



Stowarzyszenie
Prawa
Zamówień
Publicznych

Stowarzyszenie Prawa Zamówień Publicznych

Rondo ONZ 1, 30 p.

00-124 Warszawa

kontakt@stowarzyszeniepzp.pl

www.stowarzyszeniepzp.pl

Funkcjonowanie środków ochrony prawnej w krajach UE. Kluczowe wnioski



Piotr Bogdanowicz, Wojciech Hartung, Anna Szymańska
Warszawa 2017



www.stowarzyszeniepzp.pl



Stowarzyszenie
Prawa
Zamówień
Publicznych



WPROWADZENIE

Niniejszy Raport ("**Raport**") został przygotowany przez Stowarzyszenie Prawa Zamówień Publicznych ("**Stowarzyszenie**").

Stowarzyszenie powstało w lutym 2017 roku z inicjatywy prawników z międzynarodowych oraz polskich kancelarii prawnych zajmujących się prawem zamówień publicznych. Celem Stowarzyszenia jest między innymi popularyzacja przyjętych w Unii Europejskiej standardów prawnych w zakresie prawa zamówień publicznych i koncesji, upowszechnianie wiedzy na temat regulacji prawnych prawa zamówień publicznych oraz koncesji w Polsce i poza jej granicami oraz prowadzenie studiów, badań i analiz, w tym porównawczych, w zakresie prawa zamówień publicznych oraz koncesji.

Mając na uwadze powyższe, Stowarzyszenie podjęło się przygotowania analizy środków ochrony prawnej w państwach Unii Europejskiej. Skuteczny system środków ochrony prawnej w sprawach z zakresu zamówień publicznych powinien stanowić dopełnienie przepisów dotyczących procedur ich udzielania. Bez tego rzeczywiste otwarcie rynków krajowych na konkurencję w ramach Unii Europejskiej może być niemożliwe. Raport, będący wynikiem powyższej analizy, powstał na podstawie odpowiedzi na 29 pytań zawartych w ankiecie, która została wysłana przez członków Stowarzyszenia do kancelarii prawnych z 27 państw członkowskich Unii Europejskiej (pełna ich lista znajduje się na końcu Raportu). Zależało nam, aby miał on jak najbardziej praktyczny wymiar, stąd obok pytań o istniejące w danym porządku rozwiązania prawne zapytaliśmy również o ich funkcjonowanie w praktyce. Przy tej okazji dziękujemy naszym kolegom i koleżankom z kancelarii prawnych za udzielone odpowiedzi, bez których Raport nie mógłby powstać.

Instytucja środków ochrony prawnej w zamówieniach publicznych, będąca przedmiotem harmonizacji unijnej na bazie Dyrektywy Odwoławczej, ma pierwszorzędne znaczenie dla efektywności systemu zamówień publicznych. Ma bowiem zapewnić gwarancje przejrzystości i niedyskryminacji, poprzez eliminację zachowań sprzecznych z tymi zasadami. Najlepszymi obserwatorami rynku zamówień publicznych są jego uczestnicy, dlatego to właśnie ocena skuteczności

prawa wykonawców do odwołania się od nieprawidłowych decyzji instytucji zamawiających stanowi "papierek lakmusowy" efektywności systemu zamówień publicznych. Jednocześnie szczególne znaczenie ma to prawo na etapie, kiedy naruszenia mogą być jeszcze skorygowane, tj. na etapie procedury o udzielenie zamówienia publicznego.

Należy podkreślić, że problematyka środków ochrony prawnej była przedmiotem niedawnej oceny Komisji Europejskiej, która w styczniu 2017 r. przedłożyła sprawozdanie dla Parlamentu Europejskiego i Rady. Komisja uznała, że nie ma potrzeby zmiany Dyrektywy Odwoławczej, konieczne jest natomiast usunięcie pewnych niedoskonałości w jej funkcjonowaniu oraz dążenie do większej konwergencji systemów środków odwoławczych w państwach członkowskich.

Jak wskazuje Komisja Europejska, *"nie istnieje obecnie żaden ogólnounijny system monitorowania i oceny środków odwoławczych w państwach członkowskich. Danych dotyczących postępowań odwoławczych w sprawach zamówień publicznych powyżej progów wszczętych w poszczególnych państwach członkowskich nie gromadzi się w uporządkowany, spójny i systematyczny sposób, który umożliwiłby analizowanie otrzymanych wyników w zautomatyzowany i łatwo porównywalny sposób. Z tego powodu właściwy pomiar lub szacunek skutków dyrektyw dotyczących środków odwoławczych jest trudny i wymaga podjęcia dodatkowych działań (np. jednorazowego zgromadzenia danych i ręcznej analizy [...])"*¹.

Wyrażamy nadzieję, że Raport stanie się jednym z elementów wspierających prowadzone na poziomie unijnym analizy i będzie miał swój udział we wsparciu powyższego procesu, w szczególności w kontekście polskiego systemu odwoławczego.

*P. Bogdanowicz
W. Hartung
A. Szymańska*

¹ Sprawozdanie Komisji dla Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie efektywności Dyrektywy 89/665/EWG i Dyrektywy 92/13/EWG, zmienionych dyrektywą 2007/66/WE, dotyczących procedur odwoławczych w dziedzinie zamówień publicznych. SWD(2017) 13 final.

SŁOWO WSTĘPNE

Raport: Funkcjonowanie środków ochrony prawnej w krajach UE. Kluczowe wnioski został przygotowany przez Stowarzyszenie Prawa Zamówień Publicznych. Autorami są: Piotr Bogdanowicz, Wojciech Hartung i Anna Szymańska. Warszawa 2017.

Jednym z kluczowych zagadnień związanych z funkcjonowaniem systemu zamówień publicznych jest zagwarantowanie wykonawcom prawa do kontroli działań podmiotu prowadzącego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Autorzy niniejszego Raportu przedstawili wyniki przeprowadzonej analizy funkcjonowania środków ochrony prawnej w państwach Unii Europejskiej. Poprawność warsztatowa i wysoki poziom merytoryczny przeprowadzonej analizy powoduje, że wywodzone wnioski mają zarówno teoretyczny jak i praktyczny wymiar. Jednocześnie należy wskazać, że wykorzystana metoda uzyskania informacji w zakresie prowadzonych badań i wywodzona część wniosków potwierdzają poglądy zgłaszane w polskiej literaturze przedmiotu. Przygotowane i zadane pytania dotyczą najważniejszych zagadnień funkcjonowania tej części systemu prawa zamówień publicznych, która określa kolejne etapy postępowania w ramach korzystania ze środków ochrony prawnej. Zdecydowanie pozytywnie należy ocenić objęcie badaniem zarówno zamówień publicznych, jak i koncesji.

Na szczególną uwagę zasługują zaproponowane przez Autorów rekomendacje dla Polski. Przy czym należy podkreślić, że owe rekomendacje są nie tylko wynikiem intelektualnych rozważań Autorów, są one głównie wywiedzione z przeprowadzonej analizy. Fakt ten powoduje, że zyskują one dodatkowy walor prawno-porównawczy i mogą stanowić doskonałą podstawę do ujednolicania procedur odwoławczych w krajach UE. Podstawowym jednak walorem niniejszego opracowania jest wpisanie się jego publikacji w toczący się proces przygotowania nowej ustawy regulującej zamówienia publiczne.

Pierwsza grupa zgłoszonych wniosków dotyczy zagadnień ustrojowych takich jak: - wprowadzenie obowiązkowego 3-osobowego składu orzekającego; -

wprowadzenie mechanizmów umożliwiających szersze korzystanie z pomocy eksperckiej; - powołanie jednego sądu okręgowego właściwego dla wszystkich spraw z zakresu zamówień publicznych; - przyznanie prawa złożenia skargi kasacyjnej do Sądu Najwyższego stronom postępowania - wprowadzenie rozwiązań eliminujących nadrzędność terminu nad „jakością rozstrzygnięcia”; - obniżenie wysokości wpisów i opłat w postępowaniu odwoławczym i skargowym.

Druga grupa zgłoszonych wniosków dotyczy samego postępowania i do nich można zaliczyć: - wprowadzenie obowiązku przekazywania pism procesowych stronom w określonym terminie (przed rozprawą); - wydłużenie terminu na złożenie skargi do sądu; - wydłużenie terminu zakazu zawarcia umowy; - przyznanie stronom wnoszenia o zabezpieczenie w postaci zakazu zawarcia umowy; - uporządkowanie przepisów dotyczących terminu złożenia skargi do sądu przez Prezesa UZP; - wprowadzenie możliwości nagrywania rozprawy.

Powyżej zgłoszone rekomendacje tzw. ustrojowe dotyczące liczebności składów orzekających wiążą się z potrzebą rozgraniczania postępowań odnoszących się do problematyki ściśle merytorycznej od rozstrzygnięć dotyczących zagadnień formalnych. Problematyka funkcjonowania biegłych i to zarówno dla potrzeb postępowania przed KIO jak i sądami powszechnymi wymaga bezwzględnie uregulowania i dostosowania do zmieniających się warunków otoczenia (gospodarczego, ekonomicznego itp). Postulat powołania jednego sądu właściwego w sprawach zamówień publicznych jest oczywisty i był zgłaszany przez doktrynę od wielu lat. Uregulowania prawne z zakresu zamówień publicznych powinny stwarzać powszechną możliwość poddawania tych postępowań kontroli sądowej z wykorzystaniem wszystkich etapów tego postępowania, łącznie ze skargą kasacyjną. Koresponduje z tym postulatem wniosek dotyczący obniżenia wysokości wpisów i opłat, które nie powinny ograniczać „prawa do sądu”. Warty rozważenia i uwzględnienia w toku prac legislacyjnych są również wnioski dotyczące samego postępowania i wprowadzenia dodatkowych obowiązków i uprawnień uczestników procesu odwoławczego i postępowania skargowego.

Wskazane w Raporcie wnioski dla Polski oraz analizy prawno-porównawcze poszczególnych zagadnień ujętych w pytaniach stanowią doskonały materiał dla polskiego prawodawcy przygotowującego zmiany w przepisach z zakresu zamówień publicznych.

*Dr hab. Henryk Nowicki
Kierownik Katedry Publicznego
Prawa Gospodarczego*

*Uniwersytet Mikołaja Kopernika
w Toruniu*



ZASTRZEŻENIA

1. Raport uwzględnia 28 państw członkowskich Unii Europejskiej; w przypadku Wielkiej Brytanii pozyskane informacje dotyczą wyłącznie Anglii i Walii.
2. Raport obejmuje jedynie analizę funkcjonowania środków ochrony prawnej dotyczących postępowań powyżej progów unijnych objętych dyrektywą 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych, uchylającą dyrektywę 2004/18/WE².
3. Raport obejmuje wyłącznie omówienie środków ochrony prawnej dotyczących postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wyłączając, co do zasady, środki odszkodowawcze.
4. Raport został przygotowany na podstawie analizy prawa polskiego oraz odpowiedzi udzielonych przez kancelarie prawne z 27 państw członkowskich Unii Europejskiej na pytania zawarte w ankietach. Co do zasady, nie analizowaliśmy samodzielnie zagadnień dotyczących prawa obcego oraz praktyki jego stosowania objętych ankietami.
5. Raport został przygotowany według stanu na dzień 31 sierpnia 2017 roku.

² Dz. U. UE z 28 marca 2014 r., seria L 94, str. 65



DEFINICJE

Dyrektywa Odwoławcza – dyrektywa Rady z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (89/665/EWG) zmieniona dyrektywą 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającą dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych³

TfUE – Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej⁴

Krajowa Izba Odwoławcza – Izba

³ Dz. U. UE z 30 grudnia 1989 r., seria L 395, s. 33 ze zm.

⁴ Dz. U. UE z 30 marca 2010 r. seria C 83, s. 47.

PODSUMOWANIE

Uwagi ogólne

Systemy środków ochrony prawnej istniejące w poszczególnych krajach UE są bardzo zróżnicowane zarówno pod względem organizacyjnym, jak i prawnym.

Pomimo harmonizacji na poziomie Dyrektywy Odwoławczej, w praktyce funkcjonowania systemów odwoławczych w dalszym ciągu można mówić o wielu, autonomicznych i odrębnych systemach, które poza elementami wynikającymi ze wspomnianej harmonizacji różnią się między sobą w dosyć istotny sposób.

O ile utrzymanie odrębności proceduralnych w ramach poszczególnych porządków prawnych państw członkowskich jest naturalne z uwagi na różnorodność tradycji prawnych, o tyle powstaje pytanie, czy istniejące w Dyrektywie Odwoławczej rozwiązania nie wymagają jednak pewnych modyfikacji i uzupełnień. Nawet, jeżeli nie miałyby one prowadzić do wprowadzenia obowiązkowych rozwiązań w prawie krajowym, to mogłyby być przewidziane na poziomie unijnym jako rozwiązania fakultatywne. Podobne mechanizmy zostały przecież wprowadzone w dyrektywach dotyczących procedur udzielania zamówień publicznych. Jest rzeczą oczywistą, że takie mechanizmy zachęcają do ich wprowadzenia ustawodawcę krajowego, bez dodatkowych i często zbędnych obaw o ich zgodność z prawem unijnym.

Powołanie odrębnych i wyspecjalizowanych organów w pierwszej instancji

Sprawy z zakresu zamówień publicznych stają się coraz bardziej skomplikowane i wymagają szerokiej i merytorycznej wiedzy zarówno z zakresu prawa, ale również innych dziedzin, w tym przede wszystkim technicznej i ekonomicznej. Wszystko to sprawia, że konieczna jest coraz większa profesjonalizacja organów odwoławczych.

Jednym z takich instrumentów, usprawniającym, a z drugiej strony profesjonalizującym proces odwoławczy, mogłoby być powołanie w pierwszej instancji odrębnych i wyspecjalizowanych organów, w których obok prawników zasiadaliby eksperci z innych obszarów (niekoniecznie z prawem głosu, ale

z uprawnieniami doradczymi i konsultacyjnymi). Osiągnięciu tego celu służyć mogłoby także stworzenie wyspecjalizowanych wydziałów w ramach istniejących struktur sądowych.

Postulat ten wiąże się z innymi dotyczącymi zarówno szybkości, jak i efektywności w rozpatrywaniu spraw w pierwszej instancji (pamiętajmy, że okres *standstill* dotyczy – przynajmniej zgodnie z Dyrektywami Odwoławczymi – właśnie tego etapu). Wyodrębnienie specjalistycznego organu, który zajmowałby się jedynie sprawami z zakresu zamówień publicznych (lub ewentualnie również konkurencji), pozwoliłoby na sprawniejsze orzekanie. Ze zgromadzonych w ramach Raportu informacji wynika, że w niektórych krajach liczba spraw rozpatrywanych w pierwszej instancji jest bardzo duża i przekracza 2500 (Polska), 1200 (Chorwacja, Hiszpania) lub jest niewiele mniejsza niż 1000 (Bułgaria, Republika Czeska, Niemcy). We wszystkich tych państwach w pierwszej instancji orzeka wyspecjalizowany organ.

Skład

To z kolei idzie w parze z liczbą osób zasiadających w organach orzekających w pierwszej instancji. Oczywistym jest, że samo wyodrębnienie organu odwoławczego nie zapewni wysokiego poziomu i sprawnego orzekania. Jest on w znacznym stopniu uzależniony od kwalifikacji osób w nim zasiadających, ale również ich liczby oraz ewentualnego wsparcia eksperckiego. Raport pokazuje w tym zakresie spore zróżnicowanie istniejące w poszczególnych krajach. Wydaje się, że jest to element wymagający większej koordynacji na poziomie unijnym, tak aby postulat efektywności mógł zostać rzeczywiście zrealizowany nie tylko poprzez szybkość orzekania, ale również jego jakość.

Profesjonalizacja procedur odwoławczych ma także istotne znaczenie na gruncie polskim. Materia spraw rozpoznawanych przez Izbę jest często skomplikowana tak w wymiarze prawnym, jak i technicznym czy ekonomicznym. Niejednokrotnie do rozpoznania spraw będących przedmiotem odwołania wymagana jest zarówno gruntowna wiedza prawna wykraczająca daleko poza przepisy proceduralne, jak i merytoryczna (np. w sprawach o rażąco niską cenę czy o ocenę zgodności treści oferty z opisem przedmiotu zamówienia). W tym kontekście warto odnieść się do kwestii liczebności składu Izby rozpatrującego odwołania oraz praktyki korzystania z biegłych.

W UE dominuje system 3-osobowy rozstrzygania spraw w pierwszej instancji obok – także popularnego – rozwiązania jednoosobowego. W Polsce zasadniczo odwołanie rozpoznaje Izba w składzie jednoosobowym, z wyjątkiem sytuacji, gdy Prezes Izby zarządzi rozpoznanie sprawy w składzie trzyosobowym ze względu na jej szczególną zawilgość lub precedensowy charakter. Jednoosobowy skład organu pierwszej instancji przyczynia się do szybszego rozpoznawania spraw oraz niwelowania opóźnień z tym związanych, co stanowi jeden z priorytetów Unii Europejskiej. Z drugiej strony to wieloosobowe panele umożliwiają wymianę i ścieranie się poglądów osób w nich zasiadających, a przez to wszechstronne, efektywne i obiektywne rozpoznanie sprawy (te cechy środków ochrony prawnej także stanowią filar Dyrektywy Odwoławczej), przyczyniając się do ujednoczenia orzecznictwa. Biorąc pod uwagę specyfikę rynku polskiego oraz z przyczyn wskazanych powyżej, warto rozważyć obligatoryjny trzyosobowy skład Izby w niektórych sprawach (np. w sprawach o wartości przekraczającej progi unijne) lub częstsze korzystanie z prerogatywy zarządzenia rozpoznania sprawy w takim składzie (obecnie co piąta sprawa jest rozpatrywana w takim składzie).

Biegli

Powoływanie biegłego w postępowaniach odwoławczych w Polsce występuje marginalnie, mimo iż sprawy niejednokrotnie wymagają wiadomości specjalnych. Polska nie jest odosobnionym przypadkiem, bowiem jak wynika z Raportu nie jest to powszechna praktyka w większości krajów Unii Europejskiej (choć niekiedy eksperci zasiadają w samym organie rozpoznawczym lub działają w jego strukturach). Biorąc pod uwagę profesjonalizację procedur odwoławczych, rodzi się postulat większej dostępności wsparcia eksperckiego. Główną przeszkodą w usprawnieniu tego elementu systemu jest przedłużenie postępowania, niejednokrotnie o kilka miesięcy. W tym kontekście być może pomocne mogłyby okazać się rozwiązania z niektórych państw, np. instytucja stałych ekspertów z różnych dziedzin, w tym ekonomicznych i technicznych.

Kontrydktoryjność postępowania. Rozprawa

Optymalnym rozwiązaniem wydaje się natomiast funkcjonujący w Polsce system kontrydktoryjnych ustnych, obowiązkowych rozpraw przed Izbą, wzmocniony pisemnością samego odwołania i możliwością składania pism procesowych oraz wnioskowania środków dowodowych w trakcie postępowania (w odróżnieniu do

czysto pisemnej gabinetowej procedury występującej w niektórych ustawodawstwach). Pisemność postępowania odwoławczego sprzyja zapewne szybkości postępowania, jednakże w sprawach przetargowych aktywny udział stron, których cele i stanowiska są sprzeczne, jest uzasadniony, ponieważ realizuje postulat efektywności środków ochrony prawnej. Z kolei jawna rozprawa stanowi realizację prawa do inicjatywy stron oraz pełnego rozpoznania sprawy, jak również odzwierciedla zasadę jawności i przejrzystości postępowania. Stanowi także implementację Dyrektywy Odwoławczej, wymagającej „postępowania, w którym wysłuchane są obie strony”.

Warto się zastanowić nad wprowadzeniem mechanizmów prawnych zwiększających uporządkowanie i sprawny przebieg postępowania, zwłaszcza w dużych, skomplikowanych sprawach, gdzie często wymiana pism procesowych następuje na rozprawie. Zasadnym wydaje się wprowadzenie obowiązku przekazywania stronom i uczestnikom postępowania pism procesowych (w szczególności odpowiedzi na odwołanie) w określonym terminie (przed rozprawą) nawet kosztem wydłużenia terminu jej wyznaczenia. Pozwoliłoby to z jednej strony na pełniejsze przygotowanie się zarówno uczestników jak i członków Izby do rozprawy, a z drugiej niewątpliwie przyspieszyło i usprawniło jej przebieg.

Rejestracja rozpraw

Należy także postulować wprowadzenie możliwości nagrywania rozpraw przez organ pierwszej instancji przy pomocy dźwięku lub obrazu, co umożliwiłoby wierne odzwierciedlenie jej przebiegu, realizowałaby zasady przejrzystości i jawności, ale także miałyby charakter dyscyplinujący. Prawna dopuszczalność nagrywania rozpraw jest powszechna w krajach członkowskich.

Szybkość postępowania

Przewidziany w Dyrektywie Odwoławczej postulat możliwe szybkiego postępowania odwoławczego jest realizowany przez Polskę. Zasadniczo 15-dniowy termin rozpoznania sprawy przez Izbę stanowi najkrótszy zidentyfikowany termin instrukcyjny w UE (obok dwóch innych państw). W wielu państwach członkowskich przepisy nie przewidują żadnego terminu w tym zakresie, w znacznej też części termin wynosi około miesiąca. Warto się jednak zastanowić, w ramach poszukiwania złotego środka między szybkością

a efektywnością procedury, nad upowszechnieniem rozwiązań, które eliminowałyby nadrzędność terminu nad jakością rozstrzygnięcia, tam gdzie sprawa tego wymaga.

Okres *standstill*

W odniesieniu do wynikającego z Dyrektywy Odwoławczej okresu *standstill*, tj. zakazu zawarcia umowy o zamówienie publiczne, w przypadku wniesienia odwołania trwa on najczęściej – podobnie jak w Polsce – do zakończenia postępowania w pierwszej instancji. W niektórych państwach dopiero zakończenie postępowania w drugiej instancji umożliwia zawarcie umowy. Rozwinięty jest także system różnorodnych środków zabezpieczających (przedłużających lub skracających zakaz).

Teoretycznie polskie rozwiązania w tym względzie są odpowiednie. Wprawdzie po rozstrzygnięciu Izby można zawrzeć umowę, jednakże strona zamierzająca wnieść skargę do sądu okręgowego ma możliwość wystąpienia z wnioskiem o zabezpieczenie w postaci sądowego zakazu zawarcia umowy na czas trwania postępowania. Problemem jest to, że w praktyce zdarza się, iż wnioski takie są odrzucane jako niemające wyraźnego oparcia w przepisach. Należy postulować taką zmianę w przepisach, która w sposób jednoznaczny umożliwi udzielanie zabezpieczeń w sprawach z zakresu zamówień publicznych.

W szczególnych sytuacjach Izba ma ponadto prawo skrócić okres *standstill*. Zasadny jest jednak postulat analizy efektywności istniejących środków zabezpieczających. Często zamawiający zawiera umowę bezpośrednio po ogłoszeniu wyroku Izby, co wprawdzie nie uniemożliwia jego zaskarżenia, lecz może wywołać nieodwracalne skutki w postaci wykonania umowy. W sytuacji braku w polskim ustawodawstwie szybkiej ścieżki odszkodowawczej (co *nota bene* może budzić wątpliwości co do zgodności z Dyrektywą Odwoławczą), rozwiązaniem mogłoby być przedłużenie okresu zakazu zawarcia umowy do upływu terminu na wniesienie skargi (lub parę dni później), umożliwiającego w ten sposób uzyskanie odpowiedniego zabezpieczenia, ewentualnie z prawem uchylenia tego zakazu przez Izbę.

Zasadne jest także rozważenie wprowadzenia uprawnienia Izby do ustanowienia zakazu otwarcia ofert w przypadku trwającego postępowania odwoławczego wszczętego odwołaniem na treść dokumentacji przetargowej.

Możliwość kwestionowania orzeczenia organu drugiej instancji

W przypadku zdecydowanej większości państw członkowskich przepisy przewidują możliwość kwestionowania rozstrzygnięcia organu drugiej instancji (w ramach nadzwyczajnych środków zaskarżenia). W takim przypadku przysługuje ona obu stronom postępowania, tj. zarówno zamawiającym, jak i wykonawcom. Tymczasem w Polsce skargę kasacyjną może złożyć jedynie Prezes Urzędu Zamówień Publicznych. Rozwiązanie to powinno zostać zmienione.

Wpisy i opłaty za korzystanie ze środków ochrony prawnej

W zdecydowanej większości państw członkowskich korzystanie ze środków ochrony prawnej wiąże się z koniecznością uiszczenia opłat. Tylko w trzech państwach nie przewidziano żadnych opłat. W dwóch innych państwach zwolnione z nich jest postępowanie w pierwszej instancji. W państwach, które przewidują opłaty, ich wysokość jest bardzo zróżnicowana i zależy od wielu czynników. Można jednak zaryzykować twierdzenie, że co do zasady wysokość tych opłat jest niższa w porównaniu do Polski, i to zarówno w pierwszej jak i drugiej instancji, co skłania do rozważenia postulatu ich obniżenia w Polsce.

Unieważnienie postępowania z urzędu

W niewielu państwach członkowskich istnieje możliwość unieważnienia postępowania z urzędu, tj. niezależnie od podniesionych zarzutów, na podstawie samodzielnie zidentyfikowanych przez organ wad postępowania. Podobnie jak w większości ustawodawstw europejskich, w Polsce obecnie Izba oraz sąd nie badają z urzędu podstaw unieważnienia postępowania oraz są związani zarzutami odwołania. W sytuacji istnienia wielu, wręcz zbyt wielu, równoległych procedur kontrolnych dotyczących prawidłowości udzielania zamówień publicznych, takie rozwiązanie jest w naszej ocenie wystarczające i adekwatne.

Jednolitość orzecznictwa

Jednym z wyzwań, przed którym stoją systemy odwoławcze w państwach członkowskich Unii Europejskiej, jest zapewnienie jednolitości i przewidywalności orzecznictwa. Stanowi to istotny instrument zachęcający przedsiębiorców do uczestnictwa w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

W tym celu w wielu państwach przewidziano specyficzne instrumenty mające pomóc w zapewnieniu realizacji tych postulatów. Ma to miejsce w szczególności w wyspecjalizowanych w sprawach z zakresu zamówień publicznych organach pierwszej instancji. Służą temu w szczególności organizowane cyklicznie spotkania, w których poza członkami tych organów uczestniczą również sędziowie oraz specjaliści w danych dziedzinach. Pozwala to na podejmowanie wiążących dla organu decyzji w określonych kwestiach prawnych.

Ujednoczeniu orzecznictwa może również służyć powołanie jednego sądu właściwego w sprawach zamówień publicznych w drugiej instancji, w szczególności w tych krajach, w których liczba spraw rozpatrywanych przez organy odwoławcze jest znaczna. Stanowiłoby to wyraz profesjonalizacji instytucji i byłoby uzasadnione ze względów organizacyjnych. Dotychczasowa praktyka np. w Polsce wskazuje na to, że rozpatrywanie spraw w drugiej instancji przez sądy powszechne właściwe dla siedziby zamawiającego nie prowadzi do zachowania jednolitego ich podejścia do specjalistycznych zagadnień regulowanych przez przepisy dotyczące zamówień publicznych, szczególnie w tych przypadkach, gdy sądy te rozpatrują jedynie kilka spraw z tego zakresu rocznie.

WNIOSKI DLA POLSKI

- ✓ Wprowadzenie obowiązkowego składu 3-osobowego w niektórych sprawach, np. w sprawach o wartości przekraczającej progi unijne;
- ✓ Wprowadzenie mechanizmów umożliwiających szersze korzystanie z pomocy eksperckiej, np. poprzez instytucję dobrze wynagradzanych stałych ekspertów z różnych dziedzin, w tym technicznych i ekonomicznych, przy Izbie; poza powołaniem stałych ekspertów, do rozważenia pozostaje również kwestia utworzenia stanowisk pomocniczych (typu „aplikant”), wspierających członków Izby;
- ✓ Wprowadzenie obowiązku przekazywania stronom i uczestnikom postępowania pism procesowych, w szczególności odpowiedzi na odwołanie, w określonym terminie (przed rozprawą);
- ✓ Wprowadzenie możliwości nagrywania rozpraw przez organ pierwszej instancji przy pomocy dźwięku lub obrazu;
- ✓ Konieczność upowszechnienia rozwiązań, które eliminowałyby nadrzędność terminu nad jakością rozstrzygnięcia tam, gdzie sprawa tego wymaga;
- ✓ Przedłużenie okresu zakazu zawarcia umowy do upływu terminu na wniesienie skargi (lub parę dni później) oraz wprowadzenie przepisów jednoznacznie przyznających stronom możliwość wnioskowania o zabezpieczenie w postaci zakazu zawarcia umowy, ewentualnie z prawem uchylenia tego zakazu przez Izbę;
- ✓ Wydłużenie terminu na złożenie skargi do sądu okręgowego z 7 do 14 dni;
- ✓ Wskazanie, że termin na złożenie przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych skargi do sądu okręgowego liczy się od dnia otrzymania orzeczenia z uzasadnieniem, a nie od wydania orzeczenia;
- ✓ Wprowadzenie możliwości złożenia skargi kasacyjnej do Sądu Najwyższego przez strony postępowania;

- ✓ Obniżenie wysokości wpisów i opłat za korzystanie ze środków ochrony prawnej;
- ✓ Powołanie jednego sądu okręgowego właściwego dla wszystkich spraw z zakresu zamówień.

RAPORT

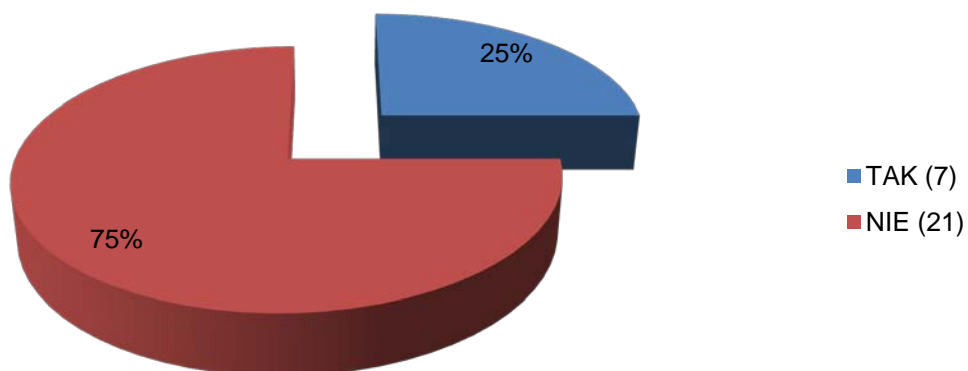
1. *Czy przed wniesieniem środka odwoławczego do niezależnego organu odwoławczego pierwszej instancji konieczne jest uprzednie wniesienie odwołania/protestu do zamawiającego?*

Jednym z elementów procesu odwoławczego w ramach procedury udzielenia zamówienia publicznego może być kierowanie przez zainteresowanych wykonawców sprzeciwu wobec decyzji podejmowanych w jego toku bezpośrednio do zamawiającego (protest). Inaczej mówiąc, przed wniesieniem sprawy do właściwego dla danego kraju organu odwoławczego, przepisy wewnętrzne mogą zobowiązać wykonawców do przekazania jej do ponownej oceny zamawiającemu.

Tego typu rozwiązanie pozostaje jednak bez wpływu na istniejący co do zasady obowiązek zapewnienia dwuinstancyjnej kontroli decyzji zamawiających, co wynika z przepisów Dyrektywy Odwoławczej.

W 21 państwach protest nie został przewidziany jako obowiązkowy element procesu odwoławczego, a tylko w 7 przypadkach jest on wymagany.

Protest



Co ciekawe, wśród tych 7 państw, 5 to kraje, które stały się członkiem UE w 2004 r. lub później (Republika Czeska, Litwa, Rumunia, Słowacja i Słowenia). Ponadto protest jest przewidziany również w prawie greckim oraz niemieckim. Odrzucenie protestu przez zamawiającego uprawnia wykonawcę do złożenia środka odwoławczego do niezależnego organu.

Spośród 21 państw, w których instytucji protestu nie przewidziano jako obligatoryjnej, istnieją rozwiązania zobowiązujące wykonawców zamierzających skorzystać ze środków odwoławczych do uprzedniego poinformowania o tym zamawiającego – przewiduje się to np. w Finlandii i Irlandii.

2. *Jakiego rodzaju niezależny organ jest powołany do orzekania w zakresie środków odwoławczych dotyczących prawidłowości postępowań o zamówienie publiczne w pierwszej instancji?*

System instytucjonalny środków ochrony prawnej w zakresie zamówień publicznych w państwach Unii Europejskiej jest zróżnicowany. Oznacza to, że nie we wszystkich systemach prawnych organem właściwym do rozpatrywania spraw z zakresu procedury udzielenia zamówienia publicznego pierwszej instancji jest sąd w rozumieniu wewnętrznych przepisów i struktury administracyjnej. Nie wymaga tego również prawo unijne⁵. W takim przypadku państwa członkowskie mają obowiązek wprowadzić przepisy zapewniające możliwość wniesienia odwołania od decyzji podejmowanych przez takie niesądowe organy. Odwołania takie powinny być rozpatrywane przez organ będący sądem w rozumieniu art. 267 TfUE i zapewniający niezależność zarówno od zamawiającego, jak i organu odwoławczego pierwszej instancji⁶.

Jeśli chodzi o kryteria, które powinien spełniać „sąd” w rozumieniu art. 267 TfUE, to wynikają one z orzecznictwa Trybunału, który jest wyłącznie władny o tym rozstrzygać. Ustalony przez orzecznictwo zespół przesłanek obejmuje w szczególności ustawowe umocowanie istnienia organu, jego stały charakter, obligatoryjny charakter jego jurysdykcji, kontradiktoryjność postępowania, stosowanie przez organ przepisów prawa oraz jego niezawisłość⁷. Fakt, że na podstawie innych przepisów omawiany organ jest również upoważniony do

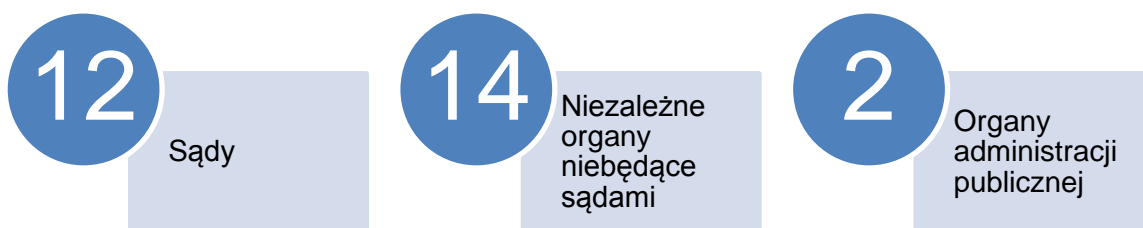
⁵ Por. art. 2 ust. 9 Dyrektywy Odwoławczej.

⁶ *Ibidem*.

⁷ Por. orzeczenie Trybunału z 13 grudnia 2012 r. w sprawie C-465/11 *Forposta S.A.*, pkt 18.

pełnienia innych funkcji, w tym np. o charakterze konsultacyjnym, pozostaje bez znaczenia⁸.

W państwach członkowskich UE nie ma jednolitego systemu odwoławczego w zakresie organów orzekających w pierwszej instancji. Jak się wydaje, można wyróżnić trzy zasadnicze sposoby organizacji:



W przypadku systemu sądowego, w 8 krajach mamy do czynienia z sądownictwem administracyjnym (Austria, Belgia, Finlandia, Francja, Luksemburg, Portugalia, Szwecja, Włochy), a w 4 z sądownictwem powszechnym (Anglia i Walia, Holandia, Irlandia oraz Litwa).

Co ciekawe, w przypadku krajów, które stały się członkami Unii Europejskiej w 2004 r. lub później, jedynie na Litwie zdecydowano się powierzyć rolę organu pierwszej instancji sądowi. We wszystkich innych przypadkach, mamy do czynienia głównie z systemem niezależnych podmiotów o wyspecjalizowanym charakterze (Bułgaria, Chorwacja, Cypr, Estonia, Łotwa, Malta, Polska, Rumunia, Słowenia i Węgry). System taki istnieje również w Danii, Grecji, Hiszpanii i w Niemczech.

W dwóch przypadkach, tj. w Republice Czeskiej i na Słowacji, rolę organu pierwszej instancji pełnią urzędy administracji publicznej – odwołania są rozpatrywane, odpowiednio, przez urząd właściwy do spraw konkurencji i zamówień publicznych oraz urząd właściwy ds. zamówień publicznych.

⁸ *Ibidem.*

Interesującym, i jak się wydaje unikatowym, rozwiązaniem jest przykład portugalski, gdzie obok sądu administracyjnego rozpatrującego sprawy z zakresu procedury udzielenia zamówienia publicznego w pierwszej instancji, dopuszczono sądownictwo polubowne (CAAD - Centrum Arbitrażu Administracji). Warunkiem skorzystania z tego instrumentu jest przewidzenie go w dokumentacji postępowania, co nie jest jednak częstą praktyką.

Możliwe jest zatem przewidzenie przez zamawiającego odwołań do sądu polubownego powoływanego *ad hoc* lub do stałych sądów arbitrażowych. Niezależnie od tego, niektóre podmioty prawne zależne od ministerstwa właściwego ds. sprawiedliwości oraz kultury, edukacji i nauki jak również niektóre szkoły wyższe podlegają jurysdykcji CAAD w sprawach związanych z realizacją umów o zamówienie publiczne.

W niektórych przypadkach (np. Dania i Rumunia), pomimo że co do zasady organem odwoławczym w pierwszej instancji nie jest sąd (trybunał), to jednak wykonawcy mają prawo kierować sprawy bezpośrednio do sądów powszechnych, co w praktyce zdarza się niezwykle rzadko.

3. *Kto orzeka w organie odwoławczym pierwszej instancji – profesjonali sędziowie czy osoby legitymujące się innymi kwalifikacjami zawodowymi?*

W związku z organizacją systemów odwoławczych w poszczególnych krajach, w tym przede wszystkim faktem, że w 12 z nich organem odwoławczym w pierwszej instancji są sądy (powszechne lub administracyjne → por. odpowiedź na pytanie 2.), w tych krajach orzekają profesjonali sędziowie.

Jednakże np. w Austrii, w przypadku Federalnego Sądu Administracyjnego w Wiedniu, austriackie prawo zamówień publicznych obok sędziów przewiduje udział wykwalifikowanych ławników. Ławnicy powinni m.in. mieć przynajmniej pięć lat doświadczenia zawodowego lub wiedzy specjalistycznej (dotyczącej kwestii prawnych, gospodarczych lub technicznych) w zakresie zamówień publicznych.

Ponadto w Danii, gdzie organem pierwszej instancji jest niezależny i wyspecjalizowany podmiot niebędący sądem (trybunałem) w rozumieniu

przepisów krajowych, również orzekają sędziowie wspomagani przez ekspertów z różnych dziedzin.

W czterech przypadkach składy orzekające w organach odwoławczych pierwszej instancji składają się z urzędników państwowych, co ma miejsce nie tylko w sytuacji, gdy organem są urzędy administracji publicznej (Republika Czeska i Słowacja), ale również tam, gdzie są to podmioty wyspecjalizowane i wyodrębnione w strukturze administracji (Łotwa i Słowenia).

W pięciu przypadkach, w których mamy do czynienia z pozasądowymi organami orzekającymi w pierwszej instancji, istnieje wyraźny wymóg posiadania wykształcenia prawniczego przez jego członków. W trzech z nich ich członkami mogą zostać wyłącznie osoby z wyższym wykształceniem prawniczym (Hiszpania, Niemcy i Polska), w dwóch wymóg ten dotyczy przynajmniej przewodniczącego danego organu (Chorwacja i Węgry). Najczęściej jednak będą to osoby posiadające zróżnicowane wyższe wykształcenie, tj. prawnicze, ekonomiczne lub techniczne.

Dodatkowym elementem wymaganym w niektórych państwach jest doświadczenie, którym powinien się wykazać kandydat na członka organu orzekającego (niezależnie od tego, czy mamy do czynienia z sądem w rozumieniu krajowym, czy innym organem odwoławczym). Stopień tego doświadczenia jest zróżnicowany w zależności od danego kraju członkowskiego. W niektórych konieczne jest wykazanie się nawet co najmniej 15-letnim (Hiszpania, Luksemburg) lub 10-letnim (Belgia, Bułgaria, Chorwacja) doświadczeniem zawodowym, przynajmniej przez przewodniczącego organu. W pozostałych przypadkach albo nie stanowi to w ogóle warunku pełnienia danej funkcji, albo wymogi te są znacznie niższe.

4. Ile osób jest uprawnionych do orzekania w niezależnym organie odwoławczym pierwszej instancji? Ile jest rocznie spraw rozpatrywanych przez ten organ?

Poza kwalifikacjami i doświadczeniem osób odpowiedzialnych za rozstrzyganie spraw z zakresu zamówień publicznych ważnym elementem jest również liczba osób orzekających w stosunku do liczby wnoszonych do danego organu odwołań.

W krajach, w których mamy do czynienia z wyspecjalizowanymi organami odpowiedzialnymi za rozpatrywanie spraw z zakresu zamówień publicznych w pierwszej instancji, liczba członków takich organów, jak również liczba rozpatrywanych przez nich spraw, jest bardzo zróżnicowana.

Kształtuje się ona następująco:

3 osoby	<ul style="list-style-type: none">•MALTA - ok. 150 spraw rocznie•SŁOWENIA - ok. 350 spraw rocznie
4	<ul style="list-style-type: none">•ESTONIA - ok. 250 spraw rocznie
5	<ul style="list-style-type: none">•CYPR - ok. 70 spraw rocznie
7	<ul style="list-style-type: none">•BUŁGARIA - ok. 900 spraw rocznie
9	<ul style="list-style-type: none">•CHORWACJA - ok. 1200 spraw rocznie
23	<ul style="list-style-type: none">•FINLANDIA - ok. 500 spraw rocznie
29	<ul style="list-style-type: none">•DANIA - ok. 120 spraw rocznie
36	<ul style="list-style-type: none">•RUMUNIA - ok. 300 spraw rocznie•POLSKA - ok. 2500 spraw rocznie
37	<ul style="list-style-type: none">•SŁOWACJA - ok. 250 spraw rocznie
70	<ul style="list-style-type: none">•REPUBLIKA CZESKA - ok. 800 spraw rocznie

W niektórych krajach, w których istnieją wyspecjalizowane organy odwoławcze pierwszej instancji, nie przewidziano ogólnie określonej liczby ich członków (Grecja, Łotwa i Węgry).

Należy pamiętać że w niektórych krajach system środków ochrony prawnej w pierwszej instancji jest zdecentralizowany – mamy zatem organy

odpowiedzialne za rozpatrywanie odwołań w postępowaniach organizowanych na szczeblu lokalnym i na szczeblu centralnym (np. Hiszpania, Niemcy).

W systemach, w których w sporach z zakresu zamówień publicznych w pierwszej instancji orzekają sądy (niezależnie od tego, czy są to sądy administracyjne, czy powszechne), nie jest możliwe jednoznaczne wskazanie liczby sędziów zaangażowanych w ich rozstrzygnięcie. Sytuacja taka ma miejsce w Anglii i Walii, Austrii, Belgii, Francji, Holandii, w Irlandii, na Litwie, w Luksemburgu, Portugalii, Szwecji i we Włoszech.

5. W jakim składzie rozpoznawane są sprawy przed niezależnym organem odwoławczym?

Organy odwoławcze pierwszej instancji rozpoznające w państwach członkowskich sprawy związane z procedurą przetargową mają różnorodny charakter ustrojowy. Różnie wygląda także liczebność panelu (składu orzekającego) rozpatrującego daną sprawę (od 1 członka organu, co jest sytuacją dosyć częstą, aż do 7-osobowego składu w Bułgarii⁹, w Grecji¹⁰).

W państwach członkowskich jako najczęstszy podstawowy model wskazuje się skład 3-osobowy (11 krajów). Równie często spotykany jest system jednoosobowy. Zaznaczyć przy tym należy, że niektóre ustawodawstwa posiadają kilka podstawowych modeli mających zastosowanie w zależności od rodzaju rozpatrywanej sprawy. Przykładowo, belgijska Rada Stanu w przypadku sprawy o stwierdzenie nieważności decyzji o udzieleniu zamówienia orzeka w składzie 3 sędziów, natomiast w przypadku zawieszenia decyzji o udzieleniu zamówienia w składzie 1 sędziego. W Grecji orzeka natomiast 3 lub 7 osób, w zależności od przypadku. Skład 3-osobowy orzeka w pierwszej instancji w Finlandii, jednakże niektóre sprawy proceduralne mogą być rozstrzygane przez 2 lub nawet 1 sędziego. Na Węgrzech niektóre sprawy także rozpoznaje jeden arbiter, przy co do zasady 3-osobowych składach.

⁹ Przy czym nie jest konieczne, aby każda sprawa była rozpatrywana w składzie 7-osobowym; niezależnie od tego wszelkie podejmowane decyzje wymagają większości 4 osób.

¹⁰ Przy czym nie jest konieczne, aby każda sprawa była rozpatrywana w składzie 7-osobowym; część z nich rozpatrują składy 3-osobowe.

Ponadto, istnieją jurysdykcje, w których wyjątkowo do składu orzekającego (składającego się zasadniczo z 3 osób) powołuje się większą liczbę członków. Przykładowo, w Chorwacji uprawnienie takie posiada Przewodniczący Komisji Nadzoru ds. Procedur Zamówień Publicznych i dotyczy ono spraw bardziej złożonych.

Drugim najczęściej spotykanym modelem w pierwszej instancji jest skład 1-osobowy (11 państw). Jednocześnie w większości jurysdykcji zachowana jest możliwość rozszerzenia składu (najczęściej do 3 osób) tam, gdzie sprawa tego wymaga ze względu na złożoność lub zawartość materii, jednolitość stosowania prawa, itd. – dotyczy to np. Estonii, Holandii, Irlandii, Litwy, Polski, Słowacji (tu zasadniczo 1 urzędnik rozpoznaje sprawę, a rozstrzygnięcie podpisuje Dyrektor Departamentu). W Szwecji natomiast odwołanie skarżącego w sądzie pierwszej instancji jest rozpoznawane wyłącznie przez jednego sędziego.

Forma pośrednia została przyjęta w Austrii, gdzie Federalny Sąd Administracyjny zwykle orzeka w składach złożonych z 3 osób, przy czym jest to jeden przewodniczący i dwóch ławników. Natomiast każdy kraj związkowy odmiennie reguluje zasady tworzenia składów orzekających regionalnych sądów administracyjnych (dotyczy to także sądów pierwszoinstancyjnych).

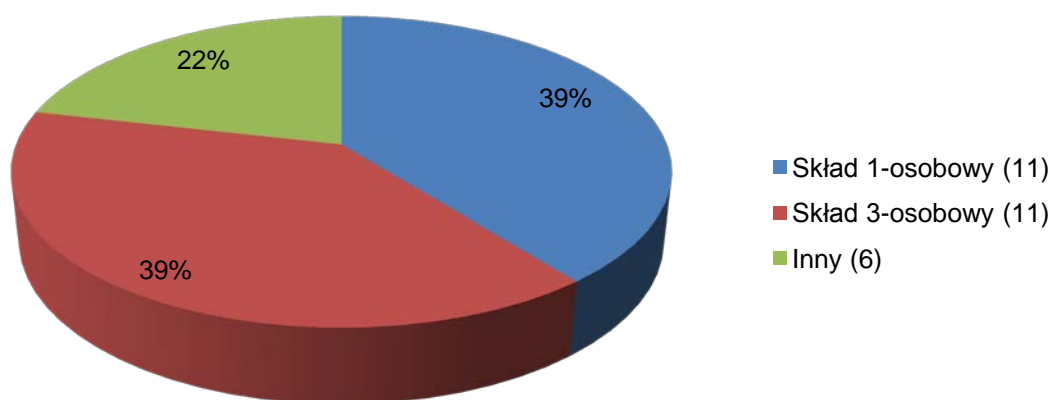
Zasadniczo 2-osobowy skład przewiduje ustawodawstwo Danii, przy czym zgodnie z ustawą duńską zwykle w składzie zasiada jeden członek prezydium (sędzia) i jeden ekspert. W sprawach trudnych i skomplikowanych przewodniczący organu jest uprawniony do rozszerzenia liczby osób w składzie orzekającym.

W praktyce 4-osobowy podstawowy skład występuje na Malcie, a 5 osób przewiduje ustawodawstwo Cypru (sprawy bada pełny skład Urzędu Kontroli Przetargów, jednakże Przewodniczący razem z dwoma innymi Członkami mogą już utworzyć kworum). Jak już wspomniano, najwięcej osób zaangażowanych w rozpoznanie sprawy w pierwszej instancji może wystąpić w Bułgarii (7-osobowy pełny skład Komisji Ochrony Konkurencji, większością 4 głosów) oraz w Grecji (7-lub 3-osobowe panele Jednolitego Niezależnego Urzędu ds. Badań Pierwszej Apelacji).

Generalnie można także stwierdzić, że regulacje związane ze środkami ochrony prawnej w zamówieniach publicznych odnoszące się do składu orzekającego

zakładają – ze względu na materię rozpoznawanych spraw – profesjonalizm orzecznicy/sądowy i co do zasady nie przewidują udziału tzw. czynnika społecznego w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości. W wielu przypadkach przepisy odnoszą się natomiast do wiedzy i doświadczenia składu orzekającego, a więc aspektów merytorycznych. Dotyczy to przede wszystkim przypadków, w których organ odwoławczy pierwszej instancji nie ma jednolitego prawniczego charakteru, lecz mieszany, tj. taki, którego członkowie są ekspertami z różnych dziedzin, jak np. prawo, ekonomia, technika (w tym budownictwo, transport, zamówienia sektorowe). Dla przykładu, na Węgrzech przyjęto ciekawy wymóg związany z mieszanym charakterem składu, a mianowicie, aby co najmniej dwóch arbitrów z panelu wieloosobowego posiadało dyplom w dziedzinie prawa, przynajmniej jeden – w związku z zamówieniami finansowanymi ze środków Unii Europejskiej – posiadał doświadczenie w zamówieniach finansowanych ze środków Unii Europejskiej, a ponadto, aby jeden arbiter posiadał dyplom uczelni wyższej lub kolegium w dziedzinie bezpośrednio związanej z przedmiotem sprawy. Mieszane składy występują też m.in. w Danii, Bułgarii (wymóg to wykształcenie prawnicze lub ekonomiczne), Chorwacji, Finlandii, na Łotwie, Cyprze, czy w Rumuni (w tym ostatnim przypadku w każdym 3-osobowym zespole musi znajdować się co najmniej jeden członek, który posiada tytuł magistra prawa).

Skład orzekający w pierwszej instancji



6. Czy osoby orzekające w niezależnym organie odwoławczym pierwszej instancji korzystają z pomocy techniczno-merytorycznej?

Niewątpliwie istotnym elementem usprawniającym pracę osób orzekających w organach odwoławczych jest wsparcie merytoryczne, z którego mogą oni korzystać. Nie chodzi tu o kwestie czysto techniczne (obsługa sekretariatu, protokołowanie przebiegu rozprawy), ale o możliwość korzystania z wiedzy i doświadczenia ekspertów w danych dziedzinach.

W przypadku organów sądowych, jest to regulowane przepisami ogólnymi dotyczącymi sposobu organizacji tych instytucji i nie przewiduje się tam odrębnych regulacji dla zamówień publicznych (12 państw → por. odpowiedź na pytanie 2).

Inaczej kwestia ta przedstawia się w tych krajach, w których mamy do czynienia z wyspecjalizowanymi organami odwoławczymi. W niektórych z nich istnieją służby, które mają za zadanie usprawnić pracę osób orzekających (Bułgaria, Chorwacja, Cypr, Dania, Słowacja i Słowenia).

W Bułgarii, Chorwacji, Danii i Słowenii osoby orzekające mają wsparcie dodatkowych ekspertów we wszystkich lub niektórych kwestiach prawnych.

Na Słowacji, w której organem odwoławczym jest urząd administracji publicznej, jego pracownicy mogą korzystać z wiedzy instytucjonalnej jak również zwracać się z wnioskiem o konsultacje do wszystkich jednostek tego urzędu.

7. Jaki charakter mają postępowania odwoławcze toczące się przed niezależnym organem pierwszej instancji (postępowanie pisemne czy kontradiktoryjna rozprawa)? Czy rozprawy są nagrywane?

Z uwagi na zróżnicowany charakter organów odwoławczych pierwszej instancji w zamówieniach publicznych, niejednolicie kształtuje się także sposób rozpoznawania spraw.

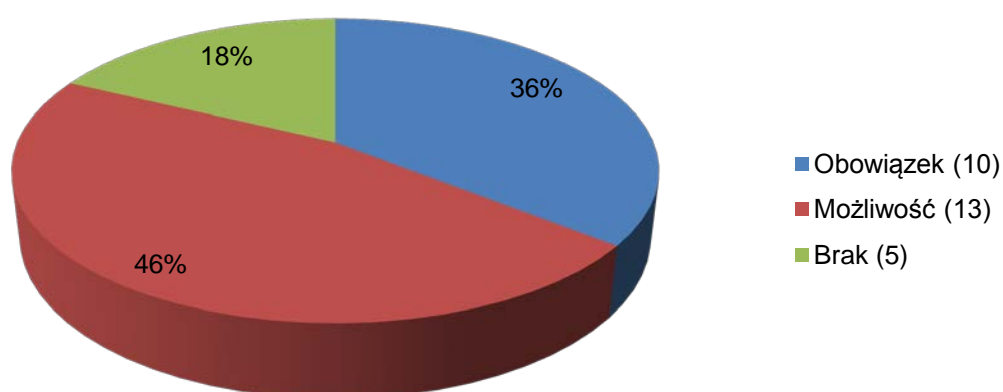
W ramach Raportu badaniu poddany został tryb postępowania wyjaśniającego (którego głównym celem jest zebranie i ocena materiału dowodowego) pod kątem tego, czy regułą jest rozpoznawanie sprawy na ustnej rozprawie z udziałem stron (co stanowi najistotniejszy przejaw formy

kontradictoryjnej/spornej), czy też postępowanie toczy się zasadniczo w postępowaniu gabinetowym z dominacją zasady pisemności.

W większości przypadków w Unii Europejskiej istnieje wymóg lub możliwość odbycia rozprawy w celu rozstrzygnięcia sprawy w pierwszej instancji. W 10 przypadkach przewiduje się prawny obowiązek przeprowadzania kontradictoryjnej rozprawy. Charakteryzuje to przede wszystkim kraje, gdzie procedura ma charakter cywilnoprawny i jest prowadzona przed sądem powszechnym (jak np. Anglia i Walia, Holandia), a także często tam, gdzie występuje wyspecjalizowany niezależny organ powołany do rozstrzygania sporów z zakresu zamówień publicznych (np. Bułgaria, Polska, Łotwa, Malta, Niemcy). Rozprawy są standardem także we Francji i Belgii.

W 13 przypadkach postępowanie odwoławcze ma charakter głównie pisemny, jednakże istnieje możliwość przeprowadzenia ustnej rozprawy na wniosek strony lub z urzędu (np. Chorwacja, Cypr, Czechy, Dania, Estonia, Finlandia, Rumunia, Słowenia, Włochy i Węgry). Dotyczy to przede wszystkim krajów opartych na administracyjnej lub sądowo-administracyjnej procedurze odwoławczej. W Finlandii w praktyce rzadko przeprowadza się rozprawy. W 5 przypadkach postępowanie odwoławcze w pierwszej instancji ma charakter czysto pisemny (Grecja, Hiszpania, Litwa, Luksemburg, Słowacja).

Rozprawa

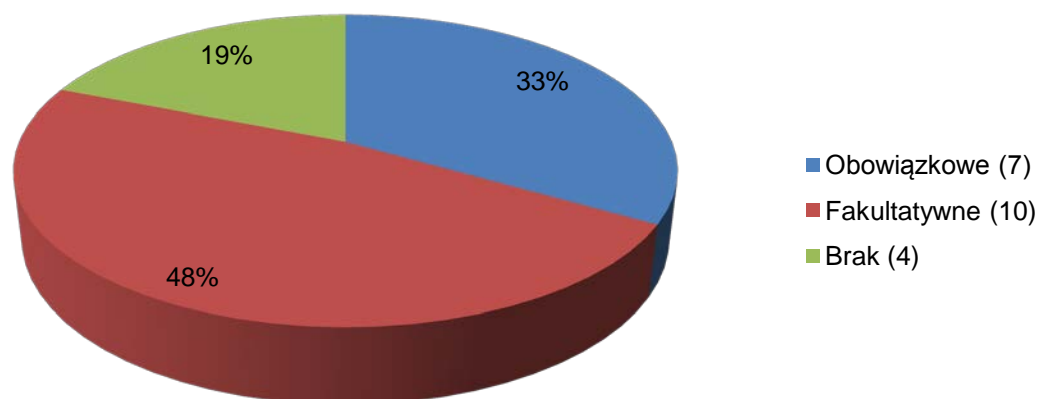


Powszechnie przyjęta jest także prawna dopuszczalność nagrywania rozpraw przez organ pierwszej instancji przy pomocy dźwięku lub obrazu, co umożliwia wierne odzwierciedlenie jej przebiegu, realizuje zasady przejrzystości i jawności, ale także ma charakter dyscyplinujący. W 4 państwach członkowskich nie przewiduje się nagrywania rozpraw (Belgia, Bułgaria, Chorwacja, Polska).

Warto zauważyć, że w Polsce nie przewiduje się nagrywania rozpraw, ale jednocześnie istnieje, chociaż niestosowana w praktyce, możliwość wyrażenia zgody przez przewodniczącego składu w niektórych wypadkach na rejestrację rozprawy przez osobę obecną na sali (a nie przez sam organ pierwszej instancji). We Włoszech, jeśli pozwolą na to strony, sędzia może wydać zezwolenie na odtworzenie fotograficzne lub audiowizualne (lub transmisję telewizyjną) rozprawy pod warunkiem, że nie zakłóca to przebiegu dyskusji; niemniej jednak, jeżeli istnieje znaczące zainteresowanie społeczne daną debatą, sędzia może wydać zezwolenie bez zgody stron.

W 7 przypadkach ustawodawstwa krajowe przewidują każdorazowe rejestrowanie rozpraw (Malta, Niemcy, Węgry, Cypr, Estonia, Finlandia i Szwecja w przypadku przesłuchiwanie świadka lub biegłego), w 10 natomiast istnieje taka możliwość, choć praktyka w tym zakresie jest zróżnicowana (Anglia i Walia, Holandia, Francja, Łotwa, Włochy, Rumunia, Irlandia, Portugalia, Czechy czy Dania).

Nagrywanie rozpraw



8. Czy zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, niezależny organ odwoławczy pierwszej instancji powinien rozstrzygnąć sprawę w określonym terminie? Czy terminy ustawowe są w praktyce dochowywane?

Przewidziany w Dyrektywie Odwoławczej postulat możliwie szybkiego postępowania odwoławczego może być realizowany między innymi przez ustawowe zakreślenie organowi pierwszej instancji terminu na rozstrzygnięcie sprawy o zamówienie publiczne. Zwykle tego typu terminy mają charakter instrukcyjny. W Hiszpanii, jeżeli zostanie przekroczony 2-miesięczny termin na wydanie orzeczenia, skarżący może odwołać się bezpośrednio do właściwego sądu administracyjnego (organu II instancji). Na Słowacji, jeżeli zostanie przekroczony 30-dniowy termin na wydanie orzeczenia pierwszej instancji, apelacja zostaje uznana za odrzuconą z mocy prawa, a skarżący może odwołać się do organu apelacyjnego drugiej instancji.

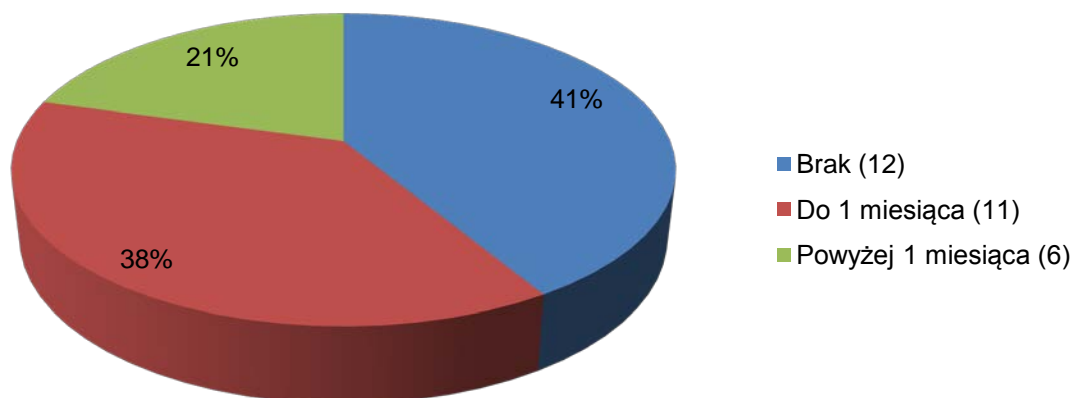
W większości państw członkowskich przepisy prawa wskazują konkretny termin na rozpoznanie sprawy. Brakiem wyraźnych terminów charakteryzuje się 12 państw (w tym Anglia i Walia, Belgia, Dania, Finlandia, Irlandia, Luksemburg, Włochy, Szwecja oraz Portugalia w przypadku sądowej ścieżki odwoławczej). W tej grupie można wyróżnić 2 kraje z rozwiązaniami pośrednimi polegającymi w szczególności na wprowadzeniu terminów na wydanie orzeczenia, liczonych jednakże nie od wszczęcia postępowania, lecz np. od zakończenia rozpatrywania skargi (45 dni – Cypr) oraz zamknięcia rozprawy (6 tygodni - Malta). Ponadto, w przypadku Włoch, prawo nie określa terminów na podjęcie ostatecznej decyzji, lecz są one ustalone prawem dla innych sytuacji: w odniesieniu do wydawania orzeczeń (od czasu, w którym sąd podejmuje decyzję), stawiennictwa stron oraz ustalania terminów rozpraw.

W przypadku 11 państw sprawa powinna zostać rozpoznana, co do zasady, w terminie nie dłuższym niż 1 miesiąc. Dotyczy to Bułgarii, Chorwacji, Czech, Estonii, Francji, Łotwy, Polski, Rumunii, Słowacji, Słowenii oraz Węgier. Podstawowe terminy w tych przypadkach wynoszą od 15 dni (np. Polska i Węgry), 15 dni roboczych w Słowenii, przez 20 (np. Francja, Rumunia) oraz 25 dni (np. Węgry w przypadku zarządzenia ustnej rozprawy), aż do 30 dni na rozpoznanie sprawy. W tej grupie regulacji 30-dniowy termin podstawowy jest najczęstszy (np. Chorwacja, Czechy, Łotwa, Słowacja). Natomiast w Estonii

terminy zależą od tego, czy była przeprowadzana rozprawa (w przypadku pisemnego postępowania decyzję ogłasza się w terminie 10 dni od otrzymania wniosku wolnego od wad). Jednocześnie cechą charakterystyczną w takich przypadkach jest często możliwość przedłużenia omawianego terminu w uzasadnionych przypadkach, np. ze względu na konieczność odbycia ustnej rozprawy, zażądania dodatkowych dokumentów, przeprowadzenia wizji, skomplikowany charakter sprawy. Niektóre przepisy regulują maksymalną ilość dni, o którą przedłużenie może nastąpić (np. zasadniczo o dodatkowe od 10 do 30 dni). W niektórych przypadkach termin na rozpoznanie sprawy rozpoczyna swój bieg od momentu doręczenia organowi odwoławczemu kompletnej dokumentacji, a nie od dnia wniesienia środka odwoławczego, co także może mieć wpływ na rzeczywisty czas trwania sprawy w pierwszej instancji.

W 6 przypadkach przepisy zakreślają dłuższy niż miesięczny termin na wydanie orzeczenia, zasadniczo od 5 tygodni w Niemczech do aż 6 miesięcy w Portugalii (w przypadku postępowania arbitrażowego przed CAAD, liczony od dnia powołania ostatniego arbitra). Inne spotykane w tej grupie terminy to także 6 tygodni (Austria), 60 dni (Grecja, Litwa), 2 miesiące (Hiszpania).

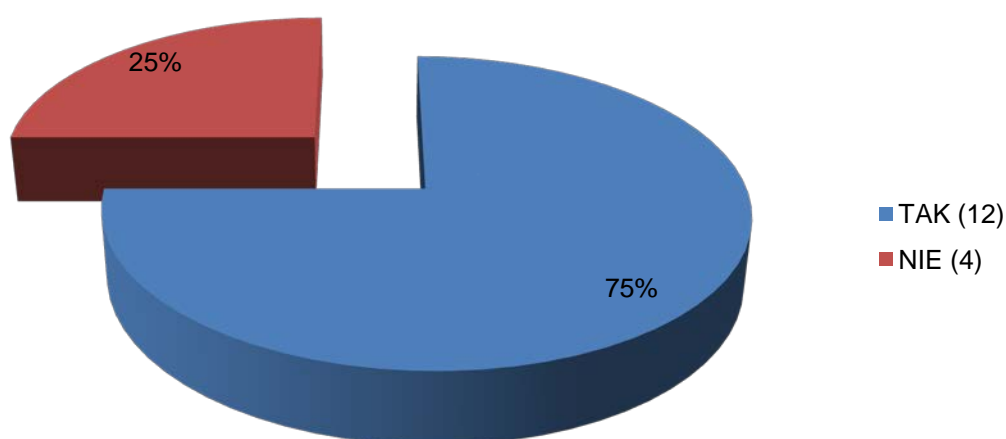
Termin na rozstrzygnięcie w I instancji



Na pytanie, czy ustawowe terminy są zwykle dotrzymywane, w 12 przypadkach odpowiedź była twierdząca. Co do zasady terminowo rozstrzygane są sprawy w Bułgarii, na Węgrzech, w Estonii, w Hiszpanii, na Litwie, na Łotwie, na Malcie,

w Niemczech, w Polsce, w Rumunii, na Słowacji i w Słowenii. Przekroczenie ustawowych terminów zdarza się częściej w Austrii, Chorwacji, Czechach oraz Holandii (4 kraje).

Dotrzymanie terminów



9. *Czy w ramach postępowań toczących się przed organem odwoławczym pierwszej instancji częstą praktyką jest powoływanie świadków i biegłych?*

Udział niezależnego biegłego w pierwszoinstancyjnym postępowaniu odwoławczym o zamówienie publiczne nie jest powszechną praktyką w Unii Europejskiej. Dopuszczenie i przeprowadzenie tego typu dowodu jest w większości państw członkowskich prawnie dopuszczalne, jednakże rzadko wykorzystywane przez organy odwoławcze (w sprawach kompleksowych, o skomplikowanym technicznym charakterze). Dotyczy to aż 24 państw członkowskich. Podobnie kształtuje się statystyka praktyki powoływania dowodu z zeznań świadków – w 24 krajach nie jest to sytuacja standardowa, choć dopuszczalna (np. w formie zeznań świadków na rozprawie lub pisemnych oświadczeń świadków tam, gdzie procedura jest pisemna).

Powoływanie świadków lub biegłych przed organem odwoławczym jest najbardziej powszechne w 7 krajach, tj. w Anglii, w Austrii, na Łotwie, w Niemczech, w Irlandii oraz na Słowacji (w formie pisemnych opinii biegłych).

Warto zwrócić uwagę na fakt, iż niektóre krajowe organy odwoławcze przewidują w swoim składzie ekspertów z różnych dziedzin, w tym ekonomicznych i technicznych lub dysponują pomocą ekspercką we własnych strukturach (→ odpowiedź na pytania 5. oraz 6.). W tych przypadkach rzadziej może występować rzeczywista potrzeba dopuszczenia dowodu z opinii biegłego.

W wielu wypadkach instytucja biegłego, choć prawnie dopuszczalna, jest w zasadzie niewykorzystywana w praktyce (np. w Polsce na ok. 2500 odwołań rozpatrywanych rocznie w Krajowej Izbie Odwoławczej, której członkowie mają wykształcenie prawnicze, jedynie w 13 przypadkach powołano biegłego¹¹).

10. Czy nieprawomocne orzeczenie organu odwoławczego pierwszej instancji uprawnia zamawiającego do zawarcia umowy o zamówienie publiczne? Czy w toku postępowania odwoławczego ma zastosowanie okres zawieszenia rozumiany jako okres, w którym zamawiającemu nie wolno zawrzeć umowy z wybranym wykonawcą?

Zgodnie z treścią Dyrektyw Odwoławczych, w sytuacji gdy organ pierwszej instancji, który jest niezależny od zamawiającego, rozpatruje odwołanie od decyzji o udzieleniu zamówienia, państwa członkowskie zapewniają, aby zamawiający nie mógł zawrzeć umowy przed podjęciem przez organ odwoławczy decyzji w sprawie wniosku o zastosowanie środków tymczasowych lub w sprawie wniesionego odwołania.

W wykonaniu powyższego obowiązku państwa członkowskie różnie regulują kwestie wpływu postępowania odwoławczego na zakaz zawarcia umowy o zamówienie publiczne.

Większość modeli przewiduje automatyczny skutek zawieszający możliwość zawarcia umowy w sytuacji wniesienia odwołania do organu pierwszej instancji, który trwa do zakończenia postępowania odwoławczego w pierwszej instancji. Takie rozwiązanie przewiduje 17 państw (Anglia i Walia, Irlandia, Chorwacja, Dania, Estonia, Finlandia, Francja, Holandia, Hiszpania, Łotwa, Niemcy, Polska, Portugalia, Rumunia, Słowenia, Węgry, Szwecja).

¹¹ Por. *Informacja o działalności Krajowej Izby Odwoławczej w 2016 r.*, Warszawa 2017.

W tym modelu często spotykane są różnego rodzaju środki tymczasowe, w tym możliwość zakazania zawarcia umowy przez organ pierwszej lub drugiej instancji – na wniosek – także i na etapie rozpoznania sprawy w drugiej instancji. W szczególnych przypadkach organ rozpoznający sprawę może skrócić okres zakazu zawarcia umowy. Ponadto, np. w Estonii zakaz zawarcia umowy trwa określony czas (7/14 dni w zależności od przypadku) od rozstrzygnięcia w pierwszej instancji, kiedy to odwołujący ma prawo zaskarżyć orzeczenie i zażądać wydania nakazu tymczasowego (którego uwzględnienie jest już dyskrecjonalne). W Niemczech zakaz zawarcia umowy jest utrzymany do dwóch tygodni po upływie terminu do wniesienia skargi. Przedłużenie zakazu jest możliwe przez sąd na wniosek skarżącego.

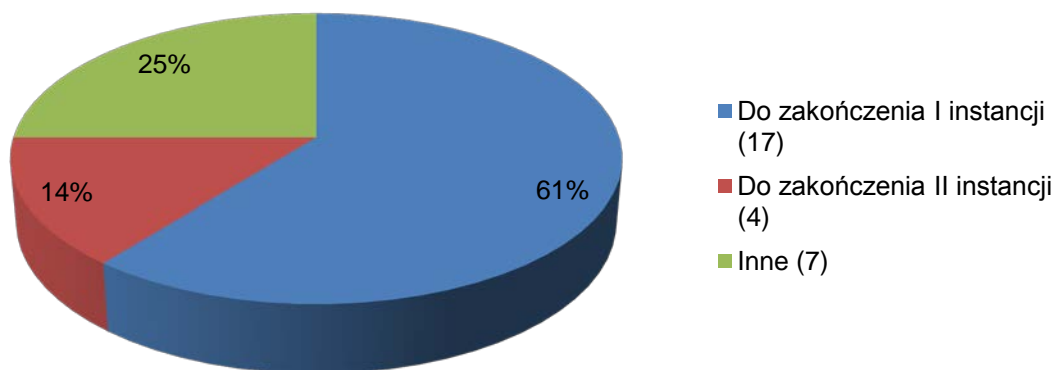
Drugi model obejmuje przypadki, gdy zakaz zawarcia umowy trwa do rozstrzygnięcia sprawy w drugiej instancji – 4 państwa (Bułgaria, Grecja, Malta oraz Słowacja, gdzie zawieszenie jest automatyczne z mocy prawa). Spotykane są tu także odstępstwa w postaci np. możliwości uchylecia zakazu zawarcia umowy na wniosek strony.

Trzeci model obejmuje regulacje specyficzne i dotyczy 7 przypadków. Na Litwie zasada *standstill* ma automatyczne zastosowanie jedynie do czasu rozstrzygnięcia przez sąd środków tymczasowych, o ile były wnioskowane. Sąd pierwszej instancji ma prawo, lecz nie obowiązek, zakazania w takiej sytuacji zawarcia umowy przez zamawiającego na czas postępowania. Podobnie jest we Włoszech, na Cyprze i w Luksemburgu. W Czechach istnieje tzw. okres ochronny wynoszący 60 dni, po przekroczeniu którego można zawrzeć umowę (nawet jeśli następuje to w trakcie procedury odwoławczej). W Austrii wniesienie odwołania nie powoduje zakazu zawarcia umowy o zamówienie publiczne. Jest to możliwe, gdy krajowy lub federalny sąd administracyjny (pierwsza instancja) uwzględni wniosek o udzielenie zabezpieczenia i wyda zarządzenie o zawieszeniu zawarcia umowy. W Belgii skutek zawieszający trwa przez okres trwania procedury apelacyjnej, w którym to okresie organ odwoławczy powinien zdecydować co do jego przedłużenia.

Warto zauważyć, iż w niektórych krajach członkowskich istnieje zakaz otwarcia ofert (lub kontynuowania procedury przetargowej) w sytuacji wniesienia odwołania na treść dokumentacji postępowania (np. specyfikacji) lub na ocenę

części oferty, która nie zawiera ceny, który trwa do czasu rozstrzygnięcia sporu w tym zakresie (jest to powszechna praktyka w Hiszpanii).

Okres *standstill*



11. ***Czy od orzeczenia organu pierwszej instancji przysługuje środek odwoławczy (odwołanie / skarga / zażalenie) do organu drugiej instancji? Komu przysługuje taki środek?***

Dyrektywy Odwoławcze wymagają od państw członkowskich zagwarantowania sądowej kontroli postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, dostępnej dla wykonawców.

W zdecydowanej większości państw unijnych występuje co najmniej dwuinstancyjność postępowania w sprawach o zamówienia publiczne. Ostateczność orzeczeń wydanych w pierwszej instancji przewiduje jedynie Belgia oraz Słowenia.

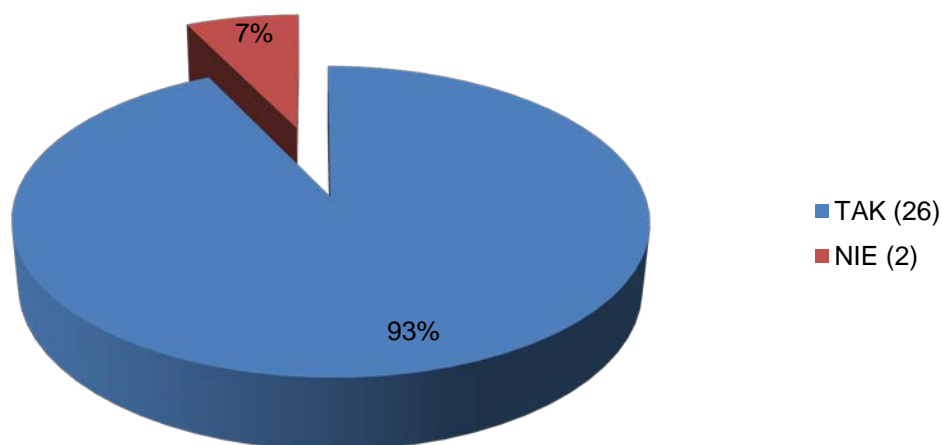
Najczęściej środek odwoławczy od orzeczenia organu pierwszej instancji kieruje się do odpowiedniego sądu administracyjnego lub cywilnego, przy czym w niektórych krajach rolę tę pełnią Najwyższy Sąd Administracyjny lub Sąd Najwyższy (np. Chorwacja, Austria, Bułgaria, Francja, w niektórych przypadkach

Irlandia). Zdarzają się także modele przewidujące dalszą administracyjną ścieżkę odwoławczą, a dopiero następnie tryb sądowy (np. Cypr, Czechy i Słowacja).

Prawo zaskarżenia rozstrzygnięcia organu pierwszej instancji mają zwykle strony i uczestnicy postępowania odwoławczego (np. zamawiający, odwołujący, wykonawca, którego oferta była przedmiotem odwołania). Niekiedy prawo zamawiającego do zaskarżenia niekorzystnego dla siebie rozstrzygnięcia jest ograniczone (przykładowo, zamawiający nie ma prawa do zaskarżenia decyzji wydanej przez łotewskie Biuro Monitorowania Zamówień; na Cyprze zamawiający nie może zakwestionować decyzji wydanej przez Urząd Kontroli Przetargów).

Czasami przepisy krajowe szerzej opisują krąg podmiotów uprawnionych do zaskarżenia rozstrzygnięcia pierwszoinstancyjnego, odnosząc się np. do osób poszkodowanych lub na przykład wszelkich osób, których prawa lub interesy zostały naruszone lub wskazując na uprawnione do skarżenia instytucje publiczne (Chorwacja, Estonia, Grecja, Hiszpania, Węgry).

Możliwość odwołania do drugiej instancji



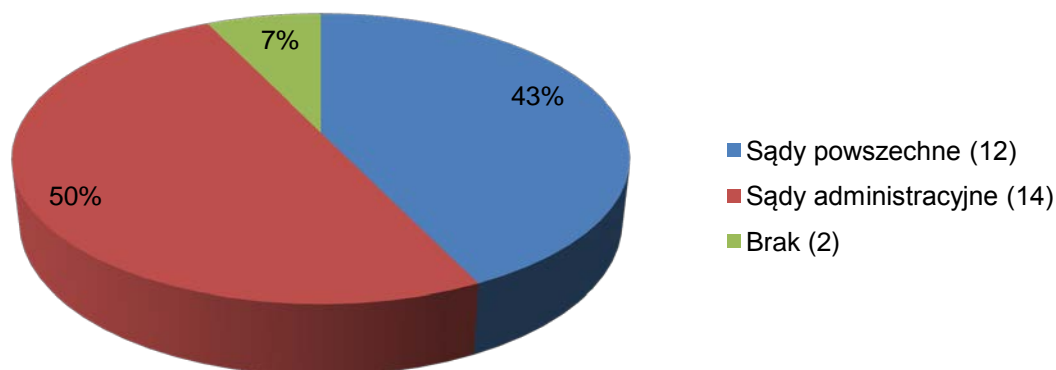
12. *Jakiego rodzaju organ pełni funkcję organu odwoławczego w drugiej instancji?*

Zgodnie z Dyrektywą Odwoławczą, w przypadku gdy organy odwoławcze nie mają charakteru sądowego, należy wprowadzić przepisy gwarantujące postępowanie, dzięki któremu wszelkie ewentualnie bezprawne środki podjęte przez organ odwoławczy lub wszelkie uchybienia w wykonywaniu nadanych mu uprawnień będą mogły być przedmiotem odwołania w sądzie lub odwołania rozpatrywanego przez inny organ będący sądem w rozumieniu art. 267 TfUE i niezależny zarówno od zamawiającego, jak i organu odwoławczego.

Chociaż nie we wszystkich państwach członkowskich organy odwoławcze mają charakter sądowy (→ odpowiedź na pytanie 2.), to w zdecydowanej większości państw członkowskich (26) istnieją przepisy gwarantujące możliwość odwołania od rozstrzygnięć zapadających w pierwszej instancji. Jak wskazano powyżej, wyjątkiem są Belgia oraz Słowenia (→ odpowiedź na pytanie 11.).

W 14 przypadkach organem odwoławczym jest sąd administracyjny, a w 12 przypadkach – sąd powszechny.

Organ drugiej instancji



13. Kto orzeka w organie odwoławczym drugiej instancji – profesjonalni sędziowie czy osoby legitymujące się innymi kwalifikacjami zawodowymi?

W zdecydowanej większości, organami kompetentnymi do rozstrzygania w sprawach z zakresu zamówień publicznych w drugiej instancji są sądy, co również sprawia, że osobami w nich orzekającymi są sędziowie – tak jest w 24 krajach.

Na Słowacji organem drugiej instancji jest Rada Zamówień Publicznych złożona z członków powoływanych przez rząd oraz członków wyznaczonych z mocy prawa (przewodniczący i wiceprzewodniczący organu właściwego do spraw zamówień publicznych).

Z kolei w Republice Czeskiej, decyzje w drugiej instancji wydaje Przewodniczący podmiotu odpowiedzialnego za sprawy z zakresu konkurencji, który jest organem administracji publicznej.

Co ciekawe, w Belgii i w Słowenii system jest jednoinstancyjny. O ile jednak w Belgii sprawy są rozpatrywane przez sąd (*Conseil d'Etat* – Naczelny Sąd Administracyjny), o tyle w Słowenii decyzje Krajowej Komisji Rewizyjnej ds. Kontroli Procedur Udzielania Zamówień Publicznych niemającego statusu sądu w rozumieniu regulacje wewnętrznych, są ostateczne i nie podlegają kontroli sądowej.

Z wyjątkiem Słowacji, we wszystkich krajach, w których mamy organy drugiej instancji (nawet, jeśli są to instytucje pozasądowe), osoby w nich orzekające powinny mieć wykształcenie prawnicze. Ponadto, warunkiem uzyskania statusu osoby orzekającej jest w wielu przypadkach doświadczenia w pracy w sądzie lub w zakresie zamówień publicznych. Wymóg w tym zakresie jest różny i wynosi przykładowo:

- 1 rok na Węgrzech,
- 5 lat w Estonii, na Łotwie, w Portugalii i na Słowacji,
- 6 lat w Holandii,
- 8 lat w Chorwacji, na Cyprze, na Litwie,

- 9 lat w Rumunii,
- 10 lat w Austrii,
- 12 lat w Bułgarii i na Malcie,
- 15 lat w Szwecji.

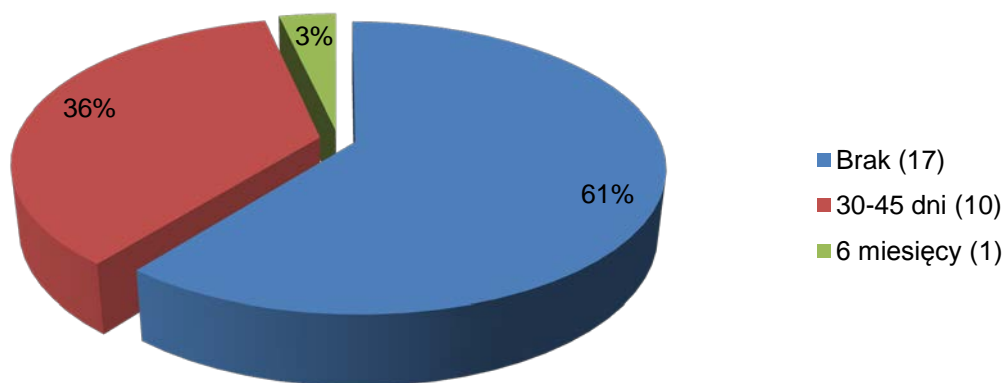
14. Czy zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, organ odwoławczy drugiej instancji powinien rozstrzygnąć sprawę w określonym terminie? Czy terminy ustawowe są w praktyce dochowywane?

W przypadku większości państw członkowskich (17) przepisy nie przewidują żadnego terminu dla rozstrzygnięcia sprawy przez organ odwoławczy (sąd) orzekający w drugiej instancji.

Taki termin istnieje w 11 państwach członkowskich (Bułgaria, Chorwacja, Czechy, Estonia, Litwa, Malta, Polska, Rumunia, Słowacja, Węgry, i Włochy).

Zazwyczaj wynosi on od 30 do 45 dni (10 państw członkowskich). Na Malcie wynosi on jednak aż 6 miesięcy.

Termin na rozstrzygnięcie w II instancji

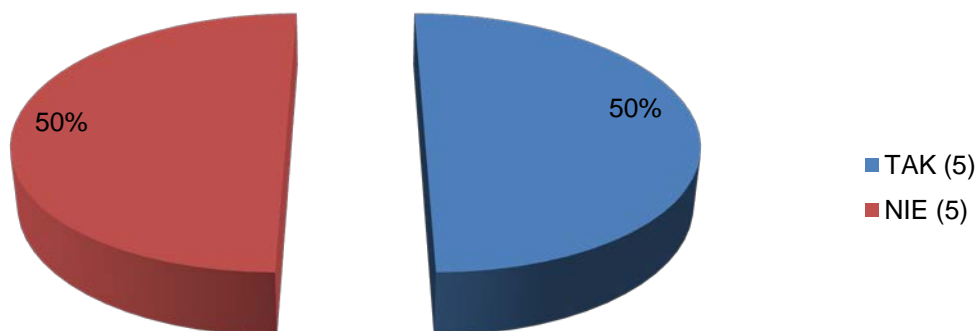


W świetle powyższego nie powinno dziwić, że na Malcie termin na rozpoznanie sprawy przez organ II instancji jest w praktyce dotrzymywany. W pozostałych

40

państwach sytuacja wygląda różnie – problemy z dotrzymaniem ustawowego terminu występują przede wszystkim w Chorwacji, na Litwie, w Polsce, na Węgrzech i we Włoszech.

Dotrzymanie terminów w praktyce



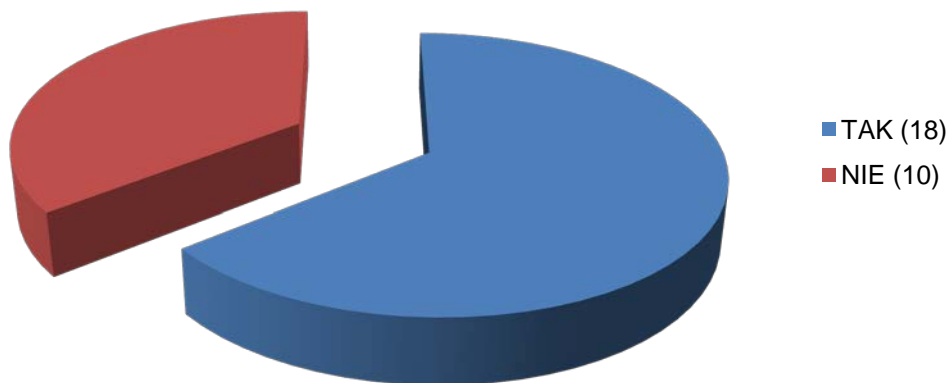
15. *Czy istnieje jakakolwiek możliwość kwestionowania rozstrzygnięcia organu drugiej instancji? Czy taką możliwością dysponują wykonawcy lub zamawiający?*

W przypadku zdecydowanej większości państw członkowskich (18) przepisy przewidują możliwość kwestionowania rozstrzygnięcia organu drugiej instancji (w ramach nadzwyczajnych środków zaskarżenia). W takim przypadku przysługuje one obu stronom postępowania, tj. zarówno zamawiającym, jak i wykonawcom.

Taka możliwość nie istnieje jedynie w Anglii i Walii, Austrii, Belgii (gdzie w ogóle nie ma organu drugiej instancji), Bułgarii, Francji, Grecji, Luksemburgu, w Niemczech, w Polsce¹² i w Słowenii (gdzie w ogóle nie ma organu drugiej instancji).

¹² W Polsce możliwość kwestionowania rozstrzygnięcia organu drugiej instancji przysługuje wyłącznie Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych

Możliwość kwestionowania orzeczenia drugiej instancji



16. *Jakie opłaty wiążą się z korzystaniem ze środków ochrony prawnej?*

W zdecydowanej większości państw członkowskich korzystanie ze środków ochrony prawnej wiąże się z koniecznością uiszczenia opłat. Tylko w czterech państwach, tj. we Francji, w Hiszpanii, Luksemburgu i Szwecji nie przewidziano żadnych opłat. Z kolei na Łotwie zwolnione z opłat jest postępowanie w pierwszej instancji.

W państwach, które przewidują opłaty, ich wysokość jest bardzo zróżnicowana i zależy od wielu czynników. Przykładowo, w Austrii i we Włoszech jest ona uzależniona od przedmiotu zamówienia i rodzaju postępowania oraz wartości zamówienia, tj. czy wartość ta jest równa lub wyższa od progów unijnych, czy niższa. Progi unijne stanowią kryterium wysokości opłaty również w Estonii, w Polsce i na Węgrzech. Z kolei w Holandii opłata jest różna dla osób fizycznych (niższa) i prawnych. Na Cyprze podstawą ustalenia wysokości opłaty jest wartość zwycięskiej oferty. Wpływ na wysokość opłaty może zależeć także od etapu postępowania, na którym korzysta się ze środków ochrony prawnej (np. Litwa, Słowacja).

W niektórych państwach, tj. w Belgii, Bułgarii, Danii, Estonii, Finlandii, Holandii oraz na Litwie opłata ma charakter stały. Co ciekawe, w takim przypadku jej wysokość jest zwykle stosunkowo niska. Przykładowo, w Belgii wynosi ona 200 euro, a w Irlandii od 20 do 250 euro.

We wszystkich państwach, w których opłata ma charakter szacunkowy ustalona jest wysokość maksymalna.



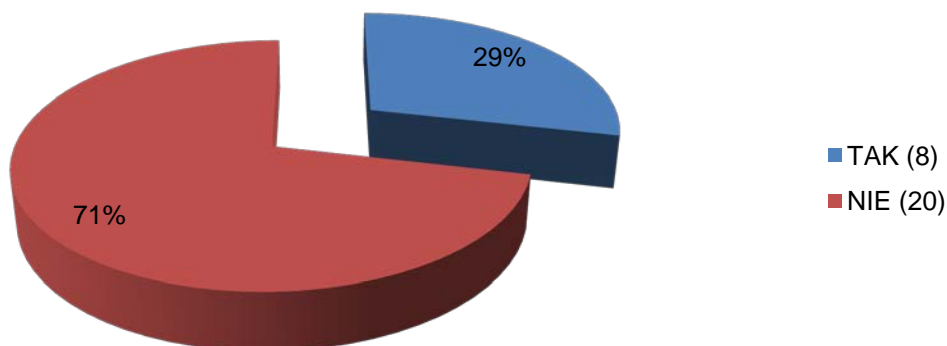
17. Czy organ odwoławczy pierwszej lub drugiej instancji może nakazać unieważnienie postępowania z urzędu (tj. nawet wtedy, gdy strona odwołująca się nie wniesie o to)?

Jednym z istotnych aspektów proceduralnych jest zakres kompetencji organu rozpatrującego sprawę o zamówienie publiczne w pierwszej lub drugiej instancji. W szczególności interesująca jest kwestia dopuszczalności czy wręcz nakazu działania przez organ z urzędu. Pytanie o możliwości unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez organ *ex officio* odnosi się do zakresu wzajemnych relacji między aktywnością sądu/organu a aktywnością stron postępowania. Unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stanowi najdalej idącą ingerencję organu odwoławczego w jego przebieg i teoretycznie może być wynikiem (i) wniosku strony w związku z postawionymi zarzutami naruszenia przepisów prawa, (ii) działania organu z urzędu (w takim wypadku organ unieważnia procedurę przetargową z uwagi na dostrzeżone samodzielnie przez organ wady postępowania, pozostające bez związku z postawionymi zarzutami i żądaniami).

W zdecydowanej większości przypadków kompetencje orzecznicze organu pierwszej instancji są ograniczone dyspozytywnością strony, która poprzez treść odwołania – sformułowane zarzuty i wniosek – wyznacza zakres procedury odwoławczej. Rozstrzygnięcie musi więc pozostawać w związku z odpowiednimi zarzutami i wnioskami podmiotu odwołującego.

W 8 krajach członkowskich organ odwoławczy posiada dalej idące kompetencje polegające na możliwości unieważnienia postępowania o zamówienie publiczne *ex officio*, tj. nawet jeśli strona o to nie wносиła. Takie rozwiązanie przewiduje ustawodawstwo Cypru, Czech, Francji, Litwy, Luksemburga, Rumunii, Słowacji oraz Węgier.

Możliwość unieważnienia postępowania z urzędu



18. *Czy istnieją jakieś mechanizmy służące ujednocnieniu orzecznictwa w sprawach z zakresu zamówień publicznych?*

Jednolitość, stałość i przewidywalność orzeczeń wydawanych w sprawach z zakresu zamówień publicznych może stanowić bardzo istotny instrument zachęcający przedsiębiorców do uczestnictwa w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. To z kolei zwiększa konkurencyjność całego procesu i w konsekwencji prowadzi do osiągnięcia podstawowego założenia systemu, to jest realizacji zasady *Best Value for Money*.

Z drugiej strony, rozbieżności interpretacyjne i brak spójności w wykładni przyjmowanych regulacji niewątpliwie demotywują wykonawców i negatywnie odbijają się na poziomie konkurencji, tak wewnątrz danego kraju jak i w obrębie całej UE. Stąd istotnym jest, aby zapewnić wskazane na wstępie postulaty poprzez określone rozwiązania instytucjonalne.

O ile w tych krajach, gdzie procedury odwoławcze stanowią część ogólnego systemu sądowego (niezależnie od tego, czy jest to sądownictwo administracyjne, czy powszechne), przewidzenie odrębnego mechanizmu ujednocniającego orzecznictwo jedynie dla zamówień publicznych byłoby trudne do wprowadzenia, o tyle tam, gdzie mamy do czynienia z organami innymi niż sądy (przynajmniej w pierwszej instancji), tego typu instrumenty są ustanawiane i w praktyce wykorzystywane.

W Rumunii Krajowa Rada Rozpatrywania Odwołań (KRRO) spotyka się co miesiąc w celu omówienia kwestii prawnych, które prowadziły do rozbieżności w jej orzecznictwie. W celu ujednocnienia orzecznictwa, Rada organizuje raz na 6 miesięcy spotkania, w których uczestniczą jej członkowie, sędziowie, specjaliści w danych dziedzinach i inni eksperci. W ich ramach KRRO może podjąć decyzję w sprawie ujednocnienia praktyki orzeczniczej. Decyzje te są wiążące jedynie dla KRRO.

Jeśli KRRO zidentyfikuje rozbieżności w orzecznictwie sądów, powinna zwrócić się do Sądu Apelacyjnego w Bukareszcie, aby Najwyższy Sąd Kasacyjny i Sprawiedliwości rozwiązał takie rozbieżności. Decyzja Najwyższego Sądu Kasacyjnego i Sprawiedliwości jest wiążąca dla całego rumuńskiego systemu prawnego.

Podobne rozwiązanie przyjęto na Węgrzech, gdzie Rada Arbitrażowa ustanawia w swoich ramach tzw. kolegia arbitrów, których zadaniem jest monitorowanie i analizowanie decyzji wydawanych przez Radę. Kolegia mają za zadanie wspieranie jednolitej linii orzeczniczej w postępowaniach odwoławczych, monitorowania zmian w praktyce sądowej oraz wydawania opinii w przypadku sporu. Opinia kolegów nie jest jednak wiążąca.

Rada sporządza również – po konsultacjach z ministrem odpowiedzialnym za zamówienia publiczne oraz tam, gdzie ma to zastosowanie, we współpracy z krajowymi izbami gospodarczymi lub innymi organami zawodowymi – wytyczne dotyczące zastosowania ustawodawstwa w zakresie zamówień publicznych.

Na Słowacji, gdzie organem odwoławczym pierwszej instancji jest Urząd Zamówień Publicznych, jego pracownicy regularnie spotykają się w celu omówienia spraw, w których nie istnieją żadne wcześniejsze wzorce, które umożliwiałyby ustalenie ogólnych standardów. Wydają oni również wytyczne

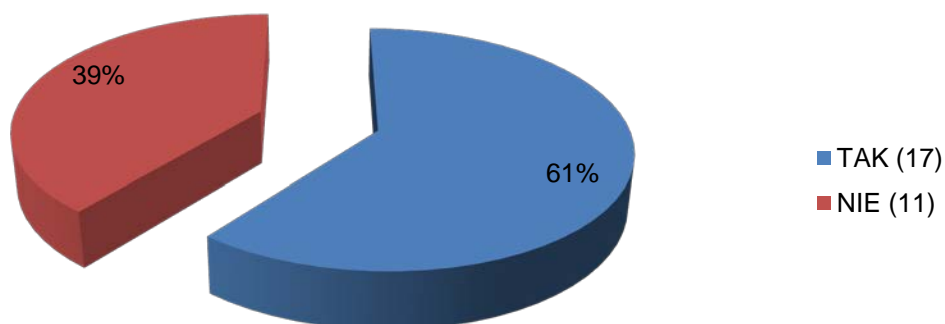
i komunikaty, które z jednej strony mają charakter ogólny (dotyczą danej kwestii prawnej abstrakcyjnie), ale przekładają się na praktykę orzeczniczą w konkretnych sprawach.

19. Czy jest organ administracyjny powołany do pełnienia nadzoru nad rynkiem zamówień publicznych?

Innym – poza orzecznictwem – równie ważnym instrumentem mogącym zapewnić przewidywalność i jednolitość stosowania przepisów dotyczących zamówień publicznych jest ich urzędowa interpretacja oraz upowszechnianie wiedzy na temat zamówień publicznych.

W powyższym celu w 17 krajach zdecydowano o powołaniu niezależnych organów administracji odpowiedzialnych za system zamówień publicznych. W 11 z nich mamy do czynienia z organami dedykowanymi wyłącznie w sprawach z zakresu zamówień publicznych (Bułgaria, Chorwacja, Grecja, Litwa, Luksemburg, Łotwa, Polska, Portugalia, Rumunia, Słowacja i Węgry), w 4 jest to połączone ze sprawami z zakresu prawa konkurencji (Republika Czeska, Dania, Finlandia, i Szwecja), a w jednym z kwestiami dotyczącymi zwalczaniu i zapobieganiu korupcji (Włochy).

Istnienie odrębnych urzędów administracji publicznej



Co ciekawe, nie jest przy tym konieczne tworzenie w tym celu odrębnych, specjalistycznych organów; możliwe jest wyodrębnienie odpowiednich departamentów w ramach danych ministerstw. Takie rozwiązanie przyjęto w 7 państwach (Anglia i Walia, Cypr, Estonia, Francja, Hiszpania, Malta i Słowenia). W 6 państwach są to jednostki działające w ramach właściwych ministerstw finansów (finansów i gospodarki), natomiast w przypadku Słowenii jest to właściwe ministerstwo administracji publicznej.

W 3 krajach nie przewidziano odrębnych (nawet w ramach większej struktury) jednostek zajmujących się kwestiami zamówień publicznych na szczeblu centralnym (Austria, Belgia, Niemcy). W tych państwach istnieją oczywiście komórki zajmujące się kwestiami zamówień publicznych, jednak do ich celów należą przede wszystkim kwestie dotyczące przygotowania projektów aktów prawnych lub rozwiązań w zakresie elektronizacji zamówień publicznych. Pozostałe kwestie dotyczące np. wykładni przepisów lub promowania dobrych praktyk są rozproszone i zajmują się nimi różne ministerstwa i podmioty.

Specyficznym rozwiązaniem są niemieckie tzw. Komitety ds. Zamówień Publicznych, w których skład wchodzi przedstawiciele rządu federalnego, landów, samorządów niższego szczebla, jak również izb zrzeszających przedsiębiorców. Ich rolą jest przygotowywanie projektów regulacji uwzględniających postulaty zamawiających i sektora prywatnego; istnieją dwa odrębne komitety: ds. robót budowlanych oraz ds. dostaw i usług.

20. Czy organ administracyjny powołany do pełnienia nadzoru nad rynkiem zamówień publicznych ma możliwość uczestniczenia na zasadach strony w postępowaniach odwoławczych w pierwszej lub w drugiej instancji? Czy organ ten ma możliwość kwestionowania rozstrzygnięć organu drugiej instancji?

Środki ochrony prawnej w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego dostępne są co do zasady wykonawcom, którzy mają lub mogą mieć interes w uzyskaniu zamówienia.

Nie oznacza to jednak, że inne podmioty, w tym również organy administracji publicznej, którym prawo danego kraju przyznaje uprawnienia nadzorcze nie mogą inicjować lub brać udziału w postępowaniu odwoławczym.

Regulacje takie zostały przewidziane w 8 krajach (Chorwacja, Republika Czeska, Dania, Łotwa, Malta, Polska, Słowacja i Węgry) i dotyczą one zasadniczo możliwości wniesienia środka odwoławczego w drugiej instancji lub kasacji.

W Estonii i w Finlandii odpowiednio ministerstwo właściwe do spraw finansów (Estonia) oraz organ właściwy do spraw konkurencji (Finlandia) mogą nakazać unieważnienie postępowania lub złożyć samodzielny wniosek do organu odwoławczego o zakazanie, uznanie nieważności lub zawieszenie wykonywania umowy, która została zawarta bez procedury konkurencyjnej.

W pozostałych państwach (18) podobne uprawnienia nie zostały określone lub ograniczają się do uprawnień w zakresie kontrolowania prawidłowości przebiegu procedury przetargowej.

21. Czy w sprawach z zakresu zamówień publicznych reprezentacja stron została zastrzeżona dla wykwalifikowanych adwokatów/radców prawnych (przymus adwokacki/radcowski)?

W większości państw, w których organami pierwszej instancji są organy wyspecjalizowane niemające statusu sądów w rozumieniu wewnętrznego porządku prawnego, nie ma wymogu, aby strony były reprezentowane przez profesjonalnych pełnomocników (przymus adwokacki/radcowski). Niemniej jednak w jednym przypadku, tj. w Niemczech, taki obowiązek istnieje.

Tam, gdzie sprawy z zakresu zamówień publicznych rozpatrują w pierwszej lub drugiej instancji sądy, mamy do czynienia z przymusem adwokackim/radcowskim, z wyjątkiem przypadków, gdy strona decyduje reprezentować się samodzielnie. Na Litwie przymus adwokacki/radcowski obowiązuje jednak bez ograniczeń – tylko profesjonalny pełnomocnik może skierować skargę do sądu.

Ponadto, w Republice Czeskiej nawet w sprawach rozpatrywanych w drugiej instancji przez organy niemające statusu sądów w rozumieniu wewnętrznego porządku prawnego, nie przewiduje się przymusu adwokackiego/radcowskiego.

22. Czy w sprawach koncesyjnych orzekają te same organy co w sprawach z zakresu zamówień publicznych? Jeśli nie, jakie organy są uprawnione do orzekania w sprawach z zakresu koncesji?

W prawie wszystkich krajach UE sprawy z zakresu koncesji są rozpatrywane przez te same instytucje, które rozpoznają je w przypadku zamówień publicznych.

Wyjątkiem jest Słowenia, gdzie właściwymi w tej materii są sądy powszechne (tymczasem w sprawach zamówień organem właściwym jest Krajowa Komisja Rewizyjna niebędąca sądem w rozumieniu prawa wewnętrznego).

1

Tylko w Słowenii inne organy orzekają w sprawach zamówień, a inne w sprawach koncesji.

LISTA KANCELARII, KTÓRE ODPOWIEDZIAŁY NA ANKIETĘ STOWARZYSZENIA

Za pomoc w przygotowaniu raportu autorzy dziękują następującym kancelariom:

Dentons Europe LLP (Anglia i Walia); Saxinger, Chalupsky & Partner Rechtsanwälté GmbH (Austria); Zepos & Yannopoulos (Grecja); Eversheds Sutherland (Belgia); Penkov, Markov & Partners (Bułgaria); Dr. K. Chrysostomides & CO LLC (Cypr); Šavorić & Partners (Chorwacja); PRK Partners s.r.o. attorneys at law oraz Dvořák Hager & Partners, advokátní kancelář, s.r.o. (Czechy); Kromann Reumert (Dania); Advokaadibüroo SORAINEN AS (Estonia); Eversheds Sutherland (Finlandia); Gide Loyrette Nouel AARPI (Francja); Cuatrecasas (Hiszpania); Clifford Chance Amsterdam (Holandia); SORAINEN & Partners (Litwa), Arendt & Medernach SA (Luksemburg); ZAB Sorainen (Łotwa); GANADO Advocates (Malta); Schindhelm Rechtsanwaltsgesellschaft mbH (Niemcy); Abreu Advogados (Portugalia); Ružička Csekés s.r.o. (Słowacja); Clifford Chance Badea (Rumunia), Rojs, Peljhan, Prelesnik & Partners (Słowenia); Foyen Advokatfirma (Szwecja); Macchi di Cellere Gangemi - Studio legale (Włochy); Mason Hayes & Curran (Irlandia); Réczicza Dentons Europe LLP (Węgry) oraz BSJP Brockhuis Jurczak Prusak sp. k.; Clifford Chance, Janicka, Krużewski, Namiotkiewicz i wspólnicy sp.k.; Dentons Europe Dąbrowski sp. k.; Domański Zakrzewski Palinka sp. k.; Kancelaria Prawna Schampera, Dubis, Zajac i Wspólnicy sp. k.; Wardyński i Wspólnicy sp. k.; WKB Wierciński, Kwieciński, Baehr sp. k.; Wierzbowski Eversheds Sutherland sp. k. (Polska).