

Włodzimierz Dzierżanowski

OCHRONA KONKURENCJI W PRAWIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH



LEX

a Wolters Kluwer business

Włodzimierz Dzierżanowski

OCHRONA KONKURENCJI W PRAWIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH



LEX

a Wolters Kluwer business

Warszawa 2012

Wydawca
Izabella Małecka

Redaktor prowadzący
Joanna Maż

Opracowanie redakcyjne
Katarzyna Rybczyńska

Łamanie
Wolters Kluwer Polska

Projekt graficzny okładki i stron tytułowych
Maciej Sadowski

© Copyright by
Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o., 2012

ISBN: 978-83-264-3823-3

Wydane przez:
Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o.

Redakcja Książek
01-231 Warszawa, ul. Płocka 5a
tel. 22 535 82 00, fax 22 535 81 35
e-mail: ksiazki@wolterskluwer.pl

www.wolterskluwer.pl
księgarnia internetowa www.profinfo.pl

———— SPIS TREŚCI ————

Wykaz skrótów	9
Rozdział I	
Zamówienia publiczne a konkurencja	15
1. Konkurencja. Znaczenie pojęcia	15
2. Konkurencja w świetle traktatu	17
3. Przesłanki wprowadzenia dyrektyw o zamówieniach publicznych ..	19
4. Od protekcyjizmu do ochrony konkurencji i od ochrony konkurencji do efektywności zakupów publicznych	22
Rozdział II	
Konkurencja jako wartość w systemie prawnym Rzeczypospolitej Polskiej	34
1. Konstytucyjna zasada wolności gospodarczej jako podstawa konkurencji	34
2. Praktyki antykonkurencyjne na rynku zamówień publicznych	40
3. Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – związek z przepisami o zamówieniach publicznych	59
Rozdział III	
Organizacja ochrony konkurencji w systemie zamówień publicznych .	78
1. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych	78
2. Krajowa Izba Odwoławcza	85
3. Działalność organizacji przedsiębiorców	98
Rozdział IV	
Ograniczenie ochrony konkurencji	102
1. Wyłączenia ze względu na przedmiot zamówienia	102
2. Zamówienia bagatelne nieobjęte krajowymi przepisami o zamówieniach publicznych	106
3. Zamówienia o wartości nieobjętej stosowaniem dyrektyw UE	108
4. Zamówienia udzielane na podstawie procedur organizacji międzynarodowych i umów międzynarodowych	112

5. Zamówienia wojskowe i objęte tajemnicą ze względu na interes bezpieczeństwa państwa	121
6. Zamówienia <i>in house</i> (udzielane własnym jednostkom)	126
7. Przepisy o pomocy publicznej jako element ochrony konkurencji ...	135
8. Przepisy szczególne dopuszczające odstępstwo od konkurencyjnego dokonywania wydatków	138
9. Ograniczony zakres ochrony konkurencji w zamówieniach na usługi niepriorytetowe	139

Rozdział V

Ochrona konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia	149
1. Przesłanki wyboru niekonkurencyjnych trybów udzielania zamówienia	149
2. Nadzór Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nad wyborem trybu udzielania zamówienia	171
3. Sporządzanie opisu przedmiotu zamówienia	177
4. Przesłanki wykluczania z postępowania jako gwarantowana ustawowo ochrona konkurencji	205
5. Warunki udziału w postępowaniu – określenie zasad konkurencji przez zamawiającego	212
5.1. Koncesje i zezwolenia w zamówieniach publicznych	212
5.2. Warunki wynikające z przedmiotu zamówienia kształtowane przez zamawiającego	225
5.3. Niedookreślona treść warunku	234
5.4. Zdolność finansowa – ustalanie poziomów adekwatnych do przedmiotu zamówienia	238
5.5. Sytuacja ekonomiczna jako warunek udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia	245
5.6. Potencjał techniczny	252
5.7. Doświadczenie i wiedza	257
5.8. Uprawnienia osób	266
5.9. Zakres żądanych dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu	270
6. Eliminacja czynów nieuczciwej konkurencji podczas oceny ofert ...	277
6.1. Sprzedaż po zaniżonej cenie – orzecznictwo krajowe i unijne	278
6.2. Udział w jednym postępowaniu przedsiębiorstw powiązanych	284
6.3. Inne czyny nieuczciwej konkurencji w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego	297
6.4. Kryteria oceny ofert i ich wpływ na konkurencję	306

Rozdział VI**Ochrona konkurencji przy zastosowaniu przepisów dyspozytywnych . 314**

1. Wielkość zamówienia a możliwość konkurencji 314
2. Oferty częściowe 316
3. Podwykonawstwo jako forma udziału w rynku
zamówień publicznych 321
4. Zakupy centralne 327
5. Ograniczenie ochrony konkurencji w dyrektywach sektorowych 332

Rozdział VII**Ochrona konkurencji przy realizacji umów o zamówienia publiczne ... 345**

1. Ograniczenia terminów umów 345
2. Zmiana wykonawcy 347
3. Zmiana przedmiotu umowy 357
4. Rozwiązanie umowy oraz odstąpienie od umowy o zamówienie
publiczne 366
5. Zawieranie i wykonywanie umów ramowych 371

Literatura 377**Źródła 387****Orzecznictwo 395****Akty prawne 407****Indeks rzeczowy 419**

WYKAZ SKRÓTÓW

Akty prawne

CEFTA	–	Central European Free Trade Agreement (Środkowo-europejska Umowa o Wolnym Handlu)
dyrektywa 92/50	–	dyrektywa Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnosząca się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi (Dz. Urz. WE L 209 z 24.07.1992 r., s. 1)
dyrektywa 93/38	–	dyrektywa Rady 93/38/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynująca procedury udzielania zamówień publicznych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (Dz. Urz. WE L 199 z 9.08.1993 r., s. 84)
dyrektywa 2004/17	–	dyrektywa 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz. Urz. UE L 134 z 30.04.2004 r., s. 1)
dyrektywa 2004/18	–	dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. Urz. UE L 134 z 30.04.2004 r., s. 114)
dyrektywa 2005/36	–	dyrektywa 2005/36/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 września 2005 r. w sprawie uznawania kwalifikacji zawodowych (Dz. Urz. UE L 255 z 30.09.2005 r., s. 22)

- dyrektywa 2009/81 – dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniająca dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 216 z 20.08.2009 r., s. 76)
- GPA – Government Procurement Agreement (Porozumienie w sprawie zamówień rządowych Światowej Organizacji Handlu)
- k.c. – ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.)
- k.k. – ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 553 z późn. zm.)
- k.p. – ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (tekst jedn.: Dz. U. z 1998 r. Nr 21, poz. 94 z późn. zm.)
- k.p.a. – ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jedn.: Dz. U. z 2000 r. Nr 98, poz. 1071 z późn. zm.)
- k.p.c. – ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. Nr 43, poz. 296 z późn. zm.)
- k.s.h. – ustawa z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych (Dz. U. Nr 94, poz. 1037 z późn. zm.)
- Konstytucja RP – Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.)
- p.z.p. – ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.)
- pr. bud. – ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (tekst jedn.: Dz. U. z 2010 r. Nr 243, poz. 1623 z późn. zm.)

r.r.d.z.w.	–	rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817)
TEWEA	–	Traktat ustanawiający Europejską Wspólnotę Energii Atomowej (Euratom) z dnia 25 marca 1957 r. (Dz. U. z 2004 r. Nr 90, poz. 864/3)
TEWWiS	–	Traktat ustanawiający Europejską Wspólnotę Węgla i Stali z dnia 18 kwietnia 1951 r.
TFUE	–	Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana Dz. Urz. UE C 83 z 30.03.2010 r., s. 47)
TUE	–	Traktat o Unii Europejskiej, sporządzony w Maas-tricht dnia 7 lutego 1992 r. (wersja skonsolidowana Dz. Urz. UE C 83 z 30.03.2010 r., s. 13)
TWE	–	Traktat z dnia 25 marca 1957 r. ustanawiający Wspólnotę Europejską (Dz. U. z 2004 r. Nr 90, poz. 864/2 z późn. zm.); tzw. traktat rzymski; od dnia 1 grudnia 2009 r. nosi nazwę Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej
u.f.p.	–	ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. Nr 157, poz. 1240 z późn. zm.)
u.o.k.k.	–	ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 z późn. zm.)
u.s.d.g.	–	ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (tekst jedn.: Dz. U. z 2010 r. Nr 220, poz. 1447 z późn. zm.)
u.z.n.k.	–	ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn.: Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.)

Periodyki

BZP	–	Biuletyn Zamówień Publicznych
-----	---	-------------------------------

CMLR	–	Common Market Law Reports
Dz. U.	–	Dziennik Ustaw
Dz. Urz. UE	–	Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej
Dz. Urz. UOKiK	–	Dziennik Urzędowy Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów
Dz. Urz. WE	–	Dziennik Urzędowy Wspólnot Europejskich
OSA	–	Orzecznictwo Sądów Apelacyjnych
OSAB	–	Orzecznictwo Sądów Apellacji Białostockiej
OSNC	–	Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna
OSNCP	–	Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna, Pracy i Ubezpieczeń Społecznych
OSNP	–	Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw Publicznych
OSPika	–	Orzecznictwo Sądów Polskich i Komisji Arbitrażowych
OTK	–	Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego
PiP	–	Państwo i Prawo
PPLR	–	Public Procurement Law Review
Prok. i Pr.-wkl.	–	Prokuratura i Prawo – wkładka
Zb. Orz.	–	Zbiory orzecznictwa Trybunału Europejskiego
ZPO	–	Zamówienia Publiczne w Orzecznictwie

Inne

ADR	–	Alternative Dispute Resolution (alternatywne rozwiązywanie sporów)
BŚ	–	Bank Światowy
CEB	–	Council of Europe Bank (Bank Rady Europy)
EBI	–	Europejski Bank Inwestycyjny
EBOR	–	Europejski Bank Odbudowy i Rozwoju
ECU	–	European Currency Unit (Europejska Jednostka Monetarna)
EEC	–	European Economic Community (Europejska Wspólnota Gospodarcza)
EFTA	–	European Free Trade Association (Europejskie Stowarzyszenie Wolnego Handlu)

EOG	–	Europejski Obszar Gospodarczy
ETS	–	Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dawniej Europejski Trybunał Sprawiedliwości)
EWG	–	Europejska Wspólnota Gospodarcza
EWWiS	–	Europejska Wspólnota Węgla i Stali
GKO	–	Główna Komisja Orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych
IA	–	Izba Architektów
JST	–	Jednostka Samorządu Terytorialnego
KE	–	Komisja Europejska
KIO	–	Krajowa Izba Odwoławcza
KRN	–	Krajowa Rada Notarialna
KRS	–	Krajowy Rejestr Sądowy
LEX	–	System Informacji Prawnej LEX
MŚP	–	małe i średnie przedsiębiorstwa
MRR	–	Minister Rozwoju Regionalnego
NBP	–	Narodowy Bank Polski
NSA	–	Naczelny Sąd Administracyjny
ONZ	–	Organizacja Narodów Zjednoczonych
PKB	–	Produkt Krajowy Brutto
POIG	–	Program Operacyjny Innowacyjna Gospodarka
POLiŚ	–	Program Operacyjny Infrastruktura i Środowisko
POKL	–	Program Operacyjny Kapitał Ludzki
PRL	–	Polska Rzeczpospolita Ludowa
RFN	–	Republika Federalna Niemiec
RIO	–	Regionalna Izba Obrachunkowa
RP	–	Rzeczpospolita Polska
SA	–	Sąd Apelacyjny
SDR	–	Special Drawing Right (Jednostka Walutowa Międzynarodowego Funduszu Walutowego)
SIWZ	–	Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia
SN	–	Sąd Najwyższy
SO	–	Sąd Okręgowy
SOKiK	–	Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów
TK	–	Trybunał Konstytucyjny
UE	–	Unia Europejska
UGIP	–	Unia Gospodarcza i Pieniężna

UNCITRAL	–	Komisja Organizacji Narodów Zjednoczonych do spraw Międzynarodowego Prawa Handlowego
UOKiK	–	Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów
USD	–	dolar amerykański
UZP	–	Urząd Zamówień Publicznych
WSA	–	Wojewódzki Sąd Administracyjny
ZA	–	Zespół Arbitrów

ZAMÓWIENIA PUBLICZNE A KONKURENCJA

1. Konkurencja. Znaczenie pojęcia

Pojęcie „konkurencja” pochodzi z języka łacińskiego – od słowa *concurro*, które oznacza „zbiegać się, zderzyć się, działać jednocześnie”¹. Językową definicję podaje *Uniwersalny słownik języka polskiego*, zgodnie z którym konkurencja oznacza rywalizację, współzawodnictwo między osobami lub grupami zainteresowanymi w osiągnięciu tego samego celu². Pojęcie konkurencji używane jest w wielu dziedzinach życia – w ekonomii, biologii, sporcie, ale także w polityce, a nawet dziedzinach tak na pozór od konkurencji odległych, jak prawodawstwo. Zawsze jednak oznacza „rywalizację co najmniej dwóch podmiotów w dążeniu do osiągnięcia tego samego celu, lecz z jednoczesnym działaniem zmierzającym do uzyskania przewagi”³. Próby jej zdefiniowania w języku prawniczym są zazwyczaj oparte na wynikach badań ekonomicznych wykorzystywanych na potrzeby prawa⁴. Zwraca się przy tym uwagę na fakt, że rzeczywista konkurencja to proces rywalizacji niepowiązanych przedsiębiorców⁵. Na ten aspekt zwraca uwagę J. Szwaja: „Konkurencja to dążenie wielu niezależnych przedsiębiorców (podmiotów prowadzących działalność gospodarczą) występujących na wspólnym (tym samym) rynku do osiągnięcia takiego samego celu gospodarczego, w szczególności osiągnięcia zysków poprzez prowadzenie inte-

¹ K. Kumaniecki, *Słownik łacińsko-polski*, Warszawa 1984, s. 108.

² *Uniwersalny słownik języka polskiego*, red. S. Dubisz, Warszawa 2003, t. 2, s. 209.

³ Wyrok SN z dnia 20 maja 1991 r., II CR 445/90, LEX nr 9055.

⁴ *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, red. J. Szwaja, Warszawa 2006, s. 5.

⁵ S. Gronowski, *Ustawa antymonopolowa. Komentarz*, Warszawa 1999, s. 28 i n.

resów z dostawcami, odbiorcami i pracownikami. Konkurujący przedsiębiorcy starają się poszerzać swój krąg klientów, co musi odbyć się przynajmniej w pewnej mierze kosztem utraty klientów innych przedsiębiorców”⁶.

Powszechny jest pogląd, że to konkurencja napędza postęp, sprzyja innowacyjności i zmianom gospodarczym. Wpływa bezpośrednio na poprawę jakości towarów i usług, reguluje ceny, napędza wzrost gospodarczy. Konkurencja powoduje wyeliminowanie z rynku jego najsłabszych uczestników i umocnienie roli najlepszych. Jednak równie powszechny jest pogląd, że rynek pozostawiony sam sobie podlega degradacji i monopolizacji, a jedną z funkcji państwa jest ochrona zdrowej konkurencji⁷. Rola państwa jest szczególnie istotna w sytuacji konkurencji niedoskonałej, która wiąże się z monopolem lub oligopolem, tj. strukturą rynku, w której oddziaływanie jednego lub niewielkiej grupy podmiotów na rynek ma decydujący wpływ na jego funkcjonowanie. Konkurencja niedoskonała i szkodliwość monopolu dla gospodarki ukształtowały poglądy J.M. Keynesa o roli rządu i instytucji nierynkowych, które mogą zastępować konkurencję jako zjawisko niezbędne dla rozwoju gospodarki. W UE rolę państwa przejmuje Unia, której domeną jest ochrona konkurencji (art. 3 ust. 1 lit. b TFUE). Pojęcie konkurencji nie zostało jednak zdefiniowane w traktacie. Wyznaczając jej rozumienie, należy odwołać się do doktryny oraz poglądu organów stosujących wspólnotowe zasady konkurencji.

Wspólny rynek ze wspólną ochroną konkurencji nie spowodował, że państwa członkowskie przestały się zajmować polityką konkurencji. Poza jej ochroną w oparciu o prawodawstwo oparte na wdrożonych przepisach wspólnotowych, państwa członkowskie podejmują konkurencję na szczeblu międzynarodowym w tworzeniu warunków funkcjonowania przedsiębiorstw. Jest to tzw. konkurencja regulacyjna, którą można zdefiniować jako proces, w ramach którego poszczególni krajowi prawodawcy decydują się w sposób świadomy tworzyć coraz bardziej konkurencyjne środowisko regulacyjne, tak aby wzmocnić konkurencyjność krajowych podmiotów gospodarczych, zniechęcić je do prób ewentualnego poszukiwania innego porządku prawnego względnie też by przyciągnąć do danego państwa (tj. w ramy porządku prawnego tego państwa) podmioty z innych państw⁸.

⁶ Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji..., s. 6.

⁷ M.J. Thieme, *Spoleczna gospodarka rynkowa*, Warszawa 1995, s. 17–21.

⁸ M. Szydło, *Konkurencja regulacyjna w prawie spółek*, Warszawa 2008, s. 13.

Zjawisko konkurencji regulacyjnej wywołuje zróżnicowane oceny. Od negowania jego istnienia, poprzez zarzuty protekcyjizmu, aż po zachwyt nad metodą zwiększania konkurencyjności kraju. Uważam, że dla konkurencji rynkowej konkurencja regulacyjna jest niebezpieczna. Prowadzi do nieuzasadnionego pogłębienia zróżnicowania warunków prowadzenia działalności gospodarczej. Nie oznacza to jednak, że konkurencja taka nie powinna mieć miejsca i może prowadzić do poprawiania warunków prowadzenia działalności we wszystkich konkurujących krajach. Jednak jako konkurencja między państwami budzi wątpliwości, gdy ma miejsce w UE – organizacji, której członkowie (państwa) umówili się, iż ochrona konkurencji będzie działaniem wspólnym prowadzonym przez Unię. Istnieje ona bowiem w gospodarce (tj. w działalności gospodarczej), w sporcie, w kulturze, w nauce, w działalności politycznej, a także – co będzie zasadniczym przedmiotem niniejszego opracowania – w działalności praw.

Działania Unii, których celem jest ochrona konkurencji, prowadzą do ograniczania konkurencji legislacyjnej jako sprzecznej z tworzeniem równych warunków konkurowania. Ustawodawstwo dotyczące zamówień publicznych, którego celem jest stworzenie zbliżonych warunków konkurowania między przedsiębiorcami z różnych krajów członkowskich, jest przykładem szczegółowych rozwiązań prawnych UE, które wdrożone do krajowych porządków prawnych mają ograniczać konkurencję regulacyjną w celu tworzenia konkurencji rynkowej.

2. Konkurencja w świetle traktatu

Wspólnotowa polityka konkurencji opiera się na kilku fundamentalnych zasadach określonych w traktacie rzymskim, ustanawiającym Europejską Wspólnotę Gospodarczą (EWG), który stanowił łącznie z Traktatem ustanawiającym Europejską Wspólnotę Węgla i Stali oraz Traktatem o ustanowieniu Europejskiej Wspólnoty Energii Atomowej źródła wspólnotowego prawa pierwotnego.

Trzy traktaty stanowiące prawo pierwotne Wspólnot podlegały licznym zmianom. Obecna struktura prawa pierwotnego UE to Traktat o Unii Europejskiej (TUE) oraz Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE), który stanowi skonsolidowaną wersję TWE⁹. W pierwszych przepisach traktatów

⁹ J. Barcz (w:) J. Barcz, M. Górka, A. Wyrozumska, *Instytucje i prawo Unii Europejskiej*, Warszawa 2008, s. 54–55; M. Lejczyk, *System źródeł prawa unijnego po Traktacie Lizbońskim*, Przegląd Prawa Publicznego 2011, nr 2, s. 78.

wskazujących na podstawowe wartości, na których oparto funkcjonowanie UE, brak w odróżnieniu od TWE, odwołania do wartości gospodarczych, w tym konkurencji. Unia opiera się „na wartościach poszanowania godności osoby ludzkiej, wolności, demokracji, równości, państwa prawnego, jak również poszanowania praw człowieka, w tym praw osób należących do mniejszości. Wartości te są wspólne Państwom Członkowskim w społeczeństwie opartym na pluralizmie, niedyskryminacji, tolerancji, sprawiedliwości, solidarności oraz na równości kobiet i mężczyzn” (art. 2 TUE). Zmniejszenie znaczenia gospodarczego charakteru wartości jako przesłanki ochrony traktatowej dostrzega również doktryna, zwracając uwagę na polityczny charakter zasad traktatowych¹⁰. Nie oznacza to jednak, że ochrona konkurencji przestaje być celem UE. „Traktat Lizboński wskazuje, że handel musi być wolny i sprawiedliwy (...), i łatwiej będzie zapewnić jednakowy poziom ochrony w całej UE”¹¹. Traktaty utrzymują zasadę, iż Unia sprawuje wyłączną władzę w dziedzinie ustalania zasad konkurencji (art. 3 ust. 1 lit. b TFUE oraz część trzecia tytuł VII TFUE). Zasady traktatowe znajdują zastosowanie w stosunku do wszystkich czynności prawnych podejmowanych na terenie Unii, a więc także wobec wszelkich zamówień publicznych, niezależnie od ich wartości, jeśli tylko w sprawie będzie występował element wspólnotowy – przykładowo w przetargu będą brali udział wykonawcy z innych państw członkowskich lub oferenci będą proponować produkty pochodzące z innych państw członkowskich, a także gdy pojawi się współfinansowanie zamówienia ze środków Unii¹². Jednakże ETS, rozważając problem stosowania w sprawach dotyczących zamówień publicznych zasady *de minimis*, wskazał możliwość wprowadzenia takiej zasady. Poniżej tzw. progu bagatelności, stosowanie zasad traktatowych (równości, przejrzystości, niedyskryminacji i innych) nie znajduje, zdaniem Trybunału, uzasadnienia „z powodu szczególnych okoliczności, na przykład niewielkiego znaczenia gospodarczego”. W sytuacji gdy podmioty gospodarcze z siedzibą w innych państwach członkowskich nie byłyby zainteresowane udzielanym zamówieniem, „skutki dla swobód podstawowych należałoby uznać za zbyt nieokreślone i pośrednie, by uzasadniały sto-

¹⁰ A. Wróbel (w:) *Prawo Unii Europejskiej. Zagadnienia systemowe. Prawo materialne i polityki*, red. J. Barcz, Warszawa 2006, t. 2, s. 14.

¹¹ A. Michór, *Zasady prawa gospodarczego Unii Europejskiej*, Opolskie Studia Administracyjno-Prawne VII, Opole 2010, s. 50.

¹² A. Sołtysińska, *Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Kraków 2006, s. 42.

sowanie norm zaczerpniętych z pierwotnego prawa wspólnotowego”¹³. W doktrynie dominuje jednak pogląd chroniący konkurencję, wskazujący że nie istnieje granica wielkości zamówień, poniżej której możliwe jest odstępianie od reguł traktatowych. Byłoby to bowiem działanie, które podważa ideę traktatu, a jego nieprecyzyjność i trudność w ustaleniu takiej uniwersalnej dla całego obrotu gospodarczego skali mogłaby powodować poważne problemy w stosowaniu¹⁴.

3. Przesłanki wprowadzenia dyrektyw o zamówieniach publicznych

Traktatowe swobody i ochrona konkurencji są w prawie pierwotnym UE jedynym punktem odniesienia dla tematyki zamówień publicznych. Nie zawiera ono żadnych postanowień regulujących tę tematykę bardziej szczegółowo. Traktat rzymski nie tworzył rozwiązań odmiennych od ogólnych reguł dla zakupów dokonywanych przez organy administracji publicznej i inne osoby prawa publicznego. Należy jednak pamiętać, że przepisy prawa traktatowego są stosowane bezpośrednio, a jednostka może się na nie powoływać w celu ochrony przysługujących jej praw. Dla prawidłowego funkcjonowania systemu zamówień publicznych w wymiarze wspólnotowym okazało się to jednak niewystarczające, a zamówienia stanowiły istotną barierę rozwoju wspólnego rynku¹⁵. Rynek ten już w pierwszych dziesięciu latach od podpisania traktatu rzymskiego miał znaczący wpływ na wymianę towarową pomiędzy krajami UE, a jego wartość utrzymuje się na poziomie ok. 11% wartości PKB krajów członkowskich¹⁶. Liberalizacja i pełne wdrożenie zasad wspólnego rynku oraz usunięcie protekcyjnych rozwiązań krajowych były celem harmonizacji krajowych systemów zamówień publicznych. Do czasu przyjęcia pierwszych wspólnotowych regulacji w latach 60. XX w. (dyrektywa 64/429/EEC i 64/427/EEC) bariery narodowe oraz systemy preferencji krajowych stanowiły powszechne zjawisko w syste-

¹³ Wyrok ETS z dnia 21 lipca 2005 r. w sprawie C-231/03 *Consortio Aziende Metano (Coname) przeciwko Comune di Cingia de' Botti*, Dz. Urz. UE C 217 z 3.09.2005 r., s. 7.

¹⁴ S. Arrowsmith, *The Application of the EC to Public and Utilities Procurement*, PPLR 1995, nr 6, s. 256.

¹⁵ J.A. Winter, *Public Procurement in the EEC*, CMLR 1991, t. 28, s. 741 i n.

¹⁶ Zielona księga. *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej – w poszukiwaniu rozwiązań*, Urząd Zamówień Publicznych 1998, s. 76.

mach prawnych państw-członków Wspólnot. Dyrektywy stawiały sobie za cel usuwanie takich barier, jednak nie wprowadzały ujednoliconych (zharmonizowanych) zasad udzielania zamówień w krajach członkowskich.

Dopiero na kolejnym etapie, którym było objęcie szczegółową regulacją zamówień publicznych na roboty budowlane (a więc świadczeń o największej łącznej wartości spośród nabywanych przez sektor publiczny), wprowadzono począwszy od 26 lipca 1971 r. dyrektywą 71/305/EWG¹⁷ jednolity wspólnotowy system udzielania zamówień. Miało to na celu zwiększenie przejrzystości procedur, zwiększenie konkurencyjności i niedyskryminowanie przedsiębiorców zagranicznych. W dniu 18 lipca 1989 r. przyjęto dyrektywę 89/440/EEC¹⁸ zmieniającą unormowania procedur udzielania zamówień na roboty budowlane, zaś w wyniku tych konsolidacji przyjęto w dniu 14 czerwca 1993 r. dyrektywę 93/37/EEC¹⁹.

Następnym obszarem rynku podanym regulacji był rynek dostaw. W dniu 21 grudnia 1976 r. przyjęto dyrektywę 77/62/EEC²⁰, natomiast 22 marca 1988 r. przyjęto dyrektywę 88/295/EEC²¹ nowelizującą zasady ustalone w poprzedniej dyrektywie, a obie z nich skonsolidowano, przyjmując dyrektywę 93/36/EEC²². W dniu 18 czerwca 1992 r. została przyjęta dyrektywa 92/50/EEC²³ koordynująca procedury udzielania zamówień na usługi, w przeważającej mierze zbieżna z dyrektywami dotyczącymi procedur udzielania zamówień na dostawy i roboty budowlane.

¹⁷ Dyrektywa Rady 71/305/EWG z dnia 26 lipca 1971 r. dotycząca koordynacji procedur udzielania zamówień na roboty budowlane (Dz. Urz. WE L 185 z 16.08.1971 r., s. 5).

¹⁸ Dyrektywa Rady 89/440/EWG z dnia 18 lipca 1989 r. zmieniająca dyrektywę 71/305/EWG dotyczącą koordynacji procedur udzielania zamówień na roboty (Dz. Urz. WE L 210 z 21.07.1989 r., s. 1).

¹⁹ Dyrektywa Rady 93/37/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. dotycząca koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (Dz. Urz. WE L 199 z 9.08.1993 r., s. 54).

²⁰ Dyrektywa Rady 77/62/EWG z dnia 21 grudnia 1976 r. dotycząca koordynacji procedur udzielania zamówień na dostawy (Dz. Urz. WE L 13 z 15.01.1977 r., s. 1).

²¹ Dyrektywa Rady 88/295/EWG zmieniająca dyrektywę 77/62/EWG dotyczącą koordynacji procedur udzielania zamówień na dostawy (Dz. Urz. WE L 127 z 20.05.1988 r., s. 1).

²² Dyrektywa Rady 93/36/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynująca procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy (Dz. Urz. WE L 199 z 9.08.1993 r., s. 1).

²³ Dyrektywa Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnosząca się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi (Dz. Urz. L 209 z 24.07.1992 r., s. 1).

Odrębny reżim udzielania zamówień dotyczy tzw. zamówień sektorowych. Konieczność uregulowania zasad działalności podmiotów z pewnych sektorów dostrzegano już od połowy lat 80. XX w. Parlament Europejski w rezolucji z 1985 r.²⁴ wskazał, że wykonywanie czynności stanowiących obowiązek lub domenę władz państwowych przez podmioty zależne od państwa lub działające na podstawie udzielonych przez państwo szczególnych lub wyłącznych uprawnień nie może pozostawać poza swobodą przepływu towarów i usług. Gdy indywidualnym przedsiębiorstwom przyznawane są w trybie władczym uprawnienia, które z jednej strony sprawiają, iż przedsiębiorstwa te uzyskują szczególną pozycję w stosunku do innych przedsiębiorstw, z drugiej zaś – powodują, że podlegają wpływowi władzy publicznej, jakiego nie ma ona na inne przedsiębiorstwa, to niezbędne jest traktowanie ich jak niepoddanych swobodnej grze rynkowej, a tym samym ochrona konkurencji w ich relacjach z innymi podmiotami musi wynikać ze szczególnych przepisów. Do kategorii tej należą wszystkie sytuacje, w których państwo monopolizuje, w pełni lub częściowo, określoną dziedzinę gospodarki. Nie należą natomiast takie przypadki koncesjonowania, gdy koncesję może otrzymać każdy, kto spełnia określone warunki ustawowe²⁵. Z tych przyczyn dla sektora telekomunikacji (dyrektywa 88/301 dotycząca konkurencji na rynkach urządzeń i wyposażenia służącego do świadczenia usług telekomunikacyjnych²⁶), a także podmiotów działających w sektorach wodnym, energetyki, transportu (dyrektywa 90/531 konsolidująca również regulacje z poprzedniej wymienionej dyrektywy i obejmująca sektor telekomunikacji²⁷), przyjęto zbliżone do obowiązujących podmioty sektora publicznego regulacje chroniące konkurencję przy zawieraniu przez nie kontraktów na dostawy i roboty

²⁴ Resolution closing the procedure for consultation of the European Parliament on the communication from the Commission of the European Communities to the Council on public supply contracts – conclusions and perspectives (com(84) 717 final) (rezolucja Parlamentu Europejskiego zamykająca procedurę konsultacji pomiędzy Parlamentem a Komisją Europejską dotyczącą perspektyw legislacji w zakresie zamówień publicznych na dostawy, Dz. Urz. WE C 175 z 15.07.1985, s. 241).

²⁵ T. Skoczny (w:) *Prawo Unii Europejskiej. Zagadnienia systemowe. Prawo materialne i polityki*, red. J. Barcz, Warszawa 2003, s. 261–262; S. Hoc, *Prawo administracyjne gospodarcze. Wybrane zagadnienia*, Warszawa 2009, s. 119.

²⁶ Dyrektywa Komisji 88/301 z dnia 16 maja 1988 r. w sprawie konkurencji na rynkach końcowych urządzeń telekomunikacyjnych (Dz. Urz. WE L 131 z 27.05.1988 r., s. 73).

²⁷ Dyrektywa Rady 90/531 EWG z dnia 17 września 1990 r. dotycząca zamówień udzielanych przez podmioty działające w sektorze wodnym energii, transportu i telekomunikacji (Dz. Urz. WE L 297 z 29.10.1990 r., s. 1).

z innymi przedsiębiorcami. W związku z objęciem w 1992 r. regulacjami wspólnotowymi także zamówień na usługi (opublikowana została dyrektywa 92/50), dyrektywa dotycząca podmiotów działających w wymienionych sektorach została również uzupełniona postanowieniami rozszerzającymi jej zakres przedmiotowy na zamówienia na usługi, w drodze przyjęcia w dniu 14 czerwca 1993 r. dyrektywy 93/38/EEC²⁸.

W 2004 r. weszły w życie nowe, obowiązujące obecnie dyrektywy: dyrektywa 2004/18/WE²⁹, która koordynuje procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy, usługi i roboty budowlane i uchyla obowiązujące do tej pory dyrektywy: 92/50, 93/36 i 93/37, oraz dyrektywa 2004/17/WE³⁰, która zastąpiła dyrektywę 93/38 dotyczącą zamówień sektorowych.

4. Od protekcjonizmu do ochrony konkurencji i od ochrony konkurencji do efektywności zakupów publicznych

Priorytetem pierwszych dyrektyw – 64/429/EEC i 64/427/EEC – było uporządkowanie rynku zamówień publicznych poprzez usunięcie barier narodowych oraz likwidację preferencji krajowych, a więc eliminację zachowań protekcjonistycznych, chroniących własny rynek i stworzenie warunków równej konkurencji dla przedsiębiorców z innych państw członkowskich. Były to wyłączne cele tych dyrektyw. U podstaw wspólnotowego systemu zamówień publicznych legła więc nawet nie tyle ochrona konkurencji, co tworzenie warunków dla zaistnienia konkurencji i eliminacja ochrony własnych rynków. W literaturze można jednak czasami odnaleźć także inny pogląd na temat motywów tworzenia

²⁸ Dyrektywa Rady 93/38/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynująca procedury udzielania zamówień publicznych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (Dz. Urz. WE L 199 z 9.08.1993 r., s. 84).

²⁹ Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. Urz. UE L 134 z 30.04.2004 r., s. 114).

³⁰ Dyrektywa 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz. Urz. UE L 134 z 30.04.2004 r., s. 1).

systemu zamówień publicznych. Wskazuje on prymat dążenia do racjonalizacji wydatków publicznych, a ochronę konkurencji widzi jako efekt wtórny³¹. Pogląd ten, w mojej ocenie, nie oddaje jednak zasadniczych dążeń ustawodawcy wspólnotowego, zmierzającego do usuwania barier w handlu, a zadanie to, aż do początku lat 90., stanowiło priorytet wspólnotowego prawa zamówień publicznych. Mimo to, aż do 1992 r. (art. 31 dyrektywy 93/37/EWG) dopuszczalne było stosowanie preferencji regionalnych polegających na prawie lub obowiązku zlecenia części zamówień wykonawcom lokalnym lub użycia produktów lokalnych, a także na stosowaniu cenowych preferencji dla wykonawców z danego regionu³². Taki okres dopuszczalności preferencji regionalnych był krytykowany przez ETS, który wskazywał na ich niezgodność z traktatem³³.

W sprawie *Du Pont de Nemours SpA przeciwko Unita sanitaria di Carrara* ETS orzekł, że prawo włoskie zobowiązujące zamawiających do uzyskania przynajmniej 30% wszystkich dostaw od przedsiębiorstw rolnych i przemysłowych działających na terenie Włoch Południowych jest niezgodne z prawem wspólnotowym. Naruszenia doznaje w tym przypadku zasada swobodnego przepływu towarów oraz zasada konkurencji, ponieważ towary pochodzące z innych państw członkowskich są traktowane w sposób dyskryminacyjny. Rząd włoski argumentował, że preferencje nie mają charakteru dyskryminującego ze względu na narodowość, ponieważ odnoszą się także do przedsiębiorstw włoskich z innych regionów. Zdaniem ETS należy jednak zauważyć, że wszystkie produkty objęte systemem preferencji są wyłącznie produktami krajowymi. Ponadto fakt, że ograniczający skutek, jaki środek wywiera na import, nie zapewnia uprzywilejowanej pozycji wszystkim krajowym produktom, a jedynie niektórym, nie wyłącza tego środka z zakazu zawartego w art. 28 TWE³⁴.

Przykładem preferencji były obowiązujące w polskim systemie prawnym preferencje krajowe, wprowadzone ustawą z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych. Zgodnie z art. 4 pkt 3 ustawy z dnia 22 czerwca 2001 r.

³¹ E. Smirnov, *Sounds procurement – making it happen* (w:) *Law in Transition*, Autumn 2010, s. 1.

³² M. Lemke (w:) *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej, dyrektywy dotyczące zamówień publicznych na usługi, dostawy i roboty budowlane*, red. M. Lemke, Warszawa 2001, s. 28.

³³ Tak ETS w wyroku z dnia 20 marca 1990 r. w sprawie C-21/88 oraz w wyroku z dnia 3 czerwca 1992 r. w sprawie C-360/89.

³⁴ Wyrok ETS z dnia 20 marca 1990 r. w sprawie C-21/88 *Du Pont de Nemours Italiana SpA przeciwko Unita sanitaria locale*, Zb. Orz. 1990, s. I-00889.

o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych³⁵ przyjęto, że przepisy znoszące obowiązek stosowania preferencji krajowych przy udzielaniu zamówień publicznych wejdą w życie z dniem uzyskania przez RP członkostwa w UE. Jednocześnie na mocy art. 67 Układu Europejskiego z dnia 16 grudnia 1991 r. ustanawiającego stowarzyszenie między RP a Wspólnotami Europejskimi i ich państwami członkowskimi, przedsiębiorstwa Wspólnoty otrzymały dostęp do procedur przetargowych w Polsce na zasadzie traktowania nie mniej korzystnego niż traktowanie przedsiębiorstw polskich od 1 lutego 2004 r. Należy zauważyć, że już od 1 stycznia 2001 r. preferencje nie miały jednak charakteru *stricte* krajowego i dotyczyły poza przedsiębiorcami polskimi również przedsiębiorstw z państw-sygnatariuszy Środkowoeuropejskiej Umowy o Wolnym Handlu (CEFTA)³⁶. Stosowanie preferencji krajowych przy udzielaniu zamówienia publicznego miało na celu uprzywilejowane traktowanie podmiotów krajowych (i innych zrównanych w prawach z krajowymi na zasadzie wzajemności).

Szczególnie rażące ograniczenie konkurencji było dopuszczane w przypadku zamówień o wartości nieprzekraczającej równowartości 30.000 euro, przy których udzielaniu zamawiający mógł ograniczyć udział w postępowaniu do dostawców lub wykonawców krajowych oraz zagranicznych mających oddział lub przedstawicielstwo w RP.

Należy zauważyć, że preferencje we wszystkich zamówieniach, a więc również większych, miały charakter produktowy, tj. nie preferowały wprost uczestników postępowania, lecz wykorzystywanie towarów pochodzenia krajowego. Zamawiający miał obowiązek żądać użycia co najmniej 50% wartości surowców i produktów krajowych oraz (przy robotach budowlanych) 50% udziału podmiotów krajowych w wykonaniu zamówienia, a mógł zażądać, aby 100% prac objętych zamówieniem było wykonane przy wykorzystaniu podmiotów, surowców i produktów krajowych. Aby preferencje krajowe mogły być stosowane w zamówieniach o skali największej (ponad 200.000 euro) przy nabywaniu robót budowlanych, wymagana była zgoda na Prezesa UZP. Obowiązkową formą preferencji krajowych w zamówieniach o wartości ponad 3000 euro było przeliczanie ceny dla porównania i oceny ofert w taki sposób, który nakazywał wyższą ocenę ofert krajowych (z krajowych towarów) w stosunku do pozostałych.

³⁵ Ustawa z dnia 22 czerwca 2001 r. o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych (Dz. U. Nr 76, poz. 813).

³⁶ Umowa o Wolnym Handlu (CEFTA) zawarta przez Republikę Czeską, Republikę Węgierską, Republikę Słowacką i Rzeczpospolitą Polską z dnia 21 grudnia 1992 r. (Dz. U. z 1994 r. Nr 129, poz. 637, zał. z późn. zm.).

Nie zawsze jednak preferencje muszą mieć charakter dyskryminacyjny. „Preferencje dla drobnych wytwórców przewidywano w § 13 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 29 stycznia 1937 r. o dostawach i robotach na rzecz Skarbu Państwa samorządu oraz instytucji prawa publicznego. Zgodnie z jego brzmieniem w przypadku jeżeli oferowana cena i pozostałe warunki są jednakowe, wówczas należy dać pierwszeństwo rynkowi miejsca pracy z zastrzeżeniem tzw. szeregu preferencyjnego – najpierw należało wybrać ofertę przygotowaną przez rzemieślników zrzeszonych w organizacjach o charakterze zarobkowym, np. spółdzielniach, potem rzemieślnikom niezrzeszonym, a na samym końcu przemysłowcom”³⁷. Uważano, że przyczyni się to do rozwoju małych przedsiębiorstw, a tym samym wzmocnienia konkurencji rynkowej. To rozwiązanie należy ocenić jako szczególnie interesujące, prokonkurencyjne i w pewnym stopniu możliwe do wykorzystania w obecnym systemie prawnym. Prawo unijne i polityka wspierania małych i średnich przedsiębiorstw także wskazuje na konieczność wsparcia sektora MŚP, podobnie jak polskie ustawodawstwo – art. 103 u.s.d.g. (por. rozdz. II pkt 2). Wprowadzenie takich preferencji, o ile udałoby się ustalić bagatelny próg ich stosowania, nie naruszyłoby traktatu³⁸. Nie naruszałoby także postanowień dyrektyw o zamówieniach publicznych oraz traktatowej zasady niedyskryminacji z powodów narodowych, gdyby wsparcie MŚP dotyczyło zamówień mniejszych, nieobjętych przepisami dyrektyw oraz obejmowało MŚP z całej UE, a nie tylko z Polski.

Pierwsze dyrektywy, zdaniem KE, szybko okazały się niewystarczające dla skutecznej ochrony konkurencji przy udzielaniu przez państwa członkowskie zamówień publicznych o większej wartości. Podjęto więc działania zmierzające do opracowania systemu prawnego szczegółowo regulującego sposoby postępowania przy udzielaniu zamówień. Podwaliny wspólnotowego systemu prawnego w zakresie zamówień publicznych stworzono w wyniku przyjęcia dyrektywy 71/305/EEC ustalającej zasady udzielania zamówień na roboty budowlane, a 5 lat później dyrektywy 77/62/EEC dotyczącej nabywania dostaw. Celem obu dyrektyw było zwiększenie przejrzystości procedur, niedyskryminowanie przedsiębiorców zagranicznych (z innych krajów Wspólnoty), a także zwiększenie faktycznej konkurencji. Roboty budowlane, które objęto dyrektywą, miały wartość

³⁷ P. Szustakiewicz (w:) M. Chmaj, G. Herc, E. Komorowski, P. Szustakiewicz, *Zamówienia publiczne. Podręcznik*, Warszawa 2008, s. 24.

³⁸ Por. wyrok ETS z dnia 21 lipca 2005 r. w sprawie C-231/03 *Conсорzio Aziende Me-tano (Coname) przeciwko Comune di Cingia de' Botti*.

1 mln ECU³⁹, lecz – jak wynika z preambuły do dyrektywy – zamiarem Komisji było obniżenie tej wartości w pracach legislacyjnych. Zamiar ten nie został nigdy urzeczywistniony, natomiast w następnych dyrektywach kwota, od której stosuje się przepisy wspólnotowe, została podniesiona początkowo do 5 mln ECU w dyrektywie 93/37 EWG (art. 6 ust. 1 dyrektywy), aż do 6,242 mln euro przy przyjmowaniu dyrektywy 2004/18.

Dyrektywy 93/37/EEC oraz 93/36/EEC konsolidujące przepisy dotyczące zamówień odpowiednio na roboty budowlane oraz dostawy, a także dyrektywa 92/50/EEC koordynująca procedury udzielania zamówień na usługi, to akty prawne, których uchwaleniu towarzyszył pogląd, że ochrona konkurencji jest szczególnie istotna w przypadku zamówień o skali wspólnotowej, zaś za niewymagające szczegółowej ochrony uznano zamówienia o wartości do 5 mln ECU w przypadku robót oraz 200 tys. ECU dla dostaw i usług⁴⁰. Z uzasadnienia do tych dyrektyw wynika, że zdaniem Komisji skuteczność ochrony konkurencji została osiągnięta w istotnym stopniu dzięki istniejącym regulacjom wspólnotowym i krajowym, a wprowadzenie do krajowych zasad prawnych rozwiązań zapewniających respektowanie swobód traktatowych pozwala na podniesienie progów, od których muszą być stosowane przepisy wprowadzone dyrektywami. Znaczne zwiększenie wartości zamówień, od której uzależnione jest stosowanie dyrektywy na roboty, zostało zrównoważone bardziej szczegółowymi przepisami, które zamawiający są obowiązani stosować przy udzielaniu zamówień, dotyczącymi przede wszystkim:

- zakresu informacji podawanych w ogłoszeniach (ujednoliconego w skali wspólnotowej);

³⁹ ECU – europejska jednostka walutowa (European Currency Unit), utworzona w 1979 r., oparta na koszyku walut państw członkowskich z udziałem proporcjonalnym do wielkości gospodarki. Traktat z Maastricht ustalił stały skład koszyka walutowego, który tworzyły: w 33,2% marka niemiecka, w 20,7% frank francuski, w 10,4% gulden holenderski, w 10,3% funt brytyjski, w 8,5% frank belgijski, w 7,3% lir włoski, w 4,3% peseta hiszpańska, w 2,7% korona duńska, w 1% funt irlandzki, w 0,7% escudo portugalskie, w 0,5% drachma grecka oraz w 0,3% frank luksemburski. ECU była środkiem obrachunkowym i płatniczym w operacjach międzybankowych, środkiem służącym gromadzeniu rezerw walutowych. Została zastąpiona przez euro – walutę europejską.

⁴⁰ Przystąpienie Wspólnoty do umowy o zamówieniach publicznych GPA spowodowało kilkuprocentowy wzrost tych progów wskutek dostosowania do zasad umownych. Zamówień na roboty budowlane dotyczył od chwili przystąpienia do GPA próg 5 mln SDR (a więc ok. 5,360 tys. euro), zaś dostaw i usług 200 tys. SDR (214 tys. euro), a dla organów centralnych 130 tys. SDR (ok. 140 tys. euro).

- dopuszczalnych kryteriów, spośród których zakaz stosowania kryteriów podmiotowych, odnoszących się do właściwości wykonawcy, stał się od tej pory jednym z zasadniczych instrumentów zapobiegających preferowaniu określonych wykonawców; ocena ofert wyłącznie w świetle kryteriów dotyczących przedmiotu zamówienia zapewniająca znacznie dalej idący obiektywizm to w ochronie konkurencji jedno z istotniejszych osiągnięć ustawodawcy wspólnotowego;
- zasad tworzenia opisu przedmiotu zamówienia w oparciu o wspólnotowe standardy techniczne – co zapobiega dyskryminacji ze względu na używane produkty pochodzące z różnych krajów, w praktyce sprowadzając się do ochrony wykonawców z tych krajów przed praktykami eliminującymi ich z postępowania poprzez konieczność spełniania krajowych standardów przez oferowane wyroby.

O ile zastąpieniu odrębnych dyrektyw właściwych dla robót, dostaw i usług wspólną dyrektywą 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi towarzyszyło podniesienie wartości zamówień, od której powstaje obowiązek stosowania dyrektyw (por. wyżej), to już pierwsze zmiany dyrektywy 2004/18 zmierzały do przywrócenia poprzednich wartości zobowiązujących do stosowania dyrektyw. W przypadku robót budowlanych próg obniżono początkowo do 5,278 mln euro, następnie 5,150 mln, a począwszy od 1 stycznia 2010 r. do 4,845 mln euro. Od 1 stycznia 2012 r. podniesiony nieznacznie – do 5 mln euro. Odpowiednio obniżano również progi stosowania dyrektywy dla nabywania dostaw i usług⁴¹. Taki kierunek zmian nie wynika z pogarszających się warunków konkurencji oferowanych przez przepisy krajowe, ale jest pochodną coraz głębszej integracji Unii i dążenia do harmonizacji warunków prowadzenia działalności. Łatwość świadczenia usług i dostaw transgranicznych poprzez nowe elektroniczne formy komunikacji powoduje wzrost zainteresowania stosunkowo niewielkimi zamówieniami udzielanymi w innych krajach. Stąd tendencja do zbliżania ustawodawstw jest działaniem prokonkurencyjnym, zapewniającym łatwość poruszania się wykonawców z różnych państw w systemach prawnych krajów trzecich.

⁴¹ Dla zamawiających sektora rządowego ze 154 tys. euro do 137, a następnie do 133 i 125 tys. euro, zaś w pozostałych sektorach z 236 tys. euro do 211, następnie 206, a w końcu do 193 tys. euro. Od 1 stycznia podniesiony nieznacznie do 200 tys. euro.

Przy przyjmowaniu dyrektywy 2004/18, a także dyrektywy 2004/17 (tzw. sektorowej), ochrona konkurencji nie była jednak jedynym i najważniejszym celem. Uzasadnienie dla ich uchwalenia wskazuje przede wszystkim na zapewnienie podatnikom i klientom usług o najwyższej jakości, a także na względy ekonomiczne związane z zamówieniami publicznymi – służące dokonywaniu efektywnych zakupów. Trafnie zauważają E. Nowińska i Ch. Schnell, że obecnie w prawie wspólnotowym podstawowe zasady mają na celu udostępnienie rynku zamówień publicznych wszystkim przedsiębiorcom na równych zasadach w celu realizacji podstawowego celu zamówień publicznych, jakim jest efektywne wydatkowanie środków publicznych⁴². Ochrona konkurencji z celu stała się więc metodą zapewniania efektywności wydatków.

Przyjęcie dyrektyw, zdaniem KE, powinno doprowadzić do znacznych oszczędności w wydatkach ponoszonych przez władze publiczne, a tym samym przez podatników⁴³. Cele fiskalne i ekonomiczne, a także polityka redukcji deficytu finansowego stały się nadrzędne wobec ochrony konkurencji. Komisja przyjmowała, że już poprzednie dyrektywy przyczynią się do znaczących oszczędności, sięgających 22 mld ECU i będą stanowić ponad 10% wszelkich oszczędności wynikających z likwidacji wszelkich barier w funkcjonowaniu wspólnego rynku⁴⁴. Mimo braku badań statystycznych sama Komisja wątpiła jednak, czy oszczędności takie udało się osiągnąć. Dlatego też nowym dyrektywom – służącym osiągnięciu oszczędności – towarzyszą opracowane przez EUROSTAT metody badawcze służące ocenie między innymi ekonomicznej racjonalności wydatków publicznych w poszczególnych krajach Unii, a dyrektywy nakazują przekazywanie Komisji corocznych raportów o skali zamówień udzielonych w poszczególnych krajach⁴⁵.

Komisja Europejska w tym samym dokumencie (*Zielona księga. Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej – w poszukiwaniu rozwiązań*) konstatuje, że ramy ustawodawcze, dotyczące otwartych i opartych na zasadach konkurencyjności zamówieniach publicznych, zostały już ustalone, a konkurencyjność w dziedzinie zamówień publicznych jest zjawiskiem częstszym niż kiedykolwiek. Res-

⁴² E. Nowińska, Ch. Schnell, *Konkurencja w przetargu to nie wszystko*, Rzeczpospolita z dnia 15 kwietnia 2010 r., s. C6.

⁴³ *Zielona księga. Zamówienia publiczne...*, s. 14.

⁴⁴ Raport Cecchiniego (w:) Informacja Komisji dla Rady i Parlamentu Europejskiego w sprawie Wspólnotowej polityki zwalczania korupcji (COM(97) 0192-C4-0273/97), Bruksela 1988.

⁴⁵ *Zielona księga. Zamówienia publiczne...*, s. 33.

pektując zasady zachowywania konkurencji, podstawowym zadaniem rządów państw członkowskich oraz ustawodawcy jest dążenie do przejrzystości systemu (rozumianego w szczególności jako oddalanie podejrzeń o jakiegokolwiek pozaprawne preferencje). Z systemu zamówień publicznych należy wyeliminować relacje oparte na zwyczajach, szczególnych powiązaniach i niejasnych zachowaniach. Takie działanie będzie prowadzić do efektywności wydatków. Konkurencyjność pomiędzy przedsiębiorstwami nie jest więc już tworzona przez system zamówień publicznych. Przeciwnie – to dzięki istniejącej i podlegającej ochronie konkurencji system zamówień publicznych staje się coraz bardziej efektywnym środkiem oszczędności i racjonalności wydatków. Odejście od zasadniczego celu – wzmacniania konkurencji ponadnarodowej i likwidacja barier w przepływie towarów, usług, osób i kapitału – nie zostaje jednak w ustawodawstwie dotyczącym zamówień zastąpione wyłącznie dążeniem do efektywności zakupów. Przeciwnie – system staje się według zasad Komisji instrumentem realizacji innych polityk prokonkurencyjnych, nastawionych na wspieranie innych celów Unii – polityki wobec małych i średnich przedsiębiorstw czy polityki społecznej. Poprzez odejście od bezwzględnej zasady równego traktowania, twórcy nowego podejścia do zamówień publicznych czynią zeń instrument wsparcia dla podmiotów, które mają utrudnioną pozycję w konkutowaniu na rynku (małe przedsiębiorstwa, osoby niepełnosprawne lub przedsiębiorstwa zatrudniające niepełnosprawnych).

Teza ta znajduje potwierdzenie już w punkcie 1 preambuły do dyrektywy 2004/18 stanowiącym, że dyrektywa, opierając się na orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości, umożliwi zaspokojenie przez instytucje zamawiające potrzeb określonej grupy odbiorców publicznych. Punkt 5 preambuły na równi z ochroną konkurencji stawia ochronę środowiska. Sformułowanie, że jednym z celów dyrektyw jest wskazanie, jak instytucje zamawiające mogą przyczynić się do ochrony środowiska oraz promocji nieustannego rozwoju, zapewniając jednocześnie możliwość uzyskania jak najbardziej rentownych zamówień, można odczytywać nawet jako prymat działań proekologicznych nad ekonomią. Taki cel nie ogranicza jednak konkurencji, jest działaniem równoważącym przejawiające się w wielu miejscach dyrektyw dążenie do zwiększania efektywności wydatków i oszczędności innym celem. Celem tym we wcześniejszych dyrektywach była przede wszystkim chęć wzmacniania konkurencji, obecnie zaś cele środowiskowe uzyskały z ochroną konkurencji równy status. Wydaje się, że wynika to z przekonania wspólnotowego ustawodawcy, iż konkurencja w rozumieniu traktatowym – tj. poszanowania zasady swobody przepływu towarów, swobody za-

kładania przedsiębiorstw oraz swobody świadczenia usług, a także zasad z nich się wywodzących, takich jak: zasada równego traktowania, zasada niedyskryminacji, zasada wzajemnej uznawalności, zasada proporcjonalności oraz zasada przejrzystości – została osiągnięta. Zwrócono więc uwagę na inne cele. Ochrona konkurencji pozostaje zasadniczym celem w tych obszarach funkcjonowania gospodarki, gdzie możliwe są jej zakłócenia poprzez wykorzystywanie uprzywilejowanej ekonomicznie lub prawnie pozycji. Poza tworzeniem rozwiązań przyjaznych dla małych i średnich przedsiębiorców, podmiotów zatrudniających osoby niepełnosprawne, zwrócono więc uwagę również na zagrożenie dla zasad konkurencji poprzez uprzywilejowywanie podmiotów publicznych. Punkt 2 preambuły wskazuje więc, że państwa członkowskie powinny zapewnić, aby udział instytucji prawa publicznego w charakterze oferenta w procedurze udzielania zamówień publicznych nie powodował zakłócenia konkurencji dla oferentów prywatnych.

O tym, że czas, gdy ekonomiczny aspekt dyrektyw był jedynym lub dominującym celem ich wydania minął, a zamówienia publiczne stały się elementem zintegrowanej wieloaspektowej polityki Unii wyraźnie świadczy pkt 6 preambuły do dyrektywy 2004/18. Wskazuje on, że żaden z przepisów dyrektywy nie powinien stanowić przeszkody stosowania rozwiązań niezbędnych do ochrony polityki i moralności publicznej, bezpieczeństwa i zdrowia publicznego, zdrowia ludzi i zwierząt lub też ochrony roślin. O ile obronność, bezpieczeństwo i szczególnie interes państwa były podnoszone jako nadrzędne wobec przestrzegania reguł konkurencji już w dyrektywach poprzednich, to moralność publiczna pojawia się po raz pierwszy. Wydaje się, że została ona potraktowana na równi z ochroną innych dóbr społecznych – jako element dorobku socjalno-kulturowego, a te w nowych dyrektywach mają znaczenie nadrzędne nad zasadą konkurencji. Ochroną kulturalnych i społecznych aspektów życia przed zdominowaniem przez konkurencję opartą na ekonomii ustawodawca wspólnotowy uzasadnił odstępstwo od stosowania dyrektyw przy nabywaniu usług audiowizualnych takich jak opracowywanie, produkcja lub koprodukcja programów gotowych oraz innych usług przygotowawczych (usługi związane z pisaniem scenariuszy lub innymi rodzajami twórczości artystycznej niezbędnymi w produkcji programów).

Tendencja w dążeniu do uczynienia z przepisów o zamówieniach publicznych instrumentu realizacji innych niż polityka konkurencji celów Unii jest trwała. Komunikat Komisji dotyczący ustawodawstwa Wspólnoty w dziedzinie zamówień publicznych oraz możliwości zintegrowanego społecznego podejścia

do zamówień KOM (2001) 566⁴⁶, będący kontynuacją Komunikatu z 1998 r. „Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej”, wskazuje na celowość uwzględniania w procedurach przetargowych nie tylko podstawowych zasad niedyskryminacji (kobiet, niepełnosprawnych), ale również realizacji w ten sposób polityki społecznej. Za szczególnie istotny cel uznano integrację bezrobotnych i zwalczanie ich społecznego wykluczenia. W kolejnym Komunikacie „Odnowiona agenda społeczna. Możliwości, dostęp i solidarność w Europie XXI wieku” – KOM (2008) 412⁴⁷ Komisja także wskazuje, że poza ochroną konkurencji, cele takie jak potrzeby edukacji, ochrona zdrowia, rynek pracy itp. powinny być uwzględniane przy wyborze najlepszej oferty w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Dyskusja na temat celów, które powinny być realizowane z wykorzystaniem przepisów o zamówieniach publicznych, trwa. W dniu 27 stycznia 2011 r. KE ogłosiła *Zieloną księgę*, która rozpoczęła dyskusję o zmianie wspólnotowych przepisów o zamówieniach publicznych⁴⁸. Podniesiono w niej kilka interesujących kwestii. Pierwszą z nich jest wyraźny powrót do ochrony konkurencji jako zasadniczego celu przepisów o zamówieniach publicznych. Już w pkt 1, odpowiadając na pytanie „Na czym polegają przepisy o zamówieniach publicznych?”, pada stwierdzenie, że mają one służyć zapewnieniu konkurencji. Stanowisko Rządu RP wobec propozycji zawartych w *Zielonej księdze* z dnia 27 stycznia 2011 r. zostało wyrażone 25 marca 2011 r. Polska poparła dotychczasową politykę UE wskazującą na zasadność wykorzystywania przepisów o zamówieniach publicznych do realizacji polityk UE innych niż ochrona konkurencji. Nie uznała jednak za właściwe dalsze rozszerzanie celów realizowanych z wykorzystaniem przepisów o zamówieniach publicznych. Zdaniem Polski „Zamówienia publiczne mają w sobie ogromny potencjał, który może pomóc realizować cele innych polityk. Polska popiera szerokie wykorzystanie zamówień publicznych do realizacji celów z zakresu innych polityk, w szczególności ochrony środowiska, bardziej efektywnego gospodarowania zasobami i większej efektywności energetycznej, przeciwdziałania zmianom klimatu, promowania innowacji i włączenia społecznego, a także zapewnienia

⁴⁶ Zob. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2001:0566:FIN:EN:PDF>.

⁴⁷ Zob. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0412:FIN:PL:PDF>.

⁴⁸ *Zielona księga w sprawie modernizacji polityki UE w dziedzinie zamówień publicznych: W kierunku zwiększenia skuteczności europejskiego rynku zamówień* (KOM 2011 wersja 15 ostateczna).

możliwie najlepszych warunków dla świadczenia wysokiej jakości usług publicznych. (...) Nakładanie zobowiązań na zamawiających w zakresie realizacji celów innych polityk z uwagi na niebezpieczeństwo przeregulowania wymaga szczególnej ostrożności”⁴⁹. Mimo to rola przepisów o zamówieniach publicznych w ochronie konkurencji nie została podkreślona. Stanowisko to ogranicza się do twierdzenia, że prokonkurencyjny charakter mają przepisy, których celem jest zapobieganie konfliktowi interesów oraz sytuacjom korupcyjnym⁵⁰. Nie negując celowości takich działań, warto zauważyć, że nie są one istotą ochrony konkurencji, lecz raczej eliminacją patologii, co nie może zastępować działań prokonkurencyjnych. Stanowisko takie jest konsekwencją wcześniejszego poglądu Rządu, który, dzieląc dotychczasowy pogląd KE, przyjął dokument, popierający tzw. społecznie odpowiedzialne zamówienia publiczne. Promocja godnej pracy, poszanowanie praw człowieka i prawa pracy, wsparcie społecznego włączenia osób niepełnosprawnych, ekonomia społeczna i wsparcie MŚP poprzedzają w nim traktowaną marginalnie zasadę uczciwego i etycznego handlu i uczciwej konkurencji⁵¹.

Tak szerokie zdefiniowanie celów, które mogą być realizowane poprzez odpowiednie kształtowanie przepisów o zamówieniach publicznych, a przez to ograniczenie znaczenia zasady konkurencji może rodzić zagrożenia, a także utrudnić realizację tych celów – w szczególności ekonomicznych. Dla przedsiębiorców zasada ochrony konkurencji jest gwarancją uczciwości systemu zamówień publicznych i skłania do zaangażowania się w działalność na tym rynku. Zaufanie do reguł konkurencji sprawia, że liczba wykonawców ubiegających się o publiczne kontrakty wzrasta, a w konsekwencji wskutek konkurencji spadają ceny i rośnie jakość oferowanych świadczeń⁵². Ekonomiczne efekty nadmierności celów mogą być więc odmienne od zakładanych.

W doktrynie prezentowany jest także pogląd odmienny, wskazujący, że właśnie nadmierne otwarcie na konkurencję grozi pogorszeniem efektów uzyskiwanych w zakupach publicznych. Wzrost ryzyka w przypadku zawierania umów z niezwyfikowanymi w praktyce (nieznanymi), ale najtańszymi przedsiębior-

⁴⁹ Stanowisko Rządu RP w odniesieniu do *Zielonej księgi w sprawie modernizacji polityki UE w dziedzinie zamówień publicznych: W kierunku zwiększenia skuteczności europejskiego rynku zamówień* (KOM (2011) 15), przyjęte w dniu 25 marca 2011 r., s. 4–10.

⁵⁰ Tamże, s. 5.

⁵¹ Krajowy Plan Działań w zakresie zrównoważonych zamówień publicznych na lata 2010–2012, przyjęty przez Radę Ministrów w dniu 14 czerwca 2010 r., www.uzp.gov.pl.

⁵² M. Lemke (w:) *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej...*, s. 25.

cam, utrata możliwości czerpania korzyści z długotrwałej współpracy z tym samym wykonawcą to najczęściej podnoszone wady systemu zamówień publicznych⁵³. Postawionej tezie nie towarzyszy prezentacja dowodów wskazujących na jej słuszność. Wydaje się, że wątpliwości co do zasadności bezwzględnej ochrony konkurencji wynikają z braku uwzględnienia rozwiązań możliwych do zastosowania przy zachowaniu konkurencji, a bez wskazywanych negatywnych efektów. Skutek przyjmowania oferty najtańszej może być oczywiście zupełnie nieakceptowany – wadliwość, niska jakość, częste awarie, zagrożenia bezpieczeństwa, to tylko typowe zagrożenia takiego wyboru. Zasada konkurencji nie sprowadza się jednak do wyboru ofert najtańszych. Zamawiający – zgodnie z dyrektywową i ustawową definicją – wybierają ofertę najkorzystniejszą, a nie najtańszą. Oferta najkorzystniejsza zaś to taka, która przedstawia najlepszy bilans ceny i innych kryteriów oceny ofert (art. 53 dyrektywy 2004/18, art. 55 dyrektywy 2004/17 oraz art. 2 pkt 5 p.z.p.). Te inne kryteria to między innymi kryteria jakościowe, funkcjonalne czy środowiskowe, pozwalające na wybór ofert spełniających najlepiej inne niż cenowe oczekiwania zamawiającego.

⁵³ Ch. Bovis, *The Liberalisation of Public Procurement and its Effects on the Common Market*, Ashgate 1998, s. 164.

KONKURENCJA JAKO WARTOŚĆ W SYSTEMIE PRAWNYM RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

1. Konstytucyjna zasada wolności gospodarczej jako podstawa konkurencji

Konstytucja RP stanowi, że wolność działalności gospodarczej jest jedną z podstaw „społecznej gospodarki rynkowej” (art. 20). Społeczna gospodarka rynkowa to gospodarka oparta na prawach rynku, w której zasady wolnorynkowe stanowią podstawowe reguły życia gospodarczego, ale państwo aktywnie oddziałuje na gospodarkę. Prognozuje i programuje życie gospodarcze w skali makroekonomicznej, wspomaga mechanizm rynkowy dla zbliżenia go do stanu trwałej równowagi⁵⁴. Wypełniając swe funkcje, państwo może więc ingerować w gospodarkę tam, gdzie to konieczne dla wypełniania tak opisanej roli. Zgodnie z art. 22 Konstytucji RP „ograniczenie wolności działalności gospodarczej jest dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny”.

Wolność gospodarcza wymieniana jest w Konstytucji w rozdziale I „Rzeczpospolita”. Jest więc zasadą ustroju gospodarczego państwa⁵⁵. „Tak określona wolność gospodarcza, jako zasada ustrojowa, determinuje zarówno treść aktów prawotwórczych, jak i wyznacza granicę stanowienia i stosowania prawa poprzez swoją moc derogującą”⁵⁶. Przypisanie wolności gospodarczej, a więc również prawu do konkurencji, cech zasady konstytucyjnej stawia ją na równi z innymi ustanowionymi w niej zasadami, z których żadna nie ma charakteru nad-

⁵⁴ S. Hoc, *Prawo administracyjne gospodarcze...*, s. 31.

⁵⁵ K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze publiczne*, Warszawa 2009, s. 89.

⁵⁶ C. Banasiński (w:) C. Banasiński, H. Gronkiewicz-Waltz, D. Szafrński, M. Wierzbowski, M. Wyrzykowski, *Prawo gospodarcze. Zagadnienia administracyjno-prawne*, Warszawa 2005, s. 49.

rzędnego. Zasada swobody prowadzenia działalności gospodarczej podlega jednak ograniczeniu relatywnie łatwiej niż na przykład wolność osobista czy prawa polityczne. Podobnie jak w przypadku wszelkich zasad ograniczenie wolności prowadzenia działalności i konkurencji może mieć miejsce ze względu na konieczność realizacji innej zasady konstytucyjnej. O ile jednak w przypadku wolności osobistych nadrzędność interesu publicznego nie zyskuje priorytetu, to Trybunał Konstytucyjny wskazuje, że interes publiczny, a więc problem występujący każdorazowo w przypadku udzielania zamówień publicznych, może być jedną z podstawowych przyczyn ograniczania swobody prowadzenia działalności gospodarczej⁵⁷.

Poza ujęciem konstytucyjnym, prawo do wolnego wykonywania działalności gospodarczej powtórzono w ustawie o swobodzie działalności gospodarczej, która uszczegóławia konstytucyjną zasadę, stanowiąc w art. 6 ust. 1, że: „podejmowanie, wykonywanie i zakończenie działalności gospodarczej jest wolne dla każdego na równych prawach, z zachowaniem warunków określonych przepisami prawa”. Oznacza to, że o tym, czy oraz w jakiej formie prawnej, w jakiej dziedzinie, podjąć działalność decyduje wyłącznie obywatel i władze publiczne nie są władne go w tym zakresie ograniczyć w inny sposób, niż w drodze ustawy określającej szczególnie reguły podejmowania działalności w niektórych dziedzinach. Przepis art. 6 u.s.d.g. obejmuje również swobodę wykonywania działalności, czyli możliwość podejmowania decyzji o metodach, obszarach i wszelkich innych aspektach działalności na własny rachunek i odpowiedzialność. Ustawa stanowi jednak, iż podmioty mogą realizować przysługujące im prawo do wolnego prowadzenia działalności gospodarczej po uzyskaniu wpisu do rejestru przedsiębiorców w KRS albo do Ewidencji Działalności Gospodarczej (art. 14 u.s.d.g.). Wymóg ten (o charakterze formalnym) jest jednak niezbędny tylko do stałego i zorganizowanego prowadzenia działalności o charakterze zarobkowym, gdyż te cechy konstytutywne przesadzają o fakcie, że jakieś czynności stanowią działalność gospodarczą. Incydentalne wykonywanie czynności zarobkowych (w tym również na rynku zamówień publicznych) nie wymaga prowadzenia działalności gospodarczej i jej rejestracji. Taki kształt przepisów o zamówieniach publicznych jest szczególnie ważny dla ochrony konkurencji w małych zamówieniach. Mimo pełnej swobody prowadzenia działalności gospodarczej założenie (rejestracja) przedsiębiorstwa w Polsce wciąż zajmuje więcej czasu, niż wynoszą ustawowe terminy składania ofert (lub wniosków) w po-

⁵⁷ Orzeczenie TK z dnia 26 kwietnia 1995 r., K 11/94, OTK 1995, nr 1, poz. 12.

stępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego mniejszej wartości⁵⁸. Obligatoryjność prowadzenia działalności gospodarczej dla udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia byłaby więc w tym segmencie rynku zamówień istotnym uszczerbkiem dla możliwości konkutowania. Ubieganie się o zamówienia publiczne osób, które nie prowadzą działalności gospodarczej, nie oznacza jednak, że nie obowiązują ich reguły konkurencji i mogą pominąć zarobkowy cel wiążący przedsiębiorców. To inne cechy (np. brak ciągłości działalności) będą przesądzać o różnicach między przedsiębiorcą a inną osobą⁵⁹. Przyjęcie, że osoba nieprowadząca działalności gospodarczej może ubiegać się o zamówienie publiczne bez zamiaru osiągnięcia zysku prowadziłoby do zagrożenia czynem nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k.

Ograniczenie prawa do wolnego prowadzenia działalności następuje poprzez wskazanie w ustawie rodzajów działalności administracyjnie reglamentowanej, tj. takich działalności, których prowadzenie wymaga uzyskania koncesji, zezwolenia, licencji albo zgody itd. Regulacje dotyczące działalności koncesjonowanej zawarte są w rozdziale 4 u.s.d.g. „Koncesje oraz regulowana działalność gospodarcza” (art. 46–63). Koncesjonowanie działalności gospodarczej może być wprowadzane tylko ze względu na ważny interes publiczny i tylko w przypadku, gdy dana działalność nie może być wykonywana jako wolna. Zgodnie z art. 47 ust. 1 u.s.d.g., jeżeli przepisy odrębnych ustaw nie stanowią inaczej, udzielenie, odmowa udzielenia, zmiana i cofnięcie koncesji lub ograniczenie jej zakresu należy do ministra właściwego ze względu na przedmiot działalności gospodarczej wymagającej uzyskania koncesji. Wymienione akty administracyjne mają formę prawną decyzji (art. 47 ust. 2 u.s.d.g.). Zasada wolności gospodarczej, rozumiana jako obowiązek powstrzymywania się państwa od ingerencji w sposób prowadzenia przedsiębiorstw tak dalece, jak to możliwe bez uszczerbku dla innych celów, które państwo realizuje, oznacza, że również przy wydawaniu koncesji stanowiących decyzje administracyjne o istotnym zakresie uznania ograniczanie prawa do prowadzenia działalności koncesjonowanej win-

⁵⁸ Według badań KE rejestracja działalności gospodarczej w Polsce zajmuje 20–23 dni, jednak nie pozwala to rozpocząć działalności ze względu na brak wszystkich wymaganych dokumentów – Small and medium-sized enterprises (SMEs) Simplification of start-up procedures, http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/business-environment/start-up-procedures/index_en.htm. Według badań Banku Światowego procedura rejestracji przedsiębiorstwa w Polsce wynosi 32 dni – Doing Business 2011, Washington 2010, s. 188.

⁵⁹ C. Kosikowski, *Koncesje i zezwolenia na działalność gospodarczą*, Warszawa 2002, s. 22.

no być jak najmniejsze. „Ustalając funkcję wolności gospodarczej jako zasady ustrojowej, należy stwierdzić, że wiąże ona ustawodawcę zwykłego w zakresie prowadzenia określonej polityki gospodarczej”⁶⁰.

Wolność gospodarcza, rozumiana jako prawo wolnego wykonywania działalności, doznaje ograniczenia w przypadku wykonywania zamówień publicznych. Zgodnie z dyspozycją zawartą w ostatnim zdaniu art. 6 ust. 1 u.s.d.g. wolność ta wymaga zachowania warunków określonych przepisami prawa. Prawo zamówień publicznych określa wymagania o charakterze bezwzględny, które muszą być spełnione, aby ubiegać się i uzyskać zamówienie publiczne. Nie jest więc możliwe wykonywanie działalności gospodarczej w zakresie realizacji zamówień przez wykonawców, co do których zachodzą przesłanki wykluczenia z postępowania określone w art. 24 p.z.p., czyli:

- 1) wykonawców, którzy wyrządzili szkodę, nie wykonując zamówienia lub wykonując je nienależycie, jeżeli szkoda ta została stwierdzona orzeczeniem sądu, które uprawomocniło się w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania;
- 2) wykonawców, w stosunku do których otwarto likwidację lub których upadłość ogłoszono, z wyjątkiem wykonawców, którzy po ogłoszeniu upadłości zawarli układ zatwierdzony prawomocnym postanowieniem sądu, jeżeli układ nie przewiduje zaspokojenia wierzycieli przez likwidację majątku upadłego;
- 3) wykonawców, którzy zalegają z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, z wyjątkiem przypadków, gdy uzyskali oni przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie, rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu;
- 4) wykonawców, którymi kierują osoby prawomocnie skazane za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, przestępstwo przeciwko środowisku, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych, a także za przestępstwo skarbowe lub przestępstwo udziału w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego⁶¹.

⁶⁰ M. Waligórski, *Reglamentacja działalności gospodarczej a ochrona praw jednostki* (w:) *Rola prawa materialnego a ochrona praw jednostki*, red. Z. Leoński, Poznań 1998, s. 85.

⁶¹ Szerzej na ten temat por. rozdz. III pkt 3.

Ustawodawca przyjął, że ochrona interesu publicznego poprzez odebranie prawa do realizacji zamówień wykonawcom, którzy nie zapewniają bezpieczeństwa wykonania zadania zleconego przez państwo (zamawiających) jest istotniejsza niż ochrona wolności gospodarczej. Należy zauważyć, że prawidłowość i bezpieczeństwo realizacji zadań publicznych jest zharmonizowane z ochroną konkurencji. Dopuszczenie do udziału w postępowaniu o zamówienie wykonawców, którzy nie wypełniają na przykład zobowiązań podatkowych, stawiałoby ich w korzystniejszej ekonomicznie pozycji niż przedsiębiorców działających zgodnie z prawem, ze względu na niższe koszty działalności.

Wolność gospodarcza ukształtowania w ustawie o swobodzie działalności gospodarczej pozostaje w ścisłym związku z unijnymi zasadami niedyskryminacji i ochrony konkurencji. Przysługuje ona na równych prawach z obywatelami polskimi wszystkim osobom z krajów UE i EOG⁶², tj. obywatelom państw członkowskich oraz spółkom utworzonym zgodnie z porządkiem prawnym któregośkolwiek z państw członkowskich (lub spółce europejskiej) i mających siedzibę na terenie UE. Z przywileju wolności gospodarczej w świetle prawa polskiego będą więc, podobnie jak według traktatu, korzystać obywatele krajów członkowskich UE, niezależnie od ich miejsca zamieszkania lub faktu posiadania jeszcze innego obywatelstwa⁶³. Nie będą jednak mogli z niego skorzystać przedsiębiorstwa z siedzibą poza UE, w kraju, który nie podlega zasadzie równego traktowania, nawet jeśli są założone i prowadzone przez obywateli Unii. W przypadku ubiegania się o zamówienie publiczne w RP to ograniczenie nie ma znaczenia. Zasada równego traktowania wykonawców określona w art. 7 ust. 1 p.z.p. ma bowiem charakter bezwzględny i dalej idący niż przepisy ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, zakazuje bowiem różnicowania wykonawców z jakichkolwiek przyczyn, w tym ze względu na prowadzenie działalności poza terytorium UE.

Wolność gospodarcza polega nie tylko na biernej roli państwa i zasadzie nieingerencji w gospodarkę. Przeciwnie, niezmiennie istotnym aspektem wolności jest zapewnienie powstrzymywania utrudnień w prowadzeniu przedsiębiorstw ze strony innych podmiotów (np. konkurentów)⁶⁴. Ten aspekt wolności gospodarczej znajduje swój wyraz w art. 8 i 103 u.s.d.g., zgodnie z którymi państwo

⁶² EOG – Europejski Obszar Gospodarczy został utworzony w 1994 r. na podstawie umowy pomiędzy państwami-członkami UE oraz państwami-członkami EFTA.

⁶³ A. Cieśliński, *Wspólnotowe prawo gospodarcze*, Warszawa 2003, s. 197.

⁶⁴ K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze...*, s. 230 i n.; S. Hoc, *Prawo administracyjne gospodarcze...*, s. 109.

stwarza, z poszanowaniem zasad równości i konkurencji, korzystne warunki dla funkcjonowania i rozwoju mikroprzedsiębiorców, małych i średnich przedsiębiorców. Ustawa nadaje więc pojęciu konkurencji znaczenie, zgodnie z którym wsparcie podmiotów lub osób, których pozycja jest słabsza, jest nie tylko dopuszczalne, ale dla zachowania konkurencji wręcz konieczne. Pojęcie „państwo stwarza warunki” użyte w tym przepisie nie ogranicza się do działań jakichś konkretnych organów, władz czy jednostek organizacyjnych. Nie dotyczy też jakiegokolwiek jednej, konkretnej formy działań ani nie wskazuje, że wykonując jedynie pewne funkcje, państwo winno takie warunki stwarzać. Otwartość formuły, a jednocześnie imperatywne brzmienie („państwo stwarza”) oznacza obowiązek takiego działania nałożony na każdą jednostkę stanowiącą „państwo”, aby konkurencja rozumiana jako wyrównywanie szans była brana pod uwagę. W ten sposób należy również postrzegać zasadę zapewniania uczciwej konkurencji przy udzielaniu zamówień publicznych. Sądzę, że pojęcie państwa musi być przy tym interpretowane zgodnie z zasadą interpretacji prounijnej. Rola państwa rozważana jest bowiem w kontekście ochrony konkurencji, a więc jednej z zasadniczych zasad traktatowych. W orzecznictwie ETS pojęcie państwa rozumiane jest bardzo szeroko. Obejmuje ono nie tylko organy administracji centralnej, samorządowej lub inne organy wykonujące władzę publiczną, ale również podmioty podporządkowane władzy państwowej, znajdujące się pod jej kontrolą i wyposażone przez państwo w prawa szczególne lub wyłączne⁶⁵. Podobne znaczenie pojęciu „państwo” Trybunał nadał w sprawie *Beentjes*, orzekając, że trzeba je rozumieć w sposób funkcjonalny. Tym samym każda instytucja, której skład i funkcje są uregulowane ustawowo i która jest uzależniona od władz publicznych przez przyznane im uprawnienia do mianowania jej władz, gwarancje udzielane dla zaciąganych przez nią zobowiązań oraz przez finansowanie zamówień publicznych, jakie rozdziela, musi być uważana za związaną z państwem w rozumieniu tej dyrektywy⁶⁶. W przypadku udzielania zamówień publicznych na podstawie prawa zamówień publicznych należy więc przyjąć, że wszyscy zamawiający wymienieni w art. 3 ust. 1 pkt 1–3a p.z.p. będą obowiązani do respektowania obowiązku zapewniania konkurencji z uwzględnieniem zasady

⁶⁵ Wyrok ETS z dnia 12 lipca 1990 r. w sprawie C-188/89 *A. Foster i in. przeciwko British Gas plc.*, Zb. Orz. 1990, s. I-03313.

⁶⁶ Wyrok ETS z dnia 20 września 1988 r. w sprawie 31/87 *Gebroeders Beentjes BV przeciwko Holandii*, Zb. Orz. 1988, s. 4635.

wyrównywania szans, podobnie jak ta część zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 4 p.z.p., która jest w ponad 50% pośrednio lub bezpośrednio zależna od sektora publicznego.

2. Praktyki antykonkurencyjne na rynku zamówień publicznych

Konkurencja w gospodarce rynkowej służy w istocie celom publicznym⁶⁷, państwo chroni konkurencję, uznając że nawet ochrona interesu pojedynczego przedsiębiorcy (art. 1 ust. 1 u.o.k.k.) ostatecznie służy celowi publicznemu, jakim jest tworzenie warunków prawidłowego funkcjonowania gospodarki w celu ochrony interesów przedsiębiorców. Ochrona ta to w pierwszym rzędzie domena prawa antymonopolowego. „Praktyki ograniczające konkurencję lub skutki antykonkurencyjnych koncentracji skierowane są przeciw przedsiębiorcom, dlatego przeciwdziałanie im chroni bezpośrednio interesy przedsiębiorców”⁶⁸. Polski system prawny przewiduje przy tym możliwość ingerowania w sposób prowadzenia działalności, nie tylko poprzez tworzenie instytucji (regulacji prawnych) chroniących konkurencję, ale również poprzez bezpośrednie działania zmierzające do ochrony przedsiębiorców zagrożonych antykonkurencyjnymi działaniami innych przedsiębiorców. Interes publiczny, którego zagrożenie jest niezbędną przesłanką działania Prezesa UOKiK – organu właściwego w sprawach ochrony konkurencji, winien być bowiem rozumiany jako konieczność zabezpieczenia swobody działania każdego z przedsiębiorców, o ile nie dotyczy jednostkowego, incydentalnego zdarzenia. Sąd Najwyższy, odnosząc się do zakresu obowiązywania przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, stwierdził, że: „publicznoprawny charakter ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów powoduje, że ma ona zastosowanie wówczas, gdy jest zagrożony lub naruszony interes publiczny, polegający na zapewnieniu właściwych warunków funkcjonowania rynku gospodarczego. Rynek taki funkcjonuje prawidłowo, gdy za-

⁶⁷ N. Reich, *Ochrona konsumenta przed ograniczeniami wolnej konkurencji na rynku towarów konsumpcyjnych w RFN*, Studia Prawnicze 1978, nr 1, s. 99; B. Wyżnikiewicz, *Rozważania o konkurencji i konkurencyjności (w:) Ochrona konkurencji i konsumentów w Polsce i Unii Europejskiej (studia prawno-ekonomiczne)*, red. C. Banasiński, Warszawa 2005, s. 90.

⁶⁸ C. Banasiński, E. Piontek, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 15.

pewniona jest możliwość powstania i rozwoju konkurencji. Za zagrożenie lub naruszenie konkurencji w takim rozumieniu należy uznać, zdaniem Sądu, jedynie takie działania, które dotyczą sfery szerszego kręgu uczestników rynku gospodarczego, tzn. dotyczą konkurencji rozumianej jako zjawisko charakteryzujące funkcjonowanie gospodarki⁶⁹. Naruszenie interesu publicznego może mieć miejsce również w sytuacji, gdy sprawa prowadzona jest na wniosek indywidualnego przedsiębiorcy, którego konkretny interes doznał uszczerbku. Zapewnienie prawidłowego funkcjonowania określonego rynku właściwego w tej sprawie może bowiem wymagać sankcji w indywidualnych sprawach nagannych zachowań rynkowych.

Ochrona konkurencji w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, pozostająca w związku z rynkiem zamówień publicznych, to przede wszystkim zwalczanie praktyk ograniczających konkurencję, o których mowa w art. 6–9 tej ustawy. Są to zakaz porozumień, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji, oraz zakaz nadużywania pozycji dominującej na rynku właściwym przez jednego lub kilku przedsiębiorców.

Zgodnie z art. 6 ust. 1 u.o.k.k. zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na:

- ustalaniu, bezpośrednio lub pośrednio, cen i innych warunków zakupu lub sprzedaży towarów,
- ograniczaniu lub kontrolowaniu produkcji lub zbytu oraz postępu technicznego lub inwestycji,
- podziale rynków zbytu lub zakupu,
- stosowaniu w podobnych umowach z osobami trzecimi uciążliwych lub niejednorodnych warunków umów, stwarzających tym osobom zróżnicowane warunki konkurencji,
- uzależnianiu zawarcia umowy od przyjęcia lub spełnienia przez drugą stronę innego świadczenia, niemającego rzeczowego ani zwyczajowego związku z przedmiotem umowy,
- ograniczaniu dostępu do rynku lub eliminowaniu z rynku przedsiębiorców nieobjętych porozumieniem,

⁶⁹ Wyrok SN z dnia 29 maja 2001 r., I CKN 1217/98, OSNC 2002, z. 1, poz. 13.

- uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny.

Przepis ten wskazuje jedynie przykładowo stany faktyczne, które prowadzą do ograniczenia konkurencji. Świadczy o tym użyty zwrot „w szczególności”. Inne niż wymienione w przepisie zachowanie może być uznane za porozumienie ograniczające konkurencję, jeśli jego cel lub skutek ma antykonkurencyjny charakter⁷⁰.

Zakaz dotyczy zarówno porozumień pomiędzy wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, jak i pomiędzy wykonawcą i zamawiającym, jeśli cel lub skutek takiego porozumienia godzi w konkurencję, a zamawiający może być uznany za przedsiębiorcę zgodnie z ustawą o ochronie konkurencji i konsumentów. Dotyczy też (ze względu na niewyczerpujący charakter katalogu) porozumień zawieranych przez wykonawcę lub zamawiającego z podmiotami niebędącymi bezpośrednimi uczestnikami przetargu, o ile zmierza lub skutkuje ograniczeniem konkurencji. Znajdzie więc zastosowanie na przykład przy ocenie legalności udostępniania potencjału przez podmioty trzecie wykonawcy ubiegającemu się o udzielenie zamówienia na podstawie art. 26 ust. 2b p.z.p.⁷¹

Definicja przedsiębiorcy w prawie antymonopolowym jest znacznie szersza niż w innych gałęziach prawa. Powyższe podejście wynika z faktu, że przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów „mają na celu ochronę prawa przedsiębiorców (...) przed nieuczciwymi praktykami podmiotów mogących przybrać różną formę organizacyjnoprawną”⁷². Będą to więc przede wszystkim zamawiający-przedsiębiorcy w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej, a więc zamawiający, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 4 p.z.p., a także zamawiający, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3 tej ustawy, gdyż ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów (art. 4 pkt 1) za przedsiębiorcę uznaje również między innymi osoby prawne organizujące lub świadczące usługi o charakterze użyteczności publicznej.

⁷⁰ C. Banasiński, E. Piontek, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów...*, s. 194.

⁷¹ Szerzej rozdz. IV pkt 5 i 6.

⁷² C. Banasiński, E. Piontek, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów...*, s. 49.

Zgodnie z art. 1 ust. 2 ustawy z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej⁷³ „zadania o charakterze użyteczności publicznej, których celem jest bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych” definiują pojęcie gospodarki komunalnej, a więc tej sfery życia gospodarczego, w której samorząd może uczestniczyć, przystępując do spółek prawa handlowego.

Mimo że pojęcie użyteczności publicznej nie jest w pełni tożsame z używanym w art. 3 ust. 1 pkt 3 p.z.p. pojęciem „zaspokajanie potrzeb o charakterze powszechnym, nie mających charakteru przemysłowego ani handlowego”, to jednak są one bardzo zbliżone, choć „użyteczność publiczna” jest pojęciem nieco szerszym. Zgodnie z dokonującym jego wykładni poglądem TK⁷⁴ jest to działanie polegające na zaspokajaniu potrzeb społecznych o charakterze ogólnym, których działalność nie jest nastawiona na maksymalizację zysku. Zdaniem Trybunału zadania o charakterze „użyteczności publicznej” należy rozumieć możliwie najszerzej i winny one być utożsamiane z zadaniami publicznymi, których realizacja ciąży na administracji rządowej i samorządowej. Do zadań tych należy zaspokajanie potrzeb zbiorowych społeczeństwa. Wymieniając przykładowy katalog zadań o charakterze użyteczności publicznej, Trybunał wymienił zaopatrzenie ludności w wodę, energię elektryczną, gazową i ciepłą, utrzymanie dróg i komunikacji, rozwój nauki, zapewnienie oświaty, opieki zdrowotnej i pomocy społecznej, realizację różnego rodzaju potrzeb kulturalnych. „Zaspokajanie potrzeb o charakterze powszechnym, nie mających charakteru przemysłowego ani handlowego”, a więc cecha niezbędna do uznania za zamawiającego zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 3 p.z.p. zdanie ostatnie, dotyczy także potrzeb o charakterze ponadjednostkowym, które państwo (rozumiane szeroko) decyduje się zaspokoić samo albo na ich zaspokajanie chce wywierać decydujący wpływ⁷⁵. Jednocześnie potrzeba powinna się odnosić do elementarnych potrzeb osobistych lub społecznych. Uprawnione będzie więc twierdzenie, że potrzeba o charakterze powszechnym niemająca charakteru przemysłowego ani handlowego jest potrzebą dotyczącą indywidualnego odbiorcy (konsumenta) jako członka większej zbiorowości, której zapewnienie stanowi obowiązkowe, w świetle przepisów prawa, zadanie organów władzy publicznej, stanowiąc tym samym działanie dla

⁷³ Ustawa z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej (tekst jedn.: Dz. U. z 2011 r. Nr 9, poz. 45, poz. 236).

⁷⁴ Uchwała TK z dnia 12 marca 1997 r., W 8/96, OTK 1997, nr 1, poz. 15.

⁷⁵ Wyrok ETS z dnia 10 listopada 1998 r. w sprawie C-360/96 *Gemeente Arnhem i Gemeente Rheden przeciwko BFI Holding B.V.*, Zb. Orz. 1998, s. I-06821.