

Warszawa, 28 czerwca 2018 r.

Opinia
Ośrodka Badań, Studiów i Legislacji
Krajowej Rady Radców Prawnych
w przedmiocie udziału radców prawnych w komisjach przetargowych

Opinia niniejsza wydana została w związku z zapytaniem dotyczącym praktyki powoływania radców prawnych zatrudnionych w jednostkach sektora finansów publicznych do składów komisji przetargowych tworzonych zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych. Praktyka ta polega na rutynowym (każdorazowym) powoływaniu do składu komisji przetargowej radcy prawnego. W związku z tą praktyką sformułowano wniosek o ocenę zgodności z prawem i zasadami etyki zawodowej oraz zasadności udziału radcy prawnego w komisjach w postępowaniach przetargowych prowadzonych w jednostkach sektora finansów publicznych.

Status zawodowy radcy prawnego

Analizę przedstawionego problemu wypada rozpocząć od przedstawienia najistotniejszych aspektów dotyczących statusu radcy prawnego, ze szczególnym uwzględnieniem radcy prawnego wykonującego zawód w ramach stosunku pracy oraz podstawowych zasad wykonywania zawodu. Zawód radcy prawnego ma szczególną doniosłość ze względu na jego znaczenie dla ochrony praw i wolności obywatelskich oraz realizacji zasady demokratycznego państwa prawnego. Ze względu na te cele stawiane przed zawodem, niezwykle istotne staje się zdefiniowanie podstawowych wartości i zasad wykonywania zawodu radcy prawnego, w świetle których można dokonywać obiektywnej oceny czynności zawodowych podejmowanych przez radcę prawnego. Dopiero w oparciu o całokształt zasad wynikających zarówno z ustawy o radcach prawnych¹, jak i z Kodeksu Etyki Radcy Prawnego² oraz Regulaminu

¹ Ustawa z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1870 z późn. zm.) - w treści opinii przywoływana także jako u.r.p.

² Kodeks Etyki Radcy Prawnego stanowiący załącznik do uchwały Nr 3/2014 Nadzwyczajnego Krajowego Zjazdu Radców Prawnych z dnia 22 listopada 2014 r. - w treści opinii przywoływany także jako KERP.

wykonywania zawodu³ można stwierdzić, czy konkretny radca prawny w konkretnej sytuacji wykonywał czynności zawodowe w sposób należyty.

Rozpatrując problem dopuszczalności uczestnictwa radców prawnych w komisjach przetargowych powoływanych w jednostkach sektora finansów publicznych, godzi się zauważyć, że przepisy u.r.p. oraz Prawa zamówień publicznych⁴ nie zawierają wyraźnej normy prawnej regulującej przedstawioną kwestię. Konieczne jest zatem dokonanie oceny dopuszczalności podejmowania się takich zadań przez radców prawnych w kontekście obowiązujących przepisów prawa, w tym prawa samorządowego, regulujących zasady wykonywania zawodu radcy prawnego.

Przedmiot opinii w świetle zadań samorządu radców prawnych

Zawód radcy prawnego należy do zawodów regulowanych. Szczególną społeczną doniosłość zawodu radcy prawnego podkreśla zaliczenie go do grupy zawodów zaufania publicznego. Przedstawiciele zawodów zaufania publicznego zrzeszeni są w samorządach zawodowych, które tworzone są zgodnie z normą konstytucyjną wynikającą z art. 17 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej wyłącznie na podstawie ustawy. W świetle wskazanej normy konstytucyjnej za najistotniejszy obowiązek, jak również cel tworzenia tych samorządów uznać należy wykonywanie pieczy nad należytym wykonywaniem zawodu zaufania publicznego. Jak wynika z treści tego przepisu interes publiczny wyznacza granice wykonywania przez samorząd jego funkcji, jak również cel takiego działania, którym jest *expressis verbis* „ochrona tego interesu”. W tym kontekście udzielenie odpowiedzi na wątpliwości zgłoszone w przedmiocie udziału radców prawnych w komisjach przetargowych tworzonych przez pracodawców będących jednostkami sektora finansów publicznych staje się zasadne i mieści się w pojęciu pieczy nad należytym wykonywaniem zawodu radcy prawnego sprawowanej przez samorząd zawodowy radców prawnych.

Istota zawodu radcy prawnego

Do istoty zawodu radcy prawnego należy świadczenie pomocy prawnej. Pojęcie to nie zostało przez ustawodawcę zdefiniowane. Początkowo po wejściu w życie ustawy o radcach prawnych zamiast pojęcia pomocy prawnej stosowano pojęcie obsługi prawnej. Obsługa prawna mogła być przy tym wykonywana zarówno *ad hoc*, jak i jako

³ Regulamin wykonywania zawodu radcy prawnego stanowiący załącznik do uchwały Nr 94/IX/2015 Krajowej Rady Radców Prawnych z dnia 13 czerwca 2015 r. – w treści opinii przywoływany także jako Regulamin.

⁴ Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 z późn. zm.), przywoływane także jako PZP.

kompleksowa lub stała obsługa prawna. Typowym przykładem obsługi prawnej jednostek gospodarki uspołecznionej było wykonywanie czynności zawodowych przez radców prawnych zatrudnionych w państwowych jednostkach organizacyjnych. Pojęciem obsługi prawnej posługiwała się także ustawa o działalności gospodarczej⁵, która w art. 24 ust. 1 zaliczała obsługę prawną do działalności gospodarczej, przy czym zgodnie z przepisami art. 24 tej ustawy pojęcia pomocy prawnej i obsługi prawnej były pojęciami synonimicznymi. Pojęcie pomocy prawnej (obsługi prawnej) obejmowało zarówno działalność radców prawnych, jak i adwokatów mimo występujących wówczas istotnych różnic pomiędzy zakresem świadczonej przez przedstawicieli tych zawodów pomocy prawnej (obsługi prawnej). Świadczyło o tym bezsprzecznie brzmienie art. 24 ust. 2, który stanowił, że przez pomoc prawną (obsługę prawną) rozumie się w szczególności doradztwo, sporządzanie opinii prawnych oraz zastępstwo prawne wykonywane przez adwokata lub radcę prawnego. Tym samym ustawodawca przesądził, że pomoc prawna zastrzeżona jest dla adwokatów i radców prawnych. Według obowiązującego wówczas brzmienia art. 6 ustawy o radcach prawnych wykonywanie obsługi prawnej zostało zastrzeżone dla radców prawnych z wyjątkami wynikającymi z przepisów ustaw.

Znaczenie pojęcia „pomoc prawna”

Ustalenie zakresu znaczeniowego pojęcia pomocy prawnej wymaga uwzględnienia przykładowych wyliczeń czynności składających się na świadczenie pomocy prawnej dokonanych przez ustawodawcę. Zgodnie z art. 6 u.r.p. świadczenie pomocy prawnej przez radcę prawnego polega w szczególności na udzielaniu porad prawnych i konsultacji, sporządzaniu opinii prawnych, opracowywaniu projektów aktów prawnych oraz występowaniu przed urzędami i sądami w charakterze pełnomocnika lub obrońcy. W bardzo zbliżony sposób kwestię tę reguluje art. 4 ust. 1 Prawa o adwokaturze⁶, który stanowi, że zawód adwokata polega na świadczeniu *pomocy* prawnej, a w szczególności na udzielaniu porad prawnych, sporządzaniu opinii prawnych, opracowywaniu projektów aktów prawnych oraz występowaniu przed sądami i urzędami. Przykładowe wyliczenie czynności składających się na pomoc prawną zawiera nawet ustawa o świadczeniu przez prawników zagranicznych pomocy prawnej w Rzeczypospolitej Polskiej, która odsyła w tym zakresie do u.r.p. oraz Prawa

⁵ Ustawa z dnia 23 grudnia 1988 r. o działalności gospodarczej (Dz. U. Nr 41, poz. 324 z późn. zm.).

⁶ Ustawa z dnia 26 maja 1982 r. Prawo o adwokaturze (Dz. U. z 2017 r. poz. 2368 z późn. zm.).

o adwokaturze. Mimo to ustawodawca zdecydował się na wymienienie także w tej ustawie najważniejszych czynności w ramach pomocy prawnej wskazując na udzielanie porad prawnych, sporządzanie opinii prawnych, opracowywanie projektów aktów prawnych oraz występowanie przed sądami i urzędami.⁷ Wszystkie katalogi czynności składających się na pomoc prawną mają zatem charakter otwarty. Nie można więc z całą stanowczością powiedzieć, że tylko czynności wyraźnie przez ustawodawcę wymienione mogą stanowić przejaw wykonywania zawodu radcy prawnego.

Obecnie obserwujemy proces bardzo istotnych zmian w sposobie wykonywania zawodu wynikający ze zwiększającego się poziomu oczekiwań, jakie klient radcy prawnego stawia przed osobami świadczącymi pomoc prawną. Nie można jednak stwierdzić, że radca prawny sam - w sposób nieskrępowany regulacjami prawnymi - decyduje o tym, jakie czynności mogą być wykonywane w ramach pomocy prawnej (obsługi prawnej) lub, że o dopuszczalnym zakresie wykonywania przez radcę prawnego czynności decyduje klient radcy prawnego. Pamiętać bowiem należy o wynikającej z art. 7 ust. 3 KERP powinności radcy prawnego niepodążania za oczekiwaniami klienta w każdej sytuacji, w której prowadzić by to mogło do naruszenia zasad etyki zawodowej i niewłaściwego wykonywania zawodu radcy prawnego.

Specyfika zawodu radcy prawnego

Tym co wyraźnie odróżnia zawody radcy prawnego i adwokata jest możliwość wykonywania tego pierwszego zawodu także w ramach stosunku pracy. Istnienie tej szczególnej formy wykonywania zawodu radcy prawnego nie stanowi samo w sobie dowodu na brak po stronie radcy prawnego - pracownika przymiotu niezależności ani też najważniejszych elementów szczególnego statusu radcy prawnego jako przedstawiciela zawodu zaufania publicznego⁸. Z tą formą wykonywania zawodu wiążą się jedynie pewne swoiste rozwiązania prawne, które zostaną przedstawione w dalszej części opinii.

Na tle kontrowersji dotyczących niezależności radców prawnych wykonujących zawód w ramach stosunku pracy niezwykle istotnej wagi nabiera kwestia gwarancji niezależności tych radców prawnych, którzy wykonują zawód właśnie w tej formie.

⁷ Zob. art. 1 ust. 2 ustawy z dnia 5 lipca 2002 r. o świadczeniu przez prawników zagranicznych pomocy prawnej w Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. z 2016 r. poz. 1874 z późn. zm.).

⁸ Por. Sławomir Ciupa w: Zawód radcy prawnego. Historia zawodu i zasady jego wykonywania pod red. Arkadiusza Berezy. Wydanie 6, Warszawa 2017, str. 126.

Należy przy tym podzielić zapatrywania dotyczące potrzeby tzw. niezależności wewnętrznej stanowiącej gwarancję materialną niezależności obok takich instytucji jak wyłączenie się radcy prawnego, odmowa przyjęcia sprawy oraz odpowiedzialność dyscyplinarna w razie naruszenia przez radcę prawnego zasady niezależności jako podstawowej wartości zawodu radcy prawnego⁹.

W doktrynie zwraca się uwagę na występowanie dwóch powiązanych ze sobą elementów składających się na niezależność. Pierwszym z tych elementów jest postawa prawnika polegająca na dążeniu do kierowania się w swoich działaniach zawodowych wyłącznie racjami merytorycznymi oraz najlepszym rozumieniem interesu klienta. Postawa ta wypływa z określonego stanu wewnętrznego osoby wykonującej zawód radcy prawnego wpływającego w determinujący sposób na podejmowanie przez niego decyzji i działań. Drugim elementem jest pozostawanie w takiej sytuacji zewnętrznej, która sprzyja zachowaniu niezależności. Elementy te mogą być określane jako postawa niezależności oraz sytuacja niezależności¹⁰.

Zawód radcy prawnego zaliczany jest do grupy tzw. wolnych zawodów. Do grupy tej obok zawodu radcy prawnego należą m.in. zawody adwokata, notariusza, lekarza, dentysty, weterynarza, rzecznika patentowego, architekta, doradcy podatkowego, księgowych, biegłych rewidentów. W toku prac Ośrodka Badawczego Radców Prawnych zrekonstruowano podstawowe cechy (kryteria) pozwalające na opisanie tej kategorii zawodów. Do cech tych należą:

- wysoka jakość kwalifikacji i kompetencji zawodowych wywodzących się z wymaganego w zawodzie wysokiego poziomu wykształcenia oraz przygotowania praktycznego,
- szczególny charakter przedmiotu czynności zawodowych, którym mogą być: życie i zdrowie ludzkie, wolność osobista, dobra niematerialne, dobra wyższej wartości, dobra o większym znaczeniu, informacja, twórczość itp.,
- osobisty charakter wykonywanych czynności zawodowych,
- powstanie szczególnej więzi między wykonawcą a odbiorcą świadczenia opartej na zaufaniu, przekonaniu o kompetencjach, fachowym przygotowaniu i poziomie moralnym wykonawcy z jednej oraz wysokim stopniu zaangażowania z drugiej strony,

⁹ Por. Elżbieta Kwiatkowska-Fałęcka w: Zawód radcy prawnego. Historia zawodu i zasady jego wykonywania pod red. Arkadiusza Berezy. Wydanie 6, Warszawa 2017, str. 52.

¹⁰ Zob. Tomasz Pietrzykowski. Podstawowe wartości zawodów prawniczych w: Radca Prawny. Dodatek Naukowy nr 115/116, VII-VIII 2011, str. 4 D.

- samodzielność zawodowa i niezależność wykonawcza, brak jakiegokolwiek podporządkowania (np. poleceniom zwierzchnika) co do sposobu działania zawodowego,
- istnienie obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej,
- osobista odpowiedzialność za należyte wykonanie świadczenia, w tym również odpowiedzialność zawodowa (dyscyplinarna)¹¹.

Współczesne realia wykonywania zawodu radcy prawnego być może w pewnym stopniu zweryfikowały znaczenie i szczegółową treść poszczególnych kryteriów. Tym niemniej podstawowe kryteria pozwalające uznać zawód radcy prawnego zachowały swoją aktualność. Z punktu widzenia przedmiotu opinii szczególne znaczenie mają spośród wskazanych powyżej cech: osobisty charakter, oparcie więzi pomiędzy klientem (pracodawcą) a radcą prawnym (pracownikiem) na zaufaniu, samodzielność zawodowa, niezależność wykonawcza oraz osobista odpowiedzialność za należyte wykonywanie świadczenia.

Zakaz wydawania radcy prawnemu poleceń wykonania czynności wykraczających poza zakres pomocy prawnej

Wyrazem ograniczenia zakresu pomocy prawnej jest dyspozycja przepisu art. 9 ust. 4 u.r.p., zgodnie z którą radcy prawnemu nie wolno powierzać czynności wykraczającej poza zakres pomocy prawnej. Nie budzi przy tym wątpliwości, że *ratio legis* tego przepisu jest ściśle powiązane z zasadą niezależności radcy prawnego. Mając na względzie tę zasadę, radca prawny nie może wikłać się w wykonywanie zadań lub funkcji, które uniemożliwiłyby wykonywanie czynności zawodowych w sposób niezależny albo w jakimkolwiek stopniu tę niezależność ograniczały.

W związku z tym konieczne staje się dokonanie oceny, czy członkostwo w komisji przetargowej powołanej przez kierownika jednostki organizacyjnej, w której radca prawny jest zatrudniony mieści się w pojęciu pomocy prawnej, czy też wykracza poza zakres tego pojęcia. Co do zasady wykonywanie czynności zawodowych, tj. czynności polegających na ochronie prawnej interesów klienta pozostaje w zgodzie zarówno z przepisami prawa powszechnie obowiązującego, jak i z celami stawianymi

¹¹ Zob. Wolny Zawód. Z prac Ośrodka Badawczego Radców Prawnych w: Radca Prawny z. 1/1997, str. 29. Co istotne, współpracownicy Ośrodka stwierdzili, że zawód radcy prawnego wykazuje cechy wolnego zawodu niezależnie od formy, w jakiej zawód ten jest wykonywany.

przed radcami prawnymi w systemie państwa prawa. Wyjątki od tej zasady wynikać mogą z reguł deontologicznych. Stwierdzić można, że delimitacja pojęcia świadczenia pomocy prawnej jest wyjątkowo przydatna z punktu widzenia dopuszczalności określonej aktywności. O ile bowiem wykonywanie czynności wchodzących w skład pomocy prawnej jest co do zasady dopuszczalne, o tyle wykonywanie przez radcę prawnego na rzecz jego klienta czynności niemieszczących się w zakresie tego pojęcia w toku realizacji zlecenia dopuszczalne jest wyjątkowo.

Delimitacja pojęcia pomocy prawnej

Na gruncie przepisów ustawy o radcach prawnych zakres przedmiotowy pojęcia pomocy prawnej jest niedoprecyzowany. Jak to już wyżej wspomniano, ustawodawca wymienił jedynie przykładowo niektóre działania mieszczące się w zakresie pomocy prawnej. Dlatego też konieczne jest podjęcie próby doprecyzowania tego pojęcia w świetle wykładni systemowej oraz wypowiedzi doktryny prawa. W rekonstruowaniu pojęcia pomocy prawnej przydatne są przepisy art. 2 i art. 6 ustawy o radcach prawnych. Zgodnie z art. 2 u.r.p. pomoc prawna świadczona przez radcę prawnego ma na celu ochronę interesów podmiotów, na których rzecz jest wykonywana. Przywołany przepis wskazuje na cel podejmowanych przez radców prawnych czynności zawodowych. Tym celem jest ochrona prawna interesów klientów, tj. podmiotów na rzecz których pomoc prawna jest świadczona. Zastosowana przez ustawodawcę składnia wskazuje na to, że zadaniem radcy prawnego jest ochrona prawna interesów klienta, przy czym interesy te nie zostały zawężone do kategorii interesów prawnych. Niewątpliwie interesy prawne trudno oddzielić od takich kategorii interesów, jak interesy majątkowe, finansowe, organizacyjne. Jednak ustawodawca wyraźnie sprowadza pomoc prawną wykonywaną przez radców prawnych do ochrony prawnej interesów klienta. Ochrona prawna realizowana jest przy zastosowaniu środków przewidzianych przez prawo. Dlatego też wszelkie działania podejmowane przez radcę prawnego w toku wykonywania zawodu powinny pozostawać w zgodzie z przepisami prawa. Radca prawny nie może naruszać przepisów prawa niezależnie od tego, czy interes klienta lub jego wyraźna wola będą tego wymagać. Zasady etyki zawodowej wskazują, że radca prawny nie może podejmować działań, które uchybiałyby godności zawodu. Radca prawny nie może też w celu zadowolenia klienta podejmować działań, których nie można pogodzić z zasadami profesjonalnego wykonywania zawodu, w tym przede wszystkim z zasadą niezależności.

Niezależność radcy prawnego z uwzględnieniem modelowej zasady zachowania niezależności

Wagę niezależności prawników dla prawidłowego funkcjonowania systemu wymiaru sprawiedliwości podkreśla także modelowa zasada niezależności przyjęta przez CCBE¹². W świetle tej modelowej zasady niezależność prawników oznacza wykonywanie obowiązków zawodowych bez podlegania jakimkolwiek niewłaściwym ograniczeniom, wpływom, zachętom, naciskom, zastraszeniu czy ingerencji niezależnie od ich przyczyny. Akcentuje się przy tym, że chodzi tu zarówno o formy bezpośredniego, jak i pośredniego oddziaływania na prawnika. Wskazano przy tym na podstawowe aspekty, w których przejawia się konieczność zachowania niezależności prawników. Do aspektów tych zalicza się kwestie:

- umożliwienia prawnikom odpowiedniej obrony klientów przed państwem,
- ochrony prawników przed utożsamianiem ich z klientami,
- budowania zaufania pomiędzy prawnikami i ich klientami,
- zachowania praworządności.

Wydaje się, że wykonywanie funkcji w komisji przetargowej zagraża zachowaniu niezależności radcy prawnego przede wszystkim w aspekcie konieczności ochrony prawników przed utożsamianiem ich z klientami. W istocie decyzje podejmowane przez komisję na zewnątrz będą traktowane jako decyzje zamawiającego a uczestniczący w podejmowaniu tych decyzji radca prawny traci swoją zawodową odrębność. Jego rola w komisji utożsamiana może być z działaniem samego zamawiającego.

Punkt drugi modelowej zasady wskazuje, że wykonując swój zawód prawnik musi pozostawać niezależny, nie może podlegać wpływom, w tym wpływom wynikającym z jego osobistych interesów czy nacisków zewnętrznych. Toteż prawnik musi unikać każdej sytuacji naruszającej jego niezależność i nie powinien narażać na szwank standardów zawodowych w ramach współpracy z klientem, sądem, osobami trzecimi czy organami władzy państwowej. W przeciwnym razie prawnik powinien albo nie przyjmować zlecenia albo zrezygnować ze zlecenia już przyjętego. Z zasady tej wynikają następujące wyraźne dyrektywy zachowania się prawnika w każdej sytuacji, która mogłaby zagrażać jego niezależności:

¹² Modelowa zasada zachowania niezależności przyjęta na sesji plenarnej CCBE w dniu 19 maja 2017 r.

- 1) prawnik nie może podlegać wpływom zewnętrznym, w tym pochodzącym od jego pracodawcy-klienta;
- 2) prawnik powinien unikać takich sytuacji;
- 3) w razie zaistnienia takich sytuacji prawnik powinien odmówić przyjęcia zlecenia albo zrezygnować ze zlecenia już przyjętego.

Modelowa zasada podejmuje też próbę wskazania podstawowych przejawów niezależności prawnika. W kontekście przedmiotu niniejszej opinii na szczególną uwagę zasługują dwa elementy niezależności wymienione przez CCBE, a mianowicie niepodleganie jakimkolwiek naciskom zewnętrznym oraz nienarażanie na szwank standardów zawodowych w celu zadowolenia klienta, sądu, osób trzecich czy organów państwowych.

Z modelową zasadą współbrzmiały przepisy Kodeksu Etyki Radcy Prawnego uchwalonego w 2007 r.¹³ którego art. 13 ust. 1 wymagał od radcy prawnego chronienia niezależności przy wykonywaniu obowiązków zawodowych. Z kolei ust. 2 tego artykułu KERP wskazywał, że wyrażone przez kogokolwiek polecenia, czy wskazówki, nie zwalniają radcy prawnego z obowiązku rzetelnego i uczciwego wykonywania czynności zawodowych. Wprawdzie przepis ten odnosi się do takich klauzul generalnych jak rzetelność i uczciwość, to jednak z uwagi na brzmienie tytułu 1 rozdziału III KERP prawidłowa interpretacja także i tego przepisu musiała uwzględniać konieczność zachowania niezależności radcy prawnego. Jest to tym bardziej zrozumiałe, że związek kwestii niepodlegania poleceniom jakichkolwiek osób trzecich z zasadą niezależności radcy prawnego jest nader oczywisty. Jeszcze bliższe korelacje dostrzec można pomiędzy przepisem art. 11 ust. 3 KERP z 2007 r. a zapisami zawartymi w modelowej zasadzie. Przepis ten od radcy prawnego wymagał nieulegania wpływom, między innymi takim, które wyniknąć mogą z nacisków z zewnątrz (art. 11 ust. 3 zd. 1). Ponadto na radcę prawnego nałożono powinność unikania wszelkich ograniczeń własnej niezależności i zakaz odstępowania od zasad etyki w celu spełnienia oczekiwań klienta, sądu lub osób trzecich (art. 11 ust. 3 zd. 2). Przepisy te nakładały na radców prawnych daleko idący obowiązek nie tylko powstrzymywania się od określonych naruszeń zasad etyki zawodowej, ale także obowiązek przezorności w celu unikania sytuacji, w której radca prawny mógłby zostać ograniczony w swej niezależności.

¹³ Kodeks Etyki Radcy Prawnego stanowiący załącznik do uchwały nr 5/2007 Krajowego Zjazdu Radców Prawnych z dnia 10 listopada 2007 r., przywoływany w tekście opinii także jako KERP z 2007 r.

Należy przy tym zauważyć, że niezależność radcy prawny jest obok tajemnicy radcowskiej jedną z podstawowych zasad gwarantujących należyte wykonywanie zawodu. Zasada niezależności została przez prawodawstwo samorządowe podniesiona do rangi podstawowych wartości zawodu radcy prawnego. Zgodnie z art. 7 KERP, to właśnie niezależność radcy prawnego jest gwarancją ochrony praw i wolności obywatelskich, demokratycznego państwa prawnego i sprawowania wymiaru sprawiedliwości. Także ten przepis wskazuje in fine na konieczność dbania przez radcę prawnego o zapewnienie wolności od wszelkich wpływów, a szczególnie tych, które mogą wynikać z jego osobistych interesów czy nacisków zewnętrznych, ograniczeń, nakłaniania, gróźb ingerencji bezpośredniej lub pośredniej z jakiegokolwiek strony lub z jakiegokolwiek powodu. Ze względu na rangę zasady niezależności radcy prawnego należy przyjąć, że jej naruszenie jest równoznaczne ze stwierdzeniem nienależytego wykonywania zawodu radcy prawnego, co z kolei może stanowić podstawę odpowiedzialności dyscyplinarnej. Przepis art. 25 KERP wyraźnie stanowi, że radca prawny nie może zajmować się sprawami ani w jakikolwiek inny sposób uczestniczyć w czynnościach, które ograniczałyby jego niezależność, uwłaczały godności zawodu, podważały do niego zaufanie albo groziły naruszeniem tajemnicy zawodowej. Dla negatywnej oceny wykonywania zawodu przez radcę prawnego wystarczy przy tym przypisanie sprawie lub czynności tylko jednej z wymienionych cech¹⁴. Należy zwrócić uwagę, że Kodeks stanowi o zajmowaniu się sprawami lub uczestniczeniu w czynnościach. W doktrynie wyraża się pogląd o szerokim zakresie znaczeniowym pojęcia zajmowanie się sprawami. Pojęcie to obejmuje „wszystkie czynności w tym także takie, w których wymagane jest jedynie uczestnictwo”. Nie wystarcza przy tym jedynie pośredni wpływ na niezależność danej sprawy lub uczestnictwa w danych czynnościach. Nie chodzi też o wpływ na interes materialny radcy prawnego, lecz o wpływ na niezależność przy wykonywaniu czynności objętych pojęciem świadczenia pomocy prawnej. Z taką sytuacją mamy do czynienia ilekroć charakter spraw, którymi zajmuje się radca prawny powodować będzie, że radca prawny wydając opinię prawną nie będzie w pełni niezależny, to jest opinia taka zawierać będzie inne wnioski lub choćby inne dodatkowe informacje (por. komentarz do KERP str. 160).

¹⁴ Por. komentarz do art. 25 KERP, teza 2 w: Kodeks Etyki Radcy Prawnego. Komentarz pod red. Tomasza Schefflera, Wydawnictwo C. H. Beck Warszawa 2017, str. 157, powoływany dalej jako Komentarz do KERP.

Niezależność radcy prawnego oznacza też jego wolność od wszelkich zewnętrznych wpływów. Dotyczy to zarówno poleceń przełożonych, jak i wpływu ze strony osoby, której w jednostce organizacyjnej zatrudniającej radcę prawnego powierzono funkcję koordynatora. Jak wynika z § 12 ust. 1 Regulaminu, działania koordynatora nie mogą ograniczać samodzielności radców prawnych w wykonywaniu powierzonych im zadań. Samodzielność zawodowa jak wskazano powyżej jest istotnym elementem statusu zawodowego radcy prawnego jako osoby wykonującej wolny zawód. Ograniczenie samodzielności jest równoznaczne w każdym wypadku z ograniczeniem niezależności radcy prawnego.

Powołanie komisji przetargowej

Podstawę prawną powołania komisji przetargowej stanowi przepis art. 19 ustawy Prawo zamówień publicznych. Komisja przetargowa powoływana jest przez kierownika jednostki organizacyjnej, która przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego (zamawiającego). Komisja taka może mieć charakter stały albo zostać powołana do przeprowadzenia konkretnego zamówienia.

W zależności od wartości zamówienia publicznego, komisja przetargowa może mieć charakter obligatoryjny lub fakultatywny. W postępowaniach o wartości określonej dla tzw. zamówień unijnych, tj. wymagających ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej powołanie komisji jest obligatoryjne, zaś w postępowaniach o wartości poniżej progów określonych na podstawie art. 11 ust. 8 Prawa zamówień publicznych kierownik zamawiającego może powołać komisję przetargową, jeśli uzna to za wskazane.

Zadania komisji obejmują dokonanie oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu, badanie i ocenę ofert. Kierownik zamawiającego może powierzyć komisji także inne czynności w toku postępowania albo czynności związane z przygotowaniem postępowania o udzielenie zamówienia. Komisja przetargowa po dokonaniu badania i oceny ofert może w szczególności przedstawić kierownikowi jednostki organizacyjnej propozycje wykluczenia z postępowania, odrzucenia oferty, wyboru najkorzystniejszej oferty. Komisja może także występować do zamawiającego z wnioskiem o unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Członków komisji przetargowej powołuje kierownik zamawiającego. W skład komisji wchodzi co najmniej 3 osoby, przy czym PZP nie zawiera jakichkolwiek regulacji

prawnych wskazujących, jakie wymagania stawia się osobom mającym wchodzić w skład komisji. Przepisy prawa nie określają też co do zasady, z jakich osób komisja przetargowa powinna się składać. Jedynie przepis art. 20a ust. 3 w zw. z ust. 1 PZP stanowi, że w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane lub usługi, których wartość jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość 1 miliona EURO, w skład komisji przetargowej wchodzi dwóch członków specjalnie powoływanego w takim wypadku zespołu do nadzoru nad realizacją udzielonego zamówienia. Wypada przy tym zauważyć, że zamawiający z inicjatywy własnej lub na wniosek komisji przetargowej może powołać biegłych (art. 21 ust. 4 PZP). Biegli tacy nie wchodzi w skład komisji przetargowej, lecz w sposób niezależny i samodzielny, także wobec zamawiającego i powołanej przez niego komisji przetargowej wykonuje funkcje eksperckie.

Porównując zakres uprawnień i kompetencji komisji przetargowej z zakresem pojęcia pomocy prawnej, trzeba zauważyć, że nie wszystkie z zadań komisji przetargowej należą do zakresu pojęcia pomocy prawnej. Przede wszystkim nie sposób zaliczyć do przejawów świadczenia pomocy prawnej czynności oceny ofert. W istocie bowiem czynności takie wymagają wiedzy technicznej dotyczącej przedmiotu zamówienia a nie wiedzy prawnej. Omawiane czynności nie polegają na ochronie interesów prawnych jednostki, w której radca prawny jest zatrudniony.

Dlatego też przyjęć należy, że powierzenie radcy prawnemu obowiązków członka komisji przetargowej prowadzi do wykonywania przez radcę prawnego czynności niemieszczących się w pojęciu świadczenia pomocy prawnej i tym samym nie stanowi przejawu wykonywania zawodu radcy prawnego. Nie można zaś co do zasady dopuszczać wykonywania przez radcę prawnego na rzecz jego pracodawcy w ramach łączącego strony stosunku pracy innych czynności niż związane z wykonywaniem zawodu radcy prawnego, gdyż byłoby to zagrażałoby to podstawowym wartościom zawodu radcy prawnego. Przede wszystkim wypada zauważyć, że nie można pogodzić wykonywania przez radcę prawnego na rzecz podmiotu będącego jego pracodawcą czynności niezwiązanych bezpośrednio ze świadczeniem pomocy prawnej z zasadą niezależności radcy prawnego. Wszelkie bowiem czynności niezwiązane ze świadczeniem pomocy prawnej stanowią już od samego początku wyraz podporządkowania się poleceniom pracodawcy w zakresie powodującym niezgodność z zasadami wykonywania zawodu radcy prawnego. Ponadto wykonywanie tych czynności

nie będzie korzystać z gwarancji, jakie ustawodawca ustanawia dla prawidłowego wykonywania zawodu radcy prawnego. Po trzecie wreszcie z istoty członkostwa w komisji przetargowej wynika podporządkowanie pracodawcy (kierownikowi jednostki) wykluczające niezależność osób wchodzących w skład komisji przy wykonywaniu obowiązków określonych przepisami Prawa zamówień publicznych.

Należy także zważyć na specyficzną sytuację komisji, która poddawana jest nie tylko kontroli samego pracodawcy, lecz także kontroli ze strony organów zewnętrznych choćby uprawnionych do badania dyscypliny finansów publicznych lub prawidłowości postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego. W toku takiego postępowania może powstać potrzeba wykonywania przez radcę prawnego czynności pomocy prawnej poprzez udzielanie porad prawnych lub sporządzanie opinii prawnych na zlecenie osoby uprawnionej w imieniu pracodawcy do zlecenia usług pomocy prawnej radcy prawnemu zatrudnionemu u tego pracodawcy. Jeśli jednak radca prawny będzie zaangażowany bezpośrednio w prace takiej komisji nie będzie mógł świadczyć pomocy prawnej na rzecz pracodawcy.

Na koniec tych rozważań godzi się zauważyć, że łączenie w ramach stosunku pracy czynności mieszczących się w zakresie pomocy prawnej, jak i wykraczających poza ten zakres w sposób bezpośredni zagraża prawidłowemu wykonywaniu czynności zawodowych. Taka ocena wynika z tego, że jeśli radca prawny w określonej kategorii spraw działa w sposób pozbawiony niezależności, to w naturalny sposób musi liczyć się z ograniczeniem niezależności w pozostałym zakresie albo bezpośrednio albo przynajmniej pośrednio. Tylko zachowując niezależność w pełnym zakresie czynności wykonywanych na rzecz danego podmiotu, radca prawny może zachować pozycję gwarantującą mu niezależność przy wykonywaniu czynności *stricte* zawodowych.

Podsumowanie

Wykonywanie przez radcę prawnego w jednostce zatrudniającej obowiązków członka komisji przetargowej jest nie do pogodzenia z charakterem zawodu radcy prawnego jako wolnego zawodu. Jak wcześniej zaznaczono spośród cech wolnego zawodu, które mają relewantny charakter z punktu widzenia przedmiot opinii należy wskazać osobisty charakter, oparcie więzi pomiędzy klientem (pracodawcą) a radcą prawnym (pracownikiem) na zaufaniu, samodzielność zawodowa, niezależność wykonawcza oraz osobista odpowiedzialność za należyte wykonywanie świadczenia.

Radca prawny nie wykonuje będąc członkiem komisji przetargowej czynności osobiście lecz zespołowo (kolegialnie). Decyzje komisji zapadają poprzez głosowanie. W tych warunkach nie może być też mowy o wykonywaniu czynności w sposób niezależny, gdyż stanowisko radcy prawnego nie może przesądzić o stanowisku samej komisji. Konsekwencją udziału radcy prawnego w komisji jest zaś możliwość postrzegania decyzji komisji w kontekście obejmującym szczególny status zawodowy radcy prawnego, co z kolei może wpływać na ocenę samego radcy prawnego w związku z działaniami i decyzjami komisji przetargowej. W takiej sytuacji trudno też mówić o osobistej odpowiedzialności radcy prawnego za wykonywane przez niego w toku prac komisji czynności.

W konsekwencji wykonywania czynności zawodowych radcy prawnego w warunkach ograniczających niezależność dochodzi ponadto do podważenia zaufania do radcy prawnego. Do samej istoty zawodu radcy prawnego należy zaś jego szczególny charakter pozwalający na zaliczenie tego zawodu do zawodów zaufania publicznego. Jak wskazano w preambule KERP, radca prawny wykonuje w sposób samodzielny i niezależny wolny zawód. Taki sposób wykonywania czynności zawodowych służy interesom wymiaru sprawiedliwości jak również tym, których prawa i wolności zostały mu powierzone w celu ochrony. Można więc stwierdzić, że niezależność radcy prawnego leży zarówno w interesie publicznym państwa (wymiaru sprawiedliwości), jak i w interesie klienta. Nie ma przy tym znaczenia szczególny charakter klienta będącego jednostką organizacyjną sektora finansów publicznych.

Na sposób wywiązywania się z obowiązku niezależności nie może mieć jakiegokolwiek wpływu pracowniczy status radcy prawnego zatrudnianego przez daną jednostkę organizacyjną. Podkreślić bowiem należy, że ustawa o radcach prawnych stwarza szczególne gwarancje niezależności radcy prawnego wykonującego zawód w ramach stosunku pracy, między innymi zakaz wydawania poleceń wykonania czynności wykraczającej poza zakres pomocy prawnej. Z uwagi na charakter stosunku pracy przestrzeganie tej zasady szczególnie istotną gwarancję niezależności radcy prawnego. W tym kontekście wypada jeszcze raz wspomnieć o niezależności wewnętrznej radcy prawnego rozumianej jako postawa niezależności. Tak rozumiana niezależność jest podstawą dyrektyw postępowania radcy prawnego wyrażonych w modelowej zasadzie i wymagających zarówno unikania sytuacji, w której niezależność zawodowa mogłaby zostać wyłączone lub ograniczone, jak i w razie znalezienia się w takiej sytuacji

nakładających obowiązek odmowy przyjęcia zlecenia (w tym wypadku polecenia udziału w komisji przetargowej).

Dlatego też udzielając końcowej odpowiedzi na sformułowane na wstępie zagadnienia, należy stwierdzić, że zarówno powoływanie radców prawnych, jak i udział radców prawnych w komisjach przetargowych powoływanych w postępowaniach przetargowych prowadzonych w jednostkach sektora finansów publicznych pozostają w sprzeczności z przepisami ustawy o radcach prawnych oraz Kodeksu Etyki Radcy Prawnego. Pracodawca nie powinien zlecać radcy prawnemu czynności nienależących do zakresu pomocy prawnej a czynności wykonywane w komisji przetargowej obejmują także czynności wykraczające poza zakres pojęcia pomocy prawnej. Radca prawny nie powinien zaś przyjmować zlecenia wykonania czynności członka komisji przetargowej, gdyż prowadzi to do wykonywania zawodu w sposób nienależyty, zagrażając zasadzie niezależności i samodzielności i godząc w istotę zawodu radcy prawnego jako wolnego zawodu. Mając na względzie takie ustalenia, ocena zasadności powoływania radców prawnych zatrudnionych w jednostkach organizacyjnych sektora finansów publicznych w skład komisji przetargowych staje się bezprzedmiotowa.

r. pr. Tomasz Głębocki