

PROCEDURY ODWOŁAWCZE W EUROPEJSKIM PRAWIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Aleksandra Sołtysińska

PROCEDURY ODWOŁAWCZE W EUROPEJSKIM PRAWIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Aleksandra Sołtysińska

Zamów książkę w księgarni internetowej

proinfo.pl
księgarnia internetowa

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

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.

Publikacja stanowi kompleksowe opracowanie dotyczące procedur odwoławczych w zamówieniach publicznych w Unii Europejskiej. W książce przybliżono problematykę wszystkich elementów składających się na unijny model procedur odwoławczych, m.in.:

- legitymacji procesowej poszkodowanych wykonawców,
- decyzji zamawiających podlegających zaskarżeniu,
- terminów i forum rozstrzygania sporów.

Odrębnie omówiono katalog środków ochrony prawnej przysługujących wykonawcom, czyli:

- środki tymczasowe,
- odwołanie,
- nieskuteczność umowy w sprawie zamówienia,
- odszkodowania.

Celem opracowania jest nie tylko analiza wymienionych zagadnień z perspektywy ustawodawcy, krajowych organów odwoławczych oraz uczestników postępowań przetargowych, lecz również próba oceny efektywności rozwiązań przyjętych w Unii Europejskiej.

Publikacja przeznaczona jest dla wszystkich uczestników rynku zamówień publicznych, przede wszystkim dla wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówień publicznych i zainteresowanych skuteczną ochroną przysługujących im uprawnień. Zainteresuje profesjonalnych pełnomocników, adwokatów i radców prawnych specjalizujących się w prawie zamówień publicznych, jak również członków KIO oraz sędziów rozpoznających sprawy z tej dziedziny.

Aleksandra Sołtysińska – doktor nauk prawnych, sędzia, adiunkt w Katedrze Prawa Europejskiego, na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego, autorka wielu publikacji z zakresu prawa zamówień publicznych.



9788382461480 W01P01

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



9 788382 461480

ZAMÓWIENIA:

INFOLINIA 801 04 45 45

ZAMOWIENIA@WOLTERSKLWUER.PL

WWW.PROFINFO.PL