

**dr hab. Izabella Gil**

**Zakład Postępowania Cywilnego**

**Instytut Prawa Cywilnego WPAiE UWr**

**Tel. 606131131**

## **RECENZJA RZPRAWY DOKTORSKIEJ**

**MGR MACIEJA GAZDA**

**pt. „Odwołanie jako podstawowy środek ochrony prawnej wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego”**

I. Recenzja rozprawy doktorskiej mgr Macieja Gazda

**pt. „Odwołanie jako podstawowy środek ochrony prawnej wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego”** – napisanej pod naukowym kierownictwem - promotora dr hab. Rafała Adamusa prof. UO.

1. Rozprawa doktorska mgr Macieja Gazda pt. **„Odwołanie jako podstawowy środek ochrony prawnej wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego”**

- stanowi pierwsze monograficzne opracowanie dotyczące charakteru prawnego odwołania jako podstawowego środka ochrony prawnej wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego i jego usytuowania w systemie prawnym. Wybór tematu pracy

należy ocenić pozytywnie, gdyż dotychczasowe opracowania w tym zakresie albo się zdezaktualizowały, albo mają raczej charakter komentarzowy, czy przyczynkarski, brakowało natomiast kompleksowego opracowania w kwestii problematyki dotyczącej trybu odwoławczego w procesie zamówień publicznych. Należy dostrzec, że większość opracowań z podjętej przez Doktoranta tematyki ma znaczenie dla praktyki, a nie nauki, dlatego już sam wybór tematu należy ocenić za słuszny i wymagający opracowania monograficznego, którego podjął się Autor.

W literaturze i orzecznictwie w tym zakresie występują różne stanowiska, co wiązało się z koniecznością przez Autora nie tylko ich przedstawienia, ale także dokonania oceny zasadności poszczególnych poglądów w omawianej przez Niego materii. Ze względu na znaczne rozbieżności występujące w doktrynie w zakresie kwalifikacji prawnej odwołania wnoszonego przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego pozytywnie należy ocenić podjęcie tego tematu w opracowanej rozprawie doktorskiej.

Należy też podkreślić, że wybór tematu rozprawy był słuszny nie tylko ze względu na konieczność rozstrzygnięcia wątpliwości natury doktrynalnej, ale także ze względu na duże wątpliwości występujące w praktyce obrotu gospodarczego. Dotychczasowe opracowania dotyczące tematyki rozprawy nie zawierają kompleksowej analizy charakteru prawnego postępowania wywołanego wniesieniem odwołania przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego i jego specyfiki.

## **2. Układ rozprawy doktorskiej**

Układ dysertacji jest prawidłowy. Praca składa się ze wstępu, czterech rozdziałów i zakończenia, zaś poszczególne rozdziały zostały podzielone na punkty i podpunkty.

Analiza dotycząca ochrony prawnej wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego została w pracy ograniczona do przepisów regulujących przesłanki formalno i materialnoprawne odwołania oraz przebiegu postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Gospodarczą (KIO).

Doktorant stwierdził, że zamierza dokonać analizy czy obowiązujące przepisy normujące zasady wnoszenia i rozpoznawania odwołania zapewniają wykonawcy biorącemu udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego należną ochronę prawną (tak na s.14 pracy). W związku z powyższym jako cel badań szczegółowych postawił : 1) określenie

katalogu środków ochrony prawnej przysługujących wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia publicznego oraz umiejscowienia w nim odwołania, a więc określenie jakiego rodzaju środkiem ochrony prawnej jest odwołanie; 2) określenie ustroju oraz zasad funkcjonowania KIO oraz przedstawienie stanu orzecznictwa tego organu; 3) porównanie obowiązujących przepisów prawa krajowego z uregulowaniami unijnymi, a zwłaszcza weryfikację prawidłowości implementacji do polskiego porządku prawnego unijnego prawa wtórnego; 4) przeanalizowanie rodzajów rozstrzygnięć wydawanych przez sądy powszechne, KIO oraz TSUE w sprawach dotyczących udzielenia zamówienia; 5) określenie i usystematyzowanie teoretycznych i praktycznych problemów na tle obecnej regulacji procedury odwoławczej (por. s.14-15 pracy).

Konstrukcja rozprawy doktorskiej prawidłowa, pozwalająca na zapoznanie się i dokonanie oceny postawionej na wstępie przez Doktoranta tezy. Wnioski i postulaty zawarte w opracowaniu przemyślane, uwzględniają dotychczasowy dorobek doktryny i orzecznictwa, co pozwala na stwierdzenie, że prawidłowo zostały zastosowane metody badawcze.

## **II. Uwagi merytoryczne**

Merytoryczna ocena pracy, wymaga wskazania poruszonych przez Autora wątków, które zasługują na szczególne podkreślenie.

Autor rozprawy na wstępie definiuje postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jako odpowiednio uporządkowany zbiór czynności, podejmowanych sukcesywnie, zgodnie z uprzednio określonymi warunkami, zmierzającymi do wyboru oferty najkorzystniejszej, a następnie zawarcia umowy (s.11-12 pracy).

Doktorant postawił tezę, że obowiązujące przepisy prawa normujące zasady wnoszenia i rozpoznawania odwołania nie zapewniają wykonawcy biorącemu udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego należytej ochrony prawnej, a przyczyn takiego stanu rzeczy Doktorant upatruje w nieprawidłowej implementacji wtórnego prawa unijnego, braku jednolitości orzecznictwa KIO w zakresie przepisów regulujących postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego i postępowania odwoławczego przed KIO, a także w niewłaściwym zredagowaniu niektórych przepisów prawa zamówień publicznych (s.15 pracy).

Z postawioną przez Doktoranta tezą należy się zgodzić, ale do oceny jej prawidłowości wymagana jest jeszcze analiza poszczególnych twierdzeń i wywodów zawartych w pracy, a

przede wszystkim wniosków, jakie doktorant wyprowadzi na tle dokonanej przez niego analizy i zidentyfikowanych na wstępie celów szczegółowych prowadzonych przez niego badań naukowych.

**Rozdział I pracy doktorskiej** zatytułowany „Zagadnienia ogólne” zawiera omówienie podstaw systemu ochrony prawnej, z jakiego mogą korzystać wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego (s. 19-72 pracy).

W punkcie 1.1. Autor pracy prezentuje system ochrony prawnej wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego wskazując, iż jest on zdeterminowany głównie przez przepisy wynikające z dyrektywy odwoławczej klasycznej i sektorowej, wprowadzające minimalne warunki w zakresie możliwości zaskarżenia przez wykonawców decyzji zamawiających. Ma to zatem istotny wpływ na regulacje krajowe poszczególnych państw członkowskich, gdyż dyrektywy, jak słusznie dostrzega Doktorant, nie stają się częścią porządku prawnego danego państwa członkowskiego, w odróżnieniu od rozporządzeń unijnych, lecz jedynie mają charakter wiążący w odniesieniu do rezultatu, jaki ma być osiągnięty, co pozwala organom krajowym na swobodę w zakresie wyboru formy i środków (stosownie do art.288 TFUE).

Autor w pkt. 1.1.1. omawia środki tymczasowe, a wśród nich : zawieszenie biegu terminu związania ofertą po wniesieniu odwołania, okres zawieszenia typu *standstill*, zakaz zawarcia umowy do czasu ogłoszenia orzeczenia, obowiązek wezwania wykonawcy, którego ofertę wybrano jako najkorzystniejszą do przedłużenia wadium lub wniesienia nowego wadium. Jednocześnie zasadnie dostrzegając, że w przypadku odwołań wnoszonych od treści ogłoszenia o zamówieniu, bądź SIWZ, to brakuje obowiązkowych środków tymczasowych. Zamawiający może jedynie fakultatywnie wydłużyć termin do składania ofert w takiej sytuacji na podstawie art.182 ust.5 ustawy prawo zamówień publicznych (p.z.p.). prawidłowo zostało podkreślone przez Doktoranta, że kwestia możliwości samodzielnej weryfikacji oraz ewentualnej konwalidacji czynności lub zaniechań zamawiającego niezgodnych z p.z.p. , tak po wniesieniu środka ochrony prawnej (w postaci odwołania, czy przesłania informacji w trybie art.181 p.z.p.), jak też jego złożenia nie została jednoznacznie uregulowana w p.z.p..

Należy zgodzić się z poglądem Autora dysertacji, że ma to istotne znaczenie, gdyż konstrukcja p.z.p. wskazuje, iż czynności zamawiającego, podjęte niezgodnie z p.z.p. zasadniczo nie są nieważne mocy samego prawa, lecz wymagają unieważnienia czynności na

mocy orzeczenia. Zdaniem Doktoranta nie powinno jednak budzić wątpliwości, iż obecne uregulowania wskazują, że zamawiający nie może korygować niektórych dokonanych wadliwych czynności bez wniesienia odwołania, czy informacji na podstawie art.181 .z.p. np. w zakresie usunięcia błędów w SIWZ lub w ogłoszeniu o zamówieniu po upływie terminu składania ofert, czy też powrotu do wcześniejszego etapu postępowania (tak na s.22 pracy). Autor traktuje to jako lukę aksjologiczną, a nie konstrukcyjną, a więc zamierzone działanie ustawodawcy.

Doktorant słusznie dostrzega brak odpowiednika w p.z.p. przepisu art.110 k.p.a., czy art.332 § 1 k.p.c., a więc brak pewności w zakresie związania wydanym rozstrzygnięciem (s.23 pracy).

W rozdziale pierwszym pracy podniesiony został interesujący wątek możliwości zastosowania przepisów Kodeksu cywilnego dotyczących wad oświadczenia woli w stosunku do działań zamawiającego w powołaniu na art.14 p.z.p.

Podsumowując uwagi na temat środków tymczasowych Doktorant stwierdza, że obecna regulacja p.z.p. nie wprowadza zbyt szerokiego katalogu środków tymczasowych zabezpieczających prawidłowy tok postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (s.24 pracy).

Kolejnym zagadnieniem omawianym w rozdziale I pracy jest uprawnienie do żądania odszkodowania (pkt.1.1.2.). Autor zasadnie dostrzega, że prawo do wynagrodzenia szkody jest zagwarantowane konstytucyjnie (art.77 Konstytucji) i odnosi się nie tylko do sfery ściśle rozumianego imperium, lecz obejmuje również formy realizacji zadań publicznych (s.25 pracy). Zdaniem Doktoranta obecna regulacja p.z.p. odsyłająca w zakresie roszczeń odszkodowawczych (tj w zakresie nieobjętym art.93 ust.4 p.z.p.) do przepisu art.471 k.c. jest niewystarczająca, a ponadto sprzeczna z postanowieniami dyrektywy odwoławczej sektorowej i dyrektywy odwoławczej klasycznej. Doktorant porównuje porozumienie przetargowe w zakresie jego konstrukcji do umowy przedwstępnej uregulowanej w art.389 i 390 k.c., a w konsekwencji wyprowadza wniosek, że w związku z tym *de lege lata* wykonawca może domagać się wyłącznie odszkodowania w granicach ujemnego interesu. Wykonawca może żądać odszkodowania tylko tytułem szkody jaką poniósł licząc, że dojdzie do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, co wiąże się z zasadą miarkowania odpowiedzialności za skutki zdarzeń przedkontraktowych. Jednocześnie Doktorant

jednoznacznie nie wyklucza stanowiska o możliwości dochodzenia w ramach roszczeń odszkodowawczych także utraconych korzyści, dlatego postuluje, aby na przyszłość jednoznacznie ta kwestia została uregulowana przez ustawodawcę.

Autor poddaje w wątpliwość dopuszczalność roszczeń odszkodowawczych zamawiającego w razie bezpodstawnego uchylania się od zawarcia docelowej umowy w sprawie zamówienia publicznego po wyborze oferty najkorzystniejszej. Wniosek ten wyprowadzając z tego, że zarówno wykonawcy, jak i zamawiającemu przysługuje prawo dochodzenia na drodze sądowej osiągnięcia silniejszego skutku w postaci doprowadzenia do zawarcia umowy przy zastosowaniu art.64 k.c. i art.1047 k.p.c. (s.29-30 pracy). Jednocześnie stwierdza, iż jeżeli wykonawca zrezygnuje z dochodzenia zawarcia umowy, pozostaje mu prawo do żądania zapłaty podwójnego wadium (o ile zostało wniesione) albo odszkodowania. Co do możliwości wyboru pomiędzy zryczałtowaną formą odszkodowania w postaci dwukrotnego wadium a odszkodowaniem należy się zgodzić z Doktorantem, natomiast nie zostało jednoznacznie umotywowane przez Doktoranta, jak to ma się do stwierdzenia odnośnie wątpliwości w zakresie dopuszczalności roszczeń zamawiającego, a więc w tej części należałoby od Doktoranta oczekiwać szerszej argumentacji.

Z kolei w pkt. 1.1.3. Autor omawia środki ochrony prawnej wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego umożliwiającym korektę działań zamawiającego przewidziane w Dziale VI p.z.p., zaliczając do nich w znaczeniu *sensu stricto* odwołanie i skargę do sądu okręgowego, a do *sensu largo* także przystąpienie do postępowania odwoławczego, opozycję przeciw przystąpieniu, sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania przez zamawiającego oraz informację o trybie art.181 p.z.p. o niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez zamawiającego lub zaniechaniu czynności, do której jest on zobowiązany na podstawie ustawy (str.31-32 pracy). Natomiast wniosek o przeprowadzenie kontroli doraźnej przez Prezesa PZP Doktorant uznaje za swoisty środek ochrony prawnej, a skargę do sądu okręgowego za środek zaskarżenia, jednakże nie odwołując się przy jego definicji do bogatej literatury (por. s.32 pracy).

W ramach rozdziału I omówiono także uprawnienia i obowiązki Krajowej Izby Gospodarczej (KIO), jako organu uprawnionego do rozpoznania odwołania (pkt.1.2.1).

W pracy wskazano podstawy prawne działania KIO, organy KIO i tryb ich tworzenia. Odrębnie omówiono status prawny KIO, co należy ocenić pozytywnie, gdyż istnieją

wątpliwości w literaturze oraz orzecznictwie w tym zakresie. Analizę statusu prawnego KIO Autor przeprowadził zarówno na podstawie regulacji krajowych, jak i unijnych. W oparciu o regulacje unijne Doktorant stwierdza, że należałoby KIO kwalifikować jako sąd w znaczeniu art.267 TFUE tj. organ działający na podstawie ustawowego umocowania, stałym charakterze, obligatoryjności jego jurysdykcji, w ramach kontradyktoryjnego postępowania, stosowania przez ten organ przepisów prawa, niezawisły i niezależny (str.41-42 pracy). W świetle natomiast Konstytucji RP Autor prawidłowo podkreśla, że KIO nie można uznać za sąd (ani powszechny, ani szczególny), lecz uważa, że można przyjąć podobnie jak w odniesieniu do Zespół Arbitrów przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych i uznać za organ *quasi* – sądowy (s.45 pracy). Doktorant po przedstawieniu stanowisk wyrażanych w literaturze konstatuje, że KIO nie jest organem administracji publicznej z tego powodu, że nie stanowi aparatu administracji publicznej i nie działa w interesie publicznym, a ponadto rozstrzyga spory w oparciu o przepisy proceduralne, mające zasadniczo charakter cywilnoprosesowy (z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności, równości stron, braku obowiązku ustalania prawdy obiektywnej).

W podsumowaniu dokonanej analizy Doktorant uznaje KIO za „wyspecjalizowany organ, posiadający uprawnienia jurysdykcyjne, niebędący ani sądem, ani organem administracji publicznej, niezależny pod względem ustrojowym od władzy wykonawczej i ustawodawczej, a zarazem zbliżonym pod względem konstrukcyjnym do władzy sądowniczej” (s.47).

W kolejnym punkcie rozdziału pierwszego (1.3.) Doktorant omawia właściwość KIO, ale w pewnym sensie odwołuje się do argumentacji zawartej w punkcie dotyczącym statusu prawnego. W związku z tym wydaje się celowym połączenie tych punktów, gdyż są ze sobą funkcjonalnie związane. Wskazują na to także wnioski zawarte w tej części pracy, dotyczące charakteru prawnego prowadzonego postępowania. W ramach tego punktu Doktorant rozważa także problematyczną kwestię czy KIO jest organem właściwym do orzekania w sprawach o zwrot wadium wniesionego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz materialnoprawnych przesłanek do zatrzymania wadium. Autor jednoznacznie uznaje, że właściwym do rozstrzygania tych spraw tj. dotyczących zatrzymania wadium po zakończeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego będzie sąd powszechny. Ponadto nie jest konieczne, aby wykonawca uprzednio wyczerpał tryb odwoławczy z p.z.p. przed skierowaniem sprawy do sądu.

W punkcie 1.4. rozdziału I pracy Autor podejmuje wątek dokonania oceny roli orzecznictwa w systemie zamówień publicznych oraz kwestię jednolitości orzecznictwa KIO, przy jednoczesnym podkreśleniu, że w polskim porządku prawnym judykatura nie stanowi źródła powszechnie obowiązującego prawa. Doktorant dostrzega, iż w praktyce na tle stosowania przepisów o zamówieniach publicznych duże znaczenie orzecznicze mają wydawane rozstrzygnięcia nie tylko przez Trybunał Konstytucyjny, Sąd Najwyższy, ale także Krajową Izbę Odwoławczą.

Pozytywnie należy ocenić, z punktu widzenia praktyki, dokonanie analizy rozbieżności występujących w rozstrzygnięciach KIO np. na tle przedstawienia przez wykonawcę nieprawdziwych informacji, czy też korzystania z potencjału podmiotów trzecich przez wykonawcę.

**Rozdział II pracy** zatytułowany „Przesłanki formalnoprawne odwołania” został podzielony na punkty, w ramach których Doktorant omawia : podmioty uprawnione do wniesienia odwołania, czynności oraz zaniechania podlegające zaskarżeniu, granicę wartości zamówienia, formę i treść odwołania, wymogi w zakresie przesłania kopii odwołania zamawiającemu, wpis, termin do wniesienia odwołania.

W pracy omawiając zakres podmiotowy dotyczący wymogów formalnoprawnych odwołania przedstawiono najpierw definicję wykonawcy (tu warto zwrócić uwagę na interesujący wątek dotyczący możliwości uczestniczenia w zamówieniu publicznym w przypadku przekształceń podmiotowych). Następnie opisano uczestnika konkursu oraz inne podmioty uprawnione do zaskarżania czynności lub zaniechania zamawiającego. Doktorant zasadnie odróżnia (s.83 pracy) legitymację materialnoprawną (tj. wynikającą z art.179 ust.1 p.z.p.) od przesłanek formalnych, które określa jako okoliczności warunkujące możliwość przyjęcia odwołania do rozpoznania. W dalszej kolejności przedstawiono udział organizacji wpisanych na listę Prezesa UZP.

Zbyt mało miejsca Doktorant poświęca omówieniu czynności oraz zaniechań podlegających zaskarżeniu (pkt. 2.3., s.86 i n. pracy), podobnie jak kwestii ograniczeń czasowych. W związku z tym przed publikacją opracowania należałoby jeszcze rozbudować te zagadnienia.

W zakresie ustalenia momentu rozpoczęcia postępowania o zamówienie publiczne Doktorant opowiedział się za stanowiskiem, że jest następstwem publicznego ukazania się



ogłoszenia o zamówieniu, bądź w siedzibie zamawiającego, bądź w oficjalnym publikatorze, w zależności od tego, które zdarzenie nastąpiło wcześniej. Natomiast za moment zakończenia postępowania o zamówienie publiczne uważa zawarcie umowy, choć zasadnie dostrzega, że wyjątkowo zaskarżenie postępowania następuje wskutek wystąpienia przynajmniej jednego ze zdarzeń sklasyfikowanych w art.93 p.z.p. (s. 92 pracy).

Autor krytycznie ocenia ograniczenie składania odwołań w postępowaniach zmierzających do udzielenia zamówień krajowych ze względu na wartość przedmiotu zamówienia, gdyż naruszenia p.z.p., jak i nadużycie uprawnień przez zamawiającego może być podobna i niezależnie od szacunkowej wartości zamówienia publicznego, co w efekcie powoduje, że kontrola zamawiającego jest niepełna. Autor stwierdza (tak na s.89-90), że w zamówieniach krajowych odwołanie przysługuje wobec wyboru trybu negocjacji lub ogłoszenia w powołaniu na art.62 p.z.p., zamówienia z wolnej ręki (na podstawie art.67 p.z.p.) oraz zapytania o cenę (art.69 p.z.p.), a w konsekwencji pełni rolę swoistego powództwa o unieważnienie postępowania, względnie umowy w sprawie zamówienia publicznego (str.94 pracy).

Doktorant krytycznie ocenia także uregulowanie przepisów art.181 ust.1 p.z.p. w zakresie informacji o niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez zamawiającego lub zaniechaniu czynności, do której jest on zobowiązany, gdyż podlega rozpoznaniu przez zamawiającego, a skuteczne wyeliminowanie naruszeń może zapewnić instytucja niezależna od zamawiającego lub sąd (por. s.100-102 pracy).

W punkcie 2.4.1. rozdziału II pracy opisana została forma odwołania, a w punkcie 2.4.2. rozdziału II zostały szczegółowo opisane elementy odwołania do Prezesa KIO, jednakże Doktorant nie wprowadził rozróżnienia, które to elementy mają charakter konstrukcyjny, a które formalne, podlegające uzupełnieniu, lecz jedynie stwierdza, że najistotniejsze znaczenie w treści odwołania mają zarzuty, gdyż wyznaczają one zakres kognicji KIO w danej sprawie. Ponadto Autor stwierdza, że nie jest możliwe rozszerzenie zarówno podstawy faktycznej, jak i prawnej odwołania po jego wniesieniu, dlatego opowiada się za stanowiskiem, że nie jest dopuszczalne ogólne lub blankietowe określenie naruszonych przepisów, a następnie ich uzupełnienie, bądź uszczegółowienie dopiero na etapie postępowania odwoławczego przed KIO. Z drugiej strony twierdzi, iż nawet błędne podanie podstawy prawnej, czy też brak podstawy prawnej nie tamuje możliwości rozpatrzenia podniesionego zarzutu w razie

wyczerpującego opisanie stanu faktycznego, bo KIO może sama przyporządkować prawidłową podstawę prawną.

W zakresie wymogu przesłania zamawiającemu kopii odwołania Autor postuluje jednoznaczne określenie przez ustawodawcę, jakie dokumenty odwołujący się powinni przesłać w celu dopełnienia wymogu z art.180 p.z.p. Szkoda, że Doktorant nie wypowiada się co do zasadności regulacji w zakresie wpisów od wnoszonego odwołania dotyczących np. zwolnienia od ponoszenia opłaty z tego tytułu w pkt.2.6 pracy.

Podzielić natomiast należy poglądy Doktoranta wyrażone w odniesieniu do charakteru prawnego oraz sposobu liczenia terminu do wniesienia odwołania (punkt 2.7. pracy).

Należy także zaaprobować stanowisko Doktoranta, iż w niektórych przypadkach (takich jak np. odrzucenie oferty, czy też wykluczenie wykonawcy z postępowania) sama świadomość o czynności lub zaniechaniu zamawiającego jest niewystarczająca do rozpoczęcia biegu terminu do złożenia odwołania, gdyż konieczne jest uzyskanie wiedzy o motywach, które legły u podstaw podjętej przez zamawiającego decyzji.

**W rozdziale III pracy** (s.130 – 157) - omawiane są przez Doktoranta przesłanki materialnoprawne odwołania (art.179 p.z.p.) tj. naruszenie przepisów przez zamawiającego (czy to przez działanie, czy zaniechanie) prawa wspólnotowego w sferze zamówień publicznych, jak i prawa krajowego implementujące unijne akty prawne, interesu prawnego w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniesienie lub możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Doktorant dostrzega, iż brak doprecyzowania przez ustawodawcę o jaki interes chodzi (prawny czy faktyczny) wywołuje rozbieżności w orzecznictwie i literaturze. Podkreślając jednocześnie, że „interes w uzyskaniu danego zamówienia” ( z art.179 ust.1 p.z.p.) nie jest tożsamy z interesem prawnym, o którym stanowi art.189 k.p.c.. Zdaniem Doktoranta odwołanie jest bowiem ukierunkowane na nakazanie zamawiającemu dokonania określonej czynności, względnie jej unieważnienia, a nie do ustalenia prawa lub stosunku prawnego (choć Doktorant zapewne niecelowo, lecz przez omyłkę stwierdza, że chodzi o „ukształtowanie” – s.136). Nie ulega wątpliwości, że istotne są wskazywane przez Autora pracy cechy owego interesu tj. indywidualność, obiektywność i konkretność. Należy podzielić pogląd Doktoranta w zakresie, iż należy odróżnić wpływ na wynik postępowania, o którym mowa w art. 190 ust.2 p.z.p. od interesu w uzyskaniu zamówienia od możliwości poniesienia szkody.

Podsumowując wywody co do rozumienia „interesu w uzyskaniu zamówienia” Doktorant wskazuje cechy pozwalające na jego identyfikację. W zakresie szkody, jako materialnoprawnej przesłanki wniesienia odwołania Doktorant rozważa, czy na gruncie p.z.p. szkodą w rozumieniu przepisu art.179 p.z.p. będzie także uszczerbek o innym niż majątkowym charakterze, w efekcie konstatając, iż naprawa tego rodzaju szkód powinna nastąpić na podstawie art.23 i 24 k.c., a nie na podstawie art.180 p.z.p. w postępowaniu odwoławczym przed KIO. Dodatkowo Autor pracy podkreśla, iż szkoda nie zawsze powinna być utożsamiana ze szkodą w ujęciu cywilistycznym, jednocześnie powinna pozostawać w normalnym związku przyczynowym z uchybieniem zamawiającego, mimo że jak ustalił nie jest on zazwyczaj badany przez KIO (str.148-149 pracy).

**Rozdział IV pracy** (s.158-216) zawiera przedstawienie przebiegu postępowania odwoławczego, które jak zaznaczył Doktorant nie ma charakteru sądowego i nie może być zainicjowane z urzędu. Wskazując na odmienności postępowania odwoławczego Autor zasadnie zalicza je do jednego z rodzajów pozasądowych postępowań cywilnych. Analogii do postępowania cywilnego dopatruje się w tym, że normy procesowe p.z.p. analogicznie jak w postępowaniu cywilnym cechują się względem norm prawa materialnego pewną odrębnością i autonomią, a także w tym, że dopuszczalne są wyłącznie czynności procesowe, wyraźnie uregulowane w ustawie. Przy czym Doktorant dostrzega, że reguły postępowania nie mogą być zmieniane lub uchylane przez strony sporu. Ponadto Autor zaznacza, iż można dokonać wyróżnienia norm bezpośrednio oddziałującymi na rezultat sprawy oraz normami porządkowymi technicznymi.

Następnie w pkt 4.2 rozdziału czwartego Doktorant omawia zasady postępowania odwoławczego takie jak : zasadę skuteczności i efektywności, szybkości i sprawności, zasady dyskryminacji, jawności, kontradyktoryjności, dyspozycyjności, ustności i pisemności, zaznaczając jednak, że żadna z nich nie ma charakteru absolutnego, a więc ich stosowanie może być ograniczone, a niekiedy wyłączone. W rozdziale tym Doktorant przedstawia także sytuację zamawiającego oraz pozostałych wykonawców w postępowaniu odwoławczym (punkt 4.3.). Podkreśla, że przepisy p.z.p. nakazują zamawiającemu wezwać wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu, a więc nie jest wystarczającym dla rozpoczęcia biegu terminu do wniesienia przystąpienia przekazanie samej kopii odwołania. Porównuje także instytucje przystąpienia do postępowania odwoławczego do uregulowanej w k.p.c. interwencji ubocznej. Z kolei uwzględnienie zarzutów przez zamawiającego, będące

niewątpliwie czynnością dyspozycyjną porównuje do uznania roszczenia w postępowaniu cywilnym. Przy tym wskazując, że składa się ono z dwóch elementów : przyznania okoliczności faktycznych, stanowiących podstawę odwołania, a także zobowiązania do wykonania czynności przez odwołującego. Doktorant dostrzega niepełną regulację p.z.p. w sytuacji, gdy zamawiający uwzględnia jedynie część zarzutów opisanych w odwołaniu uznając, że jest to oczywista luka konstrukcyjna, ale wskazuje, że powoduje to niemożność przyspieszenia postępowania, postulując zmianę przepisu art.186 p.z.p..

W rozdziale IV w punkcie 4.4. pracy Autor dokonuje analizy czynności związanych z prowadzeniem postępowania odwoławczego, poczynając od czynności z związanych z zarejestrowaniem, weryfikacją pod względem kompletności, warunków formalnych, przez wyznaczenie składu orzekającego KIO, przebiegiem postępowania rozpoznawczego. Rodzaje rozstrzygnięć kończących postępowanie odwoławcze zostały omówione w punkcie 4.5. tj. zarówno wyroki, jak i orzeczenia niemerytoryczne (w przedmiocie zwrotu odwołania, odrzucenia i umorzenia postępowania). Autor zasadnie dostrzega, że orzeczenie KIO nie zastępuje w jakikolwiek sposób czynności zamawiającego

Pozytywnie należy ocenić krytyczne uwagi Doktoranta odnośnie regulacji dotyczącej kosztów postępowania odwoławczego w kontekście odpowiedzialności za wynik procesu, zwłaszcza niezgodności rozporządzenia w sprawie kosztów z przepisami p.z.p. w zakresie związanym z uwzględnieniem odwołania przez zamawiającego po otwarciu rozprawy.

Doktorant omawiając szczegółowo przebieg procedury odwoławczej stara się nie tylko wskazywać nieprawidłowości (czy to w regulacjach prawnych, czy działaniach orzeczniczych KIO), ale także proponuje rozwiązania *de lege ferenda*, celem doprowadzenia do zapewnienia odwołującemu się wykonawcy należytej ochrony prawnej. Obecny stan prawny uważa za niewystarczający dla zapewnienia wykonawcy biorącemu udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego należytej ochrony prawnej, a przyczyn tego upatruje w niewystarczającej lub nieprawidłowej implementacji wtórnego prawa unijnego.

Jak słusznie dostrzega Doktorant transpozycja prawa unijnego do prawa krajowego nie może bowiem ograniczać się do powielania literalnego brzmienia dyrektywy, ale uwzględniać cele z niej wynikające. W pełni należy podzielić postulat uroszczenia terminów w zakresie składania odwołań, wprowadzenia zmian dotyczących wysokości wpisów od skargi na orzeczenie KIO, a także w zakresie odpowiedzialności odszkodowawczej zamawiającego za

naruszenie p.z.p.. Wprowadzenie jasnych regulacji prawnych w zakresie p.z.p. wykluczy wątpliwości interpretacyjne, ujednocili tym samym orzecznictwo KIO, a w konsekwencji doprowadzi do postulowanego w pracy celu zapewnienia odwołującemu się wykonawcy należytej ochrony prawnej.

Wszystkie istotne kwestie, jakim poświęcona jest rozprawa doktorska znalazły swoje odzwierciedlenie w zakończeniu pracy, a zawarte tam konkluzje zostały poparte rzeczową argumentacją w całej pracy.

Uwagi merytoryczne :

- Autor nie obawia się formułować samodzielnych stanowisk w kwestiach wątpliwych prawnie, a nawet proponuje rozwiązania *de lege ferenda*;
- niewątpliwie pozytywnie należy ocenić dostrzeżenie przez Doktoranta braku uregulowania kwestii w p.z.p. autokontroli przez zamawiającego w przypadku złożenia odwołania, gdyż wprowadzenie tej możliwości przyspieszyłoby prowadzenie postępowania o zamówienie publiczne, oczywiście mając na względzie dobro postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co będzie się wiązało z niemożnością poprawy przez zamawiającego czynności, w stosunku do której upłynął termin do złożenia odwołania;
- zgodzić się należy z Doktorantem, że brak jednoznacznego uregulowania w przepisach p.z.p. kwestii związanych z prawem dochodzenia odszkodowania przez wykonawców powoduje niejasność i wątpliwości interpretacyjne, a to z kolei przekłada się na brak większego zainteresowania dochodzeniem przez osoby przystępujące do zamówienia publicznego roszczeń odszkodowawczych; rzeczywiście praktyka pozwala potwierdzić stanowisko Doktoranta, iż wykonawcy zazwyczaj ograniczają swoje roszczenia do zwrotu kosztów uczestnictwa w przetargu na mocy art.93 ust.4 p.z.p. ze względu na jego jednoznaczność;
- należy podzielić stanowisko Autora pracy, że udzielenie zamówień publicznych można rozpatrywać wyłącznie w kategoriach niewładczych form działania administracji publicznej, a interes publiczny w tym przypadku jest realizowany za pomocą instrumentów cywilnoprawnych;
- szkoda, że Doktorat nie rozwija wątku na tle art.189 k.p.c., czy art.64 k.c.w zw. z art.107 k.p.c. odnosząc się do kompetencji KIO;

- należałoby zmienić przed publikacją tytuł rozdziału I pracy poprzez rozwinięcie jakiego rodzaju zagadnienia ogólne będą przedmiotem analizy np. z jakiego obszaru;
- przy omawianiu znaczenia dyrektyw posłużono się określeniem „prawo wspólnotowe” zamiast „prawo unijne” (s.20 pracy);
- należałoby w ramach zagadnień wprowadzających najpierw zdefiniować „system ochrony prawnej” w ogólności, aby następnie omówić system środków prawnych służących ochronie wykonawcy w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;
- omawiając kwestię tzw. luk w prawie (tak na s.22 pracy) Autor powinien sięgnąć do bardziej aktualnych opracowań m.in. M.Walasik „Analogia w postępowaniu cywilnym”, Warszawa 2013, a także powołanej tam literatury;
- przed oddaniem opracowania do publikacji wymagana by była ze strony Doktoranta większa dyscyplina w zakresie poprawności interpunkcyjnej, czy pewnych zwrotów stylistycznych (np. zbyt liczne posługiwanie się słowem „który”, należy też bardziej oględnie używać słów krytyki np. na s.54 „absurdalna sytuacja”), jak i redakcyjnej (np. przypis 31 nie należy podawać wydawnictwa, lecz miejsce wydania, przypis 32 w przypadku dzienników należy podawać także numer i stronę);
- krytycznie należy ocenić odwołanie się do mało znaczącego opracowania w literaturze dotyczącej definicji „sprawy cywilnej” (przypis 146 i 147 na s.45-46), jako nieoddającego złożoności zagadnienia podziału spraw cywilnych według kryterium materialnego i procesowego; jednakże należy liczyć, iż w przyszłej publikacji Autor sięgnie po większą ilość opracowań w tym przedmiocie;
- szkoda, że Doktorant nie rozwija interesującego wątku procesowego ujemnych przesłanek procesowych (tak na s.54-55) w zakresie skorzystania z trybu odwoławczego do KIO przed skierowaniem sprawy do sądu powszechnego, dotyczącej zatrzymania wadium po zakończeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;
- szkoda, że chociaż w przypisach nie rozwinął Doktorant zagadnienia dotyczącego różnicy pomiędzy legitymacją procesową jako przesłanką materialnoprawną a przesłankami formalnop procesowymi, choć zasadnie tą różnicę dostrzega i podkreśla (s.82);

- informacje statystyczne powinny w pracach z dziedziny prawa raczej znaleźć się w przypisach, a nie zasadniczym tekście (por. s.93);

### **III. Wnioski**

Podsumowując, opracowaną przez mgr Macieja Gazdę rozprawę doktorską uznać należy, że stanowi oryginalne rozwiązanie problemu naukowego, pozwala na stwierdzenie, iż podjęty przez niego temat został przedstawiony w sposób kompleksowy, a jednocześnie pogłębiony. Poczynione zastrzeżenia w sporządzonej recenzji nie wpływają w zasadniczy sposób na pozytywną ocenę wartości merytorycznej dysertacji, lecz wynikają ze złożoności omawianej regulacji prawnej w pracy.

Wnioski, jakie wyprowadza Doktorant są słuszne, choć mogą zostać uznane za dyskusyjne, ale to przyczynia się do rozwoju naukowego dyscypliny prawa cywilnego.

W konsekwencji uznać należy, iż opracowana przez mgr Macieja Gazdę praca doktorska – pt. „Odwołanie jako podstawowy środek ochrony prawnej wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego” – napisanej pod naukowym kierownictwem promotora dr hab. Rafała Adamusa prof. UO - z całą pewnością może stanowić podstawę do nadania stopnia naukowego doktora nauk prawnych.

**W związku z powyższym stwierdzić należy, iż spełnia wymogi określone w art.13 ust.1 ustawy z dnia 14 marca 2003r. o stopniach naukowych i tytule naukowym oraz o stopniach i tytule w zakresie sztuki (Dz.U. Nr 65, poz.595) i uprawnia do ubiegania się o nadanie stopnia naukowego doktora nauk prawnych.**

*dr hab. Izabella Gil*