

Warszawa, dnia 22 maja 2015r.

## OPINIA PRAWNA

**dotycząca ustawy PrZamPubl w zakresie przepisu art. 6 ust. 1 pkt 3) lit. e)  
wyłączającego stosowanie przepisów ustawy do zamówień publicznych, których  
przedmiotem są usługi prawnicze**

### I. PRZEDMIOT OPINII

Przedmiotem niniejszej opinii jest ocena projektowanych zmian ustawy PrZamPubl w zakresie proponowanego wprowadzenia przepisu art. 6 ust. 1 pkt 3) lit. e) wyłączającego stosowanie przepisów ustawy do zamówień publicznych, których przedmiotem są usługi prawnicze oraz ocena skutków, jakie mogą wystąpić na skutek wprowadzenia omawianych zmian.

### II. ŹRÓDŁA

Opinię opracowano w oparciu o:

- 1) Ustawę z dnia 29 stycznia 2004r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013r., poz. 907 z późn. zm.), zwana dalej „PrZamPubl”,
- 2) Projekt ustawy z dnia 17 kwietnia 2015r. – Prawo zamówień publicznych, zwany dalej „projekt ustawy PrZamPubl”,
- 3) Uzasadnienie projektu ustawy z dnia 17 kwietnia 2015r., zwane dalej „uzasadnieniem”,
- 4) Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z dn. 28.3.2014, str. 65), zwana dalej „dyrektywą klasyczną”,
- 5) Kodeks Etyki Radcy Prawnego obowiązujący do dnia 30 czerwca 2015r.,
- 6) ustawa z dnia 5 lipca 2002r. o świadczeniu przez prawników zagranicznych pomocy prawnej w Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. z 2014r., poz. 134),
- 7) ustawa z dnia 6 lipca 1982r. o radcach prawnych (Dz. U. z 2015r., poz. 507).

### III. STAN PRAWNY

Ze względu na przyjęcie nowych dyrektyw Parlamentu Europejskiego i Rady, w tym dyrektywy 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014, str. 65), zwana dalej „dyrektywa klasyczna 2014/24/UE” oraz dyrektywy 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającej dyrektywę 2004/17/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014, str. 243), zwana dalej „dyrektywa sektorowa 2014/25/UE”, koniecznym stało się implementowanie postanowień nowych aktów prawnych na gruncie prawa polskiego.

Dotychczas system zamówień publicznych w Polsce kompleksowo regulowała ustawa z dnia 29 stycznia 2004r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013r., poz. 907 z późn. zm.). Ponieważ jednak skala zmian systemu wprowadzona nowymi dyrektywami jest nazbyt duża, konieczne jest przygotowanie projektu nowej ustawy regulującej procedurę udzielania zamówień publicznych.

Przygotowany przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych projekt ustawy przewiduje szereg zmian, w tym również wyłączenie reżimu udzielania zamówień publicznych według przewidzianych w ustawie procedur wobec zamówień, których przedmiotem są usługi prawnicze.

Proponowany przepis w tym zakresie brzmi następująco:

Art. 6 ust. 1 pkt 3 lit. e) projektu ustawy PrZamPubl

*„Art. 6. 1. Przepisów ustawy nie stosuje się do:*

*(...)*

*3) zamówień publicznych, których przedmiotem są:*

*(...)*

*e) usługi prawnicze:*

*- zastępstwa procesowego wykonywanego przez adwokata, radcę prawnego lub prawnika, w rozumieniu ustawy z dnia 5 lipca 2002r. o świadczeniu przez prawników zagranicznych pomocy prawnej w Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. z 2014r., poz. 134), w postępowaniu*

*arbitrażowym i pojednawczym, lub przed sądami, trybunałami lub innymi organami publicznymi państwa członkowskiego Unii Europejskiej, państw trzecich lub przed międzynarodowymi sądami, trybunałami, instancjami arbitrażowymi lub pojednawczymi,*

*- doradztwa prawnego wykonywanego przez adwokata, radcę prawnego lub prawnika, w rozumieniu ustawy z dnia 5 lipca 2002r. o świadczeniu przez prawników zagranicznych pomocy prawnej w Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. z 2014r., poz. 134), w zakresie przygotowania postępowań, o których mowa w tiret pierwszym, lub gdy zachodzi prawdopodobieństwo, że sprawa, której dotyczy to doradztwo, stanie się przedmiotem tych postępowań,*

*- notarialnego poświadczania i uwierzytelniania dokumentów,*

*- świadczone przez pełnomocników lub inne usługi prawnicze, których wykonawcy są wyznaczani przez sąd lub trybunał danego państwa członkowskiego Unii Europejskiej, lub wyznaczani z mocy prawa w celu wykonania konkretnych zadań pod nadzorem takich trybunałów lub sądów,*

*- związane, nawet sporadycznie, z wykonywaniem władzy publicznej”.*

Należy w tym miejscu, poddać ocenie proponowane rozwiązanie pod kątem prawidłowości z przepisami nowej dyrektywy klasycznej oraz zastanowić się, jakie skutki za sobą może pociągać projektowana nowelizacja.

### **Dotychczasowy stan prawny i obecna praktyka**

Usługi prawnicze również na gruncie obecnie obowiązujących przepisów podlegają specyficznemu reżimowi ustawy. Zgodnie z Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 stycznia 2010r. w sprawie wykazu usług o charakterze priorytetowym i niepriorytetowym (Dz. U. Nr 12, poz. 68) wydanym na podstawie upoważnienia wynikającego z art. 2a ustawy PrZamPubl, usługi prawnicze zostały zaliczone w poczet usług o charakterze niepriorytetowym. Analogicznie zostały zakwalifikowane usługi prawnicze w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 3 grudnia 2012r. w sprawie wykazu usług w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa o charakterze priorytetowym i niepriorytetowym. Przy czym oba akty prawne, określają charakter usług prawniczych poprzez odwołanie się do kodów CPV: od 79100000-5 do 79140000-7.

Mając na uwadze treść Rozporządzenia Komisji WE nr 213/2008 z dnia 28 listopada 2007 r. zmieniającego rozporządzenie (WE) nr 2195/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie Wspólnego Słownika Zamówień (CPV) oraz dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady dotyczące procedur udzielania zamówień publicznych w zakresie zmiany CPV, należy uznać, że w świetle obowiązujących przepisów do usług prawniczych zaliczanych do usług o charakterze niepriorytetowym należą:

*79100000-5 Usługi prawnicze*

*79110000-8 Usługi w zakresie doradztwa prawnego i reprezentacji prawnej*

*79111000-5 Usługi w zakresie doradztwa prawnego*

*79112000-2 Usługi reprezentacji prawnej*

*79112100-3 Usługi reprezentacji akcjonariuszy*

*79120000-1 Usługi doradztwa w zakresie patentów i praw autorskich*

*79121000-8 Usługi doradztwa w zakresie praw autorskich*

*79121100-9 Usługi doradztwa w zakresie praw autorskich do oprogramowania*

*79130000-4 Usługi prawne w zakresie dokumentów oraz uwierzytelniania*

*79131000-1 Usługi w zakresie dokumentów*

*79132000-8 Usługi uwierzytelniania*

*79132100-9 Usługi uwierzytelniania podpisu elektronicznego*

*79140000-7 Doradztwo prawne i usługi informacyjne*

Ze względu na specyficzny charakter usług niepriorytetowych, ustawodawca przewidział pewne odrębności w procedurze udzielania tego typu zamówień, czego dał wyraz w art. 5 oraz art. 5a PrZamPubl. Zgodnie z przywoływanym art. 5 ustawy, w przypadku zamówień na usług niepriorytetowe Zamawiający nie są zobowiązani do przestrzegania przepisów ustawy regulujących określanie terminów składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub terminów składania ofert, ani nie mają obowiązku żądania wadium dokumentów potwierdzających spełnianie

warunków udziału w postępowaniu. Ponadto, nie obowiązuje ich również zakaz ustalania kryteriów oceny ofert na podstawie właściwości wykonawcy oraz przesłanek wyboru trybu negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego oraz licytacji elektronicznej. W przypadku usług prawniczych, polegających na wykonywaniu zastępstwa procesowego przed sądami, trybunałami lub innymi organami orzekającymi lub doradztwie prawnym w zakresie zastępstwa procesowego, lub jeżeli wymaga tego ochrona ważnych praw lub interesów Skarbu Państwa, ustawodawca wyłączył stosowanie przepisów ustawy dotyczących przesłanek wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia oraz przesłanek wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki. Z kolei art. 5a ustawy PrZamPubl wprowadził możliwość udzielenia zamówienia publicznego na usługi niepriorytetowe o wartości poniżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 PrZamPubl, która w znaczny sposób redukuje przepisy ustawy, ograniczając obowiązki zamawiającego do minimum: zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu oraz do dokonania opisu przedmiotu zamówienia, ustalenia terminu składania ofert oraz przyjęcia kryteriów ich oceny.

Tym samym, już na gruncie obecnie obowiązujących przepisów, usługi prawnicze są traktowane wyjątkowo, zaś procedura udzielania zamówień na tego typu usługi jest okrojona. Powyższe związane jest niewątpliwie ze specyficznym charakterem usług prawniczych, które świadczone są głównie na podstawie umowy zlecenia, a nadrzędną ich zasadą jest wzajemne zaufanie kontrahentów. Stąd, za zasadne należy uznać m.in. wyłączenie zakazu stosowania kryteriów oceny ofert o charakterze podmiotowym, tj. odnoszących się do właściwości wykonawcy. W przypadku usług prawniczych, najczęstszym tego typu kryterium jest doświadczenie (zdobyte w danej specjalizacji prawnej), które ma gwarantować wybór wykonawcy świadczącego pomoc prawną o wysokiej jakości.

Obecne przepisy jednak nie chronią w zupełności przed wypaczeniem istoty i sensu świadczenia usług prawniczych. Uwzględniając nawet możliwość zastosowania kryteriów podmiotowych oceny ofert, nie należy zapominać, iż zgodnie z art. 91 ust. 2 PrZamPubl obligatoryjnym kryterium oceny ofert jest zawsze cena. Tym samym, przy wyborze wykonawcy, który ma świadczyć usługi prawnicze na rzecz zamawiającego, zawsze czynnikiem decydującym była cena zaproponowana w ofercie. Wskazane rozwiązanie prowadzi zatem do sytuacji, w których wybrany zostaje nie ten wykonawca, który gwarantuje wysoką jakość świadczonej usługi, lecz ten, który oferuje najniższą cenę za ich wykonanie. Zamawiający są zatem często zmuszeni do korzystania z usług prawniczych o niższej jakości, niż ta, która rzeczywiście jest dostępna na rynku. Biorąc natomiast pod uwagę rosnącą konkurencję na rynku usług prawniczych, a zwłaszcza znaczne zwiększenie liczebności kancelarii prawnych oraz czynnych zawodowo radców

prawnych i adwokatów, mechanizm udzielania zamówień na świadczenie pomocy prawnej dla zamawiających prowadzi do sytuacji, w której wykonawcy zaniżają ceny w swoich ofertach. Często zdarza się również, iż kancelarie prawne o ustalonej renomie, świadczące usługi prawnicze o wysokiej jakości rezygnują z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ze względu na zbyt niskie ceny. W ten sposób zamawiający zostają pozbawieni dostępu do pomocy prawnej ze strony adwokatów lub radców prawnych o dużym doświadczeniu i wiedzy. Biorąc pod uwagę, że zamawiający reprezentują interes publiczny, taką sytuację należy uznać za niekorzystną z punktu widzenia państwa.

### Projektowane zmiany a przepisy dyrektyw

Projektowany przepis art. 6 ust. 1 pkt 3 lit. e) nowej ustawy PrZamPubl przewiduje nie tylko ograniczenie procedury w stosunku do zamówień, których przedmiotem są usługi prawnicze, ale całkowite wyłączenie w stosunku do nich przepisów ustawy PrZamPubl.

Konstrukcja projektowanego przepisu odpowiada treści artykułu 10 lit. d) nowej dyrektywy klasycznej, zgodnie z którym:

*„Niniejsza dyrektywa nie ma zastosowania do zamówień publicznych na usługi w zakresie:*

*(...)*

*d) dowolnej z następujących usług prawnych:*

*(i) zastępstwa prawnego klienta, wykonywanego przez prawnika w rozumieniu art. 1 dyrektywy Rady 77/249/EWG w:*

*– postępowaniu arbitrażowym lub pojednawczym toczącym się w państwie członkowskim, państwie trzecim lub przed międzynarodową instancją arbitrażową lub pojednawczą;*

*lub*

*– postępowaniu sądowym toczącym się przed sądami, trybunałami lub przed organami publicznymi państwa członkowskiego lub państwa trzeciego lub przed międzynarodowymi sądami, trybunałami lub instytucjami;*

*(ii) porad prawnych udzielanych w ramach przygotowywania dowolnego z postępowań, o których mowa w ppkt (i) niniejszej litery, lub w przypadku gdy istnieją konkretne przesłanki i duże prawdopodobieństwo, że sprawa, której dotyczą porady, stanie się przedmiotem takich postępowań, pod warunkiem, że porad tych udziela prawnik w rozumieniu art. 1 dyrektywy 77/249/EWG;*

*(iii) usług poświadczania i uwierzytelniania dokumentów, które to usługi muszą świadczyć notariusze;*

*(iv) usług prawnych świadczonych przez powierników lub wyznaczonych opiekunów lub innych usług prawnych, których wykonawcy są wyznaczani przez sąd lub trybunał danego państwa członkowskiego lub wyznaczani z mocy prawa w celu wykonania konkretnych zadań pod nadzorem takich trybunałów lub sądów;*

*(v) pozostałych usług prawnych, które w danym państwie członkowskim są powiązane, nawet sporadycznie, ze sprawowaniem władzy publicznej”.*

Porównując treść proponowanego przepisu art. 6 ust. 1 pkt 3 lit. e) nowej ustawy PrZamPubl z brzmieniem art. 10 lit. d) dyrektywy klasycznej, na pierwszy rzut oka wydaje się, że nie występują pomiędzy nimi żadne różnice. W istocie, polski ustawodawca w zakresie omawianego przepisu podjął próbę pełnej implementacji prawa Unii Europejskiej. Z treści przepisu ustawy wynika, że zamawiający nie będą zobowiązani do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego według reżimów ustawy, w sytuacji, gdy zamówienie będzie polegało na wykonywaniu takich usług jak:

- 1) zastępstwo procesowe w postępowaniu arbitrażowym lub pojednawczym,
- 2) zastępstwo procesowe przed sądami, trybunałami lub innymi organami publicznymi państwa członkowskiego Unii Europejskiej, państw trzecich lub przed międzynarodowymi sądami, trybunałami, instancjami arbitrażowymi lub pojednawczymi,
- 3) doradztwo prawne w zakresie przygotowania postępowań, o których mowa wyżej,
- 4) lub doradztwo prawne w sytuacji, gdy zachodzi prawdopodobieństwo, iż sprawa, której dotyczy doradztwo stanie się przedmiotem tych postępowań,
- 5) notarialne poświadczenie i uwierzytelnianie dokumentów,
- 6) usługi świadczone przez pełnomocników lub inne usługi powiernicze, których wykonawcy są wyznaczani przez sąd lub trybunał danego państwa członkowskiego

Unii Europejskiej lub są wyznaczani z mocy prawa w celu wykonania konkretnych zadań pod nadzorem takich trybunałów lub sądów,

7) związane, nawet sporadycznie, z wykonywaniem władzy publicznej.

Z powyższego wyliczenia wynika, iż wyłączeniem ze stosowania ustawy objęty jest szeroki wachlarz usług prawnych. Sformułowania oraz definicje przyjęte przez ustawodawcę na gruncie dyrektywy, a w warunkach polskich na gruncie ustawy, znajdują się na takim poziomie ogólności, który pozwala na wyłączenie z reżimu PrZamPubl praktycznie wszelkiego typu pomocy prawnej świadczonej na rzecz zamawiających.

Jak wskazano wyżej, dokonując analizy porównawczej artykułu 10 lit. d) dyrektywy klasycznej oraz art. 6 ust. 1 pkt 3 lit. e) projektu ustawy PrZamPubl, warto zauważyć, iż polski ustawodawca dokonuje wręcz dosłownej implementacji przepisu unijnego.

Jedynie zmiany, jakie można zauważyć to delikatnie zmienione brzmienie art. 6 ust. 1 pkt 3 lit. e) tiret 4 projektu PrZamPubl odpowiadające art. 10 lit. d) pkt (iv) dyrektywy. Polski ustawodawca dostosował przepis unijny do polskiego systemu prawa, zamieniając pojęcie „usług prawnych świadczonych przez powierników” lub „wyznaczonych opiekunów” na pojęcie usług: „świadczonych przez pełnomocników” lub „innych usług prawnych”. Jednocześnie ustawodawca polski w treści przepisu dodał za dyrektywą, iż chodzi w tym przypadku o usługi prawnicze świadczone przez wykonawców wyznaczonych ex officio lub ex lege w celu wykonywania zadań przed sądami lub trybunałami lub pod ich nadzorem. W przypadku tego przepisu, jak można zauważyć, ustawa nie wymaga, aby usługi były świadczone przez wykonawcę będącego adwokatem, radcą prawnym lub prawnikiem, w rozumieniu ustawy z dnia 5 lipca 2002r. o świadczeniu przez prawników zagranicznych pomocy prawnej w Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. z 2014r., poz. 134). Chodzi tu przede wszystkim o usługi świadczone przez takich uczestników postępowania jak kurator, syndyk masy upadłościowej, czy komornik. Polski ustawodawca zasadnie nie przyjął na gruncie projektowanej ustawy pojęcia „powiernik”, którym z kolei posłużyli się autorzy dyrektywy, bowiem w polskim systemie prawnym usługi powiernicze są jedynie związane z prawem bankowym, nie zaś z postępowaniem sądowym, którego dotyczy omawiany przepis.

Inną różnicą, która może mieć znaczenie w praktyce, to odmienne sformułowanie art. 6 ust. 1 pkt 3 lit. e) tiret 2 projektu ustawy PrZamPubl, któremu odpowiada art. 10 lit. d) pkt (ii) dyrektywy klasycznej. Zgodnie ze wskazanym przepisem projektowanej ustawy, przepisami ustawy PrZamPubl nie będą objęte zamówienia na usługi prawnicze polegające na doradztwie prawnym w zakresie przygotowania postępowań przed sądami, trybunałami lub innymi organami publicznymi państwa członkowskiego Unii



Europejskiej, państw trzecich lub przed międzynarodowymi sądami, trybunałami, instytucjami arbitrażowymi lub pojedynczymi lub na doradztwie prawnym dotyczącym sprawy, gdy *zachodzi prawdopodobieństwo*, że sprawa będzie przedmiotem takich postępowań. Tymczasem, z treści dyrektywy wynika, iż wyłączenie procedury zamówieniowej dotyczy doradztwa prawnego w „*przypadku, gdy istnieją konkretne przesłanki i duże prawdopodobieństwo, że sprawa, której dotyczą porady, stanie się przedmiotem takich postępowań*”.

Zatem art. 10 lit. d) pkt (iii) dyrektywy klasycznej przewiduje konieczność wystąpienia konkretnych przesłanek i dużego prawdopodobieństwa, że sprawa ta stanie się przedmiotem postępowań, o których mowa w przepisie dla wyłączenia z obowiązkowego stosowania przepisów ustawy usługi prawnej polegającej na doradztwie prawnym w danej sprawie.

Polski ustawodawca na gruncie projektowanego przepisu obniżył wymagania, decydując, że wystarczy jedynie prawdopodobieństwo, iż dana sprawa będzie przedmiotem postępowań, aby wyłączyć zamówienie na usługę z konieczności stosowania przepisów. Autor projektu przyjął zatem rozwiązanie rozszerzające dyspozycję przepisów unijnych, co należy ocenić jako działanie nieprawidłowe z punktu widzenia legislacji. Wyłączenie stosowania procedury zamówieniowej niewątpliwie stanowi wyjątek od zasady obowiązkowego przeprowadzania postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, a co za tym idzie, winien być interpretowany w sposób jak najbardziej ścisły. Ustawodawca tymczasem dokonał wykładni prawa unijnego w sposób sprzeczny z tą zasadą, czego wynikiem jest nieprawidłowa implementacja. W ujęciu praktycznym, oznacza to, że zamawiający będą wyłączać stosowanie ustawy przy udzielaniu zamówień na usługi prawnicze, które w świetle prawa Unii Europejskiej winny być objęte procedurą zamówieniową. Biorąc pod uwagę, że dyrektywa, jako akt prawny w systemie prawa europejskiego, ma charakter nadrzędny nad ustawodawstwem krajowym, obecny sposób przeprowadzenia implementacji należy ocenić jako *contra legem*.

### **Projektowane zmiany a przepisy odrębnych ustaw**

Ustawodawca w art. 6 ust. 1 pkt 3 lit. e) projektowanej ustawy PrZamPubl odwołuje się do przepisów ustawy z dnia 5 lipca 2002r. o świadczeniu przez prawników zagranicznych pomocy prawnej w Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. z 2014r., poz. 134), a konkretnie do pojęcia prawnika przyjętym na gruncie niniejszej ustawy.

Zgodnie z art. 2 pkt 1 niniejszej ustawy pod pojęciem prawnika zagranicznego rozumie się prawnika z Unii Europejskiej oraz prawnika spoza Unii Europejskiej. Za prawnika z Unii Europejskiej uznaje się „osobę będącą obywatelem państwa członkowskiego Unii Europejskiej, uprawnioną do wykonywania zawodu przy użyciu jednego z tytułów zawodowych uzyskanych w państwie członkowskim Unii Europejskiej, określonych w wykazie stanowiącym załącznik nr 1 do ustawy” (art. 2 pkt 2 ustawy). Dołączony do ustawy załącznik nr 1, o którym mowa w tym przepisie zawiera wykaz tytułów zawodowych uzyskanych na terenie wszystkich Państw członkowskich Unii Europejskiej odpowiadających zawodowi adwokata lub radcy prawnego. Ustawa zaś w art. 2 pkt 3 ustawy określa pojęcie prawnika spoza Unii Europejskiej określając go jako „osobę niebędącą obywatelem państwa członkowskiego Unii Europejskiej, uprawnioną do wykonywania zawodu przy użyciu jednego z tytułów zawodowych, o których mowa w pkt 2, a także każdą osobę, która przy użyciu tytułu zawodowego uzyskanego w państwie niebędącym członkiem Unii Europejskiej jest uprawniona do wykonywania zawodu odpowiadającego - pod względem wykształcenia i uprawnień oraz podstawowych zasad jego organizacji i wykonywania - zawodowi adwokata lub radcy prawnego”.

Dokonując wykładni literalnej oraz systemowej art. 6 ust. 1 pkt 3 lit. e) projektowanej ustawy PrZamPubl, nasuwa się jednoznaczny wniosek, iż ustawodawca wymieniając obok adwokata oraz radcy prawnego również prawnika w rozumieniu ustawy z dnia 5 lipca 2002r. o świadczeniu przez prawników zagranicznych pomocy prawnej w Rzeczypospolitej Polskiej uznał, iż wykonywanie przez nich usługi prawnicze wymienione w projekcie ustawy PrZamPubl będą również wyłączone spod reżimu obowiązkowej procedury zamówieniowej. Tym samym, niezależnie od tego, czy usługę będzie wykonywać adwokat, radca prawny, czy też prawnik zagraniczny w ujęciu ustawowym, jeżeli jej cechy będą odpowiadać hipotezie zawartej w art. 6 ust. 1 pkt 3 lit. e) projektu PrZamPubl, zamawiający zostanie zwolniony z konieczności zawarcia umowy na tę usługę w zgodzie z przepisami ustawy PrZamPubl.

Powyższą konstrukcją prawną należy ocenić jako zgodną z zasadą wzajemności, która stanowi podstawę regulacji, jaką jest ustawa o świadczeniu przez prawników zagranicznych pomocy prawnej w Rzeczypospolitej Polskiej. Zasada wzajemności została wyrażona w art. 3 niniejszej ustawy i zgodnie z nią prawnicy zagraniczni są uprawnieni do wykonywania stałej praktyki, na zasadach określonych w przepisach ustawy, po wpisaniu na jedną z list prawników zagranicznych, prowadzoną odpowiednio przez okręgowe rady adwokackie lub rady okręgowych izb radców prawnych. Uprawnienie prawników zagranicznych wynika z treści umów międzynarodowych ratyfikowanych przez Rzeczpospolitą Polską lub przepisy organizacji międzynarodowych, których Rzeczpospolita Polska jest członkiem.

Biorąc pod uwagę powyższe, art. 6 ust. 1 pkt 3 lit. e) projektu ustawy PrZamPubl jest zgodny z ustawą o świadczeniu przez prawników zagranicznych pomocy prawnej w Rzeczypospolitej Polskiej. Dzięki odwołaniu się do pojęcia prawnika określonego w niniejszej ustawie, wyłączenie usług prawniczych z reżimu zamówień publicznych obejmuje nie tylko adwokatów i radców prawnych polskich, ale również prawników z Unii Europejskiej oraz spoza, co odpowiada zasadzie wzajemności oraz prawu międzynarodowemu.

### **Projektowane przepisy a sytuacja radców prawnych**

Jak wskazano wyżej w niniejszej opinii, projektowany przepis art. 6 ust. 1 pkt 3 lit. e) nowej ustawy PrZamPubl wyłącza konieczność stosowania skomplikowanej procedury zamówieniowej w stosunku do zamówień, których przedmiotem będą usługi prawnicze. W tej sytuacji, Zamawiający będą mieli do wyboru dwa sposoby dla wyłonienia adwokata, radcy prawnego lub prawnika zagranicznego, który będzie na ich rzecz świadczył usługi prawne: z zastosowaniem przepisów wewnętrznego regulaminu udzielania zamówień, albo z ich pominięciem. To do Zamawiających będzie należeć decyzja, czy usługi prawnicze zostaną objęte wewnętrznymi procedurami.

Z punktu widzenia przepisów regulujących funkcjonowanie korporacji prawniczych, przy jednoczesnym uwzględnieniu dotychczasowych doświadczeń, należy uznać, iż prawidłowe będzie to drugie rozwiązanie, to jest zawieranie usług na świadczenie usług prawniczych bez stosowania regulaminów udzielania zamówień przyjętych u Zamawiających.

W tym miejscu, należy przybliżyć charakter i specyfikę usług prawniczych, zwłaszcza tych, które są świadczone na podstawie umowy zlecenia.

Usługi prawnicze są szczególnym typem usług, które wymagają odpowiednich kwalifikacji, (poświadczonych przez samorząd zawodowy nadający odpowiedni tytuł prawnikowi, będącemu jego członkiem), wymagający wiedzy oraz doświadczenia. Stosunek klienta z prawnikiem, tj. adwokatem lub radcą prawnym oparty jest na wzajemnym zaufaniu. Z mocy prawa, pod warunkiem, iż nie jest to wyłączone treścią umowy, umowa zlecenia zawiera umocowanie do wykonania czynności w imieniu dającego zlecenie (art. 734 § 2 KC). Samo wypowiedzenie umowy zlecenia, jeżeli było wykonywane odpłatnie, może być dokonane tylko z ważnych powodów (art. 746 § 1 i 2 KC).

Już sam Kodeks cywilny przewiduje szereg regulacji, które świadczą o szczególnym charakterze umów zlecenia, podkreślający specyfikę relacji zachodzącej pomiędzy zleceniodawcą, a zleceniobiorcą. Świadczy również o tym art. 747 zd. 2 KC, który zobowiązuje przyjmującego zlecenie do prowadzenia spraw dającego zlecenie, w przypadku jego śmierci, w celu ochrony interesów zmarłego zleceniodawcy do chwili przejścia sprawy przez spadkobierców lub przedstawiciela ustawowego.

Ze względu na ten szczególny charakter, umowa zlecenia jest podstawą regulowania relacji między klientami, a radcami prawnymi. Najczęściej na podstawie umowy zlecenia radcowie prawni świadczą usługi prawne na rzecz swoich mocodawców. Toteż ustawa z dnia 6 lipca 1982r. o radcach prawnych (Dz. U. z 2015r., poz. 507) uwzględnia charakter tych relacji, jak również specyfikę zawodu. Przede wszystkim, ustawa wprowadza jedną z podstawowych zasad pracy radcy prawnego, tj. niezależność wyrażającą się zarówno w wolności słowa (art. 11 ustawy o radcach prawnych), czy nie związaniu radcy prawnego poleceniem co do treści opinii prawnej (art. 13 ustawy), ale również w uprawnieniu i zarazem obowiązku radcy prawnego do prowadzenia samodzielnej sprawy przed organami orzekającymi, przy jednoczesnym zadbaniu o należyte wykorzystanie przewidzianych przez prawo środków dla ochrony uzasadnionych interesów mocodawcy (art. 14). Tym charakteryzuje się usługa prawna świadczona przez radcę prawnego, a jednocześnie również umowa zlecenia, iż przyjmujący zlecenie jest zobowiązany do dochowania należytej staranności przy jego wykonywaniu. Zatem nie liczy się efekt pracy radcy prawnego, który w ostateczności może okazać się nieprzewidywalny, lecz sam fakt, czy radca prawny podjął wszelkie możliwe czynności, które miały na celu maksymalne zabezpieczenie klienta. Należyta staranność, o której mowa w art. 14 ustawy o radcach prawnych, wypływać zatem musi właśnie z wiedzy i doświadczenia radcy prawnego, a świadczy również o jakości jego działania.

Usługi prawnicze muszą zatem bezwzględnie charakteryzować się wysoką jakością, bowiem znajduje ona podstawy w przepisach rangi ustawowej. Warto dodać, iż o wysokiej jakości pracy radcy prawnego i o jego dbałości o interesy mocodawcy, świadczy nie tylko ilość spraw rozstrzygniętych na jego korzyść, ale również korzystanie z prawa do odmowy udzielenia pomocy prawnej. Przy czym art. 22 ust. 1 ustawy o radcach prawnych, który jest podstawą tego uprawnienia, wskazuje, że odmowy można dokonać tylko z ważnych powodów. Zaś art. 22 ust. 2 ustawy dodaje, że radca prawny wypowiadając zlecenie powinien dochować wszelkich starań, aby jego odmowa nie miała negatywnego wpływu na dalszy tok prowadzonych przez niego spraw, co również potwierdza konieczność dopełnienia należytej staranności przez radców prawnych.

Szczególnym źródłem prawnym określającym jakość pracy radcy prawnego jest Kodeks Etyki Radcy Prawnego. Już w art. 6 ust. 1 Kodeksu wskazuje się, że radca prawny obowiązany jest wykonywać czynności zawodowe zgodnie z prawem, uczciwie, rzeczowo i z należyłą starannością. Do podstawowych obowiązków radcy prawnego według Kodeksu Etyki jest ochrona niezależności radcy oraz unikanie konfliktów interesów. Do istoty zawodu należy pozyskanie w zaufaniu od klienta informacji dotyczących sprawy, których klient nie ujawniłby nikomu (art. 12 ust. 1), zaś w przypadku, gdy radca prawny nie posiada specjalistycznej wiedzy, obowiązany jest zrezygnować z prowadzenia sprawy, chyba że zapewni sobie współpracę specjalisty lub innego radcy prawnego (art. 27 ust. 1 Kodeksu). Wreszcie również, zgodnie z art. 28 ust. 1 Kodeks wskazuje wyraźnie, że *„Stosunki pomiędzy radcą prawnym, a klientem powinny być oparte na zaufaniu. Utrata zaufania może być podstawą wypowiedzenia pełnomocnictwa przez radcę prawnego”*.

Powyższe regulacje wskazują na jedną ważną kwestię: relacja między radcą prawnym oparta jest na zaufaniu, która wynika z wiedzy, doświadczenia, kwalifikacji radcy prawnego, ale również z zasad etyki, które go obowiązują pod groźbą poniesienia odpowiedzialności dyscyplinarnej. Podstawą zaś pracy radcy prawnego jest obowiązek zachowania należytej staranności i dbałość o interesy klienta.

Biorąc zatem pod uwagę specyfikę zawodu radcy prawnego, należy udzielić odpowiedzi na pytanie, czy wyłączenie zamówień na usługi prawnicze z procedury ustawowej jest słuszne i zgodne z obowiązującymi przepisami oraz jak powinna zostać uregulowana kwestia zawierania umów na usługi prawnicze przez podmioty zobowiązane do stosowania ustawy PrZamPubl.

Powyżej w niniejszej opinii wskazano, w jaki sposób ukształtowała się dotychczasowa praktyka w zakresie udzielania zamówień na usługi prawnicze. Wyrażono również pogląd, że obecne regulacje stoją w sprzeczności z istotą oraz charakterem zawodu radcy prawnego, bowiem obecnie czynnikiem decydującym o wyborze danego wykonawcy jest najniższa cena, pomimo, iż teoretycznie Zamawiający winni stosować również kryteria pozacenowe.

Tymczasem, ze względu na specyfikę usług świadczonych przez radców prawnych oraz umowy zlecenia, podstawą wyboru danego wykonawcy powinna być jego wiedza, doświadczenie i renoma, świadcząca o wysokiej jakości jego usług. Biorąc pod uwagę, iż zgodnie z art. 44 ust. 3 pkt 1 ustawy o finansach publicznych podmioty dysponujące środkami publicznymi winny je wydatkować w sposób oszczędny i celowy, przy jednoczesnym uzyskiwaniu najlepszych efektów, wydaje się, że zasadnym by było, aby Zamawiający mogli zawierać umowy z radcami prawnym na świadczenie usług prawnych w sposób jak najbardziej odformalizowany. Na obecnym rynku prawniczym funkcjonuje ogromna liczba kancelarii prawnych, zaś ewidentną tendencją jest wysoka

specjalizacja. Obecnie w praktyce nie istnieją kancelarie, które obsługują sprawy z każdej gałęzi prawa. Stąd również zakres zlecenia skierowany przez Zamawiającego do danego radcy prawnego lub kancelarii prawnej zostanie okrojony do jednego typu spraw. Z tych również względów wydaje się być bezzasadnym uruchamianie specjalnych procedur regulaminowych w celu zawarcia umowy obejmującej zaledwie wycinek usług prawniczych.

Idąc dalej, warto zwrócić uwagę, że regulaminy wewnętrzne Zamawiających bardzo często wręcz kopiują przepisy ustawy PrZamPubl. Zatem stosowanie regulaminu w praktyce może oznaczać konieczność przeprowadzenia skomplikowanych procedur, które w przypadku usług prawniczych mogą odnosić skutek dokładnie taki sam, jaki występowałby wtedy, gdyby byłyby one objęte reżimem ustawowym.

Jak wskazano wyżej, nie byłoby to zasadne rozwiązanie, ponieważ w przypadku tego typu usług Zamawiający powinni odchodzić od koncentrowania się na kryterium cenowym i zwrócić uwagę na takie kryteria doboru wykonawców, które zapewnią odpowiedni poziom zaufania w relacjach z przyjmującym zlecenie radcą prawnym.

### Podsumowanie

**Art. 6 ust. 1 pkt 3 lit. e) projektowanej ustawy PrZamPubl należy ocenić pozytywnie. Po pierwsze, ze względu na fakt, iż został on wiernie implementowany z dyrektywy klasycznej. Konieczne jest jedynie zastanowienie się nad określeniem przesłanek umożliwiających wyłączenie spod reżimu ustawy przypadku, w którym świadczone są usługi prawnicze polegające na prowadzeniu sprawy, gdy zachodzi prawdopodobieństwo, iż będzie ona stanowić przedmiot postępowania przed sądami, trybunałami lub innymi organami publicznymi państwa członkowskiego Unii Europejskiej, państw trzecich lub przed międzynarodowymi sądami, trybunałami, instytucjami arbitrażowymi lub pojednawczymi. Należy również ocenić projektowany przepis jako zgodny z przepisami ustawy o świadczeniu przez prawników zagranicznych pomocy prawnej w Rzeczypospolitej Polskiej, ze względu na zapewnienie prawidłowego funkcjonowania zasady wzajemności również w zakresie wyjątków od stosowania przepisów ustawy PrZamPubl. Ostatecznie również należy zgodzić się z tym, iż projektowana zmiana umożliwi Zamawiającym zawieranie umów zlecenia w zakresie usług prawniczych z tymi radcami prawnym, adwokatami oraz prawnikami w rozumieniu ustawy o świadczeniu przez prawników zagranicznych pomocy prawnej w Rzeczypospolitej Polskiej, z którymi łączy ich wzajemne zaufanie. Dzięki ograniczeniu procedur zamówieniowych do minimum, w tym**

opartych na wewnętrznych regulaminach, zamawiający uzyskają możliwość otrzymywania usług prawniczych o wysokiej jakości, gwarantujących dbałość o ich interesy na najwyższym poziomie.

radca prawny Paweł Granecki