

ROLA BIEGŁEGO W POSTĘPOWANIU O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO

autor: dr Mariusz Filipek Katedra Postępowania Administracyjnego Uniwersytet Marii Curie Skłodowskiej w Lubinie

W trakcie przygotowania i prowadzenia postępowania o zamówienie publiczne może zaistnieć potrzeba posłużenia się wiadomościami specjalnymi, a więc takimi, które wykraczają poza zakres ogólnej wiedzy przeciętnego członka komisji¹. W tej sytuacji, na każdym etapie prac komisji, kierownik zamawiającego z własnej inicjatywy lub z inicjatywy komisji przetargowej może powołać biegłych. Biegłym w rozumieniu ustawy jest każda osoba posiadająca wiadomości specjalne, niezbędne z punktu widzenia prawidłowości przygotowania i prowadzenia danego postępowania, która zostanie wyznaczona do pełnienia tej funkcji przez kierownika zamawiającego. Biegłym może być zarówno pracownik zamawiającego, jak i inna osoba, która wyrazi zgodę na uczestniczenie w pracach. Biegły może być powołany w skład komisji przetargowej, może również służyć swoimi wiadomościami bez włączania go w skład komisji². Biegli mogą być powołani tylko wówczas, gdy posiadane przez nich wiadomości specjalne są wymagane w celu dokonania określonych czynności związanych z przygotowaniem i przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia. Wiadomości specjalne to wiadomości niezbędne do przygotowania lub przeprowadzenia postępowania, których nie posiadają członkowie komisji. Zamawiający może powołać dowolną liczbę biegłych do udziału w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Powołując biegłego należy brać pod uwagę ograniczenia wynikające z art. 17 ustawy Prawo zamówień publicznych³. Biegłym zatem nie powinna zostać osoba, która współpracuje lub

1 Orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej z dnia 14 kwietnia 2011 r. BDF1/4900/15/17-18/RN-6/11/840 cyt. „, Postępowanie o udzielenie zamówienia rozpoczyna się w momencie uzewnętrznienia woli zamawiającego co do chęci nabycia dostawy, usługi albo roboty budowlanej. Od tego momentu mamy do czynienia z czynnościami w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Obowiązek złożenia oświadczenia o braku lub istnieniu okoliczności stanowiących podstawę wyłączenia, o którym mowa w art. 17 p.z.p., nie dotyczy osób podpisujących umowę w sprawie zamówienia publicznego”.

2 Małgorzata Stachowiak, Komentarz do art. 21 ustawy - Prawo zamówień publicznych, Lex 2014 wyd. 6.

3 Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 grudnia 2016 r. KIO 2066/16 cyt. „Przepis art. 17 p.z.p. odnosi się do osób wykonujących czynności w postępowaniu, co oznacza, że ma on zastosowanie od wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, czyli nie obejmuje czynności poprzedzających, w tym przypadku, dokonywanych przed ogłoszeniem postępowania. Jednakże nie jest wyłączony obowiązek stosowania przez Zamawiającego art. 7 ust. 2 p.z.p. na etapie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia, ponieważ nie sposób wykluczyć sytuacji, w której na etapie przygotowywania postępowania ujawnią się okoliczności, które będą uzasadniać niepowierzenie czynności związanych z przygotowaniem postępowania określonej osobie. To po stronie Zamawiającego istnieje obowiązek zapewnienia, aby osoby wykonujące czynności w postępowaniu o udzielenie

jest zatrudniona na umowę o pracę z wykonawcami, którzy potencjalnie mogą ubiegać się o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Zamawiający nie powinien doprowadzać bowiem do sytuacji w której biegłym zostaje osoba, związana umową o pracę z wykonawcą składającym ofertę. Możliwe jest wówczas postawienie przez innych uczestników przetargu zarzutu naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, ale biegłym może być pracownik zamawiającego, który nie został powołany do składu komisji przetargowej.

Bez względu na fakt czy biegły jest lub nie pracownikiem zamawiającego, bezwzględnie zobowiązany jest do złożenia oświadczenia o braku lub istnieniu okoliczności wskazanych w art. 17 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. Trzeba jednak pamiętać, iż ustawa Prawo zamówień publicznych nie zawiera wymogów formalnych dotyczących biegłych. Do biegłego stosuje się przepis art. 17 Prawa zamówień publicznych i jest to jedyna reguła ograniczająca w sposób formalny zamawiającego w wyborze biegłego⁴. Przepis art. 21 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, na podstawie którego zamawiający powołuje biegłego, określa wyłącznie wymóg posiadania wiadomości specjalnych. W dyskrejonalnej woli zamawiającego pozostaje zatem ocena merytoryki biegłego, jego przygotowania zawodowego, kwalifikacji⁵.

Prawo zamówień publicznych umożliwia również powołanie biegłego w postępowaniu odwoławczym. Zgodnie bowiem z art. 190 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, opinia biegłego to rodzaj dowodu w postępowaniu odwoławczym. Biegły powoływany jest spośród osób wpisanych na listę biegłych sądowych prowadzoną przez prezesa właściwego sądu okręgowego, jeżeli ustalenie stanu faktycznego sprawy wymaga wiadomości specjalnych. Dopuszczając dowód

zamówienia złożyły oświadczenia o braku lub istnieniu okoliczności stanowiących podstawę wyłączenia z postępowania. Podkreślenia wymaga, że gdy osoba zobowiązana do złożenia takiego oświadczenia nie wykonuje ciężącego na niej obowiązku, to kierownik Zamawiającego zobowiązany jest do odsunięcia tej osoby od wykonywania czynności w postępowaniu na podstawie art. 7 ust. 2 p.z.p., co nie oznacza wyłączenia tej osoby z postępowania na podstawie przesłanek z art. 17 ust. 1 p.z.p., jednakże gwarantuje wypełnienie ciężących na Zamawiającym obowiązków. Unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p. jest obligatoryjne, tym samym jest obowiązkiem Zamawiającego, którego to obowiązku nie niweczy np. niedochowanie w czasie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ciężących na Zamawiającym obowiązków - np.: obowiązku odebrania oświadczeń na Drukach - ZP1”.

4 Orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej z dnia 14 października 2010 r. BDF1/4900/74/81-84/10/2159 cyt. „, Przepis art. 17 p.z.p. nie przewiduje żadnych wyjątków i ma zapewnić bezstronność osób uczestniczących w postępowaniu w imieniu zamawiającego. Jest on więc jednym ze środków prawnych gwarantujących zachowanie zasady uczciwej konkurencji, przewidzianej w art. 7 ust. 1 p.z.p. Zapewnia bowiem obligatoryjne wyłączenie z postępowania osób, których bezstronność mogłaby budzić wątpliwość”.

5 Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 lipca 2015 r. KIO 1526/15 cyt. „, Biegłym w rozumieniu przepisów p.z.p. jest każda osoba posiadająca wiadomości specjalne, niezbędne z punktu widzenia prawidłowości przygotowania i prowadzenia danego postępowania, która zostanie wyznaczona do pełnienia tej funkcji przez kierownika zamawiającego. Biegłym może być zarówno pracownik zamawiającego, jak i inna osoba, która wyrazi zgodę na uczestniczenie w pracach w postępowaniu. Biegły może być powołany w skład komisji przetargowej, może również służyć swoimi wiadomościami bez włączania go w skład komisji”.

z opinii biegłego, skład orzekający powołuje biegłego i określa przedmiot opinii oraz odracza rozprawę do czasu sporządzenia opinii⁶. Prezes Krajowej Izby Odwoławczej w drodze zarządzenia określa termin sporządzenia opinii oraz wykonuje czynności organizacyjne wynikające z powołania biegłego. Prezes Krajowej Izby Odwoławczej, przed wyznaczeniem terminu odroczonej rozprawy, przesyła stronom oraz uczestnikom postępowania odwoławczego potwierdzoną za zgodność z oryginałem kopię opinii biegłego⁷. Celem powołania dowodu z opinii biegłego nie jest ustalenie faktów istotnych dla rozstrzygnięcia, lecz udzielenie Krajowej Izbie Odwoławczej wiadomości specjalnych w takich kwestiach, których wyjaśnienie przekracza zakres wiedzy wynikający z doświadczenia życiowego osób posiadających wykształcenie ogólne⁸. Zadaniem biegłego zasadniczo jest więc dokonanie oceny przedstawionego materiału z punktu widzenia posiadanej wiedzy technicznej danej specjalności i przedstawienie sądowi danych i wniosków umożliwiających poczynienie właściwych ustaleń faktycznych i właściwą ocenę prawną znaczenia okoliczności wskazanych w podstawie faktycznej. Opinią biegłego jest osąd o okolicznościach faktycznych, stanach lub zdarzeniach, dla których poznania i wyjaśnienia wymagany jest określony zasób wiadomości specjalnych z różnych dziedzin nauki, techniki, sztuki, rzemiosła czy obrotu gospodarczego oraz doświadczenia zawodowego, sformułowany i wyrażony w toku postępowania przez osobę wyznaczoną w tym celu przez sąd. Zadaniem biegłego zasadniczo nie jest poszukiwanie dowodów i okoliczności mających uzasadniać argumentację stron procesu, lecz dokonanie oceny przedstawionego materiału z perspektywy posiadanej wiedzy naukowej, technicznej lub branżowej i przedstawienie sądowi wniosków umożliwiających poczynienie właściwych ustaleń faktycznych i właściwą ocenę prawną znaczenia zdarzeń, z których strony wywodzą swoje racje.

Specyfika postępowania odwoławczego każdorazowo wymaga ustalenia, czy na podstawie innych dowodów istnieje realna możliwość wydania orzeczenia co do poszczególnych zarzutów. Dowód z opinii biegłego - jego powoływanie jest celowe, jeśli po pierwsze - konieczne są

6 Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 kwietnia 2009 r. KIO/UZP 434/09 cyt. „Izba ma prawo przeprowadzić dowód z opinii biegłego, ale wyłącznie wskazanego spośród osób, wpisanych na listę biegłych sądowych ustanowionych przy sądach okręgowych”.

7 § 25 rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań, t. j. Dz. U. z 2014 r., poz. 964.

8 Wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 4 lipca 2018 r. I ACa 638/17 cyt. „Opinia biegłego jest szczególnym dowodem. Stanowi ona przedstawienie wiadomości i informacji w odniesieniu do spornych pomiędzy stronami istotnych okoliczności faktycznych - sporne fakty są przez biegłego "przetwarzane" przy wykorzystaniu przez niego wiadomości specjalnych i następnie podane sądowi w celu umożliwienia mu wypracowania własnej oceny stanu faktycznego, z uwzględnieniem wiadomości przekazanych przez "pomocnika sądu". Biegły w żaden sposób nie jest przy tym uprawniony do dokonywania własnych ustaleń faktycznych w ramach przedmiotowej podstawy powództwa, w drodze "pozasądowego" przeprowadzenia dowodów, bowiem prowadzenie postępowania dowodowego zastrzeżone jest wyłącznie do kompetencji sądu (vide: art. 235 k.p.c.). Zakres czynności, dotyczących kontaktu biegłego z materiałem procesowym wyczerpuje treść art. 284 k.p.c., zgodnie z którym Sąd może zarządzić okazanie biegłemu akt sprawy i przedmiotu oględzin oraz zarządzić, aby brał udział w postępowaniu dowodowym”.

wiadomości specjalne, po drugie - brak jest innych dowodów pozwalających na ustalenie istotnych faktów dla rozstrzygnięcia sprawy. Nie może stanowić przedmiotu opinii biegłego cały zakres rozpoznania w sprawie, a ewentualnie konkretne kwestie szczegółowe dotyczące ustalenia elementów stanu faktycznego, które wymagają wiadomości specjalnych. Wymaga dodania też, iż opinia prywatna nie jest opinią w rozumieniu art. 190 ust. 3 i 4 p.z.p., ponieważ nie spełnia podstawowych wymagań prawnych odnoszonych do opinii biegłych. Co do zasady, prywatna opinia "biegłego" lub instytutu naukowego nie stanowi dowodu wiadomości specjalnych⁹. Charakter opinii prywatnej ma nawet ekspertyza osoby, która jest biegłym sądowym, jeżeli sporządzona została na polecenie strony. Przedłożona do akt przez stronę opinia prywatna może mieć dwojaki charakter. W pierwszym przypadku stanowi stanowisko strony, w drugim – dowód z dokumentu prywatnego¹⁰. W konsekwencji nigdy ekspertyza prywatna nie może być podstawą wniosków organu orzekającego pozostających w opozycji do stanowiska strony przeciwnej.

9 Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 czerwca 2012 r. KIO 1118/12 cyt. „Dowód z opinii biegłego, zgodnie z treścią art. 190 ust. 4 p.z.p., następuje po powołaniu biegłego przez Krajową Izbę Odwoławczą. Prywatne opinie i ekspertyzy, sporządzone nawet przez osoby i instytucje posiadające wiedzę specjalistyczną, nie stanowią dowodów sensu stricto. Dowód przeprowadza się za pomocą środka dowodowego, który świadczy o pewnych faktach mających istotne znaczenia dla rozstrzygnięcia, zaś wszelkiego rodzaju opinie i ekspertyzy nie dowodzą istnienia określonych faktów, lecz stanowią one jedynie prywatne opinie osób je wypowiadających”.

10 Wyrok Zespołu Arbitrów przy Urzędzie Zamówień Publicznych z dnia 9 marca 2007 r. UZP/ZO/0-215/07 cyt. „Jeżeli w sprawie wymagane są "wiadomości specjalistyczne", to strona może wnioskować o powołanie biegłego. Jeśli Odwołujący nie wnosi jednak o przeprowadzenie takiego dowodu, to w sytuacji, gdy Zamawiający konsekwentnie tym zarzutem przeczy, musi to skutkować uznaniem przez Zespół Arbitrów, że zarzuty te nie zostały udowodnione”.