

Rozdział I. Klauzule generalne oparte na kategorii interesu w polskim prawie zamówień publicznych

§ 1. Pojęcie i funkcje klauzul generalnych

I. Uwagi ogólne

Rozważania szczegółowe na temat występujących w polskim prawie zamówień publicznych normatywnych postaci różnych interesów poprzedzić należy wyjaśnieniem, że w tekście prawnym wyrażane są one za sprawą pojęć, które z punktu widzenia teorii prawa, kwalifikowane są jako generalne klauzule odsyłające lub po prostu klauzule generalne.

Najprostsza ich charakterystyka zawiera się w stwierdzeniu, że są to elementy tekstu prawnego, poprzez które prawodawca odsyła interpretatora do „kryteriów pozasystemowych (nieinkorporowanych do systemu prawnego)”¹. To stwierdzenie wyraża podstawową charakterystykę klauzul generalnych, choć nie opisuje wyczerpująco ich specyfiki. Ta zaś, od połowy XX w. była przedmiotem szczególnego zainteresowania przedstawicieli polskiej teorii prawa². Relacjonowanie przebiegu naukowej dyskusji w tym zakresie nie ma jednak podstawowego znaczenia z punktu widzenia podejmowanego badania i wykracza poza jego ramy. Z tego względu, za wystarczające można uznać

¹ L. Leszczyński, G. Maroń, Pojęcie i treść zasad prawa oraz generalnych klauzul odsyłających. Uwagi porównawcze, Ann. UMCS 2013, Sectio G, s. 82.

² Na ten temat zob. np. M. Śliwka, Znaczenie zwrotów niedookreślonych na tle orzecznictwa polskiego TK, SIL 2010, Nr 13, s. 261–272; M. Florczak-Wątor, Kontrola konstytucyjności klauzul generalnych, Prz.Sejm. 2013, z. 4, s. 49–64 wraz z powołaną tam literaturą; A. Choduń, A. Gomułowicz, A. Skoczylas, Klauzule generalne i zwroty niedookreślone w prawie podatkowym i administracyjnym. Wybrane zagadnienia teoretyczne i orzecznicze, Warszawa 2013, s. 26–31 wraz z powołaną tam literaturą; A. Żurawik, Interes publiczny, s. 9–14 wraz z powołaną tam literaturą.

przywołanie dominujących obecnie poglądów doktryny na temat cech klauzul generalnych.

II. Klauzule generalne jako zwroty niedookreślone i *ratio* ich stosowania

Istotne jest, że z punktu widzenia teorii prawa, klauzule generalne są zwrotami niedookreślonymi. Jak wyjaśnia *M. Zieliński* „przez niedookreśloność jakiegoś zwrotu rozumie się to, że jakiś zwrot będący nazwą ma nieokreśloną, niewyraźną treść. (...) w relacji do języka (...) niedookreśloność polega na tym, iż treść słownikowa danego zwrotu jest niepełna, a nie stanowi zarazem zespołu konstytutywnego cech lub też stanowi zespół konstytutywny cech, ale któraś z cech tego zespołu jest niediagnostyczna (tj. tak określona, że trudno stwierdzić, czy da się ją przypisać jakiemuś przedmiotowi czy nie)”³. Klauzule generalne są więc zwrotami niedookreślonymi w tym sensie, że dokonywana *in abstracto* delimitacja zakresu znaczeniowego ich nazwy jest niemożliwa.

Funkcją klauzul generalnych jest uelastycznienie tekstu prawnego, o czym jednoznacznie informuje prawodawca w treści § 155 ZTP. Zgodnie z tym przepisem, „jeżeli zachodzi potrzeba zapewnienia elastyczności tekstu aktu normatywnego, można posłużyć się określeniami nieostryimi, klauzulami generalnymi albo wyznaczyć nieprzekraczalne dolne lub górne granice swobody rozstrzygnięcia”. Jak wyjaśniał *J. Wróblewski*, uelastycznianie tekstu prawnego za pomocą zwrotów niedookreślonych, w szczególności poprzez posługiwanie się przez prawodawcę klauzulami generalnymi, „wyraża (...) jego koncepcję funkcjonowania prawa, związaną z przekonaniem o potrzebie indywidualizacji stosowania prawa względnie z uznaniem niemożliwości wyznaczenia decyzji stosowania prawa przez reguły ogólne i abstrakcyjne o charakterze ściśle określonym”⁴. Wynika z tego również, że choć niedookreśloność klauzul generalnych podnosi elastyczność tekstu prawnego kosztem jego precyzji i jednoznaczności, to jednak nie jest ona jego wadą, lecz wynika z celowego działania prawodawcy, które nie narusza reguł tworzenia prawa⁵.

³ *M. Zieliński*, Wykładnia prawa. Zasady, reguły, wskazówki, Warszawa 2012, s. 172.

⁴ *J. Wróblewski*, Rozumienie prawa i jego wykładnia, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk–Łódź 1990, s. 37.

⁵ Na ten temat zob. również *S. Wronkowska, M. Zieliński*, Komentarz do zasad techniki prawodawczej z 20.6.2002 r., Warszawa 2012, s. 297–298.

Po wtóre, uelastycznianie tekstu prawnego poprzez stosowanie zwrotów niedookreślonych, w szczególności klauzul generalnych, jest zabiegiem tyleż użytecznym, co niezbędnym. Wielokrotnie wyjaśniał to TK, wskazując m.in., że „nie do pomyślenia jest skonstruowanie systemu prawa stanowionego bez uciekania się do tego rodzaju narzędzi. Ustawodawca nie jest w stanie przewidzieć i skonkretyzować w przepisach wszystkich możliwych sytuacji, zwłaszcza jeśli uwzględnić perspektywę czasową obowiązywania aktów prawnych. Konieczność uelastycznienia regulacji prawnej i wprowadzenia do niej pewnych odniesień aksjologicznych, to najczęściej powoływane przyczyny posługiwania się przez ustawodawcę zwrotami niedookreślonymi. TK wielokrotnie ocenił tę praktykę, uznając, że pozostaje ona w zgodzie ze standardami konstytucyjnymi”⁶.

Szczególne znaczenie i użyteczność stosowania zwrotów niedookreślonych, dostrzega się w odniesieniu do przepisów regulujących funkcjonowanie gospodarki. Na długo przed wydaniem cytowanego powyżej wyroku, TK stwierdził: „znaczenie norm, reguł i zasad do których prawo odsyła uwidacznia się, gdy na problem ten spojrzy się z perspektywy kształtowania ładu gospodarczego. Dzięki nim:

- 1) uzyskuje się pełniejsze a niekiedy kompleksowe uregulowanie konkretnych zagadnień prawno-gospodarczych (...);
- 2) normy prawne przy pomocy środków pozaprawnych uzyskują prawne zabezpieczenie ich wykonania;
- 3) możliwe jest uelastycznienie przepisów prawnych, wprowadza się bowiem do systemu obok norm prawnych, reguły i zasady, wskaźniki itd. niosące w sobie element wrażliwości na zmiany sytuacji (np. na rynku gospodarczym), przez co cały system staje się bardziej dynamiczny; formalizacja dokonywana tylko w oparciu o przepisy prawne niosłaby w sobie niebezpieczeństwo zbytowego usztywnienia podstawowych elementów ładu gospodarczego oraz wszelkich działań, w tym też decyzji gospodarczych;
- 4) unika się przelegalizowania problematyki gospodarczej; prawo stanowione (pozytywne), jest tym elementem, w którym zawsze tkwi w mniejszym lub większym stopniu element konserwatyzmu i zachowawczości, co w odniesieniu do szybko zmieniającej się rzeczywistości ekonomicznej oznaczać może istotne ograniczenie;

⁶ Wyr. TK z 22.11.2005 r., SK 8/05.

- 5) uzyskuje się możliwość wkroczenia w sfery, w które prawo wkroczyć nie mogłoby. Akty normatywne stanowiące źródło prawa i zawierające przepisy prawne odsyłające, spełniają wtedy funkcję równoważnika prawnego w relacjach pomiędzy przepisami prawa oraz wskaźnikami, regułami i zasadami pozasystemowymi⁷.

Podsumowując zatem opis pierwszej z charakteryzowanych cech klauzul generalnych – a mianowicie, że są one zwrotami niedookreślonymi – należy sformułować następujące, istotne w kontekście dalszych rozważań konkluzje:

- 1) zakres nazwy użytej w treści przepisu prawnego w funkcji klauzuli generalnej nie jest *in abstracto* możliwy do precyzyjnego i wyczerpującego ustalenia;
- 2) funkcją zwrotów niedookreślonych, w tym klauzul generalnych, jest uelastycznienie tekstu prawnego;
- 3) rezygnowanie z precyzji tekstu prawnego poprzez stosowanie zwrotów niedookreślonych, powinno mieć charakter wyjątkowy i jest dopuszczalne wyłącznie wówczas, gdy zachodzi potrzeba zapewnienia jego elastyczności, co *expressis verbis* wyrażono w § 155 ZTP.

III. Odsyłający charakter klauzul generalnych i jego konsekwencje

Drugą istotną cechą klauzul generalnych jest ich odsyłający charakter, co odróżnia je od innych zwrotów niedookreślonych. A. Choduń wyjaśnia, że „różnica między klauzulami generalnymi a zawartymi w przepisach prawnych zwrotami niedookreślonymi, które nie są klauzulami generalnymi, jest taka, że te pierwsze odsyłają do ocen (mimo że te oceny nie są w zwrocie odsyłającym wprost wyrażone), a te drugie do nich nie odsyłają, a wymagają kwalifikowania wielkości”⁸.

⁷ Wyr. TK z 7.12.1999 r., K 6/99.

⁸ A. Choduń, A. Gomułowicz, A. Skoczylas, Klauzule generalne, s. 31. A. Choduń zwraca ponadto uwagę, że czasami w treści przepisu prawnego oba rodzaje zwrotów niedookreślonych występują obok siebie. Rozróżnienie to ma niemałe znaczenie dla podejmowanych rozważań, toteż warto wyjaśnić je w odniesieniu do badanych w niniejszej monografii klauzul generalnych. Przykładem mogą być zwroty „szczególny interes zamawiającego” oraz „ważny interes publiczny”. Nazwy „interes zamawiającego” oraz „interes publiczny” są klauzulami generalnymi, natomiast „szczególny” i „ważny” są innego rodzaju zwrotami niedookreślonymi, które nie odsyłają do ocen, lecz wymagają kwalifikowania wielkości. Z tego też względu używane jest pojęcie „kategoria interesu”. Służy ono odróżnieniu odmiennych kategorii interesu, które prawodawca skonstruował w oparciu o tę samą klauzulę generalną. Odwołując się do wcześniejszego przykładu, można więc

Charakteryzując klauzule generalne, cytowana powyżej autorka wskazuje również, że „za pomocą tego zwrotu niedookreślonego następuje odesłanie do przekonań, które są dostatecznie silnie żywione w społeczeństwie czy w jakiejś grupie społecznej, odnoszących się do jakichś faktów (zdarzeń czy zachowań się) i przypisujących im charakter wartości. A zatem desygnatami takich klauzul generalnych jak: «interes publiczny», «interes państwowy», «interes społeczny», «zasady współżycia społecznego», są oceny, które bierze pod uwagę podmiot stosujący prawo w związku z jakimiś faktami”⁹. Z odsyłającego charakteru klauzul generalnych wynika więc, że w procesie ich interpretacji jedynie pomocnicze znaczenie mają ustalenia z zakresu semantyki.

Syntetycznie opisał to *L. Leszczyński* wskazując, że „proces ustalania treści klauzuli generalnej jest inicjowany przez zastosowanie reguł językowych wykładni, niemniej reguły te tego procesu nie tylko nie mogą kończyć, ale też nie mogą decydować o finalnie ustalonej treści otwartego kryterium pozasystemowego («pozaprawnego»). Nie jest rzecz jasna obojętne, czy prawodawca wskazuje w przepisie zawierającym klauzulę na interes lub zasady, czy określa kryterium jako sprawiedliwość czy jako słusność, czy odwołuje się do perspektywy ogólnospołecznej czy jednostkowej, politycznej czy ekonomicznej, niemniej to nie warstwa językowa decyduje o treści kryterium, jaką przypisuje się danemu zwrotowi. W wykładni treści takiego zwrotu nie idzie bowiem o ustalenie językowego znaczenia zwrotu (np. zasady współżycia społecznego), z rozczłonkowaniem znaczeń poszczególnych wyrazów składających się na ten zwrot, lecz o określenie ram aksjologicznych, w których mieści się wzór normatywny (np. normy moralnej lub zwyczajowej), w ramach interpretacji włączony do treści ustalonej zasady, a w konsekwencji – do treści stosowanej normy prawnej (normatywnej podstawy decyzji stosowania prawa)”¹⁰.

W innym opracowaniu powołany autor sformułował w tym kontekście następującą uwagę: „klauzula generalna, będąc elementem języka prawnego, podlega jego właściwościom. Najważniejsze dla konstrukcji klauzuli jest to, że język prawny, zajmując miejsce pomiędzy językami naturalnymi i językami sztucznymi, zachowuje częściowo właściwości obu tych typów języka oraz, że posiada on cechę otwartości struktury znaczeniowej (niewyraźność i nie-

stwierdzić, że „interes zamawiającego” oraz „szczególny interes zamawiającego” są kategoriami interesów zbudowanymi na tej samej klauzuli generalnej „interes zamawiającego”, choć ich normatywna treść różni się.

⁹ A. Choduń, A. Gomułowicz, A. Skoczylas, Klauzule generalne, s. 29.

¹⁰ *L. Leszczyński*, Generalne klauzule odsyłające – ujęcie teoretycznoprawne, *Ann. UMCS* 2016, Sectio G, s. 15–16.

ostrość) wielu swoich wyrażań. Podobnie, jak może to mieć miejsce w typowych zwrotach języka prawnego, w odesłaniu pojawia się nazwa, której znaczenie nie jest na gruncie języka określone, tzn. z którą użytkownicy języka posiadający dostateczną kompetencję językową, wiązać mogą różne znaczenia. Jest oczywiście istotne, czy nazwa ma charakter konkretny (np. sędzia, dokument, przedsiębiorstwo), czy abstrakcyjny (wskazujący na cechę wspólną wielu podmiotom, na pewien stosunek między przedmiotami lub na pewne zdarzenie czy stan rzeczy, np. pokrewieństwo, powrót do przestępstwa, obrona konieczna, własność prywatna itp.), bowiem brak możliwości znalezienia w świecie realnym desygnatów nazwy abstrakcyjnej, w sposób naturalny wzmacnia cechę nieokreśloności językowej¹¹. Wynika z tego zatem, że o ile substrat językowy klauzuli generalnej nie ma charakteru decydującego, to niewątpliwie stanowi punkt wyjścia dla formułowania wszelkich twierdzeń na temat klauzul generalnych.

Wynikającą z odsyłającego charakteru klauzul generalnych konsekwencją ich występowania w tekście prawnym jest sytuacja, w której treść normy prawnej wysłowionej w treści przepisu zawierającego klauzulę generalną ustalana jest w procesie stosowania prawa. Innymi słowy, poprzez zawarcie w tekście prawnym klauzuli generalnej prawodawca upoważnia stosującego prawo interpretatora do ustalenia konsekwencji prawnych konkretnego stanu faktycznego w oparciu o system pozaprawnych ocen, do którego odsyła klauzula generalna¹². Zatem konsekwencją odsyłającego charakteru klauzul generalnych jest również to, że treść norm prawnych wysłowionych w przepisach zawierających klauzule generalne, ustalana jest w procesie stosowanie prawa¹³. E. Łętowska wyjaśnia, że spowodowane klauzulą generalną „otwarcie” systemu prawnego na inne systemy normatywne „dokonuje się jednak tylko *in concreto* i tylko w momencie jednostkowego zastosowania przepisu zawierającego stosowny zwrot czy klauzulę, w ramach rozstrzygnięcia konkretnej sprawy. Zatem «otwar-

¹¹ L. Leszczyński, Tworzenie generalnych klauzul odsyłających, Lublin 2000, s. 11. Podobnie na ten temat: A. Szot, Klauzula generalna jako ponadgałęziowa konstrukcja systemu prawa, Ann. UMCS 2016, Sectio G, s. 301: „można postawić tezę, iż nie «nazwa» klauzuli ma pierwszorzędne znaczenie, lecz (co w oczywisty sposób wiąże się z istotą tej konstrukcji prawnej) jej treść i charakter. Należy jednak podkreślić, iż analizy semantycznej nie wolno pomijać i automatycznie rozszerzać treści klauzuli lub zawęźać ją, lub też utożsamiać ją mechanicznie z innymi odesłaniami występującymi w systemie prawa”.

¹² Por. L. Leszczyński, G. Maroń, Pojęcie i treść, s. 83; zob. także M. Florczak-Wątor, Kontrola konstytucyjności, s. 58 wraz przywołaną tam literaturą.

¹³ Na ten temat zob. wyr. TK z 9.5.2005 r., SK 14/04 wraz z przywołanymi tam orzeczeniami.

cie» systemu prawa dokonywane przez te zwroty urzeczywistnia się w momencie i akcie stosowania prawa¹⁴.

Podobnie klauzule generalne opisuje się również w unijnym dorobku orzeczniczym, co oczywiście wymaga podkreślenia z uwagi na fakt, że polskie prawo zamówień publicznych pozostaje pod przemożnym wpływem prawa unijnego. Jako przykład przywołać można pogląd rzecznika generalnego *Ph. Légera* wyrażony w opinii w sprawie C-301/02 P *Carmine Salvatore Tralli* przeciwko Europejskiemu Bankowi Centralnemu. Scharakteryzował on klauzule generalne stwierdzając, że „są to elastyczne normy, w sposób zamierzony oparte na nieokreślonym kryterium i wskazujące w ten sposób na zamiar prawodawcy pozostawienia właściwym władzom – administracyjnym lub sądowym – zadania zdefiniowania ich zawartości w każdym przypadku indywidualnie, aby można było zastosować je w sposób lepiej dostosowany do okoliczności, o których władze te mają rozstrzygać¹⁵”.

Jak zatem wynika z powyższego:

- 1) klauzule generalne mają charakter odsyłający w tym sensie, że poprzez ich zastosowanie w tekście prawnym prawodawca odsyła interpretatora do pozaprawnego systemu ocen, by w procesie stosowania prawa dokonywał wykładni przepisów zawierających klauzule generalne z uwzględnieniem tych ocen;
- 2) skoro treść norm prawnych wysłowionych w przepisach zawierających klauzule generalne ustalana jest w procesie stosowania prawa, to ich badanie musi opierać się przede wszystkim na analizie orzecznictwa.

IV. Granice tworzenia i wykładni klauzul generalnych

1. Uwagi ogólne

Niezależnie od sformułowanego powyżej stwierdzenia o konieczności stosowania klauzul generalnych oraz wynikających z tego korzyściach, podkreślenia wymaga, że prawodawca powinien stosować je wyjątkowo, co zresztą wynika z samej treści § 155 ZTP¹⁶. Tego rodzaju wniosek skłania do postawienia pytania zarówno o granice w posługiwaniu się klauzulami generalnymi przez

¹⁴ E. Łętowska, Interpretacje a subsumpcja zwrotów nieokreślonych i nieostrych, PiP 2011, z. 7–8, s. 17.

¹⁵ Opinia Rzecznika Generalnego *Ph. Légera* przedstawiona 17.2.2005 r. w sprawie C-301/02, *Carmine Salvatore Tralli* przeciwko EBC.

¹⁶ Zob. M. Florczak-Wątor, Kontrola konstytucyjności, s. 50.

prawodawcę, jak i o przysługujący stosującemu prawo interpretatorowi zakres swobody w uwzględnianiu ocen spoza systemu prawnego.

2. Ograniczenia prawodawcy

Gdy idzie o ramy, które krępują prawodawcę w zakresie posługiwania się klauzulami generalnymi, należy w pierwszej kolejności powtórnie przywołać treść § 155 ZTP, wedle którego przesłanką zastosowania tej konstrukcji prawnej jest występowanie „potrzeby zapewnienia elastyczności tekstu aktu normatywnego”. Przepis ten określa więc wstępne wymaganie, które warunkuje generalną dopuszczalność posłużenia się klauzulą generalną. Dalsze ograniczenia dotyczą już procesu ich kształtowania. Niezależnie od sformułowanego wniosku, że normatywna treść klauzul generalnych kształtowana jest w procesie stosowania prawa oczywiste jest, że prawodawca nie może odsyłać do takich systemów ocen, które są nie do pogodzenia z wartościami podstawowymi i uznawanymi za fundamentalne w danym społeczeństwie. Tego rodzaju działanie przeczyłoby istocie klauzul generalnych, którą *M. Safjan*¹⁷ trafnie przyrównywał do roli rzymskiego prawa pretorskiego, będącego m.in. narzędziem korekty słusznościowej obowiązującego prawa¹⁸.

Bardziej szczegółowe wytyczne w zakresie posługiwania się klauzulami generalnymi przy tworzeniu prawa, sformułowano w orzeczeniach TK. Wśród nich na szczególną uwagę zasługuje wyrok z 17.10.2000 r., w którym podjęto analizę konstytucyjności art. 5 KC. Trybunał potwierdził w nim generalną dopuszczalność i przydatność posługiwania się klauzulami generalnymi w procesie tworzenia prawa, a zarazem zwrócił uwagę, że używane w tej funkcji zwroty muszą spełniać określone warunki.

Podstawą do wydania przywołanego orzeczenia była skarga konstytucyjna, w której sformułowano m.in. zarzut niezgodności art. 5 KC z art. 2 oraz 45 ust. 1 Konstytucji. Skarżący argumentował, że „art. 5 KC ze względu na jego nadmierną ogólność, nie stwarza podmiotom prawa dostatecznych gwarancji przewidywalności rozstrzygnięcia sądowego z punktu widzenia sprawiedliwości materialnej, a nie tylko procesowej”¹⁹.

Odnosząc się do tak sformułowanego zarzutu, Trybunał w pierwszej kolejności potwierdził, że niedookreśloność jest immanentną cechą klauzul ge-

¹⁷ Zob. *M. Safjan*, Klauzule generalne w prawie cywilnym (przyczynek do dyskusji), PiP 1990, z. 11, s. 51.

¹⁸ Na ten temat zob. *W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Bérier*, Prawo rzymskie. U podstaw prawa prywatnego, Warszawa 2018, s. 61–62.

¹⁹ Wyr. TK z 17.10.2000 r., SK 5/99.

neralnych, co samo w sobie nie narusza jednak reguł tworzenia prawa. Podkreślił przy tym, że w zakresie posługiwania się zwrotami niedookreślonymi prawodawca nie dysponuje pełną swobodą. Trybunał stwierdził, że warunkiem konstytucyjności klauzul generalnych jest to, aby zapewniały one przewidywalność rozstrzygnięcia sądowego wydawanego na podstawie przepisu zawierającego klauzulę generalną. W orzeczeniu stwierdzono, że „naruszenie wymagania przewidywalności orzeczenia sądu przy zastosowaniu klauzuli generalnej może wystąpić w trzech sytuacjach: 1) gdyby przesłanki rozumienia tej klauzuli generalnej miały nie tylko obiektywny, lecz i subiektywny charakter; 2) gdyby treść tej klauzuli generalnej nie stwarzała dostatecznych gwarancji, że jej interpretacja orzecznicza stanie się jednolita i ścisła, tak żeby była zapewniona możliwość przewidzenia określonego rozstrzygnięcia; 3) gdyby z brzmienia tej klauzuli generalnej można było wyprowadzać uprawnienia prawotwórcze sądów, wyrażające się w szczególności w prawie sądu do samoistnego nadawania nowej treści art. 5 KC”²⁰. Zatem jeśli prawodawca ustali, że istnieje „potrzeba zapewnienia elastyczności tekstu aktu normatywnego”, może posłużyć się klauzulą generalną pod warunkiem, że:

- 1) nie odsyła ona do systemu ocen sprzecznych z zakorzenionymi w danej kulturze wartościami, co podważałoby aksjologiczne fundamenty systemu prawnego,
- 2) prawodawca ograniczy jej niedookreśloność do poziomu, który umożliwi adresatom norm prawnych minimum przewidywalności rozstrzygnięć sądowych podejmowanych na podstawie normy wysłowionej w przepisie zawierającym klauzulę generalną.

3. Granice wykładni klauzul generalnych

W świetle opisanych powyżej ograniczeń prawodawcy, wyraźnie rysują się również ograniczenia organu stosującego prawo w zakresie rozstrzygania spraw w oparciu o interpretację klauzul generalnych. Po pierwsze, ich występowanie w tekście prawnym nie daje organowi „absolutnej i pozostającej poza wszelką kontrolą swobody, prowadzącej do (...) «dowolności rozstrzygnięcia»”²¹. Pogląd ten nie budzi wątpliwości i jest powszechnie aprobowany również w literaturze. Przykładowo *L. Morawski* – powołując się na cytowany wyrok – stwierdził, że posłużenie się przez prawodawcę klauzulą generalną „nie oznacza zgody na dowolność interpretacyjną. Także w tym przypadku interpre-

²⁰ Wyr. TK z 17.10.2000 r., SK 5/99.

²¹ Wyr. TK z 14.12.1999 r., SK 14/98.

tator powinien respektować przyjęte reguły wykładni oraz, na co kładzie się szczególnie nacisk, dokonywać oceny, w oparciu o wszechstronną i szczegółową ocenę konkretnych okoliczności w danej sprawie²². Wobec tego, podstawowym ograniczeniem wykładni klauzul generalnych jest ich treść – ich substrat językowy, który określa, do jakiego systemu ocen powinien sięgnąć stosujący prawo interpretator. Należy jednak podkreślić, że – jak już wcześniej zaznaczono – o ile językowe brzmienie klauzuli generalnej stanowi zawsze punkt wyjścia, to jednak w stosownych przypadkach niezbędne może okazać się przełamanie rezultatu wykładni opartej na regułach językowych²³. Konieczność taka może zaistnieć w szczególności w związku z występowaniem w tekście prawnym klauzul generalnych nietożsamyh językowo, lecz na tyle podobnych, że istnieje wątpliwość co do charakteru ich wzajemnej relacji²⁴.

Po drugie, tak jak prawodawca nie może odsyłać do systemów ocen podważających aksjologiczne podstawy systemu prawnego, tak też organ związany jest obowiązkiem poszanowania fundamentalnych wartości chronionych przez prawo. W literaturze wskazuje się, że „jako pewne minimum poprawności sformułowanych przez organ orzekający rozstrzygnięć trzeba przyjąć konieczność respektowania w procesie stosowania prawa podstawowych i trwałych wartości zakorzenionych w kulturze tradycji danego społeczeństwa, a w naszym przypadku przede wszystkim wartości kultury chrześcijańskiej. W tak określonych granicach znajdzie się dopiero miejsce dla «sędziowskiego subiektywizmu». Gdyby odrzucić ten punkt widzenia, to postulat poszukiwania słusznego werdyktu byłby czysto formalny²⁵. Pogląd ten podziela również TK stając na stanowisku, że „na organach stosujących prawo ciąży obowiązek identyfikacji ich treści z uwzględnieniem podstawowych za-

²² L. Morawski, *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2006, s. 243.

²³ Zob. M. Zieliński, *Wykładnia prawa*, s. 338–344.

²⁴ W literaturze wskazuje się, że „przyjęcie założenia o racjonalności prawodawcy, w szczególności w kontekście semantycznym, powoduje konieczność uznania różnego znaczenia zbliżonych do siebie, w sensie językowego wyrażenia w przepisie prawnym, klauzul generalnych. Takie sytuacje zdarzają się bardzo często (np. «dobro dziecka» a «interes dziecka», a «dobro rodziny»), ale również często spotykane są przypadki, w których doktryna i praktyka prawnicza dokonują pewnej «korekty» prawodawcy. Jako przykład może tu posłużyć utożsamianie «interesu publicznego» i «interesu społecznego» przez odwołanie się do zasad i wartości demokratycznego państwa prawa, w którym «nie ma sytuacji absolutnego utożsamiania obywatela i sfery jego indywidualnych interesów z państwem, a jedynie istnieje kwestia usankcjonowania ustawowych uprawnień i obowiązków obywatela wobec państwa oraz państwa w stosunku do obywatela” – A. Szot, *Klauzula generalna*, s. 300, wraz z cytowaną tam literaturą.

²⁵ M. Safjan, *Klauzule generalne*, s. 54.

sad prawa, ogólnosystemowych wartości i standardów konstytucyjnie chronionych”²⁶.

Trzecie ograniczenie wiąże się z wnioskiem, że warunkiem konstytucyjności przepisów zawierających klauzule generalne jest zapewnianie minimalnego poziomu przewidywalności rozstrzygnięć podejmowanych na ich podstawie. Należałoby zatem konsekwentnie przyjąć, że jeśli dany przepis spełnia ten wymóg, to występowanie w orzecznictwie ugruntowanego sposobu wykładni klauzuli generalnej jest okolicznością, która powinna wpływać na jej interpretację dokonywaną *in concreto*. Nie należy przez to oczywiście rozumieć, że organ stosujący prawo powinien kierować się przede wszystkim orzecznictwymi tendencjami w zakresie interpretacji danej klauzuli generalnej. Byłoby to nie do pogodzenia z celem uelastyczniania tekstu prawnego za pomocą tej konstrukcji prawnej. Chodzi raczej o dostrzeżenie doniosłej prawidłowości, że praktycznym ograniczeniem swobody interpretatora są również wypracowane i ugruntowane w orzecznictwie narzędzia obiektywizacji procesu ustalania treści klauzul generalnych. Zwrócił na to uwagę TK podkreślając w jednym z orzeczeń²⁷, że w praktyce rozstrzygnięcia sądów usytuowanych wyżej w strukturze sądownictwa, mają dominujący i bezpośredni wpływ na wydawanie orzeczeń przez organy niższych instancji.

Koresponduje to z ogólniejszym stanowiskiem TK, który „wychodzi z założenia, że równoznaczne z utrwaloną w sposób oczywisty praktyką stosowania przepisu jest dokonanie jego interpretacji przez «najwyższe instancje sądowe naszego kraju». Jeśli określony sposób rozumienia przepisu znalazł jednoznaczny i autorytatywny wyraz w orzecznictwie Sądu Najwyższego bądź Naczelnego Sądu Administracyjnego, należy uznać, że przepis ten nabrał takiej właśnie treści”²⁸. Nie pozbawia to oczywiście organów stosujących prawo możliwości podjęcia w konkretnym stanie faktycznym rozstrzygnięcia odmiennego od dominującej linii orzeczniczej. Niemniej utrwalone w judykaturze reguły interpretacji klauzul generalnych są ograniczeniem dowolności interpretatora w tym sensie, że powinien on co najmniej wziąć je pod uwagę w ramach dokonywanej wykładni oraz uzasadnić ewentualną decyzję o ich niezastosowaniu przy podejmowaniu rozstrzygnięcia.

²⁶ Wyr. TK z 15.9.1999 r., K 11/99.

²⁷ Wyr. TK z 24.11.2016 r., K 11/15.

²⁸ Wyr. TK z 27.10.2010 r., K 10/08.

Jako podsumowanie należałoby więc sformułować wniosek, że dokonując wykładni przepisu zawierającego klauzulę generalną w procesie rozstrzygnięcia konkretnej sprawy, organ stosujący prawo ograniczony jest:

- 1) wyrażonym zgodnie z regułami językowymi zakresem ustawowego upoważnienia do oparcia się na kryteriach spoza systemu prawnego, tj. systemem ocen, do którego odsyła prawodawca;
- 2) aksjologią kultury prawnej, w której funkcjonuje;
- 3) a także, w pewnym zakresie, utrwalonymi w orzecznictwie regułami wykładni danej klauzuli generalnej.

§ 2. Znaczenie pojęcia „interes”

I. Wprowadzenie

Jak zauważa *L. Leszczyński*, „nazwy określające kryteria generalnych klauzul odsyłających składają się zwykle z dwóch członów, z których jeden określa rodzaj wartości, ocen czy norm (zasady, względy, interes, dobro itp.) a drugi – sferę rzeczywistości społecznej, na gruncie której interpretator identyfikuje treść zwrotu (społeczny, publiczny, jednostkowy itp.), niekiedy ze wskazaniem formuły aksjologicznej (sprawiedliwość, słuszność, współżycie) lub faktycznej (zwyczaj)”²⁹. Owe sfery rzeczywistości społecznej zostaną poddane szczegółowej analizie w na późniejszych etapie rozważań, poświęconych poszczególnym kategoriom interesów. Prawidłowa ich interpretacja niewątpliwie jednak zależy od ustalenia treści samego pojęcia „interes”, dlatego wymaga ono odpowiedniego scharakteryzowania. Wydaje się to zresztą konieczne w związku z terminologiczną niekonsekwencją, jaką dostrzec można nie tylko w opracowaniach naukowych dotyczących tego pojęcia, ale również w efektach działalności prawodawcy czy organów orzekających w sprawach wymagających interpretacji przepisów zawierających pojęcie „interes”.

Zjawisko to nie jest zresztą nowe. Dosadnie, acz trafnie opisał je w 1935 r. *J. Zajkowski* wskazując, że z dużą popularnością pojęcia interesu wiąże się jego duża wieloznaczność, co w konsekwencji wywołuje skutki odwrotne do zakładanych. Autor ten wskazuje, że „operowanie takimi słowami ma dużo powabu, lecz jest bardzo niebezpieczne. Dzięki swej płynności dają się one z łatwością zastosować do każdego wypadku lecz niepostrzeżenie zmieniają zna-

²⁹ *L. Leszczyński*, *Generalne klauzule odsyłające*, s. 15.

czenie w toku rozumowania i prowadzą do ekwiwokacji. Przeskakuje się w ten sposób dotychczasowe trudności i otrzymuje efektowne rezultaty, których wartość może być odwrotnie proporcjonalna do łatwości, z jaką zostały uzyskane”³⁰. Nie ulega wątpliwości, że choć przywołana wypowiedź została opublikowana w 1935 r., zachowuje swoją aktualność także obecnie, co w szczególności potwierdzają zawarte we Wprowadzeniu uwagi na temat niekonsekwencji w posługiwaniu się poszczególnymi kategoriami interesu przez organy orzekające w sprawach z zakresu prawa zamówień publicznych.

Mnogość znaczeń przypisywanych pojęciu „interes” wynika zapewne z faktu, że ze względu na zaakcentowaną przez *J. Zajkowskiego* „płynność” pojęcia, jest ono szczególnie atrakcyjne nie tylko dla przedstawicieli rozmaitych dyscyplin naukowych, ale także w mowie potocznej³¹. Kosztem takiej „użyteczności” pojęcia „interes” jest wspomniana wielokrotnie trudność w precyzyjnym jego charakteryzowaniu, co ma oczywiście szczególne znaczenie dla prowadzenia badań naukowych. *J. Sadłocha* wskazuje, że „wieloznaczność tego terminu skutkuje często sporami, a popularna skłonność wielu badaczy do ujmowania otaczającego ich świata w dość ścisłe definicje powoduje, że pojęcie interesu jest definiowane na bardzo wiele sposobów, często sprzecznych ze sobą. Według *H. van Erpa* wynikać to może z uniwersalnej funkcji jaką pełni kategoria interesu w języku, przez co łatwiej znaleźć synonimy tego pojęcia niż jego definicje”³². Autor ten trafnie podkreśla przy tym, że rozważania na temat znaczenia pojęcia „interes” są mocno determinowane kontekstem, w ramach którego jest ono analizowane. W konsekwencji jest to źródłem paradoksu polegającego na tym, że coraz liczniejsze koncepcje formułowane w ramach poszczególnych nauk społecznych, z jednej strony poszerzają wiedzę na temat pojęcia „interes”, z drugiej natomiast są źródłem niespójności i nieporozumień, co wynika z naturalnych odmienności w rozumieniu przedmiotu badań oraz z zorientowania na inne aspekty „interesu”³³.

Zasygnalizowane problemy związane z wieloznacznością pojęcia „interes” niewątpliwie utrudniają jego badanie. Przywołane poglądy potwierdzają jednak, że przezwyciężanie tych trudności wymaga w szczególności gruntow-

³⁰ *J. Zajkowski*, Wstęp do badań nad pojęciem interesu w prawie i procesie cywilnym, Wilno 1935, s. 2. Podobnie *Cz. Znamierowski*, Podstawowe pojęcia teorii prawa. Część pierwsza: układ prawny i norma prawna, Poznań 1934, s. 155–156.

³¹ Zob. *J. Zajkowski*, Wstęp, s. 2.

³² *J. Sadłocha*, Krytyczna analiza kategorii interesu w teorii stosunków międzynarodowych, Wrocław 2015, s. 15–16.

³³ *Ibidem*.

nego przeanalizowania tego pojęcia jako elementu danego języka naturalnego, a także dokładnego zbadania kontekstu, w jakim jest ono używane. Uwzględniając zatem, że podstawowym celem pracy jest rozważań podejmowanych w niniejszej monografii wypracowanie prawniczej koncepcji interesu zamawiającego, niezbędne jest przedstawienie podstawowej charakterystyki „interesu” w ujęciu językoznawstwa, a także rozważenie sposobu jego rozumienia w polskim prawoznawstwie.

II. Pojęcie „interes” w ujęciu językowym

W językoznawstwie pojęcie „interes” rozumie się w zasadniczo jako korzyść³⁴. Wśród jego znaczeń słownikowych podawane są: „1. «sprawa do załatwienia (...)» 2. «pożytek, korzyść, zysk» 3. «rzecz opłacalna, przedsięwzięcie przynoszące korzyść materialną, transakcja handlowa»”³⁵. Wyrażenie „mieć interes” znaczy natomiast tyle co „być osobiście zainteresowanym w czym, upatrywać w czym korzyść; mieć cel”³⁶. Na tej podstawie, w ujęciu encyklopedycznym, „interes” określa się jako pojęcie „związane z kategoriami «potrzeba» i «wartość»”³⁷. Takie językowe znaczenie słowa „interes” przyjmuje się także w literaturze prawniczej. Przykładowo *T. Rowiński* wskazuje, że „człowiekowi posługującemu się tym słowem, kojarzy się ono jednak najczęściej w sposób mniej lub bardziej wyraźny z pewną potrzebą, wartością, z dobrem czy też korzyścią”³⁸.

Niezależnie od tego, które z przywołanych powyżej znaczeń uznamy za najodpowiedniejszy synonim „interesu”, należy zwrócić uwagę, że jego immanentną cechą jest niepewność. Mianowicie, interes odnosi się do potrzeby, wartości, dobra lub korzyści jeszcze niezrealizowanej. W momencie, w którym stwierdza się, że coś jest czymś interesem, albo że ktoś ma jakiś interes, nie jest wcale pewne, że interes ten zostanie zrealizowany. Niepewność szczególnie mocno akcentowana jest w pierwszym spośród wskazanych powyżej językowych znaczeń pojęcia. Jest nim mianowicie „sprawa do załatwienia”, tj. taka, która dopiero ma zostać załatwiona, a zarazem zmiana danego stanu rzeczy

³⁴ Np. *M. Bańko* (red.), *Wielki słownik wyrazów bliskoznacznych PWN*, Warszawa 2005, s. 235, jako synonim słowa „interes” w znaczeniu „czyjś interes” podaje właśnie korzyść.

³⁵ *S. Dubisz* (red.), *Słownik języka polskiego PWN. A–J*, Warszawa 2006, s. 1228.

³⁶ *W. Doroszewski* (red.), *Słownik języka polskiego*, Warszawa 1964, t. III, s. 238.

³⁷ *B. Kaczorowski* (red.), *Nowa encyklopedia powszechna PWN*, Warszawa 2004, s. 778.

³⁸ *T. Rowiński*, *Interes prawny w procesie cywilnym i w postępowaniu nieprocesowym*, Warszawa 1971, s. 11.

nie jest pewna i niezbędne jest działanie, tj. jej „załatwienie”. Niepewność nie ogranicza się wyłącznie do wywołania skutków, które jeszcze nie występują, ale może się również wiązać z utrzymaniem istniejącego już, korzystnego stanu rzeczy.

Tę perspektywę dostrzec można w szczególności, analizując trzecie z podanych znaczeń, tj. ujmujące „interes” jako przedsięwzięcie przynoszące korzyść. Unaocznia to w szczególności przykład podawany przez *W. Doroszewskiego*, który wyjaśniając znaczenie „interesu”, odwołuje się do związku frazeologicznego „kręcić się, chodzić itp. koło swoich interesów”, który oznacza „starać się, zabiegać o swoje sprawy, korzyści dla siebie; być sprytnym, zaradnym”³⁹. Innymi słowy, interesem w tym ujęciu jest także utrzymanie korzystności realizowanego już przedsięwzięcia, czy ogólniej – istniejącego już układu stosunków. W tym kontekście warto zwrócić uwagę również na to, że „interes” może oznaczać także korzyść pośrednią, tj. stan rzeczy, w następstwie którego podmiot interesu uzyska bezpośrednie korzyści (przedsięwzięcie, którego istnienie jest źródłem korzyści).

Na podstawie przywołanych znaczeń i intuicji językowych, można zatem stwierdzić najogólniej, że „interes” danego podmiotu odnosi się do korzystnej dla niego sytuacji, która jednak dopiero ma nastąpić (jej nastąpienie nie jest pewne), i której podmiot ten oczekuje. Takie ujęcie nie ujawnia jednak wszystkich cech „interesu” istotnych z punktu widzenia podejmowanych rozważań. Do ważnych wniosków prowadzi poszerzenie charakterystyki o perspektywę etymologiczną. Przyjmuje się, że do języka polskiego pojęcie „interes” zostało wprowadzone w XVI w. za pośrednictwem języka niemieckiego (od niemieckiego *Interesse* oznaczającego odsetki lub pożyczkę), a łaciński źródłosłów (złożenie: *inter* + *esse*) oznacza dosłownie „być między czyli być czynnym, brać udział w czym, być ważnym”⁴⁰. W opracowaniach dotyczących XVI-wiecznej polszczyzny wskazuje się, że synonimami słowa *interesse* były słuszny dochód, korzyść, zysk, należność czy pożytek⁴¹. Warto podkreślić, że już wówczas słowo *interesse* było szczególnie często odnoszone do prawa oraz reguł obrotu gospodarczego. Przykładowo, *J. Mączyński* w dziele *Lexicon Latino Polonicum ex optimis Latinae inguae Scriptoribus concinnatum* z 1564 r., podaje znacze-

³⁹ *W. Doroszewski* (red.), Słownik, s. 238.

⁴⁰ *K. Długosz-Kurczabowa*, Wielki słownik etymologiczno-historyczny języka polskiego, Warszawa 2008, s. 251–252. Zob. także *F. Sławski*, Słownik etymologiczny języka polskiego, Kraków 1952–1956, t. 1, s. 464.

⁴¹ Zob. *M. Mayenowa* (red.), Słownik polszczyzny XVI w., Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk 1974, t. VIII, s. 574.