

Zamównienia publiczne w Niemczech i Polsce

Roland Fedorczyk, LL.M.

Rechtsanwalt/adwokat niemiecki

fedorczyk@ra-kozlowski.com

Wprowadzenie

Niniejszy artykuł ma za cel przedstawić czytelnikowi, jak głębokie różnice mogą zająć w dwóch systemach prawnych, mimo że na ich czele stoi jedno i to samo źródło prawa. Mowa jest tutaj mianowicie o różnicach w przedmiocie prawa zamówień publicznych Polski i Niemiec, a w szczególności w zakresie możliwości składania środków ochrony prawnej. Znaczenie środków ochrony prawnej jest nie do zlekceważania, otwierają one bowiem nie tylko drogę do instytucji odwoławczych, w którym decyzje zamawiającego są weryfikowane, ale stanowią również ze względu na swoją obszerność ważne źródło prawa zamówień publicznych.

Brak możliwości składania środków ochrony prawnej oznacza zatem ograniczenie obiektywnej kontroli decyzji zamawiającego, czyli wyboru ponoć najkorzystniejszej oferty, co przy podejmowaniu wyboru może zachęcić do sugerowania się innymi czynnikami, niż dozwolonymi przez prawo.

Polski ustawodawca zauważył konieczność takiej obiektywnej kontroli przyznając możliwość składania środków ochrony prawnej zarówno w zakresie zamówień pod- jak i ponadprogowych. Niemiecki ustawodawca zaś nie widzi potrzeby możliwości składania środków ochrony prawnej w zakresie zamówień podprogowych, otwierając taką możliwość tylko w zakresie zamówień ponadprogowych.

Zwracając uwagę na fakt, że zamówienia podprogowe stanowią w Niemczech 95 % wszystkich ogłaszanych,¹ brak możliwości składania środków ochrony prawnej w tym zakresie powoduje niemalże całkowity brak jakiegokolwiek przejrzystości podejmowanych przez zamawiającego decyzji.

I. Źródła prawa zamówień publicznych w Polsce i Niemczech

Za najważniejsze źródło prawa zamówień publicznych obu państw należy uznać dyrektywę 2004/18/WE, która określa ogólne wytyczne prawa zamówień publicznych. Polska w Ustawie – Prawa Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm., dalej PrZamPubl) w całości przyjęła wspólnotowy system prawny niezależnie od wartości zamówienia (*acquis communautaire*) co oznacza, że prawo wspólnotowe ma pierwszeństwo przed prawem krajowym, nawet wtedy gdy pozostaje w kolizji z polską normą konstytucyjną.² W myśl art. 4 ust. 8 PrZamPubl ustawa ta jest stosowana do zamówień, których wartość jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych kwotę 14.000 euro. W Niemczech natomiast ustawodawca zdecydował się na odrębną regulację zamówień publicznych o wartości ponadprogowej jak i podprogowej. W związku z tym trzeba zauważyć, że dla przetargu nieograniczonego i ograniczonego prawo niemieckie posługuje się również różnymi nazwami. Przetarg nieograniczony w zakresie zamówień podprogowych nazywany jest „*Öffentliche Ausschreibung*”, a przetarg ograniczony „*Beschränkte Ausschreibung*”. Natomiast w zakresie zamówień ponadprogowych przetarg nieograniczony zwany jest „*Offenes Verfahren*”, a przetarg ograniczony „*Nicht Offenes Verfahren*”. Implementacja przepisów unijnych w zakresie zamówień ponadprogowych nastąpiła w Niemczech w ramach tzw. systemu kaskadowego (*Kaskadensystem*).³ W związku z tym głównym krajowym źródłem dla zamówień ponadprogowych są przepisy zawarte w czwartym rozdziale Ustawy o Przeciwdziałaniu Ograniczeniom Konkurencji (§§ 97-129 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen z dnia 15 lipca 2005r. BGBl. I s. 2114, dalej GWB).⁴ Owe przepisy w pierwszej kolejności regulują ogólne zasady udzielania zamówień publicznych

1 Patrz: stanowisko Bundesverband der Deutschen Industrie z dnia 28 czerwca 2010, s. 1-5 (s.1)

2 Przeszło [w:] *Prawo gospodarcze publiczne pod redakcją A. Powalowskiego*, Warszawa 2010, nb 745

3 Por. Fehling [w:] Pünder/Schellenberg, *Vergaberecht Kommentar*, Baden-Baden 2011, § 97 GWB nb 199

4 Müller-Wrede [w:] Müller-Wrede, *Kommentar zur VOF*, Neuwied 2010, Einleitung nb 19

charakteryzację przedmiotu prawa oraz możliwości składania środków ochrony prawnej.⁵ Jako z rzędu niższe źródło należy uznać Rozporządzenie w Sprawie Udzielania Zamówień Publicznych (Verordnung über die die Vergabe öffentlicher Aufträge z dnia 11 lutego 2003 r., BGBl I s. 169, dalej VgV), które przede wszystkim ze względu na § 4-§ 6 VgV otwiera drogę do stosowania odpowiednich regulaminów udzielania zamówień publicznych.⁶ Zatem jako trzecie źródła przewidziane w prawie niemieckim uznaje się regulaminy udzielania zamówień publicznych, które stosowane są w zależności od przedmiotu zamówienia i którymi dla klasycznych przedmiotów zamówień publicznych są Regulamin Udzielania Zamówień Publicznych na Roboty Budowlane – Część A i B (Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen z dnia 31 lipca 2009 r., dalej VOB/A i VOB/B) i Regulamin Udzielania Zamówień Publicznych na Usługi – Część A (Vergabe- und Vertragsordnungen für Leistungen – Teil A z dnia 20 listopada 2009 r., dalej VOL/A) oraz Część B (Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Leistungen z dnia 5 sierpnia 2003r., dalej VOL/B).⁷ Wskazane regulaminy zawierają w swoich częściach „A” przepisy dotyczące postępowania o udzielenie zamówienia, wymagania dotyczące sporządzenia niemieckiego odpowiednika Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), tj. Vergabeunterlagen oraz reguły na podstawie których wybrana zostanie oferta. W części „B” regulaminów zawarte są ogólne warunki umowy, które stanowić będą treść późniejszej umowy w sprawie zamówień publicznych, a w części „C” VOB (dalej zwaną VOB/C) dodatkowo zawarte zostały ogólne techniczne warunki umowy na usługi budowlane.⁸ Przepisy odnoszące się do zamówień publicznych na usługi świadczone w ramach wolnych zawodów, w Polsce mowa jest o zamówieniach na usługi twórcze, zawarte zostały w Regulaminie Udzielania Zamówień Publicznych na Usługi świadczone w ramach wolnych zawodów (Vergabe- und Vertragsordnungen für freiberufliche Dienstleistungen z dnia 18 listopada 2009r., w dalszym ciągu VOF). Implementacja dyrektywy 2004/17/WE natomiast nastąpiła w Niemczech w drodze uchwalenia Regulaminu Udzielania Zamówień Publicznych w zakresie infrastruktury, zaopatrzenia wodą pitną oraz zaopatrzenia energetycznego, tzw. zamówienia sektorowe (Sektorenverordnung z dnia 23 września 2009 r., w dalszym ciągu SectVO). Również te ostatnie dwa przedmioty zamówień publicznych uregulowane są w prawie polskim w PrZamPubl.

5 Tak też: Regler, *Das Vergaberecht zwischen öffentlichem und privatem Recht*, Berlin 2007, s.52

6 Hertwig, *Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe*, München 2009, nb 30

7 Podobnie: Lux, *Einführung in das Vergaberecht* [w:] Juristische Schulung (JuS) 2006, s. 969-974 (s. 970)

8 Regler, *Das Vergaberecht* (...), s.48

W zakresie zamówień podprogowych niemiecki ustawodawca nie przeprowadził implementacji przepisów wspólnotowych. W związku z tym istnieją i inne źródła prawa niż w zakresie zamówień ponadprogowych.⁹ Głównym źródłem stanowią tutaj § 30 Ustawy o Zasadach Budżetu (Haushaltsgrundsatzgesetz z dnia 19 sierpnia 1969r. BGBl. I s.1273 ze zm. z 27 maja 2010r. BGBl. I s. 71), § 55 Federalnego Regulaminu o Budżecie (Bundeshaushaltsordnung z dnia 19 sierpnia 1969r. BGBl. I s. 1284 ze zm. z 9 grudnia 2010r. BGBl. I s. 1885) oraz odpowiednie przepisy w regulaminach landów i gmin, które co do zasady wymagają od podmiotów publicznych przeprowadzenia postępowania o zamówienie publiczne.¹⁰ Z rzędu niższym źródłem prawa są powyżej wskazane regulaminy udzielania zamówień publicznych¹¹ za wyjątkiem VOF i SektVO, które zgodnie z § 1 ust. 1 SektVO i § 2 ust. 2 VOF stosowane są jedynie w zakresie zamówień ponadprogowych. Trzeba w związku z tym zauważyć, że nie wszystkie przepisy VOL/A i VOB/A stosowane są równocześnie do zamówień ponadprogowych i podprogowych. Przepisy wdrożone do VOB/A poprzez implementację przepisów wspólnotowych i odnoszących się tylko do zamówień ponadprogowych oznaczone są literą „a” (tzw. paragrafy a) i pełnią funkcję uzupełniającą wobec przepisów dotyczących zamówień podprogowych (tzw. przepisy podstawowe).¹² Podobnie przedstawia się sytuacja porównując przepisy podstawowe VOL/A z drugą częścią owego regulaminu, która zawiera implementowane przepisy unijne, określone jako VOL/A EG. Różnicą w stosunku do odpowiednich przepisów VOB/A jest jednak to, że przepisy VOL/A EG nie uzupełniają tylko podstawowych przepisów VOL/A, a w niektórych miejscach nawet je zastępują.¹³ Marginalną rolę jako źródła prawa w zakresie zamówień podprogowych odgrywają jeszcze uchwalone w niektórych landach ustawy prawa zamówień publicznych, które zawierają przede wszystkim regulacje co do wysokości wynagrodzenia.¹⁴ Kolejnymi źródłami zamówień publicznych w Polsce i Niemczech, co w niniejszym opracowaniu nie ma jednak większego znaczenia, należy zaliczyć konstytucje obu państw, które stanowią fundament ustroju społecznego, politycznego i gospodarczego państwa¹⁵

9 Tak też: Lux, *Einführung in das (...)* [w:] JuS 2006, s. 970

10 Hertwig, *Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe*, nb 22

11 Tak też: Regler, *Das Vergaberecht (...)*, s.48

12 Winnes [w:] Pünder/Schellenberg, *Vergaberecht Kommentar*, § 1a VOB/A nb 1

13 Marx [w:] Kulartz/Marx/Portz/Prieß, *Kommentar zur VOL/A*, Neuwied 2010, § 1 VOL/A EG nb 1

14 Hertwig, *Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe*, nb 25

15 Przeszło [w:] *Prawo gospodarcze publiczne* pod red. A. Powołowskiego, nb 745, podobnie: orzeczenie BVerfG z dnia 13 czerwca 2006r. sygn. akt 1 BvR 1160/03 (orzeczenie opublikowane w: *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NvWZ)* 2006, s. 1396)

Ważną rolę jako źródła prawa w Polsce odgrywają jeszcze krajowe rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów, zwłaszcza w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów.¹⁶

2. Zawarcie umowy

Bezpośrednim celem postępowania o udzielenie zamówienia jest zawarcie umowy z wykonawcą, który złożył najkorzystniejszą ofertę.¹⁷ W Polsce umowa w sprawie zamówień publicznych ma wyłącznie charakter cywilnoprawny, podczas kiedy w Niemczech może być zawarta również na podstawie umowy publicznoprawnej w rozumieniu przepisów §§ 54 niemieckiego Kodeksu Postępowania Administracyjnego (Verwaltungsverfahrensgesetz z dnia 23 stycznia 2003r. BGBl. I s. 102, dalej VwVfG).

Najistotniejsza różnica między prawem polskim a niemieckim zachodzi jednak porównując moment oraz sposób zawarcia umowy.

W prawie polskim wybór najkorzystniejszej oferty nie prowadzi automatycznie do zawarcia umowy lecz wywołuje jedynie skutki prawne przewidziane w art. 92 i art. 94 PrZamPubl.¹⁸

Umowa w prawie polskim jest dopiero wtedy zawarta, gdy obie strony złożyły własnoręczny podpis na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli, czyli na umowie w sprawie zamówienia publicznego zgodnie z art. 139 ust. 1 PrZamPubl w zw. z art. 78 § 1 KC. Równoważnym oświadczeniem woli jest wola złożona w postaci elektronicznej opatrzona bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu zgodnie z art. 78 § 2 KC. Jeżeli forma pisemna nie została zachowana przez strony, zgodnie z art. 139 ust. 2 PrZamPubl umowa ta jest nieważna.

W prawie niemieckim natomiast umowa zawierana jest w myśl § 18 ust. 1 VOB/A, § 18 ust. 1 VOL/A oraz § 21 ust. 1 VOL/A EG poprzez dokonanie przybicia na najbardziej gospodarczą ofertę.¹⁹ Zawarte w § 18 ust. 2 VOB/A oraz § 21 ust. 2 VOL/A EG określenie przybicia, które jest odpowiednio stosowane w ramach VOB/A, określa bowiem przybicie jako przyjęcie oferty w rozumieniu §§ 145 i n. BGB.²⁰ Z powodu tego, że w ramach umów

16 Komorowski [w:] *Zamówienia publiczne* pod redakcją M. Chmaja, s. 37

17 Tak też: Dzierżanowski [w:] Stachowiak/Jerzykowski/Dzierżanowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, art. 91 pkt 1; podobnie: Fehling [w:] Pünder/Schellenberg, *Vergaberecht Kommentar*, § 97 nb 176

18 Por. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, art. 94 pkt 3

19 Rechten [w:] Kulartz/Marx/Portz/Prieß, *Kommentar zur VOL/A*, § 18 nb 10

20 Ruhland [w:] Pünder/Schellenberg, *Vergaberecht Kommentar*, § 18 VOB/A nb 2; Rechten [w:] Kulartz/Marx/Portz/Prieß, *Kommentar zur VOL/A*, § 18 nb 10

publicznoprawnych oświadczenia woli następują w oparciu o przepisy BGB,²¹ również i w tego rodzaju umowach chwilą zawarcia umowy będzie moment dokonania przybicia.²² Umowa staje się przy tym ważna, gdy w myśl przepisów BGB o dojściu oświadczenia woli do adresata wykonawca został zawiadomiony o dokonanym przybiciu na jego ofertę.²³ Dla zamówień na usługi lub dostawy § 18 ust. 2 VOL/A i § 21 ust. 2 VOL/A EG przewidują, że przyjęcie oferty, czyli przybicie, przekazywane jest wykonawcy drogą pisemną, elektroniczną wraz z odpowiednią sygnaturą lub faksem, na którym musi jednak widnieć podpis osoby wysyłającej.²⁴ § 18 VOB/A zaś nie przewiduje sposobu zawiadomienia danego wykonawcy o przybiciu na jego ofertę. Co do zasady można zatem przyjąć, że przybicie staje się ważne, jeżeli wykonawca został poinformowany ustnie.²⁵

2.1. W Niemczech: Brak okresu „standstill“ w zakresie zamówień podprogowych

Zawarcie umowy w zakresie zamówień podprogowych w Polsce i Niemczech następuje ponadto w różnych terminach. W Polsce bowiem również w zakresie zamówień podprogowych przewidziany jest zgodnie z art. 94 ust. 1 pkt 2 PrZamPubl tzw. okres „standstill”, który w Niemczech zgodnie z § 101 lit. a ust. 1 GWB przewidziany jest tylko dla zamówień ponadprogowych. Okres ten określa minimalny czas, jaki może upłynąć między przekazaniem wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu informacji o podjętej decyzji w sprawie udzielenia zamówienia a zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego.²⁶ Celem tego okresu w obu krajach jest umożliwienie wszczęcia postępowania odwoławczego od decyzji zamawiającego tym wykonawcom, których oferta nie została wybrana.²⁷ W innym przypadku wykonawcy ci byłiby postawieni przed faktem dokonanym, czyli już zawartą umową, bez możliwości wniesienia odpowiednich środków prawnych. Sytuacja taka

21 Schliesky [w:] Knack/Henneke, *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar*, Köln 2009, vor § 54 nb 25

22 Tak też: Rechten [w:] Kulartz/Marx/Portz/Prieß, *Kommentar zur VOL/A*, § 18 nb 15

23 Por. postanowienie OLG Thüringen z dnia 28 czerwca 2000r. Sygn. akt: 6 Verg 2/00 (orzeczenie opublikowane w: *baurecht (BauR)* 2000, s. 1611

24 Vavra [w:] Ziekow/Völlink, *Vergaberecht Kommentar*, § 18 VOL/A nb 3

25 Mentzinis [w:] Pünder/Schellenberg, *Vergaberecht Kommentar*, § 18 VOB/A nb 6

26 Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze publiczne*, nb 1883; Glahs [w:] Reidt/Stickler/Glahs, *Vergaberecht Kommentar*, § 101a GWB nb 2

27 Mentzinis [w:] Pünder/Schellenberg, *Vergaberecht Kommentar*, § 101a GWB nb 2

występuje w prawie niemieckim w zakresie zamówień podprogowych gdzie brakuje okresu „standstill”.²⁸ Jest to jednocześnie powód, dla czego prawo niemieckie w zakresie zamówień podprogowych nie przewiduje środków odwoławczych od decyzji zamawiającego.²⁹ W Polsce natomiast, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwota progowa, zawarcie umowy powinno nastąpić zgodnie z art. 94 ust. 1 pkt 2 PrZamPubl w terminie nie krótszym niż 5 dni od dnia przesłania wykonawcom, którzy złożyli oferty, zawiadomienia o wyborze faksem lub drogą elektroniczną albo 10 dni, jeżeli zostało przesłane w inny sposób. Wprowadzony zaś w art. 94 ust. 1 pkt 1 PrZamPubl oraz § 101 lit. a ust. 1 GWB identyczny okres „standstill” w zakresie zamówień ponadprogowych wskazuje, że umowa powinna być zawarta w terminie nie krótszym niż 10 dni od dnia przesłania wykonawcom, którzy złożyli oferty, zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, jeżeli zawiadomienie zostało przesłane faksem albo drogą elektroniczną, albo 15 dni, jeżeli zostało przesłane w inny sposób.

Wyjątki od okresu „standstill” a w związku z tym umożliwienie bezpośredniego zawarcia umowy przewidziane są w art. 94 ust. 2 PrZamPubl oraz § 101 lit. a ust. 2 GWB. Wyjątki te są jednak zróżnicowane.. Przepis niemiecki jako jedyny wyjątek od ustalenia omawianego okresu uznaje sytuację, w której zachodzi pilna potrzeba przeprowadzenia trybu negocjacji bez ogłoszenia i które to są określone w art. 31 ust. 1 lit. c dyrektywy 2004/18/WE. Odstąpienie od okresu „standstill” nastąpi w Niemczech zatem tylko wtedy, gdy jest to „absolutnie konieczne ze względu na wystąpienie pilnej konieczności spowodowanej wydarzeniami, których instytucje zamawiający nie mógł przewidzieć”. PrZamPubl zawiera zaś kilka wyjątków. W przypadku trybu przetargu nieograniczonego odstępstwa są możliwe, jeżeli złożono tylko jedną ofertę (ust. 2 pkt 1a) i jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwota progowa oraz nie wykluczono żadnego wykonawcy (ust. 2 pkt 3a). Natomiast w przypadku trybu przetargu ograniczonego zachodzi taka możliwość, jeżeli złożono tylko jedną ofertę oraz w przypadku wykluczenia wykonawcy upłynął termin do wniesienia odwołania na tę czynność lub w następstwie jego wniesienia Krajowa Izba Odwoławcza ogłosiła wyrok lub postanowienie kończące postępowanie odwoławcze (ust. 2 pkt 1b) oraz jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwota progowa oraz upłynął termin do wniesienia odwołania na czynność wykluczenia wykonawcy lub w następstwie jego wniesienia Krajowa Izba Odwoławcza ogłosiła wyrok lub postanowienie kończące

28 Braun [w:] Ziekow/Völlink, *Vergaberecht Kommentar*, § 101a GWB nb 1

29 Patrz poniżej – pkt 3

postępowanie odwoławcze (ust. 2 pkt 3b). Okres „standstill” nie obowiązuje zgodnie z ust. 2 pkt 2 również, jeżeli umowa dotyczy zamówienia udzielanego w ramach dynamicznego systemu zakupów.

2.2. Termin na zawarcie umowy

Polskiemu i niemieckiemu prawu wspólne jest jednak, że zawarcie umowy musi nastąpić przed upływem terminu związania wykonawcy z ofertą w myśl art. 85 ust. 1 PrZamPubl oraz § 10 ust. 6 VOB/A i § 10 ust. 1 VOL/A. VOB/A w związku z tym mówi o terminie na przybicie (Zuschlagsfrist) podczas gdy w VOL/A mowa jest o terminie związania z ofertą (Bindefrist). Oba kraje posługują się jednak różnymi terminami. Jak wynika z art. 85 ust. 1 PrZamPubl przepis ten uzależnia długość terminu od wartości zamówienia a terminy zawierają się między 30 a 90 dniami. Inaczej natomiast przepisy niemieckie, które jako ogólną zasadę wynikającą bezpośrednio z treści § 10 ust. 6 VOB/A przyjęły, że termin związania z ofertą powinien być możliwie krótki jednakże nie dłuższy niż jest to potrzebne na zbadanie i ocenę oferty, który jednak co do zasady nie powinien przekraczać 30 dni.³⁰ Zasada ta odnosi się przy tym zarówno do zamówień podprogowych jak i ponadprogowych.³¹ Po upływie terminu związania z ofertą brak jest w sensie prawnym oferty, która mogłaby stanowić podstawę zawarcia umowy.³²

3. Środki ochrony prawnej w Polsce i Niemczech

Jak już w poprzednim rozdziale tylko na marginesie wspomniano prawu niemieckiemu nieznana jest ochrona prawna w zakresie zamówień podprogowych. W odróżnieniu od nieistniejącej w prawie niemieckim ochrony prawnej w zakresie zamówień podprogowych przewidziane w PrZamPubl środki, którymi są odwołanie unormowana w art. 180 i n. PrZamPubl oraz skarga do sądu unormowana w art. 198a i n. PrZamPubl odnoszą się zarówno do zamówień pod- jak i ponadprogowych.

Powyższe stwierdzenie odnoszące się do prawa niemieckiego wymaga jednak uściślenia. Teoretycznie bowiem istnieje możliwość weryfikacji decyzji zamawiającego w związku z

30 Por. Rechten [w:] Kulartz/Marx/Portz/Prieß, *Kommentar zur VOL/A*, § 10 nb 44

31 Franzius [w:] Pünder/Schellenberg, *Vergaberecht Kommentar*, § 10 VOB/A nb 16

32 Dzierżanowski [w:] Stachowiak/Jerzykowski/Dzierżanowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, art. 94 pkt 6; Rechten [w:] Kulartz/Marx/Portz/Prieß, *Kommentar zur VOL/A*, § 10 nb 36

udzieleniem przybicia w drodze złożenia tymczasowych środków ochrony prawnej na podstawie §§ 935 i n. niemieckiego Kodeksu Postępowania Cywilnego (Zivilprozessordnung z dnia 5 grudnia 2005 r. BGBl. I s. 3202, dalej ZPO), jeżeli umowa ma charakter cywilnoprawny względnie na podstawie § 123 niemieckiego Kodeksu Sądownictwa Administracyjnego (Verwaltungsgerichtsordnung z dnia 19 marca 1991 r. BGBl. I s. 686, dalej VwGO), jeżeli umowa ma charakter publicznoprawny.³³ Warunkiem jest jednak, że składający odpowiednie wnioski wykonawca musiałby przedstawić sądowi w sposób wiarygodny, iż sam dochował ustawowych obowiązków związanych z składaniem ofert oraz że jego oferta miałaby szansę otrzymania przybicia.³⁴ Skutkiem wniesionego z sukcesem tymczasowego środka ochrony prawnej w myśl przywołanych przepisów byłby zakaz udzielenia przybicia aż do momentu rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy podczas głównej rozprawy sądowej. Praktycznie jednak możliwość taka nie istnieje. Jak wskazano w powyższym rozdziale prawo niemieckie w zakresie zamówień podprogowych nie zna okresu „standstill”. Ubiegający się o zamówienie wykonawcy nie otrzymują więc informacji, kiedy dochodzi do przybicia i w związku z tym do zawarcia umowy. Wykonawcy są zatem pozbawieni możliwości złożenia omawianych środków prawnych przed dokonaniem przez zamawiającego przybicia.³⁵ Po udzieleniu przybicia odpada jednak wymagana dla tymczasowych środków ochrony prawnej potrzeba ochrony prawnej, a zatem owe środki stają się niewłaściwe do weryfikacji decyzji zamawiającego.³⁶ Innych środków prawnych do uchylecia już zawartej umowy i doprowadzenia do ponownej decyzji zamawiającego nie da się wynieść z niemieckich przepisów.³⁷

Jest to zasadnicza różnica w stosunku do prawa polskiego, gdyż w Polsce już zawarta umowa nie stoi na przeszkodzie rozpatrzeniu środków ochrony prawnej.³⁸ Wykonawcom w Niemczech, których oferta nie została wybrana, pozostaje tylko możliwość wniesienia pozwu o odszkodowanie na podstawie §§ 280 ust. 1, 311 ust. 2, 241 ust. 2 BGB albo pozwu względnie skargi o ustalenie pokrzywdzenia ich praw w myśl § 256 ZPO lub § 43 VwGO, jeżeli zachodzi obawa, że sytuacja domniemanego niezgodnego z prawem wyboru oferty się jeszcze raz powtórzy.³⁹

33 Por. Dittmann [w:] Ziekow/Völlink, *Vergaberecht Kommentar*, vor § 102 GWB nb 16

34 Orzeczenie LG Potsdam z dnia 20 listopada 2009 r., sygn. akt: 4 O 371/09 (orzeczenie opublikowane w: *baurecht (BauR)* 2010, s. 960

35 Tak też: Knöbl, *Rechtsschutz bei der Vergabe von Aufträgen unterhalb der Schwellenwerte*, s. 221

36 Dittmann [w:] Ziekow/Völlink, *Vergaberecht Kommentar*, vor § 102 GWB nb 16

37 Knöbl, *Rechtsschutz bei der Vergabe (...)*, s. 221

38 Janda [w:] Babiarz/Czarnik/Janda/Petczyński, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, art. 182 nb 2

39 Dittmann [w:] Ziekow/Völlink, *Vergaberecht Kommentar*, vor § 102 GWB nb 17

Jednakże również i prawo polskie nie daje zamawiającemu w zakresie zamówień podprogowych nieograniczonych możliwości odwołania się od decyzji zamawiającego. Jak wynika bowiem z art. 180 ust. 2 PrZamPubl w związku z odwołaniem, jako pierwszoinstancyjnej możliwości odwołania, odwołanie przysługuje w przypadku przetargowych trybów zamówień o wartości podprogowej wyłącznie wobec czynności opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu (ust. 2 pkt 2), wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia (ust. 2 pkt 3) oraz odrzucenia oferty odwołującego (ust. 2 pkt 4).

Przewidziane w prawie niemieckim środki ochrony prawnej dla zamówień ponadprogowych, którymi są postępowanie sprawdzające (Nachprüfungsverfahren) unormowane w §§ 102 i n. GWB oraz skarga natychmiastowa unormowana w § 116 GWB odpowiadają wskazanym już polskiemu odwołaniu oraz skardze do sądu. W związku z nimi nie zachodzą istotne różnice między Polską a Niemcami.

3.1. Odwołanie/postępowanie sprawdzające

Odwołanie wnosi się zgodnie z art. 180 ust. 4 PrZamPubl do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Odpowiednio postępuje się w Niemczech, gdzie w myśl § 108 ust. 1 GWB wniosek o przeprowadzenie postępowania sprawdzającego składa się w zależności od zamawiającego w krajowej lub federalnej Izbie Zamówień Publicznych (Vergabekammern). Zgodnie z art. 179 ust. 1 PrZamPubl oraz § 107 ust. 2 GWB środki ochrony prawnej mogą wnieść tylko wykonawcy, w Niemczech w związku z tym mowa jest o przedsiębiorstwach, mających interes w uzyskaniu zamówienia. Niemiecka i polska doktryna jednak nieco inaczej rozpatrują kwestię, komu prawo do składania środków ochrony prawnej ma przysługiwać. Status wykonawcy w Polsce jest bowiem uzależniony od etapu postępowania o udzielenie zamówienia oraz rodzaju trybu. Przyjmuje się, że prawo do złożenia środków ochrony prawnej w przetargu nieograniczonym powinno się dać wykonawcom, którzy ubiegają się o zamówienia, zaś w przetargu ograniczonym tylko tym, którzy na zaproszenie złożyli oferty.⁴⁰ Doktryna niemiecka przyjmuje natomiast, że prawo to powinno nie tylko przysługiwać podmiotom składającym ofertę, lecz także tym, którym w niestosowny i nie do pogodzenia z zasadami prawa zamówień publicznych sposób z góry uniemożliwiono złożenie oferty.⁴¹

40 Por. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, art. 179 pkt 3

41 Por. Nowak [w:] Pünder/Schellenberg, *Vergaberecht Kommentar*, § 107 GWB nb 33

Skorzystanie ze środka ochrony prawnej zarówno w Polsce jak i Niemczech jest możliwe tylko, jeżeli łącznie zachodzą trzy okoliczności zawarte w art. 179 ust. 1 PrZamPubl oraz § 107 ust. 2 GWB.⁴² Warunek „naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy” nie stwarza większych problemów w rozumieniu. Najistotniejszy problem wiąże się z rozumieniem „interesu w uzyskaniu zamówienia”. Polski ustawodawca w drodze nowelizacji Ustawy-PrZamPubl z dnia 2 grudnia 2009 r. zrezygnował z dodatku „prawny”.⁴³ Od tej pory przesłanka ta dosłownie odpowiada prawu niemieckiemu. Rozumienie różni się jednak trochę. Jako „interes” powinno się w prawie polskim rozumieć każdy interes, zarówno prawny jak i faktyczny, który daje podstawy do zaskarżania czynności zamawiającego.⁴⁴ W Niemczech natomiast przez pojęcie „interesu” rozumie się jedynie interes gospodarczy, bowiem tylko takie rozumienie da się pogodzić z rozumieniem trzeciej przesłanki, czyli „szkody”.⁴⁵ Zatem szkodę należy rozumieć jako stratę o charakterze ekonomicznym spowodowaną naruszeniem przez zamawiającego przepisów Ustawy – PrZamPubl względnie niemieckich przepisów prawa zamówień publicznych.⁴⁶ W tym miejscu trzeba jednak zauważyć, że w odróżnieniu od prawa polskiego zgodnie z § 114 ust. 2 GWB wniesienie środków ochrony prawnej po udzieleniu przyzicia nie prowadzi do uchylecia zawartej umowy. Oznacza to, iż w Niemczech o postępowanie sprawdzające można wnieść jedynie w okresie „standstill”.⁴⁷ Natomiast w Polsce terminy do wniesienia odwołania wynikają z art. 182 PrZamPubl i oznaczają maksymalny czas, w jakim wykonawca musi wnieść odwołanie do Prezesa KIO.⁴⁸

Skutek wniesienia odwołania w okresie „standstill” względnie wniosku o przeprowadzenie postępowania sprawdzającego w obu krajach jest ten sam. Zgodnie z art. 183 ust. 1 PrZamPubl oraz § 115 ust. 1 GWB zamawiający nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez daną Izbę orzeczenia. Trzeba tutaj zauważyć istotną różnicę między prawem polskim a niemieckim. Podczas gdy w Polsce orzeczenie następuje w drodze wyroku lub postanowienia § 115 ust. 3 GWB ustala, że orzeczenie ogłoszone jest przez akt administracyjny. Art. 183 ust. 2 PrZamPubl umożliwia przy tym wyjątkowo zawarcie umowy

42 Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, art. 179 pkt 4; Reidt [w:] Reidt/Stickler/Glahs, *Vergaberecht Kommentar*, § 107 nb 14

43 Por. Janda [w:] Babiarz/Czarnik/Janda/Petczyński, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, art. 179 nb 2

44 Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, art. 179 pkt 7

45 Reidt [w:] Reidt/Stickler/Glahs, *Vergaberecht Kommentar*, § 107 nb 22

46 Janda [w:] Babiarz/Czarnik/Janda/Petczyński, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, art. 179 nb 5; Nowak [w:] Pünder/Schellenberg, *Vergaberecht Kommentar*, § 107 GWB nb 41

47 Tak też: Nowak [w:] Pünder/Schellenberg, *Vergaberecht Kommentar*, § 114 GWB nb 25

48 Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, art. 182 pkt 6

nawet w trakcie postępowania odwoławczego, jeżeli zachodzą wskazane w tym przepisie przesłanki. Natomiast zakaz zawierania umowy w Niemczech przestaje obowiązywać w chwili upływu terminu na złożenie natychmiastowej skargi, czyli zgodnie z § 117 ust. 1 GWB po upływie dwóch tygodni. Pod koniec postępowania odwoławczego dane Izby orzekają w oparciu o art. 192 PrZamPubl i § 114 ust. 1 GWB co do istoty sprawy. Zawarte w art. 192 ust. 3 pkt 1 PrZamPubl sankcje wykonania lub powtórzenia czynności zamawiającego lub unieważnienia czynności zamawiającego zgodnie z orzeczeniem Izby odpowiadają sankcjom przyjętym przez niemiecką doktrynę i orzecznictwo.⁴⁹

W odróżnieniu od prawa niemieckiego, bowiem jak już wskazano jest to prawnie niemożliwe, art. 192 ust. 3 pkt 2 – 5 PrZamPubl zawiera sankcje, jakie Izba może orzec, jeżeli umowa została już zawarta i które zgodnie z pkt 2 lit. a przywołanego przepisu umożliwiają nawet unieważnienie już zawartej umowy.

3.2. Skarga do sądu

W Polsce skargę do sądu składa się zgodnie z art. 198b ust. 2 PrZamPubl za pośrednictwem Prezesa KIO, podczas gdy w Niemczech w myśl § 116 ust. 1 GWB natychmiastowa skarga wdrażana jest wskutek wniosku jednego z uczestników postępowania sprawdzającego bez pośrednictwa Izby.⁵⁰ Kolejna różnica zachodzi co do właściwości sądu. Zgodnie z art. 198b ust. 1 PrZamPubl skarga wnoszona jest do sądu okręgowego właściwego dla siedziby albo miejsca zamieszkania zamawiającego. Natomiast w Niemczech zgodnie z § 116 ust. 3 GWB skarga wnoszona jest do wyższego sądu krajowego (Oberlandesgericht) właściwego dla siedziby Izby Zamówień Publicznych. W obu krajach skarga ma charakter kontroli instancyjnej wnoszona tylko na orzeczenie KIO względnie Izby Zamówień Publicznych.⁵¹

W przypadku uwzględnienia skargi dany sąd zmienia zgodnie z art. 198 lit. f ust. 2 PrZamPubl oraz § 123 GWB zaskarżone orzeczenie i orzeka wyrokiem co do istoty sprawy z tym, że sąd niemiecki ma możliwość przekazania sprawy z powrotem do Izby nakazując jej, by ponownie orzekła sprawę uwzględniając pogląd sądu.

49 Por. tylko: Brauer [w:] Ziekow/Völlink, *Vergaberecht Kommentar*, § 114 GWB nb 13 i n.

50 Dieck-Bogatzke [w:] Pünder/Schellenberg, *Vergaberecht Kommentar*, § 116 nb 4

51 Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, art. 179 pkt 1; Stickler [w:] Reidt/Stickler/Glahs, *Vergaberecht Kommentar*, § 116 nb 3

Co do zasady wyrok sądu okręgowego względnie wyższego sądu krajowego jest ostateczny, co w prawie polskim wynika bezpośrednio z art. 198 lit. g ust. 1 PrZamPubl.⁵² Wyjątek od tej zasady stanowi w Polsce art. 198 lit. g ust. 2 PrZamPubl, który otwiera wyłącznie zamawiającemu możliwość wniesienia skargi kasacyjnej w oparciu o przepisy KPC. W Niemczech natomiast, jedynie sąd ma możliwość do przedłożenia sprawy sądowi wyższej instancji. Zgodnie z § 124 ust. 2 GWB jest to jednak możliwe tylko wtedy, gdy OLG chce odstąpić od przyjętego orzecznictwa Niemieckiego Sądu Najwyższego BGH (tzw. Divergenzfall). OLG przekazuje BGH w takiej sytuacji sprawę do rozstrzygnięcia, a BGH może odnieść się tylko do przedmiotowej kwestii i przekazać sprawę z powrotem do OLG lub orzec całkowicie w miejsce OLG.

Podsumowanie

Niemiecka doktryna uznaje swoje prawo zamówień publicznych w obecnym kształcie za prawo nieprzejrzyste i niezrozumiałe, a zatem niezgodne z zasadą demokratyczną i państwa prawa.⁵³ Wręcz nie do przyjęcia jest sytuacja, że w tym zakresie, gdzie najczęściej zamówień jest ogłaszanych, czyli w zakresie zamówień podprogowych, nie ma jakiegokolwiek ochrony prawnej. Zważając na fakt, że czasami stosunkowo niskie kwoty decydują o tym, czy zamówienie jest uznawane za ponad- lub podprogowe, wykonawcy, którzy nie osiągną progu kwotowego są niewspółmiernie krzywdzeni wobec tych wykonawców, którzy ten próg osiągnęli. Między innymi z tego powodu Republika Federalna Niemiec już nie raz była pozwana do ETSu.⁵⁴ Aczkolwiek i polskie prawo zamówień publicznych jest w kilku miejscach godne ulepszenia da się jednak stwierdzić, że przewidując ochronę prawną również w zakresie zamówień podprogowych, gwarantowana jest przede wszystkim większa kontrola przestrzegania zasad prawa zamówień publicznych oraz jego dalszych przepisów.

52 W związku z prawem niemieckim: Dieck-Bogatzke [w:] Pünder/Schellenberg, *Vergaberecht Kommentar*, § 116 nb 4

53 Por. Fehling [w:] Pünder/Schellenberg, *Vergaberecht Kommentar*, § 97 nb 199

54 Patrz np.: wyrok ETS z dnia 20 marca.1997r. sygn. akt: C-96/95 Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Federalnej Niemiec (wyrok opublikowany w: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 1998, s. 48)