

Ryszard Szostak

PRAWO DO SĄDU W ZAKRESIE SPORÓW ZWIĄZANYCH UDZIELANIEM ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Spory przedumowne w zamówieniach publicznych

Zamówienia publiczne umożliwiające kontraktowanie świadczeń (dostaw, usług lub robót budowlanych) niezbędnych do zaspokajania potrzeb publicznych, a także procedury ich udzielania, mają charakter cywilnoprawny¹. Oparte są bowiem na zasadzie równorzędności stron. Nawet jeśli zamówienia udziela Skarb Państwa bądź jednostka samorządu terytorialnego, sama umowa oraz procedura poprzedzająca jej zawarcie, wolne są całkowicie od bezpośredniej ingerencji władzy publicznej². Ograniczenia swobody kontraktowej w interesie publicznym w zasadzie wynikają bezpośrednio z ustawy (art. 56 kc) i nie mają charakteru administracyjnego. Przetarg lub inna procedura oparta na modelu przetargu (aukcji) rozgrywa się w ramach wielostronnego zazwyczaj stosunku obligacyjnego o znaczeniu instrumentalnym, wynikającego z ustalonej przez zamawiającego i adhe-

¹ Por. art. 14 ustawy z 29 stycznia 2004 r. prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwana dalej Pzp.

² Por. dyrektywę 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31 marca 2004 r. o koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (OJ L-134, s. 114, 30.04.2004).

zyjnie akceptowanych przez konkurentów warunków zamówienia³. Zapadające w toku przetargu lub innej procedury czynności nabierają charakteru aktów powinnościowo wykonawczych. Z oczywistych względów podstawowe znaczenie mają czynności zamawiającego-organizatora, który nie korzysta tu bynajmniej z jakichkolwiek atrybutów władzy publicznej, wchodzi bowiem w status strony stosunku materialno-prywatnego, a nie publiczno-procesowego.

Prawidłowy przebieg postępowania o udzielenie zamówienia zależy przede wszystkim od zamawiającego-organizatora, tym bardziej, że to właśnie jemu przysługuje prawo stosowania „bieżącej” sankcji wobec konkurentów naruszających wymagania proceduralne, w postaci odrzucenia oferty. Dlatego uchybienia popełnione przez zamawiającego są szczególnie dotkliwe, nie tylko dla indywidualnych konkurentów (groźba pozbawienia korzyści transakcyjnych), ale także dla interesu publicznego. Tradycyjnie, z tytułu naruszenia wymagań proceduralnych, przysługuje odszkodowanie lub żądanie unieważnienia umowy finalnej, uboczne zastosowanie może mieć też odpowiedzialność na podstawie przepisów o czynach nieuczciwej konkurencji. Swoista sankcja polega na niedopuszczeniu do przetargu konkurenta uchybiającego ustalonym warunkom, bądź odrzucenie oferty sprzecznej z prawem lub warunkami zamówienia. Sankcje te stały się jednak niewystarczające, ponieważ nie zawsze prowadzą do pełnego zaspokajania interesów pokrzywdzonego wykonawcy, zwłaszcza bezpodstawnie pozbawionego szans na uzyskanie zamówienia. Dlatego z końcem XX w. pod wpływem dyrektywy Rady 89/665/EWG z 21 grudnia 1989 r. o procedurach odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych⁴, a także zawartego w 1994 r. pod auspicjami Światowej Organizacji Handlowej porozumienia o zamówieniach publicznych (GPA)⁵ i ustawy modelowej ONZ o zamówieniach publicznych⁶, upowszechniło się rozwiązanie dopuszczające zaskarżenie wadliwych czynności zamawiającego do sądu lub innego organu władzy publicznej, od razu, na bieżąco, jeszcze w toku przetargu, przy zawieszeniu możliwości zawarcia umowy finalnej⁷.

Zgodnie z art. 2 ust. 1 dyrektywy 89/665, pod pojęciem środków odwoławczych rozumie się: a) tzw. środki tymczasowe zmierzające do zawieszenia biegu procedury udzielenia zamówienia (według art. 94 i 183 Pzp następuje *ex lege*), b) uchylenie bezprawnych rozstrzygnięć zamawiającego poprzez zastoso-

³ Zob.: J. Rajski, *Aukcja i przetarg w ujęciu znowelizowanych przepisów kodeksu cywilnego*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2003, nr 5, s. 8; Z. Radwański, *System prawa prywatnego*, t. 2: *Prawo cywilne – część ogólna (Suplement)*, Warszawa 2004, s. 61 i nast.; R. Szostak, *Przetarg nieograniczony na zamówienie publiczne – zagadnienia konstrukcyjne*, Kraków 2005, s. 45 i nast.

⁴ OJ L-395, s. 33, 30.12.1989, unowocześnioną w drodze dyrektywy 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 11 grudnia 2007 r. o poprawie skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych (OJ L-335, s. 31, 20.12.2007).

⁵ Zob. w tłumaczeniu na język polski [w:] *Zamówienia publiczne w świetle procedur Światowej Organizacji Handlu*, Warszawa 2001, s. 119 i nast.

⁶ *Model Law on Procurement of Goods Construction and Services*, UNITRAL Roma 1994.

⁷ Zob. więcej: A. Sołtysińska, *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej*, Kraków 2004, s. 257.

wanie odpowiedniego środka korygującego, c) przyznania odszkodowania konkurentom, którzy doznali uszczerbku w wyniku uchybienia popełnionego przez zamawiającego organizatora (w świetle prawa polskiego na podstawie ogólnych przepisów kodeksu cywilnego)⁸.

Sankcja unieważnienia umowy finalnej oraz kary finansowe za dopuszczanie do wadliwej umowy funkcjonują już poza pojęciem środków odwoławczych. Kluczowe znaczenie ma zatem środek korygujący, który w polskim prawie zamówień publicznych nazwany został niezbyt fortunnie „odwołaniem”. Stosownie do przepisów art. 180 i nast. Pzp., jest to rodzaj skargi rozpoczynającej uboczne względem przetargu postępowanie rozpoznawcze przed organem władzy publicznej, zmierzające do rozstrzygnięcia sporu cywilnoprawnego, zaistniałego w związku z udzielaniem zamówienia publicznego. Rozstrzygnięcie sporu nie należy jednak do właściwości sądu powszechnego, lecz Krajowej Izby Odwoławczej (KIO), będącej administracyjnym organem rozpoznawczym usytuowanym strukturalnie przy Prezesie Rady Ministrów. Równorzędność stron w układzie zamawiający–wykonawcy, ubiegający się o zamówienie publiczne oraz obligacyjny charakter więzi proceduralnej, a także skutki wyboru oferty najkorzystniejszej (art. 94 Pzp) przesadzają o tym, że sprawa jest cywilna i nie traci tego charakteru wskutek przekazania jej do właściwości organu pozasądowego⁹. Postępowanie przed KIO nie polega zatem kontroli jakiegokolwiek uprzedniego aktu administracyjnego podejmowanego przez zamawiającego, lecz na załatwieniu sporu cywilnoprawnego. Skarga zwana „odwołaniem”, stanowiąca odpowiednik zwykłego pozwu powinna funkcjonować raczej pod inną nazwą (np. wniosku), ponieważ obecne jej określenie wywołuje w praktyce niewłaściwe skojarzenia¹⁰.

Korygujący charakter powyższej skargi wyraża się w tym, że uwzględniając „odwołanie”, KIO może nakazać zamawiającemu wykonanie zaniechanej bądź powtórzenie nieprawidłowo dokonanej czynności lub unieważnienie wadliwej czynności prawnej. Skoro chodzi o wymagalne pod względem obligacyjnym czynności (dłużnicze), zapadające w uporządkowanym z góry toku postępowania, możliwość ich zaskarżenia do KIO pełni funkcję szczególnego środka zapewniającego realne wykonanie zobowiązania przez zamawiającego, wyznaczanego warunkami zamówienia i uzupełniająco działającymi przepisami ustawy (art. 56 kc). Zgodnie bowiem z art. 477 §1 kc, w razie zwłoki dłużnika wierzy-

⁸ W świetle polskiego prawa zamówień publicznych, przy udzielaniu zamówień małej wartości, nie sięgającego europejskiego progu kwotowego (125 tys. euro, a w przypadku robót budowlanych 4.845 tys. euro), środki odwoławcze są wyłączone. Pokrzywdzony może jedynie sygnalizować zamawiającemu naruszenie prawa, a potem ewentualnie dochodzić odszkodowania lub unieważnienia umowy w drodze powództwa sądowego wniesionego przez prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

⁹ Zob. też: J. Gudowski, *Komentarz do kodeksu postępowania cywilnego. Część pierwsza – postępowanie rozpoznawcze*, t. 1, Warszawa 2002, s. 12.

¹⁰ R. Szostak, *Zmiany w zakresie środków ochrony prawnej wykonawców ubiegającej się o zamówienia publiczne*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2010, nr 1.

ciel może żądać, niezależnie od wykonania zobowiązania *in natura*, naprawienia szkody wynikłej ze zwłoki. Poszukując kwalifikacji prawnej dla tego rodzaju odpowiedzialności należy zatem wskazać na kontraktową odpowiedzialność odszkodowawczą (art. 471 kc), co wynika zresztą z art. 179 ust. 1 Pzp, operującego przesłanką „szkody” przy stosowaniu środków ochrony prawnej. Zmuszenie zamawiającego do dokonania czynności uprzednio zaniechanej nie nastęrcza większych problemów kwalifikacyjnych, w odróżnieniu od „powtórzenia czynności”, polegającego na prawidłowym jej ponowieniu, chyba że byłoby to bezprzedmiotowe (np. co do otwarcia ofert). W odniesieniu do czynności prawnych powtórzenie ma sens tylko co do czynności uchybiających konstytutywnym wymaganiom oświadczeń woli (art. 60 i 61 kc) oraz bezwzględnie nieważnych (art. 58, 73, 76, 82–83 i 102–103 kc), natomiast czynności wadliwe (art. 84–87 kc), a także ewentualnie bezprzedmiotowe wymagają najpierw unieważnienia. W ramach zaś swoistej konstrukcji wprowadza się zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu i w warunkach zamówienia (art. 12a i 38 ust. 4 Pzp).

Charakterystyka postępowania przed KIO

Krąg osób legitymowanych do wniesienia odwołania przeciwko zamawiającemu uległ ostatnio rozszerzeniu¹¹. Obejmuje bowiem nie tylko uczestników postępowania o udzielenie zamówienia, lecz w pewnym zakresie także osoby trzecie, które mogą zaskarżyć wybór procedury „zamkniętej”, polegającej na zastosowaniu trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki, negocjacji bez ogłoszenia lub tzw. zapytania o cenę i doprowadzić do przymusowego unieważnienia postępowania. Z uwagi jednak na zawartą w art. 179 ust. 1 Pzp przesłankę „interesu w uzyskaniu zamówienia”, osoba trzecia powinna wykazać, że ma interes w ubieganiu się o zamówienie w kolejnym postępowaniu, ewentualnie zorganizowanym po obaleniu niedozwolonej procedury. Zasadniczo odwołanie wnosi się do KIO w terminie 10 dni, by przy zachowaniu należytej staranności można powziąć do wiadomości o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Inni wykonawcy ubiegający się o zamówienie publiczne mogą przystąpić do ubocznego postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się uczestnika albo po stronie zamawiającego, wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje (art. 185 ust. 2 Pzp). Wielostronne z natury postępowanie o udzielenie zamówienia nie może być automatycznie odwzorowane w ubocznym postępowaniu spornym. W szczególności nie wolno dopuścić do „mnożenia” odwołań do tego samego uchybienia popełnionego przez zamawiającego. Toczący się przed KIO spór może być bowiem sensownie załatwiony tylko w układzie dwustronnym. Dlatego odwołujący się wykonawca oraz wykonawca

¹¹ Por. nowelizację wprowadzoną ustawą z 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 223, poz. 1778).

dysponujący prawem przyłączenia się do jednego ze stron sporu, nie mogą następnie korzystać ze środków odwoławczych wobec czynności zamawiającego wykonanych zgodnie z orzeczeniem KIO.

W przypadku wniesienia odwołania zamawiającemu nie wolno zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia orzeczenia przez KIO (art. 183 Pzp). Odwołanie rozpoznaje Izba na jawnej rozprawie w składzie jednoosobowym, a tylko wyjątkowo w sprawach zawiłych lub precedensowych w składzie trzyosobowym, w terminie 15 dni. Odwołanie podlega odrzuceniu z przyczyn formalnych na posiedzeniu niejawnym (art. 189 Pzp). Do postępowania odwoławczego stosuje się odpowiednio przepisu kodeksu postępowania cywilnego o sądzie polubownym (arbitrażowym), o ile przepisy prawa zamówień publicznych nie stanowią inaczej (art. 185 ust. 7 Pzp). Odzwierciedla ono model procesu kontradiktoryjnego. Strony i uczestnicy tego postępowania są zobowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Odmowa przeprowadzenia wnioskowanego dowodu stanowi wyjątek, w odniesieniu do faktów już udowodnionych lub źródeł dowodowych powoływanych jedynie dla zwłoki. Ustawa zezwala jednak Izbie na dopuszczenie dowodu niewskazanego przez stronę (art. 190 ust. 2 Pzp). W zasadzie KIO nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, ale uwzględniając zarzuty odwołania, może „z urzędu” unieważnić umowę, zwłaszcza zawartą przedwcześnie (bez oczekiwania na upływ terminu do wniesienia odwołania), w następstwie bezpodstawnie zastosowanej procedury zapytania o cenę, negocjacji bez ogłoszenia lub udzielenia zamówienia z wolnej ręki albo z pominięciem obligatoryjnie wymaganego ogłoszenia o zamówieniu. Jeśli wadliwie zawarta umowa została wykonana, a zwrot świadczeń nie jest realny, KIO odstępując od unieważnienia umowy w całości lub w części, obciąża zamawiającego karą finansową w wysokości do 10% wartości zamówienia, stanowiącą dochód budżetu państwa. W tym przypadku zasięg kognicji KIO wybiega jednak znacznie poza zakres rozpoznania sprawy cywilnej. O oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku, w pozostałych przypadkach wydaje postanowienie (art. 192 ust. 1 Pzp). Orzeczenie może być zaskarżone do właściwego sądu okręgowego (w ciągu 7 dni) przez stronę lub uczestnika procesu odwoławczego albo wyjątkowo przez prezesa UZP (21 dni) jako rzecznika interesu publicznego.

Wprawdzie w postępowaniu sądowym stosuje się odpowiednio przepisy kodeksu postępowania cywilnego o apelacji (art. 198a Pzp), ale sąd rozpoznający sprawę (w ciągu 1 miesiąca) uwzględniając skargę zmienia zaskarżone orzeczenie KIO i orzeka w wyroku co do istoty sprawy. Niedopuszczalne jest zaś uchylene wadliwego orzeczenia i przekazanie sprawy KIO do ponownego rozpoznania. Prawomocne orzeczenie KIO, także po zmianie przez sąd okręgowy, ma moc prawną na równi z wyrokiem sądu państwowego, jednak podlega przymusowej egzekucji dopiero po stwierdzeniu przez właściwy sąd powszechny jego wykonalności, analogicznie jak w odniesieniu wyroku sądu polubownego.

Modelowe ujęcie prawa do sądu a status KIO

Prawo do sądu wyraża ideę zagwarantowania każdej jednostce możliwości żądania od publicznej władzy sądowniczej rozpoznania i rozstrzygnięcia jakiegokolwiek sprawy zwłaszcza w ramach odpowiedzialności cywilnej, karnej lub administracyjnej¹². Stąd bywa ono niekiedy nazywane prawem do wymiaru sprawiedliwości lub ochrony prawnej. W XX w. nabrało wymiaru uniwersalnej zasady prawno-międzynarodowej. W szczególności w świetle art. 6 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z 1950 r., każdy ma prawo do sprawiedliwego i publicznego rozpatrzenia sprawy w rozsądnym terminie przez niezawisły i bezstronny sąd ustanowiony ustawą przy rozstrzyganiu o jego prawach i obowiązków cywilnoprawnych albo o zasadności oskarżenia wytoczonego przeciwko niemu w sprawie karnej. Zgodnie zaś z art. 45 ust. 1 Konstytucji RP, każdy ma prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd. Dyrektywa ta została uzupełniona o zakaz zamykania drogi sądowej do dochodzenia naruszonych wolności lub praw (art. 77 ust. 2) oraz przez prawo stron postępowania prowadzącego przed organem władzy publicznej do zaskarżania orzeczeń i decyzji wydanych w pierwszej instancji (art. 78). Konstytucyjne prawo do sądu to dyrektywa skierowana przede wszystkim do racjonalnego ustawodawcy oraz pod adresem organów stosowania prawa. Według orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, nie ma ono jednak charakteru absolutnego, może być przedmiotem pewnych wyjątkowych ograniczeń ze strony państwa¹³. Na gruncie prawa polskiego dopuszczalność odstępstwa od sądowego wymiaru sprawiedliwości potwierdza art. 2 § 3 kpc, zastrzegający, że nie są rozpoznawane w postępowaniu sądowym sprawy cywilne, jeżeli przepisy szczególne przekazują je do właściwości innych organów.

Krajowa Izba Odwoławcza nie jest sądem w rozumieniu powyższych standardów. Jej działalność stanowi wyraźny wyłom od zasady sądowego wymiaru sprawiedliwości w sprawach cywilnych. Przy rozpatrywaniu sporów związanych z udzielaniem zamówień publicznych dochodzi do przejściowej niedopuszczalności drogi sądowej¹⁴. Z mocy przepisów szczególnych rozpoznanie sprawy cywilnej przez sąd zostało odroczone do czasu wyczerpania postępowania spornego przed organem administracyjnym¹⁵. Pomimo odpowiedniego stosowania przepi-

¹² Por. zwłaszcza: A. Kubiak, *Konstytucyjna zasada prawa do sądu w świetle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, Łódź 2006.

¹³ Por. wyrok z 10 stycznia 2006 r. (ETPC-4840/99) Lex, nr 191863, a także wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 12 maja 2003 r. (SK-38/02), „Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego” 2003, nr 5A, poz. 38.

¹⁴ T. Ereciński, *Kodeks postępowania cywilnego – Komentarz*, t. 1, Warszawa 2007, s. 26–27.

¹⁵ Literalnie według art. 2 § 3 kpc, do rozpoznawania spraw cywilnych powołane są sądy powszechne, o ile sprawy te nie należą do właściwości sądów szczególnych, oraz Sąd Najwyższy. Nie chodzi tu jednak o jakiegokolwiek „organy”, lecz tylko organy spełniające z mocy ustawy funkcje władcze w zakresie rozpoznawania spraw i rozstrzygania sporów – tak Sąd Najwyższy w uzasadnieniu uchwały z 4 stycznia 1995 r. (IIICZP-167/94), „Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Cywilna” (dalej: OSNC) 1995, nr 4, poz. 63.

sów o sądzie polubownym, w postępowaniu odwoławczym KIO nie wchodzi też w status sądu polubownego¹⁶, który wyróżnia się niepaństwowym charakterem oraz wolą stron jako źródłem uprawnienia do rozstrzygnięcia sprawy¹⁷. Odesłanie do odpowiedniego stosowania przepisów o sądzie polubownym ma raczej na celu stworzenie swoistej *ratio legis* dla powierzenia rozpoznania sprawy cywilnej organowi pozasądowemu¹⁸. W postępowaniu przed KIO w ogóle bowiem odpada stosowanie przepisów o zapisie na sąd polubowny, arbitrach i ich wyznaczaniu przez strony sporu, a nawet dotyczących skargi o uchylenie wyroku sądu polubownego. Wyłączony jest ponadto kluczowy dla sądownictwa polubownego art. 1184 §2 kpc, według którego sąd polubowny nie jest związany przepisami o procesie cywilnym i może w razie potrzeby orzekać zgodnie z zasadami słuszności. Zawarcie ugody przed KIO jest wykluczone, przy udzielaniu zamówień publicznych obowiązuje bowiem wymóg rygorystycznego przestrzegania ustawy. Pozostają jedynie niektóre reguły działania sądownictwa polubownego, zwłaszcza zasada kontrydiktoryjności i zmodyfikowana odrębną regulacją zasada dyspozycyjności, a także przepisy dotyczące wyrokowania.

Z drugiej strony bardzo doniosłe atuty postępowania przed KIO, to jego szybkość, z zachowaniem formalizmu procesowego, rozpoznanie sporu na jawnej rozprawie, kontrydiktoryjność, równouprawnienie stron oraz zasada prawdy materialnej przy swobodnej ocenie dowodów. Wydając „wyrok” (nazwa właściwa dla sądu polubownego) KIO bierze za podstawę wyłącznie stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust. 2 Pzp). Jego zaskarżenie zaś do sądu okręgowego w ramach reformatoryjnej apelacji zmierza nie tylko do weryfikacji legalności i zasadności, lecz przede wszystkim do ponownego zbadania całej sprawy, z ewentualnym uzupełnieniem braków postępowania i zmianą werdyktu KIO. Dlatego w piśmiennictwie zaznaczył się pogląd o bliskim podobieństwie postępowania przed KIO do procesu cywilnego przed sądem państwowym, uzasadniający potrzebę analogicznego stosowania – w przypadkach nienormowanych – innych przepisów kodeksu postępowania cywilnego niż przepisy dotyczące sądu polubownego¹⁹. Dotyczy to zwłaszcza przepisów o pełnomocnictwie procesowym (art. 86–97 kpc), a także o interwencji ubocznej²⁰.

¹⁶ Więcej o tym w uzasadnieniu uchwały Sądu Najwyższego z 26 listopada 2003 r. (IIICZP-85/03), OSNC 2005, nr 1, poz. 4.

¹⁷ Por. K. Potrzebowski, W. Żywicki, *Sądownictwo polubowne*, Warszawa 1961, s. 11; W. Siedlecki, Z. Świeboda, *Postępowanie cywilne – zarys wykładu*, Warszawa 2004, s. 429 i nast.; K. Weitz, *Sądownictwo polubowne a sądy państwowe*, „Przegląd Sądowy” 2007, nr 3, s. 15–16.

¹⁸ R. Szostak, *Rozstrzyganie sporów przedumownych wynikających z uchybień popełnianych przy udzielaniu zamówień publicznych*, „Przegląd Sądowy” 2007, nr 3, s. 76.

¹⁹ Zob. zwłaszcza: J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych – Komentarz*, Warszawa 2004, s. 399; W. Łysakowski, *Prawo zamówień publicznych – Komentarz*, red. T. Czajkowski, Warszawa 2007, s. 534; R. Szostak, *Pełnomocnictwo do działania przed Krajową Izbą Odwoławczą*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2009, nr 2, s. 4 i nast.; uchwała Sądu Najwyższego z 26 listopada 2003 r. (III CZP-83/03), OSNC 2005, nr 1, poz. 4.

²⁰ Por. uchwałę Sądu Najwyższego z 7 grudnia 2007 r. (III CZP-123/07), „Biuletyn Sądu Najwyższego” 2007, nr 12, s. 8; R. Szostak, *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z 24 lutego 2009 r. (III CZP-147/08)*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2009, nr 2, s. 110 i nast.

Niepewności dotyczące możliwości „analogicznego stosowania” przepisów kodeksu postępowania cywilnego wynikają stąd, że w obrębie prawa publicznego wnioskowanie przez analogię jest w zasadzie wykluczone. Jednakże w analizowanym przypadku ograniczenie to zostało wyłączone przez art. 185 ust. 7 Pzp, odsyłający do zasad działania sądu polubownego, przed którym właśnie dopuszcza się odpowiednie stosowanie przepisów o procesie cywilnym na podstawie art. 13 §2 kpc²¹. Postępowanie przed KIO stanowi zatem *sui generis* pozasądowy proces cywilny.

Istotne znaczenie ma tu stanowisko Trybunału Konstytucyjnego, wyrażone w wyroku z 13 czerwca 2006 r. (SK-54/04)²² zapadłym wprawdzie w odniesieniu do art. 92c poprzednio obowiązującej ustawy 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych²³, lecz w pełni aktualnym na gruncie obecnego stanu normatywnego. Obecny art. 198 ust. 2 Pzp zawiera bowiem dokładne powtórzenie zasady, że w postępowaniu sądowym toczącym się wskutek wniesienia skargi na orzeczenie KIO (dawniej na wyrok arbitrów) stosuje się odpowiednio przepisy kodeksu postępowania cywilnego o apelacji, jeżeli przepisy prawa zamówień publicznych nie stanowią inaczej. W skardze konstytucyjnej ubiegający się o zamówienie wykonawca domagał się orzeczenia niezgodności tego przepisu z art. 78 i 176 Konstytucji RP, jako pozbawiającego powoda dwuinstancyjnego postępowania sądowego, przede wszystkim możliwości wzruszenia krzywdzącego wyroku sądu okręgowego w dalszej instancji. Stwierdzając zgodność zakwestionowanego przepisu z Konstytucją RP, Trybunał uznał pośrednio konstytucyjność jurysdykcyjnych uprawnień zespołu arbitrów (obecnie KIO) funkcjonujących w strukturach administracji publicznej w zakresie orzekania w cywilnych sporach przedumownych. W świetle zapatrywania Trybunału, postępowanie przed tym organem stanowi

pierwszą instancję merytorycznego rozstrzygnięcia sporu między zamawiającym a uprawnionym do złożenia protestu [...], jest postępowaniem o charakterze jurysdykcyjnym; natomiast postępowanie, które toczy się przed sądem okręgowym [...] jest postępowaniem rozstrzygającym spór w drugiej instancji [...] realizującym prawo do zaskarżenia wyroku wynikające z art. 78 Konstytucji.

Według Trybunału, spory między jednostkami zamawiającymi a wykonawcami ubiegającymi się o zamówienia publiczne

rozstrzygane są w pierwszej instancji przez organ *quasi*-sądowy (działający na gruncie kodeksu postępowania cywilnego), co pozwala na wykorzystanie specjalistycznej wiedzy arbitrów w uwolnienie sądów powszechnych od przytłaczającej liczby spraw jakie przyszloby im rozpatrywać w pierwszej instancji, jednakże w drugiej instancji spór [...] rozpatrywany jest przez sąd okręgowy a więc sąd powszechny, sprawujący wymiar sprawiedliwości.

²¹ Więcej o tym: *ibidem*, s. 113.

²² „Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego” 2006, nr 6, poz. 64.

²³ Dz.U. z 2002 r. Nr 72, poz. 664 z późn zm.

Trybunał wywiódł, że

przepisy ustawy o zamówieniach publicznych w szczególny sposób regulują instancyjność postępowania [...] oraz tryb zaskarżania wyroków zespołu arbitrów, Konstytucja w art. 78 upoważnia bowiem ustawodawcę do określenia trybu zaskarżenia orzeczeń (i decyzji) wydanych w pierwszej instancji.

Odnosnie do zarzutu obejścia art. 176 Konstytucji w wyniku stosowania zakwestionowanego art. 92c poprzednio obowiązującej ustawy (obecnego art. 198 ust. 2 Pzp.) Trybunał stwierdził, że wprowadzie art. 176

wyraża zasadę dwuinstancyjności postępowania sądowego, ale ponieważ przepis ten został umieszczony w rozdziale o sądach, dotyczy tylko spraw przekazanych ustawami do właściwości sądów, tzn. rozpoznawanych przez sądy od początku do końca [...], natomiast art. 176 Konstytucji nie dotyczy spraw, które nie były rozpatrywane od początku do końca przez sądy, lecz zostały poddane końcowej kontroli ze strony sądu, do takich spraw odnosi się art. 78 Konstytucji.

Dodał jednocześnie, że „zasada instancyjności [...] nie ma jednak charakteru bezwzględnego i dopuszcza wprowadzanie wyjątków przez ustawodawcę”.

Niewątpliwie KIO wchodzi w status organu jurysdykcyjnego, ale trudno ją ujmować w kategoriach „quasi-sądu”, czy sądowego wymiaru sprawiedliwości. Tylko ze względów funkcjonalnych można zgodzić się z rozszerzającą wykładnią „prawa do sądu” oraz pojęcia „instancyjności” postępowania cywilnego, zaprezentowaną w przedstawionym orzeczeniu Trybunału Konstytucyjnego²⁴. W szczególności „instancyjność” tradycyjnie wiąże się z zapewnieniem kontroli rozstrzygnięć przez organ wyższego stopnia w hierarchii jednego i tego samego rodzaju (systemu) organów władzy publicznej²⁵. Tymczasem KIO działa w strukturach administracji rządowej, a nie sądownictwa. Wprowadzie zastąpienie w 2007 r. orzecznictwa zespołów arbitrów jurysdykcją KIO połączone było ze wzmocnieniem profesjonalizmu i gwarancji bezstronności (egzamin kwalifikacyjny poprzedzający powołanie, zawodowy charakter arbitrów, organizacyjne umocowanie Izby bezpośrednio przy Prezesie Rady Ministrów z powierzeniem jednak Prezesowi UZP roli pracodawcy) status tego organu nadal nie spełnia koniecznych standardów niezależności i niezawisłości, nawet dla organu „quasi-sądowego”. W tym celu należałoby Izbę usytuować raczej przy Prezydencie RP, całkowicie uzależniając od administracji rządowej, przy dalszym wzmocnieniu gwarancji profesjonalizmu i niezawisłości (jakość orzekania) oraz całkowitym upodobnieniu przebiegu postępowania odwoławczego do zasad procesu cywilnego, najlepiej przez wyraźne odesłanie do odpowiedniego stosowania art.

²⁴ R. Szostak, *Rozstrzyganie...*, s. 84.

²⁵ W. Siedlecki, Z. Świeboda, *Postępowanie cywilne...*, s. 70; A. Zieliński, *Konstytucyjny standard instancyjności postępowania sądowego*, „Państwo i Prawo” 2005, nr 11, s. 3 i nast. Odmienne jednak: F. Zedler, *Zagadnienie instancyjności postępowania cywilnego*, [w:] *Prace z prawa prywatnego. Księga pamiątkowa ku czci sędziego Janusza Pietrzykowskiego*, Warszawa 2000, s. 390 i nast.

15 i nast. kpc. Usytuowanie KIO przy Prezydencie RP wymaga jednak zmiany Konstytucji RP. Stąd docelowo być może lepiej byłoby powierzyć rozstrzyganie analizowanych sporów przedumownych niezależnemu sądowi, np. wydziałowi szczególnemu w jednym z sądów okręgowych, właściwym dla obszaru całego województwa (zob. dalej). W świetle bowiem obecnego stanu normatywnego, brak jest podstaw prawnych do poddania orzecznictwa KIO nadzorowi judykacyjnemu Sądu Najwyższego, a tym bardziej możliwości występowania przez nią do Sądu Najwyższego o wyjaśnienie zagadnienia prawnego budzącego poważne wątpliwości w trybie art. 390 kpc²⁶, ponieważ trudne zagadnienia prawne mogą przedstawiać Sądowi Najwyższemu tylko sądy rozpoznające apelację. Ponadto ze względu na szybkość postępowania sąd okręgowy rozpatrujący skargę na orzeczenie Izby nie może udzielać jej żadnych wskazówek, skoro jest niedopuszczalne przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania.

Z drugiej strony jednak, uwzględniając w pełni reformatoryjny charakter postępowania sądowo-skargowego można uznać, że poddanie spraw związanych z udzielaniem zamówień publicznych orzecznictwu KIO nie pozbawia jednostki szeroko rozumianego prawa do sądu.

Status KIO na tle wymagań prawa europejskiego

Europejskie prawo zamówień publicznych nie przesądza dokładnie o statusie organu rozpatrującego spory związane z udzieleniem zamówień publicznych, pozostawiając ten problem w domenę prawa krajowego. Na mocy dyspozycji art. 2 ust. 9 dyrektywy 89/665, dopuszczono jednak możliwość powierzenia załatwiania tych sporów organom pozasądowym. Dlatego zróżnicowanie jest co najmniej trojkie: dominuje jurysdykcja sądowa, choć w niektórych krajach w sprawach dotyczących udzielania zamówień publicznych nie orzekają sądy powszechne, lecz administracyjnie (Francja, Belgia, Hiszpania)²⁷, co jest związane z historycznie ugruntowanym pierwiastkiem administracyjnym w zamówieniach publicznych, polegającym na administracyjnym zatwierdzeniu wyboru oferty najkorzystniejszej w formie aktu administracyjnego²⁸. W wielu jednak krajach w analizowanych sprawach są właściwe organy administracyjne, działające zazwyczaj kolegialnie, o statusie „izby” (Niemcy, Austria, Polska, Czechy, Fin-

²⁶ Por. uchwałę Sądu Najwyższego z 13 października 1951 r. (C-427/51), „Orzecznictwo Sądu Najwyższego” 1953, nr 1, poz. 1 oraz postanowienie Sądu Najwyższego z 11 lutego 1994 r. (I PZP-61/93), niepublikowane, za: T. Ereciński, *op. cit.*, s. 29.

²⁷ M. Lemke, D. Piasta, G. Wicik, P. Wiśniewski, *Poradnik dla wykonawców ubiegających się o zamówienia publiczne na rynku polskim i rynkach wybranych państw Unii Europejskiej*, Warszawa 2006, s. 36 i nast.

²⁸ Dla przykładu, zob. okoliczności sprawy rozstrzygniętej wyrokiem ETS z 3 kwietnia 2008 r. (C-444/06, Hiszpania), ECR 2008, I-02045.

landia)²⁹, co uzasadnia się potrzebą usprawnienia i przyspieszenia postępowania rozpoznawczego. Stosownie do art. 2 ust. 9 dyrektywy 89/665, w przypadku, gdy organ odwoławczy nie ma charakteru sądowego, jego rozstrzygnięcia muszą być zawsze uzasadniane na piśmie. Ponadto powinien działać według takich rozwiązań ustawowych, dzięki którym wszelkie uchybienia popełniane w zakresie nadanych mu uprawnień lub bezprawnie zastosowane środki prawne będą mogły być przedmiotem odwołania w sądzie lub odwołania rozpatrywanego przez inny organ będący sądem w rozumieniu art. 234 TWE i niezależny od instytucji zamawiającej i organu odwoławczego. Poza tym prawo krajowe powinno zapewniać efektywne wykonanie orzeczeń (decyzji) podjętych przez organy odwoławcze. Działająca od 2007 r. w charakterze stałego organu orzekającego KIO spełnia powyższe wymagania, zwłaszcza że wydawane przez nią werdykty mogą być zaskarżane do sądu okręgowego.

Odrębny problem wiąże się natomiast z możliwością wnioskowania przez KIO do Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości o wydanie orzeczenia prejudycjalnego. Zgodnie z art. 234 TWE, z wnioskiem takim może wystąpić sąd lub trybunał krajowy. Do 2007 r. panowała zgodność, że orzekające w latach 1995–2007 zespoły arbitrów, wyznaczane *ad hoc* do rozpoznania poszczególnych spraw, nie mogły korzystać z przymiotu „sądu” w rozumieniu art. 2 ust. 9 dyrektywy 89/665, z uwagi na brak stałego charakteru³⁰. Ostatnio jednak w piśmiennictwie zaznaczył się pogląd, że KIO posiadając status „sądu” w rozumieniu art. 234 TWE, ma prawo domagać się rozstrzygnięcia prejudycjalnego³¹. Jak wiadomo, w razie wątpliwości dotyczących znaczenia przepisu prawa wspólnotowego lub ewentualnej sprzeczności przepisów prawa krajowego z wymaganiami prawa europejskiego, sąd krajowy może zwrócić się w trybie art. 234 TWE do Trybunału o wydanie orzeczenia wstępnego, jeśli dojdzie do przekonania, że jest ono niezbędne do rozstrzygnięcia sprawy zawisłej przed sądem krajowym. Chodzi wyłącznie o wykładnię lub skuteczność przepisów prawa wspólnotowego. Trybunał nie jest bowiem uprawniony do wiążącej interpretacji prawa krajowego w oderwaniu od prawa wspólnotowego. Sąd przed wydaniem orzeczenia podlegającego dalszemu zaskarżeniu może, a sąd wydający orzeczenie ostateczne ma obowiązek, zadać Trybunałowi pytanie prejudycjalne, jeśli rozstrzygnięcie co do skuteczności lub wykładni prawa wspólnotowego jest niezbędne do wydania wyroku³². Trybunał może jednak odmówić odpowiedzi, gdy jest całkowicie

²⁹ M. Lemke, D. Piasta, G. Wicik, P. Wiśniewski, *op. cit.*, s. 21 i nast.

³⁰ Por. zwłaszcza: A. Wasilewski, *Pojęcie „sądu” w prawie polskim i w świetle standardów europejskich*, [w:] *Sąd Najwyższy wobec prawa i praktyki Unii Europejskiej*, red. W. Santera, Wrocław 2003, s. 42–43; R. Szostak, *Rozstrzyganie...*, s. 80 i nast.; A. Deryng, *Sąd polubowny a realizacja konstytucyjnej zasady prawa do sądu*, „ADR – Arbitraż i Mediacja” 2009, nr 1, s. 47 i nast.

³¹ B. Majewski, *Czy KIO może wystąpić do ETS z wnioskiem o wydanie orzeczenia prejudycjalnego?*, „Zamówienia Publiczne – Doradca” 2010, nr 4, s. 47.

³² W wyroku ETS z 16 grudnia 1990 r. (C-320-322/90 *Telemarsicabruzzo*) stwierdzono, że konieczność dokonania użytecznej dla sądu krajowego wykładni prawa wymaga, aby sąd zadający pytanie prejudycjalne określił okoliczności faktyczne i prawne sprawy.

oczywiste, że żądana interpretacja nie ma żadnego związku z faktami, na których opiera się główne postępowanie bądź z celem tego postępowania³³.

Europejski Trybunał Sprawiedliwości kilkakrotnie zajmował się dopuszczalnością występowania z pytaniami prejudycjalnymi przez organy pozasądowe, właściwe w świetle prawa krajowego do załatwiania sporów związanych z udzielaniem zamówień publicznych³⁴. W szczególności w odniesieniu do niemieckiej Izby Kontroli Zamówień Publicznych (Vergabekammern), a także austriackiej Izby Zamówień Publicznych (Vergabekontrollsenat) wypowiedział się pozytywnie³⁵. Stąd co do pytania pochodzącego z polskiej Krajowej Izby Odwoławczej, stanowisko Trybunału byłoby prawdopodobnie analogiczne. Wątpliwości może budzić jednak sfera „niezależności” Izby, tym bardziej że od organu pozasądowego wymaga się, aby był powoływany na takich samych warunkach, jak sędziowie (umocowanie, kwalifikacje, procedura powołania). Zapewne w niedługim czasie problem ten zostanie praktycznie zweryfikowany.

Przyłączenie się konkurenta do postępowania odwoławczego w świetle prawa do sądu

Według art. 185 ust. 1 Pzp, zamawiający zawiadamia wszystkich konkurentów o wniesieniu odwołania do KIO, wzywając zainteresowanych do przystąpienia do postępowania odwoławczego w ciągu 3 dni ze wskazaniem strony, do której odnosi się przystąpienie i interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na jej korzyść. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się prezesowi KIO. Wykonawcy, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego stają się jego uczestnikami. Konstrukcja ta z jednej strony gwarantuje pozostałym konkurentom prawo do sądu, a drugiej zapobiega mnożeniu odwołań. Wynikający bowiem z wielostronnego z zasady postępowania o udzielenie zamówienia spór może być sensownie rozstrzygnięty tylko w układzie dwustronnym. Jeżeli jednak zarzuty wykonawcy wykraczają poza zarzuty wniesionego odwołania, powinien on rozważyć odrębne odwołanie, ponieważ zakres interwencji nie może przekraczać granic zarzutów i żądań powoda. Dlatego odwołujący się wykonawca oraz wykonawca wezwany do przystąpienia do postępowania po jednej ze stron, nie mogą następnie korzystać ze środków odwoławczych wobec czynności zamawiającego wykonanych zgodnie z wyrokiem KIO lub sądu okręgowego. Chodzi tu nie tylko o wykonawców interwenientów aktywnie wpływających na los postępowania, ale także i o tych, którzy zajęli pozycję zachowawczą. Status konkurenta przyłączającego się do

³³ Tak ETS w wyroku z 29 lipca 1999 r. (C-60/98 Butterfly Musik Srl), ECR 1999, I-05751.

³⁴ Por. zwłaszcza wyroki ETS z 27 kwietnia 1994 r. (C-393/92 Almelo), ECR 1994, I-01477 oraz z 19 października 1995 r. (C-111/94, Jobcenter), ECR 1995, I-03361.

³⁵ Por. wyrok ETS z 17 września 1997 r. (C-54/96 DershConsult), ECR 1997, I-4961 oraz z 10 kwietnia 2008 r. (C-393/06, Fernwärme-Wien), ECR 2008, I-02339.

jednej ze stron sporu powinien mieścić się całkowicie w tradycyjnym modelu samoistnej interwencji ubocznej³⁶. Wprawdzie interwenient uboczny nie dysponuje samodzielnym żądaniem, ale może efektywnie chronić swoje interesy, działając tak, aby rozstrzygnięcie zapadło na korzyść jednej ze stron. Nabywa status pomocnika strony, do której przystąpił. Nie może zatem w stosunku do niej podnosić zarzutów, że sprawa została błędnie rozstrzygnięta albo że była prowadzona wadliwie. Czynności interwenienta nie mogą pozostawać w sprzeczności z oświadczeniami strony, do której przystąpił (art. 185 ust. 5 Pzp).

W aktualnym stanie normatywnym interwenientowi działającemu po stronie zamawiającego wolno jednak sprzeciwić się umorzeniu postępowania odwoławczego w wyniku uznania zarzutów odwołania przez zamawiającego (art. 186 ust. 3 Pzp), natomiast interwenient wspomagający odwołującego się wykonawcę nie może zablokować cofnięcia odwołania, ani nawet wejść w miejsce strony cofającej odwołanie (art. 187 ust. 8 Pzp). Oba unormowania budzą wątpliwości³⁷. Pierwsze dlatego, że po stronie zamawiającego przyłącza się najczęściej wykonawca, którego oferta została wybrana na mocy zakwestionowanego rozstrzygnięcia przetargu. Jego rzeczywiste interesy nie muszą być zatem zbieżne z interesami publicznymi, jakie powinien reprezentować zamawiający. W konsekwencji sprzeciw interwenienta nie powinien automatycznie blokować korekty wadliwej czynności, dobrowolnie podjętej przez zamawiającego, połączonej z umorzeniem postępowania odwoławczego przez KIO. Zarzuty interwenienta „wspierającego” zamawiającego zasługują co najwyżej na podstawie odrębnego odwołania albo – ze względu na koncentrację postępowania – mogłyby być rozpatrzone w ramach umorzenia postępowania wywołanego pierwotnym odwołaniem. Z kolei drugie z powołanych unormowań prowadzi – wbrew założeniom interwencji samoistnej – do ograniczenia prawa interwenienta (do sądu) na wypadek bezzasadnego cofnięcia odwołania przez odwołującego się wykonawcę. Interweniujący wykonawca podnoszący takie same zarzuty, jak odwołujący się wykonawca nie może przecież wnieść odrębnego odwołania. Pozostaje mu jedynie „przyłączyć się” do cudzej sprawy. Dlatego w razie cofnięcia odwołania powinien mieć prawo wstąpić w prawa strony się odwołującej. Interwenient, bez względu na to, po której stronie działa, może wnieść skargę do sądu okręgowego na orzeczenie KIO (art. 198a ust. 1 Pzp). Nie ma wszakże dostatecznej jasności, czy wnoszący skargę do sądu działa na rzecz strony do której przystąpił, czy też we własnym interesie. Kierując się ideą interwencji samoistnej, w aktualnym stanie prawnym należałoby się wypowiedzieć za tym drugim rozwiązaniem.

³⁶ Por. R. Szostak, *Zmiany...*

³⁷ *Ibidem*.

Prawo do sądu w ustawie o koncesjach na roboty budowlane lub usługi

Koncesja budowlana lub usługowa to swoiste zamówienie publiczne, polegające na tym, że wykonawca zobowiązuje się wykonać określone prace za wynagrodzeniem niepieniężnym, którym jest wyłącznie prawo do korzystania z wybudowanego (wyremontowanego) obiektu budowlanego lub z efektów świadczonych usług albo prawo takie wraz z dopłatą ze strony zamawiającego³⁸. Najczęściej chodzi o wzniesienie określonego obiektu użyteczności publicznej (np. autostrady, hali widowiskowej, basenu) z prawem zaspokojenia wynagrodzenia należnego wykonawcy z korzyści eksploatacyjnych (opłat) albo o zorganizowanie świadczenia określonych usług publicznych (np. parkingowych, transportowych, targowiskowych, wywozu nieczystości) z prawem zaspokajania się z opłat ponoszonych przez klientów. W obecnych realiach gospodarki publicznej, przy utrzymującym się ciągle niedorozwoju infrastruktury i poziomu usług publicznych oraz zadłużeniu państwa i samorządów lokalnych, wzrasta gwałtownie rola zamówień koncesyjnych. Polska regulacja prawna, po dyskusyjnym wyłączeniu z prawa zamówień publicznych, zawarta została w odrębnej ustawie z 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane i usługi³⁹. Według art. 5 tej ustawy, czynności postępowania poprzedzającego zawarcie umowy koncesyjnej mają charakter cywilnoprawny. Hybrydowa procedura składa się z dwóch etapów: negocjacji z zachowaniem konkurencji na podstawie ogłoszenia i przetargu zapewniającego ostateczny wybór oferty najkorzystniejszej, na warunkach której dochodzi do zawarcia umowy finalnej. Zainteresowanemu konkurentowi, którego interes w zawarciu umowy koncesji doznał lub może doznać uszczerbku (szkody) w wyniku czynności podjętych przez koncesjodawcę z naruszeniem przepisów ustawy, przysługuje prawo do wniesienia w terminie 10 dni skargi do wojewódzkiego sądu administracyjnego. Sąd uwzględniając skargę może uchylić wadliwe czynności zamawiającego lub unieważnić umowę finalną. Rozpoznanie sporu podlega jednak przepisom ustawy z 30 sierpnia 2002 r. prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi. Wniesienie skargi kasacyjnej do Naczelnego Sądu Administracyjnego jest dopuszczalne.

Niewątpliwie rozwiązanie powyższe realizuje konstytucyjne „prawo do sądu” w ujęciu formalnym, ponieważ sąd administracyjny też jest sądem. Poważne jednak zastrzeżenia nasuwa poddanie sprawy cywilnej orzecznictwu sądów administracyjnych a nie cywilnych. Brak jakichkolwiek sensownych argumentów wspierających tego rodzaju *ratio legis*. Bezpodstawne są zwłaszcza argumenty związane z zapewnieniem sprawności i szybkości postępowania wobec utrzymującej się od pewnego czasu niewydolności sądów administracyjnych. Jeszcze gorzej przedstawia się argument odwołujący się do umowy koncesji jako „instytucji prawa administracyjnego [...], aktu zbliżonego do klasycznych umów

³⁸ Por. art. 1 pkt. 3–4 dyrektywy 2004/18/WE powołanej w przypisie 2.

³⁹ Dz.U. Nr 19, poz. 101, z późn. zm.

obligacyjnych⁴⁰. Odwieczna możliwość sięgania przez jednostki wykonujące administrację publiczną po czynności cywilnoprawne, nie prowadzi bynajmniej do ich przekształcenia w instrumenty administracyjnoprawne.

W szczególności zamówienia na koncesję nie można ujmować w kategoriach „umowy administracyjnoprawnej”, zawieranej przez zachowujący władztwo publiczne organ administracyjny ze stroną, w miejsce jednostronnego aktu administracyjnego w przypadkach przewidzianych ustawowo⁴¹. Zamówienia publiczne mają inną – nie związaną bezpośrednio z prawem administracyjnym – proveniencję, a mianowicie są charakterystyczne dla zakorzenionych w kulturze zachodnioeuropejskiej funkcji prawa publicznego, przeciwstawianego prawu prywatnemu w ramach wtórnej segregacji norm prowadzącej do praktycznie potrzebnej syntezy ponad gałęziowej⁴². Tymczasem poddanie sporów z zakresu postępowania koncesyjnego orzecznictwu sądów administracyjnych spowoduje niewątpliwie trudności przy ich rozstrzyganiu z zastosowaniem procedury sądowno-administracyjnej, zorientowanej na kontrolę legalności aktów administracyjnych. Wprowadza ponadto niepotrzebny dualizm orzekania w sprawach zamówień publicznych, w ramach którego z jednej strony jest właściwa KIO i sądy okręgowe, a z drugiej strony wojewódzkie sądy administracyjne i Naczelny Sąd Administracyjny, podczas gdy natura spraw przedstawia się tak samo. Postulować zatem trzeba rychłe zniesienie tego dualizmu.

Uwagi *de lege ferenda*

Powierzenie orzecznictwa w sprawach cywilnych wyspecjalizowanemu organowi administracyjnemu (KIO), czy też sądom administracyjnym budzi wątpliwości, nawet przy wprowadzeniu pełnej kontradiktoryjności i niezawisłości oraz rozwiązań właściwych dla sądowej procedury cywilnej. Może być zatem dopuszczalne tylko przejściowo. W świetle standardów konstytucyjnych, w sprawach cywilnych orzekają wyłącznie sądy powszechne, ustawa nie może zamykać drogi do nieskrepowanego dochodzenia naruszanych wolności lub praw w warunkach

⁴⁰ Por. A. Panasiuk, *Koncesja na roboty budowlane lub usługi. Partnerstwo publiczno-prywatne. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 192–193. Podobnie – jak się zdaje – K. Horubski, *Publiczno- i prywatnoprawne elementy zamówień publicznych*, „Państwo i Prawo” 2009, nr 7, s. 75 i nast. Za cywilnoprawną naturą umowy koncesyjnej opowiadają się zwłaszcza: E. Przeszło, *Koncesje na roboty budowlane lub usługi*, [w:] *Księga jubileuszowa profesora Stanisława Jędrzejewskiego*, Toruń 2009, s. 419 i nast., oraz R. Szostak, *Przetargowy wybór oferty najkorzystniejszej na tle europejskich tendencji rozwojowych*, [w:] *Ekonomiczne i prawne zagadnienia zamówień publicznych – Polska na tle Unii Europejskiej*, Warszawa–Łódź 2010 [w druku].

⁴¹ Więcej o umowie administracyjnej: Z. Cieślak, *Umowa administracyjna w państwie prawa*, Kraków 2004, s. 15 i nast.; D. Kijowski, *Problematyka regulacji prawnej stosowania form alternatywnych wobec aktu administracyjnego*, [w:] *Koncepcja systemu prawa administracyjnego*, red. J. Zimmermann, Warszawa 2007, s. 430 i nast.; M. Rypina, M. Wierzbowski, *Umowa z organem w postępowaniu administracyjnym*, „Państwo i Prawo” 2010, nr 4, s. 15 i nast.

⁴² Więcej: R. Szostak, *Przetarg...*, s. 29 i nast.

pełnego profesjonalizmu, obiektywizmu i niezależności. Tylko w sprawach administracyjnych mogą decydować inne organy, a sądy sprawują jedynie kontrolę działalności administracji publicznej (art. 184 Konstytucji RP). Nie bez znaczenia jest też ograniczenie dwuinstancyjności drogi sądowej w wyniku zastąpienia postępowania sądowego postępowania pierwszoinstancyjnego postępowaniem przed KIO. *De lege ferenda* nasuwają się dwa sposoby rozwiązania tego dylematu. Pierwsze mogłoby polegać na zachowaniu trybu pozasądowego, lecz przy nadaniu KIO rangi organu konstytucyjnego⁴³ i dalszym wzmocnieniu profesjonalizmu (jakości orzekania) z usytuowaniem przy Prezydencie RP oraz zapewnieniu powoływania arbitrów na takich samych zasadach, jak sędziowie. Drugie, najmniej kłopotliwe, rozwiązanie wiąże się z pełnym dopuszczeniem drogi sądowej. Zagrożenia co do konieczności utrzymania sprawności postępowania przy utrzymaniu bardzo krótkiego (dwu- lub trzytygodniowego) terminu do rozpoznania sprawy w pierwszej instancji można pokonać przez podporządkowanie sporów z zakresu udzielania zamówień publicznych właściwości wybranych sądów okręgowych albo nawet jednemu sądowi okręgowemu, właściwemu dla całego państwa. Średnioroczna liczba spraw nie przekracza bowiem 3 tys. w skali kraju. Konieczne byłoby przy tym zastosowanie odrębnej procedury uproszczonej względem procesu na zasadach ogólnych⁴⁴. Sprawy dotyczące zamówień publicznych nie są bowiem wyjątkowo skomplikowane pod względem faktycznym, lecz prawnym. Niezbędne byłoby też wprowadzenie odpowiedniej organizacji pracy w sądzie, krótkich terminów dla czynności przygotowawczych, doręczeń bezpośrednich z zastosowaniem nowoczesnych środków przekazu zawiadomień (informacji), pracy w godzinach popołudniowych, kar dyscyplinujących uczestników postępowania itd. Apelacja uruchamiana wskutek skargi kierowanej do właściwego sądu apelacyjnego także wymagałaby regulacji szczególnej, umożliwiającej zwłaszcza zachowanie co najwyżej dwutygodniowego terminu do załatwienia sprawy. Aż do chwili wydania wyroku przez sąd apelacyjny powinien obowiązywać zakaz zawarcia umowy o zamówienie publiczne, podobnie jak na gruncie prawa niemieckiego (§118 GWE). Obecne rozwiązanie, według którego ustawy zakaz zawarcia umowy wygasa już z chwilą ogłoszenia orzeczenia przez KIO, nie przedstawia się dostatecznie efektywnie, ponieważ w razie zmiany orzeczenia KIO na niekorzyść zamawiającego, sąd zmuszony jest unieważnić umowę finalną.

⁴³ Z analogicznych powodów doszło do zmian ustawy konstytucyjnej w związku z powierzeniem rozpoznawania sporów dotyczących zamówień publicznych austriackiemu Vergabekontrolsenat (BGBl.I.2002, nr 99, s. 835).

⁴⁴ R. Szostak, *Rozstrzyganie...*, s. 84.