

TADEUSZ KOCOWSKI

Uniwersytet Wrocławski

tadeusz.kocowski@uwr.edu.pl

BRAK DECYZJI UPRAWNIAJĄCEJ A WAŻNOŚĆ UMOWY W DZIAŁALNOŚCI GOSPODARCZEJ (OBSZAR ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH)

Abstrakt: W wypadku zamówień publicznych nieposiadanie przez wykonawcę wymaganej prawem i warunkami postępowania decyzji uprawniającej powoduje wykluczenie go z postępowania o udzielenie zamówienia oraz skutkuje odrzuceniem jego oferty. W takim przypadku nie dochodzi do zawarcia umowy o zamówienie publiczne.

Zamówienia publiczne to umowy zawierane w warunkach, w których trudno mówić o realizacji zasady swobody umów. Pozostaje do ustalenia, jaki skutek wywołałby brak po stronie wykonawcy wymaganych prawem decyzji uprawniających, gdyby kontrakt był zawierany w warunkach swobody umów.

Słowa kluczowe: decyzja uprawniająca, umowa, ważność czynności prawnej

WSTĘP

W literaturze przedmiotu wskazuje się na występowanie w polskim porządku prawnym w coraz szerszym zakresie zjawiska poddawania stosunków i sytuacji społecznych związanych z gospodarowaniem szczegółowej regulacji prawnej. Jurydyzacja życia społecznego to jedna z najbardziej charakterystycznych cech współczesnych społeczeństw. Prawo stało się uniwersalnym oraz wielce pożądanym instrumentem realizacji większości zadań i rozwiązywania wszystkich problemów społecznych. Głównym instrumentem interwencji państwa w życie społeczne zostało przy tym prawo administracyjne. Tym samym postępujący proces publicyzacji prawa przyjmuje formę jego administratywizacji¹.

¹ Por. L. Morawski, *Wstęp do prawoznawstwa*, Toruń 1998, s. 94; T. Kocowski, *Administratywizacja przepisów regulujących postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego*, [w:] *Modernizacja zamówień publicznych. Geneza nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych z 22 czerwca 2016 roku*, red. M. Kania, P. Nowicki, A. Piwowarczyk, Warszawa 2017, s. 50–65.

Deklaratywnie wolna działalność gospodarcza „otaczana” jest wieloma różnorodnymi ograniczeniami (głównie nakazami i zakazami) wynikającymi właśnie z przepisów administracyjnoprawnych, czyli przepisów prawa określanego mianem prawa interesu publicznego, co oznacza, że ograniczenia te wprowadzone zostały ze względu na konieczność ochrony właśnie tego typu interesu. Pojęcie interesu publicznego (w istocie tożsamy z pojęciami „dobro wspólne”² czy „dobro publiczne”) jest bowiem na trwałe związane z prawem publicznym, a tworzenie podstaw do jego zapewnienia to jedna z głównych zasad tego prawa³. Samo pojęcie interesu publicznego uznawane jest za tak zwane pojęcie narzędzie⁴. Terminy tego typu, wypracowane przez naukę prawa administracyjnego, w istocie służą głównie, choć nie wyłącznie, opisaniu relacji, jakie zachodzą między położeniem jednostki (obywatela, przedsiębiorcy) a działalnością administracji publicznej nakierowanej na zapewnienie owego dobra wspólnego⁵. Narzędzie to jest także użyteczne w sferze prawa publicznego gospodarczego⁶. W sferze tej mamy do czynienia z wyraźnym stykiem instrumentów prawa z typowymi dla obrotu gospodarczego stosunkami cywilnoprawnymi. W wielu wypadkach aktywność przedsiębiorcy w obrocie jest uzależniona od konieczności uzyskania wcześniejszego uprawnienia mającego formę prawną indywidualnego aktu administracyjnego, decyzji administracyjnej. Powstaje więc pytanie o aktywność przedsiębiorcy w sferze zawierania stosunków cywilnoprawnych w sytuacji braku uprawniającego aktu administracyjnego.

² Zob. H. Izdebski, M. Kulesza, *Administracja publiczna. Zagadnienia ogólne*, Warszawa 1998, s. 82.

³ Por. A. Chełmoński, *Podstawowe zasady administracyjnego prawa gospodarczego*, [w:] A. Borkowski *et al.*, *Administracyjne prawo gospodarcze. Zagadnienia wybrane*, Wrocław 2000, s. 9; Z. Cieślak, I. Lipowicz, Z. Niewiadomski, *Prawo administracyjne. Część ogólna*, Warszawa 2000, s. 56; Z. Duniewska, [w:] Z. Duniewska *et al.*, *Prawo administracyjne*, Warszawa 2004, s. 41; H. Izdebski, M. Kulesza, *op. cit.*, s. 91; J.S. Langrod, *Instytucje prawa administracyjnego*, Kraków 2003, s. 255 n.; I. Lipowicz, *Dylematy zmiany siatki pojęciowej w nauce prawa administracyjnego*, [w:] *Koncepcja systemu prawa administracyjnego*, red. J. Zimmermann, Kraków 2007, s. 31; E. Modliński, *Pojęcie interesu publicznego w prawie administracyjnej*, Warszawa 1932, s. 3 n.; M. Stahl, *Cele publiczne i zadania publiczne*, [w:] *Koncepcja systemu...*, s. 99; J. Zimmermann, *Prawo administracyjne*, Kraków 2005, s. 36–37; M. Zdyb, *Dobro wspólne w perspektywie artykułu 1 Konstytucji*, [w:] *Trybunał Konstytucyjny. Księga XV-lecia*, red. F. Rymarz, A. Jankiewicz, Warszawa 2001, s. 200.

⁴ Zob. na ten temat F. Longchamps, *O używaniu pojęć w naukach prawnych*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Wrocławskiego. Prawo” 7, 1960, s. 11 n.

⁵ Por. H. Izdebski, M. Kulesza, *op. cit.*, s. 95; M. Stahl, *op. cit.*, s. 115.

⁶ Por. L. Kieres, *Publiczne prawo gospodarcze — kierunki rozwoju — nowe instytucje*, [w:] *Nowe problemy badawcze w teorii prawa administracyjnego*, red. J. Boć, A. Chajbowicz, Wrocław 2009, s. 274.

1. INDYWIDUALNY AKT ADMINISTRACYJNY UPRAWNIAJĄCY DO DZIAŁALNOŚCI GOSPODARCZEJ

Akty administracyjne indywidualne współcześnie stanowią jeden z podstawowych środków oddziaływania państwa na gospodarke, a w istocie na działających w niej przedsiębiorców oraz inne zaangażowane w ten proces jednostki organizacyjne. Wskazuje się jednoznacznie, że indywidualny akt administracyjny to oparta na obowiązujących przepisach czynność organu wykonującego administrację publiczną w sposób prawnie wiążący sytuację adresata aktu, wskazanego w nim w sposób konkretny, w indywidualnej sprawie⁷. Wszakże akt administracyjny jako czynność prawna stanowi zmierzające do wywołania bezpośrednich skutków prawnych władcze, kierowane na zewnątrz administracji, oświadczenie woli kompetentnego podmiotu wykonującego zadania z zakresu administracji publicznej, wyrażające rozstrzygnięcie co do konsekwencji prawnych, a więc konsekwencji normy bądź norm generalnych zindywidualizowanego, zarówno od strony podmiotowej, jak i przedmiotowej, stanu faktycznego, dotyczące indywidualnie wskazanych podmiotów, wyznaczając im zachowania w konkretnie określonych sytuacjach, w sposób bezpośredni wywołując zamierzony skutek prawny i w ten sposób załatwiają sprawę⁸. Dlatego też decyzja administracyjna, przede wszystkim ze względu na skutki, jakie może wywoływać w sytuacji prawnej swego adresata, obrosła w niezwykle szczegółowe wymogi odnoszące się do podstaw prawnych w wypadku podejmowania tego typu rozstrzygnięć⁹.

Podkreśla się, że adresat aktu musi podporządkować się woli organu, gdyż dysponuje on środkami prawnymi pozwalającymi na wymuszenie owego podporządkowania. Oczywiście zaliczany jest zatem do kategorii władczych¹⁰ oraz jednostronnych form działania administracji publicznej¹¹. Jeżeli skierowany jest do adresata zewnętrznego (nie jest podporządkowany organizacyjnie organowi wydającemu akt), określamy go mianem decyzji administracyjnej. Wskażmy także, co podkreśla się wyraźnie w literaturze przedmiotu, że pojęcie „akt administracyjny” jest w zasadzie nieużywane w przepisach prawa (języku prawnym)¹², co oznacza,

⁷ R. Michalska-Badziak, *Akty administracyjne, pojecie, rodzaje*, [w:] Z. Duniewska *et al.*, *op. cit.*, s. 386.

⁸ K.M. Ziemiński, *Indywidualny akt administracyjny jako forma prawna działania administracji*, Poznań 2005, s. 516.

⁹ Por. A. Błaś, *Prawne formy działania administracji publicznej*, [w:] *Prawo administracyjne*, red. J. Boć, Wrocław 2010, s. 322.

¹⁰ T. Bigo, *Prawo administracyjne. Instytucje ogólne*, Wrocław 1948, s. 114–115.

¹¹ Por. A. Błaś, *op. cit.*

¹² Por. M. Wierzbowski, A. Wiktorowska, *Prawne formy działania administracji*, [w:] Z. Cieślak *et al.*, *Prawo administracyjne*, Warszawa 2000.

iz jest to w dużej mierze konstrukcja teoretyczna¹³, a więc modyfikowana według upodobania jego twórcy¹⁴.

Omawiane tu akty odgrywają różnorodną rolę w procesie oddziaływania na gospodarkę, stąd różne są ich klasyfikacje. Biorąc pod uwagę treść aktu administracyjnego, wyróżnia się następujące rodzaje aktów administracyjnych: nakazy, zakazy, akty kształtujące (pozwolenia, zezwolenia, koncesje) oraz akty ustalające sytuację prawną osób lub rzeczy¹⁵. Niewątpliwie w sferze ograniczeń wolności działalności gospodarczej klasycznymi podstawowymi formami jej ograniczania będą akty kształtujące (koncesje i zezwolenia)¹⁶. Zwane są one także aktami uprawniającymi, a zważywszy na cel, jaki za ich pomocą ma zostać osiągnięty, określane są także mianem aktów prewencyjnych.

Podjęcie i prowadzenie działalności gospodarczej wykraczającej poza zakres działalności określanej mianem wolnej związane jest z obowiązkiem uzyskania pozwolenia (uprawnienia) mającego formę prawną zezwolenia, licencji, zgody lub koncesji. Ustawodawca w przepisach art. 15 ustawy z dnia 2 lipca 2004 roku o swobodzie działalności gospodarczej¹⁷ stanowi, iż oprócz działalności wolnej „na zasadach określonych w ustawie podejmowanie i wykonywanie działalności gospodarczej może wiązać się dodatkowo z obowiązkiem uzyskania przez przedsiębiorcę koncesji albo wpisu do rejestru działalności regulowanej”. Wymóg uzyskania pozwolenia administracji, uchylającego ogólny zakaz podjęcia działalności gospodarczej, tworzy wyjątek od zasady, którą jest regulowanie działalności gospodarczej jako wolnej. Wszystkie kategorie działalności, których rozpoczęcie i prowadzenie wymaga uzyskania aktu administracyjnego, określają wyraźnie przepisy szczególne¹⁸.

Pozwolenia to decyzje administracyjne w rozumieniu przepisów k.p.a., na podstawie których strona nabywa prawa, a więc niewątpliwie będą one należeć do kategorii decyzji uprawniających. Wykonywanie tych praw będzie w odpowiednich decyzjach określone w sposób zróżnicowany, mogą to być bowiem zarówno zezwolenia proste, jak i uwarunkowane. W wypadku zezwoleń prostych treścią decyzji jest zgoda na prowadzenie danej działalności, warunki zaś jej wykonywania określane są niemal wyłącznie w przepisach ogólnie obowiązujących. Nato-

¹³ J. Łętowski twierdzi, iż pojęcie to zostało sprecyzowane w orzecznictwie sądów europejskich, gdzie tworzono je na podstawie założenia ochrony obywatela przed wkraczaniem administracji w jego prawa; zob. *idem*, *Prawo administracyjne. Zagadnienia podstawowe*, Warszawa 1990, s. 183; R. Michalska-Badziak, *op. cit.*, s. 388.

¹⁴ Por. T. Kuta, *Akty (decyzje) administracyjne a akty (przepisy) wykonawcze w działalności administracji publicznej*, „Prawo” 1999, nr 261, s. 204.

¹⁵ Por. R. Michalska-Badziak, *op. cit.*, s. 388.

¹⁶ Por. C. Kosikowski, *Zezwolenia na działalność gospodarczą w prawie polskim*, Warszawa 1997, s. 30.

¹⁷ Tekst jedn. Dz.U. z 2015 r. poz. 584.

¹⁸ Por. C. Banasiński *et al.*, *Prawo gospodarcze. Zagadnienia administracyjnoprawne*, Warszawa 2015, s. 199.

miast w przypadku zezwoleń uwarunkowanych treść decyzji, oprócz praw (zgody na podjęcie i prowadzenie danej działalności), zawiera indywidualnie określone warunki ich wykonywania¹⁹.

Pewne sfery działalności gospodarczej zostały wyłączone z obszaru określonego mianem działalności gospodarczej wolnej. Motywy tego wyłączenia wynikają z konieczności realizacji przez państwo konkretnych celów policyjnych lub reglamentacyjnych. Wprowadzane ograniczenia wolności działalności gospodarczej wynikają z konieczności ochrony ważnego interesu publicznego. Ważny interes publiczny, oprócz zachowania drogi ustawy, to wyznacznik ograniczenia wolności działalności gospodarczej. To ograniczenie swobód motywowane jest, z jednej strony, potrzebą ochrony stanu bezpieczeństwa i porządku publicznego (czyli takich dóbr, jak „życie”, „zdrowie”, „mienie” czy „moralność publiczna”)²⁰, środowiska, czy z drugiej — ochroną konkurencji, wyczerpywanych zasobów naturalnych kraju, rynku wewnętrznego i wspólnotowego czy interesów gospodarczych pewnych zbiorowości. Bezpieczeństwo publiczne, a w zasadzie poczucie bezpieczeństwa oraz porządek publiczny, to wartość, którą państwo powinno zapewnić i chronić. Jego ochrona, także lub może przede wszystkim współcześnie, stanowi bowiem jedno z fundamentalnych zadań administracji każdego państwa²¹. Tradycyjna gestia administracji wyraża się w prowadzeniu działań na rzecz ochrony bezpieczeństwa, porządku i spokoju publicznego oraz zdrowia i życia obywateli²². W pewnym sensie można do niej zaliczyć również działania administracji podejmowane współcześnie do ochrony interesów gospodarczych państwa czy określonych grup społecznych²³, a także ostatnio — konkurencji i konsumentów.

Pozwolenia, podobnie jak większość decyzji administracyjnych, wydaje się na wniosek przedsiębiorcy. Podkreśla się wszakże, że obowiązek uzyskania pozwolenia wprowadza się ze względów przedmiotowych²⁴, co nie wyklucza istnienia przesłanek podmiotowych. Przedsiębiorca, na którym ciąży obowiązek uzyskania zezwolenia, powinien spełnić wszystkie przewidziane przepisami prawa wymogi, od jakich ustawa uzależnia jego uzyskanie. Idzie bowiem o zapewnienie, by czynności i działania składające się na objęty pozwoleniem rodzaj działalności gospodarczej dokonywane były na zasadach i w sposób niezagrażający dobrom prawnie chronionym. Organ umocowany do wydania uprawnienia zobowiązany jest przede wszystkim do przeprowadzenia wielu czynności kontrolnych mających ustalić,

¹⁹ Por. A. Chełmoński, [w:] A. Borkowski *et al.*, *op. cit.*, s. 517.

²⁰ Na temat treści owych kryteriów i ich pojmowania zob. S. Pieprzny, *Bezpieczeństwo zgromadzeń publicznych. Aspekty administracyjnoprawne*, Rzeszów 2013, s. 107–120.

²¹ Z. Duniewska, *Prawo ochrony bezpieczeństwa i porządku publicznego*, [w:] *Materialne prawo administracyjne. Pojęcia, instytucje, zasady*, red. M. Stahl, Warszawa 2002, s. 331.

²² Por. W. Kawka, *Policja w ujęciu historycznym i współczesnym*, Wilno 1939, s. 12.

²³ Por. T. Kocowski, *Reglamentacja działalności gospodarczej w polskim administracyjnym prawie gospodarczym*, Wrocław 2009, s. 90.

²⁴ Por. C. Kosikowski, *Publiczne prawo gospodarcze Polski i Unii Europejskiej*, Warszawa 2007, s. 196.

czy podmiot ubiegający się o uprawnienie spełnił wszystkie przewidziane prawem warunki jego uzyskania. Uprawnienie otrzymuje przedsiębiorca dający rękojmię wykonywania działalności zgodnie z zawartymi w przepisach prawa wymogami.

Pozwolenie (uprawnienie), oprócz dozwoleń generalnych (wolności), to wynik procesu pośredniego stosowania norm prawa. Z zasady uchyla ono w sposób zindywidualizowany ustawową przeszkodę w legalnym prowadzeniu działalności gospodarczej, która została ustanowiona przez państwo w celu zapewnienia realizowanego w interesie publicznym nadzoru nad tą sferą działalności. Paradoksalnie więc można by tu wskazać na pewną charakterystyczną współzależność polegającą na tym, iż obowiązywanie znacznej liczby wynikających z ogólnie obowiązujących przepisów prawa zakazów lub nakazów policyjnych czy reglamentacyjnych powoduje zwiększoną konieczność angażowania organów administracji w proces ich uchylania, czyli w konsekwencji wydawania decyzji administracyjnych²⁵, uprawniających.

Przewidziany przepisami art. 15 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej obowiązek uzyskania uprawnienia na prowadzenie niektórych rodzajów działalności gospodarczej poddaje do rozważenia skutki sytuacji prawnej, w której działalność gospodarcza prowadzona jest przez przedsiębiorcę nieposiadającego wymaganego uprawnienia. Przepisy ustawy o swobodzie działalności gospodarczej w zasadzie nie odnoszą się do takiej sytuacji. Przewidują jedynie w przepisie art. 61, iż przedsiębiorca, któremu cofnięto koncesję z przyczyn, o których mowa w ustawie, może wystąpić z wnioskiem o ponowne udzielenie koncesji w takim samym zakresie nie wcześniej niż po upływie trzech lat od dnia wydania decyzji o cofnięciu koncesji. Z podobną regulacją mamy do czynienia w przepisach innych ustaw regulujących udzielanie decyzji uprawniających²⁶.

Publicznoprawne skutki prowadzenia działalności gospodarczej bez wymaganego prawem uprawnienia przewidują przepisy ustawy z dnia 20 maja 1971 roku — Kodeks wykroczeń²⁷, stanowiącej w art. 60¹ § 1, iż ten, kto wykonuje działalność gospodarczą bez wymaganego zgłoszenia do ewidencji działalności gospodarczej, wpisu do rejestru działalności regulowanej lub bez wymaganej koncesji albo zezwolenia, podlega karze ograniczenia wolności albo grzywny.

2. UMOWA CYWILNOPRAWNA

Zapewnienie realizacji celów działalności gospodarczej wymaga od przedsiębiorców możliwości zawierania kontraktów. Ich zawarcie i realizacja jest w dużej

²⁵ Por. Z. Leoński, *Materialne prawo administracyjne*, Warszawa 1997, s. 8.

²⁶ Zob. przepisy art. 15 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o transporcie drogowym (tekst jedn. Dz.U. z 2017 r. poz. 2200).

²⁷ Tekst jedn. Dz.U. z 2015 r. poz. 1094.

mierze podstawą uzyskania w działalności gospodarczej realizacji wyznacznika zarobkowości. W uzasadnieniu do swego wyroku z dnia 24 maja 1991 roku Naczelny Sąd Administracyjny stwierdził, że

pojęcie działalności gospodarczej nie sprowadza się tylko do procesów technologicznych i zjawisk ekonomicznych zachodzących w toku działalności wytwórczej, budowlanej, handlowej i usługowej prowadzonej w celach zarobkowych i na rachunek podmiotu, ale obejmuje także czynności faktyczne i prawne związane np. z uzyskiwaniem czynników produkcji — o ile czynności te lub działania nie są zabronione przez prawo [...]»²⁸,

a także, co należy podkreślić, ze zbywaniem efektów tej działalności. Nabywanie i zbywanie czynników produkt i jej efektów dokonywane jest w drodze zawieranych kontraktów, czyli czynności prawnych należących do sfery prawa prywatnego.

Na gruncie prawa prywatnego

podstawowym fundamentem, na którym wznosi się jurydyczna konstrukcja czynności prawnych, jest uznanie przez porządek prawny, w wyznaczonym przez siebie zakresie autonomii osoby, czynności prawnej dokonującej, w zakresie kształtowania własną mocą swych stosunków prawnych²⁹.

Znajduje to swój wyraz w zasadzie swobody umów, która znajduje swe uzasadnienie w zasadniczych dla funkcjonowania społeczeństwa wartościach³⁰.

Umowa jest czynnością prawną, co oznacza, iż strony umowy składają oświadczenie woli celem jej zawarcia. Z racji iż jest to czynność prawna co najmniej dwustronna, składane oświadczenia powinny być zgodne. Podmioty prawa cywilnego mogą same kształtować wiążące je stosunki na mocy swych decyzji³¹. Prowadzi to do naturalnego zharmonizowania interesów stron. Czynności dwu- lub wielostronne dokonywane przez przedsiębiorców w zakresie prowadzonej przez nich działalności gospodarczej lub w związku z tą działalnością określane są mianem umów gospodarczych³².

Podmiotami-stronami stosunków umownych w gospodarce są przedsiębiorcy, czyli zgodnie z przepisem art. 43¹ k.c. osoby fizyczne, osoby prawne i jednostki organizacyjne, o których mowa w art. 33¹ § 1, prowadzące we własnym imieniu działalność gospodarczą lub zawodową. Za przedsiębiorców, zgodnie z art. 4 ust. 2 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, uznaje się także współników spółki cywilnej w zakresie wykonywanej przez nich działalności gospodarczej. Pojęcie to zastąpiło używane wcześniej, a aktualnie obecne w przepisach art. 203 ust. 3 Konstytucji RP, pojęcie „podmiot gospodarczy”.

²⁸ Wyrok NSA z dnia 24 maja 1991 r., SA/Wr.294/91, OSP 1992, z. 2, poz. 30.

²⁹ A. Wolter, *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 1977, s. 242.

³⁰ Por. Z. Radwański, *Prawo cywilne — część ogólna*, Warszawa 2004, s. 19; P. Machnikowski, *Swoboda umów według art. 353¹ KC. Konstrukcja prawna*, Warszawa 2005, s. 11–17.

³¹ Por. Z. Radwański, *Zarys części ogólnej prawa cywilnego*, Warszawa 1979, s. 160.

³² Por. *Prawo prywatne gospodarcze*, red. T. Mróz, M. Stec, Warszawa 2009, s. 508–509.

To właśnie przedsiębiorcy są stronami umów związanych z prowadzoną przez nich działalnością gospodarczą. Ustawodawca zadbał o to, by byli oni podmiotami prawa, czyli mieli zdolność prawną, a więc możliwość posiadania praw i obowiązków w zakresie prawa cywilnego.

Zasada swobody (wolności) umów jest wyrazem ogólnej zasady wolności gospodarczej w sferze stosunków obrotu gospodarczego³³, a także innych posiadanych przez jednostki praw wolnościowych, choć nie ma o niej mowy wprost w przepisach Konstytucji RP. Kwalifikowana do podstawowych zasad prawa prywatnego (cywilnego) wydaje się jedną z ważniejszych reguł związanych z ustalaniem granic swobodnego zachowania się stron w sferze umownych stosunków obligacyjnych. Tym samym odnosi się do zagadnienia określanego mianem autonomii woli stron, które z kolei jest przejawem szerszego zjawiska, jakim jest autonomiczność w ogólności. Autonomia woli strony w prawie cywilnym jest niewątpliwie zależna od stopnia autonomiczności podmiotów stosunków cywilnoprawnych. Ograniczenie możliwości decyzyjnych podmiotów zawęża zakres ich autonomii woli³⁴. Tym samym istotne będzie ustalenie prawnych źródeł i zakresu owych ograniczeń, przyczyn uzasadniających ich wprowadzenie, a także wskazanie ewentualnych skutków, jakie mogą powstać w wypadku ich nieprzestrzegania.

Zgodnie z treścią przepisu art. 353¹ k.c. strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze), ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Przepis ten nadaje podmiotom prawa cywilnego ogólne uprawnienie do swobodnego kształtowania stosunków obligacyjnych w drodze zawierania umów (mogą nawiązywać stosunki zobowiązaniowe także na mocy nowo kreowanych umów, tak zwanych umów nienazwanych), określając stopień ich możliwej swobody w tym zakresie. Przyjmuje się, że zasada ta wyraża się *ex definitione* w swobodzie co do kształtowania treści stosunku umownego, ale też polega na swobodzie decyzji co do zawarcia samej umowy (podjęcia decyzji), swobodzie wyboru kontrahenta (osoby) i swobodzie wyboru formy kontraktu³⁵.

W wypadku przedsiębiorców powstaje pytanie o wpływ przedmiotu działalności gospodarczej przedsiębiorcy na zakres zdolności prawnej i zdolności do czynności prawnej tego podmiotu. Przedmiot działania przedsiębiorca wykonuje we własnym imieniu. Rodzi się więc pytanie, czy może on być stroną czynności

³³ Por. J. Grabowski, *Rola i funkcje prawa w systemie gospodarki rynkowej*, [w:] *Institucje współczesnego prawa administracyjnego*, red. I. Skrzydło-Niżnik et al., Kraków 2001, s. 217; *Prawo gospodarcze prywatne*, s. 16.

³⁴ Por. A. Stelmachowski, *Ewolucja autonomii woli*, [w:] *Tendencje rozwoju prawa cywilnego*, red. E. Łętowska, Wrocław 1983, s. 159.

³⁵ Por. A. Kidyba, *Prawo handlowe*, Warszawa 2000, s. 567–568; M. Safjan, *Zasada swobody umów (uwagi wstępne na tle wykładni art. 353¹ k.c.)*, „Państwo i Prawo” 1993, z. 4, s. 13; P. Machnikowski, *op. cit.*, s. 3 n.; C. Żuławska, *O zasadach prawa gospodarczego prywatnego*, [w:] *eadem*, *Zasady prawa gospodarczego*, Wrocław 1997, s. 63–64.

prawnej dwustronnej (umowy) wykraczającej swym zakresem poza jego przedmiot działania przewidziany w akcie o jego utworzeniu lub akcie rejestracyjnym i jakie mogą być skutki prawne takich działań. Czy i jakie są skutki prawne, gdy przedsiębiorca nie ma zezwolenia (uprawnienia) na działalność gospodarczą, którego posiadanie jest obowiązkiem przedsiębiorcy, a umowa zawierana jest w warunkach swobody umów określonych przez art. 353¹ k.c.? Czy w takim wypadku zastosowanie znajdzie art. 58 § 1 k.c., stanowiący, iż „czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzi odpowiednie przepisy ustawy”?

Z sytuacją zawierania umowy ze stroną, która w wielu przypadkach powinna legitymować się uprawnieniami do wykonywania określonych rodzajów działalności gospodarczej, mamy do czynienia w wypadku udzielania zamówień na dostawę, usługi i roboty budowlane, określanych mianem zamówień publicznych. Odbywa się to w trybie i na zasadach określonych przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku — Prawo zamówień publicznych³⁶. Zgodnie z art. 2 tej ustawy zamówienia publiczne to umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą. Pozostaje do ustalenia, z jaką sytuacją mamy do czynienia w przypadku braku uprawnienia, którego konieczność posiadania wynika z przepisów prawa, a które jest niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia publicznego.

3. ZAMÓWIENIE PUBLICZNE — WARUNKI

Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych określają zasady i tryb udzielania zamówień publicznych, środki ochrony prawnej oraz kontrolę ich udzielania, co oznacza, że zawierający umowy o zamówienia publiczne nie korzystają z możliwości stworzonych przez przepisy art. 353¹ k.c., czyli swobody umów³⁷. Stronami umowy o zamówienie publiczne są zamawiający i wykonawca. Zamawiającym zgodnie z przepisami ustawy jest osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej obowiązana do stosowania ustawy. Wykonawcą natomiast może być osoba fizyczna osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego.

Postępowanie o udzielenie zamówienia przygotowuje i przeprowadza zamawiający, czyniąc to w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności

³⁶ Tekst jedn. Dz.U. z 2017 r. poz. 1579.

³⁷ Por. A. Borkowski *et al.*, *Zamówienia publiczne jako przedmiot regulacji prawnej*, Wrocław 2012, s. 60–99.

i przejrzystości. Celem postępowania jest wyłonienie wykonawcy zamówienia publicznego, z którym zostanie zawarta umowa o jego realizację. Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Zgodnie bowiem z przepisem art. 14 ust. 1 ustawy do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku — Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej, co oznacza, że przepisy ustawy są przepisami szczególnymi w stosunku do przepisów kodeksowych, które mają charakter ogólny.

Zamawiający działa przez swego kierownika, który powołuje komisję do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli jego wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy. Jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza, kierownik zamawiającego może ją powołać, ale nie musi. Komisja przetargowa jest zespołem pomocniczym kierownika zamawiającego powoływanym do oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz do badania i oceny ofert. W szczególności przedstawia kierownikowi zamawiającego propozycje wykluczenia wykonawcy, odrzucenia oferty oraz wyboru najkorzystniejszej oferty.

Gros warunków, jakie zamawiający może ustanowić w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, to — najogólniej mówiąc — te, które dotyczą zakresu zdolności organizacyjno-zawodowych wykonawców. Warunkami tymi są więc przede wszystkim takie, które są związane z posiadaniem przez wykonawcę odpowiedniej formy organizacyjno-prawnej, niezbędnych wymaganych przepisami prawa specjalnych uprawnień do prowadzenia działalności, wiedzy i doświadczenia czy dysponowanie odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia³⁸. Przygotowując zamówienie, zamawiający określa warunki udziału wykonawcy w postępowaniu oraz sposób oceny spełnienia tych warunków. Zamówienia publiczne powinny być bowiem realizowane jedynie przez takich wykonawców, których potencjał daje gwarancję skutecznej ich realizacji i został pozytywnie zweryfikowany przez zamawiających pod kątem możliwości realizacji przez nich konkretnego zamówienia. Dlatego też zamawiający dokonywać będą wstępnej weryfikacji ubiegających się o realizację zamówienia, tak by wyłonić wykonawców dających gwarancję należytego wykonania umowy, która finansowana jest w większości wypadków ze środków publicznych. Zadbał o to ustawodawca, a jednoznacznie wynika to z treści art. 22 pkt 2 ustawy, stanowiącego, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu, czyli spełniają warunki udziału w postępowaniu,

³⁸ Por. T. Kocowski, *Racjonalizacja wymagań z zakresu zdolności organizacyjno-zawodowych wykonawców ubiegających się o zamówienia publiczne*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2015, z. 3, s. 98–109.

o ile zostały one określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania. Warunki udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt 2, mogą dotyczyć także kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów; a także posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania; oraz posiadania wiedzy i doświadczenia.

Podjęcie postępowania o udzielenie zamówienia wymaga jego wszczęcia. Następuje ono przez uzewnętrznienie woli zamawiającego, co dochodzi do skutku w formie zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu publicznym albo skierowania przez zamawiającego zaproszenia do składania ofert.

4. WYKONAWCA BEZ DECYZJI UPRAWNIAJĄCEJ WYMAGANEJ PRAWEM I WARUNKAMI POSTĘPOWANIA

Wykonawcy swoją wolę udziału w postępowaniu przejawiają, składając ofertę w miejscu i terminie wskazanym przez zamawiającego, wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz przewidziane przepisami ustawy oświadczenia, w tym oświadczenie o spełnieniu warunków. Szczególnie oświadczenia powinny zawierać wskazanie co do spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający dokonują sprawdzenia spełnienia przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się bowiem wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu bądź nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert tudzież nie wykazał braku podstaw wykluczenia.

O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się jedynie podmioty niepodlegające wykluczeniu z procedury udzielania zamówienia publicznego. Dlatego też rzeczą zamawiającego jest dokonanie kontroli, czy w stosunku do wykonawcy nie zachodzi żadna z okoliczności przewidzianych w przepisach art. 24 ustawy. Kontrola ta nie może zostać przeprowadzona w sposób rutynowy i schematyczny bez dokładnej analizy zagadnienia. Zgodnie bowiem z przepisem ust. 4 ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

Oczywiście w wypadku uzyskania przez zamawiającego wiadomości dotyczących nieprawdziwości oświadczeń lub dokumentów złożonych przez wykonawców zamawiający zobowiązany jest dokonać weryfikacji tych wiadomości³⁹. W przypadku stwierdzenia, iż do potencjalnego wykonawcy znajduje zastosowanie co najmniej jedna z okoliczności przewidzianych w art. 24 ustawy, zamawiający ma

³⁹ E. Przeszło, *Wykluczenie wykonawców w Prawie zamówień publicznych (a rozwiązania ustawy o zamówieniach publicznych)*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2004, z. 3, s. 18.

obowiązek wykluczyć tego wykonawcę z postępowania. Weryfikację uczestników postępowania — pod kątem ich wykluczenia — przeprowadza zamawiający na podstawie oceny oświadczeń złożonych przez dostawców lub wykonawców oraz przedstawionych dokumentów potwierdzających spełnienie warunków. Zamawiający na okoliczność spełniania warunków może żądać od wykonawcy jedynie tych dokumentów, które zostały przewidziane w przepisach rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia⁴⁰. Zgodnie bowiem z przepisem § 2

w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej zamawiający może żądać dokumentów potwierdzających posiadanie takich kompetencji lub uprawnień, o ile obowiązek ich posiadania wynika z odrębnych przepisów, w szczególności: koncesji, zezwolenia, licencji lub dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest wpisany do jednego z rejestrów zawodowych lub handlowych, prowadzonych w państwie członkowskim Unii Europejskiej, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania.

Jeśli wykonawca nie przedstawi zamawiającemu stosownych decyzji uprawniających do prowadzenia działalności gospodarczej, podlega wykluczeniu z postępowania. Wykluczenie wykonawcy z postępowania zgodnie z art. 22 ust. 4 ustawy powoduje, iż ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą. Tym samym na pewno pomiędzy zamawiającym a wykonawcą nie dojdzie do zawarcia umowy, czego przyczyną będzie brak stosownych, wymaganych przez zamawiającego, przewidzianych prawem decyzji uprawniających.

ZAKOŃCZENIE

Celem ustawy Prawo zamówień publicznych jest zapewnienie dostępu potencjalnym wykonawcom do ubiegania się o zamówienie publiczne, co nie oznacza, iż wszyscy muszą spełnić warunki uczestnictwa. Niedyskryminacyjny dostęp wykonawców do zamówień publicznych umożliwia realizację oszczędnego i efektywnego wydatkowania przeznaczonych na zamówienie środków⁴¹.

W sytuacji zamówień publicznych brak wymaganych przepisami prawa i warunkami określonymi przez zamawiającego decyzji uprawniających po stronie wykonawcy powoduje wykluczenie go z postępowania o udzielenie zamówienia, co skutkuje odrzuceniem jego oferty. Brak wymaganych decyzji kwalifikacyjnych,

⁴⁰ Dz.U. z 2016 r. poz. 1126.

⁴¹ Por. J. Sadowy, *Cele systemu zamówień publicznych i ich realizacja na przestrzeni 15 lat w świetle sprawozdań Prezesa Urzędu*, [w:] *XV-lecie systemu zamówień publicznych w Polsce*, red. H. Nowicki, J. Sadowy, Toruń-Warszawa 2011, s. 173.

zgodnie z przepisami o zamówieniach publicznych, jest przeszkodą uniemożliwiającą zawarcie umowy.

Na koniec warto raz jeszcze podkreślić, że zamówienia publiczne to umowy zawierane w warunkach, w których trudno mówić o realizacji zasady swobody umów. Pozostaje do ustalenia, jaki skutek wywołałby brak po stronie wykonawcy wymaganych prawem decyzji uprawniających, gdyby kontrakt był zawierany w warunkach swobody umów (bez rygorów wynikających z przepisów Prawa zamówień publicznych).

NON-POSSESSION OF THE REQUIRED DECISION AND VALIDITY OF THE CONTRACT IN ECONOMIC ACTIVITY (SPHERE OF PUBLIC PROCUREMENT)

Summary

In the case of public procurement, the non-possession of the required decision by the contractor by the law and the terms of the proceedings results in the exclusion of the contractor from the award procedure and rejection of its offer. In this case, the public contract is not concluded.

Public procurement are contracts concluded in conditions where it is difficult to talk about the implementation of the principle of freedom of contract. It remains to be determined what effect would be caused by the lack, on the part of the contractor, of the empowerment decisions required by law, if the contract were concluded under conditions of freedom of contract.

Keywords: decision, contract, validity of a legal action

BIBLIOGRAFIA

- Banasiński C. *et al.*, *Prawo gospodarcze. Zagadnienia administracyjnoprawne*, Warszawa 2015.
- Bigo T., *Prawo administracyjne. Instytucje ogólne*, Wrocław 1948.
- Błaś A., *Prawne formy działania administracji publicznej*, [w:] *Prawo administracyjne*, red. J. Boć, Wrocław 2010.
- Borkowski A. *et al.*, *Zamówienia publiczne jako przedmiot regulacji prawnej*, Wrocław 2012.
- Chełmoński A., *Podstawowe zasady administracyjnego prawa gospodarczego*, [w:] A. Borkowski *et al.*, *Administracyjne prawo gospodarcze. Zagadnienia wybrane*, Wrocław 2000.
- Cieślak Z., Lipowicz I., Niewiadomski Z., *Prawo administracyjne. Część ogólna*, Warszawa 2000.
- Duniewska Z., *Prawo ochrony bezpieczeństwa i porządku publicznego*, [w:] *Materiałne prawo administracyjne. Pojęcia, instytucje, zasady*, red. M. Stahl, Warszawa 2002.
- Duniewska Z. *et al.*, *Prawo administracyjne*, Warszawa 2004.
- Grabowski J., *Rola i funkcje prawa w systemie gospodarki rynkowej*, [w:] *Instytucje współczesnego prawa administracyjnego*, red. I. Skrzydło-Niżnik *et al.*, Kraków 2001.
- Izdebski H., Kulesza M., *Administracja publiczna. Zagadnienia ogólne*, Warszawa 1998.
- Kawka W., *Policja w ujęciu historycznym i współczesnym*, Wilno 1939.
- Kidyba A., *Prawo handlowe*, Warszawa 2000.

- Kieres L., *Publiczne prawo gospodarcze — kierunki rozwoju — nowe instytucje*, [w:] *Nowe problemy badawcze w teorii prawa administracyjnego*, red. J. Boć, A. Chajbowicz, Wrocław 2009.
- Kocowski T., *Administratywizacja przepisów regulujących postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego*, [w:] *Modernizacja zamówień publicznych. Geneza nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych z 22 czerwca 2016 roku*, red. M. Kania, P. Nowicki, A. Piwowarczyk, Warszawa 2017.
- Kocowski T., *Racjonalizacja wymagań z zakresu zdolności organizacyjno-zawodowych wykonawców ubiegających się o zamówienia publiczne*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2015, z. 3.
- Kocowski T., *Reglamentacja działalności gospodarczej w polskim administracyjnym prawie gospodarczym*, Wrocław 2009.
- Kosikowski C., *Publiczne prawo gospodarcze Polski i Unii Europejskiej*, Warszawa 2007.
- Kosikowski C., *Zezwolenia na działalność gospodarczą w prawie polskim*, Warszawa 1997.
- Kuta T., *Akty (decyzje) administracyjne a akty (przepisy) wykonawcze w działalności administracji publicznej*, „Prawo” 1999, nr 261.
- Langrod J.S., *Instytucje prawa administracyjnego*, Kraków 2003.
- Leoński Z., *Materiałne prawo administracyjne*, Warszawa 1997.
- Lipowicz I., *Dylematy zmiany siatki pojęciowej w nauce prawa administracyjnego*, [w:] *Koncepcja systemu prawa administracyjnego*, red. J. Zimmermann, Kraków 2007.
- Longchamps F., *O używaniu pojęć w naukach prawnych*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Wrocławskiego. Prawo” 7, 1960.
- Łętowski J., *Prawo administracyjne. Zagadnienia podstawowe*, Warszawa 1990.
- Machnikowski P., *Swoboda umów według art. 353¹ KC. Konstrukcja prawna*, Warszawa 2005.
- Modliński E., *Pojęcie interesu publicznego w prawie administracyjnej*, Warszawa 1932.
- Morawski L., *Wstęp do prawoznawstwa*, Toruń 1998.
- Pieprzny S., *Bezpieczeństwo zgromadzeń publicznych. Aspekty administracyjnoprawne*, Rzeszów 2013.
- Prawo gospodarcze prywatne*, red. T. Mróz, M. Stec, Warszawa 2009.
- Przeszło E., *Wykluczenie wykonawców w Prawie zamówień publicznych (a rozwiązania ustawy o zamówieniach publicznych)*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2004, z. 3.
- Radwański Z., *Prawo cywilne — część ogólna*, Warszawa 2004.
- Radwański Z., *Zarys części ogólnej prawa cywilnego*, Warszawa 1979.
- Sadowy J., *Cele systemu zamówień publicznych i ich realizacja na przestrzeni 15 lat w świetle sprawozdań Prezesa Urzędu*, [w:] *XV-lecie systemu zamówień publicznych w Polsce*, red. H. Nowicki, J. Sadowy, Toruń-Warszawa 2011.
- Safjan M., *Zasada swobody umów (uwagi wstępne na tle wykładni art. 353¹ k.c.)*, „Państwo i Prawo” 1993, z. 4.
- Stahl M., *Cele publiczne i zadania publiczne*, [w:] *Koncepcja systemu prawa administracyjnego*, red. J. Zimmermann, Kraków 2007.
- Stelmachowski A., *Ewolucja autonomii woli*, [w:] *Tendencje rozwoju prawa cywilnego*, red. E. Łętowska, Wrocław 1983.
- Wierzbowski M., Wiktorowska A., *Prawne formy działania administracji*, [w:] Z. Cieślak et al., *Prawo administracyjne*, Warszawa 2000.
- Wolter A., *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 1977.
- Zdyb M., *Dobro wspólne w perspektywie artykułu 1 Konstytucji*, [w:] *Trybunał Konstytucyjny. Księga XV-lecia*, red. F. Rymarz, A. Jankiewicz, Warszawa 2001.
- Ziemski K.M., *Indywidualny akt administracyjny jako forma prawna działania administracji*, Poznań 2005.
- Zimmermann J., *Prawo administracyjne*, Kraków 2005.
- Żuławska C., *O zasadach prawa gospodarczego prywatnego*, [w:] *eadem, Zasady prawa gospodarczego*, Wrocław 1997.