

**PRACE NAUKOWE**

Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu

**RESEARCH PAPERS**

of Wrocław University of Economics

**270**

# **Zamówienia publiczne – stan obecny i perspektywy**



Redaktorzy naukowi

**Tadeusz Kocowski**

**Janusz Kaspryszyn**



Wydawnictwo Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu  
Wrocław 2012

Redaktor Wydawnictwa: Barbara Majewska  
Redakcja techniczna i korekta: Barbara Łopusiewicz  
Łamanie: Małgorzata Czupryńska  
Projekt okładki: Beata Dębska

Publikacja jest dostępna w Internecie na stronach:  
[www.ibuk.pl](http://www.ibuk.pl), [www.ebscohost.com](http://www.ebscohost.com),  
The Central and Eastern European Online Library [www.ceeol.com](http://www.ceeol.com),  
a także w adnotowanej bibliografii zagadnień ekonomicznych BazEkon  
[http://kangur.uek.krakow.pl/bazy\\_ae/bazekon/nowy/index.php](http://kangur.uek.krakow.pl/bazy_ae/bazekon/nowy/index.php)

Informacje o naborze artykułów i zasadach recenzowania znajdują się  
na stronie internetowej Wydawnictwa  
[www.wydawnictwo.ue.wroc.pl](http://www.wydawnictwo.ue.wroc.pl)

Kopiowanie i powielanie w jakiegokolwiek formie  
wymaga pisemnej zgody Wydawcy

© Copyright by Uniwersytet Ekonomiczny we Wrocławiu  
Wrocław 2012

**ISSN 1899-3192**  
**ISBN 978-83-7695-286-4**

Wersja pierwotna: publikacja drukowana

Druk: Drukarnia TOTEM

## Spis treści

Wstęp .....	7
<b>Maciej Guziński</b> , Uczelnia publiczna jako podmiot zamówień publicznych (wybrane zagadnienia).....	9
<b>Krzysztof Horubski</b> , Zmiany składu konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz na etapie wykonywania zamówienia .....	24
<b>Karol Kiczka</b> , Uznanie administracyjne w Prawie zamówień publicznych....	38
<b>Leon Kieres</b> , Prawo zamówień publicznych – dziedzina prawa europejskiego, odrębny system regulacji oraz swoiste ujęcie problemów regulowanych..	54
<b>Tadeusz Kocowski</b> , Wspólni zamawiający oraz wspólni wykonawcy w systemie zamówień publicznych .....	74
<b>Natalia Milostan</b> , Zielone zamówienia publiczne jako polityka stosowana przy wyborze oferty .....	91
<b>Piotr Schmidt</b> , Błędna stawka podatku VAT jako błąd w obliczeniu ceny i powód odrzucenia oferty .....	105
<b>Martyna Sługocka-Kolpaczyńska</b> , Podstawy udzielenia zamówienia publicznego z wolnej ręki w świetle art. 67 ust. 1 pkt 3 – Prawo zamówień publicznych.....	121
<b>Piotr Soroka</b> , Zamówienia publiczne a wolność gospodarcza .....	131
<b>Małgorzata Stręciwilk</b> , Zatrzymanie wadium na podstawie art. 46 ust. 4a w świetle orzecznictwa .....	145
<b>Mateusz Winiarz</b> , Definicja postępowania o udzielenie zamówienia publicznego a zakres odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w przedmiocie zamówień publicznych .....	160

## Summaries

<b>Maciej Guziński</b> , Public university as a subject of public procurement (selected problems).....	23
<b>Krzysztof Horubski</b> , Changes of the composition of a consortium in tender procedures and at the initial stage of contract performance .....	36
<b>Karol Kiczka</b> , Administrative discretion in the public procurement law .....	53
<b>Leon Kieres</b> , Public procurement law – the area of European law, the separate system of regulation and the specific approach to adjustable problems.....	73
<b>Tadeusz Kocowski</b> , Joint orderers and joint contractors in the system of public procurement .....	90

---

<b>Natalia Miłostan</b> , Green public procurement as the policy used in selecting an offer.....	104
<b>Piotr Schmidt</b> , Wrong tax rate as an error in the calculation of prices and the reason of tender rejection.....	120
<b>Martyna Sługocka-Kolpaczyńska</b> , Fundamentals of negotiated public procurement in the light of Art. 67 paragraph 1 point 3 – public procurement law.....	130
<b>Piotr Soroka</b> , Public procurement and economic freedom.....	144
<b>Małgorzata Stręciwilk</b> , Retainment of the tender deposit tender based on Article 46 paragraph 4a in the light of jurisprudence.....	159
<b>Mateusz Winiarz</b> , The definition of the procedure for awarding a public contract and the scope of liability for the breach of public finance discipline in the area of public procurement.....	173

**Leon Kieres**

Uniwersytet Wrocławski

---

## **PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH – DZIEDZINA PRAWA EUROPEJSKIEGO, ODRĘBNY SYSTEM REGULACJI ORAZ SWOISTE UJĘCIE PROBLEMÓW REGULOWANYCH**

---

**Streszczenie:** Przedstawione opracowanie dotyczy próby określenia prawa zamówień publicznych w systemie prawa europejskiego. W tym celu analizie poddano dyrektywy unijne i m.in. orzecznictwo TSUE. Europejskie prawo zamówień publicznych jest dziedziną prawa europejskiego (unijnego). W podejściu do charakterystyki aktów tego prawa widoczne jest przede wszystkim ich ujmowanie na tle regulacji i zasad ogólnych prawa europejskiego. Widoczna jest postępująca tendencja do nadawania rozwiązaniom prawa zamówień publicznych treści specyficznych.

**Słowa kluczowe:** zamówienie publiczne, zasady prawa europejskiego, pierwszeństwo prawa unijnego.

### **1.**

Prawo zamówień publicznych kształtują dwa kompleksy norm prawnych. Zamówienia publiczne podlegają regulacji rozwiązań, tworzonych w prawie wewnętrznym państw. Odrębną grupę norm prawnych stanowią akty, zaliczane do tzw. europejskiego prawa zamówień publicznych. Prawo wewnętrzne i prawo europejskie pozostają w istotnych związkach między sobą. Relacje te kształtują przede wszystkim zasady, które odnosimy do obowiązywania i przestrzegania prawa w Unii Europejskiej. Rozważenie tej kwestii wymaga przypomnienia ogólnych ustaleń, które rządzą wzajemnymi odniesieniami, występującymi między prawem europejskim i prawem wewnętrznym.

Prawo europejskie w ujmowanym tutaj znaczeniu odnosimy do prawa Unii Europejskiej (Wspólnot Europejskich). Źródła tego prawa wypełniają akty zaliczane do prawa pierwotnego Unii Europejskiej oraz akty prawa wtórnego (przede wszystkim dyrektywy i rozporządzenia).

Szukając źródeł regulacji prawnych, które ujmują konkretne i odrębne przejawy podejmowania i wykonywania przedsiębiorczości, zwykle zwracamy uwagę na rozwiązania czy też na instytucje kojarzone ze statusem przedsiębiorców oraz z ich

przedsiębiorczością. Podobnie – zamówienia publiczne, jako odrębna i szczególna dziedzina aktywności na rynku unijnym, zostały ujęte w kompleksie norm prawnych, których formy wyznacza prawo pierwotne (akty o ustanowieniu i funkcjonowaniu Unii Europejskiej oraz inne akty prawa międzynarodowego publicznego przyjęte z udziałem Unii Europejskiej (UE) – jest ich stroną (zwłaszcza umowy międzynarodowe)<sup>1</sup>. Tak wyodrębnione źródła prawa pierwotnego w zasadzie nie stanowią wprost o zamówieniach publicznych w Unii Europejskiej. Zaliczamy je do źródeł europejskiego prawa zamówień publicznych z uwzględnieniem zasad ogólnych, które prawo pierwotne Unii Europejskiej odnosi właśnie do swojego obowiązywania – zarówno w relacjach między państwami oraz w stosunkach między innymi i odrębnymi podmiotami – zwłaszcza przedsiębiorcami. Obowiązywanie to – a szczególnie przestrzeganie prawa pierwotnego ma więc charakter powszechny w tym znaczeniu, że determinuje ono działalność właściwych podmiotów (państw oraz przede wszystkim przedsiębiorców) – zarówno w stosunkach wertykalnych, jak i – w pewnych i szczególnych sytuacjach – także w relacjach horyzontalnych. Powrócę do tego zagadnienia w dalszej części opracowania.

Właściwą dla zamówień publicznych grupę źródeł europejskiego prawa zamówień publicznych tworzą akty prawa wtórnego. Zaliczamy do nich dyrektywy odpowiednie dla zamówień klasycznych<sup>2</sup> i tzw. zamówień sektorowych<sup>3</sup> (także specyficznie ujmujące problematykę tzw. zielonych zamówień publicznych, co oznacza ujmowanie w postępowaniach o udzielenie zamówienia wymagań ochrony środowiska, wyróżnionych w odrębnych i właściwych dla nich regulacjach prawa europejskiego<sup>4</sup>, oraz zamówień związanych z obronnością<sup>5</sup>). Odrębne miejsce zajmują dyrektywy koordynujące procedury odwoławcze<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> Np. zob. tzw. GPA (*Government Procurement Agreement*), czyli Porozumienie z dnia 23 grudnia 1994 r. w sprawie zamówień publicznych., załącznik 4 (Dz.Ur. WE L 336/273); na temat GPA – zob. D. Piasta, *Zamówienia publiczne w świetle procedur Światowej Organizacji Handlu. Umowa o zamówieniach publicznych (GPA)*, Warszawa 2001; S. Arrowsmith, *Government Procurement in WTO*, London 2003.

<sup>2</sup> Dyrektywa 2004/18 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.Ur. UE 2004, L. 134/114, ze zm.).

<sup>3</sup> Dyrektywa 2004/17 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.Ur. UE L 134/1, ze zm.).

<sup>4</sup> Dyrektywa 2009/33 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 23 kwietnia 2009 r. w sprawie promowania ekologicznie czystych i energooszczędnych pojazdów transportu drogowego (Dz.Ur. UE L 120/5). Szeroko na temat zielonych zamówień publicznych – zob. publikacja Urzędu Zamówień Publicznych, *Zielone zamówienia publiczne*, Warszawa 2009.

<sup>5</sup> Dyrektywa 2009/81 Parlamentu Europejskiego i Rady 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.Ur. UE L 216/76). Zob. M. Olejarski (red.), *Zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa*, Warszawa 2011.

<sup>6</sup> Tj.: 1) Dyrektywa 89/665 Rady z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych

Znaczenie przywołanych form regulacji prawnej określone jest przez ich odniesienie do celów przyjętych w nich rozwiązań. Celem podstawowym jest harmonizacja odpowiednich rozwiązań prawa wewnętrznego. Tak ujęta charakterystyka dyrektyw „zamówieniowych” nie odbiega od sposobu charakteryzowania dyrektyw „w ogóle” – bez względu na ich przedmiot regulacji prawnej.

## 2.

Dyrektywy obowiązują na rynku unijnym przez ich obowiązywanie w procesach stanowienia prawa przez państwa członkowskie. Ustawodawstwo wewnętrzne przejmuje w sprawach zamówień publicznych ujęcia wypracowane w dyrektywach oraz – ewentualnie – rozwija je czy też uzupełnia o regulacje swoiste. Poprawność – zarówno owego ujmowania, jak i rozwinięcia – jest weryfikowana z uwzględnieniem ogólnych i systemowych reguł, które rządzą relacjami między prawem europejskim wtórnym oraz odpowiednimi aktami prawa wewnętrznego. Reguły te widzimy w zasadach: pierwszeństwa, bezpośredniego stosowania i bezpośredniej skuteczności prawa unijnego w prawie wewnętrznym państw członkowskich.

Zwróćmy uwagę, że obowiązywanie i przestrzeganie prawa unijnego w stosunkach, poddanych rozwiązaniom prawa wewnętrznego w istocie jest widoczne w dwóch wymiarach. Prawo europejskie ujmuje zachowania podmiotów prawa wewnętrznego (przedsiębiorców) w stosunkach z władzami publicznymi na rynku wewnętrznym państw. Obowiązywanie prawa europejskiego kształtuje zarazem relacje, które zawierają w swojej treści tzw. element transgraniczny. Przyjmuje się jego przesądzające znaczenie dla ustalenia właściwej regulacji unijnej, co jest widoczne także w zamówieniach publicznych. Jego wystąpienie jest brane pod uwagę nie tylko jako cecha pozwalająca na wyróżnianie zdarzeń (faktów) prawnych – co oznacza, że stosunki prawne między określonymi podmiotami charakteryzują się specyficzną sytuacją ich stron, gdy przedsiębiorca lub inny podmiot (np. pracownik) znajduje się w określonej sytuacji wobec władz publicznych państwa innego niż macierzyste.

Element transgraniczny jest uwzględniany przy określaniu właściwości prawa europejskiego jako potencjalny i spodziewany rys, który pozwoli wskazywać na przyszłe i prawdopodobne zachowania prawne. Ta druga sytuacja z elementem transgranicznym charakteryzuje również zamówienia publiczne. Aspekt transgraniczny występuje zwłaszcza w sytuacji potencjalnego zainteresowania udziałem w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz zainteresowania wykonaniem zamówienia, które mogą wyrazić wykonawcy z innych państw niż państwo, w którym zamawiający ma siedzibę<sup>7</sup>.

---

w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (Dz.Ur. UE L 395/33 ze zm.) oraz 2) Dyrektywa 92/13 Rady z dnia 25 lutego 1992 r. koordynująca przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne odnoszące się do stosowania przepisów wspólnotowych w procedurach zamówień publicznych podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (Dz.Ur. WE L 76/14 ze zm.).

<sup>7</sup> Zob. K. Więckowski, *Zasady udzielania zamówień publicznych wyłączonych z zakresu stosowania dyrektyw prawa Unii Europejskiej*, [w:] H. Gronkiewicz-Waltz, K. Jaroszyński (red.), *Europeizacja*

Przywołanie pierwszeństwa obowiązywania prawa europejskiego wobec zharmonizowanych z jego aktami regulacjami prawa wewnętrznego państw członkowskich i skoordynowanych ze sobą porządków prawnych tych państw w sprawach z elementem transgranicznym zwraca naszą uwagę na jeszcze jeden aspekt obowiązywania prawa europejskiego. W dotychczasowych rozważaniach wskazywałem na płaszczyzny (wymiar) obowiązywania tego prawa, które przyjęto odnosić do stosunków wewnętrznych przedsiębiorców i innych podmiotów prawa wobec władz publicznych. Pogląd ten oddawał w sposób uproszczony stan obowiązywania i przestrzegania prawa europejskiego. Adresatami aktów tego prawa jest bowiem sama Unia Europejska oraz państwa – także w stosunkach wzajemnych. Tymczasem obowiązywanie to stopniowo – głównie przez stanowisko Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE) prezentowane w odpowiednich orzeczeniach – przenoszone jest także na płaszczyznę stosunków horyzontalnych. Stosunki o takiej naturze pozostawały co do zasady poza sferą regulacji prawa europejskiego. Pogląd ten jednak staje się stopniowo pozbawiony racji nie tylko przez przyjmowanie w prawie europejskim regulacji odnoszących się w swojej treści w sposób masywny i kompleksowo do harmonizowanych spraw wkraczających na płaszczyznę stosunków obligacyjnych – także w sferze prawa osobowego spółek czy też prawa określającego status osób fizycznych w określonych dziedzinach ich sytuacji, np. co do zatrudnienia cudzoziemców, egzekucji roszczeń majątkowych itp. Obowiązywanie prawa europejskiego w stosunkach horyzontalnych nie tylko zostało zauważone, ale także zaakceptowane w orzecznictwie TSUE. Rzecz początkowo obejmowała jednak inne niż zamówienia publiczne dziedziny aktywności, poddane regulacjom europejskiego prawa unijnego. TSUE stopniowo uznawał za uzasadnione przypisywanie regulacjom prawa europejskiego także skutków w stosunkach horyzontalnych. Oznaczało to uznawanie prawa przedsiębiorców lub innych podmiotów do powoływania się na regulacje wspólnotowe (unijne) także przy rozstrzyganiu sporów z innymi podmiotami o statusie wyznaczonym przez regulacje prywatnoprawne<sup>8</sup>.

Do istotnych elementów stosunku obligacyjnego w zamówieniach publicznych należą: status stron umowy o zamówienie publiczne, jej forma, przedmiot oraz sposób wykonania zobowiązań. Wszystkie one podlegają regulacji ze strony prawa europejskiego, harmonizującego ustawodawstwa wewnętrzne. Tym samym prawo europejskie przesądza nie tylko o zagadnieniach poddanych w prawie wewnętrznym regulacjom właściwym dla zamówień publicznych. Harmonizuje zarazem te regulacje w ich treści – co sprawia, że uczestnicy postępowania na obszarze Unii Europejskiej znajdują się w podobnych sytuacjach – zarówno w ich relacjach z władzami publicznymi, gdy ciąży na nich określone obowiązki (niedyskryminacji, równego traktowania, przejrzystości, proporcjonalności), jak i w stosunkach horyzontalnych

*publicznego prawa gospodarczego*, Warszawa 2011, s. 577-580; J. Gola, G. Klich, *Uwagi o zasadzie jawności w prawie zamówień publicznych*, [w:] H. Gronkiewicz-Waltz, K. Jaroszyński (red.), *Europeizacja publicznego prawa gospodarczego...*, s. 149.

<sup>8</sup> Zob. M. Szydło, *Swobody rynku wewnętrznego a reguły konkurencji. Między konwergencją a dywergencją*, Toruń 2006, s. 293 i n. i tam przywołane orzecznictwo.



(uczestnicy postępowań – zamawiający wobec podmiotów zainteresowanych potencjalnie wykonaniem (uzyskaniem) zamówienia)<sup>9</sup>.

Zbliżenie (harmonizacja) prawa wewnętrznego państw członkowskich widoczne jest także w postępowaniach spornych między zamawiającym i wykonawcami, prowadzonymi przed odpowiednimi władzami, które są uprawnione do kontroli przestrzegania przez nich właściwych rozwiązań prawnych. Jednak szczególną wartością dla prawa zamówień publicznych jest wkraczanie jego części europejskiej w sferę stosunków obligacyjnych między zamawiającymi i wykonawcami; prawo to określa bowiem – co wyżej zazaczyłem – elementy prywatnoprawne (cywilnoprawne) stosunków, które powstają w wyniku zawarcia umowy (koncesji) na roboty budowlane, świadczenie usług lub dostawy.

Kolejną formą stanowienia prawa europejskiego zamówień publicznych są rozporządzenia<sup>10</sup>. Nie należą one do aktów, które przesądzają o jego stanie; zaliczamy bowiem do nich także rozporządzenia, przyjmowane w innych dziedzinach, przekazanych do regulacji w tej formie (np. co do pomocy publicznej czy ochrony środowiska). Rozporządzenia, które regulują sprawy w tych dziedzinach zaliczamy także do prawa zamówień publicznych, jeżeli odsyłają one do aktów tego prawa jako obowiązujących (właściwych) przy realizacji przewidzianych w nich zadań (obowiązków) określonych podmiotów. Podobnie rzecz się ma z dyrektywami, które bezpośrednio nie regulują procedur zamówieniowych, ale odsyłają do tych dyrektyw, które są właściwe dla regulacji prawnych w sprawach zamówień publicznych.

W tych rozważaniach zwracam uwagę przede wszystkim na rozwiązania, które bezpośrednio i wyłącznie wkraczają na obszar stosunków wertykalnych lub horyzontalnych w zamówieniach publicznych. Rozporządzenia obowiązują wprost i bezpośrednio w stosunkach uczestników postępowań o udzielenie zamówienia z władzami publicznymi, a także między uczestnikami.

---

<sup>9</sup> Zob. np. orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości: z 11.11.2007 r. w sprawie C-507/03, Zb. Orz. 2007, s. I-09777, pkt 29; z 21.2.2008 r. w sprawie C-412/04, Zb. Orz. 2008, s. I-00619, pkt 66, 81.

<sup>10</sup> Zob. np.: rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2195/2002 z dnia 5 listopada 2002 r. w sprawie Wspólnego Słownika Zamówień (CPV), (Dz.Urz. UE L 340/1, ze zm.) oraz rozporządzenie KE nr 213/2008 z dnia 28 listopada 2007 r. zmieniające rozporządzenie (WE) nr 2195/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie Wspólnego Słownika Zamówień (CPV) oraz dyrektyw 2004/17/WE i 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady dotyczące procedur udzielania zamówień publicznych w zakresie zmiany CPV (Dz.Urz. UE L 74/1); rozporządzenie KE nr 1564/2005 z dnia 7 września 2005 r. ustanawiające standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w ramach procedur udzielania zamówień publicznych zgodnie z dyrektywą 2004/17/WE i 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady (Dz.Urz. UE L 257/1) oraz rozporządzeniem KE nr 1150/2009 z dnia 10 listopada 2009 r. zmieniające rozporządzenie (WE) nr 1564/2005 w odniesieniu do standardowych formularzy do publikacji ogłoszeń w ramach procedur zamówień publicznych zgodnie z dyrektywami Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG (Dz.Urz. UE L 313/3).

### 3.

W ocenach obowiązywania i przestrzegania (stosowania) europejskiego prawa zamówień publicznych, przejmujemy także rezultaty jego rozumienia (wykładni, interpretacji). Reguły tej wykładni odnoszą się do dwóch kwestii – ustalania relacji między prawem europejskim i prawem wewnętrznym oraz rozumienia znaczenia pojęć, którymi posługują się akty prawa unijnego.

Opisanie wzajemnych relacji między prawem europejskim i prawem wewnętrznym należy do podstawowych wyzwań nauki i judykatury nie tylko w obszarze regulacji prawnych, których przedmiotem są zamówienia publiczne. Przywołać możemy zasady ogólne, które rządzią wykładnią, prowadzącą do ustalenia wzajemnych odniesień między prawem unijnym i wewnętrznym. Zainteresowania judykatury w tej jego dziedzinie koncentrowały się na ustaleniu miejsca (znaczenia) prawa pierwotnego. Prawo to pozostaje w zasadzie poza sferą bezpośredniego obowiązywania w relacjach podmiotów prywatnych (przedsiębiorca lub inny zamawiający, wykonawca – w tym oferent, kandydat) wobec władz publicznych czy też w stosunkach wzajemnych między tymi podmiotami. TSUE stopniowo jednak dokonał przewartościowania tego stanowiska przez wskazywanie na sytuacje, kiedy prawo pierwotne może być przywoływane w relacjach, które należą do domeny (przedmiot regulacji) prawa wtórnego oraz prawa wewnętrznego państw członkowskich.

Trybunał dopuszcza w swoich orzeczeniach możliwości bezpośredniego stosowania regulacji traktatowych, jeżeli wynikają z nich rozwiązania wystarczająco konkretne co do obowiązków, którym winny podlegać odpowiednie podmioty – także w stosunkach prawa zamówień publicznych<sup>11</sup>, a jednocześnie rozwiązania takie zawierają treści obowiązujące bezwarunkowo. Przesłanką obowiązywania takich postanowień oraz – zarazem – ich przestrzegania jest brak rozwiązań w prawie wtórnym oraz w prawie wewnętrznym, odpowiednich do rozpatrywanej sytuacji, lub też sprzeczność rozwiązań wewnętrznoprawnych z odpowiednimi regulacjami prawa pierwotnego. TSUE wielokrotnie w swoich orzeczeniach przywoływał konkretne i obligujące w treści rozwiązania prawa pierwotnego w sprawach zamówień publicznych. Odniesienia te miały na celu zwłaszcza ochronę podstawowych wartości, które determinują stanowisko ustawodawcy unijnego oraz wyznaczają kierunki legislacji wewnętrznej w państwach członkowskich (wolność przedsiębiorczości, ochrona konkurencji, zakaz dyskryminacji ze względu na przynależność państwową).

### 4.

Akty prawa wtórnego Unii Europejskiej znajdują miejsce w regulacjach prawa wewnętrznego zamówień publicznych na zasadach ogólnych. Przywołać więc możemy

<sup>11</sup> L. Kieres, *Wspólnotowe prawo zamówień publicznych*, [w:] A. Borkowski i in., *Prawo zamówień publicznych*, Wrocław 2008, s. 18 i n.; K. Więckowski, *Zasady udzielania zamówień...*, s. 566; zob. także S. Majkowska-Szulc, *Stosowanie i interpretacja prawa Unii Europejskiej*, [w:] A. Łazowski (red.), *Unia Europejska. Prawo instytucjonalne i gospodarcze*, Warszawa 2007, s. 766 i n.

ogólne reguły, które rządzą ową aplikacją – zasadę pierwszeństwa, zasadę bezpośredniego stosowania oraz zasadę bezpośredniej skuteczności<sup>12</sup>. Interpretację zasad oraz ich głębokie i wszechstronne uzasadnienie przedstawia zwłaszcza orzecznictwo TSUE. Co do dyrektyw – to podobnie do prawa pierwotnego – ich obowiązywanie wobec ustawodawcy wewnętrznego nie zawsze znajduje jego zrozumienie widoczne w treści aktów prawa wewnętrznego, których treści podlegają harmonizacji ze strony dyrektyw. Polska ustawa z 2004 roku o zamówieniach publicznych<sup>13</sup> jest dowodem wspierającym powyższy pogląd. Od wyroku w sprawie Tanja Kreil<sup>14</sup> Trybunał wskazywał na pierwszeństwo prawa Unii Europejskiej w porządku prawnym państw członkowskich. Co więcej – pogląd powyższy był wzmacniany w orzeczeniach ETS (TSUE) przez wskazywanie na przesłanki bezpośredniego stosowania postanowień dyrektyw – zarówno w stosunkach wertykalnych, jak i – co jednak już nie jest systematycznie deklarowane w orzecznictwie Trybunału – w stosunkach horyzontalnych. Prawo z dyrektyw Unii Europejskiej idzie przed regulacjami wewnętrznymi, jeżeli są one sprzeczne (niezgodne) z dyrektywami czy też ustawodawca wewnętrzny nie przyjął rozwiązań odpowiadających celom regulacji, ustalonych w uregulowaniach zawartych w dyrektywach. Przywoływanie postanowień dyrektyw w stosunkach przedsiębiorców lub innych podmiotów prawa, do których odnoszą się podstawowe zasady rządzące przedsiębiorczością na rynku unijnym – z uwzględnieniem obecności w nich elementu transgranicznego, warunkowane jest – podobnie do obowiązywania i stosowania prawa pierwotnego – konkretnością treści (rozwiązań) oraz niebudzącym wątpliwości obligatoryjnym charakterem.

W zasadzie pierwszeństwa wyraża się również charakter relacji między rozporządzeniami i prawem wewnętrznym. Rozporządzenia w sprawach zamówień publicznych, a zwłaszcza ich obowiązujący charakter w stosunkach między uczestnikami postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz między nimi i władzami publicznymi, podlegają niekontrowersyjnej i jednoznacznej interpretacji w nauce, orzecznictwie TSUE oraz praktyce (przestrzeganie – stosowanie rozporządzeń).

## 5.

Rozumienie pierwszeństwa prawa unijnego (europejskiego) wobec prawa wewnętrznego wyznaczają także reguły jego interpretacji. Wykładnia przyjmowana przez jego adresatów w stosunkach, charakteryzuje się swoistymi właściwościami. Swoistość tę wyznaczają zwłaszcza postulaty odnoszone do interpretacji prawa wewnętrznego w jego relacjach z prawem unijnym wówczas, kiedy obowiązuje ono w sytuacjach

---

<sup>12</sup> L. Kieres, *Wspólnotowe prawo zamówień...*, s. 13 i n.; por. M. Szydło, *Swobody rynku wewnętrznego a reguły konkurencji...*, s. 209 i n.

<sup>13</sup> Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2010 Nr 113, poz. 759, ze zm.).

<sup>14</sup> Orzeczenie ETS z dnia 11 stycznia 2000 r. w sprawie C-285/98, Zbiór Orzeczeń 2000, s. I-00069.

wyróżnionych w prawie europejskim – zarówno pierwotnym, jak i wtórnym. Interpretację tę wyznacza przede wszystkim reguła autonomicznego ujmowania treści rozwiązań unijnych. Autonomia ta jest charakteryzowana przez wyróżnienie swoistych dla wykładni prawa europejskiego reguł dekodowania treści jego postanowień. I tak – zmierzać powinna przede wszystkim do takiego rozumienia prawa europejskiego, by wspierało ono zasady, które mają znaczenie podstawowe dla jego obowiązywania: wolności przedsiębiorczości, niedyskryminacji, równego traktowania czy przejrzystości. Autonomiczna wykładnia prawa unijnego w zamówieniach publicznych winna więc prowadzić do poszanowania w postępowaniach zamówieniowych owych reguł, co pozwala na udział w postępowaniach podmiotów – bez względu na miejsce ich siedziby na rynku unijnym czy też właściwość prawa wewnętrznego, odpowiedniego dla ustalenia statusu osobowego tych podmiotów.

Autonomizacja wykładni prawa europejskiego wyznacza wreszcie szczególnie sposób dochodzenia do ustalenia treści regulacji prawnej. W tym procesie interpretowane pojęcia czy treści uzyskują znaczenie i wartości ustalone przez odniesienia do innych właściwych pojęć i regulacji prawa europejskiego. Prawo wewnętrzne nie jest w tej wykładni płaszczyzną odniesienia w poszukiwaniu informacji, które pozwalają na ustalenie treści postanowień, czy też rozumienia terminów, którymi posługują się akty prawa europejskiego.

Skutkiem autonomicznej w sposobie ujmowania prawa europejskiego jego wykładni są wyróżnione jako jej następstwa specyficzne instytucje prawa zamówień publicznych. Mają one charakter europejski i autonomiczny w tym znaczeniu, że ich istota oraz stopień obowiązywania nie byłyby możliwe przy wyłącznym obowiązywaniu prawa wewnętrznego. Przykłady takich instytucji, fragmentyzujących prawo zamówień publicznych w europejskim systemie prawa, wyróżnię w dalszej części opracowania.

## 6.

Wyrazem pierwszeństwa prawa europejskiego wobec prawa wewnętrznego jest reguła prowsólnotowej jego wykładni. Wyżej wskazałem na znaczenie źródeł prawa wewnętrznego w regulowaniu spraw (sytuacji) o charakterze transgranicznym<sup>15</sup>. Pozostaje ono nadal szczególnym regulatorem tych spraw – także przy obowiązywaniu prawa europejskiego, które idzie przed prawem wewnętrznym. Wykładnia jego rozwiązań nie może prowadzić do ujmowania jako autonomicznych ustaleń, osadzonych wyłącznie na płaszczyźnie postanowień wewnętrznoprawnych. Granicami tej niezależności (autonomiczności) jest zgodność osiągniętych rezultatów wykładni z treścią konkretnych i jednoznacznie obowiązujących regulacji prawa unijnego czy też – co najmniej – wyjawienie ich rozumienia w znaczeniu nadanym przez wykładnię odpowiednich regulacji unijnych. TSUE wielokrotnie wskazywał na treści wyróżnione w regulacjach unijnego prawa zamówień publicznych albo

<sup>15</sup> Por. A. Cieśliński, *Wspólnotowe prawo gospodarcze. Swobody rynku wewnętrznego*, Warszawa 2009, s. 49; M. Szydło, *Krajowe prawo spółek a swoboda przedsiębiorczości*, Warszawa 2007, s. 228-230.

ustalone w wyniku wykładni odpowiednich jego postanowień, które pozwalają na usunięcie z obiegu prawnego regulacji wewnętrznych czy też nałożenie na krajowe władze publiczne obowiązku ich uzupełnienia. W tych orzeczeniach o charakterze prejudycjalnym wskazywano przede wszystkim, że na organach stosujących (interpretujących) prawo wewnętrzne ciąży obowiązek konfrontacji regulacji tego prawa z podstawowymi zasadami unijnego porządku prawnego, który rządzi stosunkami, nawiązanymi w wyniku przedsiębiorczości. Przejawem tej aktywności są m.in. stosunki wyrażające sytuację uczestników odpowiednich procedur w sprawach zamówień publicznych<sup>16</sup>.

Prowspólnotowa wykładnia prawa wewnętrznego ma charakter wykładni przyjaznej dla prawa europejskiego w tym znaczeniu, że wprowadza ona regulacje unijne do zamówień publicznych, chociaż w istocie to interpretowane przyjaźnie dla prawa europejskiego regulacje wewnętrzne są wprost przywoływane jako obowiązujące w sprawach zamówień publicznych. Ich obowiązywanie w znaczeniu i zakresie wyznaczonym przez ustalenia wykładni wskazuje także na kierunki ocen prawnych aktywności uczestników postępowań zamówieniowych; działania tych podmiotów winny być co najmniej zgodne z odpowiednimi regulacjami europejskimi i wynikającymi z nich regułami.

Na tle istoty implementacji (ingerencji) prawa europejskiego w stosunkach gospodarczych (przedsiębiorczość) ujawniają się spory i kontrowersje o zakres pierwszeństwa prawa europejskiego. Stanowisko sądów konstytucyjnych – także polskiego Trybunału Konstytucyjnego – wskazujące na granice dopuszczalnej obecności prawa unijnego w prawie wewnętrznym i warunkach wypierania prawa wewnętrznego przez to prawo – aczkolwiek nie wolne od kontrowersyjnych interpretacji i ocen – wyznacza także nowe rozumienie tej problematyki w prawie zamówień publicznych. Prymat prawa europejskiego nie jest autonomiczny i absolutny i nie może prowadzić do naruszania podstawowych wartości chronionych przez Konstytucję.

## 7.

Bezpośrednia skuteczność to kolejna zasada, która charakteryzuje akty prawa europejskiego w relacjach do źródeł prawa wewnętrznego. Odnoszona jest przede wszystkim do stosowania prawa europejskiego – także w zamówieniach publicznych. Ten skutek obowiązywania aktów prawa pierwotnego lub wtórnego kreuje po stronie bezpośrednich jego adresatów (uczestnicy postępowań zamówieniowych) prawa podmiotowe. Wywodzić je mogą szczególnie w sporach przed władzami sądowymi, a formą ich realizacji są odpowiednie w treści żądania o ochronę wartości wywodzonych z aktów prawa europejskiego. Treścią tych żądań są zwłaszcza określone prawem zachowania (działania lub zaniechania) władz publicznych<sup>17</sup>.

<sup>16</sup> Zob. L. Kieres, *Wspólnotowe prawo zamówień...*, s. 38-40.

<sup>17</sup> Zob. S. Biernat, *Prawo Unii Europejskiej a prawo państw członkowskich*, [w:] J. Barcz (red.), *Prawo Unii Europejskiej. Zagadnienia systemowe. Prawo materialne i polityki*, Warszawa 2006, s. I-253 i n.

Uczestnicy postępowań o zamówienie publiczne – zwłaszcza wykonawcy – przejmują uprawnienia, które są przedstawiane przed władzami sądowymi i przez nie chronione (gwarantowane). Widoczne są one w treści żądań stanowiących refleks owych uprawnień – o ustalenie przez sądy działań innych uczestników postępowań lub władz publicznych za niezgodne (co oznacza naruszające) z rozwiązaniami prawa europejskiego – np. przez wskazanie na dyskryminujące bezpośrednio lub pośrednio czynności (akty) tych podmiotów, jeżeli takie ich skutki będą widoczne w sytuacji skarżącego uczestnika postępowania (np. ustalenie wobec niego warunków szczególnych, których spełnienie jest przesłanką uzależniającą dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub otrzymanie zamówienia – przy zwolnieniu z ich przestrzegania pozostałych wykonawców). Uznanie w regulacjach normatywnych prawa do formułowania żądań o powyżej zaznaczonej treści prowadzi właśnie do bezpośredniej w sytuacji uczestników postępowań zamówieniowych skuteczności (obowiązywanie i stosowanie) europejskiego prawa zamówień publicznych.

## 8.

Podniesione wyżej uwagi o roli władz sądowych w procesach obowiązywania i stosowania prawa europejskiego w prawie wewnętrznym państw członkowskich prowadzi nas do istotnego w prawie zamówień publicznych zagadnienia. Zagadnieniem tym jest rola orzecznictwa TSUE wobec tendencji w interpretacji prawa zamówień publicznych, które ujawniają się w praktyce działania uczestników. Widoczne są przede wszystkim ogólne przejawy aktywności orzeczniczej Trybunału; rozpatruje – w wyniku kierowanych do niego pytań prejudycjalnych – kwestie przedstawiane przede wszystkim przez sądy krajowe (władze sądowe) w sprawie zachowań stron w sporze rozpatrywanym przed krajową władzą rozsządzającą spór. Stanowisko Trybunału co do kwestii prejudycjalnych w sprawach zamówień publicznych wyróżnia przede wszystkim kreatywność w interpretacjach prawa europejskiego oraz dążenie do zapewnienia zgodności z nim prawa wewnętrznego<sup>18</sup>.

Ustalenia przyjmowane w orzecznictwie Trybunału, chociaż nie mają charakteru precedensów prawnych, w istocie wyznaczają pewną linię w wykładni prawa europejskiego. Wyrazem tej kreatywności jest także budowa swoistych dla prawa zamówień publicznych figur prawnych, które z czasem uznawane są w orzecznictwie samego Trybunału czy też w orzeczeniach sądów krajowych za szczególne instytucje prawa, akceptowane przez naukę. Zostaną one omówione w następnej części rozważań. Możemy nawet w pewnym stopniu mówić o prawotwórczej roli Trybunału, jeżeli weźmiemy pod uwagę jego dorobek orzeczniczy<sup>19</sup>. Rola prawotwórcza oznacza nie tylko ustalanie zasad wykładni prawa europejskiego w jego relacjach do

<sup>18</sup> Zob. P. Szustakiewicz [w:], M. Chmaj (red.), *Zamówienia publiczne. Podręcznik*, Warszawa 2010, s. 61 i n.

<sup>19</sup> Por. A. Sulikowski, *Tworzenie prawa przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości*, [w:] J. Kaczor (red.), *Z zagadnień teorii i filozofii prawa. Teoria prawa europejskiego*, Wrocław 2005.



prawa wewnętrznego. Widoczna jest ona przede wszystkim w wyróżnianiu problemów, które przynosi analiza praktyki zamówień publicznych oraz przenoszenie do nich wartości prawnych wywodzonych z zasad prawa europejskiego. Innymi słowy – wyróżnione w wyrokach i ich tezach oceny rozważanych sytuacji, kwalifikujące i je wartościujące z uwzględnieniem ogólnych zasad, które rządzą daną dziedziną regulacji prawnych, są przenoszone do podobnych sytuacji w przyszłości, chociaż owe odniesienia w przyszłych rozstrzygnięciach judykatury nie są implikowane przez właściwe i szczegółowe regulacje prawne i nie wynikają z wyraźnych rozwiązań prawa unijnego<sup>20</sup>.

Europejskie prawo zamówień publicznych tworzą akty prawne, które wyróżniają dwa specyficzne elementy charakteryzujące przedmiot regulacji oraz jej cele. Wyżej wskazałem na ich cechy wyróżniające. Osadzenie aktów europejskiego prawa zamówień publicznych w systemie źródeł tego prawa oznacza, że przejmują one podstawowe właściwości, charakteryzujące to prawo. Za szczególną właściwość, wyróżniającą akty prawa zamówień publicznych, wskazuje się zwłaszcza prokonkurencyjny charakter jego regulacji prawnych<sup>21</sup>.

Europejskie prawo zamówień publicznych tworzą akty prawne, które przedstawiamy, korzystając z podobnych zasad normatywnych, stanowiska judykatury (TSUE) oraz poglądów nauki wykorzystywanych przy charakterystyce czy interpretacjach aktów prawa europejskiego, właściwych regulacyjnie w innych dziedzinach (sprawach). Postępuje zarazem proces przyjmowania w prawie zamówień publicznych rozwiązań, specyficznych dla tego prawa. Specyfika ta ujawnia swoją istotę nie tylko w szczególnym przedmiocie regulacji (umowy o zamówienie publiczne i procedury, w których dochodzi do wyboru stron umowy oraz jej treści).

Zwracam uwagę na implementację zasad i instytucji prawa europejskiego w prawie zamówień publicznych. Wolność przedsiębiorczości jest zasadą wyróżnioną w działalności gospodarczej jako zasada podstawowa i naczelną prawa europejskiego. W istocie – to jej treści i przywołane do ich ustalenia interpretacje kształtują cele i sposoby wykładni innych zasad prawnych (konkurencyjności, niedyskryminacji, równego traktowania, ochrony prawa przedsiębiorców do wyróżniania przez nich własnego interesu prywatnego)<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> Por. Z. Raczkiwicz, *Zamówienia publiczne w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości*, Wrocław 2008, s. 7 i n.

<sup>21</sup> L. Kieres, *Wspólnotowe prawo zamówień...*, s. 13; zob. też orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości: z dnia 11 maja 2006 r. w sprawie C-340/04, Zbiór Orzeczeń 2006, s. I-04137, pkt 58; z dnia 18 stycznia 2007 r. w sprawie C 220/05 *Auroux* i in., Zbiór Orzeczeń 2007, s. I-00385, pkt 52; z dnia 13 grudnia 2007 r. w sprawie C-337/06, Zbiór Orzeczeń 2007, s. I-11173, pkt 39; z dnia 14 lutego 2008 r. w sprawie C-450/06, Zbiór Orzeczeń 2008, s. I-00581, pkt 34; z dnia 19 czerwca 2008 r. w sprawie C-454/06, pkt 31.

<sup>22</sup> Zob. A. Dereń, *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej*, [w:] A. Cieśliński (red.), *Wspólnotowe prawo gospodarcze*, t. II, Warszawa 2007, s. 725 i n.

Obowiązywanie zasady wolności gospodarczej w zamówieniach publicznych prowadzi do ustalenia po stronie państw członkowskich (ich organów) specyficznych obowiązków, co odnosi się także do sytuacji zamawiającego wobec pozostałych uczestników postępowania. Ich treścią jest traktowanie podmiotów (także zamawiających), które podejmują inicjatywy promowania własnych interesów wobec organów publicznych, w sposób zapewniający im zróżnicowane traktowanie w odmiennych sytuacjach czy też traktowanie ich w tych samych działaniach w sposób zbliżony. Wreszcie wolność gospodarcza oznacza możliwość uznawania za nadrzędne wobec interesu jednostek prywatnych przesłanek dekodujących treści interesu publicznego tylko w sytuacjach szczególnych, wyraźnie wyróżnionych w aktach normatywnych – przede wszystkim w ustawowych źródłach prawa. Katalog tych przesłanek nie może być uzupełniany przez organy przestrzegania (stosowania) prawa w sposób autonomiczny wobec podstawowych (ustawowych) regulacji prawnych, a przesłanki uprawniające władze publiczne do stanowienia przez wyróżnianie sytuacji, w których interes publiczny dominuje i wypiera interes prywatny, nie mogą być wskazywane w aktach pozaustawowych.

## 9.

Wyżej ustalone przesłanki interpretacji zasady wolności gospodarczej (przedsiębiorczości) na rynku unijnym w istocie nie budzą dzisiaj wątpliwości interpretacyjnych co do ich znaczenia także w prawie zamówień publicznych. W licznych orzeczeniach TSUE znajdujemy odniesienia do wolności gospodarczej oraz do jej recepcji w treści innych zasad – czy to ustalonych normatywnie, czy też wyróżnionych w wyniku interpretacji prawa pierwotnego Unii Europejskiej, przyjętej w orzecznictwie sądowym. Inną rzeczą jest, czy i w jakim zakresie prawo unijne dopuszcza możliwości odstępowania od ustalonych i powszechnie akceptowanych treści, przypisanych do wolności działalności gospodarczej i zasad pochodnych (niedyskryminacja, równe traktowanie, przejrzystość oraz proporcjonalność, szczególne znaczenie ochrony interesu prywatnego wobec interesu publicznego).

Analiza orzecznictwa TSUE wskazuje, że zamówienia publiczne są najbardziej podatne na przyjmowanie w prawie wewnętrznym regulacji, które zawierają rozwiązania niezgodne z ogólnymi zasadami prawa europejskiego, odnoszonymi do przedsiębiorczości. Pewną praktyką jest przyjmowanie w zharmonizowanych regulacjach prawnych treści, które pozwalają zamawiającym na zachowania (np. przy sporządzaniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia) preferujące oferentów czy wykonawców z kraju właściwego dla zamawiającego. Taka postawa jest widoczna zwłaszcza w stawianiu cudzoziemcom (osobom zagranicznym) dodatkowych warunków w porównaniu z wymaganiami odnoszonymi do wykonawców krajowych. Przykłady takich praktyk o charakterze dyskryminującym, co w istocie prowadzi do preferowania wykonawców krajowych, znajdujemy w orzeczeniach TSUE, w których uznawano za sprzeczne z zasadami prawa Unii Europejskiej przyjmowanie



w prawie wewnętrznym lub w praktyce działania zamawiających klauzul: co do spełniania wymogu legalizacji (rejestracji) przez wykonawcę w państwie zamawiającego; co do obowiązku zatrudniania pracowników zamieszkujących na terenie jednostki podziału terytorialnego zamawiającego lub wcześniej zatrudnianych na jej obszarze w innych jednostkach organizacyjnych; co do potwierdzania kwalifikacji przez osoby dokumentujące się szczególnymi kwalifikacjami w związku z ich uzyskaniem w innym państwie członkowskim. Regulacje prawa państw członkowskich w sprawach zamówień publicznych należą do szczególnie podatnych na postulaty preferowania przedsiębiorczości krajowej kosztem wolności gospodarczej przedsiębiorców zagranicznych<sup>23</sup>.

Wskazane wyżej przypadki odchodzenia od regulacji unijnych czy też raczej braku recepcji prawa unijnego w prawie wewnętrznym nie mogą jednak przesądzać o odrębności prawa zamówień publicznych w systemie prawa europejskiego. Potwierdzeniem takiej tendencji winny być raczej przykłady świadczące w sensie pozytywnym o tej specyfice i determinowanej przez nią odrębności prawa zamówień publicznych. Widzimy je – poza specyficznym przedmiotem regulacji – w swoich instytucjach prawnych, odrębnym sposobie interpretacji zasad i instytucji powszechnie obowiązujących w prawie europejskim oraz w prawem przyznanych możliwościach odchodzenia od nich.

Europejskie prawo zamówień publicznych winno realizować w celach swoich regulacji ogólne zasady prawa unijnego. Niemniej zaznaczają się pod tym względem wyraźne odstępstwa od zasad ogólnych. Widoczne jest to zwłaszcza w rozwiązaniach, które przywołują zasadę imperatywnych wymogów ochrony interesu publicznego<sup>24</sup> czy też zawierają rozwiązania uprawniające władze publiczne do odstępowania od ogólnych wolności gospodarczych na rynku unijnym (np. w tzw. zamówieniach obronnych<sup>25</sup>). Inny problem regulacji prawnych, które uwzględniają specyficzne wobec zasad ogólnych regulacje, znajdujemy w aktach właściwych dla koncesji na roboty budowlane i usługi oraz dla zamówień sektorowych<sup>26</sup>. Odstępstwa te oraz fragmentaryczność w harmonizacji prawa wewnętrznego uzasadniane są przez akty prawa unijnego specyficznymi właściwościami regulowanych procedur zamówieniowych oraz szczególnym znaczeniem przedmiotu zamówień dla ochrony interesu publicznego.

---

<sup>23</sup> Zob. np. orzeczenia ETS: z dnia 13 lipca 1993 r. w sprawie C-330/91, Zbiór Orzeczeń 1993, s. I-4017, pkt 14; z dnia 15 stycznia 1986 r. w sprawie C-41/84, Zbiór Orzeczeń 1986, S. I-00001, pkt 23; z dnia 10 kwietnia 2008 r. w sprawie C-393/06, Zbiór Orzeczeń 2008, s. I-02339, pkt 37; w sprawie C-450/06, pkt 34-36; w sprawie C454/06, pkt 31, 73; z dnia 17 kwietnia 2008 r. w sprawie C-260/04, Zbiór Orzeczeń 2008, s. II-00701, pkt 24; zob. też A. Sołtyńska, *Zasada równości w prawie zamówień publicznych Wspólnot Europejskich w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 1998, nr 10.

<sup>24</sup> M. Szydło, *Swobody rynku wewnętrznego a reguły konkurencji...*, s. 466 i n.

<sup>25</sup> Zob. art. 346 TFUE.

<sup>26</sup> Zob. P. Granecki, A. Panasiuk, *Zamówienia sektorowe*, Warszawa 2007, s. 1-29; A. Kowalczyk, A. Szymańska, *Zamówienia sektorowe. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 17-32.

## 10.

Wyżej wielokrotnie wskazywałem, że pewną cechą – charakterystyczną dla europejskiego prawa zamówień publicznych – jest rola ogólnego prawa europejskiego (unijnego), odnoszona do jego interpretacji oraz ustalania zasad obowiązywania i stosowania. Wolność gospodarcza i jej zasady szczegółowe, odnoszone do podstawowych wolności rynku unijnego (przepływ osób, towarów, świadczenia usług czy kapitału), są weryfikowane co do ich rozumienia i przestrzegania (stosowania) na tle konkretnych przypadków spornych, rozpatrywanych przed władzami sądowymi oraz TSUE. Wydaje się właściwe przyjmowanie za uzasadnioną tezę, że to orzecznictwo sądowe w sprawach zamówień publicznych i na tle obowiązywania czy stosowania prawa zamówień publicznych nadaje wartościom ogólnym prawa unijnego właściwe treści (rozumienie) w związku z rozpatrywanymi sprawami. Wolności na rynku unijnym uzyskują w istocie swoje rozumienie i znaczenie przez przypisanie do nich w orzeczeniach sądowych określonych treści – zwłaszcza w orzeczeniach prejudycjalnych TSUE<sup>27</sup>. Wskazać tu możemy na takie kierunkowe co do weryfikacji zachowań władz publicznych ujęcia, jak niedyskryminacja ze względu na przynależność państwową, równe traktowanie, przejrzystość procedur czy proporcjonalność (równoważność)<sup>28</sup>. Widzę w tym orzecznictwie zjawisko wzajemnego przenikania rozwiązań ogólnych i normatywnych z jednej strony oraz z drugiej strony – szczegółowych, w pewnym zakresie prawotwórczych interpretacji rozwiązań konkretnych. Pierwsze wyznaczają granice przedmiotowe aktywności prawotwórczej organów stanowiących prawo oraz charakteryzują przypisane do niej cele lub nawet treści w sferze urzeczywistniania prawa. Poglądy, ujawniane w drugiej sferze aktywności właściwych władz – zwłaszcza o uprawnieniach odnoszonych do judykatury, konkretyzują na tle szczegółowych przypadków rozumienie rozwiązań aktów podstawowych oraz nadają tej interpretacji charakter dyrektywalny przez jej akceptację w stanowisku (orzecznictwie) judykatury, co w istocie prowadzi do stabilizacji przyjmowanych poglądów.

Sformułowane wyżej stanowisko o szczególnej roli europejskiego prawa zamówień publicznych widzimy zwłaszcza w postępowaniach urzeczywistniania prawa zamówień publicznych. Władze publiczne, zwłaszcza judykatura, nadają w nich odpowiednie i konkretne rozumienie zasadom podstawowym prawa europejskiego, adresowanym zwłaszcza do przedsiębiorczości. Praktyka ta znajduje potwierdzenie także w treści specyficznych konstrukcji przyjmowanych w wyniku interpretacji prawa zamówień publicznych.

Przykładem na pewną autonomizację prawa zamówień publicznych, która rodzi się przez przyjmowanie specyficznych wartości i treści w pojęciach, rozwiązaniach

<sup>27</sup> P. Szustakiewicz [w:] M. Chmaj (red.), *Zamówienia publiczne...*, s. 61 i n.

<sup>28</sup> Zob. M. Szydło, *Zasada przejrzystości w zamówieniach publicznych, do których nie stosuje się lub stosuje jedynie częściowo przepisy wspólnotowych dyrektyw o zamówieniach publicznych*, „Samorząd Terytorialny” 2008, nr 7-8, *passim*.

i instytucjach spotykanych w innych dziedzinach prawa europejskiego, jest wyróżnienie cech właściwych dla władzy sądowej. W orzecznictwie TSUE podtrzymywane jest stanowisko o szerokim ujmowaniu katalogu władz, zaliczanych do judykatury<sup>29</sup>. Status taki mają te instytucje, które w rozpatrywanych przed nimi sporach i podejmowanych rozstrzygnięciach są niezależne, a osoby występujące w ich imieniu nie pozostają w stosunkach, które rodziłyby po ich stronie stan zależności, co pozwalałoby innym podmiotom na podejmowanie wiążących inicjatyw w celu uzyskania wpływu na treść rozstrzygnięć. Niezależność organu winna charakteryzować zwłaszcza jego relacje z władzami administracji publicznej, co oznacza pozbawienie tych organów prawa do weryfikacji rozstrzygnięć.

## 11.

Ujęcie państwa jest tym zagadnieniem, którym interesuje się prawo i orzecznictwo. Pojęcie to obrazuje kategorię podmiotów, które wypełniają funkcje władz publicznych, przewidziane w rozwiązaniach prawnych. Trybunał konsekwentnie wskazywał, że kategoria państwa w stosunkach poddanych prawu zamówień publicznych, kryje w sobie podmioty o zróżnicowanym statusie<sup>30</sup>. Zaliczamy do nich po stronie zamawiających również instytucje, których status prawny należy do domeny regulacyjnej prawa prywatnego.

Postępujące procesy, prowadzące do determinacji zadań i funkcji publicznych, które europejskie prawo zamówień publicznych odnosiło do instytucji o statusie wyznaczonym w prawie publicznym (państwo i jego organy), a zwłaszcza ich prywatyzacja, wyzwalają inicjatywy przejmowania takich zadań przez podmioty, które w prawie publicznym były uznawane za adresatów aktów władz publicznych. Ta tendencja została zauważona i ujęta w treści wykładni funkcjonalnej regulacji zaliczanych do prawa europejskiego, które ujmują zamówienia publiczne.

Orzecznictwo TSUE wyznacza konkretne kryteria, które uzasadniają wyodrębnienie podmiotów i ich zaliczanie do kategorii państwa jako zamawiającego<sup>31</sup>. Reguły tej wykładni, prowadzące do rozumienia państwa jako podmiotu zamawiającego w zamówieniach publicznych, powinny być jednak wywodzone z zasady pierwszeństwa wykładni gramatycznej; idzie ona przed wykładnią funkcjonalną.

Przejawem autonomizacji prawa zamówień publicznych w prawie europejskim i w wewnętrznych systemach prawnych państw członkowskich jest wyodrębnienie praw wyłącznych i praw specjalnych, które przysługują pewnym podmiotom tego

---

<sup>29</sup> Zob. K. Horubski, *Kompetencje orzecznicze w sprawach z zakresu udzielania zamówień publicznych*, [w:] H. Gronkiewicz-Waltz, K. Jaroszyński (red.), *Europeizacja publicznego prawa gospodarczego*, Warszawa 2011, s. 217 i n.

<sup>30</sup> Zob. N. Półtorak, *Pojęcie państwa w prawie Wspólnot Europejskich (Zarys problemu)*, [w:] S. Biernat (red.), *Studia z prawa Unii Europejskiej*, Kraków 2000; M. Szydło, *Swobody rynku wewnętrznego a reguły konkurencji...*, s. 345 i n.

<sup>31</sup> Zob. A. Sołtysińska, *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej*, Kraków 2004, s. 69-74.

prawa<sup>32</sup>. Zgodnie z prawem europejskim zamówień publicznych, obowiązek stosowania tego prawa mają także w pewnych sytuacjach podmioty, które uwzględniają w swojej działalności zasady i regulacje, przewidziane dla przedsiębiorczości. W przypadku praw wyłącznych i praw specjalnych charakteryzowane są one jako przejaw odstępowania przy świadczeniu usług o charakterze użyteczności publicznej od promowania konkurencji oraz niedyskryminacji za względu na przynależność państwową, a także równego traktowania. W przypadkach praw wyłącznych, władza publiczna przekazuje wybranemu podmiotowi lub wskazanej i ograniczonej liczebnie grupie podmiotów uprawnienia (beneficjenci) do podejmowania i wykonywania przedsiębiorczości o wyróżnionym przedmiocie na określonym obszarze (terytorium) przez okres oznaczony w akcie stanowiącym źródło prerogatyw. W sytuacji podmiotu wyposażonego w prawa specjalne znajduje się on w warunkach konkurencji wobec innych beneficjentów tych praw – zwłaszcza na rynku właściwym, ale liczba podmiotów uprawnionych do działalności na tym rynku jest ograniczona przez władze publiczne. W obydwu sytuacjach – praw wyłącznych lub praw specjalnych, skutki przysługujących wyróżnionym podmiotom uprawnień są widoczne przede wszystkim na płaszczyźnie zasad ogólnych (regulacji) prawa europejskiego (warunki przedsiębiorczości i swobody rynku wewnętrznego), jak też przejawiają się w procesach ich przestrzegania – szczególnie w regulacjach ochrony konkurencji. Odstępstwa od wartości, które niosą zasady ogólne przewidziane w prawie europejskim, nie tylko w przypadkach przyznawania praw wyłącznych lub praw specjalnych winny mieć charakter ograniczony i wyjątkowy.

## 12.

Pewne nowe wartości prawa zamówień publicznych znajdujemy również w orzecznictwie TSUE w sprawach zamówień publicznych udzielanych w sektorze komunalnym (jednostek samorządu terytorialnego)<sup>33</sup>. Zwłaszcza dwa zagadnienia inspirowały Trybunał do przyjmowania szczególnej interpretacji rozwiązań prawa zamówień na tle ogólnych zasad prawa europejskiego obowiązującego w sferze przedsiębiorczości, odnoszonych do wykonywania władzy publicznej. Trybunał odrębnie wyróżnia relacje między zamawiającym i jednostkami, które zamawiający utworzył oraz pozostaje z nimi w relacjach wyłącznego ich uczestnika (spółka z wyłącznym udziałem jednostki samorządu terytorialnego) albo też jako ich założyciel zachowu-

<sup>32</sup> Zob. A. Sołtysińska, *Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Kraków 2006, s. 535 i n.; M. Szydło, *Regulacja sektorów infrastrukturalnych jako rodzaj funkcji państwa wobec gospodarki*, Warszawa 2005, s. 104-109.

<sup>33</sup> Zob. K. Horubski, *Wykonywanie zadań własnych przez jednostki samorządu terytorialnego a stosowanie przepisów o udzielaniu zamówień publicznych w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości*, „Samorząd Terytorialny” 2006, nr 10; zob. też orzeczenie ETS z 13 października 2005 r. w sprawie C-458/03 Parking Brixen; orzeczenie ETS w sprawie C-26/03 Stadt Halle; orzeczenie ETS z 10 listopada 2005 r. w sprawie C-29/04 Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Austrii; orzeczenie ETS z dnia 6 kwietnia 2006 r. w sprawie C-410/04 ANAV.

je prawo nadzoru i kontroli, co determinuje ich status jako własne służby zamawiającego lub pozostające w sytuacji zbliżonej do własnych służb zamawiającego. Szerze omówienie tych relacji i ujmujących je interpretacji wykracza poza przedmiot opracowania. Istotne są natomiast dla jego ustaleń poglądy TSUE na temat statusu zamawiającego i samodzielności prawnej (prawnie chronionej) stron stosunków prawnych w zamówieniach publicznych po stronie zamawiającego i wykonawcy.

Trybunał wykazuje szczególną ostrożność, skutkującą rygoryzmem w ocenach na temat możliwości uznania jednostki organizacyjnej za niesamodzielny podmiot prawa. Wyznaczenie elementów samodzielności po stronie podmiotu prawa prowadzi do uznania go za wykonawcę wybieranego wyłącznie w wyniku stosowania reguł prawa zamówień publicznych; winien ubiegać się o zamówienie w warunkach konkurencji i równego traktowania z innymi oferentami. Wykluczone jest uznanie przez zamawiającego za własną służbę takiego podmiotu, który w relacjach z zamawiającym uprawniony jest do zachowań determinowanych przez własny i odrębny interes<sup>34</sup>.

Przy tej okazji Trybunał podejmuje próby wypracowania koncepcji odrębności prawnej podmiotu prawa zamówień publicznych. Widzimy tutaj, z jednej strony, stanowisko pozbawiające zamawiających prawa do zlecenia – poza rygorami wynikającymi z regulacji prawnych zamówień publicznych – wykonania zadań jednostce, jeżeli w jej statusie osobowym (majątkowym) obecne są podmioty prywatne (niepubliczne). Z drugiej strony funkcjonalne ujęcie rygorów prokonkurencyjnych w zamówieniach publicznych inspirowane Trybunałem do weryfikowania tego ustalenia przez przyznanie zamawiającemu publicznemu prawa do zlecenia – bez obowiązku stosowania prawa zamówień publicznych – zamówienia (roboty budowlane, dostawy, świadczenie usług) jednostce organizacyjnej o statusie przedsięwzięcia wspólnego (spółka)<sup>35</sup>. Warunkiem takiego odstępstwa od obowiązku stosowania prawa zamówień publicznych jest m.in. wybór prywatnych uczestników przedsięwzięcia wspólnego w trybach zamówieniowych oraz utworzenie przedsięwzięcia w wyłącznym celu realizacji określonego zamówienia.

Refleksem stanowiska o zakresie obowiązywania prawa zamówień publicznych w stosunkach między zamawiającym podmiotem publicznym (jednostka samorządu terytorialnego) a jednostkami organizacyjnymi (wykonawcy) z wyłącznym jego udziałem, co zapewnia kontrolę i nadzór zamawiającego w warunkach zbliżonych do jego relacji z własnymi służbami (tzw. zamówienia IN HOUSE)<sup>36</sup>, są ustalenia

<sup>34</sup> Por. W. Hartung, *Zamówienia publiczne a „podmiot wewnętrzny”*, „Samorząd Terytorialny” 2008, nr 5, *passim*; K. Więckowski, *Wymóg sprawowania kontroli analogicznej jako jedna z przesłanek udzielania „zamówień in house”*, [w:] L. Kieres (red.), *Nowe problemy badawcze w teorii publicznego prawa gospodarczego (z uwzględnieniem samorządu terytorialnego)*, Wrocław 2010, s. 317 i n.

<sup>35</sup> Zob. G. Wicik, *Udzielanie zamówień spółkom komunalnym*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2006, nr 1, *passim*; K. Horubski, *Wykonywanie zadań własnych przez jednostki samorządu terytorialnego...*, *passim*.

<sup>36</sup> Zob. K. Więckowski, *Wymóg sprawowania kontroli analogicznej...*, s. 317-320.

TSUE. Wskazano w nich na sytuacje obowiązywania tego prawa w zamówieniach publicznych jednostek samorządu terytorialnego wobec podmiotów prywatnych, które otrzymują zamówienie w formie koncesji na roboty budowlane lub usługi. Znajdujemy w tych orzeczeniach odniesienia do sposobów wyznaczania ryzyka gospodarczego oraz ryzyka prawnego (ryzyka w istotnej części) wykonawcy czy ustalenia dotyczące sposobów finansowania przez wykonawcę kosztów wykonania zamówienia, bowiem elementy te przesądzą o zaliczaniu zamówienia do szczególnej kategorii zamówień, jakimi są koncesje na roboty budowlane lub usługi<sup>37</sup>. Stanowisko w tych sprawach charakteryzuje swoiste podejście do treści stosunku prawnego między zamawiającym i wykonawcą – zwłaszcza w opisie i rozumieniu jego istotnych elementów (prawa i wzajemne obowiązki stron tego stosunku).

### 13.

Europejskie prawo zamówień publicznych jest dziedziną (fragmentem) prawa europejskiego (unijnego). W podejściu do charakterystyki aktów tego prawa widoczne jest przede wszystkim ich ujmowanie na tle regulacji i zasad ogólnych prawa europejskiego, które ustalają status przedsiębiorcy w stosunkach z władzami publicznymi państw członkowskich oraz w relacjach rynkowych między nimi (stosunki horyzontalne). Zasada wolności przedsiębiorczości oraz samodzielności przedsiębiorców w warunkach konkurencji na rynku unijnym implikuje sposoby regulowania problemów przez prawo zamówień publicznych. Widoczna jest zarazem postępująca tendencja przyjmowana przez ustawodawcę unijnego oraz promowana w orzecznictwie TSUE, prowadząca do nadawania rozwiązaniom prawa zamówień publicznych treści specyficznych, co jednak nie jest determinowane szczególnym przedmiotem regulacji aktów tego prawa. Specyfikę tę znajdujemy w konstrukcji instytucji prawnych właściwych tylko dla tej dziedziny regulacji.

Wykładnia, którą przyjmuje orzecznictwo TSUE, prowadzi do wydobywania z regulacji europejskiego prawa zamówień publicznych treści swoistych dla stosunków między zamawiającym i wykonawcą (kandydatem, oferentem). Wydaje się ona wzmacniać jednocześnie poglądy, że proces wyodrębnienia unijnego prawa zamówień publicznych będzie postępował.

Europejskie prawo zamówień publicznych stanowione jest w celu ochrony ogólnych zasad prawa europejskiego, przyjmowanych w aktach prawa pierwotnego oraz w aktach prawa wtórnego, podstawowych dla wskazywania na zasady podejmowania i wykonywania przedsiębiorczości na rynku wewnętrznym w Unii Europejskiej (rynku unijnym). Orzecznictwo TSUE wyróżnia podobny cel i odnosi go do zasad wykładni tego prawa. Brany jest on zarazem pod uwagę w ocenach źródeł prawa wewnętrznego, właściwych dla podejmowania i wykonywania działalności gospodarczej (przedsiębiorczości).

---

<sup>37</sup> Zob. orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości: w sprawie C-274/09, pkt 37-39; z 11.6.2009 r. w sprawie C300/07 *Hans & Christophorus Oymanns*, Zbiór Orzeczeń 2009, s. I4779, pkt 74; w sprawie C-458/03, pkt 40.



## Literatura

- Arrowsmith S., *Government Procurement in WTO*, London 2003.
- Biernat S., *Prawo Unii Europejskiej a prawo państw członkowskich*, [w:] J. Barcz (red.), *Prawo Unii Europejskiej. Zagadnienia systemowe. Prawo materialne i polityki*, Warszawa 2006.
- Borkowski A., Guziński M., Horubski K., Kiczka K., Kieres L., Kocowski T., Miemieć W., Szydło M., *Prawo zamówień publicznych*, Wrocław 2008.
- Cieśliński, *Wspólnotowe prawo gospodarcze. Swobody rynku wewnętrznego*, Warszawa 2009.
- Cieśliński A. (red.), *Wspólnotowe prawo gospodarcze*, t. II, Warszawa 2007.
- Chmaj M. (red.), *Zamówienia publiczne. Podręcznik*, Warszawa 2010.
- Gola J., Klich G., *Uwagi o zasadzie jawności w prawie zamówień publicznych*, [w:], Gronkiewicz-Waltz H., Jaroszyński K. (red.), *Europeizacja publicznego prawa gospodarczego*, Warszawa 2011.
- Granecki P., Panasiuk A., *Zamówienia sektorowe*, Warszawa 2007.
- Hartung W., *Zamówienia publiczne a „podmiot wewnętrzny”*, „Samorząd Terytorialny” 2008, nr 5.
- Horubski K., *Kompetencje orzecznicze w sprawach z zakresu udzielania zamówień publicznych*, [w:] H. Gronkiewicz-Waltz, K. Jaroszyński (red.), *Europeizacja publicznego prawa gospodarczego*, Warszawa 2011.
- Horubski K., *Wykonywanie zadań własnych przez jednostki samorządu terytorialnego a stosowanie przepisów o udzielaniu zamówień publicznych w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości*, „Samorząd Terytorialny” 2006.
- Kowalczyk A., Szymańska A., *Zamówienia sektorowe. Komentarz*, Warszawa 2011.
- Majkowska-Szulc S., *Stosowanie i interpretacja prawa Unii Europejskiej*, [w:] A. Łazowski (red.), *Unia Europejska. Prawo instytucjonalne i gospodarcze*, Warszawa 2007.
- Olejarz M. (red.), *Zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa*, Warszawa 2011.
- Piasta D., *Zamówienia publiczne w świetle procedur Światowej Organizacji Handlu. Umowa o zamówieniach publicznych (GPA)*, Warszawa 2001.
- Półtorak N., *Pojęcie państwa w prawie Wspólnot Europejskich (zarys problemu)*, [w:] S. Biernat (red.), *Studia z Prawa Unii Europejskiej*, Kraków 2000.
- Raczkiewicz Z., *Zamówienia publiczne w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości*, Wrocław 2008.
- Sołtysińska A., *Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Kraków 2006.
- Sołtysińska A., *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej*, Kraków 2004.
- Sołtysińska A., *Zasada równości w prawie zamówień publicznych Wspólnot Europejskich w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 1998, nr 10.
- Sulikowski A., *Tworzenie prawa przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości*, [w:] J. Kaczor (red.), *Z zagadnień teorii i filozofii prawa. Teoria prawa europejskiego*, Wrocław 2005.
- Szydło M., *Krajowe prawo spółek a swoboda przedsiębiorczości*, Warszawa 2007.
- Szydło M., *Regulacja sektorów infrastrukturalnych jako rodzaj funkcji państwa wobec gospodarki*, Warszawa 2005.
- Szydło M., *Swoboda rynku wewnętrznego a reguły konkurencji. Między konwergencją a dywergencją*, Toruń 2006.
- Szydło M., *Zasada przejrzystości w zamówieniach publicznych, do których nie stosuje się lub stosuje jedynie częściowo przepisy wspólnotowych dyrektyw o zamówieniach publicznych*, „Samorząd Terytorialny” 2008, nr 7-8.
- Wicik G., *Udzielanie zamówień spółkom komunalnym*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2006, nr 1.
- Więckowski K., *Wymóg sprawowania kontroli analogicznej jako jedna z przesłanek udzielania „zamówień in house”*, [w:] L. Kieres (red.), *Nowe problemy badawcze w teorii publicznego prawa gospodarczego (z uwzględnieniem samorządu terytorialnego)*, Wrocław 2010.

Więckowski K., *Zasady udzielania zamówień publicznych wyłączonych z zakresu stosowania dyrektyw prawa Unii Europejskiej*, [w:] H. Gronkiewicz-Waltz, K. Jaroszyński (red.), *Europeizacja publicznego prawa gospodarczego*, Warszawa 2011.

**PUBLIC PROCUREMENT LAW  
– THE AREA OF EUROPEAN LAW, THE SEPARATE SYSTEM  
OF REGULATION AND THE SPECIFIC APPROACH  
TO ADJUSTABLE PROBLEMS**

**Summary:** The study attempts to identify the law applicable to public procurement in the system of European law. For this purpose, the paper analysis a few EU directives as well as it includes ECJ case law. European law concerning public procurement is the area of European law (EU). As far as the approach to the characteristics of legal acts of the law is concerned, it is mainly noticeable that the recognition of the acts is in the context of the regulations and general principles of European law. There is the progressive tendency to fill public procurement solutions with the specific content.

**Keywords:** public procurement, principles of European law, primacy of EU law.