

PROCEDURY ODWOŁAWCZE W EUROPEJSKIM PRAWIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Aleksandra Sołtysińska

PROCEDURY ODWOŁAWCZE W EUROPEJSKIM PRAWIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Aleksandra Sołtysińska

SERIA **MONOGRAFIE**

Stan prawny na 17 lipca 2021 r.

Aleksandra Sołtysińska, ORCID nr: 0000-0003-4211-229X

Recenzent
Prof. dr hab. Paweł Nowicki

Wydawca
Izabella Małecka

Redaktor prowadzący
Tomasz Pietrzak

Opracowanie redakcyjne
Małgorzata Masłowska

Projekt okładek serii
Wojtek Kwiecień-Janikowski, Przemek Dębowski

prawolubni

Ta książka jest wspólnym dziełem twórcy i wydawcy. Prosimy, byś przestrzegał przysługujących im praw. Książkę możesz udostępnić osobom bliskim lub osobiście znanym, ale nie publikuj jej w internecie. Jeśli cytujesz fragmenty, nie zmieniaj ich treści i koniecznie zaznacz, czyje to dzieło. A jeśli musisz skopiować część, rób to jedynie na użytek osobisty.

Szanujmy prawo i własność
Więcej na www.legalnakultura.pl
Polska Izba Książki

© Copyright by Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o., Warszawa 2021

ISBN 978-83-8246-148-0
ISSN 1897-4392

Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o.
Dział Praw Autorskich
01-208 Warszawa, ul. Przyokopowa 33
tel. 22 535 82 19
e-mail: PL-ksiazki@wolterskluwer.com

księgarnia internetowa www.profinfo.pl

SPIS TREŚCI

| | |
|---------------------|----|
| Wykaz skrótów | 15 |
|---------------------|----|

| | |
|---|----|
| Wprowadzenie – przedstawienie celów i obszarów badawczych | 17 |
|---|----|

Część pierwsza

POWSTANIE I ZASADY EUROPEJSKICH PROCEDUR ODWOŁAWCZYCH

Rozdział 1

Powstanie, założenia i charakterystyka unijnego modelu procedur

| | |
|---|-----------|
| odwoławczych w zamówieniach publicznych | 39 |
| 1.1. Historia powstania regulacji unijnych koordynujących procedury udzielania zamówień publicznych | 39 |
| 1.2. Uchwalenie dyrektyw koordynujących procedury odwoławcze w zamówieniach publicznych | 42 |
| 1.3. Procedury odwoławcze jako mechanizmy egzekwowania prawa zamówień publicznych..... | 47 |
| 1.4. Kompetencje UE do uchwalenia dyrektyw odwoławczych | 50 |
| 1.5. Dyrektywy odwoławcze w świetle art. 47 KPP | 54 |
| 1.6. Cele ustawodawcy unijnego wyrażone w preambułach do dyrektyw odwoławczych | 56 |
| 1.7. Specyfika rozwiązań dotyczących procedur odwoławczych w zamówieniach publicznych | 59 |
| 1.8. Specyfika rozwiązań ponadnarodowych w tworzeniu procedur odwoławczych w zamówieniach publicznych | 69 |
| 1.9. Bezpośrednia skuteczność postanowień dyrektyw odwoławczych | 71 |
| 1.10. Dyrektywy odwoławcze a mechanizmy egzekwowania prawa z kategorii <i>public enforcement</i> | 72 |
| 1.11. Inne mechanizmy zapewniające efektywność dyrektyw zamówieniowych na poziomie UE: mechanizm korygujący oraz skarga z art. 258 TFUE | 77 |
| 1.12. Procedury odwoławcze dostępne w przypadku zamówień krajowych, nieobjętych zakresem dyrektyw zamówieniowych | 80 |

| | |
|--|----|
| 1.13. Dostęp do procedur odwoławczych w kontekście międzynarodowych zobowiązań UE i państw członkowskich | 85 |
| 1.14. Zamówienia publiczne Unii Europejskiej | 94 |
| 1.15. Uwagi końcowe | 95 |

Rozdział 2

| | |
|--|-----------|
| Rozwój prawa zamówień publicznych w Polsce | 97 |
| 2.1. Prawo zamówień publicznych w ujęciu historycznym – wprowadzenie | 97 |
| 2.2. Charakterystyka prawa zamówień publicznych w Polsce | 99 |
| 2.3. Procedury odwoławcze w polskich zamówieniach publicznych - wprowadzenie..... | 109 |
| 2.4. Uwagi końcowe | 110 |

Rozdział 3

| | |
|--|------------|
| Zasady procedur odwoławczych w unijnym prawie zamówień publicznych | 113 |
| 3.1. Wprowadzenie | 113 |
| 3.2. Zasada dostępu do efektywnych procedur odwoławczych w zamówieniach publicznych | 115 |
| 3.3. Zasada niedyskryminacji i równoważności..... | 121 |
| 3.4. Zasada szybkości procedur odwoławczych w zamówieniach publicznych..... | 125 |
| 3.5. Zasada przejrzystości | 128 |

Część druga

PODSTAWOWE ELEMENTY PROCEDUR ODWOŁAWCZYCH

Rozdział 1

| | |
|--|------------|
| Zakres podmiotowy procedur odwoławczych w zamówieniach publicznych – problematyka legitymacji procesowej | 143 |
| 1.1. Zagadnienia wstępne | 143 |
| 1.2. Podmioty uprawnione do wnoszenia środków ochrony prawnej w unijnym prawie zamówień publicznych | 144 |
| 1.3. Zmiany zakresu podmiotowego w procesie implementacji dyrektyw odwoławczych | 146 |
| 1.4. Przesłanka interesu w uzyskaniu danego zamówienia | 147 |
| 1.5. Interes w uzyskaniu konkretnego zamówienia publicznego | 149 |
| 1.6. Pojęcie interesu w uzyskaniu „danego zamówienia” oraz jego utrata w świetle orzecznictwa TS | 152 |
| 1.7. Interes w uzyskaniu danego zamówienia a zasady reprezentacji określone w prawie krajowym w przypadku grupy wykonawców w świetle orzecznictwa TS | 164 |
| 1.8. Interes podwykonawcy w uzyskaniu zamówienia | 170 |

| | |
|--|-----|
| 1.9. Uprawnienie do kwestionowania modyfikacji umów w sprawie zamówienia | 172 |
| 1.10. Związek przyczynowy pomiędzy uszczerbkiem lub narażeniem na uszczerbek a naruszeniem prawa przez zamawiającego | 173 |
| 1.11. Środki ochrony prawnej dla zamawiających | 173 |
| 1.12. Środki ochrony prawnej skierowane przeciwko innym podmiotom niż zamawiający – możliwość powołania się na zasadę skutecznej ochrony sądowej | 174 |
| 1.13. Krąg podmiotów uprawnionych do wnoszenia środków ochrony prawnej w polskim prawie zamówień publicznych i przy udzielaniu koncesji | 174 |
| 1.13.1. Zagadnienie koncentracji środków ochrony prawnej | 179 |
| 1.13.2. Legitymacja grupy wykonawców | 182 |
| 1.13.3. Inne podmioty uprawnione do wnoszenia środków odwoławczych | 184 |
| 1.14. Uwagi końcowe | 184 |

Rozdział 2

Decyzje zamawiającego jako przedmiot kontroli inicjowanej przez

| | |
|--|-----|
| wykonawców | 187 |
| 2.1. Uwagi wprowadzające dotyczące pojęcia „decyzji” zamawiającego w świetle prawa UE | 187 |
| 2.2. Wykładnia pojęcia „decyzji” zamawiającego w świetle orzecznictwa TS | 190 |
| 2.3. Określenie organu podejmującego „decyzję” podlegającą kontroli zgodnie z dyrektywami odwoławczymi | 195 |
| 2.4. Przesłanka naruszenia prawa w dziedzinie zamówień publicznych | 198 |
| 2.5. Dopuszczalność kontroli legalności projektu umowy w sprawie zamówienia | 201 |
| 2.6. Kontrola zgodności decyzji zamawiającego z zasadami prawa zamówień publicznych: decyzja o wyborze trybu postępowania i fakultatywnej podstawy wykluczenia | 206 |
| 2.7. Wnioski końcowe | 209 |

Rozdział 3

Forum rozstrzygania sporów w zamówieniach publicznych

| | |
|--|-----|
| 3.1. Wprowadzenie | 211 |
| 3.2. Środek odwoławczy wnoszony do zamawiającego | 213 |
| 3.3. Organy niesądowe – wyspecjalizowane organy administracji oraz komisje arbitrażowe | 218 |
| 3.3.1. Wyspecjalizowane organy administracji oraz organy administracji <i>quasi-sądowe</i> | 221 |

| | |
|--|-----|
| 3.3.2. Alternatywne metody rozstrzygania sporów – komisje arbitrażowe | 224 |
| 3.4. Krajowa Izba Odwoławcza jako przykład organu administracji rozstrzygającego spory w dziedzinie zamówień publicznych | 227 |
| 3.5. Sądy krajowe | 243 |
| 3.6. Prawo dostępu do sądu w rozumieniu art. 47 KPP oraz zakres kontroli sądowej | 248 |
| 3.7. Uwagi końcowe | 253 |

Rozdział 4

Terminy dochodzenia i rozpoznawania środków ochrony prawnej

| | |
|--|------------|
| w zamówieniach publicznych | 255 |
| 4.1. Zagadnienia wstępne | 255 |
| 4.2. Terminy do wnoszenia środków ochrony prawnej w unijnym prawie zamówień publicznych | 257 |
| 4.3. Ustalenie początku biegu terminów | 261 |
| 4.4. Wiedza skarżącego o powstałym naruszeniu prawa zamówień publicznych | 262 |
| 4.5. Obowiązek uzasadnienia doręczanej decyzji | 268 |
| 4.6. Wymóg dostatecznej precyzji przepisów regulujących terminy krajowe w kontekście zasady pewności prawa i skuteczności | 272 |
| 4.7. Obowiązki sądów krajowych w przypadku rozstrzygania spraw na podstawie przepisów dotyczących terminów, które nie spełniają wymogów zasady skuteczności i pewności prawa | 275 |
| 4.8. Wymóg autonomicznego zaskarżenia decyzji zamawiającego | 276 |
| 4.9. Ocena skuteczności terminu w kontekście wzajemnej relacji pomiędzy środkami ochrony prawnej | 277 |
| 4.10. Implementacja regulacji unijnych w zakresie terminów na wnoszenie i rozpoznawanie środków ochrony prawnej | 280 |
| 4.11. Terminy na wnoszenie środków ochrony prawnej w polskim prawie zamówień publicznych | 280 |
| 4.12. Uwagi końcowe | 286 |

Część trzecia

ŚRODKI OCHRONY PRAWNEJ W PROCEDURACH ODWOŁAWCZYCH

Rozdział 1

Środki ochrony prawnej skutkujące uchynieniem lub doprowadzeniem do

| | |
|---|------------|
| uchylenia bezprawnych decyzji zamawiającego | 291 |
| 1.1. Uwagi ogólne | 291 |
| 1.2. Regulacje unijne dotyczące uchylenia bezprawnych decyzji zamawiającego | 293 |

| | |
|--|-----|
| 1.3. Odwołanie i skarga z ustawy p.z.p. jako przykład implementacji środka ochrony prawnej w postaci żądania uchylenia lub doprowadzenia do uchylenia bezprawnej decyzji zamawiającego | 299 |
| 1.3.1. Odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej | 299 |
| 1.4. Postępowanie skargowe przed Sądem Okręgowym w Warszawie – sądem zamówień publicznych | 305 |
| 1.5. Uwagi końcowe | 316 |

Rozdział 2

| | |
|--|-----|
| Środki tymczasowe oraz okres zawieszenia typu <i>standstill</i> | 319 |
| 2.1. Uwagi ogólne | 319 |
| 2.2. Środki tymczasowe w unijnym prawie zamówień publicznych | 321 |
| 2.3. Ocena testu bilansowania interesów w świetle orzecznictwa sądów unijnych | 327 |
| 2.4. Okres zawieszenia typu <i>standstill</i> oraz obowiązki informacyjne zamawiającego | 332 |
| 2.5. Środki tymczasowe w procesie implementacji – przykłady rozwiązań w państwach członkowskich UE | 340 |
| 2.6. Środki tymczasowe oraz okres zawieszenia typu <i>standstill</i> w polskim prawie zamówień publicznych | 345 |
| 2.6.1. Uchylenie zakazu zawarcia umowy | 347 |
| 2.6.2. Postępowanie zabezpieczające na etapie wnoszenia skargi | 351 |
| 2.7. Uwagi końcowe | 353 |

Rozdział 3

| | |
|---|-----|
| Nieskuteczność umowy w sprawie zamówienia i inne kary | 355 |
| 3.1. Uwagi wprowadzające | 355 |
| 3.2. Obowiązek rozwiązania umowy w sprawie zamówienia | 360 |
| 3.3. Obligatoryjne przesłanki nieskuteczności umowy w sprawie zamówienia | 370 |
| 3.4. Udzielenie zamówienia z zaniechaniem obowiązku uprzedniej publikacji ogłoszenia | 371 |
| 3.5. Ogłoszenie o dobrowolnej przejrzystości <i>ex ante</i> | 374 |
| 3.6. Kwalifikowane naruszenie okresu zawieszenia typu <i>standstill</i> | 381 |
| 3.7. Przesłanka wynikająca z odstąpienia od okresu zawieszenia typu <i>standstill</i> w przypadku zamówień opartych na umowie ramowej i dynamicznym systemie zakupów | 382 |
| 3.8. Dobrowolne przyjęcie okresu zawieszenia typu <i>standstill</i> w celu ochrony umowy przed sankcją nieskuteczności w przypadku zamówień opartych na umowie ramowej i dynamicznym systemie zakupów | 384 |

| | |
|--|-----|
| 3.9. Przesłanki fakultatywnej nieskuteczności umowy w sprawie zamówienia oraz innych kar | 386 |
| 3.10. Przesłanki zastosowania innych kar | 387 |
| 3.11. Pojęcie nieskuteczności umowy | 389 |
| 3.12. Pojęcie nieskuteczności umowy w procesie implementacji w wybranych państwach członkowskich | 391 |
| 3.13. Pojęcie innych kar | 397 |
| 3.14. Zachowanie skutków umowy w mocy z powodu nadrzędnych przyczyn związanych z interesem ogólnym | 398 |
| 3.15. Podmioty legitymowane do żądania uznania umowy za nieskuteczną | 406 |
| 3.16. Sankcja nieskuteczności w przypadku modyfikacji umów | 408 |
| 3.17. Odszkodowanie dla strony umowy uznanej za nieskuteczną | 413 |
| 3.18. Zagadnienie nieskuteczności umowy ramowej | 417 |
| 3.19. Uwagi podsumowujące | 424 |

Rozdział 4

Implementacja sankcji nieskuteczności umowy i innych kar do prawa

| | |
|--|-----|
| polskiego | 427 |
| 4.1. Uwagi wprowadzające | 427 |
| 4.2. Przesłanki unieważnienia umowy w sprawie zamówienia | 429 |
| 4.3. Ogłoszenie o dobrowolnej przejrzystości <i>ex ante</i> | 433 |
| 4.4. Legitymacja do żądania unieważnienia umowy na podstawie art. 457 ust. 1 p.z.p. oraz terminy na wnoszenie środka ochrony prawnej | 433 |
| 4.5. Skutki unieważnienia umowy oraz kary finansowe | 435 |
| 4.6. Ważny interes publiczny jako przesłanka utrzymania umowy w mocy | 439 |
| 4.7. Unieważnienie zmian umowy w sprawie zamówienia | 442 |
| 4.8. Uprawnienia Prezesa UZP do żądania unieważnienia umowy | 446 |
| 4.9. Relacja pomiędzy środkami ochrony prawnej z ustawy p.z.p. a powództwem z art. 189 k.p.c. i art. 58 § 1 k.c. w kontekście zamówienia udzielonego z pominięciem obowiązku stosowania ustawy p.z.p. | 448 |
| 4.10. Unieważnienie umowy w sprawie zamówienia na podstawie art. 70 ⁵ k.c. | 454 |
| 4.11. Odstąpienie od umowy w sprawie zamówienia | 460 |
| 4.12. Uwagi końcowe | 462 |

Rozdział 5

| | |
|---|-----|
| Odszkodowanie | 465 |
| 5.1. Regulacje dotyczące odszkodowań zawarte w dyrektywach odwoławczych | 465 |

| | |
|--|-----|
| 5.2. Relacja pomiędzy odszkodowaniem a innymi środkami ochrony prawnej dostępnymi na podstawie dyrektyw odwoławczych | 469 |
| 5.2.1. Odszkodowanie a odwołanie zmierzające do uchylenia bezprawnej decyzji | 469 |
| 5.2.2. Terminy na wnoszenie poszczególnych środków ochrony prawnej | 474 |
| 5.2.3. Odszkodowanie a sankcja nieskuteczności umowy | 475 |
| 5.2.4. Swoboda wyboru danego środka ochrony prawnej | 476 |
| 5.3. Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości dotyczące zasad dochodzenia roszczeń odszkodowawczych w zamówieniach publicznych | 480 |
| 5.4. Pojęcie „winy” jako niedopuszczalnej przesłanki odpowiedzialności odszkodowawczej zamawiającego | 486 |
| 5.5. Odpowiedzialność odszkodowawcza na podstawie dyrektyw odwoławczych, a zasada odpowiedzialności odszkodowawczej państw członkowskich UE za naruszenie prawa unijnego | 490 |
| 5.6. Odpowiedzialność odszkodowawcza UE za naruszenie prawa unijnego – analiza w kontekście prawa zamówień publicznych | 497 |
| 5.6.1. Uwagi wprowadzające | 497 |
| 5.6.2. Przesłanka wystarczająco poważnego naruszenia prawa w orzecznictwie Sądu | 500 |
| 5.6.3. Koszty przygotowania oferty i udziału w przetargu jako szkoda objęta odpowiedzialnością odszkodowawczą w świetle orzecznictwa Sądu | 503 |
| 5.6.4. „Utracona szansa” uzyskania zamówienia jako szkoda objęta odpowiedzialnością odszkodowawczą w świetle orzecznictwa Sądu | 505 |
| 5.6.5. Szkoda niemajątkowa w świetle orzecznictwa Sądu | 513 |
| 5.6.6. Roszczenie o zasądzenie odsetek w świetle orzecznictwa Sądu | 514 |
| 5.6.7. Podsumowanie orzecznictwa Sądu | 515 |
| 5.7. Orzecznictwo Trybunału EFTA | 516 |
| 5.8. Roszczenia odszkodowawcze w innych regulacjach prawa pochodnego UE oraz GPA | 523 |
| 5.9. Zakres odszkodowania przysługującego poszkodowanemu wykonawcy od zamawiającego w świetle dyrektyw odwoławczych | 526 |
| 5.9.1. Zasada pełnej rekompensaty | 526 |
| 5.9.2. Zwrot kosztów przygotowania oferty i udziału w przetargu jako szkoda objęta odszkodowaniem | 528 |
| 5.9.3. „Utrata szansy” na uzyskanie zamówienia publicznego jako szkoda podlegająca rekompensacie | 530 |
| 5.10. Odpowiedzialność odszkodowawcza zamawiającego na etapie realizacji umowy w sprawie zamówienia | 537 |

| | |
|--|-----|
| 5.11. Odpowiedzialność odszkodowawcza innych podmiotów niż zamawiający | 538 |
| 5.12. Wnioski końcowe..... | 539 |

Rozdział 6

| | |
|--|------------|
| Polskie regulacje dotyczące odszkodowania w zamówieniach publicznych | 541 |
| 6.1. Funkcje i modele odpowiedzialności odszkodowawczej | 541 |
| 6.2. Odszkodowanie przewidziane w ustawie p.z.p. na wypadek unieważnienia przetargu z przyczyn leżących po stronie zamawiającego | 542 |
| 6.3. Podstawa prawna odpowiedzialności odszkodowawczej zamawiających w zakresie nieobjętym art. 261 p.z.p. – zagadnienia wprowadzające | 547 |
| 6.3.1. Pytanie o kwalifikację odpowiedzialności odszkodowawczej zamawiającego w prawie polskim | 549 |
| 6.3.2. Zakres kontraktowej odpowiedzialności odszkodowawczej zamawiającego..... | 555 |
| 6.3.3. Ocena polskich regulacji w świetle dyrektyw odwoławczych | 559 |
| 6.4. Odpowiedzialność zamawiającego za uchylenie się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia | 561 |
| 6.5. Dochodzenie odszkodowania w kontekście relacji pomiędzy środkami ochrony prawnej | 563 |
| 6.5.1. Odszkodowanie a odwołanie do KIO | 563 |
| 6.5.2. Odszkodowanie a unieważnienie umowy w sprawie zamówienia | 567 |
| 6.6. Propozycje rozwiązań prawnych w zakresie odpowiedzialności odszkodowawczej zamawiających | 567 |

Część czwarta
EFEKTYWNOŚĆ EUROPEJSKICH PROCEDUR ODWOŁAWCZYCH

| | |
|--|-----|
| Rozdział 1 | |
| Uwagi wprowadzające | 577 |
| Rozdział 2 | |
| Poziom realizacji celów europejskich procedur odwoławczych oraz kompletności rozwiązań prawnych | 579 |
| Rozdział 3 | |
| Korzyści wynikające z ustanowienia europejskich procedur odwoławczych dla wykonawców | 587 |
| Rozdział 4 | |
| Potencjalne ułomności wszystkich rodzajów procedur odwoławczych w zamówieniach publicznych | 591 |
| Rozdział 5 | |
| Efektywność europejskich procedur odwoławczych a orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości w kontekście zdolności przewidywania zmian społeczno-gospodarczych | 595 |
| Rozdział 6 | |
| Zasada szybkości w praktyce państw członkowskich UE i jej wpływ na efektywność procedur odwoławczych | 599 |
| Rozdział 7 | |
| Zasada przejrzystości w praktyce państw członkowskich UE i jej wpływ na efektywność procedur odwoławczych | 605 |
| Rozdział 8 | |
| Koszty sądowe i obsługi prawnej w sporach dotyczących zamówień publicznych | 609 |
| Rozdział 9 | |
| Środki tymczasowe i okres zawieszenia typu <i>standstill</i> | 615 |
| Rozdział 10 | |
| Środki ochrony prawnej post-kontraktowe – odszkodowanie i sankcja nieskuteczności umowy w sprawie zamówienia | 619 |

| | |
|---------------------------|-----|
| Rozdział 11 | |
| Podsumowanie | 625 |
| Zakończenie | 627 |
| Bibliografia | 633 |

WYKAZ SKRÓTÓW

akty prawne

- dyrektywy odwoławcze – dyrektywa 89/665/EWG i dyrektywa 92/13/EWG zmienione dyrektywą 2007/66/WE
- EKPCz – europejska Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z 4.11.1950 r. zmieniona Protokołami nr 3,5,8 i uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm.)
- GPA – Porozumienie w sprawie zamówień rządowych zawarte w ramach Światowej Organizacji Handlu 15.04.1994 r., w Marrake-szu (Dz.Urz. UE L 336) i zmienione Protokołem z 30.03.2012 r. (Dz.Urz. UE z 7.03.2014, L 68)
- k.c. – ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2020 r. poz. 1740 ze zm.)
- k.p.a. – ustawa z 14.06.1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2021 r. poz. 735 ze zm.)
- k.p.c. – ustawa z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 2020 r. poz. 1575 ze zm.)
- Konstytucja RP – Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm.)
- KPP – Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej (Dz.Urz. UE C 303 z 14.12.2007)
- TFUE – Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, wersja skonsolido-wana (Dz.Urz. UE C 202 z 7.06.2016)
- TUE – Traktat o Unii Europejskiej, wersja skonsolidowana (Dz.Urz. UE C 326 z 26.10.2012)
- p.z.p. – ustawa z 11.09.2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.)
- p.z.p. z 2004 r. – ustawa z 29.01.2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) – nie obowiązuje

czasopisma i publikatory

| | | |
|--------------|---|--|
| Dz.U. | - | Dziennik Ustaw |
| Dz.Urz. UE C | - | Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej, seria C |
| Dz.Urz. UE L | - | Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej, seria L |
| EPPPL | - | European Procurement & Public Private Partnership Law Review |
| EPS | - | Europejski Przegląd Sądowy |
| KPZP | - | Kwartalnik Prawa Zamówień Publicznych |
| MP | - | Monitor Prawniczy |
| OSA | - | Orzecznictwo Sądów Apelacyjnych |
| OSP | - | Orzecznictwo Sądów Polskich |
| OSNC | - | Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Cywilna (od 1962 r. do końca 1994 r. – OSNCP) |
| OTK | - | Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego |
| PiP | - | Państwo i Prawo |
| PPH | - | Przegląd Prawa Handlowego |
| PPLR | - | Public Procurement Law Review |
| PS | - | Przegląd Sądowy |
| PUG | - | Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego |
| PZP | - | Prawo Zamówień Publicznych |
| SPP | - | Studia Prawa Publicznego |
| RPEiS | - | Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Społeczny |
| UrT | - | Upphandlingsrättslig Tidskrift |
| ZP Doradca | - | Zamówienia Publiczne. Doradca |

Instytucje

| | | |
|-----|---|----------------------------|
| KIO | - | Krajowa Izba Odwoławcza |
| SN | - | Sąd Najwyższy |
| SO | - | Sąd Okręgowy |
| SR | - | Sąd Rejonowy |
| TK | - | Trybunał Konstytucyjny |
| TS | - | Trybunał Sprawiedliwości |
| UZP | - | Urząd Zamówień Publicznych |

WPROWADZENIE – PRZEDSTAWIENIE CELÓW I OBSZARÓW BADAWCZYCH

1. Uwagi wstępne

Prawo unijne stanowi szczególny porządek prawny, a uprawnienia jednostek i ich korzyści wynikające ze wspólnego rynku zostały już dostrzeżone przez Trybunał Sprawiedliwości w słynnym orzeczeniu w sprawie C-26/62, van Gend & Loos¹, kiedy to stwierdzono, że „Wspólnota stanowi nowy porządek prawny w prawie międzynarodowym [...] którego normy znajdują zastosowanie nie tylko do państw członkowskich, ale i pochodzących z nich jednostek”. Przyznanie uprawnień jednostkom w obszarze prawa materialnego nie jest jednak wystarczające i konieczne są regulacje w sferze szeroko rozumianego prawa procesowego niezbędnego do egzekucji prawa, które tradycyjnie pozostają w obszarze autonomii państw członkowskich. W cytowanym orzeczeniu Trybunał pokreślił, że jednostki mają prawo do przeciwdziałania naruszaniu ich praw przez państwa członkowskie, w przeciwnym wypadku byłyby pozbawione „jakiegokolwiek bezpośredniej ochrony sądowej” w indywidualnych sprawach.

Procedury zapewniające egzekwowanie prawa z inicjatywy jednostek są istotne nie tylko z perspektywy interesów indywidualnych skarżących, lecz również ze względu na realizację interesu publicznego, który przejawia się w zaspokojeniu potrzeby przestrzegania prawa i jego wykonalności, co wiąże się z bezpieczeństwem, zaufaniem i pewnością inwestycji gospodarczych dokonywanych na wewnętrznym rynku UE.

Pomimo że wykonalność prawa unijnego pozostaje w sferze autonomii proceduralnej państw członkowskich, to skuteczność środków ochrony prawnej wymaga czasem interwencji ze strony ustawodawcy unijnego. Przykładem takiego rozwiązania są dyrektywy koordynujące procedury odwoławcze w zamówieniach publicznych², które

¹ Wyrok TS z 5.02.1963 r. w sprawie C-26/62, NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos v Netherlands Inland Revenue Administration, ECLI:EU:C:1963:1.

² Dyrektywa 89/665/EWG z 21.12.1989 r. w sprawie koordynacji przepisów i regulacji administracyjnych dotyczących stosowania procedur odwoławczych w udzielaniu zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (Dz.Urz. WE L 395, s. 33; Dz.Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 6, t. 1, s. 246) i dyrektywa 92/13/EWG z 25.02.1992 r. koordynująca przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne

zostały przyjęte na przełomie lat osiemdziesiątych i dziewięćdziesiątych, aczkolwiek ich obecna postać i sposób rozumienia ukształtowały się w wyniku procesu wzmacniania roli praw podstawowych, w tym prawa do skutecznej ochrony sądowej. Model procedur odwoławczych przyjęty przez unijnego ustawodawcę w dziedzinie zamówień publicznych nie doczekał się pogłębionej, kompleksowej analizy prawnej i oceny w kontekście efektywności, aczkolwiek poszczególne środki ochrony prawnej były przedmiotem wszechstronnego zainteresowania w literaturze³, podobnie jak rozwiązania krajowe⁴. Tymczasem unijny model procedur odwoławczych stanowi istotny element prawidłowego funkcjonowania rynku zamówień publicznych, a jego wdrożenie do prawa krajowego powinno odbywać się przy poszanowaniu celów dyrektyw odwoławczych.

2. Europejskie prawo zamówień publicznych jako obszar objęty celami badawczymi

Przed wskazaniem i uzasadnieniem wybranych celów badawczych wymagane jest określenie obszaru regulacji prawnych, w ramach którego będzie prowadzona analiza przyjętych rozwiązań prawnych. Europejskie prawo zamówień publicznych należy w tym kontekście rozumieć jako zbiór norm prawnych na poziomie prawa unijnego pierwotnego i pochodnego odnoszący się do procesu przygotowania, udzielania i wykonywania zamówień publicznych oraz regulujący procedury odwoławcze służące wykonawcom do egzekwowania przyznanych im uprawnień. Definicja zamówienia publicznego stanowi autonomiczne pojęcie prawa unijnego, a ustalenie treści i zakresu tego pojęcia jest niezależne od kwalifikacji przyjętej w prawie krajowym. Zamówienie publiczne jest traktowane przez Trybunał Sprawiedliwości przez pryzmat zdarzenia gospodarczego, mającego określone konsekwencje prawne i pojawiającego się na rynku konkurencyjnym, którego uczestnikami są zamawiający i wykonawcy. Kwalifikacja tego zdarzenia gospodarczego w prawie krajowym jest irrelevantna dla oceny, czy mamy do czynienia z zamówieniem publicznym w rozumieniu prawa europejskiego. Bogate orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości⁵ doprecyzowało definicję przyjęte w aktach prawa pochodnego w sposób pozwalający na trafne i łatwe zidentyfikowanie cech zdarzenia gospodarczego, które można określić jako zamówienie publiczne pozostające

odnoszące się do stosowania przepisów wspólnotowych w procedurach zamówień publicznych podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (aktualnie usług pocztowych, Dz.Urz. WE L 76, s. 14; Dz.Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 6, t. 1, s. 315, dalej jako: dyrektywy odwoławcze). Dyrektywy odwoławcze zostały znowelizowane na mocy dyrektywy 2007/66/WE z 11.12.2007 r. zmieniającej dyrektywy 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych (Dz.Urz. UE L 335, s. 31).

³ Np. H. Schebesta, *Damages in EU Public Procurement Law*, Springer 2016.

⁴ Por. A. Banaszewska, *Skarga na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej jako środek ochrony prawnej w systemie zamówień publicznych*, Warszawa 2018.

⁵ Por. wyroki TS: z 20.10.2005 r. w sprawie C-264/03, Komisja przeciwko Francji, ECLI:EU:C:2005:620; z 25.03.2010 r. w sprawie C-451/08, Helmut Müller GmbH, ECLI:EU:C:2010:168; z 1.03.2018 r. w sprawie C-9/17, Maria Tirkkonen, ECLI:EU:C:2018:142.

w obszarze zainteresowania i regulacji europejskiego prawa zamówień publicznych. Trafnie podnosi się w literaturze, że pojęcie zamówienia publicznego w prawie unijnym może być rozumiane szeroko, jako zamówienie publiczne *sensu largo*, lub wąsko, jako zamówienie publiczne *sensu stricto*⁶.

Do zamówień publicznych *sensu largo* należy zaliczyć: zamówienia publiczne *sensu stricto*, czyli zamówienia objęte zakresem dyrektywy 2014/24/UE⁷, zamówienia sektorowe, czyli zamówienia objęte zakresem dyrektywy 2014/25/UE⁸, zamówienia sektora obronności i bezpieczeństwa uregulowane dyrektywą 2009/81/WE⁹, koncesje na usługi i roboty budowlane objęte zakresem dyrektywy 2014/23/UE¹⁰, zamówienia udzielane na podstawie rozporządzenia nr 1370/2007 dotyczącego sektora kolejowego i drogowego transportu pasażerskiego¹¹, zamówienia udzielane na podstawie ogólnych zasad prawa unijnego, które są objęte zakresem TFUE¹², aczkolwiek nie podlegają szczególnym regulacjom prawa pochodnego.

W prawie europejskim zamówienie publiczne *sensu stricto* i zamówienie sektorowe¹³ oznaczają umowy, które dyrektywy zamówieniowe rozróżniają od zamówienia, jako nabycia – właśnie w drodze zamówienia publicznego *sensu stricto* lub sektorowego – robót budowlanych, dostaw lub usług przez co najmniej jednego zamawiającego od wybranych wykonawców, niezależnie od tego, czy przedmiot zamówienia przeznaczony jest do celów publicznych¹⁴.

Przepisy unijnego prawa pochodnego nie mają na celu regulacji wszystkich sposobów wydatkowania środków publicznych, dlatego nie każde nabycie przez zamawiającego robót budowlanych, dostaw lub usług będzie objęte przepisami dyrektyw zamówieniowych, a jedynie takie, które następuje w drodze zamówienia publicznego *sensu stricto*

⁶ P. Bogdanowicz, *Modyfikacja umowy w sprawie zamówienia w Unii Europejskiej*, Warszawa 2019, s. 12.

⁷ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26.02.2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz.Urz. UE L 94, s. 65).

⁸ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z 26.02.2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE (Dz.Urz. UE L 94, s. 243).

⁹ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z 13.07.2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa zmieniająca dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE (Dz.Urz. UE L 216, s. 76).

¹⁰ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z 26.02.2014 r. w sprawie udzielania koncesji (Dz.Urz. UE L 94, s. 1).

¹¹ Rozporządzenie (WE) nr 1370/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z 23.10.2007 r. dotyczące usług publicznych w zakresie kolejowego i drogowego transportu pasażerskiego oraz uchylające rozporządzenia Rady (EWG) nr 1191/69 i (EWG) nr 1107/70 (Dz.Urz. UE L 315, s. 1).

¹² Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, wersja skonsolidowana (Dz.Urz. UE C 202 z 7.06.2016, s. 47).

¹³ Określane w dyrektywie 2014/25/UE jako „zamówienie na dostawy, roboty budowlane i usługi”.

¹⁴ Por. art. 1 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE.

lub sektorowego, co zwykle oznacza, że zamawiający dokonuje zakupów na rynku konkurencyjnym.

Coraz bardziej zróżnicowane formy działań publicznych spowodowały konieczność bardziej precyzyjnego zdefiniowania samych zamówień¹⁵. Proces zamawiania obejmuje zatem etap przygotowania, przeprowadzenia i udzielenia zamówienia publicznego, czego efektem jest zawarcie umowy w sprawie zamówienia¹⁶. Dyrektywy zamówieniowe skupiają się na procesie prowadzącym do zawarcia umowy w sprawie zamówienia, a zagadnienia dotyczące wykonywania kontraktu są zasadniczo poza obszarem zainteresowania ustawodawcy unijnego¹⁷ – podobnie z perspektywy dyrektyw odwoławczych istotne stają się środki ochrony prawnej przysługujące wykonawcom na etapie przedkontraktowym, a po zawarciu umowy w sprawie zamówienia kontrola jej należytego wykonania jest regulowana w ramach autonomii proceduralnej państw członkowskich. Dostępne wykonawcom środki prawne po zawarciu umowy nawiązują do naprawienia szkody poniesionej wskutek utraty zamówienia publicznego lub szansy na jego uzyskanie lub do przywrócenia naruszonej konkurencji poprzez sankcję nieskuteczności umowy. Dyrektywy odwoławcze ze względu na swój przedmiot muszą pozostawać w zgodności z prawem pierwotnym, a zwłaszcza z Kartą Praw Podstawowych¹⁸, która gwarantuje przestrzeganie zasady skutecznej ochrony sądowej, stąd nieuniknione staje się włączenie jej art. 47 w obszar prawa objętego badaniem.

3. Europejskie procedury odwoławcze w zamówieniach publicznych – zarys koncepcji

Dyrektywy odwoławcze w zamówieniach publicznych stanowią przykład wkroczenia przez ustawodawcę unijnego w obszar zastrzeżony dla autonomii proceduralnej państw członkowskich. Unijny system ochrony prawnej jest niekompletny w tym znaczeniu, że prawo unijne nie zawiera pełnej i systemowej regulacji środków służących dochodzeniu roszczeń. Przyjmowane w tej dziedzinie regulacje prawne, najczęściej w postaci dyrektyw, mają bardzo ogólny charakter lub są fragmentaryczne. Unijny system ochrony prawnej jest zatem uzupełniany przez regulacje krajowe państw członkowskich zgodnie z zasadą

¹⁵ Por. pkt 4 preambuły do dyrektywy 2014/24/UE.

¹⁶ Trafnie podnosi P. Bogdanowicz, *Modyfikacja...*, s. 16, że skoro „zamówienie publiczne” jest umową, to w przypadku konieczności doprecyzowania pojęcia umowy, która w dyrektywach zamówieniowych nie jest zdefiniowana, najlepszym sformułowaniem jest termin „umowa w sprawie zamówienia”, co wydaje się, że pozwoli również na odniesienie proponowanego terminu do zamówień publicznych *sensu stricto* i zamówień sektorowych oraz zamówień w sektorze obronności i bezpieczeństwa.

¹⁷ Z wyjątkiem zasad modyfikacji umów i ich rozwiązywania, które i tak pośrednio nawiązują do etapu przedkontraktowego: modyfikacje są postrzegane jako zagrożenie w postaci bezprawnych i bezpośrednich zamówień, a instrument rozwiązania umowy jest skonstruowany jako środek korygujący naruszenia prawa zaistniałe na etapie udzielania zamówienia.

¹⁸ Dz.Urz. UE C 326 z 26.10.2012, s. 391–407.

zdecentralizowanego wykonania. We wspólnej – unijnej i krajowej perspektywie – tak opracowaną współpracę można postrzegać jako zintegrowany system prawa UE i prawa krajowego¹⁹. Zasada skutecznej ochrony sądowej jest powiązana z zasadą autonomii proceduralnej państw członkowskich, która jest rozumiana jako kompetencja państw członkowskich do uregulowania właściwości sądów i procedur służących rozpoznawaniu roszczeń opartych na prawie unijnym. Zagadnienia ustrojowe i proceduralne dochodzenia roszczeń opartych na prawie unijnym nie są wyłączone z kompetencji UE – w przypadku przyjęcia unijnych regulacji określających tryb i zasady rozpoznawania roszczeń unijnych autonomia proceduralna nie ma zastosowania. Autonomia proceduralna nie ogranicza zatem kompetencji legislacyjnych UE i pojawia się wówczas, gdy UE nie wykonywała swoich kompetencji²⁰.

Zakres autonomii proceduralnej państw członkowskich stale się zmniejsza wskutek rosnącej aktywności prawodawczej UE w obszarze zagadnień proceduralnych i dotyczących *remedies* oraz wskutek aktywności orzeczniczej Trybunału ustanawiającego zasady korzystania przez sądy krajowe z kompetencji do stosowania i wykładni krajowych przepisów proceduralnych²¹. Autonomię proceduralną państw członkowskich ograniczają dwie zasady: równoważności oraz skuteczności. Zgodnie z zasadą równoważności krajowe reguły proceduralne nie mogą być mniej korzystne dla roszczeń opartych na prawie unijnym niż dla podobnych roszczeń opartych na prawie krajowym, natomiast zgodnie z zasadą skuteczności krajowe reguły proceduralne nie mogą w praktyce czynić niemożliwym wykonywanie uprawnień opartych na prawie unijnym²².

Zasadę równoważności wywodzi się z zasady niedyskryminacji, natomiast zasada skuteczności ma na celu zapewnienie obywatelom UE urzeczywistnienie ich praw podmiotowych określonych w bezpośrednio skutecznych przepisach prawa unijnego, ale w trybie i na zasadach przewidzianych w prawie proceduralnym państw członkowskich. Wypracowane w orzecznictwie Trybunału zasady pierwszeństwa stosowania prawa unijnego i bezpośredniego skutku nie stanowią wystarczającej gwarancji dochodzenia roszczeń unijnych, ponieważ istniejące już normy proceduralne mogą utrudniać lub nawet uniemożliwiać pozyskanie korzystnego rozstrzygnięcia przed organem krajowym. Rozróżnienie pomiędzy normami proceduralnymi a normami materialnoprawnymi jest dosyć swobodnie traktowane w orzecznictwie Trybunału, który do tych pierwszych zali-

¹⁹ N. Półtorak, *Ochrona uprawnień wynikających z prawa Unii Europejskiej w postępowaniach krajowych*, Warszawa 2010, s. 38, 40 i cytowana tam literatura; T. Eilmansberger, *The relationship between rights and remedies in EC law: in search of the missing link*, CMLR 2004/41, s. 1199–1246.

²⁰ Por. pkt 104 opinii TS z 15.11.1994 r. w sprawie C-1/94, ECLI:EU:C:1994:384; S. Biernat, *Przystąpienie Rzeczypospolitej Polskiej do Unii Europejskiej: wyzwania dla organów stosujących prawo* [w:] *Prawo polskie a prawo Unii Europejskiej*, red. E. Piontek, Warszawa 2003, s. 108.

²¹ A. Wróbel [w:] *Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej. Komentarz*, red. A. Wróbel, Warszawa 2013, s. 1183–1184.

²² Szerzej na temat autonomii proceduralnej oraz zasad ją ograniczających: N. Półtorak, *Ochrona...*, s. 53–72, 109–149.

cza normy o charakterze ustrojowym, np. określające właściwość sądów krajowych, oraz niektóre normy materialnoprawne, takie jak roszczenie odszkodowawcze czy odsetki²³.

Odnosząc się do zagadnienia autonomii proceduralnej państw członkowskich, należy mieć na względzie przepis art. 19 ust. 1 TUE²⁴ określający obowiązek państw członkowskich ustanowienia środków niezbędnych do zapewnienia skutecznej ochrony sądowej. Porównując wspomniany art. 47 KPP i art. 19 ust. 1 TUE, można stwierdzić, że zakres ochrony przewidziany w art. 19 ust. 1 TUE jest szerszy, ponieważ dotyczy jakichkolwiek środków, a nie tylko środków zaskarżenia, natomiast art. 47 KPP ustanawia prawo jednostki do efektywnego środka prawnego²⁵.

Przyjęcie dyrektyw odwoławczych w dziedzinie prawa zamówień publicznych nie oznacza, że reguły z art. 19 ust. 1 TUE i art. 47 KPP straciły znaczenie. Po pierwsze, wymienione przepisy należą do kategorii prawa pierwotnego UE, co oznacza, że postanowienia aktów prawa pochodnego, jakim są dyrektywy, jak również przepisy krajowe implementujące prawo unijne powinny pozostawać w zgodności z zasadami i obowiązkami przyjętymi w art. 19 ust. 1 TUE oraz art. 47 KPP, a wzorzec ochrony przyjęty w Karcie ma wpływ na ocenę efektywności krajowych środków prawnych służących do dochodzenia roszczeń unijnych.

Po drugie, zasada skutecznej ochrony sądowej przewidziana w art. 47 KPP ma zastosowanie do zamówień, które np. ze względu na wartość poniżej progów unijnych nie są objęte dyrektywami odwoławczymi²⁶. Zakres przedmiotowy dyrektyw odwoławczych obejmuje wyłącznie zamówienia i koncesje uregulowane w dyrektywach koordynujących procedury udzielania zamówień 2014/24/UE, 2014/25/UE oraz koncesji 2014/23/UE. Dyrektywa 2009/81/WE samodzielnie reguluje procedury odwoławcze, opierając swoje rozwiązania na wzorach przyjętych w dyrektywach odwoławczych.

Po trzecie, dyrektywy odwoławcze nie harmonizują w pełni środków ochrony prawnej w dziedzinie zamówień publicznych. Przyjęte przez ustawodawcę unijnego dyrektywy²⁷ pozostawiają państwom członkowskim swobodę w zakresie implementacji. Postano-

²³ A. Wróbel [w:] *Karta...*, s. 1188.

²⁴ Traktat o Unii Europejskiej, wersja skonsolidowana (Dz.Urz. UE C 326 z 26.10.2012, s. 13–390).

²⁵ Trafnie zwraca się uwagę w doktrynie, że przepis art. 19 TUE nie tylko formułuje na poziomie normatywnym zasadę skutecznej ochrony prawnej i daje pewniejsze podstawy do powoływania tej zasady przez jednostki, ale może odegrać rolę przepisu kompetencyjnego – regulacji, która może zostać wykorzystana przez sąd krajowy odmawiający zastosowania rozwiązania prawa państwa członkowskiego lub konstruujący nowe rozwiązanie zapewniające realizację standardu unijnego w zakresie ochrony prawnej – N. Półtorak, *Ochrona...*, s. 43.

²⁶ Por. Komisja Europejska, Komunikat wyjaśniający dotyczący prawa wspólnotowego obowiązującego w dziedzinie udzielania zamówień, które nie są lub są jedynie częściowo objęte dyrektywami w sprawie zamówień publicznych (Dz.Urz. UE C 179 z 1.08.2006, s. 2).

²⁷ Szerzej na temat dyrektyw: B. Kurcz, *Dyrektywy Wspólnoty Europejskiej i ich implementacja do prawa krajowego*, Warszawa 2004.

wienia dyrektyw odwoławczych nie określają pewnych zagadnień (np. koszty, pojęcie winy itd.), bezpośrednio odwołują się do prawa krajowego (np. w zakresie ustanowienia skutków uznania umowy w sprawie zamówienia za nieskuteczną) lub przyjmują regulacje fakultatywne, które państwa członkowskie mogą wprowadzić do krajowych porządków prawnych lub z nich zrezygnować (np. uzależnienie roszczeń odszkodowawczych od uprzedniego uchylecia bezprawnej decyzji zamawiającego). W procesie implementacji państwa członkowskie powinny jednak pamiętać o celu dyrektyw²⁸ oraz o obowiązkach wynikających z zasady efektywności oraz z art. 19 ust. 1 TUE i art. 47 KPP²⁹.

Zamówienia publiczne są jedną z dziedzin, w której doszło do harmonizacji procedur udzielania zamówień publicznych oraz do wprowadzenia unijnego standardu ochrony prawnej wymaganej od prawa krajowego. W preambułach do dyrektyw odwoławczych znajdziemy deklarację ustawodawcy unijnego o potrzebie zapewnienia odpowiedniego standardu ochrony prawnej. Dyrektywy odwoławcze ustanawiają kompleksowy system środków ochrony prawnej, które muszą być udostępnione w państwach członkowskich, zapewniających skuteczne stosowanie przepisów unijnych dotyczących udzielania zamówień. Przyjęty w dyrektywach odwoławczych unijny standard ma charakter minimalny. N. Półtorak wyraża nawet opinię, że państwa członkowskie są zobowiązane do osiągnięcia standardu minimalnego, ale także powinny dążyć do zapewnienia wyższego poziomu ochrony praw jednostek wywodzonych z prawa unijnego, co może prowadzić do obowiązku przyjęcia rozwiązań przekraczających standard ustanowiony w aktach prawa unijnego³⁰.

Ochrona prawna w zamówieniach publicznych została zrealizowana poprzez przyjęcie katalogu środków prawnych oraz określenie procedury odwoławczej. W dużej mierze postanowienia dyrektyw odwoławczych, a następnie przepisy krajowe implementujące prawo unijne przybierają postać norm proceduralnych, regulując proces w ramach pewnego modelu, złożonego z podstawowych elementów, takich jak: organy procesowe, czyli forum rozstrzygania sporów, legitymowani uczestnicy, terminy oraz środki ochrony prawnej. Obok norm proceduralnych określających tryb działania organów i zasady ich postępowania przy rozstrzyganiu spraw należy również wyróżnić normy ustrojowe, które regulują struktury organów administracji w wypadku powierzenia im kompetencji do rozstrzygania sporów w zamówieniach publicznych. Normy ustrojowe dotyczą wewnętrznych stosunków prawnych podmiotu rozstrzygającego spory.

²⁸ Szerzej na temat wykładni prawa krajowego w kontekście prawa UE: A. Sołtys, *Obowiązek wykładni prawa krajowego zgodnie z prawem unijnym jako instrument zapewniania efektywności prawa Unii Europejskiej*, Warszawa 2015; P. Brzeziński, *Unijny obowiązek odmowy zastosowania przez sąd krajowy ustawy niezgodnej z dyrektywą Unii Europejskiej*, Warszawa 2010.

²⁹ R. Caranta, *General Report [w:] Public Procurement Law: Limitations, Opportunities and Paradoxes*, red. U. Neergaard, C. Jacquestion, G.S. Ølykke, Kopenhaga 2014, s. 163.

³⁰ N. Półtorak, *Ochrona...*, s. 48, która powołuje się na wyroki Trybunału w sprawach C-1/99, Kofisa, pkt 46, C-226/99, Siples oraz C-315/01, GAT, pkt 48–49.

Środki ochrony prawnej mają charakter zasadniczo proceduralny i są związane z tworzeniem formalnoprocesowych rozwiązań prawnych umożliwiających jednostce skuteczną ochronę jej praw³¹. Nie wystarczy bowiem zdefiniowanie chronionych wartości, ale trzeba jeszcze ustanowić odpowiednie procedury pozwalające na ich skuteczną egzekucję. Odnosząc się do katalogu środków ochrony prawnej w dziedzinie zamówień publicznych, należy zwrócić uwagę, że część z nich jest uregulowana również poprzez normy materialne – odszkodowania oraz sankcja nieskuteczności umowy.

Analizując projekt środków ochrony prawnej w zamówieniach publicznych pod kątem efektywności, należy brać pod uwagę specyfikę rynku w celu zdefiniowania, jaki rodzaj środka prawnego jest najbardziej skuteczny dla wykonawców. Najważniejszą różnicą pomiędzy niezgodnym z prawem unijnym udzieleniem zamówienia publicznego a innym przypadkiem naruszenia zasad i norm traktatowych, takich jak przykładowo dyskryminujące warunki wykonywania określonej działalności gospodarczej, jest okoliczność, że w przypadku zamówienia publicznego wykonawca ubiegał się o realizację konkretnego zdarzenia gospodarczego. W sytuacji zaistnienia niezgodnych z TFUE warunków wykonywania działalności gospodarczej, przedsiębiorca może poszukiwać w danym państwie innej okazji na rynku prywatnym lub publicznym, lecz jeśli konkretne zamówienie jest już udzielone i w ten sposób potrzeba zamawiającego zostanie zrealizowana, jest mało prawdopodobne, by podobna okazja pojawiła się wkrótce, zwłaszcza jeśli zamówienie dotyczyło wieloletniej inwestycji lub usługi³².

Przedmiotem badań będzie zatem **europejski model procedur odwoławczych w zamówieniach publicznych** jako narzędzie prawne zapewniające ochronę praw wykonawców, a jednocześnie służące osiągnięciu celów związanych z interesami ogólnymi. Przykłady krajowych rozwiązań prawnych będą rozpatrywane w kontekście tendencji rozwojowych europejskiego modelu, sposobu jego implementacji, interpretacji i potencjalnych dysfunkcji. Najwięcej miejsca w publikacji poświęcono polskiemu procedurom odwoławczym, aczkolwiek również w perspektywie realizacji obowiązków wdrożeniowych, bez zamiaru dokładniejszej analizy całego polskiego modelu odwoławczego w zamówieniach publicznych.

Jak już wcześniej wspomniano, pojęcie procedur odwoławczych należy rozumieć szerzej niż koncepcję środków ochrony prawnej, aczkolwiek sam Trybunał nie jest konsekwentny przy stosowaniu terminologii w dziedzinie szeroko pojętej ochrony jednostek. Przy badaniu europejskiego modelu procedur odwoławczych w zamówieniach publicznych zakłada się istnienie pewnej kompletności, choć na poziomie minimalnych standardów,

³¹ J. Helios, *Aspekt systemowy i aksjologiczny „procedur”*, PPIA t. LXXVII, AUW nr 3052, Wrocław 2008, s. 110–111 i cytowany tam: P. Kaczmarek, *Prawo do sądu a zdolność sądowa*, PPIA, t. LXXIII, AUW nr 2820, Wrocław 2005, s. 102.

³² A. Tokár, *Institutional Report [w:] Public Procurement Law: Limitations, Opportunities and Paradoxes*, red. U. Neergaard, C. Jacquestion, G.S.Ølykke, Kopenhaga 2014, s. 209.

co może nasuwać myśl o szkieletowej formie modelu uzupełnianej następnie przez państwa członkowskie w ramach przysługującej im autonomii proceduralnej. Podstawowym, ale nie jedynym elementem takiego szkieletu procedur jest katalog środków ochrony prawnej dedykowanych wykonawcom.

Pod pojęciem środków ochrony prawnej należy rozumieć regulacje o charakterze materialnym jak i procesowym, które mają zapewnić ochronę uprawnień wywodzonych z prawa UE. Przedstawiona definicja od strony funkcjonalnej kładzie nacisk na cel regulacji prawnych, implementowanych z prawa unijnego, niezależnie od ich kwalifikacji w prawie krajowym jako normy procesowe czy materialne oraz niezależnie od przypisania danego środka do dziedziny prawa prywatnego lub publicznego. Gwarancje ochrony prawnej odnoszą się zarówno do środków mających na celu rekompensatę i naprawienie naruszenia prawa unijnego, jak i do środków mających zapobiegać i przeciwdziałać takim naruszeniom oraz umożliwić doprowadzenie do stanu sprzed naruszenia. Mając na względzie rozróżnienie pomiędzy stosowaniem prawa (*application*) i jego egzekwowaniem (*enforcement*), definicja środków ochrony prawnej odnosi się głównie do egzekwowania przez wykonawców, ewentualnie innych uczestników rynku zamówień uprawnień zawartych w prawie unijnym. Tego rodzaju środki ochrony prawnej są określane w literaturze anglojęzycznej poprzez pojęcie *remedies*, które oznacza ochronę przewidzianą w prawie³³.

Przedmiotem niniejszego opracowania są te środki ochrony prawnej, które powinny być zapewnione wykonawcom na poziomie prawa krajowego i których zastosowanie wymaga inicjatywy jednostek. Poza jego zakresem pozostają zasadniczo środki, które są stosowane przez instytucje unijne i krajowe w celu zapewnienia przestrzegania prawa zamówień oraz w celu egzekwowania jego efektywnego stosowania.

4. Cele badawcze i przyjęta metodologia

Pierwszym zadaniem badawczym jest przedstawienie i analiza całokształtu rozwiązań prawnych ujętych w dyrektywach odwoławczych w celu wykazania, że mamy do czynienia z określonym **modelem procedur odwoławczych**, którego wszystkie elementy zasadnicze i katalog środków ochrony prawnej zostały ukształtowane na poziomie unijnym i który stanowi przykład mechanizmu *private enforcement*, opierającego się na inicjatywie jednostek. Pierwsze zadanie badawcze ma na celu przedstawienie europejskiej koncepcji procedur odwoławczych w zamówieniach publicznych, przy uwzględnieniu specyfiki omawianej dziedziny mającej istotny wpływ na wybrane narzędzia prawne, ale również, w szerszej perspektywie – wyzwaniach, jakie stają przed każdym ustawodawcą, który zamierza uchwalić lub zreformować ponadnarodowe lub krajowe procedury odwoławcze.

³³ N. Póltorak, *Ochrona...*, s. 23–25 i cytowana tam literatura.

Badanie modelu procedur odwoławczych odbywa się przy założeniu, że tworzące je prawo należy do zjawisk w sferze powinności i stanowi instrument, za pomocą którego ustawodawca unijny zamierza zrealizować wybrane cele w obszarze rynku wewnętrznego UE. Pierwszym etapem jest zatem próba ustalenia celów stawianych sobie przez ustawodawcę unijnego oraz specyfiki rynku zamówień publicznych, która wymaga rozwiązań uwzględniających potrzeby indywidualne i interesy ogólne. Powyższe ustalenia mogą być dokonane przy zastosowaniu wykładni historycznej dyrektyw odwoławczych, a zwłaszcza ich części niewiążącej (preambuły) oraz poprzez badanie w ujęciu historycznym procesu legislacji i sytuacji poszkodowanych wykonawców na rynku zamówień publicznych na podstawie dokumentów i analiz przygotowanych przez Komisję oraz przedstawionych w literaturze. Pierwsza faza badań obejmuje również wyróżnienie zasad rządzących europejskimi procedurami odwoławczymi. Klamrą spinającą i gwarantującą pożądany efekt implementacji krajowej są zasady ogólne, trzeba mieć jednak na względzie, że z pojęciami niedookreślonymi nie wiąże się władza dyskrecyjna organów stosujących prawo, lecz obowiązek odszukania w źródłach prawa optymalnych treści. Luzy normatywne są koniecznym i doniosłym elementem każdego porządku prawnego, pozwalają bowiem na łączenie przepisów prawnych z życiem norm prawnych, wzbogacając treść przepisów o ich wartości aksjologiczne, ukształtowaną historycznie kulturę prawną, orzecznictwo sądowe i doktrynę, co stwarza możliwość uelastyczenia systemu³⁴.

Drugim etapem jest analiza dogmatyczna obowiązujących dyrektyw odwoławczych, zwłaszcza przy zastosowaniu wykładni funkcjonalnej i celowościowej. W związku z tym, że prawo unijne czerpie z tradycji i kultury prawnej państw członkowskich, pomocna jest wykładnia prawno-porównawcza nawiązująca do koncepcji krajowych wdrożonych następnie do dyrektyw odwoławczych. Wykładnia prawno-porównawcza pozwala czerpać i porównywać określone instytucje prawne i stojące w ich tle cele i interesy promowane przez ich twórców. Porównanie regulacji prawnych odbywa się nie tylko w relacji: dyrektywy odwoławcze – przepisy krajowe państw członkowskich, lecz również w układzie: dyrektywy odwoławcze – prawo pierwotne UE, a zwłaszcza zasady odnoszące się do środków ochrony prawnej przysługujących jednostkom/inne regulacje prawa pochodnego z obszaru szeroko pojętej proceduralizacji prawa unijnego. Nieuniknione jest również porównanie dyrektyw odwoławczych z innymi regulacjami o charakterze ponadnarodowym, które podjęły próbę stworzenia modeli procedur odwoławczych oraz z regulacjami unijnymi odnoszącymi się do sytuacji poszkodowanych wykonawców biorących udział w przetargach organizowanych przez same instytucje unijne.

Wykładnia postanowień dyrektyw odwoławczych odbywa się przy uwzględnieniu bogatego orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości, którego rola w zapewnieniu jedno-

³⁴ M. Zdyb, *Dysfunkcjonalność prawa gospodarczego w kontekście kształtowania ładu publicznego w Polsce* [w:] *Dysfunkcje publicznego prawa gospodarczego*, red. M. Zdyb, E. Kruk, G. Lubeńczuk, Warszawa 2018, s. 10–11.

litego rozumienia prawa unijnego jest nieoceniona, a proponowany sposób wykładni i urzeczywistniania celów ustawodawcy unijnego oraz dostrzeganie braków modelu procedur odwoławczych doprowadziły ostatecznie do ich reformy.

Trzecim etapem jest próba systematyzacji poprzez uporządkowanie modelu i wyróżnienie jego elementów podstawowych: forum rozstrzygania sporów, podmiotów, z których inicjatywy mechanizm *private enforcement* jest wdrażany, przedmiotu kontroli, terminów i katalogu środków ochrony prawnej. Uporządkowanie wszystkich komponentów analizowanego modelu procedur odwoławczych zakłada istnienie pewnego stopnia kompletności i poprawnego określenia wzajemnych relacji pomiędzy wszystkimi częściami składowymi.

Ostatni obszar badań odnosi się ponownie do analizy prawno-porównawczej oraz do badań empirycznych opartych na wybranym orzecznictwie krajowych organów odwoławczych w celu określenia tendencji procesu implementacji oraz skonfrontowania treści przepisów z ich stosowaniem w praktyce. Proces implementacji pokazuje sposób rozumienia norm prawnych stanowiących podstawę analizowanego modelu procedur odwoławczych oraz oczywiście odzwierciedla cele poszczególnych legislatorów krajowych.

W niniejszym opracowaniu odniesienie się do rozwiązań krajowych, które powstają w efekcie szeroko pojętego procesu wdrażania prawa unijnego ma posłużyć do określenia sposobu rozumienia postanowień dyrektyw odwoławczych oraz w celu zidentyfikowania ich efektywności, co będzie już drugim, odrębnym celem badawczym. Podczas procesu implementacji pojawiają się dwa ciekawe z punktu widzenia badacza zjawiska – z jednej strony prawo unijne prowadzi do europeizacji krajowych porządków prawnych w sferze pewnych wspólnych standardów, narzędzi i terminologii, a z drugiej strony to ustawodawca krajowy i krajowe organy odwoławcze odkodowują znaczenie norm prawa unijnego w świetle krajowych tradycji prawnych i ugruntowanych praktyk, co może prowadzić do udoskonalenia modelu unijnego, ale również często do ujawnienia dysfunkcji modelu krajowego lub unijnego. Przykładowo dysfunkcjonalność ustrojowa na poziomie krajowym może być rezultatem nieodpowiedniego określenia zadań i kompetencji organów rozstrzygających spory, co prowadzi do pokrywania się kompetencji różnych organów i tym samym do braku pewności prawa i ochrony wykonawców. Przedmiotem niniejszej publikacji nie jest zatem dogłębna analiza wszystkich lub wybranego krajowego modelu procedur odwoławczych, lecz pokazanie pewnych tendencji w rozumieniu zakresu i znaczenia unijnych postanowień prawnych oraz zidentyfikowanie źródeł wspomnianych dysfunkcji.

Drugim celem badawczym jest próba oceny **efektywności** przedstawionego europejskiego modelu procedur odwoławczych i ustalenie, czy nauka dysponuje odpowiednimi narzędziami dla przeprowadzenia takiej analizy. Pojęcie efektywności dla celów badaw-

czych zostanie zdefiniowane poprzez odniesienie do kilku **warunków**, których analiza może pomóc w udzieleniu odpowiedzi na pytania o poziom efektywności europejskiego modelu procedur odwoławczych oraz źródła nieprawidłowości krajowych wariantów procedur odwoławczych.

Pierwszym warunkiem efektywności jest **skuteczność**. Termin skuteczność nie należy do pojęć prawa ani prawoznawstwa i jest to kategoria z zakresu prakseologii, czyli nauki zajmującej się problematyką wszelkich działań skutecznych. W tym ujęciu skuteczne prawo to takie, które przynosi zamierzony rezultat i realizuje założony przez ustawodawcę (czasem też inne podmioty: organy stosujące prawo, zainteresowane środowiska) pozytywny cel lub cele. Skuteczność sprowadza się wówczas do relacji zachodzącej między środkiem a celem. W literaturze zwraca się jednak uwagę, że skuteczność prawa to kategoria terminologiczna wieloznaczna o złożonym charakterze, którą należy posługiwać się z dużą starannością z uwagi na trudności w ustaleniu związków między normami prawnymi a zachowaniami lub stanami rzeczy. Nie wszystkie prezentowane w doktrynie definicje traktują skuteczność w sposób prakseologiczny. Trzeba mieć również na względzie, że między pełną skutecznością prawa a całkowitą nieskutecznością istnieją różne stopnie pośrednie, dodatkowo różne normy prawne charakteryzuje odmienny poziom skuteczności, a różne grupy adresatów skłonne są do większego lub mniejszego posłuchu wobec norm. Skuteczność prawa bywa również zmienna w czasie³⁵. Możliwość określenia skuteczności prawa zależy również od przyjętej metodologii badań oraz od zakresu dostępnych do badania danych.

Prawo wywołuje zamierzone skutki przy równoczesnym udziale czynników pozaprawnych, np. obyczajowych, etycznych, religijnych albo bez tego pośrednictwa. Wśród ważniejszych czynników wymienia się w doktrynie: stosunek do ustroju państwa, kulturę prawną społeczeństwa, społeczny autorytet, prestiż prawa, społeczne poczucie sprawiedliwości czy przekonanie o skuteczności sankcji. Natomiast czynniki, które ograniczają skuteczność prawa, mogą odnosić się do procesu stanowienia prawa, ogłaszania i popularyzowania prawa oraz jego obowiązywania³⁶. Czynniki pozaprawne pojawiają się również w publikacjach odnoszących się do rynku zamówień publicznych – jedną z często wymienianych przyczyn odmowy korzystania ze środków ochrony prawnej jest obawa wykonawcy przed popsuciem relacji gospodarczych z zamawiającym.

Ograniczenia skuteczności w zakresie procesu stanowienia prawa są głównie spowodowane błędami techniki legislacyjnej (brak dostatecznej wiedzy o regulowanej dziedzinie życia, brak wyraźnie określonych celów, brak analizy prawdopodobnych skutków

³⁵ J. Kunysz, *Skuteczność prawa: zagadnienia wybrane*, „Administracja: teoria, dydaktyka, praktyka” 2014/2, s. 67–80 i cytowana tam literatura oraz M. Stefaniuk, *Skuteczność prawa i jej granice*, „Studia Juridica Lublinensia” 2011/16, s. 55–72.

³⁶ A. Kojder, *Ograniczenia skuteczności prawa* [w:] *Skuteczność prawa. Konferencja Wydziału Prawa i Administracji UW*, red. T. Giaro, Warszawa 2010, s. 43–45 [za:] J. Kunysz, *Skuteczność...*, s. 72.

interwencji prawnej³⁷, niekomunikatywność przepisów, brak precyzji norm prawnych) oraz błędy techniki kodyfikacyjnej (niespójność przepisów, niewłaściwe uporządkowanie przepisów w ramach danego aktu prawnego). Wśród czynników ograniczających skuteczność stosowania prawa wymienia się niejednoznaczne i niezrozumiałe stosowanie prawa, przez co obniża się społeczny respekt do norm prawnych. Skuteczność obowiązywania prawa ogranicza niestabilność prawa, czyli nadmierna inflacja oraz częste nowelizacje³⁸.

Na płaszczyźnie prawa unijnego wyróżnia się kilka typów skuteczności uwzględniających specyfikę multcentrycznego porządku prawnego i odnoszących się do: wykonywania polityk unijnych przez stanowienie prawa przez instytucje unijne, stosowania prawa unijnego przez państwa członkowskie, transpozycji dyrektyw, implementacji aktów prawa wtórnego, korzystania z prawa unijnego przez jednostki oraz wykonywania prawa unijnego przez sądy podczas sporów w zakresie spraw unijnych³⁹. Ze wskazanego prakseologicznego ujęcia skuteczności prawa unijnego wynika zorientowanie na skutek, gdy ostateczny efekt zależy od działania wielu podmiotów.

Skuteczność nie może być ujmowana jako wyłącznie przestrzeganie norm prawnych, ponieważ nie ma takich przepisów, które ustanawia się tylko po to, by ich przestrzegać⁴⁰. Skuteczność można natomiast odnieść do osiągnięcia celu norm prawnych, co można postrzegać jako funkcjonalność prawa. Normy prawne pełnią wówczas funkcję instrumentalną względem postawionych celów⁴¹. Trafnie zwraca się uwagę, że samo przestrzeganie norm prawnych nie tylko nie oznacza spełnienia podstawowego warunku skuteczności funkcjonalnej, lecz także może być jej przeciwstawne. Jako przykład

³⁷ Ocena skutków następuje zawsze na poziomie prawdopodobieństwa – nie istnieją ustandaryzowane modele, dzięki którym ustawodawca mógłby w sposób pełny zweryfikować potencjalne skutki decyzji prawodawczych i na ich podstawie wybrać rozwiązania przynoszące najlepsze efekty – por. K. Balcunas, *Prawo – sprawiedliwe czy efektywne ekonomicznie?* (opiekun naukowy A. Śmieja), „Studenckie Prace Prawnicze, Administratywistyczne i Ekonomiczne” 2016/19, s. 33.

³⁸ J. Kunysz, *Skuteczność...*, s. 67–80 i cytowana tam literatura.

³⁹ F. Snyder, *The Effectiveness of European Community Law: Institutions, Processes, Tools and Techniques*, „The Modern Law Review” 1993/1, s. 25–26.

⁴⁰ J. Nowacki, *O rozumieniach skuteczności przepisów prawa*, „Studia Prawnicze” 1986/1–2, s. 199–201.

⁴¹ J. Wróblewski, *Skuteczność prawa i problemy jej badania*, „Studia Prawnicze” 1980/1–2, s. 6. Natomiast E. Kruk (*Funkcje publicznego prawa gospodarczego* [w:] *Dysfunkcje publicznego prawa gospodarczego*, red. M. Zdyb, E. Kruk, G. Lubeńczuk, Warszawa 2018, s. 40–42), zwraca uwagę, że pod pojęciem „funkcji prawa” w literaturze rozumie się społeczne skutki działania prawa (tzw. funkcje realizowane) w odróżnieniu od takich pojęć jak „cel” (stan rzeczy będący przedmiotem czyjegoś dążenia), „zadanie” (czynności, które należy podjąć w dążeniu do określonego celu) czy „rola” (społeczne oczekiwanie, że określony stan rzeczy zostanie osiągnięty za sprawą kogoś lub czegoś – tzw. funkcja założona lub oczekiwana). Pod pojęciem funkcji prawa można rozumieć te skutki jego działania – zamierzone i niezamierzone, które kwalifikowane są dodatnio, a zatem przyczyniają się do modyfikacji lub adaptacji systemu. Przeciwnieństwem zjawisk funkcjonalnych są zjawiska dysfunkcyjne – przynoszące skutek ujemny, czyli zmniejszający pożądaną modyfikację lub adaptację systemu. Natomiast do kategorii zjawisk niefunkcyjnych (pozafunkcyjnych) należy zaliczyć te, które nie wywołują żadnych istotnych skutków. Wzorcem zawsze będzie pewien idealny stan systemu prawa.

wskazuje się właśnie na unormowania dotyczące udzielania zamówień publicznych. W założeniu mają one służyć ochronie wolnej konkurencji i efektywnemu wydatkowaniu środków publicznych, a w rzeczywistości zmuszają zamawiających do uzyskiwania najtańszych, najniższej jakości dóbr, z oczywistą szkodą dla majątku publicznego⁴². Wydaje się nawet, że celem działań podejmowanych przez zamawiających jest prawidłowe/zgodne z prawem przeprowadzenie procedury przetargowej, natomiast ekonomiczne efekty przetargu mają znaczenie drugorzędne. Przesunięcie w kierunku skuteczności przestrzegania norm prawnych jako formalnego aspektu działania prawa w praktyce jest tłumaczone przez zamawiających obawą przed rozbudowanym systemem kontroli. Tymczasem przy nadmiernym kultywowaniu procedur środki służące do realizacji podstawowych wartości i celów stają się wartościami samymi w sobie⁴³.

Celami są wartości, interesy, polityki i zamierzenia, które mają się ziścić za pomocą tekstu prawnego⁴⁴. Określenie celów norm prawa unijnego musi być poprzedzone diagnozą i negatywną oceną istniejącego stanu rzeczy lub dążeniem do ulepszenia obowiązujących standardów. W przypadku badanej dziedziny prawa to często Komisja Europejska, prowadząc konsultacje społeczne i publikując efekty sondaży, a nadto oceniając efekty dotychczasowych uregulowań prawnych, wskazuje kierunek proponowanych zmian, postulując nowe rozwiązania.

W celu uproszczenia omawianego zagadnienia można się posługiwać pojęciem „cele ustawodawcy unijnego” w odróżnieniu od „celów ustawodawcy krajowego”, lecz należy podkreślić, że wskazanie kreatora tych celów nie jest proste, skoro są one częstokroć wynikiem uwarunkowań zwykle o podłożu politycznym. Instytucje unijne biorące udział w tworzeniu prawa reprezentują interesy nie tylko samej UE, lecz również potrzeby poszczególnych państw członkowskich, a ostateczny rezultat przyjętych założeń jest efektem ścierania się tych interesów i ustalonego kompromisu.

W prawie unijnym dominuje praktyka szerokiego ujawniania założeń i celów prawodawcy we wstępnych częściach aktów prawnych, przy czym cele są formułowane na różnym poziomie szczegółowości. Pożądany stan w rzeczywistości społeczno-gospodarczej nie zawsze w pełni może być osiągnięty wyłącznie za pomocą norm prawnych. W przypadku procedur odwoławczych w zamówieniach publicznych istotną rolę odgrywają czynniki pozaprawne: ekonomiczne, psychologiczne oraz związane z szeroko pojętą kulturą prawną i profesjonalizacją obrotu prawnego. Nie będzie nadużyciem stwierdzenie, że oderwanie regulacji prawnych od procesu zakupów i pomijanie aspektów ekonomicznych zamówień publicznych mści się na wszystkich uczestnikach rynku oraz

⁴² J. Wegner-Kowalska, *Skuteczność unijnego prawa administracyjnego na przykładzie ochrony weterynaryjnej*, Warszawa 2017, s. 213–214.

⁴³ M. Zdyb, *Dysfunkcjonalność...*, s. 3–5.

⁴⁴ A. Barak, *Purposive Interpretation in Law*, Princeton 2005, s. 89 [za:] J. Wegner-Kowalska, *Skuteczność...*, s. 229.

na podatnikach. Państwa, w których preferowane jest podejście interdyscyplinarne, a zamówienia są traktowane przede wszystkim jako zdarzenie ekonomiczne, którego forma prawna ma rolę służebną i zapewniającą uczciwą konkurencję, mogą skutecznie działać na rynkach konkurencyjnych. Oderwanie procedury udzielania zamówień od fazy jej wykonywania, nawet przy najlepszych rozwiązaniach prawnych prowadzi do niezadowalających rezultatów.

Podobnie jest w przypadku procedur odwoławczych właściwych dla ochrony interesów wykonawców, którzy w pierwszej kolejności kierują się czynnikami o charakterze ekonomicznym i psychologicznym. Najczęstsze odpowiedzi o przyczynę rezygnacji z dochodzenia roszczeń dotyczą opłacalności „zamrażania” zasobów, które mogą być wykorzystane przy okazji innej inwestycji oraz obawa przed popsuciem sobie relacji z zamawiającym na przyszłość. Niezwykle trafnie okoliczności te są podnoszone przez przedstawicieli szkoły analizy ekonomicznej prawa – z perspektywy indywidualnego wykonawcy warunkiem skorzystania z przysługującego środka ochrony jest sytuacja, w której spodziewane koszty postępowania będą niższe od spodziewanych zysków⁴⁵, przy czym koszty i zyski należy tutaj rozumieć szeroko. W przypadku środków ochrony prawnej istotne jest również zaufanie do systemu prawnego i forum rozstrzygania sporów – brak przekonania o możliwości skutecznego skorygowania naruszenia lub uzyskania rekompensaty powstrzymuje wykonawców od występowania ze skargami. Optymalne rozwiązanie może zatem wymagać korzystania z różnego rodzaju metod, a proces tworzenia prawa stanowi tylko jedną z nich.

Dla prawidłowego funkcjonowania procedur odwoławczych nie wystarczą sensowne regulacje prawne, ale potrzebni są również ludzie, którzy w ramach organów rozstrzygających spory stosują prawo i w rzeczywistości decydują o ostatecznej treści prawa. Kluczowymi elementami odpowiedniego ukształtowania pojęcia służby publicznej są: kwalifikacje zawodowe i moralne, niezawisłość, prawość woli funkcjonariuszy, należyta troska o dobro wspólne, a także poszanowanie godności człowieka. Stosowanie prawa nie może prowadzić do absolutyzowania litery prawa z jednoczesnym występowaniem przeciwko intencji norm prawnych⁴⁶.

W literaturze polskiej przyjmuje się istnienie modelu racjonalnego tworzenia prawa oraz założenie o racjonalności ustawodawcy, który powinien brać pod uwagę wszystkie wymienione wcześniej czynniki. Wyróżnia się następujące elementy racjonalnego tworzenia prawa: założenie celu, określenie potencjalnych środków do realizacji celu, ustalenie, które ze środków mogą być środkami prawnymi, wybór określonego środka prawnego i ustanowienie norm prawnych. Zwraca się również uwagę, że konfliktowość celów jest zjawiskiem stale towarzyszącym procesom tworzenia prawa⁴⁷. Członkostwo

⁴⁵ J. Stelmach, B. Brożek, W. Załuski, *Dziesięć wykładów o ekonomii prawa*, Warszawa 2007, s. 94.

⁴⁶ M. Zdyb, *Dysfunkcjonalność...*, s. 21–23.

⁴⁷ J. Wróblewski, *Teoria racjonalnego tworzenia prawa*, Wrocław 1985, s. 134, 138, 232.

państwa w organizacji międzynarodowej oznacza zwiększenie liczby celów, które mają być realizowane przez poszczególnych prawodawców. Prawodawca krajowy realizuje cele wynikające z konieczności zaspokojenia określonych potrzeb ekonomicznych i politycznych społeczeństwa, natomiast prawodawca unijny realizuje cele organizacji międzynarodowej, którymi są również cele ekonomiczne i polityczne większej społeczności. W aspekcie wartości uniwersalnych istnieje zbieżność aksjologiczna, lecz nie gwarantuje to braku konfliktów na poziomie wartości partykularnych, czyli wartości-celów⁴⁸.

Kolejnym uzupełniającym warunkiem skuteczności europejskich procedur odwoławczych jest ocena ich adekwatności polegająca na analizie, czy rozwiązania są właściwe i dostosowane do specyfiki rynku. Funkcjonalność przepisów prawa może być rozpatrywana w aspekcie ich relacji do systemu prawa lub w relacji do rzeczywistości poza takim systemem. Ten pierwszy model określany jest w literaturze jako „funkcjonalność w znaczeniu formalnym” i nawiązuje do wspomnianej wcześniej techniki legislacyjnej, natomiast drugi w odwołaniu do wartości zewnętrznych, usprawiedliwiających istnienie systemu prawa i wyznaczających jego cele – jako „funkcjonalność w znaczeniu materialnym”. Przepis jest oceniony jako właściwie funkcjonujący w ujęciu formalnym, jeśli dobrze odgrywa swoją rolę w systemie, który stanowi punkt odniesienia. Natomiast przy funkcjonalności w znaczeniu materialnym istotne jest odniesienie do celów, których realizacja stanowi uzasadnienie istnienia systemu. Przepis jest funkcjonalny wówczas, gdy jest środkiem realizacji celów⁴⁹.

Podsumowując, warunek skuteczności zakłada konieczność zbadania relacji pomiędzy celem a możliwym do zbadania jego urzeczywistnieniem. Prawo jest skuteczne, jeśli daje się zastosować i działa w określonej rzeczywistej przestrzeni społeczno-ekonomicznej. Prawo stanowione, które nie jest stosowane, jest bez znaczenia, bezużyteczne. Należy się zgodzić, że efektywność prawa pozostaje w związku ze skutecznością tylko wówczas, gdy pojęcie skuteczności będzie powiązane z kategorią użyteczności, co nawiązuje do konieczności zbadania, w jaki sposób jest postrzegane przez jego beneficjentów⁵⁰. W przypadku prawa unijnego warto również zbadać, w jaki sposób instytucje unijne dodatkowo wspierają skuteczność europejskiego modelu procedur odwoławczych poprzez stosowanie innych instrumentów, np. wspierających profesjonalizację na rynku zamówień publicznych.

⁴⁸ M. Niedźwiedz, *Stanowienie prawa w multicytrycznym porządku prawnym – konflikt czy współistnienie wartości?* [w:] *Aksjologia prawa administracyjnego*, red. J. Zimmermann, t. I, Warszawa 2017, s. 381, 386.

⁴⁹ K. Kokocińska, *Funkcjonalność i dysfunkcjonalność przepisów publicznego prawa gospodarczego z perspektywy kryterium wartości (zagadnienia ogólne)* [w:] *Dysfunkcje publicznego prawa gospodarczego*, red. M. Zdyb, E. Kruk, G. Lubeńczuk, Warszawa 2018, s. 25–26 i cytowana tam literatura; M. Piechowiak, *W sprawie funkcjonalności*, RPEiS 1995/1.

⁵⁰ Warunki istnienia efektywnego prawa zostały przedstawione przekonywująco przez J. Stelmacha, *Efektywne prawo*, https://ruj.uj.edu.pl/xmlui/bitstream/handle/item/79004/stelmach_efektywne_prawo_2010.pdf?sequence=1&isAllowed=y (dostęp: 27.06.2021 r.).

Analiza warunku skuteczności wymaga sięgnięcia do badań empirycznych prowadzonych, zleczanych i gromadzonych przez Komisję oraz do badań empirycznych, których rezultaty pojawiają się w literaturze przedmiotu, dokumentach urzędowych oraz do danych, które wynikają z powszechnie dostępnych źródeł, takich chociażby jak liczba wydanych orzeczeń czy publikowanych ogłoszeń. Interesującymi narzędziami do prowadzenia badań empirycznych w obszarze zamówień publicznych są projekty przygotowane przez OECD/SIGMA: „The Methodology for Assessing Procurement Systems (MAPS)”⁵¹ oraz „Methodological Framework for the Principles of Public Administration”⁵² – niestety zakres ich zastosowania jest ograniczony, ponieważ tylko niektóre państwa członkowskie podjęły się analizy krajowych systemów prawnych. W większości państw członkowskich informacje na temat krajowych procedur odwoławczych nie są gromadzone w sposób uporządkowany, co sprawia, że analiza skuteczności dyrektyw jest możliwa tylko w ograniczonym zakresie. Komisja rozpoczęła proces analizy gromadzenia danych w państwach członkowskich, czego efektem jest opracowanie z 2018 r. zatytułowane Study to explore data availability at the national level in order to develop indicators for evaluating the performance of the „Remedies Directives”⁵³, przedstawiające propozycję metodologii zbierania danych przez państwa członkowskie, oraz opracowanie z 2019 r. zatytułowane Study to explore data availability at the national level in order to develop indicators for evaluating the performance of the „Remedies Directives” Annex 2: Country Fiches⁵⁴, przedstawiające, w jaki sposób poszczególne państwa członkowskie gromadzą dane dotyczące funkcjonowania krajowych procedur odwoławczych. Z powyższego wynika, że proces tworzenia odpowiednich i wiarygodnych narzędzi do bardziej wszechstronnej analizy skuteczności europejskiego modelu procedur odwoławczych nie został jeszcze zakończony. Pomimo tych trudności wydaje się, że sformułowanie podstawowych wniosków w zakresie powyżej zdefiniowanej skuteczności jest możliwe i dopuszczalne.

Drugim, obok skuteczności, warunkiem efektywności jest założenie, że **prawo powinno przewidywać zmiany**, które mogą nastąpić w społeczno-ekonomicznej rzeczywistości. Otwarcie na przyszłość oznacza otwarcie na dynamiczną wykładnię, na „prawotwórczy precedens” zapewniający dalsze działanie prawa⁵⁵. Projektowane procedury odwoławcze powinny się opierać na założeniach określających kierunki zmian w obszarze analizowanej dziedziny prawa w dłuższej perspektywie czasowej. Efektywne prawo powinno również uwzględniać wyważone **relacje pomiędzy interesem prywatnym a interesem publicznym**, co może być określone jako założenie, że jego adresaci są

⁵¹ <https://www.mapsinitiative.org/> (dostęp: 27.06.2021 r.).

⁵² <http://www.sigmaxweb.org/publications/Methodological-Framework-for-the-Principles-of-Public-Administration-November-2017.pdf> (dostęp: 27.06.2021 r.).

⁵³ <file:///C:/Users/48609/AppData/Local/Temp/Final%20report%20-%20Study%20to%20explore%20data%20availability%20at%20the%20national%20level%20in%20order%20to%20develop%20indicators%20for%20evaluating%20the%20performance%20of%20the%20Remedies%20Directives.pdf> (dostęp: 27.06.2021 r.).

⁵⁴ <file:///C:/Users/48609/AppData/Local/Temp/Annex%202%20-%20Country%20Fiches-1.pdf>.

⁵⁵ J. Stelmach, *Efektywne.....*

podmiotami ekonomicznie racjonalnymi. Pracodawca powinien brać pod uwagę ekonomiczną racjonalność adresatów norm prawnych i powinien poszukiwać rozwiązań kompromisowych uwzględniających interesy publiczne i indywidualne. Efektywne prawo powinno uwzględniać **tradycję, wykształcone już nawyki, przyjęte zasady** i powszechnie akceptowane standardy, co odzwierciedla ekonomikę myślenia i działania prawniczego. Po co szukać nowych rozwiązań, jeśli w zasięgu są znane i sprawdzone instytucje prawne, które można zmodyfikować⁵⁶?

Wydaje się, że badanie efektywności prawa sprzyja rozwojowi nauk prawnych i zakłada współdziałanie z innymi dyscyplinami nauki. Rozwój badań nad efektywnością wymaga skutecznych metodologii zbierania danych i ich udostępniania. Prawo coraz częściej jest postrzegane przez jego adresatów i użytkowników jako narzędzie skomplikowane i niezaspokajające potrzeb społecznych. W literaturze postuluje się reformę prawa i podjęcie wysiłku uproszczenia i zoptymalizowania procedur prawnych. Pozostając w swojej obecnej postaci, prowadzą one do niczym nieuzasadnionego wydłużania postępowań sądowych i administracyjnych i generują niepotrzebne koszty. Jedną z głównych przyczyn malejącej ekonomicznej konkurencyjności Europy jest niezreformowane prawo – system, który jest ekonomicznie nieefektywny, przeregulowany, z przestarzałymi procedurami i wciąż rosnącą biurokracją⁵⁷.

5. Założenia konstrukcyjne monografii

Zadania badawcze dotyczące europejskich procedur odwoławczych i próby określenia ich efektywności zostały przedstawione w podziale na cztery główne części.

W pierwszej części została nakreślona historia powstania regulacji unijnych w dziedzinie zamówień publicznych, cele ustawodawcy unijnego oraz interesy, które legły u podstaw przyjęcia unijnego modelu procedur odwoławczych. Procedury odwoławcze w zamówieniach publicznych zostały scharakteryzowane jako mechanizm egzekwowania prawa oparty na inicjatywie jednostek, który uwzględnia interesy jednostkowe i interes publiczny. Przedstawiono kompetencje UE do proceduralizacji prawa oraz uwzględniono zobowiązania międzynarodowe, które mogą mieć wpływ na zakres podmiotowy europejskich procedur odwoławczych. Ostatni rozdział zawiera rozważania dotyczące zasad: dostępu do efektywnych procedur odwoławczych w zamówieniach publicznych, szybkości, przejrzystości, niedyskryminacji i równoważności.

W drugiej części poddano analizie elementy istotne dla funkcjonowania i efektywności procedur odwoławczych: forum rozstrzygania sporów, zakres przedmiotowy i podmiotowy oraz terminy wnoszenia środków ochrony prawnej. Przedmiotowa część zawiera

⁵⁶ J. Stelmach, *Efektywne...*

⁵⁷ J. Stelmach, B. Brożek, W. Załuski, *Dziesięć...*, s. 192–193.

przedstawienie regulacji prawa europejskiego oraz przykłady i tendencje pojawiające się w procesie implementacji. Zagadnienia zostały przedstawione przy uwzględnieniu różnych opcji proponowanych w świetle dyrektyw odwoławczych i standardów z art. 47 KPP.

W trzeciej części omówiono wszystkie środki ochrony prawnej przysługujące poszkodowanym wykonawcom: środki tymczasowe (uwzględniając okres tymczasowego zawieszenia typu *standstill*), odwołanie zmierzające do uchylecia bezprawnej decyzji zamawiającego, nieskuteczność umowy w sprawie zamówienia oraz odszkodowanie. Analiza wymienionych środków ochrony prawnej uwzględnia bogate orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości oraz Sądu, a w przypadku odszkodowania również Trybunału EFTA. Minimalne standardy ochrony zostały przedstawione w nawiązaniu do przykładów implementacji dokonanej przez państwa członkowskie, przy szczególnym uwzględnieniu Polski.

W ostatniej, czwartej części zawarto podsumowanie dotyczące efektywności europejskich procedur odwoławczych przy uwzględnieniu warunków zaproponowanych we wprowadzeniu przedstawiającym cele i metody badawcze.

Spójność procedur odwoławczych wymagała w każdej z części nawiązywania do wzajemnych relacji pomiędzy środkami ochrony prawnej i innymi elementami mechanizmu egzekwowania prawa i uwzględnienia wynikających stąd konsekwencji. Zidentyfikowane nieprawidłowości zostały „przypisane” ustawodawcy unijnemu lub krajowym prawodawcom oraz podjęto próbę wskazania rozsądnych rozwiązań lub zmian w ustawodawstwie.

Odniesienia do prawa krajowego, najobszerniej do prawa polskiego, pojawiają się w kontekście omawianych elementów procedury odwoławczej oraz środków ochrony prawnej. W każdym przypadku przedstawione regulacje są pokazane z perspektywy procesu implementacji procedur odwoławczych, stąd, w zależności od poruszanego zagadnienia i zakresu analizowanego tematu, stanowią odrębne rozdziały lub część jednego.

Procedury odwoławcze w zamówieniach publicznych obejmują swoim zakresem przedmiotowym wszystkie dyrektywy zamówieniowe. W związku z tym, że proponowane przez ustawodawcę unijnego rozwiązania prawne powtarzają się w obu dyrektywach odwoławczych oraz w dyrektywie obronnościowej podstawowa analiza została przeprowadzona w oparciu o dyrektywę 89/665/EWG, aczkolwiek opracowanie odsyła do pozostałych regulacji i wyraźnie wskazuje na istniejące różnice w ukształtowaniu procedur odwoławczych i stanowiących ich istotną część.

Część pierwsza

**POWSTANIE I ZASADY EUROPEJSKICH
PROCEDUR ODWOŁAWCZYCH**

Rozdział 1

POWSTANIE, ZAŁOŻENIA I CHARAKTERYSTYKA UNIJNEGO MODELU PROCEDUR ODWOŁAWCZYCH W ZAMÓWIENIACH PUBLICZNYCH

1.1. Historia powstania regulacji unijnych koordynujących procedury udzielania zamówień publicznych

Zamówienia publiczne stanowią organizacyjną formę dysponowania środkami publicznymi. Celem działań zamawiających jest wykorzystanie funduszy publicznych w celu uzyskania określonego efektu gospodarczego przede wszystkim w warunkach konkurencji pomiędzy podmiotami, które mogą uzyskać prawo do wykonywania i zlecenia realizacji określonych zadań, finansowanych ze środków publicznych¹. W niektórych przypadkach celem zamawiających jest również połączenie efektu gospodarczego z innym celem społecznym, ekonomicznym lub w dziedzinie ochrony środowiska, jeśli polityka zamówień w danym państwie jest nakierowana na instrumentalne wykorzystanie środków publicznych.

Zamówienia publiczne stanowią jeden z elementów wewnętrznego rynku, bez którego integracja ekonomiczna państw członkowskich UE nie byłaby pełna. W procesie znoszenia barier na drodze do utworzenia wspólnego rynku zwrócono uwagę na protekcyjnistyczne praktyki państw członkowskich zamykające dostęp do krajowych rynków zamówień publicznych. W celu otwarcia krajowych rynków niezbędne stało się wprowadzenie regulacji prawnych o ponadnarodowym charakterze, które kładą nacisk na przestrzeganie zasady równego traktowania wykonawców i tych wszystkich przepisów prawa zamówień publicznych, które kształtują proces udzielania zamówień jako zjawisko o ściśle ekonomicznym charakterze. Celem regulacji unijnych jest również wzbudzenie transgranicznego zainteresowania zamówieniami publicznymi. Szczególny interes unijny w zamówieniach przejawia się zatem w sprzyjaniu działaniom promującym konkurencję między uczestnikami na rynku, na którym wydawane są środki publiczne.

¹ Por. L. Kieres [w:] *Zamówienia publiczne jako przedmiot regulacji prawnej*, red. M. Guziński, Łódź 2012, s. 12.

Dyrektywy stały się podstawowymi aktami prawnymi harmonizującymi prawo zamówień publicznych. Komisja Europejska szybko uznała, że zamówienia publiczne wymagają bardziej szczegółowych unormowań prawnych niż te zawarte wówczas w Traktacie o Europejskiej Wspólnocie Gospodarczej², albowiem zamówienia stanowiły istotną barierę dla rozwoju wspólnego rynku.

Już w latach siedemdziesiątych Komisja Europejska uznała, że liberalizacja i pełne wdrożenie zasad wspólnego rynku wymagają harmonizacji krajowych systemów zamówień publicznych³. Zgodnie z ogłoszonym w 1986 r. planem stworzenia jednolitego rynku wewnętrznego podjęto kolejne prace legislacyjne mające na celu zwiększenie skuteczności unijnych regulacji odnoszących się do rynków zamówień⁴.

W latach dziewięćdziesiątych ubiegłego wieku ustawodawca unijny ustanowił podstawy regulujące rynek zamówień publicznych w Unii Europejskiej, które obowiązywały przez dłuższy czas. Stworzone ramy tzw. dyrektyw klasycznych obejmowały trzy podstawowe akty prawne: dyrektywę 92/50/EWG koordynującą procedury udzielania zamówień publicznych na usługi z 18.06.1992 r.⁵, dyrektywę 93/37/EWG koordynującą procedury udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane z 14.06.1993 r.⁶ i dyrektywę 93/36/EWG koordynującą procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy z 14.06.1993 r.⁷

W związku z przystąpieniem jeszcze Wspólnot Europejskich do Porozumienia w sprawie zamówień rządowych (GPA)⁸ zawartego w ramach Światowej Organizacji Handlu (WTO) 15.04.1994 r. w Marrakeszu, które weszło w życie 1.01.1996 r.⁹, w dniu 13.10.1997 r. przyjęta została dyrektywa 97/52/WE nowelizująca postanowienia przyjętych wcześniej dyrektyw klasycznych: 92/50/EWG, 93/36/EWG i 93/37/EWG¹⁰ i otwierająca wewnętrzny rynek dla przedsiębiorców pochodzących z państw sygnatariuszy porozumienia.

² Obecnie Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej.

³ W dniu 26.07.1971 r. przyjęto dyrektywę 71/305/EWG koordynującą procedury udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (Dz.Urz. WE L 185, s. 5), a następnie 21.12.1976 r. dyrektywę 77/62/EWG koordynującą procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy (Dz.Urz. WE L 13 z 15.01.1977, s. 1).

⁴ W dniu 22.03.1988 r. przyjęto dyrektywę 88/295/EWG zmieniającą dyrektywę 77/62/EWG koordynującą procedury udzielania zamówień na dostawy (Dz.Urz. WE L 127, s. 1), a w dniu 18.07.1989 r. dyrektywę 89/440/EWG zmieniającą dyrektywę 71/305/EWG koordynującą procedury udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (Dz.Urz. WE L 210, s. 1).

⁵ Dz.Urz. WE L 209, s. 1.

⁶ Dz.Urz. WE L 199, s. 54.

⁷ Dz.Urz. WE L 199, s. 1.

⁸ Ang. *Government Procurement Agreement*.

⁹ Dz.Urz. UE L 336, s. 273; Dz.Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 11, t. 21, s. 372.

¹⁰ Dz.Urz. WE L 328, s. 1; Dz.Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 6, t. 3, s. 3.

Unijne regulacje odnoszące się do rynku zamówień publicznych utworzyły dwa reżimy: klasyczny i sektorowy. Zakres przedmiotowy dyrektyw klasycznych, dotyczących procedur udzielania zamówień publicznych, nie obejmował zamówień na dostawy, usługi i roboty budowlane udzielanych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu czy usług pocztowych. Wyłączenie to zostało spowodowane wieloma przyczynami natury politycznej, ekonomicznej, przemysłowej i prawnej. Jednym z głównych powodów wyodrębnienia tej kategorii zamówień był fakt, że podmioty ich udzielające w pewnych przypadkach podlegają prawu publicznemu, a w innych prawu prywatnemu, dlatego też zakres podmiotowy dyrektywy sektorowej nie mógł być zdefiniowany wyłącznie według kryterium statusu prawnego zamawiających – tak jak to zostało określone w dyrektywach klasycznych.

W porównaniu z reżimem klasycznym – gdzie potrzeba bardziej szczegółowych unormowań została dostrzeżona wcześniej, bo już w latach siedemdziesiątych – podmioty działające w sektorach użyteczności publicznej przez długi jeszcze czas cieszyły się całkowitą swobodą, jeżeli chodzi o dokonywanie zakupów w drodze udzielenia zamówienia. Dopiero 17.09.1990 r. została przyjęta dyrektywa 90/531/EWG w sprawie procedur udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetycznej, transportu i telekomunikacji¹¹. Postanowienia tej dyrektywy były znacznie mniej restrykcyjne niż przepisy dyrektyw klasycznych, zezwalając podmiotom na swobodny wybór drogi, w jakiej zamówienie miało być udzielone.

W związku z objęciem w 1992 r. regulacjami unijnymi także zamówień na usługi (dyrektywa 92/50/EWG) dyrektywa dotycząca podmiotów działających w wyłączonych sektorach została również uzupełniona odpowiednimi postanowieniami rozszerzającymi jej zakres przedmiotowy na zamówienia na usługi w drodze przyjęcia w dniu 14.06.1993 r. nowej dyrektywy 93/38/EWG koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetycznej, transportu i telekomunikacji¹².

W dniu 31.03.2004 r. została przyjęta po raz pierwszy jedna dyrektywa klasyczna 2004/18/WE w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi¹³, która koordynowała procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy, usługi i roboty budowlane i uchyliła obowiązujące wcześniej dyrektywy: 92/50/EWG, 93/36/EWG i 93/37/EWG. W tym samym dniu przyjęto nową dyrektywę sektorową 2004/17/WE koordynującą procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki,

¹¹ Dz.Urz. WE L 297, s. 1.

¹² Dz.Urz. WE L 199, s. 84.

¹³ Dz.Urz. UE L 134, s. 114; Dz.Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 6, t. 7. s. 132.

transportu i usług pocztowych¹⁴, która zastąpiła dotychczasowe regulacje ustanowione na mocy dyrektywy 93/38/EWG.

W związku z pojawieniem się potrzeby uregulowania zamówień w sektorze obronności została przyjęta odrębna dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z dnia 13.07.2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa zmieniająca dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE¹⁵.

Obowiązujące przez wiele lat dyrektywy z 2004 r. – 2004/17/WE i 2004/18/WE – wymagały zmian, a zwłaszcza uwzględnienia problemów narosłych w praktyce podczas udzielania zamówień publicznych, jak również nowych negocjacji zobowiązań międzynarodowych skutkujących podpisaniem nowego Porozumienia w sprawie zamówień rządowych¹⁶. W grudniu 2011 r. Komisja przygotowała projekty nowych dyrektyw klasycznej i sektorowej oraz odrębną dyrektywę dotyczącą koncesji. Warto w tym miejscu wspomnieć, że definicja umowy koncesji została wypracowana w orzecznictwie Trybunału na bazie definiowania samej umowy w sprawie zamówienia¹⁷.

Dyrektywy zostały przyjęte przez Parlament 15.01.2014 r., a następnie przez Radę 11.02.2014 r. – pierwsza dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26.02.2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE¹⁸ oraz druga dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z 26.02.2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE¹⁹. Tego samego dnia przyjęto dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE w sprawie udzielania koncesji²⁰.

1.2. Uchwalenie dyrektyw koordynujących procedury odwoławcze w zamówieniach publicznych

Regulacje materialnego prawa zamówień publicznych okazały się niewystarczające. W latach osiemdziesiątych w trakcie przeglądu ustawodawstwa krajowego w dzie-

¹⁴ Dz.Urz. UE L 134, s. 1; Dz.Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 6, t. 7, s. 19.

¹⁵ Dz.Urz. UE L 216, s. 76.

¹⁶ Zrewidowane porozumienie weszło w życie 6.04.2014 r. decyzją Rady 2014/115/UE z 2.12.2013 r. dotyczącą zawarcia Protokołu zmieniającego Porozumienie w sprawie zamówień rządowych (Dz.Urz. UE L 68, s. 1).

¹⁷ Np. wyrok TS z 10.09.2009 r. w sprawie C-206/08, WAZV Gotha, ECLI:EU:C:2009:540.

¹⁸ Dz.Urz. UE L 94, s. 65.

¹⁹ Dz.Urz. UE L 94, s. 243.

²⁰ Dz.Urz. UE L 94, s. 1.

dzinie zamówień publicznych Komisja Europejska szybko spostrzegła, że państwa członkowskie nie zapewniają wykonawcom efektywnych środków ochrony prawnej w celu egzekwowania roszczeń wynikających wówczas jeszcze z prawa wspólnotowego, a efektywne stosowanie dyrektyw w dziedzinie zamówień publicznych napotyka przeszkody²¹. Przegląd krajowych standardów odwoławczych wykazał, że krajowe procedury wspomagające przedsiębiorców praktycznie nie istnieją²². Wykonawcy nie wiedzieli jakie krajowe środki ochrony mogą stosować w przypadku naruszenia prawa – wówczas wspólnotowego – przez zamawiających i podkreślano nieadekwatny poziom wykonywania tego prawa przez państwa członkowskie. Pierwotnie zastanawiano się nawet, czy instrumenty opierające się na inicjatywie wykonawców będą w ogóle stanowiły skuteczne narzędzie egzekwowania prawa wspólnotowego, zważywszy na pewną niechęć ze strony przedsiębiorców do wchodzenia w sytuacje konfliktowe i sporne z zamawiającymi oraz trudności dowodowe będące wynikiem niskiego poziomu przejrzystości w zamówieniach publicznych²³. W Białej Księdze z 1985 r. Komisja zapowiedziała podjęcie bardziej skutecznych działań zapewniających egzekwowanie obowiązującego prawa wspólnotowego, aby uwiarygodnić wysiłki instytucji wspólnotowych mające na celu przełamanie barier przedsiębiorców i zachęcenie ich do prowadzenia działalności gospodarczej również poza granicami danego państwa członkowskiego²⁴.

Wierząc, że środki ochrony prawnej, w powiązaniu z innymi instrumentami egzekwowania prawa, mogą być kluczem do sukcesu wspólnotowej polityki zamówień publicznych, Komisja po raz pierwszy w 1987 r. zaproponowała wprowadzenie minimalnego standardu ochrony dla wykonawców, a rok później przedstawiła zmodyfikowaną wersję swojej propozycji²⁵. W ocenie Komisji istniejące instrumenty wdrażające prawo wspólnotowe nie przeciwdziałały naruszeniom, zwłaszcza na etapie, na którym nieprawidłowe decyzje zamawiających mogły być skorygowane. Komisja zwróciła uwagę na specyficzne wymogi procedur odwoławczych w zamówieniach publicznych wiążące się z zasadą szybkości oraz na rodzaj nieprawidłowości, które mają charakter głównie proceduralny. Proponowane rozwiązania prawne miały na celu optymalizację funkcjonowania wspólnego rynku oraz zapewnienie minimum koordynacji i wzmocnienia

²¹ Komisja Europejska, White paper on completing the internal market, COM (85) 310, s. 23–24; H.-J. Priess, P. Friton, *Designing effective challenge procedures: the EU's experience with remedies* [w:] *The WTO regime and government procurement: Challenge and reform*, red. S. Arrowsmith, R.D. Anderson, Cambridge 2011, s. 513; J.M. Fernández Martín, *The EC Public Procurement Rules: A Critical Analysis*, Oxford 1996, s. 205–206.

²² Komisja Europejska, Komitet Doradczy w zakresie otwierania rynków zamówień publicznych, Extracts from the Analysis of Controls on Compliance with the Rules concerning Public Procurement in the Member States, CCO88/73.

²³ S. Arrowsmith, *Public procurement: example of a developed field of national remedies established by community law* [w:] *Public Interest Litigation before European Courts*, red. H.-W. Mitzklitz, N. Reich, Baden-Baden 1996, s. 127–128.

²⁴ Komisja Europejska, White paper on completing the internal market, COM (85) 310.

²⁵ Komisja Europejska, Proposal for Public Sector Remedies Directive 89/665, COM (87) 134, Amended proposal for Public Sector Remedies Directive 89/665, COM (88) 733.

sądowych procedur gwarantujących prawidłowe stosowanie prawa wspólnotowego. Komisja zaproponowała Radzie minimalne standardy dotyczące procedur odwoławczych inicjowanych przez przedsiębiorców, ale również inne pomysły dotyczące egzekwowania prawa wspólnotowego, które zakładały aktywną rolę samej Komisji w stosunku do toczących się przetargów i m.in. przyznawały jej uprawnienie do zawieszenia krajowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wydaje się nawet, że pierwotne koncepcje Komisji zmierzały raczej do wzmocnienia mechanizmów publicznych w charakterze instrumentów egzekwowania prawa, niż do rozwoju środków ochrony prawnej dedykowanych wykonawcom. Rada odrzuciła propozycje upoważniające Komisję do bezpośredniej interwencji w przebieg krajowych przetargów, nie zamierzając uchylać tak fundamentalnych zmian prawa procesowego państw członkowskich w tylko jednej dziedzinie²⁶, lecz zaakceptowała mniej inwazyjne rozwiązania, tj. mechanizm korekcyjny.

Z inicjatywy Komisji – obok omówionych dyrektyw regulujących sposoby udzielania zamówień w prawie unijnym – pojawiły się unormowania mające na celu koordynację procedur odwoławczych w zakresie zamówień publicznych, czyli tzw. dyrektywy odwoławcze. W odniesieniu do zamówień sektora klasycznego jest to dyrektywa 89/665/EWG z 21.12.1989 r. w sprawie koordynacji przepisów i regulacji administracyjnych dotyczących stosowania procedur odwoławczych w udzielaniu zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane²⁷, natomiast dla zamówień sektorowych obowiązuje dyrektywa 92/13/EWG z 25.02.1992 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 (aktualnie usług pocztowych)²⁸. Regulacje przyjęte na poziomie ponadnarodowym przyczyniły się do wprowadzenia środków ochrony prawnej dla wykonawców oraz wpłynęły na kształt procedur odwoławczych w państwach członkowskich. Sukces dyrektyw odwoławczych był jednak ograniczony, ponieważ przedsiębiorcy postrzegali dedykowane im środki ochrony jako kosztowne, niegwarantujące osiągnięcia oczekiwanego rezultatu i mogące skutkować pogorszeniem relacji z zamawiającymi. Takie podejście ze strony uczestników rynku zamówień częściowo przekładało się na zwiększenie aktywności Komisji w zakresie stosowania unijnych instrumentów egzekwowania prawa, tj. skargi przeciwko państwom członkowskim wnoszonej na podstawie odpowiednika obecnie obowiązującego art. 258 TFUE²⁹. Konsultacje z uczestnikami rynków zamówień publicznych oraz orzecznictwo Trybunału ujawniły konkretne słabości istniejących procedur odwoławczych, które nie pozwalały na usunięcie naruszeń na etapie, kiedy było to jeszcze możliwe.

²⁶ Rada, doc. 7834/89 ADD 1, s. 5.

²⁷ Dz.Urz. WE L 395, s. 33; Dz.Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 6, t. 1, s. 246.

²⁸ Dz.Urz. WE L 76, s. 14; Dz.Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 6, t. 1, s. 315. Przedmiotowa dyrektywa pojawiła się później, ponieważ rynek zamówień sektorowych został uregulowany w 1990 r., zaraz po przyjęciu pierwszej dyrektywy odwoławczej.

²⁹ A. Arnall, *The principle of effective judicial protection in EU law: an unruly horse?*, „European Law Review” 2011/1, s. 51–70.

Dyrektywy odwoławcze zostały znowelizowane na mocy dyrektywy 2007/66/WE z 11.12.2007 r. zmieniającej dyrektywy 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych³⁰, która wprowadziła dwa nowe instrumenty poprawiające skuteczność przepisów unijnych. Komisja przedłożyła 14.06.2006 r. projekt dyrektywy zmieniającej dyrektywy odwoławcze w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie zamówień publicznych. Projekt Komisji nawiązywał do orzecznictwa Trybunału na temat efektywnego ukształtowania krajowych procedur odwoławczych i skupiał się na dwóch zagadnieniach: umożliwieniu wykonawcom skarżenia decyzji o udzieleniu zamówienia przed podpisaniem umowy oraz zwalczaniu niezgodnych z prawem bezpośrednich zamówień³¹, natomiast główne cele dyrektyw odwoławczych miały pozostać niezmienione. Efekt końcowych ustaleń pomiędzy Parlamentem Europejskim oraz Radą stanowi kompromis pomiędzy wzmocnieniem ochrony prawnej wykonawców przed niezgodnymi z prawem decyzjami o udzieleniu zamówień a słusznymi interesami zamawiających³².

Przyjęta w 2009 r. – już po nowelizacji dyrektyw odwoławczych – dyrektywa 2009/81/WE dotycząca zamówień w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa samodzielnie uregulowała procedury odwoławcze w art. 55–64, nawiązując do sprawdzonych rozwiązań w dziedzinie zamówień klasycznych i sektorowych. Pomimo pewnych drobnych odrębności, procedury odwoławcze w zamówieniach w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa powielają rozwiązania dyrektyw odwoławczych³³.

W celu zachowania podobnych standardów zakresy dyrektyw 89/665/EWG i 92/13/EWG zostały zmienione w efekcie przyjęcia odrębnych regulacji koncesji na mocy dyrektywy 2014/23/UE³⁴. Ustawodawca unijny uznał, że „w celu zapewnienia odpowiedniej ochrony prawnej wykonawców w postępowaniach o udzielenie koncesji, jak również skutecznego egzekwowania wykonywania dyrektywy 2014/23/EU oraz zasad wynikających z TFUE dyrektywy odwoławcze powinny mieć również zastosowanie do koncesji”³⁵.

Standardy wynikające z dyrektyw odwoławczych mają również zastosowanie do zamówień udzielanych zgodnie z rozporządzeniem (WE) nr 1370/2007 Parlamentu Euro-

³⁰ Dz.Urz. UE L 335, s. 31.

³¹ Komisja Europejska, Proposal for Procurement Remedies Amending Directive 2007/66, COM (2006) 195; S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, vol. I, Londyn 2014, s. 195; S. Arrowsmith, *The past and future evolution of EC procurement law: form framework to common code*, „Public Contract Law Journal” 2006/3, s. 379.

³² Szerzej na ten temat: K. Costa-Zahn, M. Lutz, *Reforma dyrektyw odwoławczych*, PZP 2008/2, s. 1; R. Williams, *A new Remedies Directive for the European Community*, PPLR 2008/2, s. 19–25; L. Koskinen, *Reform of Public Procurement Remedies: A First Look at the Commission Proposal for an Amending Directive*, EIPA SCOPE 2006/3, s. 19–23.

³³ Por. motyw 72 preambuły do dyrektywy 2009/81/WE.

³⁴ Por. art. 46 i 47 dyrektywy 2014/23/UE.

³⁵ Motyw 81 do dyrektywy 2014/23/UE.

pejskiego i Rady z 23.10.2007 r. dotyczącym usług publicznych w zakresie kolejowego i drogowego transportu pasażerskiego oraz uchylającego rozporządzenia Rady (EWG) nr 1191/69 i (EWG) nr 1107/70³⁶. Rozporządzenie zawiera szczególne zasady, których celem jest albo zastąpienie albo uzupełnienie ogólnych zasad z dyrektyw zamówieniowych, w zależności od tego czy mająca zastosowanie dyrektywa przewiduje zasady w dziedzinie regulowanej przez przedmiotowe rozporządzenie³⁷. Zgodnie z treścią art. 5 ust. 7 wspomnianego rozporządzenia państwa członkowskie zostały zobowiązane do podjęcia niezbędnych środków w celu zapewnienia, by decyzje zamawiających mogły być szybko i skutecznie skontrolowane „na żądanie każdej osoby, która jest lub była zainteresowana uzyskaniem danego zamówienia i która doznała szkody lub której grozi szkoda w wyniku zarzucanego naruszenia, ze względu na naruszenie przez takie decyzje prawa unijnego lub przepisów krajowych, które wprowadzają je w życie”. W motywie 21 preambuły do przedmiotowego rozporządzenia ustawodawca unijny wprost odwołał się do standardów przewidzianych w dyrektywach odwoławczych czego rezultatem było przyjęcie podobnych wymogów dotyczących forum rozstrzygania sporów – jeśli w pierwszej instancji jurysdykcja przysługuje organowi administracji, który nie ma charakteru sądowego, państwa członkowskie mają obowiązek zapewnić drogę odwołania do sądu lub innego organu będącego sądem w rozumieniu art. 267 TFUE.

W sprawozdaniu w sprawie efektywności dyrektyw odwoławczych z 24.01.2017 r. Komisja wyraziła pogląd, że nie ma żadnej istotnej bądź naglącej konieczności wprowadzenia zmian do dyrektyw dotyczących środków odwoławczych, a zatem została podjęta decyzja o zachowaniu ich w obecnej postaci³⁸. Stanowisko Komisji było krytykowane w literaturze z uwagi na fakt, że prawo materialne w dziedzinie zamówień zostało dosyć poważnie zmienione i warto byłoby się zastanowić nad dostosowaniem środków ochrony prawnej do zmieniających się okoliczności. Dyrektywy z 2014 r. wprowadzają nowe regulacje dotyczące działań zamawiającego w stosunku do zawartych już umów, koordynują pewne uprawnienia przyznane podwykonawcom, jak również wprowadzają obowiązek elektronicznej zamawiania³⁹. Przedstawione rozwiązania są na tyle nowe, że pojawia się wiele wątpliwości dotyczących stosowania środków ochrony prawnej, nie wspominając już o wciąż nieujednoliconych zasadach przyznawania odszkodowań⁴⁰.

³⁶ Dz.Urz. UE L 315 z 3.12.2007, s. 1.

³⁷ Wyrok TS z 27.10.2016 r. w sprawie C-292/15, Hörmann Reisen, ECLI:EU:C:2016:817, pkt 44–47.

³⁸ 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, Bruksela, 24.01.2017 r., COM (2017) 28 final.

³⁹ M. Simovart zwraca uwagę, że elektroniczne dokumentowanie postępowań zmieniło procedury odwoławcze w Estonii – członkowie organu odwoławczego mają bezpośredni dostęp do dokumentów w wersji elektronicznej prowadzonych postępowań i w większości skarg strony nie mają obowiązku przedkładania dokumentów źródłowych, *Current issues related to remedies system under the EU public procurement law*, „Procurement Law Journal” 2018/1, s. 9.

⁴⁰ M. Simovart, *Current...*, s. 1–10; A. Sanchez Graells, *Some Initial Comments on the Commission's Report on the Effectiveness of the Public Procurement Remedies Directives*, <https://www.howtocrackanut.com>.

1.3. Procedury odwoławcze jako mechanizmy egzekwowania prawa zamówień publicznych

Przed wprowadzeniem dyrektyw odwoławczych zainteresowani wykonawcy mogli kwestionować naruszenie wówczas jeszcze wspólnotowego prawa zamówień publicznych wyłącznie przy wykorzystaniu krajowych środków ochrony prawnej, które w wielu państwach nie były dostępne lub nie pozwalały na skorygowanie naruszenia w odpowiednim czasie⁴¹. Dla osiągnięcia efektywności rynku zamówień publicznych i zachowania uczciwej konkurencji nie jest wystarczające ustanowienie reguł prawnych koordynujących procedury przetargowe. Niezbędnym działaniem jest podjęcie środków gwarantujących stosowanie i egzekwowanie norm prawnych, określających prawa i obowiązki uczestników rynku zamówieniowego. W doktrynie wyróżnia się cztery główne typy mechanizmów wspierających właściwe egzekwowanie prawa w dziedzinie zamówień publicznych⁴²:

- 1) ustanowienie procedur odwoławczych i środków ochrony prawnej dla wykonawców poszkodowanych wskutek naruszenia prawa przez zamawiających, które w literaturze anglojęzycznej są określane jako: *review procedures*, *challenge procedures* lub *bid protest procedures*⁴³;
- 2) ustanowienie sankcji karnych, administracyjnych i dyscyplinarnych za naruszenie prawa zamówień publicznych;
- 3) powierzenie zewnętrznym, niezależnym od zamawiających, organom administracji lub podmiotom zdecentralizowanym kompetencji do kontroli i nadzoru nad prowadzeniem postępowań przetargowych i wydatkowaniem środków publicznych;
- 4) ustanowienie międzyrządowego forum rozstrzygania sporów powstałych w trakcie udzielania zamówień publicznych⁴⁴.

Dla skutecznego egzekwowania prawa państwa zwykle decydują się na wprowadzenie wielu mechanizmów wspierających efektywność norm prawnych. Istotne jest, by poszczególne mechanizmy reprezentowały podobne podejście w zakresie wykładni obowiązujących przepisów, aby nie pojawiały się różnice dotyczące sposobu rozu-

com/blog/2017/2/7/some-initial-comments-to-the-commissions-2017-report-on-the-effectiveness-of-the-public-procurement-remedies-directives (dostęp: 26.06.2021 r.).

⁴¹ Szerzej na ten temat: S. Weatherill, *National Remedies and Equal Access to Public Procurement*, „Yearbook of European Law” 1990/1, vol. 10, s. 243–290.

⁴² S. Arrowsmith, J. Linarelli, D. Wallace, Jr, *Regulating Public Procurement. National and International Perspectives*, Haga 2000, s. 749–750; D. Pachnou, *The Effectiveness of Bidder Remedies for Enforcing the EC Public Procurement Rules: a Case Study of the Public Works Sector in the United Kingdom and Greece*; X. Zhang, *A Supplier Review System as part of the Government Procurement System for China*, rozdział 2 – prace doktorskie dostępne na stronie <https://www.nottingham.ac.uk/pprg/publications/phd.aspx> (dostęp: 26.06.2021 r.).

⁴³ To ostatnie w terminologii prawa USA.

⁴⁴ Przykładowo: Światowa Organizacja Handlu czy Północnoamerykański Układ Wolnego Handlu (NAFTA).

mienia poszczególnych instytucji prawnych pomiędzy przykładowo zewnętrznymi organami kontroli a organami rozstrzygającymi spory z inicjatywy wykonawców⁴⁵. Patrząc globalnie na efektywność rynku zamówień publicznych, można stwierdzić, że wszystkie wymienione mechanizmy działają na rzecz wspierania procesu właściwego stosowania norm prawnych, lecz nie na zasadzie zastępowania się, ponieważ zostały zaprojektowane z uwzględnieniem jeszcze innych szczególnych celów. Środki ochrony prawnej przysługujące wykonawcom opierają się na takim szczególnym celu ochrony ich praw, aczkolwiek jednocześnie umożliwiają egzekwowanie obowiązujących norm prawnych. Realizacja uprawnień przez wykonawców nie może doznawać ograniczeń przy uzasadnieniu, że ochrona interesu publicznego, którym zajmują się zewnętrzne organy kontroli, jest już zapewniona. Podobnie inne okoliczności, jak potrzeba oszczędnego wydatkowania środków publicznych, nie mogą stać na przeszkodzie uchyleciu, z inicjatywy wykonawcy, sprzecznej z prawem decyzji zamawiającego.

Mała efektywność środków ochrony prawnej przewidzianych dla wykonawców może być wynikiem właśnie niewłaściwego ich stosowania przez organy rozstrzygające spory, które pomijają cele, dla których procedury odwoławcze zostały przyjęte. Niekorzystne dla wykonawców rozstrzygnięcia są wówczas uzasadniane interesem publicznym, a zwłaszcza okolicznościami dotyczącymi wydatkowania środków publicznych lub koniecznością realizacji zadań publicznych. Wbrew celom procedur odwoławczych, które powstają, aby chronić interesy wykonawców i w ten sposób prowadzić do efektywnego egzekwowania prawa przez jednostki, organy rozstrzygające spory „uzupełniają” działania organów kontroli, które zostały powołane głównie w celu dbania o interes publiczny przy udzielaniu zamówień.

Prawidłowo zaprojektowane procedury odwoławcze również realizują wymogi wynikające z potrzeby ochrony interesu publicznego w kontekście potrzeby zagwarantowania legalnego przebiegu procesu udzielania zamówienia, lecz jego respektowanie wysuwa się przed ochronę jednostek tylko wówczas, gdy wyraźnie to wynika z przepisów (np. możliwość utrzymania w mocy umowy w sprawie zamówienia pomimo przysługującej wykonawcy sankcji nieskuteczności czy ustawowe ograniczenie zakresu odszkodowania ze względu na fakt, że mamy do czynienia z wydatkowaniem środków publicznych).

Procedury odwoławcze należą do tej kategorii mechanizmów egzekwowania prawa, którą w literaturze anglojęzycznej określa się mianem *private enforcement*. Zaliczamy do niej wszystkie instrumenty egzekwowania i wykonywania prawa, sądowe i pozasądowe, które dają prywatnym podmiotom, poszkodowanym wskutek naruszenia prawa, narzędzia do kwestionowania naruszenia i żądania odpowiednich środków ochrony, w tym środków naprawczych. *Private enforcement* pojawia się w przypadku regulacji międzynarodowych, na mocy zobowiązania nałożonego na państwa-sygnatariuszy umowy do wprowadzenia odpowiednich procedur i środków ochrony prawnej dla jednostek,

⁴⁵ S. Arrowsmith, J. Linarelli, D. Wallace Jr, *Regulating...*, s. 825–826.

oraz w obszarze prawa krajowego. Prywatny charakter mechanizmu zapewniającego zgodność z prawem wynika z oparcia procedur odwoławczych na inicjatywie jednostek. Efektywne instrumenty *private enforcement* mogą powstrzymać podmioty publiczne przed dokonaniem naruszenia oraz wspomagają właściwą wykładnię przepisów i ich odpowiednie stosowanie. W przypadku zamówień publicznych sprawne procedury odwoławcze przyczyniają się do wzrostu zaufania do systemu publicznych zakupów, co w konsekwencji przekłada się na zwiększenie zainteresowania w tym obszarze rynku i większą konkurencję pozwalającą zamawiającym na wybór korzystnych ofert.

Jak już wcześniej wspomniano, efektywność procedur odwoławczych zależy od zainteresowania samych wykonawców, dlatego też nie stanowią one jedyne go mechanizmu gwarantującego egzekwowanie prawa. Inicjatywa wykonawców zależy od poziomu przejrzystości – brak ogłoszenia o zamówieniu lub wybór niewłaściwej procedury może prowadzić do sytuacji, w której potencjalnie zainteresowany wykonawca nawet nie ma świadomości utraconej szansy na uzyskanie publicznego kontraktu. Nawet w przypadku powzięcia wiadomości o naruszeniu wykonawca może nie być zainteresowany wszczęciem postępowania odwoławczego z różnych przyczyn: wynikających z ułomności dostępnych środków ochrony prawnej (np. nadmierne koszty lub brak pełnej rekompensaty) lub z przekonania o nieopłacalności takiego działania (np. zainteresowanie się inną inwestycją lub niechęć do naruszenia dobrych relacji z zamawiającym).

W odniesieniu do prawa unijnego pojęcie *private enforcement* należy rozumieć podobnie – jako egzekwowanie wykonania obowiązków publicznych przez jednostki za pomocą środków publiczno- jak i prywatnoprawnych. Zagadnienie to pojawia się w prawie unijnym od dawna i dotyczy możliwości realizacji przez jednostki wykonania obowiązków nałożonych przez prawo UE na podmioty publiczne i prywatne⁴⁶. Jedną z dziedzin, w zakresie których narzędzia *private enforcement* odgrywają znaczącą rolę, są zamówienia publiczne. Ustawodawca wspólnotowy dosyć szybko spostrzegł korzyści płynące z zaangażowania wykonawców w proces zapewnienia zgodności i eliminowania dyskryminacji. Jedynym instrumentem międzynarodowym, który wcześniej zobowiązał państwa-sygnatariuszy do wdrożenia mechanizmu *private enforcement* w zamówieniach publicznych była umowa o wolnym handlu zawarta między Kanadą i USA z 1988 r. Dzisiaj podobne procedury odwoławcze stanowią integralną część większości międzynarodowych porozumień w sprawie wolnego handlu, które obejmują również zamówienia publiczne.

⁴⁶ N. Póltorak, *Ochrona...*, s. 81–83; A. Reich, *International Public Procurement Law. The Evolution of International Regimes on Public Purchasing*, Londyn 1999, s. 331–334.

W literaturze⁴⁷ wskazuje się na cztery podstawowe warunki, które muszą być spełnione w celu zagwarantowania efektywności procedur odwoławczych w zamówieniach publicznych:

- 1) prawo do odwołania powinno być przyznane każdemu, kto ma interes w jego wniesieniu, a zwłaszcza jeśli został poszkodowany wskutek naruszenia prawa;
- 2) procedury odwoławcze muszą dostarczać wystarczającej zachęty poszkodowanemu do aktywnego wdrażania mechanizmów zgodności;
- 3) środki ochrony prawnej powinny skutkować możliwością pełnej korekty naruszenia;
- 4) jeśli pełna korekta naruszenia nie jest możliwa, jednostki powinny mieć dostęp do alternatywnych środków gwarantujących pełną rekompensatę.

1.4. Kompetencje UE do uchwalenia dyrektyw odwoławczych

Unia Europejska może działać tylko w granicach przyznanych jej kompetencji. Stosownie do treści art. 5 ust. 3 TUE, „Zgodnie z zasadą pomocniczości, w dziedzinach, które nie należą do jej wyłącznej kompetencji, Unia podejmuje działania tylko wówczas i tylko w takim zakresie, w jakim cele zamierzonego działania nie mogą zostać osiągnięte w sposób wystarczający przez Państwa Członkowskie, zarówno na poziomie centralnym, jak i regionalnym oraz lokalnym, i jeśli ze względu na rozmiary lub skutki proponowanego działania możliwe jest lepsze ich osiągnięcie na poziomie Unii”. Natomiast art. 5 ust. 4 TUE stanowi, iż „Zgodnie z zasadą proporcjonalności zakres i forma działania Unii nie wykraczają poza to, co jest konieczne do osiągnięcia celów Traktatów”.

Zamówienia publiczne należą do kompetencji wspólnych, co oznacza, że ustawodawca unijny ma kompetencję do regulowania tych zagadnień zgodnie z zasadą pomocniczości i z poszanowaniem kompetencji krajowych do regulowania procedur. W preambułach do dyrektyw odwoławczych wskazano jako podstawę działania ustawodawcy unijnego art. 95 obowiązującego wówczas Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską, którego odpowiednikiem jest art. 114 TFUE. Przedmiotowy przepis pozwala UE urzeczywistniać cele związane z funkcjonowaniem rynku wewnętrznego, którego zamówienia publiczne są istotną częścią.

Wybór art. 114 TFUE jako podstawy prawnej do rozwoju procedur odwoławczych w zamówieniach publicznych pozwala na wprowadzenie regulacji prawnych wykraczających poza spory z wymaganym elementem zagranicznym, lecz ustawodawca unijny musi wykazać, że różnice w procedurach odwoławczych w poszczególnych państwach członkowskich zakłócają funkcjonowanie wewnętrznego rynku. Jako uzasadnienie dla

⁴⁷ A. Reich, *International Public Procurement Law. The Evolution of International Regimes on Public Purchasing*, Haga–Boston–Londyn 1999, s. 335–337.

przyjęcia regulacji koordynujących środki ochrony prawnej dla jednostek na poziomie UE można wskazać następujące okoliczności:

- 1) istnienie różnic w ustawodawstwach krajowych, które prowadzą do zakłócenia konkurencji na rynku wewnętrznym, a działania legislacyjne instytucji unijnych mają na celu zmniejszenie tych rozbieżności⁴⁸;
- 2) potrzeba zapewnienia efektywności – preambuły dyrektyw odwoławczych wprost odnoszą się do efektywności stosowania prawa materialnego i efektywności już samych środków ochrony prawnej⁴⁹;
- 3) regulacje prawa materialnego objęte dyrektywami zamówieniowymi nie zawierają szczególnych przepisów zapewniających ich szczególne stosowanie, a w ustawodawstwie państw członkowskich brak odpowiednich regulacji zwłaszcza odnoszących się do etapu przed zawarciem umowy, co prowadzi do ograniczenia dostępu wykonawcom zagranicznym do krajowych rynków zamówień publicznych.

Dyrektywy odwoławcze stanowią przykład procesu określanego w literaturze jako proceduralizacja prawa unijnego. Unia Europejska nie ma ogólnej kompetencji do harmonizowania krajowych przepisów proceduralnych, ponieważ obowiązek wykonania prawa unijnego należy zasadniczo do państw członkowskich: organów administracji i sądów. Zasada przestrzegania prawa jest fundamentalna społecznie i zdeterminowana w demokratycznym państwie⁵⁰, jednak o ile dbałość o przestrzeganie prawa krajowego jest pozostawiona suwerennie kreowanym założeniom polityki państwa, to zapewnienie przestrzegania prawa unijnego jest prawnie usankcjonowanym obowiązkiem wywodzącym się z art. 4 ust. 3 TUE. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału, „w braku uregulowań unijnych w danej dziedzinie zadaniem krajowego porządku prawnego każdego z państw członkowskich – zgodnie z zasadą autonomii proceduralnej – jest wyznaczenie właściwych sądów i określenie zasad postępowania mających na celu zapewnienie ochrony praw, które jednostki wywodzą z prawa Unii”⁵¹. Wcześniej, w wyroku w sprawie

⁴⁸ Por. preambułę do pierwotnej wersji dyrektywy 89/665/EWG: „Istniejące przepisy, zarówno na poziomie krajowym, jak i wspólnotowym, dla zapewnienia stosowania wspomnianych dyrektyw nie zawsze są odpowiednie, by zapewnić zgodność z odpowiednimi przepisami prawa wspólnotowego, w szczególności na etapie, na którym naruszenia tych przepisów mogą być skorygowane” oraz „W przypadku niektórych Państw Członkowskich brak skutecznych środków odwoławczych lub ich nieefektywność powstrzymuje przedsiębiorstwa wspólnotowe od przystępowania do przetargów w Państwie Członkowskim, w którym ustanowiona jest instytucja zamawiająca; wobec tego, Państwa Członkowskie, których to dotyczy, muszą doprowadzić do poprawy tej sytuacji”.

⁴⁹ Por. preambułę do pierwotnej wersji dyrektywy 89/665/EWG: „Otwarcie rynku zamówień publicznych na konkurencję wspólnotową wymaga zasadniczego wzrostu gwarancji przejrzystości i braku dyskryminacji; dla uzyskania wymiernych efektów należy udostępnić skuteczne i szybkie środki odwoławcze, w przypadkach naruszenia prawa Wspólnoty w dziedzinie zamówień publicznych lub też krajowych przepisów wykonujących to prawo”.

⁵⁰ W. Lang [w:] W. Lang, J. Wróblewski, S. Zawadzki, *Teoria państwa i prawa*, Warszawa 1980, s. 457.

⁵¹ Wyrok TS z 27.06.2013 r. w sprawie C-93/12, Agrokonsulting-04, ECLI:EU:C:2013:432, pkt 35.

C-33/76, Rewe⁵², Trybunał wskazał, że przepisy art. 100–1022 oraz 235 obowiązującego wówczas Traktatu o EWG umożliwiają ustawodawcy wspólnotowemu podjęcie stosownych środków, aby wyeliminować te różnice pomiędzy regulacjami krajowymi, które mogą zakłócić funkcjonowanie wspólnego rynku. W nowszym orzecznictwie Trybunał podobnie określa zakres autonomii proceduralnej państw członkowskich, stwierdzając, że „art. 19 TUE nie zmierza do stworzenia w celu zapewnienia poszanowania prawa Unii innych środków prawnych przed sądami krajowymi niż ustanowione w prawie krajowym. Inaczej mogłoby być tylko w sytuacji, gdyby w określonym krajowym porządku prawnym nie było żadnego środka pozwalającego, choćby w trybie wпадkowym, zapewnić ochronę uprawnień wynikających dla jednostek z prawa Unii albo gdyby jedynym sposobem dostępu jednostki do sądu było uprzednie naruszenie przez nią prawa”⁵³.

Przepisy proceduralne są kluczowe dla efektywności norm prawa materialnego i przedstawiają drogę wnoszenia środków ochrony prawnej i rozstrzygnięcia w ich przedmiocie. Prawo proceduralne jest silnie określone przez tradycje poszczególnych państw członkowskich i jego zakres może obejmować różne obszary. Wielokrotnie, powołując się na zasadę lojalnej współpracy państw członkowskich oraz na zasadę skutecznej ochrony sądowej, Trybunał ingerował w prawo proceduralne państw członkowskich, dokonując wykładni powyższych zasad i pośrednio oceniając standardy krajowe. Mając na względzie koncepcję autonomii proceduralnej państw członkowskich i zakres działalności ustawodawcy unijnego, można przyjąć, że termin „proceduralizacja” odnosi się zasadniczo do trzech kategorii norm prawnych: ustrojowych (np. wybór forum rozstrzygnięcia sporów i standardy, jakie krajowy organ odwoławczy ma spełniać), procesowych (np. terminy) oraz procesowo-materialnych, definiujących niektóre środki ochrony prawnej (np. roszczenia odszkodowawcze) lub sankcje (np. kary pieniężne).

Początek proceduralizacji prawa unijnego datuje się na lata sześćdziesiąte do osiemdziesiątych, kiedy to zostały wydane pierwsze dyrektywy gwarantujące jednostkom dostęp do określonych środków ochrony prawnej. Pierwsze obowiązki nakładane na państwa członkowskie odnosiły się do zapewnienia w prawie krajowym środków prawnych pozwalających na skarżenie decyzji administracyjnych naruszających wówczas jeszcze prawo wspólnotowe. Wiele aktów prawa pochodnego zawiera podobne obowiązki, lecz trzeba pamiętać, że zapewnienie skutecznej ochrony prawnej i sądowej należy do ogólnych obowiązków państw członkowskich, które można wywieść obecnie chociażby z art. 47 KPP⁵⁴, a wcześniej były one potwierdzone w wyroku w sprawie C-222/84, Johnston⁵⁵. Uchwalanie aktów prawa pochodnego w celu wprowadzenia takich obowiązków

⁵² Wyrok TS z 16.12.1976 r. w sprawie C-33/76, Rewe, ECLI:EU:C:1976:188, pkt 5.

⁵³ Wyrok TS z 3.10.2013 r. w sprawie C-583/11P, Inuit, ECLI:EU:C:2013:625, pkt 103–104.

⁵⁴ Por. M. Górski, *Prawo do skutecznego środka prawnego w art. 47 Karty Praw Podstawowych UE – znaczenie i deficyty*, EPS 2016/8, s. 37–44; A. Kowalczyk-Bańczyk [w:] *Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej. Komentarz*, red. A. Wróbel, Warszawa 2013, s. 1166–1253.

⁵⁵ Wyrok TS z 15.05.1986 r. w sprawie C-222/84, Johnston, ECLI:EU:C:1986:206.

pokazuje, że UE przywiązuje duże znaczenie do możliwości skutecznego kwestionowania aktów administracyjnych przez jednostki.

Kolejny etap proceduralizacji, począwszy od lat osiemdziesiątych, zakłada zatem wzmocnienie efektywności przyznanych jednostkom środków ochrony prawnej⁵⁶. Większość proceduralnych standardów przyjętych przez ustawodawcę unijnego znajdziemy w aktach prawa pochodnego harmonizujących prawo materialne lub służących do efektywnego ich wykonania. Kompetencja UE w sprawach proceduralnych może być zatem określona jako rodzaj kompetencji dorozumianej. Standardy proceduralne, tj. wynikające z dyrektyw odwoławczych, zostały wprowadzone nie jako rezultat wykonywania przez UE wyraźnie określonych w TFUE kompetencji w zakresie harmonizacji procedur⁵⁷, lecz jako efekt określonej polityki – odnoszącej się do prawa konkurencji czy zamówień publicznych. Tego rodzaju działalność legislacyjna jest określana w literaturze jako incydentalna/uboczna proceduralizacja polegająca na wprowadzeniu norm proceduralnych do aktów prawa pochodnego przyjętych na podstawie przepisów traktatowych upoważniających UE do rozwoju określonej polityki.

Proces proceduralizacji jest ograniczony do środków prawnych mających zastosowanie przed sądami krajowymi i nie dotyczy reguł w zakresie podejmowania decyzji administracyjnych. Kompetencja w zakresie incydentalnej proceduralizacji – aczkolwiek niejasna – płynie z potrzeby zapewnienia efektywności prawa materialnego UE⁵⁸. Paradoksalnie, prawo proceduralne co do zasady miało pozostawać poza zasięgiem kompetencji ustawodawczych UE, co wiązało się z respektowaniem autonomii proceduralnej państw członkowskich. Okazało się jednak, że efektywność prawa unijnego zależy od krajowych mechanizmów wdrażania, które zostały usytuowane wokół sądów krajowych, jako podmiotów kontrolujących wykonanie prawa przez organy administracji oraz rozpoznających skargi wnoszone przez jednostki. Różnice w funkcjonowaniu procedur sądowych sprawiły, że prognozowane jednolite i efektywne wykonanie prawa UE, zgodnie z początkowo przyjętym modelem ścisłego podziału kompetencji, nie zdało egzaminu.

Z uwagi na zakres regulacji proceduralizacja może być określana jako sektorowa – odnosząca się do danej dziedziny prawa. W przypadku sektora zamówień publicznych dyrektywy odwoławcze dopełniają dyrektywy zamówieniowe, tworząc system dający dosyć realne szanse na wygranie przetargu w warunkach uczciwej konkurencji. Dyrektywy odwoławcze nie regulują przebiegu procesu – właściwości sądu, szczególnych wymagań proceduralnych, kosztów postępowania, udzielonych pełnomocnictw itp.

⁵⁶ O. Dubos, *The Origins of the Proceduralisation of EU Law: a Grey Area of European Federalism*, „Review of European Administrative Law” 2015/7, s. 7–15.

⁵⁷ Por. art. 82 TFUE.

⁵⁸ M. Eliantonio, *Concluding Thoughts: Legitimacy, Rationale and Extent of the Incidental Proceduralisation of EU Law*, „Review of European Administrative Law” 2015/7, s. 178.

Prawo unijne nie dotyczy również uprawnień zamawiającego w kontekście prawa do sądu. Dyrektywy odwoławcze służą ochronie konkurencji poprzez usuwanie możliwości podejmowania decyzji dyskrecjonalnych przez zamawiających i chronią słabszą stronę postępowania (wykonawcę), nie mają natomiast na celu pełnego uregulowania zagadnienia rozstrzygnięcia sporów w dziedzinie zamówień publicznych⁵⁹.

1.5. Dyrektywy odwoławcze w świetle art. 47 KPP

Proces tworzenia i funkcjonowania procedur odwoławczych w zamówieniach publicznych powinien następować przy poszanowaniu art. 47 KPP, zgodnie z którym „każdy, kogo prawa i wolności zagwarantowane przez prawo Unii zostały naruszone, ma prawo do skutecznego środka prawnego przed sądem; każdy ma prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia jego sprawy w rozsądnym terminie przez niezawisły i bezstronny sąd ustanowiony uprzednio na mocy ustawy” oraz „każdy ma możliwość uzyskania porady prawnej, skorzystania z pomocy obrońcy i przedstawiciela; pomoc prawna jest udzielana osobom, które nie posiadają wystarczających środków, w zakresie w jakim jest ona konieczna dla zapewnienia skutecznego dostępu do wymiaru sprawiedliwości”. Treść art. 47 KPP odzwierciedla ogólną zasadę skutecznej ochrony sądowej w przypadku naruszenia praw i wolności zagwarantowanych prawem UE, nawiązującą do tradycji konstytucyjnych państw członkowskich.

Pojęcie skutecznego środka prawnego jest pojęciem autonomicznym prawa unijnego – z utrwalonego orzecznictwa Trybunału dotyczącego wymogów jednolitego stosowania prawa UE wynika, iż treści przepisu tego prawa, który nie zawiera wyraźnego odesłania do prawa krajowego państw członkowskich dla określenia jego znaczenia, należy zwykle nadać w całej UE autonomiczną i jednolitą wykładnię. Pojęcie skutecznego środka prawnego użyte w art. 47 KPP należy rozumieć zgodnie ze znaczeniem, jakie nadaje pojęciu skutecznego środka odwoławczego orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka dotyczące art. 13 EKPCz, na którym wzorowany jest przepis art. 47 KPP. Termin „środek odwoławczy” jest wykładany szeroko jako każdy środek prawny, który umożliwia rozpatrzenie sprawy, w tym środki tymczasowe i roszczenia odszkodowawcze. Środek odwoławczy powinien być efektywny w sensie prawnym i faktycznym, a zatem istotne jest nie tylko ukształtowanie danego środka w prawie krajowym, lecz również jego stosowanie w praktyce i spełnienie oczekiwanych rezultatów. Skuteczność środka odwoławczego wyraża się w tym, że może zapobiec ewentualnym naruszeniom lub ich kontynuacji lub przewidywać adekwatne naprawienie konsekwencji naruszenia, które już powstało. Środki prawne przed sądem obejmują środki proceduralne oraz środki oparte na prawie materialnym⁶⁰.

⁵⁹ W. Dzierżanowski, *Prawo do sądu w zamówieniach publicznych*, Warszawa 2018, s. 37.

⁶⁰ A. Wróbel [w:] *Karta...*, s. 1200, 1203.

Prawo dochodzenia roszczenia unijnego na drodze sądowej może być uzależnione od wcześniejszego wyczerpania drogi administracyjnej. Taki warunek co do zasady nie narusza wymogu skuteczności ochrony prawnej, jeśli został wprowadzony bez naruszenia zasady równoważności. Jednak w pewnych wypadkach wymóg wyczerpania drogi innej niż sądowa, którego niespełnienie powoduje utratę możliwości skierowania sprawy na drogę sądową, będzie naruszać wymóg efektywności⁶¹. Przykładem kwestionowanego rozwiązania był przypadek z dziedziny prawa zamówień publicznych – w sprawie C-410/01, Fritsch, Chiari&Partner⁶² Trybunał uznał, że przewidziany w prawie krajowym wymóg uprzedniego skierowania sporu do komisji concyliacyjnej jako wymóg rozpatrzenia sprawy przez organ sądowy narusza cele dyrektywy odwoławczej 89/665/EWG, jakimi są szybkość i skuteczność postępowania sądowego.

Unia Europejska respektuje prawa podstawowe w procesie tworzenia aktów prawnych, aczkolwiek prawa z art. 47 KPP nie mają charakteru praw absolutnych i mogą być ograniczone w interesie ogólnym zgodnie z art. 52 KPP. Trybunał kilkakrotnie podkreślał konieczność interpretowania norm zawartych w dyrektywach odwoławczych w świetle art. 47 KPP⁶³. Wspomniany przepis należy do kategorii prawa pierwotnego, co oznacza, że dyrektywy jako akty prawa pochodnego powinny być uchwalane i interpretowane zgodnie z prawami i zasadami określonymi w Karcie. Podobnie państwa członkowskie powinny implementować dyrektywy odwoławcze z uwzględnieniem standardów wywodzonych z art. 47 KPP, a w obszarze nieuregulowanym prawem pochodnym krajowe środki ochrony prawnej i procedury służące dochodzeniu roszczeń unijnych powinny odzwierciedlać poziom ochrony przewidziany w Karcie.

W literaturze zwraca się uwagę, że zasada skutecznej ochrony sądowej ujęta w art. 47 KPP wyznacza pewne standardy, które odpowiadają koncepcjom sprawiedliwości proceduralnej, racjonalności proceduralnej oraz godności proceduralnej⁶⁴, mającym wpływ na proces projektowania krajowego modelu procedur odwoławczych. Godność proceduralna oceniana jest z perspektywy jednostki oraz przysługujących jej praw procesowych, zapewniających odpowiedni status uczestnika postępowania odwoławczego, umożliwiając przedstawienie swoich racji oraz zrozumienie motywów decyzji zamawiającego. Racjonalność proceduralna wiąże się ze sprawnością procedury i odzwierciedla ideę efektywności. Natomiast sprawiedliwość proceduralna wiąże się ze sposobem podejmowania decyzji w ramach konkretnej procedury, przy uwzględnieniu odpowiednich gwarancji procesowych⁶⁵.

⁶¹ N. Półtorak [w:] *Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej. Komentarz*, red. A. Wróbel, Warszawa 2013, s. 1215.

⁶² Wyrok TS z 19.06.2003 r. w sprawie C-410/01, Fritsch, Chiari&Partner, ECLI:EU:C:2003:362.

⁶³ Wyroki TS: z 15.09.2016 r. w sprawach połączonych C-439/14 i C-488/14, Star Storage, ECLI:EU:C:2016:88, pkt 45–46; z 6.10.2015 r. w sprawie C-61/14, Orizzonte Salute, ECLI:EU:C:2015:655, pkt 49; z 14.05.2020 r. w sprawie C-263/19, T-Systems, ECLI:EU:C:2020:373, pkt 43.

⁶⁴ P. Nowicki, *Aksjologia prawa zamówień publicznych*, Toruń 2019, s. 125.

⁶⁵ P. Nowicki, *Aksjologia...*, s. 126–127.

W motywie 36 preambuły do dyrektywy 2007/66/WE ustawodawca unijny jednoznacznie wyjaśnił, że dyrektywy odwoławcze uwzględniają prawa podstawowe i przestrzegają zasad uznanych w szczególności w KPP – dyrektywa ma na celu zapewnienie pełnego poszanowania prawa do skutecznego środka odwoławczego i dostępu do bezstronnego sądu, zgodnie z art. 47 KPP. Przedstawione stanowisko odzwierciedla również ogólne obowiązki implementacyjne państw członkowskich, do których należy uwzględnienie zasad ogólnych prawa⁶⁶.

1.6. Cele ustawodawcy unijnego wyrażone w preambułach do dyrektyw odwoławczych

Ocena efektywności regulacji unijnych wiąże się bezpośrednio z potrzebą zidentyfikowania celów ustawodawcy, przyjętych rozwiązań prawnych i ich funkcjonowania w praktyce. Częściowo o celach ustawodawcy unijnego, a wcześniej wspólnotowego dowiadujemy się z dokumentów poprzedzających uchwalenie dyrektyw odwoławczych, które odzwierciedlają wyniki konsultacji społecznych, badania rynku i przedstawiają zamiary Komisji inicjującej proces legislacyjny. Ostatecznie zamiary ustawodawcy unijnego zwykle są podawane do wiadomości w preambułach do dyrektyw, uzasadniając kompetencję ustawodawczą oraz charakteryzując cele dyrektyw, niezbędne dla prawidłowego zrozumienia zawartych w niej postanowień.

Z treści preambuły do pierwotnej wersji dyrektywy 89/665/EWG wynika, że dyrektywy zamówieniowe nie zawierały szczególnych przepisów zapewniających ich skuteczne stosowanie, podobnie jak obowiązujące wówczas przepisy krajowe nie były wystarczająco odpowiednie, aby zapewnić zgodność z przepisami prawa unijnego, szczególnie na etapie, na którym naruszenia tych przepisów mogły być skorygowane. Ustawodawca unijny powiązał otwarcie rynku zamówień publicznych na konkurencję z wymogiem zasadniczego wzrostu gwarancji przejrzystości i braku dyskryminacji. Skuteczne i szybkie środki odwoławcze przeciwko naruszeniom prawa zamówień publicznych stały się zatem niezbędne dla uzyskania pełnej efektywności prawa unijnego. Brak takich środków w niektórych państwach członkowskich powstrzymywał bowiem inne przedsiębiorstwa unijne od przystępowania do przetargów.

Ustawodawca unijny zwrócił uwagę nie tylko na efektywność prawa, lecz również na specyfikę środków stosowanych w przypadku naruszenia prawa zamówień publicznych. W preambule czytamy, że z uwagi na krótki czas trwania procedur przetargowych, właściwe organy odwoławcze muszą, między innymi, być upoważnione do podjęcia środków tymczasowych mających na celu zawieszenie takich procedur lub wykonania jakichkolwiek decyzji podejmowanych przez zamawiającego, a krótki czas trwania procedur oznacza, że wszelkie naruszenia muszą być eliminowane w trybie pilnym. Inne właściwe

⁶⁶ J. Maśnicki, *Metody transpozycji dyrektyw*, EPS 2017/8, s. 5.

środki ochrony prawnej to procedury umożliwiające uchylene bezprawnych decyzji oraz przyznanie odszkodowania podmiotom poszkodowanym w wyniku naruszenia.

Podobne motywy pojawiły się w preambule do dyrektywy 92/13/EWG. Dodatkowo ustawodawca unijny podał informację o konieczności uchwalenia szczególnych zasad dotyczących odszkodowań przy żądaniu zwrotu kosztów oraz odniósł się do procedury atestacji, lecz bez głębszego uzasadnienia.

Analiza treści preambuł do pierwotnych dyrektyw odwoławczych przekonuje, że ustawodawcy przysługiwały wówczas trzy główne cele:

- 1) wprowadzenie mechanizmu egzekwowania prawa typu *private enforcement* we wszystkich państwach członkowskich przy zachowaniu pewnych minimalnych standardów harmonizacji, co miało wspomóc efektywność dyrektyw zamówieniowych;
- 2) zaoferowanie wykonawcom konkretnych środków ochrony prawnej, które by ich zachęciły do uczestnictwa w przetargach w innych państwach członkowskich;
- 3) zaprojektowanie nowych lub dostosowanie istniejących krajowych rozwiązań prawnych w obszarze procedur odwoławczych uwzględniających specyfikę zamówień publicznych, a zwłaszcza naturę etapu przedkontraktowego, który wymaga właściwych środków ochrony prawnej pozwalających na usunięcie naruszenia w krótkim terminie, do czego się nie nadawały ogólnie przysługujące jednostkom środki ochrony prawnej.

Skupienie się na etapie przedkontraktowym skutkowało małą efektywnością zaproponowanego modelu odwoławczego, ponieważ zamawiający dążyli do szybkiego zawarcia umowy w sprawie zamówienia i pozbycia się ewentualnych niedogodności związanych z niekorzystnym dla nich rozstrzygnięciem krajowego organu sądowego. Wynik kontroli zainicjowanej przez wykonawcę zwykle nie miał wpływu na wykonywanie umowy w sprawie zamówienia, jeśli pojawił się już po jej podpisaniu. Zainteresowanemu przedsiębiorcy pozostawały roszczenia odszkodowawcze, które do dnia dzisiejszego uchodzą za mało skuteczne w dziedzinie zamówień publicznych.

Przy nowelizacji dyrektyw odwoławczych w 2007 r. Komisja zwróciła uwagę na konieczność szerszej harmonizacji prawa dotyczącego środków ochrony prawnej, wskazując na trudności w korzystaniu ze środków odwoławczych poza własnym krajem ze względu na brak wspólnych zasad, a zwłaszcza jednolitych terminów wnoszenia odwołań czy możliwości zawieszenia podpisania umowy w sytuacji, gdy podniesione zarzuty dotyczą prawidłowości udzielenia zamówienia. Zmiany przyjęte w 2007 r. dotyczyły zatem środków powstrzymujących zamawiających przed zawarciem umowy w sytuacji, gdy zostało wniesione odwołanie jak również środków ochrony prawnej dostępnych po zawarciu umowy, ponieważ okazało się w praktyce, że roszczenia odszkodowawcze nie stanowią poważnego środka powstrzymującego zamawiających przed naruszeniami. Istotną

rolę w dalszym rozwoju procedur odwoławczych należy przypisać Trybunałowi, który zidentyfikował najważniejsze słabości istniejącego modelu procedur odwoławczych: konieczność wprowadzenia okresu zawieszenia typu *standstill*, który ma umożliwić wykonawcy kontrolę prawidłowości udzielonego zamówienia jeszcze przed zawarciem umowy oraz prawo do wzruszenia umów, zwłaszcza tych zawartych w drodze najpoważniejszego naruszenia prawa w dziedzinie zamówień publicznych, a mianowicie bez ogłoszenia o zamówieniu.

Pomijając szczegółowe uzasadnienie dla wprowadzenia dwóch nowych rozwiązań prawnych: okresu zawieszenia typu *standstill* i sankcji nieskuteczności, które zostaną omówione w rozdziałach poświęconych tym środkom ochrony prawnej, można stwierdzić, że podstawowe cele ustawodawcy unijnego nie uległy zmianie, a nowa dyrektywa miała wzmocnić efektywność dotychczasowych rozwiązań, usuwając dostrzeżone słabości modelu. Na pierwszy plan wysuwa się zatem cel związany ze specyfiką procedur odwoławczych w zamówieniach publicznych – praktyka ujawniła, że istniejące w państwach członkowskich tradycyjne środki prawne, przysługujące na etapie po zawarciu umowy nie zdają rezultatu w przypadku bezprawnych i bezpośrednio udzielanych zamówień publicznych.

Wydaje się, że identyczne cele zostały przedstawione w preambule do dyrektywy 2009/81/WE z uwzględnieniem specyfiki sektora obronności i bezpieczeństwa. Motyw 73 preambuły do dyrektywy 2009/81/WE wyraźnie odnosi się do ochrony interesów w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa, które mają być odpowiednio ocenione, by móc zyskać priorytet przed interesami indywidualnymi wykonawców korzystających z przysługujących im środków ochrony prawnej. Interesy państwa mają być uwzględnione przez krajowe organy odwoławcze zwłaszcza przy stosowaniu środków tymczasowych i orzekaniu o nieskuteczności umowy w sprawie zamówienia. Wymienione instrumenty bazują na ocenie balansów interesów prezentowanych przez zainteresowanego wykonawcę, pozostałych uczestników przetargu oraz interesu publicznego. Ustawodawca unijny podkreśla specyfikę tych interesów, stwierdzając, że „nadrzędne przyczyny powinny [...] wiązać się z ogólnymi interesami obronności i bezpieczeństwa państw członkowskich. Mogłoby tak być przykładowo w przypadku, gdy nieskuteczność umowy poważnie zagroziłaby nie tylko realizacji konkretnego projektu będącego przedmiotem umowy, ale także istnieniu szerszego programu w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa, którego projekt jest częścią”.

Do celów dyrektyw odwoławczych wielokrotnie nawiązywał Trybunał Sprawiedliwości – m.in. w wyrokach C-406/08, *Uniplex*⁶⁷ czy C-440/13, *Croce Amica*⁶⁸, stwierdzając, że regulacje unijne stanowią gwarancję istnienia efektywnych środków ochrony prawnej zapewniających skuteczne wykonanie prawa zamówień publicznych, w wyroku C-100/12,

⁶⁷ Wyrok TS z 28.01.2010 r. w sprawie C-406/08, *Uniplex*, ECLI:EU:C:2010:45, pkt 26.

⁶⁸ Wyrok TS z 11.12.2014 r. w sprawie C-440/13, *Croce Amica*, ECLI:EU:C:2014:435, pkt 42.

Fastweb⁶⁹, podkreślając, że dyrektywy odwoławcze zapewniają szybką i efektywną kontrolę bezprawnych decyzji zamawiających oraz dodając w wyroku C-538/13, eVigilio⁷⁰, stwierdzenie o ochronie wykonawców przed arbitralnym zachowaniem zamawiających.

Podsumowując, można stwierdzić, że kontrola powierzona krajowym organom odwoławczym powinna realizować pewne podstawowe funkcje, zwykle związane z tego rodzaju procedurami odwoławczymi: ochronę praw podmiotowych zainteresowanych wykonawców, ochronę praworządności, represyjną polegającą na eliminowaniu aktów niezgodnych z prawem, prewencyjną polegającą na zapobieganiu naruszaniu prawa w przyszłości z powodu świadomości istnienia kontroli, a nawet funkcję sygnalizowania nieprawidłowości.

1.7. Specyfika rozwiązań dotyczących procedur odwoławczych w zamówieniach publicznych

Sprawność postępowania odwoławczego jest niezbędna w sytuacji istnienia w pełni otwartego i konkurencyjnego rynku zamówień publicznych i stanowi gwarancję przejrzystości i równego traktowania wykonawców. Właściwe uregulowanie postępowania odwoławczego jest również miernikiem oceny funkcjonowania systemu zamówień publicznych w danym państwie i tym samym wysokiego stopnia zadowolenia społecznego ze sposobu realizacji zadań publicznych⁷¹.

Procedury odwoławcze w zamówieniach publicznych posiadają pewne cechy szczególne ze względu na specyfikę relacji prawnych nawiązujących się w trakcie postępowania przetargowego lub szerzej, przy wydatkowaniu środków publicznych na rynku konkurencyjnym. Prawo zamówień publicznych określa związki pomiędzy – z jednej strony – podmiotami publicznymi lub wykonującymi władzę publiczną w ramach procesu decentralizacji czy dysponującymi środkami publicznymi lub prawami szczególnymi, a mniej lub bardziej prywatnymi jednostkami – przedsiębiorcami z drugiej strony. Jednak relacja, która się nawiązuje w procesie udzielania zamówienia publicznego nie jest efektem wykonywania władzy publicznej, lecz wydatkowania środków publicznych na rynku konkurencyjnym. Tego rodzaju stosunki prawne zwykle są definiowane w państwach członkowskich przez prawo publiczne lub prywatne, a najczęściej przez regulacje o charakterze mieszanym zawierające normy prawa publicznego i prywatnego, w zależności od etapu relacji zamawiającego i wykonawcy: przedkontraktowego lub w trakcie realizacji umowy w sprawie zamówienia. Sposób ukształtowania w krajowych porządkach prawnych prawa materialnego w dziedzinie zamówień publicznych przesądza najczęściej o wyborze forum rozstrzygania sporów oraz o rodzaju procedur odwoław-

⁶⁹ Wyrok TS z 4.07.2013 r. w sprawie C-100/12, Fastweb, ECLI:EU:C:2013:448, pkt 25.

⁷⁰ Wyrok TS z 12.03.2015 r. w sprawie C-538/13, eVigilio, ECLI:EU:C:2015:166, pkt 50.

⁷¹ A. Panasiuk, *System zamówień publicznych. Zarys wykładu*, Warszawa 2013, s. 315.

czych. W państwach z silną tradycją umów administracyjnych to sądy administracyjne zostały wybrane jako forum rozstrzygania sporów, a w państwach, w których istotną rolę odgrywają regulacje prywatnoprawne, za właściwe zostały uznane sądy cywilne.

Co ciekawe, wymóg szybkości skłonił wiele państw członkowskich do utworzenia całkiem nowych krajowych organów odwoławczych, dedykowanych wyłącznie sporom w dziedzinie zamówień publicznych. Sposób implementacji dyrektyw odwoławczych zależy w dużej mierze od wyborów dokonanych przez krajowego ustawodawcę na etapie wdrażania dyrektyw zamówieniowych. Z punktu widzenia ustawodawcy unijnego nie ma znaczenia kwalifikacja prawna w świetle prawa krajowego, jeśli tylko minimalne wymogi przewidziane w dyrektywach odwoławczych zostały spełnione. Jednak z perspektywy ustawodawcy krajowego zaprojektowanie procedur odwoławczych wymaga rozważenia, aby zachować wymogi tradycji prawnej i spójność systemu prawnego.

W kręgu zainteresowań ustawodawcy unijnego pozostają jedynie przedkontraktowe relacje zamawiającego z wykonawcami, albowiem to na tym etapie może dojść do naruszenia konkurencji na wewnętrznym rynku lub generalnych swobód przedsiębiorców wywodzących się z TFUE. Realizacja legalnie zawartej umowy w sprawie zamówienia podlega ocenie w świetle prawa krajowego – regulacje unijne pojawiły się wyłącznie w obszarze, w którym ochronie podlegają prawa przedsiębiorców do uzyskania zamówienia publicznego: modyfikacje umów w sprawie zamówień, które mogą stanowić bezpośrednie i bezprawne udzielenie zamówienia lub prawo do rozwiązania umowy, które może stanowić skuteczny instrument eliminacji uprzednich naruszeń procedury przetargowej. Z tej perspektywy środki ochrony prawnej zaprojektowane dla wykonawców przez ustawodawcę unijnego odnoszą się wyłącznie do skorygowania naruszeń w trakcie procedury lub do sprowadzenia zamówienia publicznego ponownie na rynek wskutek uznania danej umowy za nieskuteczną. Natomiast roszczenia odszkodowawcze można potraktować jako instrument uszczelniający gwarancje wykonawców w sytuacji, gdy ich interes w uzyskaniu zamówienia publicznego nie został lub nie może zostać zaspokojony w inny sposób albo istniejące środki ochrony prawnej doprowadzą do mniej korzystnego rezultatu dla skarżącego.

Przedstawione powyżej cele ustawodawcy unijnego odzwierciedlają pewne zamierzenia dotyczące ochrony interesów indywidualnych, grupowych i ogólnych. Przedstawiane w tej części pracy interesy należy rozumieć jako potrzeby lub zbiór potrzeb danej jednostki lub społeczności, których realizacja jest odbierana jako korzyść. Interes jednostki lub społeczności pojawia się zatem w kontekście oceny danego stanu – aktualnego lub przyszłego – z punktu widzenia korzyści, które on przynosi lub może potencjalnie przynieść w przyszłości. Skupienie się na fazie przedkontraktowej w zamówieniach publicznych oznacza, że pojawiające się spory mają wpływ na wielu uczestników postępowania przetargowego, a ich uzasadnione interesy powinny być uwzględnione przy projektowaniu modelu procedur odwoławczych. Efektywność procedur odwoławczych

może być oceniana z perspektywy indywidualnych interesów wykonawców, którzy są zainteresowani w korzystaniu z przysługujących im środków ochrony prawnej oraz z punktu widzenia ochrony interesu publicznego, który polega na identyfikacji naruszenia i jego eliminacji, a nadto na powstrzymaniu zamawiających przed kolejnymi naruszeniami. W procedurach odwoławczych, w prezentowanym ujęciu, nie ma zatem sprzeczności pomiędzy interesem jednostek a interesem publicznym, aczkolwiek w określonych sytuacjach może pojawić się kolizja pomiędzy interesem konkretnego skarżącego i interesem publicznym związanym z efektywnym egzekwowaniem prawa a ważnym interesem ogólnym całej społeczności lub grupy, który uzasadni utrzymanie w mocy umowy zawartej w drodze bezprawnego i bezpośredniego udzielenia zamówienia publicznego. Mając na względzie, że zamówienia publiczne wiążą się z wydatkowaniem środków publicznych, procedury odwoławcze powinny również brać pod uwagę interesy podatników i społeczeństwa, które jest generalnie finalnym beneficjentem przedmiotu zamówienia. Biorąc za przykład środek ochrony prawnej w postaci odszkodowania – jeśli ustawodawca krajowy ograniczy zakres roszczeń wykonawcy do zwrotu kosztów udziału w przetargu, rozwiązanie prawne będzie efektywne w kontekście interesu publicznego, ponieważ świadomość obciążenia finansowego potencjalnie powstrzyma zamawiającego przed naruszeniami⁷². Jednak z perspektywy zainteresowanego wykonawcy środek nie będzie efektywny, ponieważ nie pozwoli na pełną rekompensatę⁷³. Z kolei w interesie podatników jest takie skonstruowanie wzajemnych relacji pomiędzy środkami ochrony prawnej, by zainteresowany wykonawca w pierwszej kolejności dążył do unieważnienia umowy i sprowadzenia zamówienia ponownie na rynek, a odszkodowanie stanowiło swojego rodzaju ostateczne rozwiązanie. Wypłata wynagrodzenia za realizację zamówienia publicznego oraz odszkodowania za poniesioną szkodę oznacza podwójny koszt realizacji danej potrzeby publicznej. W interesie podatników byłoby zatem rozszerzenie katalogu przesłanek do unieważnienia umowy w sprawie zamówienia lub wyposażenie zamawiających w obowiązek rozwiązywania umów, których zawarcie ma skutkować roszczeniami odszkodowawczymi.

Przedstawiając relację kolizji pomiędzy interesami indywidualnymi a interesem ogólnym lub publicznym należy rozróżnić pomiędzy etapem projektowania procedur odwoławczych i etapem stosowania obowiązujących już środków ochrony prawnej. Tworząc określony model procedury odwoławczej, ustawodawca może z góry przyjąć mechanizmy zabezpieczające interes publiczny np. w postaci obowiązku wyważenia różnych interesów przy stosowaniu środków tymczasowych. Natomiast na etapie stosowania środków ochrony prawnej krajowy organ odwoławczy nie może odmówić poszkodowanemu wykonawcy ochrony jego indywidualnego interesu, powołując się na wymogi

⁷² Oczywiście takie ograniczenie może być postrzegane jako niezgodne z prawem unijnym – por. rozdział część trzecia, rozdział 5.9. „Zakres odszkodowania przysługującego poszkodowanemu wykonawcy od zamawiającego w świetle dyrektyw odwoławczych”

⁷³ S. Arrowsmith, *Public...*, s. 131–132.

interesu publicznego lub ogólnego, jeśli tego rodzaju mechanizmy nie zostały wcześniej przyjęte przez ustawodawcę.

Celem regulacji unijnych jest ochrona uczestników rynków zamówień publicznych oraz zapewnienie zgodności z prawem decyzji podejmowanych przez zamawiających w trakcie postępowań przetargowych, co jest również korzyścią w kontekście interesu publicznego. Wykonawcy mają możliwość zidentyfikowania naruszenia, są zainteresowani, aby je naprawić i mogą być chętni do ponoszenia kosztów w trakcie procesu eliminacji sytuacji niezgodnej z prawem, jeśli ułatwi to im uzyskanie zamówienia⁷⁴. W literaturze zwraca się również uwagę na fakt, iż środki odwoławcze, przynajmniej w pewnej części, ograniczają dominującą pozycję zamawiającego w stosunku do wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiąc naturalną przeciwwagę dla zakresu swobody decyzyjnej zamawiającego. Środki odwoławcze stanowią również zasadniczy instrument kontroli prawidłowości działań zamawiającego, pozwalający na bieżące korygowanie błędów proceduralnych w trakcie postępowania, a nie dopiero po udzieleniu zamówienia publicznego – jak ma to miejsce w przypadku klasycznych form kontroli⁷⁵.

W literaturze polskiej R. Szostak zalicza nawet do katalogu zasad udzielania zamówień publicznych zasadę szczególnej ochrony procesowej interesów wykonawców, którą wiąże z zasadą obligacyjnej natury postępowania. Zasada szczególnej ochrony procesowej interesów wykonawców ubiegających się o zamówienia publiczne polega na tym, że niezależnie od ogólnych roszczeń odszkodowawczych dostępnych zazwyczaj już po zakończeniu postępowania przetargowego przysługują im specyficzne roszczenia, z którymi mogą występować w trybie spornym, jeszcze w toku postępowania, zmierzając do wymuszenia od zamawiającego niezwłocznej korekty uchybień w celu realnego wykonania powinności proceduralnych. Zasada ta stanowi konsekwencję zasady o obligacyjnym charakterze procedur ofertowo-eliminacyjnych⁷⁶.

Podobnie P. Szustakiewicz stwierdza, że środki ochrony prawnej stoją na straży prywatnych interesów wykonawców, a tym samym gwarantują przestrzeganie zasad oraz prawidłowego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co wiąże się z interesem publicznym. Zadaniem środków ochrony prawnej jest poddanie kontroli działań i zaniechań zamawiającego w trakcie postępowania przetargowego. Przyjęte środki ochrony prawnej służą wykonawcom do obrony swoich interesów, które są potencjalnie narażone na uszczerbek wynikający z nieprawidłowości zaistniałych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Biorąc pod uwagę skalę zamówień

⁷⁴ S. Arrowsmith, *The Law...*, 2018, s. 926–930.

⁷⁵ J. Jerzykowski [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Kraków 2005, s. 577.

⁷⁶ R. Szostak, *Uwagi de lege ferenda na temat zasad udzielania zamówień publicznych* [w:] *Prawo zamówień publicznych. Stan obecny i kierunki zmian*, red. H. Nowicki, P. Nowicki, Wrocław 2015, s. 123–130.

publicznych, ich różnorodność oraz specyfikę wydatkowania środków publicznych, zachowanie zamawiających może cechować nieprawidłowość, a nie każdy przetarg może być skontrolowany przez odpowiednie państwowe instytucje kontrolne⁷⁷. Prawidłowy przebieg postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zależy w dużej mierze od zamawiającego, któremu przysługuje prawo podejmowania decyzji dotyczących udziału wykonawców oraz oceny ofert. Uchybienia popełnione przez zamawiającego są dotkliwe nie tylko dla wykonawców, lecz również dla interesu publicznego i to na wielu płaszczyznach: osłabienia efektywności prawa materialnego, utraty zaufania do systemu i instytucji zamówień publicznych czy niewłaściwego wydatkowania środków publicznych.

Na powiązanie pomiędzy interesem prywatnym i publicznym zwraca również uwagę M. Szydło. Instytucja prawna rozstrzygania sporów powstających na tle stosowania przepisów w dziedzinie prawa zamówień publicznych służy w jego ocenie realizacji dwóch zasadniczych celów, pozostających ze sobą w związku: zaspokajaniu indywidualnych interesów zamawiających i wykonawców oraz pełniejszej realizacji celów prawa zamówień publicznych co wiąże się z realizacją określonych celów publicznych. Zamawiający oraz wykonawcy mogą skutecznie i autorytatywnie wyjaśnić i ustalić swoją sytuację prawną. Patrząc z tej perspektywy, instytucja rozstrzygania sporów będzie stanowiła jeden z przejawów realizacji prawa do sądu i prawa do procesu. Ponadto zamawiający oraz wykonawca, po wyeliminowaniu nieprawidłowości, mogą zrealizować swój zasadniczy cel, leżący u podstaw uczestnictwa w postępowaniu przetargowym, którym jest zawarcie umowy w sprawie zamówienia. Dzięki rozstrzygnięciu przez właściwe organy sporów prawnych korygowane są błędy popełniane przez zamawiających oraz wykonawców i eliminowane zachowania niezgodne z prawem. Tym samym w rzeczywistości społecznej systematycznie wprowadzany jest stan możliwie daleko idącej zgodności z przepisami prawa zamówień publicznych, a uczestnicy działający na tym rynku zyskują większą świadomość i wiedzę na temat tego, jak należy się zachować, aby pozostawać w zgodzie z normami prawnymi⁷⁸.

Efektywność przestrzegania prawa zamówień publicznych jest wynikiem korzystania z instytucji rozstrzygających spory, a nie jedynie skutkiem działalności kontrolnej organów publicznego nadzoru nad rynkami zamówień publicznych. Organy kontroli i nadzoru nie znają w pełni wszystkich relewantnych uwarunkowań związanych z poszczególnymi przetargami, a przede wszystkim nie zawsze są w stanie na bieżąco i zgodnie z zasadą szybkości kontrolować poszczególne czynności zamawiających oraz wykonawców. To zamawiający i wykonawcy, będąc sami tym zainteresowani i na bieżąco wykrywając przypadki zachowań niezgodnych z prawem, mogą – poprzez wykorzystanie środków ochrony prawnej pozwalających na szybkie przeprowadzenie ustaleń faktycznych i prawnych – doprowadzić do eliminacji nieprawidłowości. Wprowadzenie

⁷⁷ P. Szustakiewicz, *Zasady prawa zamówień publicznych*, Warszawa 2007, s. 118–120.

⁷⁸ M. Szydło, *Prawna koncepcja zamówienia publicznego*, Warszawa 2014, s. 133–137.

środków ochrony prawnej dla wykonawców wyposaża ich w instrumenty prawne ułatwiające pełne przestrzeganie przepisów prawa zamówień publicznych.

Generalnie, procedury odwoławcze opierają się na określonym balansie pomiędzy prywatnymi interesami poszkodowanych wykonawców, potencjalnie zwycięskiego wykonawcy oraz interesem publicznym w postaci prowadzenia niezakłóconego postępowania w sprawie udzielenia zamówienia i interesami podatników⁷⁹. Niektóre środki ochrony prawnej w większym stopniu uwzględniają wielość interesów – przykładem są środki tymczasowe, których zastosowanie opiera się na balansie wymienionych interesów, a prawdopodobieństwo naruszenia jest jednym z elementów decyzji procesowej, oraz sankcja nieskuteczności, która może być ograniczona ze względu na nadrzędne przyczyny interesu ogólnego, pomimo przesądzonego naruszenia prawa. Odmienne ukształtowanie środka prawnego w postaci odwołania, zmierzający do uchylenia lub unieważnienia bezprawnej decyzji zamawiającego – wydaje się, że stwierdzenie bezprawności powinno prowadzić do eliminacji decyzji zamawiającego, jeśli tylko zagraża ona interesowi skarżącego w uzyskaniu zamówienia. W modelu zaproponowanym przez ustawodawcę unijnego uchylenie lub unieważnienie decyzji zamawiającego jest uzasadnione z dwóch powodów: jej bezprawności będącej wynikiem naruszenia prawa w trakcie jej podejmowania oraz naruszenia lub co najmniej zagrożenia naruszeniem interesów skarżącego.

W tym kontekście trafnie podnosi W. Dzierżanowski⁸⁰ konieczność pozostawienia zamawiającemu pewnego marginesu uznania w jego decyzjach i uwzględnienia okoliczności konkretnego postępowania przetargowego. Udzielenie zamówienia to procedura zakupowa, która musi akceptować okoliczności rynkowe, w których jest stosowana. O ile zatem naruszenie prawa nie prowadzi do zmiany wyniku przetargu lub nie grozi uszczerbkiem w prawach wykonawcy, dyskryminacją lub uprzywilejowaniem – organy rozstrzygające spory powinny uwzględniać rynkowe reguły przyjęte w danym państwie członkowskim. Wydaje się bowiem, że procedury odwoławcze mają zmierzać do ochrony legitymowanych interesów wykonawców, a nie do uchylania każdej niezgodnej z prawem decyzji zamawiającego, nawet jeśli nie powoduje ona żadnej szkody. Warto pamiętać, że procedury udzielania zamówień publicznych są niezwykle sformalizowane, a nie każde naruszenie procedury musi się wiązać z negatywnymi skutkami dla wykonawcy lub interesu publicznego. Przejawem takiego podejścia jest sposób ukształtowania dostępu do procedur odwoławczych w prawie UE – państwa zostały zobowiązane do zapewnienia drogi odwoławczej tym wykonawcom, którzy ponieśli szkodę lub mogą ponieść szkodę w wyniku domniemanego naruszenia. Innym, szczególnym przykładem powiązania naruszenia ze szkodą jest chociażby regulacja art. 2d ust. 1 lit. b dyrektywy 89/665/EWG – sankcja nieskuteczności umowy w sprawie zamówienia przy naruszeniu okresu

⁷⁹ M. Trybus, *Improving the Efficiency of Public Procurement Systems in the Context of the European Enlargement Process*, „Public Contract Law Journal” 2006/3, s. 423.

⁸⁰ W. Dzierżanowski, *Prawo...*, s. 41–42.

zawieszenia typu *standstill* pojawia się wyłącznie w sytuacji, gdy naruszenie wpłynęło na szanse wnoszącego odwołanie oferenta na otrzymanie zamówienia.

Reasumując, powiązanie procedur odwoławczych z dwoma głównymi celami: zabezpieczeniem interesów poszkodowanych wykonawców oraz interesu publicznego wydaje się bezsporne, aczkolwiek ich wzajemna relacja zależy od zdefiniowania pojęcia interesu publicznego w tym kontekście. Pojęcie interesu publicznego nie jest tożsame z pojęciem interesu zamawiającego, aczkolwiek jego celem jest realizacja pewnych zadań w interesie publicznym. Mając na uwadze cele dyrektyw odwoławczych, interes publiczny w obszarze prawa unijnego wiąże się po prostu z zapewnieniem efektywności przepisom dyrektyw zamówieniowych. Procedury odwoławcze powstały jako jeden z mechanizmów egzekwowania prawa UE wykorzystujący potencjalne zainteresowanie wykonawców do wykrycia naruszenia prawa i podjęcia środków naprawczych, z oczekiwaniem „nagrody” w postaci przyznania zamówienia. Zapewnienie właściwego stosowania prawa unijnego w dziedzinie zamówień publicznych przyczynia się do osiągnięcia celów jednej z polityk unijnych związanych z tworzeniem wewnętrznego rynku. Takie ujęcie interesu publicznego sprawia, że nie pojawia się konflikt pomiędzy dwoma dobrami: interesami zainteresowanego wykonawcy a interesem publicznym polegającym na zapewnieniu właściwego wdrożenia norm prawa UE i otwieraniu rynków zamówieniowych w obszarze rynku wewnętrznego. Skorygowanie naruszenia prawa pozostaje w interesie skarżącego wykonawcy oraz w interesie publicznym w przedstawianym kontekście. Zaspokojenie interesu poszkodowanego wykonawcy zawsze będzie zatem stanowiło realizację interesu publicznego.

Warto jednak pamiętać, że w dyrektywach odwoławczych pojawia się również pojęcie interesu ogólnego, uzasadniającego ograniczenie lub nawet eliminację interesów wykonawcy i interesu publicznego w postaci zapewnienia, by decyzje zamawiającego były podejmowane zgodnie z prawem. Zgodnie z art. 2d ust. 3 dyrektywy 89/665/EWG państwa członkowskie mogą wprowadzić regulacje krajowe pozwalające na utrzymanie w mocy umowy w sprawie zamówienia udzielonego bezprawnie, jeśli przemawiają za tym nadrzędne przyczyny związane z interesem ogólnym. W opisanej sytuacji ustawodawca krajowy rezygnuje z celów związanych z zaspokojeniem interesu skarżącego oraz interesu publicznego polegającego na efektywnym stosowaniu prawa UE, przyjmując, że inne interesy mają pierwszeństwo na tyle istotne, że pozwalają na utrzymanie w obrocie prawnym bezprawnej decyzji zamawiającego. Inne interesy zwykle wiążą się z koniecznością zachowania życia i zdrowia obywateli, a nie z interesem gospodarczym. W opisanym przypadku zainteresowany wykonawca może jednak skorzystać z roszczeń odszkodowawczych, skoro nie mógł doprowadzić do powrotu zamówienia na rynek w celu ubiegania się o jego uzyskanie.

Kolejny przypadek, w którym dyrektywy odwoławcze wspominają o interesie publicznym oraz o innych interesach, dotyczy stosowania środków tymczasowych. Jak już

wspomniano, orzekanie w przedmiocie środków tymczasowych jest oparte na balansie interesów uczestników przetargu, zamawiającego i niezdefiniowanego interesu publicznego, który może obejmować efektywność stosowania prawa UE, ale i inne przyczyny związane z wydatkowaniem środków publicznych lub zaspokojeniem potrzeb społeczeństwa. Środki tymczasowe mają jednak specyficzny charakter, ponieważ nie dotyczą rozstrzygnięć merytorycznych, a jedynie zabezpieczają roszczenia skarżącego lub interesy innych uczestników postępowania. Teoretycznie nie przesądzają zatem o zaspokojeniu interesu wykonawcy ani interesu publicznego związanego z egzekwowaniem prawa, aczkolwiek w praktyce ich wynik może osłabić lub wzmocnić efekt orzeczenia merytorycznego.

Na poziomie prawa krajowego pojawia się czasem odniesienie do interesu publicznego rozumianego jako efektywne wydatkowanie środków publicznych lub realizowanie zadań w interesie społeczeństwa. Tymczasem rozstrzygnięcie w przedmiocie naruszenia prawa decyzją zamawiającego nie może uwzględniać okoliczności, jak dany wyrok wpłynie na wykonanie zadania publicznego, a zwłaszcza na jego terminowość. Przedmiotem procedur odwoławczych jest egzekwowanie prawa w sytuacji, gdy jego naruszenie powoduje szkodę dla interesu wykonawcy w uzyskaniu zamówienia. Odstępstwa, kiedy to inne nadrzędne przyczyny interesu ogólnego uzasadniają odmowę zaspokojenia interesu wykonawcy w ramach określonego środka ochrony prawnej (ale nie w ogóle), są wyraźnie określone w dyrektywach odwoławczych i dotyczą sytuacji wyjątkowych. Podobnie wyjątkowe regulacje zostały przewidziane w dyrektywie dedykowanej zamówieniom w sektorze obronności i bezpieczeństwa. Niestety zdarza się, że rozstrzygający spory w dziedzinie zamówień publicznych mają na uwadze sytuację zamawiającego i wydatkowanych środków publicznych nawet w przypadku stwierdzonego naruszenia prawa, co prowadzi do osłabienia efektywności procedur odwoławczych. W tym kontekście zastanawiające jest wprowadzenie w art. 512 p.z.p. obowiązku działania przez Krajową Izbę Odwoławczą w postępowaniu odwoławczym zgodnie z interesem publicznym, w szczególności w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. Izba, rozstrzygając odwołania, działa zgodnie z interesem publicznym, ponieważ wspiera identyfikację naruszeń prawa i ich korygowanie. Pojawia się zatem pytanie, czy działanie zgodnie z interesem publicznym miałooby w jakiś sposób sankcjonować niezgodne z prawem decyzje zamawiającego.

Z powodu współistnienia wielu interesów oraz zainteresowanych podmiotów alternatywne sposoby rozstrzygnięcia sporów w zamówieniach publicznych nie zawsze są możliwe do zastosowania, aczkolwiek wykonawcy zwykle dążą do uniknięcia otwartego konfliktu z zamawiającym. Decydując się na taki model rozwiązywania sporów, należy się zastanowić, jak może on poprawnie funkcjonować przy uwzględnieniu specyfiki zamówień publicznych. Nie ma wątpliwości, że wszelkie alternatywne sposoby rozstrzygnięcia sporów są dopuszczalne po zawarciu umowy i pomiędzy jej stronami. Podobnie w przypadku korzystania z bardziej tradycyjnych środków ochrony prawnej,

tj. odszkodowań, łatwo sobie wyobrazić polubowne załatwienie sprawy, ponieważ mamy do czynienia jedynie z dwoma zainteresowanymi stronami. Więcej pytań pojawia się na etapie środków prawnych o charakterze przedkontraktowym.

Po pierwsze, dyrektywy odwoławcze wprowadzają pewne ograniczenia dotyczące forum i mocy obowiązującej wydawanych przez nie orzeczeń.

Po drugie, procedury odwoławcze mają na celu m.in. przesądzenie, czy doszło do naruszenia prawa – z natury rzeczy nie wydaje się, by okoliczność dotycząca stwierdzenia bezprawności decyzji zamawiającego podlegała mediacjom. Prymat legalności przed innymi kryteriami orzekania, takimi jak zasady słuszności, wymusza powierzenie jurysdykcji organowi o stałym charakterze. Zawarcie jakiegokolwiek porozumienia pomiędzy zamawiającym a jednym z wykonawców prowadziłoby do naruszenia zasady równego traktowania, ponieważ skutek takiego porozumienia zawsze obejmowałby również innych konkurentów. Warto również zwrócić uwagę, iż rozstrzyganie sporów w prawie zamówień publicznych nie opiera się na zasadach słuszności, lecz na przepisach prawa, co wiąże się ściśle z charakterem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które jest sformalizowaną procedurą, gwarantującą w ten sposób zachowanie uczciwej konkurencji.

Po trzecie, z uwagi na wielość uczestników postępowania przetargowego, nie wydaje się dopuszczalne, by dobrowolne ustalenia wyłącznie dwóch podmiotów – zamawiającego i jednego zainteresowanego wykonawcy – miały mieć skuteczny i wiążący wpływ na sytuację innych przedsiębiorców. Uczestnicy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego respektują orzeczenia krajowych organów odwoławczych, lecz wynika to z ich statusu oraz mocy wiążącej podejmowanych rozstrzygnięć. Podobnie może to wyglądać przy rozstrzygnięciach podejmowanych przez niektóre niezależne organy krajowe o charakterze arbitrażowym, jeśli ich funkcjonowanie uwzględnia standardy zastrzeżone dla forum przez dyrektywy odwoławcze, a interesy pozostałych uczestników są brane pod uwagę lub przysługuje im środek odwoławczy w stosunku do takich wyroków⁸¹.

Uchwalając dyrektywę 92/13/EWG, ustawodawca wspólnotowy przywiązywał dużą wagę do rozwiązań uwzględniających polubowne rozwiązywanie sporów i dobrowolną atestację⁸². Państwa członkowskie miały zorganizować procedury dobrowolnych atestacji pozwalające zamawiającym sektorowym na poddanie swoich procedur i praktyk związanych z zamówieniami publicznymi okresowemu badaniu w celu uzyskania certyfikatu potwierdzającego ich zgodność z obowiązującym wówczas prawem wspólnotowym. Natomiast zainteresowani wykonawcy mogli skorzystać z procedur pojednawczych organizowanych na ich wniosek przez Komisję. Okazało się jednak, że proponowane

⁸¹ Szerzej w części trzeciej, w rozdziale „Forum rozstrzygania sporów w zamówieniach publicznych”.

⁸² Art. 3–7 i 9–11 dyrektywy 92/13/EWG w brzmieniu sprzed nowelizacji dyrektywą 2007/66/WE; por. A. Sołtysińska, *Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2006, s. 798–831.