

Stowarzyszenie Prawa Zamówień Publicznych, jak wynika z informacji zawartej na stronie www.stowarzyszeniepzp.pl, zostało utworzone 3 lutego 2017 r. przez 11 adwokatów i radców prawnych specjalizujących się w tematyce zamówień publicznych, partnerstwa publiczno-prywatnego oraz koncesji na roboty budowlane. Celem Stowarzyszenia PZP jest wymiana i upowszechnianie wiedzy z zakresu szeroko rozumianego aprawa zamówień publicznych, w tym czerpanie z najlepszych wzorów międzynarodowych oraz promowanie zasad etyki zawodowej wśród osób zajmujących się tą dziedziną prawa. Stowarzyszenie ma być również platformą, która pozwoli na czynny udział środowiska prawników w debacie publicznej dotyczącej systemu zamówień publicznych oraz praktyki stosowania odpowiednich przepisów¹.

Pierwszą pracą przedstawioną przez Stowarzyszenie PZP jest raport w sprawie funkcjonowania środków ochrony prawnej w krajach UE. Niezwykle przydatna informacja, szczególnie teraz, kiedy trwają prace nad nową ustawą – Prawo zamówień publicznych. Obszerne fragmenty tego raportu zamieszczamy poniżej, zachęcając wszystkich zainteresowanych do skorzystania z informacji zawartych na stronie Stowarzyszenia PZP.

ŚRODKI OCHRONY PRAWNEJ W KRAJACH UE

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 – napisano w raporcie.

Raport Stowarzyszenia PZP powstał na podstawie odpowiedzi na 29 pytań zawartych w ankiecie, która została wysłana przez członków Stowarzyszenia do kancelarii prawnych z 27 państw członkowskich Unii Europejskiej². Zależało nam na tym – napisali we wstępie do raportu **Paweł Bogdanowicz, Wojciech Hartung i Anna Szymańska** – aby miał on jak najbardziej praktyczny wymiar, stąd obok pytań o istniejące w danym porządku rozwiązania prawne zapytaliśmy również o ich funkcjonowanie w praktyce.

Dyrektywa odwoławcza

Problematyka środków ochrony prawnej była przedmiotem niedawnej oceny Komisji Europejskiej, która w styczniu 2017 r. przedłożyła sprawozdanie dla Parlamentu Europejskiego i Rady.

Ważne!

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.

W sprawozdaniu napisano: (...) *nie istnieje obecnie żaden ogólnounijny system monitorowania i oceny środków odwoławczych w państwach członkowskich. Danych dotyczących postępowań odwoławczych w sprawach zamówień publicznych powyżej progów unijnych nie gromadzi się, w poszczególnych państwach członkowskich, w sposób uporządkowany, spójny i systematyczny, 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 (...))³.

Prawo do kontroli – proponowane zmiany

Słowo wstępne, wprowadzające do raportu Stowarzyszenia PZP napisał **dr hab. Henryk Nowicki** – kierownik Katedry Publicznego Prawa Gospodarczego Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu. Zwrócił m.in. uwagę, że:

(...) 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 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. (...) 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 – zdaniem dra hab. Henryka Nowickiego – zasługują zaproponowane przez autorów rekomendacje dla Polski. Podstawowym jednak walorem raportu jest wpisanie się jego publikacji w toczący się proces przygotowania nowej ustawy regulującej zamówienia publiczne.

Wartymi 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.

Uwagi dotyczące raportu

Raport Stowarzyszenia PZP obejmuje analizę funkcjonowania środków ochrony prawnej dotyczących postępowań powyżej progów unijnych, objętych dyrektywą 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych, uchylającą dyrektywę 2004/18/WE.

Omawia tylko środki ochrony prawnej dotyczące postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wyłączając, co do zasady, środki odszkodowawcze. Został przygotowany według stanu na 31 sierpnia 2017 r.

W raporcie zwrócono uwagę na wiele autonomicznych i odrębnych systemów ochrony prawnej, które pomimo harmonizacji na poziomie dyrektywy odwoławczej różnią się między sobą w dość istotny sposób. Napisano m.in.:

0 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.

Organy pierwszej instancji

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

Ważne!

Jednym z instrumentów, z jednej strony usprawniającym, z drugiej 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 (okres *standstill* dotyczy – przynajmniej zgodnie z dyrektywami odwoławczymi – tego etapu). Wyodrębnienie specjalistycznego organu, który zajmowałby się jedynie sprawami z zakresu zamówień publicznych (lub 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). W tych państwach w pierwszej instancji orzeka wyspecjalizowany organ. Wyodrębnienie organu odwoławczego nie zagwarantuje jednak wysokiego poziomu i sprawnego orzekania. Jest on w znacznym stopniu uzależniony od kwalifikacji osób w nim zasiadających, a także ich liczby oraz ewentualnego wsparcia eksperckiego.

W UE dominuje trzypersonowy system rozstrzygnięcia spraw w pierwszej instancji obok – także popularnego – rozwiązania jednoosobowego. W Polsce zasadniczo odwołanie rozpoznaje Krajowa Izba Odwoławcza w składzie jednoosobowym, z wyjątkiem sytuacji gdy Prezes Izby zarządzi rozpoznanie sprawy w składzie trzypersonowym ze względu na jej szczególną zawołość lub precedensowy charakter.

Ważne!

Jednoosobowy skład organu pierwszej instancji z jednej strony przyczynia się do szybszego rozpoznawania spraw oraz niwelowania opóźnień z tym związanych, co stanowi jeden z priorytetów Unii Europejskiej. Z drugiej jednak 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 stanowią filar dyrektywy odwoławczej, przyczyniając się do ujednolicenia orzecznictwa.

Biorąc pod uwagę specyfikę rynku polskiego oraz z przyczyn wskazanych powyżej, warto rozważyć obligatoryjny trzypersonowy 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

Powolywanie biegłego w postępowaniach odwoławczych w Polsce występuje marginalnie, mimo że sprawy niejednokrotnie wymagają wiadomości specjalistycznych. 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).

Z uwagi na 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.

Kontradyktoryjność postępowania. Rozprawa

Optymalnym rozwiązaniem wydaje się natomiast funkcjonujący w Polsce system kontradyktoryjnych ustnych, obowiązkowych rozpraw przed Izbą, wzmocniony pisemnością samego odwołania i możliwością składania pism procesowych oraz wnioskowania środków dowodowych w trakcie postępowania (w odróżnieniu od czysto pisemnej, gabinetowej procedury występującej w niektórych ustawodawstwach).

Ważne!

Warto zastanowić się nad wprowadzeniem mechanizmów prawnych zwiększających uporządkowanie i sprawny przebieg postępowania, zwłaszcza w dużych, skomplikowanych sprawach, gdzie często wymiana pism procesowych następuje na rozprawie.

Zasadne 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, z drugiej przyspieszyłoby i usprawniłoby jej przebieg.

Rejestracja rozpraw

Należy postulować wprowadzenie możliwości nagrywania rozpraw przez organ pierwszej instancji za pomocą dźwięku lub obrazu, co umożliwiłoby wierne odzwierciedlenie jej przebiegu, realizowałoby 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 możliwie szybkiego postępowania odwoławczego jest realizowany przez Polskę prawidłowo. Piętnastodniowy

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.

Ważne!

W niektórych państwach dopiero zakończenie postępowania w drugiej instancji umożliwia zawarcie umowy. Rozwinięty jest także system różnorodnych środków zabezpieczających (przedłużających lub skraccających 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 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 notabene 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 uchylecia 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.

Kwestionowanie orzeczenia organu drugiej instancji

W przypadku zdecydowanej większości państw członkowskich przepisy przewidują możliwość kwestionowania rozstrzygnięcia organu drugiej instancji (w ramach nadzwyczajnych środków zaskarżenia). 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 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 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 sprawach z zakresu zamówień publicznych – w organach pierwszej instancji. Służą temu 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.

Ważne!

Ujednoliceniu 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.

Podsumowanie

Z powyższej analizy płyną pewne wnioski dla polskiego systemu ochrony prawnej. Pierwsza grupa wniosków dotyczy zagadnień ustrojowych, takich jak wprowadzenie:

- ✓ obowiązkowego trzyosobowego składu orzekającego,
- ✓ mechanizmów umożliwiających szersze korzystanie z pomocy eksperckiej,
- ✓ jednego sądu okręgowego właściwego dla wszystkich spraw z zakresu zamówień publicznych,
- ✓ prawa złożenia skargi kasacyjnej do Sądu Najwyższego dla stron postępowania,
- ✓ rozwiązań eliminujących nadrzędność terminu nad jakością rozstrzygnięcia,

- ✓ obniżenia 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 prawa 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 na potrzeby postępowania przed KIO, jak i przed 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”.

oprac. ECA

Źródło: www.stowarzyszeniepzp.pl

Przypisy:

- ¹ Członkami założycielami Stowarzyszenia PZP są (w kolejności alfabetycznej): dr Piotr Bogdanowicz (Clifford Chance), mec. Michał Drozdowicz (Dentons), mec. Aldona Kowalczyk (Dentons), mec. Katarzyna Kuźma (Domański Zakrzewski Palinka), mec. Mirella Lechna (Wardyński i Wspólnicy), mec. Anna Prigan (Wardyński i Wspólnicy), mec. Jan Roliński (WKB Wierciński Kwieciński Baehr), mec. Anna Specht-Schampera (Schampera, Dubis, Zajac i Wspólnicy), mec. Jarosław Sroka (BSJP), mec. Anna Szymańska (Dentons) oraz mec. Tomasz Zalewski (Wierzbowski Eversheds Sutherland).
- ² Pełna lista kancelarii znajduje się na końcu raportu zamieszczonego na stronie www.stowarzyszeniepzp.pl.
- ³ 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.
- ⁴ Dz. Urz. UE z 28 marca 2014 r. seria L 94, str. 65.