

Andrzej Bator

Uniwersytet Wrocławski
e-mail: andrzej.bator@uwr.edu.pl

PROBLEMY PRAWA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH. UWAGI Z PERSPEKTYWY TEORII I FILOZOFII PRAWA

PROBLEMS OF PUBLIC PROCUREMENT LAW. REMARKS FROM THE PERSPECTIVE OF LEGAL THEORY AND LEGAL PHILOSOPHY

DOI: 10.15611/pn.2017.497.01

Streszczenie: W niniejszym artykule podejmuję kwestię statusu prawa zamówień publicznych jako autonomicznej gałęzi prawa. Prawo zamówień publicznych ma cechy tzw. kompleksowej gałęzi prawa, łączącej w sobie atrybuty typowe dla prawa publicznego i prywatnego. Nie jest pod tym względem czymś wyjątkowym. Czasy ponowoczesne ujawniają coraz więcej dziedzin regulacji prawnej, które nie poddają się tradycyjnym kryteriom gałęziowego różnicowania prawa, opartym na tzw. podziale logicznym (zupełność i rozłączność podziału). Zjawisko to można potraktować jako wyraz kryzysu prawniczej aparatury badawczej, na której zbudowany był dotychczasowy dorobek analitycznej nauki prawa. W artykule proponuję zmianę perspektywy badawczej: zastąpienie podejścia logocentrycznego postawą pragmatyczną (pragmalingwistyczną). Oznaczać to będzie zastąpienie „zero-jedynkowych” dystynkcji (prawo publiczne vs. prawo prywatne; prawo krajowe vs. prawo europejskie, wykładnia statyczna vs. dynamiczna etc.) podejściem badawczym, w którym odwoływać się będziemy do takich pojęć, jak podmiot i cel działania prawnego (czynności prawnej), społeczny i instytucjonalny kontekst działania czy interesowna (ekonomiczna) optymalizacja rozumienia tekstu. Modyfikacja taka pozwala ujmować prawo jako medium realizacji rozbieżnych interesów gospodarczych, kierujących aktywnością uczestników procesu stosowania prawa zamówień publicznych. Wpisuje się zatem w rynkowy model postrzegania funkcji prawa. Proponowane podejście oznaczać w konsekwencji będzie odejście od tradycyjnego paradygmatu uprawiania dogmatyki prawa publicznego (administracyjnego) i cywilnego.

Słowa kluczowe: prawo zamówień publicznych, prawo publiczne i prawo prywatne, logocentryzm, analityczna teoria prawa, wykładnia prawa zamówień publicznych.

Summary: In this paper, I address the issue of the status of public procurement law as an autonomous branch of law. Public procurement law has the characteristics of the so-called “complex branch of law”, combining the attributes typical for public and private law. It is not anything special in this respect. Postmodern times reveal more and more areas of legal regulation that do not comply with the traditional criteria of differentiation of law on branches

based on the so-called “logical division” (completeness and separateness of the division). This phenomenon can be treated as a manifestation of the crisis of legal-research apparatus, on which the previous achievements of analytical jurisprudence were built. In this paper, I propose changes of the research perspective; replacing the logocentric approach with a pragmatic (pragmalinguistic) one. This means replacing the binary distinctions (public law vs. private law, national law vs. European law, static interpretation vs. dynamic interpretation etc.) with a research approach in which we refer to such concepts as subject and purpose of legal action, social and institutional context or economic optimization of the understanding of the text. Such modification allows for the conceptualisation of law as a medium for the implementation of divergent economic interests, controlling the activity of participants in the process of applying the public procurement law. Therefore, the proposed approach is coherent with the market model of the perception of the functions of law. As a consequence, it will lead to a departure from the traditional paradigm of practicing dogmatics of public law (administrative law) and civil law.

Keywords: public procurement law, public and private law, logocentrism, analytical jurisprudence, interpretation of public procurement law.

1. Teoria i filozofia prawa jako perspektywa badania prawa zamówień publicznych

Zadanie, którego podjąłem się w niniejszym tekście, nie jest łatwe. Prawo zamówień publicznych należy obecnie do bardzo dynamicznie rozwijającej się dziedziny prawa, wymagającej wysoce profesjonalizowanej wiedzy prawniczej, a co za tym idzie, również naukowej specjalizacji. Powiązane jest najmocniej z nauką gospodarczego prawa publicznego – jednak nawet w ramach tej dyscypliny wykazuje dość mocne skłonności emancypacyjne. Teoretykowi i filozofowi prawa, z natury rzeczy nawykłemu do ogólnego, przekrojowego spojrzenia na prawo, nie ułatwia to zadania. Zawsze bowiem, cokolwiek by powiedział o tak specjalistycznej dziedzinie prawoznawstwa, może być skwitowane zarzutem braku należytej wiedzy. Bywa jednak i odwrotnie: pewne problemy, które dostrzega badacz-specjalista w analizowanym przez siebie obszarze badawczym, rodzić mogą takiego rodzaju dylematy poznawcze, które dla swojego rozwiązania, czy choćby konceptualnego usystematyzowania wymagają wiedzy bardziej podstawowej. Tak zatem, jak praktyka orzecznicza zna tzw. łatwe i trudne przypadki, tak również nauka – dodajmy dla jasności, nauka uprawiana na sposób analityczny – kierowana ideą systematyzacji problematyki badawczej, wprowadzania pojęciowego porządku może natrafiać na przypadki trudne. Moim zdaniem, badania nad prawem zamówień publicznych są takim właśnie prawoznawczym *hart case*’em. Dodajmy może jeszcze, że na pewno nie jedynym. Czasy zglobalizowanej, ponowoczesnej rzeczywistości zdają się bowiem mnożyć obszary i przypadki, z którymi badaczowi nawykłemu do tradycyjnej systematyki, biorącej za podstawę klasyczną logikę, z jej rudymmentarnym „podziałem logicznym” (wymogiem spełniania przez podział

postulatów zupełności i rozłączności), coraz trudniej przychodzi pojęciowo obejmować tę coraz bardziej niejednorodną rzeczywistość.

To, co odczytuję jako zasadniczy dylemat nauki o zamówieniach publicznych, a co sygnalizuje także wiele dogmatycznoprawnych, aspirujących jednak do ogólniejszej refleksji badawczej opracowań z tej dziedziny, to właśnie niejasność i niepewność towarzysząca poszukiwaniom gałęziowych (prawo) i dyscyplinarnych (nauka prawa) granic. Jeżeli zatem teoretyk i filozof prawa może mieć wątpliwości, czy powinien angażować się w tak wyspecjalizowaną dziedzinę badań, jaką jest prawo zamówień, to za sprawą tak sformułowanego dylematu badawczego początkowy dystans zaczyna zamieniać się w ciekawość, a nawet rodzi przekonanie, że posiada naukowe kompetencje do rozprawiania o tego rodzaju granicznych problemach oraz że dają się one wykorzystać z jakimś, jak można mieć nadzieję, pożytkiem również dla specjalisty z prawa zamówień publicznych. Wielu filozofów prawa uważało, że filozofię prawa można wręcz traktować jako coś na kształt „dogmatyki trudnych przypadków”¹. A z kolei teoria prawa, a więc głównie ogólna jurisprudencja analityczna, jeżeli chce w ogóle przetrwać w dotychczasowej postaci, to powinna przede wszystkim żywić się problemami wyrastającymi z dogmatyki prawa² – w szczególności takimi, z którymi dogmatyka ma jakieś istotne kłopoty.

Jeszcze dalej w tego rodzaju argumentacji poszedł znakomity filozof niemiecki Karl Jaspers. W następstwie poszukiwań źródeł filozofii (przyczyn, dla których warto, a nawet trzeba filozofować), wskazał na trzy takie źródła, a mianowicie na: zdziwienie (które rodzi ciekawość i potrzebę poznania), zwątpienie (co do wyników poznania, a więc i towarzyszące temu rozczarowanie), wreszcie na tzw. sytuacje graniczne (wstrząsy i świadomość zagubienia, m.in. z powodu braku panowania nad sytuacją czy całością tego, co robimy)³. Do oprzyrządowania filozoficznego się raczej nie sięga tam, gdzie badaczowi towarzyszy względna co najmniej pewność badanej materii i konkluzywność wyprowadzanych wniosków. Tam jednak, gdzie pewności takiej nie mamy, a w szczególności, gdy nasza standardowa dyscyplina nie jest w stanie dostarczyć odpowiednich pojęciowych narzędzi rozwiązywania powstających problemów, powstaje nie tylko zdziwienie (które zazwyczaj jest inspirujące), ale także zwątpienie, czy z danym problemem, zazwyczaj bardziej skomplikowanym, niż nam się początkowo wydawało, potrafimy sobie poradzić (co już jest deprymujące, choć też może być jeszcze inspirujące). Autentyczne zakłopotanie po-

¹ Jak powiadał R. Dworkin, „każde orzeczenie sądowe stanowi element filozofii prawa, nawet jeśli filozofia ta jest ukryta” – zob. *idem, Imperium prawa*, tłum. J. Winczorek, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2006, s. 94. Z kolei A. Kaufman jest autorem jeszcze popularniejszego stwierdzenia, że „w filozofii prawa pytania zadaje prawnik” (zob. J. Zajadło, *Filozofia prawa a teoria prawa we współczesnej jurisprudencji niemieckiej*, AUWr No 3337, Prawo CCCXII, 2011, s. 234).

² Zob. A. Peczenik, *Stan obecny teorii i filozofii prawa w krajach zachodnich*, [w:] J. Stelmach (red.) *Studia z filozofii prawa*, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2003, s. 9 i n.

³ Zob. K. Jaspers, *Źródła filozofii*, [w:] *idem, Wprowadzenie do filozofii. Dwanaście odczytów radiowych*, tłum. A. Wołkowicz, Siedmioróg, Wrocław 2000, s. 11.

jawia się, gdy powstaje poczucie jakichś nieprzekraczalnych granic, zewnętrznych warunków, na które nie mamy już żadnego wpływu (co może w ogóle zniechęcać do działania, do poszukiwania rozwiązania).

Może nie w takiej zasadniczej (egzystencjalnej) skali, którą miał na uwadze K. Jaspers, ale w perspektywie nieco bardziej lokalnej – a zatem zachowując należne proporcje – mamy w nauce zajmującej się prawem zamówień publicznych do czynienia z podobnymi dylematami. W szczególności problem granic, tj. gałęziowego podziału prawa i, co za tym idzie, naukowej specjalizacji, można chyba uznać za najbardziej podstawowy problem nauki o prawie zamówień. Powinno to zachęcać do przyjęcia ogólniejszej perspektywy – bardziej może teoretycznej i metodologicznej niż *stricte* filozoficznej – w spojrzeniu na niektóre podstawowe problemy badawcze prawa zamówień publicznych.

2. Perspektywa pragmatyczna w badaniach nad prawem zamówień publicznych

Każdy obszar aktywności ludzkiej, a więc również i praktykę naukową, ujmować można z dwóch perspektyw: (a) apragmatycznej lub strukturalnej i (b) pragmatycznej. Pierwsza z nich skupia się na wytworach ludzkiego działania, na gotowych już obiektach, którym poprzez obserwację przypisać można określone cechy, a następnie, dzięki ujawnieniu tych cech, obiekty te możemy systematyzować jako składniki większej całości, ujawniając ich podobieństwa (lub różnice) do fragmentów wcześniej już zaliczonych do owej całości. Ze względu na takie systematyzujące spojrzenie podejście to można również nazwać strukturalnym. Ujawnienie cech badanego obiektu prowadzi nie tylko do pytania o jego miejsce w zastanym zbiorze obiektów danego rodzaju, ale także otwiera bardziej podstawową kwestię, a mianowicie, czy określony obiekt w ogóle należy (powinien należeć) do danego zbioru (systemu, struktury). Perspektywa apragmatyczna prowadzi zatem do pytania o kryteria (reguły) porządkowania poszczególnych elementów – zarówno wewnętrznego (zróżnicowania w ramach zbioru), jak i separacji danego zbioru od jego otoczenia (eliminacji).

Dla analitycznej teorii prawa – teorii zajmującej się językowym wymiarem prawa – takim apragmatycznie ujmowanym problemem z zakresu prawa zamówień publicznych, będzie np. pytanie, jakie wspólne cechy mogą mieć wytwory (normy, przepisy czy jakkolwiek inaczej nazwane rezultaty) określające powinności prawne w tym obszarze regulacji oraz czy takie rezultaty dadzą się ująć jako określony fragment zastanego porządku (systemu norm, porządku przepisów prawnych). To ostatnie pytanie będzie zatem pytaniem o ewentualne miejsce prawa zamówień publicznych w systemie prawa – np. zmierzać będzie do zaliczenia regulacji prawa zamówień bądź to do prawa publicznego, bądź też do prawa prywatnego. Odpowiedź na każde z tych pytań, jeżeli ma prowadzić do konkluzywnych rozstrzygnięć, zakładać musi określony pogląd co do tego, czym jest norma (przepis) prawa zamówień

oraz, odpowiednio, czym jest w ogóle system prawa (np. z jakiego rodzaju norm lub przepisów się składa). Tylko bowiem znając językową konstrukcję składnika uznawanego za dopuszczalny element zbioru, możemy skutecznie kwalifikować określone egzemplarze wypowiedzi pochodzące od prawodawcy do zbioru norm określanego jako „system prawa”.

W naukach prawnych zorientowanych na potrzeby praktyki (a więc przede wszystkim w dogmatyce prawa) podejście apragmatycznie jest szczególnie cenione. Oczekuje się tu bowiem, że formułowane twierdzenia nauki dawać będą podstawę do konkluzywnych rozstrzygnięć. Prawnik-praktyk potrzebuje bowiem wiedzieć, czy określone wytwory prawodawcy należeć będą do ujmowanego autonomicznie „prawa zamówień publicznych”, uznane zostaną za fragment „publicznego prawa gospodarczego”, a może za część „prawa cywilnego”. Rozstrzygnięcie tego rodzaju jest dla praktyki prawniczej istotne, gdyż jego następstwem będzie umocowanie, w tym również pozyskanie (dookreślenie) zakresowej kompetencji prawnej do zajmowania się przez określone podmioty sprawami danego rodzaju. Również dla potrzeb organizacji dydaktyki akademickiej użyteczne mogą się okazać odpowiednie argumenty, które pozwolą władzom uczelnianym zdecydować, czy np. wykład z prawa zamówień publicznych realizowany będzie przez zakład publicznego prawa gospodarczego czy też może przez zakład prawa cywilnego. Z wielu zatem powodów, głównie praktycznych, dla tak zwanych szczegółowych nauk prawnych niezbędne jest odpowiednie „wyselekcjonowanie obiektów, które są przedmiotem ich badań”⁴. Wymuszana tymi względami potrzeba rozstrzygnięcia presuponuje „zero-jedynkowe” kwalifikacje (dyskwalifikacje) poszczególnych obiektów do określonych zbiorów lub do ich poszczególnych, uznawanych za względnie samodzielne (autonomiczne), fragmentów. Najbardziej uznaną podstawą do tego rodzaju dystynkcji jest tzw. podział logiczny: podział spełniający warunki zupełności i niesprzeczności. Pogląd, że prawo zamówień publicznych ma złożoną postać, a wskutek tego „w jakiejś części” należy np. do prawa publicznego, a w jakiejś innej do prawa prywatnego, byłby odpowiedzią, która zorientowaną praktycznie naukę prawa nie będzie zadowalała. Dla dogmatyki prawa, budowanej na zrębach tradycyjnego pozytywizmu prawniczego, oznaczałoby to bowiem niewywiązanie się z kierowanych pod jej adresem roszczeń; roszczeń ufundowanych na przekonaniu, że zawodowa i naukowa analityczna praktyka badawcza wymaga koniecznej specjalizacji, bo tylko ona jest miarą fachowości⁵.

Tradycyjna dogmatyka prawa, i wsparta na niej praktyka prawnicza, ze względu na charakter stawianych tu pytań nie może wypełniać swojej społecznej roli bez podejmowania takich kwestii, jak to, czy: norma N należy/nie należy do sys-

⁴ Zob. Z. Ziemiński, *Szkice z metodologii szczegółowych nauk prawnych*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa-Poznań 1983, s. 14.

⁵ Szerzej: A. Bator, *Postanalityczna teoria i filozofia prawa. Nowe szanse, nowe zagrożenia?*, [w:] M. Jabłoński, M. Paździora (red.), *Postanalityczna filozofia prawa*, Przegląd Prawa i Administracji, t. CII, 2015, s. 23-25.

temu S; odpowiednio, prawo zamówień jest/nie jest częścią prawa publicznego – a jeżeli nie, to ewentualnie jest/nie jest osobną gałęzią prawa. Na podobnym schemacie oparte będzie również pytanie, czy europejskie prawo zamówień ma prymat nad prawem krajowym? W tej ostatniej sytuacji już nie podział logiczny (struktura pozioma), lecz hierarchia (pionowa struktura) będzie kryterium poszukiwanej dystynkcji. Jeżeli z jakichś powodów (ze względu na złożoność danej materii) na tak zadawane pytania nie da się udzielić pewnej odpowiedzi, to samo dążenie do jej udzielenia uchodzi w omawianej perspektywie badawczej za wysiłek naukowo niezbędny. Jest on bowiem narzucany przez przyjęty w naukach praktycznych „zero-jedynkowy” schemat poznawczy, właściwy tzw. pytaniom do rozstrzygnięcia⁶. W bardziej złożonych przypadkach pojawia się tu zatem swoista „kwadratura koła”: wymuszony pozapoznawczą funkcją dogmatyki prawa charakter pytań zmusza do udzielania odpowiedzi na pytania, na które odpowiedzi dobrej (zadowolającej środowisko, zdolnej wypełniać funkcję praktyczną) po prostu udzielić się nie da. Tak właśnie, moim zdaniem, rzecz się ma m.in. z prawem zamówień publicznych. Tradycyjny, pozytywistyczny model naukowości, wraz z opartym na klasycznej logice warsztatem badawczym, wydaje się nieadekwatny jako narzędzie analizy tak niestandardowej dziedziny, jaką jest prawo zamówień publicznych. Wyczerpuje on tu po prostu swoje możliwości poznawcze i legitymizujące. Prowadzi to do wniosku, że dla takich dziedzin, jak prawo zamówień podejście apragmatyczne wymaga jeśli nie zastąpienia, to przynajmniej uzupełnienia o to, co wyżej nazwane zostało perspektywą pragmatyczną.

W ujęciu pragmatycznym obiektem badań są czynności (zachowania). Oczywiście, każda czynność racjonalnego podmiotu (racjonalnego w sensie instrumentalnym) jest działaniem celowym, zorientowanym na określony, przyszły (spodziewany) wytwór. Podejście pragmatyczne oznacza zatem rozszerzenie i nieco inne rozłożenie akcentów w polu zainteresowań badacza. Interesują go zachowania jako działanie podporządkowane określonej celowi. Spodziewane rezultaty nie znikają z pola widzenia, gdyż przybierają postać intencji (wewnętrznej racjonalności), do której realizacji podmiot działania dąży. Tego typu działaniom jednostek towarzyszy zawsze określony kontekst społeczny – jakiś zestaw okoliczności czasu i miejsca. W przypadku działań prawnych kontekst ten nabiera cech instytucjonalnych, tzn. jest kształtowany (regulowany) odpowiednimi normami. Normy te konstytuują również status samego podmiotu, a więc np. to, czy jest on osobą prywatną (fizyczną, prawną) czy publiczną (organem państwa, samorządu). Pojawiają się tu nam zatem nowe obszary analizy, z których na użytek niniejszych rozważań wyartykułujemy trzy najistotniejsze. Będą to: (a) normatywny (instytucjonalny) kontekst działania, (b) cele i funkcje działania, wreszcie (c) charakterystyka (formalny status) podmio-

⁶ Zob. J. Giedymin, *Problemy, założenia, rozstrzygnięcia*, Polskie Towarzystwo Ekonomiczne Oddział w Poznaniu, Rozprawy i Monografie, nr 10, Poznań 1964.

tów podejmujących czynności⁷. Spróbujmy elementy te odnieść do sytuacji, które występują w prawie zamówień publicznych.

Normatywny kontekst instytucjonalny (a) sprowadza się do tego, że zachowania z zakresu zamówień publicznych mają postać czynności prawnych (np. ogłoszenie przetargu, wyłonienie wykonawcy) lub, ewentualnie, tzw. prawnych faktów instytucjonalnych (np. podanie specyfikacji istotnych warunków zamówienia). Taki ich status bierze się stąd, że dokonywanie tych czynności oraz ocena ich performatywnych skutków (konsekwencji prawnych) możliwa będzie w oparciu o pewne stanowione (w jakiejś części także zwyczajowe) reguły prawne. Zachowania będące ich wykonywaniem mają postać tzw. doniosłych prawnie czynności konwencjonalnych⁸. W perspektywie pragmatycznej prawo zamówień publicznych przedstawiać się nam będzie jako ciąg regulowanych czynności i powstających w następstwie ich prawnie skutecznego (ważnego, legalnego) dokonywania bardziej złożonych faktów. Wszystkie one zorientowane będą na określony cel (b). Celem tym jest wyłonienie wykonawcy i podpisanie umowy. Z kolei charakterystyka podmiotów uczestniczących po obu stronach postępowania przetargowego (c), takich jak państwo, samorząd, prywatny przedsiębiorca, osoba prawna, osoba fizyczna, konsorcjum, osoby prawne tworzone z udziałem samorządu etc., ujawnia złożony status instytucjonalny uczestników, daleko odbiegający od dychotomicznych podziałów na podmioty publiczne i prywatne czy na osoby fizyczne i prawne.

Podjęcie pragmatyczne nie odwołuje się do prostych, „zero-jedynkowych” dysfunkcji. Złożoność języka prowadzonej analizy traktowana jest jako pochodna złożonego charakteru badanych obiektów. Innymi słowy, skoro „świat nie jest prosty”, to gwałtem na nim byłoby sprowadzenie języka nauki do pojęć opartych na prostych, dychotomicznych schematach. Podważa się tu tym samym to, co różne krytyczne filozofie społeczne określają jako „logocentryczny obraz świata”, wraz z leżącymi u jego podstaw podziałami i hierarchiami. W ramach tego podejścia jako narzędzia bardziej adekwatne wskazuje się np. na typologie dopuszczające różne zmienne (rodzaje cech) służące charakterystyce badanych obiektów, a także na możliwość stopniowania poszczególnych cech występujących w analizowanych obiektach⁹. Ma to istotne konsekwencje dla pytań, które stawia sobie nauka. W perspektywie pragmatycznej wiodącej, jak się wydaje, dla prawa zamówień problem przynależności tego prawa do sfery publicznej bądź prywatnej nie powinien już być ujmowany w postaci dylematu do rozstrzygnięcia. Dylemat taki byłby bowiem dotknięty błędem nieadekwatności samego pytania. Presuponowałby zastosowanie dorobku tradycyjnej logiki tam, gdzie nie ma na nią miejsca (w naukach społecznych i humanistycz-

⁷ Pełną listę elementów składających się na podejście pragmatyczne przedstawia M. Tokarz, *Elementy pragmatyki logicznej*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1993, s. 108.

⁸ Zob. L. Nowak *et al.*, *Czynności konwencjonalne w prawie*, Studia Prawnicze, nr 33, 1972, s. 73 i n.

⁹ Zob. T. Pawłowski, *Tworzenie pojęć w naukach humanistycznych*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1986, s. 168 i n.

nych zamiast w przyrodoznawstwie – jak widzieli jej zastosowanie np. Kartezjusz czy J.S. Mill). O tym, co prawo zamówień ma wspólnego z prawem publicznym, a co łączy je z prawem prywatnym, decydowałyby różne czynniki (zmienne), z których każdy nie tylko otwierałby drogę do potencjalnie odmiennej odpowiedzi na to pytanie, ale również pozwalałby oceniać siłę powiązań tego prawa ze sferą publiczną i prywatną.

Podobne losy spotkać powinny również drugie, jak można sądzić, wyjątkowo doniosłe dla doktryny prawa zamówień publicznych, pytanie – jakkolwiek w swoich praktycznych konsekwencjach daleko wykraczające poza tę doktrynę. A mianowicie, czy europejskie prawo zamówień jest hierarchicznie wyższe wobec jego krajowego odpowiednika? Hierarchia to również objaw myślenia logocentrycznego, choć w dużo większym stopniu ufundowanego na decyzjach prawodawcy (formalnej koncepcji źródeł prawa) aniżeli na poglądach nauki. To właśnie na tym założeniu budowany jest pogląd o tzw. pionowym systemie prawa wraz ze wsparcią na nim regułą *lex superior derogat legi inferiori*. Powszechnie wiadomo, do jakich to prowadzi konsekwencji (zasada prymatu prawa UE nad porządkiem krajowym, z ewentualnym wyjątkiem dla konstytucji). Jak dla tego pytania mogłaby wyglądać pragmatyczna alternatywa badawcza? Otóż na przykład mogłaby wyglądać tak oto: jest jedno tylko prawo zamówień publicznych, którego baza źródłowa składa się z segmentu pochodzącego z zasobów prawodawcy europejskiego (europejskie dyrektywy, rozporządzenia, orzecznictwo ETSUE) oraz krajowego (konstytucja, ustawy, orzecznictwo polskich sądów etc.). Byłyby to zatem różniące się pod względem swojego pochodzenia formalne źródła prawa, z których powinniśmy rekonstruować jedną normę prawną – już bez rozłącznej atrybucji jej „europejskiej” czy „krajowej” proveniencji¹⁰. Taka norma byłaby stosowana w kontekście określonej sprawy (konkretnej usługi, inwestycji czy roboty budowlanej). Jej wykładnia zorientowana byłaby na określony cel (np. jakies wybrane dobro publiczne), a decyzja o wyłonieniu wykonawcy byłaby podejmowana w oparciu o krajowe tryby i warunki. Podejście pragmatyczne proponuje zatem język tonujący napięcia polityczne wyrastające z pozytywistycznej idei prymatu (suwerenności) państwa. Taki kierunek myślenia dobrze oddaje koncepcja multicytryczności, będąca odpowiedzią na dylematy ufundowane na idei hierarchicznej wyższości jednego porządku prawnego nad drugim¹¹.

3. Pojmowanie prawa zamówień publicznych

Dla prawniczych teorii analitycznych, a także dla praktyki prawniczej, cztery kwestie z obszaru prawa zamówień publicznych wydają się najważniejsze: (a) samo rozumienie zamówień publicznych, (b) kształt językowy norm prawa zamówień (bu-

¹⁰ Szerzej zob. A. Bator, *O adekwatności założeń derywacyjnej koncepcji wykładni do badań nad interpretacją prawa Unii Europejskiej*, *Studia Prawa Publicznego*, nr 2, 2015.

¹¹ Zob. E. Łętowska, *Multicytryczność współczesnego systemu prawa i jej konsekwencje*, *Państwo i Prawo*, z. 4, 2005, s. 7 i n.

dowa poszczególnych elementów systemu), (c) systematyka (systemowość) norm składających się na prawo zamówień, wreszcie (d) problematyka wykładni przepisów (norm) tego prawa. Kwestie (b) i (c) przedstawię łącznie. Wszystkie te cztery wątki przenika oczywiście problem publicznego *versus* prywatnego statusu tego prawa, a więc pytanie o możliwość ustalenia granic prawa zamówień publicznych. Przejdźmy do pierwszej z tych kwestii.

Gdy chodzi o pojmowanie zamówień publicznych, to doktryna jest tu w o tyle wygodnej sytuacji, że samo Prawo zamówień publicznych¹² formułuje w art. 2 pkt 13 legalną definicję tego pojęcia. Według ustawy zamówienia publiczne to „umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane”. W definicji tej zamówienia potraktowane zostały apragmatycznie – jako szczególnego rodzaju rezultat powstający w następstwie realizacji czynności składających się na proces zamówieniowy. Wymienione tu elementy konstrukcji stosunku prawnego, takie jak określenie (pisemnej) formy umowy, jej stron (zamawiający, wykonawca), wreszcie przedmiot (usługa, zamówienie, roboty budowlane), są typowe dla konstrukcji cywilnego prawa zobowiązań. Oddają zatem materialnoprawny i cywilistyczny charakter zamówień publicznych.

Mamy tu zatem swoisty paradoks: cywilnoprawny język definiensa posłużył tu jako narzędzie dla skonstruowania definicji zjawiska prawnego, które z natury rzeczy (definiendum) lokowane jest przecież w sferze publicznej (tak sądzić należy przynajmniej po tym, kto zajmuje się prawem zamówień). Przywołana definicja w żaden sposób nie wyjaśnia, na czym polega publicznoprawny charakter tego prawa. Dostrzec to można dopiero w perspektywie pragmatycznej, a więc gdy spróbujemy określić procedurę i warunki prawnie limitujące czynności podejmowane w procesie dochodzenia do finalnego aktu, jakim jest umowa między zamawiającym a wykonawcą. Ale wtedy już musimy skierować się w stronę doktryny prawniczej. Na przykład M. Guziński pisze, że „ustawa ustala wzorce zachowań przy wykonywaniu praw majątkowych poprzez swoistą procedurę postępowania przy wydatkowaniu środków finansowych”. Można zatem – jak dalej pisze – „uznać instytucję zamówień publicznych za formę reglamentacji administracyjnej w tym zakresie”¹³. Aspekt reglamentacyjny nie jest widoczny w definicji ustawowej, a to on właśnie pełni rolę *differentiam specificam* prawa zamówień publicznych. Jeżeli zatem przyjęlibyśmy zaproponowane w ustawie apragmatyczne podejście do ujmowania zamówień publicznych, to z punktu widzenia wymagań stawianych przez klasyczną (Arystotelesowską) budowę definicji należałoby stwierdzić, że definicja z art. 2 pkt 13 ustawy jest niekompletna. Zawiera jedynie *genus* pojęcia zamówień publicznych (umowa, strony, jej przedmiot), ale już w kwestii ustalenia konstytutywnych cech

¹² Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r., Dz.U. z 2004, nr 19, poz. 177.

¹³ M. Guziński, *Prawo zamówień publicznych*, Kolonia Limited, Wrocław 2008, s. 49.

różnicujących zobowiązanie cywilnoprawne od zobowiązań powstających w prawie zamówień publicznych odsyła do doktryny prawniczej.

A przecież owe *differentiam specificam* prawa zamówień, ujawniające jego publicznoprawny, reglamentacyjny charakter, to wielopiętrowa konstrukcja, na którą składają się regulacje dotyczące (a) wyrażania treści składanych oświadczeń woli (oferta potencjalnego wykonawcy, a przede wszystkim specyfikacja istotnych warunków zamówienia po stronie zamawiającego), (b) formy wyłaniania przyszłego kontrahenta (regulacje postępowania o udzielenie zamówienia, dopuszczalne tryby i ich uwarunkowania), wreszcie (c) kontroli tego procesu (sprzeciwy, odwołania, skargi do sądu) wraz z odpowiedzialnością za naruszenie poszczególnych elementów tej reglamentacji (upomnienie, nagana, kara pieniężna, zakaz pełnienia funkcji; administracyjne kary pieniężne dla podmiotów innych niż jednostki sektora finansów publicznych etc.). Aby móc wszystko to ujawnić, trzeba odtworzyć cały proces poprzedzający zawarcie umowy. Z pragmatyngwistycznego punktu widzenia wszystkie te brakujące w definicji legalnej elementy nazwać by można „publicznoprawnym kontekstem” towarzyszącym czynnościom dochodzenia i zawierania umowy prawa cywilnego: kontekstem nie tylko normatywnym, wskazującym na reglamentującą funkcję prawa zamówień, ale także kontekstem aksjologicznym, finansowym, gospodarczym etc.). Cechy zamówień publicznych, które pozwalają ujawnić podejście apragmatyczne, wskazywać zatem będą na „przynależność” prawa zamówień do prawa cywilnego, natomiast perspektywa pragmatyczna budować będzie przekonanie, że prawo to jest segmentem „należącym” do prawa publicznego.

„Prawo zamówień publicznych jest prawem zarządu mieniem publicznym”, a wskutek tego „jest elementem publicznego prawa gospodarczego”¹⁴. Ze stwierdzenia tego dają się wyprowadzić dwa wnioski. Po pierwsze, oznacza to, że czynności wykonywane w oparciu o prawo zamówień mają charakter celowy i powinny być oparte na racjonalności ekonomicznej. Są zatem postacią gospodarowania. Jednak ze względu na tzw. metodę regulacji (prawną reglamentację dokonywanych czynności), przybierają postać władztwa administracyjno-prawnego. I po drugie, głównymi podmiotami czynności podejmowanych w oparciu o prawo zamówień (a zarazem adresatami powstających tu obowiązków) jest państwo i inne jednostki sfery publicznej, w których władaniu jest mienie wspólnotowe. Odpowiednio do tego, czynności podejmowane przez podmioty publiczne, oparte na ogólnych regulacjach prawa zamówień, kierowane będą przede wszystkim w stronę jednostek prywatnych (przedsiębiorców). Podmioty prywatne z kolei poddawać będą te czynności ocenie prawnej i faktycznej z punktu widzenia własnego interesu gospodarczego, a w następstwie tego podejmą ewentualne własne akty kontrolne (protesty, odwołania i skargi).

¹⁴ K. Kiczka, *Uznanie administracyjne w prawie zamówień publicznych*, [w:] T. Kocowski, J. Kapspryszyn (red.), *Zamówienia publiczne – stan obecny i perspektywy*, Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu, nr 270, Wrocław 2012, s. 39.

Jak widzimy, uznanie prawa zamówień za fragment publicznego prawa gospodarczego wymaga odwołania się do takich argumentów, jak cel i kontekst działania (korzyść gospodarcza, sprawowanie władzy publicznej) oraz status prawny podmiotu, który dokonuje określonej czynności (zazwyczaj organ publiczny). W języku socjolingwistycznym (nauki zajmującej się różnymi sytuacjami użycia języka) tego rodzaju uwarunkowania określane bywają jako pozajęzykowe zmienne niezależne, a więc czynniki zewnętrzne, które nie ujawniają się w samej wypowiedzi, ale mają istotny wpływ na jej należyte zrozumienie¹⁵. Gospodarczy i władczy, również reglamentowany aktami prawa publicznego, charakter czynności podejmowanych przez zamawiającego w instytucjonalnych ramach ustawy o zamówieniach publicznych daje się adekwatnie ujawniać, jeżeli sięgniemy do perspektywy pragmatycznej.

Również w kategoriach pragmatyki językowej dają się ująć i zrozumieć specyficzne, eklektyczne cechy podmiotów, które występują po obu stronach stosunków prawa zamówień publicznych. Mam tu na uwadze takie szczególne konstrukcje prawne, jak np. – po stronie wykonawców – celowe konsorcja z udziałem mniejszych przedsiębiorców czy też – po stronie zamawiających, ale z udziałem również wykonawców – „mieszane” koncepty odrębności prawnej podmiotów zamówień publicznych w sektorze komunalnym¹⁶. Nie są to jakieś nowe konstrukcje ustrojowo-prawne, lecz jawnie funkcjonalne, celowe, *ad hoc* powoływane rozwiązania organizacyjne, dyktowane potrzebami racjonalności gospodarczej. Odbiegają one zarówno od standardów prawa cywilnego (z jego dychotomicznym podziałem na osoby prawne i fizyczne w art. 1 k.c.), jak i prawa administracyjnego (rozdzielania gospodarowania od kontroli i nadzoru czy organu administracji i strony). I tutaj zatem ulegają załamaniu logiczne podziały, na których kształtowana była do niedawna jeszcze edukacja i praktyka prawnicza. Logiczne klarowne kryteria pojęciowego różnicowania wypierane tu są przez prawną pragmatykę zorientowaną na osiąganie korzyści (założone cele). Prawo i praktyka zamówień publicznych dostarczają zresztą więcej przykładów na tego rodzaju tendencję¹⁷.

¹⁵ Zob. A. Piotrowski, M. Ziółkowski, *Zróżnicowanie językowe a struktura społeczna*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1976, s. 135; T. Gizbert-Studnicki, *Język prawny z perspektywy socjolingwistycznej*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1986, s. 72 i n.

¹⁶ Np. wyróżnianie przez TSUE specyficznych sytuacji kreowania przez zamawiającego jednostek specjalnych (dla potrzeb określonego przedsięwzięcia) i pozostających z nim w stosunkach wyłącznego uczestnika, przy zachowaniu po stronie organu funkcji nadzorczych i kontrolnych. Skutkować to ma m.in. możliwością nie stosowania przepisów Ustawy o zamówieniach publicznych (zlecenie zadań) – zob. L. Kieres, *Prawo zamówień publicznych – dziedzina prawa europejskiego, odrębny system regulacji oraz swoiste ujęcie problemów regulowanych*, [w:] T. Kocowski, J. Kaspryszyn (red.), *Zamówienia publiczne – stan obecny i perspektywy*, Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu, nr 270, Wrocław 2012, s. 69-70.

¹⁷ Kolejny przykład to „prywatyzacja prawa zamówień publicznych” widoczna w prawie UE (głównie w dyrektywach oraz orzecznictwie TSUE). Chodzi o tendencję do przenoszenia regulacji prawnych ze stosunków wertykalnych na horyzontalne. Adresatami aktów prawa zamówień stają się

Opisany wyżej trend ekspansji prawa zamówień publicznych w różne obszary regulacji, przebiegającej ponad pojęciowymi kategoryzacjami znanymi dotychczas nauce prawa, wydaje się mieć swoje źródło w bardziej ogólnej prawidłowości, określanej jako procesualizacja prawa¹⁸. Poszukiwanie autonomii poszczególnych fragmentów systemu prawa (zrozumiałe, jeśli weźmiemy pod uwagę zawodowe potrzeby dogmatyki prawa), oparte na tradycyjnych kryteriach, odwołujących się do przedmiotu lub metody regulacji, orientowane było na prawo materialne. Wyrazem tego było ciągłe poszukiwanie kryteriów tzw. gałęziowego podziału (dyferencjacji) systemu prawa jako porządku składającego z norm – wytworów działalności prawodawczej. Tymczasem procesualizacja prawa prowadzi do dominowania porządków prawnych przez standardy określone jako reguły dokonywania czynności konwencjonalnych. Punkt ciężkości przechodzi tu z analizy treści powstałych obowiązków na sposoby powstawania obowiązków, czyli z rezultatu działania na samo działanie. Tradycyjne przekonanie, że to prawo materialne jest dziedziną gałęziowej systematyzacji prawa, a prawo procesowe jest tylko techniką ustalania praw materialnych¹⁹, dzisiaj jest już coraz trudniejsze do utrzymania.

4. Konstrukcja norm regulujących zamówienia publiczne i ich systematyka

Elementy normatywne prawa zamówień publicznych mają głównie postać reguł kompetencyjno-proceduralnych. Są to standardy, które służą kształtowaniu czynności składających się na proces dochodzenia do umów zawieranych między zamawiającym i wykonawcą. Jak już zaznaczałem, dominują tu czynności należące do kompetencji zamawiającego. Natomiast prawne skutki dokonanych czynności obejmują zarówno oferentów (wykonawców), jak i zamawiającego. Reguły, o których mowa, realizowane są poprzez dokonywanie doniosłych prawnie czynności konwencjonalnych, których docelowym, performatywnym skutkiem jest: (a) wyłonienie wykonawcy, a po stronie zamawiającego (b) „samozobowiązanie się”, że podpisze on

nie tylko organy UE, władze krajowe i przedsiębiorcy, ale także przedsiębiorcy w relacjach między sobą; prawo UE wnika w ten sposób także w stosunki ustroju gospodarczego prawa prywatnego (w prawo spółek). To argument nie tylko na rzecz załamania się podziałów na prawo publiczne i prywatne, ale również na prawo materialne i ustrojowe, a w przypadku tzw. zobowiązań z elementem transgranicznym (np. zatrudniania cudzoziemców), także podziału na prawo państwowe i europejskie lub międzynarodowe – zob. *ibidem*, s. 57.

¹⁸ Zob. J. Habermas, *Faktyczność i obowiązkiwanie. Teoria dyskursu wobec zagadnień prawa i demokratycznego państwa prawa*, tłum. A. Romaniuk, R. Marszałek, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa 2005, rozdz. 2; L. Morawski, *Argumentacje, racjonalność i postępowanie dowodowe*, Wydawnictwo Uniwersytetu Mikołaja Kopernika, Toruń 1988; P. Kaczmarek, *Dwa ujęcia proceduralizacji prawa*, [w:] A. Sulikowski (red.), *Z zagadnień teorii i filozofii prawa. W poszukiwaniu podstaw prawa*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2006, s. 199 i n.

¹⁹ Zob. L. Morawski, *op. cit.*, s. 168-169.

umowę z wyłonionym w postępowaniu wykonawcą, co z kolei daje wykonawcy roszczenie do podpisania umowy. Roszczenie wykonawcy będzie miało postać tzw. uprawnienia mocnego. W terminologii używanej na gruncie teorii lingwistyki czynności, składające się na wykonanie jakiegoś kompletnego dla określonego trybu zestawu reguł, powodujące „samozobowiązanie się” (obietnica, przyrzeczenie), nazywane bywają aktami perlokucyjnymi lub komisywnymi²⁰.

Jeśli potraktujemy powstające tu obowiązki jako złożoną modalność prawną (tj. jako rodzaj zobowiązania powstającego między zamawiającym i wykonawcą), to konstrukcję powstającej tu normy prawa zamówień publicznych w uproszczeniu ująć będzie można tak oto:

Adresat *A* (zamawiający podmiot publiczny) w warunkach *W*, tj.:

(a) podjętej wcześniej decyzji o gotowości wydatkowania określonych środków finansowych na skonkretyzowane zamówienie, usługę lub roboty budowlane;

(b) obowiązywania w danym systemie prawa *S* (np. prawa polskiego) reguły *R* (ustawy o zamówieniach), określających obowiązkowe lub dopuszczalne sposoby wykonywania doniosłych prawnie czynności konwencjonalnych *Ck*; oraz

(c) w sytuacji poprawnego wykonania reguł *R* (np. ogłoszenia, wybrania trybu, wyspecyfikowania istotnych warunków zamówienia etc. – wreszcie, wyłonienia wykonawcy);

zobowiązuje się zachować w sposób *Z* (tj. podpisać z tak wyłonionym wykonawcą umowę usługi, dostawy bądź roboty budowlanej, zgodną ze specyfikacją zamówienia oraz złożoną przez wykonawcę ofertą).

Wykonanie obowiązku *Z*, oczywiście z udziałem wykonawcy, spowoduje wykreowanie umownej normy merytorycznej (*Nm*). Postępowanie zamówieniowe ma zatem cechy postępowania normodawczego, skutkującego wprowadzeniem do porządku prawnego nowych praw i obowiązków (indywidualno-konkretnych *Nm*). Kwestią przyjętej w danej kulturze prawnej koncepcji źródeł prawa będzie to, czy uznamy *Nm* za akt prawotwórczy (fragment systemu *S*) czy też wyłącznie za akt stosowania norm należących już do *S*. W przypadku doktryny polskiej większą szansę na akceptację będzie miała zapewne druga opcja. Dodajmy jeszcze, że zachowanie *Z* (wykonanie obowiązku podpisania umowy) jest również zachowaniem o charakterze konwencjonalnym (*Ck*), tyle że zasadniczo należącym już do reżimu regulacyjnego prawa cywilnego (jakkolwiek korygowanego odpowiednimi regulacjami ustawy o zamówieniach jako *lex specialis* wobec k.c.). Jak widzimy, norma prawa zamówień publicznych ma mieszany, formalno-materialny charakter. Na wymiar formalny (kompetencyjno-proceduralny) składają się reguły *R* i, będące ich wykonaniem, czynności *Ck*. Wymiar materialny ujawnia się w treści umowy (*Nm*),

²⁰ Zob. J.L. Austin, *Performatywy i wypowiedzi konstatuujące* oraz *Jak działać słowami*, [w:] *idem, Mówienie i poznawanie*, tłum. B. Chwedończuk, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1993; J. Searle, *Czynności mowy. Rozważania z filozofii języka*, tłum. B. Chwedończuk, Instytut Wydawniczy PAX, Warszawa 1989.

która określać będzie prawa i obowiązki stron już o niekonwencjonalnym (psychofizycznym) charakterze (wykonanie usługi, dostawy, robót budowlanych).

Powyższy schemat wyraża normę sankcjonowaną prawa zamówień publicznych. Pełniejszy obraz sytuacji prawnych powstających na gruncie tego prawa uzyskalibyśmy, gdyby zaprezentowany schemat został uzupełniony odpowiednią konstrukcją normy sankcjonującej. Byłaby to norma adresowana do zamawiającego (np. protest uczestnika postępowania), do organów nadzoru i kontroli administracyjnej (odwołanie) czy też do sądu (skarga). Z braku miejsca zmuszony jestem zrezygnować z takiej prezentacji. Tym, co tego typu sytuacje sankcjonowania zdaje się łączyć, jest to, że powstające tu normy, w następstwie czynności podejmowanych przez wykonawcę (oferenta), nakładają będą obowiązki na organy władzy publicznej. Sankcjonowanie uruchamiane tu jest przez czynności podejmowane przez potencjalnych beneficjentów kontroli, a skierowane na ocenę poprawności działań zamawiającego.

I jeszcze krótka uwaga o systemie prawa, który powstaje z udziałem regulacji z zakresu prawa zamówień publicznych. Skoro dominujące w prawie zamówień standardy mają kształt reguł kompetencyjno-proceduralnych, to oznaczać to powinno, że powstający z ich udziałem porządek prawny ma postać systemu dynamicznego (w sensie Kelsenowskim). Czynności będące prawidłowym wykonywaniem tych reguł to czynności powodujące przekształcenia w obrębie systemu *Nm* (norm prawa umów). Prawidłowe wykonywanie prawnie doniosłych czynności konwencjonalnych, opartych na kompetencjach i procedurach zamówieniowych, powodować będzie aktualizowanie odpowiednich obowiązków *in abstracto* unormowanych głównie w Kodeksie cywilnym (z modyfikacjami typu *lex specialis* ustawy o zamówieniach), a częściowo także w Prawie budowlanym. Treść *Nm* wyznaczać będą ogólne postanowienia prawa cywilnego i innych szczegółowych ustaw, zaktualizowane i skonkretyzowane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz w złożonej ofercie. Podpisana umowa oraz kształtujące jej treść akty prawne należeć zatem będą do zbioru norm merytorycznych, wyrażających statyczne więzi w systemie prawa (w terminologii Kelsena). Obraz systemu, który powstaje z udziałem szeroko pojętego prawa zamówień (prawa, którego granice wykraczają poza ustawę „Prawo zamówień publicznych”), to tzw. system dynamiczno-statyczny, zazwyczaj uznawany za najbardziej adekwatnie odzwierciedlający współczesną rzeczywistość prawną. Prawo zamówień nie jest tu zatem niczym szczególnym. Jeżeli jednak w sposób dogmatyczny wyodrębnimy ustawę Prawo zamówień oraz ustawy Kodeks cywilny i Prawo budowlane, to pierwsza ustawa wspierać będzie dynamiczny wymiar szeroko pojmowanego prawa zamówień, natomiast dwie pozostałe – jego aspekt statyczny.

5. Wykładnia prawa zamówień publicznych

W ogólnej teorii wykładni prawa od wielu lat mamy do czynienia z pryncypialnym sporem między tzw. tekstualizmem a intencjonalizmem (oryginalizmem)²¹. W polskiej teorii prawa dość wyraźnie dominuje tekstualizm²². W doktrynie prawa prywatnego, w związku z interpretacją oświadczeń woli, odpowiednikiem tego sporu są kontrowersje między zwolennikami tzw. teorii oświadczenia (prymat tekstu) i teorii woli (prymat intencji). Także w rodzimej cywilistyce – pomimo zgłaszanych wątpliwości – zdaje się dominować koncepcja oświadczenia²³. Czy argumenty stron tego sporu mogą mieć przełożenie na wykładnię prawa zamówień publicznych? Uważam, że zasadniczo tak, jakkolwiek ewentualne konkluzje będą wymagały uwzględnienia funkcji gospodarczej tego prawa oraz dość szczególnych sposobów artykułowania woli przez uczestników postępowania zamówieniowego. Ze względu jednak na mieszany, publiczno-prawny, charakter obecnych tu przedmiotów interpretacji, poszukiwane adaptacje przywołanych powyżej teorii wykładni należałoby zróżnicować, uwzględniając (a) wykładnię indywidualno-konkretnych umów, do których dochodzi w następstwie zrealizowania procedury zamówieniowej, oraz (b) wykładnię generalno-abstrakcyjnych, głównie ustawowych, regulacji składających się na to postępowanie.

W kwestii wykładni umów wydaje się, że w prawie zamówień znajdujemy mocne argumenty na rzecz tekstualizmu („teorii oświadczenia”) – daleko mocniejsze, aniżeli to ma miejsce na gruncie standardowych umów, wokół których prowadzona jest cywilistyczna debata. Dzieje się tak za sprawą dość szczególnych dokumentów, w jakich artykułowane są oświadczenia uczestników w ramach postępowania o zamówienia publiczne. Z jednej bowiem strony jest to specyfikacja istotnych warunków zamówienia, wyrażająca oczekiwania zamawiającego, a z drugiej oferta wyrażająca w podobnie sformalizowanej postaci zadeklarowaną treść obowiązków potencjalnego wykonawcy. To z tych właśnie dwóch elementów konstruowana będzie przyszła umowa. Intencje stron mają tu zatem bardzo silne oparcie w stosownej dokumentacji – w „tekstach”. One też rzutować będą na przyszłą wykładnię podpisanej umowy. Zasada autonomii (rzeczywistej) woli podmiotu składającego oświadczenie

²¹ Szerzej o tych conceptach teoretycznych pisze Z. Tobor, *W poszukiwaniu intencji prawodawcy*, Wolters Kluwer business, Warszawa 2013, s. 82 i n.

²² W rodzimych teoriach wykładni dość zgodnie podkreśla się, że przedmiotem wykładni są wypowiedzi pochodzące od prawodawcy: przepisy prawne (teoria derywacyjna) bądź też przepisy lub normy prawne (teoria klaryfikacyjna). Przyjmuje się tu zatem apragmatyczny punkt widzenia w kwestii przedmiotu wykładni. Rzeczywiste intencje autora tekstu (wola prawodawcy) schodzą na drugi plan, głównie za sprawą ujmowanego formalnie (nieempirycznie) założenia o racjonalności prawodawcy. Próbę przełamania takiego podejścia znaleźć można w pracy Z. Tobor, *op. cit.*; zob. także M. Smolak, *Wykładnia celowościowa z perspektywy pragmatycznej*, Wolters Kluwer business, Warszawa 2012.

²³ Zob. Z. Radwański, *Teoria umów*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1977, s. 48, *idem*, *Prawo cywilne – część ogólna*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2005, s. 218.

jawnie ustępuje tu przed zewnętrznym, udokumentowanym przejawom tej woli. Specyfikacja i oferta będą niepełnymi wypowiedziami normatywnymi, w oparciu o które (w powiązaniu z umową i ustawowym otoczeniem normatywnym) odtwarzana będzie zakresowo pełna i treściowo dla potrzeb rozstrzygnięcia jednoznaczna norma określająca wzajemne prawa i obowiązki. Jest to, moim zdaniem, mocny argument na rzecz tekstualizmu (teorii oświadczenia) w interpretacji prawa zamówień publicznych.

Specyficznym dla prawa zamówień czynnikiem, mającym wpływ na semantyczny (percepcyjny) wymiar wykładni składanych tu oświadczeń woli, jest również język „komunikacji” między zamawiającym i wykonawcą (oferentem). Specyfikacja i oferta pisane są w języku specjalistycznym danej dziedziny (np. budownictwa). Takie socjolekty zawodowe, oczywiście w ramach danego środowiska, sprawiają zwykle dużo mniej kłopotów interpretacyjnych niż semantycznie otwarte zwroty języka naturalnego, którymi zdominowany jest typowy język prawny. Obecność w specyfikacjach i ofertach wymiennie ujmowanych parametrów technicznych (liczby, rysunki) dodatkowo ułatwia rozumienie tych tekstów, a tym samym i późniejszą interpretację umów. Takie niestandardowe cechy tekstów otoczenia normatywnego umów zamówieniowych mogą nawet uchodzić za okoliczność dowodzącą, iż w rozważanym przypadku (tj. interpretacji tych dokumentów) w ogóle nie będziemy mieli do czynienia z wykładnią prawa (z tzw. sytuacją wykładni lub z wykładnią w sensie pragmatycznym)²⁴. Z punktu widzenia wykładni samych umów oznaczać to będzie niewątpliwie łatwiejszą ich funkcjonalną interpretację. Specyfikacja i oferta dają bowiem interpretatorowi operacyjny wzorzec językowy (wskazują wymiennie nazwaną stan rzeczy), do którego doprowadzić ma proces wykładni.

Przejdźmy obecnie do kwestii wykładni ogólnych (ustawowych) aktów prawa zamówień publicznych. Wcześniej już przyjęliśmy, że prawo to składa się głównie z reguł określających kompetencje, procedury (tryby) i warunki, jakich głównie podmioty publiczne muszą dochowywać na prawnie reglamentowanej, sformalizowanej drodze realizacji interesu publicznego. Jeśli tak, to – mając na względzie potrzebę uwzględniania wymogu instrumentalnej racjonalności podejmowanych tu czynności, składających się na wykonanie tychże reguł – w „sytuacjach wykładni” powinniśmy opowiadać się za prymatem wykładni funkcjonalnej, w tym przede wszystkim w jej wariacie celowościowym. Cel to bowiem kierunkowy wyznacznik postępowania, a stosowne reguły – to odpowiednie (dyspozytywne) narzędzia prawne, które mają służyć realizacji przyjętego celu. Jeśli zatem przyjmiemy, że to np. interes publiczny jest wartością (funkcją, celem) ogólnych aktów prawodawczych, składających się na prawo zamówień publicznych, to, w myśl zasady symetrii²⁵, również

²⁴ R. Sarkowicz, *Interpretacja liczb w tekście prawnym*, Państwo i Prawo, z. 11, 1990. Zdaniem autora występowanie znamion liczbowych nie eliminuje natomiast wykładni *sensu largo* – *ibidem*, s. 80.

²⁵ Mam tu na uwadze symetrię między redagowaniem tekstów oraz ich interpretacją – zob. S. Wrótkowska, M. Zieliński, *O korespondencji dyrektyw redagowania i interpretowania tekstów prawnych*, Studia Prawnicze, nr 3-4, 1985.

ich interpretacja powinna się odwoływać do podobnych wartości. Przemawia to na rzecz oryginalizmu jako teorii wykładni adekwatnej dla interpretacji ogólnych regulacji prawa zamówień publicznych.

Ale z drugiej strony trzeba jednak pamiętać, że te same normy-reguły prawa zamówień określać będą również zewnętrzne granice swobody (legalności) czynności podejmowanych przez organy władzy publicznej. Jest to już taka perspektywa, w której beneficjentem powinien być wykonawca zamówienia (oferent). On to staje się – w imię interesu partykularnego – świadomym lub mimowolnym strażnikiem przestrzegania przez podmiot publiczny obowiązujących reguł, procedur i narzuconych warunków ich wykonywania. Ograniczają one autonomię zamawiającego i otwierają drugiej stronie ewentualną drogę do protestów, odwołań i skarg, a więc aktów skierowanych przeciwko zamawiającemu. Wykonawca/oferent będą w tej sytuacji zainteresowani restryktywną, zobiektywizowaną (językową, ścisłą) interpretacją przepisów prawa zamówień publicznych. Punkt widzenia tej grupy uczestników postępowania znajdzie zatem dla siebie adekwatny punkt oparcia w tekstualistycznej doktrynie interpretacyjnej. Jak widzimy, również na poziomie metod wykładni oraz teorii interpretacji mamy do czynienia z niespójnym obrazem prawa zamówień publicznych. Jest on pochodną publiczno-prywatnego charakteru tego prawa i ścierających się tu kierunkowo odmiennych interesów. Ujawnia się tu, oparta na wspólnych (zewnętrznych) regułach, „gra interesów”. Reguły te zdają się pełnić rolę tzw. warunków ramowych prowadzonego sporu prawnego²⁶. Jego uczciwość zapewniana jest poprzez odpowiednie wyważenie takich wartości, jak pewność i bezpieczeństwo prawne (ściśle przestrzeganie ustawowych reguł, statyczna ideologia wykładni) oraz ekonomiczna skuteczność realizacji interesu publicznego (dyspozytywność reguł, dynamiczna ideologia wykładni).

Taka rozbieżność wartości stawianych przed prawem zamówień powoduje również rozbieżności oczekiwań wobec państwa. W stosunkach poddanych prawu zamówień publicznych w skład zamawiającego państwa zaliczamy – jak pisze L. Kieres – również instytucje, których „status zbliża się do domeny prawa prywatnego” lub które „uwzględniają w swojej działalności zasady i regulacje przewidziane dla przedsiębiorczości”²⁷. Państwo w prawie zamówień występuje zatem w podwójnej roli. Ma być „w interesie jednostki” państwem praworządnym, stabilnym, przewidywalnym dla przedsiębiorców ubiegających się o zamówienia publiczne, ale zarazem, „w interesie własnym”, samo powinno być skuteczną przedsiębiorcą – zarządcą mieniem publicznym, traktującym regulacje prawne jako narzędzia realizacji zadań gospodarczych. Wykładnia ustawowego prawa zamówień będzie zatem musiała być tzw. wykładnią adaptacyjną, zorientowaną na odmienne role i konteksty, w jakich przychodzi działać interpretatorowi. Ma to istotne konsekwencje dla praktyki

²⁶ Zob. L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, Warszawa 1999, s. 52.

²⁷ L. Kieres, *op. cit.*, s. 69.

stosowania prawa zamówień. Organy rozpatrujące spory prawne, w poszukiwaniu składników podstawy rozstrzygnięcia, nie będą mogły ograniczać się do rekonstrukcji konkluzywnych (zakresowo zupełnych i logicznie niesprzecznych) norm, ale zmuszone będą, oprócz przywoływanych wyżej reguł dokonywania czynności konwencjonalnych, sięgać również do innych standardów, w tym przede wszystkim do zasad prawa. Potraktujmy to jako kolejny dowód na konieczność zastępowania lub przynajmniej uzupełniania tradycyjnego, opartego na klasycznej logice, warsztatu prawniczego – jego spragmatyzowanym wariantem.

Dla wykładni prawa zamówień publicznych szczególne znaczenie ma rozróżnienie na normy-reguły – wyłącznie o nich wcześniej była mowa – oraz na tzw. normy-zasady. Te ostatnie znajdują tu zastosowanie w obu ich wyróżnionych przez R. Dworkina wersjach: tj. *principle* i *policies*²⁸. *Principle* określają ogólne cele i wartości prawa, pierwotnie adresowane do prawotwórstwa, a które następnie wskazywać powinny kierunek stosowania i wykładni ustanowionego prawa. Jak wiadomo prawo gospodarcze, w tym również w szerokim zakresie prawo zamówień publicznych, przesiąknięte jest standardami typu *principle* (np. wolność gospodarcza, niedyskryminacja, równość, przejrzystość czy – specyficzne dla prawa zamówień – realizacja interesu publicznego, prokonkurencyjność, pisemność, prymat trybu przetargowego etc.). Ujawniane w takich zasadach wartości sprzyjać niewątpliwie będą funkcjonalnej (aksjologicznej) wykładni publicznego prawa gospodarczego, w tym również prawa zamówień. *Policies* z kolei to znacznie bardziej skonkretyzowane, nierzadko wymierne ujęte, zadania rzeczowe (np. gospodarcze), których realizacji prawo ma służyć, a które odwołują się do pewnych zbiorowych celów społeczeństwa²⁹. Wydaje się, że w skwantyfikowanej postaci tego rodzaju standardy w prawie zamówień publicznych znajdować będziemy w takich właśnie dokumentach, jak specyfikacja istotnych warunków zamówienia. A są to, jak wiadomo, dokumenty istotne dla interpretacji treści umowy podpisanej przez zamawiającego i wykonawcę. Standardy typu *policies* również sprzyjać będą funkcjonalnej wykładni prawa zamówień – tym razem w jej wariacie celowościowym.

Zasady prawa zdają się sprzyjać wszystkim uczestnikom postępowania zamówieniowego, a w każdym razie wszyscy będą mogli się na nie powoływać – choć w przypadku *principle* to przede wszystkim wykonawca i oferent wydają się ich pierwszymi beneficjentami. Można zatem przyjąć, że zasady prawa, choć niewątpliwie służą optymalizacji procesu stosowania i wykładni prawa zamówień publicznych jako takiego, to jednak ujmowane w oderwaniu od kontekstu danej sprawy na pewno nie rozładują obecnej tu „dramaturgii” w grze biznesowych interesów pomiędzy zamawiającym państwem (innymi podmiotami sfery publicznej) a prywatnym przedsiębiorcą. Służyć one raczej będą jako powiązane z określonym kon-

²⁸ R. Dworkin, *Biorąc prawa poważnie*, tłum. T. Kowalski, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1998, s. 56 i n.

²⁹ *Ibidem*, s. 158.

tekstem argumenty w tej strategicznej grze. Podkreślane na gruncie teorii wykładni takie cechy argumentacji z zasad prawa, jak np. możliwości ich stopniowania, a w przypadku konfliktu między zasadami – ich ważenia ze względu na okoliczności sprawy, wreszcie, w uzasadnionych sytuacjach, również odstępowania od nakładanych przez nie obowiązków, powodują, że zasady prawa znakomicie nadają się do argumentowania w tzw. trudnych przypadkach orzeczniczych³⁰. Obszar regulowany przez prawo zamówień publicznych to dziedzina, w której (choćby tylko ze względu na finansową wartość toczonych sporów) nawet pozornie łatwe przypadki szybko okazać się mogą trudne. Nieprzypadkowo zatem prawo zamówień publicznych, podobnie zresztą jak całe publiczne prawo gospodarcze, obudowane jest zasadami prawa. Prawodawca i doktryna prawnicza najwidoczniej uznają, że ten obszar regulacji ze względu na swoją „konfliktogenność” wymaga również odpowiednio rozbudowanych metaprawnych zabezpieczeń na wypadek obejść, nadużyć czy innych nieuczciwych praktyk – zarówno tych prawodawczych, jak i interpretacyjnych.

Z braku miejsca na bardziej rozbudowaną argumentację wymienimy jedną tylko grupę przykładów wskazujących na przydatność argumentacji z zasad w prawie zamówień, a mianowicie taką, która służy uzasadnianiu wyjątków od ogólnie przyjmowanych standardów regulacyjnych. Analiza orzecznictwa TSUE – zauważa L. Kieres – wskazuje na to, że „zamówienia publiczne są najbardziej podatne na przyjmowanie w prawie wewnętrznym regulacji, które zawierają rozwiązania niezgodne z ogólnymi zasadami prawa europejskiego, (...) np. preferujące oferentów z kraju właściwego dla zamawiającego czy zatrudnienie lokalnych pracowników”³¹. Kolejny przykład to zasada ochrony interesu publicznego przywoływana przez władze krajowe jako argument na rzecz odstępstwa od wolności gospodarczej na rynku unijnym (np. w zamówieniach sektorowych, obronnych, koncesjonowanych). W ślad za tym w prawie i doktrynie zamówień publicznych pojawiła się nawet odrębna kategoria domeny „wyłącznej i specjalnej”, tj. dopuszczalnego odchodzenia od takich europejskich wartości, jak wolna konkurencja czy niedyskryminacja³². Są to sytuacje, które mają walor, mniej lub bardziej akceptowanego, odstępstwa od zasad, a właściwie mówić by tu raczej należało o regulacjach, które są rezultatem rozstrzygnięcia konfliktu pomiędzy zasadami (wolność i prokonkurencyjność *versus* interes publiczny).

Tego typu trudne przecież także społecznie i politycznie sytuacje dają się zazwyczaj w sposób akceptowalny dla stron konfliktu rozwiązywać, gdy *ad usum* sięgamy do argumentacji z zasad prawa; gdy na poziomie konkretnej decyzji prawodawczej lub interpretacyjnej „ważymy” w języku akceptowanej pragmatyki prawniczej racje oparte na odmiennych zasadach-wartościach. Alternatywą dla takiej narracji byłoby odwołanie się do – opartego na tradycyjnej logice – języka „zero-jedynkowych”

³⁰ Zob. *ibidem*, s. 56-68.

³¹ L. Kieres, *op. cit.*, s. 65.

³² *Ibidem*, s. 69.

rozstrzygnięć, tj. do reguły kolizyjnej *lex superior derogat legi inferiori*. Korzystanie z takiej reguły wymusza każdorazowo przyjęcie określonej hierarchii skonfliktowanych standardów prawnych (np. uznania *in abstracto* prymatu zasady wolnej konkurencji na rynku europejskim nad interesami gospodarczymi państw członków UE lub, oczywiście, odwrotnie), a to już wprost prowadzi do pryncypialnego, i jak dotąd nierozwiązywalnego, sporu politycznego wokół autonomii i suwerenności („my *contra* Europa”).

Sensowność powoływania się na argumentację z zasad prawa – podobnie zresztą jak na inne wcześniej podnoszone racje na rzecz pragmatycznego podejścia – wymaga zaakceptowania pewnych istotnych konsekwencji. Nieuniknionym tego kosztem będzie wzrost znaczenia precedensów orzeczniczych oraz, co za tym idzie, również aktywizmu sędziowskiego. Dotyczy to zresztą nie tylko sędziów, ale również pozostałych uczestników partycypujących w stosowaniu prawa zamówień publicznych. Niemniej to sądom przypisać powinna dominująca rola w integrowaniu partykularnych celów i interesów. Dla stosowania i wykładni prawa zamówień publicznych szczególnie istotne wydaje się orzecznictwo TSUE – i to nie tylko w budowaniu zasad tego prawa³³, ale także gdy chodzi o wskazywanie pragmatyki prawniczego postępowania interpretacyjnego. Podobnie bowiem jak krajowe trybunały konstytucyjne, również trybunały europejskie dość skutecznie opanowały umiejętność powoływania się na zasady prawa. Pewnie dlatego, że jedno i drugie skupiają się głównie na trudnych przypadkach orzeczniczych. Jeżeli prawo zamówień publicznych uznamy za dziedzinę, w której przypadki trudne pojawiają się – a tak niewątpliwie jest – to nie tylko sądy, ale również pozostałe organy publiczne, rozpatrujące protesty, zarzuty i spory, ukształtowaną w sądach i trybunałach pragmatykę korzystania z zasad prawa powinny uznać za swoją.

Literatura

- Austin J.L., 1993, *Performatywy i wypowiedzi konstatające oraz Jak działać słowami*, [w:] *idem, Mówienie i poznawanie*, tłum. B. Chwedończuk, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa.
- Bator A., 2015, *O adekwatności założeń derywacyjnej koncepcji wykładni do badań nad interpretacją prawa Unii Europejskiej*, *Studia Prawa Publicznego*, nr 2.
- Bator A., 2015, *Postanalityczna teoria i filozofia prawa. Nowe szanse, nowe zagrożenia?* [w:] M. Jabłoński, M. Paździora (red.), *Postanalityczna filozofia prawa*, Przegląd Prawa i Administracji, t. CII.
- Dworkin R., 1998, *Biorąc prawa poważnie*, tłum. T. Kowalski, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa.
- Dworkin R., 2006, *Imperium prawa*, tłum. J. Winczorek, Wolters Kluwer Polska, Warszawa.
- Giedymin J., 1964, *Problemy, założenia, rozstrzygnięcia*, Polskie Towarzystwo Ekonomiczne Oddział w Poznaniu, Rozprawy i Monografie nr 10, Poznań.
- Gizbert-Studnicki T., 1986, *Język prawny z perspektywy socjolingwistycznej*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa.

³³ Zob. *ibidem*, s. 63-64.

- Guziński M., 2008, *Prawo zamówień publicznych*, Kolonia Limited, Wrocław.
- Habermas J., 2005, *Faktyczność i obowiązywanie. Teoria dyskursu wobec zagadnień prawa i demokratycznego państwa prawa*, tłum. A. Romaniuk, R. Marszałek, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa.
- Jaspers K., 2000, *Źródła filozofii*, [w:] *idem, Wprowadzenie do filozofii. Dwanaście odczytów radiowych*, tłum. A. Wołkowicz, Siedmioróg, Wrocław.
- Kaczmarek P., 2006, *Dwa ujęcia proceduralizacji prawa*, [w:] A. Sulikowski (red.), *Z zagadnień teorii i filozofii prawa. W poszukiwaniu podstaw prawa*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław.
- Kiczka K., 2012, *Uznanie administracyjne w prawie zamówień publicznych*, [w:] T. Kocowski, J. Kaspryszyn (red.), *Zamówienia publiczne – stan obecny i perspektywy*, Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu, nr 270, Wrocław.
- Kieres L., 2012, *Prawo zamówień publicznych – dziedzina prawa europejskiego, odrębny system regulacji oraz swoiste ujęcie problemów regulowanych*, [w:] T. Kocowski, J. Kaspryszyn (red.), *Zamówienia publiczne – stan obecny i perspektywy*, Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu, nr 270, Wrocław.
- Łętowska E., 2005, *Multicentryczność współczesnego systemu prawa i jej konsekwencje*, Państwo i Prawo, z. 4.
- Morawski L., 1988, *Argumentacje, racjonalność i postępowanie dowodowe*, Wydawnictwo Uniwersytetu Mikołaja Kopernika, Toruń.
- Morawski L., 1999, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, Warszawa.
- Nowak L. et al., 1972, *Czynności konwencjonalne w prawie*, Studia Prawnicze, nr 33.
- Pawłowski T., 1986, *Tworzenie pojęć w naukach humanistycznych*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa.
- Pecenik A., 2003, *Stan obecny teorii i filozofii prawa w krajach zachodnich*, [w:] J. Stelmach (red.), *Studia z filozofii prawa*, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków.
- Piotrowski A., Ziółkowski M., 1976, *Zróżnicowanie językowe a struktura społeczna*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa.
- Radwański Z., 2005, *Teoria umów*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1977, s. 48.
- Radwański Z., 2005, *Prawo cywilne – część ogólna*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa.
- Sarkowicz R., 1990, *Interpretacja liczb w tekście prawnym*, Państwo i Prawo, z. 11.
- Searle J., 1989, *Czynności mowy. Rozważania z filozofii języka*, tłum. B. Chwedeńczuk, Instytut Wydawniczy PAX, Warszawa.
- Smolak M., 2012, *Wykładnia celowościowa z perspektywy pragmatycznej*, Wolters Kluwer business, Warszawa.
- Tobor Z., 2013, *W poszukiwaniu intencji prawodawcy*, Wolters Kluwer business, Warszawa.
- Tokarz M., 1993, *Elementy pragmatyki logicznej*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa.
- Wronkowska S., Zieliński M., 1985, *O korespondencji dyrektyw redagowania i interpretowania tekstów prawnych*, Studia Prawnicze, nr 3-4.
- Zajadło J., 2011, *Filozofia prawa a teoria prawa we współczesnej jurysprudencji niemieckiej*, AUWr No 3337, Prawo CCCXII.
- Ziemiński Z., 1983, *Szkice z metodologii szczegółowych nauk prawnych*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa-Poznań.