

ZASADA RÓWNEGO TRAKTOWANIA PRZY KWALIFIKACJI PODMIOTOWEJ W ZAMÓWIENIACH PUBLICZNYCH

Katarzyna Śliwak

ZASADA RÓWNEGO TRAKTOWANIA PRZY KWALIFIKACJI PODMIOTOWEJ W ZAMÓWIENIACH PUBLICZNYCH

Katarzyna Śliwak

SERIA **MONOGRAFIE**

Stan prawny na 1 lipca 2022 r.

Recenzent

Prof. UŁa dr hab. Małgorzata Sieradzka

Wydawca

Izabella Małecka

Redaktor prowadzący

Paulina Ambroży

Opracowanie redakcyjne

Agata Czuj

Projekt okładek serii

Wojtek Janikowski, Przemek Dębowski

prawolubni

Ta książka jest wspólnym dziełem twórcy i wydawcy. Prosimy, byś przestrzegał przysługujących im praw. Książkę możesz udostępnić osobom bliskim lub osobiście znanym, ale nie publikuj jej w internecie. Jeśli cytujesz fragmenty, nie zmieniaj ich treści i koniecznie zaznacz, czyje to dzieło. A jeśli musisz skopiować część, rób to jedynie na użytek osobisty.

Szanujemy prawo i własność

Więcej na www.legalnakultura.pl

Polska Izba Książki

© Copyright by Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o., 2022

ISBN 978-83-8286-462-5

ISSN 1897-4392

Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o.

Dział Praw Autorskich

01-208 Warszawa, ul. Przyokopowa 33

tel. 728 313 462

e-mail: PL-ksiazki@wolterskluger.com

księgarnia internetowa www.profinfo.pl

SPIS TREŚCI

Wykaz skrótów	13
Wprowadzenie.....	17
Rozdział I	
Zasada równego traktowania w prawie unijnym oraz polskim porządku prawnym	23
1. Uwagi wstępne	23
2. Zasady prawa w koncepcjach teoretycznoprawnych.....	24
2.1. Uwagi ogólne na temat zasad prawa i odnoszących się do nich koncepcji teoretycznoprawnych	24
2.2. Wybrane koncepcje zasad prawa	28
2.2.1. Koncepcja zasad prawa według R. Dworkina	28
2.2.2. Koncepcja zasad prawa według R. Alexy'ego	32
2.2.3. Koncepcja zasad prawa według H.L.A. Harta....	36
2.3. Elementy koncepcji zasad prawa w odniesieniu do zasady równego traktowania	39
3. Zasada równości w Konstytucji RP	41
3.1. Zakresy przedmiotowy i podmiotowy zasady równości w Konstytucji RP.....	41
3.2. Równość traktowania i równość w prawie	47
3.3. Granice zasady równości.....	53
3.4. Test równości	56
3.4.1. Uwagi ogólne.....	56
3.4.2. Pojęcie cechy istotnej.....	57
3.4.3. Kryteria różnicowania	60

4. Zasada równego traktowania w prawie zamówień publicznych.....	65
4.1. Zasada równego traktowania jako wyraz celów dyrektywy klasycznej.....	65
4.2. Zasada równego traktowania w dyrektywie klasycznej a zasada traktatowa.....	71
4.3. Zasada równego traktowania w art. 18 ust. 1 dyrektywy klasycznej oraz art. 16 pkt 1 p.z.p.	73
5. Zasada równego traktowania a zasady powiązane.....	81
5.1. Uwagi ogólne	81
5.2. Zasada przejrzystości.....	83
5.2.1. Charakterystyka	83
5.2.2. Zasada przejrzystości a zasada jawności	89
5.3. Zasada proporcjonalności.....	91
5.3.1. Charakterystyka	91
5.3.2. Znaczenie w kontekście kwalifikacji podmiotowej wykonawców	102
5.4. Zasada ochrony konkurencji	106
5.4.1. Zasada ochrony konkurencji a zasada równego traktowania.....	106
5.4.2. Zasada ochrony konkurencji a sposób prowadzenia postępowania	109
5.4.3. Zasada ochrony konkurencji w prawie zamówień publicznych a prawo ochrony konkurencji	110

Rozdział II

Zasada równego traktowania przy formułowaniu i ocenie warunków udziału w postępowaniu w unijnym i polskim

porządku prawnym	113
1. Uwagi wstępne	113
2. Kryteria oceny ofert a warunki udziału w postępowaniu	119
3. Charakterystyka warunków udziału w postępowaniu	124
3.1. Cel określenia warunków udziału	124
3.2. Wyodrębnienie klasy podmiotów posiadających cechę istotną przy określaniu warunków udziału.....	127

3.3. Przedmiot zamówienia a proporcjonalność warunków udziału	130
3.4. Fakultatywność określenia warunków udziału	134
4. Sposób formułowania warunków udziału w postępowaniu	136
4.1. Zasada równego traktowania i zasady powiązane przy określaniu warunków udziału	136
4.2. Warunki udziału jako minimalne poziomy zdolności	142
4.3. Opis warunków udziału a opis sposobu dokonania oceny ich spełniania.....	144
5. Kryteria selekcji	146
6. Kategorie warunków udziału w postępowaniu.....	149
6.1. Zdolność do występowania w obrocie gospodarczym	149
6.2. Uprawnienia do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej.....	153
6.3. Sytuacja ekonomiczna lub finansowa.....	158
6.3.1. Charakterystyka	158
6.3.2. Sposób określania i oceny warunku sytuacji ekonomicznej lub finansowej.....	163
6.3.3. Przykładowe wymogi dotyczące sytuacji ekonomicznej lub finansowej.....	168
6.4. Zdolność techniczna lub zawodowa	187
6.4.1. Charakterystyka	187
6.4.2. Sposób określenia wymogu odpowiedniej wiedzy i doświadczenia	191
6.4.3. Potencjał kadrowy (osobowy).....	196
6.4.4. Problematyka sprzeczności interesów	205
6.4.5. Informacje, jakich mogą żądać zamawiający na potwierdzenie zdolności technicznej lub zawodowej.....	211

Rozdział III

Rola zasady równego traktowania przy formułowaniu i ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców sumujących zasoby	217
1. Uwagi wstępne	217

2. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie (tzw. konsorcjum)	221
2.1. Charakterystyka sposobu spełniania warunków udziału w postępowaniu przez konsorcjum	221
2.1.1. Charakterystyka konsorcjum	221
2.1.2. Odpowiednie stosowanie przepisów dotyczących pojedynczego wykonawcy	223
2.1.3. Forma prawna konsorcjum	226
2.2. Możliwość zmian w składzie konsorcjum	229
2.3. Możliwość powołania się przez członka konsorcjum na prace faktycznie wykonane	233
3. Wykonawcy polegający na zasobach podmiotów trzecich	240
3.1. Realność udostępnienia zasobów podmiotów trzecich na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu	240
3.1.1. Charakterystyka instytucji polegania na zasobach podmiotów trzecich	240
3.1.2. Udowodnienie dysponowania zasobami podmiotu trzeciego	242
3.1.3. Charakter powiązań pomiędzy podmiotem trzecim a wykonawcą	248
3.1.4. Realność udostępnienia jako element podwykonawstwa	251
3.1.5. Wykonanie kluczowych zadań przez samego wykonawcę	256
3.2. Korzystanie z zasobów podmiotów trzecich w celu spełnienia kryteriów selekcji	259
3.3. Powołanie się na zasoby podmiotu trzeciego po upływie terminu na złożenie ofert	263
4. Możliwości łączenia zasobów w przypadku poszczególnych kategorii warunków udziału w postępowaniu	270
4.1. Zastosowanie reguł dotyczących konsorcjum w stosunku do podmiotów trzecich	270

4.2. Łączenie zasobów w odniesieniu do zdolności do występowania w obrocie gospodarczym i uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej	272
4.2.1. Poleganie na zasobach podmiotu trzeciego	272
4.2.2. Konsorcjum	273
4.3. Łączenie zasobów w odniesieniu do sytuacji ekonomicznej i finansowej	277
4.3.1. Poleganie na zasobach podmiotu trzeciego	277
4.3.2. Konsorcjum	280
4.4. Łączenie zasobów w odniesieniu do zdolności technicznej i zawodowej w zakresie wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia	284
4.4.1. Sumowanie potencjałów w zakresie częściowych kwalifikacji a wymóg legitymowania się całością doświadczenia przez jeden podmiot	285
4.4.2. Wykonanie dwóch różnych prac w jednym zadaniu	292
4.4.3. Doświadczenie instytucji czy jej pracowników?	293
4.5. Łączenie zasobów w odniesieniu do zdolności technicznej i zawodowej w zakresie potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia	295

Rozdział IV

Wykluczenie wykonawców dopuszczających się zmywy przetargowej i instytucja *self-cleaning* jako wyraz zasady równego traktowania

1. Uwagi wstępne	297
2. Podstawy wykluczenia	300
2.1. Charakterystyka i cel badania podstaw wykluczenia	300
2.2. Poszanowanie zasady równego traktowania jako podstawa wykluczenia	307
2.3. Okres wykluczenia	311

3. Zmowa przetargowa jako zakazane porozumienie naruszające zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji	312
3.1. Charakterystyka umowy przetargowej a zasada równego traktowania i uczciwej konkurencji	312
3.2. Formy zamówień przetargowych	317
3.3. Udowodnienie umowy przetargowej	321
3.4. Zmowa przetargowa jako wspólny przedmiot regulacji prawa zamówień publicznych oraz prawa ochrony konkurencji.....	327
3.5. Umowa konsorcjum a zmowa przetargowa	331
3.5.1. Przesłanki kwalifikacji umowy konsorcjum jako umowy przetargowej.....	331
3.5.2. Wymiana informacji wrażliwych pomiędzy członkami konsorcjum	337
3.5.3. Przesłanki wyłączenia umowy z zakazu zawierania porozumień antykonkurencyjnych	340
3.6. Naruszenie konkurencji w przypadku udziału wykonawców należących do tej samej grupy kapitałowej.....	343
3.6.1. Kwalifikacja prawna sytuacji złożenia odrębnych ofert przez wykonawców z tej samej grupy kapitałowej	343
3.6.2. Koncepcja jednego organizmu gospodarczego (<i>single economic unit</i>).....	346
3.6.3. Grupa kapitałowa w postępowaniu o zamówienie publiczne.....	349
3.7. Odpowiedzialność za umowy przetargowe	356
3.7.1. Odpowiedzialność na podstawie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów i procedura <i>leniency</i>	356
3.7.2. Odpowiedzialność na podstawie prawa zamówień publicznych.....	360
3.7.3. Odpowiedzialność na podstawie kodeksu karnego.....	364
4. Instytucja <i>self-cleaning</i> (samooczyszczenia)	367
4.1. Charakterystyka	367

4.1.1. Pojęcie i geneza instytucji <i>self-cleaningu</i>	367
4.1.2. Zakres zastosowania	371
4.2. Sposób przeprowadzania <i>self-cleaningu</i>	373
4.2.1. Środki zaradcze	373
4.2.2. Ocena zamawiającego	380
4.2.3. Termin złożenia dowodów	382
4.3. <i>Self-cleaning</i> jako wyraz zasady równego traktowania i proporcjonalności.....	385
4.4. <i>Self-cleaning</i> przy zmwie przetargowej	388
Zakończenie	391
Bibliografia	407
Wykaz aktów prawnych	425
Wykaz orzecznictwa	429

WYKAZ SKRÓTÓW

Akty prawne

- | | |
|----------------------|--|
| dyrektywa klasyczna | - Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26.02.2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz.Urz. UE L 94 z 28.03.2014 r., s. 65) |
| dyrektywa 2004/18/WE | - Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31.03.2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.Urz. UE L 134 z 30.04.2004 r., s. 114) |
| GPA | - umowa międzynarodowa wielostronna z 15.04.1994 r. – Porozumienie w sprawie zamówień publicznych, Marakesz (Dz.Urz. UE L 336 z 23.12.1994 r., s. 273) |
| Konstytucja PRL | - Konstytucja Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej z 22.07.1952 r. (Dz.U. Nr 33, poz. 232), akt archiwalny |
| Konstytucja RP | - Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm. i sprost.) |
| k.c. | - ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2020 r. poz. 1740 ze zm.) |
| k.k. | - ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 2022 r. poz. 1138) |
| k.p.c. | - ustawa z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 2021 r. poz. 1805 ze zm.) |
| k.s.h. | - ustawa z 15.09.2000 r. – Kodeks spółek handlowych (Dz.U. z 2020 r. poz. 1526 ze zm.) |

nowelizacja z 22.06.2016 r.	– ustawa z 22.06.2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 1020)
pr. przed.	– ustawa z 6.03.2018 r. – Prawo przedsiębiorców (Dz.U. z 2021 r. poz. 162 ze zm.)
p.z.p.	– ustawa z 11.09.2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.)
p.z.p. z 2004 r.	– ustawa z 29.01.2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), uchylona z dniem 1.01.2021 r.
TUE	– Traktat o Unii Europejskiej, wersja skonsolidowana (Dz.Urz. UE C 326 z 26.10.2012 r., s. 13)
TFUE/traktat	– Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz.Urz. UE C 202 z 7.06.2016 r., s. 47)
u.o.k.k.	– ustawa z 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2021 r. poz. 275)
u.o.p.z.	– ustawa z 28.10.2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary (Dz.U. z 2020 r. poz. 358 ze zm.)
u.z.n.k.	– ustawa z 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2020 r. poz. 1913 ze zm.)
rozporządzenie w sprawie dokumentów	– Rozporządzenie Ministra Rozwoju z 26.07.2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. z 2020 r. poz. 1282), uchylone z dniem 1.01.2021 r.
rozporządzenie w sprawie podmiotowych środków dowodowych	– Rozporządzenie Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z 23.12.2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U. poz. 2415)

Periodyki

iKAR	– internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny
MZP	– Monitor Zamówień Publicznych
OSNC	– Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna
OTK	– Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego
PiP	– Państwo i Prawo

PPLR	– Public Procurement Law Review
PPH	– Przegląd Prawa Handlowego
PUG	– Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego
PZP	– Prawo Zamówień Publicznych. Kwartalnik
RPEiS	– Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny
Zamawiający	– Zamawiający. Zamówienia Publiczne w Praktyce
ZP Doradca	– Zamówienia Publiczne Doradca

Organy, sądy, instytucje

GKO	– Główna Komisja Orzekająca w sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych
KE	– Komisja Europejska
KIO	– Krajowa Izba Odwoławcza
OECD	– Organizacja Współpracy Gospodarczej i Rozwoju
SA	– Sąd Apelacyjny
SN	– Sąd Najwyższy
SO	– Sąd Okręgowy
TK	– Trybunał Konstytucyjny
TSUE/Trybunał	– Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej
UOKiK	– Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów
UZP	– Urząd Zamówień Publicznych
WSA	– Wojewódzki Sąd Administracyjny
ZA	– Zespół Arbitrów przy Urzędzie Zamówień Publicznych

Inne

CEIDG	– Centralna Ewidencja i Informacja o Działalności Gospodarczej
JEDZ	– Jednolity Europejski Dokument Zamówienia
KRS	– Krajowy Rejestr Sądowy
MŚP	– małe i średnie przedsiębiorstwa
SIWZ	– specyfikacja istotnych warunków zamówienia (na gruncie ustawy – Prawo zamówień publicznych z 2004 r.)
SWZ	– specyfikacja warunków zamówienia (na gruncie ustawy – Prawo zamówień publicznych z 2019 r.)

WPROWADZENIE

Niniejsza monografia ma na celu zbadanie realizacji zasady równego traktowania w odniesieniu do treści, jak i stosowania przepisów prawa zamówień publicznych dotyczących kwalifikacji podmiotowej wykonawców. Realizacja tej zasady jest szczególnie istotna na etapie kwalifikacji podmiotowej, bowiem warunkuje dopuszczenie do udziału w postępowaniu zdolnych do jego realizacji wykonawców (warunkuje sam dostęp do zamówienia publicznego). Jednocześnie z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wynika, że zasada ta jest naruszana przez zamawiających podczas postępowania o zamówienie publiczne najczęściej właśnie na tym etapie, co wskazuje na skalę nieprawidłowości w realizacji rzeczonyj zasady na tym kluczowym dla postępowania o zamówienie stadium. Respektowanie zasady równego traktowania na wskazywanym etapie jest kluczowe dla ochrony konkurencji na rynku zamówień publicznych, która stanowi główny punkt odniesienia dla zasady równego traktowania. Przenikanie się wymienionych zasad w obszarze obowiązywania prawa zamówień publicznych jest tak ściśle, że można stwierdzić, iż zasada równego traktowania znajduje swój wyraz w nakazie ochrony konkurencji na rynku publicznego nabywcy. Ochrona konkurencji służy zaś zapewnieniu efektywności wydatków publicznych. Najistotniejsze z punktu widzenia zasady równego traktowania, a więc i ochrony konkurencji na rynku, jest, aby do postępowania o zamówienie publiczne został dopuszczony jak najszerzy krąg podmiotów zdolnych do wykonania przedmiotu zamówienia oraz dających rękojmię należytego jego wykonania, a wszelkie ograniczenia konkurencji były uzasadnione z obiektywnego punktu widzenia, zwłaszcza w świetle specyfiki danego przedmiotu zamówienia. Z powyższego punktu widzenia istotne znaczenie ma analiza, czy uregulowania unijne oraz prawa polskiego

zapewniają należyłą realizację przedmiotowej zasady na kluczowym etapie postępowania o zamówienie publiczne, w tym, czy rozwiązania prawne przewidziane przez polskiego ustawodawcę implementujące dyrektywę 2014/24/UE zapewniają realizację zasady równego traktowania w najwyższym możliwym stopniu.

W ramach niniejszego opracowania analizie podlega treść zasady równego traktowania i zasad z nią ściśle związanych we wtórnym prawie unijnym, Konstytucji RP oraz ustawy Prawo zamówień publicznych, a następnie w odniesieniu do tych ustaleń przeprowadzona jest analiza regulacji dotyczących pozytywnych i negatywnych warunków udziału w postępowaniu oraz wykazywanie ich spełnienia przez wykonawców. Rozważania monografii prowadzą do określenia, w jakim stopniu zasada równego traktowania jest respektowana na etapie kwalifikacji podmiotowej wykonawców, czy wykonawcy sumujący zasoby znajdują się w korzystniejszej pozycji od wykonawców pojedynczych oraz na ile obecnie obowiązujące rozwiązania prawne zapewniają (sprzyjają) realność spełniania warunków udziału w postępowaniu, a zatem znajdują przełożenie na realizację umowy o zamówienie publiczne, co stanowi wyraz realizacji tytułowej zasady. Punktem wyjścia dla przedmiotowych rozważań jest ustalenie treści zasady równego traktowania oraz wpływu zasad z nią związanych na jej realizację w obrębie podmiotowej kwalifikacji wykonawców, a następnie podjęcie próby wyznaczenia klasy podmiotów (wykonawców), względem których prowadzona jest analiza realizacji tej zasady.

W pierwszym rozdziale określona zostanie, w ogólnym jedynie zarysie, charakterystyka, znaczenie i funkcja zasad prawa w wybranych koncepcjach teoretycznoprawnych. Pojęcie zasad zostanie również odniesione do treści norm prawnych. Przedstawione zostaną wybrane koncepcje zasad prawa, o istotnym znaczeniu. Wskazane zostaną zasadnicze ustalenia koncepcji R. Dworkina, do których należą podział norm prawnych na zasady i reguły oraz problematyka tzw. trudnych spraw. Przedstawiona zostanie również kontynuacja tej koncepcji, za którą uznawana jest teoria praw podstawowych sformułowana przez R. Alexy'ego oraz wskazane zostaną odmienności w postrzeganiu przez niego zasad i reguł w odniesieniu do koncepcji jego poprzednika. Scharakteryzowana

zostanie także koncepcja zasad prawa według H. Harta oraz tezy jego koncepcji, których głównym krytykiem był R. Dworkin. Przedstawione elementy koncepcji zasad prawa odniesione zostaną do rozważań na temat zasady równego traktowania. Wskazane zostanie, jakie znaczenie zasady prawa i elementy przedstawionych koncepcji przyjęto na użytek rozważań zawartych w niniejszym opracowaniu. W pierwszym rozdziale scharakteryzowana zostanie zasada równości w Konstytucji RP oraz zasada równego traktowania wykonawców w ustawie Prawo zamówień publicznych jako emanacja (pochodna) konstytucyjnej zasady równości. Przedstawione zostaną pojęcia cechy istotnej stanowiącej podstawę wyodrębnienia podmiotów należących do tej samej klasy podmiotów podobnych (jednakowych), tzw. testu równości, oraz dopuszczalnych kryteriów różnicowania, które odniesione zostaną w kolejnych rozdziałach do problematyki realizacji zasady równego traktowania na etapie kwalifikacji podmiotowej wykonawców. Przedstawione zostaną również zasady powiązane z zasadą równego traktowania na gruncie dyrektywy klasycznej oraz ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. zasady: ochrony konkurencji, przejrzystości, proporcjonalności.

W drugim rozdziale monografii poczynione wcześniej analizy dotyczące zasady równego traktowania zostaną odniesione do etapu postępowania o zamówienie publiczne, jakim jest kwalifikacja podmiotowa wykonawców. Rozważania tego rozdziału dotyczą sposobu określenia przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu (warunków pozytywnych) jako minimalnych poziomów zdolności, z perspektywy zapewnienia zasady równego traktowania wykonawców. Szczegółowej analizie poddany zostanie sposób określenia czterech kategorii warunków udziału w postępowaniu i podmiotowych środków dowodowych służących ich wykazaniu. Zestawiona zostanie również treść kategorii warunków udziału zawartych w ustawie Prawo zamówień publicznych z 2004 r. oraz zmiany dotyczące rodzajów takich warunków wprowadzone w obowiązującej ustawie Prawo zamówień publicznych w celu oceny realizacji równości w prawie wskazanego zakresu regulacji prawnej. Ocenie poddana zostanie także realność stawianych warunków udziału w postępowaniu jako kluczowa dla zapewnienia równego traktowania wykonawców.

W rozdziale trzecim przedstawione zostaną rozważania na temat spełniania warunków udziału przez wykonawców łączących potencjały z perspektywy równości w prawie oraz równości wobec prawa. Wskazane zostaną przypadki treści przepisów prawa zamówień publicznych, jak również ich nieprawidłowego stosowania, mogące prowadzić do nierównego traktowania wykonawców sumujących zasoby poprzez wspólne ubieganie się o zamówienie lub poleganie na zasobach podmiotów trzecich oraz wykonawców ubiegających się o zamówienie w pojedynkę. Analizie poddana zostanie także realność wykazywania warunków udziału przez wykonawców sumujących zasoby, zwłaszcza czy obecne regulacje zapewniają realizację zamówienia przez podmiot posiadający stosowne umiejętności. Ocenie poddane zostaną też zmiany w przepisach obecnie obowiązującej ustawy Prawo zamówień publicznych odnoszące się do łączenia zasobów wykonawców względem treści przepisów poprzedniej ustawy w celu weryfikacji, czy zapewniają realizację zasady równości w większym stopniu w stosunku do poprzednio obowiązujących przepisów.

W rozdziale czwartym poruszona zostanie problematyka podstaw wykluczenia (negatywnych warunków udziału w postępowaniu). W rozdziale tym omówione zostaną możliwości różnicowania sytuacji wykonawców z uwagi między innymi na okoliczności związane z niewywiązywaniem się przez nich z obowiązków publicznoprawnych bądź popełnieniem szczególnie szkodliwych społecznie przestępstw, w których to przypadkach uzasadnione jest ograniczenie wydatkowania środków publicznych na rzecz takich podmiotów. Szczególna uwaga zostanie poświęcona znowie przetargowej, co stanowi podstawę wykluczenia z postępowania o zamówienie publiczne, jak również praktykę naruszającą konkurencję sankcjonowaną na gruncie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Dopuszczanie się przez wykonawców tej praktyki wiąże się z nieuczciwymi warunkami konkurowania, a co za tym idzie – ograniczeniem równego dostępu do zamówienia. Analizie poddane zostaną także, czy obowiązujące regulacje pozwalają na skuteczne zwalczanie tego typu naruszeń w celu zapewnienia poszanowania zasady równego traktowania. Uwaga poświęcona zostanie również instytucji *self-cleaningu*, która pozwala wykonawcom podlegającym wykluczeniu wykazać podjęcie działań naprawczych potwierdzających

ich rzetelność, co stawia ich w sytuacji porównywalnej z wykonawcami niepodlegającymi wykluczeniu, uzasadniającej ich równe traktowanie. Wskazywana instytucja prawna ma szczególne znaczenie dla tematyki monografii, jako że stanowi odpowiedź na zasadniczy problem związany z negatywnymi warunkami udziału w postępowaniu w kontekście ich zgodności z zasadą równego traktowania, którym to problemem był, utrzymujący się przez długi czas w regulacji prawnej udzielania zamówień publicznych, bezwzględny charakter odnośnych wymogów kwalifikacji podmiotowej. Wskazywany bezwzględny charakter rodził szczególne wątpliwości w świetle nakazu zachowania proporcjonalności przy ingerencji w prawo wykonawcy do korzystania z wolności gospodarczej na rynku zamówień publicznych.

Rozdział I

ZASADA RÓWNEGO TRAKTOWANIA W PRAWIE UNIJNYM ORAZ POLSKIM PORZĄDKU PRAWNYM

1. Uwagi wstępne

Materiał rozdziału jest w pierwszej kolejności ogólny zarys tematyki zasad prawa w koncepcjach teoretycznoprawnych, z racji faktu, że publikacja dotyczy jednej z podstawowych zasad prawa w demokratycznym państwie prawnym. W związku z powyższym nieodzowne jest krótkie scharakteryzowanie pojęcia zasady prawa, wyłącznie na potrzeby prowadzonych rozważań. Rozważania zawarte w niniejszym rozdziale mają na celu przedstawienie charakterystyki zasady równości na gruncie Konstytucji RP oraz zasady równego traktowania w ustawie Prawo zamówień publicznych jako emanacji (pochodnej) wskazanej zasady konstytucyjnej. Określony zostanie stosunek konstytucyjnej zasady równego traktowania do konstytucyjnego zakazu dyskryminacji, jak również porównany zostanie zakres podmiotowy i przedmiotowy zasady równości uregulowanej w obecnej Konstytucji RP do tej zasady określonej w treści Konstytucji PRL. Scharakteryzowana zostanie zasada równości w stanowieniu prawa (równość w prawie) oraz w stosowaniu prawa (równość wobec prawa). Określone zostaną również granice konstytucyjnej zasady równości, w tym czy znajduje ona zastosowanie względem nierówności faktycznych, czy wynika z niej nakaz odmiennego traktowania sytuacji odmiennych. Przedstawiony zostanie

także tzw. test równości, którego przeprowadzenie pozwala określić, czy różnicowanie w danym przypadku stanowi naruszenie równego traktowania. W ramach tego zagadnienia wyjaśnieniu podlegać będzie zwłaszcza pojęcie kluczowe dla rozważań dotyczących zasady równego traktowania, tj. cecha istotna, stanowiąca podstawę wyodrębnienia danej grupy podmiotów podobnych. Wskazane zostaną również wymogi, które muszą spełniać kryteria różnicowania, aby zostało ono uznane za dopuszczalne odstępstwo od zasady równości. Ukazana zostanie także charakterystyka zasady równego traktowania w ustawie Prawo zamówień publicznych, postrzeganej jako emanacja (pochodna) zasady równego traktowania określonej w dyrektywach zamówieniowych oraz zasady równości określonej w Konstytucji RP, jak również charakterystyka zasad powiązanych z tą zasadą, określonych w dyrektywie klasycznej oraz ustawie Prawo zamówień publicznych, tj. proporcjonalności, przejrzystości i ochrony konkurencji¹. Podkreślone zostanie wzajemne przenikanie się tych zasad oraz ich gwarancyjna rola do zapewnienia realizacji zasady równego traktowania.

2. Zasady prawa w koncepcjach teoretycznoprawnych

2.1. Uwagi ogólne na temat zasad prawa i odnoszących się do nich koncepcji teoretycznoprawnych

„Zasada prawa” jest na gruncie teorii prawa terminem wieloznacznym. Definiuje się ją zwykle za pomocą pojęć ogólnych, bez sprecyzowania

¹ W niniejszej publikacji rozróżniam zasadę ochrony konkurencji i zasadę uczciwej konkurencji. Pierwszym wyrażeniem posługuję się, gdy odnoszę ją do zamawiającego, który stoi na straży konkurencji (konkurencyjnego dostępu do zamówienia). Jest więc związany nakazem otwarcia zamówienia na konkurencję na podstawie zobiektywizowanych kryteriów i warunków. Natomiast zasadę uczciwej konkurencji odnoszę przede wszystkim do wykonawców, którzy są zobligowani uczciwie konkurować pomiędzy sobą o zamówienie. Zob. również podrozdział 5.4.1.

ich znaczenia². Słowo to jest powszechnie używane w różnorodnych kontekstach w języku powszechnym, a w języku prawniczym występuje w kilkunastu znaczeniach. Terminowi temu nie nadano jednolitego znaczenia na gruncie poszczególnych gałęzi prawa³. Różnorodność pojęciowa przejawia się w wielu aspektach ujmowania zasad prawa, na przykład funkcji zasad prawa w systemie regulacji prawnych, w rozumowaniach prawniczych, procesach stosowania prawa oraz jego społecznego działania⁴. Zasadniczą funkcją zasad prawa jest aksjologiczne wyznaczanie kierunków procesów tworzenia, interpretacji i stosowania prawa⁵. Są zatem wyrazem włączania do systemów prawa elementów etycznych⁶. Innymi słowy, zasady stanowią „logiczne” uzasadnienie innych norm⁷. W najpowszechniejszym i jak się wydaje, najwłaściwszym rozumieniu, termin „zasada prawa” oznacza obowiązującą normę prawną, która ze względu na przyjęte kryteria postrzegana jest jako szczególnie doniosła⁸. Zasada jest związana z wartościami uznawanymi przez prawodawcę za szczególnie cenne oraz służące spójności aksjologicznej systemu prawnego⁹.

Zasady wyróżniają się wśród innych norm swoim nadrzędnym charakterem¹⁰. Konstrukcja zasad prawa ma charakter ponadgałęziowy, przy czym zawiera elementy powtarzające się w poszczególnych gałęziach

² P. Tuleja, *Zasady konstytucyjne* [w:] *Konstytucjonalizacja zasad i instytucji ustrojowych*, red. P. Sarnecki, Warszawa 1997, s. 12.

³ S. Tkacz, *O zintegrowanej koncepcji zasad prawa w polskim prawoznawstwie: od dogmatyki do teorii*, Toruń 2014, s. 115–118, 179–180. Zob. również S. Wronkowska, *Sposoby pojmowania „zasad prawa” (dyskusja w Komitecie Nauk Prawnych PAN)*, PiP 1972/10, s. 167.

⁴ L. Leszczyński, *Zasady prawa – założenia podstawowe*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2016/1, s. 12.

⁵ L. Leszczyński, G. Maroń, *Zasady prawa. Ujęcie dogmatyczno-porównawcze*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2016/1, s. 319.

⁶ Zob. więcej na ten temat W. Lang, *Relacje między prawem i moralnością*, „Studia Filozoficzne” 1985/231–232, s. 133.

⁷ J. Wróblewski, *Teoria prawa*, Warszawa 1969, s. 92–96.

⁸ G. Maroń, *Zasady prawa. Pojmowanie i typologie a rola w wykładni prawa i orzecznictwie konstytucyjnym*, Poznań 2011, s. 16.

⁹ L. Leszczyński, *Zagadnienia teorii stosowania prawa. Doktryna i tezy orzecznictwa*, Kraków 2004, s. 169.

¹⁰ P. Tuleja, *Zasady...*, s. 19.

prawa i dogmatykach prawnych, jak również składniki odrębne dla każdej z nich¹¹. Regulują istotę danego zagadnienia, a zatem wyznaczają ogólne cele, a nie środki ich realizacji. Zasady prawa charakteryzują się strukturalną i funkcjonalną doniosłością. Ta pierwsza związana jest z ich hierarchiczną nadrzędnością, są bowiem uregulowane w podstawowych w hierarchii aktach prawnych, takich jak konstytucja oraz ustawa. Wskazuje się, że kryterium to nie jest całkiem trafne, bowiem nie wszystkie normy uregulowane w akcie prawnym najwyższej rangi – ustawie zasadniczej, mogą być z samego tego faktu postrzegane jako zasady prawa¹². Druga dotyczy ich roli w procesach tworzenia, interpretacji i stosowania prawa. Ich istotność przejawia się szczególnie w ramach wykładni systemowej, w świetle której poszczególne normy powinny być interpretowane zgodnie z zasadami prawa, zwłaszcza tymi uregulowanymi w aktach prawnych rangi konstytucyjnej¹³. Warto przy tym zauważyć, że zasady prawa w poszczególnych aktach prawnych są czasem wyodrębnione systemowo, na przykład zasady w prawie zamówień publicznych zostały uregulowane w art. 16–20. Zasady pełnią również istotną rolę przy korzystaniu z tzw. luzów decyzyjnych w stosowaniu prawa oraz w ramach wnioskowań *per analogiam*¹⁴.

Ustalanie treści zasad prawnych w mniejszym stopniu niż ustalanie treści norm zwykłych oparte jest na wykładni językowej, a większym stopniu odwołuje się do reguł aksjologicznych¹⁵. Tworzenie stałego katalogu zasad jest niecelowe, bowiem odzwierciedlają one jedynie aktualny system wartości społeczeństwa. Ma to związek z takimi ich cechami, jak nieprecyzyjność, otwartość oraz ogólny charakter¹⁶. Niekiedy katalog zasad właściwych dla danej gałęzi pozostaje kwestią sporną w poszczególnych dogmatykach. W zależności od dziedziny prawa, różne jest *differentia specifica* charakterystycznych dla niej zasad. W każdej z dziedzin prawa

¹¹ L. Leszczyński, G. Maroń, *Zasady...*, s. 326.

¹² K. Działocha, *Hierarchia norm konstytucyjnych i jej rola w rozstrzyganiu kolizji norm* [w:] *Charakter i struktura norm konstytucji*, red. J. Trzcíński, Warszawa 1997, s. 90.

¹³ L. Morawski, *Wykładnia w orzecznictwie sądów*, Toruń 2002, s. 165–173.

¹⁴ L. Leszczyński, *Zasady...*, s. 13.

¹⁵ L. Leszczyński, *Zasady...*, s. 14.

¹⁶ M. Korycka-Zirk, *Teorie zasad prawa a zasada proporcjonalności*, Warszawa 2012, s. 31.

są jednak zasady, których konieczność ujęcia jest oczywista z uwagi na ich doniosłość¹⁷. Za taką zasadę należy niewątpliwie uznać konstytucyjną zasadę równości oraz stanowiącą jej wyraz zasadę równego traktowania w dziedzinie prawa zamówień publicznych.

S. Wronkowska, M. Zieliński oraz Z. Ziemiński wyróżnili „zasady w znaczeniu opisowym” (odnoszące się do pewnej idei, wzorca ukształtowania instytucji prawnej) oraz „zasady w znaczeniu dyrektywalnym” (normy prawa obowiązującego)¹⁸. Zasady w tym pierwszym znaczeniu określają wzorzec wskazujący sposób rozstrzygania danej kwestii, podczas gdy zasady w ujęciu dyrektywalnym określają konkretne dyrektywy postępowania¹⁹. Te pierwsze nie wyznaczają norm postępowania, których można przestrzegać lub nie, lecz stanowią wzorzec, który powinien zostać odzwierciedlony w danym akcie prawnym²⁰. Odminną koncepcję odwołującą się do koncepcji R. Dworkina²¹ i R. Alexy’ego²², które zostały przedstawione poniżej, prezentują W. Lang, J. Wróblewski²³ oraz T. Gizbert-Studnicki²⁴. W literaturze polskiej wyrażane są również poglądy pośrednie, na przykład przez G. Maronia²⁵ czy M. Kordelę²⁶. Trudności w ustaleniu wspólnej wersji teorii zasad są związane z tym, że argumentacja w tym zakresie opiera się na przekonywaniu, a nie udowodnianiu. Zgodzić należy się z S. Obuchowskim, że lepszym sposobem argumentacji jest podkreślenie korzyści wynikających z przyjęcia

¹⁷ L. Leszczyński, G. Maroń, *Zasady...*, s. 318–319.

¹⁸ S. Wronkowska, M. Zieliński, Z. Ziemiński, *Zasady prawa. Zagadnienia podstawowe*, Warszawa 1974, s. 24–27.

¹⁹ S. Wronkowska, M. Zieliński, Z. Ziemiński, *Zasady...*, s. 43.

²⁰ Z. Ziemiński, *O pojmowaniu pozytywizmu oraz prawa natury*, Poznań 1993, s. 81.

²¹ R. Dworkin, *Model of rules*, „The University of Chicago Law Review” 1967/1, przedrukowany jako rozdział I książki *Biorąc prawa poważnie*, tłum. T. Kowalski, Warszawa 1998.

²² R. Alexy, *Teoria praw podstawowych*, tłum. B. Kwiatkowska, J. Zajadło, Warszawa 2010.

²³ W. Lang, J. Wróblewski, *Współczesna filozofia i teoria prawa w USA*, Warszawa 1986, s. 74–90 i 215–220.

²⁴ T. Gizbert-Studnicki, *Zasady i reguły prawne*, PiP 1988/3, s. 16–26.

²⁵ G. Maroń, *Zasady prawa. Pojmowanie i typologie a rola w wykładni prawa i orzecznictwie konstytucyjnym*, Poznań 2011.

²⁶ M. Kordela, *Zasady prawa. Studium teoretycznoprawne*, Poznań 2012.

danej koncepcji i jej implikacji dla posługiwania się zasadami niż próba odpowiedzi na pytanie, czym zasady w istocie są²⁷. Autor ten zauważył również za N. Goodmanem, że nie sposób ocenić, która z teorii zasad prawa jest lepsza bądź gorsza, ponieważ wiąże się z różnym postrzeganiem świata²⁸. Należy również dostrzec, że treść i katalog zasad prawa podlega ewolucji, co ma związek na przykład z wstąpieniem Rzeczypospolitej Polskiej do Unii Europejskiej, rozwojem technologicznym, a zwłaszcza z przemianami w dziedzinie aksjologii²⁹.

Refleksja na temat cech charakterystycznych zasad jest pożądana między innymi w celu prawidłowego stosowania zasad określonych w aktach prawnych, w tym odróżnienia ich od norm zwykłych (reguł). Ma to szczególne znaczenie w odniesieniu do zasad określonych w Konstytucji RP, które mogą być stosowane bezpośrednio. To ujęcie porównawcze w sposób szczególnie wyraźny wskazuje, czym zasady w istocie są. W większości koncepcji teoretycznych opis zasad dokonywany jest w zestawieniu z lub w odniesieniu do reguł. Terminy te są ze sobą skorelowane, w związku z czym niemożliwe jest ustalenie znaczenia terminu „zasada prawna” bez zestawienia jej z pojęciem „reguła prawna”³⁰.

2.2. Wybrane koncepcje zasad prawa

2.2.1. Koncepcja zasad prawa według R. Dworkina

R. Dworkin podzielił zasady prawa na *principles* i *policies*, przeciwstawiając je regułom³¹. *Policy* (polityka prawna) wyznacza cele do osiągnięcia w dziedzinach ekonomicznych, politycznych czy społecznych. Natomiast *principle* odnosi się do zasady prawa we właściwym tego słowa znaczeniu, która, inaczej niż *policy*, nie wyznacza celów programowych, lecz

²⁷ S. Obuchowski, *Pojęcie zasad prawa w świetle idei pojęć co do istoty kwestionowanych*, RPEiS 2017/4, s. 54.

²⁸ S. Obuchowski, *Pojęcie...*, s. 54; N. Goodman, *Jak tworzymy świat*, tłum. M. Szczubiałka, Warszawa 1997, s. 10–14.

²⁹ L. Leszczyński, G. Maroń, *Zasady...*, s. 319.

³⁰ G. Maroń, *Zasady...*, s. 16.

³¹ R. Dworkin, *Biorąc prawa poważnie*, tłum. T. Kowalski, Warszawa 1998, s. 129, 157.

powinna być przestrzegana dlatego, że wymagają tego sprawiedliwość, uczciwość bądź inny aspekt moralności³². Dystynkcja pomiędzy dwoma rodzajami zasad nie jest jednak kluczowa dla koncepcji R. Dworkina, bowiem operuje on najczęściej pojęciem zbiorczym „zasad” w odniesieniu do wszystkich norm niebędących regułami³³.

Według R. Dworkina sędzia rozstrzygający trudne sprawy (ang. *hard cases*) jest związany *principles*, co stanowi, w jego ocenie, uzasadnienie nieprawidłowości tezy pozytywizmu prawniczego o nieskrępowanej kompetencji podmiotu stosującego prawo w tej sferze. Problematyka trudnych spraw jest kluczowa dla koncepcji R. Dworkina. Ujęcie systemu prawa jedynie jako zbioru reguł prawnych byłoby niewystarczające do rozstrzygania trudnych spraw, tj. takich, w których spójne z obowiązującym materiałem prawnym jest więcej niż jedno rozwiązanie³⁴. W sprawach trudnych nie można bowiem dokonać prostej subsumpcji stanu faktycznego pod reguły, bowiem albo reguła nie występuje, albo też jest niejednoznaczna³⁵. W przypadku braku jasno określonych reguł należy odwołać się do zasad prawa wyznaczających podstawy rozstrzygnięcia. Zasady prawa mogą pozostać „nieodkryte” aż do momentu, gdy sędzia przywoła je w prawnej kwalifikacji trudnej sprawy. W konsekwencji rozstrzygnięcia trudnej sprawy w oparciu o zasadę prawną ukonstytuuje się reguła stosowana w przyszłości w odniesieniu do podobnych spraw³⁶. Swoboda uznania sędziowskiego znajdzie zastosowanie jedynie, gdy brak jasnego przepisu prawa, który można w takim przypadku zastosować³⁷. Trafnie zauważył R. Dworkin, że obawa arbitralności decyzyjnej podmiotów stosujących prawo w „trudnych sytuacjach” jest jednym z istotniejszych powodów wyróżnienia zasad jako prawnych

³² R. Dworkin, *The Model...*, s. 14.

³³ G. Maroń, *Zasady...*, s. 81.

³⁴ R. Dworkin, *Law's Empire*, London 1986, s. 268.

³⁵ G. Maroń, *Zasady...*, s. 161.

³⁶ Należy mieć na uwadze, że teoria ta została sformułowana w odniesieniu do systemu *common law*, w którym rola prawotwórcza sądów jest znacznie większa niż w polskim prawie, w którym system prawny opiera się w głównej mierze na stanowionych aktach prawnych, a rola precedensów ma charakter pomocniczy.

³⁷ R. Dworkin, *Biorąc prawa...*, s. 155.

podstaw rozstrzygnięcia³⁸. Zasady w trakcie rozstrzygania trudnych spraw stanowią uzasadnienie zastosowanych przez sąd reguł³⁹. Sędzia powinien podjąć decyzję jak najbardziej zbieżną z odpowiednią tradycją prawną, która będzie stanowić jej najlepszą interpretację⁴⁰. Sędzia, odkrywając prawidłowe rozstrzygnięcie, powinien zastosować zasadę najbardziej spójną z instytucjonalną historią danego społeczeństwa, co może w niektórych przypadkach wiązać się z koniecznością pominięcia (zastąpienia) uprzednio błędnie sformułowanych w dotychczasowej praktyce stosowania prawa norm⁴¹.

R. Dworkin uznał, że różnica pomiędzy normami zwykłymi – nazwanymi przez niego regułami, a zasadami prawa ma charakter logiczny⁴². Inny jest ich zakres zastosowania. Według niego w przypadku reguł, w wyniku zaistnienia okoliczności w nich wskazanych, aktualizuje się konieczność ich zastosowania. Stosowanie reguł ma charakter zero-jedynkowy, co oznacza, że albo znajdują one zastosowanie, albo nie („wszystko albo nic”)⁴³, a zatem określają one stanowczo rezultat prawny. W przypadku zaistnienia przesłanek z hipotezy reguły, organ ją stosujący jest zobowiązany zastosować jej dyspozycję i wynikające z niej konsekwencje⁴⁴. Inaczej jest w przypadku zasad, które wskazują jedynie kierunek argumentacji, nie wymuszają natomiast podjęcia określonych decyzji (funkcjonują w sposób „mniej ... bardziej ...”)⁴⁵. Zasada wyraża rację, która może, lecz nie musi, być uwzględniona, może być uwzględniona również jedynie częściowo. G. Maroń tę wyrażoną przez R. Dworkina właściwość określa jako wzruszalność, niekonkluzywność zasady, wedle której pomimo spełnienia hipotezy normy, jej dyspozycja może nie być w ogóle zastosowana⁴⁶. Zastosowaniu jednej zasady może towarzyszyć zastosowanie innej, przy czym w zależności od kontekstu sprawy inne

³⁸ M. Dybowski, *Ronolda Dworkina koncepcja zasad prawa*, RPEiS 2001/3, s. 104.

³⁹ R. Dworkin, *Biorąc prawa...*, s. 68.

⁴⁰ M. Korycka-Zirk, *Teorie...*, s. 63.

⁴¹ G. Maroń, *Zasady...*, s. 173.

⁴² R. Dworkin, *Biorąc prawa...*, s. 60.

⁴³ R. Dworkin, *Biorąc prawa...*, s. 60.

⁴⁴ R. Dworkin, *The model...*, s. 25.

⁴⁵ R. Dworkin, *The model...*, s. 63.

⁴⁶ G. Maroń, *Zasady...*, s. 32.

zasady mogą mieć znaczenie rozstrzygające⁴⁷. W przypadku zasady istniejącej definicyjnie niekompletności jej zakresu zastosowania, co oznacza, że nie sposób określić *in generale* wyjątków od danej zasady, podczas gdy zakres zastosowania reguły jest kompletny – znajdzie zastosowanie zawsze w przypadku zaistnienia określonych w niej okoliczności⁴⁸.

Model stosowania prawa w przypadku reguł ma charakter „mechanicystyczny”, podczas gdy zasada wyznacza jedynie kierunek argumentacji. Nie określa, tak jak reguła, prawnych konsekwencji automatycznie, gdy spełnione zostaną określone w niej przesłanki. Jednak na finalnym etapie rozważań podmiotu stosującego prawo, zasada również wymusi swoje zastosowanie, przy czym nie musi być jedyną podstawą rozstrzygnięcia⁴⁹. Reguła zaś będzie ostatecznie zastosowana jako jedyna, jednak nie można wykluczyć, że w toku rozważań podmiot stosujący prawo będzie rozważał zastosowanie innych współkonkurujących reguł, które będą stopniowo przez niego eliminowane.

Zasady różnią się od reguł doniosłością. Dwie zasady mogą obowiązywać jednocześnie, jednak w przypadku konfliktu zastosowanie może znaleźć jedna z nich o większej wadze (ciężarze gatunkowym). Druga zasada nie przestanie wtedy przez to obowiązywać, jednak może wymusić swoje zastosowanie w innej sprawie. Konflikt zasad nie prowadzi do uznania jednej z nich za nieważną, przez co jego charakter określa się jako niederogacyjny⁵⁰. O pierwszeństwie stosowania danej zasady decyduje sąd, biorąc pod uwagę okoliczności danej sprawy. Reguły natomiast albo obowiązują, albo nie, ich zastosowanie nie jest rozstrzygane przy porównywaniu ciężaru gatunkowego⁵¹. W razie konfliktu reguł w konkretnej sprawie tylko jedna może obowiązywać, natomiast druga musi zostać uznana za nieważną. Decyzję taką podejmuje się przy zastosowaniu reguł kolizyjnych *lex superior derogat legi inferiori*, *lex posteriori derogat legi priori* oraz *lex specialis derogat legi generali*. Tym,

⁴⁷ G. Maroń, *Zasady...*, s. 63.

⁴⁸ M. Dybowski, *Ronolda Dworkina...*, s. 100.

⁴⁹ M. Dybowski, *Ronolda Dworkina...*, s. 101.

⁵⁰ T. Gizbert-Studnicki, *Konflikt dóbr i kolizja norm*, RPEiS 1989/1, s. 4.

⁵¹ R. Dworkin, *Biorąc prawa...*, s. 64.

co odróżnia zasady od reguł, nie jest ich ogólność, bowiem w niektórych przypadkach mogą być od reguł bardziej szczegółowe. Kluczowa jest ich odmienna od reguł funkcja, tj. odnoszenie się do spraw zasadniczych, wobec których reguły powinny ustąpić miejsca⁵².

Według R. Dworkina zasady mogą być zastosowane w różnym stopniu, a konflikt zasad rozstrzygany powinien być według ich wagi oraz doniosłości⁵³. Jak łatwo zauważyć, są to pojęcia nieostre, w związku z czym ocena taka zależna będzie często od poglądów podmiotu stosującego prawo. Nie wszystkie zasady mogą natomiast zostać zhierarchizowane *in abstracto*, w oderwaniu od konkretnych okoliczności faktycznych. Ostatecznie zastosowanie może znaleźć więcej niż jedna zasada. Poszczególne zasady zostaną wówczas zastosowane jedynie w części, w zakresie wynikającym z ich doniosłości, umożliwiając jednoczesne zastosowanie współkonkurujących zasad. Inaczej jest w przypadku reguł, w odniesieniu do których w przypadku kolizji jedna musi zostać uznana za nieważną⁵⁴.

2.2.2. Koncepcja zasad prawa według R. Alexy'ego

R. Alexy sformułował teorię praw podstawowych (niem. *Theorie der Grundrechte*, ang. *A Theory of Constitutional Rights*), w świetle której prawa te (*Grundrechte*) są zdeterminowane charakterem norm je wyrażających. Jego koncepcja została przedstawiona w odniesieniu do praw podstawowych ujętych w niemieckiej ustawie zasadniczej, a więc ma szczególne znaczenie dla obszaru prawa konstytucyjnego. Znajduje jednak zastosowanie również w odniesieniu do innych dziedzin prawa⁵⁵. Jego koncepcja uchodzi za kontynuację czy rozwinięcie teorii zasad R. Dworkina.

⁵² M. Korycka-Zirk, *Teorie...*, s. 62.

⁵³ R. Dworkin, *Biorąc prawa...*, s. 63.

⁵⁴ R. Dworkin, *Biorąc prawa...*, s. 65.

⁵⁵ R. Dworkin, *Biorąc prawa...*, s. 65.

R. Alexy odnosi pojęcie zasady zarówno do praw indywidualnych, jak i dóbr kolektywnych, inaczej niż R. Dworkin, który zasady w ścisłym tego słowa znaczeniu (*principles*) odnosi jedynie do norm, które stanowią podstawy praw indywidualnych, podczas gdy jedynie *policies* postrzega jako normy dotyczące dóbr kolektywnych⁵⁶. R. Alexy definiuje zasady prawa jako normy, zawierające nakaz realizacji czegoś w stopniu możliwie maksymalnym w świetle faktycznych i prawnych możliwości⁵⁷. Są zatem nakazami optymalizacyjnymi, mogącymi być spełnionymi w różnym stopniu, a ich zakres spełnienia jest uwarunkowany nie tylko możliwościami faktycznymi, ale i prawnymi⁵⁸. Reguły natomiast wymagają zachowania się w sposób przez nie określony, nie więcej i nie mniej. Odnoszą się zatem do rzeczywistych i prawnie możliwych działań⁵⁹. Zasady wskazują kierunek rozstrzygnięcia, co nadaje im charakter *prima facie*⁶⁰, reguły mają natomiast charakter definitywny, co oznacza ich stosowanie na zasadzie „wszystko albo nic”. Charakter zasad jako nakazów *prima facie* oznacza, że zastosowanie danej zasady w danym przypadku nie przesądza, że wymogi z niej wynikające są obowiązujące, bowiem mogą zostać usunięte przez przeciwstawne powody. Z reguły natomiast wynika wymóg, aby zostało uczynione dokładnie to, co dana reguła wymaga, a jeśli w świetle okoliczności prawnych i faktycznych jest to niemożliwe, może zostać uznana za nieważną⁶¹. R. Alexy uważa zarazem, że model proponowany przez R. Dworkina, zgodnie z którym reguły stosuje się w sposób „wszystko albo nic”, natomiast zasady wyznaczają jedynie kierunki, jest zbyt upraszczający, postulując konieczność przyjęcia zróżnicowanego modelu. Zróżnicowanie modelu wynika z tego, że po „włączeniu” klauzuli wyjątku reguła może utracić swój definitywny charakter, a „włączenie” klauzuli wyjątku może, inaczej niż twierdzi R. Dworkin, nastąpić na podstawie jakiejś zasady. W przypadku

⁵⁶ R. Alexy, *Struktura norm podstawowych* [w:] *Teoria praw podstawowych*, tłum. B. Kwiatkowska, J. Zajadło, Warszawa 2010, s. 95–96.

⁵⁷ M. Kordela, *Możliwość konstruowania ogólnej teorii zasad prawa. Uwagi do koncepcji Roberta Alexy’ego*, RPEiS 2007/2, s. 12.

⁵⁸ R. Alexy, *Struktura...*, s. 78.

⁵⁹ R. Alexy, *Struktura...*, s. 78.

⁶⁰ L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, Warszawa 1999, s. 161.

⁶¹ R. Alexy, *Struktura...*, s. 87.

utraty swego definitywnego charakteru, reguła zyskuje charakter *prima facie*, który jest jednak innego rodzaju niż charakter *prima facie* zasad. Oznacza to, że reguła nie „przegrywa”, tak jak zasada, już wtedy, gdy przeciwstawna zasada ma większą wagę niż ta reguła. Z regułą mogą „przegrać” zasady stanowiące, że reguły ustanowione przez określone autorytety muszą być przestrzegane, a od ustalonej praktyki nie można odbiegać bez powodu (zasady takie R. Alexy określa mianem „zasad formalnych”)⁶².

Zarówno reguły, jak i zasady określone są przez niego jako normy, a każda norma jest albo regułą, albo zasadą. Są one klasyfikowane jako normy, bowiem obie wskazują, co powinno się czynić, oraz można je sformułować poprzez deontyczne podstawowe wyrażenia nakazu, przyzwolenia i zakazu⁶³. Zasady odróżnia według niego od reguł wysoki stopień ogólności. Zasady są normami o względnie wysokim, a reguły o względnie niskim stopniu generalności⁶⁴.

Różnica pomiędzy regułami i zasadami, w ocenie R. Alexy’ego, ujawnia się najpełniej przy kolizjach pomiędzy zasadami i konfliktach między regułami. Problematykę konfliktu pomiędzy prawami R. Alexy uważa za jeden z głównych problemów filozoficznoprawnych⁶⁵. Konflikt pomiędzy regułami rozstrzygany jest przez określenie, która z nich obowiązuje. W przypadku konfliktu reguł, jedną z nich traktuje się jako wyjątek w stosunku do drugiej zawężający jej zakres stosowania lub normowania⁶⁶. Jeśli konfliktu reguł nie można usunąć przez włączenie klauzuli wyjątku, co najmniej jedną regułą pozostającą w konflikcie należy uznać za nieważną oraz wyłączyć ją z porządku prawnego. Uznanie jednej z reguł za nieważną jest konieczne, bowiem nie może istnieć

⁶² R. Alexy, *Struktura...*, s. 88–89.

⁶³ R. Alexy, *Struktura...*, s. 75. Jak zauważa A. Bator, istotą normy postępowania jest wskazanie, kto, kiedy i jak ma się zachować – zob. A. Bator, *Norma prawna* [w:] *Wprowadzenie do nauk prawnych. Leksykon tematyczny*, red. A. Bator, Warszawa 2006, s. 112.

⁶⁴ R. Alexy, *Struktura...*, s. 75.

⁶⁵ J. Zajadło, *Prawa podstawowe w filozofii prawa Roberta Alexy’ego – wprowadzenie* [w:] R. Alexy, *Teoria praw podstawowych*, tłum. B. Kwiatkowska, J. Zajadło, Warszawa 2010, s. 24.

⁶⁶ M. Kordela, *Możliwość...*, s. 14; R. Alexy, *Struktura...*, s. 79.

sytuacja, w której obowiązują dwa sprzeczne sądy powinnościowe⁶⁷. Rozstrzyganie konfliktu między regułami odbywa się za pomocą wnioskowań prawniczych, na przykład *lex specialis derogat lex generali*, *lex superior derogat legi inferiori* lub *lex posteriori derogat legi priori*⁶⁸. Z kolei kolizja zasad, które ze swej istoty zakładają stopniowalność realizacji określonego w nich stanu rzeczy, opiera się na określeniu ich wagi lub doniosłości. Jeśli zgodnie z jedną z zasad coś jest dozwolone, a zgodnie z drugą zabronione – jedna z nich musi ustąpić. Przykładowo, zasada prawa do życia ma większą doniosłość niż zasada zapewnienia należytego funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych, w związku z czym tej pierwszej należy przyznać pierwszeństwo⁶⁹. Relacja pierwszeństwa ma charakter warunkowy, bowiem pierwszeństwo jednej z zasad ustalane jest jedynie na potrzeby konkretnej sprawy. Ustalenie warunkowej relacji pierwszeństwa następuje przez wskazanie warunków, w których jedna zasada ma pierwszeństwo przed drugą⁷⁰. Oznacza to, że ustępująca zasada nie jest uznawana za nieobowiązującą, a w innych warunkach kwestia pierwszeństwa zasad może zostać rozwiązana w sposób odmienny. Powyższe oznacza, że konflikt pomiędzy regułami rozstrzygany jest w sferze obowiązywania, podczas gdy kolizja pomiędzy zasadami dotyczy zasad równolegle obowiązujących, zatem rozstrzygana jest na płaszczyźnie ich wagi⁷¹. Kluczową rolę w rozstrzyganiu konfliktu pomiędzy konkurującymi zasadami odgrywa zasada proporcjonalności. Zasada proporcjonalności jest w opinii R. Alexy'ego nieodłącznie związana z istnieniem zasad, może być z nich wydedukowana⁷². Aby rozstrzygnąć kolizję zasad, konieczne jest bowiem wyważenie przeciwstawnych zasad⁷³.

Według R. Alexy'ego cechą konstytutywną zasad odróżniającą je od reguł jest ich charakter nakazów optymalizacyjnych. Reguły, tak jak u R. Dworkina, mają charakter zero-jedynkowy, w przypadku zaist-

⁶⁷ R. Alexy, *Struktura...*, s. 79.

⁶⁸ R. Alexy, *Struktura...*, s. 80.

⁶⁹ M. Kordela, *Możliwość...*, s. 14.

⁷⁰ R. Alexy, *Struktura...*, s. 82–84.

⁷¹ R. Alexy, *Struktura...*, s. 80.

⁷² M. Korycka-Zirk, *Teorie...*, s. 130.

⁷³ R. Alexy, *Struktura...*, s. 97–99.

nienia wskazanych w regule okoliczności, jej adresat może albo zastosować się w sposób dokładnie określony przez regułę, albo ją w całości przekroczyć. Reguła wyraża się zatem w możliwości wyboru jedynie dwóch reakcji w przypadku zaktualizowania się obowiązku określonego w regule. Reguły mogą być albo w pełni zastosowane, albo w ogóle, nie można ich wypełnić mniej lub bardziej. Z kolei zasady wyrażają nakazy realizacji obowiązku w stopniu, jaki jest możliwie najwyższy w świetle istniejących okoliczności faktycznych, jak i prawnych⁷⁴. Stopień realizacji obowiązku aktualizuje się dopiero w świetle konkretnych okoliczności prawnych i faktycznych, nie jest zatem przesądzony w momencie ustanowienia zasady. Do tego momentu realizacja określonego stanu rzeczy ma jedynie potencjalny, a nie konkretny charakter. Ustalenie, czy adresat zasady zrealizował ją w stopniu najwyższym, jest możliwe dopiero w konkretnych okolicznościach faktycznych i prawnych. Zasadniczo nakaz zawarty w zasadzie ma postać „otwartą”, a w regule „zamkniętą”, jednak zdarzają się przypadki, że danemu przepisowi można przypisać podwójną kwalifikację, co umożliwia wyinterpretowanie z niego zarówno zasady, jak i reguły, na przykład *nullum crimen sine lege* oraz *nulla poena sine lege*.

2.2.3. Koncepcja zasad prawa według H.L.A. Harta

W swoich pierwotnych założeniach H. Hart nie rozróżniał zasad i reguł, na co zwrócił mu uwagę jego główny krytyk R. Dworkin, podnosząc zwłaszcza, że błędnie przedstawia prawo jako złożone jedynie z reguł „wszystko albo nic”. Na skutek głosów krytycznych H. Hart uznał, że błędem jego książki *Pojęcie prawa* było pobieżne potraktowanie zasad poprzez błędne utożsamienie ich z regułami⁷⁵. W konsekwencji odniósł się do problematyki zasad względem reguł. Włączył do swojej teorii rozważania na temat zasad, nie zmieniając przy tym zasadniczych tez prezentowanej koncepcji.

⁷⁴ R. Alexy, *Struktura...*, s. 78.

⁷⁵ H.L.A. Hart, *Pojęcie prawa*, tłum. J. Woleński, Warszawa 1998, s. 347.

Zgodnie z ogólnymi założeniami prezentowanej przez niego koncepcji, prawo posiada swoje centrum, które z całą pewnością można zakwalifikować jako prawo, a ponadto istnieje szereg dyrektyw postępowania, których kwalifikacja jako prawa nie jest już oczywista. H. Hart dzielił reguły rozumiane przez niego jako przepisy prawne na reguły zobowiązujące, wskazujące zachowanie wymagane od ludzi oraz reguły proceduralne określające, w jaki sposób wywołać zamierzone przez ludzi skutki prawne (np. zawarcie małżeństwa)⁷⁶. Reguły posiadają aspekt wewnętrzny polegający na traktowaniu ich jako punktu wyjścia do oceny zachowania jako zgodnego lub niezgodnego z daną regułą⁷⁷. Autor ten podzielił reguły na pierwotne i wtórne, przy czym za kluczową regułę wtórną uznał regułę uznania, która dostarcza odpowiedzi, jakie reguły obowiązują, a jakie nie. Reguła ta nie jest ustanowiona, natomiast jej obecność przejawia się w sposobie rozpoznawania reguł poprzez sądy, urzędników oraz osoby prywatne⁷⁸. Przepis obowiązuje, gdy spełni wszystkie warunki określone przez regułę uznania, która stanowi kryterium obowiązywania innych reguł. Obecność nieustanowionych reguł uznania wynika z ich akceptacji przez podmioty stosujące prawo, tj. przekonania o ich obecności w systemie prawa przez podmioty je stosujące. H. Hart uważał, że obecność w systemie prawa reguły uznania jest wynikiem akceptacji. Stanowisko to może być zasadne względem systemu *common law*, w odniesieniu do którego została przedstawiona ta koncepcja. Zgadzam się jednak z M. Korycką-Zirk, że w polskim systemie prawnym kryterium rodowodowe istnienia reguły uznania jest zwerbalizowane, choć akceptacja jakiegokolwiek rodzaju sprawdzianu obowiązywania innych norm jest kluczowa również w polskim systemie prawnym⁷⁹.

⁷⁶ H.L.A. Hart, *Pojęcie...*, s. 22.

⁷⁷ H.L.A. Hart, *Pojęcie...*, s. 127–129.

⁷⁸ H.L.A. Hart, *Pojęcie...*, s. 142.

⁷⁹ M. Korycka-Zirk, *Reguły prawne jako istota pojęcia prawa w ujęciu H.L.A. Harta*, „*Studia Iuridica Toruniensia*” 2010/6, s. 86. Autorka ta uważa, że głównym kryterium identyfikacji norm jako przynależnych do systemu jest kryterium rodowodowe. Pojęcie „kryterium rodowodowe” wywodzi się z koncepcji H. Harta, według którego status wielu zasad prawnych wynika nie z ich treści służącej interpretacji zastanego prawa, ale swojego „rodowodu” (czyli pochodzenia), tj. sposobu powstania lub recepcji przez autorytatywne źródło, np. wprowadzeniu ich przez sądy – H.L.A. Hart, *Pojęcie...*, s. 353.

Według H. Harta dwie cechy odróżniają zasady od reguł. Po pierwsze, zasady mają ogólny i niedookreślony charakter, co oznacza, że wiele różnych reguł może wyrażać bądź konkretyzować jedną zasadę. Po drugie, zasady służą nie tylko wyjaśnianiu lub racjonalizowaniu wyrażających je reguł, lecz także przyczyniają się do ich uzasadnienia⁸⁰. Poza tymi zasadniczymi cechami H. Hart dostrzegł również trzecią cechę zasad, tj. niekonkluzywność, która jego zdaniem jest stopniowalna.

H. Hart nie zgodził się z R. Dworkinem co do zasadności przeciwstawiania zasad względem reguł pod kątem doniosłości tych pierwszych. Nie zgodził się również, że znajdująca zastosowanie do danej sprawy reguła musi, odmiennie niż zasada, zawsze określać rezultat jej stosowania. Zgodnie z jego poglądem, w przypadku reguł, podobnie jak w przypadku zasad, może także dojść do konfliktu, w którym to przypadku stosowana jest reguła oceniona jako ważniejsza⁸¹. Reguła oceniona w danej sprawie jako mniej ważna nie przestaje jednak obowiązywać i może zostać uznana za ważniejszą w innej sprawie. Uważał on zatem, że reguły nie mają, jak twierdzi R. Dworkin, charakteru „wszystko albo nic”, a ponadto mogą podlegać konfliktom z zasadami⁸².

Autor ten przyznał jednocześnie za R. Dworkinem, że co do zasady reguły mają faktycznie charakter konkluzywny (określa ich charakter mianem „prawie konkluzywnego”), co oznacza, że spełnienie przesłanek ich zastosowania jest zasadniczo wystarczające do określenia skutków prawnych. Inaczej jednak niż R. Dworkin uznał istnienie wyjątków od powyższego stwierdzenia, tj. w nielicznych przypadkach może dojść do konfliktu reguły z inną, uznaną za ważniejszą w danej sprawie, regułą bądź nawet niekonkluzywną z istoty zasadą⁸³. Aprobuje również rolę koncepcji R. Dworkina w odniesieniu do dostrzeżenia roli niekonkluzywnych zasad w rozumowaniu prawniczym.

⁸⁰ H.L.A. Hart, *Pojęcie...*, s. 349.

⁸¹ Zob. J. Raz, *Legal Principles and Limits of the Law*, „Yale Law Journal” 1972/81, s. 832–834; W.J. Waluchow, *Herculean Positivism*, „Oxford Journal of Legal Studies” 1985/5, s. 189–192.

⁸² H.L.A. Hart, *Pojęcie...*, s. 350.

⁸³ H.L.A. Hart, *Pojęcie...*, s. 351.

Uznanie w koncepcji H. Harta istnienia zasad prawa zrodziło implikację dla kluczowej dla jego teorii reguły uznania. Uważał on, że zasady mogą zostać rozpoznane przez kryteria rodowodowe. Co za tym idzie, włączenie zasad do systemu prawa nie neguje koncepcji reguły uznania. Większość zasad może być rozpoznana za pomocą reguły uznania na podstawie kryteriów rodowodowych. W ten sposób nie mogą natomiast być rozpoznane jedynie zasady, które są zbyt krótkotrwałe, często zmieniane lub nie mają żadnej cechy umożliwiającej ich rozpoznanie jako zasad prawa przez odniesienie do jakiegoś innego sprawdzianu niż należenie do określonego spójnego schematu⁸⁴. Powyższe stanowi mankament koncepcji Harta, bowiem nie odpowiada na pytanie dotyczące obecności w systemie prawa zasad niespełniających kryteriów rodowodowych. H. Hart dopuścił również, aby reguła uznania zawierała jako jedno z kryteriów interpretacyjnych proponowane przez R. Dworkina kryterium zgodności z zasadami moralnymi oraz zasadniczymi wartościami⁸⁵. Według Harta identyfikacja zasady jako części systemu prawa wymaga ustalenia zastanego prawa, co możliwe jest z kolei poprzez zastosowanie reguły uznania identyfikującej źródła prawa i ich wzajemne relacje⁸⁶.

2.3. Elementy koncepcji zasad prawa w odniesieniu do zasady równego traktowania

W rozważaniach dotyczących zasady równego traktowania zawartych w monografii przyjmować będę ujęcie dyrektywne tej zasady, z której wynikać mają ostatecznie konkretne wytyczne dla zamawiających dotyczące określonych sytuacji w ramach kwalifikacji podmiotowej, uzasadniające traktowanie wykonawców w sposób podobny bądź tożsamy.

⁸⁴ H.L.A. Hart, *Pojęcie...*, s. 355.

⁸⁵ Należy zauważyć jednak, że H. Hart jako przedstawiciel tzw. miękkiego pozytywizmu nie dostrzega pojęciowego związku pomiędzy treścią prawa i moralności – tak M. Korycka-Zirk, *Reguły...*, s. 86. Zob. również na ten temat P. Kamela, *Prawo i moralność w koncepcjach H.L.A. Harta*, Toruń 2008, s. 123–192.

⁸⁶ H.L.A. Hart, *Pojęcie...*, s. 356.

Pojęciem zasady równego traktowania posługiwać się będę w znaczeniu zasady prawa (*principle*) w ujęciu R. Dworkina. Takie ujęcie tej zasady jest szczególnie widoczne przy rozstrzyganiu pytań prejudycjalnych przez TSUE, który często odwołuje się do zasady równego traktowania jako głównej dla wydawanych orzeczeń. W przypadku orzeczeń TSUE, podobnie jak w przypadku „trudnych spraw”, o których mowa w koncepcji R. Dworkina, zasada równego traktowania jest stosowana często wówczas, gdy brak jest konkretnego przepisu prawa, który znalazłby zastosowanie jako podstawa rozstrzygnięcia.

Zastosowaniu zasady równego traktowania towarzyszą również zwykle inne powiązane z nią zasady, tj. zasady ochrony konkurencji, proporcjonalności i przejrzystości, przy czym jak zauważył G. Maroń w odniesieniu do zbiegu zasad, w konkretnym przypadku inna z wymienionych zasad może mieć znaczenie rozstrzygające. Łącznie z zasadą równego traktowania może znaleźć zastosowanie więcej niż jedna zasada, co odróżnia w koncepcji R. Dworkina zasady od reguł. Należy przyjąć również, że R. Alexy’m, którego koncepcja stanowi kontynuację teorii R. Dworkina, że zakres realizacji zasady równego traktowania powinien co prawda być maksymalny, jednak uwarunkowany jest okolicznościami faktycznymi i prawnymi (np. w przypadku wykonawców zagranicznych pewne różnice w traktowaniu podczas kwalifikacji podmiotowej wynikające z faktycznych trudności w uzyskaniu danych dokumentów w niektórych państwach są nieuniknione, jednak należy dążyć do zbliżenia ich sytuacji do wykonawców krajowych w stopniu, w jakim jest to realnie możliwe, na co wskazuję w dalszej części monografii). Zasada równego traktowania, inaczej niż reguła w ujęciu R. Dworkina lub R. Alexy’ego, nie przesądza konkretnego rozwiązania, lecz wyznacza kierunek rozumowania. Zgodzić się należy przy tym z R. Alexy’em, że z zasady (w tym zasady równego traktowania) może wynikać wyjątek dla danej reguły, która traci wówczas swój definitywny charakter. W przypadku konfliktu zasad kluczową rolę należy za Alexy’em przyznać natomiast zasadzie proporcjonalności. Odnosząc z kolei zasadę równego traktowania w zamówieniach publicznych do koncepcji H. Harta, należy uznać, w ślad za tym autorem, że ma ona ogólny charakter, który wyraża się w tym, że wiele reguł (w tym wypadku przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych) ją konkretyzuje. Dodatkowo, wspomniana za-

sada równego traktowania, tak jak i inne zasady w ujęciu tego autora, służy również wyjaśnianiu oraz uzasadnianiu rozwiązań uregulowanych w poszczególnych przepisach prawa zamówień publicznych, na przykład w odniesieniu do sumowania zasobów przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie.

3. Zasada równości w Konstytucji RP

3.1. Zakresy przedmiotowy i podmiotowy zasady równości w Konstytucji RP

Zasada równości stanowi, obok zasady godności człowieka i wolności, przewodnią zasadę determinującą konstytucyjny system praw i wolności⁸⁷. Jej szczególna ranga wyraża się w tym, że odnosi się ona do wszystkich konstytucyjnych wolności, praw i obowiązków⁸⁸, jak również determinuje stosowanie i wykładnię przepisów odnoszących się do innych praw i obowiązków konstytucyjnych. W razie niezgodności z tą zasadą inne regulacje bądź zasady z aktów prawnych o randze niższej niż Konstytucja RP powinny zostać uchylone⁸⁹. W ocenie Trybunału Konstytucyjnego jej szczególne znaczenie przemawia za niedopuszczalnością ograniczenia prawa do równego traktowania w świetle art. 31 ust. 3 Konstytucji RP⁹⁰. Można mieć jednak wątpliwości, czy ograniczenia, o których mowa w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, rzeczywiście nie znajdują zastosowania w odniesieniu do zasady równości. Warto zauważyć, że jednym z etapów testu równości (o którym mowa poniżej) jest właśnie badanie, czy różnicowanie stanowiące odstępstwo od zasady równości jest proporcjonalne. Przy teście równości badanie proporcjonalności nie ogranicza się jednak do bezpieczeństwa lub porządku publicznego,

⁸⁷ M. Masternak-Kubiak, *Prawo do równego traktowania* [w:] *Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP*, red. B. Banaszak, A. Preisner, Warszawa 2002, s. 120.

⁸⁸ Orzeczenie TK z 3.03.1987 r., P 2/87, OTK 1987/1, poz. 2; L. Wiśniewski, *Gwarancje podstawowych praw i wolności obywateli PRL*, Warszawa 1981, s. 57 i n.

⁸⁹ P. Tuleja, W. Wróbel, *Zasada równości w stanowieniu prawa* [w:] *Demokratyczne państwo prawne (aksjologia, struktura, funkcja)*. *Studia i szkice*, red. H. Rot, Warszawa 1992, s. 139.

⁹⁰ Postanowienie TK z 24.10.2001 r., SK 10/01, OTK 2001/7, poz. 225.

ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej albo wolności i praw innych osób, lecz może dotyczyć również innych wartości konstytucyjnych.

Artykuł 32 ust. 1 Konstytucji RP statuuje równość formalną, zgodnie z którą organy stanowiące i stosujące prawo mają obowiązek równego traktowania adresatów norm bez względu na ich sytuację faktyczną⁹¹. Z zasady tej nie wynika natomiast obowiązek wyrównywania faktycznie istniejących różnic, niewynikających ze stosowanych lub interpretowanych norm prawnych. Nie obowiązuje zatem zasada równości w ujęciu faktycznym. Faktyczna równość mogłaby zostać osiągnięta poprzez przyznawanie określonych przywilejów podmiotom uznanym za słabsze. Nie podzielam poglądu, że takie działanie byłoby zaprzeczeniem zasady równości z uwagi na faworyzowanie podmiotów należących do tej samej klasy podmiotów podobnych⁹². Jeśli bowiem słabsza pozycja podmiotów uzasadniałaby wyrównanie ich sytuacji, oznaczałoby to zarazem, że nie mogą zostać zakwalifikowane do jednej grupy z podmiotami o lepszej pozycji. Taka różnica uzasadniałaby przyjęcie braku wspólnej cechy istotnej pomiędzy nimi, a w konsekwencji braku zastosowania zasady równości. Takie działanie mogłoby zostać podjęte jedynie w ramach realizacji zasady sprawiedliwości społecznej w ujęciu wyrównawczym, lecz nie na podstawie zasady równości⁹³.

W Konstytucji RP z 1997 r. zasada równości została wyrażona w art. 32 ust. 1, w rozdziale „Wolności, prawa i obowiązki człowieka i obywatela”, podrozdziale „Zasady ogólne”, co świadczy o intencji prawodawcy „wysunięcia przed nawias” pozostałej regulacji konstytucyjnej tej zasady. Ustęp 1 tego artykułu stanowi: „Wszyscy są wobec prawa równi. Wszyscy mają prawo do równego traktowania przez władze publiczne”.

⁹¹ J. Podkowik, *Konstytucyjna zasada równości i zakaz dyskryminacji w prawie cywilnym*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2016/2, s. 247; wyrok TK z 5.09.2007 r., P 21/06, OTK-A 2007/8, poz. 96.

⁹² J. Podkowik, *Konstytucyjna...*, s. 249.

⁹³ Należy jednak zauważyć, że TK w swoim orzecznictwie dopuszczał tzw. uprzywilejowanie wyrównawcze, mające na celu osiągnięcie faktycznej równości podmiotów podobnych. Zob. np. orzeczenie TK z 24.10.1989 r., K 6/89, OTK 1989/1, poz. 7; orzeczenie TK z 29.09.1997 r., K 15/97, OTK 1997/3–4, poz. 37.

W ust. 2 prawodawca uregulował natomiast zakaz dyskryminacji, zgodnie z którym: „Nikt nie może być dyskryminowany w życiu politycznym, społecznym lub gospodarczym z jakiejkolwiek przyczyny”. Trybunał Konstytucyjny stoi na stanowisku, że art. 32 Konstytucji RP stanowi całość normatywną. W jego ust. 1 sformułowana jest w sposób ogólny zasada równości jako norma konstytucyjna adresowana do wszelkich organów władzy publicznej, z kolei w ust. 2 określono znaczenie konstytucyjnej zasady równości oraz granice dopuszczalnych różnicowań podmiotów prawa. Wedle powołanego ustępu niedopuszczalne jest różnicowanie o charakterze dyskryminującym oraz niesprawiedliwe. Zakaz dyskryminacji wynika więc z zasady równości, ustanawiając zakaz różnicowania, które nie jest uzasadnione w jej świetle, jak również w świetle zasady sprawiedliwości społecznej⁹⁴. Z uwagi na fakt, że zasada równości nie ma charakteru bezwzględny, jej naruszenie może mieć charakter usprawiedliwiony w przypadku spełnienia wymogów usprawiedliwiających różnicowanie. Z treści art. 32 ust. 2 Konstytucji RP należy natomiast wnioskować, że zakaz dyskryminacji nie dopuszcza wyjątków, a zatem ma charakter bezwzględny. W art. 32 ust. 2 Konstytucji RP zrezygnowano z enumeratywnego wyliczenia przyczyn, ze względu na które dyskryminacja jest zakazana na wzór aktów prawa międzynarodowego, lecz odwołano się do „jakiegokolwiek przyczyny”, co ma zapewnić najszerszy możliwy zakres ochrony. Zakaz dyskryminacji wyraża więc uniwersalny charakter zasady równości, zakazując jej naruszenia w jakiejkolwiek sferze życia⁹⁵. Jeśli różnicowanie naruszające zasadę równości nie ma charakteru usprawiedliwionego, adekwatnego, relewantnego i proporcjonalnego, stanowić będzie naruszenie zasady zakazu dyskryminacji, którego naruszenie nie może już zostać usprawiedliwione⁹⁶. Z powyższego wynika więc, że nieusprawiedliwione naruszenie zasady równości statuowanej w art. 32 ust. 1 Konstytucji

⁹⁴ Podobnie M. Ziółkowski, *Zasada równości w prawie*, PiP 2015/5, s. 94–111.

⁹⁵ Wyrok TK z 24.10.2001 r., SK 22/01, OTK 2001/7, poz. 216; wyrok TK z 12.03.2002 r., P 9/01, OTK-A 2002/2, poz. 14.

⁹⁶ Na bezwzględny charakter zakazu dyskryminacji TK wskazywał m.in. w wyroku z 5.07.2011 r., P 14/10, OTK-A 2011/6, poz. 49.

RP stanowić będzie równocześnie naruszenie zakazu dyskryminacji określonego w art. 32 ust. 2 Konstytucji RP⁹⁷.

Obecnie obowiązująca treść zasady równości, z uwagi na brak zamkniętego katalogu przyczyn, z powodu których różnicowanie jest zakazane, ma szerszy zakres przedmiotowy w stosunku do art. 67 ust. 2 Konstytucji PRL z 1952 r., który stanowił: „Obywatele PRL mają równe prawa bez względu na płeć, urodzenie, wykształcenie, zawód, narodowość, rasę, wyznanie oraz pochodzenie i położenie społeczne”. Zasada równości w poprzednim brzmieniu miała zatem zastosowanie jedynie do podmiotów będących obywatelami⁹⁸. Treść zasady równości w obowiązującym stanie prawnym ma szerszy zakres podmiotowy, jako że odnosi się do „wszystkich”, a nie jedynie do „obywateli”. Artykuł 32 ust. 1 Konstytucji RP obejmuje przy tym również wzorzec konstytucyjności dotyczący zasady równości zawarty w art. 67 ust. 2 Konstytucji PRL z 1952 r. Konsekwencje nadania temu wzorcowi innej treści językowej nie mogą jednak zostać pominięte. Z uwagi na fakt, że obecny przepis nie ogranicza kręgu adresatów zasady równości do obywateli, ta część dorobku orzeczniczego TK dotyczącego art. 67 ust. 2 Konstytucji PRL z 1952 r., która odmawiała prawa do równego traktowania podmiotom

⁹⁷ Odmienne: J. Podkowik, *Konstytucyjna...*, s. 259–261. Autor ten, choć uznaje bezwzględny charakter zakazu dyskryminacji, uważa, że nie należy utożsamiać nierównego traktowania niespełniającego wymogów racjonalności, adekwatności i proporcjonalności, z zakazaną dyskryminacją. Według wskazanego autora dyskryminacja ma miejsce wtedy, gdy różnicowanie dotyczy cech osobowych podmiotów, związanych ściśle z zakazem naruszenia godności człowieka. Do kategorii cech osobowych zalicza się cechy, których jednostka nie może dowolnie zmienić, niezależnie od jednostki (np. wiek lub płeć). Sam autor zresztą przyznaje, że odróżnianie dyskryminacji od równego traktowania jedynie w oparciu o kryterium cech osobowych nie jest wystarczające. Warto wspomnieć, że TK nie wyraził w tej kwestii jednolitego stanowiska. Trybunał orzekał o naruszeniu zasady równości, zarówno utożsamiając ją z naruszeniem zakazu dyskryminacji – np. w wyroku TK z 23.10.2007 r., P 10/07, OTK-A 2007/9, poz. 107, jak i rozróżniając nakaz równego traktowania podmiotów wynikający z art. 32 ust. 1 Konstytucji RP oraz zakaz dyskryminacji wynikający z art. 32 ust. 2 Konstytucji RP – np. w wyroku TK z 15.07.2010 r., K 63/07, OTK-A 2010/6, poz. 60.

⁹⁸ Orzeczenie TK z 27.06.1995 r., K 4/94, OTK 1995/1, poz. 16.

niebędącym obywatelami oraz osobami fizycznymi, nie znajdzie zastosowania w obecnym stanie prawnym⁹⁹.

Zakres podmiotowy zasady równości rozciągnięty został w art. 32 ust. 1 Konstytucji RP na „ogół osób”, a więc objął nie tylko osoby fizyczne, lecz także prawne, co należy również odnosić do niepełnych osób prawnych, o których mowa w art. 33¹ k.c.¹⁰⁰ O ile w poprzednim stanie prawnym ograniczanie stosowania zasady równości do osób fizycznych było uzasadnione z uwagi na odwołanie się przez prawodawcę w art. 67 ust. 2 Konstytucji PRL do „obywateli”, o tyle w obecnym stanie prawnym należy uznać takie ograniczenie za zdecydowanie nieuzasadnione. Na powyższe wskazuje bezpośrednio wykładnia językowa sformułowań, którymi posłużył się prawodawca, takich jak „wszyscy”, „nikt” oraz „każdy”. Nierówne traktowanie może mieć miejsce niezależnie od rodzaju podmiotowości prawnej, a w przypadku osób prawnych może dotyczyć również porównania ich sytuacji z sytuacją osób fizycznych. Konstrukcja podmiotowości prawnej nie może być zatem decydująca¹⁰¹. Najczęściej zasada równości znajdzie jednak zastosowanie do sytuacji prawnej osób fizycznych, co wynika chociażby z faktu, że rozdział Konstytucji RP, w którym została uregulowana, dotyczy wolności, praw i obowiązków człowieka i obywatela. Omawiany przepis odnosi się więc bezpośrednio do osób fizycznych, a do osób prawnych jedynie pośrednio¹⁰². Nierówne traktowanie może mieć miejsce niezależnie od podmiotowości prawnej i dotyczyć zarówno osób prawnych, jak i fizycznych. Potrzeba ochrony interesów osoby prawnej dotyczy zarówno autonomicznych interesów jej samej jako odrębnego bytu, jak i podmiotów ją tworzących (w tym interesów osób fizycznych), działających „poprzez” jednostkę organizacyjną¹⁰³.

⁹⁹ Tak J. Oniszczyk, *Równość – najpierwsza z zasad i orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 2004, s. 41.

¹⁰⁰ Wyrok TK z 24.02.1999 r., SK 4/98, OTK 1999/2, poz. 24. Odmienne TK w wyroku z 3.06.1998 r., K 34/97, OTK 1998/4, poz. 49.

¹⁰¹ Wyrok TK z 24.04.2002 r., P 5/01, OTK-A 2002/3, poz. 28.

¹⁰² Orzeczenie TK z 17.10.1995 r., K 10/95, OTK 1995/2, poz. 10.

¹⁰³ Wyrok TK z 24.04.2002 r., P 5/01, OTK-A 2002/3, poz. 28.