. Podobnie jak w przypadku wymagań przedmiotowych, ustalanie warunków podmiotowych traktowane jest jako realizacja uprawnienia zamawiających<sup>137</sup>. Jednocześnie stwierdza się, że instytucje zamawiające mają obowiązek ustalania warunków w sposób precyzyjny<sup>138</sup> i wykluczający możliwość domniemań<sup>139</sup>. W ocenie KIO określanie warunków powinno być na tyle jasne i precyzyjne, „by zarówno wykonawcy zainteresowani udziałem w postępowaniu, jak i sami zamawiający, dokonując oceny spełniania tych warunków, mogli ją przeprowadzić na zasadzie zerojedynkowej”<sup>140</sup>. W innym miejscu KIO stwierdza, że „nie można uznać za realizację zasady równego traktowania wykonawców sytuacji, w której do składania ofert zaproszony zostaje wykonawca, co do którego zamawiający nie ma pewności czy spełnia on warunki udziału w postępowaniu”<sup>141</sup>.

Na kanwie wielu spraw zwraca się uwagę na związek treściowy pomiędzy ustalonymi warunkami podmiotowymi a przedmiotem zamówienia. Jako przejaw naruszenia obowiązków równego traktowania uznaje się np. sformułowanie warunków nadmiernych, nieadekwatnych, nieproporcjonalnych do przedmiotu zamówienia<sup>142</sup>;

<sup>135</sup> Opinia rzecznika generalnego Paolo Mengozziego przedstawiona w dniu 29 czerwca 2010 r. w sprawie Komisja Europejska v. Irlandia, C-226/09, pkt 43.

<sup>136</sup> K. Śliwak, *Zasada równego traktowania przy kwalifikacji podmiotowej w zamówieniach publicznych*, Warszawa 2022, s. 391.

<sup>137</sup> Uchwała KIO z dnia 20 maja 2010 r., KIO/KU 34/10; wyrok KIO z dnia 19 lipca 2021 r., KIO 1577/21.

<sup>138</sup> Uchwała KIO z dnia 21 lutego 2012 r., KIO/KU 20/12; wyrok KIO z dnia 5 marca 2013 r., KIO 375/13; wyrok KIO z dnia 17 marca 2021 r., KIO 617/21; wyrok KIO z dnia 18 lipca 2011 r., KIO 1388/11.

<sup>139</sup> Wyrok KIO z dnia 25 października 2011 r., KIO 2213/11.

<sup>140</sup> Wyrok KIO z dnia 12 stycznia 2021 r., KIO 3321/20.

<sup>141</sup> Wyrok KIO z dnia 2 grudnia 2014 r., KIO 2378/14.

<sup>142</sup> Wyrok ZA z dnia 13 czerwca 2006 r., UZP/ZO/0-1677/06.; wyrok NSA z dnia 25 lutego 2022 r., I GSK 1226/21; wyrok WSA w Łodzi z dnia 10 marca 2020 r., III SA/Łd 518/19; wyrok KIO z dnia 24 stycznia 2013 r., KIO 78/12.

nadmiernych, wykraczających poza zakres przedmiotu zamówienia<sup>143</sup>; nieuzasadnionych charakterystyką, czy też zakresem przedmiotu zamówienia<sup>144</sup>; nieuzasadnionych wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności oraz warunkami realizacji przedmiotu zamówienia<sup>145</sup>. Na gruncie orzecznictwa stwierdzono m.in., że „zamawiający jest zobowiązany zachować niezbędną równowagę między interesem polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem potencjalnych wykonawców, których nie można przez wprowadzenie nadmiernych wymagań z góry eliminować z udziału w postępowaniu”<sup>146</sup>. Naczelnym celem formułowania wymagań podmiotowych pozostaje przy tym możliwość ustalania zdolności określonego podmiotu do wykonania zamówienia<sup>147</sup> – albo inaczej – weryfikacja rękojmi należytego wykonania zamówienia<sup>148</sup>; zbadanie faktycznej zdolności danego wykonawcy do wykonania zamówienia<sup>149</sup>; czy też stwierdzenie, czy ubiegający się o zamówienie gwarantują należyte wykonanie zamówienia<sup>150</sup>. Jak trafnie odnotowuje Katarzyna Śliwak, ustawodawca nie zdefiniował, jak rozmieść związek pomiędzy postawionymi warunkami udziału w postępowaniu a przedmiotem zamówienia. Trudno jednakże zgodzić się z postulatem Autorki dotyczącym wprowadzenia do regulacji prawnych ustawowej definicji takiego związku<sup>151</sup>. Złożoność poszczególnych sytuacji, w których występuje konkretyzacja wymagań zamawiającego, czyniłaby prawdopodobnie próbę normatywnego określenia relacji pomiędzy wymaganiami podmiotowymi i przedmiotowymi karkołomną.

Jako przejawy naruszenia obowiązków równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne w związku z ustalaniem warunków podmiotowych uznano w orzecznictwie np. preferowanie wykonawców ze względu na obszar geograficzny, na którym świadczą swoje usługi<sup>152</sup>, żądanie posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej oraz ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności na kwotę związaną z wartością składanej oferty<sup>153</sup>; wymaganie wykazania się wykonawcy doświadczeniem zgodnie z rozwiązaniem technicznym konkretnej marki<sup>154</sup>; żądanie od każdego z konsorcjantów spełnienia pozytywnego

<sup>143</sup> Wyrok KIO z dnia 24 stycznia 2013 r., KIO 78/12.

<sup>144</sup> Wyrok ZA z dnia 4 marca 2005 r., UZP/ZO/0-374/05.

<sup>145</sup> Wyrok WSA w Łodzi z dnia 10 marca 2020 r., III SA/Łd 518/19.

<sup>146</sup> Wyrok KIO z dnia 24 lipca 2013 r., KIO 1673/13.

<sup>147</sup> Wyrok ZA z dnia 4 marca 2005 r., UZP/ZO/0-374/05; uchwała KIO z dnia 11 marca 2014 r., KIO/KU 18/14.

<sup>148</sup> Wyrok KIO z dnia 29 kwietnia 2021 r., KIO 743/21.

<sup>149</sup> Wyrok ZA z dnia 13 czerwca 2006 r., UZP/ZO/0-1677/06.

<sup>150</sup> Wyrok KIO z dnia 10 listopada 2010 r., KIO 2358/10.

<sup>151</sup> K. Śliwak, *op. cit.*, s. 131.

<sup>152</sup> Wyrok KIO z dnia 20 kwietnia 2015 r., KIO 689/15.

<sup>153</sup> Orzeczenie GKO z dnia 18 września 2014 r., BDF1/4900/42/46/14.

<sup>154</sup> Wyrok KIO z dnia 23 sierpnia 2013 r., KIO 1476/13.

warunku udziału w postępowaniu<sup>155</sup>; określenie odmiennych warunków w ogłoszeniu o zamówieniu i w dokumentacji zamówienia<sup>156</sup> czy brak opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu<sup>157</sup>.

Jak wspomniano wyżej, ustalanie warunków zamówienia obejmuje również aspekty proceduralne. Formułowanie takich wymagań odgrywa rolę pomocniczą, choć niezbędną w procesie kwalifikowania ubiegających się o zamówienia. Z obowiązujących przepisów wynika, że ustalanie warunków w tym zakresie może obejmować np.: określanie terminów na wykonanie przez ubiegających się o zamówienie określonych czynności; określenie rodzajów oraz postaci dokumentów, które mają być składane przez ubiegających się o zamówienia publiczne; wymagania techniczne dotyczące komunikacji zamawiającego na odległość; wymagania dotyczące komunikacji bezpośredniej; zastrzeżenie możliwości uzupełnienia brakujących przedmiotowych środków dowodowych. Formułowanie przez instytucje zamawiające wymagań proceduralnych również musi pozostawać w zgodzie z obowiązkiem równego traktowania ubiegających się o zamówienia. W tym kontekście, w orzecznictwie zwrócono uwagę chociażby na obowiązek stosowania niedyskryminujących narzędzi i urządzeń do komunikacji z wykonawcami przy użyciu środków komunikacji elektronicznej<sup>158</sup>.

Powyższe ustalenia wskazują, że ustalanie warunków zamówienia w sposób zapewniający równe traktowanie nie polega jedynie na konieczności formułowania wymagań jednakowych wobec ubiegających się o zamówienie. Równość traktowania związana jest ściśle z powinnością uzasadnionego różnicowania ubiegających się o konkretne zamówienie. Oznacza to istnienie instrumentalnego obowiązku formułowania równych wymagań usprawiedliwionych obiektywnymi potrzebami zamawiającego realizowanymi w związku z określonym zamówieniem. Wskazuje to również na istotne znaczenie względów zewnętrznych (potrzeb, słuszności, zasadności, interesu) wpływających na sposób realizowania treści norm prawnych w zamówieniach publicznych<sup>159</sup>. Ustalanie warunków zamówienia w sposób zapewniający równe traktowanie odnosić w związku z tym należy do takich wymagań, których spełnienie jest zasadne, ale też niezbędne i konieczne z punktu widzenia celu udzielenia zamówienia<sup>160</sup>. Ponadto zasadność formułowanych warunków opiera się na ich wewnętrznej korelacji. Przedstawia się ona jako wzajemny związek po-

<sup>155</sup> Wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 18 lutego 2015 r., III SA/Wr 882/14; wyrok KIO z dnia 27 listopada 2008 r., KIO/UZP 1301/08.

<sup>156</sup> Wyrok ZA z dnia 31 maja 2007 r., UZP/ZO/0-623/07; uchwała KIO z dnia 1 marca 2019 r., KIO/KD 14/19.

<sup>157</sup> Wyrok ZA z dnia 13 lipca 2006 r., UZP/ZO/0-2002/06; wyrok KIO z dnia 8 sierpnia 2013 r., KIO 1830/13.

<sup>158</sup> Wyrok KIO z dnia 14 stycznia 2019 r., KIO 2671/18.

<sup>159</sup> A. Korybski, L. Leszczyński, *op. cit.*, s. 170-171.

<sup>160</sup> K. Śliwak, *op. cit.*, s. 129-130.

między wymaganiami przedmiotowymi a adekwatnymi wobec nich wymaganiami podmiotowymi.

### 4.3. Obowiązki dotyczące równego stosowania warunków zamówienia

Na odrębną uwagę zasługuje problematyka wypełniania obowiązków równego traktowania związana z dokonywaną przez zamawiających oceną spełnienia warunków zamówienia. Na gruncie orzecznictwa podnosi się, że stosowanie warunków zamówienia powinno być jednakowe wobec wszystkich ubiegających się o określone zamówienie publiczne (reguła „jednej miary”)<sup>161</sup>, co oznacza, że ewentualne „naruszenie zasady równego traktowania wykonawców może nastąpić przez niejednakowe potraktowanie przez zamawiającego wykonawców wyłącznie w danym postępowaniu”<sup>162</sup>. Przy czym jednakowość stosowania wymagań dotyczy nie tylko konieczności stosowania takich samych warunków wobec ubiegających się o zamówienie, ale także pełnego stosowania warunków zamówienia w trakcie całego postępowania – czy to wynikających wprost z ustawy, czy też skonkretyzowanych przez zamawiającego<sup>163</sup>. Odstępstwo, nieuzasadniona zmiana warunków zamówienia lub stosowania ich w sposób wybiórczy<sup>164</sup> albo stawianie dodatkowych wymagań pierwotnie niewyrażonych w ogłoszeniu lub dokumentacji zamówienia traktowane są jako przejawy naruszenia obowiązków wynikających z zasady równego traktowania wykonawców<sup>165</sup>. Składy orzekające zwracają uwagę na takie nieprawidłowości jak dokonywanie oceny zgodności treści oferty z wymaganiami zamawiającego w inny sposób niż określony w dokumentacji przetargowej<sup>166</sup> czy stwarzanie warunków dla uznaniowego zastosowania kryteriów oceny ofert<sup>167</sup>. Z koniecznością stosowania warunków zamówienia wiąże się także

<sup>161</sup> Wyrok KIO z dnia 23 czerwca 2014 r., KIO 1097/14.

<sup>162</sup> Wyrok KIO z dnia 29 sierpnia 2018 r., KIO 1638/18.

<sup>163</sup> Wyrok KIO z dnia 2 sierpnia 2018 r., KIO 1443/18; wyrok KIO z dnia 19 czerwca 2018 r., KIO 1101/18; uchwała KIO z dnia 21 lutego 2012 r., KIO/KU 20/12.; wyrok KIO z dnia 17 czerwca 2021 r., KIO 1293/21.

<sup>164</sup> Wyrok ZA z dnia 31 stycznia 2005 r., UZP/ZO/0-155/05; wyrok ZA z dnia 27 grudnia 2005 r., UZP/ZO/0-3869/05; wyrok KIO z dnia 13 listopada 2012 r., KIO 2382/12; wyrok KIO z dnia 1 marca 2011 r., KIO 332/11; uchwała KIO z dnia 5 lutego 2019 r., KIO/KU 5/19; wyrok KIO z dnia 26 stycznia 2016 r., KIO 186/16; wyrok KIO z dnia 13 listopada 2012 r., KIO 2382/12; wyrok KIO z dnia 12 lutego 2009 r., KIO/UZP 133/09; wyrok KIO z dnia 21 lipca 2015 r., KIO 1477/15; wyrok KIO z dnia 5 lipca 2013 r., KIO 1513/13; wyrok KIO z dnia 5 sierpnia 2014 r., KIO 1509/14; wyrok KIO z dnia 14 kwietnia 2017 r., KIO 626/17; wyrok KIO z dnia 7 października 2016 r., KIO 1778/16; uchwała KIO z dnia 16 kwietnia 2014 r., KIO/KD 33/14; wyrok KIO z dnia 21 lipca 2017 r., KIO 1429/17.

<sup>165</sup> Wyrok KIO z dnia 31 sierpnia 2017 r., KIO 1731/17; wyrok KIO z dnia 26 czerwca 2014 r., KIO 1028/14; wyrok KIO z dnia 30 czerwca 2008 r., KIO/UZP 594/08; wyrok KIO z dnia 30 czerwca 2008 r., KIO/UZP 594/08.

<sup>166</sup> Wyrok KIO z dnia 18 sierpnia 2014 r., KIO 1590/14.

<sup>167</sup> Wyrok ZA z dnia 24 października 2005 r., UZP/ZO/0-2997/05.



obowiązek niestosowania takich wymagań, które z ustawy czy dokumentacji zamówienia nie wynikają, jak np. wykluczenie ubiegającego się o zamówienia z powodu niespełnienia obowiązku niewynikającego wyraźnie z dokumentacji przetargowej<sup>168</sup>.

Wymaganiom tym ściśle odpowiada obowiązek literalnej wykładni ustalonych przez zamawiającego warunków zamówienia. Podobnie jak w przypadku przestrzegania norm prawnych, stosowanie ustalonych przez zamawiającego warunków zamówienia zasadza się na konieczność ich ściślej interpretacji. W orzecznictwie stwierdza się wprost, że zawarte w ogłoszeniach czy dokumentach zamówienia wymagania należy stosować „zgodnie z ich literalnym brzmieniem”<sup>169</sup>. Zakazuje się przy tym „wykładni uznaniowej”<sup>170</sup>, a także rozszerzania czy uzupełniania treści warunków poprzez ich wykładnię<sup>171</sup>. W odniesieniu do zasady równego traktowania wykonawców wyrażono również pogląd, że ewentualne wątpliwości wynikające z ustalonych warunków zamówienia należy tłumaczyć na korzyść ubiegających się o zamówienie zgodnie z zasadą *in dubio contra proferentem*<sup>172</sup>.

W orzecznictwie podkreśla się jednocześnie, że powinność stosowania jednakowej miary nie musi oznaczać konieczności dokonania jednakowej oceny ubiegających się o zamówienie<sup>173</sup>. W przeciwnym razie – jak trafnie zauważa KIO – nie byłoby możliwe realizowanie celu przepisów prawa zamówień publicznych, jakim jest wybór wykonawcy zamówienia<sup>174</sup>. Nawiązując do ustaleń poczynionych na gruncie problematyki stanowienia prawa, stwierdzić można, że obowiązki równego traktowania związane z dokonywaniem czynności kwalifikacji ubiegających się o zamówienie publiczne nie wyczerpują się w powinności zgodnego z prawem oraz jednakowego stosowania warunków zamówienia. Na instytucji zamawiającej dokonującej różnicowania spoczywa również obowiązek ustalania podobieństwa i różnic pomiędzy podmiotami ubiegającymi się o udzielane zamówienie. W tym zakresie ujawnia się funkcja procedury udzielenia zamówienia służąca różnicowaniu uczestników postępowania.

W związku z tym stosowanie warunków zamówienia na potrzeby kwalifikowania pociąga za sobą konieczność uwzględnienia podobieństwa położenia ubiegających

---

<sup>168</sup> Wyrok KIO z dnia 25 stycznia 2019 r., KIO 2514/18; wyrok KIO z dnia 5 marca 2018 r., KIO 307/18.

<sup>169</sup> Wyrok KIO z dnia 31 maja 2016 r., KIO 810/16; wyrok KIO z dnia 12 stycznia 2015 r., KIO 2784/14; wyrok KIO z dnia 3 października 2014 r., KIO 1953/14; wyrok KIO z dnia 10 maja 2013 r., KIO 964/13.; wyrok KIO z dnia 24 lutego 2021 r., KIO 230/21; wyrok KIO z dnia 12 stycznia 2021 r., KIO 3321/20; wyrok KIO z dnia 28 kwietnia 2021 r., KIO 792/21; wyrok KIO z dnia 30 listopada 2020 r., KIO 2941/20; wyrok KIO z dnia 2 lipca 2021 r., KIO 1286/21.

<sup>170</sup> Wyrok KIO z dnia 26 czerwca 2014 r., KIO 1028/14.

<sup>171</sup> Uchwała KIO z dnia 16 kwietnia 2014 r., KIO/KD 33/14; wyrok KIO z dnia 12 marca 2014 r., KIO 355/14.

<sup>172</sup> Wyrok KIO z dnia 10 lipca 2020 r., KIO 1235/20.

<sup>173</sup> Wyrok KIO z dnia 11 lutego 2019 r., KIO 153/19; wyrok NSA z dnia 24 listopada 2016 r., II GSK 1127/15.

<sup>174</sup> Wyrok KIO z dnia 18 grudnia 2014 r., KIO 2559/14.

się o zamówienie w określonym postępowaniu. To podobieństwo sytuacji, w której znajdują się jacyś ubiegający się o zamówienie, przesądza o konieczności ich równego potraktowania, a niepodobieństwo o konieczności potraktowania odmiennego. Jak stwierdza KIO, „zasada równego traktowania wykonawców oznacza, że każdy wykonawca musi być traktowany w identyczny sposób w tych samych okolicznościach”<sup>175</sup>. W orzecznictwie stosuje się również takie określenia jak „analogiczna sytuacja”<sup>176</sup> czy „taka sama sytuacja”<sup>177</sup>. Stwierdza się np., że zasady równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji oraz przejrzystości nie są zachowane, jeśli zamawiający inaczej traktuje wykonawców znajdujących się w takiej samej sytuacji<sup>178</sup>. Zauważa się też, że przestrzeganie zasady równego traktowania „polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji”<sup>179</sup> albo że „zasada równego traktowania sprowadza się do konieczności identycznego traktowania takich wykonawców, których sytuacja jest taka sama lub bardzo podobna”<sup>180</sup>. Z kolei jako formułę naruszenia obowiązku równego traktowania wskazuje się sytuację, w której „w zależności od tożsamości wykonawcy różnicuje konsekwencje takiego samego stanu faktycznego lub prawnego, w jakim znajdują się wykonawcy”<sup>181</sup> albo że „zamawiający odmiennie ocenił oferty różnych wykonawców w stosunku do takiego samego stanu faktycznego”<sup>182</sup>. Stwierdza się w związku z tym np., że „wszyscy wykonawcy, którzy popełnili uchybienia takiego samego rodzaju, powinni być potraktowani w jednakowy sposób, wynika to z naczelnej zasady udzielenia zamówień publicznych, tj. zasady równego traktowania wykonawców”<sup>183</sup>.

To podobieństwo sytuacji, w której znajdują się jacyś ubiegający się o zamówienie, przesądza o konieczności ich równego potraktowania, a niepodobieństwo o konieczności potraktowania odmiennego. Potwierdza to sformułowaną w poprzednim rozdziale konkluzję, że równe traktowanie ubiegających się o zamówienia publiczne, jako dokonujące się w ramach postępowania o udzielenie zamówienia, określa sposób różnicowania położenia określonych podmiotów dokonywany w celu udzielenia zamówienia wybranemu podmiotowi. Jednakże w przypadku przestrzegania prawa, obowiązki równego traktowania wyrażają się w takiej interpretacji i realizowaniu norm prawnych przez instytucje zamawiające, by szanse dostępu do określonego zamówienia nie były w sposób nieuzasadniony ograniczane. Kluczowe w tym zakresie

<sup>175</sup> Wyrok KIO z dnia 11 lutego 2011 r., KIO 184/11.

<sup>176</sup> Wyrok KIO z dnia 16 stycznia 2015 r., KIO 2752/14.

<sup>177</sup> Wyrok KIO z dnia 7 sierpnia 2017 r., KIO 1499/17.

<sup>178</sup> Wyrok KIO z dnia 21 czerwca 2018 r., KIO 1143/18; KIO z dnia 5 marca 2021 r., KIO 89/21; wyrok WSA w Gliwicach z dnia 24 stycznia 2013 r., III SA/GI 1664/12.

<sup>179</sup> Wyrok KIO z dnia 14 grudnia 2016 r., KIO 2275/16.

<sup>180</sup> Wyrok KIO z dnia 9 września 2019 r., KIO 1636/19.

<sup>181</sup> Wyrok KIO z dnia 15 kwietnia 2019 r., KIO 558/19.

<sup>182</sup> Wyrok KIO z dnia 22 sierpnia 2010 r., KIO 1695/11.

<sup>183</sup> Wyrok KIO z dnia 25 lipca 2013 r., KIO 1641/13.

okazuje się więc prawidłowe ustalenie kresu zastosowania określonej normy, tj. takie, w którym dokonywane czynności różnicowania ubiegających skutkować będą zasadnym ukształtowaniem w ten sam sposób sytuacji prawnej podmiotów podobnych, a odmiennym ukształtowaniem pozostałych ubiegających się o określone zamówienie. Podstawowym wymiarem tak rozumianego obowiązku równego traktowania jest więc zakaz arbitralności czy nieskrępowanej dowolności w konkretyzowaniu przez zamawiających warunków zamówienia. Jak trafnie stwierdza Marek Szydło, równe traktowanie oznacza zakaz niemającego racjonalnego usprawiedliwienia (inaczej mówiąc: niemającego obiektywnego uzasadnienia) nierównego traktowania takich wykonawców, którzy znajdują się w istotnie równej lub w istotnie porównywalnej sytuacji<sup>184</sup>. Podobnie Włodzimierz Dzierżanowski, który zauważa że stosowanie zasady równego traktowania oznacza stosowanie jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, w każdej czynności zamawiającego<sup>185</sup>. Z kolei Trybunał Sprawiedliwości orzekł, że zasada równego traktowania w zamówieniach wymaga, aby porównywalne sytuacje nie były traktowane w sposób odmienny, a sytuacje odmienne nie były traktowane w sposób identyczny, chyba że takie traktowanie jest obiektywnie uzasadnione<sup>186</sup>.

Naturalnym rezultatem takiego ujęcia obowiązków równego traktowania jest konkluzja, że granicą stosowania i naruszenia zasad równego traktowania w stosunku do jednego wykonawcy jest naruszenie tej zasady w stosunku do innego wykonawcy biorącego udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Naruszenie zasady równego traktowania wykonawców będzie miało miejsce, gdy działania podejmowane w stosunku do wykonawcy będą powodowały inną, nierówną w postępowaniu sytuację pozostałych wykonawców lub wykonawcy. Granicą dopuszczalności działań zamawiającego odnośnie danego wykonawcy zawsze będzie naruszenie zasady/zasad w odniesieniu do innego wykonawcy. Zasady Prawa zamówień publicznych – w tym wypadku równego traktowania wykonawców – nie są dane tylko jednemu wykonawcy, a ich ocena dokonywana w danym postępowaniu oraz podejmowane przez zamawiającego czynności bądź zaniechania czynności oceniane w kontekście zasad muszą być dokonywane z uwzględnieniem interesów wszystkich wykonawców<sup>187</sup>.

W związku z tym wymóg równego traktowania ubiegających się o zamówienie publiczne przy weryfikacji warunków zamówienia nie znajdzie z oczywistych powodów zastosowania w trybie zamówienia z wolnej ręki, a także w innych trybach, w których

<sup>184</sup> M. Szydło, *Prawna koncepcja zamówienia publicznego*, Warszawa 2014, s. 1-2; G. Klich, *Zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego*, Warszawa 2016, s. 32.

<sup>185</sup> W. Dzierżanowski, *Zasada równego traktowania*, [w:] *Leksykon zamówień publicznych*, red. W. Dzierżanowski, M. Sieradzka, P. Szustakiewicz, Warszawa 2021, s. 475.

<sup>186</sup> Wyrok Trybunału z dnia 10 października 2013 r. w sprawie Manova, C-336/12, pkt 30 z powołaniem się na wyrok z dnia 3 marca 2005 r. w sprawach połączonych Fabricom, C-21/03 i C-34/03.

<sup>187</sup> Wyrok KIO z dnia 22 czerwca 2020 r., KIO 593/20.

bierze udział tylko jeden wykonawca<sup>188</sup>. Nie oznacza to jednak, że nie może dojść do naruszenia tej zasady równego traktowania przez celową eliminację ubiegających się o zamówienia na skutek ustalonych nieprawidłowo warunków zamówienia i doprowadzenia do sytuacji, w których tylko jeden z nich weźmie udział w postępowaniu<sup>189</sup>.

Problematyka równego traktowania w zakresie stosowania warunków zamówienia ujawnia się w orzecznictwie wyraźnie w sytuacjach, w których dokonanie przez instytucję zamawiającą czynności kwalifikowania powoduje ograniczenie dotychczasowych szans na uzyskanie określonego zamówienia. Obowiązki równego traktowania w stosowaniu warunków zamówienia aktualizują się więc przede wszystkim w czynnościach kwalifikowania ubiegających się o zamówienia publiczne. Składa się na nie wiele czynności konwencjonalnych, w ramach których czyni się użytek z kryteriów różnicowania ubiegających się o zamówienia publiczne. Wśród nich podstawowe znaczenie należałoby przypisać czynnościom służącym ocenie spełniania przez ubiegających się o zamówienia warunków udziału w postępowaniu oraz czynnościom oceny i badania ofert oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Należy także wskazać na dokonywane zgodnie z określonymi prawem kryteriami szczególne czynności służące kwalifikacji ubiegających się o zamówienie do uczestnictwa w kolejnym etapie postępowania. Przykładem może być tu chociażby zapraszanie w trybie przetargu ograniczonego do składania ofert wykonawców, których wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie podlegały odrzuceniu, a w przypadku ustalenia kryteriów selekcji, wykonawców w liczbie ustalonej przez zamawiającego<sup>190</sup>. Analogiczny instrument przewidziany został w trybie negocjacji z ogłoszeniem<sup>191</sup>, dialogu konkurencyjnym<sup>192</sup>, partnerstwie innowacyjnym<sup>193</sup> czy w wariantach trybu podstawowego<sup>194</sup>.

Nierówne stosowanie warunków zamówienia może się również wyrażać w nieprawidłowej ocenie oferty skutkującej nieuzasadnionym jej odrzuceniem lub brakiem odrzucenia. Jak stwierdza KIO, niezgodne z obowiązkiem równego traktowania ubiegających się o zamówienie publiczne jest np. przedwczesne odrzucenie oferty, pomimo braku dokładnego zbadania pod względem merytorycznym oraz braku wezwania do wyjaśnienia wszystkich wątpliwości dotyczących złożonej przez wykonawcę oferty; niedopuszczenie do oceny oferty niepodlegającej odrzuceniu<sup>195</sup>, zaniechanie odrzucenia oferty<sup>196</sup>, w tym sytuacje, w których zamawiający na równi

<sup>188</sup> Wyrok KIO z dnia 21 kwietnia 2017 r., KIO 625/17.

<sup>189</sup> Wyrok KIO z dnia 11 lutego 2019 r., KIO 153/19.

<sup>190</sup> Art. 149 ust. 1 Pzp 2019.

<sup>191</sup> Art. 160 ust. 1 Pzp 2019.

<sup>192</sup> Art. 178 ust. 1 Pzp 2019.

<sup>193</sup> Art. 195 ust. 1 Pzp 2019.

<sup>194</sup> Art. 289 ust. 1 Pzp 2019.

<sup>195</sup> Wyrok KIO z dnia 7 marca 2017 r., KIO 364/17.

<sup>196</sup> Orzeczenie GKO z dnia 8 lutego 2010 r., BDF1/4900/97/98/09/3375; wyrok KIO z dnia 16 stycznia 2020 r., KIO 2673/19; wyrok KIO z dnia 13 stycznia 2022 r., KIO 3794/21.

traktuje oferty, które winny zostać odrzucone, jak i oferty sporządzone w sposób prawidłowy<sup>197</sup>; nieodrzućenie tych wszystkich ofert, które zawierają taką samą wadę<sup>198</sup>; a nawet odrzucenie oferty pomimo braku dokładnego zbadania jej pod względem merytorycznym<sup>199</sup> lub na podstawie materialnych przesłanek, które są wątpliwe<sup>200</sup>, a także odrzucenie oferty w sytuacji, w której wyjaśnienia ubiegającego się o zamówienie były analogiczne do tych, które w tym samym postępowaniu złożył inny podmiot, którego oferty z tego powodu nie odrzucono<sup>201</sup>.

Podobne okoliczności świadczące o naruszeniu obowiązków równego traktowania związane są w orzecznictwie z wykluczeniem z udziału w postępowaniu z powodu niespełnienia wymagań podmiotowych<sup>202</sup>. Przykładem są tu sytuacje, w których wykluczenie ubiegającego się o zamówienie nastąpiło pomimo istnienia wątpliwości dotyczących podstawy prawnej do dokonania takiej czynności<sup>203</sup>. W innym miejscu uznano z kolei, że obowiązek równego traktowania i obowiązek przejrzystości należy interpretować w ten sposób, iż stoją one na przeszkodzie wykluczeniu wykonawcy z przetargu publicznego wskutek niedopełnienia przez niego obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej lub obowiązującej krajowej ustawy, lecz wyłącznie z wykładni ustawy i tej dokumentacji, a także z niejednolitego orzecznictwa<sup>204</sup>. Za naruszenie obowiązków równego traktowania przyjmuje się oczywiście również niewykluczenie z postępowania pomimo zaistnienia ku temu przesłanek<sup>205</sup>.

W świetle powyższych ustaleń należy stwierdzić, że czynności kwalifikowania w procesie udzielenia zamówienia publicznego stanowią kluczowy przejaw obowiązków równego traktowania ubiegających się o zamówienie publiczne. To właśnie poprzez dokonywanie tych czynności, zgodnie z wynikającymi wprost z ustawy albo

<sup>197</sup> Wyrok KIO z dnia 8 grudnia 2017 r., KIO 2408/17.

<sup>198</sup> Wyrok KIO z dnia 23 sierpnia 2021 r., KIO 1891/21.

<sup>199</sup> Wyrok KIO z dnia 3 lipca 2017 r., KIO 1219/17.

<sup>200</sup> Uchwała KIO z dnia 19 marca 2010 r., KIO/KD 17/10.

<sup>201</sup> Wyrok KIO z dnia 19 czerwca 2013 r., KIO 1354/13.

<sup>202</sup> Katarzyna Śliwak wiąże ten aspekt kwalifikacji z cechą istotną stanowiącą kryterium różnicowania ubiegających się o zamówienie publiczne, jaką jest „ich potencjalne zainteresowanie (możliwość występowania na rynku zamówień publicznych jako ubiegający się o zamówienie)”. Autorka opiera ten pogląd na fakcie, że treść przesłanek wykluczenia jest taka sama dla wszystkich uczestników rynku, a zamawiający ich nie konkretyzuje, a jedynie może zdecydować o ich zastosowaniu lub niezastosowaniu (K. Śliwak, *op. cit.*, s. 307, 393). Wydaje się jednak, że opinia K. Śliwak bardziej koresponduje z zagadnieniem statusu wykonawców na gruncie Prawa zamówień publicznych, a nie z treścią przesłanek wykluczenia z postępowania, które bez wątpienia odnoszą się do pewnej istotnej (negatywnej) charakterystyki ubiegających się o zamówienia, a nie zainteresowania lub braku zainteresowania udziałem w postępowaniu.

<sup>203</sup> Wyrok KIO z dnia 29 marca 2011 r., KIO 513/11; wyrok KIO z dnia 18 kwietnia 2011 r., KIO 1606/14; wyrok KIO z dnia 25 sierpnia 2014 r., KIO 637/11; wyrok KIO z dnia 17 czerwca 2021 r., KIO 1218/21.

<sup>204</sup> Wyrok KIO z dnia 5 marca 2018 r., KIO 307/18; wyrok KIO z dnia 14 maja 2021 r., KIO 779/21.

<sup>205</sup> Wyrok ZA z dnia 30 listopada 2005 r., UZP/ZO/0-3548/05.

skonkretyzowanymi przez zamawiającego warunkami zamówienia, następuje różnicowanie ubiegających się o zamówienie publiczne. Finalnym wyrazem tego procesu jest zakwalifikowanie określonego podmiotu jako wykonawcy zamówienia, z którym zawarta zostanie umowa. W pozostałych przypadkach następuje unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia.

#### **4.4. Obowiązki równego traktowania dotyczące ustalania stanów faktycznych, do których znajdują zastosowanie warunki zamówienia**

Niebagatelną rolę w procesie stosowania warunków zamówienia odgrywa ustalanie stanów faktycznych, do których takie warunki się odnoszą. Takie działania instytucji zamawiających pełnią funkcję służebną wobec omówionych wyżej czynności kwalifikacyjnych. Jednak i w tym obszarze ujawnia się potrzeba zapewnienia równego traktowania ubiegających się o zamówienie. Warto w związku z tym odnotować, że problematyka ta dotyczy w szczególności obowiązków zamawiających służących korygowaniu nieprawidłowości popełnianych przez ubiegających się o zamówienia. Należą do nich:

- a) wzywianie ubiegających się o zamówienie do wyjaśnień złożonych ofert lub innych dokumentów i ocena złożonych wyjaśnień,
- b) wzywianie ubiegających się o zamówienie do złożenia lub uzupełnienia brakujących albo wadliwych dokumentów oraz ocena uzupełnionych dokumentów,
- c) poprawianie przez zamawiającego omyłek i błędów w ofertach,
- d) ocena wyjaśnień składanych przez ubiegających się o zamówienie publiczne w ramach tzw. samooczyszczenia.

Instytucja wzywania do wyjaśnień została uregulowana w kilku przepisach Pzp 2019. Przy jej zastosowaniu zamawiający mogą żądać od ubiegających się o zamówienie wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowych środków dowodowych, oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dowodowych albo innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu<sup>206</sup>. Instytucje zamawiające mogą również, w toku badania i oceny ofert, żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów czy oświadczeń<sup>207</sup>. Szczególną postacią takiego żądania jest wezwanie do wyjaśnienia tzw. rażąco niskiej ceny lub kosztu wykonania zamówienia<sup>208</sup>.

W związku ze stosowaniem wyjaśnień ujawnia się konieczność zapewnienia równego traktowania ubiegających się o zamówienie publiczne. Orzecznictwo konsekwentnie uznaje np. za sprzeczne z zasadą równego traktowania sytuacje,

<sup>206</sup> Art. 107 ust. 4; art. 128 ust. 1 Pzp 2019.

<sup>207</sup> Art. 223 ust. 1 Pzp 2019.

<sup>208</sup> Art. 224 ust. 1 Pzp 2019.



w których wyjaśnienia złożonych ofert posłużyły do ich modyfikacji<sup>209</sup>, wytworzenia nowej oferty<sup>210</sup>, albo nawet jej skonkretyzowania<sup>211</sup>. KIO uznała też, że

dopuszczenie do możliwości wyjaśnienia uzupełnionego dokumentu, który wyraźnie nie potwierdza spełniania postawionego warunku, w sposób zmierzający do sanowania występujących w nim niedoskonałości, tak by potwierdził spełnienie warunku, może być potraktowane jako naruszające zasadę równego traktowania wykonawców, zmierzające do zastąpienia wykonawcy w realizacji obowiązku wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu<sup>212</sup>.

Podkreśla się także, że nierówność traktowania może polegać na użyciu instrumentu wyjaśniania ofert do prowadzenia negocjacji między zamawiającym a ubiegającym się o zamówienie<sup>213</sup> albo do uzupełniania brakujących dokumentów<sup>214</sup>. Jak stwierdza KIO,

zasada równego traktowania oraz zasada przejrzystości stoją na przeszkodzie negocjom między zamawiającym a oferentem w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zatem co do zasady oferta nie może być modyfikowana po jej złożeniu, ani z inicjatywy Zamawiającego, ani oferenta<sup>215</sup>.

Za niezgodne z zasadą równego traktowania uznano również ponawianie wezwania do wyjaśnień aż do momentu uzyskania wszystkich odpowiedzi<sup>216</sup>, w celu skorygowania udzielonych już wyjaśnień<sup>217</sup>, jak i powtórzenie wezwania pomimo, że wcześniej udzielone odpowiedzi w żadnym stopniu nie rozwiązały choćby części wątpliwości zamawiającego<sup>218</sup>. KIO uznała również za naruszenie zasady równego traktowania wykonawców dopuszczenie przez zamawiającego do sytuacji, w której wykonawca mógł po otwarciu ofert i poznaniu cen w ofertach innych wykonawców, w trybie wyjaśnienia oferty dokonać wyboru, czy cena za prace objęte jednym z kosztorysów tego wykonawcy została już wliczona do ceny innego kosztorysu, czy też powinna zostać doliczona do wartości całej oferty<sup>219</sup>.

<sup>209</sup> Wyrok KIO z dnia 5 maja 2015 r., KIO 829/15; wyrok KIO z dnia 3 czerwca 2015 r., KIO 1030/15.

<sup>210</sup> Wyrok KIO z dnia 27 września 2016 r., KIO 1724/16.

<sup>211</sup> Wyrok KIO z dnia 7 marca 2016 r., KIO 250/16.

<sup>212</sup> Wyrok KIO z dnia 7 lutego 2011 r., KIO 182/11.

<sup>213</sup> Wyrok KIO z dnia 30 lipca 2019 r., KIO 1350/19; wyrok KIO z dnia 13 lutego 2015 r., KIO 194/15; wyrok KIO z dnia 10 lipca 2020 r., KIO 865/20; wyrok KIO z dnia 12 listopada 2020 r., KIO 2700/20.

<sup>214</sup> Wyrok KIO z dnia 30 lipca 2019 r., KIO 1350/19.

<sup>215</sup> Wyrok KIO z dnia 22 sierpnia 2017 r., KIO 1615/17.

<sup>216</sup> Wyrok KIO z dnia 25 października 2017 r., KIO 2111/17; wyrok KIO z dnia 9 czerwca 2021 r., KIO 1166/21.

<sup>217</sup> Wyrok KIO z dnia 12 sierpnia 2016 r., KIO 1408/16.

<sup>218</sup> Wyrok KIO z dnia 25 czerwca 2019 r., KIO 1056/19; wyrok KIO z dnia 31 stycznia 2022 r., KIO 125/22; wyrok KIO z dnia 26 lipca 2019 r., KIO 1323/19; wyrok KIO z dnia 28 kwietnia 2021 r., KIO 806/21.

<sup>219</sup> Wyrok KIO z dnia 28 listopada 2012 r., KIO 2519/12; wyrok KIO z dnia 1 czerwca 2021 r., KIO 1040/21.

W związku z niezłożeniem przez ubiegającego się o zamówienie oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu oraz spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów i oświadczeń, czy też złożeniem takich dokumentów jako niekompletnych lub błędnych, Pzp 2019 przewiduje z kolei obowiązek wezwania do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia<sup>220</sup>. Podobnie rzecz przedstawia się w przypadku przedmiotowych środków dowodowych, ale tylko wówczas, gdy obowiązek wezwania do ich złożenia lub uzupełnienia został przewidziany przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia<sup>221</sup>.

W kontekście uzupełniania przez ubiegających się o zamówienie brakujących dokumentów, jako powiązanych z naruszeniem obowiązków równego traktowania, uznano w orzecznictwie uzupełnianie po terminie składanie ofert dokumentów, które nie podlegają uzupełnieniu<sup>222</sup>; przyjęcie od jednego z ubiegających się o zamówienie dodatkowych dokumentów<sup>223</sup>; stwarzanie możliwości do „kilkukrotnego uzupełniania tego samego dokumentu” (naruszenie tzw. koncepcji jednokrotnego wezwania)<sup>224</sup> czy też uzupełnianie dokumentów po terminie<sup>225</sup>. KIO uznała także, że ze względu na fakt, że „wyznaczony przez zamawiającego termin na uzupełnienie dokumentów jest dla wykonawców wiążący, [...] zamawiający nie ma prawa w przypadku zwłoki wykonawcy uznaniowo decydować, czy wykluczyć wykonawcę, czy też czekać na uzupełnienie dokumentów i uwzględnić dokumenty złożone po terminie. Takie postępowanie naruszałoby zasadę równego traktowania wykonawców”<sup>226</sup>. Za niezgodne z zasadą równego traktowania wykonawców uznaje się również uzupełnianie dokumentów skutkujące zmianą treści oferty<sup>227</sup> czy uzupełnieniem braków w treści złożonych wcześniej dokumentów, w szczególności na użytek „spełniania kryteriów oceny oferty”<sup>228</sup>. W innym miejscu KIO stwierdziła też, że „uwzględnienie przez Zamawiającego nowo wykazanych zamówień w uzupełnieniu wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, ponad ich liczbę wynikającą z ze złożonego wniosku, stanowi nierówne traktowanie wykonawców, którzy nie mieli takiej możliwości poprawienia swojej pozycji w rankingu ocenianych wniosków”<sup>229</sup>.

<sup>220</sup> Art. 128 ust. 1 Pzp 2019.

<sup>221</sup> Art. 107 ust. 2 Pzp 2019.

<sup>222</sup> Wyrok KIO z dnia 2 listopada 2009 r., KIO/UZP 1333/09.

<sup>223</sup> Wyrok ZA z dnia 10 lipca 2006 r., UZP/ZO/0-1950/06.

<sup>224</sup> Wyrok KIO z dnia 30 listopada 2017 r., KIO 2406/17; wyrok KIO z dnia 2 marca 2021 r., KIO 289/21; wyrok KIO z dnia 18 lutego 2022 r., KIO 211/22; wyrok SO w Warszawie z dnia 24 maja 2021 r., XXIII Zs 26/21.

<sup>225</sup> Wyrok KIO z dnia 28 stycznia 2019 r., KIO 5/19.

<sup>226</sup> Uchwała KIO z dnia 2 czerwca 2010 r., KIO/KD 38/10.

<sup>227</sup> Wyrok KIO z dnia 14 czerwca 2019 r., KIO 1020/19; wyrok KIO z dnia 3 czerwca 2015 r., KIO 1030/15; wyrok KIO z dnia 27 września 2016 r., KIO 1724/16.

<sup>228</sup> Wyrok KIO z dnia 3 czerwca 2015 r., KIO 1030/15; wyrok KIO z dnia 10 kwietnia 2019 r., KIO 544/19.

<sup>229</sup> Wyrok KIO z dnia 19 kwietnia 2011 r., KIO 742/11.

Zgodnie z przepisami Pzp 2019 zamawiający jest zobowiązany również do poprawiania w ofercie oczywistych omyłek pisarskich, oczywistych omyłek rachunkowych, a nawet innych omyłek polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujących jednak istotnych zmian w treści oferty, niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona<sup>230</sup>. Na tym tle również pojawiają się w orzecznictwie odniesienia do obowiązków równego traktowania. Stwierdza się np., że naruszeniem zasady równego traktowania jest poprawianie oczywistych omyłek skutkujące wprowadzaniem nowych treści do oferty<sup>231</sup>, w tym poprawienie oferty poprzez zmianę wskazanego w ofercie producenta oferowanego produktu<sup>232</sup> albo niedokonanie przez zamawiającego poprawki wbrew ciążącemu na nim obowiązkowi<sup>233</sup>.

Istotną rolę w procesie ustalania stanów faktycznych na potrzeby zastosowania warunków zamówienia pełni instytucja tzw. samooczyszczenia (ang. *self-cleaning*). Przewiduje ona możliwość wykazania przez podmiot ubiegający się o zamówienie publiczne okoliczności świadczących o podjęciu przez niego działań potwierdzających jego rzetelność, pomimo istnienia odpowiedniej podstawy wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia. Obejmują one m.in. fakt lub zobowiązanie się do zrekompensowania szkód spowodowanych przestępstwem lub wykroczeniem, wyczerpującego wyjaśnienia okoliczności nieprawidłowości, aktywnej współpracy z organami śledczymi, podjęcia konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych dla zapobieżenia dalszym przestępstwom lub nieprawidłowemu postępowaniu. Skuteczne udowodnienie zaistnienia takich przesłanek obliguje zamawiającego do odstąpienia od wykluczenia wykonawcy pomimo zaistnienia określonych do tego podstaw<sup>234</sup>. W literaturze wyrażono trafny pogląd, że nieuwzględnienie przez zamawiającego prawidłowo podjętych przez ubiegającego się o zamówienie środków mających na celu samooczyszczenie narusza zasadę równego traktowania, ponieważ oznacza, że ci, którzy wdrożyli skutecznie środki samooczyszczające, nie są traktowani odmiennie od tych, którzy nie podjęli żadnych starań, aby wyeliminować przyczyny działań niezgodnych z prawem<sup>235</sup>.

Przywołane przykłady świadczą, że czynności związane z ustalaniem stanu faktycznego na potrzeby zastosowania warunków zamówienia również objęte są zakresem zastosowania obowiązków równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne. Wynika to z faktu, że ustalenia odnoszące się do podobieństwa sytuacji,

<sup>230</sup> Art. 223 ust. 2 Pzp 2019.

<sup>231</sup> Wyrok KIO z dnia 10 lipca 2020 r., KIO 865/20.

<sup>232</sup> Wyrok KIO z dnia 14 stycznia 2016 r., KIO 2808/15.

<sup>233</sup> Wyrok KIO z dnia 30 maja 2016 r., KIO 826/16.

<sup>234</sup> Art. 110 Pzp 2019.

<sup>235</sup> M. Nyc-Zimny, *Z problematyki tzw. samooczyszczenia się wykonawcy na tle zasady proporcjonalności oraz równego traktowania konkurentów*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2017, nr 1, s. 109.

w której znajdują się ubiegający się o zamówienie, są niezbędne dla prawidłowego dokonania czynności kwalifikowania. Można w związku z tym stwierdzić, że z obowiązku równego traktowania wynika instrumentalnie obowiązek równego traktowania przy ustalaniu stanu faktycznego, do którego mają mieć zastosowanie warunki zamówienia.

#### 4.5. Obowiązek urzeczywistnienia równych szans w ubieganiu się o zamówienia publiczne

Synteza przedstawianych w orzecznictwie czy w nauce sposobów pojmowania obowiązków równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne pozwala wskazać szczegółowy cel ich wypełniania, tj. stwarzanie równych szans w uzyskaniu zamówienia oraz stwarzanie równego dostępu do zamówień publicznych. Aspekt szans w uzyskaniu określonego zamówienia akcentowany jest w kontekście obowiązków równego traktowania stosunkowo często na gruncie orzecznictwa<sup>236</sup>. Stwierdza się np., że stosowanie zasady równego traktowania służyć ma temu, by wszyscy wykonawcy mieli „takie same szanse”<sup>237</sup>, „jednakowe szanse”<sup>238</sup> czy „równe szanse”<sup>239</sup> przy ubieganiu się o zamówienia publiczne, również ze względu na ich finansowanie ze środków publicznych<sup>240</sup>. Na przykład Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z 16 lutego 2021 r. stwierdził, że przez pojęcia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców należy rozumieć takie sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia oraz wymagań w zakresie wiedzy, doświadczenia, potencjału ekonomicznego itp., aby szansę udziału w postępowaniu miało jak najwięcej podmiotów oferujących jak najszerzy wachlarz usług i produktów przy jednoczesnym zagwarantowaniu, że uzyskany w ten sposób przedmiot zamówienia spełni oczekiwania i uzasadnione potrzeby zamawiającego<sup>241</sup>. W myśl orzecznictwa zasada ta nie jest nakazem dopuszczania do udziału w postępowaniu wszystkich podmiotów<sup>242</sup>. Obowiązek równego traktowania wyraża się w stwarzaniu równych możliwości uczestnictwa

<sup>236</sup> O. Blažo, H. Kováčiková, *Right for Equal Opportunity for Fair Public Contract? Human Rights in Public Procurement*, „Białostockie Studia Prawnicze” 2019, vol. 24, nr 2, s. 141.

<sup>237</sup> Wyrok KIO z dnia 25 stycznia 2019 r., KIO 2514/18; wyrok KIO z dnia 25 stycznia 2019 r., KIO 2514/18; wyrok KIO z dnia 23 sierpnia 2017 r., KIO 1636/17.

<sup>238</sup> Wyrok ZA z dnia 4 marca 2005 r., UZP/ZO/0-374/05.

<sup>239</sup> Wyrok NSA z dnia 7 grudnia 2016 r., II GSK 1257/15; wyrok NSA z dnia 4 kwietnia 2017 r., II GSK 1269/15; wyrok NSA z dnia 28 maja 2021 r.; I GSK 1828/18; wyrok Trybunału z dnia 28 lutego 2018 r., T-292/15, pkt 94.

<sup>240</sup> Wyrok NSA z dnia 4 kwietnia 2017 r., II GSK 1269/15.

<sup>241</sup> I GSK 376/18.

<sup>242</sup> Wyrok KIO z dnia 2 grudnia 2008 r., KIO/UZP 1315/08; wyrok KIO z dnia 14 stycznia 2008 r., KIO/UZP 62/07; wyrok KIO z dnia 9 września 2019 r., KIO 1636/19; wyrok KIO z dnia 23 listopada 2017 r., KIO 2321/17; wyrok KIO z dnia 15 listopada 2017 r., KIO 2279/17; uchwała KIO z dnia 20 maja 2010 r., KIO/KU 34/10.

w postępowaniu, ale już nie polega na „jednakowej ocenie”<sup>243</sup> wykonawców. Podobnie w orzecznictwie europejskim, gdzie odnotowuje się, że równość traktowania wymaga, by wszyscy oferenci znajdowali się w tych samych warunkach i mieli takie same szanse przy formułowaniu swych ofert<sup>244</sup>.

Stwarzanie równych szans w oczywisty sposób związane jest z dostępem do zamówień. W orzecznictwie stwierdza się np., że dostęp do zamówień jest funkcją przepisów dotyczących zamówień publicznych<sup>245</sup> czy też celem ustawowym prawa zamówień publicznych<sup>246</sup>. Na gruncie polskiego orzecznictwa stwierdza się, że obowiązki równego traktowania służyc mają zapewnieniu (równego<sup>247</sup>, swobodnego<sup>248</sup>) dostępu do zamówień (postępowań o udzielenie zamówień<sup>249</sup>) wszystkim podmiotom zdolnym do ich wykonania<sup>250</sup> czy realizacji „prawa do wzięcia udziału w postępowaniu (przetargu)”<sup>251</sup>, a także wyborowi najkorzystniejszej oferty spełniającej potrzeby zamawiającego<sup>252</sup> oraz prawidłowemu wydatkowaniu środków publicznych<sup>253</sup>. Z kolei w orzecznictwie unijnym stwierdza on m.in. na obowiązek przestrzegania przez instytucję zamawiającą zasady równego traktowania wykonawców, który wymaga w szczególności, by wszyscy oferenci znajdowali się na równorzędnej pozycji zarówno w chwili przygotowywania ofert, jak i w chwili dokonywania przez tę instytucję zamawiającą oceny ich

<sup>243</sup> Wyrok KIO z dnia 11 lutego 2019 r., KIO 153/19; wyrok WSA w Gliwicach z dnia 24 stycznia 2013 r., III SA/GI 1664/12; wyrok NSA z dnia 24 listopada 2016 r., II GSK 1127/15; wyrok KIO z dnia 17 marca 2017 r., KIO 447/17; wyrok KIO z dnia 18 grudnia 2014 r., KIO 2559/14; wyrok KIO z dnia 23 czerwca 2014 r., KIO 1097/14; wyrok KIO z dnia 4 lutego 2013 r., KIO 106/13; wyrok KIO z dnia 11 czerwca 2012 r., KIO 1073/12; wyrok KIO z dnia 19 marca 2012 r., KIO 432/12; wyrok KIO z dnia 11 stycznia 2012 r., KIO 2816/11; wyrok KIO z dnia 11 lipca 2011 r., KIO 1380/11.

<sup>244</sup> Wyrok Trybunału z dnia 11 maja 2017 r., w sprawie Archus i Gama, C-131/16, pkt 26 z powołaniem się na wyroki: z dnia 25 kwietnia 1996 r. w sprawie Komisja/Belgia, C-87/94, pkt 54; z dnia 12 grudnia 2002 r. w sprawie Universale-Bau i nast., C-470/99, pkt 93; z dnia 12 marca 2015 r. w sprawie eVigilo, C-538/13, pkt 33. Tak samo: wyrok Trybunału z dnia 24 maja 2016 r. w sprawie MT Højgaard i Züblin, C-396/14, pkt 38.

<sup>245</sup> Wyrok Sądu z dnia 30 kwietnia 2014 r. w sprawie Euris Consult przeciwko Parlamentowi, T-637/11, pkt 5, wyrok KIO z dnia 6 sierpnia 2012 r., KIO 1578/12.

<sup>246</sup> Wyrok SO w Białymstoku z dnia 31 maja 2012 r., II Ca 373/12.

<sup>247</sup> Wyrok KIO z dnia 11 kwietnia 2017 r., KIO 606/17; uchwała KIO z dnia 2 kwietnia 2012 r., KIO/KD 69/12; wyrok KIO z dnia 13 października 2011 r., KIO 2124/11.

<sup>248</sup> Wyrok ZA z dnia 1 sierpnia 2006 r., UZP/ZO/0-2169/06; wyrok ZA z dnia 20 czerwca 2005 r., UZP/ZO/0-1372/05.

<sup>249</sup> Wyrok ZA z dnia 1 sierpnia 2006 r., UZP/ZO/0-2169/06; wyrok ZA z dnia 20 czerwca 2005 r., UZP/ZO/0-1372/05; wyrok KIO z dnia 24 stycznia 2013 r., KIO 78/12.

<sup>250</sup> Wyrok SO w Białymstoku z dnia 31 maja 2012 r., II Ca 373/12; wyrok KIO z dnia 30 kwietnia 2015 r., KIO 798/15; wyrok KIO z dnia 24 lipca 2013 r., KIO 1673/13; wyrok KIO z dnia 10 kwietnia 2012 r., KIO 573/12; wyrok KIO z dnia 11 stycznia 2012 r., KIO 2816/11; wyrok KIO z dnia 4 kwietnia 2017 r., KIO 561/17; wyrok KIO z dnia 10 listopada 2010 r., KIO 2358/10.

<sup>251</sup> Wyrok WSA w Warszawie z dnia 25 sierpnia 2017 r., VIII SA/Wa 13/17.

<sup>252</sup> Wyrok KIO z dnia 26 czerwca 2017 r., KIO 1187/17; wyrok KIO z dnia 4 kwietnia 2017 r., KIO 561/17.

<sup>253</sup> Wyrok SO w Białymstoku z dnia 31 maja 2012 r., II Ca 373/12.

ofert<sup>254</sup>. W innym miejscu Trybunał uznał, że zasada równego traktowania oferentów ma na celu wspieranie rozwoju zdrowej i skutecznej konkurencji między przedsiębiorstwami ubiegającymi się o zamówienie publiczne i wymaga w szczególności, aby wszyscy oferenci byli traktowani na równi zarówno w chwili przygotowywania przez nich ofert, jak i wówczas, gdy oferty te są oceniane<sup>255</sup>. W orzecznictwie odnotowuje się również, że funkcją zasad zamówień, w tym zasady zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz proporcjonalności i przejrzystości, jest równy dostęp do zamówień publicznych dla wszystkich potencjalnych wykonawców<sup>256</sup>. Stwierdza się np., że stwarzanie wykonawcom zdolnym do należytej realizacji prac równego dostępu do zamówienia jest treścią zasady równego traktowania wykonawców<sup>257</sup>. Najczęściej zwraca się uwagę na związek obowiązku zapewnienia dostępu do postępowania z zachowaniem zasady równego traktowania wykonawców oraz zasady uczciwej konkurencji<sup>258</sup>. Składy orzekające posługują się również pojęciem „nieuzasadnionych barier” ograniczających dostęp do zamówienia publicznego<sup>259</sup>, albo nawet „zniechęcania” do udziału w postępowaniu<sup>260</sup>. Nie brakuje w tym kontekście także odniesień do zasady proporcjonalności, która służyć ma m.in. temu, by nie ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię należytego jego wykonania<sup>261</sup>. W orzecznictwie podkreśla się też, że zamawiający jako stosujący prawo mają obowiązek zapewnienia dostępu do zamówienia<sup>262</sup> czy do procedur udzielania zamówień<sup>263</sup>

<sup>254</sup> Wyrok Trybunału z dnia 11 maja 2017 r. w sprawie Archus i Gama, C-131/16, pkt 25, zwołaniem na wyroki Trybunału: z dnia 16 grudnia 2008 r. w sprawie *Michaniki*, C-213/07, pkt 45; z dnia 24 maja 2016 r. w sprawie *MT Højgaard i Züblin*, C-396/14, pkt 37; z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie *C-496/99 P*, pkt 118.

<sup>255</sup> Wyrok Trybunału z dnia 6 października 2021 r., C-598/19, pkt 37; tak samo np. w orzeczeniu z dnia 21 kwietnia 2021 r., T-525/19, pkt 53.

<sup>256</sup> Wyrok WSA w Białymstoku z dnia 13 listopada 2019 r., I SA/Bk 510/19; Tak samo: wyrok WSA w Poznaniu z dnia 28 listopada 2019 r., IV SA/Po 599/19; wyrok KIO z dnia 19 marca 2013 r., KIO 521/13.

<sup>257</sup> Wyrok KIO z dnia 11 kwietnia 2017 r., KIO 606/17.; wyrok KIO z dnia 13 października 2011 r., KIO 2124/11.

<sup>258</sup> Uchwała KIO z dnia 1 lutego 2018 r., KIO/KD 2/18; wyrok KIO z dnia 30 kwietnia 2015 r., KIO 798/15; wyrok KIO z dnia 1 czerwca 2018 r., KIO 967/18; wyrok SO w Białymstoku z dnia 31 maja 2012 r., II Ca 373/12.

<sup>259</sup> Wyrok WSA w Warszawie z dnia 25 sierpnia 2017 r., VIII SA/Wa 13/17; wyrok KIO z dnia 4 lutego 2019 r., KIO 85/19; wyrok KIO z dnia 11 czerwca 2018 r., KIO 996/18; wyrok KIO z dnia 30 maja 2017 r., KIO 880/17.

<sup>260</sup> Wyrok Trybunału z dnia 5 października 2000 r., C-16/98, pkt. 108-109.

<sup>261</sup> Wyrok KIO z dnia 4 lutego 2019 r., KIO 51/19; wyrok KIO z dnia 31 maja 2016 r., KIO 786/16; wyrok KIO z dnia 3 lipca 2015 r., KIO 1300/15.

<sup>262</sup> Uchwała KIO z dnia 20 czerwca 2018 r., KI-412/155/18; uchwała KIO z dnia 11 lutego 2016 r., KIO/KD 14/16; wyrok KIO z dnia 1 czerwca 2018 r., KIO 967/18; wyrok KIO z dnia 6 października 2017 r., KIO 1969/17; orzeczenie GKO z dnia 29 stycznia 2018 r., BDF1.4800.87.2017; wyrok KIO z dnia 1 sierpnia 2019 r., KIO 1342/19; uchwała KIO z dnia 13 września 2013 r., KIO/KD 83/13.

<sup>263</sup> Wyrok KIO z dnia 14 stycznia 2019 r., KIO 2671/18; uchwała KIO z dnia 5 czerwca 2018 r., KIO/KD 21/18; uchwała KIO z dnia 1 lutego 2018 r., KIO/KD 2/18.



wykonawcom – przy czym obowiązki zamawiających w tym zakresie dotyczą zarówno zamówień podlegających regulacjom ustawowym, jak i z nich wyłączonych<sup>264</sup>. Dostęp do zamówień, jaki mają zapewnić zamawiający wykonawcom, ma być dostępem „jednakowym”<sup>265</sup>, „niedyskryminującym”<sup>266</sup>, „równym”<sup>267</sup>. W tym też zakresie uznaje się np., że zakazane jest formułowanie warunków postępowania uniemożliwiających swobodny dostęp do udziału w postępowaniu w celu złożenia pełnej oferty<sup>268</sup>.

O zapewnieniu równego dostępu do zamówień publicznych dla państw członkowskich jako obowiązku odnoszącego się zarówno do stanowienia, jak i przestrzegania prawa mówi Komunikat wyjaśniający Komisji dotyczący prawa wspólnotowego obowiązującego w dziedzinie udzielania zamówień, które nie są lub są jedynie częściowo objęte dyrektywami w sprawie zamówień publicznych. W Komunikacie stwierdza się, że zapewnienie uczciwej konkurencji w ramach zamówień publicznych odbywa się m.in. poprzez równy dostęp do nich dla podmiotów gospodarczych ze wszystkich państw członkowskich<sup>269</sup>. O dostępie do zamówień publicznych, w tym prawie udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, wspomina się także w orzecznictwie unijnym<sup>270</sup>. Zauważa się w nim np., że: „równy dostęp do zamówień dla podmiotów ze wszystkich państw członkowskich wynika z poszanowania zasad swobody przedsiębiorczości i świadczenia usług, a także wolnej konkurencji, a w szczególności zasady równego traktowania wyrażonej w zakazie dyskryminacji ze względu na przynależność państwową”<sup>271</sup>, a także, że celem procedur przetargowych jest właśnie zagwarantowanie owym oferentom prowadzącym działalność na terenie Unii Europejskiej „dostępu do interesujących ich zamówień publicznych”<sup>272</sup>.

<sup>264</sup> Uchwała KIO z dnia 20 czerwca 2018 r., KI-412/155/18; uchwała KIO z dnia 11 lutego 2016 r., KIO/KD 14/16.

<sup>265</sup> Wyrok Trybunału z dnia 10 maja 2012 r. w sprawie Komisja przeciwko Niderlandom, C-368/10, pkt 62.

<sup>266</sup> Uchwała KIO z dnia 20 czerwca 2018 r., KI-412/155/18; uchwała KIO z dnia 11 lutego 2016 r., KIO/KD 14/16.

<sup>267</sup> Wyrok KIO z dnia 1 czerwca 2018 r., KIO 967/18; wyrok WSA w Białymstoku z dnia 13 listopada 2019 r., I SA/Bk 510/19; tak samo: wyrok WSA w Poznaniu z dnia 28 listopada 2019 r., IV SA/Po 599/19.

<sup>268</sup> Wyrok ZA z dnia 20 czerwca 2005 r., UZP/ZO/0-1372/05.

<sup>269</sup> Komunikat wyjaśniający Komisji dotyczący prawa wspólnotowego obowiązującego w dziedzinie udzielania zamówień, które nie są lub są jedynie częściowo objęte dyrektywami w sprawie zamówień publicznych z dnia 1 sierpnia 2006 r.

<sup>270</sup> Zob. np. wyrok Trybunału z dnia 11 czerwca 2020 r., w sprawie Parsec Fondazione, C-219/19, pkt 26.

<sup>271</sup> Wyrok Sądu z dnia 20 maja 2010 r., w sprawie Niemcy przeciwko Komisji, T-258/06, pkt 116, z powołaniem na opinię RG Légera z dnia 15 stycznia 1998 r. w sprawie Mannesmann Anlagenbau Austria, C-44/96, powtórzoną w opinii RG Mischo z 1 lutego 2001 r. w sprawie Komisja przeciwko Francji, C-237/99, pkt 49.

<sup>272</sup> Wyrok Trybunału z dnia 10 maja 2012 r. w sprawie Komisja przeciwko Niderlandom, C-368/10, pkt 52.

Pomimo licznych odniesień do kwestii równych szans w dostępie do zamówień publicznych, w orzecznictwie nie przedstawiono szczegółowo, w jaki sposób to zagadnienie należałoby rozumieć. Można przyjąć, że pojmowane jest ono głównie intuicyjnie, a posługiwanie się formułą „równych szans” służy przede wszystkim zaakcentowaniu równości w ubieganiu się o zamówienia, a nie równemu udziałowi w uzyskanych zamówieniach.

W ramach prowadzonych w poprzednim rozdziale rozważań dotyczących stanowienia prawa zamówień publicznych wskazano na dwa znaczenia pojęcia „szansy”. Jedno z nich dotyczy ogólnie pojmowanych i korzystnych dla abstrakcyjnej klasy podmiotów możliwości ubiegania się o zamówienia publiczne. To znaczenie „szansy” może być punktem odniesienia w analizach dotyczących stanowienia prawa. Drugie znaczenie związane jest z kolei z położeniem konkretnego podmiotu lub konkretnej grupy podmiotów, jako posiadających jakąś perspektywę w osiągnięciu pożądanego przez nich określonego celu (dobra), jakim jest określone zamówienie publiczne. W tym ujęciu szanse na uzyskanie zamówienia odnosić się będą do określonego zamówienia publicznego. Brak konkretnego zamówienia oznacza w istocie brak szans na jego uzyskanie. Ewentualność wszczęcia postępowania o zamówienie publiczne wyznacza jedynie ogólną możliwość ubiegania się o nie w stosowanym czasie, ale jeszcze nie stwarza żadnych szans na jego uzyskanie dla określonego podmiotu czy grupy podmiotów. Jednak już w przypadku istnienia konkretnego zamówienia i toczącego się postępowania o jego udzielenie można oceniać szansę konkretnego podmiotu na jego uzyskanie.

Ponadto szanse określonego podmiotu w uzyskaniu konkretnego zamówienia determinowane są szansą innego podmiotu na uzyskanie tego samego zamówienia. Szanse na uzyskanie zamówienia kształtowane są bowiem w warunkach konkurencji, wyznaczonej tym, że pożądanego dobro (czyli konkretne zamówienie) przypadnie tylko jednemu z podmiotów, które mają szanse na jego uzyskanie. Tym samym, jako najbardziej korzystną sytuację, czyli największą szansę będzie można opisać przypadek, w którym o dane zamówienie ubiega się tylko jeden podmiot. Im więcej podmiotów będzie ubiegać się o dane zamówienie, tym szanse każdego z nich na uzyskanie tego zamówienia można ocenić jako mniejsze. Przy czym, rzeczywiste szanse podmiotów ubiegających się o konkretne zamówienie publiczne zależą mogą od różnorodnych okoliczności. Część z nich może być zależna od podmiotu ubiegającego się o zamówienie publiczne, a część nie.

W ramach przestrzegania prawa zamówień publicznych obowiązek urzeczywistnienia równych szans w dostępie do zamówień publicznych polegać będzie na konkretyzowaniu warunków zamówienia, w wyniku czego równe szanse w uzyskaniu zamówienia powinny mieć te wszystkie podmioty, które takie równe szanse mieć powinny, o ile dysponują takimi samymi zdolnościami. Zdolnościami, których posiadanie i wykorzystywanie jest użyteczne dla zamówienia, ale także zależne

w największym możliwym stopniu od ubiegających się o zamówienia publiczne, a nie od losu, fortuny, szczęścia etc.<sup>273</sup> W tym aspekcie ujawnia się również związek pomiędzy równością a sprawiedliwością<sup>274</sup>.

Obowiązki instytucji zamawiających odnoszą się więc w tym obszarze do formułowania uzasadnionych wymagań w przedstawionym wyżej rozumieniu. Słuszne (sprawiedliwe) warunki zamówienia skonkretyzowane przez zamawiającego przesądzać będą o stworzeniu równych szans podmiotów, wobec których ten wymóg znajdzie zastosowanie. Z kolei nieuzasadnione warunki wyznaczone przez zamawiającego przesądzać będą o niestworzeniu równych szans dla podmiotów, wobec których te warunki miałyby mieć zastosowanie.

Orzekając o obowiązku urzeczywistnienia przez instytucje zamawiające równości szans w ubieganiu się o udzielane przez nich zamówienia, należy odnieść się do położenia podmiotów, wobec których dokonano lub będą dokonywane czynności klasyfikacji w postępowaniu o zamówienie publiczne. Równość szans to taki rezultat różnicowania, w którym spełniający określone warunki zamówienia mają nadal równe szanse na uzyskanie zamówienia, o które się ubiegają, a niespełniający mają mniejsze szanse, albo tych szans nie będą mieć w ogóle. Przy ocenie takiego rezultatu różnicowania należy jednak idealizująco założyć, że porównywane podmioty mają faktycznie takie same cechy (zdolności, właściwości, ambicje etc.), których dotyczy kryterium różnicowania.

Powyższe oznacza, że – podobnie jak w przypadku stanowienia prawa – kwestia obowiązku stwarzania równości szans w dostępie do zamówień publicznych to tylko inne językowe ujęcie opisanych wyżej obowiązków równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne związane ze stosowaniem uzasadnionych warunków zamówienia. Ujęcie, w którym pojęcie „szans” służyć ma zaakcentowaniu położenia ubiegających się o zamówienia publiczne jako rozpatrywanego w odniesieniu do posiadanego przez nich zamiaru uzyskania zamówienia.

## **5. Obowiązki równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne w przestrzeganiu prawa a urzeczywistnianie sprawiedliwości w zamówieniach publicznych**

W rozdziale dotyczącym stanowienia prawa zamówień publicznych zwrócono uwagę na fakt, że wykonywanie przez prawodawcę obowiązków równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne związane jest z urzeczywistnianiem

<sup>273</sup> S.O. Hansson, *What are opportunities and why should they be equal?*, „Social Choice and Welfare” 2004, vol. 22, s. 307; R.J. Arneson, *Equality and Equal Opportunity for Welfare*, „Philosophical Studies: An International Journal for Philosophy in the Analytic Tradition” 1989, vol. 56, No. 1, s. 86.

<sup>274</sup> J. Hołówka, *Trzy zasady sprawiedliwości*, „Przegląd Filozoficzny” 2013, seria R. 22, nr 4, s. 480.

sprawiedliwości. Takie same spostrzeżenia wynikają z analizy całokształtu regulacji prawnych dotyczących udzielenia zamówień publicznych. Można rzec, że sprawiedliwość stanowi swego rodzaju „środowisko”, w którym realizowane są przez instytucje zamawiające obowiązki równego traktowania. Wyraża się ona bowiem w konieczności stosowania procedur klasyfikowania ubiegających się o zamówienia publiczne, a także norm zapewniających bezstronność oraz jawność procesu udzielania zamówień oraz norm zapewniających ubiegającym się o zamówienie publiczne równy dostęp do środków ochrony prawnej. Przejawy takiego myślenia można znaleźć również w orzecznictwie i w literaturze, gdzie stwierdza się, że zamawiający jest zobligowany do „sprawiedliwego traktowania” uczestników postępowania<sup>275</sup>.

### **5.1. Obowiązek stosowania procedur udzielania zamówień publicznych**

Zapewnienie sprawiedliwego, a tym samym równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne w dostępie do zamówień publicznych ściśle związane jest z obowiązkiem stosowania obligatoryjnych procedur oraz trybów udzielenia zamówień publicznych. Szczególną rolę w tym zakresie przypisuje się procedurom przetargowym, gwarantującym szeroki dostęp do zamówienia publicznego<sup>276</sup>. Wprawdzie samej decyzji o niezastosowaniu procedury udzielenia zamówienia publicznego nie można traktować jako zastosowania jakichś kryteriów różnicowania ubiegających się o zamówienie, jednak podjęcie takiej decyzji można oceniać jako omińnięcie właściwego procesu różnicowania ubiegających się o zamówienie publiczne, w którym równe traktowanie byłoby zapewnione. Kwestia ta wyraża się zatem w niestworzeniu warunków, w których mogłoby się odbywać równe traktowanie ubiegających się o zamówienie, a nie na ich nierównym potraktowaniu. W tym sensie obowiązek stosowania procedur odgrywa rolę instrumentalną wobec obowiązku równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne, ponieważ jego realizacja stwarza możliwości prawidłowego stosowania stanowiących kryteriów dyferencjacji.

Na gruncie orzecznictwa, w kontekście równego traktowania, zauważa się, że omińnięcie procedur udzielania zamówień może dokonywać się poprzez niezgodną z prawem zmianę umowy o zamówienie. Stwierdza się, że istotna modyfikacja zawartej z dotychczasowym wykonawcą umowy może wskazywać na wolę ponownego negocjowania przez strony podstawowych ustaleń zamówienia, a co za tym idzie – kwestionować zgodność przeprowadzonego postępowania z zasadą

<sup>275</sup> Wyrok WSA w Warszawie z dnia 25 sierpnia 2017 r., VIII SA/Wa 13/17; wyrok NSA z dnia 8 kwietnia 2022 r., I GSK 2376/18; A. Piwowarczyk, *Procedury zamówień publicznych w projektach współfinansowanych ze środków funduszy strukturalnych*, Katowice 2017, s. 23.

<sup>276</sup> Wyrok KIO z dnia 9 sierpnia 2019 r., KIO 1437/19.

równego traktowania wykonawców<sup>277</sup>. Wskazać również można na wynikającą z obowiązku równego traktowania ubiegających się o zamówienie konieczność powtórzenia uzupełniającej procedury udzielenia zamówienia (jak np. aukcja elektroniczna), w sytuacji gdy okazało się, że nie został do niej dopuszczony uprawniony wykonawca<sup>278</sup>.

W kontekście równego traktowania oraz zastosowania procedur udzielenia zamówień zwrócono również w orzecznictwie uwagę na problem umów zawieranych między instytucjami zamawiającymi. Stwierdzono mianowicie, że taka współpraca horyzontalna nie może skutkować uprzywilejowaniem przedsiębiorstwa prywatnego, jeśli dzięki niej staje się on z pominięciem procedur zamówień publicznych jedynym kontrahentem dla współpracującej instytucji<sup>279</sup>.

Jako kolejny szczególny przykład naruszenia obowiązków równego traktowania w związku ze stosowaniem procedur udzielania zamówień wskazano w orzecznictwie cesję praw lub przejęcia długów na rzecz podmiotów lub przez podmioty nieuczestniczące w postępowaniu o zamówienie publiczne<sup>280</sup>. W aktualnie obowiązujących przepisach sytuacja zastąpienia dotychczasowego wykonawcy przez nowego jest wprawdzie możliwa poprzez zmianę umowy o zamówienie publiczne, ale tylko wówczas, gdy taka możliwość została przewidziana w postanowieniach umownych lub odbywa się w wyniku sukcesji, wstąpienia w prawa i obowiązki wykonawcy, przejęcia, połączenia, podziału, przekształcenia, upadłości, restrukturyzacji, dziedziczenia lub nabycia dotychczasowego wykonawcy czy jego przedsiębiorstwa – o ile nowy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, nie zachodzą wobec niego podstawy wykluczenia oraz nie pociąga to za sobą innych istotnych zmian umowy, a także nie ma na celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy<sup>281</sup>. Zastąpienie dotychczasowego wykonawcy może również wystąpić w wyniku przejęcia przez zamawiającego zobowiązań wykonawcy względem jego podwykonawców, w przypadku gdy zamawiający dokonał bezpośredniej zapłaty wymagalnego wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy<sup>282</sup>.

Specyficznym problemem w zakresie dostępu do zamówień publicznych jest również zjawisko określane jako „vendor lock-in” odnoszące się do uzależnienia zamawiającego od jednego dostawcy czy producenta, będącego głównie rezultatem wcześniej udzielonego zamówienia. Jak zauważa Tomasz Filipowicz, kwestia „zamknięcia za-

<sup>277</sup> Wyrok NSA z dnia 28 maja 2021 r., I GSK 1785/18.

<sup>278</sup> Wyrok Trybunału z dnia 7 kwietnia 2016 r. w sprawie Partner Apelski Dariusz, C-324/14, teza 4.

<sup>279</sup> Wyrok Trybunału z dnia 28 maja 2020 r. w sprawie Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung, C-796/18, pkt 76.

<sup>280</sup> Wyrok KIO z dnia 12 marca 2013 r., KIO 427/13.

<sup>281</sup> Art. 455 ust. 1 pkt 2 lit. a i b Pzp 2019.

<sup>282</sup> Art. 455 ust. 1 pkt 2 lit. c Pzp 2019.

mawiających w obszarze korzystania z produktów i usług jednego wykonawcy dobrze widać w przypadkach udzielania tym samym, pierwotnie wybranym wykonawcom, zamówień w trybie zamówienia z wolnej ręki”, czyli z pominięciem tzw. otwartych procedur<sup>283</sup>. Problem ten występuje w szczególności na kanwie zamówień w zakresie technologii informatycznych oraz dostaw czy usług ciągłych.

## 5.2. Obowiązek urzeczywistnienia bezstronności w procedurze udzielania zamówienia publicznego

Warunkiem prowadzenia sprawiedliwej procedury udzielenie zamówienia publicznego jest również zachowanie bezstronności osób w niej uczestniczących, w szczególności dokonujących w imieniu zamawiającego czynności klasyfikowania ubiegających się o zamówienia publiczne. Bezstronność – jak trafnie zauważa Stanisław Biernat – często traktowana jest jako centralny element sprawiedliwości<sup>284</sup>. W literaturze wyrażono nawet pogląd, że wymóg bezstronności stanowi jedną z gwarancji zachowania uczciwej konkurencji i równości wykonawców<sup>285</sup>.

Rzec można, że bezstronność odnosi się na gruncie przestrzegania prawa do podejścia osób do ubiegających się o zamówienia publiczne w sposób wolny od stronniczości, czyli bez faworyzowania czy celowego utrudniania udziału w postępowaniu. W ustawie Prawo zamówień publicznych stwierdza się w ramach regulacji dotyczącej zasad udzielania zamówień publicznych, że czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wykonują osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm<sup>286</sup>. O bezstronności wspomina się także w odniesieniu do członków sądu konkursowego<sup>287</sup>. Podstawowym instrumentem służącym urzeczywistnieniu tej wartości jest obowiązek składania przez osoby wykonujące w imieniu zamawiającego czynności w postępowaniu oświadczeń o braku lub o istnieniu okoliczności dotyczących konfliktu interesów<sup>288</sup>. Natomiast w razie wystąpienia wątpliwości wyrażających się w zaistnieniu tzw. konfliktu interesów, aktualizuje się konieczność wyłączenia osoby stroniczej z dokonywania czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub o zawarciu umowy koncesji<sup>289</sup>.

<sup>283</sup> T. Filipowicz, *Zasada równego traktowania wykonawców w zamówieniach publicznych dotyczących technologii informatycznych*, Warszawa 2015, s. 44.

<sup>284</sup> S. Biernat, *Problemy prawne sprawiedliwego...*, s. 133.

<sup>285</sup> J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 70.

<sup>286</sup> Art. 16 ust. 3 Pzp 2019.

<sup>287</sup> Art. 335 ust. 3 Pzp 2019.

<sup>288</sup> Art. 56 ust. 4-5 Pzp 2019; art. 30 ust. 2-3 KoncesBudU.

<sup>289</sup> Art. 56 ust. 1 Pzp 2019; art. 30 ust. 1 KoncesBudU.



### 5.3. Obowiązek urzeczywistniania przejrzystości w procedurze udzielania zamówienia publicznego

Obowiązki urzeczywistniania równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne w przestrzeganiu norm prawnych pozostają również w ścisłym związku z koniecznością zapewniania przejrzystości czynności wykonywanych w trakcie postępowania o zamówienie publiczne. Powiązanie to jest dostrzegane w orzecznictwie i literaturze<sup>290</sup>. Zauważa się np., że zasada równego traktowania wiąże się z obowiązkiem przejrzystości w celu umożliwienia weryfikacji jej przestrzegania oraz zapewnienia jednolitości interpretacji warunków zamówienia<sup>291</sup>. W innym miejscu stwierdza się wprost, że transparentność działań zamawiających gwarantuje realizację obowiązków równego traktowania wykonawców<sup>292</sup> lub też pozwala na urzeczywistnienie zasady równego traktowania wykonawców<sup>293</sup>. Uznaje się przy tym, że obowiązek przejrzystości ma na celu wyeliminowanie ryzyka faworyzowania i arbitralnego traktowania ze strony instytucji zamawiającej<sup>294</sup>. Składy orzekające zwracają także uwagę na wspólność celu, któremu służy przejrzystość i równe traktowanie w zamówieniach. W ich ocenie zasada równego traktowania oraz obowiązek przejrzystości wymagają m.in., aby oferenci byli traktowani jednakowo zarówno na etapie przygotowywania przez nich ofert, jak i na etapie oceny tych ofert przez instytucję zamawiającą. W orzecznictwie zaznacza się też, że obowiązki przejrzystości i równości stanowią podwalinę (ang. *constitute the basis*) norm odnoszących się do postępowań w sprawie udzielania zamówień publicznych<sup>295</sup>. Zasada równego traktowania wymaga, by wszyscy oferenci mieli takie same szanse przy formułowaniu swych ofert, obowiązek przejrzystości zaś służy temu, by wszystkie warunki i zasady postępowania w sprawie udzielenia zamówienia były określone w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny w ogłoszeniu o zamówieniu lub doku-

<sup>290</sup> W zakresie orzecznictwa zob. np.: wyrok KIO z dnia 15 kwietnia 2019 r., KIO 558/19; wyrok KIO z dnia 21 czerwca 2018 r., KIO 1143/18; wyrok KIO z dnia 14 stycznia 2010 r., KIO/UZP 1648/09; wyrok ZA z dnia 25 września 2006 r., UZP/ZO/0-2503/06; wyrok KIO z dnia 12 marca 2013 r., KIO 427/13. W zakresie literatury zob. np.: S. Arrowsmith, *The Public Sector Directive 2004/18 – contract award procedures*, [w:] *EU Public Procurement Law: An Introduction*, red. S. Arrowsmith, <https://www.nottingham.ac.uk/pprg/publications/downloads/eu-public-procurement-law-an-introduction.aspx> [dostęp: 4.09.2021], s. 129; Ł. Pasternak, *Zasady jawności oraz uczciwej konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego*, „Krytyka Prawa. Niezależne Studia nad Prawem” 2015, t. 7, nr 1, s. 367.

<sup>291</sup> Wyrok Sądu z dnia 21 kwietnia 2021 r., T-525/19, pkt. 54, 56.

<sup>292</sup> Wyrok KIO z dnia 23 sierpnia 2017 r., KIO 1636/17; wyrok KIO z dnia 1 lipca 2015 r., KIO 1283/15; wyrok KIO z dnia 21 maja 2014 r., KIO 908/14.

<sup>293</sup> Wyrok KIO z dnia 20 stycznia 2020 r., KIO 2469/19.

<sup>294</sup> Wyrok KIO z dnia 23 sierpnia 2017 r., KIO 1636/17.

<sup>295</sup> Wyrok Trybunału z dnia 12 lipca 2018 r. w sprawie VAR i ATM, C-14/17, pkt 29, z powołaniem na wyrok z dnia 24 maja 2016 r., MT Højgaard i Züblin, C-396/14, pkt 37. Zob. podobnie wyrok z dnia 16 grudnia 2008 r., Michaniki, C-312/07, pkt 45 i przytoczone tam orzecznictwo.

mentach zamówienia<sup>296</sup>. Stwierdza się również, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego musi być zgodne na każdym etapie, w szczególności wyłaniania kandydatów w procedurze ograniczonej, zarówno z zasadą równego traktowania potencjalnych oferentów, jak i zasadą przejrzystości, aby zapewnić wszelką równość szans przy formułowaniu warunków ich zgłoszeń do udziału i ich ofert<sup>297</sup>. Zasady przejrzystości i równego traktowania wymagają więc tego, by warunki materialne i formalne dotyczące udziału w przetargu były jasno z góry określone i podane do publicznej wiadomości, zwłaszcza w zakresie obowiązków ciążących na oferentach, tak aby mogli oni dokładnie zapoznać się z wymogami przetargu oraz mieć pewność, że takie same wymogi obowiązują wszystkich konkurentów<sup>298</sup>. W tym zakresie ujawnia się wpływ zapewnienia dostępu do informacji o warunkach zamówienia na wypełnianie obowiązków równego traktowania. Jak stwierdził rzecznik generalny Paolo Mengozzi w sprawie C-226/09 Komisja Europejska przeciwko Irlandii, obowiązek przejrzystości jest obowiązkiem pomocniczym w tym znaczeniu, że jego przestrzeganie umożliwia przyjęcie, że pozostałe dwa „główne” obowiązki zostały spełnione. Jeżeli instytucja zamawiająca nie działa w sposób przejrzysty, zbadanie, czy naruszyła ona ewentualne obowiązki równego traktowania i niedyskryminacji, jest trudne, by nie rzec – niemożliwe<sup>299</sup>.

W orzecznictwie znaleźć można również wskazania konkretnych obowiązków wywodzonych z obowiązku przejrzystości. Na przykład w sprawie C-278/14 Trybunał stwierdził, że obowiązek przejrzystości ma w szczególności na celu zapewnienie wykluczenia ryzyka arbitralności ze strony instytucji zamawiającej, a cel ten nie zostanie osiągnięty, jeżeli instytucja zamawiająca będzie mogła nie zastosować się do warunków, które sama ustaliła. Tym samym nie wolno jej zmieniać kryteriów udzielenia zamówienia w trakcie przetargu. Konkluzją tych spostrzeżeń było stwierdzenie, że instytucja zamawiająca nie może odrzucać oferty spełniającej wymogi ogłoszenia o zamówieniu na podstawie wymogów wprowadzonych do postępowania później, które nie zostały przewidziane w tym ogłoszeniu<sup>300</sup>. Jak trafnie zauważa

---

<sup>296</sup> Wyrok Trybunału z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie Esaprojekt, C-387/14, pkt 36, z powołaniem się na wyrok Trybunału z dnia 7 kwietnia 2016 r. w sprawie Partner Apelski Dariusz, C-324/14, pkt 61 i przytoczone tam orzecznictwo; wyrok Trybunału z dnia 2 czerwca 2016 r. w sprawie Pizzo, C-27/15, pkt 36, zob. wyrok z dnia 6 listopada 2014 r. w sprawie Cartiera dell'Adda, C-42/13, pkt 44 i przytoczone tam orzecznictwo; wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 19 grudnia 2018 r. w sprawie Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – Antitrust i Coopservice, C-216/17, pkt 64.

<sup>297</sup> C-470/99, Universale-Bau AG, pkt 93.

<sup>298</sup> Wyrok Trybunału z dnia 2 czerwca 2016 r. w sprawie Pizzo, C-27/15, pkt 37, zob. podobnie wyrok z dnia 9 lutego 2006 r. w sprawach połączonych La Cascina i nast., C-226/04 i C-228/04, pkt 32; wyrok Trybunału z dnia 18 listopada 1999 r. w sprawie Unitron Scandinavia i 3-S, C-275/98, pkt 31; P. Bogdanowicz, *Cross-border Interest and Concession Contracts: a Critical Approach European Procurement & Public Private Partnership*, „Law Review” 2015, vol. 10, nr 2, s. 85; K. Śliwak, *op. cit.*, s. 137.

<sup>299</sup> Pkt 35.

<sup>300</sup> Pkt. 28, 30.

Anna Szymańska, istotą rozstrzygnięcia Trybunału w kontekście przejrzystości nie była rzetelność czy precyzyjność opisu przedmiotu zamówienia, lecz fakt jego następczych zmian, czyli „zmian zasad gry w jej trakcie”<sup>301</sup>. Z kolei w sprawie C-410/14 Trybunał wyraził natomiast przekonanie, że z obowiązku przejrzystości wywodzącego się z zasady niedyskryminacji i równego traktowania wykonawców wynika obowiązek dokonania odpowiedniego ogłoszenia w postępowaniach dotyczących zamówień, których przedmiot posiada niewątpliwie znaczenie transgraniczne<sup>302</sup>. Przywołać można też opinię rzecznik generalnej sformułowaną na kanwie sprawy C-298/15 UAB „Borta”. Eleanor Sharpston stwierdziła w niej, że zasada równego traktowania oraz wynikający z niej obowiązek przejrzystości wyznacza zakaz dokonywania zmian specyfikacji zamówienia po opublikowaniu ogłoszenia. Brak możliwości zmiany specyfikacji łączy przy tym z brakiem możliwości zmiany oferty po jej złożeniu przez wykonawcę ubiegającego się o zamówienie publiczne<sup>303</sup>.

W ścisłym związku z przejrzystością pozostaje wymóg pisemności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego<sup>304</sup>. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego powinno być prowadzone na każdym etapie nie tylko w sposób bezstronny, ale zgodnie z zasadą pisemności. Oznacza to – jak stwierdza KIO – że relewantne dla toku postępowania są zachowania przewidziane przez ustawę i udokumentowane<sup>305</sup>. W innym zaś miejscu uznano, że zasada równego traktowania oraz zasada uczciwej konkurencji nakazują tak interpretować wymóg pisemności, że informacje zamawiającego o czynnościach dokonanych w postępowaniu, które przesyła on wykonawcom, powinny być nie tylko sporządzone w wymaganej formie, ale również muszą zawierać treść niezbędną dla oceny danej czynności przez wykonawców<sup>306</sup>. Wynika z tego, że przejrzystość oraz pisemny charakter procedur udzielania zamówień, a w tym czynności dokonywanych przez instytucje zamawiające są niezbędnym warunkiem realizacji przez ubiegających się o zamówienia ze środków ochrony prawnej<sup>307</sup>, a tym samym urzeczywistniania sprawiedliwości proceduralnej w procesie zamawiania.

Jako przykłady szczegółowych obowiązków związanych w orzecznictwie z powinnością równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne oraz obowiązkiem przejrzystości i pisemności wskazać można np. obowiązek publikacji ogłoszeń w określonych w ustawie miejscach<sup>308</sup>, obowiązek przekazywania

<sup>301</sup> A. Szymańska, *Status drobnych zamówień transgranicznych – odrzucenie oferty przetargowej – glosa do wyroku TSUE z 16.4.2015 r. w sprawie C-278/14*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2016, nr 1, s. 168.

<sup>302</sup> Pkt. 44, 47.

<sup>303</sup> Pkt 73.

<sup>304</sup> Art. 20 Pzp 2019.

<sup>305</sup> Wyrok KIO z 12 stycznia 2022 r., KIO 3794/21.

<sup>306</sup> Wyrok KIO z dnia 1 lipca 2015 r., KIO 1283/15.

<sup>307</sup> Wyrok KIO z dnia 17 lipca 2015 r., KIO 1022/15.

<sup>308</sup> Wyrok SO w Białymstoku z dnia 31 maja 2012 r., II Ca 373/12.

informacji wykonawcom<sup>309</sup>, w tym obowiązek udzielenia takiego samego zakresu informacji<sup>310</sup>; obowiązek umożliwienia dostępu do istotnych dla postępowania informacji w jednakowym czasie<sup>311</sup>, obowiązek uzasadniania przez zamawiającego podejmowanych rozstrzygnięć, w tym np. przesłanek wykluczenia wykonawcy<sup>312</sup>, odrzucenia jego oferty<sup>313</sup>, uznania wyjaśnień<sup>314</sup> lub unieważnienia postępowania<sup>315</sup> czy obowiązek zawiadamiania wykonawców o podejmowanych wobec ich ofert czynnościach<sup>316</sup>.

#### 5.4. Obowiązek urzeczywistnienia uczciwej konkurencji w procedurze udzielania zamówienia publicznego

Ścisły związek zachodzi również między obowiązkiem równego traktowania a zapewnienia uczciwej konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zarówno w orzecznictwie KIO, jak i w literaturze wskazuje się, że realizacja obu stanów rzeczy służy temu samemu celowi, tj. zapewnieniu możliwie szerokiemu gronu podmiotów możliwości ubiegania się o uzyskanie zamówienia publicznego, o ile spełniają oni warunki udziału w postępowaniu oraz dają rękojmię należytego wykonania zamówienia<sup>317</sup>. Z kolei na gruncie orzecznictwa administracyjnego podkreślono, że równe traktowanie i uczciwa konkurencja wymagają, by oferenci opracowywali swe oferty na bazie opisu przedmiotu zamówienia przygotowanego przez zamawiającego i jednakowego dla wszystkich<sup>318</sup>. Wskazuje się, że przestrzeganie procedur udzielenia zamówień publicznych służy jednocześnie zapewnieniu zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców<sup>319</sup>. Podobnie na gruncie judykatury unijnej, gdzie powiada się, że zasada równego traktowania ma na celu wspieranie rozwoju zdrowej i skutecznej konkurencji między przedsiębiorstwami uczestniczącymi

<sup>309</sup> Wyrok KIO z dnia 21 maja 2014 r., KIO 908/14.

<sup>310</sup> Wyrok KIO z dnia 3 stycznia 2013 r., KIO 2706/12.

<sup>311</sup> Wyrok KIO z dnia 11 lutego 2019 r., KIO 153/19; wyrok KIO z dnia 23 listopada 2017 r., KIO 2321/17; wyrok KIO z dnia 15 listopada 2017 r., KIO 2279/17; wyrok KIO z dnia 14 grudnia 2016 r., KIO 2275/16; wyrok KIO z dnia 18 grudnia 2014 r., KIO 2559/14; wyrok KIO z dnia 26 czerwca 2014 r., KIO 1028/14; wyrok KIO z dnia 11 stycznia 2012 r., KIO/KD 69/12.

<sup>312</sup> Wyrok KIO z dnia 18 kwietnia 2011 r., KIO 637/11; wyrok KIO z dnia 29 marca 2011 r., KIO 513/11.

<sup>313</sup> Wyrok KIO z dnia 21 maja 2014 r., KIO 908/14; wyrok KIO z dnia 27 grudnia 2018 r., KIO 2567/18.

<sup>314</sup> Wyrok KIO z dnia 12 czerwca 2019 r., KIO 941/19.

<sup>315</sup> Wyrok ZA z dnia 16 marca 2007 r., UZP/ZO/0-254/07.

<sup>316</sup> Wyrok KIO z dnia 29 stycznia 2013 r., KIO 120/13.

<sup>317</sup> Wyrok KIO z dnia 29 kwietnia 2021 r., KIO 743/21; A. Powalowski, *Ochrona konkurencji w prawie zamówień publicznych*, [w:] *Prawo zamówień publicznych. Stan obecny...*, s. 107.

<sup>318</sup> Wyrok NSA z dnia 7 lipca 2021 r., I GSK 3449/18.

<sup>319</sup> Wyrok KIO z dnia 13 stycznia 2022 r., KIO 3794/21.

w przetargu publicznym<sup>320</sup>. W orzecznictwie zaproponowano również – choć nieco enigmatycznie – różnicę w rozumieniu obowiązków równego traktowania a obowiązków zapewnienia uczciwej konkurencji. Wskazano, że pierwszy z tych obowiązków polega na jednakowym traktowaniu ubiegających się o zamówienia, tj. bez ulg i przywilejów, a zasada zachowania uczciwej konkurencji związana jest z obowiązkami, jakie nakłada ustawodawca na zamawiającego w czasie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, w tym dokonania rzetelnej oceny ofert<sup>321</sup>.

Z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów powszechnych wyłania się podejście, które uczciwą konkurencję w zamówieniach publicznych łączy ze standardami obrotu gospodarczego<sup>322</sup>. Przejawem takiego spojrzenia jest chociażby odwoływanie się przez KIO do realiów rynkowych czy posługiwanie się pojęciem „dobrych obyczajów kupieckich”<sup>323</sup>. W uchwale z 6 maja 2016 r. Krajowa Izba Odwoławcza<sup>324</sup> przywołała orzeczenie Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 28 czerwca 2007 r.<sup>325</sup>, w którym stwierdza się, że

dobre obyczaje to normy moralne i obyczajowe w stosunkach gospodarczych (tzw. uczciwość kupiecka), a więc reguły znajdujące się poza ramami systemu prawa. Wyrażają się pozaprawnymi normami postępowania, którymi powinni kierować się przedsiębiorcy. Ich treści nie da się określić wiążąco w sposób wyczerpujący, ponieważ kształtowane są przez ludzkie postawy uwarunkowane zarówno przyjmowanymi wartościami moralnymi, jak i celami ekonomicznymi i związanymi z tymi praktykami życia gospodarczego. [...] Ocena określonego zachowania, jako naruszającego dobre obyczaje, pozostawiona jest orzecznictwu, gdy istotne znaczenie mają tu oceny zorientowane na zapewnienie niezakłóconego funkcjonowania konkurencji, poprzez rzetelne i niezafałszowane współzawodnictwo.

Próbę ogólnego ujęcia dobrych obyczajów w kontekście uczciwej konkurencji w zamówieniach publicznych podjęła także Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 5 kwietnia 2011 r. stwierdzająca, że dobre obyczaje są wzorcami postępowania uzupełniającymi porządek prawny<sup>326</sup>. Natomiast w wyroku z 4 lutego 2013 r. KIO

<sup>320</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 6 października 2021 r., C-598/19, pkt. 75.

<sup>321</sup> Wyrok KIO z dnia 19 grudnia 2012 r., KIO 2740/12; wyrok KIO z dnia 4 lutego 2013 r., KIO 106/13; wyrok KIO z dnia 10 lipca 2013 r., KIO 1436/13; wyrok KIO z dnia 22 lutego 2016 r., KIO 148/16; wyrok KIO z dnia 10 listopada 2017 r., KIO 2213/17; wyrok KIO z dnia 4 maja 2021 r., KIO 932/21; wyrok KIO z 1 marca 2021 r., KIO 278/21.

<sup>322</sup> E. Kowalczyk, *Klauzula dobrych obyczajów w zamówieniach publicznych*, [w:] *Procedura zamówień publicznych*, red. M. Filipek, Lublin 2020, s. 141-144.

<sup>323</sup> Wyrok KIO z dnia 19 lutego 2014 r., KIO 216/140; wyrok KIO z dnia 14 stycznia 2015 r., KIO 2734/14; wyrok KIO z dnia 3 marca 2015 r., KIO 309/15; wyrok KIO z dnia 4 maja 2015 r., KIO 825/15; wyrok KIO z dnia 14 listopada 2016 r., KIO 2038/16; wyrok KIO z dnia 28 czerwca 2017 r., KIO 1123/17; wyrok KIO z dnia 11 sierpnia 2017 r., KIO 1536/17.

<sup>324</sup> KIO/KD 28/16.

<sup>325</sup> V ACa 371/07.

<sup>326</sup> KIO 640/11.

odniosła dobre obyczaje do działań nieetycznych pod względem handlowym<sup>327</sup>. Stanowisko judykatury należałoby więc uznać za przejaw zastosowania na gruncie zamówień publicznych koncepcji uczciwości kupieckiej pojmowanej jako przestrzeganie prawa i dobrych obyczajów w działalności gospodarczej<sup>328</sup>.

Na gruncie orzecznictwa stosunkowo często uznaje się, że określone nieprawidłowości są jednocześnie naruszeniem obowiązków związanych z równym traktowaniem oraz zapewnieniem uczciwej konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia<sup>329</sup>. Znamienne jest przy tym to, że pojęcie uczciwej konkurencji rekonstruowane jest zgodnie z jej negatywnym wyrazem, tj. czynami nieuczciwej konkurencji. Na przykład w orzeczeniu z 2 lipca 2012 r. KIO stwierdziła, że pojęcie czynów nieuczciwej konkurencji

odgranicza zachowania dozwolone w obrocie gospodarczym w ramach swobody konkurowania od zachowań niedozwolonych z powodu ich sprzeczności z prawem lub dobrymi obyczajami. Dzięki temu, wytycza ona granice swobody prowadzenia działalności gospodarczej i konkurowania, służąc także realizacji celów wyrażonych w ustawie Prawo zamówień publicznych<sup>330</sup>.

Z kolei w orzeczeniu z 18 lipca 2016 r. KIO stwierdziła, że

za czyn nieuczciwej konkurencji należy uznać zachowania zmierzające do wygrania przetargu „za wszelką cenę” poprzez oferowanie nierealnych warunków realizacji zamówienia. Jednoznacznie jest wskazane, że zaoferowanie warunków nierealnych, które nie są w warunkach rzeczywistych możliwe do spełnienia, godzi w dobre obyczaje i narusza zasadę uczciwej konkurencji<sup>331</sup>.

Podobnie Sąd Apelacyjny w Łodzi w orzeczeniu z 21 stycznia 2019 r. stwierdził, że „sprzeczność określonego działania z dobrymi obyczajami oznacza kwalifikację zachowania się danego podmiotu jako nieodpowiedniego (nagannego) z punktu widzenia norm o charakterze pozaprawnym (etycznych, obyczajowych itp.) przyjętych w danej społeczności czy w obrocie”<sup>332</sup>.

Ilustracją odnotowanych w orzecznictwie naruszeń obowiązków związanych jednocześnie z równym traktowaniem oraz zapewnieniem uczciwej konkurencji jest np. prowadzenie prezentacji oferowanych produktów w sposób dostępny tylko dla

<sup>327</sup> KIO 149/13.

<sup>328</sup> K. Kopaczyńska-Pieczniak, *Zasada uczciwości kupieckiej jako zasada prawa handlowego*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2016, vol. 25, 1, s. 172.

<sup>329</sup> Wyrok KIO z dnia 18 lutego 2022 r., KIO 282/22; wyrok KIO z dnia 23 sierpnia 2021 r., KIO 1891/21; wyrok KIO z dnia 31 marca 2021 r., KIO 652/21; wyrok KIO z dnia 1 czerwca 2021 r., KIO 1206/21.

<sup>330</sup> KIO 1287/12.

<sup>331</sup> KIO 1197/16.

<sup>332</sup> I ACa 200/18.



niektórych uczestników postępowania<sup>333</sup>; wyznaczanie terminów na dokonywanie przez ubiegających się o zamówienie określonych czynności, w tym na składanie ofert, których dochowanie jest z obiektywnych przyczyn utrudnione<sup>334</sup>; podejmowanie przez zamawiającego czynności w postępowaniu za wykonawcę<sup>335</sup>; nieujawnianie treści oferty wykonawcy w zakresie kryteriów oceny ofert<sup>336</sup> czy przyzwolenie na handlowanie referencjami przez ubiegających się o zamówienie<sup>337</sup>.

Czytelną ilustracją wpływu problematyki uczciwej konkurencji na równe traktowanie jest zagadnienie niedozwolonych porozumień (tzw. umów przetargowych), zawiązywanych zarówno pomiędzy podmiotami ubiegającymi się o zamówienie, jak i pomiędzy ubiegającymi się a instytucją zamawiającą<sup>338</sup>. Jak wskazała Komisja Europejska w Zawiadomieniu w sprawie narzędzi służących zwalczaniu zmw przetargowych oraz w sprawie wytycznych dotyczących stosowania podstawy wykluczenia związanej ze znową (2021/C 91/01)<sup>339</sup>, możliwość wykluczenia wykonawcy z powodu domniemanej znowy nie jest rozumiana w dyrektywie jako kara za jego zachowanie przed lub w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia. Służy ona raczej zapewnieniu zgodności z zasadami równego traktowania i konkurencji w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia, jak również zagwarantowaniu uczciwości, wiarygodności i kompetencji przyszłego wykonawcy do wykonania zamówienia. Z kolei Katarzyna Śliwak zaznacza, że podejmowanie przez uczestników postępowania o zamówienie publiczne nieuzgadnianych wzajemnie decyzji służy realizacji zasady uczciwej konkurencji, natomiast eliminowanie takich czynów nieuczciwej konkurencji zapewnia równy dostęp do zamówienia<sup>340</sup>.

W powyższych wypowiedziach dostrzegalny jest więc związek występujący między urzeczywistnieniem uczciwej konkurencji a stwarzaniem warunków równego traktowania. Można rzec, że uczciwość konkurencji tworzy konieczny kontekst warunków, w których odbywać ma się równe traktowanie ubiegających się o zamówienie publiczne. Przy czym uczciwość konkurencji należałoby odnosić do całokształtu okoliczności związanych z postępowaniem o zamówienie publiczne – zarówno tych wyrażających się w czynnościach podejmowanych przez ubiegających się o zamówienie publiczne, jak i samej instytucji zamawiającej jako gospodarza postępowania. Natomiast równe traktowanie jest tylko obowiązkiem zamawiającego.

<sup>333</sup> Wyrok KIO z dnia 7 listopada 2008 r., KIO/UZP 1173/08.

<sup>334</sup> Wyrok KIO z dnia 30 listopada 2010 r., KIO 2514/10; wyrok KIO z dnia 30 maja 2017 r., KIO 880/17; wyrok KIO z dnia 20 stycznia 2016 r., KIO 16/16.

<sup>335</sup> Wyrok KIO z dnia 26 sierpnia 2010 r., KIO 1726/10.

<sup>336</sup> Wyrok KIO z dnia 11 grudnia 2014 r., KIO 2498/14.

<sup>337</sup> Wyrok KIO z dnia 30 czerwca 2015 r., KIO 1305/15.

<sup>338</sup> K. Śliwak, *op. cit.*, s. 313-317.

<sup>339</sup> C/2021/1631, OJ C 91, 18 marca 2021 r., pkt 5.2.

<sup>340</sup> K. Śliwak, *op. cit.*, s. 313.

## 5.5. Obowiązek podejmowania działań w procedurze udzielenia zamówienia w sposób proporcjonalny

W związku z obowiązkiem równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne pozostaje obowiązek podejmowania przez instytucje określonych działań w sposób proporcjonalny. W orzecznictwie stwierdza się np., że „zasada proporcjonalności pozostaje w ścisłej korelacji z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców”<sup>341</sup>. Zależność ta odnosi się do problematyki dostępu do zamówień publicznych. W kontekście stwierdza się np., że nieproporcjonalne, nadmierne, wykraczające poza zakres przedmiotu zamówienia warunki zamówienia ograniczają dostęp do zamówienia<sup>342</sup>. W orzecznictwie zwrócono także uwagę na szczególną rolę wymagań proporcjonalności, polegającą na równoważeniu wartości wynikających z obowiązków równego traktowania i uczciwej konkurencji, poprzez dobór odpowiednich środków i metod oceny spełniania przez ubiegających się o zamówienia warunków zamówienia<sup>343</sup>. Kwestia proporcjonalności wymagań dostrzegalna jest w szczególności na tle związku merytorycznego pomiędzy warunkami podmiotowymi i przedmiotowymi<sup>344</sup>. Zauważa się przy tym, że warunek proporcjonalny to warunek adekwatny, umożliwiający osiągnięcie celu, czyli wyboru wykonawcy, który będzie zdolny realizować zamówienie przy jednoczesnym zachowaniu naczelných zasad systemu zamówień publicznych<sup>345</sup>. W innym miejscu stwierdza się, że „wymóg proporcjonalności nakazuje ustalenie w jakim stosunku poziom warunku udziału musi pozostawać wobec przedmiotu zamówienia, aby zapewnić prawidłowy wybór wykonawcy zdolnego do wykonania zamówienia”<sup>346</sup>. Warto wreszcie odnotować, że w wielu orzeczeniach, w ramach *rationes decidendi*, składy orzekające odwołują się jednocześnie do tetrady wskazanych wartości, tj. równego traktowania, przejrzystości oraz uczciwej konkurencji<sup>347</sup> oraz dodatkowo proporcjonalności<sup>348</sup>.

## 6. Wnioski

Nie ulega kwestii, że postępowanie instytucji zamawiających polegające na przestrzeganiu prawa zamówień publicznych jest koniecznym warunkiem wypełnienia

<sup>341</sup> Wyrok KIO z dnia 4 marca 2021 r., KIO 460/21.

<sup>342</sup> Wyrok KIO z dnia 24 stycznia 2013 r., KIO 78/12; wyrok KIO z dnia 6 lutego 2014 r., KIO 120/14; wyrok KIO z dnia 30 kwietnia 2015 r., KIO 798/15.

<sup>343</sup> Wyrok KIO z dnia 2 maja 2018 r., KIO 755/18.

<sup>344</sup> Wyrok NSA z dnia 25 lutego 2022 r., I GSK 1226/21.

<sup>345</sup> Wyrok KIO z dnia 2 maja 2018 r., KIO 755/18.

<sup>346</sup> Wyrok KIO z dnia 22 marca 2016 r., KIO 317/16.

<sup>347</sup> Wyrok KIO z dnia 13 lipca 2021 r., KIO 1848/21; wyrok KIO z dnia 17 marca 2021 r., KIO 617/21; wyrok KIO z dnia 28 kwietnia 2021 r., KIO 806/21.

<sup>348</sup> Wyrok KIO z dnia 4 marca 2021 r., KIO 460/21; wyrok KIO z dnia 19 lipca 2021 r., KIO 1577/21; wyrok KIO z dnia 1 czerwca 2021 r., KIO 1040/21.

przez nie obowiązków równego traktowania. Jednak w świetle powyższych rozważań stwierdzić należy, że obowiązki zamawiających w tym zakresie nie wypełniają się wyłącznie w realizowaniu treści norm prawa zamówień publicznych. Odnoszą się również do konieczności odpowiedniego przestrzegania prawa. Uzasadnieniem takiego pojmowania realizacji obowiązków równego traktowania ubiegających się o zamówienia jest fakt, że wynikają one przede wszystkim z norm o kierunkowym charakterze, w szczególności z zasad odnoszących się do udzielenia zamówień publicznych. Oznacza to, że realizowanie treści norm prawa zamówień publicznych obejmuje nie tylko konieczność wykonywania konkretnych obowiązków związanych z udzielaniem zamówień, ale także stałe dążenie do wykonywania tych obowiązków w taki sposób, który urzeczywistnia równe traktowanie ubiegających się o zamówienie.

Kierunkowa postać obowiązków równego traktowania ujawnia się w pierwszym rzędzie w procesie interpretacji prawa zamówień publicznych. Wskazuje to na konieczność każdorazowego wyboru takiego rezultatu wykładni prawa, które w najpełniejszy sposób realizuje równe traktowanie ubiegających się o zamówienia publiczne.

Na kolejnym etapie wypełnianie obowiązków równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne odbywa się podczas kwalifikacji ubiegających się o zamówienia publiczne. W ramach kwalifikacji zamawiający rozstrzyga o zaliczaniu określonych podmiotów ubiegających się o zamówienia do określonych klas zgodnie z ustanowionymi kryteriami różnicowania. Tym samym decyduje, czy i jacy ubiegający się o zamówienie publiczne kwalifikują się do dalszego udziału w postępowaniu, a ostatecznie, komu zostanie zamówienie udzielone.

Zgodnie z obowiązującymi regulacjami prawnymi przyjęto, że całokształt kryteriów różnicowania określić można w świetle obowiązujących przepisów jako warunki zamówienia. Dotyczą one zarówno aspektów przedmiotowych udzielanego zamówienia, jak i aspektów podmiotowych. Potwierdzono przy tym, że różnicowanie ubiegających się o zamówienia w procesie realizowanych norm prawnych odbywa się poprzez kwalifikację podmiotów, ale dokonywaną w odniesieniu do przedmiotowych aspektów ich charakterystyki – czyli gotowości do określonego sposobu wykonania zamówienia – oraz w odniesieniu do podmiotowych aspektów ich charakterystyki, tj. zdolności, w tym zdatności do wykonania zamówienia.

W ramach przeprowadzonych analiz ustalono również, że proces kwalifikacji ubiegających się o zamówienia publiczne jest złożony i obejmuje czynności ustalania lub konkretyzowania warunków zamówienia, czynności ustalania stanów faktycznych, na podstawie których dokonuje się czynności kwalifikowania, oraz czynności kwalifikowania, czyli rozstrzygnięcia o spełnieniu przez ubiegających się o zamówienie warunków zamówienia. Przyjęto zatem, że z kierunkowego obowiązku równego traktowania ubiegających się o zamówienie instrumentalnie wynikają dwa podstawowe obowiązki: obowiązek ustalania równych warunków zamówienia oraz obowiązek

równego stosowania warunków zamówienia. Zastrzeżono przy tym, że obowiązki te tworzą nierozzerwalną, funkcjonalną całość. Wyraża się ona w tym, że ewentualne nieprawidłowości związane z ustalaniem warunków zamówienia ujawniać się mogą poprzez ich zastosowanie w konkretnym postępowaniu o zamówienie publiczne.

Przestrzeganie obowiązków równego traktowania w zakresie ustalania warunków zamówienia wyraża się w pierwszym rzędzie w konieczności ustalania warunków jednakowych dla wszystkich ubiegających się o zamówienia w określonym postępowaniu. Jednakże problematyka równego traktowania ujawnia się w donioślejszy sposób w problemie ustalania warunków uzasadnionych. Stwierdzono mianowicie, że równość traktowania w procesie przestrzegania prawa – tak samo jak w przypadku stanowienia prawa – związana jest ściśle z powinnością usprawiedliwionego różnicowania ubiegających się o konkretne zamówienie. Oznacza to istnienie obowiązku formułowania równych wymagań uzasadnionych obiektywnymi potrzebami zamawiającego realizowanymi w związku z określonym zamówieniem. Ponadto zasadność formułowanych warunków opiera się na ich wewnętrznej korelacji. Przedstawia się ona jako wzajemny związek pomiędzy wymaganiami przedmiotowymi a adekwatnymi wobec nich wymaganiami podmiotowymi. Świadczy to o tym, że wypełnianie obowiązków równego traktowania ubiegających się o zamówienia polega na konkretyzowaniu ustawowych kryteriów różnicowania w sposób zobiektywizowany, co mieści w sobie zakaz arbitralności instytucji zamawiających, czyli konieczność istnienia uzasadnienia dla ustalonych przez zamawiającego warunków wynikających z celu zamówienia, jakim jest weryfikacja ubiegających się o nie.

Odrębną uwagę poświęcono obowiązkowi równego stosowania warunków zamówienia. Potwierdzono, że stosowanie warunków zamówienia na potrzeby kwalifikowania ubiegających się o zamówienie publiczne stanowi kluczowy przejaw obowiązków równego traktowania. To właśnie poprzez dokonywanie tych czynności, zgodnie z wynikającymi wprost z ustawy albo skonkretyzowanymi przez zamawiającego warunkami zamówienia, następuje różnicowanie ubiegających się o zamówienie publiczne. Finalnym wyrazem tego procesu jest zakwalifikowanie określonego podmiotu jako wykonawcy zamówienia, z którym zawarta zostanie umowa.

Konieczność kwalifikowania ubiegających się o zamówienie publiczne pociąga za sobą obowiązek uwzględniania podobieństwa położenia ubiegających się o zamówienie w określonym postępowaniu. Stwierdzono, że to podobieństwo sytuacji, w której znajdują się jacyś ubiegający się o zamówienie, przesądza o konieczności ich równego potraktowania, a niepodobieństwo o konieczności potraktowania odmiennego. Potwierdza to sformułowaną w poprzednim rozdziale konkluzję, że równe traktowanie ubiegających się o zamówienia publiczne określa sposób różnicowania położenia określonych podmiotów dokonywany w celu udzielenia zamówienia wybranemu podmiotowi. W przypadku przestrzegania prawa, obowiązki równego traktowania wyrażają się w takiej interpretacji i realizowaniu norm prawnych przez instytucje

zamawiające, by szanse dostępu do określonego zamówienia nie były w sposób nieuzasadniony ograniczane. Kluczowe w tym zakresie okazuje się więc prawidłowe ustalenie zakresu zastosowania określonej normy, tj. takie, w którym dokonywane czynności różnicowania ubiegających skutkować będą zasadnym ukształtowaniem w ten sam sposób sytuacji prawnej podmiotów podobnych, a odmiennym ukształtowaniem pozostałych ubiegających się o określone zamówienie. Podstawowym wymiarem tak rozumianego obowiązku równego traktowania jest zakaz nieskrępowanej dowolności w konkretyzowaniu przez zamawiających warunków zamówienia.

Odniesiono się także do obowiązków równego traktowania dotyczących ustalania stanów faktycznych, w których znajdują zastosowanie warunki zamówienia. W tym obszarze przestrzegania prawa również ujawnia się potrzeba zapewniania równego traktowania ubiegających się o zamówienie, ponieważ takie działania instytucji zamawiających odgrywają rolę służebną wobec czynności kwalifikowania ubiegających się o zamówienia. Na tej podstawie stwierdzono, że z obowiązku równego traktowania ubiegających się o zamówienia wynika instrumentalnie obowiązek równego traktowania przy ustalaniu stanu faktycznego, do którego mają mieć zastosowanie warunki zamówienia.

Poszerzając pole analiz, dostrzeżono, że podobnie jak na kanwie stanowienia prawa, przestrzeganie przez instytucje zamawiające obowiązków równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne stanowi element szerszego zagadnienia, tj. urzeczywistniania wartości sprawiedliwości. Stwierdzono, że sprawiedliwość stanowi swego rodzaju „środowisko”, w którym realizowane są obowiązki równego traktowania. Wyraża się ona bowiem w konieczności stosowania procedur klasyfikowania ubiegających się o zamówienia publiczne, a także norm zapewniających bezstronność, jawność oraz uczciwość procesu udzielania zamówień.

## Rozdział VI

# Obowiązki równego traktowania a położenie prawne ubiegających się o zamówienia publiczne

## 1. Obowiązki równego traktowania w stanowieniu prawa a położenie prawne ubiegających się o zamówienia publiczne

### 1.1. Korzystna sytuacja faktyczna

W rozważaniach dotyczących obowiązków równego traktowania, które spoczywają na prawodawcy, należy uzupełniająco odnieść się do położenia podmiotów ubiegających się o zamówienia publiczne. Nie jest ono wprawdzie przedmiotem tytułowych analiz. Pozwala jednak dostrzec w szerszym kontekście znaczenie obowiązków równego traktowania. Zacząć przy tym należy od tego, że samo już istnienie w porządku prawnym obowiązków stanowienia prawa w sposób zapewniający równe traktowanie ubiegających się o zamówienia publiczne oznacza, że ogół podmiotów ubiegających się o zamówienia znajduje się w korzystnej sytuacji faktycznej. Korzystność sytuacji takich podmiotów wyraża się w tym, że na prawodawcy spoczywają obowiązki, których wykonanie jest oceniane dodatnio z perspektywy interesów czy potrzeb tych podmiotów. Położenie faktyczne jednych podmiotów, wynikające z istnienia wyznaczonych prawem obowiązków innych podmiotów, określa się niekiedy w literaturze prawniczej jako „refleksy obowiązku”<sup>1</sup>, „refleksy prawne”<sup>2</sup>, „refleksy prawa przedmiotowego”<sup>3</sup> albo „niekreujące prawo podmiotowe”<sup>4</sup>. Sytuacje takie wiąże się

---

<sup>1</sup> S. Wronkowska, *Analiza pojęcia prawa podmiotowego*, Poznań 1973, s. 58.

<sup>2</sup> Uchwała SN – Izba Cywilna z dnia 19 maja 2000 r., III CZP 4/00, OSN IC 2000, poz. 195.

<sup>3</sup> J. Zimmermann, *Aksjomaty prawa administracyjnego*, Warszawa 2013, s. 95-96; W. Jakimowicz, *Publiczne prawa podmiotowe*, Kraków 2002, s. 124; D.E. Lach, *Zasada równego dostępu do świadczeń opieki zdrowotnej*, Warszawa 2011, s. 38.

<sup>4</sup> J. Dobkowski, *Skarga powszechna jako środek przeciwdziałaniu bezczynności administracji publicznej*, [w:] *Przeciwdziałanie bezczynności administracji publicznej. Zarys problematyki*, red. R. Suwaj, M. Perkowski, Białystok 2010, s. 99.



dość często z niektórymi obowiązkami państwa czy organów państwowych, które nie są skierowane ku sprawom indywidualnych, konkretnych osób czy podmiotów<sup>5</sup> i które nie są ujmowane w korelacji z uprawnieniami do dochodzenia ich realizacji<sup>6</sup>. Oznacza to, że dla uznania, że ogół podmiotów ubiegających się o zamówienia znajduje się w korzystnej sytuacji faktycznej, wystarczy stwierdzenie istnienia obowiązków prawodawcy w zakresie równego ich traktowania, a nie jest konieczne stwierdzenie, że ubiegającym się o zamówienia przysługują w związku z tym jakieś szczególne uprawnienia.

## 1.2. Publiczne podmiotowe prawo do równego traktowania

Spoczywanie na prawodawcy obowiązków równego traktowania determinuje jednak nie tylko sytuację faktyczną, ale również położenie prawne ubiegających się o zamówienia publiczne. Owo położenie prawne nie musi jednak świadczyć o istnieniu stosunku prawnego pomiędzy zobowiązanym prawodawcą a ubiegającymi się o zamówienie publiczne. Zakorzenione zarówno w ogólnej teorii prawa, jak i w poszczególnych dogmatykach prawniczych pojęcie „sytuacji prawnej” opisać można bez konieczności odwoływania się do stosunku prawnego. W tym rozumieniu sytuacja prawna to każda sytuacja społeczna podmiotu lub podmiotów, której elementy składowe zostały ukształtowane prawnie<sup>7</sup> – albo inaczej – każda sytuacja faktyczna podmiotu lub podmiotów, która ze względu na normy prawa przedmiotowego otrzymuje określoną kwalifikację prawną<sup>8</sup>. Pojęcie sytuacji prawnej umożliwia więc badanie takich elementów położenia prawnego, których ekspozycja byłaby niemożliwa przy ograniczeniu się do pojęcia stosunku prawnego. Chodzi tu przede wszystkim o możliwość określenia skutków prawnych zdarzeń, których podmioty sytuacji prawnej nie są bezpośrednimi adresatami czy też uczestnikami, np. jako adresaci aktu normatywnego, adresaci aktu administracyjnego czy strona czynności prawnej, albo gdy wprowadzie są adresatami takich aktów, ale ich skutkiem nie jest powstawanie stosunków prawnych.

W literaturze zakłada się co najmniej dwie możliwości charakteryzowania sytuacji prawnych: poprzez odniesienie do konkretnego podmiotu albo poprzez odniesienie

<sup>5</sup> Z. Ziemiński, *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, Warszawa 1980, s. 367; W. Jakimowicz, *op. cit.*, s. 124; J. Ochmański, *Administracja świadcząca. Kształtowanie się idei organizatorskiej funkcji państwa w Polsce Ludowej (1944-1989)*, Poznań 2006, s. 236-238.

<sup>6</sup> J. Węgrzyn, *Ochrona praw konsumentów i innych osób przed nieuczciwymi praktykami rynkowymi*, [w:] *Realizacja i ochrona konstytucyjnych wolności i praw jednostki w polskim porządku prawnym*, red. M. Jabłoński, Wrocław 2014, s. 783-784.

<sup>7</sup> J. Boć, *Stosunki administracyjnoprawne i sytuacje administracyjnoprawne*, [w:] *Prawo administracyjne*, red. J. Boć, Wrocław 2010, s. 367.

<sup>8</sup> J. Filipek, *Sprawa sytuacji prawnej i stosunku prawnego w prawie administracyjnym*, [w:] *Jednostka w demokratycznym państwie prawa*, red. J. Filipek, Bielsko-Biała 2003, s. 191.

do abstrakcyjnie określonej klasy podmiotów. W związku z tym wyróżniono pojęcie sytuacji prawnej realnej (w przypadku podmiotu wskazanego indywidualnie i konkretnie) oraz sytuacji prawnej potencjalnej (w przypadku podmiotów opisanych abstrakcyjnie)<sup>9</sup>. „W sytuacjach potencjalnych znajdują się wszystkie podmioty prawne, wobec których nie zindywidualizowano jeszcze konkretnych praw i obowiązków określonych prawem materialnym, ale wobec których ze względu na ich dotychczasową sytuację faktyczną czy prawną zindywidualizowanie to może lub musi wystąpić”<sup>10</sup>. W przypadku potencjalnych sytuacji prawnych nie następuje odniesienie do określonego podmiotu, ale istotne jest, by podmiot lub klasa podmiotów miała określone, wyróżniające je właściwości – np. jako podmioty ubiegające się o zamówienie publiczne<sup>11</sup>. Natomiast w sytuacji realnej następuje „odniesienie sformułowanych w prawie w sposób abstrakcyjny praw i obowiązków do oznaczonego konkretnie podmiotu”<sup>12</sup>.

Rozróżnienie sytuacji prawnej podmiotów opisywanych abstrakcyjnie od sytuacji konkretnego podmiotu okazuje się przydatne w badaniach koncentrujących się odrębnie na stanowieniu oraz stosowaniu i przestrzeganiu prawa. W pierwszym przypadku stwarza możliwość analizy położenia prawnego związanego z istnieniem obowiązków innych podmiotów – bez potrzeby konkretyzacji w drodze procesu stosowania prawa<sup>13</sup>. Wydaje się jednak, że określenie „potencjalna” oraz „realna” sytuacja prawna może wywoływać mylne wrażenie istnienia „spodziewanej” oraz już „zaistniałej” sytuacji prawnej. Tymczasem, także tzw. „potencjalna” sytuacja prawna opisuje istniejące, a nie przyszłe położenie prawne, tyle że dotyczy położenia podmiotów posiadających pewną cechę, a nie podmiotu indywidualnego, który byłby przedstawicielem takiej grupy. Trafniejsze więc byłoby ujęcie sytuacji „potencjalnej” jako „generalnej”, a „realnej” jako „indywidualnej”. Taka propozycja terminologiczna korespondowałaby ponadto z ugruntowanym w prawoznawstwie podziałem na normy generalne oraz normy indywidualne.

Przykładem generalnej sytuacji prawnej jest położenie prawne ubiegających się o zamówienie publiczne, które można opisać jako publiczne podmiotowe do równego traktowania. W teorii Georga Jellinka publiczne prawa podmiotowe wskazują na uznaną przez porządek prawny swobodę woli, umożliwiającą obronę prawną chronionych prawem interesów<sup>14</sup>. Współcześnie Jan Boć i Adam Błaś opisują publiczne prawo podmiotowe jako sytuację prawną obywatela bądź jednostki

<sup>9</sup> J. Boć, *op. cit.*, s. 368, s. 372.

<sup>10</sup> *Ibidem*.

<sup>11</sup> S. Wronkowska, *Analiza pojęcia...*, s. 17; *eadem*, *Podstawowe pojęcia prawa i prawoznawstwa*, Poznań 2003, s. 156.

<sup>12</sup> J. Boć, *op. cit.*, s. 372.

<sup>13</sup> T. Bąkowski, *Administracyjnoprawna sytuacja jednostki w świetle zasady pomocniczości*, Warszawa 2007, s. 25; J. Zimmermann, *Prawo administracyjne*, Warszawa 2020, s. 258-259.

<sup>14</sup> G. Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, t. 2, Berlin 1919, s. 8.

zbiorowej, w obrębie której uprawniony, opierając się na chroniących jego interesy prawne normach prawnych, może skutecznie żądać czegoś od państwa lub może w sposób niekwestionowany przez państwo coś zdziałać<sup>15</sup>. Natomiast dla Wojciecha Jakimowicza publiczne prawo podmiotowe to pochodna i prosta sytuacja prawna, tj. sytuacja określona przez normę prawa stanowionego, powszechnie obowiązującego i powstająca bądź bezpośrednio, na podstawie normy tego prawa, bądź dodatkowo wymagająca dla swojego bytu wydania właściwego aktu indywidualnego, mająca, w przypadku osób fizycznych, swoje pierwotne źródło w przyrodzonych prawach człowieka, w przypadku jednostek organizacyjnych, wyłącznie w normach prawa przedmiotowego. Według Jakimowicza podmiot mający publiczne prawo podmiotowe ma możliwość skutecznego żądania ściśle określonego zachowania albo nieingerencji w sferę swojej prawnie określonej wolności od objętego tą sytuacją prawną innego podmiotu publicznego prawa podmiotowego<sup>16</sup>. Koncepcja publicznych praw podmiotowych pozwala zatem na wyróżnienie aspektu podstaw określonego publicznego prawa podmiotowego, treści sytuacji prawnej oraz prawnego dochodzenia (ochrony prawnej) praw. W przypadku położenia prawnego podmiotów ubiegających się o zamówienia publiczne, o publicznym charakterze prawa świadczy to, że ich sytuacja związana jest z równym traktowaniem i kształtowana zarówno normami konstytucyjnymi, jak i unijnym prawem traktatowym. Jak wykazano w poprzednich rozdziałach, zarówno konstytucyjna zasada równości, jaki i ogólne zasady równości unijnego prawa traktatowego swym zakresem zastosowania obejmują dziedzinę zamówień publicznych oraz są źródłem obowiązków spoczywających na prawodawcy krajowym. Kształtują tym samym generalne położenie prawne ubiegających się o zamówienia publiczne w sposób, który można określić jako publiczne prawa podmiotowe.

W przypadku Konstytucji położenie prawne ubiegających się o zamówienia publiczne określa przysługujące im konstytucyjne prawo do równego traktowania wyrażone w art. 32 Konstytucji. Piśmiennictwo uznaje prawo do równego traktowania za konstytucyjne publiczne prawo podmiotowe<sup>17</sup>. Treścią tego prawa jest „bycie potraktowanym równo” i obejmuje ono również prawo do „bycia niedyskryminowanym”<sup>18</sup>.

<sup>15</sup> J. Boć, A. Błaś, *Publiczne prawa podmiotowe*, [w:] *Prawo administracyjne*, s. 505.

<sup>16</sup> W. Jakimowicz, *op. cit.*, s. 246-247, 254-262.

<sup>17</sup> P. Tuleja, *Art. 32. Zasada równości*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. P. Tuleja, Warszawa 2019, s. 120; M. Bernaczyk, *Pojęcie publicznych praw podmiotowych w świetle Konstytucji RP*, [w:] *Wolności i prawa jednostki w Konstytucji RP*, t. 1: *Idee i zasady przewodnie konstytucyjnej regulacji wolności i praw jednostki w RP*, red. M. Jabłoński, Warszawa 2010, s. 262.

<sup>18</sup> Postanowienie TK z dnia 24 października 2001 r., SK 10/01; I. Pużycka, J. Wojnowska-Radzińska, *Zasada równości i zakaz dyskryminacji w Konstytucji RP*, [w:] *Prawo wobec dyskryminacji w życiu społecznym, gospodarczym i politycznym*, red. Z. Niedbała, Warszawa 2011, s. 271; M. Bernaczyk, *op. cit.*, s. 262; J. Podkowik, *Konstytucyjna zasada równości i zakaz dyskryminacji w prawie cywilnym*,

### 1.3. Wolność od dyskryminacji

W świetle powyższego, jako szczególną postać publicznego podmiotowego prawa do równego traktowania należałoby wskazać wolność od dyskryminacji. Znajduje ona swój wyraz w analizowanym w pierwszym rozdziale konstytucyjnym zakazie dyskryminacji<sup>19</sup>. Odnosi się do niej również europejskie prawo traktatowe oraz prawa podstawowe. Zarówno w literaturze, jak i w orzecznictwie podkreśla się chociażby, że wolność od dyskryminacji (ang. *freedom from discrimination*) ze względu na przynależność państwową jest najbardziej fundamentalnym prawem przyznanym przez Traktat<sup>20</sup>.

Wolność od dyskryminacji należałoby łączyć z nakazem powstrzymywania się przez władzę publiczną od działań ingerujących w ubieganie się o zamówienia publiczne przez korzystających z wolności, poprzez stosowanie niedopuszczalnych *per se* kryteriów różnicowania. Przy czym korzystanie z wolności od dyskryminacji w tym zakresie będzie się aktualizować, gdy określony podmiot będzie miał zamiar ubiegać się o zamówienia. W tym sensie wolność od dyskryminacji w zamówieniach publicznych jest w istocie prawem do zachowań własnych<sup>21</sup>. Jednakże w przypadku zamówień publicznych mówić należy dodatkowo o istnieniu wolności prawnie chronionej. Nie wynika ona bowiem wyłącznie z braku norm generalnych, czy też nie orzeka się o niej na podstawie „milczenia prawa”<sup>22</sup>. Uznaniu wolności od dyskryminacji w zamówieniach towarzyszy istnienie norm statuujących jej ochronę – w podstawowym wymiarze wyznaczających zakaz dyskryminacji oraz wskazujących skutki jego naruszenia. Istnienie elementów powinności władzy publicznej w związku z wolnością od dyskryminacji pozwala w efekcie dostrzec w niej szczególną postać publicznego prawa podmiotowego do równego traktowania.

---

„Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2016, t. 25, nr 2, s. 231. Nie zmienia tego stanu rzeczy fakt, że na gruncie orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości wyrażono pogląd o niesamoistości tego prawa, czyli o koniecznym jego powiązaniu każdorazowo z jednym ze szczegółowych praw lub wolności konstytucyjnych, stanowiąc niejako „tło” dla jego zastosowania. Jak wskazano wyżej, przyjęcie koncepcji wobec prawa do równego traktowania koncepcji prawa podmiotowego „drugiego stopnia”, czy też „metaprawa” w praktyce implikuje stosowanie art. 32 ust. 1 jako podstawy skargi konstytucyjnej jedynie równocześnie z innym konstytucyjnym prawem lub wolnością. Postanowienie TK z 24 października 2001 r., SK 10/01.

<sup>19</sup> B. Banaszak, M. Jabłoński, *Obowiązki podstarwowe człowieka i obywatela*, [w:] *Wolności i prawa jednostki oraz ich gwarancje w praktyce*, red. L. Wiśniewski, Warszawa 2006, s. 241.

<sup>20</sup> A. Cieśliński, *Konstrukcja prawna swobod rynku wewnętrznego Unii Europejskiej*, Wrocław 2013, s. 312; A. Śledzińska-Simon, *Zasada równości i zasada niedyskryminacji w prawie Unii Europejskiej*, „Studia BAS” 2011, nr 2(26), s. 53; Opinia RG Francisa G. Jacobsa w sprawie Bickel & Franz, C-274/96, pkt 24.

<sup>21</sup> T. Kiełkowski, *Nabycie prawa na mocy decyzji administracyjnej*, Warszawa 2012, s. 46.

<sup>22</sup> *Ibidem*, s. 48. Por. Z. Ziemiński, *Logiczne podstawy prawoznawstwa*, Warszawa 1966, s. 97.

#### 1.4. Prawnie uznana zdolność do ubiegania się o zamówienia publiczne

Generalna sytuacja prawna ubiegających się o zamówienia publiczne może jednak zostać dodatkowo ukształtowana na skutek ustanowienia norm, które zobowiązują zamawiających do uznania prawa do ubiegania się o zamówienia jakiejś kategorii podmiotów<sup>23</sup>. Przykładem takich regulacji mogą być postanowienia Pzp 2019 definiujące pojęcie „wykonawcy” albo postanowienia PartPublPrywU określające pojęcie „partnera prywatnego” czy chociażby zapisy ustawy z 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej definiujące pojęcie „przyjmującego zamówienie”<sup>24</sup>. Oczywiście, generalne ujęcie określonej kategorii podmiotów w normach prawnych może być na tyle szerokie, że obejmować będzie znaczącą część albo nawet wszystkie podmioty, które ubiegają się o zamówienia publiczne. Może również odnosić się do wąskiej grupy podmiotów.

Norma zobowiązująca do uznania kategorii podmiotów o określonym statusie lub właściwościach jako posiadających możliwość ubiegania się o określone zamówienia publiczne może jednocześnie wyznaczać zamawiającemu kompetencje do dokonania wyboru, czy udział w określonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego będzie możliwy tylko dla wskazanego w przepisach rodzaju podmiotów, czy jednak będzie otwarty dla ogółu podmiotów. Przykładem takich regulacji będą wspomniane wcześniej przepisy dotyczące tzw. zamówień zastrzeżonych, które przewidują możliwość zastrzeżenia przez zamawiającego, że o udzielenie określonego zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie wykonawcy mający status zakładu pracy chronionej, spółdzielnie socjalne oraz inni wykonawcy, których głównym celem jest społeczna i zawodowa integracja osób społecznie marginalizowanych<sup>25</sup>. Jeszcze czytelniej ujmują tę kwestię dyrektywy zamówieniowe, które przewidują tzw. prawo udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego (ang. *the right to participate in public procurement procedures*) dla określonych kategorii podmiotów<sup>26</sup>.

Sytuację prawną wynikającą z obowiązywania norm obligujących do uznania określonej kategorii podmiotów jako posiadających prawo do ubiegania się o za-

<sup>23</sup> W kwestii orzecznictwa europejskiego dotyczącego określenia prawa udziału w postępowaniu w regulacjach prawnych zob. np. wyrok TSUE z dnia 11 czerwca 2020 r., w sprawie *Parsec Fondazione*, C-219/19.

<sup>24</sup> Ustawa z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej, art. 26 ust. 1: „Podmiot leczniczy spełniający przesłanki określone w art.5 ust. 1 i art. 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. *Prawo zamówień publicznych* (Dz.U. z 2019 r., poz. 2019), zwany dalej «udzielającym zamówienia», może udzielić zamówienia na udzielanie w określonym zakresie świadczeń zdrowotnych, zwanego dalej «zamówieniem», podmiotowi wykonującemu działalność leczniczą lub osobie legitymującej się nabyciem fachowych kwalifikacji do udzielania świadczeń zdrowotnych w określonym zakresie lub określonej dziedzinie medycyny, zwanym dalej «przyjmującym zamówienie»”.

<sup>25</sup> Art. 94 Pzp 2019.

<sup>26</sup> Zob. np. art. 20 dyrektywy klasycznej albo art. 38 dyrektywy zamówieniowej.

mówienia publiczne można opisać jako prawnie uznaną zdolność do ubiegania się o określone zamówienie publiczne. W powszechnym znaczeniu zdolność to predyspozycja lub potencjalna sprawność<sup>27</sup>. Służy ona opisowi walorów określonego podmiotu w kontekście możliwości podjęcia przez niego jakichś działań. Tym samym zdolność odnosi się do pewnej możliwości, która przysługuje określonemu podmiotowi czy grupie podmiotów. W tym znaczeniu termin „zdolność” (łac. *facultas*) byłby odpowiednikiem pojęcia „prawa” – w znaczeniu podmiotowym (np. prawo do bycia wybranym, prawo uczestnictwa w postępowaniu itp.). Sławomira Wronkowska zauważa przy tym, że sytuacja, którą określa się jako zdolność prawną jakiejś osoby, opisuje w istocie obowiązki innych podmiotów. Powstaje bowiem ze względu na obowiązywanie norm, w których nakazuje się realizować szczególne zachowanie, jednak nie jest ono zachowaniem „dla” jakiejś osoby, lecz zachowaniem wyrażającym się w uznaniu, że dany podmiot ma jakąś właściwość, a w związku z tym możliwość działania<sup>28</sup>. W konsekwencji Autorka stwierdza, że „zdolność” (opisywana też za pomocą zwrotów „ma prawo być...”, „ma prawo uczestniczyć...”, „ma prawo przedsięwziąć...” itp.) jest elementem pewnego stanu faktycznego, którego powstanie lub istnienie stanowi warunek konieczny do tego, by jakaś norma prawna znalazła zastosowanie<sup>29</sup>. Element stanu faktycznego to właśnie wskazana w normie charakterystyka podmiotu. Określony podmiot posiada określone właściwości i ze względu na nie zaliczany jest do klasy osób, w stosunku do których może lub musi być dokonana czynność konwencjonalna<sup>30</sup>. W zwrocie „podmiot ma prawo być/uczestniczyć/przedsięwziąć etc.” mamy więc na myśli tylko to, że dana osoba charakteryzuje się takimi właściwościami, które stanowią warunek konieczny (choć niewystarczający) do tego, aby występowała w konkretnej pozycji, a jej czynności uznano za konwencjonalne<sup>31</sup>. W tym świetle, np. „wykonawcy” w rozumieniu Pzp 2019 posiadają zdolność do zajmowania pozycji ubiegających się o zamówienie w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, tj. mają prawo do bycia uważanym czy traktowanym za posiadającego zdolność do ubiegania się o zamówienie publiczne. Z kolei „partnerzy prywatni” w rozumieniu ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym posiadają zdolność do ubiegania się o zawarcie umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym, tj. mają prawo do bycia uważanym za posiadających zdolność do zawarcia umowy partnerstwa publiczno-prywatnego<sup>32</sup>.

<sup>27</sup> [hasło:] *Zdolność*, [w:] *Słownik języka polskiego*, red. M. Szymczak, t. 3, Warszawa 1983, s. 993.

<sup>28</sup> S. Wronkowska, *Analiza pojęcia...*, s. 59.

<sup>29</sup> *Ibidem*, s. 61.

<sup>30</sup> *Ibidem*, s. 60.

<sup>31</sup> *Ibidem*.

<sup>32</sup> Na marginesie można dodać, że w regulacjach prawnych oraz w literaturze (w szczególności dotyczącej prawa konstytucyjnego czy administracyjnego) funkcjonuje także określenie „zdolności do wykonywania zadań” rozumianej jako opis sytuacji faktycznej, a nie prawnej. W tym znaczeniu zdolność to dysponowanie odpowiednimi zasobami. Należałoby więc przyjąć, że w tych przypadkach



Na odrębną uwagę w tym zakresie zasługuje położenie prawne podmiotów objętych omówionym wyżej uprzywilejowaniem wyrównawczym. Ze względu na stosowany tu zwrot („uprzywilejowanie”), sytuację prawną wynikającą z takiego działania legislacyjnego można by spróbować opisać jako „przywilej”. Pod pojęciem tym, tradycyjnie obecnym w prawie, rozumie się bowiem najczęściej sytuację powstałą na skutek stworzenia dla określonej grupy szczególnych rozwiązań prawnych czy też rozszerzenia wcześniejszego uprawnienia<sup>33</sup>. Mówiąc o przywileju, zakłada się też uprzedni brak korzystnej sytuacji prawnej albo że istniejąca już sytuacja ulega odpowiedniej, korzystniejszej modyfikacji przez poszerzenie liczby podmiotów zobowiązanych wobec uprawnionego lub poprzez zwiększenie ich obowiązków<sup>34</sup>. Należy jednakże wskazać, że uprzywilejowanie wyrównawcze związane jest z sytuacją prawną określonych podmiotów rozpatrywaną poprzez porównanie z położeniem innych podmiotów, które w tak korzystnym położeniu się nie znajdują. Sytuacja prawna podmiotów objętych uprzywilejowaniem wyrównawczym jest wyjątkowa, gdyż obejmuje wyróżnioną grupę podmiotów i wynika ze szczególnych względów sprawiedliwości społecznej. W związku z tym jest korzystniejsza („uprzywilejowana”) właśnie w zestawieniu z sytuacją prawną innych podmiotów. Co więcej, jak wcześniej wskazano, uprzywilejowanie wyrównawcze w zamówieniach publicznych może polegać na stosowaniu różnorodnych rozwiązań normatywnych, ale też pozanormatywnych. Nie ma w związku z tym podstaw, by wszystkie takie rezultaty uprzywilejowania wyrównawczego określać terminem „przywilej”. W gruncie rzeczy realizowanie przez prawodawcę uprzywilejowania wyrównawczego to nie jest udzielanie przywilejów, ale kształtowanie korzystniejszego położenia prawnego.

Uzupełniająco warto również wspomnieć, że uznana prawnie zdolność do ubiegania się o zamówienia publiczne związana może być dodatkowo z legitymacją do wykonywania zadań publicznych. Samo pojęcie „legitymacji” (czy też „legitymizacji”)

---

pojęcie „zdolności” odnosi się do określonej okoliczności faktycznej powstałej bez bezpośredniego odniesienia do obowiązków innych podmiotów. Tak samo należałoby też rozumieć „zdolność wykonywania zadań publicznych”, o której mowa w art. 15 Konstytucji RP. Ernest Knosala, pisząc o zdolności wykonywania zadań publicznych, stwierdza, że: „chodzi o zdolność do ciągłego, charakteryzującego się odpowiednią jakością załatwiania zadań”. Dodaje, że zdolność: „w dużym stopniu uzależniona jest od pozostających do dyspozycji środków finansowych”, a także zakresu planowania, ilości zakładów i urządzeń użyteczności publicznej etc. Zob. E. Knosala, *Zarys nauki administracji*, Warszawa 2010, s. 96. Podobnie sądzą inni autorzy. Zob. np.: K. Właźlak, *Rozwój regionalny jako zadanie administracji publicznej*, Warszawa 2010, s. 175; S. Wykrętowicz, *Samorząd jako wyraz demokracji obywatelskiej*, [w:] *Samorząd w Polsce. Istota, formy, zadania*, red. S. Wykrętowicz, Poznań 2001, s. 10; *idem*, *Funkcjonowanie samorządu gospodarczego w wybranych krajach europejskich*, Warszawa 2013.

<sup>33</sup> Zob. np. S. Kutrzeba, *Historja źródeł dawnego prawa polskiego*, t. 1 (reprint), Warszawa 1987, s. 71; T. Kielkowski, *op. cit.*, s. 53.; M. Czechowski, *Problematyka przywilejów w systemie zabezpieczenia społecznego uwagi polemiczne na marginesie artykułu Łukasza Kasprowicza*, „IUSNOVUM” 2021, nr 3, str. 134; S. Biernat, *Problemy prawne sprawiedliwego rozdziału dóbr*, Kraków 1985, s. 102.

<sup>34</sup> T. Kielkowski, *op. cit.*, s. 54.

służy na gruncie nauk prawnych określeniu różnorodnych, często znacznie odmiennych konstrukcji dogmatyczno-prawnych<sup>35</sup>. W najbardziej podstawowym ujęciu odnosi się ona do określenia pewnej szczególnej pozycji prawnej określonych podmiotów. Inaczej jednak, niż w przypadku zdolności do ubiegania się o zamówienia publiczne, przyznanie legitymacji należałoby łączyć z sytuacją, w której bycie legitymowanym jest konieczne dla podjęcia określonych działań. Nieuznanie w prawie zdolności pewnej kategorii podmiotów do ubiegania się o określone zamówienia oznacza jedynie, że zdolność taką przypisywać należy wszystkim podmiotom. Natomiast, jeśli prawodawca nie przyzna legitymacji albo nie określi warunków uznania czyjejs legitymacji, występowanie w określonej roli albo przedsięwzięcie określonych działań będzie dla tej kategorii podmiotów lub określonego podmiotu wykluczone. Sytuację taką należałoby wiązać właśnie z obszarem zadań publicznych, których wykonywanie przypisane jest wyłącznie określonym podmiotom. W związku z tym o legitymacji w obszarze zamówień publicznych należałoby mówić dopiero wówczas, gdy udzielenie zamówienia stanowi jednocześnie powierzenie realizacji zadania publicznego. Sytuacja taka może wystąpić w związku ze wspieraniem lub powierzaniem realizacji zadań publicznych organizacjom pozarządowym oraz innym podmiotom wskazanym w przepisach Ustawy z dnia 24 kwietnia 2003 r o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie<sup>36</sup>, gdzie nawiązanie współprac między organami administracji publicznej a organizacjami może odbywać się również poprzez zastosowanie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych<sup>37</sup>.

### 1.5. Uprawnienia służące ochronie publicznego prawa do równego traktowania

Generalną sytuację prawną ubiegających się o zamówienia publiczne odróżniać jednak należy od konkretnych uprawnień, które mają charakter wtórny, tj. służą jedynie ochronie i skuteczniejszej realizacji publicznego prawa podmiotowego do równego traktowania w stanowieniu prawa. Otóż w przypadku zaistnienia dodatkowych

---

<sup>35</sup> Na przykład, podobnie jak w innych naukach społecznych legitymacja odnoszona jest do problemów związanych z systemem władzy czy jej organów (zob. J. Kostrubiec, *Istota prawnej legitymacji władzy*, „Studenckie Zeszyty Naukowe” 2001, nr 4/5, s. 8-23; Z. Wawak, *Legitymacja prawna KRN*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1993, R. LV, z. 4, s. 51-64). Z drugiej, w szczególności w ogólnej teorii prawa podejmuje się np. zagadnienia legitymacji prawa jako takiego (zob. J. Helios, W. Jedlecka, *Legitymacja pozytywistyczna czy prawnonaturalna prawa europejskiego? Szkic problemu*, [w:] *Pozytywizm prawniczy i szkoła prawa natury: tradycje sporu i jego współczesne implikacje*, Wrocław 2010, s. 120-138). Z kolei w doktrynach poszczególnych gałęzi praw legitymacja rozumiana jest najczęściej jako prawo występowania w określonej roli w danym postępowaniu sądowym (zob. np.: A. Zieliński, *Ochrona praw podmiotowych*, [w:] *System prawa prywatnego*, t. 2: *Prawo cywilne – część ogólna*, red. Z. Radwański, Warszawa 2008, s. 733-734).

<sup>36</sup> Ustawa z dnia 24 kwietnia 2003 r. (t.j. z dnia 9 czerwca 2022 r., Dz.U. z 2022 r., poz. 1327).

<sup>37</sup> Art. 11 ust. 6.

okoliczności, ukształtować się może indywidualna sytuacja prawna konkretnego podmiotu ubiegającego się o zamówienie publiczne. Podmiot ów, jako uprawniony z tytułu publicznego prawa podmiotowego, może uzyskać określone uprawnienie do żądania od zobowiązanego określonego zachowania się w związku z przysługującym mu prawem podmiotowym.

Przykładem takiej indywidualnej sytuacji prawnej jest wynikające z art. 77 Konstytucji RP uprawnienie (mające postać roszczenia materialnego) poszkodowanego do żądania naprawienia szkody wyrządzonej niezgodnym z prawem działaniem władzy publicznej<sup>38</sup>. Jak stwierdza Ewa Bagińska, hipotezą art. 77 Konstytucji objęte jest m.in. zarówno zaniechanie normatywne polegające na niewydaniu aktu prawnego wbrew istniejącemu obowiązkowi, jak i „szkodliwe skutki wydania aktu normatywnego niezgodnego z prawem”, co można określić jako „czynną bezprawność normatywną”<sup>39</sup>. Podobne stanowisko prezentowane jest w judykaturze<sup>40</sup>. Pojęcie „działania” objęte dyspozycją art. 77 ust. 1 Konstytucji RP wskazuje przede wszystkim na podjęcie przez władzę określonych czynności. Pojęcie to nie zostało konstytucyjnie zdefiniowane. Jednak, jak stwierdzono na gruncie orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego oraz Sądu Najwyższego, w pojęciu „działania” mieszczą się zarówno zachowania czynne tego organu, jak i zaniechania<sup>41</sup>. W zakresie działań czynnych organu władzy publicznej mieszczą się indywidualne rozstrzygnięcia, np. decyzje, orzeczenia i zarządzenia. Pojęcie „zaniechania” władzy publicznej dotyczy zatem tych sytuacji, w których obowiązek określonego działania władzy publicznej jest skonkretyzowany w przepisie prawa i można ustalić, na czym miałyby polegać zachowanie organu, aby do szkody nie doszło. Przyjmuje się, że przykładem takiego zaniechania może być „niewydanie aktu normatywnego, którego obowiązek wydania powstał po wejściu w życie Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej” – czyli postać zaniechania normatywnego.

Problematyką roszczeń odszkodowawczych wobec państwa należy także objąć sprawy związane z naruszeniami w ramach polskiej legislacji prawa unijnego. Odpowiedzialność państwa jako prawodawcy obejmuje w tym obszarze nie tylko ustanawianie norm niezgodnych z rozporządzeniami UE, ale także zaniechanie implementacji czy tzw. wadliwą implementację jej dyrektyw. Zasady odpowiedzialności odszkodowawczej państw członkowskich za wadliwą implementację prawa unijnego nie są bezpośrednio ujęte w przepisach prawa pierwotnego. Zostały jednak

<sup>38</sup> E. Bagińska, *Odpowiedzialność odszkodowawcza za wykonywanie władzy publicznej*, Warszawa 2006, s. 176.

<sup>39</sup> *Ibidem*, s. 214.

<sup>40</sup> Uchwała SN – Izba Cywilna z 19 maja 2009 r., III CZP 139/08; wyrok SN z 4 sierpnia 2006 r., III CSK 138/05.

<sup>41</sup> Wyrok TK z dnia 4 grudnia 2001 r., SK 18/00.

wypracowane w ramach orzecznictwa europejskiego<sup>42</sup>. Warto w tym miejscu przywołać stanowisko Trybunału przedstawione w orzeczeniu z 26 marca 1996 r. w sprawie C-392/93 *The Queen* przeciwko H. M. Treasury, ex parte British Telecommunications plc. dotyczącej nieprawidłowej implementacji dyrektywy zamówieniowej. Trybunał wyraził w tej sprawie pogląd, że prawo wspólnotowe przyznaje poszkodowanym prawo do odszkodowania, jeżeli spełnione są trzy warunki: a) naruszone prawo musi być związane z prawami przyznawanymi jednostkom (ang. *individuals*), b) naruszenie musi być wystarczająco poważne (ang. *sufficiently serious*), oraz c) musi istnieć bezpośredni związek przyczynowy między naruszeniem zobowiązania społecznego na państwie a szkodą poniesioną przez poszkodowanych. Warunki te znajdują zastosowanie w sytuacji, w której państwo członkowskie nieprawidłowo transponuje dyrektywę do prawa krajowego<sup>43</sup>.

Elementem sytuacji prawnej, w której może znaleźć się określony podmiot w związku z nieprawidłowym wykonaniem obowiązków przez prawodawcę, jest również prawo do wniesienia skargi konstytucyjnej. Uprawnienie to przysługuje zgodnie z art. 79 ust. 1 Konstytucji RP każdemu, a więc także ubiegającym się o zamówienia publiczne. Przepis ten przewiduje też, że każdy, kto uznał, że jego konstytucyjne wolności lub prawa zostały naruszone, ma prawo, na zasadach określonych w ustawie, wnieść skargę do Trybunału Konstytucyjnego w sprawie zgodności z Konstytucją ustawy lub innego aktu normatywnego, na podstawie którego sąd lub organ administracji publicznej orzekł ostatecznie o jego wolnościach lub prawach albo o jego obowiązkach określonych w Konstytucji. Wprawdzie uprawnienie do wniesienia skargi aktualizować się będzie dopiero w procesie stosowania prawa, ale jej podstawą jest kwestionowana zgodność z Konstytucją ustawy lub innego aktu normatywnego. Wątpliwości jednak budzi – jak już wskazano wyżej – możliwość skorzystania ze skargi konstytucyjnej w sytuacji zaniechania prawodawczego<sup>44</sup>. W literaturze wskazuje się, że należy dopuszczać taką ewentualność, ale w przypadku pominięcia prawodawczego naruszającego konstytucyjny wzorzec równego traktowania określony zakazem dyskryminacji. W orzeczeniu z 3 grudnia 1996 r. Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że

ma kompetencję do oceny jego konstytucyjności również z tego punktu widzenia, czy w jego przepisach nie brakuje unormowań, bez których, ze względu na naturę

---

<sup>42</sup> Zob. np. wyrok Trybunału z dnia 19 listopada 1991 r., C-6/90 i C-9/90, pkt 40; wyrok Trybunału z dnia 5 marca 1996 r., C-46/93 oraz C-48/93, pkt 55 i 65.

<sup>43</sup> Pkt 3.

<sup>44</sup> Już w orzeczeniu TK z dnia 3 grudnia 1996 r. w sprawie K 25/95, polski Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że: „nie ma kompetencji do orzekania o zaniechaniach ustawodawcy polegających na braku wydania aktu ustawodawczego, choćby obowiązek jego wydania wynikał z norm konstytucyjnych”. Stanowisko to zostało zaaprobowane przez Trybunał także w orzeczeniu z dnia 24 października 2001 r., SK 22/01 oraz z 10 marca 2009 r., P 80/08.

objętej aktem regulacji, może on budzić wątpliwości natury konstytucyjnej. Zarzut niekonstytucyjności może więc dotyczyć zarówno tego, co ustawodawca w danym akcie unormował, jak i tego, co w akcie tym pominął, choć postępując zgodnie z Konstytucją powinien był unormować<sup>45</sup>.

Rozstrzygnięcia Trybunału Konstytucyjnego w takim przypadku „nie mogą jednak prowadzić do «uzupełniania» obowiązującego stanu prawnego o rozwiązania pożądanego z punktu widzenia inicjatora postępowania, ponieważ wykraczałoby to poza konstytucyjną rolę TK jako «negatywnego ustawodawcy» i naruszałoby to zasadę podziału władz”<sup>46</sup>.

## 2. Obowiązki równego traktowania w przestrzeganiu prawa a położenie prawne ubiegających się o zamówienia publiczne

### 2.1. Korzystna sytuacja faktyczna

Podobnie jak w przypadku obowiązków prawodawczych, istnienie obowiązków przestrzegania prawa zamówień publicznych w sposób zapewniający równe traktowanie ubiegających się o zamówienia powoduje „korzystny refleks” dla sytuacji faktycznej takich podmiotów<sup>47</sup>. Nałożenie przez ustawodawcę na zamawiających obowiązku przygotowania i przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający równe traktowanie jest swego rodzaju dobrodziejstwem zażywanym przez ubiegających się o zamówienia publiczne, ale jedynie jako rezultat obowiązywania norm prawa przedmiotowego i zawartych w nim obowiązków<sup>48</sup>. Ubiegający się o zamówienie niejako przy okazji tego faktu uzyskują ogólne korzyści – jednak bez prawa do określonego roszczenia tak długo, jak nie pojawi się kwestia wykonania jakiegoś obowiązku konkretnego w sposób zgodny z wymogami zasady równego traktowania wykonawców<sup>49</sup>. Do tego momentu korzystna sytuacja ubiegających się o zamówienia polega jedynie na możliwości uzasadnionego oczekiwania i ogólnego wymagania zapewnienia równego ich traktowania. Jednakże wymaganie równości nie może być jeszcze w takim przypadku wystarczającym przedmiotem konkretnego roszczenia<sup>50</sup>.

Sytuacja faktyczna ogółu podmiotów ubiegających się o zamówienia ulegać będzie konkretyzacji w przypadku rozpoczęcia przez określonego zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

<sup>45</sup> Orzeczenie z 3 grudnia 1996 r. w sprawie K 25/95.

<sup>46</sup> Wyrok z 13 listopada 2007 r., P 42/06.

<sup>47</sup> Z. Ziemiński, *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, Warszawa 1980, s. 367.

<sup>48</sup> J. Ochmański, *op. cit.*, s. 236.

<sup>49</sup> *Ibidem*, s. 235-236.

<sup>50</sup> *Ibidem*, s. 236.

## 2.2. Prawo do równego traktowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego

Z samym aktem wszczęcia postępowania może być jednak związane uzyskanie określonego uprawnienia przez konkretne podmioty. Do sytuacji takiej może dojść, gdy zamawiający zaprosi do negocjacji indywidualnie określony podmiot czy podmioty. Na gruncie obowiązujących regulacji może ona dotyczyć np. wszczęcia postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki<sup>51</sup> albo w trybie negocjacji bez ogłoszenia<sup>52</sup>. W przypadku takim, zaproszony podmiot nabywa uprawnienie do dokonania czynności konwencjonalnej (tj. podjęcia negocjacji w terminie i w miejscu wskazanym przez zamawiającego w zaproszeniu), której wykonanie powoduje powstanie po stronie instytucji zamawiającej obowiązku podjęcia negocjacji. Zaproszenie do negocjacji jest w istocie zaproszeniem do zawarcia umowy, pod warunkiem wynegocjowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego<sup>53</sup>. Wiążący charakter zaproszenia do negocjacji, warunkowany wprawdzie przystąpieniem do nich przez zaproszonego, wynika z istoty procedury zamówienia publicznego. W jej przypadku, zaproszenie zamawiającego stanowi jednocześnie jego oświadczenie woli składane zapraszanemu o wyborze trybu udzielania zamówienia, a tym samym kreuje zobowiązanie do prowadzenia postępowania według reguł właściwych dla danego trybu<sup>54</sup>.

Należy jednak podkreślić, że kierowanie przez zamawiającego zaproszenia do negocjacji nie stanowi jeszcze przejawu realizacji obowiązków równego traktowania ubiegających się o zamówienie publiczne. W tym zakresie nie znajdują bowiem zastosowania kryteria różnicowania ubiegających się o zamówienia, które miałyby być wyznaczone przez prawodawcę. Zaproszenie do negocjacji stanowi rodzaj czynności inicjującej postępowanie o udzielenie zamówienia, a konkretyzacja adresatów takiego zaproszenia pozostawiona jest decyzji zamawiającego. O istnieniu takiej swobody świadczy chociażby ustawowa definicja trybu negocjacji bez ogłoszenia, z której wynika, że jest to tryb udzielenia zamówienia, w którym zamawiający negocjuje warunki umowy w sprawie zamówienia publicznego z wybranymi przez siebie wykonawcami<sup>55</sup>. Oczywiście, wybór przez instytucje zamawiającą podmiotu, z którym będą prowadzone negocjacje, musi być racjonalny z punktu widzenia celowego charakteru postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Nie może być jednak oceniany w świetle powinności urzeczywistnienia równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne z powodu braku wskazanych w prawie kryteriów dyferencjacji.

<sup>51</sup> Art. 217 ust. 1 Pzp 2019.

<sup>52</sup> Art. 303 ust. 1 Pzp 2019.

<sup>53</sup> Art. 661 § 3; art. 72 KC w zw. z art. 7 pkt 18 Pzp 2019.

<sup>54</sup> Z. Gordon, *Charakterystyka prawna trybów udzielania zamówień publicznych z elementami negocjacji*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2013, nr 4, s. 53.

<sup>55</sup> Art. 208 ust. 1 Pzp 2019.



Kluczowym momentem dla kształtowania się położenia prawnego podmiotu ubiegającego się o zamówienie jest uzyskanie statusu uczestnika określonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W literaturze przedstawiono pogląd, zgodnie z którym w postępowaniach wszczynanych w wyniku publicznego ogłoszenia uzyskanie statusu wykonawcy zależy wyłącznie od podmiotu zainteresowanego uzyskaniem zamówienia, który w odpowiedni sposób zmanifestuje swój zamiar – chociażby poprzez pobranie dokumentów zamówienia ze strony internetowej zamawiającego<sup>56</sup>. Natomiast w przypadku postępowań inicjowanych zaproszeniami kierowanymi do indywidualnie oznaczonych podmiotów, krąg wykonawców wyznacza samodzielnie zamawiający<sup>57</sup>. Należy jednak doprecyzować, że opinia taka odnosi się do rozumienia legalnej definicji „wykonawcy”. Tymczasem odrębnie należałoby rozważać moment uzyskania przez podmiot (wykonawcę czy partnera prywatnego) statusu uczestnika określonego postępowania o udzielenie zamówienia. Samo pojęcie statusu uczestnika postępowania o zamówienia publiczne wiąże się bowiem z położeniem prawnym podmiotu rozważanym jako istniejące w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wyraża się ono w zbiorze koniecznych uprawnień i obowiązków, w tym kształtujących stosunki właściwe dla postępowań o udzielenie zamówień publicznych (niem. *Vergaberechtsverhältnis*)<sup>58</sup>, a którego przesłanki nabycia i utraty w całości określają normy prawne<sup>59</sup>. W tym ujęciu pojęcie statusu uczestnika wykracza poza pojęcie stosunku prawnego, jaki może istnieć między ubiegającym się o zamówienie a zamawiającym. Pozwala też analizować wynikające z prawa warunki nabycia statusu uczestnika postępowania o zamówienie publiczne dla abstrakcyjnie określonego podmiotu<sup>60</sup>.

W zależności od uregulowań szczegółowych, status uczestnika określonego postępowania o zamówienie publiczne wykonawca może uzyskać lub utracić poprzez dokonanie jakiejś czynności konwencjonalnej (np. złożenie albo wycofanie oferty w przetargu nieograniczonym). Jednakże stanie się uczestnikiem postępowania o udzielenie zamówienia należałoby wiązać wyłącznie z dokonaniem przez zainteresowany podmiot ubiegający się o zamówienie określonej czynności konwencjonal-

<sup>56</sup> A. Mika, *Status wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w Polsce*, „Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu” 2017, nr 497: *Przedsiębiorca w społecznej gospodarce rynkowej. System zamówień publicznych*, s. 181, 183.

<sup>57</sup> *Ibidem*, s. 181, 184.

<sup>58</sup> M. Stec, *Prawo umów handlowych*, Warszawa 2017, s. 156-157; A. Łuszczyk-Zajac, P. Machnikowski, *Nowa regulacja zawarcia umowy w trybie przetargowym*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2003, nr 9, s. 11; R. Szostak, *Przetarg nieograniczony na zamówienie publiczne. Zagadnienia konstrukcyjne*, Kraków 2005, s. 135-144; *idem*, *Zagadnienia konstrukcyjne przetargu w świetle znowelizowanych przepisów kodeksu cywilnego*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2004, nr 1, s. 84-94.

<sup>59</sup> Por. A. Wróbel, *Prawo podmiotowe publiczne*, [w:] *System prawa administracyjnego*, t. 1: *Instytucje prawa administracyjnego*, red. R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2010, s. 354; M. Kumela-Romańska, *Administracyjnoprawny status cudzoziemca w Polsce*, Warszawa 2017, s. 31.

<sup>60</sup> M. Kumela-Romańska, *op. cit.*, s. 31.

nej podjętej w odpowiedzi na czynność zamawiającego inicjującą postępowanie (tj. upublicznienie ogłoszenia o zamówieniu albo skierowanie zaproszenia do udziału w postępowaniu)<sup>61</sup>. W wyniku dokonanej przez siebie czynności ubiegający się o zamówienie nabywa określone prawa i obowiązki składające się na status uczestnika postępowania o zamówienie publiczne. Odmienne podejście do przedstawianego zagadnienia należałoby uznać za sprzeczne z naturą zamówień publicznych, które udzielane są podmiotom, o ile się o nie ubiegają. Trudno w związku z tym przyjąć, że określony podmiot staje się uczestnikiem postępowania o zamówienie na mocy jednostronnej decyzji instytucji zamawiającej. Taki stan rzeczy wskazuje jednak, że do uzyskania statusu uczestnika postępowania o zamówienie publiczne nie można odnosić zakresu zastosowania obowiązków równego traktowania ubiegających się o zamówienie. W tym obszarze w dalszym ciągu zamawiający nie stosuje żadnych kryteriów różnicowania ubiegających się o zamówienia publiczne.

Jednak jako newralgiczne z punktu widzenia równego traktowania przedstawia się już położenie prawne ubiegających się o zamówienia publiczne kształtowane na skutek wykonywania przez zamawiającego czynności kwalifikujących w ramach toczącego się już postępowania o zamówienie publiczne. Jak wskazano wyżej, obejmują one zarówno czynności dokonywane zgodnie z określonymi prawem kryteriami i służące kwalifikacji ubiegających się o zamówienie do uczestnictwa w kolejnym etapie postępowania, jak i skutkujące utratą możliwości uczestnictwa w postępowaniu. W obu przypadkach modyfikacji ulega status określonego podmiotu jako uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia. W sytuacji włączenia z postępowania traci on ten status. Natomiast w przypadku zakwalifikowania do kolejnego etapu postępowania jego sytuacja prawna ulega modyfikacji jako bardziej korzystna z punktu widzenia możliwości uzyskania zamówienia. Jako najdalej idąca przedstawia się tu sytuacja podmiotu, którego ofertę wybrano jako najkorzystniejszą, lub z którym statecznie wynegocjowano warunki wykonania zamówienia. Zmiana położenia prawnego ubiegającego się o zamówienie publiczne wyrażać się będzie w takich przypadkach w uzyskaniu jakiegoś nowego uprawnienia lub wiązki takich uprawnień. Wśród nich wskazać można uprawnienie do złożenia oferty, uprawnienie do uczestnictwa w negocjacjach (dialogu), a także uprawnienie do zawarcia umowy o zamówienie publiczne.

---

<sup>61</sup> Sytuacja taka wystąpi również w przypadku udzielenia zamówień wykonawcom, z którym zawarto umowę ramową. Umowa ramowa zawarta między zamawiającym a jednym lub większą liczbą wykonawców ustala jedynie warunki dotyczące zamówień, jakie mogą zostać udzielone w określonym okresie. Natomiast samo udzielanie zamówień, których dotyczy umowa ramowa może odbywać się w pewnych okolicznościach bez przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia. W innych przypadkach po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia, inicjowanego zaproszeniem do składania ofert skierowanym do wykonawców będących stroną umowy ramowej (art. 314 Pzp 2019).

Zmiana sytuacji prawnej ubiegających się o zamówienie publiczne może również być skutkiem podejmowanych przez instytucję zamawiającą czynności służących ustalaniu stanów faktycznych, w stosunku do których zastosowanie znajdują warunki zamówienia. Jak wskazano wyżej, działania takie muszą być realizowane w sposób zapewniający równe traktowanie ubiegających się o zamówienie. W ich rezultacie określony podmiot uzyskuje szczególne uprawnienie, jak np. prawo do uzupełnienia dokumentu, prawo do złożenia wyjaśnień czy prawo do wyrażenia zgody na poprawienie w ofercie omyłki lub zakwestionowanie jej poprawienia.

Wskazane składniki położenia prawnego podmiotu ubiegającego się o zamówienia publiczne będą rezultatem dokonania przez instytucję zamawiającą określonej czynności w sposób, który musi zapewniać równe traktowanie. Oznacza to, że modyfikacja sytuacji prawnej ubiegającego się o zamówienie będzie skutkiem wykonania obowiązku przez zamawiającego<sup>62</sup>. Wyrażać się ona będzie w uzyskaniu kompetencji dokonania określonej czynności konwencjonalnej, połączonej z wolnością jej wykonania<sup>63</sup>. Owa kompetencja ma postać uprawnienia kształtującego, tj. modyfikującego jednostronnie określone stosunki prawne związane ze statusem uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia<sup>64</sup>. Na przykład, zapraszanie do składania ofert w przetargu ograniczonym przez wykonawców spełniających kryteria selekcji jest obowiązkiem zamawiającego, którego wykonanie powoduje powstanie uprawnienia do złożenia oferty. Zaproszenie do składania ofert jest czynnością odbywającą się w ramach istniejącego już stosunku przetargowego nierodzącą obowiązku złożenia oferty przez wykonawcę. Jednakże złożenie oferty będące odpowiedzią na zaproszenie, jako wykonane uprawnienie, jednostronnie i definitywnie przekształca istniejący stosunek przetargowy, a w rezultacie modyfikuje status uczestnika postępowania o zamówienie publiczne.

Z powyższego wynika, że istnienie obowiązków instytucji zamawiającej, których realizacja kształtuje położenie prawne ubiegających się o określone zamówienie, a które muszą być wykonywane w sposób zapewniający równe traktowanie, samo przez się kształtuje ogólną sytuację prawną ubiegających się o takie zamówienie. Ową sytuację prawną takich podmiotów określić można jako prawo do równego traktowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Skłania się na nie wiele uprawnień szczegółowych, które mogą aktualizować się w trakcie postępowania. Ich wspólną treścią jest możliwość wymagania od instytucji zamawiających realizacji konkretnych obowiązków wynikających z norm prawnych w sposób urzeczywistniający równe traktowanie. Prawo do równego traktowania w postępowaniu

<sup>62</sup> P. Machnikowski, *Struktura zobowiązania*, [w:] *System prawa prywatnego*, t. 5: *Prawo zobowiązań – część ogólna*, red. K. Osajda, Warszawa 2020, s. 171-172.

<sup>63</sup> S. Wronkowska, *Analiza pojęcia...*, s. 34; T. Kielkowski, *op. cit.*, s. 57.

<sup>64</sup> M. Pyziak-Szafnicka, *Pojęcie prawa podmiotowego*, [w:] *System prawa prywatnego*, t. 1: *Prawo cywilne – część ogólna*, red. M. Safjan, Warszawa 2007, s. 708.

o udzielenie zamówienia odnoszone do abstrakcyjnie pojmowanych podmiotów, które mogą ubiegać się o zamówienia, jest więc tylko potencjalną sytuacją prawną. Natomiast odnoszone do konkretnego podmiotu lub podmiotów, wobec których zindywidualizowały się konkretne uprawnienia w określonych okolicznościach faktycznych, prawo do równego traktowania w postępowaniu staje się sytuacją prawną realną.

### **2.3. Wolność od dyskryminacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego**

Podobnie jak w przypadku stanowienia prawa zamówień publicznych, należy przyjąć, że szczególną postacią prawa do równego traktowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest wolność od dyskryminacji. Adresatami wysłowionego w regulacjach zakazu dyskryminacji są bowiem również instytucje zamawiające. Odnoszą się do nich także wymienione wyżej szczegółowe wskazania dotyczące niedyskryminowania ubiegających się o zamówienia. Z kolei korzystającymi z wolności od dyskryminacji mogą być każdorazowo konkretne podmioty ubiegające się o określone zamówienie. Ponadto, jeszcze czytelniej niż w przypadku sfery stanowienia prawa, wolność od dyskryminacji jawi się jako szczególnie przejaw prawa do równego traktowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Świadczy o tym chociażby zamienne stosowanie na gruncie regulacji prawnych i orzecznictwa formuł „równe traktowanie” oraz „niedyskryminacja”, czy też „nierówne traktowanie” oraz „dyskryminacja”.

### **2.4. Uprawnienia służące ochronie i realizacji prawa do równego traktowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego**

Na odrębne wspomnienie zasługują sytuacje, w których położenie prawne ubiegających się o zamówienia publiczne obejmuje uprawnienia służące ochronie prawa do równego traktowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Tytułem ilustracji w pierwszym rzędzie należy wskazać, że wykonanie przez zamawiającego obowiązku w sposób powodujący nierówne traktowanie ubiegających się o zamówienie albo zaniechanie wykonania jakichś obowiązków skutkujące nierównym traktowaniem może być podstawą do skorzystania ze środków ochrony prawnej przewidzianych w prawie zamówień publicznych. Uprawnienie do wniesienia odwołania do KIO w tym obszarze wynika z właściwości rzeczowej Izby, która obejmuje m.in. rozpatrywanie odwołań na niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie, w tym na projektowane postanowienia umowy albo zaniechanie

ustawowego obowiązku przewidzianego do wykonania w takich procedurach<sup>65</sup>. Natomiast na orzeczenie Izby uczestnikom postępowania odwoławczego przysługuje skarga do Sądu Okręgowego w Warszawie – sądu zamówień publicznych<sup>66</sup>. Zakres zdarzeń związanych z wykonywaniem przez zamawiających obowiązków, rodzących uprawnienia do skorzystania ze środków ochrony prawnej, jest więc bardzo szeroki. Należy jednak zastrzec, że samo naruszenie przez zamawiającego zasady równego traktowania wykonawców nie może być samoistną podstawą złożenia odwołania, a następnie skargi przez wykonawcę. Przesądza o tym z jednej strony okoliczność, że kognicja KIO obejmuje rozpatrywanie odwołań na „czynności” wykonane lub zaniechane przez zamawiającego, z drugiej fakt, że sama zasada równego traktowania jest dla zamawiającego jedynie źródłem obowiązków kierunkowych, a nie obowiązków do wykonania konkretnych czynności.

Nie można również wykluczyć powstania uprawnienia do żądania odszkodowania za wykonanie przez zamawiającego jakiegoś obowiązku w sposób powodujący nierówne traktowanie ubiegających się o zamówienia albo zaniechanie wykonania obowiązków skutkujące nierównym traktowaniem. Przepisy Pzp 2019, KoncesBudU czy PartPublPrywU nie zawierają wprawdzie w tej materii żadnych unormowań, pomimo że postanowienia dyrektywy odwoławczej nakładają na państwa członkowskie obowiązek wprowadzenia do procedur odwoławczych prawa do odszkodowania podmiotom, które doznały uszczerbku w wyniku naruszenia przepisów<sup>67</sup>. Ewentualna odpowiedzialność zamawiającego z tytułu niewykonania obowiązków przestrzegania prawa zamówień publicznych w sposób zapewniający równe traktowanie ubiegających się o zamówienie może jednak wynikać z zasad ogólnych<sup>68</sup>, w tym z tytułu prowadzenia negocjacji w sposób niezgodny z dobrymi obyczajami<sup>69</sup>. Interesujące spostrzeżenia ogólnej natury poczynił w tym zakresie Sąd Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie T-292/15 z 28 lutego 2018 r. Stwierdził on mianowicie, że zaniechanie przez instytucję dochowania standardu należytej staranności w prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego powoduje, że podmiot może skutecznie powoływać się na odpowiedzialność instytucji z tytułu utraty szansy na uzyskanie zamówienia. W takim przypadku szkoda ubiegającego się o zamówienie

<sup>65</sup> Art. 513 Pzp 2019.

<sup>66</sup> Art. 579-578, Pzp 2019.

<sup>67</sup> Art. 2 ust. 1 pkt c Dyrektywy 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniająca dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych (Dz. Urz. UE. L 20.12.2007).

<sup>68</sup> E. Bagińska, *op. cit.*, s. 254-257; A. Sołtysińska, *Prawo do sądu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – zagadnienia wybrane*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2022, nr 2(73), s. 33.

<sup>69</sup> Art. 72 § 2 KC. W kwestii odpowiedzialności odszkodowawczej z tytułu utraty szansy w uzyskaniu zamówienia z powodu naruszenia obowiązków równego traktowania w zamówieniach udzielanych przez Komisję Europejską zob. np. wyrok Trybunału z dnia 28 lutego 2018 r. w sprawie T-292/15 *V akakis kai Synergates przeciwko Komisji Europejskiej*; wyrok Trybunału z dnia 8 listopada 2012 r., w sprawie C-469/11 *P Evropaiki Dynamiki*.

może być uznana za rzeczywistą i pewną, jeśli okaże się, że ubiegający się o zamówienie ostatecznie utracił szansę na uzyskanie zamówienia. Sąd odróżnił przy tym szkodę wynikającą z utraty samego zamówienia wyrażającą się w braku zarobku, od szkody z tytułu utraconej szansy uzyskania zamówienia. W ocenie Sądu okoliczność, że instytucja zamawiająca ma szeroki zakres uznania w kwestii udzielenia danego zamówienia, nie uniemożliwia tego, by szkoda polegająca na utracie szansy miała rzeczywisty i pewny charakter.

### **3. Wykonywanie obowiązków równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne a przestrzeganie praw podstawowych**

Przeprowadzone w poprzednich rozdziałach rozważania wskazują, że obowiązki równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne znajdują swoje źródło w Konstytucji RP, a także posiadają wymiar europejski wynikający z członkostwa Polski w Unii Europejskiej. Ostatecznie kształtowane są w ustawodawstwie zwykłym. W tym miejscu należałoby poszerzyć pole analiz i zapytać o związek obowiązków równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne z prawami podstawowymi. Związek ów należy ulokować na płaszczyźnie relacji między obowiązkami równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne a obowiązkami przestrzegania praw podstawowych. W tym zakresie odpowiedzi domaga się pytanie, czy wykonywanie wynikających z konstytucyjnych i europejskich źródeł prawa obowiązków równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne można uznać również za przejaw przestrzegania praw podstawowych określających położenie prawne ubiegających się o zamówienia publiczne.

Analizy zawarte w niniejszym rozdziale nie będą zatem dotyczyły samych praw podstawowych. W centrum rozważań pozostaną nadal obowiązki. Przyjęto jednakże wstępne założenie, że ewentualny związek wykonywania obowiązków równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne z przestrzeganiem praw podstawowych znajduje swoje zakorzenienie we wpływie praw podstawowych na prawo i praktykę jego stosowania w ogólności. W odniesieniu do sfery zamówień publicznych, o takim wpływie będzie można orzekać dopiero wówczas, gdy konstytucyjne czy europejskie źródła obowiązków równego traktowania w zamówieniach publicznych będzie można uznać również za źródła praw podstawowych. Uzupełniająco również należy podnieść kwestie zastosowania europejskich aktów normatywnych dotyczących praw podstawowych w dziedzinie zamówień publicznych.

#### **3.1. Ustalenia terminologiczne**

Pojęcia „praw podstawowych”, „praw człowieka”, „praw fundamentalnych”, „praw zasadniczych”, „praw obywatelskich” i podobne związane są w literaturze głównie



z pewnymi indywidualnymi „możnościami ludzkimi”<sup>70</sup>, pierwotnymi względem prawa stanowionego, a co za tym idzie niezbywalnymi, trwałymi, równymi, uniwersalnymi oraz koniecznymi w tym sensie, że wymuszają ochronę prawną<sup>71</sup>. Określenia te stosowane są nierzadko zamiennie. Przy czym odnotować można, że pojęcie „praw człowieka” stosowane jest dość często na kanwie problematyki międzynarodowych systemów ochrony tychże praw, natomiast pojęcia „praw obywatelskich” lub „praw podstawowych” funkcjonują zazwyczaj w kontekście krajowych unormowań o konstytucyjnym charakterze<sup>72</sup>. Różnice pomiędzy wskazanymi pojęciami należy więc raczej rozpatrywać przez pryzmat tradycji czy stylów językowych, kontekstów ich użycia, a nie doniosłych odmienności znaczeniowych. O synonimicznym związku pomiędzy pojęciem „praw podstawowych” a określeniem „prawa fundamentalne” świadczą chociażby konwencje językowe przyjmowane w aktach prawnych czy literaturze europejskiej. Na przykład w dokumentach i opracowaniach angielsko-, włosko-, francuskojęzycznych i wielu innych częste zastosowanie znajdują określenia „prawa fundamentalne” (ang. *fundamental rights*, wł. *diritti fondamentali*, fr. *droits fondamentaux*, port. *direitos fundamentais*, rum. *drepturi fundamentale*), natomiast w innych językach stosowane są określenia odpowiadające polskiemu „prawom podstawowym” (np. niem. *die Grundrechte*, bułg. *основни права*)<sup>73</sup>. W związku z tym najbardziej stosowne na użytek podejmowanych tu analiz wydaje się zamiennie stosowanie terminów: „prawa fundamentalne”, „prawa człowieka” czy „prawa podstawowe”.

Problematyka praw o podstawowym charakterze obecna jest oczywiście w polskiej Konstytucji. Same terminy „prawa podstawowe” i „wolności podstawowe” należą również do tradycyjnego słownika polskiego prawa konstytucyjnego<sup>74</sup>. Posługuje się nim również prawodawca w Preambule Konstytucji. Prawodawca konstytucyjny nie posłużył się wprowadzić określeniem „prawa fundamentalne”, ale już przepisy

<sup>70</sup> C. Mik, *Europejskie prawo wspólnotowe. Zagadnienia teorii i praktyki*, Warszawa 2000, s. 439.

<sup>71</sup> Z. Kędzia, *Pojęcie „prawa i wolności obywatelskie” (uwagi na tle ustawy o Rzeczniku Praw Obywatelskich)*, „Państwo i Prawo” 1989, nr 3, s. 27; J. Barcik, A. Wentkowska, *Prawo Unii Europejskiej*, Warszawa 2014, s. 85; G. Comandé, *Comparative remarks*, [w:] *Fundamental Rights and Private Law in the European Union*, red. G. Brüggemeier, A. Colombi Ciacchi, G. Comandé, Cambridge 2010, s. 703; M. Piechowiak, *Pojęcie praw człowieka*, [w:] *Podstawowe prawa jednostki i ich sądowa ochrona*, red. L. Wiśniewski, Warszawa 1997, s. 7 i 15.

<sup>72</sup> Zob. np. S. Fundowicz, *Podmiotowość konstytucyjna osób prawnych prawa publicznego w Niemczech*, „Roczniki Nauk Prawnych” 2000, nr 1, t. 10, s. 107; H. Zięba-Załucka, *Problematyka obywatelstwa a prawa obywatelskie w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2001, nr 1, s. 117-137.

<sup>73</sup> Zob. np. G. Comandé, *op. cit.*, s. 703.

<sup>74</sup> Zob. np. L. Wiśniewski, *Gwarancje podstawowych praw i wolności obywateli RP*, Wrocław 1981; L. Bosek, *Prawo podstawowe do godności ludzkiej w Konstytucji RP*, [w:] *Państwo prawa i prawo karne. Księga Jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla*, t. 1, red. P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel, Warszawa 2012; M. Piechota, *Konstytucyjne prawo do ochrony zdrowia jako prawo socjalne i prawo podstawowe*, „Roczniki Administracji i Prawa” 2012, nr 12, s. 93-104.

konstytucyjne odwołują się najczęściej do „wolności i praw człowieka i obywatela”<sup>75</sup>. Czytelny rysem konstytucyjnej koncepcji praw podstawowych jest ich związek z godnością człowieka. W myśl art. 30 stanowi ona „źródło wolności i praw człowieka i obywatela”. Stwierdza się w związku z tym w literaturze, że prawa, które są „prostą emanacją godności”, należy kwalifikować jako konstytucyjne prawa podstawowe<sup>76</sup>.

Na gruncie europejskim – podobnie jak w polskiej Konstytucji – pojęcie praw podstawowych odpowiada zasadniczo pojęciu praw człowieka. W opinii Cezarego Mika prawa podstawowe w europejskim ujęciu nie stanowią kategorii praw autonomicznych i niezależnych od międzynarodowego systemu praw człowieka. Autor ten stwierdza nawet, że prawa podstawowe, do których odnoszą się prawo i praktyka prawna, w Europie są w istocie tożsame z prawami człowieka<sup>77</sup>. Zauważa jednak jednocześnie, że termin „prawa podstawowe” znajduje najczęściej zastosowanie w praktyce europejskiej w użytku wewnętrznym, podczas gdy pojęcie „praw człowieka” występuje przede wszystkim w stosunkach zewnętrznych związanych ze wspólną polityką zagraniczną i bezpieczeństwem<sup>78</sup>. Z kolei według Karola Wójtowicza termin „prawa człowieka” w źródłach europejskich występuje równoległe z określeniem „prawa podstawowe”, co oznacza, że w zasadzie brakuje merytorycznego rozróżnienia między tymi pojęciami<sup>79</sup>. W literaturze zwraca się również uwagę na funkcjonowanie w europejskim porządku prawnym pojęcia „praw zasadniczych”, wiązanych ściśle z zasadami prawa zawartymi w traktatach założycielskich oraz praktyce konstytucyjnej państw członkowskich<sup>80</sup>.

Można więc przyjąć, że dookreślenie „człowieka” w odniesieniu do praw nawiązuje przede wszystkim do aspektu przynależności czy źródła, z którego takie prawa pierwotnie są wywodzone (tj. godności człowieka), a określenie „fundamentalne” czy „podstawowe” odnosi się do znaczenia takich praw w porządku prawnym i społecznym. Nie można jednak wykluczyć tego, że poszczególne prawa lub wolności o fundamentalnym charakterze mogą odnosić się do godności ludzkiej w sposób bardziej bezpośredni (np. zakaz dyskryminacji ze względu na płeć), a inne w sposób pośredni czy wręcz instrumentalny (np. wolność działalności gospodarczej). Co więcej, dopuścić należy możliwość, że adresatem określonego prawa lub wolności będą nie tylko osoby indywidualne, ale także jednostki organizacyjne. W okolicznościach takich – w szczególności w kontekście konfliktu pomiędzy określonymi prawami

<sup>75</sup> Np. w art. 30; art. 50; art. 55 ust. 4.

<sup>76</sup> M. Piechota, *op. cit.*, s. 94.

<sup>77</sup> C. Mik, *Europejskie prawo wspólnotowe...*, s. 440; M. Szydło, *Prawo do dobrej administracji jako prawo podstawowe w unijnym porządku prawnym*, „Studia Europejskie” 2004, nr 1, s. 88.

<sup>78</sup> C. Mik, *Europejskie prawo wspólnotowe...*, s. 440; M. Szydło, *Prawo do dobrej administracji...*, s. 88.

<sup>79</sup> K. Wójtowicz, *Ochrona praw podstawowych w Unii Europejskiej*, [w:] *System ochrony praw człowieka*, red. B. Banaszak *et. al.*, Kraków 2003, s. 199–200.

<sup>80</sup> J. Sozański, *Prawa człowieka w Unii Europejskiej*, Warszawa–Poznań 2011, s. 34.

lub wolnościami – właściwe może być stosowanie odmiennych określeń i opisywanie jednego prawa jako prawa człowieka, a drugiego jako prawa podstawowego<sup>81</sup>.

### 3.2. Obowiązki przestrzegania praw podstawowych

Na odrębną uwagę zasługuje sama powinność przestrzegania praw podstawowych. Niezależnie od obowiązków wynikających z treści samych praw, jawi się ona jako niekwestionowana wartość społeczna, ale także ugruntowana koncepcja normatywna. Obowiązki przestrzegania praw podstawowych jako takie znajdują swoje podstawy w międzynarodowych aktach oraz doktrynie praw człowieka. Są też zakorzenione w Konstytucji RP.

W pierwszym rzędzie warto więc zwrócić uwagę na fakt, że obowiązek poszanowania podstawowych wolności i praw stanowi fundamentalny aksjomat konstytucyjny. Artykuł 31 ust. 2 Konstytucji RP przewiduje, że każdy jest obowiązany szanować wolności i prawa innych. Jako źródło tych wolności i praw przepisy konstytucyjne wskazują przyrodzoną, niezbywalną i nienaruszalną godność człowieka. Sama zaś Konstytucja pojmowana jest jako prawa podstawowe dla państwa, a normy konstytucyjne oparte są m.in. na „poszanowaniu wolności i sprawiedliwości”<sup>82</sup>.

Podobnie rzecz przedstawia się na gruncie prawa unijnego. Traktat o Unii Europejskiej wymienia „poszanowanie praw człowieka i podstawowych wolności” obok takich wartości jako zasady wolności, demokracji oraz państwa prawnego<sup>83</sup>. Stwierdza ponadto, że Unia opiera się na wartościach poszanowania godności osoby ludzkiej, wolności, demokracji, równości, państwa prawnego, jak również poszanowania praw człowieka, w tym praw osób należących do mniejszości. Wartości te są wspólne państwom członkowskim w społeczeństwie opartym na pluralizmie, niedyskryminacji, tolerancji, sprawiedliwości, solidarności oraz na równości kobiet i mężczyzn<sup>84</sup>. Niebagatelne znaczenie mają postanowienia TUE odnoszące się do relacji zewnętrznych UE. Zgodnie z nim

w stosunkach zewnętrznych Unia umacnia i propaguje swoje wartości i interesy oraz wnosi wkład w ochronę swoich obywateli. Przyczynia się do pokoju, bezpieczeństwa, trwałego rozwoju Ziemi, do solidarności i wzajemnego szacunku między narodami, do swobodnego i uczciwego handlu, do wyeliminowania ubóstwa oraz do ochrony praw człowieka, w szczególności praw dziecka, a także do ścisłego przestrzegania i rozwoju prawa międzynarodowego, w szczególności zasad Karty Narodów Zjednoczonych<sup>85</sup>.

<sup>81</sup> Np. Wyrok Trybunału z dnia 10 lutego 200 r., C-50/96, pkt 55-59; F. de Cecco, *Fundamental Freedoms, Fundamental Rights, and the Scope of Free Movement Law*, „German Law Journal” 2014, vol. 15, is. 3, s. 405.

<sup>82</sup> Preambuła.

<sup>83</sup> *Ibidem*.

<sup>84</sup> Art. 2.

<sup>85</sup> Art. 3 ust. 5.

Z kolei w Traktacie Funkcjonowaniu Unii Europejskiej wskazuje się, że Unia stanowi przestrzeń wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości w poszanowaniu praw podstawowych oraz różnych systemów i tradycji prawnych państw członkowskich<sup>86</sup>. Natomiast w Karcie Praw Podstawowych przewiduje się, że wszelkie ograniczenia w korzystaniu z praw i wolności uznanych w Karcie muszą być przewidziane ustawą i szanować istotę tych praw i wolności<sup>87</sup>.

Obowiązek przestrzegania praw człowieka wyrażony także został w europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności jako powinność stron Konwencji „zapewnienia” każdemu człowiekowi podlegającemu ich jurysdykcji, praw i wolności zawartych w Konwencji<sup>88</sup>. Jakub Czepek zauważa, że wyznaczona w tym zakresie w Konwencji ochrona dotyczy nie tylko obywateli danego państwa, innych państw-stron, lecz także apatrydów oraz obywateli państw, które nie są stronami Konwencji<sup>89</sup>. Wskazuje to na okoliczność, że zobowiązanie do zapewnienia praw i wolności zawartych w Konwencji ma charakter obiektywny w tym sensie, że służy ochronie podstawowych praw człowieka przed ingerencją państw-stron, a nie wyłącznie tworzeniu zobowiązań we wzajemnych stosunkach między państwami. Oznacza to też konieczność podejmowania przez państwa-strony zarówno działań o charakterze pozytywnym, jak i negatywnym<sup>90</sup>.

Warto również dodać, że europejskie ujęcie obowiązku poszanowania praw podstawowych koresponduje z zapisami Karty Narodów Zjednoczonych. Stwierdza się w niej mianowicie, że celem ONZ jest m.in. popieranie prawa człowieka i zachęcanie do poszanowania (ang. *promoting and encouraging respect*) tych praw i podstawowych wolności dla wszystkich bez względu na różnice rasy, płci, języka lub wyznania<sup>91</sup>. Podobne zobowiązanie do przestrzegania praw pojawia się w Międzynarodowym Pakcie Praw Obywatelskich i Politycznych<sup>92</sup>.

Problematyka przestrzegania praw podstawowych znalazła doktrynalne rozwinięcie w koncepcji pozytywnych obowiązków państwa. Monika Florczak-Wątor odnotowuje, że w doktrynie praw podstawowych funkcjonują trzy rodzaje obowiązków pozytywnych, a mianowicie obowiązek poszanowania (ang. *obligation to respect*), obowiązek ochrony (ang. *obligation to protect*) oraz obowiązek urzeczywistnienia (ang.

<sup>86</sup> Art. 67.

<sup>87</sup> Art. 52 ust. 1.

<sup>88</sup> Art. 1. L. Garlicki, *Komentarz do art. 1, [w:] Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, t. 1: Komentarz do artykułów 1-18*, red. L. Garlicki, Warszawa 2019, s. 27.

<sup>89</sup> J. Czepek, *Zobowiązania pozytywne państwa w sferze praw człowieka pierwszej generacji na tle Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Olsztyn 2014, s. 30

<sup>90</sup> *Ibidem*, s. 33.

<sup>91</sup> Art. 1 ust. 3; art. 55 Karty Narodów Zjednoczonych (Dz.U. z 6.03.1947 r., Nr 23, poz. 90).

<sup>92</sup> Art. 2 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych z 16 grudnia 1966 r. (Dz.U. z 1977 r., Nr 38, poz. 167).

*obligation to implement*)<sup>93</sup>. Pierwszy z tych obowiązków wymaga od państwa nienaruszania praw jednostki, a zatem wyraża się głównie w zakazie ingerencji w położenie prawne uprawionych; drugi służy ochronie przed działaniami innych podmiotów, a trzeci – podejmowaniu działań służących zapewnieniu realizacji praw podstawowych oraz nadaniu im pełnej skuteczności. W ocenie Florczak-Wątor wskazany podział obowiązków państwa nawiązuje do sfer jego działalności. W sferze stanowienia prawa realizacja obowiązków związanych z urzeczywistnianiem praw podstawowych polega na zapewnieniu warunków normatywnych umożliwiających lub ułatwiających korzystanie przez jednostkę z przysługujących jej praw oraz na zapewnianiu stosownych prawnych instrumentów reakcji w wypadku naruszenia tych praw. Z kolei w sferze stosowania prawa realizacja tych obowiązków wymusza na organach władzy publicznej korzystanie z przysługujących im kompetencji w sposób służący urzeczywistnianiu i ochronie danego prawa<sup>94</sup>. Podobne podziały obowiązków państwa można odnaleźć również w praktyce prawnej. Przykładem może być tu Komentarz ogólny Komitetu Praw Gospodarczych, Socjalnych i Kulturalnych ONZ, w którym wskazuje się „typy” czy też „poziomy” obowiązków państw: obowiązki poszanowania, ochrony i wypełniania (ang. *the obligations to respect, protect and fulfil*)<sup>95</sup>. Obowiązek poszanowania wymaga od państw-stron powstrzymania się od bezpośredniego lub pośredniego ingerowania w korzystanie z tego prawa; obowiązek ochrony prawa wymaga od państw-stron podjęcia kroków zmierzających do powstrzymania osób trzecich od ingerencji w korzystaniu z prawa do pracy jednostek lub grup osób, natomiast obowiązek wypełniania obejmuje obowiązek stworzenia warunków do korzystania z prawa podstawowego oraz jego promowania. O poszanowaniu, przestrzeganiu oraz promowaniu stosowania praw i zasad wspomina Karta Praw Podstawowych (ang. *to respect the rights, observe the principles and promote the application*)<sup>96</sup>.

Przyjąć można, że obowiązek poszanowania praw i wolności podstawowych stanowi podstawę i punkt wyjścia dla istnienia kolejnych postaci obowiązków władz publicznych, tj. ochrony i urzeczywistniania praw podstawowych. Jako obowiązek wynika już z samej istoty praw podstawowych i nie wymaga w związku z tym zaistnienia dodatkowych przesłanek i warunków<sup>97</sup>. Jednocześnie swym zakresem podmiotowym obejmuje nie tylko prawodawcę czy organy władzy publicznej stosujące prawo, ale

<sup>93</sup> M. Florczak-Wątor, *Obowiązki ochronne państwa w świetle Konstytucji RP i Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Kraków 2018, § 38.

<sup>94</sup> *Ibidem*, § 39.

<sup>95</sup> § 22 Komentarza Ogólnego Nr 18 Komitetu Praw Gospodarczych, Socjalnych i Kulturalnych ONZ z dnia 24 listopada 2005 r., <https://docstore.ohchr.org/> [dostęp: 5.11.2022].

<sup>96</sup> Art. 51 ust. 1. Zastosowany w art. 51 ust. 1 KPP termin „przestrzeganie” powiązany został z zasadami, co może wskazywać, że praw podstawowych dotyczą wyłącznie obowiązki ochrony i promowania zastosowania (C. Mik, *The Charter of Fundamental Rights: determinants of Protective Standards*, [w:] *Fundamental Rights Protection in the European Union*, red. J. Barcz, Warszawa 2009, s. 66).

<sup>97</sup> W. Kälin, J. Künzli, *The Law of International Human Rights Protection*, Oxford 2010, s. 96.

każdego. Uchwycenie obowiązku poszanowania praw podstawowych umożliwia więc jego odniesienie do działalności niewładczej państwa, w tym obejmującej dziedzinę zamówień publicznych, a nawet działalności instytucji zamawiających niepowiązanych z państwem. Natomiast obowiązki ochronne i implementacyjne w zakresie praw podstawowych pojmowane będą jako spoczywające wyłącznie na władzy publicznej. Oznacza to, że prawodawca ma obowiązek nie tylko powstrzymać się od stanowienia prawa, które naruszałoby prawa podstawowe, ale również obowiązek podejmowania pozytywnych działań dla urzeczywistniania tych praw w stosunkach prawnych. Obowiązek urzeczywistniania praw podstawowych to zapewnienie ze strony państwa, że prawa te będą wykonywane w najszerszym możliwym stopniu<sup>98</sup>. Wyodrębniany niekiedy aspekt urzeczywistniania praw podstawowych polegający na ich popieraniu i promowaniu należałoby łączyć z powinnością tworzenia organizacyjnych i proceduralnych warunków ochrony treści i wykonywania praw podstawowych oraz podejmowania pozytywnych działań na rzecz uprawnionych z praw podstawowych. Tak rozumiany obowiązek spoczywa na organach stosujących prawo, w szczególności zaś na sądach czy organach administracji publicznej.

### 3.3. Wpływ praw podstawowych na prawo i położenie podmiotów prawa

#### 3.3.1. Wpływ praw podstawowych na prawo jako przejaw konstytucjonalizacji

Jasne jest, że prawa podstawowe odnoszą się do sfery zachowań ludzkich i stosunków społecznych, w których przejawia się konieczność urzeczywistniania istotnych wartości. Dostrzeżenie takiej konieczności jest w pierwszym rzędzie wynikiem doświadczenia czy refleksji społecznej, a nie jedynie wymogiem wynikającym ze stanowionego prawa. Dlatego katalogi praw fundamentalnych ujęte w spisanych aktach prawnych uznawać należy za przejaw rozpoznanych praw i ich konkretyzacje<sup>99</sup>. Skoro więc prawa fundamentalne – w przeciwieństwie do aktów prawnych, w których są proklamowane – nie są wynikiem konwencjonalnych aktów sprawczych, to nie kreują stosunków tetycznych, nie podlegają promulgacji czy derogacji. Przez pryzmat praw fundamentalnych określony podmiot jest więc postrzegany nie tylko jako adresat obowiązujących norm prawnych, ale także jako ktoś obdarzony określonymi prawami<sup>100</sup>. Przysługiwanie praw fundamentalnych jest niemalże właściwością określonych podmiotów, a nie wyłącznie skutkiem ukształtowania ich sytuacji prawnej.

<sup>98</sup> *Ibidem*, s. 97.

<sup>99</sup> B. Skwara, *Kategoryzacja horyzontalnego obowiązywania praw podstawowych w świetle aksjologicznych założeń systemu prawa*, [w:] *Horyzontalne oddziaływanie Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej oraz Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności*, red. A. Młynarska-Sobaczewska, P. Radziejewicz, Warszawa 2015, s. 64; G. Comandé, *op. cit.*, s. 703.

<sup>100</sup> A. Redelbach, *Natura Praw Człowieka. Strasburskie standardy ich ochrony*, Toruń 2001, s. 9.



Jak wspomniano wyżej, powodem, dla którego prawa fundamentalne zajmują centralne miejsce w systemie prawa, nie będąc jednocześnie wyłącznie wytworem prawodawstwa, jest podzielane powszechnie w zachodniej kulturze prawnej przekonanie o przyrodzonej godności człowieka oraz wynikających z niej równych i niezbywalnych prawach. Z perspektywy filozoficznej i teoretycznoprawnej prawa fundamentalne są istotną częścią obiektywnego porządku wartości<sup>101</sup> oraz należą do aksjologicznych założeń systemów prawnych<sup>102</sup>. Istnienie praw fundamentalnych świadczy o koniecznym otwarciu prawa na wartości, a jednocześnie jest czynnikiem spajającym aksjologicznie całość systemu prawa<sup>103</sup>.

Specyfika praw podstawowych wyznacza także szczególny sposób analizy ich wpływu na prawo, stosunki prawne czy położenie prawne poszczególnych podmiotów. W literaturze zagadnienie oddziaływania praw fundamentalnych funkcjonuje często jako kwestia ich „zastosowania”, „obowiązywania”, „skutku”, „oddziaływania” czy „efektu”<sup>104</sup>. W tym zakresie, jako najbardziej niefortunne jawi się określenie „obowiązywanie”. Po pierwsze, dlatego, że walor obowiązywania należy odnosić do norm postępowania, a nie praw w znaczeniu podmiotowym. Po drugie, dlatego, że absolutny charakter praw fundamentalnych wyraża się właśnie w ich absolutnej prawomocności<sup>105</sup>. W związku z tym za najbardziej adekwatne w rozważaniach dotyczących praw podstawowych należy uznać takie określenie jak „oddziaływanie”, „wpływ” lub im pokrewne.

Zwiększenie wpływu praw fundamentalnych (praw podstawowych, praw człowieka) na prawo przedmiotowe – lub szerzej – sferę stosunków przez prawo regulowanych również traktowane jest jako przejaw konstytucjonalizacji<sup>106</sup>. Zjawisko to

<sup>101</sup> Z. Kędzia, *Horyzontalne działanie praw obywatelskich*, [w:] *Państwo, prawo, obywatel*, red. J. Łętowska, Wrocław 1989, s. 523-524.

<sup>102</sup> Por. M. Piechowiak, *Filozofia praw człowieka*, Lublin 1999, s. 77 i nast.

<sup>103</sup> B. Skwara, *Kategoryzacja horyzontalnego...*, s. 80; E. Łętowska, *O znaczeniu praw człowieka dla polskiego systemu prawa*, [w:] *O prawach człowieka w podwójną rocznicę paktów*, Toruń 1996, s. 117, 124-125.

<sup>104</sup> Zob. np. B. Skwara, *W obronie bezpośredniego horyzontalnego obowiązywania praw człowieka*, „Przegląd Sejmowy” 2017, nr 1, s. 79; *idem*, *Horyzontalny skutek praw i wolności jednostki w systemie Konstytucji RP*, [w:] *Dylematy praw człowieka*, red. T. Gardocka, J. Sobczak, Wydawnictwo Adam Marszałek, Toruń 2008; K. Działocha, *Bezpośrednie stosowanie podstawowych praw jednostki (w związku z projektem Karty Praw i Wolności)*, „Studia Iuridica” 1995, nr 21; M. Florczak-Wątor, *Horyzontalny wymiar praw konstytucyjnych*, Warszawa 2014; *eadem*, *Oddziaływanie praw podstawowych na stosunki między podmiotami prywatnymi w Szwajcarii*, [w:] *Oddziaływanie współczesnych konstytucji na stosunki między podmiotami prywatnymi*, Kraków 2015; S. Jarosz-Żukowska, *Problem horyzontalnego stosowania norm konstytucyjnych dotyczących wolności i praw jednostki w świetle Konstytucji RP*, [w:] *Wolności i prawa jednostki w Konstytucji RP*, t. 1: *Idee i zasady przewodnie konstytucyjnej regulacji wolności i praw jednostki w RP*, red. M. Jabłoński, Warszawa 2010.

<sup>105</sup> A.S. Hartkamp, *Fundamental Rights, Fundamental Freedom and Contract Law*, [w:] *Constitutional Values and European Contract Law*, red. S. Grundmann, Alphen aan den Rijn 2008, s. 100.

<sup>106</sup> G. Comandé, *Co-determining European Private Law(s) and Constitutionalization Process*, [w:] *Constitutional Values...*, s. 161 i nast.; T. Widlak, *O konstytucjonalizacji prawa międzynarodowego –*

opisywane jest niekiedy w literaturze jako konstytucjonalizacja *sensu largo*<sup>107</sup>. Zdaniem badaczy tej materii zasadniczą rolę w procesie tak rozumianej konstytucjonalizacji odgrywają wyrażające uniwersalne i obiektywne wartości porządku prawnego prawa podstawowe, których oddziaływanie nie może być ograniczone do kilku wybranych dziedzin, ale rozciąga się na całość systemu<sup>108</sup>. Mamy więc w przypadku tak rozumianej konstytucjonalizacji do czynienia z sytuacją, w której źródło siły oddziałującej na porządek prawny pochodzi z treści praw fundamentalnych, a nie tylko z formalnego usytuowania określonego aktu prawnego w hierarchii źródeł prawa<sup>109</sup>. Nie wyklucza to jednak, by ocena oddziaływania praw fundamentalnych odbywała się również poprzez uwzględnienie treści aktów prawnych, w których prawa te są wyrażone, w tym konstytucji, i ich przenikania do porządku prawnego.

Prawa fundamentalne mogą być pojmowane jako element kształtujący określony porządek konstytucyjny, ale także jako przedmiot konstytucjonalizacji<sup>110</sup>. W takim przypadku można mówić o konstytucjonalizacji praw podstawowych rozumianej jako ujęcie danego zagadnienia praw podstawowych w przepisach, które można traktować jako *lex fundamentalis* w określonym systemie prawnym<sup>111</sup>. W tym zakresie konstytucjonalizacja praw podstawowych wyraża się w zjawisku opisywanym w literaturze jako jurydyzacja albo pozytywizacja (niem. *die Positivierung*)<sup>112</sup>. Dostrzeżenia wymaga jednak fakt, że taka konstytucjonalizacja może polegać na wysłowieniu określonych praw w przepisach albo na zwiększeniu wpływu norm rangi konstytucyjnej służących ochronie praw człowieka<sup>113</sup>. Zagadnienie konstytucjonalizacji wskazuje wreszcie na

---

*ku konstytucji społeczności międzynarodowej?*, „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego” 2010, nr 8, s. 52; M. Florczak-Wątor, *Horyzontalny wymiar...*, s. 59; A. Colombi Ciacchi, *Social Rights, Human Dignity and European Contract Law*, [w:] *Constitutional Values...*, s. 157-158; M. Wróblewski, *Dyskurs konstytucyjny w Unii Europejskiej – pojęcie konstytucji i konstytucjonalizmu w porządku prawnym Unii Europejskiej*, [w:] *Konstytucja dla Europy – przyszły fundament Unii Europejskiej*, red. S. Dudziek, Kraków 2005, s. 87.

<sup>107</sup> O.O. Cherednychenko, *Fundamental rights and private law: a relationship of subordination or complementarity?*, „Utrecht Law Review” 2007, vol. 3, nr 2, s. 1.

<sup>108</sup> M. Safjan, *O różnych metodach oddziaływania horyzontalnego praw podstawowych na prawo prywatne*, „Państwo i Prawo” 2014, nr 2, s. 4; P. Radziejewicz, *Pojęcie horyzontalnego skutku norm konstytucyjnych – uwagi wprowadzające z perspektywy prawa konstytucyjnego*, [w:] *Horyzontalne oddziaływanie...*, s. 28; O.O. Cherednychenko, *Fundamental rights, contract law and the protection of the weaker party: a comparative analysis of the constitutionalisation of contract law, with emphasis on risky financial transactions*, Monachium 2007, s. 5-6.

<sup>109</sup> P. Radziejewicz, *op. cit.*, s. 52.

<sup>110</sup> M. Florczak-Wątor, *Horyzontalny wymiar...*, s. 59.

<sup>111</sup> A. Tarnowska, *Spory doktryny wokół procesu konstytucjonalizacji praw podstawowych w Niemczech w II połowie XIX wieku*, „Krakowskie Studia z Historii Państwa i Prawa” 2015, nr 2, s. 160.

<sup>112</sup> E.H. Morawska, *Konstrukcja normatywna praw podstawowych w Karcie Praw Podstawowych Unii Europejskiej*, [w:] *Prawa podstawowe w prawie i praktyce Unii Europejskiej*, red. C. Mik, K. Gałka, Toruń 2009, s. 37; P. Häberle, *Europäische Rechtskultur: Versuch einer Annäherung in zwölf Schritten*, Baden-Baden 1994, s. 281.

<sup>113</sup> M. Florczak-Wątor, *Horyzontalny wymiar...*, s. 59.

zmianę funkcji norm konstytucyjnych, polegającą na wyjściu poza cel, jakim jest regulowanie działalności władzy publicznej w kierunku oddziaływania aksjologicznego na stosunki społeczne. W przypadku takiej konstytucjonalizacji, prawa fundamentalne uzyskują zazwyczaj dodatkowy wymiar. Z praw odnoszących się wyłącznie do stosunków pomiędzy władzą publiczną, która może naruszać określone prawa, a podmiotami takich praw, stają się prawami kształtującymi powinności władzy publicznej w zakresie ich ochrony i urzeczywistniania – także w obszarze innych stosunków prawnych. Wspólnym rdzeniem podejmowanych w tym kierunku zamierzeń jest przeświadczenie o tym, że z samych założeń demokratycznego państwa prawnego wynika konieczność instytucjonalnej ochrony praw człowieka<sup>114</sup>. Konstytucjonalizacja praw podstawowych może też dokonywać się poprzez przyjęcie jakiegoś aktu prawnego o zasadniczej randze dotyczącego praw fundamentalnych lub włączenie do niego postanowień dotyczących określonych praw podstawowych. Przykładem takiego działania jest przyjęcie Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej. Konstytucjonalizacja praw człowieka może również dokonywać się na niwie sądownictwa nadającego gwarancjom praw i wolności człowieka konstytucyjny wymiar, a także poprzez dostrzeżenie przez sądy wpływu materii konstytucyjnej na określone dziedziny życia społecznego doniosłe z punktu widzenia praw podstawowych<sup>115</sup>.

Odnotować więc należy, że zjawiska wpływu praw fundamentalnych na prawo nie trzeba wiązać tylko z państwem<sup>116</sup>. Zwiększanie się wpływów praw człowieka można odnosić także do bytów ponadnarodowych czy ponadnarodowych porządków prawnych<sup>117</sup>. W takim zakresie można mówić o wpływie praw fundamentalnych na normy wynikające z umów międzynarodowych, podsystemów prawa międzynarodowego, prawa europejskiego czy na działanie organizacji międzynarodowych<sup>118</sup>.

W literaturze przedmiotu funkcjonuje również określenie „konstytucja społeczności międzynarodowej”, pod którym rozumienie się: „wspólne i powszechne wartości” albo bardziej szczegółowo – część prawa międzynarodowego, na którą składają się normy konstytuujące podmiotowość prawną, określające źródła prawa, prawo traktatów, reguły uznania norm zwyczajowego prawa międzynarodowego, ale także fundamentalne normy międzynarodowego prawa człowieka, postrzegane nawet jako ograniczenia władzy państwowej<sup>119</sup>. W literaturze zjawisko to opisuje się

<sup>114</sup> P. Radziejewicz, *op. cit.*, s. 32; M. Ziółkowski, *Bezpośredni horyzontalny skutek norm konstytucyjnych (analiza krytyczna)*, [w:] *Horyzontalne oddziaływanie...*, s. 117.

<sup>115</sup> P. Radziejewicz, *op. cit.*, s. 28.

<sup>116</sup> T. Widłak, *op. cit.*, s. 54.

<sup>117</sup> B. Ziemblicki, *Ochrona praw człowieka w systemie Światowej Organizacji Handlu*, Toruń 2013, s. 72; J. Zajadło, *Konstytucjonalizacja prawa międzynarodowego*, „Państwo i Prawo” 2011, nr 3, s. 12.

<sup>118</sup> A. Surowiecka, *Konstytucja – aspekty historyczne, definicyjne i współczesne kierunki rozwoju*, „Perspectiva” 2012, nr 2(21), s. 164-165; B. Ziemblicki, *op. cit.*, s. 69-79.

<sup>119</sup> T. Widłak, *op. cit.*, s. 59; B. Ziemblicki, *op. cit.*, s. 74.

niekiedy również za pomocą określeń „globalny” albo „światowy konstytucjonalizm” (ang. *world constitutionalism*)<sup>120</sup>. Konstytucjonalizacja z tej perspektywy odnosi się do procesów oddziaływania zasad o konstytucyjnym charakterze na prawo<sup>121</sup>, ale także pozwalających na ujęcie prawa jako systemu prawnego hołdującego określonym wartościom, uwzględniającego obowiązywanie praw człowieka i służących ochronie godności wszystkich członków społeczności międzynarodowej<sup>122</sup>. Jak stwierdza Bartosz Ziemblicki:

konstytucjonalizacja w prawie międzynarodowym jest stosunkowo młoda, niemniej cieszy się olbrzymim zainteresowaniem doktryny. [...] W nauce spotkać można bardzo odmienne od siebie podejścia. Jednakże przy tej różnorodności rzuca się w oczy fakt, że ochrona praw człowieka (nazywana niekiedy ochroną praw jednostek) jest jej nieodłącznym, kluczowym elementem<sup>123</sup>.

Z kolei Rossana Deplano, sama wprawdzie sceptycznie odnosząc się do perspektyw dalszej konstytucjonalizacji, przyznaje, że jej podłożem w wymiarze międzynarodowym jest fakt, że prawa człowieka są wspólną wartością społeczności narodowej (ang. *common value of international society*)<sup>124</sup>.

Tak rozumianą konstytucjonalizację odnosić można również do europejskiego porządku prawnego. W literaturze zauważa się, że inkluzywność tego procesu w Europie wyraża się właśnie w pogłębianiu integracji, m.in. poprzez „osadzanie” praw podstawowych w europejskim porządku prawnym<sup>125</sup>. Dostrzega się jednocześnie zewnętrzny wymiar wzrostu znaczenia praw podstawowych w Europie jako przejaw konstytucjonalizacji stosunków Unii Europejskiej z podmiotami trzecimi<sup>126</sup>.

Problematyka konstytucyjnego wymiaru prawa europejskiego opiera się w głównej mierze na rozróżnieniu konstytucji w znaczeniu formalnym i konstytucji w znaczeniu materialnym. Jak wskazano wyżej, konstytucja w znaczeniu formalnym związana jest z normami ujętymi w pisany akcie prawnym, o najwyższej mocy prawnej w danym systemie, uchwalanym i zmienianym w szczególnej procedurze. Z kolei pojęcie konstytucji w znaczeniu materialnym wiązane jest z treścią norm prawnych, które uznaje się za konstytucyjne, jeśli dotyczą pewnych „fundamentalnych” zagadnień

<sup>120</sup> R. Kwiecień, *Potrzeba globalnego konstytucjonalizmu?*, „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego” 2012, nr 10, s. 194 i nast.; M. Arcari, S. Ninatti, *Narratives of Constitutionalization in the European Union Court of Justice and in the European Court of Human Rights' Case Law*, „ICL Journal” 2017, nr 11(1), s. 12; T. Widłak, *op. cit.*, s. 50.

<sup>121</sup> M. Arcari, S. Ninatti, *op. cit.*, s. 16.

<sup>122</sup> T. Widłak, *op. cit.*, s. 49, 60 i 66; B. Ziemblicki, *op. cit.*, s. 72-74.

<sup>123</sup> B. Ziemblicki, *op. cit.*, s. 83-84.

<sup>124</sup> R. Deplano, *Fragmentation and Constitutionalisation of International Law: A Theoretical Inquiry*, „European Journal of Legal Studies” 2013, vol. 6, is. 1, s. 76.

<sup>125</sup> B. Rittberger, F. Schimmelfennig, *Explaining the constitutionalization of the European Union*, „Journal of European Public Policy” 2006, nr 13:8, s. 1149.

<sup>126</sup> M. Arcari, S. Ninatti, *op. cit.*, s. 31-34.

wspólnoty państwowej czy organizacji państw<sup>127</sup>. W świetle takiego pojmowania konstytucji, w literaturze zaproponowano konstrukcję europejskiej konstytucji materialnej obejmującej co najmniej całe prawo pierwotne, w tym Traktaty oraz fundamentalne orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Kluczowe w tym zakresie jest uznanie, że prawo europejskie oraz dorobek europejskiego porządku prawnego odnosi się w istocie do materii konstytucyjnej, na którą składają się zagadnienia kształtu instytucjonalnego Unii, zasady ogólne, a w szczególności prawa podstawowe oraz mechanizmy ich ochrony<sup>128</sup>. Jako element konstytucyjnego porządku prawnego Unii Europejskiej wskazuje się również jednolity rynek wewnętrzny<sup>129</sup>. Zjawisko to, ze względu na jego złożoność i dynamizm określa się niekiedy w nauce jako „konstytucja w praktyce” (ang. *constitution in practice*) lub też „konstytucja w działaniu” (ang. *constitution in action*)<sup>130</sup>. Z tego powodu – pomimo rozproszenia aktów prawnych zawierających normy o konstytucyjnym charakterze, a nawet zróżnicowanym charakterze normatywnym źródeł prawa – w całości prawa unijnego dostrzega się istnienie konstytucji, a przynajmniej zjawiska konstytucjonalizacji<sup>131</sup>. Praktyczny konstytucjonalizm realizuje się więc w bieżącej działalności prawodawczej i orzeczniczej unijnych instytucji. Oznacza to jednak, że rozważania na temat konstytucyjnego charakteru europejskich źródeł prawa należałoby zatem lokować nie tyle w obszarze ustaleń terminologicznych, w tym zasadności stosowania terminu „konstytucja”, ile w kontekście procesu konstytucjonalizacji, czyli wypełniania przez europejski porządek prawny odpowiednich standardów.

Proces zwiększenia doniosłości praw fundamentalnych w prawie europejskim czerpie swoje uzasadnienie w konstytucjonalizmie państw członkowskich i jest jego wyrazem. Jednocześnie jednak nie jest jedynie sumą czy uogólnieniem doświadczeń konstytucyjnych poszczególnych państw, lecz samodzielnym zjawiskiem prawnym, które odnosi się do uniwersalnego wymiaru praw podstawowych. Można stwierdzić, że z jednej strony tradycje konstytucyjne państw członkowskich oraz doniosłość praw fundamentalnych zasilają proces konstytucjonalizacji prawa europejskiego<sup>132</sup>. Z drugiej strony, konstytucjonalizacja europejskiego prawa pełni więc funkcję dodatkowej legitymizacji integracji państw europejskich jako wykraczającej poza tradycyjną integrację gospodarczą. Szczegółowsze przejawy tego zjawiska na gruncie europejskim

<sup>127</sup> M. Wróblewski, *op. cit.*, s. 85; J. Menkes, *Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej a konstytucja Europy*, „Studia Europejskie” 2001, nr 2, s. 28.

<sup>128</sup> J. Menkes, *op. cit.*, s. 28.

<sup>129</sup> M. Wróblewski, *op. cit.*, s. 86.

<sup>130</sup> J. Shaw, *Process and Constitutional Discourse in the European Union*, „Journal of Law and Society” 2000, vol. 27, No. 1, s. 4.

<sup>131</sup> M. Wróblewski, *op. cit.*, s. 85.

<sup>132</sup> R. Grzeszczak, *Jurydyzacja praw człowieka w Unii Europejskiej*, [w:] *Uniwersalny i regionalny wymiar ochrony praw człowieka. Nowe wyzwania – nowe rozwiązania*, t. 1, red. J. Jaskiernia, Warszawa 2014, s. 598.



dostrzega się w związku praw fundamentalnych z takimi ogólnymi zasadami prawa europejskiego, jak zasada równości, zasada niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową czy swobody rynku wewnętrznego<sup>133</sup>. Jacek Barciak stwierdza, że obowiązek poszanowania praw człowieka (oprócz obowiązywania demokratycznych zasad ustrojowych) jest przejawem „europeizacji tożsamości konstytucyjnej”<sup>134</sup>. Niebagatelną rolę w tym kontekście odegrało również uznanie zasady bezpośredniego skutku oraz zasady pierwszeństwa prawa unijnego, które traktowane są jako podwaliny odrębnego, europejskiego porządku konstytucyjnego<sup>135</sup>.

Odziaływanie praw fundamentalnych na prawo europejskie może być więc odnoszone do zmian, jakie zachodzą w sferze przekonań czy sposobów postrzegania takiego prawa w społeczności międzynarodowej, a co za tym idzie – odpowiedniego kształtowania się sposobów interpretacji prawa międzynarodowego, a wreszcie podejmowania konkretnych zabiegów prawotwórczych<sup>136</sup>.

### 3.3.2. Podporządkowanie i komplementarność jako modele wpływu praw podstawowych na prawo

W literaturze zaproponowano różne ujęcia wpływu praw fundamentalnych na samo prawo czy poszczególne gałęzie lub systemy prawa<sup>137</sup>. Wpływ ten można opisać poprzez odwołanie się do pojęć podporządkowania (ang. *subordination*) oraz komplementarności (ang. *complementarity*)<sup>138</sup>. Przez podporządkowanie prawa rozumie się proces lub rezultat procesu, w którym stosunki prawne nie są już regulowane wyłącznie przez prawo stanowione, ale dodatkowo przez prawa fundamentalne. W takim przypadku prawa fundamentalne mają bezpośredni wiążący wpływ na sytuację prawną podmiotów, ale także na samo prawo. Wówczas to prawa fundamentalne określają zasadniczo treść relacji między podmiotami, a rola obowiązujących norm ogranicza się do zapewnienia ochrony i skuteczności tychże praw. Olha Cherednychenko stwierdza, że w ramach podporządkowania prawo nie tylko jest interpretowane

<sup>133</sup> A. Cieśliński, *Konstrukcja prawna...*, s. 344.

<sup>134</sup> J. Barcik, *Wielopoziomowy konstytucjonalizm Unii Europejskiej a stosowanie praw podstawowych*, „Przegląd Europejski” 2018, nr 2, s. 47.

<sup>135</sup> D. Kabat-Rudnicka, *Konstytucjonalizacja Unii Europejskiej a sądownictwo konstytucyjne*, Warszawa 2015, s. 86-87.

<sup>136</sup> T. Widłak, *op. cit.*, s. 74.

<sup>137</sup> W tym zakresie zastosowanie znajdują również niekiedy koncepcje i doktryny związane ze skutecznością norm konstytucyjnych. Bartosz Skawa stwierdza np., że „jeśli na zjawisko *Drittwirkung* spojrzeć w świetle aksjologicznych założeń systemu prawa, współkształtujących pierwsze zręby koncepcji horyzontalnego obowiązywania praw człowieka, to należy pod tym pojęciem rozumieć fundamentalne wartości o charakterze pierwotnym względem prawa”. B. Skwara, *Kategoryzacja horyzontalnego...*, s. 64.

<sup>138</sup> O.O. Cherednychenko, *Fundamental rights and private law...*, s. 3-4, 23; *eadem*, *Subordinating contract law to fundamental rights: towards a major breakthrough or towards walking in circles?*, [w:] *Constitutional Values...*, s. 56-59; *eadem*, *Fundamental rights, contract law...*, s. 59-61.



w świetle praw podstawowych, ale wręcz przez nie zmieniane<sup>139</sup>. Przy czym subordynacja nie wynika w tym przypadku wyłącznie z hierarchicznej nadrzędności aktów prawnych odnoszących się do praw fundamentalnych, ale z faktu, że prawa te uznaje się za źródło norm regulujących w jakimś obszarze stosunki między określonymi podmiotami, w tym prywatnymi. Efektem praktycznym tak rozumianego oddziaływania praw fundamentalnych jest określone podejście prawotwórcze oraz wykładnicze przekształcające konkretne konstrukcje czy instytucje prawne w celu zwiększania wpływu praw fundamentalnych.

Z kolei komplementarność między prawami fundamentalnymi a prawem stanowionym oznacza, że prawo nie traci zdolności do regulowania stosunków prawnych w sposób autonomiczny i zasadniczy, ale prawa fundamentalne wpływają na jego stanowienie i stosowanie. W ramach oddziaływania komplementarnego podmioty stosujące prawo, w tym sądy, odwołują się do praw fundamentalnych w procesie wykładni klauzul odsyłających zawartych w przepisach. W takim przypadku prawo uznaje się za zgodne (komplementarne) z prawami fundamentalnymi wówczas, gdy uwzględni wpływ wartości zawartych w tych prawach, niejako wchłaniając je w siebie<sup>140</sup>.

Jak wynika z powyższego, kryterium rozróżnienia między podporządkowującym a komplementarnym wpływem praw fundamentalnych na prawo i stosunki z niego wynikające leży w tym, które źródło norm jest wiodące dla kształtowania prawa oraz jego stosowania, także w trakcie rozstrzygnięcia sporów<sup>141</sup>.

### 3.3.3. Wertykalne i horyzontalne oddziaływanie praw podstawowych

Podobnie jak w przypadku norm prawa europejskiego czy konstytucyjnej zasady równości, tak i w przypadku praw fundamentalnych należy odnieść się do analizowanego w literaturze obiektu ich oddziaływania, jakim są stosunki prawne o charakterze wertykalnym oraz horyzontalnym<sup>142</sup>.

Tradycyjnie prawom podstawowym przypisuje się znaczenie wertykalne, tj. związane z potrzebą ochrony jednostki przed nieuprawnionymi działaniami państwa<sup>143</sup>. Na tym tle „horyzontalność” praw fundamentalnych jawi się jako odstępstwo od dotychczasowych ujęć. Jednakowoż kwestia horyzontalnego oddziaływania praw

<sup>139</sup> *Eadem, Fundamental rights, contract law...*, s. 59.

<sup>140</sup> *Eadem, Fundamental rights and private law...*, s. 4.

<sup>141</sup> *Eadem, Fundamental rights, contract law...*, s. 60.

<sup>142</sup> R. Alexy, *Teoria praw podstawowych*, przeł. B. Kwiatkowska, J. Zajadło, Warszawa 2010, s. 404. B. Skwara, *Kategoryzacja horyzontalnego...*, s. 64 i 73-74; M. Florczak-Wątor, *Horyzontalny wymiar...*, s. 203-206.

<sup>143</sup> A.S. Hartkamp, *op. cit.*, s. 99; B. Skwara, *Horyzontalny skutek...*, s. 375; L. Garlicki, *Horyzontalne obowiązywanie praw człowieka a standardy. Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, [w:] *Wpływ Europejskiej Konwencji Praw Człowieka na funkcjonowanie biznesu*, red. A. Bodnar, A. Płoszka, Warszawa 2016, s. 29.

człowieka jest już obecna w literaturze od dłuższego czasu<sup>144</sup>. W Polsce pierwsze pogłębione rozważania na temat horyzontalnego wpływu praw człowieka zaprezentował pod koniec lat 80. XX w. Zdzisław Kędzia. Dopuszczał on możliwość subsydiarnego bezpośredniego stosowania praw obywatelskich w układzie horyzontalnym oraz pośredniego za pomocą klauzul generalnych<sup>145</sup>. Stwierdzał m.in., że:

prawo [...] pozwala na rozszerzenie zastosowań praw obywatelskich także do stosunków niemieszających się w relacji: obywatel – państwo. Skoro bowiem przez prawo obywatelskie następuje proklamowanie ochrony jakiejś wartości w całym porządku prawnym, oznacza to, że wartość ta powinna być też chroniona w stosunkach prawnych między jednostką a podmiotami niebędącymi państwem<sup>146</sup>.

Obecnie – jak stwierdza Andrzej Zieliński – ciężący na organach władzy publicznej obowiązek tworzenia warunków do realizacji standardów ochrony wolności i praw człowieka i obywatela nie ulega wątpliwości. Dotyczy on także stosunków prywatnoprawnych i wyraża się w szczególności przez stanowienie właściwych norm prawnych<sup>147</sup>.

Istotnym składnikiem koncepcji horyzontalnego oddziaływania praw fundamentalnych jest idea absolutnego ich obowiązywania<sup>148</sup>. Problematyka horyzontalnego wpływu praw fundamentalnych wspiera się bowiem na przekonaniu o istnieniu aksjologicznych założeń systemu prawa, czyli fundamentalnych wartościach wpisanych w filary cywilizacji europejskiej, wśród których godność człowieka oraz wynikające z niej prawa zajmują miejsce centralne<sup>149</sup>. Jak zauważa Bartosz Skwara, fundamentalne wartości praw podstawowych z samej swej natury skutkują powszechnym i absolutnym obowiązywaniem odpowiadającej im grupy konstytucyjnych norm prawnopodstawowych jako kategorycznie nienaruszalne we wszelkich relacjach prawnych<sup>150</sup>.

Zgoda na większy wpływ praw fundamentalnych na normy systemu prawa ma również swoje uzasadnienie w przywołanej wyżej koncepcji obowiązków ochronnych państwa. Zgodnie z nią państwo ponosi odpowiedzialność za ewentualne ingerencje w prawa fundamentalne także w sferze stosunków prywatnoprawnych, ponieważ ingerencja taka jest możliwa lub jest nie wykluczona ze względu na takie, a nie inne

<sup>144</sup> A.S. Hartkamp, *op. cit.*, s. 97; O.O. Cherednychenko, *Fundamental rights and private law...*, s. 1; *eadem*, *Subordinating contract law...*, s. 54-59; J. Fedtke, D. Oliver, *Human Rights and the Private Sphere: A Comparative Study*, Abingdon 2007, s. 9.

<sup>145</sup> Z. Kędzia, *Pojęcie „praw i wolności obywatelskie”...*, s. 35.

<sup>146</sup> *Ibidem*, s. 34.

<sup>147</sup> A. Zieliński, *Aktualne problemy wykładni prawa cywilnego*, [w:] *Teoria i praktyka wykładni prawa*, red. P. Winczorek, Warszawa 2005, s. 314.

<sup>148</sup> B. Skwara, *Kategoryzacja horyzontalnego...*, s. 66; I. Wróblewska, *Poziome działanie praw jednostki jako rozwiązanie ustrojowe*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2014, nr 1(17), s. 60.

<sup>149</sup> B. Skwara, *Horyzontalny skutek...*, s. 376.

<sup>150</sup> *Idem*, *Kategoryzacja horyzontalnego...*, s. 85.

ukształtowanie przez państwo norm prawa prywatnego<sup>151</sup>. W myśl tej idei na państwie spoczywa więc obowiązek zagwarantowania poszanowania praw fundamentalnych we wszystkich stosunkach prawnych<sup>152</sup>.

Należy też zgodzić się ze Zdzisławem Kędzią, który skonstatował już w 1989 r., że horyzontalne działanie praw obywatelskich nie powinno budzić wątpliwości, chociażby ze względu na przyjęty w naszym systemie hierarchiczny układ źródeł<sup>153</sup>. Podobnie obecnie uważa Marek Safjan, który stwierdza, że oddziaływanie aksjologii wyrażonej w prawach podstawowych na relacje horyzontalne należy uznać za zjawisko pożądane i niemożliwe do zakwestionowania<sup>154</sup>. Natomiast Iwona Wróblewska odnotowuje, że poziome działanie praw podstawowych jest aktualnie dość powszechnym zjawiskiem w skali globu, choć nadal rozwiązaniem oryginalnym<sup>155</sup>.

Wśród przyczyn społecznych, dla których podejmowane jest w nauce zagadnienie horyzontalnego wpływu praw fundamentalnych, a także przesłanek legitymizujących taką możliwość, wskazać można pewne konkretne zjawiska. Pierwsze polegają na wzroście pozycji podmiotów niepublicznych w relacjach z jednostkami, a drugie na coraz większym zaangażowaniu podmiotów publicznych w obszarze gospodarczym, również w roli administracji świadczącej. Procesy te rodzą pytania o możliwość kształtowania dotychczas modelowo pojmowanych stosunków prywatnoprawnych na podobieństwo stosunków opartych na formalnej nierównorzędności stron występującej między władzą publiczną a jednostką<sup>156</sup>.

Horyzontalne oddziaływanie praw fundamentalnych to wreszcie kwestia podmiotów zobowiązanych. Gdziekolwiek bowiem rozpozna się prawa fundamentalne, tam pojawia się pytanie o krąg podmiotów zobowiązanych do ich respektowania<sup>157</sup>. Przyjęcie możliwości horyzontalnego oddziaływania praw fundamentalnych otwiera równocześnie możliwość przypisania obowiązków związanych z ich respektowaniem także innym niż organy publiczne podmiotom. Można wśród nich wskazać podmioty pozostające pod większym lub mniejszym wpływem państwa, ale także jednostki niepubliczne funkcjonujące w sferze użyteczności publicznej czy nawet podmioty prywatne.

W szerszym ujęciu zagadnienie oddziaływania praw fundamentalnych koresponduje również z problematyką określaną jako „publicyzacja” (lub „upublicznienie”)<sup>158</sup>.

<sup>151</sup> R. Alexy, *op. cit.*, s. 344.

<sup>152</sup> B. Skwara, *Kategoryzacja horyzontalnego...*, s. 87; *idem*, *W obronie bezpośredniego horyzontalnego...*, s. 88; R. Alexy, *op. cit.*, s. 344-345.

<sup>153</sup> Z. Kędzia, *Horyzontalne działanie...*, s. 534.

<sup>154</sup> M. Safjan, *O różnych metodach...*, s. 30.

<sup>155</sup> I. Wróblewska, *op. cit.*, s. 57.

<sup>156</sup> S. Jarosz-Zukowska, *Horyzontalne działanie praw człowieka w sferze stosunków pracowniczych w świetle Konstytucji RP*, [w:] *Horyzontalne oddziaływanie...*, s. 137; I. Wróblewska, *op. cit.*, s. 58.

<sup>157</sup> L. Garlicki, *Horyzontalne obowiązywanie...*, s. 25.

<sup>158</sup> O.O. Cherednychenko, *Fundamental rights and private law...*, s. 25; J. Habermas, *Strukturalne przeobrażenia sfery publicznej*, Warszawa 2007, s. 291-295.

Termin ten znajduje w literaturze coraz częstsze zastosowanie. Służy opisowi procesów dokonujących się na gruncie samego prawa prywatnego, a polegających na wzroście znaczenia publicznoprawnej metody regulacji albo – szerzej – „odchodzenia od założeń klasycznego prawa cywilnego”. W konsekwencji służy także opisowi przekształceń samych stosunków prawnych<sup>159</sup>. Powodów wskazanych procesowi można doszukiwać się w przemianach społecznych, w których – oprócz organów władzy publicznej – znaczącą rolę zaczynają odgrywać podmioty działające w obszarze uprawnień właścicielskich Skarbu Państwa czy samorządu terytorialnego, przedsiębiorstwa korzystające z praw wyłącznych w poszczególnych obszarach gospodarki czy firmy o zasięgu globalnym<sup>160</sup>. Krzysztof Horubski, odnosząc się do publicyzacji prawa prywatnego w obszarze prawa zamówień publicznych, stwierdza, że samo stanowienie prawa zamówień publicznych nie jest przejawem publicyzacji, gdyż nie jest przykładem ingerencji w pole uprzednio „zastrzeżone” dla regulacji cywilnoprawnej<sup>161</sup>. Jednocześnie Horubski dostrzega możliwość publicyzacji w obszarze zamówień publicznych polegającej na dwóch działaniach. Pierwszym z nich jest wprowadzanie instrumentów z obszaru prawa administracyjnego dla wspierania rozwiązań cywilnoprawnych właściwych zamówieniom publicznym. Drugim zaś „obudowywanie” czynności cywilnoprawnych wieloma imperatywnymi wymogami ich ważności lub skuteczności dla ochrony interesu publicznego<sup>162</sup>. Autor nie podejmuje wprawdzie szczegółowo wątku ewentualnego wpływu praw fundamentalnych na prawo zamówień publicznych, ale stwierdza, że specyfika mienia publicznego wymaga tworzenia unormowań „wymuszających” czy też „promujących” takie zarządzanie, w którym osoby zawiadujące takim mieniem będą działały w sposób efektywny ekonomicznie i z poszanowaniem praw podstawowych<sup>163</sup>.

W mojej ocenie, na problematykę publicyzacji w zamówieniach publicznych należałoby spoglądać właśnie przede wszystkim poprzez odniesienie do praw fundamentalnych, które są głównym źródłem racji „zasilających” procesy publicyzacji. Występowanie zjawisk określanых w kontekście *publizierung* przez Jürgena Habermasa jako „uspolecznienia państwa i upaństwowienia społeczeństwa”<sup>164</sup> pociąga bowiem za sobą konieczność identyfikacji wpływu praw fundamentalnych na prawo i jego stosowanie, w tym w obszarze zamówień publicznych.

---

<sup>159</sup> M. Safjan, *Pojęcie i systematyka prawa prywatnego*, [w:] *System prawa prywatnego*, t. 1, s. 47-48; K. Horubski, *Publicyzacja prawa prywatnego w obszarze prawa zamówień publicznych*, „Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu” 2018, nr 540, s. 82.

<sup>160</sup> B. Skwara, *Kategoryzacja horyzontalnego...*, s. 78.

<sup>161</sup> K. Horubski, *Publicyzacja...*, s. 82.

<sup>162</sup> *Ibidem*, s. 85.

<sup>163</sup> *Ibidem*, s. 81.

<sup>164</sup> J. Habermas, *op. cit.*, s. 295.

Wziąwszy powyższe pod uwagę, należałoby przyjąć, że współcześnie „wertikalność” nie jest już konstytutywną cechą praw fundamentalnych<sup>165</sup>. Kwestią do rozstrzygnięcia nie jest więc to, czy możliwość horyzontalnego oddziaływania praw fundamentalnych jest dopuszczalna, ale to, jak może się odbywać<sup>166</sup>. Jak stwierdza Marek Safjan, bez względu na toczący się obecnie spór o koncepcje horyzontalnego stosowania praw podstawowych, należy stwierdzić bez wątpliwości, że szersze wprowadzenie do systemu prawnego aksjologii opartej na prawach podstawowych jest jednocześnie w założeniu środkiem umacniania współczesnej koncepcji demokratycznego państwa prawnego, która opiera się nie tylko na formalnie rozumianej idei *rule of law*, ale nakłada wprost wymagania związane z przestrzeganiem praw podstawowych. Istota toczącego się obecnie sporu nie polega zatem na odmienności stanowisk co do oddziaływania praw podstawowych, ale na tym, kto (ustawodawca, sąd konstytucyjny, sąd powszechny) i przy użyciu jakich metod ma zapewnić przenikanie praw podstawowych do wszystkich gałęzi prawa.

### 3.3.4. Bezpośrednie i pośrednie oddziaływanie praw podstawowych

Na odrębną uwagę w kontekście oddziaływania praw podstawowych zasługuje zagadnienie sposobu oddziaływania praw podstawowych. W tym zakresie najdalej idącą propozycję zgłasza teoria bezpośredniego wpływu praw fundamentalnych – w tym także na stosunki horyzontalne. Wspiera się ona na przekonaniu o absolutnej i obiektywnej naturze praw fundamentalnych<sup>167</sup>. W jej ramach stwierdza się, że prawa człowieka mają charakter „bezpośrednio normatywny”<sup>168</sup>, co oznacza, że wprost „modyfikują normy prawa”<sup>169</sup>, a w konsekwencji są źródłem praw i obowiązków podmiotów prawa<sup>170</sup>. Przeświadczenie to nawiązuje przede wszystkim do znaczenia godności jako wartości fundamentalnej, w której uzasadnienie znajdują prawa podstawowe. W związku z tym stwierdza się, że w im bliższym związku prawo fundamentalne

<sup>165</sup> J. Barcik, A. Wentkowska, *op. cit.*, s. 85.

<sup>166</sup> O.O. Cherednychenko, *Fundamental rights and private law...*, s. 1. Sylwia Jarosz-Żukowska stwierdza, że w polskiej doktrynie poglądy odrzucające możliwość horyzontalnego oddziaływania praw człowieka należą „zdecydowanie do mniejszości” (*Problem horyzontalnego...*, s. 189).

<sup>167</sup> I. Wróblewska, *op. cit.*, s. 60; S. Jarosz-Żukowska, *Problem horyzontalnego...*, s. 181; B. Banaszak, *Koncepcje horyzontalnego działania praw jednostki w orzecznictwie sądowym RFN, referat wygłoszony na ogólnopolskiej konferencji naukowej „Sądy i trybunały wobec problemu horyzontalnego działania praw jednostki” (Kraków, 10 kwietnia 2015 r.)*, [https://ruj.uj.edu.pl/xmlui/bitstream/handle/item/247789/banaszak\\_koncepcje\\_horyzontalnego\\_dzialania\\_2015.odt?sequence=2&isAllowed=y](https://ruj.uj.edu.pl/xmlui/bitstream/handle/item/247789/banaszak_koncepcje_horyzontalnego_dzialania_2015.odt?sequence=2&isAllowed=y), s. 36 [dostęp: 10.11.2022].

<sup>168</sup> B. Skwara, *Kategoryzacja horyzontalnego...*, s. 66.

<sup>169</sup> *Ibidem*.

<sup>170</sup> R. Alexy, *op. cit.*, s. 403; B. Skwara, *Kategoryzacja horyzontalnego...*, s. 68; O.O. Cherednychenko, *Subordinating contract law...*, s. 55-56.

pozostaje z godnością człowieka, tym bardziej powinno być traktowane jako oddziaływanie na wszelkie stosunki prawne<sup>171</sup>.

Bezpośrednie oddziaływanie praw fundamentalnych może być rozpatrywane zarówno w odniesieniu do stanowienia prawa, jak i jego stosowania i przestrzegania. W zakresie stanowienia prawa oddziaływanie praw fundamentalnych może oznaczać w takim wypadku uwzględnianie wymogu zgodności projektowanych norm z treścią takich praw. Natomiast w odniesieniu do obowiązującego już prawa, bezpośrednio zastosowanie praw fundamentalnych wyrażać się będzie w możliwości powoływania się na nie w celu ustalenia zakresu praw i obowiązków stron stosunku. W takim przypadku strony stosunku prawnego mogą powoływać się na prawa fundamentalne w relacji między sobą, a żądanie uprawnionego może być oparte bezpośrednio na prawie fundamentalnym<sup>172</sup>. Jak zauważa Olha Cherednychenko – w takich sytuacjach np. orzeczenie może być oparte bezpośrednio na treści prawa fundamentalnego<sup>173</sup>.

W przypadku bezpośredniego zastosowania praw fundamentalnych w stosunkach horyzontalnych, strony stosunku są związane z prawami fundamentalnymi w przybliżeniu w taki sam sposób, w jaki związany jest z nimi prawodawca. Przy czym między prawodawcą a podmiotem praw fundamentalnych nie istnieje z oczywistych względów stosunek horyzontalny. Obowiązek państwa jako legislatora dotyczący poszanowania praw fundamentalnych we wszystkich stosunkach prawnych jest obowiązkiem publiczno-prawnym, nawet jeśli jego realizacja powoduje, że stanowi on normy kształtujące wszelkie inne stosunki prawne.

Obiektywny charakter praw fundamentalnych uzasadnia również ich pośrednie oddziaływanie na system prawny (niem. *mittelbare Drittwirkung*). Pośredniość takiego wpływu odnoszona jest głównie do stosowania prawa – poprzez wykładnię nakierowaną na wypełnienie wymagań praw podstawowych, w tym wartościowanie klauzul generalnych i zwrotów niedookreślonych<sup>174</sup>. W literaturze wskazuje się również, że potrzeba odwoływania się do praw podstawowych może wynikać z ogólnikowości, fragmentaryczności czy ramowego charakteru niektórych przepisów, w tym postanowień konstytucji<sup>175</sup>. W takim przypadku ujawnia się znaczenie

<sup>171</sup> B. Skwara, *W obronie bezpośredniego horyzontalnego...*, s. 88; *idem*, *Horyzontalny skutek...*, s. 380-381.

<sup>172</sup> N. Ferreira, J. Krzezińska-Vamvaka, T. Russo, *The Horizontal Effect of Fundamental Rights and Freedoms in European Union Law*, [w:] *Fundamental Rights and Private Law in the European Union*, red. G. Brüggemeier, A. Colombi Ciacchi, G. Comandé, Cambridge 2010, s. 9; L. Garlicki, *Horyzontalne obowiązywanie...*, s. 28.

<sup>173</sup> O.O. Cherednychenko, *Fundamental rights and private law...*, s. 22.

<sup>174</sup> B. Skwara, *Kategoryzacja horyzontalnego...*, s. 69-71; A.S. Hartkamp, *op. cit.*, s. 101; N. Ferreira, J. Krzezińska-Vamvaka, T. Russo, *op. cit.*; Z. Kędzia, *Horyzontalne działanie...*, s. 533. Możliwość pośredniego oddziaływania praw fundamentalnych na stanowienie prawa zdaje się dopuszczać S. Jarosz-Zukowska (*Problem horyzontalnego...*, s. 183, 199).

<sup>175</sup> A. Jakuszewicz, *Teorie praw podstawowych i ich rola w wykładni konstytucji*, „Zeszyty Naukowe WSiP” 2014, nr 4, s. 107.



wykładni zorientowanej na prawa podstawowe (niem. *grundrechtsorientierte Auslegung*) albo wykładni zgodnej z prawami podstawowymi (niem. *grundrechtskonforme Auslegung*)<sup>176</sup>. „Pośredniość” nie oznacza jednak „dekoracyjnego” oddziaływania praw podstawowych, ale ich realny wpływ na stosowanie prawa. Tym samym system wartości reprezentowany w prawach fundamentalnych staje się również w ścisłe normatywnym sensie konstytutywnym elementem porządku prawnego<sup>177</sup>. Jednakże, jak stwierdza Marek Safjan, pośrednie oddziaływanie praw podstawowych nie może służyć za podstawę eliminacji konstrukcji prawnych, ale jedynie do korygowania skutków ich zastosowania<sup>178</sup>.

W ramach wpływu praw fundamentalnych wyróżnia się niekiedy „silny pośredni efekt horyzontalny” i „słaby pośredni efekt horyzontalny”. W przypadku silnego wpływu pośredniego akcentuje się istotny wpływ praw podstawowych na stosowanie norm prywatnoprawnych skutkujący instrumentalizacją regulacji prywatnoprawnej<sup>179</sup>. Natomiast w przypadku słabego wpływu pośredniego podkreśla się to, że takie podporządkowanie nie następuje, choć w trakcie stosowania prawa uwzględnia się treść praw podstawowych<sup>180</sup>. W najszerszej rozumianym znaczeniu różnica między bezpośrednim a pośrednim wpływem praw fundamentalnych w stosowaniu prawa polega na tym, że w przypadku bezpośredniego wpływu praw fundamentalnych uprawniony ma roszczenie wprost (bezpośrednio) oparte na prawie fundamentalnym, a w przypadku pośredniego skutku roszczenie takie oparte jest na normie ustawowej, ale interpretowanej w świetle prawa fundamentalnego.

Koncepcje bezpośredniego i pośredniego oddziaływania praw fundamentalnych na stosunki prawne można postrzegać jako uzupełniające się albo wykluczające się wzajemnie. Dopuszczalność wpływu bezpośredniego nie musi wykluczać wpływu pośredniego, ale dopuszczalność wpływu pośredniego może wynikać z wykluczenia możliwości oddziaływania bezpośredniego<sup>181</sup>.

Oczywiste i konieczne oddziaływanie praw fundamentalnych na stosunki społeczne oznacza wyjście poza relacje zachodzące między organami władzy publicznej a obywatelami<sup>182</sup>. Zasadniczo podmiotami praw fundamentalnych są ludzie. Można

<sup>176</sup> M. Florczak-Wątor, *Horyzontalny wymiar...*, s. 114 i 125.

<sup>177</sup> U. di Fabio, *Prawa podstawowe jako system wartości*, [w:] *Na drodze do wspólnoty kultury prawnej II. Auf dem Wege zur Gemeinschaft der Rechtskultur II*, red. M. Lutter, M. Wyrzykowski, W.-H. Roth, Warszawa 2016, s. 80.

<sup>178</sup> M. Safjan, *O różnych metodach...*, s. 13.

<sup>179</sup> O.O. Cherednychenko, *Fundamental rights and private law...*, s. 23; *idem*, *Subordinating contract law...*, s. 56-57.

<sup>180</sup> *Eadem*, *Fundamental rights and private law...*, s. 23; *eadem*, *Subordinating contract law...*, s. 57-59.

<sup>181</sup> B. Skwara, *Horyzontalny skutek...*, s. 382; A. Łabno-Jabłońska, *Zasada bezpośredniego obowiązywania konstytucyjnych praw i wolności jednostki. Analiza prawoporównawcza*, [w:] *Podstawowe prawa jednostki i ich sądowa ochrona*, red. L. Wiśniewski, Warszawa 1997, s. 76-77.

<sup>182</sup> N. Ferreira, J. Krzemińska-Vamvaka, T. Russo, *op. cit.*, s. 8.

jednak przyjąć, że poszczególne prawa podstawowe mogą przysługiwać także osobom prawnym, albo innym jednostkom organizacyjnym, o ile prawa takie mogą ze swej istoty mieć do nich zastosowanie<sup>183</sup>. Możliwość ta ma szczególne zastosowanie do tzw. fundamentalnych praw równościowych, w przypadku których zróżnicowanie podmiotów organizacyjnych może wpływać na sytuację prawną ich członków, założycieli czy osób korzystających z ich działalności.

Należy też wspomnieć, że podstawowym założeniem praw fundamentalnych jest również zasada mówiąca, że prawa te przysługują w równym stopniu wszystkim podmiotom, do których się odnoszą. Tak więc równość jest jedną z postaci praw fundamentalnych, ale jednocześnie cechą ich natury *in genere* oraz zasadą porządkującą system praw fundamentalnych<sup>184</sup>. Można powiedzieć, że koncepcja horyzontalnego oddziaływania praw fundamentalnych jest zasilana od wewnątrz poprzez istnienie fundamentalnego prawa do równego traktowania.

### 3.4. Konstytucyjne i europejskie źródła obowiązków równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne jako normatywny wyraz praw podstawowych

#### 3.4.1. Konstytucyjna zasada równości jako wyraz konstytucyjnego prawa do równego traktowania

W świetle poczynionych wyżej rozważań, stosunkowo najczytelniej przedstawia się znaczenie zawartej w Konstytucji RP zasady równości jako wyrazu prawa podstawowego. Świadczy o tym umiejscowienie zasady w Konstytucji w ramach rozdziału dotyczącego wolności, praw i obowiązków człowieka i obywatela, a także zastosowana w art. 32 formuła słowna „prawo do równego traktowania przez władze publiczne”<sup>185</sup>. Spojrzenie to podzielane jest w orzecznictwie i w doktrynie<sup>186</sup>. Trybunał

<sup>183</sup> S. Fundowicz, *op. cit.*, s. 108; M. Skwarzyński, *Ochrona przed nierównym traktowaniem spółek powołanych przez osoby prawne związków wyznaniowych w europejskim systemie praw człowieka*, „Przeгляд Sejmowy” 2018, nr 2, s. 84; Z. Kędzia, *Pojęcie „prawa i wolności obywatelskie”...*, s. 28; D. Ehlers, *The Fundamental Rights of the European Union*, [w:] *European Fundamental Rights and Freedoms*, red. D. Ehlers, Berlin 2007, s. 385.

<sup>184</sup> C. Bernard, *P v. S: Kite Flying or a New Constitutional Approach?*, [w:] *The Principle of Equal Treatment in EC Law*, red. A. Dashwood, S. O’Leary, London 1997, s. 63 i 67; C. Mik, *Europejskie prawo wspólnotowe...*, s. 448; A. Łabno, *Zasada równości i zakaz dyskryminacji*, [w:] *Wolności i prawa jednostki oraz ich gwarancje w praktyce*, red. L. Wiśniewski, Warszawa 2006, s. 37; M. Piechowiak, *Filozofia praw...*, s. 110.

<sup>185</sup> L. Garlicki, M. Zubik, *Komentarz do art. 32*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. 2: *Art. 30–86*, red. L. Garlicki, M. Zubik, Warszawa 2016, s. 119–120.

<sup>186</sup> M. Masternak-Kubiak, *Prawo do równego traktowania*, [w:] *Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP*, red. B. Banaszak, A. Preisner, Warszawa 2002, s. 119; I. Pużycka, J. Wójcowska-Radzińska, *op. cit.*, s. 271–274.

Konstytucyjny stwierdza, że art. 32 Konstytucji nie stanowi jedynie „zasady ustrojowej”, ale wyraża jednocześnie szczególnego rodzaju prawo podmiotowe, w postaci prawa do równego traktowania. Treścią tego prawa miałyby być uprawnienie do „bycia potraktowanym” w ten sam sposób, jak osoby znajdujące się w analogicznej (co do swoich istotnych elementów) sytuacji. W piśmiennictwie stwierdza się wprost, że art. 32 ustanawia w tym zakresie nie tylko obowiązki czy zasadę ustrojową, ale także prawo podmiotowe<sup>187</sup> czy ściślej – publiczne prawo podmiotowe do równego traktowania<sup>188</sup>.

Jerzy Stępień zauważa, że zastosowanie przez prawodawcę w art. 32 pojęcia „prawa” podkreśla konstytucyjny charakter prawa do równego traktowania wszystkich przez władze publiczne<sup>189</sup>. Natomiast Janusz Trzciniński konstatuje, że do Konstytucji wprowadzono oprócz zasady równości także prawo do równego traktowania właśnie dlatego, aby podkreślić wyraźnie podmiotowy charakter art. 32 Konstytucji i przekreślić dotychczasowe wątpliwości powstałe na gruncie dawnych przepisów konstytucyjnych<sup>190</sup>. W ocenie Lecha Garlickiego oraz Marka Zubika ujmowanie konstytucyjnej równości w kategorii prawa podmiotowego jest jedyną drogą na podkreślenie jej „obronnego” charakteru i ułatwienie jednostce przeciwstawiania się naruszeniom równości nie tylko przez organy stosujące prawo, ale i przez ustawodawcę<sup>191</sup>.

Jednocześnie – jak wskazano wyżej w rozważaniach dotyczących konstytucyjnego wymiaru obowiązków równego traktowania – zwraca się uwagę na zasadniczą niesamoistność zastosowania prawa podmiotowego do równego traktowania. Przyjmuje się bowiem, że zastosowanie zasady równości zazwyczaj nie jest możliwe samodzielnie, gdyż jest ona powiązana każdorazowo z jednym ze szczegółowych praw lub wolności konstytucyjnych, stanowiąc niejako punkt odniesienia dla jego zastosowania<sup>192</sup>. Nie wyklucza się jednak samodzielnego zastosowania prawa do równego traktowania, w szczególności wobec zjawiska tzw. generalnej dyskryminacji (np. niewolnictwa)<sup>193</sup>, albo w odniesieniu do stosunków, które są objęte szczegółowymi unormowaniami konstytucyjnymi o poszczególnych wolnościach i prawach<sup>194</sup>.

<sup>187</sup> A. Łabno, *Zasada równości...*, s. 37; W. Borysiak, L. Bosek, *Komentarz do art. 32, [w:] Konstytucja RP*, t. 1: *Komentarz do art. 1-86*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016, s. 834; J. Podkowiak, *op. cit.*, s. 231; I. Pużycka, J. Wojnowska-Radzińska, *op. cit.*, s. 271.

<sup>188</sup> P. Tuleja, *op. cit.*, s. 120.

<sup>189</sup> Zdanie odrębne do post. TK z 24 października 2001 r., SK 10/01.

<sup>190</sup> *Ibidem*.

<sup>191</sup> L. Garlicki, M. Zubik, *op. cit.*, s. 120.

<sup>192</sup> W. Borysiak, L. Bosek, *op. cit.*, s. 834.

<sup>193</sup> Postanowienie TK z 24 października 2001 r., SK 10/01.

<sup>194</sup> W. Borysiak, L. Bosek, *op. cit.*, s. 834.

### 3.4.2. Europejskie zasady równości jako wyraz podstawowego prawa do równego traktowania

#### 3.4.2.1. Wzrost znaczenia praw podstawowych w europejskim porządku prawnym

Jako nieco bardziej złożone jawi się zagadnienie europejskich zasad równości i prawa podstawowego do równego traktowania. Jak wspomniano wyżej, proces rozpoznawania, wpływu, włączania praw podstawowych do europejskiego porządku prawnego traktowany jest w literaturze jako przejaw konstytucjonalizacji<sup>195</sup>. Danuta Kabat-Rudnicka stwierdza nawet, że gwarancje praw podstawowych należą do tych zagadnień, do których przywiązuje się szczególną wagę w procesie konstytucjonalizacji Unii Europejskiej<sup>196</sup>. Proces ów dokonuje się dwutorowo: z jednej strony przejawia się w ujmowaniu praw podstawowych w treści aktów o zasadniczym charakterze (jak Karta Praw Podstawowych albo TFUE) albo w konkretnym przepisie, który uznawany jest za źródło zasady w systemie prawnym; z drugiej na pojmowaniu obowiązujących już aktów prawnych i wykładni zawartych w nich przepisów w świetle praw podstawowych. Najdalej idącym rezultatem tak rozumianej konstytucjonalizacji jest przyjęcie, że dane prawo podmiotowe należy traktować jako podlegające ochronie praw podstawowych<sup>197</sup>. W konsekwencji oznacza to z kolei, że obowiązki odnoszące się do takiego prawa również uzyskują wymiar konstytucyjny w przedstawionym znaczeniu.

W przypadku Unii Europejskiej oddziaływanie praw fundamentalnych na obowiązki równego traktowania wyraża się już m.in. w tym, że panujący w niej porządek prawny, zrazu utworzony na podstawie konsensusu stron, wiążący jedynie w zakresie poczynionych uzgodnień i w celu realizacji zamierzeń integracyjnych, ewoluuje w kierunku zintegrowanego systemu prawnego z istotną rolą praw fundamentalnych oraz towarzyszących im gwarancji proceduralnych. Niebagatelną rolę we wzroście znaczenia praw fundamentalnych odgrywa judykatura, w szczególności w zakresie sądowego rozwoju zasad prawa czy pojmowania swobód rynku wewnętrznego, a dopiero w dalszej kolejności działalność legislacyjna. W efekcie konstytucjonalizację europejską kreuje prawo sędziowskie oraz wykładnia prawa traktatowego. W tym zakresie można obrazowo mówić o „wydobywaniu” praw podstawowych z zasad

<sup>195</sup> B. Rittberger, F. Schimmelfennig, *op. cit.*, s. 1149; W. Sadurski, *Constitutionalization of the EU and the sovereignty concerns of the new accession states: the role of the Charter of Rights*, „EUI Working Paper Law” 2003, No. 2003, s. 32; C. Timmermans, *The Constitutionalization of the European Union*, „Yearbook of European Law” 2001, vol. 21, is. 1, s. 3

<sup>196</sup> D. Kabat-Rudnicka, *op. cit.*, s. 70.

<sup>197</sup> Zob. np. M. Balczyk, *Konstytucyjno-prawne problemy otwarcia krajowego porządku prawnego na prawo unijne na przykładzie wyroku Trybunału Konstytucyjnego i Federalnego Trybunału Konstytucyjnego w Karlsruhe w sprawie europejskiego nakazu aresztowania*, „Krakowskie Studia Międzynarodowe” 2008, nr 2, s. 42.

ogólnych i z Traktatów<sup>198</sup>. Jak odnotowuje Robert Grzeszczak: „jeszcze w latach 90. poprzedniego wieku swoistym «okrętem flagowym» europejskich procesów integracyjnych był rynek wewnętrzny, innymi słowy gospodarka, sukcesywnie zaczęto jednak uzupełniać ten ekonomiczny charakter integracji coraz szerszymi aspektami praw człowieka”<sup>199</sup>. Natomiast Aleksander Cieśliński stwierdza, że: „obecnie nie budzi już raczej zdziwienia utrwalony pogląd, że system unijny istotnie odbiega od klasycznego porządku międzynarodowego, ewoluując w stronę systemu konstytucyjnego z wszystkimi tego konsekwencjami”<sup>200</sup>.

Wzrost znaczenia praw podstawowych na niwie integracji europejskiej wiązać również należy z aktywnością Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, któremu przypisuje się upowszechnienie zastosowania pojęcia „praw podstawowych” w europejskim porządku prawnym<sup>201</sup>. Przykładem poglądów na temat znaczenia praw fundamentalnych w prawie europejskim wyrażonych na kanwie orzecznictwa może być opinia rzeczniczki generalnej Christine Stix-Hackl w sprawie C-36/02 z 2004 r.<sup>202</sup> Christine Stix-Hackl stwierdziła, że Wspólnota została utworzona w celu przestrzegania praw fundamentalnych i praw człowieka i dlatego prawom tym może być przyznane pewnego rodzaju nadrzędne znaczenie w stosunku do „ogólnego” prawa pierwotnego (*certain precedence over 'general' primary legislation*)<sup>203</sup>. Dlatego, w opinii rzeczniczki, prawa podstawowe i prawa człowieka występują nie tylko jako kryterium wykładni, ale też, dużo bardziej bezpośrednio, jako wzorzec dla oceny zgodności z prawem aktów wspólnotowych<sup>204</sup>.

W opisie zmian dokonujących się na gruncie prawa europejskiego uwzględnić należy pluralistyczny charakter źródeł inspiracji konkretyzacji praw podstawowych w Unii<sup>205</sup>. Wyraża się on aktywną rolą Trybunału Sprawiedliwości, który rozpoznaje prawa podstawowe we wspólnych tradycjach prawnych państw członkowskich i podnosi je do rangi zasad ogólnych prawa europejskiego<sup>206</sup>. Istotną rolę w tym zakresie odgrywają też zabiegi legislacyjne w obszarze prawa unijnego, w tym przyjęcie Karty Praw Podstawowych<sup>207</sup>, a także przystępowanie czy włączenie tzw. „aktów

<sup>198</sup> E.H. Morawska, *Konstrukcja normatywna...*, s. 44.

<sup>199</sup> R. Grzeszczak, *op. cit.*, s. 596.

<sup>200</sup> A. Cieśliński, *Konstrukcja prawna...*, s. 51.

<sup>201</sup> A. Florczak, *Ewolucja ochrony praw człowieka w systemie prawa wspólnotowego*, [w:] *Ochrona praw podstawowych w Unii Europejskiej. Wybrane zagadnienia*, red. A. Florczak, Warszawa 2009, s. 14-15.

<sup>202</sup> Opinia RG C. Stix-Hackl z 14 października 2004 r. w sprawie Omega, C-36/02.

<sup>203</sup> *Ibidem*, pkt 50.

<sup>204</sup> *Ibidem*, pkt 61.

<sup>205</sup> T. Jurczyk, *Zasady ogólne prawa Unii Europejskiej a Karta Praw Podstawowych*, [w:] *Rządy prawa i europejska kultura prawna*, red. A. Bator, J. Helios, W. Jedlecka, Wrocław 2014, s. 203.

<sup>206</sup> Zob. wyrok Trybunału z dnia 12 listopada 1969 r., w sprawie C-29/69 („...the fundamental human rights enshrined in the general principles”).

<sup>207</sup> T. Jurczyk, *op. cit.*, s. 196.

zewewnętrznych” do unijnego porządku prawnego<sup>208</sup>. W literaturze procesy te ujmuje się za pomocą zwrotu „jurydyzacja praw człowieka w Unii Europejskiej”<sup>209</sup>. Stwierdza się przy tym, że wewnętrzny normatywny europejski system ochrony praw człowieka wspiera się aktualnie na kilku filarach, tj.: prawach podstawowych jako zasadach ogólnych prawa unijnego, prawie traktatowym, Karcie Praw Podstawowych, europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności oraz kolejnych generacjach tzw. praw antydyskryminacyjnych<sup>210</sup>. Dodatkowo, jak trafnie stwierdza Roman Hauser:

analiza norm prawa europejskiego w kontekście nawet minimalnych wymagań lub elementów konstruowanych przez konstytucjonalizm pozwala niewątpliwie na budowanie, w sensie teoretycznym, dogmatycznym i pragmatycznym, pewnego wspólnego standardu europejskiego w dziedzinie państwa prawa, demokracji i ochrony praw podstawowych, stanowiących jądro każdej koncepcji konstytucjonalizmu<sup>211</sup>.

Jak wspomniano wyżej, cechą procesu wzrostu znaczenia praw fundamentalnych na gruncie prawa europejskiego jest to, że miał on najpierw charakter orzeczniczy. Problematyka praw podstawowych i ich ochrony została wypracowana w pierwszym rzędzie w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości, który po raz pierwszy posłużył się pojęciem „fundamentalnych/podstawowych praw człowieka” (ang. *fundamental human rights*) – jako wynikających z ogólnych zasad prawa wspólnotowego – w 1969 r.<sup>212</sup> To właśnie na gruncie działalności Trybunału wykształciły się zręby ochrony praw podstawowych, które potem weszły w skład europejskiego porządku prawnego jako ogólne zasady prawa. Tomasz Jurczyk wskazuje, że przyczynę pojmowania zasad ogólnych również jako źródeł ochrony praw podstawowych należy łączyć z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości UE odnoszącym się do zasady skutku bezpośredniego i pierwszeństwa prawa Unii. To właśnie obawa o zakwestionowanie tych zasad przez sądy państw członkowskich skłoniła Trybunał Sprawiedliwości do

<sup>208</sup> Odnotować tu należy liczne akty dotyczące praw człowieka, do których Unia Europejska i państwa członkowskie przystąpiły, jak Konwencje OZN czy Konwencje MOP. C. Mik, *Europejskie prawo wspólnotowe...*, s. 439, 445-446; dyrektywa klasyczna, art. 18 ust. 2.

<sup>209</sup> R. Grzeszczak, *op. cit.*, s. 598.

<sup>210</sup> A. Wróbel, *Wprowadzenie*, [w:] *Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej. Komentarz*, red. A. Wróbel, Warszawa 2020, s. 3; *idem*, *Konstytucja – konstytucjonalizacja – konstytucjonalizm*, [w:] *System prawa administracyjnego*, t. 3: *Europeizacja prawa administracyjnego*, red. R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2014, s. 41; A. Śledzińska-Simon, *op. cit.*, s. 47; D. Schiek, *From European Union Non-discrimination Law towards Multidimensional Equality Law for Europe*, [w:] *European Union Non-Discrimination Law. Comparative Perspectives on Multidimensional Equality Law*, red. D. Schiek, V. Chege, Routledge 2009, s. 3-5; M. Bell, *Equality and the European Union constitution*, „Industrial Law Journal” 2004, vol. 33, nr 3, s. 242.

<sup>211</sup> A. Wróbel, *Konstytucja – konstytucjonalizacja...*, s. 41.

<sup>212</sup> Wyrok Trybunału z dnia 12 listopada 1969 r. w sprawie C-29/69.



uznania znaczenia praw podstawowych<sup>213</sup>. Tomasz Jurczyk odnotowuje, że Trybunał Sprawiedliwości przyjął, iż prawa podstawowe stanowią integralną część zasad ogólnych prawa europejskiego. Jednocześnie prawa fundamentalne stanowią specyficzną grupę zasad ogólnych prawa<sup>214</sup>. Nie wynikają bowiem wyłącznie ze specyfiki wspólnotowego czy unijnego porządku prawnego, lecz są one owocem wspólnej tradycji konstytucyjnej państw członkowskich jako pośrednie źródła praw Unii<sup>215</sup>.

Równoległe do działalności jurysdykcyjnej, odniesienie do praw fundamentalnych zaczęło pojawiać się w treści Traktatów, które – zgodnie z określeniem zastosowanym na gruncie orzeczniczym – nabierały tym samym charakteru „kart konstytucyjnych”<sup>216</sup>. W prawie traktatowym zagadnienie praw fundamentalnych pojawiło się po raz pierwszy w preambule Jednolitego aktu europejskiego (1987 r.). Do praw człowieka odwoływał się także Traktat z Maastricht (1992 r.) powołujący do życia Unię Europejską. Wyrażono w nim przekonanie o konieczności poszanowania praw człowieka i podstawowych wolności, na których opiera się Unia. Z kolei w Traktacie amsterdamskim (1997 r.) zawarto stwierdzenie, że Unia ustanowiona jest na zasadach wolności, demokracji, poszanowania praw człowieka i podstawowych wolności oraz praworządności, które są wspólne dla państw członkowskich. Na mocy Traktatu z Amsterdamu, wprowadzono także procedurę zawieszania państw naruszających prawa człowieka w prawach członka Wspólnoty Europejskiej. Jednakże kamieniem milowym w emanacji praw fundamentalnych w europejskim porządku prawnym było przyjęcie Traktatu lizbońskiego<sup>217</sup>. Traktat znacząco wzmocnił i uwypuklił rolę praw podstawowych w procesie integracji europejskiej, w szczególności poprzez nadanie Karcie Praw Podstawowych uprawnień na równi z Traktatami<sup>218</sup>. Kazimierz Strzyczkowski traktuje ów fakt jako: „wprowadzenie do porządku prawnego Unii Europejskiej praw podstawowych o wymiarze gospodarczym (ekonomicznym) i społecznym jako nowych źródeł celów gospodarczych (ekonomicznych) i społecznych”<sup>219</sup>. Zgodnie z brzmieniem art. 1a Traktatu lizbońskiego:

<sup>213</sup> T. Jurczyk, *op. cit.*, s. 199; wyrok Trybunału z dnia 12 listopada 1969 r. w sprawie Stauder przeciwko Stadt Ulm, C-29/69, s. 419.

<sup>214</sup> H.G. Schermers, *Human Rights as General Principles of Law*, [w:] *General Principles of European Community Law*, red. U. Bernitz, J. Nergelius, Hague 2000, s. 63; J. Barcik, A. Wentkowska, *op. cit.*, s. 85.

<sup>215</sup> C. Mik, *Europejskie prawo wspólnotowe...*, s. 445.

<sup>216</sup> Zob. Np. wyrok Trybunału z dnia 23 kwietnia 1986 r. w sprawie P Les Verts przeciwko Parlamentowi, C-294/83, pkt 23.

<sup>217</sup> Traktat z Lizbony zmieniający Traktat o Unii Europejskiej i Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską z dnia 13 grudnia 2007 r., Dz.Urz.UE.C 306; D. Schiek, *op. cit.*, s. 9.

<sup>218</sup> Traktat z Lizbony zmieniający Traktat o Unii Europejskiej i Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską z dnia 13 grudnia 2007 r., art. 6 ust. 1.

<sup>219</sup> K. Strzyczkowski, *Prawa podstawowe jako źródła celów społecznych i gospodarczych Unii Europejskiej*, „Prawo CCCXXIX” 2019, t. 329: *Państwo a przedsiębiorca – aktualne wyzwania*, s. 234.

Unia opiera się na wartościach poszanowania godności osoby ludzkiej, wolności, demokracji, równości, państwa prawnego, jak również poszanowania praw człowieka, w tym praw osób należących do mniejszości. Wartości te są wspólne Państwom Członkowskim w społeczeństwie opartym na pluralizmie, niedyskryminacji, tolerancji, sprawiedliwości, solidarności oraz na równości kobiet i mężczyzn<sup>220</sup>.

Traktat stanowi również, że Unia uznaje prawa, wolności i zasady określone w Karcie Praw Podstawowych Unii Europejskiej oraz że Unia przystępuje do europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, a prawa podstawowe, zagwarantowane w Europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności oraz wynikające z tradycji konstytucyjnych wspólnych państwom członkowskim stanowią część prawa Unii jako zasady ogólne prawa<sup>221</sup>. Warto również dodać, że w podpisanym, choć nie ratyfikowanym Traktacie ustanawiającym Konstytucję dla Europy (2004 r.), powtórzono, że Unia opiera się m.in. na poszanowaniu praw człowieka, również na arenie międzynarodowej<sup>222</sup>.

#### **3.4.2.2. Ogólna zasada równości oraz zasada niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową jako normatywny wyraz podstawowego prawa do równego traktowania**

W pierwszym rzędzie należy dostrzec ewolucję sposobu pojmowania na gruncie europejskim samej zasady równości oraz zasady niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową. Mark Bell, odnosząc się do zjawiska konstytucjonalizacji, stwierdza, że ogólna zasada równości wyewoluowała z zasady integracji rynku w kierunku autonomicznej zasady równego traktowania<sup>223</sup>. Tym samym odgrywa obecnie nie tylko instrumentalną funkcję, służebną wobec swobód rynku wewnętrznego<sup>224</sup>, ale jest nośnikiem określonych wartości, odgrywając w tym zakresie samodzielną rolę<sup>225</sup>. Rozluźnienie związku ogólnej zasady równości z budową rynku wewnętrznego oraz zwrot ku aksjologii – nazywany też konstytucjonalizacją zasady równości – objawia się głębszym zakorzeniem zasady w systemie prawnym (ang. *deeply rooted in the legal system*), a tym samym zwiększeniem jej znaczenia oraz zmniejszeniem podatności na zmiany<sup>226</sup>. Jak stwierdza Justyna Maliszewska-Nienartowicz, odnosząc się do orzecznictwa europejskiego: „rola zasady równości w prawie wspólnotowym (obecnie

<sup>220</sup> Traktat z Lizbony zmieniający Traktat o Unii Europejskiej i Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską z dnia 13 grudnia 2007 r.

<sup>221</sup> Art. 6.

<sup>222</sup> Art. 2; art. III-193.

<sup>223</sup> M. Bell, *The Principle of Equal Treatment: Widening and Deepening*, [w:] *The Evolution of EU Law*, red. P. Craig, G. de Búrca, New York 2011, s. 611.

<sup>224</sup> G. de Búrca, *The Role of Equality in European Community Law*, [w:] *The Principle of Equal Treatment in EC Law*, red. A. Dashwood, S. O'Leary, London 1997, s. 24-25.

<sup>225</sup> G. de Búrca, *op. cit.*, s. 14.

<sup>226</sup> M. Bell, *The Principle of Equal Treatment...*, s. 626.

unijnym) nie ogranicza się do sfery ekonomicznej, ale mamy tu do czynienia z uniwersalną wartością, prawem podstawowym, które ma określoną treść<sup>227</sup>. Podobnie Catherine Bernard, która wskazuje, że orzecznictwo trybunalskie ukształtowało pogląd, zgodnie z którym ogólna zasada równości traktowana jest jako manifestacja fundamentalnego prawa do niedyskryminacji<sup>228</sup>. Tak rozumiana ogólna zasada równości znajduje swój wyraz w prawie traktatowym, w tym w zakazie dyskryminacji ze względu na przynależność państwową, w dyrektywach, ale także w innych regulacjach antydyskryminacyjnych<sup>229</sup>. Ewolucja sposobu pojmowania znaczenia zasady równości została dostrzeżona także w polskiej literaturze dotyczącej zamówień publicznych. Tomasz Filipowicz stwierdza wprost, że zakaz dyskryminacji jako zasada generalna wywodzi się z norm dotyczących praw człowieka<sup>230</sup>.

Podobne oceny formułowane są w przypadku samej zasady niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową. Cezary Mik zauważa, że zasada niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową wiązana jest przez Trybunał Sprawiedliwości z ogólnymi zasadami prawa europejskiego, a te z kolei uznaje się za przejaw praw podstawowych. Co więcej, to właśnie w świetle praw fundamentalnych Trybunał interpretuje postanowienia traktatowe, traktując je jako gwarancje praw i wolności podstawowych<sup>231</sup>. Wprawdzie prawa i wolności podstawowe funkcjonują przede wszystkim w ramach Unii i w odniesieniu do obywateli państw członkowskich, ale ich zastosowanie rozszerzane jest też na obywateli państw trzecich, w tym na podstawie umów międzynarodowych. W ocenie Cezarego Mika świadczy to o swoistym kontekście, w którym prawa człowieka pojmowane jako naturalne możliwości ulegają aktualizacji w prawie stanowionym<sup>232</sup>. Z kolei w opinii Andrzeja Wróbla art. 18 TFUE niewątpliwie tworzy wystarczającą normatywną podstawę do zakwalifikowania zasady niedyskryminacyjnego traktowania ze względu na przynależność państwową jako prawa podstawowego<sup>233</sup>. Fundamentalny wymiar zasady niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową związany jest przede wszystkim z tym, że art. 18 TFUE nadaje się do rozszerzającej wykładni, w wyniku której

<sup>227</sup> J. Maliszewska-Nienartowicz, *Rola zasady równości w prawie Wspólnoty/Unii Europejskiej (w ujęciu ewolucyjnym)*, „Studia Europejskie” 2011, nr 4, s. 89; J. Barcik, A. Wentkowska, *op. cit.*, s. 88.

<sup>228</sup> C. Bernard, *The Principle of Equality in the Community Context: P. Grant, Kalanke and Marschall: four uneasy bedfellows?*, „The Cambridge Law Journal” 1998, nr 57(2), s. 355.

<sup>229</sup> K. Lenaerts, P. van Nuffel, R. Bray, *Constitutional Law of the European Union*, London 1999, s. 111; T. Tridimas, *The General Principles of EU Law (Oxford European Community Law Library)*, New York 1999, s. 5. Wyrok Trybunału z dnia 19 października 1977 r., C-117/76 i 16/77.

<sup>230</sup> T. Filipowicz, *Zasada równego traktowania wykonawców w zamówieniach publicznych dotyczących technologii informatycznych*, Warszawa 2015, s. 115.

<sup>231</sup> C. Mik, *Europejskie prawo wspólnotowe...*, s. 441.

<sup>232</sup> *Ibidem*, s. 442.

<sup>233</sup> A. Wróbel, *Komentarz do art. 18*, [w:] *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz*, t. 1, red. D. Miąsik, N. Półtorak, A. Wróbel, Warszawa 2012, s. 359.

określone grupy nabywają prawo do niedyskryminacyjnego traktowania ze względu na przynależność państwową. Jak stwierdza Sacha Perchal, znamiennej ewolucję niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową ilustruje problematyka swobodnego przepływu pracowników<sup>234</sup>. W związku z tym za powszechną obecnie można uznać opinię, zgodnie z którą na zasadę niedyskryminacji mogą powoływać się nie tylko przedsiębiorcy, ale także „peryferyjni aktorzy rynkowi” jak pracownicy, a nawet osoby nieaktywne na rynku wewnętrznym<sup>235</sup>.

### 3.4.2.3. Zasady swobód rynku wewnętrznego a prawo podstawowe do równego traktowania

W literaturze zwraca się także uwagę na fundamentalny wymiar samych swobód jednolitego rynku wewnętrznego. Znamienne jest też stosowana w odniesieniu do swobód rynku wewnętrznego nomenklatura odwołująca się do takich terminów, jak np. „swobody fundamentalne”, „fundamental freedoms” czy „Grundfreiheiten”. W tym przypadku jednak pojęcie „fundamentalności” odnosi się do związku z prawami podstawowymi albo do podstawowego wymiaru swobód w systemie prawa europejskiego<sup>236</sup>. Aleksander Cieśliński stwierdza, że swobody rynku wewnętrznego same w sobie są najlepszym przejawem konstytucjonalizacji<sup>237</sup>. Nie mają statusu „zwykłych” postanowień umowy między państwami członkowskimi czy też postanowień o charakterze programowym, stawiających przed organami państwa jedynie ogólne zadania eliminacji ograniczeń w wymianie z innymi państwami, z których realizacji władne są rozliczać wyłącznie instytucje wspólnotowe. W literaturze stwierdza się, że na swobody rynku wewnętrznego, w szczególności dotyczące swobody świadczenia usług czy przedsiębiorczości, należy obecnie spoglądać z perspektywy podmiotowej – jako podstawy praw „wolnościowych i równościowych” lub nawet jako „prawa podmiotowe” *sui generis*, które są konstytucyjnie chronione, mogą być dochodzone w praktyce, a to w konsekwencji wiąże się też z koniecznością ich

<sup>234</sup> S. Prechal, *Equality of Treatment, Non-discrimination, and Social Policy: Achievements in Three Themes*, „Common Market Law Review” 2004, nr 41, s. 548.

<sup>235</sup> A. Wróbel, *Komentarz do art. 18*, s. 359.

<sup>236</sup> Zob. np. J. Sozański, *Uznawanie kwalifikacji we Wspólnocie a swobody fundamentalne*, „Prawo Unii Europejskiej” 2004, nr 3, s. 20-25; Ł. Adamczyk, *Fundamentalne swobody prawa WE i ich znaczenie dla podatków bezpośrednich*, [w:] *Podatki bezpośrednie. Prawo polskie a prawo wspólnotowe*, red. H. Litwińczuk, Warszawa 2009, s. 265-308; I.N. Militaru, *The internal market of the European Union. Fundamental freedoms*, Bukareszt 2018; M. Höpner, *Die Zukunft der europäischen Grundfreiheiten*, „Zeitschrift für Staats- und Europawissenschaften” 2017, vol. 15, No. 4, s. 671-689; K. Mortelmans, *The Relationship Between the Treaty Rules and Community Measures for the Establishment and Functioning of the Internal Market – Towards a Concordance Rule*, „Common Market Law Review” 2002, vol. 39, is. 6, s. 1314; F. de Cecco, *op. cit.*, s. 390.

<sup>237</sup> A. Cieśliński, *Charakter prawny rynku wewnętrznego*, [w:] *System prawa Unii Europejskiej*, t. 7: *Prawo rynku wewnętrznego*, red. D. Kornobis-Romanowska, Warszawa 2019, s. 12.

szczególnej interpretacji oraz wyjątkowej gwarancji skuteczności<sup>238</sup>. W rezultacie stwierdza się, że swobody jednolitego rynku wywiedzione z katalogu praw człowieka należy traktować jako „fundamentalne prawa podmiotowe” na wzór praw podstawowych będących integralną częścią prawa europejskiego<sup>239</sup>. Dostrzega się w nich jednocześnie formę publicznych praw podmiotowych gwarantowanych prawem pierwotnym<sup>240</sup>. W doktrynie podkreśla się przy tym, że swobody rynku wewnętrznego oraz prawa podstawowe opierają się na wspólnym gruncie, który umożliwia ich asymilację, która dodatkowo wzmocniana jest europejską koncepcją obywatelstwa<sup>241</sup>. Nie bez znaczenia jest również fakt, że podmioty gospodarcze jako korzystające ze swobód rynku wewnętrznego reprezentują w istocie interesy poszczególnych, indywidualnych ludzi<sup>242</sup>.

Warto zwrócić również uwagę na wydane już w 1985 r., w trybie prejudycjalnym, orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości odnoszące się do sprawy Procureur de la République przeciwko Association de défense des brûleurs d'huiles usagées (ADBHU), w którym stwierdza się, że swoboda handlu jest prawem podstawowym (ang. *fundamental right*)<sup>243</sup>. A w przywołanej wcześniej opinii rzeczniczki generalnej Stix-Hackl w sprawie C-36/02 znajduje się stwierdzenie, że swobody mogą również zostać zaklasyfikowane materialno-prawnie jako prawa podstawowe (ang. *materially categorised as fundamental rights*), w szczególności jako formułujące zakazy dyskryminacji<sup>244</sup>. Natomiast rzecznik generalna Verica Trstenjak w sprawie C-271/08 Komisja Europejska przeciwko Republice Federalnej Niemiec wyraziła pogląd, że w przypadku pojawienia się kolizji pomiędzy prawem podstawowym a swobodą podstawową należy wyjściowo przyjmować, że obie pozycje prawne są równorzędne (ang. *have equal status*)<sup>245</sup>.

Oczywiście, fundamentalny wymiar swobód rynku wewnętrznego nie uchyla ich podstawowej funkcji. W tym zakresie zgodzić należy się z opinią, zgodnie z którą

<sup>238</sup> *Idem*, *Konstrukcja prawna...*, s. 57 i 59; *idem*, *Charakter prawny rynku...*, s. 18; D. Ehlers, *The Fundamental Freedoms of the European Communities*, [w:] *European Fundamental Rights...*, s. 179.

<sup>239</sup> A. Cieśliński, *Wspólnotowe prawo gospodarcze*, t. 1: *Swobody rynku wewnętrznego*, Warszawa 2009, s. 40; O.O. Cherednychenko, *Fundamental rights, contract law...*, s. 194 i wskazana tam literatura; K. Strzyczkowski, *op. cit.*, s. 235-236.

<sup>240</sup> M. Szydło, *Krajowe prawo spółek a swoboda przedsiębiorczości*, Warszawa 2007, s. 138.

<sup>241</sup> F. de Cecco, *op. cit.*, s. 392.

<sup>242</sup> N.J. de Boer, *Fundamental Rights and the EU Internal Market: Just how Fundamental are the EU Treaty Freedoms? A Normative Enquiry Based on John Rawls' Political Philosophy*, „Utrecht Law Review” 2013, nr 9(1), s. 156.

<sup>243</sup> Wyrok Trybunału z dnia 7 lutego 1985 r. w sprawie Procureur de la République przeciwko ADBHU, C-240/83, pkt 9.

<sup>244</sup> Opinia RG C. Stix-Hackl z 14 października 2004 r. w sprawie Omega, C-36/02, pkt 50. M. Domańska, *Swobody rynku wewnętrznego a prawa podstawowe – refleksje na tle orzecznictwa TS*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2012, nr 1, s. 8.

<sup>245</sup> Pkt 81.

ukonstytuowanie swobód rynku wewnętrznego nie ma na celu ochrony wywodzonych z nich uprawnień jednostek, ale realizację celów Unii w zakresie urzeczywistnienia transgranicznego przepływu towarów, osób, usług i kapitału<sup>246</sup>. Podstawowa racja istnienia swobód rynku wewnętrznego odnosi się więc do interesu ogólnego, a nie potrzeby ochrony uzasadnionych interesów jednostek. Z kolei unijne prawa podstawowe jednostek ukierunkowane są na ochronę indywidualnych uprawnień jednostek<sup>247</sup>. Różnica w normatywnym charakterze swobód rynku wewnętrznego i praw podstawowych ujawniać się będzie w szczególności w sytuacji ich konfliktu. W takim przypadku – jak zauważa się w literaturze – pomimo przyjmowanej przez część doktryny równorzędnej pozycji, z pierwszeństwa będą jednak korzystać prawa podstawowe o bezwzględnym charakterze. W pozostałych przypadkach, rozstrzygnięcie kolizji wartości chronionych swobodami i prawami podstawowymi wymagać będzie odwołania się do zasady proporcjonalności<sup>248</sup>. Podobne stanowisko w sprawie fundamentalnego wymiaru praw wynikających z zasad swobód rynku wewnętrznego zajmuje Marek Szydło. Stwierdza on, że prawa wynikające ze swobód nie są równoznaczne z prawami podstawowymi, w znaczeniu nadanym temu pojęciu na gruncie polskiego prawa konstytucyjnego oraz wspólnotowego. Podstawowym czynnikiem różnicujących oba rodzaje praw są cele, które owe prawa mają realizować. O ile w przypadku praw podstawowych celem takim jest ochrona indywidualnych interesów osób uprawnionych, o tyle celem praw wynikających ze swobód rynku wewnętrznego jest skuteczne urzeczywistnianie rynku wewnętrznego będącego „porządkiem obiektywno-instytucjonalnym”<sup>249</sup>. Z drugiej strony, Autor ten przyznaje, że prawa wynikające ze swobód rynku wewnętrznego realizują w zasadzie takie same dwie główne funkcje, co prawa podstawowe o charakterze wolnościowym: są źródłem roszczeń jednostek wobec państw członkowskich oraz „spełniają funkcje pewnych obiektywnych zasad (wartości), którymi powinny się kierować w swojej legislacyjnej działalności same państwa członkowskie”<sup>250</sup>.

Podzielając ostrożność w kwalifikowaniu samych praw wynikających z zasady swobód rynku wewnętrznego jako praw podstawowych, dostrzec jednak należy, że swobody pełnią funkcją ściśle odpowiadającą funkcji praw podstawowych. Tym samym „nasiąkają równocześnie treściami typowo prawnopodstawowymi” (niem.

---

<sup>246</sup> K. Horubski, *Wolność prowadzenia działalności gospodarczej w świetle art. 16 Karty Praw Podstawowych – wybrane problemy*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2018, t. 114, s. 501.

<sup>247</sup> *Ibidem*, s. 139.

<sup>248</sup> M. Andruszkiewicz, M. Naruszewicz, *Prawa podstawowe a swobody rynku wewnętrznego w świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej*, „Polski Rocznik Praw Człowieka i Prawa Humanitarne” 2013, nr 4, s. 246; N.J. de Boer, *op. cit.*, s. 149.

<sup>249</sup> M. Szydło, *Swobody rynku wewnętrznego a reguły konkurencji: między konwergencją a dywergencją*, Toruń 2006, s. 232-233.

<sup>250</sup> *Ibidem*, s. 233-234.



*Grundrechtsgehalt der Grundfreiheiten*)<sup>251</sup>. Dzieje się tak chociażby na płaszczyźnie równości. Trzeba bowiem zauważyć, że gwarancje swobód rynku wewnętrznego wyrażają się nie tyle w możliwości prowadzenia określonych działań, ile przede wszystkim w konieczności zapewnienia równości w korzystaniu z owych swobód. Z kolei przejawem nieuzasadnionego ograniczania swobód rynku wewnętrznego są nie tyle ograniczenia w korzystaniu ze swobód, ile ograniczenia wprowadzające stan nierówności pomiędzy uczestnikami rynku wewnętrznego. W tym ujęciu wartością o fundamentalnym charakterze jest równość dostępu rynku wewnętrznego, w tym rynku zamówień publicznych. W przypadku, gdy równy dostęp do rynku postrzegany jest nie tylko przez pryzmat interesów ekonomicznych, ale także równych szans w realizacji podstawowych wolności, fundamentalny wymiar zasad rynku wewnętrznego nie budzi wątpliwości<sup>252</sup>. Nie przesądza on wprawdzie o podstawowym charakterze praw wynikających ze swobód, ale o bezpośrednim wpływie spełniania obowiązków wynikających ze swobód rynku wewnętrznego na położenie prawne podmiotów podstawowego prawa do równego traktowania. Ujęcie to pozwala mówić o fundamentalnym (podstawowym) wymiarze obowiązków wynikających z zasad swobód rynku wewnętrznego, bez przesądzania charakteru normatywnego samych praw ze swobód wynikających.

Istotne znaczenie związku zasad rynku wewnętrznego z prawami podstawowymi ujawnia się także w świetle koncepcji obowiązków ochronnych państwa (niem. *Schutzpflicht*). Marek Szydło proponuje, by ujmować je jako szczególną postać „obowiązków ochrony podstawowych swobód”<sup>253</sup>. Zgodnie z tym na państwach członkowskich spoczywa powinność podejmowania aktywnych działań zmierzających do ochrony podmiotów uprawionych do korzystania ze swobód rynku wewnętrznego – także w relacjach z innymi podmiotami prywatnymi. Obowiązek ów obejmować może nie tylko działania polegające na usuwaniu skutków ewentualnych, zaistniałych naruszeń swobód, ale także zapobiegające dalszym naruszeniom<sup>254</sup>.

Z przeprowadzonych analiz wynika jednak, że zarówno konstytucyjne ujęcie prawa do równego traktowania, uznanie europejskich ogólnych zasad równości za wyraz praw podstawowych, czy też fundamentalny wymiar swobód rynku wewnętrznego, nie wskazuje na istnienie szczególnego, odrębnego prawa podstawowego do równego traktowania, które przysługiwałoby wyłącznie ubiegającym się o zamówienia publiczne. Wykonywanie obowiązków równego traktowania wobec ubiegających się o zamówienie publiczne można jednak traktować za przejaw przestrzegania ogólnego podstawowego prawa do równego traktowania.

<sup>251</sup> M. Szydło, *Krajowe prawo spółek...*, s. 142.

<sup>252</sup> N.J. de Boer, *op. cit.*, s. 166-167.

<sup>253</sup> M. Szydło, *Krajowe prawo spółek...*, s. 154.

<sup>254</sup> *Ibidem*.

### 3.5. Europejskie akty prawne dotyczące praw podstawowych a obowiązki równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne

#### 3.5.1. Karta Praw Podstawowych a obowiązki równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne

Osobne rozważania należy poświęcić samej KPP, która dotyczy materii w znacznym stopniu już ukształtowanej w prawie europejskim<sup>255</sup>. Za Koenem Lenaerts'em można powtórzyć, że Karta pełni w systemie prawa europejskiego ważną, potrójną funkcję: służy jako pomoc w dokonywaniu wykładni prawa unijnego, stanowi wzorzec kontroli sądowej oraz jest źródłem „odkrywania” ogólnych zasad prawa UE<sup>256</sup>. Z kolei Akos G. Toth stwierdza, że ujęcie praw podstawowych w KPP ukierunkowało prawo unijne w stronę w pełni rozwiniętego systemu prawnego<sup>257</sup>. Mając moc prawną równą traktatom, Karta stała się podstawą określonych obowiązków, a nie jedynie źródłem inspiracji<sup>258</sup>.

Sama Karta nie odnosi się *expressis verbis* do zamówień publicznych. Jednak kluczowe znaczenie w jej treści pełni zagadnienie równości i niedyskryminacji. W KPP równość zajmuje istotne miejsce obok pozostałych pięciu wartości, którymi są: godność, wolność, solidarność, obywatelstwo oraz sprawiedliwość. Równość stanowi ponadto treść tytułu III, który zawiera postanowienia dotyczące m.in. równości wobec prawa<sup>259</sup> czy niedyskryminacji<sup>260</sup>. Zakazuje on wszelkiej dyskryminacji, w szczególności ze względu na płeć, rasę, kolor skóry, pochodzenie etniczne lub społeczne, cechy genetyczne, język, religię lub przekonania, poglądy polityczne czy wszelkie inne poglądy, przynależność do mniejszości narodowej, majątek, urodzenie, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną. Z brzmienia tego przepisu można jednak wnioskować, że katalog cech, ze względu na które zakazana jest dyskryminacja, nie jest zamknięty<sup>261</sup>. Dokonując uogólnienia, można powiedzieć, że Karta – podobnie jak inne akty dotyczące praw człowieka – uznaje równość wszystkich wobec prawa, a także zakazuje wszelkiej dyskryminacji<sup>262</sup>.

<sup>255</sup> A. Bisztyga, *Europejska Konwencja Praw Człowieka a Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej – stan kompatybilności czy konkurencyjności?*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2011, nr 3, s. 183.

<sup>256</sup> K. Lenaerts, *Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej a ochrona praw podstawowych*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2013, nr 1/4, s. 4-5; E.H. Morawska, *Konstrukcja normatywna...*, s. 40.

<sup>257</sup> A.G. Toth, *Human Rights as General Principles of Law, in the Past and in the Future*, [w:] *General Principles of European Community Law*, red. U. Bernitz, J. Nergelius, Den Haag-London-Boston 2000, s. 92.

<sup>258</sup> T. Jurczyk, *op. cit.*, s. 195-196; M. Bell, *The Principle of Equal Treatment...*, s. 629.

<sup>259</sup> Art. 2 KPP.

<sup>260</sup> Art. 21 KPP; M. Bell, *The Principle of Equal Treatment...*, s. 629.

<sup>261</sup> A. Śledzińska-Simon, *op. cit.*, s. 48.

<sup>262</sup> *Ibidem*, s. 42.

Przewidziany w art. 21 KPP zakaz dyskryminacji traktowany jest w literaturze nie tylko jako źródło zasady, ale także podstawowego prawa podmiotowego<sup>263</sup>. Oznacza to, że jego zastosowanie może wykraczać poza ramy określone w Karcie dla zasad. Zgodnie bowiem z brzmieniem art. 52 ust. 5 Karty, jej postanowienia zawierające zasady mogą być wprowadzane w życie przez akty prawodawcze i wykonawcze przyjęte przez instytucje, organy i jednostki organizacyjne Unii oraz przez akty państw członkowskich, gdy wykonują one prawo Unii, korzystając ze swoich odpowiednich uprawnień, a w sądzie można się na nie powoływać jedynie w celu wykładni tych aktów i kontroli ich legalności. Status zakazu dyskryminacji jako podstawowego prawa podmiotowego wynikającego z Karty umożliwia zatem jego zastosowanie przed jednostki w postępowaniach sądowych prowadzonych w celu ochrony przysługujących im praw.

Postanowienia Karty wskazują, że zawarte w niej prawa mogą być tożsame z prawami traktatowymi. W literaturze wskazuje się, że taka sytuacja dotyczy m.in. swobody korzystania z prawa do przedsiębiorczości, swobody świadczenia usług czy prawa do niedyskryminacyjnego traktowania ze względu na przynależność państwową<sup>264</sup>. Artykuł 15 KPP przewiduje, że każdy ma prawo do podejmowania pracy oraz wykonywania swobodnie wybranego lub zaakceptowanego zawodu. Ponadto każdy obywatel Unii ma swobodę poszukiwania zatrudnienia, wykonywania pracy, korzystania z prawa przedsiębiorczości oraz świadczenia usług w każdym państwie członkowskim. Natomiast zgodnie z art. 45 KPP każdy obywatel Unii ma prawo do swobodnego przemieszczania się i przebywania na terytorium państw członkowskich. Artykuł 52 ust. 2 zaś przewiduje, że prawa uznane w Karcie, które stanowią przedmiot postanowień Traktatów, są wykonywane na warunkach i w granicach w nich określonych. Andrzej Wróbel stwierdza, że okoliczność ta nie świadczy o „przejęciu” praw i swobód unijnych przez Kartę, lecz o „ponownym uregulowaniu w Karcie tego, co zostało wyraźnie uregulowane w traktatach, z zastrzeżeniem, że regulacja zawarta w Karcie nie zezwala na inne, niż wynikające z traktatów, rozumienie warunków i granic wykonywania odnośnych praw”<sup>265</sup>. Jednocześnie, takie dodatkowe ujęcie praw unijnych w Karcie pozwala na zachowanie dotychczasowego dorobku prawa unijnego – zarówno w obszarze stanowienia, jak i stosowania prawa<sup>266</sup>.

Problematyka równego traktowania, a także związek postanowień KPP ze swobodami kieruje również uwagę w stronę wolności prowadzenia działalności, o której

---

<sup>263</sup> A. Wróbel, *Równość*, [w:] *Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej. Komentarz*, red. A. Wróbel, Warszawa 2020, s. 691.

<sup>264</sup> *Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej. Komentarz*, art. 52.

<sup>265</sup> *Ibidem*.

<sup>266</sup> *Ibidem*.

mowa w art. 16 Karty Praw Podstawowych<sup>267</sup>. Zgodnie z art. 16 Karty „uznaje się wolność prowadzenia działalności gospodarczej zgodnie z prawem Unii oraz ustawodawstwami i praktykami krajowymi”. Wolność ta pozostaje w funkcjonalnym związku z art. 15 dotyczącym wolności wyboru zawodu i prawa do podejmowania pracy oraz art. 17 KPP dotyczącego prawa własności. Zasada wolności prowadzenia działalności gospodarczej jako zasada ogólna prawa unijnego obejmuje każdego, kto w świetle prawa unijnego lub prawa krajowego może podjąć działalność gospodarczą, a więc zarówno osoby fizyczne, jak i osoby prawne<sup>268</sup>. Krzysztof Horubski zauważa, że zakwalifikowanie wolności działalności gospodarczej na gruncie KPP w kategoriach wolnościowego prawa podstawowego, nie zaś jedynie zasady, potwierdza istotę tego prawa jako obejmującego jeden z przejawów ludzkiej wolności, ściśle związany z możliwościami zapewniania sobie źródeł zarobkowania (utrzymania się), a także zaspokajaniem potrzeb innych uczestników procesów rynkowych<sup>269</sup>.

Na uwagę zasługuje okoliczność, że w ujęciu wyjaśnień dotyczących Karty Praw Podstawowych w wersji z 2007 r. wolność prowadzenia działalności gospodarczej obejmuje także wolność konkurencji w rozumieniu art. 119 ust. 1 i 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Przepis ten przewiduje m.in., że dla osiągnięcia celów mieszczących się w kompetencjach Unii, działania państw członkowskich i Unii obejmują, na warunkach przewidzianych w Traktatach, przyjęcie polityki gospodarczej opartej na ścisłej koordynacji polityk gospodarczych państw członkowskich, rynku wewnętrznym i ustaleniu wspólnych celów oraz prowadzonej w poszanowaniu zasady otwartej gospodarki rynkowej z wolną konkurencją. Z kolei w myśl wyjaśnień Prezydium Konwentu elementami składowymi tej wolności, wypracowanymi wprzód na gruncie orzecznictwa trybunalskiego oraz wyrażonymi w prawie traktatowym, jest wolność prowadzenia działalności gospodarczej lub handlowej, swoboda zawierania umów, ale także wolna konkurencja.

Wolność konkurencji będąca elementem wolności gospodarczej określonej w Kartie Praw Podstawowych oznacza, że przedsiębiorcy powinni mieć możliwość konkurencji o nabywców na rynku bez ograniczeń zarówno ze strony władz publicznych, jak i bez ograniczeń ze strony innych uczestników rynku. Przyjęcie, że wolność działalności gospodarczej na gruncie KPP stanowi nie tylko zasadę, ale również podstawowe prawo wolnościowe, prowadzi wprost do konkluzji, że taki sam status należy przypisać jej elementom składowym, w tym wolności konkurencji<sup>270</sup>. Oznacza

<sup>267</sup> Europejska Konwencja Praw Człowieka nie odnosi się do wolności prowadzenia działalności gospodarczej. Pewnego odniesienia do tej kwestii można doszukiwać się w art. 1 Protokołu Nr 1 do EKPCz w zakresie, w jakim w związku z nieuzasadnionym ograniczeniem wolności działalności gospodarczej dochodzić może do naruszenia uprawnień właścicielskich.

<sup>268</sup> Wyrok Trybunału z dnia 5 października 1994 r. w sprawie Republika Federalna Niemiec przeciwko Radzie Unii Europejskiej, C-280/93, pkt. 78.

<sup>269</sup> K. Horubski, *Wolność prowadzenia...*, s. 509.

<sup>270</sup> *Ibidem*.

to, że wskazane wolności cząstkowe chronione są jako prawa podstawowe. W literaturze odnotować można nawet poglądy, zgodnie z którymi wolność konkurencji jest nie tylko częścią składową prawa podstawowego do prowadzenia działalności gospodarczej, ale odrębnym prawem podstawowym<sup>271</sup>.

Warto przy tym podkreślić – odwołując się do szerszego kontekstu – że ustanawianie reguł konkurencji niezbędnych do funkcjonowania rynku wewnętrznego jest właśnie jednym z celów Unii<sup>272</sup>. Aleksander Cieśliński wskazuje nawet, że „odkrywanie konstytucji” w ramach integracji europejskiej odbywa się właśnie poprzez odwoływanie się do idei otwartości rynków krajowych, realizowanej przez zasady swobodnego przepływu transgranicznego i ochrony konkurencji<sup>273</sup>. Wolność gospodarcza wraz z wolnością konkurencji „wpisana jest w samą istotę swobód”, a ich realizacja w wymiarze rynku jest równoznaczna z urzeczywistnianiem praw jednostek. Na tej płaszczyźnie ujawnia się dodatkowo wymóg zapewnienia niedyskryminacji i równości, co pozwala z kolei na ujęcie tej zbieżności jako „równej wolności”<sup>274</sup>.

Zasada wolności prowadzenia działalności gospodarczej jako zasada ogólna prawa unijnego obejmuje każdego przedsiębiorcę, w tym podmioty niebędące osobami fizycznymi. Artykuł 16 KPP milczy jednak w kwestii możliwości powołania się na wolność prowadzenia działalności gospodarczej przez podmioty pochodzące z państw trzecich.

Zakres zastosowania Karty nie jest jednak nieograniczony. Karta jest wiążąca zarówno dla instytucji, jak i państw członkowskich jedynie w zakresie, w jakim stosują prawo UE<sup>275</sup>. Zastrzeżenie to należałoby odnosić do wszystkich sytuacji, w których państwa członkowskie wypełniają swoje zobowiązania wynikające zarówno z Traktatów, jak i z prawa pochodnego, czyli wdrażają prawo unijne<sup>276</sup>. Celem KPP jest wzmocnienie ochrony praw jednostki, gdyż jej regulacja ma stanowić swoisty „punkt odniesienia” dla działań instytucji europejskich, a także państw członkowskich<sup>277</sup>. Jej przyjęcie należy potraktować jako krok milowy w ewolucji zasad równości i niedyskryminacji w prawie europejskim<sup>278</sup>.

Znamienne jest również to, że Karta nie odnosi się do wszystkich swobód unijnych, które są przedmiotem postanowień traktatów. Poza zakresem Karty pozostaje

<sup>271</sup> D. Fiodorow, *Wolność prowadzenia działalności gospodarczej jako prawo podstawowe w prawie Unii Europejskiej*, [w:] *Prawa podstawowe...*, s. 392-393.

<sup>272</sup> Art. 3 ust. 1 pkt c TFUE.

<sup>273</sup> A. Cieśliński, *Charakter prawny rynku...*, s. 13.

<sup>274</sup> *Ibidem*, s. 12.

<sup>275</sup> J. Maliszewska-Nienartowicz, *op. cit.*, s. 89; J. Barcik, A. Wentkowska, *op. cit.*, s. 109.

<sup>276</sup> K. Lenaerts, *op. cit.*, s. 5; Wyrok Trybunału z dnia 13 kwietnia 2000 r., C-292/97, pkt 37.

<sup>277</sup> P. Turczyński, *Zasada równości i jej interpretacja w prawie pierwotnym UE*, [w:] *Równość w Unii Europejskiej – teoria i praktyka*, red. W. Bokajło, A. Pacześniak, Wrocław 2008, s. 140.

<sup>278</sup> A. Śledzińska-Simon, *op. cit.*, s. 48.

swoboda przepływu towarów i swoboda przepływu kapitału i płatności. Można przyjąć w związku z tym, że Karta uznaje jedynie tzw. swobody personalne. Francesco de Cecco zauważa, że milczenie Karty na temat swobód, których nie można łatwo powiązać z położeniem prawnym osób fizycznych (w szczególności w kontekście obywatelstwa), oznacza, że nie można ich traktować jako praw podstawowych w rozumieniu Karty. *A cantratio* status taki można przypisać pozostałym swobodom wskazanym w Karcie<sup>279</sup>. Charakter niektórych swobód runku wewnętrznego jako praw i wolności podstawowych w rozumieniu Karty należałoby też tłumaczyć ich powiązaniem z uniwersalną wartością, na której oparta jest Karta Praw Podstawowych, jaką jest wolność osobista, oraz wolnościami rynkowymi, które są jej przejawem.

Podmiotami praw uznanych przepisami *Tytułu III Równość* są osoby fizyczne, ale w przypadku praw gwarantowanych przez art. 20-22 KPP także osoby prawne i jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej<sup>280</sup>. Z kolei zgodnie z brzmieniem art. 51 ust. 1 Karty jej postanowienia mają zastosowanie do instytucji, organów i jednostek organizacyjnych Unii przy poszanowaniu zasady pomocniczości oraz do państw członkowskich wyłącznie w zakresie, w jakim stosują one prawo Unii.

Nie budzi zatem wątpliwości, że KPP chroni jednostki przed dyskryminacją spowodowaną działaniem instytucji, organów i jednostek organizacyjnych Unii oraz państw członkowskich<sup>281</sup>. Jednakże – jak stwierdzają Paul Craig i Grainne de Búrca – nie jest ciągle jasne, czy Karta może wyznaczać obowiązki podmiotom prywatnym<sup>282</sup>. W literaturze wskazuje się też, że osoba fizyczna lub prawna może powoływać się na wynikający z KPP zakaz dyskryminacji w stosunkach z państwem oraz innymi instytucjami publicznymi, ale także wobec stowarzyszeń i organizacji zawodowych wyposażonych przez państwo w kompetencje regulacyjne<sup>283</sup>. Jednakże zdaniem Doroty Fiedorow żadne postanowienie Karty nie jest skierowane do jednostek i nie odnosi się do stosunków między podmiotami prawa prywatnego<sup>284</sup>. Z kolei w opinii Doroty Leczykiewicz, spośród obowiązków zawartych w Karcie, to właśnie zakaz dyskryminacji nadaje się najbardziej do zastosowania horyzontalnego<sup>285</sup>. Natomiast Anna Śledzińska-Simon prognozuje, że rozwój prawa antydyskryminacyjnego UE

<sup>279</sup> F. de Cecco, *op. cit.*, s. 384, 390.

<sup>280</sup> K. Kowalik-Bañczyk, *Problematyka ochrony praw podstawowych w unijnych postępowaniach w sprawach z zakresu ochrony konkurencji*, Warszawa 2010, s. 21; A. Wróbel, *Równość*, s. 692; E.H. Morawska, *Konstrukcja normatywna...*, s. 49.

<sup>281</sup> E.H. Morawska, *Konstrukcja normatywna...*, s. 50-52.

<sup>282</sup> P. Craig, G. de Búrca, *EU Law: Text, Cases and Materials*, Oxford 2015, s. 427.

<sup>283</sup> J. Sozański, *Prawa człowieka...*, s. 93.

<sup>284</sup> D. Fiedorow, *op. cit.*, s. 398.

<sup>285</sup> D. Leczykiewicz, *Horizontal Application of the Charter of Fundamental Rights*, „European Law Review” 2013, is. 4, s. 496.



będzie prawdopodobnie zmierzał do nadania zawartej w Karcie zasadzie niedyskryminacji charakteru prawa powszechnego<sup>286</sup>.

Należałoby uznać, że nadanie Karcie wiążącego charakteru wzmocniło znaczenie równości wobec prawa i zakazu dyskryminacji w systemie prawnym Unii Europejskiej<sup>287</sup>. Z kolei fundamentalny wymiar wolności działalności gospodarczej, obejmujący również wolność konkurencji, umożliwia odniesienie postanowień KPP w tym obszarze również do dziedziny zamówień publicznych. Karty Praw Podstawowych nie można jednak uznać za samodzielne źródło obowiązków równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne. Jej postanowienia można jednak odnosić do problemu dyskryminacji w obszarze wolności działalności gospodarczej, w szczególności w zakresie wolnej konkurencji. Tym samym, nie można wykluczyć kwalifikacji określonych działań dyskryminacyjnych w obszarze zamówień publicznych jako naruszających prawa podstawowe wskazane w KPP. Jednakże, kompetencje związane z oceną zgodności regulacji prawa wtórnego z prawami podstawowymi należą w istocie wyłącznie do Trybunału. Oznacza to, że sąd krajowy nie może odmówić zastosowania *in casu* regulacji europejskiej w stosunkach horyzontalnych z powodu jej niezgodności z prawami podstawowymi i oprzeć bezpośrednio swego rozstrzygnięcia na KPP lub normach traktatowych wyrażających zasady ogólne prawa unijnego. W takim przypadku sąd krajowy może wystąpić z pytaniem prejudycjalnym do Trybunału. Ponadto oddziaływanie orzeczenia trybunalskiego na relację horyzontalną zawsze będzie miało charakter pośredni, ponieważ wyłącznie do sądu krajowego należy ostatecznie decyzja co do toczącego się przed nim sporu z uwzględnieniem interpretacji sformułowanej w orzeczeniu Trybunału.

### 3.5.2. Europejska Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności a obowiązki równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne

Istotne znaczenie dla oceny wpływu praw fundamentalnych na obowiązki równego traktowania ma również EKPC z 4 listopada 1950 r. Konwencja ta jako umowa wielostronna zajmuje w systemie umów międzynarodowych miejsce szczególne, ponieważ jej przedmiotem nie są zasadniczo stosunki między państwami-stronami EKPC, lecz prawa i wolności jednostki, którym Konwencja zapewnia bezpośredni dostęp do europejskiego sądu. Dodatkowo Konwencja ma pośrednie zastosowanie w sporach między jednostką a władzą publiczną rozstrzyganych przez sądy. Obecnie – z racji postanowień Traktatu lizbońskiego – gwarancje zawarte w EKPC stanowią część prawa UE jako zasady ogólne prawa<sup>288</sup>. W literaturze z kolei stwierdza się, że euro-

<sup>286</sup> A. Śledzińska-Simon, *op. cit.*, s. 48.

<sup>287</sup> *Ibidem*.

<sup>288</sup> *Ibidem*, s. 42. Dodatkowo z dniem wejścia w życie Traktatu z Lizbony, a wraz z nim KPP, Unia Europejska oraz państwa członkowskie Unii mają obowiązek uwzględniania postanowień Konwencji w zakresie, który wynika z art. 52 ust. 3 i art. 53 KPP. Jednakże – mimo że art. 6 ust. 2 TUE

pejska Konwencja praw człowieka i podstawowych wolności jest częścią nadrzędnej konstytucji europejskiej (ang. *part of an overarching European constitution*), na którą składa się wiele elementów, w tym wspólnota praw podstawowych<sup>289</sup>. Nie można także pominąć roli Konwencji w interpretacji prawa krajowego<sup>290</sup>.

Europejska Konwencja Praw Człowieka przewiduje, że korzystanie z praw i wolności wymienionych w Konwencji powinno być zapewnione bez dyskryminacji wynikającej z takich powodów, jak płeć, rasa, kolor skóry, język, religia, przekonania polityczne i inne, pochodzenie narodowe lub społeczne, przynależność do mniejszości narodowej, majątek, urodzenie bądź z jakichkolwiek innych przyczyn (art. 14)<sup>291</sup>. Jak podkreśla się w literaturze, art. 14 Konwencji nie zawiera jednak samodzielnego, niezależnego prawa równego traktowania (ang. *free-standing prohibition of discrimination*). Uzupełnia on prawa zawarte w innych postanowieniach Konwencji oraz ma zastosowanie tylko w zakresie praw w niej określonych<sup>292</sup>. Dirk Ehlers stwierdza nawet, że Konwencja zakazuje jedynie dyskryminacji w korzystaniu z praw i wolności określonych w Konwencji, co sprawia, że zakaz dyskryminacji ma charakter akcesoryjny<sup>293</sup>. Podobny pogląd przedstawia Andrzej Wróbel<sup>294</sup>. Z kolei Robert Uerpmann-Witzack stwierdza, że zakaz dyskryminacji ma postać komplementarnej klauzuli równości (ang. *complementary equality clause*)<sup>295</sup>, a Leszek Bosek i Witold Borysiak określają zakaz dyskryminacji jako źródło „metaprawa”<sup>296</sup>.

Zauważa się jednocześnie, że prawa i wolności zawarte w Konwencji mają wymiar uniwersalny, czego przykładem może być zakaz dyskryminacji ze względu na

---

upoważnia i zobowiązuje Unię do przystąpienia do europejskiej Konwencji praw człowieka – Unia Europejska nie jest *de lege lata* stroną tej Konwencji. Jak trafnie stwierdza A. Bisztyga – za sprawą Europejskiej konwencji praw człowieka oraz Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej zarysowuje się zjawisko pewnej paralelności czy dwutorowości kreacji europejskiego standardu praw człowieka. A. Bisztyga, *op. cit.*, s. 185.

<sup>289</sup> A. Stone Sweet, *On the Constitutionalisation of the Convention: The European Court of Human Rights as a Constitutional Court*, „Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme” 2009, vol. 80, s. 944 <https://ssrn.com/abstract=1569359> [dostęp: 16.02.2022].

<sup>290</sup> M. Masternak-Kubiak, *Miejsce i znaczenie międzynarodowych źródeł prawa praw człowieka w polskim porządku konstytucyjnoprawnym*, [w:] *Wolności i prawa jednostki w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej – idee i zasady przewodnie*, red. M. Jabłoński, Warszawa 2010, s. 54.

<sup>291</sup> Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r. (Dz. U. z 1993 r., Nr 61, poz. 284).

<sup>292</sup> M. Domańska, *Zasada niedyskryminacji (równego traktowania)*, [w:] *Stosowanie prawa Unii Europejskiej przez sądy*, red. A. Wróbel, Zakamycze 2005, s. 117; M.A. Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Warszawa 2017, s. 941.

<sup>293</sup> D. Ehlers, *The European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, [w:] *European Fundamental Rights...*, s. 33.

<sup>294</sup> A. Wróbel, *Komentarz do art. 14*, [w:] *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, t. 1: *Komentarz do artykułów 1–18*, red. L. Garlicki, Warszawa 2010, s. 755.

<sup>295</sup> R. Uerpmann-Witzack, *Personal Rights and the Prohibition of Discrimination*, [w:] *European Fundamental Rights...*, s. 76.

<sup>296</sup> W. Borysiak, L. Bosek, *op. cit.*, s. 825.

pochodzenie narodowe. Jak słusznie podkreśla Andrew Clapham, w odróżnieniu od traktatowej zasady niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową, zakaz zawarty w Konwencji nie jest związany wyłącznie z obywatelstwem państwa członkowskiego Unii, ale dotyczy wszelkich osób podlegających jurysdykcji państwa-strony Konwencji, niezależnie od ich przynależności państwowej czy narodowej<sup>297</sup>.

Wart odnotowania jest fakt, że polski Trybunał Konstytucyjny odniósł się do europejskiej Konwencji praw człowieka oraz orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, stwierdzając pewną spójność konwencyjnej oraz konstytucyjnej koncepcji równości<sup>298</sup>. W orzeczeniu z 7 maja 2002 r. Trybunał uznał nawet, że „treść powołanych przepisów Konwencji znajduje swój wyraz w Konstytucji, m.in. art. 14 Konwencji można odnaleźć w art. 32 Konstytucji”<sup>299</sup>. Nieco bardziej ostrożne stanowisko w tej kwestii zajmuje Andrzej Wróbel. Stwierdza on mianowicie, że nie jest jasne, czy art. 14 Konwencji odnosi się wyłącznie do zakazu dyskryminacji, czy zawiera, podobnie jak Konstytucja RP, również zasadę równości. W opinii tego Autora, różnica między tymi zasadami miałyby sprowadzać się do tego, że konwencyjny zakaz dyskryminacji zakazuje różnego traktowania ze względu na pewne niedozwolone kryteria, a konstytucyjna zasada równego traktowania zakazuje nierównego traktowania<sup>300</sup>.

Na kanwie problematyki niedyskryminacji na szczególne zainteresowanie zasługują również postanowienia Protokołu 12 Konwencji, który wszedł w życie 1 kwietnia 2005 r. Nie został on wprawdzie podpisany przez Polskę, zwiera jednak istotne z punktu widzenia problematyki równości treści. Artykuł 1 Protokołu 12 przewiduje mianowicie ogólny zakaz dyskryminacji wynikającej z takich powodów, jak płeć, rasa, kolor skóry, język, religia, przekonania polityczne lub inne, pochodzenie narodowe lub społeczne, przynależność do mniejszości narodowej, majątek, urodzenie lub z jakichkolwiek innych przyczyn. Stanowi on również w ustępie 2, że „nikt nie będzie dyskryminowany przez jakiegokolwiek władze publiczne z jakichkolwiek powodów”, o których mowa wyżej. Jak zauważa Andrzej Wróbel, celem przyjęcia Protokołu 12 było ustanowienie nienależnego od zawartego w art. 14 Konwencji oraz rozszerzonego w zastosowaniu zakazu dyskryminacji<sup>301</sup>. Znamienna jest w tym zakresie wypowiedź zawarta w preambule do tego protokołu. Zgodnie z nim motywem przyjęcia przez państwa członkowskie Rady Europy Protokołu 12 było uznanie podstawowej zasady, zgodnie z którą wszystkie osoby są równe wobec prawa i są uprawnione do równej ochrony przez prawo oraz wyrazem potrzeby podejmowania kolejnych kroków wspierających równość wszystkich osób poprzez wspólną gwarancję ogólną

<sup>297</sup> A. Clapham, *Human Rights in the Private Sphere*, Oxford 1996, s. 188, 248.

<sup>298</sup> J. Oniszczyk, *Równość – najpierwsza z zasad i orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 2004, s. 73; Orzeczenie TK z dnia 23 października 1995 r., K 4/95.

<sup>299</sup> Orzeczenie TK z dnia 7 maja 2002 r., SK 20/00.

<sup>300</sup> A. Wróbel, *Komentarz o art. 14*, s. 756.

<sup>301</sup> *Ibidem*, s. 758.

nego zakazu dyskryminacji umieszczonego w europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. W preambule stwierdza się również, że zasada niedyskryminacji nie powstrzymuje państw-stron od podejmowania środków wspierających pełną i skuteczną równość, o ile istnieje ich obiektywne i racjonalne uzasadnienie. Ujęcie to wskazuje, że obowiązki wynikające z Konwencji mogą przyjmować nie tylko postać obowiązków negatywnych, ale także pozytywnych<sup>302</sup>.

Postanowienia Protokołu 12, w szczególności jego ustęp 2, mają zasadniczo zastosowanie do działania władzy publicznej<sup>303</sup>. Rozciąga on jednak zakres zastosowania zakazu dyskryminacji również do tych sfer działalności władz publicznych, które nie są objęte zakresem zastosowania art. 14 Konwencji. Oznacza to, że art. 1 Protokołu 12 rozszerza przedmiotowy zakres zastosowania art. 14, nie zmieniając przy tym samego pojęcia dyskryminacji<sup>304</sup>. Artykuł 1 Protokołu 12 nakłada bezpośrednie obowiązki jedynie na władze publiczne<sup>305</sup>. W literaturze zauważa się również, że Protokół 12 nie wyklucza możliwości przypisania władzy obowiązków pozytywnych w zakresie przeciwdziałania dyskryminacji podmiotów prywatnych i związanych z tworzeniem odpowiednich ram prawnych dla stosunków, w których organy państwowe nie są stroną<sup>306</sup>. Znamienne są w tym zakresie wskazania zawarte w Raporcie wyjaśniającym do Protokołu 12. Stwierdza się w nim, że dodatkowy zakres ochrony na mocy art. 1 dotyczy przypadków, w których osoba jest dyskryminowana:

- a) w korzystaniu z wszelkich praw konkretnie przyznanych jednostce na mocy prawa krajowego;
- b) w korzystaniu z prawa, które może wynikać z wyraźnego obowiązku władz publicznych przewidzianego w prawie krajowym, to znaczy w przypadku, gdy organ publiczny ma obowiązek zgodnie z prawem krajowym zachowywać się w określony sposób;
- c) przez władzę publiczną w ramach wykonywania uprawnień dyskrecyjnych (na przykład przy udzielaniu dotacji);
- d) przez jakiegokolwiek inne działanie lub zaniechanie władzy publicznej<sup>307</sup>.

<sup>302</sup> M. Florczak-Wątor, *Pozytywne obowiązki państwa w zakresie ochrony praw konwencyjnych jednostki*, „Przegląd Naukowy Disputatio” 2010, nr 11, s. 311-325; E.H. Morawska, *Zobowiązania pozytywne państw-stron Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności*, Warszawa 2016; J. Czepek, *op. cit.*, s. 9.

<sup>303</sup> M. Safjan, *Autonomia woli a zasada równego traktowania*, [w:] *Zaciąganie i wykonywanie zobowiązań*, red. E. Gniewek, K. Górska, P. Machnikowski, Warszawa 2010, s. 372-373; L. Garlicki, *Protokół 12 do Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, [w:] *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, t. 2: *Komentarz do artykułów 19-59 oraz Protokołów dodatkowych*, red. L. Garlicki, Warszawa 2011, s. 675; A. Wróbel, *Komentarz do art. 14*, s. 758.

<sup>304</sup> L. Garlicki, *Protokół 12 do Europejskiej Konwencji...*, s. 673.

<sup>305</sup> M.A. Nowicki, *op. cit.*, s. 966.

<sup>306</sup> M. Safjan, *Autonomia woli...*, s. 372; L. Garlicki, *Protokół 12 do Europejskiej Konwencji...*, s. 675.

<sup>307</sup> § 22 Raportu wyjaśniającego do Protokołu 12. Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (Explanatory Report to the Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms), <https://rm.coe.int> [dostęp: 10.11.2022].

W świetle tych wyjaśnień – jak stwierdza Marek A. Nowicki – ochrona przed dyskryminacją na podstawie Protokołu 12 okazuje się szersza niż wynikająca z art. 14 Konwencji i obejmuje w szczególności dziedziny związane z dostępem do określonych dóbr (jak dostęp do miejsc publicznych, dostęp do usług, dostęp do obywatelstwa, a w pewnych wypadkach także do zatrudnienia)<sup>308</sup>. Może również uwzględniać konieczność podejmowania przez władze publiczne działań zapewniających ochronę przed dyskryminacją w stosunkach między podmiotami prywatnymi, jeśli brak reakcji władz mógłby być uznany za nieracjonalny i gdyby prowadził do pozbawienia możliwości korzystania z praw gwarantowanych Konwencją<sup>309</sup>.

Lech Garlicki stwierdza, że z jednej strony EKPC, w tym Protokół 12, należy traktować jako instrument nakierowany na relacje wertykalne, z drugiej, że niektóre jej postanowienia dotyczą sfer, w których nie jest możliwe dostateczne rozróżnienie naruszeń „publicznych” czy „prywatnych”<sup>310</sup>, co przesądza o konieczności zakreślenia szerokiego kręgu podmiotów zobowiązanych do poszanowania zawartych w Konwencji praw. Autor ten dostrzega możliwość wyprowadzenia z Protokołu pozytywnych obowiązków władz publicznych, zwłaszcza w zakresie przeciwdziałania dyskryminacyjnym praktykom podmiotów prywatnych – w szczególności w obszarach, gdzie państwo jest zobowiązane do organizowania relacji horyzontalnych<sup>311</sup>. Podobnie Olha Cherednychenko, która uważa, że milczenie Konwencji w sprawie jej oddziaływania horyzontalnego nie oznacza, że prawa z niej wynikające nie mogą mieć wpływu o horyzontalnym wymiarze<sup>312</sup>. Z kolei Anna Łabno konstatuje, że analiza orzecznictwa w zakresie EKPC przynajmniej pośrednio potwierdza, że w koncepcjach europejskich dominuje metoda upowszechniania zasady równości i niedyskryminacji polegająca na ich pośrednim horyzontalnym zastosowaniu<sup>313</sup>. W literaturze przyjmuje się również, że oddziaływanie Konwencji na stosunki horyzontalne może wynikać z uznania obowiązków państwa polegających na podejmowaniu środków koniecznych do zagwarantowania poszanowania wynikających z Konwencji praw podmiotów prywatnych realizowanych w stosunkach horyzontalnych, oraz może być rezultatem trybunalskiej oceny działalności sądów krajowych zajmujących się rozpatrywaniem spraw związanych z poziomymi stosunkami prawnymi<sup>314</sup>. Odnotowuje się przy tym, że Europejski Trybunał Praw Człowieka, odwołując się do koncepcji obowiązków pozytywnych państwa, wywiódł z norm konwencyjnych określone obowiązki władzy

<sup>308</sup> M.A. Nowicki, *op. cit.*, s. 966.

<sup>309</sup> § 25 Raportu wyjaśniającego do Protokołu 12. Konwencji...; M.A. Nowicki, *op. cit.*, s. 966.

<sup>310</sup> L. Garlicki, *Horyzontalne obowiązywanie...*, s. 32.

<sup>311</sup> *Idem*, *Protokół 12 do Europejskiej Konwencji...*, s. 675.

<sup>312</sup> O.O. Cherednychenko, *Fundamental rights, contract law...*, s. 166.

<sup>313</sup> A. Łabno, *Zasada równości...*, s. 49.

<sup>314</sup> O.O. Cherednychenko, *Fundamental rights, contract law...*, s. 167 i nast.; A. Clapham, *op. cit.*, s. 345.

publicznej także w odniesieniu do sfery relacji prywatnych. W konsekwencji z praw podstawowych gwarantowanych w Konwencji dekodowane są bezpośrednio określone gwarancje, które powinny być przestrzegane także w relacjach horyzontalnych. Oznacza to, że państwo jest zobowiązane zapewniać warunki prawne i faktyczne, które umożliwić będą zgodne ze standardami praw podstawowych kształtowanie relacji horyzontalnych.

Orzecznictwo strasburskie sytuuje możliwe naruszenia praw zawartych w europejskiej Konwencji zarówno w obszarze stanowienia, jak i stosowania prawa, a w tym działań podejmowanych zarówno w ramach *imperium*, jak i *dominium*. Dodatkowo odnosi się nie tylko do wąsko rozumianych organów władzy publicznej, ale także innych podmiotów wykonujących zadania publiczne albo pozostających w strukturze własnościowej państwa, nawet jeśli są podmiotami gospodarczymi działającymi w reżimie prywatnoprawnym<sup>315</sup>. Jednocześnie Lech Garlicki dostrzega, że postanowienia Konwencji umożliwiają wnoszenie skarg jedynie przeciwko państwom członkowskim, co z kolei wpływa na potrzebę oddzielenia obowiązków różnych podmiotów dotyczących poszanowania praw wskazanych w Konwencji od odpowiedzialności władz publicznych za ich naruszenie<sup>316</sup>.

Podobnie jak w przypadku Karty Praw Podstawowych, przedstawia się kwestia beneficjentów Konwencji. Należy do nich włączać nie tylko osoby fizyczne, ale także osoby prawne i inne jednostki organizacyjne, w tym przedsiębiorców<sup>317</sup>. Oczywiście zastosowanie poszczególnych postanowień EKPC wobec podmiotów innych niż osoby fizyczne zależeć będzie od treści danego prawa. Warto jednak, tytułem ilustracji, przywołać brzmienie art. 1 Protokołu 1 do Konwencji, zgodnie z którym „każda osoba fizyczna i prawna ma prawo do poszanowania swego mienia”. Podobne zapatrywania można odnieść do zasady równości. Jak odnotowuje Marcius Emberland, równość stanowi wartość, zgodnie z którą Europejski Trybunał Praw Człowieka uwzględnia również interesy podmiotów zbiorowych<sup>318</sup>.

Konwencja nie odnosi się jednak do kwestii wolności działalności gospodarczej. Uznać można, że pewne aspekty tej swobody chronione są w ramach art. 1 Protokołu 1 w zakresie, w jakim dochodzi do ingerencji w sferę uprawnień właścicielskich przedsiębiorcy.

W świetle powyższego należałoby przyjąć, że EKPC, podobnie jak KPP, świadczy o istotnym, choć częściowym wpływie praw podstawowych na obowiązki równego

<sup>315</sup> L. Garlicki, *Horyzontalne obowiązywanie...*, s. 34-35.

<sup>316</sup> *Ibidem*, s. 33.

<sup>317</sup> M. Bernatt, *Państwo jako gwarant praw podstawowych w działalności gospodarczej. Czas wyzwań*, [w:] *Państwo a gospodarka. Zasady – instytucje – procedury*, red. P. Lissoń, M. Strzelbicki, Poznań 2020, s. 52; K. Kowalik-Bañczyk, *op. cit.*, s. 21; M. Emberland, *The Human Rights of Companies: Exploring the Structure of ECHR Protection*, Oxford 2006, s. 208.

<sup>318</sup> M. Emberland, *op. cit.*, s. 141.



traktowania. Konwencja nie jest jednak samodzielnym źródłem obowiązków równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne.

### 3.6. Obowiązki równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne a przestrzeganie praw podstawowych w stosunkach zewnętrznych Unii Europejskiej

Ochrona i przestrzeganie praw podstawowych jest bez wątpienia „zasadą założycielską Unii”, co przekłada się jednak nie tylko na relacje wewnętrzne, ale także na stosunki zewnętrzne Unii<sup>319</sup>. Paweł Turczyński stwierdza, że wprawdzie pierwotnie

kategoria praw podstawowych ewoluowała nieco inaczej w prawie wewnętrznym WE, a inaczej w relacjach ze światem zewnętrznym. W pierwszym wypadku prawa podstawowe oprócz politycznych i etycznych rozszerzyły się na gospodarczo-społeczne. Natomiast w drugim wypadku ich rozwój został wyhamowany na „szkieletowym” poziomie polityczno-cywilizacyjnym, który nie wykraczał poza podstawowe standardy: praworządność, proceduralna demokracja, równość wobec prawa, ochrona praw obywatelskich<sup>320</sup>.

W praktyce już od lat 60. XX w. Wspólnoty Europejskie zaczęły wyraźniej opierać swoje stosunki gospodarcze z państwami trzecimi na podstawowych wartościach i prawach człowieka<sup>321</sup>. W kolejnych dekadach następowała konkretyzacja praw podstawowych we wspólnotowych dokumentach politycznych, by wreszcie znaleźć swój wyraz w wielu instrumentach – zarówno konsensualnych, jak i autonomicznych – służących wspieraniu ochrony praw podstawowych w państwach trzecich<sup>322</sup>. Działania unijne w tym zakresie nie wynikają wprawdzie z jakichś specjalnych kompetencji organów Unii do upowszechniania ochrony praw podstawowych<sup>323</sup>, realizowane są jednak – jak ujmuje to Konrad Marciniak – niejako „przy okazji” różnych polityk unijnych, w tym handlowej<sup>324</sup>.

Zewnętrzny wymiar praw podstawowych wyraża się również w zawartych w źródłach normatywnych oraz dokumentach unijnych odwołaniach do międzynarodowych aktów odnoszących się do praw człowieka. W ocenie Olgi Barbarskiej

<sup>319</sup> O. Barbarska, *Podstawy normatywne funkcjonowania Unii Europejskiej w stosunkach międzynarodowych – ujęcie teoretyczne*, „Stosunki Międzynarodowe – International Relations” 2016, nr 4(52), s. 70.

<sup>320</sup> P. Turczyński, *Prawa podstawowe w polityce zagranicznej Unii Europejskiej*, [w:] *Ochrona praw podstawowych...*, s. 81.

<sup>321</sup> *Ibidem*.

<sup>322</sup> K. Marciniak, *Prawa podstawowe w stosunkach zewnętrznych Unii Europejskiej*, [w:] *Prawa podstawowe...*, s. 542, 554; A. Szmigielski, *Prawa człowieka i demokracja w centrum działań zewnętrznych Unii Europejskiej. Dylematy prawne i polityczne*, „Przegląd Zachodni” 2016, nr 358, s. 12-15.

<sup>323</sup> A. Szmigielski, *op. cit.*, s. 15, 20.

<sup>324</sup> K. Marciniak, *op. cit.*, s. 541-542.

stanowi to cechę odróżniającą Unię Europejską od innych uczestników stosunków międzynarodowych i tym samym w znacznym stopniu decydującą o jej unikatowym charakterze<sup>325</sup>. Ilustracją może być tu treść preambuły Jednolitego aktu europejskiego, w której uwidocznione zostały wartości wyznaczające aktywności państw członkowskich na arenie międzynarodowej:

Świadomi odpowiedzialności spoczywającej na Europie, która coraz częściej dąży do wypowiedzania się jednym głosem i do zgodnego i solidarnego działania, mającego na celu skuteczniejszą ochronę wspólnych interesów i niezależności, a zwłaszcza uwypuklania związanych z nimi zasad demokracji oraz przestrzegania prawa i praw człowieka, tak aby razem przyczynić się do zachowania międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa, zgodnie z zobowiązaniem podjętym przez nie w ramach Karty Narodów Zjednoczonych<sup>326</sup>.

Z kolei zgodnie z art. 21 TUE działania UE na arenie międzynarodowej oparte są na zasadach, które leżą u podstaw jej utworzenia, rozwoju i rozszerzenia, a które zamierza ona wspierać na świecie: demokracji, państwa prawnego, powszechności i niepodzielności praw człowieka i podstawowych wolności, poszanowania godności ludzkiej, zasad równości i solidarności oraz poszanowania zasad Karty Narodów Zjednoczonych i prawa międzynarodowego. W Traktacie stwierdza się, że Unia dąży do rozwijania stosunków i budowy partnerstwa z państwami trzecimi oraz z organizacjami międzynarodowymi, regionalnymi lub światowymi, które wyznają te zasady. W myśl ust. 2 cytowanego artykułu UE określa i prowadzi wspólne polityki i działania oraz dąży do zapewnienia wysokiego stopnia współpracy we wszelkich dziedzinach stosunków międzynarodowych, w celu m.in. „umacniania i wspierania demokracji, państwa prawnego, praw człowieka i zasad prawa międzynarodowego”. Natomiast w myśl art. 205 TFUE działania UE na arenie międzynarodowej są oparte na zasadach określonych w art. 21 TUE. W zakresie stosunków zewnętrznych niebagatelną rolę odgrywają również wskazania artykułowane w dokumentach o charakterze politycznym, jak chociażby Konkluzje Rady „w sprawie planu działania UE dotyczącego prawa człowieka i demokracji na lata 2020–2024”<sup>327</sup>. Potwierdza się w nim zdecydowane zaangażowanie Unii Europejskiej na rzecz dalszego propagowania powszechnych wartości dla wszystkich, zarówno w ramach polityki wewnętrznej, jak i zewnętrznej. Stwierdza się przy tym, że plan działania UE dotyczący praw człowieka i demokracji określa priorytety UE i jej państw członkowskich w stosunkach ze wszystkimi państwami trzecimi, we wszystkich obszarach działań zewnętrznych UE, w tym np. w dziedzinie handlu<sup>328</sup>.

<sup>325</sup> O. Barburska, *op. cit.*, s. 71.

<sup>326</sup> Preambuła Jednolitego aktu europejskiego (Dz.Urz. UE L 169 z 29.06.1987 r., s. 1–28).

<sup>327</sup> <https://www.consilium.europa.eu/media/46838/st12848-en20.pdf> [dostęp: 4.02.2023].

<sup>328</sup> Konkluzja Rady w sprawie planu działania UE dotyczącego prawa człowieka i demokracji na lata 2020–2024, s. 2, 5 i 26.

Współcześnie niwą, na której realizują się zamierzenia unijne w zakresie ochrony praw podstawowych, jest również tzw. Wspólna Polityka Zagraniczna i Bezpieczeństwa, która – oprócz istniejących już od kilkudziesięciu lat „stosunków zewnętrznych” (ang. *external relations*) – stała się polem oddziaływania na otoczenie międzynarodowe Unii Europejskiej. Na przykład na mocy Traktatu z Maastricht do Wspólnej Polityki Zagranicznej i Bezpieczeństwa Unii Europejskiej zaliczono m.in. rozwijanie i umacnianie demokracji i państwa prawnego, ochronę wspólnych wartości oraz poszanowanie praw człowieka i podstawowych wolności<sup>329</sup>.

W świetle poczynionych rozważań, warto zatem odrębnie spojrzeć na problematykę równych podmiotów ubiegających się o zamówienia publiczne pochodzących spoza Unii Europejskiej. Przypomnieć przy tym należy, że dyrektywy zamówieniowe skierowane do państw członkowskich służą realizacji zasad udzielenia zamówień publicznych w ramach rynku wewnętrznego, a więc odnoszą się do wykonawców pochodzących z UE. W ramach kształtowania ustawodawstwa krajowego państwa członkowskie posiadają więc zasadniczo swobodę w określaniu dostępu do krajowych rynków zamówień publicznych przez wykonawców spoza UE. Jednak swoboda ta podlega jednocześnie istotnym ograniczeniom wynikającym z aktów prawnych zawieranych przez UE z państwami trzecimi (w tym umów dwustronnych i porozumień wielostronnych<sup>330</sup>), jak i z samego europejskiego prawa pierwotnego i pochodnego. Na zakres zastosowania europejskich zasad wyznaczających obowiązki równego traktowania w zamówieniach publicznych należy zatem spojrzeć dodatkowo przez pryzmat porozumień (umów) międzynarodowych dotyczących wolnego handlu zawieranych przez UE z krajami trzecimi<sup>331</sup>. Stanowią one w istocie jedno ze źródeł prawa europejskiego<sup>332</sup>. Należy wśród nich wskazać umowy plurilateralne, jak GPA, ale także Umowę tworzącą Europejski Obszar Gospodarczy, Układ o Stabilizacji i Stowarzyszeniu między Wspólnotami Europejskimi i ich państwami członkowskimi a Republiką Serbii czy liczne dwustronne umowy zawierane przez UE z określonymi państwami w kwestii wolnego handlu, jak FTA (ang. *free trade agreements*)<sup>333</sup>.

Wśród nich prymarne znaczenie ma GPA, które jest jednym z najważniejszych wielostronnych aktów międzynarodowych dotyczących zamówień publicznych,

<sup>329</sup> Należy jednak zauważyć, że Wspólna Polityka Zagraniczna i Bezpieczeństwa jest w istocie dziedziną współpracy o charakterze międzyrządowym, a nie obszarem polityki zagranicznej UE.

<sup>330</sup> W. Hartung, *Komentarz do art. 25*, [w:] W. Hartung, M. Bağlaj, T. Michalczyk, M. Wojciechowski, J. Krysa, K. Kuźma, *Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 328.

<sup>331</sup> Art. 218, TFUE; A. Nowak-Far, *Uczestnictwo Unii Europejskiej w GATT/WTO i zakres jej kompetencji do zawierania w tym zakresie umów międzynarodowych*, [w:] *Prawo Światowej Organizacji Handlu a Unia Europejska*, red. A. Nowak-Far, Warszawa 2008, s. 4 i nast.

<sup>332</sup> C. Mik, *Europejskie prawo wspólnotowe...*, s. 507.

<sup>333</sup> A. Sołtysińska, *Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Zakamycze 2006, s. 135.

a zarazem jedyną umową funkcjonującą w ramach Światowej Organizacji Handlu (WTO) odnoszącą się wyłącznie do zamówień publicznych. GPA nie wiąże jednak wszystkich członków WTO, lecz tylko tych, którzy zdecydowali się przystąpić do tego Porozumienia<sup>334</sup>. Stronami GPA są m.in. Unia Europejska oraz inne państwa członkowskie<sup>335</sup>. Unia Europejska podpisała GPA w zakresie swojej kompetencji, a poszczególne państwa ją tworzące w zakresie ich kompetencji. W rezultacie zarówno Unia Europejska, jak również poszczególne jej państwa członkowskie są obowiązane do zapewnienia zgodności swoich przepisów z GPA<sup>336</sup>. Ponadto z faktu, że państwa członkowskie Unii są objęte równocześnie postanowieniami dyrektyw i GPA, wynika, że w stosunkach pomiędzy poszczególnymi państwami członkowskimi mają zastosowanie wyłącznie postanowienia dyrektyw. Postanowienia GPA mają więc zastosowanie w relacjach pomiędzy UE a jednym lub kilkoma państwami unijnymi oraz jednym lub więcej państwami sygnatariuszami GPA<sup>337</sup>.

Celem Porozumienia GPA jest ustanowienie wielostronnych ram zrównoważonych praw i obowiązków w zakresie zamówień publicznych w celu liberalizacji i rozwoju światowego handlu. Porozumienie GPA zostało zatwierdzone Decyzją Rady 94/800/WE oraz Decyzją Rady 2014/115/UE dotyczącą zawarcia Protokołu zmieniającego Porozumienie w sprawie zamówień rządowych. Tym samym Porozumienie GPA należy do europejskiego porządku prawnego jako prawnie wiążąca umowa międzynarodowa<sup>338</sup>. W przypadku zamówień objętych Porozumieniem instytucje zamawiające powinny wypełniać obowiązki z niego wynikające poprzez stosowanie dyrektywy do wykonawców z państw trzecich będących sygnatariuszami GPA<sup>339</sup>. Zakres podmiotowy Porozumienia dotyczy tzw. „podmiotów zamawiających”, które zostały wskazane w załącznikach do Porozumienia<sup>340</sup>. Natomiast zakres przedmiotowy

<sup>334</sup> W 2019 r. GPA liczyło dwadzieścia stron obejmujących 48 członków WTO, w tym Unię Europejską z jej 28 państwami. Poza UE stronami GPA są: Armenia, Australia, Czarnogóra, Holandia w odniesieniu do Aruby, Hong Kong, Islandia, Izrael, Japonia, Kanada, Korea Płd., Liechtenstein, Mołdawia, Norwegia, Nowa Zelandia, Singapur, Szwajcaria, Tajwan, Ukraina i USA. Negocjacje warunków przystąpienia do GPA prowadzi m.in.: Albania, Chiny, Gruzja, Jordania, Kirgistan, Oman, Północna Macedonia, Federacja Rosyjska i Tadżykistan. Z kolei zobowiązania do podjęcia negocjacji ws. przystąpienia do GPA złożyły Afganistan, Mongolia, Arabia Saudyjska i Seszele. W 2019 r. status obserwatora przy GPA uzyskali: Ekwador, Paragwaj i Filipiny.

<sup>335</sup> W ocenie A. Sołtysińskiej Porozumienie GPA budzi wątpliwości w określeniu zakresu zastosowania, ponieważ jawi się jako seria bilateralnych porozumień w sprawie zamówień publicznych pomiędzy poszczególnymi sygnatariuszami. A. Sołtysińska, *Europejskie prawo...*, s. 132.

<sup>336</sup> D. Piasta, *Zamówienia publiczne w świetle procedur Światowej Organizacji Handlu*, Warszawa 2001, s. 84-85.

<sup>337</sup> *Ibidem*, s. 85.

<sup>338</sup> A. Sołtysińska, *Europejskie prawo...*, s. 132.

<sup>339</sup> Dyrektywa klasyczna, motyw 17; dyrektywa sektorowa, motyw 27.

<sup>340</sup> Decyzja Rady 2014/115/UE z dnia 2 grudnia 2013 r. dotycząca zawarcia Protokołu zmieniającego Porozumienie w sprawie zamówień rządowych (Dz.Urz.UE.L 68 z 7.3.2014), art. I.

Porozumienia GPA obejmuje zamówienia o wartości przekraczającej wskazane w Porozumieniu kwoty progowe<sup>341</sup>. Zakres obowiązywania Porozumienia oparty jest przy tym na strukturze, którą w literaturze określono jako „różnicowana geometria” (fr. *géométrie variable*)<sup>342</sup>. Model ten wyraża się w tym, że w ramach jednego Porozumienia dopuszczono możliwość różnego jego zastosowania w zależności od wartości zamówień ustalonych odrębnie dla poszczególnych sygnatariuszy. Zgodnie z zasadą wzajemności dane państwo otwiera swój rynek zamówień publicznych dla wykonawców innej strony porozumienia w takim zakresie, w jakim wykonawcy mają zapewniony dostęp w drugim państwie<sup>343</sup>.

Kluczowe znaczenie w tym zakresie ma treść preambuły oraz postanowienia art. IV GPA dotyczącego „zasad ogólnych”, wśród których pierwsze miejsce zajmuje kwestia niedyskryminacji. Strony porozumienia uznały, że środki dotyczące zamówień rządowych nie powinny być stosowane w celu ochrony krajowych dostawców, towarów lub usług ani w celu dyskryminacji zagranicznych dostawców, towarów lub usług. GPA nie posługuje się zwrotem „zasada równego traktowania” lub „zasada niedyskryminacji”. Postanowienie zawarte w art. IV GPA dotyczące *Zasad ogólnych* nawiązuje jednak wprost do terminu „niedyskryminacja”. W literaturze stwierdza się w związku z tym, że GPA oparte jest na zasadzie niedyskryminacji (ang. *principle of non-discrimination*) wyrażającej się w tzw. zasadzie traktowania narodowego (ang. *principle of national treatment*)<sup>344</sup> oraz zasadzie najwyższego uprzywilejowania (ang. *principle of most favored nation treatment*)<sup>345</sup>.

Zgodnie z pierwszą zasadą strony GPA zobowiązały się udostępnić swoje rynki zamówień podmiotom pochodzącym z innych państw – stron GPA – i umożliwić ubieganie się o zamówienia publiczne na równych prawach z wykonawcami krajowymi<sup>346</sup>. Istotą tej zasady jest wymaganie, aby członek Porozumienia nie stawiał towarów, usług lub obywateli innych członków Porozumienia w niekorzystnej sytuacji konkurencyjnej w stosunku do własnych towarów, usług lub obywateli. Natomiast zasada najwyższego uprzywilejowania służy zagwarantowaniu, że wykonawcy z innych państw-stron Porozumienia będą traktowani nie mniej korzystnie niż wykonawcy jakiegokolwiek innej strony GPA. Jest to zobowiązanie do przyznania drugiej stronie

<sup>341</sup> Art. II; D. Piasta, *op. cit.*, s. 21.

<sup>342</sup> D. Piasta, *op. cit.*, s. 30.

<sup>343</sup> A. Sołtysińska, *Europejskie prawo...*, s. 133. Problem bezpośredniego zastosowania GPA w europejskim porządku prawnym pozostaje jednak w doktrynie nadal kwestią dyskusyjną. Więcej na ten temat: D.D. Dingel, *Direct Effect of the Government Procurement Agreement*, „Public Procurement Law Review” 1996, nr 6, s. 254.

<sup>344</sup> Art. IV ust. 1, pkt a.

<sup>345</sup> Art. IV ust. 1, pkt b; C. Bovis, *The Law of EU Public Procurement*, Cheltenham 2012, s. 59; A. Davies, *The Evolving GPA. Lessons of Experience and Prospect for the Future*, [w:] *The Internationalization of Government Procurement Regulation*, red. A. Georgopoulos, B. Hoekman, P.C. Mavroidis, Oxford 2017, s. 28; S. Arrowsmith, *Government Procurement in the WTO*, Boston 2003, s. 169.

<sup>346</sup> S. Arrowsmith, *op. cit.*, s. 160-163; B. Ziemblicki, *op. cit.*, Toruń 2013, s. 87.

umowy klauzuli zawierającej te same prawa i przywileje, które zostały już przyznane lub zostaną przyznane w przyszłości jakimkolwiek państwu trzeciemu<sup>347</sup>.

Postanowienia GPA odnoszą się również do zakazów mniej korzystnego traktowania krajowych dostawców ze względu na wysokość zagranicznych udziałów czy własność albo oferowanie towarów lub usług pochodzących z państwa będącego stroną Porozumienia. GPA odwołuje się także do „arbitralnej lub nieuzasadnionej dyskryminacji” w związku z zastrzeżeniem możliwości stosowania wyjątków od postanowień Porozumienia<sup>348</sup>.

Z kolei przykładem umowy o wolnym handlu jest Umowa z dnia 31 grudnia 2020 r. o handlu i współpracy między Unią Europejską i Europejską Współnotą Energii Atomowej, z jednej strony, a Zjednoczonym Królestwem Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej, z drugiej strony<sup>349</sup>. Jak wskazano w treści Umowy, celem zawartych w niej postanowień jest m.in. zagwarantowanie każdej ze stron dostępu do rozszerzonych możliwości udziału w procedurach udzielania zamówień publicznych<sup>350</sup>. W związku z tym przyjęto, że w zakresie zamówień objętych Umową zastosowanie znajdują określone postanowienia GPA, w tym dotyczące zasady niedyskryminacji, zasady traktowania narodowego oraz zasady najwyższego uprzywilejowania<sup>351</sup>.

W nawiązaniu do problematyki zasad ogólnych jako źródeł obowiązków równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne oraz aktów dwustronnych na dodatkową uwagę zasługują też postanowienia zawarte w Umowie o wystąpieniu Zjednoczonego Królestwa Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej z Unii Europejskiej i Europejskiej Wspólnoty Energii Atomowej, które odnosiły się do okresu przejściowego, czyli do 31 grudnia 2020 r.<sup>352</sup> Zgodnie z nimi do toczących się wówczas postępowań o udzielenie zamówień publicznych zastosowanie miały regulacje Porozumienia, które odwoływały się z kolei do tzw. „odpowiednich zasad” (*relevant rules*), którymi w Porozumieniu są m.in. ogólne zasady prawa Unii (*the general principles of Union law*)<sup>353</sup>.

Innym przykładem umowy o wolnym handlu, której stroną jest Unia, a do której nawiązują dyrektywy zamówieniowe, jest Kompleksowa Umowa Gospodarczo-Handlowa (CETA) między Kanadą a Unią Europejską i jej państwami członkowskimi<sup>354</sup>. Podobnie jak w przypadku GPA, CETA przewiduje obowiązek nie mniej

<sup>347</sup> D. Piasta, *op. cit.*, s. 11 i 48; B. Ziemblicki, *op. cit.*, s. 87.

<sup>348</sup> Decyzja Rady 2014/115/UE z dnia 2 grudnia 2013 r. dotycząca zawarcia Protokołu zmieniającego Porozumienie w sprawie zamówień rządowych, art. III ust. 2.

<sup>349</sup> Dz.Urz.UE.L 444 z 31.12.2020.

<sup>350</sup> Art. PPROC.1.

<sup>351</sup> Art. PPROC.2 ust. 1.

<sup>352</sup> 2019/C 384 I/01. Art. 126.

<sup>353</sup> Art. 75.

<sup>354</sup> Kompleksowa umowa gospodarczo-handlowa (CETA) między Kanadą, z jednej strony, a Unią Europejską i jej państwami członkowskimi, z drugiej strony z dnia 14 stycznia 2017 r. (Dz.Urz. UE.L 11 z 14.1.2017).



korzystnego traktowania niż traktowanie, jakie strona umowy, w tym jej podmioty zamawiające, zapewnia własnym towarom, usługom i dostawom<sup>355</sup>. Dodatkowo umowa precyzuje, że strony nie mogą traktować żadnego miejscowego dostawcy mniej korzystnie niż innego miejscowego dostawcy ze względu na stopień przynależności lub własności zagranicznej oraz nie mogą dyskryminować miejscowego dostawcy w związku z tym, że towary lub usługi oferowane przez tego dostawcę przy konkretnym zamówieniu są towarami lub usługami drugiej strony<sup>356</sup>.

Kolejnym przykładem umowy o wolnym handlu jest Umowa pomiędzy UE a Japonią w sprawie partnerstwa gospodarczego inkorporująca postanowienia GPA, a także przewidująca zakazy wykluczania dostawców z państwa jednej strony w zamówieniach organizowanych przez państwa drugiej strony<sup>357</sup>. Podobnie umowy o wolnym handlu między Unią Europejską a Republiką Singapuru<sup>358</sup> lub między Unią Europejską a Socjalistyczną Republiką Wietnamu<sup>359</sup>, które przewidują zasadę najwyższego uprzywilejowania rozumianą jako źródło obowiązku traktowania wykonawców jednej strony nie mniej korzystnie niż innych wykonawców, a także zakaz dyskryminacji wykonawców ze względu na pochodzenie oferowanych przez nich towarów lub usług<sup>360</sup>.

Wracając na grunt prawa unijnego, warto przypomnieć, że dyrektywy zamówieniowe zobowiązują państwa członkowskie, a przez to instytucje zamawiające, do nie mniej korzystnego traktowania wykonawców pochodzących z państw sygnatariuszy Porozumienia w sprawie zamówień rządowych GPA i innych umów międzynarodowych niż wykonawców z Unii<sup>361</sup>. Na przykład w art. 25 dyrektywy klasycznej stwierdza się, że

w zakresie, w jakim obejmują to załączniki 1, 2, 4 i 5 oraz uwagi ogólne do dodatku I Unii Europejskiej do Porozumienia GPA, a także inne umowy międzynarodowe, którymi związana jest Unia, instytucje zamawiające przyznają robotom budowlanym, dostawom, usługom i wykonawcom sygnatariuszy wspomnianych umów i Porozumienia traktowanie nie mniej korzystne niż traktowanie przyznane robotom budowlanym, dostawom, usługom i wykonawcom Unii.

W efekcie w dyrektywach postanawia się m.in., że kryteria udzielenia zamówienia lub warunki realizacji zamówienia dotyczące społecznych aspektów procesu produk-

<sup>355</sup> Art. 19.4 ust. 1.

<sup>356</sup> *Ibidem*, ust. 12.

<sup>357</sup> Umowa o partnerstwie gospodarczym między Unią Europejską a Japonią z dnia 27 grudnia 2018 r. (Dz.Urz.U.E.L 330 z 27.12.2018), art. 10.1-10.17.

<sup>358</sup> Umowa o wolnym handlu między Unią Europejską a Republiką Singapuru z dnia 14 listopada 2019 r. (Dz.Urz.U.E.L 294 z 14.11.2019).

<sup>359</sup> Umowa o wolnym handlu między Unią Europejską a Socjalistyczną Republiką Wietnamu z dnia 12 czerwca 2020 r. (Dz.Urz.U.E.L 186 z 12.6.2020).

<sup>360</sup> Art. 9.4.2.

<sup>361</sup> Zob. też dyrektywa sektorowa, art. 43.

cji nie powinny być dobierane ani stosowane w sposób pośrednio lub bezpośrednio dyskryminujący wykonawców pochodzących nie tylko z innych państw członkowskich, ale także z państw trzecich będących stronami Porozumienia GPA lub umów o wolnym handlu, których stroną jest Unia<sup>362</sup>. Regułę nie mniej korzystnego traktowania wykonawców z państw trzecich traktuje się niekiedy jako rozszerzenie zasady równego i niedyskryminacyjnego traktowania<sup>363</sup>. Pogląd ten wydaje się jednak zbyt odważny. Raczej należałoby mówić o recypowaniu na grunt dyrektyw zamówieniowych zasady nie mniej korzystnego traktowania określonej w aktach prawa międzynarodowego.

Należy również dodać, że prawo europejskie nie sprzeciwia się zawieraniu z państwami trzecimi umów międzynarodowych dotyczących zamówień publicznych przez same rządy państw członkowskich. Można by więc w tym zakresie przypuszczać, że państwa członkowskie mogą całkowicie swobodnie określać warunki ubiegania się o zamówienia publiczne. Stanowisko to wiązałoby się jednak z ignorowaniem oczywistego faktu, że rynek zamówień publicznych każdego państwa członkowskiego jest w istocie przestrzenią rynku wewnętrznego Unii Europejskiej. W związku z tym całkowita dyskrecja państw członkowskich w tym zakresie mogłaby podważać znaczenie integracji europejskiej w wymiarze gospodarczym. Należałoby więc przyjąć, że prawo państw członkowskich do zawierania z państwami trzecimi umów międzynarodowych dotyczących zamówień publicznych, a dalej udzielenie na tej podstawie zamówień publicznych determinowane jest podstawowymi zasadami prawa europejskiego w analogiczny sposób, jak w przypadku zamówień niepodlegających dyrektywom.

Warto w tym kontekście przywołać stanowisko Komisji wyrażone w Komunikacie z dnia 24 lipca 2019 r. pt.: *Wytyczne dotyczące udziału oferentów z państw trzecich w unijnym rynku zamówień publicznych oraz wprowadzania na ten rynek towarów z państw trzecich*<sup>364</sup>. Komisja przyjmuje w nim za punkt wyjścia, że podstawową wartością europejskiego rynku zamówień publicznych jest otwartość, która umożliwia ubieganie się o zamówienia publiczne podmiotom z UE, ale także z całego świata. W tym punkcie ujawnia się pewien fundamentalny wymiar praw podmiotów ubiegających się o zamówienia publiczne w UE. Komisja traktuje taką okoliczność jako kluczowe osiągnięcie jednolitego rynku, ale jednocześnie dostrzega możliwość istnienia niekorzystnych elementów takiej otwartości dla unijnych wykonawców. Mogą być one związane z brakiem wzajemności w otwarciu rynku zamówień w państwach trzecich, istnieniem odmiennych zasad udzielenia wykonawcom pomocy państwo-

<sup>362</sup> Dyrektywa klasyczna, motyw 98; dyrektywa sektorowa, motyw 103.

<sup>363</sup> W. Hartung, *Komentarz do art. 25*, s. 328.

<sup>364</sup> *Wytyczne dotyczące udziału oferentów z państw trzecich w unijnym rynku zamówień publicznych oraz wprowadzania na ten rynek towarów z państw trzecich*, Komunikat Komisji C(2019) 5494 final, [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/2019.3911\\_pl\\_03.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/2019.3911_pl_03.pdf), s. 9 [dostęp: 29.01.2021].

wej w postaci subsydiów, a także zróżnicowanym podejściem do standardów i norm pracowniczych, społecznych lub środowiskowych. Celem wytycznych, jak zadeklarowali autorzy, jest więc m.in. zapewnienie, by wszyscy wykonawcy – zarówno z UE, jak i z państw trzecich – działali według tych samych zasad oraz przestrzegali tych samych norm i wymogów w sposób pozwalający na zachowanie równowagi między otwartością rynku zamówień publicznych a równością szans wykonawców<sup>365</sup>.

Komisja przypominała, że dyrektywy przewidują zasadę nie mniej korzystnego traktowania wykonawców z państw trzecich w zakresie porozumienia GPA czy umów o wolnym handlu zawartych przez UE. Ale poza tym zakresem, wykonawcy z państw trzecich, którzy nie zawarli żadnej umowy przewidującej otwarcie unijnego rynku zamówień publicznych lub których towary, usługi i roboty budowlane nie są objęte taką umową, nie mają zapewnionego udziału w procedurach udzielania zamówień publicznych w UE i mogą zostać z nich wykluczeni<sup>366</sup>. W *Wytycznych* Komisja stwierdziła również, że procedury udzielania zamówień publicznych w ramach umów międzyrządowych zawieranych przez państwa członkowskie UE z państwami trzecimi są wyłączone z zakresu przepisów UE dotyczących zamówień publicznych na warunkach określonych w dyrektywach, ale zakładając, że szczegółowe przepisy dotyczące zamówień zawarte w takiej umowie są w pełni zgodne z Traktatem UE, w szczególności z zasadami przejrzystości, równego traktowania i niedyskryminacji. Dodatkowo, żadna umowa międzynarodowa zawarta między państwem członkowskim a co najmniej jednym państwem trzecim nie może stanowić podstawy do udzielania zamówień bezpośrednio państwom trzecim lub ich wykonawcom. Praktyka taka – w ocenie Komisji – byłaby niezgodna z wyłączną kompetencją UE w zakresie wspólnej polityki handlowej oraz z podstawowymi zasadami dotyczącymi zamówień publicznych zawartymi w traktatach UE. W konsekwencji oznacza to, że zamówienia udzielane na podstawie takich umów międzyrządowych muszą być zgodne z zasadami zawartymi w Traktacie UE<sup>367</sup>.

#### 4. Wnioski

W zakresie analiz dotyczących obowiązków równego traktowania przy stanowieniu prawa odniesiono się do położenia podmiotów ubiegających się o zamówienia publiczne i odnotowano, że spoczywanie na prawodawcy obowiązków równego traktowania wyznacza co najmniej korzystną sytuację faktyczną dla ogółu podmiotów ubiegających się o zamówienia, którą można opisać m.in. jako refleks obowiązków równego traktowania. Zwrócono jednak uwagę na okoliczność, że istnienie prawo-

<sup>365</sup> *Wytyczne dotyczące udziału oferentów z państw trzecich...*, s. 3-5.

<sup>366</sup> *Ibidem*, s. 6-7.

<sup>367</sup> *Ibidem*, s. 8.

dawczych obowiązków równego traktowania determinuje również położenie prawne ubiegających się o zamówienia publiczne. Wyraża się ono w istnieniu publicznego prawa podmiotowego do równego traktowania. Taka sytuacja prawna ubiegających się o zamówienia publiczne kształtowana jest zarówno normami konstytucyjnymi, jak i unijnym prawem traktatowym. Dostrzeżono jednocześnie, że generalna sytuacja prawna ubiegających się o zamówienia publiczne może jednak zostać dodatkowo ukształtowana na skutek ustanowienia norm, które zobowiązują zamawiających do uznania prawa do ubiegania się o zamówienia jakiejś kategorii podmiotów. W tym przypadku położenie prawne ubiegających się o zamówienia, determinowane obowiązaniem norm obligujących do uznania określonej kategorii podmiotów jako posiadających prawo do ubiegania się o zamówienia publiczne, można opisać jako prawnie uznaną zdolność do ubiegania się o określone zamówienie publiczne. Owa zdolność wyraża się w wyznaczonej prawem możliwości zajmowania pozycji ubiegających się o zamówienie w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Odnotowano także możliwość aktualizowania się określonych uprawnień konkretnych podmiotów w związku z niewykonywaniem lub nieprawidłowym wykonywaniem przez prawodawcę obowiązków równego traktowania o zamówienia publiczne. Wskazano w tym zakresie chociażby na możliwość powstania roszczenia o naprawienie szkody wyrządzonej niezgodnym z prawem działaniem władzy publicznej czy wadliwą implementacją dyrektyw oraz na możliwość wniesienia skargi konstytucyjnej.

Podobnie jak w obszarze obowiązków prawodawczych, samo istnienie obowiązków przestrzegania prawa zamówień publicznych w sposób zapewniający równe traktowanie ubiegających się o zamówienia stwarza korzystną sytuację faktyczną dla takich podmiotów. W przypadku wszczęcia konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia owa sytuacja faktyczna wzbogaca się o powstanie szansy w jego uzyskaniu. Szansa taka staje się większa, gdy postępowanie o udzielenie zamówienia wszczynane jest na skutek indywidualnie kierowanego do oznaczonych podmiotów zaproszenia do składania ofert albo zaproszenia do negocjacji. Jednak jako kluczowe z punktu widzenia równego traktowania stwierdzono wykonywanie przez zamawiającego czynności kwalifikujących, a w związku tym również czynności służących ustalaniu stanów faktycznych, w stosunku do których zastosowanie znajdują warunki zamówienia podejmowane z natury rzeczy w ramach toczącego się już postępowania o zamówienie publiczne. W przypadkach takich, modyfikacji ulega status określonego podmiotu jako uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia. Zmiana położenia prawnego ubiegającego się o zamówienie publiczne wyrażać się będzie w takich sytuacjach w uzyskaniu jakiegoś nowego uprawnienia lub wiązki takich uprawnień. Na tej podstawie przyjęto, że istnienie obowiązków instytucji zamawiającej, których realizacja kształtuje położenie prawne ubiegających się o określone zamówienie, a które muszą być wykonywane w sposób zapewniający równe traktowanie, samo przez się kształtuje ogólną sytuację prawną ubiegających się o takie zamówienie. Ową

sytuację prawną określać należy jako prawo do równego traktowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Przy czym na takie prawo składa się wiele uprawnień szczegółowych, które mogą aktualizować się w trakcie postępowania. Ich wspólną treścią jest możliwość wymagania od instytucji zamawiających realizacji konkretnych obowiązków w sposób urzeczywistniający równe traktowanie. Jako szczególną postać prawa do równego traktowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wskazano wolność od dyskryminacji. Natomiast zapewnieniu ochrony i realizacji prawa do równego traktowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego służą z kolei różne uprawnienia, w tym związane ze środkami ochrony prawnej przewidzianymi w prawie zamówień publicznych lub wynikającymi z innych regulacji.

Przedmiotem analiz w ramach niniejszego rozdziału był również związek, jaki może zachodzić między obowiązkami równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne a obowiązkami przestrzegania praw podstawowych. Centralnym zagadnieniem badawczym uczyniono kwestię wyrażającą się w pytaniu, czy wykonywanie wynikających z konstytucyjnych i europejskich źródeł prawa obowiązków równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne można uznać również za przejaw przestrzegania praw podstawowych.

Podstawową racją dla podjęcia wskazanej kwestii było przeświadczenie o doniosłości praw podstawowych również w obszarze zamówień publicznych. Opierając się na dotychczasowym dorobku nauki, przyjęto, że prawa podstawowe należą do aksjologicznych założeń systemów prawnych oraz stanowią istotną część obiektywnego porządku wartości. Z tego powodu oddziałują również na sferę udzielenia zamówień publicznych.

Uznano równocześnie, że wpływ praw fundamentalnych na prawo oraz sferę stosunków przez prawo regulowanych – traktowany współcześnie jako przejaw konstytucjonalizacji – jest zjawiskiem postępującym. Odniesiono się przy tym do opisywanych w literaturze procesów podporządkowywania albo komplementarności, jako sposobów oddziaływania praw fundamentalnych na prawo. Zwrócono również uwagę na możliwość horyzontalnego oddziaływania praw podstawowych. Zauważono, że istotnym składnikiem koncepcji horyzontalnego oddziaływania praw fundamentalnych jest właśnie idea absolutnego ich obowiązywania. Uznanie horyzontalnego oddziaływania praw fundamentalnych opiera się bowiem na przekonaniu o istnieniu aksjologicznych założeń całego systemu prawa wyrażanych w postaci praw podstawowych. Wzmacnia je również przeświadczenie o istnieniu obowiązków ochronnych państwa. Zgodnie z nimi państwo ponosi odpowiedzialność za ewentualne ingerencje w prawa fundamentalne także w sferze stosunków prywatnoprawnych, ponieważ ingerencja taka jest możliwa lub jest niewykluczona ze względu na takie, a nie inne ukształtowanie przez państwo norm prawa prywatnego. W związku z tym na państwie spoczywa obowiązek zagwarantowania poszanowania praw fundamentalnych

we wszystkich stosunkach prawnych. W kontekście rozważań o obowiązkach równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne zwrócono także uwagę na problem bezpośredniego i pośredniego oddziaływania praw podstawowych.

Stwierdzono jednak, że aktualny stan prawny, poglądy judykatury i nauki nie pozwalają na przyjęcie tezy, że istnieje odrębne, szczególne i przynależne wyłącznie ubiegającym się o zamówienia publiczne prawo podstawowe do równego traktowania. Wykonywanie obowiązków równego traktowania wobec ubiegających się o zamówienie publiczne można wprawdzie traktować za przejaw przestrzegania ogólnego podstawowego prawa do równego traktowania. Prawo to posiada swój podstawowy (konstytucyjny) wymiar zarówno na gruncie polskiego prawa, jak i prawa europejskiego. Świadczy o tym fakt, że konstytucyjna zasada równości oraz ogólne zasady równości prawa europejskiego – które są źródłami obowiązków równego traktowania w zamówieniach publicznych – są jednocześnie wyrazem podstawowego prawa do równego traktowania.

Wpływ podstawowego prawa do równego traktowania na dziedzinę zamówień publicznych jest przykładem oddziaływania, w którym wprawdzie prawo i stosunki prawne przez nie kształtowane nie są podporządkowywane prawom podstawowym, ale prawa te wpływają w sposób komplementarny na proces stanowienia i stosowania prawa. Oddziaływanie to ma jednak przede wszystkim wymiar pośredni, tzn. kształtuje sposób stanowienia i wykładni norm prawnych, a dalej ich realizowania. Wykluczyć jednak należy bezpośrednio oddziaływania ogólnych równościowych praw podstawowych na położenie prawne ubiegających się o zamówienia publiczne, które miałyby polegać na możliwości opierania roszczeń wprost na prawach podstawowych. Bezpośrednią podstawą roszczeń mogą być jednakże w określonych warunkach zasady prawne wyrażające prawa podstawowe, których zakres normowania obejmuje obowiązki równego traktowania w zamówieniach publicznych.

Realizowanie obowiązków równego traktowania w zamówieniach publicznych traktować zatem można za wyraz poszanowania, a nawet ochrony i realizacji podstawowego prawa do równego traktowania. Przy czym, obowiązek poszanowania prawa do równego traktowania – rozumiany jako brak nieuzasadnionej ingerencji w korzystanie z niego – odnosić należy zarówno do prawodawcy, jak i instytucji zamawiających. Z kolei obowiązki ochronne oraz implementacyjne mogą być przypisane władzy publicznej stanowiącej instrumenty prawne w tym zakresie. Można więc potwierdzić, że wykonywanie obowiązków równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne stanowi jednocześnie przejaw realizacji obowiązków przestrzegania praw podstawowych.





## Rozdział VII

### **Wnioski końcowe**

Przeprowadzone w ramach niniejszej monografii rozważania pozwalają stwierdzić, że obowiązki równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne reprezentują określony, właściwy dziedzinie zamówień publiczny wzorzec zachowania się. Jednocześnie, ów wzorzec stanowi przejaw ogólnego, klasycznego pojmowania obowiązków równego traktowania jako powinności takiego samego traktowania tych, co są równi.

Twierdzenia sformułowane w pracy oparto na źródłach konstytucyjnych, europejskich oraz ustawowych. Ustalono przy tym, w jakim zakresie źródła te wiążą ustawodawcę stanowiącego prawo dotyczące zamówień publicznych oraz same instytucje zamawiające w zakresie równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne. Wykazano jednocześnie, że normatywną koncepcję obowiązków równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne należy również konstruować z uwzględnieniem procesów konstytucjonalizacji i europeizacji. Procesy te stanowią kanwę, na której dokonuje się wpływ podstawowych wartości na prawo, a dalej na sposób pojmowania obowiązków równego traktowania w zamówieniach publicznych.

W świetle tym stwierdzono, że sam prawodawca związany jest powinnością takiego stanowienia prawa, by zapewniało równe traktowanie ubiegających się o zamówienia publiczne. Tym samym należy przyjąć, że obowiązki równego traktowania ubiegających się o zamówienia stanowią współcześnie immanentny element norm prawa zamówień publicznych, zapisany niejako w jego aksjologicznym „kodie genetycznym”. Uznać w związku z tym trzeba, że nie można współcześnie stanowić prawa zamówień publicznych, nie uwzględniając obowiązków równego traktowania ubiegających się o zamówienia, a dalej, że nie może istnieć prawo zamówień publicznych niewyznaczające obowiązków równego traktowania.

Główne tezy pracy oparto na rozstrzygnięciach wielu problemów szczegółowych, wśród których jako kluczowe wskazać należy następujące:

Obowiązki równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne w Polsce znajdują swoją podstawę w zasadzie równości zawartej w art. 32 Konstytucji RP. Zasada ta wyznacza zarówno obowiązek stanowienia norm prawnych zapewniających równość, jak i obowiązek władzy publicznej równego traktowania wszystkich podmiotów w procesie stosowania prawa. Jej szczególnym wyrazem jest zakaz dyskryminacji, który ze względu na uniwersalny charakter odnosić również należy do obszaru udzielania zamówień publicznych. Konstytucyjne znaczenie obowiązków równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne należy jednakże wiązać nie tylko z istnieniem Konstytucji, ale także z procesami konstytucjonalizacji wyrażającymi się w zwiększającym się wpływie ustawy zasadniczej na kolejne obszary aktywności społecznych, emanacją zasad konstytucyjnych czy też upowszechnianiem wartości konstytucyjnych.

Konstytucyjna zasada równości odnosi się do ubiegających się o zamówienia publiczne, jako podmiotów konstytucyjnych praw i wolności, dotycząc zarówno osób fizycznych, jak i osób prawnych czy jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej. Zasada równości ma zastosowanie w obszarze zamówień publicznych, będąc również źródłem obowiązków spoczywających w pierwszym rzędzie na państwie jako prawodawcy. Przy czym obowiązki państwa w zakresie stanowienia prawa obejmują urzeczywistnianie równości i niedyskryminacji nie tylko w zamówieniach publicznych, których udzielają podmioty publiczne, ale także inni zamawiający. Sfera zamówień publicznych, ze względu na istotnie obecny aspekt interesu publicznego, uzasadnia powinność państwa jako prawodawcy zapewnienia równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne udzielane przez wszelkie instytucje zamawiające na płaszczyźnie ustawodawstwa zwykłego.

Konstytucyjna zasada równości odnosi się również do instytucji zamawiających. Jednak w tym zakresie odróżnić należy obowiązki zapewnienia równości ubiegających się o zamówienia publiczne, które spoczywają jedynie na zamawiających, którzy są podmiotami władzy publicznej, od zakazu dyskryminacji, który jest również konstytucyjnym źródłem obowiązków wszelkich podmiotów, w tym zamawiających innych niż organy władzy publicznej. Ponadto obowiązek bezpośredniego stosowania konstytucyjnej zasady równości (w tym zakazu dyskryminacji) w obszarze zamówień publicznych może aktualizować się jedynie jako obowiązek stosowania prawa przez organy władzy sądowniczej, wykonawczej czy ustawodawczej. Natomiast problematyki bezpośredniego stosowania konstytucyjnej zasady równości nie można jednak odnosić do działalności instytucji zamawiających udzielających zamówień. W takim przypadku należy mówić wyłącznie o obowiązku przestrzegania (realizacji, poszanowania) konstytucyjnej zasady równości, w tym konstytucyjnego

zakazu dyskryminacji. W pozostałym zakresie konstytucyjna zasada równości ma zastosowanie pośrednie.

Odrębne znaczenie posiada konstytucyjna zasada równości jako wzorzec kontroli aktów normatywnych wyznaczających obowiązki równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne. W tym zakresie odnotowania wymaga korespondencja między wolnością działalności gospodarczej a równością w zamówieniach publicznych. Występuje ona w szczególności w aspekcie prawa do swobodnego konkutowania z innymi podmiotami (swobodą konkurencji). W świetle tego związku rekonstruować można wzorzec konstytucyjny kontroli aktów normatywnych w postępowaniach inicjowanych skargą konstytucyjną. Wzorzec ów wyraża się w istnieniu obowiązku powstrzymania się od nieuzasadnionej ingerencji państwa, tj. zakazu wydawania takich unormowań prawnych, które pozostawałyby w sprzeczności z wolnością konkutowania, w tym z równym dostępem do zamówień (obowiązek negatywny) oraz obowiązku stwarzania warunków wspomagających możliwość równego ubiegania się o zamówienia publiczne (obowiązek pozytywny).

Obowiązki równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne w Polsce mają także swój europejski wymiar. Przy czym na problematykę europejskich źródeł obowiązków równego traktowania ubiegających się o zamówienie publiczne spoglądać należy przez pryzmat procesów związanych z europeizacją prawa, w tym harmonizacją krajowych przepisów dotyczących zamówień publicznych oraz koordynacją procedur udzielania zamówień obowiązujących w poszczególnych państwach członkowskich.

Zasadę niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową, jak i zasady wynikające ze swobód rynku wewnętrznego oraz ogólną zasadę równości należy traktować współcześnie jako źródła obowiązków równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne. W pracy określono je jako „ogólne zasady równości”. Urzeczywistnianie się triady ogólnych zasad równości w zamówieniach publicznych należy jednak traktować jako rezultat ewolucji poglądów judykatury i doktryny, która uwidoczniła się w szczególności od lat 90. XX w. Jednocześnie, zasady te pozostają w ścisłym związku, w którym ogólna zasada równości znajduje swój wyraz z zasadzie niedyskryminacji oraz w swobodach rynku wewnętrznego. Z kolei zasady swobód rynku wewnętrznego są źródłem obowiązków uszczegółwiających postanowienia traktatowego zakazu niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową.

Ogólne zasady równości są źródłem obowiązków równego traktowania spoczywających na szerokim rozumianym państwie, pojmowanym jako prawodawca, ale także jako wiele podmiotów stosujących prawo. W przypadkach zamówień publicznych emanacją państwa są instytucje zamawiające, a wśród nich organy władzy państwowej, regionalnej czy lokalnej. Podmiotowym zakresem zastosowania ogólnych zasad równości objąć również należy podmioty niewchodzące w skład struktury podmiotów władzy państwowej, ale podporządkowane państwu, znajdujące się pod jego kon-

trolą lub wyposażone przez państwo w prawa szczególne lub wyłączne. Obowiązki wynikające z ogólnych zasad równości spoczywają także na innych zamawiających wskazanych w dyrektywach zamówieniowych, w tym zamawiających sektorowych czy subsydiowanych – nawet niebędących podmiotami publicznymi oraz w zakresie zamówień publicznych o transgranicznym znaczeniu, choć nieobjętych dyrektywami.

Jednakże, efektem działalności legislacyjnej prawodawcy europejskiego jest również szczególna zasada równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców wyrażana *expressis verbis* w dyrektywach zamówieniowych jako jedna z zasad udzielenia zamówień publicznych. Przedstawia się ona jako wyraźna, właściwa systemowi zamówień publicznych konstrukcja prawna, będąca podstawowym źródłem obowiązków równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne.

Znaczenie w europejskim prawie zamówień publicznych ogólnych zasad równości oraz szczegółowej zasady równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców ujawnia się w szczególności na kanwie podziału zamówień na podlegające dyrektywom zamówieniowym oraz niepodlegające dyrektywom w całości lub w części. Ogólne zasady równości należy uznać za źródło obowiązków spoczywających zarówno na państwach członkowskich w zakresie stanowienia prawa, jak i instytucjach zamawiających, w tym instytucjach europejskich w zakresie zamówień publicznych niepodlegających dyrektywom, ale posiadających tzw. istotne znaczenie (zainteresowanie) transgraniczne.

Ponadto ogólne zasady równości wyznaczają również obowiązki stanowienia dyrektyw zamówieniowych urzeczywistniających wartości, do których zasady ogólne się odnoszą. Dodatkowo, treść ogólnych zasad równego traktowania wskazuje kierunki wykładni ustanowionych już dyrektyw – w szczególności w obszarze, w którym transponowane regulacje pozostawiają państwom członkowskim pole dla ich interpretacji oraz swobodę wyborów sposobów implementacji. Natomiast w przypadku niewdrożenia do krajowego porządku prawnego, albo wdrożenia ich w sposób nieprawidłowy, funkcja zasad ogólnych wyrażać się będzie w wyznaczaniu sposobu interpretacji bezpośrednio skutecznych w takiej sytuacji dyrektyw. Z kolei w przypadku dokonania wdrożenia postanowień dyrektyw zamówieniowych w krajowym porządku prawnym rola ogólnych zasad równości odnosić się będzie do wskazywania kierunków wykładni prawa krajowego.

Ukształtowanie się w prawie pochodnym szczególnej zasady niedyskryminacji i równego traktowania wykonawców dotyczącej zamówień objętych postanowieniami dyrektyw zamówieniowych nie uchyliło więc zastosowania w zamówieniach publicznych zasady równości jako ogólnej zasady prawa europejskiego, zasady niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową oraz zasad swobod rynku wewnętrznego. W konsekwencji, na polskim prawodawcy oraz polskich instytucjach zamawiających spoczywają obowiązki równego traktowania wykonawców, których źródłem są nie tylko dyrektywy oraz przepisy krajowe je implementujące, ale także za-

sady określone w niniejszym opracowaniu jako ogólne zasady równości. Tak określony charakter źródeł obowiązków równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne pozwala mówić o ich europejskim wymiarze.

Natomiast w wymiarze krajowym obowiązki równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne kształtowane są przez zestaw zasad należących do systemu prawa zamówień, ale także wywodzonych z prawa finansów publicznych. Wśród nich prymarną rolę odgrywa ustawowa zasada równego traktowania wykonawców, która ma zastosowanie do zamówień ustawowych w zakresie przygotowania i prowadzenia postępowania o zamówienia publiczne. Nie znajduje ona jednak zastosowania do czynności instytucji zamawiających podejmowanych już w trakcie realizacji umowy, ani do całokształtu działań związanych z udzielaniem zamówień pozaustawowych.

W pracy poparto oraz dodatkowo uzasadniono postulat uznania w krajowym porządku prawnym zasady równego dostępu do zamówień publicznych. Zasada ta ma swoją podstawę w całokształcie ustawowych regulacji prawnych systemu zamówień publicznych i odnosi się do fundamentalnych wartości, na których wspierają się zamówienia publiczne, takie jak wolność prowadzenia działalności gospodarczej, w tym wolność konkurencji oraz subsydiarność. Znaczenie zasady równego dostępu do zamówień publicznych rozciąga się ponadto nie tylko na czynności związane z prowadzeniem postępowań o zamówienia publiczne, ale obejmuje otwarty zakres działalności, w ramach której określone są warunki dostępu do zamówień publicznych – w tym zamówień pozaustawowych. Zasada ta odnosi się tym samym nie tylko do stosowania norm prawnych, ale ich stanowienia – co nadaje jej wymiar zewnętrzny, czyli odnoszący się nie tylko do instytucji zamawiających i ubiegających się o zamówienia publiczne, ale także do ustawodawcy.

Podstawą ustawowych obowiązków równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne jest również obowiązująca w polskim porządku prawnym zasada równego dostępu do realizacji zadań finansowanych ze środków publicznych. Zasada ta znalazła swój wyraz w ustawie o finansach publicznych jako jedna z reguł gospodarowania środkami publicznymi. Zasada równego dostępu do realizacji zadań finansowanych ze środków publicznych obejmuje swym zakresem również zamówienia publiczne, w tym zamówienia ustawowe oraz pozaustawowe, a także ma zastosowanie do jednostek sektora finansów publicznych oraz pozostałych podmiotów, o ile udzielane przez nie zamówienia są finansowane ze środków publicznych.

Ustawowe zasady wyznaczające obowiązki równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne mogą być skuteczne pośrednio, wyznaczając powinności odpowiedniej wykładni i stosowania innych norm prawnych. Mogą jednak posiadać skuteczność bezpośrednią – w powiązaniu z innymi normami albo nawet wyłącznie (samoistnie). Wskazano przy tym, że warunkiem tak rozumianej bezpośredniej skuteczności zasad będzie ustalenie, że wyznaczają konkretny obowiązek odnoszący się do okoliczności, w których zasada ma znaleźć swoje zastosowanie.



Zasady prawa odnoszące się do zamówień publicznych – zarówno w ich konstytucyjnym, europejskim, jak i ustawowym wymiarze – potwierdzają, że obowiązki równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne obejmują zarówno proces stanowienia prawa, jak i jego przestrzegania. Przy czym obowiązki równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne należy łączyć z dwiema podstawowymi powinnościami:

- a) nieróżnicowaniem, oraz
- b) uzasadnionym różnicowaniem ubiegających się o zamówienia.

Podstawowym obowiązkiem związanym z równym traktowaniem jest nieróżnicowanie ubiegających się o zamówienia publiczne w sytuacji, w której nie ma jakichkolwiek podstaw do takiego różnicowania. Dlatego różnicowanie ubiegających się o zamówienia publiczne, które w ogóle nie powinno wystąpić, należy traktować jako podstawowy przejaw naruszenia obowiązków równego traktowania. Ten wymiar obowiązków równego traktowania wyraża się w zakazie dyskryminacji.

Dyskryminacja ubiegających się o zamówienie publiczne rozumiana jako niedopuszczalne różnicowanie może polegać na:

- a) różnicowaniu, w którym występuje odniesienie do niedopuszczalnych kryteriów różnicowania (dyskryminacja bezpośrednia),
- b) różnicowaniu, w którym występuje bezpośrednio odniesienie do pozornie dopuszczalnych kryteriów różnicowania, ale pośrednio do kryteriów niedopuszczalnych (dyskryminacja pośrednia).

Obowiązków równego traktowania nie można jednak zawęzić do zakazu różnicowania ubiegających się o zamówienia publiczne. Dziedzina zamówień publicznych stanowi obszar, w którym zasadniczo występuje konieczność dyferencjacji wynikająca z założenia konkurencji niepowiązanych podmiotów, współzawodniczących w celu zdobycia przewagi w uzyskaniu określonego zamówienia. Niepodzielność korzystnej sytuacji prawnej, jaką jest bycie stroną określonej umowy o zamówienie publiczne wymusza konieczność kwalifikacji tych, którzy chcą uzyskać zamówienie.

Należy więc przyjąć, że równość traktowania w zamówieniach publicznych wiąże się dyferencjacją ubiegających się o zamówienia publiczne. Tam, gdzie następuje różnicowanie ubiegających się o zamówienia publiczne, tam też odbywa się wykonywanie obowiązków równego traktowania. W takim przypadku, równość traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne pojmowana jest nie tylko jako zakaz dyskryminacji. Co więcej, dopiero w procesie różnicowania ubiegających się o zamówienia publiczne aktualizuje się pozytywny wymiar obowiązków równego traktowania. Innymi słowy: obowiązki równego traktowania nie mogą wręcz w pełni urzeczywistniać się poza różnicowaniem ubiegających się o zamówienia publiczne.

Wypełnianie przez prawodawcę obowiązków równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne następuje dopiero wówczas, gdy stanowi on procedury udzielania zamówień publicznych. Samo niestanowienie albo ustanowienie prawa

zamówień publicznych nie jest jeszcze wystarczające do stwierdzenia, że prawodawca zaniechał albo wypełnił powinność równego traktowania. Jedyne treść ustanowionego prawa pozwala stwierdzić, czy prawodawca stworzył możliwość urzeczywistnienia równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne, odpowiednio kształtując obowiązki instytucji zamawiających. Stanowienie prawa zamówień publicznych w sposób zgodny z obowiązkiem równego traktowania ubiegających się o zamówienia polega w istocie na odpowiednim różnicowaniu ubiegających się o zamówienia. Natomiast ocena stanowienia w tym zakresie prawa musi odnosić się do usprawiedliwionych przesłanek, zgodnie z którymi dyferencjacja powinna mieć zastosowanie. W rezultacie należy stwierdzić, że probierzem braku równości w prawie zamówień publicznych nie jest brak różnicowania, ale brak dla niego odpowiedniego uzasadnienia.

Powyższe wskazuje, że podstawową postacią obowiązków równego traktowania związanych ze stanowieniem prawa jest brak arbitralności prawodawcy w dyferencjacji ubiegających się o zamówienia publiczne. Jednak równe traktowanie w stanowieniu prawa, odnoszące się do procesu różnicowania ubiegających się o zamówienia publiczne, wymaga dodatkowo ustalania, jakie podmioty powinny mieć tak samo ukształtowaną określoną sytuację prawną w wyniku nałożenia i wykonania wskazanych w normie prawnej obowiązków zamawiających. Oznacza to, że prawodawca, stanowiąc procedury udzielania zamówień, powinien zmierzać do urzeczywistnienia takich sytuacji, w których podmioty ubiegające się o zamówienia publiczne, znajdujące się w okolicznościach nieujawniających żadnego istotnego uzasadnienia dla odmiennego ukształtowania ich położenia prawnego w procesie udzielania zamówienia, będą miały tak samo ukształtowaną sytuację prawną, a podmioty znajdujące się w okolicznościach ujawniających istotne uzasadnienie dla odmiennego ukształtowania ich położenia prawnego w procesie udzielania zamówienia będą miały ukształtowaną sytuację odmiennie. Rozstrzygnięcia prawodawcze dotyczące równego traktowania prowadzące do wskazania tych, którzy są równi, oraz tych, którzy do grupy równych nie należą, dokonywane są zgodnie z wyznaczonymi normami kryteriami. Natomiast warunkiem uzasadnionego charakteru kryteriów różnicowania jest nie tylko wykluczenie arbitralności prawodawcy, ale związek kryteriów z charakterystyką ubiegających się o zamówienia publiczne. Z kolei określona charakterystyka podmiotów musi pozostawać w istotnym (relevantnym) związku z celami, dla których udziela się zamówień publicznych.

Relewancja charakterystyki ubiegających się o zamówienie z celami udzielenia zamówień wskazuje, że kryteria różnicowania ubiegających się o zamówienia publiczne powinny odnosić się do zdolności do wykonania zamówienia w sposób zgodny z celami. W ramach tej zdolności wyróżnić należy:

- a) zdolność konkurencyjną, odnoszącą się do korzystności i konkurencyjności składanych propozycji wykonania zamówienia,

- b) zdolność wykonania zamówienia, odnoszącą się do właściwości podmiotowych, obejmujących niezbędną zdatność (czyli brak przeszkód) do wykonania zamówienia, jak i posiadanie odpowiednich walorów warunkujących w sposób konieczny wykonanie zamówienia.

W obszarze zamówień publicznych istotne znaczenie odgrywa kwestia urzeczywistnienia równości szans w ubieganiu się o zamówienia publiczne. Nie jest ona jednak jakąś szczególną postacią prawodawczych obowiązków równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne. Jest jedynie opisem oczekiwanego rezultatu zastosowania stanowionych kryteriów różnicowania. Zgodnie z nim, w razie zastosowania przez jakąś instytucję zamawiającą rozważanego kryterium, będzie można uznać, że takie same możliwości na uzyskanie określonego zamówienia będą mieć nadal te wszystkie podmioty ubiegające się o to zamówienie, które powinny takie możliwości mieć – jednakże przy założeniu, że posiadają w takim samym stopniu wymagane w ramach rozważanego kryterium zdolności.

Szczególną postacią obowiązków równego traktowania w stanowieniu prawa są powinności związane z uprzywilejowaniem wyrównawczym. Pełnią one funkcję naprawczą, a ich celem jest zmniejszenie faktycznie występujących nierówności. W odróżnieniu jednak od podstawowej formuły równego traktowania ubiegających się o zamówienia, uprzywilejowanie wyrównawcze poszerza pole analiz o kwestie autentyczności szans. Odnosi się ono do pożądanego stanu, w którym oczekuje się, że udział rozważanej klasy podmiotów w ubieganiu się o zamówienie publiczne jest faktycznie większy. Sytuacja taka może wystąpić, gdy okazuje się, że uprzywilejowanie jest uzasadnione fundamentalnymi (konstytucyjnymi) względami słusznościowymi i służy koniecznemu wyrównaniu rzeczywistych szans w ubieganiu się o zamówienia publiczne. Dlatego uprzywilejowanie wyrównawcze powinno być traktowane jako obowiązek prawodawcy.

Odrębne rozważania poświęcono problematyce przestrzegania prawa zamówień publicznych. Stwierdzono, że obowiązki instytucji zamawiających nie wypełniają się wyłącznie w realizowaniu treści norm prawa zamówień publicznych określających sposób udzielania zamówień. Odnoszą się również do konieczności przestrzegania prawa w sposób odpowiedni, wynikając z kierunkowego charakteru obowiązków równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne. Powinność odpowiedniego przestrzegania prawa zamówień publicznych obejmuje w pierwszym rzędzie obowiązek ukierunkowanej interpretacji prawa, tj. wyboru takiego rezultatu wykładni prawa, które w najpełniejszy sposób realizuje równe traktowanie ubiegających się o zamówienia publiczne. W drugim rzędzie, wypełnianie obowiązków równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne odbywa się podczas kwalifikacji ubiegających się o zamówienia publiczne.

Równość traktowania w procesie przestrzegania prawa – tak samo jak w przypadku stanowienia prawa – związana jest ściśle z powinnością uzasadnionego różnicowania ubiegających się o konkretne zamówienie. Obowiązki równego traktowania nie mogą

być spełnione jedynie poprzez różnicowanie ubiegających się o zamówienie publiczne oparte na całkowitej swobodzie zamawiającego. Tam gdzie konieczna jest dyferencjacja ubiegających się o zamówienie publiczne, tam też konieczne jest istnienie kryteriów, na podstawie których dyferencjacja będzie dokonywana. Ten aspekt obowiązków równego traktowania określić można jako zakaz arbitralności. Oznacza to istnienie obowiązku formułowania równych wymagań usprawiedliwionych obiektywnymi potrzebami zamawiającego realizowanymi w związku z określonym zamówieniem.

W świetle obowiązujących przepisów całokształt kryteriów różnicowania dotyczy warunków zamówienia. Dokonywane zgodnie z nimi różnicowanie ubiegających się o zamówienia w procesie realizowania norm prawnych odbywa się poprzez kwalifikację podmiotów. Kwalifikacja taka dokonywana jest w odniesieniu do przedmiotowych aspektów charakterystyki ubiegających się o zamówienie, czyli ich gotowości do określonego sposobu wykonania zamówienia (zdolności konkurencyjnej), oraz w odniesieniu do podmiotowych aspektów ich charakterystyki, czyli zdolności, w tym zdadności do wykonania zamówienia. Przy czym proces kwalifikacji ubiegających się o zamówienia publiczne jest złożony i obejmuje czynności ustalania lub konkretyzowania warunków zamówienia, czynności ustalania stanów faktycznych, na podstawie których dokonuje się czynności kwalifikowania, oraz czynności kwalifikowania, czyli rozstrzygnięcia o spełnieniu przez ubiegających się o zamówienie warunków zamówienia. Co więcej, zasadność ustalanych i stosowanych warunków zamówienia musi opierać się na ich wewnętrznej korelacji. Przedstawia się ona jako wzajemny związek pomiędzy wymaganiami przedmiotowymi a adekwatnymi wobec nich wymaganiami podmiotowymi.

W monografii uzupełniająco wskazano, że istnienie, wykonywanie, ale także niewykonywanie obowiązków równego traktowania kształtuje również położenie prawne ubiegających się o zamówienia publiczne. Odnotowano, że spoczywanie na prawodawcy oraz instytucjach zamawiających obowiązków równego traktowania wyznacza co najmniej korzystną sytuację faktyczną dla ogółu podmiotów ubiegających się o zamówienia, którą można opisać m.in. jako refleks obowiązków równego traktowania. Przy czym w przypadku wszczęcia konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia owa sytuacja faktyczna wzbogaca się o powstanie szansy na jego uzyskanie. Zwrócono jednak uwagę na okoliczność, że istnieniu prawodawczych obowiązków równego traktowania odpowiada istnienie publicznego podmiotowego prawa do równego traktowania. Jednocześnie, że sytuacja prawna ubiegających się o zamówienia publiczne może zostać dodatkowo ukształtowana na skutek ustanowienia norm, które zobowiązują zamawiających do uznania prawa do ubiegania się o zamówienia jakiejś kategorii podmiotów. W tym przypadku zaproponowano, by położenie prawne ubiegających się o zamówienia określać jako prawnie uznaną zdolność do ubiegania się o określone zamówienie publiczne. Owa zdolność wyraża się w wyznaczonej prawem możliwości zajmowania pozycji ubiegających się

o zamówienie w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Odnotowano także możliwość aktualizowania się określonych uprawnień konkretnych podmiotów, ubiegając się w związku z niewykonywaniem lub nieprawidłowym wykonywaniem przez prawodawcę obowiązków równego traktowania. Wskazano w tym zakresie chociażby na możliwość powstania roszczenia o naprawienie szkody wyrządzonej niezgodnym z prawem działaniem władzy publicznej czy wadliwą implementacją dyrektyw oraz na możliwość wniesienia skargi konstytucyjnej.

Jako kluczowe z punktu widzenia równego traktowania w przestrzeganiu prawa zamówień publicznych uznano wykonywanie przez zamawiających czynności kwalifikujących, w wyniku których modyfikacji ulega status określonego podmiotu jako uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia. Na tej postawie przyjęto, że istnienie obowiązków instytucji zamawiającej wyznacza sytuację prawną ubiegających się o zamówienia publiczne, którą można określić jako prawo do równego traktowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Przy czym na takie prawo składa się wiele uprawnień szczegółowych, które mogą aktualizować się w trakcie postępowania. Ich wspólną treścią jest możliwość wymagania od instytucji zamawiających realizacji konkretnych obowiązków wynikających z norm prawnych w sposób urzeczywistniający równe traktowanie. Jako szczególną postać prawa do równego traktowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wskazano wolność od dyskryminacji. Służebną rolę wobec prawa do równego traktowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia odgrywają z kolei uprawnienia związane z korzystaniem ze środków ochrony prawnej.

Stwierdzono także, że wykonywanie obowiązków równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne pozostaje również w związku z obowiązkiem przestrzegania praw podstawowych. Aktualny stan prawny, poglądy judykatury i nauki nie pozwalają jednak na przyjęcie tezy, że istnieje odrębne, szczególne i przynależne wyłącznie ubiegającym się o zamówienia publiczne prawo podstawowe do równego traktowania w zamówieniach publicznych. Wykonywanie obowiązków równego traktowania wobec ubiegających się o zamówienie publiczne można jednak traktować za przejaw przestrzegania ogólnego podstawowego prawa do równego traktowania. Realizowanie obowiązków równego traktowania w zamówieniach publicznych uznać zatem można za wyraz poszanowania, a nawet ochrony i realizacji podstawowego prawa do równego traktowania. Przy czym obowiązek poszanowania prawa do równego traktowania – rozumiany jako brak nieuzasadnionej ingerencji w korzystanie z niego – odnosić należy zarówno do prawodawcy, jak i instytucji zamawiających. Z kolei obowiązki ochronne oraz implementacyjne mogą być przypisane władzy publicznej stanowiącej instrumenty prawne w tym zakresie. Można więc potwierdzić, że wykonywanie obowiązków równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne stanowi jednocześnie przejaw realizacji obowiązków przestrzegania praw podstawowych.

# Bibliografia

## Literatura

1. Adamczyk Ł., *Fundamentalne swobody prawa WE i ich znaczenie dla podatków bezpośrednich*, [w:] *Podatki bezpośrednie. Prawo polskie a prawo wspólnotowe*, red. H. Litwińczuk, Warszawa 2009
2. Adamski D., *Swoboda świadczenia usług na tle konstrukcji rynku wewnętrznego Wspólnoty Europejskiej*, cz. 1 „*Modus faciendi*” oraz *struktura wewnętrzna swobody*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2002, nr 2/4
3. Ahl M., Szpunar M., *Prawo europejskie*, Warszawa 2011
4. Alexy R., *Teoria praw podstawowych*, przeł. B. Kwiatkowska, J. Zajadło, Warszawa 2010
5. Andruszkiewicz M., Naruszewicz M., *Prawa podstawowe a swobody rynku wewnętrznego w świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej*, „Polski Rocznik Praw Człowieka i Prawa Humanitarnego” 2013, nr 4
6. Arcari M., Ninatti S., *Narratives of Constitutionalization in the European Union Court of Justice and in the European Court of Human Rights’ Case Law*, „ICL Journal” 2017, nr 11(1)
7. Armingeon K., Milewicz K., Peter S., Peters A., *The Constitutionalisation of International Trade Law*, [w:] *The Prospects of International Trade Regulation: from fragmentation to coherence*, red. T. Cottier, P. Delimatsis, Cambridge 2011, <https://ssrn.com/abstract=1881650>; <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1881650> [dostęp: 16.02.2022]
8. Arneson R.J., *Against Rawlsian Equality of Opportunity*, „Philosophical Studies” 1999, 93, nr 1
9. Arneson R.J., *Equality and Equal Opportunity for Welfare*, „Philosophical Studies: An International Journal for Philosophy in the Analytic Tradition” 1989, vol. 56, No. 1
10. Arneson R.J., *Equality of Opportunity: Derivative Not Fundamental*, „Journal of Social Philosophy” 2013, vol. 44, No. 4
11. Arrowsmith S., *EC Regime on Public Procurement*, [w:] *International Handbook of Public Procurement*, red. K.V. Thai, London 2009
12. Arrowsmith S., *Government Procurement in the WTO*, Boston 2003
13. Arrowsmith S., Linarelli J., Wallace Jr. D., *Regulating Public Procurement, National and International Perspectives*, Den Haag-London-Boston 2000
14. Arrowsmith S., *The Equal Treatment Principle*, [w:] *EU Public Procurement Law: An Introduction*, red. S. Arrowsmith <https://www.nottingham.ac.uk/pprg/publications/downloads/eu-public--procurement-law-an-introduction.aspx> [dostęp: 4.09.2021]
15. Arrowsmith S., *The Past and the Future Evolution of EC Procurement Law: from Framework to Common Code?*, „Public Contract Law Journal” 2006, vol. 35, nr 3
16. Arrowsmith S., *The Public Sector Directive 2004/18 – contract award procedures*, [w:] *EU Public Procurement Law: An Introduction*, red. S. Arrowsmith, <https://www.nottingham.ac.uk/pprg/publications/downloads/eu-public-procurement-law-an-introduction.aspx> [dostęp: 1.01.2023]
17. Arystoteles, *Polityka*, ks. III 5.8, przeł. L. Piotrowicz, Warszawa 2002
18. Badura P., *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, [w:] *Besonderes Verwaltungsrecht*, red. I. von Münch, Berlin, 1970



19. Bagińska E., *Odpowiedzialność odszkodowawcza za wykonywanie władzy publicznej*, Warszawa 2006
20. Balczyk M., *Konstytucyjno-prawne problemy otwarcia krajowego porządku prawnego na prawo unijne na przykładzie wyroku Trybunału Konstytucyjnego i Federalnego Trybunału Konstytucyjnego w Karlsruhe w sprawie europejskiego nakazu aresztowania*, „Krakowskie Studia Międzynarodowe” 2008, nr 2
21. Balicki R., *Zasada równości i jej wpływ na realizację konstytucyjnych praw i wolności*, [w:] *Wolności i prawa jednostki w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, t. 1: *Idee i zasady przewodnie konstytucyjnej regulacji wolności i praw jednostki w RP*, red. M. Jabłoński, Warszawa 2010
22. Banaszak B., *Bezpośrednie stosowanie konstytucji w kontekście realizacji i ochrony praw i wolności*, [w:] *Wolności i prawa jednostki w Konstytucji RP*, t. 1: *Idee i zasady przewodnie konstytucyjnej regulacji wolności i praw jednostki w RP*, red. M. Jabłoński, Warszawa 2010
23. Banaszak B., Jabłoński M., *Komentarz do art. 32*, [w:] *Konstytucje Rzeczypospolitej oraz komentarz do Konstytucji RP z 1997 r.*, red. J. Boć, Wrocław 1998
24. Banaszak B., Jabłoński M., *Obowiązki podstawowe człowieka i obywatela*, [w:] *Wolności i prawa jednostki oraz ich gwarancje w praktyce*, red. L. Wiśniewski, Warszawa 2006
25. Banaszak B., *Koncepcje horyzontalnego działania praw jednostki w orzecznictwie sądowym RFN, referat wygłoszony na ogólnopolskiej konferencji naukowej „Sądy i trybunały wobec problemu horyzontalnego działania praw jednostki” (Kraków, 10 kwietnia 2015 r.)*, [https://ruj.uj.edu.pl/xmlui/bitstream/handle/item/247789/banaszak\\_koncepcje\\_horyzontalnego\\_dzialania\\_2015.odt?sequence=2&isAllowed=y](https://ruj.uj.edu.pl/xmlui/bitstream/handle/item/247789/banaszak_koncepcje_horyzontalnego_dzialania_2015.odt?sequence=2&isAllowed=y) [dostęp: 10.11.2022].
26. Banaszak B., *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012
27. Banaszak B., *Sądowictwo konstytucyjne a ochrona praw obywatelskich. RFN, Austria, Szwajcaria*, Wrocław 1990
28. Banaszak B., *Zasada równości w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, [w:] *Sześć lat Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Doświadczenia i inspiracje*, red. L. Garlicki, A. Szmyt, Warszawa 2003
29. Banaszczuk Z., *Stosunek cywilnoprawny*, [w:] *System prawa prywatnego*, t. 1: *Prawo cywilne – część ogólna*, red. M. Safjan, Warszawa 2007
30. Bandarzewski K., *Prywatyzacja zadań publicznych*, [w:] *Koncepcja systemu prawa administracyjnego. Zjazd Katedr Prawa i Postępowania Administracyjnego Zakopane 24-27 września 2006 r.*, red. J. Zimmermann, Warszawa 2007
31. Barburska O., *Podstawy normatywne funkcjonowania Unii Europejskiej w stosunkach międzynarodowych – ujęcie teoretyczne*, „Stosunki Międzynarodowe – International Relations” 2016, nr 4(52)
32. Barcik J., Wentkowska A., *Prawo Unii Europejskiej*, Warszawa 2014
33. Barcik J., *Wielopoziomowy konstytucjonalizm Unii Europejskiej a stosowanie praw podstawowych*, „Przegląd Europejski” 2018, nr 2
34. Barcz J., *Zasada pierwszeństwa prawa wspólnotowego w świetle postanowień Konstytucji RP z 1997 r.*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2004, nr 4/2
35. Barrett G., *Re-examining the Concept and Principle of Equality in EC Law*, „Yearbook of European Law” 2003, vol. 22, is. 1
36. Barry B., *Theories of Justice*, Berkeley 1989
37. Bartmiński K., Zuk G., *Pojęcie równości i jego profilowanie we współczesnym języku polskim*, „Etnolingwistyka. Problemy Języka i Kultury”, Lublin 2009, t. 21
38. Barzak J., *Zasada subsydiarności a praktyczne aspekty jej realizacji w administracji publicznej*, [w:] *Sposoby realizacji zadań publicznych*, red. B. Dolnicki, Warszawa 2017
39. Bator A., *Bezpośrednie stosowanie Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej (art. recenzyjny)*, „Państwo i Prawo” 2006, nr 10
40. Bator A., *Norma programowa*, [w:] *Wprowadzenie do nauk prawnych. Leksykon tematyczny*, red. A. Bator, Warszawa 2008
41. Bayles M.D., *Procedural Justice: Allocating to Individuals*, London 1990
42. Bąkowski T., *Administracyjnoprawna sytuacja jednostki w świetle zasady pomocniczości*, Warszawa 2007
43. Bejm M., *Wprowadzenie*, [w:] *Ustawa o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi. Komentarz*, red. M. Bejm, Warszawa 2018
44. Bell M., *Equality and the European Union constitution*, „Industrial Law Journal” 2004, vol. 33, nr 3
45. Bell M., *The Principle of Equal Treatment: Widening and Deepening*, [w:] *The Evolution of EU Law*, red. P. Craig, G de Búrca, New York 2011
46. Bendorf-Bundorf M., *Instrumentalizacja zamówień publicznych w kontekście polityki społecznej Unii Europejskiej*, „Studia Prawnoustrojowe” 2014, nr 24
47. Bendorf-Bundorf M., *Wielopłaszczyznowy charakter pojęć: zamówienie publiczne i zamarwiający*, „Folia Iuridica Universitatis Wratislaviensis” 2020, vol. 9(2)

48. Bernaczyk M., *Pojęcie publicznych praw podmiotowych w świetle Konstytucji RP*, [w:] *Wolności i prawa jednostki w Konstytucji RP*, t. 1, *Idee i zasady przewodnie konstytucyjnej regulacji wolności i praw jednostki w RP*, red. M. Jabłoński, Warszawa 2010
49. Bernard C., *P v. S: Kite Flying or a New Constitutional Approach?*, [w:] *The Principle of Equal Treatment in EC Law*, red. A. Dashwood, S. O'Leary, London 1997
50. Bernard C., *The Principle of Equality in the Community Context: P. Grant, Kalanke and Marschall: four uneasy bedfellows?*, „The Cambridge Law Journal” 1998, nr 57(2)
51. Bernatek-Zaguła I., *Konstytucyjna zasada równości wobec prawa w świetle ustawy o udostępnianiu informacji gospodarczych*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2012, nr 3
52. Bernatt M., *Państwo jako gwarant praw podstawowych w działalności gospodarczej. Czas wyzwań*, [w:] *Państwo a gospodarka. Zasady – instytucje – procedury*, red. P. Lissoń, M. Strzelbicki, Poznań 2020
53. Bernatt M., *Sprawiedliwość proceduralna w postępowaniu przed organem ochrony konkurencji*, Warszawa 2011
54. Białogłowski W., Tuleja P., *Problem horyzontalnego działania praw jednostki w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, [w:] *Sądy i trybunały wobec problemu horyzontalnego działania praw jednostki*, red. M. Florczak-Wątor, Kraków 2015
55. Bielecki L., *Zasada wolności gospodarczej w okresie transformacji ustrojowej w Polsce*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2003, nr 1
56. Bierć A., *Freedom of Contract against the Constitutional Non-discrimination Principle*, „Studia Prawnicze” 2018, nr 3(215)
57. Biernat S., *Prawo Unii Europejskiej a prawo państw członkowskich*, [w:] *Prawo Unii Europejskiej*, t. 1: *Zagadnienia systemowe*, red. J. Barcz, Warszawa 2006
58. Biernat S., *Problemy prawne sprawiedliwego rozdziału dóbr*, Kraków 1985
59. Biernat S., *Prywatyzacja zadań publicznych. Problematyka prawna*, Warszawa 1994
60. Biernat S., *Rozdział dóbr przez państwo. Uwarunkowania społeczne i konstrukcje prawne*, Wrocław 1989
61. Biernat S., Wasilewski A., *Wolność gospodarcza w Europie*, Kraków 2000
62. Biernat S., *Wykładnia prawa krajowego zgodnie prawem Wspólnot Europejskich*, [w:] *Implementacja Prawa Integracji Europejskiej w Krajowych porządkach prawnych*, red. C. Mik, Toruń 1998
63. Biliński M., Zurawik A., *Publiczne prawo gospodarcze*, [w:] *System prawa administracyjnego*, t. 8A: *Publiczne prawo gospodarcze*, red. R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2018
64. Bisztyga A., *Europejska Konwencja Praw Człowieka a Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej – stan kompatybilności czy konkurencyjności?*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2011, nr 3
65. Bitner M., Chojna-Duch E., Grzybowski M., Kornberger-Sokołowska E., Supera-Markowska M., *Prawo finansowe*, t. 1: *Finanse publiczne*, Warszawa 2011
66. Bitner M., Kulesza M., *Zasada legalizmu a zdolność kontraktowa jednostek samorządu terytorialnego*, „Samorząd Terytorialny” 2009, nr 6
67. Blažo O., Kovačikova H., *Right for Equal Opportunity for Fair Public Contract? Human Rights in Public Procurement*, „Białostockie Studia Prawnicze” 2019, vol. 24, nr 2
68. Blicharz J., *Udział polskich organizacji pozarządowych w wykonywaniu zadań administracji publicznej*, Wrocław 2005
69. Blicharz J., *Zakres znaczeniowy pojęcia „zadania publiczne”*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2005, t. 71
70. Blicharz J., *Związek między zasadą równości a zasadą sprawiedliwości społecznej w polskiej Konstytucji i orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego. Próba spojrzenia ogólnego*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2018, t. 114
71. Błaś A., *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
72. Błaś A., *Prawne formy działania administracji publicznej*, [w:] *Prawo administracyjne*, red. J. Boć, Wrocław 2010
73. Boć J., Błaś A., *Publiczne prawa podmiotowe*, [w:] *Prawo administracyjne*, red. J. Boć, Wrocław 2010
74. Boć J., *Stosunki administracyjnoprawne i sytuacje administracyjnoprawne*, [w:] *Prawo administracyjne*, red. J. Boć, Wrocław 2010
75. Boer de N.J., *Fundamental Rights and the EU Internal Market: Just how Fundamental are the EU Treaty Freedoms? A Normative Enquiry Based on John Rawls' Political Philosophy*, „Utrecht Law Review” 2013, vol. 9, nr 1
76. Bogdanowicz P., *Co ma znaczenie (unijne)? I jakie? Rozważania w świetle art. 5 rozporządzenia nr 1370/2007*, „Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2014, nr 7(3)
77. Bogdanowicz P., *Cross-border Interest and Concession Contracts: a Critical Approach*, „European Procurement & Public Private Partnership Law Review” 2015, vol. 10, nr 2
78. Bogdanowicz P., *Modyfikacja umowy w prawie zamówień publicznych Unii Europejskiej*, Warszawa 2019

79. Borowicz A., *Istota, funkcje i kierunki ewolucji polskiego systemu zamówień Publicznych*, „Zeszyty Naukowe Wyższej Szkoły Ekonomiczno-Społecznej w Ostrołęce” 2004, nr 1
80. Borowiec A., *Zamówienia publiczne jako instrument wspierania małych i średnich przedsiębiorstw w Polsce*, Poznań 2008
81. Borsiak M., „Promieniowanie” konstytucji, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 2016, nr 98
82. Borucka-Arctowa M., *Koncepcja sprawiedliwości proceduralnej i jej rola w okresie przemian systemu prawa – analiza teoretyczna i funkcjonalna*, [w:] *Dynamika wartości w prawie*, red. K. Pałeczki, Kraków 1997
83. Borysiak W., Bosek L., *Komentarz do art. 32*, [w:] *Konstytucja RP*, t. 1: *Komentarz. Art. 1–86*, red. M. Saffjan, L. Bosek, Warszawa 2016
84. Bosek L., *Prawo podstawowe do godności ludzkiej w Konstytucji RP*, [w:] *Państwo prawa i prawo karne. Księga Jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla*, t. 1, red. P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel, Warszawa 2012
85. Bovis C., *The Law of EU Public Procurement*, Cheltenham 2012
86. Bovis C.H., *Access to Justice and Remedies in Public Procurement*, „European Procurement & Public Private Partnership Law Review”, vol. 7, no. 3 (2012)
87. Braun P., *A Matter of Principle(s) – The Treatment of Contracts Falling Outside the Scope of the European Public Procurement Directives*, „Public Procurement Law Review” 2000, nr 39(9)
88. Brodecki Z., Majkowska-Szulc S., *Stosowanie prawa europejskiej integracji*, [w:] *Ochrona praw jednostki, seria Acquis communautaire*, red. Z. Brodecki, Warszawa 2004
89. Brozda K., *Unikanie wymagań wynikających z Prawa zamówień publicznych – przegląd orzecznictwa*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2019, nr 2
90. Brzeziński B., Matuszewski W., *Prawo finansów publicznych*, Toruń 2017
91. Buchanan A., *Equal Opportunity and Genetic Intervention*, [w:] *The Notion of Equality*, red. M. Hajdin, London 2001
92. Buchner-Jeziorska A., *Równość szans w dostępie do szkolnictwa wyższego w Polsce. Na przykładzie Uniwersytetu Łódzkiego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2000, nr 62, z. 1
93. Buczkowski P., *Spółczeństwo obywatelskie i zasada subsydiarności a samorząd terytorialny w Polsce*, [w:] *Subsydiarność*, red. D. Milczarek, Warszawa 1996
94. Caranta R., *The Borders of EU Public Procurement Law*, [w:] *Outside the EU Procurement Directives – Inside the Treaty?*, red. R. Caranta, D. Dragos, København 2012, „European Procurement Law Series”, vol. 4
95. Caranta R., Treumer S., *Foreword by the Editors of the European Procurement Law Series*, [w:] R. Caranta, D. Dragos, *Outside the EU Procurement Directives – Inside the Treaty?*, København 2012, „European Procurement Law Series”, vol. 4
96. Cassese S., *Global standards for national administrative procedure*, „Law and Contemporary Problems” 2005, nr 3-4
97. Cecco de F., *Fundamental Freedoms, Fundamental Rights, and the Scope of Free Movement Law*, „German Law Journal” 2014, vol. 15, is. 3
98. Chauvin T., Stawicki T., Winczorek P., *Wstęp do prawoznawstwa*, Warszawa 2019
99. Chelmoński A., *Ciąg działań prawnych w gospodarce państwowej jako przedmiot badań – propozycja metodologiczna*, „Acta Universitatis Wratislaviensis. Prawo” 1972, nr 163
100. Chelmoński A., *Zasady publicznego prawa gospodarczego*, [w:] *Zasady prawa gospodarczego. Materiały Konferencyjne*, red. A. Śmieja, Wrocław 1999
101. Cherednychenko O.O., *Fundamental Rights and Private Law: A Relationship of Subordination or Complementarity?*, „Utrecht Law Review” 2007, vol. 3, nr 2
102. Cherednychenko O.O., *Subordinating Contract Law to Fundamental Rights: Towards a Major Breakthrough or towards Walking in Circles?*, [w:] *Constitutional Values and European Contract Law*, red. S. Grundmann, Alphen aan den Rijn 2008
103. Cherednychenko O.O., *The Constitutionalization of Contract Law: Something New under the Sun?*, „Electronic Journal of Comparative Law” 2004, vol. 8.1, <https://www.ejcl.org/81/art81-3.html> [dostęp: 29.01.2021]
104. Cherednychenko O.O., *Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party: A Comparative Analysis of the Constitutionalisation of Contract Law, with Emphasis on Risky Financial Transactions*, Monachium 2007
105. Chmaj M., *Równość wobec prawa*, [w:] *Wolności i prawa człowieka w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, red. M. Chmaj, Warszawa 2016
106. Chmielarz-Grochal A., *Bezpośrednie stosowanie art. 45 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2016, nr 3(31)
107. Chojna-Duch E., *Finanse publiczne i polskie prawo finansowe*, Warszawa 2000
108. Chojna-Duch E., *Polskie prawo finansowe. Finanse publiczne*, Warszawa 2017
109. Ciałkowski R., *Pojęcie finansowania*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Łódzkiego” 1973, ser. I, 95

110. Ciapała J., *Konstytucyjna zasada wolności działalności gospodarczej*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2001, z. 4
111. Cieślak Z., *Prawo administracyjne. Część ogólna*, Warszawa 2002
112. Cieślak Z., *Partnerstwo publiczno-prywatne. Publicznoprawna problematyka kontraktowych form działania administracji publicznej*, Warszawa 2014
113. Cieśliński A., *Charakter prawny rynku wewnętrznego*, [w:] *System prawa Unii Europejskiej*, t. 7: *Prawo rynku wewnętrznego*, red. D. Kornobis-Romanowska, Warszawa 2019
114. Cieśliński A., *Konstrukcja prawna swobód rynku wewnętrznego Unii Europejskiej*, „Prace Naukowe Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego”, nr 4, Wrocław 2013
115. Cieśliński A., *Wspólnotowe prawo gospodarcze*, t. 1: *Swobody rynku wewnętrznego*, Warszawa 2009
116. Claes M., *The Europeanisation of national Constitutions in the Constitutionalisation of Europe: Some Observations against the background of the Constitutional Experience of the EU-15*, „Croatian Yearbook of European Law and Policy” 2007, vol. 3
117. Clapham A., *Human Rights in the Private Sphere*, Oxford 1996
118. Colombi Ciacchi A., *Social Rights, Human Dignity and European Contract Law*, [w:] *Constitutional Values and European Contract Law*, red. S. Grundmann, Alphen aan den Rijn 2008
119. Comandé G., *Co-determining European Private Law(s) and Constitutionalization Process*, [w:] *Constitutional Values and European Contract Law*, red. S. Grundmann, Alphen aan den Rijn 2008
120. Comandé G., *Comparative remarks*, [w:] *Fundamental Rights and Private Law in the European Union*, red. G. Brüggemeier, A. Colombi Ciacchi, G. Comandé, Cambridge 2010
121. Complak K., *Konstytucjonalizacja obowiązków jednostki w państwach Ameryki Łacińskiej może być wzorem do naśladowania?*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2015, t. 100
122. Complak K., *Konstytucyjne postanowienia programowe czy normy o celach państwa*, [w:] *Sześć lat Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Doświadczenia i inspiracje*, red. L. Garlicki, A. Szmyt, Warszawa 2003
123. Craig P., de Búrca G., *EU Law. Text, Cases, and Materials*, Oxford 2015
124. Czarny P., *Konstytucyjne podstawy prawnej regulacji stosunków prywatnoprawnych w Polsce (na tle koncepcji horyzontalnego oddziaływania praw konstytucyjnych oraz obowiązku ochrony tych praw przez państwo)*, [w:] *Oddziaływanie współczesnych konstytucji na stosunki między podmiotami prywatnymi*, red. M. Florczak-Wątor, Kraków 2015
125. Czech E.K., *Osoby fizyczne i osoby prawne jako podmioty publicznych praw podmiotowych, których źródłem są przyrodzone prawa człowieka*, „Krytyka Prawa. Niezależne Studia nad Prawem” 2020, t. 12, nr 4
126. Czechowski M., *Problematyka przywilejów w systemie zabezpieczenia społecznego uwagi polemiczne na marginesie artykułu Łukasza Kasprowicza*, „IUSNOVUM” 2021, nr 3
127. Czapek J., *Zobowiązania pozytywne państwa w sferze praw człowieka pierwszej generacji na tle Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Olsztyn 2014
128. Czerwiński M., *Grupa wykonawców w prawie zamówień publicznych*, Warszawa 2019
129. Davies A., *The Evolving GPA. Lessons of Experience and Prospect for the Future*, [w:] *The Internationalization of Government Procurement Regulation*, red. A. Georgopoulos, B. Hoekman, P.C. Mavroidis, Oxford 2017
130. Dawidowicz W., *O stosowaniu prawa przez organy administracji państwowej*, „Zeszyty Naukowe Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Gdańskiego” 1981, z. 9
131. Dąbrowski M., *Stosowanie czy przestrzeganie norm konstytucji w ujęciu horyzontalnym: zagadnienia terminologiczne*, „Przegląd Konstytucyjny” 2020, nr 4
132. de Búrca G., *The Role of Equality in European Community Law*, [w:] *The Principle of Equal Treatment in EC Law*, red. A. Dashwood, S. O’Leary, London 1997
133. Denek E., Sobiech J., Wolniak J., *Finanse publiczne*, Warszawa 2001
134. Deplano R., *Fragmentation and Constitutionalisation of International Law: A Theoretical Inquiry*, „European Journal of Legal Studies” 2013, vol. 6, is. 1
135. Dębowska-Romanowska T., *Pojęcie i znaczenie konstytucjonalizacji ustroju i systemu finansowego państwa*, [w:] *Konstytucyjne uwarunkowania tworzenia i stosowania prawa finansowego i podatkowego*, red. P.J. Lewkowicz, J. Stankiewicz, Białystok 2010
136. Dębowska-Romanowska T., *Wybrane zagadnienia klasyfikacji ekonomiczno-prawnej dotacji*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 1989, t. XLIII
137. Dębowska-Romanowska T., *Wydatki publiczne, ich formy prawne oraz zasady realizacji w sektorze finansów publicznych*, [w:] *System prawa finansowego*, t. 2: *Prawo finansowe sektora finansów publicznych*, red. E. Ruśkowski, Warszawa 2010
138. Dębowska-Romanowska T., *Zagadnienia prawne wydatków publicznych na rzecz osób trzecich*, Łódź 1993
139. Dingel D.D., *Direct Effect of the Government Procurement Agreement*, „Public Procurement Law Review” 1996, nr 6



140. Dischendorfer M., *Services Concessions under the EC Procurement Directives: a note on the Telaustria Case*, „Public procurement Law Review” 2001, nr 10
141. Długosz J., *The Principle of Proportionality in European Union Law as a Prerequisite for Penalization*, Adam Mickiewicz, „University Law Review. Przegląd Prawniczy Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza” 2017, nr 7
142. Długosz T., *Zagadnienie wspierania przedsiębiorców w warunkach zasady równego traktowania*, [w:] *Współczesne funkcje państwa wobec gospodarki: księga jubileuszowa Profesora Tadeusza Kocowskiego*, red. K. Kiczka, W. Małecki, „Acta Universitatis Wratislaviensis. Prawo” 2022, nr 334
143. Dobkowski J., *Skarga powszechna jako środek przeciwdziałaniu bezczynności administracji publicznej*, [w:] *Przeciwdziałanie bezczynności administracji publicznej. Zarys problematyki*, red. R. Suwaj, M. Perkowski, Białystok 2010
144. Domańska M., *Prawo do równego traktowania w postępowaniu krajowym ze względu na obywatelstwo*, [w:] *Stosowanie prawa Unii Europejskiej przez sądy*, t. 2: *Zasady – orzecznictwo – piśmiennictwo*, red. A. Wróbel, M. Szwarc-Kuczer, K. Kowalik-Bańczyk, Warszawa 2007
145. Domańska M., *Swobody rynku wewnętrznego a prawa podstawowe – refleksje na tle orzecznictwa TS*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2012, nr 1
146. Domańska M., *Zasada niedyskryminacji (równego traktowania)*, [w:] *Stosowanie prawa Unii Europejskiej przez sądy*, red. A. Wróbel, Zakamycze 2005
147. Dragos D.C., Vornicu R., *Public Procurement below Thresholds in the European Union: EU Law Principles and National Responses*, „European Procurement & Public Private Partnership Law Review” 2015, vol. 10, nr 3
148. Dudzik S., *Działalność gospodarcza samorządu terytorialnego*, Kraków 1998
149. Duniewska Z. et al., *Prawo administracyjne. Pojęcia, instytucje, zasady w teorii i orzecznictwie*, red. M. Stahl, Warszawa 2009
150. Działocha K., *Bezpośrednie stosowanie Konstytucji RP (stan doktryny prawa)*, [w:] *Bezpośrednie stosowanie Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, red. K. Działocha, Warszawa 2005
151. Działocha K., *Bezpośrednie stosowanie podstawowych praw jednostki (w związku z projektem Karty Praw i Wolności)*, „Studia Iuridica” 1995, nr 21
152. Działocha K., *Zasada bezpośredniego stosowania Konstytucji w dziedzinie wolności i praw obywateli*, [w:] *Obywatel – jego wolności i prawa. Rzecznik Praw Obywatelskich (1988–1998). Zbiór studiów przygotowany z okazji 10-lecia urzędu Rzecznika Praw Obywatelskich*, oprac. B. Oliwa–Radzikowska, Warszawa 1998
153. Dzierżanowski W., *Zasada równego traktowania*, [w:] *Leksykon zamówień publicznych*, red. W. Dzierżanowski, M. Sieradzka, P. Szustakiewicz, Warszawa 2021
154. Dzierżanowski W., *Ochrona konkurencji w prawie zamówień publicznych*, Warszawa 2012
155. Edward D., *Direct Effect: Myth, Mess or Mystery?*, [w:] *Direct Effect: Rethinking a Classic of EC Legal Doctrine*, red. J.M. Prinssen, A. Schrauwen, Groningen 2002
156. Ehlers D., *The European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, [w:] *European Fundamental Rights and Freedoms*, red. D. Ehlers, Berlin 2007
157. Ehlers D., *The Fundamental Freedoms of the European Communities*, [w:] *European Fundamental Rights and Freedoms*, red. D. Ehlers, Berlin 2007
158. Ehlers D., *The Fundamental Rights of the European Union*, [w:] *European Fundamental Rights and Freedoms*, red. D. Ehlers, Berlin 2007
159. Emberland M., *The Human Rights of Companies: Exploring the Structure of ECHR Protection*, Oxford 2006
160. Fabio di U., *Prawa podstawowe jako system wartości*, [w:] *Na drodze do wspólnoty kultury prawnej II. Auf dem Wege zur Gemeinschaft der Rechtskultur II*, red. M. Lutter, M. Wyrzykowski, W.-H. Roth, Warszawa 2016
161. Falski J.B., *Konstytucyjna zasada równości w Polsce*, [w:] *Państwo – Demokracja – Samorząd. Księga jubileuszowa na sześćdziesięciolecie Profesora Eugeniusza Zielińskiego*, red. T. Moidawa, Warszawa 1999
162. Fedtke J., Oliver D., *Human Rights and the Private Sphere: A Comparative Study*, Abingdon 2007
163. Ferreira N., Krzemińska-Vamvaka J., Russo T., *The Horizontal Effect of Fundamental Rights and Freedoms in European Union Law*, [w:] *Fundamental Rights and Private Law in the European Union*, red. G. Brüggemeier, A. Colombi Ciacchi, G. Comandé, Cambridge 2010
164. Filipek J., *Elementy strukturalne norm prawa administracyjnego*, Kraków 1982
165. Filipek J., *Sprawa sytuacji prawnej i stosunku prawnego w prawie administracyjnym*, [w:] *Jednostka w demokratycznym państwie prawa*, red. J. Filipek, Bielsko-Biała 2003
166. Filipowicz T., *Zasada równego traktowania wykonawców w zamówieniach publicznych dotyczących technologii informatycznych*, Warszawa 2015
167. *Final report of the high level group on cutting red tape in Europe – legacy and outlook*, Bruksela 2014, <https://ec.europa.eu> [dostęp: 11.01.2022]

168. Fiodorow D., *Wolność prowadzenia działalności gospodarczej jako prawo podstawowe w prawie Unii Europejskiej*, [w:] *Prawa podstawowe w prawie i praktyce Unii Europejskiej*, red. C. Mik, K. Galka, Toruń 2009
169. Florczak A., *Ewolucja ochrony praw człowieka w systemie prawa wspólnotowego*, [w:] *Ochrona praw podstawowych w Unii Europejskiej. Wybrane zagadnienia*, red. A. Florczak, Warszawa 2009
170. Florczak-Wątor M., *Horyzontalny wymiar praw konstytucyjnych*, Kraków 2014
171. Florczak-Wątor M., *Komentarz do art. 8*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. P. Tuleja, Warszawa 2019
172. Florczak-Wątor M., *Konstytucja jako źródło obowiązków państwa w stosunku do obywatela*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2018, nr 80(1)
173. Florczak-Wątor M., *Obowiązki ochronne państwa w świetle Konstytucji RP i Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Kraków 2018
174. Florczak-Wątor M., *Oddziaływanie praw podstawowych na stosunki między podmiotami prywatnymi w Szwajcarii*, [w:] *Oddziaływanie współczesnych konstytucji na stosunki między podmiotami prywatnymi*, Kraków 2015
175. Florczak-Wątor M., *Pozytywne obowiązki państwa w zakresie ochrony praw konwencyjnych jednostki*, „Przegląd Naukowy Disputatio” 2010, t. 11
176. Florczak-Wątor M., *Rola sądów i trybunałów w kształtowaniu koncepcji horyzontalnego działania praw jednostki*, [w:] *Sądy i trybunały wobec problemu horyzontalnego działania praw jednostki*, red. M. Florczak-Wątor, Kraków 2015
177. Fojcik-Mastalska E., Mastalski R., *Prawo finansowe*, Warszawa 2013
178. Folać Ł., *Paradoksy dotyczące zasady równości*, [w:] *Równość w prawie administracyjnym*, red. J. Korczak, P. Lisowski, Warszawa 2018
179. Frąckowiak-Adamska A., *Zasada proporcjonalności jako gwarancja swobód rynku wewnętrznego Wspólnoty Europejskiej*, Warszawa 2009
180. Fundowicz S., *Dynamiczne rozumienia zadania publicznego*, [w:] *Między tradycją a przyszłością w nauce prawa administracyjnego. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Janowi Bociowi*, red. J. Supernat, Wrocław 2009
181. Fundowicz S., *Podmiotowość konstytucyjna osób prawnych prawa publicznego w Niemczech*, „Roczniki Nauk Prawnych” 2000, nr 1, t. 10
182. Fundowicz S., *Pojęcie osoby prawnej prawa publicznego*, „Przegląd Sejmowy” 1999, nr 2
183. Gadek B., *Generalna klauzula odpowiedzialności za czyn nieuczciwej konkurencji (art. 3 u.z.n.k.)*, Kraków 2003
184. Galster J., *Ogólne zasady prawa*, [w:] *Podstawy prawa Unii Europejskiej z uwzględnieniem traktatu z Lizbony. Zarys wykładu*, red. J. Galster, Toruń 2010
185. Galster J., *Teoretycznoprawne aspekty obowiązywania, stosowania i przestrzeganie prawa wspólnotowego w porządku krajowym*, [w:] *Implementacja Prawa Integracji Europejskiej w Krajowych porządkach prawnych*, red. C. Mik, Toruń 1998
186. Ganowicz E., *Zasada pozytywnej dyskryminacji mniejszości narodowych w ujęciu teoretycznym i praktyce ustrojowej*, „Horyzonty Polityki” 2018, t. 9, nr 28
187. Garlicki L., *Komentarz do art. 1*, [w:] *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, t. 1: Komentarz do artykułów 1–18*, red. L. Garlicki, Warszawa 2019
188. Garlicki L., *Horyzontalne obowiązywanie praw człowieka a standardy. Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, [w:] *Wpływ Europejskiej Konwencji Praw Człowieka na funkcjonowanie biznesu*, red. A. Bodnar, A. Płoszka, Warszawa 2016
189. Garlicki L., *Polskie prawo konstytucyjne – zarys wykładu*, Warszawa 2018
190. Garlicki L., *Protokół 12 do Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, [w:] *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, t. 2: Komentarz do artykułów 19–59 oraz Protokołów dodatkowych*, red. L. Garlicki, Warszawa 2011
191. Garlicki L., *Sądownictwo konstytucyjne w Europie Zachodniej*, Warszawa 1987
192. Garlicki L., *Wprowadzenie do dyskusji*, [w:] *Konferencja naukowa: Konstytucja RP w praktyce*, oprac. Biuro Rzecznika Prawa Obywatelskich, Warszawa 1999
193. Garlicki L., *Zasada równości i zakaz dyskryminacji w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, [w:] *Obywatel – jego wolności i prawa*, red. B. Oliwa-Radzikowska, Warszawa 1998
194. Garlicki L., Zubik M., *Komentarz do art. 32*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2016
195. Gerhardt H., *Möglichkeiten und Grenzen einer strategischen Vergabe öffentlicher Aufträge*, Baden-Baden 2020
196. Gielda M., *Idea społeczeństwa obywatelskiego i zasada subsydiarności a umowy administracyjnoprawne*, [w:] *Umowy w administracji*, red. J. Boć, L. Dziewięcka-Bokun, Wrocław 2008



197. Gizbert-Studnicki T., Grabowski A., *Normy programowe w konstytucji*, [w:] *Charakter i struktura norm Konstytucji*, red. J. Trzciniński, Warszawa 1997
198. Głębocki K., *Bezpośrednia skuteczność dyrektyw wspólnotowych w krajowym porządku prawnym*, „Studia Europejskie” 1999, nr 3
199. Gola R., *Nowe zasady zamówień publicznych na twórcze prace projektowe*, „Budownictwo i Prawo” 2002, R. 6, nr 3
200. Gomberg P., *Against competitive equal opportunity*, „Journal of Social Philosophy” 1995, nr 26(3)
201. Gordon Z., *Charakterystyka prawna trybów udzielania zamówień publicznych z elementami negocjacji*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2013, nr 4
202. Gorgol A., *Formy funkcjonowania jednostek sektora finansów publicznych*, [w:] *Zarys finansów publicznych i prawa finansowego*, red. A. Gorgol, A. Kuś, P. Smoleń, M. Tyrakowski, K. Wojewoda-Buraczyńska, W. Wojtowicz, Warszawa 2020
203. Gorgol A., *Prawne aspekty publicznego finansowania partii politycznych w Polsce i na poziomie europejskim*, Lublin 2011
204. Góra-Błaszczkowska A., *Zasada równości stron w procesie cywilnym*, Warszawa 2008
205. Górczyńska A., *The Role of Small and Medium-Sized Enterprises in a Sustainable Public Procurement System*, [w:] *International Public Procurement. Innovation and Knowledge Sharing*, red. K.V. Thai, „Public Administration, Governance and Globalization”, 2015
206. Grabowska S., *Równość szans w dostępie do form demokracji bezpośredniej w wybranych państwach europejskich*, [w:] *Zasada równości w prawie*, red. H. Zięba-Zalucka, M. Kijowski, Rzeszów 2004
207. Grabowski A., *Teoria konstytucyjnego państwa prawa i jej wpływ na argumentację prawniczą*, [w:] *Demokratyczne państwo prawa. Zagadnienia wybrane*, red. M. Aleksandrowicz, A. Jamróz, L. Jamróz, Białystok 2014
208. Graells A.S., *Public Procurement and the EU Competition Rules Second Edition*, Oxford 2015
209. Granat M., *Pominięcie czy zaniechanie ustawodawcze? Uwagi na marginesie sporu przed Trybunałem Konstytucyjnym o dekret warszawski*, [w:] *Wokół wybranych problemów konstytucjonalizmu. Księga jubileuszowa profesora Andrzeja Balabana*, red. J. Ciapała, P. Mijał, Warszawa 2017
210. Granecki P., Panasiuk A., *Zamówienia sektorowe*, Warszawa 2007
211. Grzeszczak R., *Jurydyzacja praw człowieka w Unii Europejskiej*, [w:] *Uniwersalny i regionalny wymiar ochrony praw człowieka. Nowe wyzwania – nowe rozwiązania*, t. 1, red. J. Jaskiernia, Warszawa 2014
212. Grzonka L., *Koncepcja norm programowych z perspektywy teorii prawa*, Poznań 2012
213. Grzonka L., *Normy programowe w prawie pracy*, „Studenckie Zeszyty Naukowe – Koło Naukowe Prawników UMCS” 2011, nr 21
214. Guastini R., *Uwagi o konstytucjonalizacji porządku prawnego. Przypadek włoski*, [w:] *Konstytucjonalizm, neokonstytucjonalizm, postpozytywizm. Studia z teorii konstytucyjnego państwa prawa*, red. A. Grabowski, J. Holoche, Kraków 2019
215. Guziński M., *Podmioty gminne w prawie zamówień publicznych*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2018 t. 114
216. Haberer P., *Europäische Rechtskultur: Versuch einer Annäherung in zwölf Schritten*, Baden-Baden 1994
217. Habermas J., *Strukturalne przeobrażenia sfery publicznej*, Warszawa 2007
218. Hajduk A., *Zasada równego traktowania i obowiązek przejrzystości postępowania o zamówienie publiczne w aktualnym orzecznictwie TSUE*, „Animus. Prawo Zamówień Publicznych” 2017, t. 1
219. Hansen R., *Contracts not covered or not fully covered by the Public Sector Directive*, København 2012
220. Hansson S.O., *What are opportunities and why should they be equal?*, „Social Choice and Welfare” 2004, vol. 22
221. Hartkamp A.S., *Fundamental Rights, Fundamental Freedom and Contract Law*, [w:] *Constitutional Values and European Contract Law*, red. S. Grundmann, Alphen aan den Rijn 2008
222. Hartley T., *The Foundations of European Union Law. An Introduction to the Constitutional and Administrative Law of European Union*, Oxford 2010
223. Hartung W., *Komentarz do art. 18*, [w:] W. Hartung, M. Bagłaj, T. Michalczyk, M. Wojciechowski, J. Krysa, K. Kuźma, *Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2015
224. Hartung W., *Komentarz do art. 25*, [w:] W. Hartung, M. Bagłaj, T. Michalczyk, M. Wojciechowski, J. Krysa, K. Kuźma, *Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2015
225. Hartung W., *Problematyka udzielania zamówień publicznych w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa państwa*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2008, nr 2
226. Hartung W., *Wstęp*, [w:] W. Hartung, M. Bagłaj, T. Michalczyk, M. Wojciechowski, J. Krysa, K. Kuźma, *Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2015
227. Hauser R., *Stosunek administracyjnoprawny*, [w:] *System prawa administracyjnego*, t. 1: *Institucje prawa administracyjnego*, red. R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2010

228. Helios J., *Prawo materialne a prawo procesowe w kontekście relacji pomiędzy Unią Europejską a państwami członkowskimi*, „Zeszyty Naukowe Państwowej Wyższej Szkoły Zawodowej im. Witelona w Legnicy” 2009, nr 5
229. Helios J., Jedlecka W., *Legitymizacja pozytywistyczna czy prawnonaturalna prawa europejskiego? Szkic problemu*, [w:] *Pozytywizm prawniczy i szkoła prawa natury: tradycje sporu i jego współczesne implikacje*, Wrocław 2010
230. Hołówka J., *Trzy zasady sprawiedliwości*, „Przegląd Filozoficzny” 2013, Seria R. 22, nr 4
231. Hopner M., *Die Zukunft der europäischen Grundfreiheiten*, „Zeitschrift für Staats- und Europawissenschaften” 2017, vol. 15, No. 4
232. Hordijk E., Meulenbelt M., *A Bridge Too Far: Why the European Commission's Attempts to Construct an Obligation to Tender outside the Scope of the Public Procurement Directives should be Dismissed*, „Public Procurement Law Review” 2005, nr 14(123)
233. Horubski K. et al., *Podstawowe pojęcia publicznego prawa gospodarczego*, [w:] *System prawa administracyjnego*, t. 8A: *Publiczne prawo gospodarcze*, red. R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2018
234. Horubski K., *Administracyjnoprawne instrumenty realizacji zamówienia publicznego*, Warszawa 2017
235. Horubski K., *Publicyzacja prawa prywatnego w obszarze prawa zamówień publicznych*, „Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu” 2018, nr 540
236. Hordijk E., *Wolność prowadzenia działalności gospodarczej w świetle art. 16 Karty praw podstawowych – wybrane problemy*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2018, t. 114
237. Iserzon E., *Uwagi o kryterium stosunku administracyjnoprawnego (próba rewizji)*, „Państwo i Prawo” 1965, nr 11
238. Izdebski H., Kulesza M., *Administracja publiczna. Zagadnienia ogólne*, Warszawa 2004
239. Izdebski H., *Od administracji publicznej do public governance*, „Zarządzanie Publiczne”, Uniwersytet Ekonomiczny w Krakowie 2007, nr 1 (1)
240. Izdebski H., *Samorząd Terytorialny, Podstawy ustroju i działalności*, Warszawa 2011
241. Jabłoński M., *The Danger of So-Called Regulatory 'Gold-Plating' in Transposition of EU Law – Lessons from Poland*, „Studia Iuridica” November 2017, nr 71
242. Jacobs F.G., *An Introduction to the General Principle of Equality in WE Law*, [w:] *The Principle of Equal Treatment in EC Law*, red. A. Dashwood, S. O'Leary, London 1997
243. Jakimowicz W., *Publiczne prawa podmiotowe*, Kraków 2002
244. Jakuszewicz A., *Teorie praw podstawowych i ich rola w wykładni konstytucji*, „Zeszyty Naukowe WSFiP” 2014, nr 4
245. Jarmołowicz W., *Problem równości a sprawiedliwość społeczna i zasady podziału*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1981, z. 2
246. Jarosz-Żukowska S., *Horyzontalne działanie praw człowieka w sferze stosunków pracowniczych w świetle Konstytucji RP*, [w:] *Horyzontalne oddziaływanie Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej oraz Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności*, red. A. Młynarska-Sobaczewska, P. Rodziewicz, Warszawa 2015
247. Jarosz-Żukowska S., *Problem horyzontalnego stosowania norm konstytucyjnych dotyczących wolności i praw jednostki w świetle Konstytucji RP*, [w:] *Wolności i prawa jednostki w Konstytucji RP*, t. 1: *Idee i zasady przewodnie konstytucyjnej regulacji wolności i praw jednostki w RP*, red. M. Jabłoński, Warszawa 2010
248. Jakimowicz W., *Spór o reguły bezpośredniego stosowania Konstytucji RP*, [w:] *Dookoła Wojtek... Księga pamiątkowa poświęcona Doktorowi Arturowi Wojciechowi Preisnerowi*, Wrocław 2017
249. Jaśkowski M., *Miejsce podstawowych zasad ogólnych prawa wspólnotowego w hierarchii wspólnotowych źródeł prawa*, [w:] *Zasady ogólne prawa wspólnotowego*, red. C. Mik, Toruń 2007
250. Jellinek G., *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, t. 2, Berlin 1919
251. Juja T., *Finanse publiczne*, Poznań 2011
252. Jurczyk T., *Zasady ogólne prawa Unii Europejskiej a Karta Praw Podstawowych*, [w:] *Rządy prawa i europejska kultura prawna*, red. A. Bator, J. Helios, W. Jedlecka, Wrocław 2014
253. K. Strzyczkowski, *Prawa podstawowe jako źródła celów społecznych i gospodarczych Unii Europejskiej*, „Prawo CCCXXIX” 2019, t. 329: *Państwo a przedsiębiorca – aktualne wyzwania*
254. Kabat-Rudnicka D., *Konstytucjonalizacja Unii Europejskiej a sądownictwo konstytucyjne*, Warszawa 2015
255. Kaczmarczyk J., *Zakaz dyskryminacji wykonawców i zapewnienie uczciwej konkurencji w polskim prawie zamówień publicznych*, [w:] *Prawo w administracji i gospodarce*, red. S. Osójca-Kozłowska, Kielce 2021
256. Kaleta K.J., *Rola i znaczenie wartości we współczesnym dyskursie prawniczym*, [w:] *Aksjologiczny wymiar prawa*, red. M. Dudek, M. Stępień, Kraków 2015
257. Kalin W., Kunzli J., *The Law of International Human Rights Protection*, Oxford 2010
258. Kania M., *Partnerstwo publiczno-prywatne jako przejaw europeizacji publicznego prawa gospodarczego*, [w:] *Europeizacja publicznego prawa gospodarczego*, red. H. Gronkiewicz-Waltz, K. Jaroszyński, Warszawa 2011

259. Kelsen H., *Justice et droit naturel*, [w:] *Le droit naturel*, red. H. Kelsen, Paryż 1959
260. Kędzia Z., *Horyzontalne działanie praw obywatelskich*, [w:] *Państwo, prawo, obywatel. Zbiór studiów dla uczczenia 60-lecia urodzin i 40-lecia pracy naukowej profesora Adama Łopatki*, red. J. Łętowski, W. Sokolewicz, Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk-Łódź 1989
261. Kędzia Z., *Pojęcie „prawa i wolności obywatelskie” (uwagi na tle ustawy o Rzeczniku Praw Obywatelskich)*, „Państwo i Prawo” 1989, nr 3
262. Kędzia Z., *Uwagi o aksjologii konstytucji*, [w:] *Prawa człowieka w społeczeństwie obywatelskim*, red. A. Rzepliński, Warszawa 1993
263. Kiczka K., *Konstytucjonalizacja publicznego prawa gospodarczego*, [w:] *Nowe problemy badawcze w teorii publicznego prawa gospodarczego (z uwzględnieniem samorządu terytorialnego)*, red. L. Kieres, Wrocław 2010
264. Kiełkowski T., *Nabycie prawa na mocy decyzji administracyjnej*, Warszawa 2012
265. Kieres L., *Prawo zamówień publicznych – dziedzina prawa europejskiego, odrębny system regulacji oraz swoiste ujęcie problemów regulowanych*, „Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu” 2012, nr 270: *Zamówienia publiczne – stan obecny i perspektywy*
266. Kingreen T., *Prohibition of Discrimination Due to Nationality*, [w:] *European Fundamental Rights and Freedoms*, red. D. Ehlers, Berlin 2007
267. Klich G., *Zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego*, Warszawa 2016
268. Kliszka J., *Prawowspółnotowy i konstytucyjny wymóg równego traktowania a niektóre regulacje prawa podatkowego*, [w:] *Konstytucyjne uwarunkowania tworzenia i stosowania prawa finansowego i podatkowego*, red. P.J. Lewkowicz, J. Stankiewicz, Białystok 2010
269. Kmieciak Z., *Rec.: M. Bernatt, Sprawiedliwość proceduralna w postępowaniu przed organem ochrony konkurencji*, „Państwo i Prawo” 2012, nr 7
270. Knosala E., *Zarys nauki administracji*, Warszawa 2010
271. Knysiak-Molczyk H., *Inne formy działania administracji publicznej* [w:] *Koncepcja systemu prawa administracyjnego*, red. J. Zimmermann, Warszawa 2007
272. Knysiak-Molczyk H., *Umowa cywilnoprawna jako forma działania organów administracji publicznej*, [w:] *Koncepcja systemu prawa administracyjnego. Zjazd Katedr Prawa i Postępowania Administracyjnego Zakopane 2427 września 2006 r.*, Warszawa 2007
273. Kocot W.J., *Europeizacja materialnego prawa prywatnego – stan obecny i perspektywy*, „Państwo i Prawo” 2020, nr 2
274. Kocowski T., *Prywatyzacja zarządzania majątkiem publicznym, prywatyzacja majątkowa, prywatyzacja zadań publicznych i prywatyzacja wykonania zadań publicznych*, [w:] *Prawne aspekty prywatyzacji*, red. J. Blicharz, Wrocław 2012
275. Kocowski T., *Zamawiający i wykonawcy w systemie zamówień publicznych*, „Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu” 2017, nr 497: *Przedsiębiorca w społecznej gospodarce rynkowej. System zamówień publicznych*
276. Kokocińska K., *Polityka regionalna w Polsce i w Unii Europejskiej*, Poznań 2010
277. Koleśnikow M., Leszczyński Z., Zyglowicz M., *Stosowanie prawa zamówień publicznych*, Warszawa 2005
278. Kołacz J., *Swobody częściowe a swoboda działalności gospodarczej*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2008, R. 70, z. 2
279. Komar A., *Finansowanie*, [w:] *System instytucji prawno-finansowych PRL*, t. 1: *Instytucje ogólne*, red. M. Weralski, Warszawa 1982
280. Komentarz Ogólny Nr 18 Komitetu Praw Gospodarczych, Socjalnych i Kulturalnych ONZ z dnia 24 listopada 2005 r., <https://docstore.ohchr.org/> [dostęp: 5.11.2022]
281. Komisja Europejska, *Zielona Księga w sprawie modernizacji polityki UE w dziedzinie zamówień publicznych W kierunku zwiększenia skuteczności europejskiego rynku zamówień*, Bruksela, dnia 27.1.2011, KOM(2011) 15 wersja ostateczna, <https://eur-lex.europa.eu/> [dostęp: 4.02.2023]
282. *Konkluzje Rady w sprawie planu działania UE dotyczącego prawa człowieka i demokracji na lata 2020–2024* <https://www.consilium.europa.eu/media/46838/st12848-en20.pdf> [dostęp: 4.02.2023]
283. Kopczyńska-Pieczniak K., *Zasada uczciwości kupieckiej jako zasada prawa handlowego*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2016, vol. 25, 1
284. Kordela M., *Aksjologia źródeł prawa*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2016, nr 2
285. Kordela M., *Aksjologiczna wykładnia prawa*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2017, t. 110
286. Kordela M., *Możliwość konstruowania ogólnej teorii zasad prawa. Uwagi do koncepcji Roberta Alexy’ego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2007, nr 2
287. Kordela M., *Teoria prawa Zygmunta Ziemińskiego*, „Filozofia Publiczna i Edukacja Demokratyczna” 2015 nr 4(1)
288. Kordela M., *Wstęp metodologiczny do wykładni aksjologicznej*, [w:] *Wielowymiarowość prawa*, red. J. Czapska, M. Dudek, M. Stępień, Toruń 2014

289. Kordela M., *Zasady prawa. Studium teoretycznoprawne*, Poznań 2012
290. Korybski A., Leszczyński L., *Stanowienie i stosowanie prawa. Elementy teorii*, Warszawa 2021
291. Korycka-Zirk M., *Teorie zasad prawa a zasada proporcjonalności*, Warszawa 2012
292. Kosikowski C., *Polskie prawo finansowe na tle prawa Unii Europejskiej*, Warszawa 2008
293. Kosiński E., *Aspekt prawny wolności gospodarczej*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2003, nr 3/4
294. Kostrubiec J., *İstota prawnej legitymizacji władzy*, „Studenckie Zeszyty Naukowe” 2001, nr 4/5
295. Kotulski M., *Równość jako dobro prawne*, [w:] *Równość w prawie administracyjnym*, red. J. Korczak, P. Lisowski, Warszawa 2018
296. Kowalczyk E., *Cbarakter prawny zasad gospodarowania środkami publicznymi*, [w:] *Teoretyczne i praktyczne aspekty prawa finansowego: problemy, koncepcje, wyzwania i rozwiązania*, red. A. Gorgol, Warszawa 2020
297. Kowalczyk E., *Klauzula dobrych obyczajów w zamówieniach publicznych*, [w:] *Procedura zamówień publicznych*, red. M. Filipek, Lublin 2020
298. Kowalczyk E., *Koncepcja normatywna warunków zamówienia publicznego*, „Studia Prawnoustrojowe” 2021 (53)
299. Kowalczyk E., *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
300. Kowalczyk E., *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
301. Kowalczyk E., *Pozaustawowe zamówienia publiczne*, Zielona Góra 2021
302. Kowalczyk E., *Wymagania podmiotowe przy wspólnym ubieganiu się o zamówienie publiczne*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2022, nr 1
303. Kowalik-Bańczyk K., *Problematyka ochrony praw podstawowych w unijnych postępowaniach w sprawach z zakresu ochrony konkurencji*, Warszawa 2010
304. Kowalik-Bańczyk K., *Wykładnia prowsólnotowa (tzw. pośredni skutek)*, [w:] *Stosowanie prawa Unii Europejskiej przez sądy*, t. 2: *Zasady – orzecznictwo – piśmiennictwo*, red. A. Wróbel, M. Szwarc-Kuczer, K. Kowalik-Bańczyk, Warszawa 2007
305. Kozak A., *Instrumentalność a instrumentalizacja prawa*, [w:] *Z zagadnień teorii i filozofii prawa. Instrumentalizacja prawa*, red. A. Kozak, Wrocław 2000
306. Kozuch A., Ucieklak-Jeż P., Książek E., *Finanse publiczne: wybrane zagadnienia*, Częstochowa 2014
307. Krawczyk A., *Postępowanie administracyjne i sądowe w sprawach unijnych*, [w:] *System prawa administracyjnego*, t. 3: *Europeizacja prawa administracyjnego*, red. R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2014
308. Królikowska-Olczak M., *Zasada niedyskryminacji w prawie zamówień publicznych Unii Europejskiej*, [w:] *Ekonomiczne i prawne zagadnienia zamówień publicznych. Polska na tle Unii Europejskiej*, red. A. Borowicz, Warszawa 2010
309. Kruczalak-Jankowska J., *Swoboda przedsiębiorczości*, [w:] *Wolność gospodarcza*, red. Z. Brodecki, Warszawa 2003
310. Krugner M., *The Principles of Equal Treatment and Transparency and the Commission Interpretative Communication on Concessions*, „Public Procurement Law Review” 2003, nr 12
311. Kubiak A., *O interpretacji przepisów programowych w Konstytucji*, „Państwo i Prawo” 1987, nr 4
312. Kuczma P., *Konstytucyjne ujęcie wolności działalności gospodarczej*, „Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu” 2014, nr 372: *Przedsiębiorca w społecznej gospodarce rynkowej*
313. Kulig A., *Zasada równości*, [w:] *Prawo konstytucyjne Rzeczypospolitej Polskiej*, red. P. Sarnecki, Warszawa 2011
314. Kumela-Romańska M., *Administracyjnoprawny status cudzoziemca w Polsce*, Warszawa 2017
315. Kunkiel-Kryńska A., *Zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego w świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2014, nr 10
316. Kurosz K., *Sprawiedliwość prawnomaterialna a proceduralna – kilka uwag na temat napięć między różnymi postaciami sprawiedliwości w prawie cywilnym*, „Studia Iuridica” 2017, nr 10
317. Kutrzeba S., *Historia źródeł dawnego prawa polskiego*, t. 1 (reprint), Warszawa 1987
318. Kwiecień R., *Potrzeba globalnego konstytucjonalizmu?*, „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego” 2012, nr 10
319. Lach D.E., *Zasada równego dostępu do świadczeń opieki zdrowotnej*, Warszawa 2011
320. Lang W., Wróblewski J., *Współczesna filozofia i teoria prawa w USA*, Warszawa 1986
321. Lang W., Wróblewski J., Zawadzki S., *Teoria państwa i prawa*, Warszawa 1980
322. Laszczyk A., Gajduś M., *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” 2012, nr 1



323. Latacz M., *Wpływ konstytucji na kształtowanie standardów metodologicznych*, „Przegląd Prawniczy Uniwersytetu Warszawskiego” 2017, nr 2
324. Lenaerts K., Van Nuffel P., *Constitutional Law of the European Union*, red. R. Bray, London 1999
325. Leczykiewicz D., *Horizontal Application of the Charter of Fundamental Rights*, „European Law Review” 2013, is. 4
326. Leible S., *Fundamental Freedoms and European Contract Law*, [w:] *Constitutional Values and European Contract Law*, red. S. Grundmann, Alphen aan den Rijn 2008
327. Lenaerts K., *Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej a ochrona praw podstawowych*, „Europejski Przegląd Sądowy 2013, 1/4
328. Leszczyński L., *Zagadnienia teorii stosowania prawa. Doktryna i tezy orzecznictwa*, Zakamycze 2004
329. Lic J., *Konsorcjum w zamówieniach publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2008, nr 4
330. Limbach J., *Promieniowanie konstytucji na prawo prywatne*, [w:] *Na drodze do wspólnoty kultury prawnej II. Auf dem Wege zur Gemeinschaft der Rechtskultur II*, red. M. Lutter, W.-H. Roth, M. Wyrzykowski, Warszawa 2016
331. Lipiec-Warzecha L., *Ustawa o finansach publicznych. Komentarz*, Warszawa 2011
332. Lloyd Thomas D.A., *Competitive Equality of Opportunity*, [w:] *The Notion of Equality*, red. M. Hajdin, London 2001
333. Longchamps F., *Z problemów poznania prawa*, Wrocław 1968
334. Lubiszewski M., *Postulaty de lege ferenda w odniesieniu do kompleksowego charakteru prawa zamówień publicznych*, [w:] *Potrzeby i kierunki zmian w Prawie zamówień publicznych*, red. M. Stęciwilk, A. Dobaczewska, Warszawa 2018
335. Łabno A., *Zasada równości i zakaz dyskryminacji*, [w:] *Wolności i prawa jednostki oraz ich gwarancje w praktyce*, red. L. Wiśniewski, Warszawa 2006
336. Łabno-Jabłońska A., *Zasada bezpośredniego obowiązywania konstytucyjnych praw i wolności jednostki. Analiza prawoporównawcza*, [w:] *Podstawowe prawa jednostki i ich sądowa ochrona*, red. L. Wiśniewski, Warszawa 1997
337. Łętowska E., *O znaczeniu praw człowieka dla polskiego systemu prawa*, [w:] *O prawach człowieka w podwójną rocznicę paktów*, Toruń 1996
338. Łopatka A., *Pojęcie podstawowych praw i obowiązków obywateli PRL*, [w:] *Podstawowe prawa i obowiązki obywateli PRL*, red. A. Łopatka, Warszawa 1978
339. Łopatka A., *Prawoznawstwo*, Warszawa 2002
340. Łuszek-Zajac A., Machnikowski P., *Nowa regulacja zawarcia umowy w trybie przetargowym*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2003, nr 9
341. Machnikowski P., Pajor T., *Prawo prywatne Unii Europejskiej i jego wpływ na prawo polskie*, [w:] *System prawa prywatnego*, t. 1: *Prawo cywilne – część ogólna*, red. M. Safjan, Warszawa 2007
342. Madeja A., *Wykładnia prawnicza w orzecznictwie Polskiego Trybunału Konstytucyjnego (1997–2005)*, „Studia Iuridica Toruniensia” 2011, t. 8
343. Majchrzycka-Guzowska A., *Finanse i prawo finansowe*, Warszawa 1998
344. Malinowska-Misiąg E., Misiąg W., *Finanse publiczne w Polsce*, Warszawa 2007
345. Maliszewska-Nienartowicz J., *Dyskryminacja pośrednia w prawie Unii Europejskiej*, Toruń 2012
346. Maliszewska-Nienartowicz J., *Rola zasady równości w prawie Wspólnoty/Unii Europejskiej (w ujęciu ewolucyjnym)*, „Studia Europejskie” 2011, nr 4
347. Maliszewska-Nienartowicz J., *Rozwój zasady proporcjonalności w prawie wspólnotowym*, „Studia Europejskie. Centrum Europejskie Uniwersytetu Warszawskiego” 2006, nr 1
348. Maliszewska-Nienartowicz J., *Zasady ogólne prawa jako źródło europejskiego prawa wspólnotowego*, „Państwo i Prawo” 2005, nr 4
349. Małajny R.M., *Pojęcie konstytucji*, „Państwo i Prawo” 2018, nr 2
350. Manssen G., *Aktuelle Fragen des Schutzes der Berufsfreiheit im deutschen Verfassungsrecht*, „Przegląd Prawa i Administracji” 1997, t. 37
351. Marciniak K., *Prawa podstawowe w stosunkach zewnątrznych Unii Europejskiej* [w:] *Prawa podstawowe w prawie i praktyce Unii Europejskiej*, red. C. Mik, K. Galka, Toruń 2009
352. Marcisz P., *Koncepcja tworzenia prawa przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej*, Warszawa 2015
353. Maroń G., *Legitymizacja zasad prawa*, [w:] *Teoria prawa między nowoczesnością a ponowoczesnością*, red. A. Samonek, Kraków 2012
354. Mars de S., *The Limits of General Principles: A Procurement Case Study*, „European Law Review” 2013, 38(3)
355. Martin-Ortega O., O’Brien C.M., *Public Procurement and Human Rights: Interrogating the Role of the State as Buyer*, [w:] *Public Procurement and Human Rights*, red. O. Martin-Ortega, C.M. O’Brien, Cheltenham 2019

356. Martin-Ortega O., *Public Procurement as a Tool for the Protection and Promotion of Human Rights: a Study of Collaboration, Due Diligence and Leverage in the Electronics Industry*, „Business and Human Rights Journal” 2018, vol. 3, nr 1
357. Masternak-Kubiak M., *Miejsce i znaczenie międzynarodowych źródeł prawa praw człowieka w polskim porządku konstytucyjnoprawnym*, [w:] *Wolności i prawa jednostki w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej – idee i zasady przewodnie*, red. M. Jabłoński, Warszawa 2010
358. Masternak-Kubiak M., *Prawo do równego traktowania*, [w:] *Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP*, red. B. Banaszak, A. Preisner, Warszawa 2002
359. Mastroianni R., *On the Distinction Between Vertical and Horizontal Direct Effects of Community Directives: What Role for the Principle of Equality?*, „European Public Law” 1999, vol. 5, is. 3
360. Maśnicki J., *Bezpośredni skutek dyrektyw w relacjach triangularnych*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2017, nr 3
361. Mazurek G., *Ustawa o koncepcji na roboty budowlane lub usługi. Komentarz*, Wrocław 2009
362. McCrudden C., *Buying Social Justice. Equality, Government Procurement, & Legal Change*, Oxford 2007
363. Menkes J., *Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej a konstytucja Europy*, „Studia Europejskie” 2001, nr 2
364. Miemieć W., *Wykonywanie budżetu środków europejskich*, [w:] *Europejskie bezzwrotne źródła finansowania polityki regionalnej w Polsce. Aspekty prawno-finansowe*, red. W. Miemieć, Wrocław 2012
365. Miemieć W., *Zlecenie płatności i jego rola w przepływie środków unijnych*, [w:] *Europejskie bezzwrotne źródła finansowania polityki regionalnej w Polsce. Aspekty prawno-finansowe*, red. W. Miemieć, Wrocław 2012
366. Mik C., *Europejskie prawo wspólnotowe. Zagadnienia teorii i praktyki*, Warszawa 2002
367. Mik C., *The Charter of Fundamental Rights: determinants of Protective Standards*, [w:] *Fundamental Rights Protection in the European Union*, red. J. Barcz, Warszawa 2009
368. Mika A., *Status wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w Polsce*, „Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu” 2017, nr 497: *Przedsiębiorca w społecznej gospodarce rynkowej. System zamówień publicznych w Polsce*
369. Mikłaszewicz P., *Obowiązki informacyjne w umowach z udziałem konsumentów na tle prawa Unii Europejskiej*, Warszawa 2008
370. Mikołajczyk D.P., *Teoretyczne aspekty partnerstwa publiczno-prywatnego – zalety, wady, bariery rozwoju w Polsce oraz związek z ideą nowego zarządzania publicznego, prywatyzacji i zamówień publicznych*, Acta Universitatis Lodzianensis. Folia Oeconomica, 243 *Partnerstwo publiczno-prywatne : warunki i wybrane obszary jego funkcjonowania*, 2019
371. Militaru I.N., *The internal market of the European Union. Fundamental freedoms*, Bukareszt 2018
372. Miłostan N., *„Zielone” zamówienia publiczne jako przykład europeizacji publicznego prawa gospodarczego*, [w:] *Europeizacja publicznego prawa gospodarczego*, red. H. Gronkiewicz-Waltz, K. Jaroszyński, Warszawa 2011
373. Miruć A., *Zasada pomocniczości jako podstawa realizacji zadań z zakresu pomocy społecznej*, [w:] *Sposoby realizacji zadań publicznych*, red. B. Dolnicki, Warszawa 2017
374. Miruć A., *Zasada pomocniczości w prawie Pomocy Społecznej*, „Administracja: Teoria, Dydaktyka, Praktyka” 2008, nr 3
375. Misiąg W., *Komentarz do art. 43*, [w:] *Ustawa o finansach publicznych. Ustawa o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Komentarz*, red. W. Misiąg, Warszawa 2019, teza 1, Legalis
376. Mituś A., *Istota wykonywania zadań publicznych z zakresu gospodarki komunalnej*, „Zeszyty Naukowe / Uniwersytet Ekonomiczny w Krakowie”, Kraków 2011
377. Młynarczyk-Misiuda J., *Aneks. Ważniejsze terminy z zakresu finansów publicznych*, [w:] M. Kossek-Wojnar, S. Owsiak, K. Surówka, *Podstawy teorii finansów publicznych*, Kraków, 1995
378. Młynarska-Sobaczewska A., *Wprowadzenie*, [w:] *Horyzontalne oddziaływanie Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej oraz Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności*, red. A. Młynarska-Sobaczewska, P. Radziejewicz, Warszawa 2015
379. Monarcha-Matlak A., *Problematyka obowiązków prawnych administracji publicznej na gruncie prawa administracyjnego*, [w:] *Księga Jubileuszowa z okazji 15-lecia Wydziału Prawa i Administracji US*, red. Z. Ofiarski, Szczecin 2004
380. Moniuszko Ł., *Sprawiedliwość. Studium koncepcji filozoficznoprawnej Zygmunta Ziemińskiego*, Kraków 2017
381. Morawska E.H., *Zobowiązania pozytywne państw-stron Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności*, Warszawa 2016
382. Morawska E.H., *Konstrukcja normatywna praw podstawowych w Karcie Praw Podstawowych Unii Europejskiej*, [w:] *Prawa podstawowe w prawie i praktyce Unii Europejskiej*, red. C. Mik, K. Gałka, Toruń 2009
383. Morawski L., *Wstęp do prawoznawstwa*, Toruń 2015



384. Mortelmans K., *The Relationship Between the Treaty Rules and Community Measures for the Establishment and Functioning of the Internal Market – Towards a Concordance Rule*, „Common Market Law Review” 2002, vol. 39, is. 6
385. Neumayr F., *Value for Money v. Equal Treatment: The Relationship Between the Seemingly overriding National Rationale for Regulating Public Procurement and the Fundamental E.C. Principle of Equal Treatment*, „Public Procurement Law Review” 2002, nr 4
386. Niczyporuk J., *Elementy pojęcia „prywatyzacja przedsiębiorstw państwowych”*, „Samorząd Terytorialny” 1994, z. 12
387. Nita B., *Bezpośrednie stosowanie konstytucji a rola sądów w ochronie konstytucyjności prawa*, „Państwo i Prawo” 2002, nr 9
388. Nizioł K., *Analiza pojęć „wydatków publicznych”, „wydatków budżetu państwa” oraz „rozchodów publicznych” na gruncie ustawy o finansach publicznych*, „Studia Lubuskie” 2011, t. 7
389. Nowacki J., *Prawo publiczne – prawo prywatne*, Katowice 1992
390. Nowak-Far A., *Uczestnictwo Unii Europejskiej w GATT/WTO i zakres jej kompetencji do zawierania w tym zakresie umów międzynarodowych*, [w:] *Prawo Światowej Organizacji Handlu a Unia Europejska*, red. A. Nowak-Far, Warszawa 2008
391. Nowicki H., *Cele systemu zamówień publicznych*, „Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu” 2017, nr 497: *Przedsiębiorca w społecznej gospodarce rynkowej. System zamówień publicznych w Polsce*
392. Nowicki H., *Economic policies, objectives, and principles of the system of public procurement law*, „Studia Iuridica Toruniensia” 2018, vol. 23, t. 23
393. Nowicki H., Nowicki P., *Partnerstwo publiczno-prywatne jako element systemu zamówień publicznych*, „Studia BAS” 2014, nr 3
394. Nowicki H., *Podstawy prawne systemu zamówień publicznych w Polsce*, [w:] *System zamówień publicznych w Polsce*, red. J. Sadowy, Warszawa 2013
395. Nowicki H., *Prawo zamówień publicznych – pojęcie i zakres regulacji*, [w:] *XV-lecie systemu zamówień publicznych w Polsce. Ogólnopolska konferencja naukowa, 22–23 czerwca 2009 r. Toruń*, red. H. Nowicki, J. Sadowy, Toruń–Warszawa 2009
396. Nowicki M.A., *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Warszawa 2017
397. Nowicki P., *Aksjologia prawa zamówień publicznych. Pomiędzy efektywnością ekonomiczną a instrumentalizacją*, Toruń 2019
398. Nowicki P., *System zamówień publicznych w Unii Europejskiej*, [w:] *System zamówień publicznych w Polsce*, red. J. Sadowy, Warszawa 2013
399. Nowicki P., *Zamówienia publiczne jako instrument kształtowania gospodarki przez państwo*, „Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu” 2017, nr 497: *Przedsiębiorca w społecznej gospodarce rynkowej System zamówień publicznych*
400. Nowicki P., Wierzbowski M., *Kierunki zmian w prawie zamówień publicznych – uwagi de lege ferenda*, [w:] *Potrzeby i kierunki zmian w Prawie zamówień publicznych*, red. M. Stęciwilk, A. Dobaczewska, Warszawa 2018
401. Nuzzo B., *Zamówienia bagatelne we Włoszech*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2018, nr 3
402. Nyc-Zimny M., *Naruszenie zasady udzielania zamówień publicznych podstawą wniesienia odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2021, nr 3
403. Nyc-Zimny M., *Z problematyki tzw. samooczyszczenia się wykonawcy na tle zasady proporcjonalności oraz równego traktowania konkurentów*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2017, nr 1
404. O’Brien C.M., *Essential Services, Public Procurement and Human Rights in Europe*, „University of Groningen Faculty of Law Research Paper” 2015, nr 22, <https://ssrn.com/abstract=2591898> [dostęp: 12.10.2020]
405. O’Leary S., *The Principle of Equal Treatment on Grounds of nationality in Article 6 EC. A Lucrative Source of Rights for Member State Nationals*, [w:] *The Principle of Equal Treatment in EC Law*, red. A. Dashwood, S. O’Leary, London 1997
406. Ochmański J., *Administracja świadcząca. Kształtowanie się idei organizatorskiej funkcji państwa w Polsce Ludowej (1944–1989)*, Poznań 2006
407. Ofiarski Z., *Finansowanie zadań zleconych przez gminę organizacjom pozarządowym*, „Annales Universitatis Mariae Curie Skłodowska, sectio H Œconomis” 2012, nr 46
408. Ofiarski Z., *Komentarz do art. 43*, [w:] *Ustawa o finansach publicznych. Komentarz*, red. M. Karlikowska, W. Miemiec, Z. Ofiarski, K. Sawicka, Wrocław 2010
409. Ofiarski Z., *Subwencja jako forma prawna wydatków dokonywanych z budżetu państwa*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2011
410. Ofiarski Z., *Subwencje i dotacje jednostek samorządu terytorialnego*, Warszawa 2002
411. Oniszczuk J., *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, Kraków 2000

412. Oniszczyk J., *Równość – najpierwsza z zasad i orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 2004
413. Oniszczyk J., *Stosowanie prawa*, Warszawa 2000
414. Opałek K., Wróblewski J., *Sporne zagadnienia pojęć teoretycznoprawnych*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1972, nr 34(1)
415. Opałek K., Wróblewski J., *Zagadnienia teorii prawa*, Warszawa 1969
416. Opinia Biura Analiz Sejmowych z dnia 8 grudnia 2008 r. w sprawie rządowego projektu ustawy o funduszu sołeckim (druk nr 1278), <https://orka.sejm.gov.pl/rexdomk6.nsf/Opdodr?OpenPage&nr=1278> [dostęp: 6.03.2020]
417. Ostojski P., *Sprawiedliwość proceduralna według ReNEUAL modelu kodeksu postępowania administracyjnego Unii Europejskiej*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2017, R. 79, z. 1
418. Owsiak S., *Finanse publiczne. Teoria i praktyka*, Warszawa 2006
419. Padrak R., *Prywatyzacja spółek komunalnych w trybie przetargu publicznego*, „Finanse Komunalne” 2008, 7-8
420. Pajor T., *Harmonizacja prawa prywatnego z prawem Unii Europejskiej*, [w:] *System prawa prywatnego*, t. 1: *Prawo cywilne – część ogólna*, red. M. Safjan, Warszawa 2007
421. Panasiuk A., *Czy w Polsce mamy system zamówień publicznych*, [w:] *Prawo zamówień publicznych. Stan obecny i kierunki zmian*, red. H. Nowicki, P. Nowicki, Wrocław 2015
422. Panasiuk A., *Prawno-ekonomiczne aspekty systemu zamówień publicznych wpływające na ograniczenie swobody kontraktowania*, Bydgoszcz 2005
423. Panasiuk A., *System zamówień publicznych w Polsce*, Warszawa 2004
424. Parchomiuk J., *Wolność wyboru i nadużycie formy realizacji zadań publicznych*, [w:] *Sposoby realizacji zadań publicznych*, red. B. Dolnicki, Warszawa 2017
425. Pasternak Ł., *Zasady jawności oraz uczciwej konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego*, „Krytyka Prawa. Niezależne Studia nad Prawem” 2015, t. 7, nr 1
426. Patalon A., *Zasada równości wobec prawa w świetle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego w Polsce*, [w:] *Nierówności społeczne. W trosce o otwarcia horyzontów edukacji*, red. K. Błasińska et al., Gdańsk 2015
427. Pawelec J., *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
428. Pazura A., Uniejewski J., *Zasada równości wobec prawa – naruszenia a dyskryminacja*, „Humanistyczne Zeszyty Naukowe. Prawa Człowieka” 2013, nr 16
429. Perelman C., *O sprawiedliwości*, Warszawa 1959
430. Petrov R., Kalinichenko P., *The Europeanization of Third Country Judiciaries Through the Application of the EU Acquis: The Cases of Russia and Ukraine*, „International and Comparative Law Quarterly” 2011, vol. 60, nr 2
431. Piasta D., *Zamówienia publiczne w świetle procedur Światowej Organizacji Handlu*, Warszawa 2001
432. Piechocki M., *Bezpośrednia horyzontalna i incydentalnie horyzontalna skuteczność dyrektyw w krajowym porządku prawnym*, [w:] *Stosowanie prawa wspólnotowego w prawie wewnętrznym z uwzględnieniem prawa polskiego*, red. D. Kronobis-Romanowska, Warszawa 2004
433. Piechota M., *Konstytucyjne prawo do ochrony zdrowia jako prawo socjalne i prawo podstawowe*, „Roczniki Administracji i Prawa” 2012, nr 12
434. Piechowiak M., *Filozofia praw człowieka*, Lublin 1999
435. Piechowiak M., *Pojęcie praw człowieka*, [w:] *Podstawowe prawa jednostki i ich sądowa ochrona*, red. L. Wiśniewski, Warszawa 1997
436. Piechowiak M., *Sprawiedliwość społeczna jako podstawa porządku prawnego*, [w:] *Zagadnienia współczesnego prawa konstytucyjnego*, red. A. Pułto, Gdańsk 1993
437. Pierog J., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2015
438. Pietrzykowski T., *Ujarzmianie Lewiatana. Szkice o idei rządów prawa*, Katowice 2014
439. Piwowarczyk A., *Procedury zamówień publicznych w projektach współfinansowanych ze środków funduszy strukturalnych*, Katowice 2017
440. Podkowik J., *Charakter i skutki prawne wyroków stwierdzających niekonstytucyjność pominięcia prawodawczego*, „Zeszyty Naukowe Sądowictwa Administracyjnego” 2017, nr 2(71)
441. Podkowik J., *Konstytucyjna zasada równości i zakaz dyskryminacji w prawie cywilnym*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2016, t. 25, nr 2
442. Pokrzywniak J., Kwieciński T., Baehr J., *Środki ochrony prawnej w procedurach zamówień publicznych*, Warszawa 2006
443. Pomorska A., *Zasady ogólne finansów publicznych*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2002, nr 6
444. Popowska B., *Partnerstwo publiczno-prywatne w świetle koncepcji „ciągu działań prawnych” i jej wpływ na ocenę umowy o PPP*, [w:] *Środki prawne publicznego prawa gospodarczego*, red. L. Kieres, Wrocław 2007

445. Pospisil R., Kunz P., Krocil O., *The Impact of Public Procurement Law To The System of Public Finance*, „Global Economic Observer” 2019, vol. 7, nr 1
446. Powałowski A., Wolska H., *Wykonawca zamówienia publicznego a status prawny przedsiębiorcy*, [w:] *Państwo a gospodarka: zasady, instytucje, procedury: księga jubileuszowa dedykowana Profesor Bożenie Popowskiej*, red. P. Lissoń, M. Strzelbicki, Poznań 2020
447. Półtorak N., *Ochrona uprawnień wynikających z prawa Unii Europejskiej w postępowaniach krajowych*, Warszawa 2010
448. Półtorak N., *Pojęcie państwa w prawie Wspólnot Europejskich (zarys problemu)*, [w:] *Studia z prawa Unii Europejskiej*, red. S. Biernat, Kraków 2000
449. *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, red. H. Nowak, M. Winiarz, Warszawa 2021
450. Prechal S., *Equality of Treatment, Non-discrimination, and Social Policy: Achievements in Three Themes*, „Common Market Law Review” 2004, nr 41
451. Prokop K., Jackiewicz A., *Konstytucyjne aspekty partnerstwa publiczno-prywatnego (uwagi wprowadzające)*, red. M. Perkowski, *Partnerstwo publiczno-prywatne. Zagadnienia teorii i praktyki*, Białystok 2007
452. Prus Ł., *Równość w prawie administracyjnym Unii Europejskiej. Zagadnienia wybrane*, [w:] *Równość w prawie administracyjnym*, red. J. Korczak, P. Lisowski, Warszawa 2018
453. Przeszło E., *Prawo zamówień publicznych*, [w:] *Prawo gospodarcze publiczne*, red. A. Powałowski, Warszawa 2020
454. Przeszło E., *System zamówień publicznych*, [w:] *Instytucje i instrumenty kontroli w systemie zamówień publicznych*, red. A. Powałowski, E. Przeszło, H. Wolska, Warszawa 2018
455. Przeszło E., *Wykonawca*, [w:] *Leksykon prawa zamówień publicznych. Podstawowe pojęcia*, red. E. Przeszło, A. Powałowski, Warszawa 2020
456. Przewodnik Komisji Europejskiej *Kwestie społeczne w zakupach*, 2021/C 237/01 (OJ C, C/237, 18.06.2021), CELEX: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52021XC0618\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52021XC0618(01)) [dostęp: 1.01.2023]
457. Przywora B., *Czy art. 32 Konstytucji RP (zasada równości) może stanowić samodzielny wzorzec kontroli w sprawach inicjowanych skargą konstytucyjną?: przyczynek do dyskusji*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2020, nr 7/8
458. Puchacz K., *Wzorcowe regulaminy zamówień publicznych do 30 000 euro z komentarzem*, Gdańsk 2014
459. Pużycka I., Wojnowska-Radzińska J., *Zasada równości i zakaz dyskryminacji w Konstytucji RP*, [w:] *Prawo wobec dyskryminacji w życiu społecznym, gospodarczym i politycznym*, red. Z. Niedbała, Warszawa 2011
460. Pyziak-Szafnicka M., *Pojęcie prawa podmiotowego*, [w:] *System prawa prywatnego*, t. 1: *Prawo cywilne – część ogólna*, red. M. Safjan, Warszawa 2007
461. Rabbruch G., *Filozofia prawa*, Warszawa 2009
462. Raczkiwicz Z., *Prawo wspólnotowe a udzielanie zamówień publicznych o wartościach podprogowych*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2009, nr 1
463. Radaelli C.M., *The Europeanization of Public Policy*, [w:] *The Politics of Europeanization*, red. K. Featherstone, C.M. Radaelli, Oxford 2003
464. Radziejewicz P., *Kontrola konstytucyjności zaniechań ustawodawczych przez Trybunał Konstytucyjny*, „Państwo i Prawo” 2013, nr 3
465. Radziejewicz P., *Pojęcie horyzontalnego skutku norm konstytucyjnych – uwagi wprowadzające z perspektywy prawa konstytucyjnego*, [w:] *Horyzontalne oddziaływanie Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej oraz Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności*, red. A. Młynarska-Sobaczewska, P. Radziejewicz, Warszawa 2015
466. Rawls J., *Teoria sprawiedliwości*, Warszawa 1994
467. Rączka P., *Deontologia zawodowa w zamówieniach publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2015, nr 3
468. Redel D., *Charakterystyka wydatków budżetu państwa*, [w:] *Podstawy finansów*, red. K. Marecki, Warszawa 2008
469. Redelbach A., *Natura Praw Człowieka. Strasburskie standardy ich ochrony*, Toruń 2001
470. Redelbach A., *Wstęp do prawoznawstwa*, Poznań 1994
471. Redelbach A., Wronkowska S., Ziemiński Z., *Zarys teorii państwa i prawa*, Poznań 1992
472. Reszczyński J., *O pojęciu wolności gospodarczej w ekonomii i naukach prawnych*, „Studia Ekonomiczne. Gospodarka. Społeczeństwo. Środowisko” 2018, nr 1(2)
473. Rittberger B., Schimmelfennig F., *Explaining the constitutionalization of the European Union*, „Journal of European Public Policy” 2006, nr 13:8
474. Rudnicki S., Dmowski S., *Komentarz do kodeksu cywilnego. Ks. 1, Część ogólna*, Warszawa 1998
475. Rupniewski M., *Pojęcia wzajemności, bezstronności i korzyści wzajemnej w wybranych współczesnych koncepcjach sprawiedliwości*, [w:] *Tendencje rozwojowe myśli politycznej i prawnej*, red. M. Maciejewski, M. Marszał, M. Sadowski, Wrocław 2014

476. Ruszewski J., *Umowa jako forma przekazywania organizacjom pozarządowym przez organy administracji publicznej wykonywania zadań publicznych*, [w:] J. Boć, L. Dziewięcka-Bokun, *Umowy w administracji*, Wrocław 2008
477. Ruskowski J., *Ponadnarodowość w systemie politycznym Unii Europejskiej*, Warszawa 2010
478. Ruśkowski E., *Od prawa budżetowego do prawa finansowego sektora finansów publicznych*, [w:] *System prawa finansowego*, t. 2: *Prawo finansowe sektora finansów publicznych*, red. E. Ruśkowski, Warszawa 2010
479. Ruśkowski E., *Zasady gospodarowania środkami publicznymi w Polsce – wybrane uwagi*, [w:] *Nauka prawa finansowego po I dekadzie XXI wieku. Księga Pamiątkowa dedykowana Profesorowi Apoloniuszowi Kostekiemu*, red. I. Czaja–Hliniak, Kraków 2012
480. Ruśkowski E., *Komentarz do art. 43*, [w:] E. Ruśkowski, J.M. Salachna, *Norwa ustawa o finansach publicznych wraz z ustawą wprowadzającą. Komentarz praktyczny*, Gdańsk 2010
481. Rutkowska-Tomaszewska E., *Jednostki sektora finansów publicznych*, [w:] *Prawne aspekty prywatyzacji*, red. J. Blicharz, Wrocław 2012
482. Rzepka M., *Realizacja zasady równości wobec prawa w postępowaniu administracyjnym*, „Roczniki Administracji i Prawa” 2019, nr 19
483. Sadowy J., *Cele systemu zamówień publicznych i ich realizacja na przestrzeni 15 lat sprawozdań Prezesa Urzędu*, [w:] *XV-lecie systemu zamówień publicznych: ogólnopolska konferencja naukowa, 22–23 czerwca 2009 r., Toruń*, red. H. Henryk Nowicki, J. Sadowy, Toruń 2009
484. Sadurski W., *Constitutionalization of the EU and the sovereignty concerns of the new accession states: the role of the Charter of Rights*, „EUI Working Paper Law” 2003, No. 2003
485. Sadurski W., *Equality and Legitimacy*, New York 2011
486. Sadurski W., *Równość wobec prawa*, „Państwo i Prawo” 1978, nr 8–9
487. Safjan M., *Autonomia woli a zasada równego traktowania*, [w:] *Zaciąganie i wykonywanie zobowiązań*, red. E. Gniewek, K. Górski, P. Machnikowski, Warszawa 2010
488. Safjan M., Mikłaszewicz P., *Granice uprzywilejowania wyrównawczego*, „Przegląd Sejmowy” 2011, nr 6
489. Safjan M., *O różnych metodach oddziaływania horyzontalnego praw podstawowych na prawo prywatne*, „Państwo i Prawo” 2014, nr 2
490. Safjan M., *Pojęcie i systematyka prawa prywatnego*, [w:] *System prawa prywatnego*, t. 1: *Prawo cywilne – część ogólna*, red. M. Safjan, Warszawa 2007
491. Saint-Ouen F., *Podział władzy w demokracji europejskiej*, „Samorząd Terytorialny” 1991, nr 6
492. Salachna J.M., *Środki publiczne, ich formy prawne oraz zasady realizacji w sektorze finansów publicznych*, [w:] *System prawa finansowego*, t. 2: *Prawo finansowe sektora finansów publicznych*, red. E. Ruśkowski, Warszawa 2010
493. Salachna J.M., *Zakres odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych a legalne pojęcie środków publicznych – wybrane aspekty*, „Finanse Komunalne” 2005, nr 6
494. Sancewicz P., *Swooboda wyboru prywatnoprawnej formy działania administracji gospodarczej w polskiej i niemieckiej doktrynie prawa publicznego*, „Studia Prawa Publicznego” 2019, nr 3
495. Sanchez-Graells A., *Article 1 Subject-matter and scope 1*, [w:] R. Caranta, A. Sanchez-Graells, *European Public Procurement. Commentary on Directive 2014/24/EU*, Cheltenham-Northampton 2021
496. Säraru S.-C., *The Fundamental Principles Drawn from the Court of Justice of the European Union in the Field of Public Procurement and Concessions*, „Acta Universitatis Danubius” 2010, nr 3
497. Sarnecki P., *Normy programowe w konstytucji i odpowiadające im wolności obywatelskie*, [w:] *Sześć lat Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Doświadczenia i inspiracje*, red. L. Garlicki, A. Szmyt, Warszawa 2003
498. Schermers H.G., *Human Rights as General Principles of Law*, [w:] *General Principles of European Community Law*, red. U. Bernitz, J. Nergelius, Den Haag 2000
499. Schiek D., *From European Union Non-discrimination Law towards Multidimensional Equality Law for Europe*, [w:] *European Union Non-Discrimination Law. Comparative Perspectives on Multidimensional Equality Law*, red. D. Schiek, V. Chege, Routledge 2009
500. Schmidt-Aßmann E., *Ogólne prawo administracyjne jako idea porządku*, Warszawa 2001
501. Shaw J., *Process and Constitutional Discourse in the European Union*, „Journal of Law and Society” 2000, vol. 27, No. 1
502. Sierpowska I., *Zasada pomocniczości w pomocy społecznej*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2009, t. 79
503. Skoczyła-Tworek A., *Budżet zadaniowy jako wyzwanie dla audytorów wewnętrznych jednostek sektora finansów publicznych*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego. Finanse, Rynki Finansowe, Ubezpieczenia” 2013, Nr 62
504. Skubisz R., *Klauzule generalne w prawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*, „Annales Universitatis Marie Curie-Skłodowska” 2016, vol. 63, 2, sectio G
505. Skwara B., *W obronie bezpośredniego horyzontalnego obowiązywania praw człowieka*, „Przegląd Sejmowy” 2017, nr 1



506. Skwara B., *Horyzontalny skutek praw i wolności jednostki w systemie Konstytucji RP*, [w:] *Dylematy praw człowieka*, red. T. Gardocka, J. Sobczak, Toruń 2008
507. Skwara B., *Kategoryzacja horyzontalnego obowiązywania praw podstawowych w świetle aksjologicznych założeń systemu prawa*, [w:] *Horyzontalne oddziaływanie Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej oraz Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności*, red. A. Młynarska-Sobaczewska, P. Rodziewicz, Warszawa 2015
508. Skwarzyński M., *Ochrona przed nierównym traktowaniem spółek powołanych przez osoby prawne związków wyznaniowych w europejskim systemie praw człowieka*, „Przegląd Sejmowy” 2018, nr 2
509. Smerd A., *Regulamin zamówień wyłączonych spod obowiązku stosowania przepisów Prawa zamówień publicznych*, „Zamówienia Publiczne. Doradca” 2020, nr 12
510. Smerd A., *Zasady udzielania zamówień bagatelnych*, „ZP Doradca” 2019, nr 5
511. Sokołowski T., *Cywilnoprawna metoda regulacji a zagadnienia metodologiczne prawa cywilnego*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2007, nr 3
512. Sołtysińska A., *Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Kraków 2006
513. Sołtysińska A., *Instrumentalizacja zamówień publicznych – rozważania na tle unormowań prawa wspólnotowego*, [w:] *Studia z prawa Unii Europejskiej*, red. S. Biernat, Kraków 2000
514. Sołtysińska A., *Prawo do sądu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – zagadnienia wybrane*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2022, nr 2(73)
515. Soniewicka M., *Granice sprawiedliwości, sprawiedliwość ponad granicami*, Warszawa 2010
516. Soroka P., *Zamówienia publiczne a wolność gospodarcza*, „Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu” 2012, nr 270, *Zamówienia publiczne – stan obecny i perspektywy*
517. Sowiński R., *Byt organizacyjnyprawy i prywatyzacja spółek komunalnych (zagadnienia wybrane)*, „Rejent” 2003, R. 13, nr 10(150)
518. Sozański J., *Prawa człowieka w Unii Europejskiej*, Warszawa-Poznań, 2011
519. Sozański J., *Uznawanie kwalifikacji we Wspólnotach a swobody fundamentalne*, „Prawo Unii Europejskiej” 2004, nr 3
520. *Spotkanie dyskusyjne w redakcji „Przeglądu Sejmowego” na temat zasady równości*, „Przegląd Sejmowy” 2011, nr 6(107)
521. Stahl M., *Cele publiczne i zadania publiczne*, [w:] *Koncepcja systemu prawa administracyjnego. Zjazd Katedr Prawa i Postępowania Administracyjnego Zakopane 24–27.9.2006 r.*, red. J. Zimmermann, Warszawa 2007
522. Stawiński M., *Instrumentalizacja prawa zamówień publicznych w Unii Europejskiej w kontekście kryteriów oceny ofert*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2016, t. 105
523. Stec M., *Prawo umów handlowych*, Warszawa 2017
524. Stelmach J., Sarkowicz R., *Teoria prawa*, Kraków 2001
525. Stelmachowski A., *Zarys teorii prawa cywilnego*, Warszawa 1998
526. Stepkowski A., *Zasada proporcjonalności w europejskiej kulturze prawnej. Sądowa kontrola władzy dyskrecyjnej w nowoczesnej Europie*, Warszawa 2010
527. Stober R., *Handbuch des Wirtschaftsverwaltungs- und Umweltrechts*, Stuttgart-Berlin-Köln 1989
528. Stone Sweet A., *On the Constitutionalisation of the Convention: The European Court of Human Rights as a Constitutional Court*, „Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme” 2009, vol. 80 <https://ssrn.com/abstract=1569359> [dostęp: 16.02.2022]
529. Stręciwilk M., *Nowe Prawo zamówień publicznych a system zamówień publicznych*, „Zamówienia Publiczne. Doradca” 2001, nr 1
530. Strzelbicki M., *Swoboda świadczenia usług w Unii Europejskiej*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2003, nr 3
531. Strzelbicki M., *Zasada sprawiedliwości proceduralnej w procedurach publicznego prawa gospodarczego*, [w:] *Swoistość procedur publicznego prawa gospodarczego*, red. B. Popowska, Poznań 2013
532. Strzyczkowski K., *Kilka uwag o obiektywizacji gospodarczych praw podstawowych*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2018, t. 114
533. Strzyczkowski K., *Państwo jako przedsiębiorca*, [w:] *Państwo a gospodarka: zasady, instytucje, procedury: księga jubileuszowa dedykowana Profesor Bożenie Popowskiej*, red. P. Lissoń, M. Strzelbicki, Poznań 2020
534. Strzyczkowski K., *Prawo gospodarcze publiczne*, Warszawa 2015
535. Strzyczkowski K., *Przedsiębiorstwo publiczne wobec prawa równości*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2013, vol. 2013, nr 4
536. Strzyczkowski K., *Uwagi o zadaniach nauki o prawnych formach działania administracji gospodarczej*, [w:] *Instrumenty i formy prawne działania administracji gospodarczej*, red. B. Popowska, K. Kokocińska, Poznań 2009
537. Strzyczkowski K., *Zasada państwa sprawiedliwości społecznej jako zasada publicznego prawa gospodarczego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2006, nr 68, z. 4

538. Summers R.S., *Evaluating and Improving Legal Processes – A Plea for „Process Values”*, „Cornell Law Review” 1974, vol. 60
539. Surowiecka A., *Konstytucja – aspekty historyczne, definicyjne i współczesne kierunki rozwoju*, „Perspectiva” 2012, nr 2(21)
540. Sylwestrzak D., *Preferowanie podmiotów publicznych w niektórych rodzajach działalności gospodarczej*, [w:] *Węzłowe problemy oddziaływania państwa na konkurencyjność i innowacyjność gospodarki z perspektywy różnych dziedzin prawa*, red. A. Brzezińska-Rawa, D. Sylwestrzak, Toruń 2015
541. Szadok-Bratuń A., *Minirefleksje nad maksikwestiami, czyli o aksjologicznych aspektach praworządności*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2018, t. 114
542. Szarek R., *Glosa do wyroku sądu antymonopolowego z dnia 6 stycznia 1999 r.*, (XVII Ama 60/98), „Orzecznictwo Sądów Powszechnych” 2000, nr 11, poz. 168
543. Szczepaniak R., *Podział na prawo publiczne i prywatne. Uwagi na kanwie monografii Igora Zachariasza*, „Forum Prawnicze” 2016, nr 6
544. Szczodrowski G., *Finanse publiczne*, Elbląg 2003
545. Szmigielski A., *Prawa człowieka i demokracja w centrum działań zewnątrznych Unii Europejskiej. Dylematy prawne i polityczne*, „Przegląd Zachodni” 2016, nr 358
546. Szolno-Koguc J., *Funkcjonowanie funduszy celowych w Polsce w świetle zasad racjonalnego gospodarowania środkami publicznymi*, Lublin 2007
547. Szostak R., *Elektronizacja drobnych zamówień publicznych*, [w:] *Informatyzacja procedur udzielania zamówień publicznych*, red. R. Szostak, Warszawa 2018
548. Szostak R., *O niektórych postulatach zmian w prawie zamówień publicznych* [w:] *Potrzeby i kierunki zmian w Prawie zamówień publicznych*, red. M. Stręciwilk, A. Dobaczewska, Warszawa 2018
549. Szostak R., *Podstawowe instrumenty administracyjne w zamówieniach publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych”, 2013, Nr 4
550. Szostak R., *Przetarg na tle rozwiązań europejskich – zarys problemu*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie” 2009, nr 802
551. Szostak R., *Przetarg nieograniczony na zamówienie publiczne. Zagadnienia konstrukcyjne*, Kraków 2005
552. Szostak R., *Umowy o zamówienia publiczne w zarysie*, Warszawa 2018
553. Szostak R., *Uwagi de lege ferenda na temat zasad udzielania zamówień publicznych*, [w:] *System zamówień publicznych – stan obecny i kierunki zmian*, red. H. Nowicki, Warszawa–Wrocław 2014
554. Szostak R., *Uwarunkowanie odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych*, [w:] B. Nuzzo, E. Plebanek, R. Szostak, *Odpowiedzialność osobista urzędników w zamówieniach publicznych*, Warszawa 2020
555. Szostak R., *Zagadnienia konstrukcyjne przetargu w świetle znowelizowanych przepisów kodeksu cywilnego*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2004, nr 1
556. Szostak R., *Zamówienia wylączone z reżimu Prawa zamówień publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2009, nr 3
557. Szostak R., *Zasada pisemności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie” 2008, nr 776
558. Szostak R., *Zasady prawa zamówień publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2014, nr 3
559. Szpunar M., *Bezpośredni skutek prawa wspólnotowego. – jego istota oraz próba uporządkowania terminologii*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2005, nr 11
560. Szpunar M., *Odpowiedzialność podmiotu prywatnego z tytułu naruszenia prawa wspólnotowego*, Warszawa 2008
561. Szpunar M., *Wybrane problemy stosowania prawa Unii Europejskiej w stosunkach cywilnoprawnych*, „Prawo w Działaniu” 2014, t. 20
562. Szumlakowski R., *Zasada równego dostępu do środków budżetowych jednostek samorządu terytorialnego dla wykonawców zadań publicznych*, „Acta Universitatis Wratislaviensis. Prawo” 2014, No 3576, t. 316, nr 1
563. Szustakiewicz P., [w:] M. Chmaj, G. Herc, E. Komorowski, P. Szustakiewicz, *Zamówienia publiczne. Podręcznik*, Warszawa 2010
564. Szustakiewicz P., *Zasady prawa zamówień publicznych*, Warszawa 2007
565. Szwarc-Kuczer M., *Zasada bezpośredniej skuteczności*, [w:] *Stosowanie prawa Unii Europejskiej przez sądy*, t. 2: *Zasady – orzecznictwo – piśmiennictwo*, red. A. Wróbel, M. Szwarc-Kuczer, K. Kowalik-Bañczyk, Warszawa 2007
566. Szydło M., *Krajowe prawo spółek a swoboda przedsiębiorczości*, Warszawa 2007
567. Szydło M., *Państwo jako przedsiębiorca: wybrane zagadnienia prawne*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2002, nr 2/1/2
568. Szydło M., *Prawna koncepcja zamówienia publicznego*, Warszawa 2014



569. Szydło M., *Prawo do dobrej administracji jako prawo podstawowe w unijnym porządku prawnym*, „Studia Europejskie” 2004, nr 1
570. Szydło M., *Swobody rynku wewnętrznego a reguły konkurencji: między konwergencją a dywergencją*, Toruń 2006
571. Szydło M., *Umowne powierzenie wykonywania zadań z zakresu gospodarki komunalnej przez jednostki samorządu terytorialnego*, „Finanse Komunalne” 2007, nr 4
572. Szydło M., *Ustawa o gospodarce komunalnej*, Warszawa 2008
573. Szydło M., *Wolność działalności gospodarczej jako prawo podstawowe*, Bydgoszcz 2011
574. Szydło W., *Bezpośrednie zawarcie umowy o świadczenie usług w zakresie publicznego transportu kolejowego i jej sądowa kontrola*, „Przegląd Komunikacyjny” 2015, nr 1
575. Szymanek J., *Interpretacja konstytucji: warianty teorii i praktyki na przykładzie Konstytucji RP z 1997 r.*, „Przegląd Sejmowy” 2017, nr 6(143)
576. Szymańska A., *Status drobnych zamówień transgranicznych – odrzucenie oferty przetargowej – glosa do wyroku TSUE z 16.04.2015 r. w sprawie C-278/14*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2016, nr 1
577. Szyszczkowski A., *Zamówienia podprogowe. Analiza praktyczna zamówień do 130 000 zł*, Warszawa 2021
578. Śledzińska-Simon A., *Analiza proporcjonalności ograniczeń konstytucyjnych praw i wolności. Teoria i praktyka*, Wrocław 2019
579. Śledzińska-Simon A., *Zasada równości i niedyskryminacji w prawie Unii Europejskiej*, „Studia BAS” 2011, nr 2(26)
580. Śliwak K., *The applicability of the principle of equal treatment arising from the Treaty to public contracts falling below the value thresholds of the directives*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2022, nr 3, s. 19
581. Śliwak K., *Zasada równego traktowania przy kwalifikacji podmiotowej w zamówieniach publicznych*, Warszawa 2022
582. Śmiałek P., *Prawna ochrona jednostki przed naruszeniem konstytucyjnego zakazu dyskryminacji w relacjach horyzontalnych*, „Przegląd Sejmowy” 2019, nr 4
583. Tabernačka M., *Konstrukcja prawna zadania publicznego*, [w:] *Współczesne europejskie problemy prawa administracyjnego i administracji publicznej: w 35. rocznicę utworzenia Instytutu Nauk Administracyjnych Uniwersytetu Wrocławskiego*, „Acta Universitatis Wratislaviensis. Prawo”, nr 295, Wrocław 2005
584. Tarasek M., *Trybunał Konstytucyjny a kontrola zaniechań legislacyjnych*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2014, nr 1(17)
585. Tarnowska A., *Spory doktryny wokół procesu konstytucjonalizacji praw podstawowych w Niemczech w II połowie XIX wieku*, „Krakowskie Studia z Historii Państwa i Prawa” 2015, nr 2
586. Telles P., *The Good, the Bad and the Ugly: EU’s Internal Market, Public Procurement Thresholds and Cross-Border Interest*, „Public Contract Law Journal” 2013, t. 43, nr 1
587. Tkacz S., *O tym, czy istnieje potrzeba reinterpretacji terminu „stanowienie prawa”*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2015, t. 102: *Postanowienie filozofia prawa*
588. Tokarczyk R.A., *Sprawiedliwość jako naczelna wartość prawa*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska. Sectio G (Ius)” 1997, vol. 44
589. Tokarczyk R.A., *Sprawiedliwość: próba syntetycznej systematyzacji zagadnień*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2016, 35
590. Toner H., *Non-discriminatory Obstacles to the Exercise of Treaty Rights – Articles 39, 43, 49, and 18 WE*, „Yearbook of European Law” 2004, vol. 23, nr 1, <https://academic.oup.com/yel/article-abstract/23/1/275/1669207?redirectedFrom=fulltext> [dostęp: 16.11.2021]
591. Toth A.G., *Human Rights as General Principles of Law, in the Past and in the Future*, [w:] *General Principles of European Community Law*, red. U. Bernitz, J. Nergelius, Den Haag-London-Boston 2000
592. Trela A., *Powierzenie zadań z zakresu gospodarki komunalnej a swoboda zawierania umów*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2015, 77(3)
593. Treumer S., *Cross-border Interest and Application of EU Law Principles in the Public Procurement Context at National Level*, [w:] *Outside the EU Procurement Directives – Inside the Treaty?*, red. R. Caranta, D. Dragos, København 2012, „European Procurement Law Series”, vol. 4
594. Treumer S., Werlauff E., *The leverage principle: Secondary Community law as a lever for the development of primary Community law*, „European Law Review” 2003, nr 28(1)
595. Tridimas T., *The Application of the Principle of Equality to Community Measures*, [w:] *The Principle of Equal Treatment in E.C. Law*, red. A. Dashwood, S. O’Leary, London 1997
596. Tridimas T., *The General Principles of EU Law (Oxford European Community Law Library)*, New York 1999
597. Trybus M., *Supporting social considerations through public procurement: A legal perspective*, [w:] *Public Procurement Policy*, red. G. Piga, T. Tatrai, London, New York, 2016
598. Tuleja P., *Art. 32. Zasada równości*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. P. Tuleja, Warszawa 2019

599. Tuleja P., *Komentarz do art. 8*, [w:] *Konstytucja RP. Tom 1. Komentarz do art. 1-86*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016
600. Tuleja P., *Stosowanie Konstytucji RP w świetle zasady jej nadrzędności*, Kraków 2003
601. Tuleja P., W. Wróbel, *Zasada równości w stanowieniu prawa*, [w:] *Demokratyczne państwo prawne (aksjologia, struktura, funkcje)*, red. H. Rot, Wrocław 1992
602. Tuleja P., *Zamieszanie ustawodawcze*, [w:] *Ustroje, doktryny, instytucje polityczne. Księga jubileuszowa Profesora zw. dra hab. Mariana Grzybowski*, red. J. Czajowski, Kraków 2007
603. Turczyński P., *Prawa podstawowe w polityce zagranicznej Unii Europejskiej*, [w:] *Ochrona praw podstawowych w Unii Europejskiej. Wybrane zagadnienia*, red. A. Florczak, Warszawa 2009
604. Turczyński P., *Zasada równości i jej interpretacja w prawie pierwotnym UE*, [w:] *Równość w Unii Europejskiej – teoria i praktyka*, red. W. Bokajło, A. Pacześniak, Wrocław 2008
605. Uerpmann-Witzack R., *Personal Rights and the Prohibition of Discrimination*, [w:] *European Fundamental Rights and Freedoms*, red. D. Ehlers, Berlin 2007
606. Ura E., *Prawo administracyjne*, Warszawa 2010
607. Usher A., *General Principles of EC Law*, London 1998
608. Verbruggen P., *The Public-Private Divide in Community Law: Exchanges across the Divide*, [w:] *The Impact of the Internal Market on Private Law of Member Countries*, red. P. Verbruggen et al., Working Paper, EUI LAW, 2009, nr 22, <https://cadmus.eui.eu> [dostęp: 13.01.2022]
609. Wach K., *Wymiar europeizacji i jej kontekst*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie” 2011, nr 852
610. Wacinkiewicz D., *Horyzontalny wymiar zasady subsydiarności – uwagi w kontekście koncepcji decentralizacji i samorządu terytorialnego Tadeusza Bigi*, „Acta Universitatis Wratislaviensis. Prawo” 2021, No 4058, 333
611. Walaszek-Pyziół A., *Wolność działalności gospodarczej w ustawodawstwie Republiki Federalnej Niemiec*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 1992, nr 5-6
612. Wandowicz K., *Ewolucja zasady równości w prawie wspólnotowym*, [w:] *Równość w Unii Europejskiej – teoria i praktyka*, red. W. Bokajło, A. Pacześniak, Wrocław 2008
613. Wawak Z., *Legitymizacja prawna KRN*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1993, R. 55, z. 4
614. Weatherill S., *From Myth to Reality: The EU's 'New Legal Order' and the Place of General Principles within It*, [w:] *General Principles of Law European and Comparative Perspectives*, red. S. Vogenauer, S. Weatherill, Oxford 2017
615. Wenclik M., Konopka D., *Zasada subsydiarności jako podstawa budowania partnerstwa publiczno-społecznego oparta na wieloletnim kontraktowaniu usług społecznych*, [w:] *Sposoby realizacji zadań publicznych*, red. B. Dolnicki, Warszawa 2017
616. Wentkowska A., *Zasady wspólne dla państw członkowskich – u źródeł niepisanego ius commune Europaeum*, [w:] *Zasady ogólne prawa wspólnotowego*, red. C. Mik, Toruń 2007
617. Wernik A., *Finanse publiczne: cele, struktury, uwarunkowania*, Warszawa 2014
618. Westen P., *The Concept of Equal Opportunity*, [w:] *The Notion of Equality*, red. M. Hajdin, London 2001
619. Węgrzyn J., *Ochrona praw konsumentów i innych osób przed nieuczciwymi praktykami rynkowymi*, [w:] *Realizacja i ochrona konstytucyjnych wolności i praw jednostki w polskim porządku prawnym*, red. M. Jabłoński, Wrocław 2014
620. Wicik G., *Pojęcie zamówienia publicznego. Glosa do wyroku TSUE z 01.03.2018 r. w sprawie C-9/17 (Tirkkonen)*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2018, nr 4
621. Widlak T., *O konstytucjonalizacji prawa międzynarodowego – ku konstytucji społeczności międzynarodowej?*, „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego” 2010, nr 8
622. Wiciech T., *Normatywny wymiar brytyjskiej konstytucji*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2012, nr 74(2)
623. Wieruszewski R., *Podstawowe obowiązki obywateli PRL*, [w:] *Podstawowe prawa i obowiązki obywateli PRL w okresie budowy rozwiniętego społeczeństwa socjalistycznego*, red. A. Łopatka, R. Wieruszewski, Warszawa 1976
624. Wieruszewski R., *Podstawowe obowiązki obywateli PRL*, Warszawa 1984
625. Więckowski K., *Zasady udzielania zamówień publicznych wyłączonej z zakresu stosowania dyrektyw prawa Unii Europejskiej*, [w:] *Europeizacja publicznego prawa gospodarczego*, red. H. Gronkiewicz-Waltz, K. Jaroszyński, Warszawa 2011
626. Wiktorowska A., *Zasada subsydiarności*, [w:] *Instytucje współczesnego prawa administracyjnego. Księga jubileuszowa Profesora zw. dra hab. Jozefa Filipka*, red. I. Niżnik-Dobosz, Kraków 2001
627. Wilczyński P., *Podmioty niepubliczne w sferze administracji publicznej*, „Państwo i Prawo” 2002, nr 2
628. Wilejczyk M., *Sprawiedliwość kontraktowa. Pojęcie, realizacja, granice*, „Studia Prawa Prywatnego” 2018, nr 2
629. Winczorek P., *Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.*, Warszawa 2000

630. Winczorek P., *Prawo konstytucyjne Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2003
631. Winiarz M., *Definicja postępowania o udzielenie zamówienia publicznego a zakres odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w przedmiocie zamówień publicznych*, „Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu” 2012, nr 270: *Zamówienia publiczne – stan obecny i perspektywy*
632. Wiśniewski L., *Gwarancje podstawowych praw i wolności obywateli RP*, Wrocław 1981
633. Wlazlak K., *Rozwój regionalny jako zadanie administracji publicznej*, Warszawa 2010
634. Wojtczak D., *Bezpośredni skutek prawa wspólnotowego*, [w:] *Stosowanie prawa wspólnotowego w prawie wewnętrznym z uwzględnieniem prawa polskiego*, red. D. Kronobis-Romanowska, Warszawa 2004
635. Wojtczek K., *Polska w europejskim systemie konstytucyjnym*, [w:] *Prawo konstytucyjne Rzeczypospolitej Polskiej*, red. P. Sarnecki, Warszawa 2014
636. Wolska H., *Normatywna pozycja osoby fizycznej nieprowadzącej działalności gospodarczej w prawie zamówień publicznych*, [w:] *Modernizacja zamówień publicznych: geneza nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych z 22 czerwca 2016 r.*, red. M. Kania, P. Nowicki, A. Piwowarczyk, Warszawa 2017
637. Wolska H., *Pojęcie wykonawcy w krajowym systemie zamówień publicznych*, „Animus. Prawo Zamówień Publicznych” 2017, t. 1
638. Wolska H., *Realizacja zadań publicznych przez spółkę komunalną w systemie zamówień publicznych*, Warszawa 2018
639. Wolter A., Ignatowicz J., Stefaniuk K., *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 2001
640. Woś T., *Wyroki interpretacyjne i zakresowe w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2016, vol. 25, 3
641. Woźniak B., *Zasady funkcjonowania i zakres publicznego systemu finansowego*, [w:] B. Pietrzak, Z. Polański, B. Woźniak, *System finansowy w Polsce 2*, Warszawa 2015
642. Wójtowicz K., *Bezpośredni skutek przepisów prawa wspólnotowego w porządku prawnym RP*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2004, nr 4/2
643. Wójtowicz K., *Ochrona praw podstawowych w Unii Europejskiej*, [w:] *System ochrony praw człowieka*, red. B. Banaszak, et. al., Kraków 2003
644. Wójtowicz K., *Podsumowanie*, [w:] *Europeizacja Konstytucji Państw Unii Europejskiej*, red. K. Kubuj, J. Wawrzyniak, Warszawa 2011
645. Wronkowska S., *Analiza pojęcia prawa podmiotowego*, Poznań 1973
646. Wronkowska S., *Kilka tez o instrumentalizacji prawa i ochronie przed nią*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2017, t. 110
647. Wronkowska S., *Podstawowe pojęcie prawa i prawnoznawstwa*, Poznań 2005
648. Wronkowska S., *W sprawie bezpośredniego stosowania Konstytucji*, „Państwo i Prawo” 2001, nr 2
649. Wronkowska S., Zieliński M., Ziemiński Z., *Zasady prawa. Zagadnienia podstawowe*, Warszawa 1974
650. Wronkowska S., Ziemiński Z., *Zarys teorii prawa*, Poznań 1997
651. Wróbel A., *Europeizacja prawa administracyjnego – pojęcie i konteksty* [w:] *System prawa administracyjnego*, t. 3: *Europeizacja prawa administracyjnego*, red. R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2014
652. Wróbel A., *Komentarz do art. 14*, [w:] *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, t. 1, *Komentarz do artykułów 1–18*, red. L. Garlicki, Warszawa 2010
653. Wróbel A., *Konstytucja – konstytucjonalizacja – konstytucjonalizm*, [w:] *System prawa administracyjnego*, t. 3: *Europeizacja prawa administracyjnego*, red. R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2014
654. Wróbel A., *Niedyskryminacja i obywatelstwo Unii*, [w:] *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej*, t. 1: (art. 1–89), red. A. Wróbel, Warszawa 2012
655. Wróbel A., *Pojęcie wspólnego rynku i rynku wewnętrznego a swobody wspólnotowe*, [w:] *Prawo Unii Europejskiej. Prawo materialne i polityki*, red. J. Barcz, Warszawa 2005
656. Wróbel A., *Prawo podmiotowe publiczne*, [w:] *System prawa administracyjnego*, t. 1: *Instytucje prawa administracyjnego*, red. R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2010
657. Wróbel A., *Przynależność państwowa*, [w:] *System prawa Unii Europejskiej*, t. 6: *Prawo antydyskryminacyjne*, red. J. Maliszewska-Nienartowicz, Warszawa 2020
658. Wróbel A., *Rekonstrukcja pojęcia „dyskryminacja”? Uwagi na tle dwóch orzeczeń Trybunatu Sprawiedliwości UE*, [w:] *Księga pamiątkowa w piątą rocznicę śmierci profesora Andrzeja Kijowskiego*, red. Z. Niedbała, Warszawa 2010
659. Wróbel A., *Równość*, [w:] *Karta Praw Podstawowych. Komentarz*, red. A. Wróbel, Warszawa 2013
660. Wróbel A., *Uwagi wstępne*, [w:] *System prawa administracyjnego*, t. 3: *Europeizacja prawa administracyjnego*, red. R. Hauser, Warszawa 2014
661. Wróbel A., *Zasada niedyskryminacji ze względu na obywatelstwo*, [w:] *Wprowadzenie do prawa Wspólnot Europejskich*, red. A. Wróbel, Kraków 2004
662. Wróbel A., *Zasady ogólne (podstawowe) prawa Unii Europejskiej*, [w:] *Stosowanie prawa Unii Europejskiej przez sądy*, red. A. Wróbel, Zakamycze 2005

663. Wróbel A., *Źródła prawa Wspólnot Europejskich i prawa Unii Europejskiej*, [w:] *Stosowanie prawa Unii Europejskiej przez sądy*, red. A. Wróbel, Zakamycze 2005
664. Wróbel, *Komentarz do art. 18.*, [w:] *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz*, t. 1, red. D. Miąsik, N. Póltorak, A. Wróbel, Warszawa 2012
665. Wróblewska I., *Poziome działanie praw jednostki jako rozwiązanie ustrojowe*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2014, nr 1(17)
666. Wróblewska I., *Prywatyzacja zadań państwa a horyzontalny wymiar praw konstytucyjnych*, [w:] *Horyzontalne oddziaływanie Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej oraz Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności*, red. A. Młynarska-Sobaczewska, P. Radzewicz, Warszawa 2015
667. Wróblewska I., *Zakres podmiotowy obowiązywania praw jednostki we współczesnych państwach demokratycznych. Problem tzw. horyzontalnego skutku norm konstytucyjnych*, [w:] *Ustroje. Historia i współczesność. Polska – Europa – Ameryka Łacińska. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Jackowi Czajkowskiemu*, red. M. Grzybowski, G. Kuca, P. Mikuli, Kraków 2013
668. Wróblewski J., *Sądowe stosowanie prawa*, Warszawa 1988
669. Wróblewski J., *Zagadnienia teorii wykładni prawa ludowego*, Warszawa 1959
670. Wróblewski M., *Dyskurs konstytucyjny w Unii Europejskiej – pojęcie konstytucji i konstytucjonalizmu w porządku prawnym Unii Europejskiej*, [w:] *Konstytucja dla Europy – przyszły fundament Unii Europejskiej*, red. S. Dudziak, Kraków 2005
671. Wykrętowicz S., *Funkcjonowanie samorządu gospodarczego w wybranych krajach europejskich*, Warszawa 2013
672. Wykrętowicz S., *Samorząd jako wyraz demokracji obywatelskiej*, [w:] *Samorząd w Polsce. Istota, formy, zadania*, red. S. Wykrętowicz, Poznań 2001
673. Wyporska-Frankiewicz J., *Publicznoprawne formy działania administracji o charakterze dwustronnym*, Warszawa 2009
674. Zabłocki W., *Wpływ organizacji społecznych na sytuację prawną obywateli w procesie stosowania prawa*, Kraków 1982
675. Ząbkowicz J., *Problem pozytywnej dyskryminacji unijnego sektora MŚP na sferze zamówień publicznych w świetle prawa wtórnego UE*, „Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu” 2017, nr 493
676. Zachariasz I., *Prawo w ujęciu strukturalnym. Studium o dychotomicznym podziale prawa na prawo publiczne i prawo prywatne*, Warszawa 2016
677. Zacharko L., *Prywatyzacja zadań publicznych gminy: Studium administracyjnoprawne*, Katowice 2000
678. Zajadło J., *Idea równości we współczesnej filozofii prawa i filozofii polityki*, „Przegląd Sejmowy” 2011, nr 6
679. Zajadło J., *Konstytucjonalizacja prawa międzynarodowego*, „Państwo i Prawo” 2011, nr 3
680. Zajęcki M., *„Normy wirtualne” a obowiązki realne. O instrumentalnym wynikaniu norm i jego konsekwencjach dla prakseologicznej prawidłowości zmian w prawie*, „Krytyka Prawa. Niezależne Studia nad Prawem” 2021, t. 13, nr 2
681. Zajęcki M., *Aksjologiczna interpretacja prawa (studium z metodologii i teorii prawa)*, Warszawa 2017
682. *Zasada proporcjonalności (w odniesieniu do prawa publicznego) w tezach Trybunału Konstytucyjnego*, Biuro Trybunału Konstytucyjnego. Zespół Orzecznictwa i Studiów, 2009, <http://trybunal.gov.pl>. [dostęp: 11.09.2017]
683. Zdebel-Zygmunt A., Rokicki J., *System zamówień publicznych w Polsce*, Warszawa 2014
684. *Zdolność* [hasło:], [w:] *Słownik Języka Polskiego*, red. M. Szymczak, t. 3, Warszawa 1983
685. Zieliński A., *Ochrona praw podmiotowych*, [w:] *System prawa prywatnego*, t. 2: *Prawo cywilne – część ogólna*, red. Z. Radwański, Warszawa 2008
686. Zieliński M., *Derywacyjna koncepcja wykładni jako koncepcja zintegrowana*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2006, nr 3
687. Zieliński M., *Obiektywność ustalenia faktów jako element praworządności stosowania prawa*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1979, nr 41(1)
688. Zieliński P.A., *Aktualne problemy wykładni prawa cywilnego*, [w:] *Teoria i praktyka wykładni prawa*, red. P. Winczorek, Warszawa 2005
689. Ziemia Z., *Analityczna teoria obowiązku. Studium z logiki deontycznej*, Warszawa 1983
690. Ziemiński Z., *Analiza pojęcia czynu*, Warszawa 1972
691. Ziemiński Z., *Logiczne podstawy prawoznawstwa*, Warszawa 1966
692. Ziemiński Z., *Logika praktyczna*, Warszawa 1994
693. Ziemiński Z., *Normy postępowania*, [w:] *Zarys teorii prawa*, red. S. Wronkowska, Z. Ziemiński, Poznań 1997
694. Ziemiński Z., *O stanowieniu i obowiązywaniu prawa. Zagadnienia podstawowe*, „Przegląd Sejmowy”, 1995, t. 3, nr 3(11)
695. Ziemiński Z., *O metodzie analizowania stosunku prawnego*, „Państwo i Prawo” 1967, nr 2

696. Ziemiński Z., *O pojmowaniu sprawiedliwości*, Lublin 1992
697. Ziemiński Z., *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, Warszawa 1980
698. Ziemiński Z., *Szkice z metodologii szczegółowych nauk prawnych*, Warszawa 1983
699. Ziemiński Z., *Tworzenie a stosowanie prawa*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1993, nr 55, z. 4
700. Ziemiński Z., *Związki między sprawiedliwością a równością*, „Etyka” 1981, t. 19
701. Ziemblicki B., *Ochrona praw człowieka w systemie Światowej Organizacji Handlu*, Toruń 2013
702. Ziemiński K., *Zasady ogólne prawa administracyjnego*, Poznań 1989
703. Zięba-Zalucka H., *Obowiązki obywatelskie w Rzeczypospolitej Polskiej*, „Themis Polska Nowa” 2011, nr 1
704. Zięba-Zalucka H., *Problematyka obywatelstwa a prawa obywatelskie w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2001, nr 1
705. Zimmermann J., *Aksjomaty prawa administracyjnego*, Warszawa 2013
706. Zimmermann J., *Prawo administracyjne*, Warszawa 2020
707. Ziółkowska M., *Charakter prawny konkursu w zamówieniach publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2013, nr 4
708. Ziółkowski M., *Bezpośredni horyzontalny skutek norm konstytucyjnych (analiza krytyczna)*, [w:] *Horyzontalne oddziaływanie Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej oraz Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności*, red. A. Młynarska-Sobaczewska, P. Radziejewicz, Warszawa 2015
709. Ziółkowski M., *Europeizacja Konstytucji – rekonstrukcja znaczenia*, [w:] *Europeizacja Konstytucji Państw Unii Europejskiej*, red. K. Kubuj, J. Wawrzyniak, Warszawa 2011
710. Ziółkowski M., *Zasada równości w prawie*, „Państwo i Prawo” 2015, nr 5
711. Zuławska C., *Niektóre prawne i ekonomiczne aspekty prywatyzacji*, „Państwo i Prawo” 1991, z. 2
712. Żuradzki T., *Równość*, Interdyscyplinarne Centrum Etyki Uniwersytetu Jagiellońskiego (INCET), Artykuł przeglądowy, [www.ru.j.uj.edu.pl](http://www.ru.j.uj.edu.pl) [dostęp: 25.08.2021]
713. Żurawik A., *Dobre obyczaje a zwyczaje, zasady współżycia społecznego i dobra wiara – ujęcie teoretyczne*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2007, nr 4



## Przepisy

### Prawo międzynarodowe

- Karta Narodów Zjednoczonych (Dz.U. z 1947 r., Nr 23, poz. 90)
- Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r. (Dz.U. z 1993 r., Nr 61, poz. 284)
- Konwencja MOP nr 29 dotycząca pracy przymusowej lub obowiązkowej (Dz.U. z 1959 r., Nr 20, poz. 122)
- Konwencja MOP nr 105 dotycząca zniesienia pracy przymusowej (Dz.U. z 1959 r., Nr 39, poz. 240)
- Konwencja MOP nr 138 dotycząca najniższego wieku dopuszczenia do zatrudnienia (Dz.U. z 1978 r., Nr 12, poz. 53)
- Konwencja MOP nr 182 dotycząca zakazu i natychmiastowych działań na rzecz eliminowania najgorszych form pracy dzieci (Dz. U. z 2004 r., Nr 139, poz. 1474)
- Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych z 16 grudnia 1966 r. (Dz. U. z 1977 r., Nr 38, poz. 167)

### Prawo europejskie

- Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej z dnia 25 marca 1957 r. (wersja konsolidowana) (Dz.Urz. UE C 202 z 7.06.2016 r.)
- Traktat o Unii Europejskiej z dnia 7 lutego 1992 r. (Dz.U. z 2004 r., Nr 90, poz. 864[30])
- Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej z dnia 26 października 2012 r. (Dz.Urz. UE C 326/02 z dnia 26 października 2012 r.)
- Jednolity akt europejski (Dz.Urz. UE L 169 z 29.06.1987 r., s. 1-28).
- Dyrektywa Rady 31961X1202 z dnia 18 grudnia 1961 r., General Programme for the abolition of restrictions on freedom of establishment (Dz.Urz.UE.L 2014 r., Nr 94)
- Dyrektywa Rady 64/225/EWG z dnia 25 lutego 1964 r. w sprawie zniesienia ograniczeń swobody przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług w zakresie reasekuracji i retrocesji (Dz.Urz.056, 4.04.1964 r.)
- Dyrektywa Rady 64/427/EWG z dnia 7 lipca 1964 r. ustanawiająca szczególne zasady dotyczące środków zapewnionych w odniesieniu do działalności osób pracujących na własny rachunek w przemyśle produkcyjnym i przetwórczym należącym do grup głównych ISIC 23-40 (przemysł i rzemiosło) (Dz. Urz.117, 23.07.1964 r.)
- Dyrektywa Rady 64/429/EWG z dnia 7 lipca 1964 r. o urzeczywistnieniu swobody świadczenia usług i swobody prowadzenia działalności gospodarczej (Dz.Urz. 117, 23.07.1964 r.)
- Dyrektywa Rady 70/32/EWG z 17 grudnia 1969 r. dotycząca dostaw dla organów państwowych, samorządowych i innych instytucji publicznych (Dz.Urz. 13, 19.01.1970 r.)
- Dyrektywa Rady 71/304/EWG z dnia 26 lipca 1971 r. dotycząca zniesienia ograniczeń swobody świadczenia usług w odniesieniu do zamówień publicznych na roboty budowlane oraz udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane wykonawcom działającym za pośrednictwem agencji i oddziałów (Dz. Urz. 185, 16.08.1971 r.)
- Dyrektywa Rady 71/316/EWG z dnia 26 lipca 1971 r. dotyczącej zniesienia ograniczeń swobody świadczenia usług w odniesieniu do zamówień publicznych na roboty budowlane oraz udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane wykonawcom działającym za pośrednictwem agencji i oddziałów (Dz.U. L 202 z 6.09.1971 r.)
- Dyrektywa Rady 71/305/EWG z dnia 26 lipca 1971 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień na roboty publiczne (Dz.Urz. 185 L 199, 9.08.1993 r.)
- Dyrektywa Rady 77/62/EWG z dnia 21 grudnia 1976 r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na dostawy (Dz.Urz. 13, 15.01.1977 r.)
- Dyrektywa Rady 88/295/EWG z dnia 22 marca 1988 r. zmieniająca dyrektywę 77/62/EWG w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na dostawy oraz uchylająca niektóre przepisy dyrektywy 80/767/EWG (Dz.Urz.UE.L 1989 Nr 395, s. 33)
- Dyrektywa Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (Dz.Urz. L 395, 30.12.1989 r.)
- Dyrektywa Rady 90/531/EWG z dnia 17 września 1990 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (Dz.Urz. L 922.76.14)
- Dyrektywa Rady 92/13/EWG z dnia 25 lutego 1992 r. koordynująca przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne odnoszące się do stosowania przepisów wspólnotowych w procedurach zamówień publicznych podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (Dz.Urz. L 76 z 23.03.1992 r.)



- Dyrektywa 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnosząca się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi (Dz.Urz. L 209, 24.07.1992 r., s. 1)
- Dyrektywa Rady 93/37/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. dotycząca koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (Dz.Urz. L 199, 9.08.1993 r.)
- Dyrektywa Rady 93/38/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynująca procedury udzielania zamówień publicznych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (Dz.Urz. L 199, 9.08.1993 r.)
- Dyrektywa Rady 97/52/WE z dnia 13 października 1997 r. zmieniająca Dyrektywy: 92/50/EWG, 93/36/EWG i 93/37/EWG dotyczące koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych, odpowiednio: na usługi, dostawy i roboty budowlane (Dz.Urz. L 328, 28.11.1997 r.)
- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 98/4/WE z dnia 16 lutego 1998 r. zmieniająca Dyrektywę 93/38/EWG koordynującą procedury udzielania zamówień publicznych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (Dz.Urz.UE.L 1998 r., Nr 101, s. 1)
- Dyrektywa Komisji 2001/78/WE z dnia 13 września 2001 r. zmieniająca załącznik IV do Dyrektywy Rady 93/36/EWG, załączniki IV, V i VI do Dyrektywy Rady 93/37/EWG, załączniki III i IV do Dyrektywy Rady 92/50/EWG, zmienione Dyrektywą 97/52/WE oraz załączniki od XII do XV, XVII i XVIII do Dyrektywy Rady 93/38/EWG, zmienione Dyrektywą 98/4/WE (Dz.Urz.UE.L 2001 r., Nr 285, s. 1)
- Dyrektywa 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz.U. L 134 z 30.04.2004 r., s. 1)
- 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.U. L 134 z 30.04.2004 r., s. 114)
- Dyrektywa 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniająca Dyrektywy 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych (Dz.Urz.UE.L 2007 r., Nr 335, s. 31)
- 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 zmieniająca Dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE (Dz.Urz.UE.L 2009 r., Nr 216, s. 76)
- Decyzja Rady 2014/115/UE z dnia 2 grudnia 2013 r. dotycząca zawarcia Protokołu zmieniającego Porozumienie w sprawie zamówień rządowych, (Dz.Urz.UE.L 2014 r., Nr 68, s. 1)
- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji (Dz.Urz.UE.L 2014 r., Nr 94, s. 1)
- 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 2014 r., Nr 94, s. 65)
- 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 2014 r., Nr 94, s. 243)
- Rozporządzenia (WE) nr 1370/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 23 października 2007 r. dotyczące usług publicznych w zakresie kolejowego i drogowego transportu pasażerskiego oraz uchylające rozporządzenia Rady (EWG) nr 1191/69 i (EWG) nr 1107/70 (Dz.Urz.UE.L 2007 r., Nr 315, s. 1)
- Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE, Euratom) 2018/1046 z dnia 18 lipca 2018 r. w sprawie zasad finansowych mających zastosowanie do budżetu ogólnego Unii, zmieniające rozporządzenia (UE) nr 1296/2013, (UE) nr 1301/2013, (UE) nr 1303/2013, (UE) nr 1304/2013, (UE) nr 1309/2013, (UE) nr 1316/2013, (UE) nr 223/2014 i (UE) nr 283/2014 oraz decyzje nr 541/2014/UE, a także uchylające rozporządzenie (UE, Euratom) nr 966/2012 (Dz.Urz.UE.L 2018 r., Nr 193, s. 1)

## Prawo krajowe

- Konstytucja RP z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. 1997 r., Nr 78, poz. 483)
- Ustawa z dnia 15 lutego 1933 r. o dostawach i robotach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz instytucji prawa publicznego (Dz.U. 1933 r., Nr 19 poz. 127)
- Ustawa z dnia 18 listopada 1948 r. o dostawach, robotach i usługach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz niektórych kategorii osób prawnych wprowadzała zasadę uprzywilejowania przedsiębiorstw państwowych (Dz.U. 1948 r., Nr 63 poz. 494)
- Ustawa z dnia 28 grudnia 1957 r. o dostawach, robotach i usługach na rzecz jednostek państwowych (Dz.U. 1958 r., Nr 3 poz. 7)
- Ustawa z dnia 26 maja 1982 r. - Prawo o adwokaturze (Dz.U. z 2022 r., poz. 1184).
- Ustawa z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych (Dz.U. z 2022 r., poz. 1166)
- Ustawa z dnia 14 lipca 1983 r. o narodowym zasobie archiwalnym i archiwach (Dz.U. z 2020 r., poz. 164 ze zm.)

- Ustawa z dnia 5 stycznia 1991 r. – Prawo budżetowe (Dz.U. 1993 r., Nr 72, poz. 344)
- Ustawa z dnia 14 lutego 1991 r. – Prawo o notariacie (Dz.U. z 2022 r., poz. 1799)
- Ustawa z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (Dz.U. 2002 r., Nr 72, poz. 664)
- Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe (Dz.U. z 2022 r., poz. 2324)
- Ustawa z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (Dz.U. z 2023 r., poz. 1230)
- Ustawa z dnia 26 listopada 1998 r. o finansach publicznych (Dz.U. 1998 r., Nr 155, poz. 1014 ze zm.)
- 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 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie (Dz.U. z 2023 r., poz. 571)
- Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r., poz. 1843)
- Ustawa z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (Dz.U. z 2022 r., poz. 2561)
- Ustawa z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz.U. z 2021 r., poz. 289)
- Ustawa z dnia 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych (Dz.U. z 2023 r., poz. 1270)
- Ustawa z 6 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju (Dz.U. z 2023 r., poz. 1259)
- Ustawa z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz.U. z 2023 r., poz. 30)
- Ustawa z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi zamówień publicznych na dostawy (Dz.U. 2009 r., Nr 19 poz. 101)
- Ustawa z dnia 23 stycznia 2009 r. o Krajowej Szkole Sądownictwa i Prokuratury (Dz.U. z 2022 r., poz. 217)
- Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz.U. z 2023 r., poz. 1270)
- Ustawa z dnia 5 listopada 2009 r. o spółdzielczych kasach oszczędnościowo-kredytowych (Dz.U. z 2023 r., poz. 1278)
- Ustawa z dnia 30 kwietnia 2010 r. o instytutach badawczych (Dz.U. z 2022 r., poz. 498)
- Ustawa z dnia 25 czerwca 2010 r. o sporcie (Dz.U. z 2022 r., poz. 1599)
- Ustawa z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (Dz.U. z 2023 r., poz. 991)
- Ustawa z dnia 10 lipca 2015 r. o Agencji Mienia Wojskowego (Dz.U. z 2022 r., poz. 2061)
- Ustawa z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz.U. z 2023 r., poz. 140)
- Ustawa z dnia 6 marca 2018 r. Prawo przedsiębiorców (Dz.U. z 2023 r., poz. 221)
- Ustawa z dnia 22 marca 2018 r. o komornikach sądowych (Dz.U. z 2023 r., poz. 590)
- Ustawa z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych (Dz.U. z 2023 r., poz. 46)
- Ustawa z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r., poz. 1710)
- Ustawa 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 2023 r., poz. 1327)
- Ustawa z dnia 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego (Dz.U. z 2023 r., poz. 129)
- Rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 29 stycznia 1937 r. o dostawach i robotach na rzecz Skarbu (Dz.U. 1937 r., Nr 13, poz. 92)
- Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 13 marca 1947 r. o zabezpieczeniu przez państwowe przedsiębiorstwa budowlane zobowiązań w związku z podejmowaniem się wykonania robót na rzecz Skarbu Państwa (Dz.U. 1947 r., Nr 31, poz. 133)
- Uchwała nr 6 Rady Ministrów z dnia 11 stycznia 2022 r. w sprawie przyjęcia polityki zakupowej państwa (M.P. z 2022 r., poz. 125)

## Akty niewiążące

- Kodeks dobrej praktyki administracyjnej przyjęty decyzją Parlamentu Europejskiego z dnia 6 września 2001 r. (Dz.Urz.U.E.C 2011 r., Nr 285, s. 3)
- Komunikat 2006/C179/02 wyjaśniający Komisji z 23 czerwca 2006 r. dotyczący prawa wspólnotowego obowiązującego w dziedzinie udzielania zamówień, które nie są lub są jedynie częściowo objęte dyrektywami w sprawie zamówień publicznych (Dz. Urz. UE C 179, 1.08.2006 r.)
- Komunikat Komisji Europejskiej z dnia 24 lipca 2019 r. pt. Wytyczne dotyczące udziału oferentów z państw trzecich w unijnym rynku zamówień publicznych oraz wprowadzania na ten rynek towarów z państw trzecich (Dz. Urz. UE C 271, 13.08.2019 r.)
- Komunikat 2006/C179/02 wyjaśniający Komisji z 29 kwietnia 2000 r. dotyczący stosowania prawa wspólnotowego w koncesji (Dz.Urz.U.E.C, Nr 179, s. 2)
- Wytyczne Ministra Funduszy i Polityki Regionalnej z dnia 18 listopada 2022 r. dotyczące kwalifikowalności wydatków na lata 2021-2027, [https://www.funduszeuropejskie.gov.pl/zakladka:O\\_Funduszach/Poznaj\\_Fundusze\\_Europejskie\\_2021-2027/Prawo\\_i\\_dokumenty/Wytyczne](https://www.funduszeuropejskie.gov.pl/zakladka:O_Funduszach/Poznaj_Fundusze_Europejskie_2021-2027/Prawo_i_dokumenty/Wytyczne) [dostęp: 1.11.2023].

## Orzecznictwo

### Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości

- Wyrok Trybunału z dnia 5 lutego 1963 r. w sprawie Van Gend en Loos, C-26/62, ECLI:EU:C:1963:1
- Wyrok Trybunału z dnia 12 listopada 1969 r. w sprawie Stauder przeciwko Stadt Ulm, C-29/69, ECLI:EU:C:1969:57
- Wyrok Trybunału z dnia 19 października 1977 r. w sprawach połączonych C-117/76 i 16/77, ECLI:EU:C:1977:160
- Wyrok Trybunału z dnia 16 października 1980 r. w sprawie Hochstrass przeciwko TS, C-147/79, ECLI:EU:C:1980:238
- Wyrok Trybunału z dnia 7 lutego 1985 r. w sprawie Procureur de la République przeciwko ADBHU, C-240/83, ECLI:EU:C:1985:59
- Wyrok Trybunału z dnia 23 kwietnia 1986 r. w sprawie P Les Verts przeciwko Parlamentowi, C-294/83, ECLI:EU:C:1986:166
- Wyrok Trybunału z dnia 30 maja 1989 r. w sprawie Komisja przeciwko Grecji, C-305/87, ECLI:EU:C:1989:218
- Wyrok Trybunału z dnia 9 lipca 1987 r. w sprawach połączonych CEI C-27/86, C-28/86, C-29/86, ECLI:EU:C:1987:355
- Wyrok Trybunału z dnia 20 września 1988 r. w sprawie Beentjes, C-31/87, ECLI:EU:C:1988:422
- Wyrok Trybunału z dnia 22 września 1988 r. w sprawie Komisja przeciwko Irlandii, C-45/87, ECLI:EU:C:1988:435
- Wyrok Trybunału z dnia 20 marca 1990 r. w sprawie Du Pont de Nemours Italiana przeciwko USL di Carrara, C-21/88, ECLI:EU:C:1990:121
- Wyrok Trybunału z dnia 13 listopada 1990 r. w sprawie C-106/89, ECLI:EU:C:1990:395
- Wyrok Trybunału z dnia 7 marca 1991 r. w sprawie Masgio przeciwko Bundesknappschaft, C-10/90, ECLI:EU:C:1991:107
- Wyrok Trybunału z dnia 19 listopada 1991 r., w sprawach połączonych C-6/90 i C-9/90, ECLI:EU:C:1991:428
- Wyrok Trybunału z dnia 22 czerwca 1993 r. w sprawie Komisja przeciwko Danii, C-243/89, ECLI:EU:C:1993:257
- Wyrok Trybunału z dnia 5 października 1994 r. w sprawie Republika Federalna Niemiec przeciwko Radzie Unii Europejskiej, C-280/93, ECLI:EU:C:1994:367
- Wyrok Trybunału z dnia 5 marca 1996 r. w sprawach połączonych C-46/93 oraz C-48/93, ECLI:EU:C:1996:79
- Wyrok Trybunału z dnia 25 kwietnia 1996 r. w sprawie Komisja przeciwko Belgii, C-87/94, ECLI:EU:C:1996:161
- Wyrok Trybunału z dnia 18 listopada 1999 r. w sprawie Unitron Scandinavia i 3-S, C-275/98, ECLI:EU:C:1999:567
- Wyrok Trybunału z dnia 23 stycznia 1997 r. w sprawie Pastoors i Trans-Cap przeciwko Belgische Staat, C-29/95, ECLI:EU:C:1997:28
- Wyrok Trybunału z dnia 2 października 1997 r. w sprawie Saldanha i MTS Securities Corporation przeciwko Hiross, C-122/96, ECLI:EU:C:1997:458
- Wyrok Sądu z dnia 14 października 1999 r. w sprawie Succhi di Frutta, T-191/96 i T-106/97, ECLI:EU:T:1999:256
- Wyrok Trybunału z dnia 10 lutego 2000 r. w sprawie C-50/96, ECLI:EU:C:2000:72
- Wyrok Trybunału z dnia 13 kwietnia 2000 r. w sprawie C-292/97, ECLI:EU:C:2000:202
- Wyrok Trybunału z dnia 5 października 2000 r. w sprawie C-16/98, ECLI:EU:C:2000:541
- Wyrok Trybunału z dnia 7 grudnia 2000 r. w sprawie Telaustria i Telefonadress, C-324/98, ECLI:EU:C:2000:669
- Wyrok Trybunału z dnia 20 września 2001 r. w sprawie C-184/99, ECLI:EU:C:2001:458
- Wyrok Trybunału z dnia 18 października 2001 r. w sprawie SIAC Construction, C-19/00, ECLI:EU:C:2001:553
- Postanowienie Trybunału z dnia 3 grudnia 2001 r. w sprawie Vestergaard, C-59/00, ECLI:EU:C:2001:654
- Wyrok Trybunału z dnia 18 czerwca 2002 r. w sprawie HI, C-92/00, ECLI:EU:C:2002:379
- Wyrok Trybunału z dnia 17 września 2002 r. w sprawie Concordia Bus Finland, C-513/99, ECLI:EU:C:2002:495
- Wyrok Trybunału z dnia 12 czerwca 2003 r. w sprawie C-112/00, ECLI:EU:C:2003:333
- Wyrok Trybunału z dnia 2 października 2003 r. w sprawie Garcia Avello, C-148/02, ECLI:EU:C:2003:539

- Wyrok Trybunału z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie C-496/99 P, ECLI:EU:C:2004:236
- Wyrok Trybunału z dnia 14 grudnia 2004 r. w sprawie Arnold André, C-434/02, ECLI:EU:C:2004:800
- Wyrok Trybunału z dnia 21 lipca 2005 r. w sprawie Coname, C-231/03, ECLI:EU:C:2005:487
- Wyrok Trybunału z dnia 12 maja 2011 r. w sprawie C-115/09, ECLI:EU:C:2011:289
- Wyrok Trybunału z dnia 12 lipca 2001 r. w sprawie C-157/99, ECLI:EU:C:2001:404
- Wyrok Trybunału z dnia 21 lipca 2005 r. w sprawie C-231/03, ECLI:EU:C:2005:487
- Wyrok Trybunału z dnia 13 października 2005 r. w sprawie Parking Brixen, C-458/03, ECLI:EU:C:2005:605
- Wyrok Trybunału z dnia 20 października 2005 r. w sprawie Komisja przeciwko Francji, C-264/03, ECLI:EU:C:2005:620
- Wyrok Trybunału z dnia 27 października 2005 r. w sprawie Contse i in., C-234/03, ECLI:EU:C:2005:644
- Wyrok Trybunału z dnia 24 listopada 2005 r. w sprawie ATI EAC i in., C-331/04, ECLI:EU:C:2005:718
- Wyrok Trybunału z dnia 9 lutego 2006 r. w sprawach połączonych La Cascina i inast., C-226/04 i C-228/04, ECLI:EU:C:2006:94
- Wyrok Trybunału z dnia 4 lipca 2006 r. w sprawie C-212/04, ECLI:EU:C:2006:443
- Wyrok Trybunału z dnia 13 września 2007 r. w sprawie Komisja przeciwko Włochom, C-260/04, ECLI:EU:C:2007:508
- Wyrok Trybunału z dnia 15 maja 2008 r. w sprawach połączonych SECAP SpA, C-147/06 i C-148/06, ECLI:EU:C:2008:277
- Wyrok Trybunału z dnia 19 czerwca 2008 r. w sprawie Presstetext Nachrichtenagentur, C-454/06, ECLI:EU:C:2008:351
- Wyrok Trybunału z dnia 16 grudnia 2008 r. w sprawie Mechaniki, C-213/07, ECLI:EU:C:2008:731
- Wyrok Trybunału z dnia 15 października 2009 r. w sprawie Acoset, C-196/08, ECLI:EU:C:2009:628
- Wyrok Trybunału z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie Serrantoni i Consorzio stabile edili, C-376/08, ECLI:EU:C:2009:808
- Wyrok Sądu z dnia 20 maja 2010 r. w sprawie Niemcy przeciwko Komisji, T-258/06, ECLI:EU:T:2010:214
- Wyrok Trybunału z dnia 10 maja 2012 r. w sprawie Komisja przeciwko Niderlandom, C-368/10, ECLI:EU:C:2012:284
- Wyrok Trybunału z dnia 8 listopada 2012 r. w sprawie w sprawie Europejskiej Dynamiki, C-469/11 P, ECLI:EU:C:2012:705
- Wyrok Trybunału z dnia 10 października 2013 r. w sprawie Manova, C-336/12, ECLI:EU:C:2013:647
- Wyrok Trybunału z dnia 12 grudnia 2013 r. w sprawie Portgás, C-425/12, ECLI:EU:C:2013:829
- Wyrok Sądu z dnia 30 kwietnia 2014 r. w sprawie Euris Consult przeciwko Parlamentowi, T-637/11, ECLI:EU:T:2014:237
- Wyrok Trybunału z dnia 19 czerwca 2014 r. w sprawach połączonych C-53/13 i C-80/13, ECLI:EU:C:2014:2011
- Wyrok Trybunału z dnia 8 lipca 2014 r. w sprawie C-83/13, ECLI:EU:C:2014:2053
- Wyrok Trybunału z dnia 24 maja 2016 r. w sprawie MT Højgaard i Züblin, C-396/14, ECLI:EU:C:2016:347
- Wyrok Trybunału z dnia 7 kwietnia 2016 r. w sprawie Partner Apelski Dariusz, C-324/14, ECLI:EU:C:2016:214
- Wyrok Trybunału z dnia 2 czerwca 2016 r. w sprawie C-410/14, ECLI:EU:C:2016:399
- Wyrok Trybunału z dnia 2 czerwca 2016 r. w sprawie Pizzo, C-27/15, ECLI:EU:C:2016:404
- Wyrok Trybunału z dnia 6 października 2016 r. w sprawie Tecnoedi Construzioni, C-318/15, ECLI:EU:C:2016:747
- Wyrok Trybunału z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie Esaprojekt, C-387/14, ECLI:EU:C:2017:338
- Wyrok Trybunału z dnia 11 maja 2017 r. w sprawie Archus i Gama, C-131/16, ECLI:EU:C:2017:358
- Wyrok Trybunału z dnia 8 czerwca 2017 r. w sprawie C-296/15, ECLI:EU:C:2017:431
- Wyrok Trybunału z dnia 10 października 2017 r. w sprawie Farrell, C-413/15, ECLI:EU:C:2017:745
- Wyrok Trybunału z dnia 8 lutego 2018 r. w sprawie C-144/17, ECLI:EU:C:2018:78
- Wyrok Trybunału z dnia 28 lutego 2018 r. w sprawie T-292/15, ECLI:EU:T:2018:84
- Wyrok Trybunału z dnia 19 kwietnia 2018 r. w sprawie Oftalma Hospital, C-65/17, ECLI:EU:C:2018:263
- Wyrok Trybunału z dnia 12 lipca 2018 r. w sprawie VAR i ATM, C-14/17, ECLI:EU:C:2018:568
- Wyrok Trybunału z dnia 2 maja 2019 r. w sprawie Lavorgna, C-309/18, ECLI:EU:C:2019:350
- Wyrok Trybunału z dnia 6 czerwca 2019 r. w sprawie C-264/18, ECLI:EU:C:2019:472
- Wyrok Trybunału z dnia 3 października 2019 r. w sprawie Irgita, C-285/18, ECLI:EU:C:2019:829
- Wyrok Trybunału z dnia 10 listopada 2019 r. w sprawie Komisja przeciwko Austrii, C-29/04, ECLI:EU:C:2005:670

- Wyrok Trybunału z dnia 30 stycznia 2020 r. w sprawie C-398/18, ECLI:EU:C:2019:1050
- Wyrok Trybunału z dnia 28 maja 2020 r. w sprawie Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung, C-796/18, ECLI:EU:C:2020:395
- Wyrok Trybunału z dnia 4 czerwca 2020 r. w sprawie Remondis C-429/19, ECLI:EU:C:2020:436
- Wyrok Trybunału z dnia 6 czerwca 2000 r. w sprawie Angonese, C-281/98, ECLI:EU:C:2000:296
- Wyrok Trybunału z dnia 11 czerwca 2020 r. w sprawie Parsec Fondazione C-219/19, ECLI:EU:C:2020:470
- Wyrok Trybunału z dnia 26 września 2000 r. w sprawie Komisja przeciw Francji, C-225/98, ECLI:EU:C:2000:494
- Wyrok Trybunału z dnia 3 października 2000 r. w sprawie A Ferlini, C-411/98, ECLI:EU:C:2000:530
- Wyrok Trybunału z dnia 7 grudnia 2000 r. w sprawie Telaustria C-324/98, ECLI:EU:C:2000:669
- Wyrok Sądu z dnia 6 lutego 2020 r., T-485/18, ECLI:EU:T:2020:35
- Wyrok Sądu z dnia 21 kwietnia 2021 r. w sprawie T-525/19, ECLI:EU:T:2021:202
- Wyrok Trybunału z dnia 3 czerwca 2021 r. w sprawie C-210/20, ECLI:EU:C:2021:445
- Wyrok Trybunału z dnia 17 czerwca 2021 r. w sprawie C-23/20, ECLI:EU:C:2021:490
- Wyrok Trybunału z dnia 6 października 2021 r. w sprawie Conacee, C-598/19, ECLI:EU:C:2021:810
- Wyrok Trybunału z dnia 13 października 2021 r. w sprawie C-375/20, ECLI:EU:C:2021:861

### Opinie rzeczników generalnych

- Opinia RG C. Stix-Hackl w sprawie Omega, C-36/02, ECLI:EU:C:2004:162
- Opinia RG E. Sharpston w sprawie Farrell, C-413/15, ECLI:EU:C:2017:492
- Opinia RG F.G. Jacobsa w sprawie Bickel & Franz, C-274/9, ECLI:EU:C:2017:745
- Opinia RG F.G. Jacobsa w sprawie Leclerc-Siplec przeciwko TF1 i M6, C-412/93, ECLI:EU:C:1994:393
- Opinia RG G. Tesouro w sprawie Komisja przeciwko Danii, C-243/89, ECLI:EU:C:1993:257
- Opinia RG J. Kokott w sprawie C-454/06, ECLI:EU:C:2008:167
- Opinia RG M. Poiaresa Maduro w sprawie C-438/05, ECLI:EU:C:2007:292
- Opinia RG Mischo w sprawie Komisja przeciwko Francji, C-237/99, ECLI:EU:C:2000:577
- Opinia RG O. Lenza w sprawie C-247/89, ECLI:EU:C:1991:305
- Opinia RG O. Lenza w sprawie O'Flynn przeciwko Adjudication Officer, C-237/94, ECLI:EU:C:1996:123
- Opinia RG P. Mengozzi w sprawie C-226/09, ECLI:EU:C:2010:380
- Opinia RG P. Léger'a w sprawach połączonych Fabricom, C-21/03 i C-34/03, ECLI:EU:C:2004:709
- Opinia RG P. Léger'a w sprawie Mannesmann Anlagenbau Austria, C-44/96, ECLI:EU:C:1997:40

### Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego

- Orzeczenie TK z dnia 3 marca 1987 r., P 2/87, OTK 1987, s. 31
- Orzeczenie TK z dnia 9 marca 1988 r., U 7/87, OTK 1988, poz. 1
- Orzeczenie TK z dnia 22 sierpnia 1990 r., K 7/90, OTK 1990, poz. 5
- Orzeczenie TK z dnia 6 kwietnia 1993 r., K 7/92, OTK 1993, nr 1, poz. 7
- Orzeczenie TK z dnia 12 października 1993 r., K 4/93; OTK 1993, poz. 34
- Orzeczenie TK z dnia 27 września 1994 r., W 10/93, Dz.U. 1994, Nr 113, poz. 550
- Orzeczenie TK z dnia 27 czerwca 1995, K 4/94, OTK 1995, poz. 16
- Orzeczenie TK z dnia 23 października 1995 r., K 4/95, OTK 1995, nr 2, poz. 11
- Orzeczenie TK z dnia 28 listopada 1995 r., K 17/95, OTK 1995, nr 3, poz. 18
- Orzeczenie TK z dnia 29 maja 1996 r. K 22/95, OTK 1996, pkt 3, poz. 21
- Orzeczenie TK z dnia 3 września 1996 r., K 10/96, OTK ZU Nr 4/1996, poz. 33
- Orzeczenie TK z dnia 3 grudnia 1996 r. w sprawie K 25/95, OTK ZU Nr 6/1996, poz. 52
- Orzeczenie TK z dnia 4 lutego 1997 r., P 4/96, OTK 1997, nr 1, poz. 3
- Orzeczenie TK z dnia 28 maja 1997 r., K 26/96, OTK 1997, nr 2, poz. 19
- Orzeczenie TK z dnia 23 września 1997 r., K 25/96, OTK 1997, nr 3-4, poz. 36
- Orzeczenie TK z dnia 29 września 1997 r., K 15/97, OTK ZU 1997, nr 3-4, poz. 37
- Orzeczenie TK z dnia 16 grudnia 1997 r., K 8/97, OTK ZU 1997, nr 5-6, poz. 70
- Orzeczenie TK z dnia 22 grudnia 1997 r. K 2/97, OTK 1997, nr 5-6, poz. 72
- Orzeczenie TK z dnia 9 marca 1988 r., U 7/87, OTK 1988, nr 1, poz. 1
- Orzeczenie TK z dnia 31 marca 1998 r., K 24/97, OTK 1998, nr 2, poz. 13
- Orzeczenie TK z dnia 6 maja 1998 r., K 37/97, OTK 1998, nr 3, poz. 33
- Orzeczenie TK z dnia 24 lutego 1999 r., SK 4/98, OTK 1999, nr 2, poz. 24
- Orzeczenie TK z dnia 18 stycznia 2000 r., K 17/99, OTK 2000, nr 1, poz. 4



- Orzeczenie TK z dnia 22 marca 2000 r., P 12/98, OTK ZU 2000, nr 2, poz. 67
- Orzeczenie TK z dnia 18 kwietnia 2000 r., K 23/99, OTK 2000, nr 3, poz. 89
- Orzeczenie TK z dnia 30 maja 2000 r., K 37/98, OTK 2000, nr 4, poz. 112
- Orzeczenie TK z dnia 14 listopada 2000 r., K 7/00, OTK ZU 2000, nr 7, poz. 259
- Orzeczenie TK z dnia 31 stycznia 2001 r., P 4/99, OTK ZU 2001, nr 1, poz. 5
- Orzeczenie TK z dnia 7 maja 2001 r., K 19/00, OTK 2001 nr 4, poz. 82
- Orzeczenie TK z dnia 23 października 2001 r., K 22/01, OTK ZU 2001, nr 7, poz. 215
- Orzeczenie TK z dnia 24 października 2001 r., SK 22/01, OTK ZU 2001, nr 7, poz. 216
- Orzeczenie TK z dnia 12 listopada 2001 r., P 2/01, OTK 2001, nr 8, poz. 249
- Orzeczenie TK z dnia 28 listopada 2001 r., K 36/01, OTK ZU 2001, nr 8, poz. 255
- Orzeczenie TK z dnia 4 grudnia 2001 r., SK 18/00, OTK 2001, nr 8, poz. 256
- Orzeczenie TK z dnia 24 kwietnia 2002 r., P 5/01, OTK Seria A 2002, nr 3, poz. 28
- Orzeczenie TK z dnia 7 maja 2002 r., SK 20/00, OTK Seria A 2002, nr 3, poz. 29
- Orzeczenie TK z dnia 30 września 2002 r., K 41/01, OTK Seria A 2002, nr 5, poz. 61
- Orzeczenie TK z dnia 6 stycznia 2003 r., K 24/01, OTK Seria A 2003, nr 1, poz. 1
- Orzeczenie TK z dnia 19 maja 2003 r., K 39/01, OTK ZU 2003, nr 5, poz. 40
- Orzeczenie TK z dnia 14 czerwca 2004 r., SK 21/03, OTK Seria A 2004, nr 2, poz. 5
- Orzeczenie TK z dnia 18 października 2005 r., SK 48/03, OTK ZU A 2005, nr 9, poz. 101
- Orzeczenie TK z dnia 9 stycznia 2007 r., P 5/05, OTK-A 2007, nr 1, poz. 1, pkt 3
- Orzeczenie TK z dnia 4 września 2007 r., P 19/07, OTK ZU Nr 8/A/2007, poz. 94
- Orzeczenie TK z dnia 13 listopada 2007 r., P 42/06, OTK ZU Nr 10/A/2007, poz. 123
- Orzeczenie TK z dnia 18 grudnia 2008 r., K 19/07, OTK ZU A 2008, nr 9, poz. 182
- Orzeczenie TK z dnia 10 marca 2009 r. P 80/08, OTK ZU 3/A/2009, poz.26
- Orzeczenie TK z dnia 28 kwietnia 2009 r., K 27/07, OTK Seria A 2009, nr 4, poz. 54
- Orzeczenie TK z dnia 16 czerwca 2009 r., SK 5/09, OTK Seria A 2009, nr 6, poz. 84
- Orzeczenie TK z dnia 16 grudnia 2009 r., Kp 5/08, OTK ZU A 2009, nr 11, poz. 170
- Orzeczenie TK z dnia 15 lipca 2010 r., K 63/07, OTK ZU A 2010, nr 6, poz. 60
- Orzeczenie TK z dnia 19 kwietnia 2011 r., P 41/09, OTK A 2011, nr 3, poz. 25
- Orzeczenie TK z dnia 5 lipca 2011 r., P 14/10, OTK ZU A 2011, nr 6, poz. 49
- Orzeczenie TK z dnia 6 listopada 2012 r., K 21/11, OTK Seria A 2012, nr 10, poz. 119
- Orzeczenie TK z dnia 18 czerwca 2013 r., K 37/12, OTK ZU A 2013, nr 5, poz. 60
- Orzeczenie TK z dnia 3 grudnia 2013 r., P 40/12, OTK ZU A 2013, nr 9, poz. 133
- Orzeczenie TK z dnia 22 lipca 2015 r., SK 20/14, OTK ZU A 2015, nr 7, poz. 115

### **Uchwały Sądy Najwyższego**

- Uchwała SN – Izba Cywilna z dnia 17 grudnia 2010 r., III CZP 103/10, Biul. SN 2010, nr 12
- Uchwała SN – Izba Cywilna z dnia 19 maja 2009 r., III CZP 139/08, OSNC 2009, Nr 11, poz. 144
- Uchwała SN – Izba Cywilna z dnia 19 maja 2000 r., III CZP 4/00, OSN IC 2000, poz. 195

### **Wyroki Sądu Najwyższego**

- Wyrok SN z dnia 7 kwietnia 1998 r., I PKN 90/98, OSNAPiUS 2000, nr 1, poz. 6
- Wyrok SN z dnia 13 września 2001 r., IV CKN 381/00, OSNC 2002/6/75
- Wyrok SN z dnia 4 sierpnia 2006 r., III CSK 138/05, OSNC 2007, Nr 4, poz. 63

### **Postanowienie Sądu Najwyższego**

- Postanowienie SN z dnia 11 grudnia 2008 r., II CSK 314/08, Legalis nr 589182

### **Orzeczenia Naczelnego Sądu Administracyjnego**

- Wyrok NSA z dnia 24 listopada 2016 r., II GSK 1127/15
- Wyrok NSA z dnia 7 grudnia 2016 r., II GSK 1257/15
- Wyrok NSA z dnia 4 kwietnia 2017 r., II GSK 1269/15
- Wyrok NSA z dnia 12 lipca 2018 r., I GSK 2313/18
- Wyrok NSA z dnia 8 stycznia 2019 r., I GSK 3157/18
- Wyrok NSA z dnia 8 marca 2019 r., I GSK 3428/18
- Wyrok NSA z dnia 23 stycznia 2020 r., II OSK 3992/19



- Wyrok NSA z dnia 16 lutego 2021 r., I GSK 376/18
- Wyrok NSA z dnia 28 maja 2021 r., I GSK 1785/18
- Wyrok NSA z dnia 28 maja 2021 r., I GSK 1828/18
- Wyrok NSA z dnia 7 lipca 2021 r., I GSK 3449/18
- Wyrok NSA z dnia 18 czerwca 2021 r., I GSK 1929/18
- Wyrok NSA z dnia 25 lutego 2022 r., I GSK 1226/21
- Wyrok NSA z dnia 8 kwietnia 2022 r., I GSK 2376/18

### **Orzeczenia Wojewódzkich Sądów Administracyjnych**

- Wyrok WSA w Warszawie z 5 września 2007 r., V SA/Wa 495/07
- Wyrok WSA w Gliwicach z dnia 24 stycznia 2013 r., III SA/Gl 1664/12
- Wyrok WSA w Poznaniu z dnia 15 listopada 2013 r., II SA/Po 1070/13
- Wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 18 lutego 2015 r., III SA/Wr 13/17
- Wyrok WSA w Warszawie z dnia 25 sierpnia 2017 r., VIII SA/Wa 13/17
- Wyrok WSA w Łodzi z dnia 29 listopada 2017 r., III SA/Łd 789/17
- Postanowienie WSA w Bydgoszczy z dnia 18 października 2017 r., II SA/Bd 732/17
- Wyrok WSA w Białymstoku z dnia 13 listopada 2019 r., I SA/Bk 510/19
- Wyrok WSA w Poznaniu z dnia 28 listopada 2019 r., IV SA/Po 599/19
- Wyrok WSA w Łodzi z dnia 10 marca 2020 r., III SA/Łd 518/19
- Wyrok WSA siedziba w Gliwicach z dnia 8 września 2020 r., III SA/Gl 217/20
- Wyrok WSA w Krakowie z dnia 9 marca 2021 r., I SA/Kr 696/20

### **Wyroki sądów okręgowych**

- Wyrok SO w Szczecinie z dnia 30 maja 2011 r., I C 317/09, Legalis nr 1330071
- Wyrok SO w Białymstoku z dnia 31 maja 2012 r., II Ca 373/12, Legalis nr 1327503
- Wyrok SO w Gdańsku z dnia 7 listopada 2012 r., XII Ga 580/12, Legalis nr 1327517
- Wyrok SO w Olsztynie z dnia 15 listopada 2012 r., V Ga 106/12 Legalis nr 1327504
- Wyrok SO - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 3 lutego 2020 r., XVII AmA 23/18, Legalis nr 2344771
- Wyrok SO w Warszawie z dnia 24 maja 2021 r., XXIII Zs 26/21, Legalis nr 2601654

### **Wyroki sądów apelacyjnych**

- Wyrok SA w Katowicach z 28 czerwca 2007 r., V ACa 371/07, <https://orzeczenia.katowice.sa.gov.pl/>
- Wyrok SA w Łodzi w orzeczeniu z 21 stycznia 2019 r., I ACa 200/18, Legalis nr 2122398

### **Orzeczenia Głównej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenia dyscypliny finansów publicznych**

- Orzeczenie GKO z dnia 14 września 2006 r., DF/GKO-490036/49/06/965, Legalis
- Orzeczenie GKO z dnia 8 lutego 2010 r., BDF1/4900/97/98/09/3375
- Orzeczenie GKO z dnia 18 września 2014 r., BDF1/4900/42/46/14
- Orzeczenie GKO z dnia 22 stycznia 2018 r., BDF1.4800.74.2017
- Orzeczenie GKO z dnia 29 stycznia 2018 r., BDF1.4800.87.2017

### **Orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej**

- Wyrok KIO z dnia 14 stycznia 2008 r., KIO/UZP 60/07
- Wyrok KIO z dnia 14 stycznia 2008 r., KIO/UZP 62/07
- Wyrok KIO z dnia 29 stycznia 2008 r., KIO/UZP 120/07
- Wyrok KIO z dnia 5 lutego 2008 r., KIO/UZP 27/08
- Wyrok KIO z dnia 17 czerwca 2008 r., KIO/UZP 538/08
- Wyrok KIO z dnia 30 czerwca 2008 r., KIO/UZP 594/08
- Wyrok KIO z dnia 7 listopada 2008 r., KIO/UZP 1173/08
- Wyrok KIO z dnia 27 listopada 2008 r., KIO/UZP 1301/08
- Wyrok KIO z dnia 2 grudnia 2008 r., KIO/UZP 1315/08
- Wyrok KIO z dnia 12 lutego 2009 r., KIO/UZP 133/09

- Wyrok KIO z dnia 17 marca 2009 r., KIO/UZP 253/09
- Wyrok KIO z dnia 2 listopada 2009 r., KIO/UZP 1333/09
- Wyrok KIO z dnia 14 stycznia 2010 r., KIO/UZP 1648/09
- Wyrok KIO z dnia 28 stycznia 2010 r., KIO/UZP 1847/09
- Wyrok KIO z dnia 25 lutego 2010 r., KIO/UZP 1895/09
- Wyrok KIO z dnia 1 kwietnia 2010 r., KIO/KD 22/10
- Wyrok KIO z dnia 6 maja 2010 r., KIO 634/10
- Wyrok KIO z dnia 22 sierpnia 2010 r., KIO 1695/11
- Wyrok KIO z dnia 23 sierpnia 2010 r., KIO 1682/10
- Wyrok KIO z dnia 26 sierpnia 2010 r., KIO 1726/10
- Wyrok KIO z dnia 10 października 2010 r., KIO 2358/10
- Wyrok KIO z dnia 28 października 2010 r., KIO 2256/10
- Wyrok KIO z dnia 10 listopada 2010 r., KIO 2358/10
- Wyrok KIO z dnia 30 listopada 2010 r., KIO 2514/10
- Wyrok KIO z dnia 11 lutego 2011 r., KIO 184/11
- Wyrok KIO z dnia 1 marca 2011 r., KIO 332/11
- Wyrok KIO z dnia 29 marca 2011 r., KIO 513/11
- Wyrok KIO z dnia 18 kwietnia 2011 r., KIO 1606/14
- Wyrok KIO z dnia 18 kwietnia 2011 r., KIO 732/11
- Wyrok KIO z dnia 18 kwietnia 2011 r., KIO 637/11
- Wyrok KIO z dnia 18 lipca 2011 r., KIO 1388/11
- Wyrok KIO z dnia 19 kwietnia 2011 r., KIO 742/11
- Wyrok KIO z dnia 5 lipca 2011 r., KIO 1307/11
- Wyrok KIO z dnia 7 lutego 2011 r., KIO 182/11
- Wyrok KIO z dnia 11 lipca 2011 r., KIO 1380/11
- Wyrok KIO z dnia 13 października 2011 r., KIO 2124/11
- Wyrok KIO z dnia 20 października 2011 r., KIO 2111/11
- Wyrok KIO z dnia 25 października 2011 r., KIO 2213/11
- Wyrok KIO z dnia 9 stycznia 2012 r., KIO 2781/11
- Wyrok KIO z dnia 11 stycznia 2012 r., KIO 2816/11
- Wyrok KIO z dnia 11 stycznia 2012 r., KIO/KD 69/12
- Wyrok KIO z dnia 19 marca 2012 r., KIO 432/12;
- Wyrok KIO z dnia 10 kwietnia 2012 r., KIO 573/12
- Wyrok KIO z dnia 11 czerwca 2012 r., KIO 1073/12
- Wyrok KIO z dnia 2 lipca 2012 r., KIO 1287/12
- Wyrok KIO z dnia 2 lipca 2012 r., KIO 640/11
- Wyrok KIO z dnia 31 lipca 2012 r., KIO 1512/12
- Wyrok KIO z dnia 6 sierpnia 2012 r., KIO 1578/12
- Wyrok KIO z dnia 28 listopada 2012 r., KIO 2519/12
- Wyrok KIO z dnia 13 listopada 2012 r., KIO 2382/12
- Wyrok KIO z dnia 13 listopada 2012 r., KIO 2382/12
- Wyrok KIO z dnia 19 grudnia 2012 r., KIO 2740/12
- Wyrok KIO z dnia 3 stycznia 2013 r., KIO 2706/12
- Wyrok KIO z dnia 14 stycznia 2013 r., KIO 2904/12
- Wyrok KIO z dnia 24 stycznia 2013 r., KIO 78/12
- Wyrok KIO z dnia 29 stycznia 2013 r., KIO 120/13
- Wyrok KIO z dnia 4 lutego 2013 r., KIO 106/13
- Wyrok KIO z dnia 5 marca 2013 r., KIO 375/13
- Wyrok KIO z dnia 12 marca 2013 r., KIO 427/13
- Wyrok KIO z dnia 19 marca 2013 r., KIO 521/13
- Wyrok KIO z dnia 10 maja 2013 r., KIO 964/13
- Wyrok KIO z dnia 19 czerwca 2013 r., KIO 1354/13
- Wyrok KIO z dnia 20 czerwca 2013, KIO 1314/13
- Wyrok KIO z dnia 5 lipca 2013 r., KIO 1513/13
- Wyrok KIO z dnia 9 lipca 2013 r., KIO 1518/13
- Wyrok KIO z dnia 10 lipca 2013 r., KIO 1436/13
- Wyrok KIO z dnia 24 lipca 2013 r., KIO 1673/13
- Wyrok KIO z dnia 25 lipca 2013 r., KIO 1641/13
- Wyrok KIO z dnia 8 sierpnia 2013 r., KIO 1830/13

- Wyrok KIO z dnia 23 sierpnia 2013 r., KIO 1476/13
- Wyrok KIO z dnia 4 września 2013 r., KIO 2017/13
- Wyrok KIO z dnia 29 stycznia 2014 r., KIO 85/14
- Wyrok KIO z dnia 3 lutego 2014 r., KIO 17/14
- Wyrok KIO z dnia 6 lutego 2014 r., KIO 120/14
- Wyrok KIO z dnia 11 lutego 2014 r., KIO 110/14
- Wyrok KIO z dnia 19 lutego 2014 r., KIO 216/140
- Wyrok KIO z dnia 12 marca 2014 r., KIO 355/14
- Wyrok KIO z dnia 14 marca 2014 r., KIO 380/14
- Wyrok KIO z dnia 21 maja 2014 r., KIO 908/14
- Wyrok KIO z dnia 23 czerwca 2014 r., KIO 1097/14
- Wyrok KIO z dnia 26 czerwca 2014 r., KIO 1028/14
- Wyrok KIO z dnia 5 sierpnia 2014 r., KIO 1509/14
- Wyrok KIO z dnia 18 sierpnia 2014 r., KIO 1590/14
- Wyrok KIO z dnia 25 sierpnia 2014 r., KIO 637/11
- Wyrok KIO z dnia 3 października 2014 r., KIO 1953/14
- Wyrok KIO z dnia 2 grudnia 2014 r., KIO 2378/14
- Wyrok KIO z dnia 11 grudnia 2014 r., KIO 2498/14
- Wyrok KIO z dnia 18 grudnia 2014 r., KIO 2559/14
- Wyrok KIO z dnia 12 stycznia 2015 r., KIO 2784/14
- Wyrok KIO z dnia 13 lutego 2015 r., KIO 194/15
- Wyrok KIO z dnia 14 stycznia 2015 r., KIO 2734/14
- Wyrok KIO z dnia 16 stycznia 2015 r., KIO 2752/14
- Wyrok KIO z dnia 3 marca 2015 r., KIO 309/15
- Wyrok KIO z dnia 20 kwietnia 2015 r., KIO 689/15
- Wyrok KIO z dnia 30 kwietnia 2015 r., KIO 798/15
- Wyrok KIO z dnia 4 maja 2015 r., KIO 825/15
- Wyrok KIO z dnia 5 maja 2015 r., KIO 829/15
- Wyrok KIO z dnia 7 maja 2015 r., KIO 853/15
- Wyrok KIO z dnia 3 czerwca 2015 r., KIO 1030/15
- Wyrok KIO z dnia 30 czerwca 2015 r., KIO 1305/15
- Wyrok KIO z dnia 1 lipca 2015 r., KIO 1283/15
- Wyrok KIO z dnia 17 lipca 2015 r., KIO 1022/15
- Wyrok KIO z dnia 21 lipca 2015 r., KIO 1477/15
- Wyrok KIO z dnia 14 sierpnia 2015 r., KIO 1654/15
- Wyrok KIO z dnia 26 sierpnia 2015 r., KIO 1727/15
- Wyrok KIO z dnia 14 stycznia 2016 r., KIO 2808/15
- Wyrok KIO z dnia 20 stycznia 2016 r., KIO 16/16
- Wyrok KIO z dnia 26 stycznia 2016 r., KIO 186/16
- Wyrok KIO z dnia 26 stycznia 2016 r., KIO 36/16
- Wyrok KIO z dnia 22 lutego 2016 r., KIO 148/16
- Wyrok KIO z dnia 14 marca 2016 r., KIO 292/16
- Wyrok KIO z dnia 22 marca 2016 r., KIO 317/16
- Wyrok KIO z dnia 30 maja 2016 r., KIO 826/16
- Wyrok KIO z dnia 31 maja 2016 r., KIO 786/16
- Wyrok KIO z dnia 31 maja 2016 r., KIO 810/16
- Wyrok KIO z dnia 6 czerwca 2016 r., KIO 800/16
- Wyrok KIO z dnia 7 czerwca 2016 r., KIO 894/16
- Wyrok KIO z dnia 7 marca 2016 r., KIO 250/16
- Wyrok KIO z dnia 29 czerwca 2016 r., KIO 1029/16
- Wyrok KIO z dnia 18 lipca 2016 r., KIO 1197/16
- Wyrok KIO z dnia 18 lipca 2016 r., KIO 149/13
- Wyrok KIO z dnia 12 sierpnia 2016 r., KIO 1408/16
- Wyrok KIO z dnia 27 września 2016 r., KIO 1724/16
- Wyrok KIO z dnia 7 października 2016 r., KIO 1778/16
- Wyrok KIO z dnia 14 listopada 2016 r., KIO 2038/16
- Wyrok KIO z dnia 30 listopada 2016 r., KIO 2112/16
- Wyrok KIO z dnia 14 grudnia 2016 r., KIO 2275/16
- Wyrok KIO z dnia 31 stycznia 2017 r., KIO 101/17

- Wyrok KIO z dnia 9 lutego 2017 r., KIO 164/17
- Wyrok KIO z dnia 7 marca 2017 r., KIO 364/17
- Wyrok KIO z dnia 9 marca 2017 r., KIO 338/17
- Wyrok KIO z dnia 17 marca 2017 r., KIO 447/17
- Wyrok KIO z dnia 23 marca 2017 r., KIO 445/17
- Wyrok KIO z dnia 3 kwietnia 2017 r., KIO 496/17
- Wyrok KIO z dnia 4 kwietnia 2017 r., KIO 561/17
- Wyrok KIO z dnia 11 kwietnia 2017 r., KIO 606/17
- Wyrok KIO z dnia 14 kwietnia 2017 r., KIO 626/17
- Wyrok KIO z dnia 21 kwietnia 2017 r., KIO 625/17
- Wyrok KIO z dnia 22 maja 2017 r., KIO 938/17
- Wyrok KIO z dnia 23 maja 2017 r., KIO 920/17
- Wyrok KIO z dnia 30 maja 2017 r., KIO 880/17
- Wyrok KIO z dnia 10 czerwca 2017 r., KIO 1314/17
- Wyrok KIO z dnia 23 czerwca 2017 r., KIO 1184/17
- Wyrok KIO z dnia 26 czerwca 2017 r., KIO 1187/17
- Wyrok KIO z dnia 28 czerwca 2017 r., KIO 1123/17
- Wyrok KIO z dnia 3 lipca 2017 r., KIO 1219/
- Wyrok KIO z dnia 6 lipca 2017 r., KIO 1248/17
- Wyrok KIO z dnia 21 lipca 2017 r., KIO 1429/17
- Wyrok KIO z dnia 31 lipca 2017 r., KIO 1500/17
- Wyrok KIO z dnia 7 sierpnia 2017 r., KIO 1499/17
- Wyrok KIO z dnia 11 sierpnia 2017 r., KIO 1536/17
- Wyrok KIO z dnia 22 sierpnia 2017 r., KIO 1615/17
- Wyrok KIO z dnia 23 sierpnia 2017 r., KIO 1636/17
- Wyrok KIO z dnia 31 sierpnia 2017 r., KIO 1731/17
- Wyrok KIO z dnia 18 września 2017 r., KIO 1789/17
- Wyrok KIO z dnia 6 października 2017 r., KIO 1969/17
- Wyrok KIO z dnia 25 października 2017 r., KIO 2111/17
- Wyrok KIO z dnia 10 listopada 2017 r., KIO 2213/17
- Wyrok KIO z dnia 15 listopada 2017 r., KIO 2279/17
- Wyrok KIO z dnia 23 listopada 2017 r., KIO 2321/17
- Wyrok KIO z dnia 30 listopada 2017 r., KIO 2406/17
- Wyrok KIO z dnia 8 grudnia 2017 r., KIO 2408/17
- Wyrok KIO z dnia 8 stycznia 2018 r., KIO 2683/17
- Wyrok KIO z dnia 5 marca 2018 r., KIO 307/18
- Wyrok KIO z dnia 26 marca 2018 r., KIO 411/18
- Wyrok KIO z dnia 26 kwietnia 2018 r., KIO 677/18
- Wyrok KIO z dnia 2 maja 2018 r., KIO 755/18
- Wyrok KIO z dnia 1 czerwca 2018 r., KIO 967/18
- Wyrok KIO z dnia 11 czerwca 2018 r., KIO 996/18
- Wyrok KIO z dnia 19 czerwca 2018 r., KIO 1101/18
- Wyrok KIO z dnia 21 czerwca 2018 r., KIO 1143/18
- Wyrok KIO z dnia 10 lipca 2018 r., KIO 1266/18
- Wyrok KIO z dnia 2 sierpnia 2018 r., KIO 1443/18
- Wyrok KIO z dnia 17 sierpnia 2018 r., KIO 1534/18
- Wyrok KIO z dnia 20 sierpnia 2018 r., KIO 1527/18
- Wyrok KIO z dnia 29 sierpnia 2018 r., KIO 1638/18
- Wyrok KIO z dnia 30 listopada 2018 r., KIO 2358/18
- Wyrok KIO z dnia 21 grudnia 2018 r., KIO 2534/18
- Wyrok KIO z dnia 27 grudnia 2018 r., KIO 2567/18
- Wyrok KIO z dnia 14 stycznia 2019 r., KIO 2671/18
- Wyrok KIO z dnia 25 stycznia 2019 r., KIO 2514/18
- Wyrok KIO z dnia 28 stycznia 2019 r., KIO 5/19
- Wyrok KIO z dnia 4 lutego 2019 r., KIO 51/19
- Wyrok KIO z dnia 4 lutego 2019 r., KIO 85/19
- Wyrok KIO z dnia 11 lutego 2019 r., KIO 153/19
- Wyrok KIO z dnia 10 kwietnia 2019 r., KIO 544/19
- Wyrok KIO z dnia 15 kwietnia 2019 r., KIO 558/19

- Wyrok KIO z dnia 12 czerwca 2019 r., KIO 941/19
- Wyrok KIO z dnia 14 czerwca 2019 r., KIO 1020/19
- Wyrok KIO z dnia 25 czerwca 2019 r., ; KIO 1038/19
- Wyrok KIO z dnia 25 czerwca 2019 r., KIO 1056/19
- Wyrok KIO z dnia 26 lipca 2019 r., KIO 1323/19
- Wyrok KIO z dnia 30 lipca 2019 r., KIO 1350/19
- Wyrok KIO z dnia 1 sierpnia 2019 r., KIO 1342/19
- Wyrok KIO z dnia 9 sierpnia 2019 r., KIO 1437/19
- Wyrok KIO z dnia 9 września 2019 r., KIO 1636/19
- Wyrok KIO z dnia 3 października 2019 r., KIO 1828/19
- Wyrok KIO z dnia 17 grudnia 2019 r., KIO 2437/19
- Wyrok KIO z dnia 16 stycznia 2020 r., KIO 2673/19
- Wyrok KIO z dnia 16 stycznia 2020 r., KIO 2628/19
- Wyrok KIO z dnia 20 stycznia 2020 r., KIO 2469/19
- Wyrok KIO z dnia 18 lutego 2020 r., KIO 208/20
- Wyrok KIO z dnia 13 marca 2020 r., KIO 465/20
- Wyrok KIO z dnia 22 czerwca 2020 r., KIO 593/20
- Wyrok KIO z dnia 10 lipca 2020 r., KIO 865/20
- Wyrok KIO z dnia 10 lipca 2020 r., KIO 1235/20
- Wyrok KIO z dnia 29 września 2020 r., KIO 2142/20
- Wyrok KIO z dnia 23 października 2020 r., KIO 2613/20
- Wyrok KIO z dnia 12 listopada 2020 r., KIO 2700/20
- Wyrok KIO z dnia 30 listopada 2020 r., KIO 2941/20
- Wyrok KIO z dnia 12 stycznia 2021 r., KIO 3321/20
- Wyrok KIO z dnia 1 marca 2021 r., KIO 278/21
- Wyrok KIO z dnia 1 marca 2021 r., KIO 347/21
- Wyrok KIO z dnia 2 marca 2021 r., KIO 289/21
- Wyrok KIO z dnia 4 maja 2021 r., KIO 932/21
- Wyrok KIO z dnia 4 marca 2021 r., KIO 460/21
- Wyrok KIO z dnia 5 marca 2021 r., KIO 89/21
- Wyrok KIO z dnia 17 marca 2021 r., KIO 617/21
- Wyrok KIO z dnia 22 marca 2021 r., KIO 478/21
- Wyrok KIO z dnia 31 marca 2021 r., KIO 652/21
- Wyrok KIO z dnia 28 kwietnia 2021 r., KIO 806/21
- Wyrok KIO z dnia 28 kwietnia 2021 r., KIO 792/21
- Wyrok KIO z dnia 29 kwietnia 2021 r., KIO 743/21
- Wyrok KIO z dnia 14 maja 2021 r., KIO 779/21
- Wyrok KIO z dnia 1 czerwca 2021 r., KIO 1040/21
- Wyrok KIO z dnia 1 czerwca 2021 r., KIO 1206/21
- Wyrok KIO z dnia 9 czerwca 2021 r., KIO 1166/21
- Wyrok KIO z dnia 17 czerwca 2021 r., KIO 1218/21
- Wyrok KIO z dnia 17 czerwca 2021 r., KIO 1293/21
- Wyrok KIO z dnia 2 lipca 2021 r., KIO 1286/21
- Wyrok KIO z dnia 13 lipca 2021 r., KIO 1848/21
- Wyrok KIO z dnia 19 lipca 2021 r., KIO 1577/21
- Wyrok KIO z dnia 26 lipca 2021 r., KIO 1874/21
- Wyrok KIO z dnia 27 lipca 2021 r., KIO 1930/21
- Wyrok KIO z dnia 23 sierpnia 2021 r., KIO 1891/21
- Wyrok KIO z dnia 7 października 2021 r., KIO 2652/21
- Wyrok KIO z dnia 13 stycznia 2022 r., KIO 3794/21
- Wyrok KIO z dnia 25 stycznia 2022 r., KIO 69/22
- Wyrok KIO z dnia 31 stycznia 2022 r., KIO 125/22
- Wyrok KIO z dnia 18 lutego 2022 r., KIO 211/22
- Wyrok KIO z dnia 18 lutego 2022 r., KIO 282/22

### **Uchwały Krajowej Izby Odwoławczej**

- Uchwała KIO z dnia 19 marca 2010 r., KIO/KD 17/10
- Uchwała KIO z dnia 20 maja 2010 r., KIO/KU 34/10

- Uchwała KIO z dnia 2 czerwca 2010 r., KIO/KD 38/10
- Uchwała KIO z dnia 21 lutego 2012 r., KIO/KU 20/12
- Uchwała KIO z dnia 2 kwietnia 2012 r., KIO/KD 69/12
- Uchwała KIO z dnia 13 września 2013 r., KIO/KD 83/13
- Uchwała KIO z dnia 11 marca 2014 r., KIO/KU 18/14
- Uchwała KIO z dnia 16 kwietnia 2014 r., KIO/KD 33/14
- Uchwała KIO z dnia 18 listopada 2014 r., KIO/KD 101/14
- Uchwała KIO z dnia 2 kwietnia 2015 r., KIO/KD 17/15
- Uchwała KIO z dnia 22 maja 2015 r., KIO/KD 27/15
- Uchwała KIO z dnia 18 grudnia 2015 r., KIO/KD 66/1
- Uchwała KIO z dnia 11 lutego 2016 r., KIO/KD 14/16
- Uchwała KIO z dnia 6 maja 2016 r., KIO/KD 28/16
- Uchwała KIO z dnia 19 maja 2016 r., KIO/KD 34/16
- Uchwała KIO z dnia 12 sierpnia 2016 r., KIO/KD 49/16
- Uchwała KIO z dnia 7 września 2016 r., KIO/KD 54/16
- Uchwała KIO z dnia 1 lutego 2018 r., KIO/KD 2/18
- Uchwała KIO z dnia 8 maja 2018 r., KIO/KD 16/18
- Uchwała KIO z dnia 5 czerwca 2018 r., KIO/KD 21/18
- Uchwała KIO z dnia 5 lutego 2019 r., KIO/KU 5/19
- Uchwała KIO z dnia 1 marca 2019 r., KIO/KD 14/19

### **Uchwały Kolegiów Regionalnych Izb Obrachunkowych**

- Uchwała nr 157/K/11 Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej w Warszawie z dnia 10 maja 2011 r., Dz.Urz.Woj.Maz. z 2011 r., Nr 121, poz. 3873
- Uchwała nr 196/2016 Kolegium RIO w Zielonej Górze z dnia 21 października 2016 r., Dz.Urz.Woj. Lubus. z 2016 r., poz. 2107
- Uchwała nr 41/2016 Kolegium RIO w Kielcach z dnia 25 listopada 2016 r., Dz.Urz.Woj.Święt. z 2016 r., poz. 4042
- Uchwała nr 055/G273/D/17 Kolegium RIO w Gdańsku z dnia 1 marca 2017 r., Dz.Urz.Woj.Pom. z 2017 r., poz. 1115
- Uchwała nr KI-411/110/17 Kolegium RIO w Krakowie z dnia 16 sierpnia 2017 r., Dz.Urz.Woj.Małop. z 2017 r., poz. 5334
- Uchwała nr 21.138.2017 Kolegium RIO w Warszawie z dnia 24 października 2017 r., Dz.Urz.Woj.Maz. z 2018 r., poz. 528
- Uchwała nr 3.54.2018 Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej w Warszawie z dnia 30 stycznia 2018 r., Dz.Urz.Woj.Maz. z 2018 r., poz. 4357
- Uchwała nr 8.126.2018 Kolegium RIO w Warszawie z 10 kwietnia 2018 r., Dz.Urz.Woj.Maz. z 2018 r., poz. 6240
- Uchwała nr XV.146.K.2018 Kolegium RIO w Szczecinie z dnia 6 czerwca 2018 r., Dz.Urz.Woj.Zach. z 2018 r., poz. 3013
- Uchwała nr 128/G117/D/18 Kolegium RIO w Gdańsku z dnia 19 lipca 2018 r., Dz.Urz.Woj.Pom. z 2018 r., poz. 3148
- Uchwała nr KI-411/140/20 Kolegium RIO w Krakowie z dnia 13 maja 2020 r., Dz.Urz.Woj.Małop. z 2020 r., poz. 3478
- Uchwała nr V/17/2021 Kolegium RIO w Bydgoszczy z dnia 3 lutego 2021 r., Dz.Urz. Woj.Kuj.Pom. z 2021 r., poz. 803

### **Wyroki Zespołów Arbitrów**

- Wyrok ZA z dnia 15 stycznia 2004 r., UZP/ZO/0-39/04
- Wyrok ZA z dnia 3 lutego 2004 r., UZP/ZO/0-111/04
- Wyrok ZA z dnia 3 lutego 2004 r., UZP/ZO/0-116/04
- Wyrok ZA z dnia 19 marca 2004 r., UZP/ZO/0-291/04
- Wyrok ZA z dnia 14 czerwca 2004 r., UZP/ZO/0-836/04
- Wyrok ZA z dnia 8 lipca 2004 r., UZP/ZO/0-1020/04
- Wyrok ZA z dnia 26 października 2004 r., UZP/ZO/0-1785/04
- Wyrok ZA z dnia 19 stycznia 2005 r., UZP/ZO/0-29/05
- Wyrok ZA z dnia 31 stycznia 2005 r., UZP/ZO/0-155/05



- Wyrok ZA z dnia 10 lutego 2005 r., UZP/ZO/0-208/05
- Wyrok ZA z dnia 4 marca 2005 r., UZP/ZO/0-374/05
- Wyrok ZA z dnia 27 kwietnia 2005 r., UZP/ZO/0-802/05
- Wyrok ZA z dnia 6 maja 2005 r., UZP/ZO/0-848/05
- Wyrok ZA z dnia 20 czerwca 2005 r., UZP/ZO/0-1372/05
- Wyrok ZA z dnia 24 października 2005 r., UZP/ZO/0-2997/05
- Wyrok ZA z dnia 30 listopada 2005 r., UZP/ZO/0-3548/05
- Wyrok ZA z dnia 27 grudnia 2005 r., UZP/ZO/0-3869/05
- Wyrok ZA z dnia 2 stycznia 2006 r., UZP/ZO/0-3928/05
- Wyrok ZA z dnia 4 stycznia 2006 r., UZP/ZO/0-3955/05
- Wyrok ZA z dnia 18 stycznia 2006 r., UZP/ZO/0-87/06
- Wyrok ZA z dnia 10 lutego 2006 r., UZP/ZO/0-334/06
- Wyrok ZA z dnia 13 czerwca 2006 r., UZP/ZO/0-1677/06
- Wyrok ZA z dnia 10 lipca 2006 r., UZP/ZO/0-1950/06
- Wyrok ZA z dnia 13 lipca 2006 r., UZP/ZO/0-2002/06
- Wyrok ZA z dnia 1 sierpnia 2006 r., UZP/ZO/0-2169/06
- Wyrok ZA z dnia 25 września 2006 r., UZP/ZO/0-2503/06
- Wyrok ZA z dnia 23 stycznia 2007 r., UZP/ZO/0-63/07
- Wyrok ZA z dnia 16 marca 2007 r., UZP/ZO/0-254/07
- Wyrok ZA z dnia 30 marca 2007 r., UZP/ZO/0-323/07
- Wyrok ZA z dnia 31 maja 2007 r., UZP/ZO/0-623/07
- Wyrok ZA z dnia 3 lipca 2007 r., UZP/ZO/0-768/07

Ewaryst Kowalczyk – absolwent Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu, doktor nauk prawnych, adiunkt w Katedrze Prawa Administracyjnego i Finansowego Wydziału Prawa i Administracji Instytutu Nauk Prawnych Uniwersytetu Zielonogórskiego. Autor publikacji z zakresu prawa zamówień publicznych, finansów publicznych i prawa rzymskiego. Organizator i kierownik studiów podyplomowych *Zamówienia publiczne i partnerstwo publiczno–prywatne* na Uniwersytecie Zielonogórskim.

[...] wnioski wyprowadzane w poszczególnych rozdziałach z całym przekonaniem uznać można za inspirujące, stanowiące tym samym asumpt do dalszej dyskusji. Niewątpliwie stanowią one wynik pogłębionych analiz popartych w dostatecznym stopniu stanowiskami judykatury i doktryny. [...] Wszystko to sprawia, że recenzowana monografia zasługuje na wysoką merytoryczną ocenę i jawi się jako dzieło bardzo dojrzałe.

Z recenzji dr hab. Ewy Szewczyk, prof. Uniwersytetu Zielonogórskiego

Monografia Autorstwa dra Ewarysta Kowalczyka pt. *Obowiązki równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne* stanowi pierwsze w polskiej nauce publicznego prawa gospodarczego tak szerokie i kompleksowe opracowanie problematyki zasady równego traktowania ubiegających się o zamówienia publiczne. [...] Praca odznacza się wieloaspektowością prowadzonych rozważań, oryginalnością koncepcji ujęcia tematyki (perspektywa obowiązków instytucji zamawiających) oraz przyjmowanej konwencji terminologicznej. Rangę naukową poczynionych ustaleń i wniosków należy uznać za istotną, a tym samym stanowiącą znaczący wkład w rozwój nauki publicznego prawa gospodarczego.

Z recenzji dr. hab. Krzysztofa Horubskiego, prof. Uniwersytetu Wrocławskiego



ISBN 978-83-7842-512-0

