

Henryk Nowicki

Uniwersytet Mikołaja Kopernika, Toruń

Środki ochrony prawnej w systemie kontroli zamówień publicznych

DOI: <http://dx.doi.org/10.12775/SIT.2015.023>

1. Zagadnienia wprowadzające

Przedstawiając środki ochrony prawnej w systemie kontroli zamówień publicznych, należy wskazać na podstawowe pojęcia z tym związane. Pierwszym pojęciem wymagającym zdefiniowania są „zamówienia publiczne”, które prawodawca krajowy w ustawie Pzp określa jako umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane¹. Podobnie zdefiniowana jest umowa koncesji na roboty budowlane albo usługi², w przypadku których elementem odróżniającym te umowy od typowych zamówień publicznych jest sposób wynagradzania koncesjonariusza, którym jest prawo do wyłącznego pobierania pożytków lub to prawo połączone z płatnością koncesjodawcy, określanego przepisami dyrektywy jako instytucja lub podmiot zamawiający³. Oznacza to, że każda umowa odpłat-

¹ Art. 2 pkt 13 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) zwana dalej Pzp.

² Art. 1 ust. 2 ustawy z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz.U. z 2009 r. Nr 19, poz. 101 z późn. zm.), zwana dalej ustawą koncesyjną.

³ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji (Dz.U. UE L. 94, s. 65) wprost definiuje

na zawierana pomiędzy wspomnianymi podmiotami zobowiązanymi do stosowania Pzp, dotycząca określonego przedmiotu jest zamówieniem publicznym. Zamówieniem publicznym są również umowy partnerstwa publiczno-prywatnego⁴, do zawarcia których może dojść po zastosowaniu postępowań określonych przepisami powyżej przywołanych ustaw. Konsekwencją tak przyjętego założenia jest zakwalifikowanie umów z ustawy Pzp, umów koncesji⁵ oraz umów PPP⁶ jako zamówień publicznych⁷. Scalenia poszczegól-

koncesję jako umowę odpłatną wskazując, że stroną tej umowy jest instytucja zamawiająca lub podmiot zamawiający, pkt 11 wstępu do dyrektywy, art. 1 dyrektywy.

⁴ Legalną definicję partnerstwa publiczno-prywatnego na gruncie prawa UE wprowadza art. 2 pkt 24 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1303/2013 z dnia 17 grudnia 2013 r. ustanawiające wspólne przepisy dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności, Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich oraz Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz ustanawiające przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności i Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz uchylające rozporządzenie Rady (WE) nr 1083/2006, Dz. Urz. UE L 347, s. 320. Zob. na ten temat H. Nowicki, P. Nowicki, *Partnerstwo publiczno-prywatne jako element systemu zamówień publicznych*, w: *Partnerstwo publiczno-prywatne*, red. G. Gołębiowski, K. Marchewka-Bartkowiak, Studia Biura Analiz Sejmowych 2014, nr 3 (39), s. 80 i nast.

⁵ Do wydania dyrektywy 2014/23/UE problematyka koncesji na gruncie prawa UE była uregulowana przepisami dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. UE L 134, s. 114), natomiast do koncesji trans-granicznych zastosowanie miały przepisy Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz.U. z 2004 r. Nr 90, s. 864/2 z późn. zm.), szczególnie przepisy wprowadzające zasady swobody przepływu towarów, swobody prowadzenia działalności gospodarczej, swobody świadczenia usług, równego traktowania niedyskryminacji, wzajemnej uznawalności, proporcjonalności oraz przejrzystości.

⁶ Należy uwzględnić fakt, że umowa PPP nie musi „konsumować w swej treści” umowy zamówienia publicznego lub umowy koncesji, umowy te mogą być towarzyszącymi umowie PPP, może również wystąpić połączenie oby tych umów w jedną umowę PPP, która będzie zawierała również koncesję lub zamówienie publiczne, ustawa z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz.U. z 2009 r. Nr 19, poz. 100 z późn. zm.), zwana dalej ustawą o PPP.

⁷ Przepisy rozporządzenia Delegowanego Komisji (UE) nr 110/2014 z dnia

nych rodzajów zamówień w jeden system dokonuje znowelizowany przepis dyrektywy 89/665/EWG⁸, który pod pojęciem zamówień rozumie zamówienia publiczne, umowy ramowe, koncesje na roboty budowlane i usługi oraz dynamiczny system zakupów⁹.

Przyjmując pojęcie „zamówienia publicznego” w wyżej wskazanym zakresie, przesądzamy tym samym o zaliczeniu powyższych ustaw do „prawa zamówień publicznych”¹⁰. Regulacje zawarte w tychże ustawach określają między innymi takie kwestie, jak: podmioty zobowiązanych do stosowania danych przepisów, zakres ich stosowania, kontrolę oraz środki ochrony prawnej. Przy czym, w zależności od przepisów poszczególnych ustaw, w zasadniczej części wspólny jest katalog podmiotów zobowiązanych do stosowania określonych przepisów¹¹. Ustawy powyższe zawierają ważne, szczególnie dla sektora publicznego, procedury wyłaniania podmiotów, z którymi zostaną zawarte przyszłe umowy (udzielone zamówienia publiczne). Zawarcie umowy partnerstwa publiczno-prywatnego będzie poprzedzała, w zależności od zastosowania przepisów określonej ustawy, umowę w sprawach zamówień publicznych lub umowę koncesji. Umowa PPP może również w swej treści zawierać postanowienia z umowy w sprawach zamówień publicznych albo umowy koncesji¹². Przepisy powyższych ustaw określają rów-

30 września 2013 r. w sprawie modelowego rozporządzenia finansowego dla organów realizujących partnerstwa publiczno-prywatne, o których mowa w art. 209 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE, Euratom) nr 966/2012 (Dz. Urz. UE L 38, s. 2), wskazują na potrzebę stosowania elastycznych procedur zamówień publicznych w przypadku realizacji PPP, pkt. 10 wstępu.

⁸ 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 (Dz.U. UE. L. 1989 nr 395, s. 33).

⁹ Art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665/EWG, znowelizowany przez art. 46 dyrektywy 2014/23/UE.

¹⁰ Szerzej na temat prawa zamówień publicznych i systemu tego prawa zob. H. Nowicki, *Podstawy prawne systemu zamówień publicznych w Polsce*, w: *System zamówień publicznych w Polsce*, red. J. Sadowy, Warszawa 2013, s. 55 i nast.

¹¹ Zob. art. 3 Pzp.; art. 3 ustawy koncesyjnej; art. 2 ustawy o PPP.

¹² Na temat modeli umów PPP zob. M. Kania, *Umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym. Studium administracyjnoprawne*, Katowice 2013, H. Nowicki, P. Nowicki, *Partnerstwo publiczno-prywatne*, s. 79 i nast.

nież prawa i obowiązki podmiotów prowadzących określone postępowania, jak i podmiotów uczestniczących w tych postępowaniach w charakterze wykonawcy¹³, koncesjonariusza¹⁴ bądź też partnera prywatnego¹⁵. Określając przedmiot regulacji w ustawie Pzp i ustawie koncesyjnej ujęto, że przepisy tychże ustaw zakresem swej regulacji obejmują środki ochrony prawnej. Problematyka ta pominięta jest w ustawie o PPP, której przepisy wskazują na uprawnienia kontrolne podmiotu publicznego jedynie do bieżącej kontroli realizacji przedsięwzięcia. Szczegóły i zasady przeprowadzania kontroli określa umowa PPP. Nie zmienia to faktu, że – w zależności od zastosowanych procedur wyboru partnera prywatnego – będą miały zastosowanie przepisy ustawy Pzp lub ustawy koncesyjnej w zakresie kontroli i środków ochrony prawnej.

Kolejnym istotnym pojęciem związanym z przedstawianym tematem jest kontrola i system kontroli zamówień publicznych. W zakresie rozważań dotyczących pojęcia kontroli pozwolę sobie odesłać do literatury przedmiotu¹⁶. Podejmowanie działań kontrolnych przez państwo i jego aparat w stosunku do prowadzonych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego jest formą oddziaływania, a także ingerowania w te procedury formach niewład-

¹³ Art. 2 pkt 11 Pzp.

¹⁴ Art. 2 pkt 2 ustawy koncesyjnej.

¹⁵ Art. 2 pkt 2 ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz.U. z 2009 r. Nr 19, poz. 100 z późn. zm.).

¹⁶ Zob. na ten temat: H. Nowicki, *Sądowa kontrola części systemu prawnej kontroli zamówień publicznych*, w: *Kontrola zamówień publicznych*, red. T. Kocowski, J. Sadowy, Wrocław–Warszawa 2013; H. Nowicki, *Kontrola postępowań o udzielenie zamówienia publicznego*, w: *System zamówień publicznych w Polsce*, red. J. Sadowy, Warszawa 2013; H. Nowicki, *Kontrola realizowana przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych jako element systemu kontroli zamówień publicznych*, w: *Państwo a gospodarka*, red. A. Brzezińska-Rawa, H. Nowicki, Toruń 2012; H. Nowicki, *Kontrola uprzednia realizowana przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych*, w: *Zamówienia publiczne jako instrument sprawnego wydatkowania środków unijnych*, red. E. Adamowicz, J. Sadowy, Gdańsk–Warszawa 2012; H. Nowicki, *Aktualne regulacje prawne w zakresie kontroli zamówień publicznych*, w: *Księga Jubileuszowa Profesora Stanisława Jędrzejewskiego*, Toruń 2009; J. Jagielski, *Kontrola administracji publicznej*, Warszawa 2007; S. Jędrzejewski, H. Nowicki, *Kontrola administracji publicznej*, Bydgoszcz 1995.

czych. Należy również wskazać, że działania kontrolne są podejmowane z woli organów kontroli niezależnie od woli podmiotów poddanych tejże kontroli. Problemem bardziej złożonym, wymagającym przedstawienia jest pojęcie systemu kontroli zamówień publicznych. Przyjmując istnienie systemu zamówień publicznych jako regulacji zawierającej normy publicznoprawne, należy wskazać na uprawnienia kontrolne podmiotów bezpośrednio uczestniczących w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego lub postępowaniach koncesyjnych. Kolejną grupą organów kontrolujących system zamówień publicznych są organy powołane na mocy odrębnych przepisów do kontroli zamówień publicznych oraz inne podmioty uczestniczące w tym systemie¹⁷. Przyjmując założenie o istnieniu systemu kontroli zamówień publicznych wskażę na występujące w tym systemie tylko niektóre rodzaje kontroli. Do tego systemu w pierwszej kolejności zaliczymy kontrolę wewnątrzadministracyjną¹⁸, do której włączam kontrolę Prezesa UZP. Organami kontrolującymi zaliczonymi do tej części systemu będzie również Rada Ministrów, której Prezes UZP jest zobowiązany przedkładać roczne sprawozdania z zakresu funkcjonowania systemu zamówień. Elementem kontroli jest również obowiązek Prezesa UZP do przedstawiania Prezesowi Rady Ministrów rocznej informacji o działaniu Krajowej Izby Odwoławczej wskazującej, między innymi, na problemy wynikające z orzecznictwa. Zadania kontrole wobec systemu zamówień publicznych realizują również Krajowa Izba Odwoławcza, instytucje zarządzające, regionalne izby obrachunkowe, organy samorządu terytorialnego oraz inne organy kontroli funkcjonujące w systemie administracji publicznej¹⁹. Bar-

¹⁷ Na temat systemu kontroli zamówień publicznych zob.: E. Przeszło, *Kontrola udzielania zamówień publicznych*, Poznań 2013; T. Kocowski, *Kontrola postępowania o udzielenie zamówienia publicznego*, w: *Kontrola zamówień publicznych*, red. T. Kocowski, J. Sadowy, Wrocław-Warszawa 2013; P. Szustakiewicz, *Czy istnieje system kontroli zamówień publicznych?*, w: *Kontrola zamówień publicznych*, red. T. Kocowski, J. Sadowy, Wrocław-Warszawa 2013.

¹⁸ Pod tym pojęciem rozumiem kontrolę realizowaną przez organy kontroli usytuowane w systemie administracji publicznej.

¹⁹ Możemy tu zaliczyć np. kontrolę: Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, Ministra właściwego do spraw finansów publicznych jako

dzo ważnym organem kontroli zamówień publicznych jest Najwyższa Izba Kontroli²⁰ zaliczana do kontroli zewnętrznej²¹, tzw. kontroli państwowej. Ważną częścią systemu kontroli zamówień publicznych jest kontrola sądowa²². Nie wskazując na wszystkie części tego systemu kontroli²³, przedstawię tylko dwie jego części, będące podstawowymi dla niniejszego tematu. Głównym przedmiotem prowadzonych rozważań są środki ochrony prawnej, w przypadku których będziemy mieli do czynienia, w pierwszej kolejności, z kontrolą wykonawców wobec działań zamawiającego (koncesjodawcy, partnera publicznego) oraz, w drugim etapie, z kontrolą sądową działań zamawiającego. W przypadku zamówień publicznych kontrola sądowa będzie poprzedzona kontrolą realizowaną przez Krajową Izbę Odwoławczą.

2. Środki ochrony prawnej w prawie UE

Aktualnie podstawą prawną wprowadzającą wymogi gwarantujące ce funkcjonowanie skutecznych środków ochrony prawnej są: dy-

naczelnego organu kontroli skarbowej, CBA, ABW, SKW, Policji, organów właściwych w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych, prokuratorów itd.

²⁰ Zob. M. Cichosz, *Zamówienia publiczne w świetle kontroli NIK*, w: *Kontrola zamówień publicznych*, red. T. Kocowski, J. Sadowy, Wrocław–Warszawa 2013.

²¹ Wartym zauważenia jest również fakt, że zamówienia publiczne są również obszarem zainteresowań Rzecznika Praw Obywatelskich.

²² Wskazując na kontrolę sądową, przyjmuję ją szeroko jako kontrolę realizowaną przez wszystkie sądy w stosunku do regulacji określonych jako prawo zamówień publicznych, w ramach tej kontroli należy wskazać np. na kontrolę aktów administracyjnych wydawanych na podstawie przedmiotowych regulacji oraz kontrolę sądów powszechnych w związku z prowadzonymi postępowaniami, które „przy okazji” dotyczą zamówień publicznych lub są prowadzone w związku z zamówieniami publicznymi; w przypadku partnerstwa publiczno-prywatnego może to być kontrola sądowa związana z powołaniem i funkcjonowaniem spółki mianowanej dla realizacji przedsięwzięcia.

²³ W przypadku systemu kontroli zamówień publicznych możemy wskazać na kontrolę społeczną, której jednym z elementów będzie kontrola inicjowana przez organizacje uprawnione (art. 154 pkt 5 ustawy Pzp.) do wnoszenia środ-

rektywa Rady 89/665/EWG²⁴, odnosząca się do zamówień tzw. klasycznych oraz dyrektywa Rady 92/13/EWG²⁵, wskazująca na środki ochrony prawnej zamówień tzw. sektorowych. Przepisy dyrektywy 89/665 (podobnie jak przepisy dyrektywy 92/13) wskazują na potrzebę otwarcia rynku zamówień publicznych na konkurencję wspólnotową poprzez wzrost gwarancji przejrzystości i braku dyskryminacji, którym muszą służyć skuteczne i szybkie środki odwoławcze, mające zastosowanie w przypadkach naruszenia prawa w dziedzinie zamówień publicznych i to zarówno przepisów prawa UE, jak i przepisów prawa krajowego wykonujących prawo UE. Procedury odwoławcze muszą przewidywać poddanie kontroli bezprawnych lub naruszających porządek prawny działań zamawiających, w tym możliwość zawieszania procedury udzielania zamówienia publicznego lub wykonania decyzji zamawiającego wraz z możliwością dochodzenia odszkodowania w związku z doznaniem uszczerbku będącego wynikiem naruszenia prawa. Przepisy dyrektywy wskazują, że w systemach prawnych państw członkowskich powinny być przyznane procedury odwoławcze każdemu podmiotowi, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia i który poniósł szkodę lub może ponieść szkodę w wyniku domniemanego naruszenia prawa. Przepisy państw członkowskich mogą nakładać obowiązek wszczynania procedury odwoławczej od odwołania podmiotu zainteresowanego wnoszonego do zamawia-

ków ochrony prawnej w trybie art. 179 ust. 2 ustawy Pzp. Również do systemu kontroli zamówień publicznych zaliczamy kontrolę parlamentarną oraz kontrolę Komisji Europejskiej.

²⁴ 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 dostawę i roboty budowlane (89/665/EWG), (Dz.U.UE.L.1989.395.33 z późn. zm.), przegląd prawa UE dotyczącego również kontroli zob. H. Nowicki, P. Nowicki, *Zamówienia w wybranych państwach Unii Europejskiej*, Warszawa 2012, s. 9 i nast.

²⁵ Dyrektywa Rady 92/13/EWG z dnia 25 lutego 1992 r. koordynująca przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne odnoszące się do stosowania przepisów wspólnotowych w procedurach zamówień publicznych podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (Dz.U. UE. L. nr 76, s. 14 z późn. zm.).

jącego, skutkującego zawieszeniem postępowania. Kolejnym elementem procedury odwoławczej jest przyznanie podmiotowi zainteresowanemu prawa skierowania wystąpienia do organu pierwszej instancji, który powinien być organem niezależnym od zamawiającego. W takim przypadku państwa członkowskie są zobowiązane wprowadzić przepisy zakazujące instytucji zamawiającej zawarcia umowy przed rozpatrzeniem odwołania. W przypadku, gdy organ odwoławczy nie ma charakteru sądowego, w stosunku do jego decyzji musi być przyznane prawo odwołania się od tych decyzji do sądu lub innego organu uznanego przez przepisy traktatu za sąd²⁶, który jest niezależny zarówno od zamawiającego, jak i organu odwoławczego. Procedury odwoławcze, wprowadzone przepisami dyrektywy, są uprawnieniami kontrolnymi wykonawców wobec działań zamawiającego oraz rozstrzygnięć organu odwoławczego służącymi ochronie interesu indywidualnego podmiotów ubiegających się o dane zamówienie.

Obecnie obowiązujące przepisy²⁷ dyrektywy wskazują, że zakresem jej regulacji objęte są zamówienia, do których zalicza się zamówienia publiczne, umowy ramowe, koncesje na roboty budowlane i usługi oraz dynamiczne systemy zakupów.

3. Środki ochrony prawnej w prawie krajowym

Ustawa z 1994²⁸, określając zakres regulacji, wprowadziła przepisy dotyczące trybu rozpatrywania protestów i odwołań złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Protest był wnoszony do zamawiającego na rozstrzygnięcie protestu lub braku rozstrzygnięcia we wskazanym ustawowo terminie, zainteresowanemu podmiotowi przyznano prawo złożenia odwołania

²⁶ Sąd w rozumieniu obecnego art. 267 traktatu o funkcjonowaniu UE.

²⁷ Chodzi o nowelizację wprowadzoną przepisami art. 46 dyrektywy koncesyjnej.

²⁸ Ustawa z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (tekst pierwotny: Dz.U. z 1994 r. Nr 76, poz. 344).

wnoszonego do Prezesa UZP. Odwołanie rozpatrywał zespół trzech arbitrów wskazywanych po jednym przez wnoszącego odwołanie i zamawiającego, natomiast przewodniczącego wskazywał Prezes UZP. Przepisy ustawy przyznały Prezesowi UZP prawo występowania do sądu o stwierdzenie nieważności zmian postanowień umowy²⁹. W 2003 roku³⁰ prawo powoływania arbitrów przekazano do wyłącznej kompetencji Prezesa UZP. Nowelizacją z 1997 roku³¹ wprowadzono nowy środek przyznający uczestnikom postępowania prawo złożenia skargi do sądu powszechnego na zasadach określonych w Kodeksie postępowania cywilnego. Przepisy ustawy nie określały przedmiotu skargi oraz właściwości sądów, jedynie prawodawca określił termin do złożenia skargi, które wnosi się do sądu w ciągu tygodnia od dnia doręczenia orzeczenia arbitrów. Dopiero nowelizacją z 22 czerwca 2001 roku wskazano właściwy sąd do wnoszenia skargi, którym został Sąd Okręgowy w Warszawie³². Skargę wnoszono za pośrednictwem Prezesa UZP, któremu prawodawca przyznał również prawo do wnoszenia, we własnym imieniu, skargi na orzeczenia zespołu arbitrów. Jednocześnie prawodawca wprowadził przepis odmawiający prawa złożenia kasacji do Sądu Najwyższego. Nowelizacją z 2001 roku³³ rozstrzygnięcie zespołu arbitrów zostało określone jako „wyrok zespołu arbitrów”.

Ustawa Pzp, określając przedmiot regulacji, wskazuje na środki ochrony prawnej i kontrolę udzielania zamówień publicznych, wskazując również na organy właściwe w sprawach uregulowanych w ustawie³⁴. Na rozwinięcie tak określonego przedmiotowego zakresu regulacji w zakresie środków ochrony prawnej wskazać należy, w pierwszej kolejności, przepisy działu VI „Środki ochro-

²⁹ Art. 76 ust. 3 ustawy z 1994 r.

³⁰ Ustawa z dnia 29 sierpnia 2003 r. o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych (Dz.U. z 2003 r. Nr 165, poz. 1591).

³¹ Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych. (Dz.U. z 2003 r. Nr 123, poz. 778).

³² Zob. art. 92a dodany ustawą z dnia 22 czerwca 2001 r. o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych. (Dz.U. z 2001 r. Nr 76, poz. 813 z późn. zm.).

³³ Zob. art. 81 ust 1a pkt 2 dodany ustawą z dnia 22 czerwca 2001 r. o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych. (Dz.U. z 2001 r. Nr 76, poz. 813 z późn. zm.).

³⁴ Art. 1 ustawy Pzp.

ny prawnej”, do których prawodawca zalicza obecnie odwołanie³⁵ i skargę do sądu³⁶.

W przypadku ustawy koncesyjnej określając zakres regulacji prawodawca wskazał również na środki ochrony prawnej³⁷. Ustawa koncesyjna w swych przepisach nie definiuje ani nie określa środków ochrony prawnej, wprowadza tylko przepis przyznający zainteresowanemu podmiotowi prawo wniesienia skargi do sądu administracyjnego³⁸. Prawo to przysługuje zainteresowanemu podmiotowi, który ma lub miał interes w zawarciu umowy koncesji i który poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku czynności podjętych przez koncesjodawcę z naruszeniem przepisów ustawy. Przyjęta przez ustawodawcę konstrukcja skargi wzorowana jest, w zakresie przesłanek prawa do skargi, na odpowiednich przepisach ustawy Pzp. Jednocześnie odsyłając do stosowania w postępowaniu skargowym³⁹ przepisów ustawy Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi⁴⁰.

Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym nie wprowadza szczególnych przepisów regulujących środki ochrony prawnej. W tym zakresie będą miały odpowiednie zastosowanie przepisy ustaw związanych z trybem wyboru partnera prywatnego oraz prawnej formy wspólnego realizowania przedsięwzięcia będącego przedmiotem partnerstwa. W przypadku wyboru partnera prywatnego w trybie ustawy Pzp będziemy mieli do czynienia z systemem środków ochrony prawnej wskazanym w przepisach tej ustawy. Podobnie będzie w przypadku wyboru partnera prywatnego jako koncesjonariusza, wtedy będziemy stosowali przepisy ustawy koncesyjnej. Należy jednak zwrócić uwagę, że wymogi powyższe dotyczą trybu wyboru partnera prywatnego, nie zaś samej umowy PPP. Przepisy ustawy przecież wskazują, że w przypadku niestosowania przepisów ustawy koncesyjnej i ustawy Pzp, wyboru partnera pry-

³⁵ Art. 180 ust. 1 ustawy Pzp.

³⁶ Art. 198a ust. 1 ustawy Pzp.

³⁷ Art. 1 ust. 1 ustawy koncesyjnej.

³⁸ Art. 27 ust. 1 ustawy koncesyjnej.

³⁹ Art. 27 ust. 2 ustawy koncesyjnej.

⁴⁰ Ustawa z dnia 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (tekst jednolity: Dz.U. z 2012 r., poz. 270 ze zm.).

watnego dokonuje się w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej, a także wolnej konkurencji oraz przestrzegania zasad równego traktowania, przejrzystości i proporcjonalności z jednoczesnym uwzględnieniem przepisów ustawy o PPP⁴¹. W przypadku powoływania spółki dla realizacji wspólnego przedsięwzięcia przy tworzeniu i funkcjonowaniu tego podmiotu będą miały zastosowanie odpowiednie przepisy Kodeksu spółek handlowych⁴² z uwzględnieniem właściwych regulacji ustawy o PPP.

4. Uwagi *de lege ferenda* w zakresie środków ochrony prawnej

Wskazując na obecną regulację w zakresie środków ochrony prawnej, nasuwa się szereg uwag dotyczących obecnego kształtu przepisów w tym zakresie. Pewne zastrzeżenia mogą się rodzić również w związku z podejmowanymi kolejnymi zmianami przepisów prawa, odnoszącymi się bezpośrednio czy też skutkującymi „pośrednio” na instytucję środków ochrony prawnej. Przyjmując za prawodawcę Unijnym systemowe podejście do zamówień publicznych, należy rozważyć ujednoczenie środków ochrony prawnej odnoszących się zarówno do zamówień z Pzp, jak i ustawy koncesyjnej.

W pierwszej kolejności rozważenia wymaga rozstrzygnięcie, jaki powinien być zakres podmiotów, którym przysługuje prawo do tychże środków ochrony prawnej. Ustawa Pzp określa, że przysługują one wykonawcy, uczestnikom konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Przepis ten dotyczy uprawnienia w zakresie wniesienia odwołania jako „pierwszego” środka ochrony prawnej. W przypadku wniesienia skargi do sądu uprawnionymi są uczestnicy postępowania odwoławczego. Uprawnionym do wniesienia skargi na zasadach szczególnych jest Prezes UZP,

⁴¹ Art. 4 ust. 3 ustawy o PPP.

⁴² Ustawa z dnia 15 września 200 r. Kodeks spółek handlowych (tekst jednolity: Dz.U. z 2013 r., poz. 1030 z późn. zm.).

któremu przysługuje również prawo wniesienia skargi kasacyjnej na wyrok sądu okręgowego.

Natomiast ustawa koncesyjna wskazuje na skargę do sądu administracyjnego jako jedyny środek ochrony prawnej przysługującej zainteresowanemu podmiotowi, który ma lub miał interes w zawarciu umowy koncesji i który poniósł albo może ponieść szkodę w wyniku czynności podjętych przez koncesjodawcę z naruszeniem przepisów ustawy. Przy czym ustawa definiuje pojęcie zainteresowanego podmiotu.

Wskazany powyżej zakres przysługujących uprawnień do wniesienia środków ochrony prawnej jednoznacznie wskazuje na daleko idącą rozbieżność w tym zakresie pomiędzy Pzp a ustawą koncesyjną.

Zróżnicowanie występuje również w odniesieniu do organów właściwych, do których wnoszone są środki ochrony prawnej. W przypadku ustawy Pzp organem tym jest Krajowa Izba Odwoławcza będąca organem funkcjonującym w systemie administracji publicznej⁴³. Natomiast organem rozpatrującym skargę na orzeczenie KIO jest sąd okręgowy. W przypadku postępowania odwoławczego i skargi do sądu zastosowanie mają przepisy ustawy kodeks postępowania cywilnego⁴⁴, jeżeli przepisy Pzp nie stanowią inaczej. Ustawa koncesyjna wskazuje, że w postępowaniu skargowym sto-

⁴³ Przedmiotem prowadzonych rozważań nie jest rozstrzygnięcie na temat charakteru prawnego tego organu, na ten temat zob. J. Niczyporuk, *Krajowa Izba Odwoławcza – organ administracji regulacyjnej*, w: *Nowe podejście do zamówień publicznych – zamówienia publiczne jako instrument zwiększenia innowacyjności gospodarki i zrównoważonego rozwoju. Doświadczenia polskie i zagraniczne*, red. J. Niczyporuk, J. Sadowy, M. Urbanek, Lublin 2011, s. 105; M. Grabarczyk, *Rozstrzygnięcie sporów w zakresie zamówień publicznych w Polsce i Niemczech – wybrane aspekty, próba porównania*, w: *Zamówienia publiczne jako instrument sprawnego wydatkowania środków unijnych*, red. E. Adamowicz, J. Sadowy, Gdańsk–Warszawa 2012, s. 297; K. Solecka, *Pozycja prawnoustrojowa Krajowej Izby Odwoławczej*, w: *Kontrola zamówień publicznych*, red. T. Kocowski, J. Sadowy, Wrocław–Warszawa 2013, s. 199; R. Jędrzejewski, M. Wierzbowski, *Status Krajowej Izby Odwoławczej*, w: *System zamówień publicznych w Polsce*, red. J. Sadowy, Warszawa 2013, s. 334.

⁴⁴ Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. kodeks postępowania cywilnego (tekst jednolity: Dz.U. z 2014 r., poz. 101 z późn. zm.).

suje się przepisy ustawy o postępowaniu przed sądami administracyjnymi⁴⁵, jeśli przepisy ustawy koncesyjnej nie stanowią inaczej. Sądem właściwym jest wojewódzki sąd administracyjny właściwy dla siedziby koncesyjodawcy. Oczywistym jest odmiennosc toczącego się postępowania odwoławczego i skargowego w zależności od stosowanych przepisów proceduralnych⁴⁶.

Kolejne zróżnicowanie dotyczy czynności, na które przysługują środki ochrony prawnej. Ustawa Pzp uzależnia przysługiwanie środka ochrony prawnej od wartości udzielanego zamówienia, ograniczając prawo złożenia odwołania tylko na enumeratywnie wymienione czynności zamawiającego. Zgodnie z dyspozycją art. 180 ust. 2 w przypadku zamówień o wartości mniejszej niż kwoty określone przepisami wydanymi na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie na czynności: wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę; opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu; wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia oraz odrzucenia oferty odwołującego. Wątpliwości budzi tak ukształtowany katalog podstaw złożenia odwołania, można przecież wskazać na wiele innych działań zamawiającego, które mogą powodować naruszenie interesu określonego wykonawcy w uzyskaniu danego zamówienia. Jeżeli założeniami Pzp jest, między innymi, sprzyjanie transparentności, równości i konkurencyjności, niezrozumiałym jest brak „otwarcia” odwołania na wszystkie czynności zamawiającego. Przecież prawodawca nie wprowadził takiego katalogu przy zamówieniach o większej wartości (art. 11 ust. 8), zresztą byłoby to wbrew prawu UE. Wprowadzenie katalogu w przepisie art. 180 ust 2 może sugerować podział zamówień na te, wobec których prawodawca wprowadza szczególne wymogi prawne oraz te, wobec których występują złagodzone rygory formalnoprawne. Prawodawca w ustawie Pzp wskazuje do-

⁴⁵ Ustawa z dnia 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (tekst jednolity: Dz.U. z 2012 r., poz. 270 z późn. zm.).

⁴⁶ Problematyka odmiennosci toczących się postępowań w zależności od stosowanych przepisów proceduralnych wymaga odrębnych rozważań wykraczających poza ramy przyjętego artykułu.

datkowo na szereg wymogów formalnych i proceduralnych, które musi spełnić odwołujący się. Trudno przyjąć regulację art. 181 ust. 1 jako uzupełnienie katalogu środków ochrony prawnej, nadającą zamawiającemu prawo ew. uznania racji wykonawcy wskazanych w przekazanej informacji. Poprzez treść przepisu 181 ust. 1 sam prawodawca potwierdza możliwość podjęcia przez zamawiającego czynności niezgodnych z prawem lub niepodjęcia czynności, do których był zobowiązany. Tym samym prawodawca dopuszcza działania zamawiającego naruszające porządek prawny, w stosunku do których wykonawcy nie przyznano środków ochrony prawnej.

Uprawnienie wnoszenia odwołania⁴⁷ przez organizacje wpisane na listę prowadzoną, zgodnie z art. 154 pkt 5, przez Prezesa UZP wydaje się być już przeżytkiem i w obecnym systemie prawnym trudno znaleźć *ratio legis* utrzymania takiego uprawnienia. Powyższe uprawnienie można by uznać za zasadne jedynie w przypadku powołania oraz funkcjonowania w naszym systemie prawnym samorządu gospodarczego, podobnie do funkcjonujących obecnie niektórych samorządów zawodowych.

Ustawa koncesyjna wskazuje, że każda czynność podjęta przez koncesjodawcę, naruszająca przepisy ustawy może stanowić podstawę do wniesienia skargi, jeżeli zainteresowany podmiot podnieść występowanie jakiegokolwiek interesu prawnego lub faktycznego w zawarciu umowy koncesji. Prawo wniesienia skargi nie doznaje żadnych ograniczeń ze względu na wartość koncesji.

Podchodząc systemowo do zamówień publicznych, wartym zwrócenia uwagi jest również problem podnoszenia progów wartości od wystąpienia których zamawiający zobowiązany jest stosować przepisy ustawy Pzp (art. 4 pkt 8). Podniesienie wartości zamówień, przy udzielaniu których stosuje się Pzp, powoduje, że zamówienia poniżej tych wartości nie podlegają przepisom ustawy, a tym samym wykonawcom w nich uczestniczącym nie przysługują środki ochrony prawnej. Podobnie należy podejść do zamówień regulowanych przepisami innych ustaw, które to przepisy wprowadzają odrębne procedury udzielania tychże zamówień, wyłączając stosowanie przepisów ustawy Pzp, tym samym również wyłączając

⁴⁷ Art. 179 ust. 2 Pzp.

stosowanie przepisów dotyczących środków ochrony prawnej⁴⁸. Przykładem może być nowelizacja Pzp dotycząca udzielania zamówień z dziedziny nauki, których udzielanie regulowane jest ustawą o zasadach finansowania nauki⁴⁹. Przepisy tej ustawy nie przewidują żadnych rozwiązań gwarantujących ochronę interesu wykonawców (środków ochrony prawnej), natomiast kontrolę wydatkowania środków finansowych na naukę wykonuje, co do zasady, właściwy minister.

Nie znajduję żadnej racjonalnej przesłanki tak odmiennego ukształtowania zakresu podmiotów uprawnionych do wnoszenia środków ochrony prawnej, w tym uzależniania prawa do nich od wartości zamówienia. Tym bardziej, że w kolejnych nowelizacjach prawodawca wskazuje na zwiększającą się rolę zamawiającego poprzez zwiększanie jego samodzielności i tym samym odpowiedzialności za realizację zamówień publicznych. Oznacza to, że aby zagwarantować podstawowe cele systemu prawa zamówień publicznych, należy wprowadzać skuteczne rozwiązania prawne gwarantujące ochronę prawną wykonawcom przed naruszającymi porządek prawny działaniami zamawiających. Przyjmując system prawny zamówień publicznych obejmujący – obok klasycznych zamówień (Pzp) – umowy koncesji, należy ujednoczyć nie tylko środki ochrony prawnej. Ujednoczeniu powinien być poddany system organów je rozpatrujących. Należy rozważyć przyjęcie jednego z dotychczasowych rozwiązań – KIO, następnie sąd okręgowy lub wojewódzki sąd administracyjny ze skargą kasacyjną. Można również rozważyć inny model organów rozpatrujących środki ochrony prawnej, ważne, aby model ten był jednolity i gwarantował właściwe jego funkcjonowanie. Przy czym należy brać pod uwagę zakresy kognicji poszczególnych sądów w tych procedurach uczestniczących. Szczególnie zwrócić uwagę należy, aby przy rozpatrywaniu środków ochrony prawnej, nie tylko odnoszono się do „legalności procedur”, warto też ażeby organy, w tym sądy, rozpatrujące środ-

⁴⁸ Zob. ustawa z dnia 14 marca 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2014 r., poz. 423).

⁴⁹ Ustawa z dnia 30 kwietnia 2010 r. o zasadach finansowania nauki (tekst jednolity: Dz.U. z 2014 r., poz. 1620).

ki ochrony prawnej, mogły badać np. ekonomiczne podejście do działań poddanych kontroli.

STRESZCZENIE

Środki ochrony prawnej w systemie kontroli zamówień publicznych

Głównym przedmiotem prowadzonych rozważań są środki ochrony prawnej w systemie zamówień publicznych, w szczególności środki związane z kontrolą wykonawców wobec działań zamawiającego (koncesjodawcy, partnera publicznego) oraz z sądową kontrolą działań zamawiającego. W pierwszej kolejności zdefiniowany został system zamówień publicznych i system kontroli zamówień publicznych. Przedmiotowa analiza doprowadziła do wskazania organów uprawnionych do kontroli w systemie zamówień publicznych. Powyższe ustalenia posłużyły do przeprowadzenia szczegółowych rozważań w zakresie środków ochrony prawnej. Ustalenia w tym zakresie prowadzone są zarówno w oparciu o prawo krajowe, jak i europejskie.

Słowa kluczowe: system zamówień publicznych; kontrola; środki ochrony prawnej; Prawo zamówień publicznych; partnerstwo publiczno-prywatne; koncesja na usługi i roboty budowlane

SUMMARY

Protection Legal System of Control in Public Procurement

The main subject for discussion are measures of legal protection in public procurement system, in particular those related to the control of contractors the actions of the contracting authority (grantor, the public partner) and the judicial review of the activities of the contracting authority. In the first place it has been defined public procurement system and control system for public procurement. This analysis led to state control competent authorities in the public procurement system. The above findings were used to carry out detailed consideration of measures for legal protection. The findings in this area are carried out both on the basis of national law and European.

Keywords: public procurement system; legal control; legal remedies; Public Procurement Law; public-private partnership; service concession and public works contracts

BIBLIOGRAFIA

- Cichosz M., *Zamówienia publiczne w świetle kontroli NIK*, w: *Kontrola zamówień publicznych*, red. T. Kocowski, J. Sadowy, Wrocław-Warszawa 2013.
- Grabarczyk M., *Rozstrzyganie sporów w zakresie zamówień publicznych w Polsce i Niemczech – wybrane aspekty, próba porównania*, w: *Zamówienia publiczne jako instrument sprawnego wydatkowania środków unijnych*, red. E. Adamowicz, J. Sadowy, Gdańsk-Warszawa 2012.
- Jagielski J., *Kontrola administracji publicznej*, Warszawa 2007.
- S. Jędrzejewski, H. Nowicki, *Kontrola administracji publicznej*, Bydgoszcz 1995.
- Jędrzejewski R., Wierzbowski M., *Status Krajowej Izby Odwoławczej*, w: *System zamówień publicznych w Polsce*, red. J. Sadowy, Warszawa 2013.
- Kania M., *Umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym. Studium administracyjnoprawne*, Katowice 2013.
- Kocowski T., *Kontrola postępowania o udzielenie zamówienia publicznego*, w: *Kontrola zamówień publicznych*, red. T. Kocowski, J. Sadowy, Wrocław-Warszawa 2013.
- Niczyporuk J., *Krajowa Izba Odwoławcza – organ administracji regulacyjnej*, w: *Nowe podejście do zamówień publicznych – zamówienia publiczne jako instrument zwiększenia innowacyjności gospodarki i zrównoważonego rozwoju. Doświadczenia polskie i zagraniczne*, red. J. Niczyporuk, J. Sadowy, M. Urbanek, Lublin 2011.
- Nowicki H., *Aktualne regulacje prawne w zakresie kontroli zamówień publicznych*, w: *Księga Jubileuszowa Profesora Stanisława Jędrzejewskiego*, Toruń 2009.
- Nowicki H., *Kontrola postępowań o udzielenie zamówienia publicznego*, w: *System zamówień publicznych w Polsce*, red. J. Sadowy, Warszawa 2013.
- Nowicki H., *Kontrola realizowana przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych jako element systemu kontroli zamówień publicznych*, w: *Państwo a gospodarka*, red. A. Brzezińska-Rawa, H. Nowicki, Toruń 2012.
- Nowicki H., *Kontrola uprzednia realizowana przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych*, w: *Zamówienia publiczne jako instrument sprawnego wydatkowania środków unijnych*, red. E. Adamowicz, J. Sadowy, Gdańsk-Warszawa 2012.

- Nowicki H., Nowicki P., *Partnerstwo publiczno-prywatne jako element systemu zamówień publicznych*, w: *Partnerstwo publiczno-prywatne*, red. G. Gołębiowski, K. Marchewka-Bartkowiak, *Studia Biura Analiz Sejmowych* 2014, nr 3 (39).
- Nowicki H., Nowicki P., *Zamówienia w wybranych państwach Unii Europejskiej*, Warszawa 2012.
- Nowicki H., *Podstawy prawne systemu zamówień publicznych w Polsce*, w: *System zamówień publicznych w Polsce*, red. J. Sadowy, Warszawa 2013.
- Nowicki H., *Sądowa kontrola części systemu prawnej kontroli zamówień publicznych*, w: *Kontrola zamówień publicznych*, red. T. Kocowski, J. Sadowy, Wrocław-Warszawa 2013.
- Przeszło E., *Kontrola udzielania zamówień publicznych*, Poznań 2013.
- Solecka K., *Pozycja prawnoustrojowa Krajowej Izby Odwoławczej*, w: *Kontrola zamówień publicznych*, red. T. Kocowski, J. Sadowy, Wrocław-Warszawa 2013.
- Szustakiewicz P., *Czy istnieje system kontroli zamówień publicznych?*, w: *Kontrola zamówień publicznych*, red. T. Kocowski, J. Sadowy, Wrocław-Warszawa 2013.