

Ewaryst Kowalczyk

Uniwersytet Zielonogórski

ORCID: 0000-0002-9927-0574

e.kowalczyk@wpa.uz.zgora.pl

Koncepcja normatywna warunków zamówienia publicznego

Wprowadzenie

Obowiązująca od 1 stycznia 2021 r. ustawa Prawo zamówień publicznych¹ wprowadziła do języka prawnego definicję „warunków zamówienia”. Fakt ten zasługuje na podkreślenie chociażby z tego względu, że począwszy od 1994 r. do tej pory w obowiązujących przepisach dotyczących zamówień publicznych pojęcie to nie było przedmiotem definicji legalnej, choć problematyka warunków związanych z ubieganiem się o zamówienia publiczne od zawsze obecna była w systemie zamówień publicznych. Okoliczność ta skłania do stawiania pytań o sposób ujęcia tej figury prawnej w regulacjach, a także wynikające z tego znaczenie i funkcje warunków zamówienia w procesie udzielania zamówień. Odpowiedź na tak zakreślone kwestie pozwoli w efekcie rozstrzygnąć, czy instytucja warunków zamówienia przedstawia się jako spójna koncepcja normatywna w świetle obowiązujących prawa.

Pojęcie warunków zamówienia w ustawie Prawo zamówień publicznych

Ustawowe rozumienie warunków zamówienia obejmuje warunki, które dotyczą 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 publicznego².

¹ Dz.U. z 2019 r., poz. 2019, dalej jako p.z.p.

² Art. 7 pkt 29 p.z.p.

Oznacza to, że pojęcie warunków zamówienia jest w istocie pojęciem rodzajowym, gdyż obejmuje wiele postaci warunków; otwartym, ponieważ może obejmować inne, niewymienione w definicji postaci warunków, a także kompleksowym, gdyż odnosi się do całokształtu wymagań stawianych do spełnienia wykonawcom ubiegającym się o zamówienia publiczne.

Warto także dostrzec, że pojęcie warunków zamówienia stanowi element innych kluczowych pojęć stosowanych w p.z.p., które równocześnie kształtują normatywną koncepcję tej konstrukcji. Na przykład z p.z.p. wynika, że warunki zamówienia są ustaloną przez zamawiającego podstawą postępowania o udzielenie zamówienia publiczne³ oraz że warunki zamówienia są określane lub opisywane w dokumentach zamówienia⁴.

Należałoby więc przyjąć, że pojęcie warunków zamówienia obejmuje szereg różnorodnych postanowień odnoszących się do oczekiwanego sposobu postępowania uczestników postępowania o zamówienia publiczne, a w konsekwencji także samego zamawiającego. Mają one charakter wymagań kwalifikujących, ponieważ ich spełnienie lub niespełnienie kształtuje położenie prawne podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne. Warunków zamówienia nie należy jednakże traktować jako warunków w rozumieniu art. 89 Kodeksu cywilnego, czyli jako zdarzenia przyszłe i niepewne, od których zależy powstanie lub ustanie skutków czynności prawnej⁵, mimo że warunki zamówienia odnoszą się również do treści przyszłego stosunku prawnego, który wynikać będzie z zawartej umowy o zamówienie publiczne.

Potrzeba konstruowania definicji legalnych określonych pojęć na potrzeby wykładni aktów prawnych wynika zazwyczaj z faktu, że pojęcia te znajdują w przepisach odpowiednio często zastosowanie oraz posiadają znaczącą dla ich przestrzegania treść. Należy zatem dostrzec, że zwrot „warunki zamówienia” znajduje zastosowanie w ustawie Prawo zamówień publicznych jako pojęcie rodzajowe kilka razy, w tym np.

- jako wskazany przedmiot negocjacji lub dialogu⁶;
- jako element pojęcia „pierwotne warunki zamówienia”, o którym mowa w przesłankach zastosowania trybu negocjacje bez ogłoszenia⁷ i zamówienia z wolnej ręki⁸;
- jako element przesłanki zastosowania aukcji elektronicznej⁹;
- jako treść przesłanki odrzucenia oferty wykonawcy¹⁰;

³ Art. 7 pkt 18 p.z.p.

⁴ Art. 7 pkt 3 p.z.p.

⁵ Por. wyrok Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z 22 lutego 2007 r., sygn. akt III CSK 308/06.

⁶ Art. 180; art. 279 pkt 2; art. 291 ust. 4 p.z.p.

⁷ Art. 209 ust. 1 pkt 1; art. 301 ust. 1 pkt 2; art. 414 ust. 2 pkt 2 p.z.p.

⁸ Art. 214 ust. 1 pkt 6; art. 305 pkt 2; art. 388 pkt 2d p.z.p.

⁹ Art. 227 ust. 1 p.z.p.; art. 308 ust. 1 p.z.p.; art. 415 p.z.p.

¹⁰ Art. 226 pkt 5 p.z.p.

– jako element warunków udzielania zamówienia wykonawcom na podstawie umowy ramowej¹¹.

W pozostałych przypadkach warunki zamówienia występują w jednej z postaci, wśród których – zgodnie z definicją – wskazać można dwie podstawowe kategorie, tj. warunki dotyczące zamówienia oraz warunki dotyczące postępowania o udzielenie zamówienia.

Postaci warunków zamówienia

Odnosząc się do samego pojęcia zamówienia, rozumianego jako odpłatna umowa zawierana między zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem jest nabycie przez zamawiającego od wybranego wykonawcy robót budowlanych, dostaw lub usług¹², należałoby przyjąć, że warunki dotyczące zamówienia obejmują całe 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 szereg wymagań ściśle proceduralnych, jak terminy wykonania określonych czynności, 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.

Dwie podstawowe grupy postaci warunków zamówienia wiązać można z dwoma aspektami zdolności podmiotów ubiegających się o zamówienia publiczne, tj. zdolnością do realizacji zamówienia (ang. *capacity to perform the contract*)¹³ oraz zdolnością uczestnictwa w postępowaniu o zamówienie publiczne. Pierwszą utożsamiać można z całokształtem okoliczności prawnych i faktycznych, w których powinien znajdować się określony podmiot, by skutecznie wywiązać się z obowiązków wynikających z umowy o zamówienie publiczne. Druga odnosi się do sprawności w spełnianiu przez wykonawców wymagań proceduralnych obowiązujących w postępowaniu o zamówienie publiczne.

Specyfiką konstrukcji prawnej warunków zamówienia jest ponadto istnienie ścisłego związku pomiędzy wskazanymi dwiema postaciami warunków.

¹¹ Art. 312 ust. 2; art. 314 p.z.p.

¹² Art. 7 pkt 29 p.z.p.

¹³ Zob. np. motowy 101, art. 33 ust. 5 pkt a 9. Dyrektywa Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz.Urz. UE. L 94 z 28 marca 2014 r.).

Przykładem mogą być tu warunki udziału w postępowaniu, która stanowią bez wątpienia istotny wymóg uczestnictwa w procedurze o udzielenie zamówienia. Jednocześnie odnoszą się one do cech i właściwości wykonawców niezbędnych dla prawidłowego wykonania zamówienia w przyszłości. Warunki udziału w postępowaniu mogą bowiem dotyczyć zdolności do występowania w obrocie gospodarczym, uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, sytuacji ekonomicznej lub finansowej oraz zdolności technicznej lub zawodowej¹⁴. Podobnie przedstawia się kwestia kryteriów oceny ofert, które nie są wyłącznie instrumentem wyboru najkorzystniejszej oferty w trakcie postępowania o zamówienia publiczne, ale służą również ukształtowaniu oraz realizacji przyszłej umowy, która zostanie zawarta z wybranym wykonawcom.

W ramach pojęcia warunków zamówienia można wyróżnić szereg bardziej szczegółowych ich postaci. Jako przykład można wskazać:

- warunki określające legitymacje podmiotów o określonym statusie do ubiegania się o zamówienia publiczne (tzw. zamówienia zastrzeżone);
- warunki podmiotowe, czyli odnoszące się do właściwości wykonawców;
- warunki przedmiotowe;
- warunki proceduralne i warunki formalne (np. dotyczące formalności, jakie muszą zostać dopełnione po wyborze oferty w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego).

Na uwagę zasługują również wyznaczone przez ustawodawcę związki zachodzące między poszczególnymi postaciami warunków zamówienia. Są one szczególnie widoczne w ramach triady warunków obejmującej wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia, warunki udziału w postępowaniu oraz kryteria oceny ofert. Analiza obowiązujących regulacji prawnych wskazuje na to, że określanie wskazanych warunków jest od siebie zależne, a centralna pozycja przypisana jest warunkom związanym z przedmiotem zamówienia. Świadczy o tym chociażby wyartykułowany w przepisach obowiązek określania przez zamawiających warunków udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia¹⁵ oraz wyznaczania kryteriów oceny ofert związanych z przedmiotem zamówienia¹⁶.

¹⁴ Art. 112 ust. 1 p.z.p.

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ Art. 241 ust. 1 p.z.p.

Znaczenie warunków zamówienia w kształtowaniu dostępu do zamówień publicznych jako przejawu wolności działalności gospodarczej

Analiza prawnej koncepcji warunków zamówienia wymaga dodatkowo zbadania funkcji tej konstrukcji prawnej w Prawie zamówień publicznych w kontekście problematyki dostępu do zamówień publicznych. Funkcja ta wydaje się *prima facie* oczywista – wszak od normatywnego ukształtowania warunków zamówienia zależy rzeczywisty dostęp wykonawców do rynku zamówień publicznych. Z kolei ich konkretny wyraz w określonym postępowaniu determinuje szanse na uzyskanie konkretnego zamówienia przez ubiegające się o nie podmioty. Jednocześnie rola warunków zamówienia w kształtowaniu dostępu do zamówień publicznych wymaga wnikliwszego spojrzenia, chociażby przez pryzmat zasad zamówień publicznych.

Przypomnieć przy tym warto, że kwestia dostępu do zamówień publicznych jest powszechnie obecna w praktyce prawnej i literaturze¹⁷. Marek Szydło stwierdza, że prawo wykonawców do aktywnego uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na różnych jego etapach należy zaliczać do podstawowych zasad (wartości) sprawiedliwego proceduralnie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Prawo do aktywnego uczestnictwa w postępowaniu powinno przejawiać się 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 interesów¹⁸. Z kolei w myśl poglądów formułowanych w orzecznictwie dostęp do zamówień obejmuje dostęp do procedur udzielenia zamówień oraz dostęp do rynku zamówień publicznych¹⁹.

W wymiarze europejskim dostęp do zamówień ujawnia się w tym, że wszelkie podmioty legalnie funkcjonujące w gospodarce mogą ubiegać się o zamówienia publiczne w ramach europejskiego rynku wewnętrznego na jednakowych warunkach, bez względu na kraj pochodzenia, formę organizacyjną, przynależność sektorową itp., co w szczególności wyklucza jakiegokolwiek preferencje krajowe, lokalne czy zawodowe. Zapewnienie uczciwej konkurencji w ramach zamówień publicznych odbywa się m.in. poprzez równy dostęp do nich dla

¹⁷ B. Reuter, *Transparenz öffentlicher Einkaufsdaten in Deutschland Anforderungen und anwendungsfelder im Kontext von Open Government*, Berlin–Heidelberg 2021, s. 14; R. Szostak, *Zasady prawa zamówień publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2014, nr 3, s. 10–11.

¹⁸ M. Szydło, *Prawna koncepcja zamówienia publicznego*, Warszawa 2014, s. 29.

¹⁹ Wyrok TS z 30 kwietnia 2014 r. w sprawie Euris Consult przeciwko Parlamentowi, T-637/11, pkt 5, Legalis; wyrok KIO z 6 sierpnia 2012 r., sygn. akt KIO 1578/12, Legalis; wyrok SO w Białymstoku z 31 maja 2012 r., sygn. akt II Ca 373/12, Legalis.

podmiotów gospodarczych ze wszystkich państw członkowskich²⁰. W orzecznictwie unijnym stwierdza się w nim, że równy dostęp do zamówień dla podmiotów ze wszystkich państw członkowskich wynika z poszanowania zasad swobody przedsiębiorczości i świadczenia usług, a także wolnej konkurencji, w szczególności zasady równego traktowania wyrażonej w zakazie dyskryminacji ze względu na przynależność państwową²¹.

Problematyka dostępu do zamówień publicznych pozostaje również w ścisłym związku z wartościami konstytucyjnymi, w szczególności z wolnością działalności gospodarczej. Warto przypomnieć, że Konstytucja RP posługuje się pojęciem „wolności działalności gospodarczej” w rozdziale, w którym znajdują się naczelnne zasady dotyczące ustroju i funkcjonowania państwa. Jednocześnie zagadnienie wolności działalności gospodarczej należy do dziedziny wolności i praw konstytucyjnych²². 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 aktywności²³. P. Kuczma stwierdza, że adresatem konstytucyjnej zasady wolności gospodarczej jest każdy podmiot prawa, który może – z uwagi na brak prawnych zakazów – prowadzić działalność gospodarczą na terytorium Polski. Autor zauważa również, że wraz z momentem przystąpienia Rzeczypospolitej do Unii Europejskiej adresatami tej zasady są również podmioty mające siedzibę w państwie UE i prowadzące działalność gospodarczą w RP²⁴. W powyższego wynika, że wolność działalności gospodarczej posiada silne, konstytucyjne zakorzenienie aksjologiczne oraz szeroki przedmiotowy oraz podmiotowy zakres zastosowania. Konstatacja ta jest niebagatelna z punktu widzenia problematyki prawa dostępu do zamówień publicznych. Ewentualne potraktowanie prawa dostępu do zamówień publicznych – jako przejaw wolności gospodarczej – przesądzać bowiem będzie o uznaniu go za składnik aksjologii konstytucyjnej.

²⁰ Komunikat wyjaśniający Komisji, dotyczący prawa wspólnotowego obowiązującego w dziedzinie udzielania zamówień, które nie są lub są jedynie częściowo objęte dyrektywami w sprawie zamówień publicznych (1.08.2006), <https://eur-lex.europa.eu> (data dostępu: 10.04.2001).

²¹ Zob. np. wyrok TS z 11 czerwca 2020 r. w sprawie *Parsec Fondazione* C-219/19, pkt 26, Legalis; wyrok Sądu (piąta izba) z 20 maja 2010 r. w sprawie *Niemcy przeciwko Komisji*, T-258/06, pkt 116, Legalis; opinia RG Mischo z 1 lutego 2001 r. w sprawie *Komisja przeciwko Francji*, C-237/99, pkt 49, Legalis.

²² P. Kuczma, *Konstytucyjne ujęcie wolności działalności gospodarczej*, „Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu. Przedsiębiorca w społecznej gospodarce rynkowej” 2014, nr 372, s. 229.

²³ Zob. wyroki TK: z 31 stycznia 2001 r., sygn. akt P 4/99, OTK ZU Nr 1/2001, poz. 5; z 4 września 2007 r., sygn. akt P 19/07, OTK ZU Nr 8/A/2007, poz. 94; K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze publiczne*, Warszawa 2015, s. 82–83; M. Szydło, *Wolność działalności gospodarczej jako prawo podstawowe*, Bydgoszcz 2011, s. 66–67.

²⁴ P. Kuczma, op. cit., s. 232.

Zasadniczą treścią wolności gospodarczej jest prawo podjęcia decyzji o prowadzeniu działalności gospodarczej i wyboru jej rodzaju²⁵. W literaturze proponowane są jednak kolejne ujęcia szczegółowych aspektów wolności gospodarczej, czyli tzw. swobód częściowych. Godna odnotowania jest tu zbieżność wielu stanowisk²⁶. Wskazane swobody częściowe nie stanowią oczywiście wyliczenia enumeratywnego. Dodatkowo, ich treść przenika się wzajemnie. Jak zauważa J. Kołacz „wywierają one bowiem na siebie wpływ, wzajemnie się ograniczając i dopełniając, tworząc przez to obraz zakresu swobody działalności gospodarczej istniejącej w danych systemie prawnym”²⁷.

W kontekście problematyki dostępu do zamówień publicznych na szczególną uwagę zasługuje szczegółowy aspekt wolności działalności gospodarczej, określanej w piśmiennictwie jako prawo do swobodnego konkurowania z innymi podmiotami czy po prostu swoboda konkurencji²⁸. W literaturze stwierdza się mianowicie, że wolna konkurencja jest swobodą „która buduje wolność gospodarczą”²⁹. Prawo to związane jest z możliwością podejmowania różnorodnych działań w celu pozyskania klientów³⁰. W ramach prawa do swobodnego konkurowania można z kolei wyodrębnić takie aspekty szczegółowe, jak wolność wejścia do określonego rynku oraz konkurowania na nim w sposób wolny od zachowań antykonkurencyjnych innych uczestników rynku czy wolność od zakłócania przez państwo swobodnej konkurencji rynkowej. Z istoty tak pojmowanego prawa do konkurowania wynika spoczywający na władzy publicznej obowiązek niepodejmowania działań naruszających wolność konkurowania, ale także obowiązek urzeczywistniania warunków, które chronią uprawnionych przed zachowaniami sprzecznymi z uczciwą konkurencją podejmowanymi przez inne podmioty³¹.

Częstkowa swoboda działalności gospodarczej, jaką jest wolność konkurowania, obejmuje również prawo do pozyskania zamówienia publicznego. Można przyjąć, że podstawową funkcją regulacji dotyczących zamówień pu-

²⁵ A. Walaszek-Pyziół, *Wolność działalności gospodarczej w ustawodawstwie Republiki Federalnej Niemiec*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 1992, nr 5–6, s. 107.

²⁶ 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, r. LXX, z. 2, s. 80; P. Kuczma, op. cit., s. 230; P. Soroka, *Zamówienia publiczne a wolność gospodarcza*, „Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu. Zamówienia publiczne – stan obecny i perspektywy” 2012, nr 270, s. 135.

²⁷ J. Kołacz, op. cit., s. 80.

²⁸ A. Walaszek-Pyziół, op. cit., s. 108; E. Kosiński, *Aspekt prawny wolności gospodarczej*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2003, nr 3/4, s. 13.

²⁹ P. Soroka, op. cit., s. 141.

³⁰ J. Kołacz, op. cit., s. 80.

³¹ 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*, Kohlhammer 1989, s. 468; L. Bielecki, *Zasada wolności gospodarczej w okresie transformacji ustrojowej w Polsce*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2003, nr 1, s. 68.

blicznych jest m.in. zapewnienie dostępu do zamówień publicznych poprzez zachowanie uczciwej i wolnej konkurencji, a zapewnienie uczciwej konkurencji jest obowiązkiem państwa korelującym z istotną wolnością działalności gospodarczej³². Na tle problematyki dostępu do zamówień publicznych ujawnia się zatem newralgiczna funkcja warunków zamówienia. Udzielanie zamówień publicznych na określonych warunkach może otwierać określone obszary konkurencji, w których może realizować się prawo dostępu do zamówień publicznych. Normatywne ukształtowanie warunków, a dalej praktyka stosowania regulacji prawnych może wreszcie w znaczący sposób kształtować położenie faktyczne i prawne potencjalnych wykonawców. Przesądza to o doniosłości związku, jaki istnieje między materialem warunków zamówienia a dostępem do zamówień publicznych.

Funkcje warunków zamówienia w odniesieniu do zagadnienia dostępu do zamówień publicznych należy zatem rozpatrywać przynajmniej w dwóch wymiarach: 1) jako funkcja warunków zamówienia wyznaczana przez ustawodawcę w procesie stanowienia prawa oraz 2) jako funkcja nadawana przez zamawiających w procesie stosowania norm prawnych. Oczywiście samo istnienie warunków zamówienia – jako określonej konstrukcji prawnej – nie przesądza o istnieniu nieuzasadnionych ograniczeń w dostępie do zamówień publicznych. Ale już przejawem nieuprawnionego ograniczenia dostępu do zamówień publicznych mogą być działania prawodawcze polegające na nieusprawiedliwionym zawężaniu kręgu podmiotów zdolnych do ubiegania się o zamówienia publiczne. Wolności ubiegania się o zamówienie publiczne (jako jeden z przejawów wolności konkurowania) odpowiada bowiem obowiązek państwa powstrzymania się od nieuzasadnionej ingerencji, tj. zakaz wydawania takich unormowań prawnych, które pozostawałyby w sprzeczności z wolnością konkurowania, w tym z dostępem do zamówień (obowiązek negatywny) oraz obowiązkiem stwarzania warunków wspomagających możliwość ubiegania się o zamówienia publiczne (obowiązek pozytywny). Podobnie przedstawia się kwestia ustalania i weryfikacji przez instytucje zamawiające warunków zamówienia w procesie stosowania norm prawnych. Konieczność spełniania przez wykonawców warunków wyznaczonych zgodnie z przepisami przez zamawiającego, w tym warunków przedmiotowych, warunków udziału w postępowaniu czy wymagań proceduralnych nie świadczy o istnieniu nieuzasadnionych ograniczeń w dostępie do zamówień publicznych. Ale już nieuzasadnione określenie warunków może kształtować sytuację określonych podmiotów ubiegających się o zamówienia w sposób niekorzystny.

³² P. Soroka, op. cit., s. 136; zob. uchwałę I Senatu Federalnego Trybunału Konstytucyjnego z 13 czerwca 2006 r. (1 BvR 1160/03), pkt 59.

Znaczenie obowiązków kierunkowych w stanowieniu oraz stosowaniu norm dotyczących warunków zamówienia

W tym miejscu należy podkreślić znaczenie obowiązków kierunkowych spoczywających na prawodawcy oraz zamawiających. Obowiązki takie wynikają zazwyczaj z norm/zasad właściwych dla systemu zamówień publicznych, a ich spełnianie stanowi rację dla przestrzegania całego szeregu innych norm wyznaczających z kolei obowiązki konkretne. Celowościowy charakter obowiązków należy utożsamiać z powinnością stałej realizacji określonego stanu rzeczy. Wyznaczony przez prawodawcę w normie o charakterze kierunkowym cel ma zazwyczaj określoną doniosłość aksjologiczną³³. Inaczej niż w przypadku obowiązków konkretnych, nakazy kierunkowe związane z konstruowaniem i stosowaniem warunków zamówienia zobowiązują do realizacji wzorcowego stanu rzeczy bez podawania szczegółowych środków realizacji, czyli pozostawiając pewną swobodę ich wyboru³⁴. Oznacza to, iż obowiązek kierunkowy może być spełniany w różnym stopniu, przy czym istotą obowiązku kierunkowego jest to, że powinien być spełniony przez zobowiązanego w możliwie najwyższym stopniu przy uwzględnieniu panujących faktycznych i prawnych możliwości³⁵.

Obowiązki wyznaczające sposób stanowienia prawa w zakresie warunków zamówienia publicznego wywodzić można z ogólnych zasady prawa europejskiego, a także z norm konstytucyjnych, w tym z zasady równego traktowania i zakazu dyskryminacji. Z kolei regulacje dotyczące zasad udzielenia zamówień publicznych wpływające na sposób przestrzegania prawa w zakresie określania warunków zamówienia przez instytucje zamawiające zawarte są przede wszystkim w ustawie p.z.p. oraz dyrektywach zamówieniowych. Ustawa Prawo zamówień publicznych, określając zasady udzielania zamówień, nakłada na zamawiającego obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, a także w sposób przejrzysty i proporcjonalny³⁶. Dodatkowo ustawa wskazuje, że zamawiający ma udzielać

³³ A. Kubiak, *O interpretacji przepisów programowych w Konstytucji*, „Państwo i Prawo” 1987, nr 4, s. 25; C. Kosikowski, *Finanse publiczne i prawo finansowe. Zagadnienia egzaminacyjne i seminaryjne*, Warszawa 2013, s. 52; K. Complak, *Konstytucyjne postanowienia programowe czy normy o celach państwa*, [w:] L. Garlicki, A. Szmyt (red.), *Sześć lat Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Doświadczenia i inspiracje*, Warszawa 2003, s. 60; L. Grzonka, *Koncepcja norm programowych z perspektywy teorii prawa*, Poznań 2012 s. 49; P. Sarnecki (red.), *Prawo konstytucyjne RP*, Warszawa 2002, s. 11.

³⁴ 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.

³⁵ T. Gizbert-Studnicki, A. Grabowski, *Normy programowe w Konstytucji*, [w:] J. Trzeciński (red.), *Charakter i struktura norm Konstytucji*, Warszawa 1997, s. 102.

³⁶ Art. 16 p.z.p.

zamówień w sposób zapewniający najlepszą jakość dostaw, usług oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia i w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów³⁷.

Zagadnienie znaczenia warunków zamówienia oraz ich roli w kształtowaniu dostępu do zamówień publicznych znajduje swoje rozwinięcie w zasadzie proporcjonalności, która można określić jako zasadę ważenia wartości w procesie podejmowania rozstrzygnięć. Zasada ta nie została wprawdzie wyrażona w p.z.p. *expressis verbis* jako „zasada proporcjonalności”; przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych przewidują jednak, że zamawiający ma obowiązek przygotować i przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia „w sposób proporcjonalny”³⁸. Odwołanie do samej zasady proporcjonalności można już z kolei znaleźć od wielu lat w orzecznictwie dotyczącym zamówień publicznych³⁹. Na przykład w orzeczeniu z 1 sierpnia 2019 r. Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zachowanie zasady proporcjonalności przy określaniu warunków udziału w postępowaniu oznacza, że warunki udziału w postępowaniu opisane przez zamawiającego muszą być uzasadnione w odniesieniu do konkretnych warunków danego zamówienia, w tym w szczególności wartości zamówienia, charakterystyki i specyfiki przedmiotu zamówienia, zakresu zamówienia, stopnia jego złożoności oraz warunków realizacji. Warunki udziału w postępowaniu powinny być określone na minimalnym poziomie, tj. nie powinny ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię jego należytego wykonania, a tym samym nie mogą być określane ponad poziom niezbędny do osiągnięcia celu, jakim jest wyłonienie wykonawcy, który będzie zdolny prawidłowo zrealizować zamówienie, tj. w sposób zgodny z wymaganiami zamawiającego⁴⁰. Natomiast w orzeczeniu z 23 grudnia 2009 r. Trybunał Sprawiedliwości uznał za niezgodną z zasadą proporcjonalności regułę automatycznego wykluczania z postępowania konsorcjum w sytuacji, gdy jego członkowie złożyli w tym samym postępowaniu konkurencyjne oferty⁴¹.

Zasada proporcjonalności oznacza zatem, że opisane przez zamawiającego warunki zamówienia muszą być uzasadnione wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem lub stopniem złożoności zamówienia. Nie powinny ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię należytego jego wykonania. Obowiązek proporcjonalnego powiązania warunków z przedmio-

³⁷ Art. 17 p.z.p.

³⁸ Art. 16 pkt 3 p.z.p.

³⁹ Wyroki KIO: z 4 lutego 2019 r., sygn. akt KIO 51/19; z 31 maja 2016 r., sygn. akt KIO 786/16; z 3 lipca 2015 r., sygn. akt KIO 1300/15.

⁴⁰ KIO 1342/19.

⁴¹ Sprawa Serrantoni Srl i Consorzio stabile edili Srl v. Comune di Milano (C-376/08).

tem zamówienia nie oznacza jednak nakazu dopuszczenia do zamówienia wszystkich podmiotów, w tym niezdolnych do jego realizacji. O określeniu warunków udziału w postępowaniu, w sposób który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję, można mówić wówczas, gdy warunki te zostaną określone na tyle rygorystycznie, że nie będzie to uzasadnione potrzebami zamawiającego.

Zasada proporcjonalności odwołuje się do relacji między dobieranymi przez zamawiających instrumentarium a wagą celów, których realizacji mają służyć. Treścią tej zasady jest w istocie racjonalność podejmowanych działań, czyli optymalność doboru środków w stosunku do zamierzeń. Dyrektywę proporcjonalności w ogólności pojmuje się nierzadko jako triadę nakazów szczegółowych⁴². Pierwszy z nich, ujmowany jako nakaz przydatności (ewentualnie nakaz odpowiedniości), wymaga, by przewidziany środek władzy publicznej był zdatny dla realizacji zamierzonego celu. Kolejny, tzw. nakaz konieczności (ewentualnie 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 użycia⁴³.

Zastosowanie zasady proporcjonalności w obszarze warunków zamówienia oznacza obowiązek rozstrzygania przez zamawiających, czy określone przez nich warunki są w stanie doprowadzić do zamierzonych skutków (tj. zaspokojenia interesów zamawiającego), czy sformułowane wymagania są niezbędne dla ochrony interesu zamawiającego oraz czy projektowane efekty są istotniejsze niż skutki ograniczeń nakładanych na wykonawcę ubiegającego się o zawarcie umowy⁴⁴. Jak słusznie zauważa A. Sołtysińska, przeprowadzenie testu proporcjonalności w odniesieniu do warunków stawianych wykonawcom wymaga w istocie uwzględnienia szeregu czynników i okoliczności decydujących o uznaniu danego wymogu za zasadny i niezbędny do wybrania kontrahenta zdolnego do realizacji zamówienia⁴⁵.

Prawidłowe określanie warunków zamówienia jako przedmiot ochrony w zakresie odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych

Rozważania na temat konstrukcji prawnej warunków zamówienia uzupełnić wymaga odniesieniem do regulacji o charakterze sankcyjnym, jakimi

⁴² E. Ura, *Prawo administracyjne*, Warszawa 2004, s. 99.

⁴³ Orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości: z 17 maja 1984 r. C-15/83, ECR 1984, s. 2171; z 13 maja 1986 r., C-170/84, ECR 1986, s.1607; z 24 września 1985 r., C-181/84, ECR 1985, s. 2889; J. Zimmermann, *Prawo administracyjne*, Warszawa 2008, s. 88.

⁴⁴ W. Dzierżanowski, *Ochrona konkurencji w prawie zamówień publicznych*, Warszawa 2012, s. 9; A. Sołtysińska, *Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Kraków 2006, s. 242–243.

⁴⁵ A. Sołtysińska, op. cit., s. 253.

są przepisy dotyczące odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Katalog deliktów dyscypliny finansów wyznacza grupę wartości chronionych w prawie, do których należy także prawidłowe określanie warunków zamówienia.

Zgodnie z przepisami ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych⁴⁶, naruszeniem dyscypliny jest niezgodne z przepisami o zamówieniach publicznych opisanie przedmiotu zamówienia publicznego, w sposób który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję⁴⁷, a także określenie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub wymaganych od wykonawców środków dowodowych w sposób niezwiązany z przedmiotem zamówienia lub nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia⁴⁸ oraz określenie kryteriów oceny ofert⁴⁹.

Analiza wskazanych deliktów dyscypliny finansów publicznych pozwala dostrzec, że bezprawność części penalizowanych czynów nie jest ujęta wyłącznie jako „niezgodność z przepisami o zamówieniach publicznych”, ale także dodatkowo jako czynność dokonana w pewien nieprawidłowy sposób, czyli taki, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, albo w sposób niezwiązany z przedmiotem zamówienia lub nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Konstatacja ta potwierdza, że koncepcja normatywna warunków zamówienia obejmuje rozmaite postaci warunków, których prawidłowe stosowanie jest od siebie zależne oraz wymaga realizowania obowiązków kierunkowych wynikających z zasada udzielania zamówień publicznych

Wnioski

Wprowadzenie od 1 stycznia 2021 r. w ustawie Prawo zamówień publicznych legalnej definicji warunków zamówienia należy traktować jako przejaw stosunkowo spójnej normatywnej koncepcji, zgodnie z którą warunki zamówienia to pojęcie rodzajowe obejmujące wymagania o różnorodnym charakterze. Elementami spajającymi różne postacie warunków jest jednak ich wzajemna zależność oraz wspólna funkcja, wyrażająca się w kwalifikacyjnym charakterze wymagań formułowanych w celu wyłonienia wykonawcy zamówienia publicznego. Funkcja warunków zamówienia określa w konsekwencji ich kluczowe znaczenie w kształtowaniu dostępu wykonawców do rynku zamówień publicznych – zarówno poprzez stanowienie, jaki i stosowanie norm prawnych. W rezultacie sposób stanowienia oraz przestrzegania prawa w zakresie warunków zamówienia wymaga spełniania obowiązków kierunkowych wynika-

⁴⁶ Dz.U. z 2021 r., poz. 289.

⁴⁷ Art. 17 ust. 1 pkt 1.

⁴⁸ Art. 17 ust. 1 pkt 3.

⁴⁹ Art. 17 ust. 1 pkt 4.

jących z zasad dotyczących zamówień publicznych. Prawidłowe stosowanie warunków zamówienia w procesie przestrzegania prawa podlega dodatkowo ochronie na gruncie odpowiedzialności za naruszenia dyscypliny finansów publicznych, co przesądza o doniosłości tego zagadnienia w systemie zamówień publicznych.

Wykaz literatury

- Bielecki L., *Zasada wolności gospodarczej w okresie transformacji ustrojowej w Polsce*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2003, nr 1.
- Biernat A., Wasilewski A., *Wolność gospodarcza w Europie*, Zakamycze, Kraków 2000.
- Complak K., *Konstytucyjne postanowienia programowe czy normy o celach państwa*, [w:] L. Garlicki, A. Szmyt (red.), *Sześć lat Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Doświadczenia i inspiracje*, Wyd. Sejmowe, Warszawa 2003.
- Dzierżanowski W., *Ochrona konkurencji w prawie zamówień publicznych*, Wolters Kluwer, Warszawa 2012.
- Gizbert-Studnicki T., Grabowski A., *Normy programowe w Konstytucji*, [w:] J. Trzciniński (red.), *Charakter i struktura norm Konstytucji*, Wyd. Sejmowe, Warszawa 1997.
- Grzonka L., *Koncepcja norm programowych z perspektywy teorii prawa*, Iuris, Poznań 2012.
- Grzonka L., *Normy programowe w prawie pracy*, „Studenckie Zeszyty Naukowe – Koło Naukowe Prawników UMCS” 2011, nr 21.
- Kołacz J., *Swobody częściowe a swoboda działalności gospodarczej*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2008, r. LXX, z. 2.
- Kosikowski C., *Finanse publiczne i prawo finansowe. Zagadnienia egzaminacyjne i seminaryjne*, Wolters Kluwer, Warszawa 2013.
- Kosiński E., *Aspekt prawny wolności gospodarczej*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2003, nr 3/4.
- Kubiak A., *O interpretacji przepisów programowych w Konstytucji*, „Państwo i Prawo” 1987, nr 4.
- Kuczma P., *Konstytucyjne ujęcie wolności działalności gospodarczej*, „Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu. Przedsiębiorca w społecznej gospodarce rynkowej” 2014, nr 372.
- Reszczyński J., *O pojęciu wolności gospodarczej w ekonomii i naukach prawnych*, „Studia Ekonomiczne. Gospodarka – Społeczeństwo – Środowisko” 2018, nr 1(2).
- Reuter B., *Transparenz öffentlicher Einkaufsdaten in Deutschland Anforderungen und andlungsfelder im Kontext von Open Government*, Springer Gabler, Berlin–Heidelberg 2021.
- Sarnecki P. (red.), *Prawo konstytucyjne RP*, C.H. Beck, Warszawa 2002.
- Sołtysińska A., *Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Zakamycze, Kraków 2006.
- Soroka P., *Zamówienia publiczne a wolność gospodarcza*, „Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu. Zamówienia publiczne – stan obecny i perspektywy” 2012, nr 270.
- Stober R., *Handbuch des Wirtschaftsverwaltungs- und Umweltrechts*, Kohlhammer 1989.

- Strzyczkowski K., *Prawo gospodarcze publiczne*, Wolters Kluwer, Warszawa 2015.
- Szostak R., *Zasady prawa zamówień publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2014, nr 3.
- Szydło M., *Prawna koncepcja zamówienia publicznego*, C.H. Beck, Warszawa 2014.
- Szydło M., *Wolność działalności gospodarczej jako prawo podstawowe*, Oficyna Wydawnicza Branta, Bydgoszcz 2011.
- Ura E., *Prawo administracyjne*, LexisNexis, Warszawa 2004.
- Walaszek-Pyziół A., *Wolność działalności gospodarczej w ustawodawstwie Republiki Federalnej Niemiec*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 1992, nr 5–6.
- Zimmermann J., *Prawo administracyjne*, Wolters Kluwer, Warszawa 2008.

Summary

Normative concept of public procurement conditions

Keywords: public procurement law, public procurement conditions, public procurement, public procurement principles, access to public procurement.

The Public Procurement Law Act introduced in 2021 the definitions of “public procurement conditions” to the Polish legal language. The article aims to analyze the normative approach to this concept, as well as the meaning and functions of public procurement conditions in the procurement process. It was found that there is a relatively consistent normative concept of public procurement conditions in Polish law. According to this concept, public procurement conditions are a generic concept covering requirements of various nature but are closely interdependent. The public procurement conditions also have a common function of qualifying the participants of the procedure to select the contractor of the public procurement. The function of contract conditions also determines their key importance in public procurement, which consists in shaping the access of contractors to the public procurement market. As a result, it was found that the directional obligations resulting from the principles of public procurement concern lawmaking and compliance with the law relating mainly to public procurement conditions.