

JAKUB POKRZYWNIAK,
TOMASZ KWIECIŃSKI, JERZY BAEHR

**ŚRODKI OCHRONY
PRAWNEJ W PROCEDURACH
ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH**

WARSZAWA – KATOWICE 2006

© Copyright by Urząd Zamówień Publicznych

Warszawa 2006

Spis treści

Od autorów	5
Rozdział I	6
1. Wprowadzenie	6
1.1. Charakter prawny środków ochrony prawnej.....	6
1.2. Środki ochrony prawnej w prawie wspólnotowym	10
1.3. Pojęcie interesu prawnego	13
1.4. Podmioty legitymowane do wnoszenia środków ochrony prawnej oraz uczestnicy postępowań	18
1.4.1. Wykonawcy i uczestnicy konkursu.....	19
1.4.2. Inne osoby.....	21
1.4.3. Organizacje zrzeszające wykonawców.....	22
1.4.4. Wykonawca, który przystąpił do postępowania protestacyjnego lub odwoławczego	27
1.4.5. Zamawiający	27
1.4.6. Pełnomocnictwo do wnoszenia środków ochrony prawnej i występowania w postępowaniach.....	27
Rozdział II.....	31
2. Protest.....	31
2.1. Istota postępowania protestacyjnego	31
2.2. Podstawy i przedmiot protestu	32
2.3. Terminy do wniesienia protestu	35
2.4. Wymogi formalne protestu	45
2.5. Przystąpienie do postępowania protestacyjnego	53
2.6. Odrzucenie protestu	60
Rozdział 3.....	80
3. Odwołanie.....	80
3.1. Istota postępowania odwoławczego	80

3.2. Organ prowadzący postępowanie odwoławcze.....	83
3.3. Podstawy wniesienia odwołania	89
3.4. Treść odwołania	90
3.5. Podmioty uprawnione do wniesienia odwołania i uczestnicy postępowania odwoławczego.....	91
3.6. Terminy do wniesienia odwołania	95
3.7. Wymogi formalne odwołania.....	102
3.8. Zwrot i odrzucenie odwołania	107
3.9. Cofnięcie odwołania i przystąpienia do postępowania odwoławczego	110
3.10. Wyznaczanie arbitrów	112
3.11. Wyłączenie arbitra	113
3.12. Postępowanie przed zespołem arbitrów	115
3.13. Dowody w postępowaniu odwoławczym.....	123
3.14. Termin do rozpoznania odwołania	125
3.15. Rozstrzygnięcie odwołania	126
3.16. Koszty postępowania odwoławczego	153
Rozdział IV	158
4. Skarga do sądu.....	158
4.1. Zagadnienia wstępne	158
4.2. Legitymacja do wniesienia skargi.....	160
4.3. Właściwość sądu; termin do wniesienia skargi i inne wymogi formalne.....	167
4.4. Treść skargi.....	172
4.5. Wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy.....	174
4.6. Postępowanie skargowe	176
4.7. Rozstrzygnięcie skargi	179

Od autorów

Niniejszy poradnik dotyczy środków ochrony prawnej uregulowanych w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych („Pzp”). Uwzględnia on stan prawny po nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 7 kwietnia 2006 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych („Nowelizacja”).

Z uwagi na znaczny zakres zmian wprowadzonych do przepisów regulujących środki ochrony prawnej, poradnik zawiera w koniecznym zakresie odesłania do poprzedniego stanu prawnego. Ich celem jest ułatwienie przyswojenia sobie nowych rozwiązań ustawowych przez osoby „przyzwyczajone” do unormowania wynikającego z pierwotnego brzmienia Pzp. Porównania te mają również na celu analizę orzecznictwa powstałego przed Nowelizacją, pod kątem jego dalszej przydatności na gruncie nowej regulacji.

Poszczególne rozdziały kończą się przytoczeniem fragmentów wybranych orzeczeń sądowych oraz orzeczeń zespołów arbitrów. Orzeczenia te ilustrują dominującą linię orzeczniczą, nie zawsze jednak są w pełni zgodne z tezami zawartymi w Poradniku. Niemniej, w przypadku zawarcia w Poradniku twierdzeń odbiegających od stanowiska orzecznictwa, czynione są wyraźne zastrzeżenia wskazujące na odmiennosc poglądów autorów.

Rozdział I

1. Wprowadzenie

1.1. Charakter prawny środków ochrony prawnej

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego ma charakter cywilnoprawny. Wykonawca w nim uczestniczący ma szereg uprawnień chroniących jego interes w uzyskaniu zamówienia, których realizacji służy m.in. system środków ochrony prawnej uregulowany w Pzp. Opiera się on na specyficznych, oryginalnych rozwiązaniach, które w części przypominają postępowanie reklamacyjne, a w części wykorzystują instytucje procedury cywilnej.

Pzp przewiduje trzy środki ochrony prawnej: protest, odwołanie oraz skargę do sądu. Ich charakter prawny nie jest jednolity.

(a) **Protest**

Protest inicjuje postępowanie przed samym zamawiającym (postępowanie protestacyjne). Zgodnie z art. 180 Pzp, protest może być wniesiony wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, czynności podjętych przez zamawiającego w toku postępowania oraz w przypadku zaniechania przez zamawiającego czynności, do której jest obowiązany na podstawie ustawy. Ustawa nie wymienia czynności zamawiającego podejmowanych w toku postępowania, które mogą być przedmiotem protestu, a zatem może nim być każda czynność zamawiającego i każde jego zaniechanie w postępowaniu (przy spełnieniu pozostałych przesłanek z art. 179 Pzp). Na podstawie protestu zamawiający może podjąć stosowne działania w celu naprawienia zaistniałych w postępowaniu nieprawidłowości. Postępowanie protestacyjne nie ma zatem charakteru kontradyktoryjnego - nie toczy się przed niezależnym organem, który ocenia racje dwóch stron o przeciwstawnych interesach. Postę-

powanie protestacyjne stanowi formę podejmowanej na wniosek zainteresowanego podmiotu weryfikacji przez zamawiającego prawidłowości czynności dokonanych przezeń w postępowaniu. Kończy się ono przez rozstrzygnięcie protestu przez zamawiającego. Można je określić jako swego rodzaju postępowanie reklamacyjne.

(b) Odwołanie

Od rozstrzygnięcia protestu przysługuje odwołanie. Odwołanie wszczynają postępowanie przed zespołem arbitrów przy Prezesie UZP. Postępowanie to ma charakter kontradiktoryjny, gdyż uczestniczą w nim dwie strony (zamawiający i odwołujący się) i prowadzone jest przez niezależny od stron organ. Do postępowania odwoławczego stosuje się odpowiednio przepisy o sędziach polubownych zawarte w Kpc. Postępowanie odwoławcze kończy się wydaniem wyroku albo postanowienia przez zespół arbitrów (ewentualnie zwrotem odwołania w drodze postanowienia Prezesa UZP w przypadku jego nieopłacenia).

W orzecznictwie zespołów arbitrów zwrócono uwagę na zasadę dwuinstancyjności środków ochrony prawnej, rozumianą w ten sposób, że postępowanie odwoławcze ma na celu kontrolę sposobu rozstrzygnięcia protestu. W konsekwencji, nie jest skuteczne przedstawienie w postępowaniu odwoławczym nowych zarzutów, które nie były zgłoszone w postępowaniu protestacyjnym, mimo że protestujący miał taką możliwość.

Liczba wnoszonych odwołań stale rośnie. W roku 1995 wniesiono ich 353, a w 2005 r. już 4094¹.

(c) Skarga

Postępowanie ze skargi na orzeczenie zespołu arbitrów jest postępowaniem sądowym. Stosuje się do niego odpowiednio przepisy o apelacji, która jest w procedurze cywilnej środkiem odwoław-

1 M. Stręciwilk – Białek, Instytucje polskiego systemu odwoławczego, referat na konferencji „Środki ochrony prawnej w systemach zamówień publicznych”, Warszawa 20-21 października 2005; zob. także Sprawozdanie z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w 2005 r., Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa, czerwiec 2006 r.

czym od orzeczeń sądu I instancji. Skarga nie jest jednak zwykłym środkiem odwoławczym, lecz nadzwyczajnym środkiem ochrony prawnej, rozpoznawanym przez sąd powszechny². Jest to forma kontroli sądu powszechnego nad prawidłowością rozstrzygnięcia zespołu arbitrów. Skarga przenosi rozpoznanie sprawy do organu „wyższej instancji”.

W roku 2005 wniesiono 563 skargi na orzeczenia zespołów arbitrów, zaskarżając 15,3% orzeczeń zespołów arbitrów³.

Środki ochrony prawnej przysługują we wszystkich trybach udzielania zamówień. W praktyce, najczęściej są wnoszone w procedurach konkurencyjnych, choć teoretycznie mogą być wnoszone również przy udzielaniu zamówienia z wolnej ręki.

Pzp w pierwotnym brzmieniu nie przewidywało minimalnego progu wartości zamówienia, od którego można wnosić środki ochrony prawnej, a zatem można było je wnosić niezależnie od wartości zamówienia (pamiętając, że Pzp stosuje się, do zamówień o wartości powyżej równowartości kwoty 6.000 euro). Ten stan prawny uległ zmianie na skutek Nowelizacji, gdyż zgodnie z art. 4a ust. 1 Pzp, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego wartość nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty 60.000 euro nie stosuje się przepisów ustawy dotyczących odwołań i skarg. Oznacza to, że w „procedurze uproszczonej” jedynym środkiem ochrony prawnej jest protest, rozstrzygany przez zamawiającego, który w tym zakresie nie podlega już dalszej kontroli „instancyjnej”.

Warto w tym miejscu zauważyć, że choć z perspektywy wielu zamawiających wnoszone środki ochrony prawnej jawią się nieraz jako istotne utrudnienie procedury udzielania zamówień, to jednak instytucja ta paradoksalnie stanowi również realną pomoc dla zamawiających. Wniesienie protestu jest nieraz sygnalizacją rzeczywistych uchybień popełnionych przez zamawiającego w postępowaniu, przez co zamawiający zyskuje szansę ich wyeliminowania. Tym samym zmniejsza się ryzyko zawarcia umowy

2 W. Łysakowski, Ochrona prawna wykonawcy, Część III, Zamówienia Publiczne Doradca 2004/12, s. 5

3 Sprawozdanie ..., ibidem

w postępowaniu, w którym doszło do rażącego naruszenia przepisów Pzp. Przyznanie wykonawcom prawa wniesienia protestu jest też jedną z gwarancji prawidłowości funkcjonowania systemu zamówień publicznych. Wykonawcy, zainteresowani uzyskaniem zamówienia są bowiem nieraz najbardziej wnikliwymi „recenzentami” czynności zamawiającego, a także innych wykonawców. Z drugiej strony, zdarzają się oczywiście przypadki wykorzystywania środków ochrony prawnej dla obstrukcji toczących się postępowań przez działających w złej wierze wykonawców. Pzp stara się tego typu sytuacjom przeciwdziałać m.in. przez stworzenie w niektórych przypadkach możliwości zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu. Wskazany powyżej wzrost liczby wnoszonych środków ochrony prawnej jest zapewne zarówno wynikiem wzrostu świadomości prawnej w dziedzinie zamówień publicznych, jak i ciągłego zaostrzania walki konkurencyjnej pomiędzy przedsiębiorcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia. Nierzadko wszakże przedmiotem protestu i odwołania są czynności lub zaniechania zamawiających, polegające na wyborze oferty złożonej przez innego wykonawcę lub na zaniechaniu odrzucenia takiej oferty, czy zaniechaniu wykluczenia konkurenta z postępowania.

W praktyce zdarza się, że zamawiający ustanawiają szczegółowe procedury udzielania zamówień nie objętych zakresem zastosowania Pzp (np. z uwagi na nieprzekroczenie progu wartości zamówienia), zwanych potocznie „zamówieniami niepublicznymi”. Często zatem tworzy się rozmaite regulaminy zamówień niepublicznych, których treść zbliża się do rozwiązań przyjętych w Pzp dla udzielania zamówień publicznych. W szczególności zdarza się, że w regulaminach zamówień niepublicznych przewiduje się rozmaite „środki zaskarżania” czynności zamawiającego. Nie powinno budzić wątpliwości, że w przypadku zamówień nie podlegających Pzp, zamawiający może zobowiązać się wobec uczestników postępowania do rozpoznania ich zarzutów co do przebiegu postępowania, wprowadzając tym samym swego rodzaju procedurę zbliżoną do postępowania protestacyjnego. Może ona polegać zwłaszcza na przyznaniu uczestnikom postępowania uprawnienia do „zaskarżania” czynności pracowników zamawiającego prowadzących postępowanie do organów zarządzających zamawiającego. Takie rozwiązanie, jeśli zostanie przewidziane przez zama-

wiającego, będzie go wiązać na mocy postanowień Kodeksu cywilnego, przewidujących, że organizator aukcji lub przetargu, zobowiązany jest postępować zgodnie z warunkami aukcji lub przetargu (art. 701 § 4 Kc). Jednocześnie jednak w przypadku „zamówień niepublicznych” oczywiście bezskuteczne byłoby przyznanie w regulaminie udzielania tych zamówień uczestnikom postępowań możliwości wniesienia odwołania do Prezesa UZP (celem rozpoznania przez zespół arbitrów).

1.2. Środki ochrony prawnej w prawie wspólnotowym

Polska regulacja środków ochrony prawnej jest rezultatem m.in. konieczności implementacji przez prawodawcę polskiego dyrektywy Rady nr 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane⁴ oraz dyrektywy Rady nr 92/13/EWG z dnia 25 lutego 1992 r. koordynującej przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne odnoszące się do stosowania przepisów wspólnotowych w procedurach zamówień publicznych podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji⁵.

Dyrektywa 89/665/EWG nakłada na Państwa Członkowskie obowiązek wdrożenia środków niezbędnych dla zapewnienia, w odniesieniu do procedur udzielania zamówień, że decyzje podjęte przez instytucje zamawiające podlegają efektywnemu oraz, w szczególności, możliwie szybkiemu postępowaniu odwoławczemu, w przypadku naruszenia przez takie decyzje prawa wspólnotowego w dziedzinie zamówień publicznych lub krajowych przepisów wdrażających to prawo (art. 1 ust. 1). Krajowe przepisy wdrażające prawo wspólnotowe w dziedzinie zamówień publicznych są to - w polskim systemie prawa - Pzp i wydane na jej podstawie rozporządzenia wykonawcze.

Państwa Członkowskie winny zapewnić, że procedury odwoławcze, zgodnie ze szczegółowymi przepisami, które Państwa Członkowskie mogą wprowadzić, dostępne są co najmniej każdemu podmiotowi, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia publicznego na

4 Dz. Urz. Nr L 395 z 1989 r.

5 Dz. Urz. Nr L 76 z 1992 r.

dostawy lub roboty budowlane, w przypadku, gdy taki podmiot doznał uszczerbku lub zagraża mu doznanie uszczerbku w wyniku domniemanego naruszenia przepisów (art. 1 ust. 3). Wymóg interesu prawnego jest jedną z kluczowych przesłanek korzystania ze środków ochrony prawnej na gruncie Pzp. Państwa Członkowskie mogą wymagać od podmiotu, który zamierza skorzystać ze środków odwoławczych, uprzedniego powiadomienia instytucji zamawiających o domniemanym naruszeniu przepisów oraz o zamiarze skorzystania ze środków odwoławczych. Odpowiednikiem tej regulacji wspólnotowej jest polska instytucja protestu.

Zgodnie z art. 2 dyrektywy, Państwa Członkowskie mają obowiązek zapewnić wprowadzenie do procedur odwoławczych odpowiednich środków obejmujących prawo do:

- (a) podjęcia, w możliwie najkrótszym terminie, w drodze zarządzenia tymczasowego, środków tymczasowych w celu naprawy domniemanego naruszenia lub zapobieżenia dalszym szkodom wobec podmiotów, których to dotyczy, w tym zawieszenia lub doprowadzenia do zawieszenia procedury udzielania zamówienia publicznego lub wykonania decyzji podjętych przez instytucję zamawiającą;
- (b) uchylenia lub doprowadzenia do uchylenia bezprawnych decyzji, w tym usunięcia dyskryminujących specyfikacji technicznych, ekonomicznych lub finansowych zawartych w zaproszeniu do składania ofert, dokumentacji zamówienia lub we wszelkich innych dokumentach związanych z procedurą udzielania zamówienia;
- (c) przyznania odszkodowania podmiotom, które doznały uszczerbku w wyniku naruszenia.

Dyrektywa wskazuje, iż procedura odwoławcza nie musi mieć automatycznego skutku zawieszającego wobec postępowania w sprawie udzielenia zamówienia, do którego się odnosi (art. 2 ust. 3).

Państwa Członkowskie mogą uznać, że organ odwoławczy przy podejmowaniu decyzji o zastosowaniu środków tymczasowych może wziąć pod uwagę prawdopodobne konsekwencje podejmowanych środków dla wszystkich stron, które mogą doznać uszczerbku, a także dla interesu pu-

blicznego i organ ten może nie stosować takich środków, jeżeli ich negatywne konsekwencje mogłyby przewyższyć korzyści. Decyzja o niezastosowaniu środków tymczasowych nie narusza pozostałych roszczeń podmiotu korzystającego ze środków odwoławczych (art. 2 ust. 4).

Powyższe postanowienia dyrektywy są co do zasady implementowane w polskich regulacjach odnoszących się do procedury odwoławczej.

Państwa Członkowskie mogą uznać, że w przypadku, gdy występuje roszczenie o odszkodowanie w związku z bezprawnym podjęciem decyzji, przedmiotowa decyzja musi być uprzednio uchylona przez organ mający niezbędne uprawnienia (art. 2 ust. 5).

Ponadto Państwo Członkowskie może uznać, z wyjątkiem sytuacji, gdy decyzja musi zostać uchylona przed przyznaniem odszkodowania, że po podpisaniu umowy wskutek udzielenia zamówienia, uprawnienia organów odwoławczych są ograniczone do przyznania odszkodowań podmiotom, które doznały uszczerbku w wyniku naruszenia przepisów (art. 2 ust. 6).

Pzp nie zawiera szczególnej regulacji dotyczącej roszczeń odszkodowawczych podmiotów, których interes prawny został naruszony przez zamawiających w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Roszczenia takie mogą jednak opierać się na przepisach Kc. Poszkodowany może dochodzić roszczeń przed sądem powszechnym, nie zaś przed organem jurysdykcyjnym powołanym do rozpoznawania odwołań.

Dyrektywa przewiduje w art. 2 ust. 7, że Państwa Członkowskie są nadto zobowiązane zapewnić efektywne wykonywanie decyzji podjętych przez organy odwoławcze.

W przypadku, gdy organy odwoławcze nie mają charakteru sądowego, należy wprowadzić przepisy gwarantujące postępowanie, dzięki któremu wszelkie ewentualnie bezprawne środki podjęte przez organ odwoławczy lub wszelkie uchybienia w wykonywaniu nadanych mu uprawnień będą mogły być przedmiotem odwołania w sądzie lub odwołania rozpatrywanego przez inny organ będący sądem lub trybunałem, który jest niezależny zarówno od instytucji zamawiającej, jak i organu odwoławczego. Członkowie tego niezależnego organu powoływani są i odwoływani na takich samych warunkach, jak sędziowie, jeżeli chodzi o urząd

odpowiedzialny za ich nominację, okres kadencji oraz ich odwołanie. Przynajmniej przewodniczący tego niezależnego organu musi mieć takie same kwalifikacje zawodowe i prawne, jak sędziowie. Niezależny organ podejmuje decyzje po przeprowadzeniu postępowania, w którym wysłuchane są obie strony, a decyzje te są prawnie wiążące, w sposób określony przez każde Państwo Członkowskie (art. 2 ust. 8).

Z dyrektyw wspólnotowych wynikają następujące zasady postępowania odwoławczego⁶:

- skuteczność postępowania odwoławczego,
- szybkość postępowania odwoławczego,
- zakaz dyskryminacji ze względu na narodowość,
- powszechność dostępu do środków odwoławczych.

1.3. Pojęcie interesu prawnego

Kluczowym pojęciem dla systemu środków ochrony prawnej w Pzp jest interes prawny. Jednocześnie jest to pojęcie sprawiające wiele trudności interpretacyjnych.

Jak wskazano powyżej, dyrektywa Rady nr 89/665/EWG w art. 1 ust. 3 stanowi, że Państwa Członkowskie zapewnią, iż środki odwoławcze są dostępne co najmniej każdemu podmiotowi, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia publicznego na dostawy lub roboty budowlane, w przypadku, gdy taki podmiot doznał uszczerbku lub zagraża mu doznanie uszczerbku w wyniku domniemanego naruszenia przepisów.

Z regulacją przyjętą w dyrektywie koresponduje Pzp. Zgodnie z art. 179, środki ochrony prawnej przysługują wykonawcom i uczestnikom konkursu, a także innym osobom, jeżeli ich interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Przepis ten należy interpretować w ten sposób, że wymóg istnienia interesu prawnego dotyczy nie tyl-

6 M. Lemke, Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej. Procedury odwoławcze w świetle dyrektyw, wyd. II, Warszawa 2000, s. 11-13

ko „innych osób” (o których mowa w przepisie), lecz także wykonawców i uczestników konkursu.

Pojęcie interesu prawnego nie jest zdefiniowane w Pzp. Pojęcie to, na gruncie Pzp, obejmuje przede wszystkim interesy majątkowe podmiotu wnoszącego środek ochrony prawnej (z uwagi na majątkowy cel postępowania). Zgodzić należy się z poglądem⁷, który proponuje przeniesie na grunt Pzp następującą, klasyczną już definicję „interesu prawnego” sformułowaną w nauce: „Interes [...] musi być interesem prawnym, tzn. dotyczyć określonego prawa lub stosunku prawnego [...]. Nie wystarczy przeto interes czysto uczuciowy, emocjonalny lub zaspokajający wyłącznie społeczne żądania i aspiracje dochodzącego ochrony.[...] Usprawiedliwiający ochronę interes musi pozostawać w zgodzie z porządkiem prawnym i zasadami współżycia społecznego”⁸. Sięgając do dorobku doktryny postępowania cywilnego, można stwierdzić, że również na gruncie Pzp interes prawny musi być zgodny m.in. z zasadami współżycia społecznego⁹.

Pomiędzy naruszeniem przez zamawiającego przepisów Pzp a naruszeniem lub zagrożeniem interesu prawnego wykonawcy musi zachodzić normalny związek przyczynowy.

Przepis wskazuje, że chodzi o interes prawny w uzyskaniu zamówienia. W związku z tym w praktyce zdarzają się orzeczenia, w których przyjmuje się, że np. przedsiębiorca, który złożył ofertę czwartą pod względem atrakcyjności nie może składać protestów i odwołań, które kwestionowałyby wybór najkorzystniejszej oferty przez zamawiającego. Nawet gdyby bowiem potwierdziły się zarzuty odnośnie oferty zwycięskiej, to i tak oferta wykonawcy korzystającego ze środków ochrony prawnej nie miałaby szans na wybranie. Wykonawca czwarty w kolejności mógłby korzystać ze środków ochrony prawnej tylko wówczas, gdyby podważał jednocześnie poprawność oferty drugiej i trzeciej¹⁰. W praktyce i w piśmiennictwie przyjmuje się także często, że traci interes prawny w zaskarżeniu wyboru najkorzystniejszej ofert ten wykonawca, którego wykluczono z postępowania, a jego ofertę odrzucono i który na czynności te nie złożył

7 W. Łysakowski, Środki ochrony prawnej, Poradnik, Warszawa 2004, s. 22

8 J. Ignatowicz, System prawa cywilnego, Tom I, Wydawnictwo PAN 1985, s. 875

9 A. Zieliński, K. Flaga-Gieruszyńska, Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz, t. I, Warszawa 2005, s. 523

10 Czwarty z kolei nie protestuje (informacja prasowa sygnowana skrótem „wik”), Rzeczpospolita z dn. 12 października 2005 r.

protestu. Przyjmuje się bowiem, że skoro wykonawca został wykluczony, a jego oferta została odrzucona, to i tak nie uzyskałby on zamówienia, a zatem zaskarżenie wyboru innej oferty nie może mu przynieść żadnych korzyści. Na gruncie Pzp stanowisko to zostało jednak zakwestionowane przez część doktryny. Podnosi się bowiem, że nawet jeśli podmiot wykluczony z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego traci status „wykonawcy”, to nadal może być uznany za „inną osobę” w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Ma on legitymację do wnoszenia środków odwoławczych nie tylko wtedy, gdy jego interes prawny w uzyskaniu zamówienia został już naruszony, ale i wówczas, gdy może być naruszony w przyszłości, w nowym postępowaniu¹¹. Pogląd ten jest zgodny z orzecznictwem Sądu Pierwszej Instancji Wspólnot Europejskich. W praktyce chodzić może zwłaszcza o sytuację, gdy jeden wykonawca został wykluczony z postępowania (i nie złożył protestu na wykluczenie), a następnie zamawiający wybiera ofertę innego wykonawcy, co do którego istniały identyczne przesłanki wykluczenia z postępowania. Względnie celowościowe przemawiałyby za wykładnią, zgodnie z którą wykluczony wykonawca winien mieć możliwość wniesienia protestu na czynność wyboru owej konkurencyjnej oferty.

Nie wymaga się wykazania interesu prawnego do korzystania ze środków ochrony prawnej przez organizacje zrzeszające wykonawców. Mogą one jednak z tych środków korzystać jedynie przed upływem terminu do składania ofert. W praktyce organizacje te mogą przede wszystkim reagować na nieprawidłowości związane z opisem przedmiotu zamówienia w ogłoszeniach, a także na ustalenie niewłaściwych wymogów stawianych wykonawcom lub niewłaściwych kryteriów oceny ofert.

Pzp wymaga, aby interes prawny podmiotu korzystającego ze środków ochrony prawnej w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku lub aby istniało ryzyko, że może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Przez określenie „przepisy ustawy” należy rozumieć Pzp, a także wydane na jej podstawie akty wykonawcze (rozporządzenia). Nie oznacza to jednak, aby w proteście lub w odwołaniu nie można było się powoływać również na naruszenie innych ustaw (np. z zakresu prawa konkurencji). Często bowiem Pzp posługuje się zwrotami niedookreślonymi (jak „uczciwa konkurencja” – art. 7), których znaczenie doprecyzować można odwołując się do szczegółowych regulacji z da-

11 T. Kwieciński, A. Stawicki, Prawo do protestu służy przejrzystości postępowania, Rzeczpospolita z dn. 29 września 2004 r.

nej dziedziny. Jeżeli natomiast naruszenie przez zamawiającego przepisów innych ustaw nie stanowi jednocześnie naruszenia Pzp, powołanie się na to naruszenie nie będzie wystarczające dla skorzystania ze środków ochrony prawnej. Podstawą wniesienia środka ochrony prawnej może być też naruszenie prawa wspólnotowego w zakresie stanowiącym dyskryminację wykonawców z innych państw członkowskich, ograniczenie jednej ze swobód traktatowych (np. swoboda przepływu towarów lub swoboda świadczenia usług), czy naruszenie wspólnotowych zasad konkurencji.

W tym miejscu warto zauważyć, że w przypadku przystąpienia do postępowania protestacyjnego, wykonawca, który to czyni musi wykazać swój „interes prawny w rozstrzygnięciu protestu na korzyść jednej ze stron”. Tymczasem wykonawca wnoszący protest winien wykazać „interes prawny w uzyskaniu zamówienia”. Relacja pomiędzy tymi dwoma pojęciami została poddana analizie przy okazji omawiania przystąpienia do postępowania protestacyjnego, z uwagi na bliski związek z tą instytucją.

Brak interesu prawnego skutkuje oddaleniem a nie odrzuceniem środka ochrony prawnej.

Orzeczenia sądowe oraz zespołów arbitrów dotyczące interesu prawnego

- (1) W wyroku Sądu Pierwszej Instancji z dnia 6 lipca 2000 r. T-139/99 w sprawie *Alsace International Car Service (AICS) v. Parlament Europejski* stwierdzono, że w kontekście postępowania o przyznanie zamówienia publicznego, instytucja zamawiająca nie może twierdzić, iż uczestnik przetargu, którego oferta nie została przyjęta nie ma interesu prawnego we wszczęciu postępowania z tego powodu, iż przedstawił ofertę, która w żadnym przypadku nie zostałaby przyjęta. Jako że stwierdzenie nieważności kwestionowanej decyzji pociągałoby za sobą ponowne przeprowadzenie procedury przetargowej na innych warunkach, skarżący ma w rzeczywistości interes prawny we wszczęciu postępowania, aby móc przedłożyć nową ofertę, nie napotykając konkurencji ze strony uczestnika przetargu, który wygrał pierwszy przetarg.
- (2) W wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 4 czerwca 2003, V Ca 894/03 stwierdzono, iż skuteczne odrzucenie oferty Odwołującego spowodowało, iż nie ma on interesu prawnego w domaganiu się unieważnienia dokonanego wyboru najkorzystniejszej oferty,

odrzucenia ofert innych podmiotów i nakazania unieważnienia przetargu.

- (3) W wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 10 kwietnia 2003, V Ca 165/03 stwierdzono, że ocena zasadności skargi będącej następstwem procesu odwoławczego polegającego na złożeniu protestu i odwołania musi być poprzedzona zbadaniem, czy istotnie oferent ma interes prawny w złożeniu tej skargi. Jeżeli oferta skarżącego została odrzucona, a protest dotyczący tej czynności oddalony, od czego oferent nie składał już odwołania, to nie miał on już żadnej szansy uczestniczenia w przetargu w dalszym ciągu. Interes prawny oferenta (obecnie „wykonawcy”), którego dalszy udział w przetargu jest niemożliwy, nie może być oceniany przez pryzmat jego ewentualnego przyszłego i niepewnego udziału w przyszłym przetargu, który być może byłby przeprowadzony, co do którego skarżący nie może mieć jednak pewności, jaki byłby jego wynik. Interes prawny skarżącego musi doznać uszczerbku w konkretnym przetargu, w którym on uczestniczy i musi polegać na tym, że traci on możliwość jego wygrania. Składając protest, a następnie odwołanie i skargę dotyczącą odrzucenia ofert pozostałych w przetargu oferentów, skarżący nie mógł i nie może mieć pewności, co do tego, że istotnie wszystkie one posiadają wady, które je dyskwalifikują. Nie może zatem w sposób pewny uważać, że wszystkie byłyby odrzucone, a przetarg z tego powodu unieważniony. Mogłoby bowiem być tak, że część ofert w dalszym ciągu (w tym ta, którą wybrano), może być przedmiotem oceny, zatem skarżący nie osiągnąłby spodziewanego przez siebie celu, niezależnie od tego, że cel ten, co wskazano wyżej, nie może być uznany za pewny.
- (4) W wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 5 marca 2003, V Ca 208/03 uznano, iż uzyskanie statusu dostawcy (obecnie „wykonawcy”) lub zamawiającego wiąże się z nabyciem uprawnień przewidzianych ustawą, w tym uprawnień dotyczących korzystania ze środków odwoławczych. Utrata statusu uczestnika postępowania wynikająca ze zdarzeń przewidzianych przepisami ustawy i według określonych w ustawie reguł postępowania powoduje wygaśnięcie uprawnień wynikających z uczestnictwa w postępowaniu przetargowym. Skuteczne wykluczenie spółki z udziału w postępowaniu przetargowym, wynikające z niezaskarżenia wy-

roku zespołu arbitrów spowodowało, że wobec tego podmiotu zamawiający nie podejmował żadnych decyzji w dalszym toku postępowania przetargowego, od których skarżący mógłby skutecznie wnieść protest, a następnie odwołanie i skargę do Sądu Okręgowego.

- (5) W wyroku z dn. 12 stycznia 2001 r., sygn. akt UZP/ZO/0-004/01 zespół arbitrów orzekł, iż powoływanie się przez odwołującego się na naruszenie przez zamawiającego interesu społecznego nie wystarczy do uzasadnienia środków ochrony prawnej. Jeżeli zatem odwołujący się nie wykazał naruszenia swojego interesu prawnego, jego odwołanie ulega oddaleniu.
- (6) W postanowieniu zespołu arbitrów z dnia 4 lutego 2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-171/05 stwierdzono, że skuteczne odrzucenie oferty powoduje, iż odwołujący nie ma interesu prawnego w domaganiu się unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenia innych ofert i nakazania unieważnienia przetargu. Interes prawny odwołującego, którego dalszy udział w postępowaniu jest niemożliwy nie może być wykazywany tym, iż gdyby doszło do unieważnienia przetargu to odwołujący mógłby uczestniczyć w nowym postępowaniu. Interes prawny winien się odnosić bowiem do tego postępowania przetargowego, w którym wniesiono protest i odwołanie.

1.4. Podmioty legitymowane do wnoszenia środków ochrony prawnej oraz uczestnicy postępowań

Środki ochrony prawnej przysługują następującym podmiotom:

- wykonawcom i uczestnikom konkursu, jeżeli ich interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp,
- innym osobom, jeżeli ich interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp,
- zamawiającemu (przysługuje mu jednak wyłącznie skarga do sądu),

- organizacjom zrzeszającym wykonawców wpisanym na listę organizacji uprawnionych do wnoszenia środków ochrony prawnej prowadzoną przez Prezesa UZP.

Uczestnikiem postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu staje się także wykonawca, który ma interes prawny w tym, aby protest został rozstrzygnięty na korzyść jednej ze stron i który przystąpił do postępowania.

Uczestnikiem postępowania odwoławczego jest nadto wykonawca, który zgłosi przystąpienie do postępowania odwoławczego, przystępując do jednej z jego stron.

1.4.1. Wykonawcy i uczestnicy konkursu

Wykonawcą jest osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która:

- ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego,
- złożyła ofertę lub
- zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego (art. 2 pkt 11 Pzp).

Osoba fizyczna to każdy człowiek. Osoba prawna to taka jednostka organizacyjna, która na podstawie ustawy uzyskała osobowość prawną (np. spółka kapitałowa, przedsiębiorstwo państwowe). Jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która może mieć status wykonawcy, to jednostka organizacyjna, która wprawdzie nie ma osobowości prawnej, lecz ustawa przyznaje jej możliwość bycia podmiotem praw i obowiązków (np. osobowe spółki handlowe). Wykonawcą nie może być spółka cywilna. Jest ona bowiem jedynie umownym stosunkiem zobowiązaniowym, łączącym osoby mające status samodzielny. Spółka cywilna nie ma zaś zdolności bycia podmiotem praw i obowiązków. .

Jako wykonawca legitymowany do wniesienia środków ochrony prawnej jest zatem podmiot, który ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego lub złożył ofertę. Złożenie oferty mieści się zresztą w pojęciu ubiegania się o zamówienie publiczne. Natomiast określenie „ubieganie się o zamówienie publiczne” ma szerszy zakres znaczeniowy, niż tylko złożenie

nie oferty. Obejmuje ono też np. wniosek o dopuszczenie do udziału w aukcji elektronicznej, czy do udziału w konkursie. Jak wskazuje się w piśmiennictwie, z uwagi na dynamiczny charakter postępowania, przymiot wykonawcy może służyć na poszczególnych etapach różnym podmiotom. I tak, przykładowo, ci z wykonawców, którzy po pobraniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie złożyli ofert, po upływie terminu do ich składania tracą przymiot wykonawcy¹². Warto w tym miejscu przytoczyć następujące wyjaśnienia pojęcia wykonawcy: „W legalnej definicji wykonawcy podkreślono, że status prawny <<wykonawcy>> łączy się zawsze z określoną formą uczestnictwa danego podmiotu w procedurze udzielenia zamówienia publicznego. W pierwszym okresie <<ubiegania się o zamówienie>>, w przypadku procedur otwartych (np. przetargu nieograniczonego) status <<wykonawcy>> będzie przysługiwał każdemu podmiotowi, który w ten czy inny sposób zadeklaruje zamawiającemu chęć uzyskania zamówienia (np. pobierze specyfikację, czy wystąpi z wnioskiem o wyjaśnienie jej treści). W przypadku procedur ograniczonych (np. negocjacji bez ogłoszenia) status <<wykonawcy>> powinien przysługiwać tylko podmiotom zaproszonym do udziału w postępowaniu. Z kolei, w postępowaniu toczącym się po złożeniu ofert status <<wykonawcy>> będzie przysługiwał jedynie tym podmiotom, które złożyły oferty w tym postępowaniu. Wreszcie, po zakończeniu postępowania o udzielenie zamówienia status <<wykonawcy>> zachowa już tylko podmiot, z którym zamawiający zawarze umowę w sprawie zamówienia publicznego”¹³.

Jeżeli wykonawcy wspólnie ubiegają się o udzielenie zamówienia, to zgodnie z art. 23 ust. 2 Pzp winni ustanowić pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przepis ten nie wspomina wprost o konieczności ustanowienia pełnomocnika w postępowaniu protestacyjnym, odwoławczym, czy ze skargi na orzeczenie zespołu arbitrów, które nie jest postępowaniem o udzielenie zamówienia. Niemniej, uznać należy, że z uwagi na specyfikę instytucji wykonawców działających wspólnie (nazywanej potocznie „konsorcjum”), również w postępowaniu inicjowanym środkami ochrony prawnej należy stosować art. 23 ust. 2 Pzp. Pełnomocnictwo udzielone liderowi konsorcjum przez jego członków musi jednak obejmować wno-

12 J. Jerzykowski w: M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Kraków 2005, s. 581

13 W. Łysakowski, Środki... op. cit, s. 19

szczenie środków ochrony prawnej i uczestniczenie w postępowaniach inicjowanych tymi środkami.

Pzp przesądza, że środki ochrony prawnej przysługują uczestnikom konkursu. Na gruncie ustawy z dn. 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych, w której brak było takiego przepisu, judykatura wypracowała pogląd o dopuszczalności korzystania ze środków ochrony prawnej przez uczestników konkursu.

1.4.2. Inne osoby

Pojęcie „innych osób, których interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy” jest po pierwsze nieostre. Z drugiej strony, wymóg odnoszący się do interesu prawnego w istotny sposób zawęża ich krąg, zapobiegając wnoszeniu środków ochrony prawnej przez podmioty przypadkowe (np. konkurent zamawiającego, który w ten sposób chciałby sparaliżować lub utrudnić jego działalność). Przez inną osobę, której interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy należy rozumieć zwłaszcza osoby, które nie podjęły jeszcze decyzji co do ubiegania się o zamówienie. Przykładowo, taką osobą trzecią będzie osoba, która wnosi protest na treść ogłoszenia. Osoba ta jeszcze nie złożyła oferty i jeszcze nie ubiega się o zamówienie, a rozstrzygnięcie protestu może dopiero przesądzić, czy będzie zainteresowana złożeniem oferty. Istnieją istotne argumenty za tezą, iż za owe „inne osoby” można uznać także wykonawców wykluczonych z postępowania, którzy są w stanie wykazać możliwość naruszenia ich interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia, mogącego nastąpić w innym, następnym postępowaniu. Kwestia ta jest jednak bardzo kontrowersyjna i w polskiej praktyce przeważa pogląd przeciwny.

Powstaje pytanie, czy jako inną osobę, której interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku można traktować również podwykonawców. Z jednej strony, nie składają oni ofert zamawiającemu, jednakże w razie wyboru określonej oferty mogą de facto uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia. Z drugiej strony, przeciwko takiej wykładni można podnieść argumenty opierające się na dosłownym brzmieniu Pzp. Podwykonawcy „nie uzyskują” bowiem zamówienia w tym sensie, że nie zawierają bezpośredniej umowy z zamawia-

jącym. Można też stwierdzić, że podwykonawca godzi się na pasywne uczestnictwo w postępowaniu, w przeciwieństwie do członka tzw. „konsorcjum”. Ponadto, przyznanie podwykonawcom możliwości korzystania ze środków ochrony prawnej mogłoby prowadzić do sytuacji, w której podwykonawca działałaby w tym zakresie wbrew intencji wykonawcy. W związku z tym, uznać należy, że podwykonawca nie może korzystać ze środków ochrony prawnej.

Problematyczna jest kwestia możliwości wniesienia protestu w postępowaniu prowadzonym w trybie z wolnej ręki przez osobę, z którą zamawiający nie podjął negocjacji. Naszym zdaniem uznać należy, że osoba taka mogłaby oprotestować sam wybór tego trybu dokonany przez zamawiającego. Wydaje się natomiast, że konkurent wykonawcy, z którym negocjuje zamawiający nie może wnieść protestu na czynność zamawiającego polegającą na podjęciu negocjacji z tym, a nie innym wykonawcą, z uzasadnieniem, iż to protestujący jest w stanie zaoferować zamawiającemu świadczenie najlepszej jakości lub na najkorzystniejszych warunkach. Pzp nie zawiera norm wskazujących w jaki sposób zamawiający ma dokonać wyboru spośród działających na rynku przedsiębiorców tego wykonawcy, który zaproszony zostanie do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki. Jest to zrozumiałe, albowiem wprowadzenie takich regulacji stałoby w sprzeczności ze specyfiką tego trybu, upodabniając go do trybów konkurencyjnych. Natomiast za dopuszczalne należy naszym zdaniem uznać wniesienie protestu przez konkurenta wykonawcy, z którym zamawiający podjął negocjacje na tej podstawie, że ów wykonawca z mocy ustawy podlega wykluczeniu postępowania.

1.4.3 Organizacje zrzeszające wykonawców

Przez organizacje zrzeszające wykonawców należy rozumieć organizacje zrzeszające podmioty mogące być wykonawcami, a nie tylko organizacje zrzeszające wykonawców uczestniczących w konkretnym postępowaniu. Organizacje te działać mogą zarówno na rzecz konkretnego wykonawcy, jak i w interesie publicznym, reprezentując określone środowiska gospodarcze lub grupy zawodowe. W pierwszym przypadku, gdy organizacja społeczna korzysta ze środka ochrony prawnej w celu ochrony interesów określonego wykonawcy, będącego jej członkiem, wykonawca ów znajduje się w komfortowej sytuacji, gdyż nie antagonizuje swoich relacji z zamawiającym.

Pzp nie zawiera ograniczeń dla organizacji zrzeszających wykonawców do wnoszenia środków ochrony prawnej tylko w postępowaniach objętych ich „zakresem zainteresowania”. Teoretycznie zatem, np. samorząd zawodowy architektów jest uprawniony, żeby wnieść środki ochrony prawnej w postępowaniu, którego przedmiotem jest zamówienie na dostawę środków czystości. Takie rozwiązanie ustawowe może budzić kontrowersje. Z drugiej strony, może być ono jednak uznane za słuszne, o ile założyć, że organizacje zrzeszające wykonawców będą postępować racjonalnie i nie będą korzystać ze środków ochrony prawnej w sprawach pozostających poza zakresem ich działalności. Brak wspomnianego ograniczenia ma natomiast tę zaletę, że uniemożliwia zamawiającym „cenzurowanie” organizacji zrzeszających wykonawców, ze względu na legitymację do wnoszenia środków ochrony prawnej w danym postępowaniu.

W kontekście powyższych uwag trudno zgodzić się z poglądem, że organizacje zrzeszające wykonawców nie mają własnego interesu prawnego i zawsze działają w imieniu i na rzecz zainteresowanego uczestnika postępowania o zamówienie publiczne¹⁴. Z art. 179 ust. 2 Pzp nie wynika, że organizacje zrzeszające wykonawców mają działać w imieniu wykonawców uczestniczących w postępowaniu, lecz że organizacjom tym przysługują środki ochrony prawnej. W konsekwencji uznać należy, że organizacje te działają w imieniu własnym, a nie w imieniu konkretnego wykonawcy¹⁵, mimo że działać mogą także w interesie konkretnego wykonawcy. Należy odróżniać działanie w cudzym interesie od działania w czyimś imieniu. Działanie „w imieniu wykonawcy” jest działaniem na zasadzie pełnomocnictwa. Pełnomocnictwo do wnoszenia środków ochrony prawnej może być udzielone na zasadach ogólnych. Tym samym, gdyby rola organizacji zrzeszających wykonawców miała polegać na działaniu w charakterze pełnomocników, to niepotrzebna byłaby szczególna regulacja ustawowa ich dotycząca. Nietrafna jest też teza, że wystąpienie przez organizację z protestem wymaga zgody zainteresowanego wykonawcy również w tych przypadkach, gdy wystąpienie ma na celu ochronę interesu grupowego członków danej organizacji¹⁶. Pzp nie przewiduje wymogu uzyskania przez organizację zrzeszającą wykonawców takiej zgody.

14 E. Norek, *Prawo zamówień publicznych, Komentarz*, Warszawa 2005, s. 231

15 W. Łysakowski w: *Prawo zamówień Publicznych. Komentarz*, pod redakcją T. Czajkowskiego, Warszawa 2004, s. 384

16 E. Norek, *ibidem*, s. 231

Prawo wnoszenia środków ochrony prawnej przysługuje podmiotom działającym na podstawie przepisów o:

- izbach gospodarczych;
- rzemiośle;
- samorządzie zawodowym niektórych przedsiębiorców;
- organizacjach pracodawców;
- samorządach zawodowych architektów, inżynierów budownictwa oraz urbanistów.

(a) Izby gospodarcze

Izby gospodarcze uregulowano w ustawie z dnia 30 maja 1989 r. o izbach gospodarczych¹⁷. Zgodnie z tą ustawą, izba gospodarcza jest posiadającą osobowość prawną organizacją samorządu gospodarczego, reprezentującą interesy gospodarcze zrzeszonych w niej podmiotów w zakresie ich działalności wytwórczej, handlowej, budowlanej lub usługowej, w szczególności wobec organów państwowych. Izby gospodarcze podlegają obowiązkowi wpisu do Krajowego Rejestru Sądowego.

(b) Podmioty działające na podstawie przepisów o rzemiośle

Przez podmioty działające na podstawie przepisów o rzemiośle należy rozumieć:

- cechy,
- izby rzemieślnicze,
- Związek Rzemiosła Polskiego.

Regulację tych podmiotów zawarto w ustawie z dnia 22 marca 1989 r. o rzemiośle¹⁸. Podmioty te są organizacjami samorządu gospodarczego rzemiosła. Są one tworzone z inicjatywy członków na zasadzie dobrowolnej przynależności. Organizacje te mają osobowość prawną. Do zadań samorządu gospodarczego rze-

¹⁷ Dz.U. z 1989 r. Nr 35, poz. 195 z późn. zm.

miosła należy m.in. promocja działalności gospodarczej i społeczno-zawodowej rzemiosła, udzielanie pomocy rzemieślnikom i innym przedsiębiorcom zrzeszonym w organizacjach samorządu gospodarczego rzemiosła, reprezentowanie interesów środowiska rzemieślniczego wobec organów administracji publicznej.

(c) Podmioty działające na podstawie przepisów o samorządzie zawodowym niektórych przedsiębiorców

Przez podmioty działające na podstawie przepisów o samorządzie zawodowym niektórych przedsiębiorców należy rozumieć organizacje, których status i działanie uregulowano w ustawie z dnia 30 maja 1989 r. o samorządzie zawodowym niektórych przedsiębiorców¹⁹. Ustawa ta określa zasady tworzenia i działania samorządu zawodowego osób - przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą w zakresie handlu, gastronomii i usług, transportu oraz innych rodzajów działalności. Stanowi ona, że przedsiębiorcy mogą, według wyboru, zrzeszać się w zawodowych samorządowych organizacjach takich jak zrzeszeniach handlu i usług, zrzeszenia transportu, a także w inne organizacje przedsiębiorców. Organizacje, o których mowa w tej ustawie, podlegają obowiązkowi wpisu do Krajowego Rejestru Sądowego. Uzyskują one osobowość prawną z chwilą wpisania do tego rejestru. Zadaniem zrzeszeń jest m.in. reprezentowanie interesów członków wobec organów administracji państwowej.

(d) Organizacje pracodawców

Organizacje pracodawców uregulowano w ustawie z dnia 23 maja 1991 r. o organizacjach pracodawców²⁰. Organizacjami tymi są:

- związki pracodawców,
- federacje,
- konfederacje.

Podstawowym zadaniem związków pracodawców, ich federacji i konfederacji jest ochrona praw i reprezentowanie interesów, w tym gospodarczych, zrzeszonych członków wobec związków zawodowych, organów

18 tekst jednolity Dz.U. z 2002 r. Nr 112, poz. 979, z późn. zm.

19 Dz.U. z 1989 r. Nr 35, poz.194, z późn. zm.

20 Dz.U. z 1991 r. Nr 55, poz. 235, z późn. zm.

władzy i administracji rządowej oraz organów samorządu terytorialnego. Związki pracodawców podlegają obowiązkowi rejestracji w Krajowym Rejestrze Sądowym. Z dniem zarejestrowania związek pracodawców nabywa osobowość prawną.

(e) Samorządy zawodowe architektów, inżynierów budownictwa oraz urbanistów

Samorządy zawodowe architektów, inżynierów budownictwa oraz urbanistów uregulowano ustawą z dnia 15 grudnia 2000 r. o samorządach zawodowych architektów, inżynierów budownictwa oraz urbanistów²¹. Samorządy zawodowe architektów, inżynierów budownictwa oraz urbanistów tworzą członkowie zrzeszeni w izbach architektów, inżynierów budownictwa oraz urbanistów. Izby architektów, inżynierów budownictwa oraz urbanistów mają osobowość prawną. Jednostkami organizacyjnymi samorządów zawodowych są:

- Krajowa Izba Architektów,
- Krajowa Izba Inżynierów Budownictwa,
- Krajowa Izba Urbanistów

oraz

- okręgowe izby architektów,
- okręgowe izby inżynierów budownictwa,
- okręgowe izby urbanistów.

Izby okręgowe tworzą odpowiednie izby krajowe.

Do zadań samorządów zawodowych należy m.in. reprezentowanie i ochrona interesów zawodowych swoich członków.

Listę organizacji zrzeszających wykonawców, uprawnionych do wnoszenia środków ochrony prawnej prowadzi Prezes UZP. Wpis na listę mogą uzyskać tylko organizacje działające na podstawie (przytoczonych po-

21 Dz.U. z 2001 r. Nr 5, poz. 42, z późn. zm.

wyżej) przepisów, do których odwołuje się art. 179 ust. 3 Pzp. Lista ta podlega ogłoszeniu w Biuletynie Zamówień Publicznych („BZP”), a ponadto dostępna jest na stronie internetowej UZP – www.uzp.gov.pl. Według stanu na dzień 31 sierpnia 2006 r. lista liczy 123 podmioty. Wpisu na listę, odmowy wpisu lub skreślenia z listy, dokonuje Prezes UZP w drodze decyzji administracyjnej. Decyzja taka podlega zaskarżeniu do sądu administracyjnego. Uznać należy, że Prezes UZP ma obowiązek wpisać na listę każdą żądającą wpisu organizację, która należy do kategorii organizacji wymienionych w art. 179 ust. 3. Brzmienie Pzp nie wskazuje, że Prezes UZP mógłby odmówić wpisania na listę żądającej tego organizacji, która należy do jednej z kategorii wymienionych w analizowanym przepisie Pzp.

1.4.4. Wykonawca, który przystąpił do postępowania protestacyjnego lub odwoławczego

Uprawnienie do uczestniczenia w postępowaniu służy nie tylko podmiotowi, który wniósł środek ochrony prawnej, ale i innym podmiotom przystępującym do tego postępowania. Pzp przewiduje instytucję przystąpienia do postępowania protestacyjnego oraz przystąpienia do postępowania odwoławczego. Zostaną one omówione w częściach Poradnika dotyczących odpowiednio protestu i odwołania.

1.4.5. Zamawiający

Pzp wyraźnie przesądza, że zamawiającemu przysługuje skarga na orzeczenie zespołu arbitrów. Siłą rzeczy nie jest możliwe, aby wnosił on protest na własną czynność lub zaniechanie, czy odwołanie od dokonanego przez siebie rozstrzygnięcia protestu.

1.4.6. Pełnomocnictwo do wnoszenia środków ochrony prawnej i występowania w postępowaniach

Wykonawcy oraz inni uczestnicy postępowania protestacyjnego, odwoławczego i ze skargi na orzeczenie zespołu arbitrów mogą być reprezentowani przez pełnomocników.

W świetle utrwalonego orzecznictwa, pełnomocnictwo powinno być pełnomocnictwem szczególnym lub rodzajowym. Nie wystarczy zatem pełnomocnictwo ogólne, do czynności zwykłego zarządu. Pełnomocnic-

two do złożenia oferty i reprezentowania wykonawcy w postępowaniu zamówieniowym nie upoważnia do wniesienia środków ochrony prawnej i występowania w postępowaniach nimi inicjowanych. Pełnomocnikiem może być też prokurent, bez potrzeby odrębnego umocowania. Prokura jest szczególnym rodzajem pełnomocnictwa.

W postępowaniu protestacyjnym oraz odwoławczym pełnomocnikiem może być każda osoba fizyczna lub prawna, a także jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, lecz mająca zdolność prawną (np. osobowe spółki handlowe). W postępowaniu skargowym, pełnomocnikami mogą być osoby uprawnione na gruncie Kpc tj. zwłaszcza, lecz nie wyłącznie - adwokaci i radcowie prawni.

Orzeczenia sądowe oraz zespołów arbitrów odnoszące się do podmiotów legitymowanych do wnoszenia środków ochrony prawnej

- (1) Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 19 grudnia 2002 r., w sprawie o sygnaturze akt V Ca 1701/02 uznał, iż fakt złożenia pełnomocnictwa w dacie rozprawy nie zmienia okoliczności, że nie mogło ono sanować braku formalnego odwołania, czyli braku na datę rozprawy właściwej reprezentacji odwołującego. Złożenie go nawet przed terminem samej rozprawy (w tym samym dniu), czy też na rozprawie, nie może doprowadzić do uznania prawidłowości złożenia odwołania, tj. uznania, że pochodzi ono od uprawnionej osoby, a to dlatego, że brak ten został uzupełniony już po terminie do wniesienia odwołania.
- (2) W postanowieniu zespołu arbitrów z dnia 26 lipca 2004 r., w sprawie o sygn. akt UZP/ZO/0-1121/04 uznano, że wniesienie odwołania w postępowaniu o zamówienie publiczne (podobnie jak wniesienie powództwa, zawarcie ugody czy też dokonanie zapisu na sąd polubowny) jest czynnością przekraczającą zakres zwykłego zarządu, co przesądza, że do dokonania tej czynności wymagane jest pełnomocnictwo rodzajowe lub szczególne, o którym mowa w art. 98 Kc.
- (3) Zgodnie z postanowieniem zespołu arbitrów z dnia 26 sierpnia 2004 r. w sprawie o sygn. akt UZP/ZO/0-1299/04, choć z art. 180 ust. 5 Pzp nie wynika wprost przesłanka odrzucenia protestu z powodu nieprawidłowej reprezentacji, to dokonanie czyn-

ności wniesienia protestu z naruszeniem prawidłowej reprezentacji należy kwalifikować jako czynność dokonaną przez podmiot nieuprawniony. W Pzp nie ma bowiem definicji podmiotu nieuprawnionego, które to określenie użyte jest w art. 180 ust. 5. Pojęcie podmiotu nieuprawnionego należy jednak interpretować szeroko. Nieuprawnionym jest zarówno ten podmiot, który nie ma interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia, jak i ten, który jest nienależycie reprezentowany przy wnoszeniu protestu. W przeciwnej sytuacji należałoby uznać, że protest może podpisać każdy, albo można w ogóle protestu nie podpisać, a zamawiający będzie go musiał rozstrzygnąć mimo wadliwej reprezentacji z tego powodu, że nie ma w ustawie jasno określonej podstawy do jego odrzucenia.

Jednocześnie zdaniem zespołu arbitrów, ustawodawca nie dał możliwości uzupełniania braków formalnych protestu. Całą procedurę zawarł on w rozdziale 2 Dz. VI ustawy, która takiej możliwości nie przewiduje, o jaką wnioskuje odwołujący, tj. obowiązku (lub nawet możliwości) występowania przez zamawiającego do oferentów (obecnie „wykonawców”) o uzupełnienie braków formalnych. Zespół arbitrów w tej sprawie powołał się także na orzecznictwo sądowe. W aktualnym również na gruncie przepisów Pzp wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 7 listopada 2003 r., sygn. akt. V Ca 2217/03 uznano, iż nie jest możliwe uzupełnienie wadliwości pełnomocnictwa dołączonego do odwołania, gdyż ani przepisy ustawy o zamówieniach publicznych, ani przepisy kodeksu postępowania cywilnego dotyczące sądów polubownych, ani rozporządzenie z dnia 14 czerwca 2002 r. Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań w sprawach zamówień publicznych nie przewidują uzupełnienia braków formalnych odwołania przed zespołem arbitrów. Skoro, więc nie można dokonywać owych uzupełnień, przy odwołaniu to per analogiam nie można tego czynić przy proteście.

- (4) W wyroku zespołu arbitrów z dnia 23 lipca 2004 r. w sprawie o sygn. akt UZP/ZO/0-1101/04 uznano, że w sytuacji, w której pełnomocnik odwołującego przedłożył pełnomocnictwo mocodawcy dla osoby, która podpisała protest, to czynność ta nie konwaliduje wcześniejszej czynności polegającej na nieprawidłowym zło-

zeniu protestu. Zgodnie z art. 89 § 1 Kpc osoba działająca za podmiot, który reprezentuje jest zobowiązana załączyć pełnomocnictwo mocodawcy lub wierzitelny odpis tego pełnomocnictwa.

- (5) W wyroku zespołu arbitrów z dnia 2 czerwca 2004 r. , wydanym w sprawie o sygn. akt UZP/ZO/0-778/04 stwierdzono, iż protest i odwołanie wniesione przez osoby działające na podstawie pełnomocnictwa wykonawcy, uprawniającego do złożenia oferty i do zawarcia umowy, lecz niezawierające upoważnienia do złożenia protestu i odwołania podlega odrzuceniu, jako wniesione przez osoby nieuprawnione.
- (6) W postanowieniu zespołu arbitrów z dnia 26 sierpnia 2004 r. w sprawie o sygn. akt UZP/ZO/0-1372/04 uznano, że pełnomocnictwo potwierdzone za zgodność z oryginałem przez samego pełnomocnika (który jak wynika z okoliczności sprawy nie był adwokatem, ani radcą prawnym) nie stanowi żadnego dowodu, że pełnomocnik był uprawniony do złożenia protestu do zamawiającego w danym postępowaniu.

Rozdział II

2. Protest

2.1. Istota postępowania protestacyjnego

Protest można określić jako żądanie wykonawcy lub innego uprawnionego podmiotu skierowane do zamawiającego o dokonanie lub powtórzenie przez zamawiającego określonej czynności.

Postępowanie protestacyjne ma charakter cywilnoprawny. Postępowanie protestacyjne jest rodzajem postępowania reklamacyjnego, gdyż ma na celu weryfikację przez zamawiającego jego własnych czynności w postępowaniu.

W piśmiennictwie wyrażono pogląd, że specyfika postępowania protestacyjnego wyklucza możliwość „cofnięcia”²² wniesionego protestu. Protest jest co prawda cywilnoprawnym oświadczeniem woli i teoretycznie można twierdzić, iż jest możliwe „cofnięcie” go za zgodą adresata, niemniej skoro wniesienie protestu skutkuje powstaniem wielu następstw proceduralnych, jak i formalnych, to uznać należy, iż nie jest dopuszczalne jego cofnięcie nawet za zgodą zamawiającego. Podnosi się, iż protest nie może być „cofnięty”, gdyż nie pozwala na to charakter postępowania, które jest za jego pomocą inicjowane. Postępowanie to ma charakter cywilnoprawny, niemniej ma ono też pewne cechy specyficzne, które nie pozwalają na proste stosowanie określonych instytucji prawa cywilnego²³. Pogląd ten nie wydaje się trafny. Nie ma żadnego prawnego, ani tym bardziej gospodarczego uzasadnienia, aby zmuszać zamawiającego do rozpoznawania protestu, który nie jest już popierany przez osobę, która go wniosła. Jeżeli Pzp wyraźnie przewiduje możliwość cofnięcia odwołania, to tym bardziej należy uznać możliwość „cofnięcia” protestu.

22 Zgodnie z terminologią Kc należałoby mówić o „odwołaniu protestu”, niemniej takie określenie mogłoby w niniejszym kontekście być mylące.

23 J. Jerzykowski, *ibidem*, s. 592

Należy przyjąć, że w sytuacji, w której inny wykonawca przystąpił do postępowania protestacyjnego po stronie protestującego, nawet w razie „cofnięcia” protestu przez protestującego postępowanie protestacyjne powinno być kontynuowane. Oświadczenie o przystąpieniu do postępowania po stronie protestującego ma bowiem w znacznym stopniu charakter autonomiczny. Tezę tę wspiera możliwość wniesienia odwołania przez osobę, która przystąpiła do postępowania, mimo że odwołania nie wnosi protestujący.

2.2. Podstawy i przedmiot protestu

Podstawą wniesienia protestu jest naruszenie przepisów ustawy przez zamawiającego (art. 179 ust. 1 Pzp). Przez przepisy ustawy należy rozumieć Pzp, jak również przepisy wydanych na jej podstawie rozporządzeń wykonawczych.

Protest można wnieść – zgodnie z art. 180 ust. 1 Pzp wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, czynności podjętych przez zamawiającego w toku postępowania oraz w przypadku zaniechania przez zamawiającego czynności, do której jest on obowiązany na podstawie ustawy. Przywołany przepis Pzp został zmieniony w wyniku Nowelizacji. W poprzednim stanie prawnym nie wymieniał on bowiem treści ogłoszenia o zamówieniu. Uznać należy jednak, że zmiana ta nie ma charakteru merytorycznego. W poprzednim stanie prawnym przyjmowano bowiem powszechnie, że ogłoszenie może być przedmiotem protestu. Ustawodawca prawdopodobnie dążył do tego, aby możliwosć tę w wyraźny sposób potwierdzić i zapobiec powstaniu w tym przedmiocie jakichkolwiek kontrowersji. Opublikowanie ogłoszenia jest z reguły czynnością wszczynającą postępowanie, stąd też teoretycznie można byłoby się zastanawiać, czy protest na treść ogłoszenia (która jest wszakże opracowywana przed jego opublikowaniem) mieści się w zakresie czynności podjętych przez zamawiającego w toku postępowania. Na skutek Nowelizacji, ryzyko zgłoszenia tego typu wątpliwości zostało wyeliminowane. Z drugiej strony, należy pamiętać, że wiele działań zamawiającego, doniosłych dla przebiegu postępowania jest podejmowanych przed jego formalnym wszczęciem (przykładowo zazwyczaj wówczas opracowuje się specyfikację istotnych warunków zamówienia). Czynności te również tradycyjnie traktowane są jako mogące być przedmiotem protestu. Potwierdzenie przez ustawodawcę dopuszczalności wniesienia protestu na treść ogłoszenia, przy jednoczesnym braku regulacji odnoszącej się do innych tego typu czynno-

ści może rodzić wątpliwość, czy nadal mogą być one przedmiotem protestu. Wydaje się jednak, że wątpliwości takie są jednak nieuzasadnione. W tym zakresie nie ma podstaw, aby interpretując art. 180 ust. 1 Pzp opierać się na wnioskowaniu a contrario. Nie można w szczególności podzielić poglądu o braku możliwości wniesienia protestu na wybór przez zamawiającego trybu postępowania, jako że czynność ta jest dokonywana przed wszczęciem postępowania²⁴.

Pzp nie przewiduje minimalnej wartości zamówienia w postępowaniu, od której można wnieść protest, co oznacza, że przysługuje on we wszystkich postępowaniach, niezależnie od wartości ich przedmiotu.

Pzp wyraźnie przewiduje, że przedmiotem protestu może być:

- czynność zamawiającego,
- zaniechanie zamawiającego.

Przez „czynność zamawiającego” należy rozumieć działanie podjęte w toku postępowania, które rodzi określone skutki prawne²⁵. Czynnościami zamawiającego, na które można wnieść protest są nie tylko czynności prawne, lecz także czynności faktyczne, w tym rozmaite oświadczenia wiedzy (np. wyjaśnienia odnośnie specyfikacji istotnych warunków zamówienia). Zaniechanie, na które można wnieść protest musi dotyczyć czynności, której dokonanie jest obowiązkiem zamawiającego, wynikającym z Pzp. Nie może być podstawą protestu zaniechanie rozumiane jako opieszałe, wolne działanie zamawiającego, o ile Pzp nie przewiduje terminów do dokonania określonej czynności lub nie wskazuje na obowiązek jej niezwłocznego dokonania.

Nie ma przeszkód, aby wykonawca złożył jeden protest na dwie lub więcej czynności zamawiającego (np. na odrzucenie oferty protestującego i na sposób oceny spełnienia kryteriów w ofercie wybranej przez zamawiającego). Możliwe jest też wniesienie jednego protestu na czynność zamawiającego i zaniechanie czynności przez zamawiającego (np. na odrzucenie oferty protestującego i na zaniechanie odrzucenia oferty innego wykonawcy).

Podstawą protestu może być jedynie naruszenie Pzp przez zamawiającego. Naruszenie przepisów przez innego wykonawcę nie może być przed-

24 J. Jerzykowski, *ibidem*, s. 589

25 W. Łysakowski w: *Komentarz...* op. cit, s. 386

miotem protestu, o ile nie towarzyszy mu naruszenie przepisów przez zamawiającego. Wykonawca nie może wnieść protestu na dokonanie czynności zamawiającego, co do których zamawiający ma na gruncie Pzp swobodę decyzji. Poprzez protest nie można by zatem narzucić zamawiającemu zmiany przedmiotu zamówienia na inny nie odpowiadający potrzebom zamawiającego. Przykładowo, jeśli zamawiający podjął decyzję o zakupie samochodu osobowego o pojemności silnika powyżej 2.000 cm³, wykonawca który oferuje jedynie samochody małolitrażowe nie mógłby „zmusić” zamawiającego, aby ten dopuścił możliwość składania ofert na samochody o pojemności silnika 900 cm³.

Pzp nie wymienia katalogu czynności, które mogą być przedmiotem protestu, co oznacza, że w zasadzie każda czynność (lub zaniechanie) może być podstawą do wniesienia tego środka ochrony prawnej. W praktyce, najczęściej protesty są wnoszone na następujące czynności:

- treść ogłoszenia o zamówieniu (zamawiającym zarzuca się najczęściej wadliwy opis przedmiotu zamówienia, albo wadliwość kryteriów lub wadliwy sposób obliczania spełnienia kryteriów),
- treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zarzuty są zazwyczaj podobne do wskazanych powyżej),
- wykluczenie wykonawcy z postępowania,
- zaniechanie wykluczenia innego wykonawcy z postępowania,
- odrzucenie oferty,
- zaniechanie odrzucenia konkurencyjnej oferty,
- wybór najkorzystniejszej oferty (zarzuca się najczęściej wadliwe przyznanie punktów ofercie konkurenta lub wadliwe nieprzyznanie punktów ofercie protestującego),
- unieważnienie postępowania.

Jeżeli w imieniu zamawiającego prowadzi postępowanie pełnomocnik (art. 15 ust. 2 Pzp), protest może być złożony na czynności pełnomocnika zamawiającego. Pełnomocnik dokonuje bowiem tych czynności w imie-

niu zamawiającego (ze skutkiem dla zamawiającego). Czynności pełnomocnika zamawiającego traktowane są zatem jako czynności samego zamawiającego (art. 95 § 2 Kc).

Protest (a także odwołanie i skarga) nie przysługuje wobec rozstrzygnięcia sądu konkursowego w zakresie oceny prac konkursowych oraz wyboru najlepszych prac konkursowych (art. 179 ust. 1b Pzp). Należy w tym miejscu przypomnieć, że sąd konkursowy jest zespołem pomocniczym kierownika zamawiającego, powołanym do oceny spełniania przez uczestników konkursu wymagań określonych w regulaminie konkursu, oceny prac konkursowych oraz wyboru najlepszych prac konkursowych. Kierownik zamawiającego albo osoba przez niego upoważniona sprawuje nadzór nad sądem konkursowym w zakresie zgodności konkursu z przepisami ustawy i regulaminem konkursu, w szczególności unieważnienia konkursu oraz zatwierdza rozstrzygnięcie konkursu. Uznać należy zatem, że przedmiotem protestu mogą być czynności kierownika zamawiającego, podejmowane w zakresie nadzoru nad sądem konkursowym.

Orzeczenia zespołów arbitrów odnoszące się do przedmiotu protestu

W postanowieniu zespołu arbitrów z dnia 30 września 2004 r., sygn. akt UZP/ZO/0-1572/04 stwierdzono, że skoro stosownie do treści art. 180 ust. 1 ustawy protest wnosi się między innymi na czynności podjęte przez zamawiającego w toku postępowania, czynność oddalenia protestu mogła by mieścić się w dyspozycji tego przepisu. Z uwagi na odrębną regulację zawartą w art. 184 ust. 1 Pzp nie jest jednak dopuszczalne oprotestowane rozstrzygnięcia protestu. Przepis ten jednoznacznie rozstrzyga bowiem, iż na oddalenie lub odrzucenie protestu wykonawcy przysługuje wyłącznie odwołanie.

2.3. Terminy do wniesienia protestu

Pzp przewiduje krótkie i rygorystyczne terminy do wniesienia protestu (terminy są także przewidziane dla jego rozpoznania, a także dla innych środków ochrony prawnej). Wynika to ze specyfiki postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Postępowanie to nie jest celem samym w sobie, lecz ma zaspokoić określone potrzeby gospodarcze zamawiającego. Sam wymóg stosowania trybów udzielenia zamówień przewidzianych w Pzp jest już pewną niedogodnością dla zamawiającego. W działalności gospodarczej (a część podmiotów zobowiązanych do sto-

sowania Pzp to przedsiębiorcy) istotna bowiem jest możliwość szybkiego i sprawnego dokonywania transakcji. Termin do wniesienia protestu, tak jak i inne terminy przewidziane w przepisach o środkach ochrony prawnej, mają na celu zapobieganie zbytniemu wydłużaniu postępowań o udzielenie zamówienia.

Przedmiotem protestu może być wyłącznie treść ogłoszenia oraz czynności podjęte w toku postępowania, a zatem czynności od jego wszczęcia do zakończenia.

Moment wszczęcia postępowania w niektórych przypadkach może być trudny do ustalenia. Kwestia ta została wyjaśniona w opinii UZP²⁶. W praktyce można kierować się zawartymi w niej wytycznymi. Jak zauważa się w opinii, w Pzp kwestia określenia momentu wszczęcia postępowania wywołuje wiele wątpliwości na skutek przyjęcia rozwiązania, iż termin składania ofert powinien być liczony od dnia przekazania ogłoszenia do Prezesa UZP lub Urzędu Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (m.in. art. 43 ust. 2 Pzp). Wedle stanowiska UZP, powyższe nie przesądza jednak o tym, iż postępowanie jest wszczęte w momencie przekazania ogłoszenia do publikacji. UZP podaje następujące argumenty za utrzymaniem interpretacji o publikacji ogłoszeń, jako momencie wszczęcia postępowania o zamówienie publiczne:

- Po pierwsze, liczenie terminu składania ofert od dnia przekazania ogłoszenia do BZP ma przede wszystkim na celu precyzyjne obliczenie i wskazanie terminu (datę) składania ofert przez zamawiającego. Obliczenie terminu składania ofert od dnia przekazania ma zatem charakter formalny.
- Po drugie, za przyjęciem daty publicznego ogłoszenia o przetargu za moment wszczęcia postępowania przemawia definicja przetargu nieograniczonego (art. 39), która wyraźnie wskazuje na to, iż oferty składa się w odpowiedzi na publiczne ogłoszenie. Trudno za takie uznać czynność przekazania ogłoszenia.
- Po trzecie, art. 40 ust. 1 jednoznacznie przesądza, iż wszczęcie postępowania następuje poprzez ogłoszenie przez zamawiającego o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie oraz na własnej stronie internetowej. Przepis ten wyraż-

26 dostępnej na stronie www.uzp.gov.pl

nie przesądza, iż momentem tym jest upublicznienie ogłoszenia o przetargu, a takim nie jest sama czynność przekazania ogłoszenia.

- Po czwarte, przy założeniu, iż ogłoszenie o zamówieniu publicznym stanowi oświadczenie woli, przy rozstrzygnięciu omawianego problemu można posiłkować się przepisami Kc. Zgodnie z art. 61 § 1 Kc oświadczenie woli, które ma być złożone innej osobie, jest złożone z chwilą, gdy doszło do niej w taki sposób, że mogła zapoznać się z jego treścią. Biorąc pod uwagę, iż adresem ogłoszenia są oferenci (a nie Prezes UZP), należy uznać, iż skutecznie jest ono złożone z chwilą, z którą mogą oni się zapoznać z jego treścią, a więc w momencie jego upublicznienia a nie przekazania Prezesowi UZP.

Mając powyższe na uwadze UZP stwierdza, że wszczęcie postępowania o zamówienie publiczne następuje w dniu uzewnętrznienia woli zamawiającego. W trybie przetargowym dniem wszczęcia postępowania będzie więc co do zasady data zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu publicznym. Pogląd ten aktualny jest również na gruncie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, licytacji elektronicznej.

Natomiast, datą wszczęcia postępowania w pozostałych trybach (w negocjacjach bez ogłoszenia, zapytaniu o cenę, wolnej ręce - w których wykonawcy bezpośrednio zapraszani są do składania ofert lub do negocjacji), jest dzień skierowania przez zamawiającego zaproszenia do składania ofert (lub do negocjacji).

Nie można wnieść protestu na czynność dokonaną po zakończeniu postępowania. Wykonawca, którego oferta nie została wybrana przez zamawiającego nie może oprotestować takiej czynności zamawiającego jak dokonanie niekorzystnych dla zamawiającego zmian w treści umowy zawartej z wykonawcą, którego oferta okazała się zwycięska. Taka czynność zamawiającego wykonywana jest bowiem już po zakończeniu postępowania. O takim przypadku można jednak zawiadomić Prezesa UZP, który może wystąpić do sądu o stwierdzenie nieważności dokonanych zmian w umowie. Niezależnie od tego, zastosowanie może mieć art. 189 Kpc, zgodnie z którym każdy, kto ma w tym interes prawny może żądać ustalenia przez sąd nieistnienia stosunku prawnego.

W Pzp przewidziano, że protest wnosi się w terminie 7 dni od dnia, w którym powzięto lub można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, z tym, że odrębnie określono terminy do wniesienia protestu dotyczącego treści ogłoszenia oraz postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. I tak, zgodnie z art. 180 ust. 3 i 4 w brzmieniu nadanym w Nowelizacji, protest co do treści ogłoszenia wnosi się w terminie:

- 1) 7 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych,
- 2) 14 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Powyższe terminy stosuje się również w odniesieniu do protestów dotyczących postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego. Zdarzeniem wszczynającym bieg terminu jest zamieszczenie specyfikacji istotnych warunków zamówienia na odpowiedniej stronie internetowej. Regulacja powyższa wynika z okoliczności, że w tym trybie, specyfikację istotnych warunków zamówienia upublicznia się w Internecie.

Jeżeli natomiast postępowanie jest prowadzone w trybie innym niż przetarg nieograniczony, protest dotyczący postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia wnosi się w terminie 7 dni od dnia doręczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jednak nie później niż:

- 1) 3 dni przed upływem terminu składania ofert - jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp,
- 2) 6 dni przed upływem terminu składania ofert - jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Powyższe ograniczenia mają na celu uniemożliwienie wydłużania postępowania (obstrukcji) przez wykonawcę działającego w złej wierze.

Ponadto, wniesienie protestu jest dopuszczalne tylko przed zawarciem umowy. Ograniczenie możliwości wniesienia protestu do 3 lub 6 dni przed terminem składania ofert nie dotyczy sytuacji, w której zamawiający na kilka dni przed upływem terminu składania ofert dokonał zmian w specyfikacji i zaniechał przedłużenia terminu do składania ofert (które jest obowiązkowe jeżeli w wyniku modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia niezbędny jest dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach, przy czym jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, termin przedłuża się co najmniej o 7 dni)²⁷.

Na gruncie art. 180 Pzp w pierwotnym brzmieniu, powstały wątpliwości w jaki sposób liczyć termin do wniesienia protestu, jeżeli przedmiotem protestu jest treść ogłoszenia, a ogłoszenie to zostało zamieszczone w siedzibie zamawiającego w dniu przekazania Prezesowi UZP celem publikacji w BZP (zgodnie z art. 40 ust. 6 pkt 1 Pzp), po czym w BZP ukazało się dopiero po kilku dniach. Sporne było wówczas, czy termin do wniesienia protestu biegnie od dnia zamieszczenia ogłoszenia w siedzibie zamawiającego, czy od dnia jego opublikowania w BZP. Podobne wątpliwości wywoływał przypadek protestu na treść ogłoszenia. Czy za chwilę, w której wykonawca mógł powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia protestu należało uznawać pierwszy dzień, w którym ogłoszenie zostało opublikowane w BZP? Sporne było również, czy protest dotyczący zarówno treści ogłoszenia, jak i treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (np. w przedmiocie kryteriów wyboru ofert) może być wniesiony w terminie liczonym od opublikowania ogłoszenia, czy od otrzymania przez wykonawcę specyfikacji. Nowelizacja rozwiązała powyższe problemy. I tak, nie może obecnie budzić wątpliwości, że zamieszczenie ogłoszenia o postępowaniu w siedzibie zamawiającego nie skutkuje rozpoczęciem biegu terminu do wniesienia protestu na treść ogłoszenia. Jest również jasne, że bieg terminu do oprostowania treści ogłoszenia rozpoczyna się w dniu jego opublikowania na właściwej stronie internetowej, niezależnie od tego, kiedy wykonawca faktycznie zapoznał się z nim. Natomiast termin do wniesienia protestu na treść specyfikacji liczy się – w przypadku przetargu nieograniczonego - od dnia jej opublikowania na stronie internetowej, a w przypadku pozostałych trybów – od dnia jej doręczenia. Uznać należy, że wedle nowej regulacji, w przypadku trybów innych niż przetarg nieograniczony, ter-

27 P. Grzegorzczak, Konsekwencje oprostowania specyfikacji, Rzeczpospolita z dn. 30 listopada 2004 r.

min do wniesienia protestu na treść specyfikacji pozostaje niezmienny również wówczas, gdy protest dotyczy tych elementów specyfikacji, które upubliczniono już w treści ogłoszenia.

Dla ustalenia, czy zachowane zostały terminy do wniesienia protestu, kluczowe jest również ustalenie chwili wniesienia protestu. Otóż, zgodnie z art. 180 ust. 2 zd. 2 Pzp, protest uważa się za wniesiony z chwilą, gdy doszedł on do zamawiającego w taki sposób, że mógł zapoznać się z jego treścią. Przepis art. 180 ust. 2 zd. 2 Pzp zawiera normę odpowiadającą normie określającej chwilę złożenia oświadczenia woli w kodeksie cywilnym (art. 61 k.c.). Norma ta opiera się na teorii doręczenia, a nie wysłania. Nie wystarczy więc wysłanie pisma zawierającego protest w ostatnim dniu terminu do wniesienia protestu listem poleconym, który to list dojdzie do zamawiającego najwcześniej następnego dnia, a zatem już po upływie terminu. Koreponduje to z charakterem postępowania protestacyjnego, które nie jest postępowaniem sądowym (w procedurze cywilnej zasadą jest, że termin jest zachowany, jeśli pismo zostało wysłane przed jego upływem). Norma zawarta w Pzp oznacza, że nie jest wymagane dla skutecznego złożenia protestu, aby zamawiający zapoznał się z nim przed upływem terminu – wystarczy, aby mógł się z nim zapoznać.

Przy obliczaniu terminu do wniesienia protestu stosuje się przepisy kodeksu cywilnego. Zgodnie z art. 111 Kc, termin oznaczony w dniach kończy się z upływem ostatniego dnia. Jeżeli początkiem terminu oznaczonego w dniach jest pewne zdarzenie, nie uwzględnia się przy obliczaniu terminu dnia, w którym to zdarzenie nastąpiło. Jeżeli zatem protestujący dowiedział się o uchybieniu zamawiającego w środę, to termin do wniesienia protestu upływa w następnym tygodniu w środę. Jeżeli koniec terminu do wykonania czynności przypada na dzień uznany ustawowo za wolny od pracy, to zgodnie z art. 115 Kc, termin upływa dnia następnego. Dni wolne od pracy reguluje ustawa z dnia 18 stycznia 1951 r. o dniach wolnych od pracy²⁸. Zgodnie z jej treścią (art.1), dniami wolnymi od pracy są niedziele oraz:

- 1 stycznia - Nowy Rok,
- pierwszy dzień Wielkiej Nocy,
- drugi dzień Wielkiej Nocy,

28 Dz.U. z 1951 r. Nr 4, poz. 28, z późn. zm.

- 1 maja - Święto Państwowe,
- 3 maja - Święto Narodowe Trzeciego Maja
- pierwszy dzień Zielonych Świątek,
- dzień Bożego Ciała,
- 15 sierpnia - Wniebowzięcie Najświętszej Maryi Panny,
- 1 listopada - Wszystkich Świętych,
- 11 listopada - Narodowe Święto Niepodległości,
- 25 grudnia - pierwszy dzień Bożego Narodzenia,
- 26 grudnia - drugi dzień Bożego Narodzenia.

Jeżeli zatem protestujący dowiedziałby się o okolicznościach uzasadniających wniesienie protestu w dn. 18 grudnia, termin do wniesienia protestu upłynąłby 27 grudnia (zakładając, że dzień ten nie byłby dniem ustawowo wolnym od pracy, czyli – w tym wypadku - niedzielą).

Zgodnie z orzecznictwem Sądu Najwyższego sobota nie jest dniem uznawanym ustawowo za dzień wolny od pracy w rozumieniu art. 115 Kc (postanowienie Sądu Najwyższego - Izba Administracyjna, Pracy i Ubezpieczeń Społecznych z dnia 20 maja 2002 r. I PKN 502/2001). W związku z tym, w naszym przekonaniu jeżeli termin do wniesienia protestu upływa w sobotę, to doręczenie protestu zamawiającemu tego dnia należy uznać za skuteczne.

W praktyce wątpliwości budzi kwestia, czy protestem wniesionym w terminie jest protest wniesiony po godzinach urzędowania zamawiającego, który w związku z tym nie mógł się z nim zapoznać w dniu jego wniesienia. Przykładowo, jeśli pracownicy zamawiającego kończą pracę o godz. 15.00, a protest dotrze o godzinie 15.30, to teoretycznie można by twierdzić, że wpłynął po terminie, gdyż w tym dniu pracownicy zamawiającego nie mogli się zapoznać z protestem. Uznać należy jednak, że określenie ustawowe „protest uważa się za wniesiony z chwilą, gdy doszedł on do zamawiającego w taki sposób, że mógł zapoznać się z jego treścią” ma na celu przesądzenie, że wniesienie protestu opiera się na teorii doręcze-

nia (nie wystarczy wysłanie), natomiast nie zmienia sposobu liczenia terminów, wynikających z zasad Kodeksu cywilnego, gdzie terminy oznaczone w dniach kończą się z upływem ostatniego dnia. Pogląd o zasadności uwzględniania godzin pracy zamawiającego wyrażany był jednak w orzecznictwie zespołów arbitrow.

Tym bardziej nie sposób przyjąć poglądu, zgodnie z którym termin należy liczyć w godzinach, ustalając godzinę, w której wykonawca zapoznał się lub mógł się zapoznać z okolicznościami uzasadniającymi wniesienie protestu. W sytuacji, w której wykonawca np. pobrał specyfikację istotnych warunków zamówienia w dniu 1 marca o godz. 12.30, nie byłoby zasadne, aby liczyć termin do wniesienia protestu do dnia 8 marca, godz. 12.30.

Protest dotyczący specyfikacji istotnych warunków zamówienia może być też wniesiony w trybach innych niż przetarg nieograniczony nie później niż na 3 lub 6 dni przed upływem terminu składania ofert (w zależności od wartości zamówienia). Regulacja ta zrodziła wątpliwość, czy:

- protest powinien być złożony w takim terminie, aby zamawiający miał pełne 3 lub 6 dni na jego rozstrzygnięcie,
- protest powinien być złożony najpóźniej trzeciego dnia przed upływem terminu składania ofert, w związku z czym zamawiający miałby 2 lub 5 pełne dni na jego rozstrzygnięcie.

Bardziej przekonujący wydaje się pogląd pierwszy. Wynika to ze sposobu liczenia terminów przewidzianego w art. 111 Kc, a w szczególności z zasady, iż jeśli termin uzależniony jest od pewnego zdarzenia, to przy jego obliczaniu nie uwzględnia się dnia, w którym zdarzenie to nastąpiło. Przykładowo, jeśli termin składania ofert upływa 31 maja, to przy założeniu, że wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, protest na treść specyfikacji można wnieść do 27 maja²⁹.

W praktyce zdarzają się różne nieprawidłowości przy obliczaniu terminów do wniesienia protestu. I tak na przykład, za złożony po terminie

29 B. Wysocka, Termin wniesienia protestu na postanowienia specyfikacji, Zamówienia Publiczne Doradca 2004/11, s. 24-25

uznano protest, który wpłynął do zamawiającego w dniu 6 lipca po godz. 14, podczas gdy termin składania ofert wyznaczono na dzień 9 lipca, godz. 12. Liczenie terminu 3 dni dokonano zatem w godzinach³⁰. W świetle powyższych wyjaśnień, stanowisko takie jest oczywiście nietrafne.

Jeżeli protest został wniesiony po terminie, zamawiający powinien go odrzucić (odrzućenie oznacza odmowę rozstrzygnięcia protestu bez jego merytorycznego badania). Termin do wniesienia protestu, jest to materialnoprawny termin zawity. Oznacza to, że nie może być przywrócony przez zamawiającego w razie uchybienia mu przez protestującego, nawet gdyby protestujący uchybił mu bez swojej winy.

Uznać należy, że jeżeli wykonawca zwraca się o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia do zamawiającego, to termin do wniesienia protestu na postanowienia specyfikacji, których dotyczyły pytania wykonawcy biegnie dopiero od otrzymania wyjaśnień. Do czasu otrzymania wyjaśnień wykonawca bowiem nie wie, czy niewłaściwie rozumie specyfikację, czy też zawiera ona postanowienia naruszające jego interes prawny lub interesowi temu zagrażające. Kwestia ta nie jest jednak w sposób jednoznaczny rozstrzygana w orzecznictwie zespołów arbitrow.

Orzeczenia zespołów arbitrow dotyczące terminów do wniesienia protestu

- (1) W wyroku zespołu arbitrow z dnia 30 maja 2001 r., sygn. akt UZP/ZO/0-573/01 rozstrzygnięto kwestię terminu do wniesienia protestu na zaniechanie odrzucenia konkurencyjnej oferty, podlegającej odrzuceniu. Jeden z oferentów (według obecnej terminologii: „wykonawców”) złożył protest na nieodrzućenie przez zamawiającego oferty, uznanej następnie za najkorzystniejszą, mimo iż w ocenie odwołującego nie spełniła ona wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyż przedmiot działania oferenta-zwycięzcy nie był zgodny z przedmiotem zamówienia żądanym przez zamawiającego. Zamawiający podniósł, że protest został złożony z uchybieniem terminu ustawowego, argumentując, że termin do wniesienia protestu w tej sprawie należało liczyć od daty otwarcia ofert. Zespół arbitrow nie zgodził się

30 Ważne są nie tylko dni, ale i godziny, (nie podpisana informacja prasowa), Rzeczpospolita z dnia 6 września 2004 r.

ze stanowiskiem zamawiającego. Jak zauważono w uzasadnieniu wyroku, w tym dniu zamawiający jedynie otworzył oferty, nie badał ich jednak, nie dokonał też ich oceny. Każdy z oferentów mógł oczekiwać, że oferty nie spełniające warunków specyfikacji, zostaną przez zamawiającego odrzucone, jeśli oczywiście zaistnieją ku temu przesłanki. Dopiero nieodrzuconie oferty wadliwej jest czynnością zamawiającego, która podlega oprostowaniu. Złożenie protestu w oparciu jedynie o wątpliwości dotyczące treści oferty konkurenta, przed jej badaniem i oceną przez zamawiającego byłoby przedwczesne.

- (2) W wyroku zespołu arbitrów z dnia 26 stycznia 2001 r., w sprawie o sygn. akt UZP/ZO/0-081/01 uznano, że wystąpienie przez oferenta (według obecnej terminologii: „wykonawcę”) o wyjaśnienia oraz uściślenie znaczenia zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a nadto treść udzielonych w tym zakresie odpowiedzi zamawiającego przesądza, że bieg terminu do wniesienia protestu, rozpoczął się od daty doręczenia tych pism, a nie od daty nabycia specyfikacji.
- (3) Zgodnie z postanowieniem zespołu arbitrów z dnia 22 października 2004 r. w sprawie o sygnaturze akt UZP/ZO/0-1756/04 w przypadku wnoszenia zarzutów dotyczących postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, 7- dniowy termin o jakim mowa w treści art. 180 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, biegnie od dnia pobrania specyfikacji przez wykonawcę lub od dnia jej dostarczenia przez zamawiającego. Odrzucono pogląd przeciwny, z którego wynika, że jeśli oferent zwracał się o wyjaśnienie treści postanowień specyfikacji (stosownie do art. 38 ust. 1 Prawa zamówień publicznych), to termin 7- dniowy rozpoczyna swój bieg od dnia otrzymania tych wyjaśnień. Wskazano także, iż zgodnie z uchwałą SN z dnia 17 lipca 2003 r. sygn. akt IIICZP 44/03, terminy do składania środków odwoławczych określone w ustawie o zamówieniach publicznych są terminami zawitymi i nie podlegają przywróceniu.
- (4) W postanowieniu Zespołu Arbitrów z dnia 20 stycznia 2005 r. w sprawie o sygn. akt UZP/ZO/0-47/05 uznano, że przyłączenie się do protestu innego wykonawcy nie zmienia faktu, iż jest to nadal protest wniesiony przez danego wykonawcę, a więc powinien być

wniesiony z zachowaniem 7 dniowego terminu przewidzianego w art. 180 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych. Poprzez przyłączenie się do wniesionego protestu wykonawca nie może obejść ww. przepisu prawa i w ten sposób doprowadzić do konwalidacji terminu, któremu wcześniej uchybił, a jedynie przeciwdziałała powielaniu tych samych zarzutów przez uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i utrudnienia w ten sposób Zamawiającemu sprawnego prowadzenia tegoż postępowania.

- (5) Zespół Arbitrów w postanowieniu z dnia 31 sierpnia 2004 r. wydanym w sprawie o sygn. akt UZP/ZO/0-1357/04 uznał, że w sytuacji, w której ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 22 lipca 2004 r., odwołujący zapoznał się z treścią ogłoszenia w dniu 26 lipca 2004 r., a protest został złożony w dniu 2 sierpnia 2004 r., to wykonawca przekroczył termin do wniesienia protestu. W sprawie tej protest dotyczył treści ogłoszenia, tj. stawianych kryteriów wykonawcom, opublikowanych w ogłoszeniu. Niewątpliwie treść ogłoszenia była dostępna nie tylko wykonawcom, ale wszystkim zainteresowanym już w dniu 22 lipca 2004 r. na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący dysponował dostępem do Internetu, o czym świadczy m.in. posługiwanie się w kontaktach z Zamawiającym pocztą elektroniczną, a także zapoznanie się w ten sposób z ogłoszeniem w dniu 26 lipca 2004 r. Przepis art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych wyraźnie stanowi, iż bieg siedmiodniowego terminu rozpoczyna się nie tylko od dnia, w którym wykonawca powziął wiadomość, lecz również może rozpocząć swój bieg od dnia, w którym wykonawca mógł powziąć wiadomość.

2.4. Wymogi formalne protestu

Wymogi co do treści protestu określa Pzp w art. 180 ust. 8. Zgodnie z tym przepisem, protest powinien:

- wskazywać oprotestowaną czynność lub zaniechanie zamawiającego, a także
- zawierać żądanie,
- zawierać zwięzłe przytoczenie zarzutów oraz

- zawierać zwięzłe przytoczenie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie protestu.

Oznacza to, że protest powinien zawierać wszystkie te elementy. Podmiot wnoszący protest nie może od zamawiającego żądać, aby zamawiający elementy te wyinterpretował z wadliwie sformułowanego protestu. Protestujący, który nie zawarł wszystkich tych elementów w proteście tym bardziej nie może oczekiwać od zamawiającego, iż ten na podstawie okoliczności sprawy samodzielnie ustali te elementy.

(a) Wskazanie czynności lub zaniechania

Zgodnie z art. 180 ust. 8 Pzp w proteście należy wskazać „czynność lub zaniechanie” zamawiającego. Należy zauważyć, że protest może być wniesiony jedynie na konkretne czynności lub zaniechania. Nie jest dopuszczalny np. ogólnie sformułowany protest na naruszenie przez zamawiającego zasady równości wykonawców, bez wskazania, na czym to naruszenie polega.

Jednym protestem można objąć wiele czynności lub zaniechań zamawiającego (wydaje się, że po Nowelizacji będzie to częsta sytuacja). I tak przykładowo, można wnieść protest na nie odrzucenie oferty danego wykonawcy, a także na wadliwą ocenę ofert, polegającą na przyznaniu zbyt dużej liczby punktów innej ofercie i na nie dokonaniu wyboru oferty protestującego.

(b) Żądanie

Żądaniem protestu jest żądanie powtórzenia w prawidłowy sposób czynności, której protest dotyczy lub dokonania czynności zaniechanej przez zamawiającego.

Choć Pzp nie wspomina o takiej możliwości, wydaje się, iż protestujący może zawrzeć w proteście również żądanie unieważnienia postępowania, jeśli zachodzą ku temu przesłanki, a zwłaszcza, jeśli nie jest możliwe powtórzenie danej czynności lub dokonanie czynności zaniechanej.

(c) Zarzuty

Zarzuty powinny wskazywać na czym polegają uchybienia zamawiającego. Powinny być konkretne, poprzez wskazanie w jaki sposób określone czynności lub zaniechania zamawiającego naruszały ustawę.

(d) Przytoczenie okoliczności faktycznych i prawnych

Wymóg określenia okoliczności prawnych nie powinien być rozumiany jako wymóg przytoczenia konkretnych przepisów. Protestujący powinien jednak precyzyjnie wskazać, dlaczego uważa czynność zamawiającego lub zaniechanie czynności za niezgodne z prawem. Dopuszczalne jest zatem uzasadnienie odwołujące się do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców, bez wyraźnego wskazania na art. 7 Pzp. Niewystarczające jest natomiast ogólne zarzucenie naruszenia prawa. Należy pamiętać, że podstawą protestu może być naruszenie „ustawy”, a zatem Pzp i wydanych na jej podstawie aktów wykonawczych. W uzasadnieniu protestu należy też wykazać naruszenie lub zagrożenie interesu prawnego protestującego w uzyskaniu zamówienia, chyba że protest wnosi organizacja zrzeszająca wykonawców, która zgodnie z Pzp takiego interesu nie musi wykazywać, gdyż działa niejako w interesie publicznym.

(e) Forma protestu

Jeżeli chodzi o formę protestu, to zgodnie z brzmieniem art. 180 ust. 1 Pzp *in fine* nadanym Nowelizacją, do wniesienia protestu stosować ma się odpowiednio art. 27 ust. 1 – 3 Pzp. Zgodnie z art. 27 ust. 1 w brzmieniu nadanym Nowelizacją, w postępowaniach o udzielenie zamówienia oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje zamawiający i wykonawcy przekazują, zgodnie z wyborem zamawiającego, pisemnie³¹, faksem lub drogą elektroniczną. Przepis ustępu 2 przewiduje natomiast, że jeżeli zamawiający lub wykonawca przekazują oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje faksem lub drogą elektroniczną, każda ze stron na żądanie drugiej niezwłocznie potwierdza fakt ich otrzymania. Przepis ustępu 3 stanowi natomiast, że wybrany sposób przekazywania oświadczeń, wniosków, zawiadomień oraz informacji nie może ograniczać konkurencji; zawsze dopuszczalna jest forma pisemna, z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w ustawie. Oznacza to, iż istnieje możliwość wniesienia protestu faxem lub drogą elektroniczną, aczkolwiek na taką formę musi wyrazić uprzednio zgodę zamawiający. Jeżeli zamawiający nie potwierdzi otrzymania protestu wniesionego drogą faksową lub elektroniczną, protestujący nie może powoływać się na skuteczne wniesienie tego środka ochrony prawnej.

31 Forma pisemna oznacza wymóg, aby pismo zawierało własnoręczny (oryginalny) podpis osoby, od której pochodzi.

Przepis art. 180 ust. 1 stanowi o „odpowiednim” stosowaniu art. 27 ust. 1-3. Należy uznać, że konieczność „odpowiedniego” stosowania art. 27 ust. 1-3 wynika stąd, iż protest nie jest ani oświadczeniem, ani wnioskiem, ani zawiadomieniem, czy informacją, o których mowa w art. 27 ust. 1. Wyraz „odpowiednio” użyty w art. 180 ust. 1 nie oznacza natomiast, że np. w przypadku protestu nie stosuje się tej części art. 27 ust. 1, która uzależnia posłużenie się inną formą niż pisemna od zgody zamawiającego.

W świetle powyższego, na gruncie art. 180 ust. 1 in fine w brzmieniu nadanym wskutek Nowelizacji, traci na aktualności (słuszna przed wprowadzeniem tego przepisu) opinia, że do protestu nie mają zastosowania art. 27 i 28 Pzp³².

W stanie prawnym obowiązującym przed Nowelizacją, w piśmiennictwie wyrażono pogląd, że ponieważ Pzp nie wymaga formy pisemnej dla protestu pod rygorem nieważności, może być on wniesiony nawet ustnie³³. Pogląd ten wydawał się nie do obrony już w świetle pierwotnego brzmienia art. 180 ust. 1 Pzp. Po Nowelizacji nie budzi natomiast wątpliwości, że jest on nie do utrzymania. Należy zauważyć, że ustawodawca dopuszcza formę ustną złożenia oświadczenia w art. 27 ust. 5, do którego przepisy o proteście nie odsyłają.

Orzeczenia zespołów arbitrów dotyczące wymogów formalnych protestu

- (1) W wyroku zespołu arbitrów z dnia 1 lutego 2001 r., sygn. akt UZP/ZO/0-096/01, stwierdzono, że co prawda z przepisów nie wynika obowiązek wskazania w sposób precyzyjny przepisów ustawy, które w ocenie odwołującego zostały naruszone przez zamawiającego, niemniej protest powinien zawierać określenie czynności której dotyczy, jak również uzasadnienie podniesionych zarzutów. W sprawie tej, jeden z wykonawców (oferentów) skierował do zamawiającego pismo zawierające w swej treści oświadczenie, że jest to protest na decyzję komisji przetargowej o wybrze oferty w przetargu nieograniczonym oraz prośbę o przedstawienie punktacji uzyskanej przez poszczególne oferty dopuszczone do postępowania przetargowego. Zamawiający oddalił protest wskazując, że pismo zawierające co prawda w swej treści określenie „protest”, z uwagi na brak umotywowania nie spełnia wymo-

32 W. Łysakowski w: Komentarz ... op. cit, s. 387

33 A. Szyszkowski, Kto podpisuje protest, Rzeczpospolita z dn. 23 sierpnia 2005 r.

gów protestu. Zespół arbitrów oddalił odwołanie, wskazując, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego do skutecznego wszczęcia postępowania odwoławczego nie wystarczy dać wyraz swemu niezadowoleniu z czynności podejmowanej przez zamawiającego. Warunkiem koniecznym i niezbędnym jest spełnienie wymogów określonych w przepisach ustawy.

- (2) W postanowieniu zespołu arbitrów z dnia 20 stycznia 2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-56/05 stwierdzono, że dla skutecznego wniesienia protestu niezbędne jest zachowanie formy pisemnej. Wniesienie protestu za pomocą telefaksu czy drogą elektroniczną nie spełnia wymagania pisemności protestu. Art. 180 ust.1 ustawy Pzp jest przepisem szczególnym w stosunku do innych przepisów Prawa zamówień publicznych, w szczególności do art. 27 i 28 tej ustawy. Protest nie jest „oświadczeniem” w rozumieniu ww. przepisów.

[Teza ta w świetle art. 180 ust. 1 w aktualnym brzmieniu straciła aktualność.]

Wzór protestu

....., dnia r.

Protestujący:

.....

Do Zamawiającego

.....

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez w trybie na (znak sprawy:)

PROTEST

wobec czynności Zamawiającego z dnia
polegającej na / wobec zaniechania przez
Zamawiającego czynności polegającej na

Działając w imieniu Protestującego składam protest wobec czynności podjętych przez Zamawiającego / zaniechania dokonania przez Zamawiającego czynności, a mianowicie:

-

W związku z tym, że interes prawny Protestującego doznał uszczerbku w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, tj. niewłaściwego zastosowania art. ustawy Prawo Zamówień Publicznych (Pzp) wnoszę o:

- **dokonanie / powtórzenie czynności**

Uzasadnienie

1. Stan faktyczny

.....

2. Stan prawny

Pzp w art. stanowi, że

3. Ocena prawna

Postępowanie Zamawiającego należy uznać za niezgodne z Pzp z następujących powodów:

4. Interes prawny Wykonawcy

Czynność / zaniechanie czynności, będące przedmiotem niniejszego protestu narusza / zagraża interesowi prawnemu Wykonawcy w uzyskaniu zamówienia przez to, że

Mając na uwadze powołane powyżej okoliczności protest należy uznać za w pełni uzasadniony.

.....

Załącznik: pełnomocnictwo

Pełnomocnictwo

Działając w imieniu i na rzecz
(„Wykonawca”), niniejszym ustanawiamy:

radcę prawnego / adwokata

pełnomocnikiem Wykonawcy z prawem udzielania substytucji, do
wniesienia w naszym imieniu protestu wobec czynności / zaniecha-
nia dokonania czynności przez Zamawiającego –
w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego
..... prowadzonego w trybie
(znak sprawy:

.....

....., dnia

2.5. Przystąpienie do postępowania protestacyjnego

Pzp przed Nowelizacją regulował w art. 181 ust. 4 instytucję **przystąpienia do protestu**. Przepis ten przewidywał, że poza protestującym, uczestnikiem postępowania protestacyjnego jest także inny wykonawca uczestniczący w postępowaniu, który przystąpi do protestu. Przystąpienie do protestu oznaczało poparcie żądania i zarzutów w nim zawartych.

Po Nowelizacji, w Pzp przewiduje się **przystąpienie do postępowania protestacyjnego**. W myśl art. 181 ust. 4 Pzp, uczestnikami postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu stają się wykonawcy, którzy mają interes prawny w tym, aby protest został rozstrzygnięty na korzyść jednej ze stron, i którzy przystąpili do postępowania. Oznacza to, że nastąpiła istotna zmiana omawianej instytucji prawnej. O ile wykonawca przystępujący do protestu z definicji musiał popierać żądanie i zarzuty protestującego, o tyle obecnie wykonawca przystępujący do postępowania protestacyjnego może popierać zarówno żądanie i zarzuty protestującego, jak również może bronić prawidłowości czynności lub zaniechania zamawiającego, które zostały oprotestowane przez innego wykonawcę. Rozwiązanie to prawdopodobnie wynika z uwzględnienia przez ustawodawcę okoliczności, że protest wniesiony przez jednego wykonawcę może *de facto* godzić w interesy innego z wykonawców (np. gdy jeden wykonawca protestuje na zaniechanie wykluczenia konkurenta z postępowania). Stąd też, przystąpienie przez wykonawcę do postępowania po stronie zamawiającego, może w istocie stanowić formę obrony własnych interesów.

Prawodawca szczegółowo uregulował procedurę przystąpienia do postępowania protestacyjnego. Po wniesieniu protestu, jego kopię zamawiający niezwłocznie przekazuje wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a jeżeli protest dotyczy treści ogłoszenia lub postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamieszcza ją również na stronie internetowej, na której jest udostępniana specyfikacja, zzywając wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu. Przystąpienie do postępowania może nastąpić przez wezwanych wykonawców:

- 1) w terminie 3 dni od dnia otrzymania wezwania,
- 2) do upływu przewidzianych w art. 180 ust. 3 terminów do wniesienia protestu na treść ogłoszenia, a w postępowaniu prowadzonym w

trybie przetargu nieograniczonego – także postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jeżeli protest dotyczy jej treści³⁴.

Wykonawca zgłasza przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, wskazując swój interes prawny w przystąpieniu i określając swoje żądanie w zakresie zarzutów zawartych w protestie (tzn. żąda ich uwzględnienia, albo uznania za bezzasadne). Zgłoszenie przystąpienia wnosi się do zamawiającego, przekazując jednocześnie jego kopię wykonawcy wnoszącemu protest.

Znaczenie instytucji przystąpienia do postępowania protestacyjnego wyraża się w tym, że wykonawca wezwany do udziału w tym postępowaniu nie może następnie wnieść protestu, powołując się na te same okoliczności.

Przystąpienie do postępowania protestacyjnego pozwala wykonawcy – w razie odrzucenia lub oddalenia protestu – wnieść odwołanie, a następnie skargę do sądu. Uprawnienie takiego wykonawcy do wniesienia odwołania oraz skargi nie jest zależne od tego, czy wykonawca, który wniósł protest korzysta z tych środków ochrony prawnej.

Wykonawca, który przystąpił do postępowania protestacyjnego musi wykazać swój „interes prawny rozstrzygnięciu protestu na korzyść jednej ze stron”. Wykonawca wnoszący protest musi wykazać swój „interes prawny w uzyskaniu zamówienia”. Powstaje pytanie o wzajemną relację tych dwóch określeń. Wydaje się, że interes prawny rozstrzygnięciu protestu na korzyść jednej ze stron wiąże się z interesem prawnym w uzyskaniu zamówienia. Innymi słowy, wykonawca przystępujący do postępowania po jednej ze stron winien wykazać, że rozstrzygnięcie protestu na korzyść tej strony chroni również jego interes prawny w uzyskaniu zamówienia. Przykładowo, jeśli wykonawca A wniósł protest zarzucając

34 Art. 180 ust. 3 głosi, że protest dotyczący treści ogłoszenia, a jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, także dotyczące postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wnosi się w terminie:

- 1) 7 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej lub na stronach portalu internetowego Urzędu - jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8,
- 2) 14 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej - jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 [...].

zamawiającemu zaniechanie wykluczenia wykonawcy B, to wykonawca B przystępując do postępowania po stronie zamawiającego ma interes prawny w rozstrzygnięciu protestu na korzyść zamawiającego przez to, że jego oddalenie oznaczać będzie, że wykonawca B nie zostanie wykluczony z postępowania. Interes wykonawcy, który przystąpił do postępowania podlega kontroli zamawiającego oraz następnie zespołu arbitrów i sądu. Nawet jeśli wykonawca przystępujący do postępowania opowie się po stronie protestującego, to jego interes prawny podlega kontroli odrębnie od kontroli interesu wykonawcy, który wniósł protest. Może się zdarzyć, że sam protestujący nie będzie miał interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia, natomiast będzie go miał przystępujący do postępowania po jego stronie. W takim wypadku, protest powinien być uwzględniony w stosunku do przystępującego do postępowania. Natomiast w sytuacji, w której protest zostaje odrzucony (z przyczyn formalnych), wydaje się, że bezskuteczne staje się również przystąpienie do postępowania protestacyjnego. Teza ta może być jednak dyskusyjna i nie jest wykluczone, że w orzecznictwie przyjęty zostanie inny pogląd.

Powstaje w tym miejscu wątpliwość, czy w oświadczeniu o przystąpieniu do postępowania po stronie protestującego można powołać również inne zarzuty, nie zawarte w proteście. Chodzi o sytuację, w której po wniesieniu protestu przez danego wykonawcę, inny wykonawca z jednej strony podziela zarzuty zawarte w już wniesionym proteście, ma jednak nowe, własne zarzuty. Jest jasne, że ów inny wykonawca nie może wnieść odrębnego protestu, zawierającego zarzuty, które zostały już zawarte we wcześniejszym proteście. W takiej sytuacji możliwe są dwa rozwiązania:

- po pierwsze można twierdzić, że w oświadczeniu o przystąpieniu do postępowania można podnieść również nowe zarzuty,
- po drugie można argumentować, że ów inny wykonawca powinien z jednej strony złożyć oświadczenie o przystąpieniu do postępowania, a z drugiej strony winien wnieść odrębny protest, zawierający nowe zarzuty.

Ze względów praktycznych, protestującym należy rekomendować drugie rozwiązanie, aby uniknąć ryzyka, że zamawiający nie ustosunkuje się do nowych zarzutów, twierdząc, że nie można ich zawrzeć w oświadczeniu o przystąpieniu do protestu.

Wydaje się, że nie jest możliwe poparcie przez przystępującego do postępowania niektórych zarzutów podniesionych przez protestującego i polemizowanie z pozostałymi. Teza ta opiera się na brzmieniu przepisu, który wymaga, aby przystępujący do postępowania wskazał na interes prawny „w rozstrzygnięciu protestu na korzyść jednej ze stron”. Tym samym, powinien on w całości popierać stanowisko protestującego, albo zamawiającego. Z drugiej jednak strony, brak jest w regulacji postępowania protestacyjnego przepisu, który wykluczałby takie częściowe poparcie protestu. Kwestia może być zatem dyskusyjna.

Wzór oświadczenia o przystąpieniu do postępowania protestacyjnego

....., dnia r.

1. Wykonawca przystępujący do postępowania protestacyjnego:

.....

(„Wykonawca 1”)

działający na korzyść

Wykonawcy, który wniósł protest/ Zamawiającego

2. Wykonawca, który wniósł protest:

.....

(„Wykonawca 2”)

Do Zamawiającego

.....

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez w trybie na (znak sprawy:)

OŚWIADCZENIE O PRZYSTĄPIENIU DO POSTĘPOWANIA PROTESTACYJNEGO

zainicjowanego protestem wniesionym przez Wykonawcę
(Wykonawcę2) wobec czynności Zamawiającego
z dnia / zaniechania przez

Zamawiającego czynności polegającej na

Działając w imieniu Wykonawcy (Wykonawcy 1) przystępuję niniejszym do postępowania protestacyjnego zainicjowanego wniesieniem przez (Wykonawcę 2) protestu wobec czynności podjętej przez Zamawiającego w dniu, polegającej na / wobec zaniechania przez Zamawiającego dokonania czynności polegającej na

Wnoszę o rozstrzygnięcie protestu na korzyść Wykonawcy 2 poprzez uwzględnienie protestu / Wnoszę o rozstrzygnięcie protestu poprzez oddalenie / odrzucenie protestu.

Uzasadnienie

1. Stan faktyczny

Dnia Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na w trybie
.....

2. Stan prawny

Art. ... ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że
.....
.....

3. Ocena prawna

Czynność Zamawiającego z dnia polegająca na
..... / Zaniechanie przez Zamawiającego dokonania czynności polegającej na, będąca / będące przedmiotem protestu jest niezgodne / zgodne z przepisem ustawy przytoczonym i omówionym w pkt 2 powyżej. Wynika to z

4. Interes prawny Wykonawcy 1

Z uwagi na fakt, że Wykonawca 1 złożył / zamierzał złożyć ofertę w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia, ma on interes prawny w rozstrzygnięciu protestu na korzyść Wykonawcy 2 / Zamawiającego.

.....

Załącznik: pełnomocnictwo

2.6. Odrzucenie protestu

Odrzucenie protestu oznacza odmowę jego merytorycznego rozstrzygnięcia.

Zgodnie z art. 180 ust. 7 Pzp, zamawiający odrzuca protest:

- wniesiony po terminie,
- wniesiony przez podmiot nieuprawniony lub
- wniesiony przez wykonawcę, który wcześniej wniósł protest lub wykonawcę wezwanego do wzięcia udziału we wcześniejszym postępowaniu protestacyjnym, na czynności zamawiającego wykonane zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu zapadłym w owym postępowaniu.

W praktyce, wnoszenie spóźnionych protestów często wiąże się z błędnym przekonaniem protestujących, że 7-dniowy termin do jego wniesienia jest zachowany, jeśli w ostatnim dniu zostanie nadana przesyłka zawierająca protest w urzędzie pocztowym. Tymczasem, konieczne jest doręczenie protestu przed upływem 7 dni zamawiającemu. Ustawa nie przewiduje przywrócenia terminu do wniesienia protestu.

Podmiotem nieuprawnionym w praktyce będzie podmiot, którego interes prawny w uzyskaniu zamówienia nie doznał, ani nie może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Przykładowo podmiot, który nie złożył oferty nie może wnieść protestu na wybór najkorzystniejszej oferty. Podmiotem nieuprawnionym będzie również organizacja zrzeszająca wykonawców nie wpisana na listę prowadzoną przez Prezesa UZP.

Zgodnie z powyższym przepisem, odrzucenie protestu może nastąpić tylko na podstawie jednej z wyżej wskazanych przesłanek. Jeśli spełni się którakolwiek z tych przesłanek, odrzucenie protestu jest obowiązkiem zamawiającego.

Powyższe stwierdzenia nie oznaczają jednak, że protest wniesiony po terminie lub przez podmiot nieuprawniony nie może mieć jakiegokolwiek znaczenia dla przebiegu postępowania. Jeżeli bowiem zostały podniesione w spóźnionym proteście zarzuty odnoszące się do okoliczności skut-

kujących obowiązkiem unieważnienia postępowania, zamawiający winien wziąć je pod uwagę i unieważnić postępowanie. Unieważnienie postępowania nie wymaga bowiem ani wniosku wykonawcy, ani wniesienia protestu, lecz jest obowiązkiem zamawiającego, ilekroć zachodzą po temu przesłanki. Tym samym spóźniony protest może zwrócić uwagę zamawiającego na okoliczności, które winien wziąć pod uwagę z urzędu. W związku z tym celowe jest, aby zamawiający zapoznawał się również z treścią protestu, co do którego jest jasne, iż podlega odrzuceniu (mimo że względy ekonomii postępowania mogłyby nakazywać, aby zamawiający na wstępie - przed przystąpieniem do merytorycznej oceny protestu - badał, czy nie podlega on odrzuceniu).

• •

2.7. Obowiązki informacyjne zamawiającego związane z wniesieniem protestu

Wniesienie protestu rodzi obowiązek zamawiającego przekazania jego kopii do wykonawców uczestniczących w postępowaniu. Wykonawcą jest podmiot, który ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego lub złożył ofertę. Nie ma zatem obowiązku przekazywania kopii protestu podmiotom, które nie mają jeszcze bądź już statusu wykonawcy. Nic jednak nie stoi na przeszkodzie, aby zamawiający takie osoby również poinformował o treści protestu.

Zawiadomienie wykonawców powinno nastąpić niezwłocznie. Jak wyjaśniał Sąd Najwyższy, sformułowanie „niezwłocznie” - bez zbędnej zwłoki - nie zawsze oznacza „natychmiast” (wyrok z dnia 6 listopada 1998 r., II UKN 290/98). Chodzi o to, by zawiadomienie nastąpiło w najkrótszym możliwym terminie.

Nie powinno wywoływać jakichkolwiek wątpliwości, że zamawiający nie przekazuje kopii protestu temu wykonawcy, który protest wniósł.

Przepis art. 181 ust. 3 w poprzednim brzmieniu mówił, że zamawiający zawiadamia wykonawców o „treści protestu i zarzutach”, natomiast nie nakładał na zamawiającego obowiązku przekazania kopii protestu. Obecne rozwiązanie jest bardziej prawidłowe, gdyż wyklucza ono ryzyko, iż w informacji o treści protestu zamawiający pominie, czy zniekształci istotne elementy jego treści.

Jeżeli protest dotyczy treści ogłoszenia lub postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jego kopię zamieszcza się również na stronie internetowej, na której jest udostępniana specyfikacja. Przekazanie lub upublicznienie w Internecie kopii protestu ma na celu umożliwienie innym wykonawcom wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu.

Zgodnie z art. 181 ust. 2 Pzp zamawiający jest zobowiązany do poinformowania wykonawców, którzy złożyli już oferty o zawieszeniu biegu terminu związania ofertą.

Zawiadomienia, związane z postępowaniem protestacyjnym powinny być dokonywane w formie określonej w art. 27 Pzp. Dowód dokonania notyfikacji obciąża zamawiającego.

2.8. Zakaz zawarcia umowy przed rozstrzygnięciem protestu

Jeżeli wniesiono protest, zamawiający w zasadzie nie może zawrzeć umowy w sprawie zamówienia publicznego do czasu ostatecznego jego rozstrzygnięcia. Zakaz ten wyrażono w art. 182 ust. 1 Pzp. Jest on niezależny od zasadności albo bezzasadności protestu. Tym samym, wniesienie protestu może być formą obstrukcji toczącego się postępowania przez osoby, które nie mają realnych szans na uzyskanie zamówienia, lecz zmierzają do utrudnienia lub przynajmniej opóźnienia jego uzyskania przez konkurentów. Istnieją jednak od tego zakazu wyjątki, przewidziane w art. 182 ust. 3 oraz w art. 196 ust. 2 i 3 Pzp.

Otóż zgodnie z art. 182 ust. 3 na wniosek zamawiającego Prezes UZP, w drodze decyzji administracyjnej może wyrazić zgodę na zawarcie umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu, jeżeli ze względów społecznych lub gospodarczych zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia, której wcześniej nie można było przewidzieć, a nie wynika ona z winy zamawiającego. Opisana kompetencja Prezesa nie dotyczy jednak postępowań, w których wartość zamówienia dla robót budowlanych jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 20.000.000 euro, a dla dostaw lub usług - 10.000.000 euro. Zakaz zawarcia umowy (w razie wniesienia protestu) trwa „do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia protestu” (art. 182 ust. 1 Pzp). Pzp precyzyjnie wska-

zuje w art. 182 ust. 2, kiedy następuje ostateczne rozstrzygnięcie protestu, uzależniając to od wartości zamówienia. I tak, protest uznaje się za ostatecznie rozstrzygnięty:

- 1) jeżeli nie przysługuje odwołanie - wraz z rozstrzygnięciem przez zamawiającego protestu lub z upływem terminu na jego rozstrzygnięcie;
- 2) jeżeli nie wniesiono odwołania - z upływem terminu do wniesienia odwołania;
- 3) w przypadku wniesienia odwołania:
 - a) z dniem wydania postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze albo wyroku zespołu arbitrów albo
 - b) z dniem wydania wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie w sprawie przez sąd okręgowy, o którym mowa w art. 195 ust. 1, albo z upływem terminu do wniesienia skargi, o którym mowa w art. 195 ust. 2, jeżeli wartość zamówienia dla robót budowlanych jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 20.000.000 euro, a dla dostaw lub usług - 10.000.000 euro.

Z regulacji powyższej, zwłaszcza w kontekście art. 196 ust. 2 Pzp, zdaje się wynikać, że Prezes UZP zachowuje kompetencję do wyrażenia zgody na zawarcie umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu również po wniesieniu odwołania lub skargi, gdy spór rozpoznaje zespół arbitrów (jurysdykcyjnie niezależny od Prezesa UZP) lub sąd. Zasadność i poprawność takiego rozwiązania budzi jednak zasadnicze wątpliwości.

Na tle przywołanych przepisów powstaje problem, kiedy protest należy uznać za ostatecznie rozstrzygnięty, jeżeli doszło do spóźnionego wniesienia odwołania (skargi – w przypadku największych zamówień). W razie wniesienia tych środków ochrony prawnej po terminie ulegają one odrzuceniu. Postanowienie o odrzuceniu odwołania (skargi) jest postanowieniem kończącym postępowanie w sprawie. Zarówno upływ terminu do wniesienia odwołania (skargi), jak i doręczenie (wydanie) po-

stanowienia kończącego postępowanie w sprawie stanowią przesłanki uznania protestu za ostatecznie rozstrzygnięty. Ponieważ jednak art. 182 ust. 2 Pzp wskazuje upływ terminu do wniesienia odwołania (skargi) obok postanowienia kończącego postępowanie w sprawie jako przesłanki samodzielne, uznać należy, że w razie spóźnionego wniesienia odwołania (skargi) protest traktować należy jako ostatecznie rozstrzygnięty już z chwilą upływu terminu do jego wniesienia, a nie dopiero z chwilą odrzucenia odwołania (skargi). Przykładowo, jeżeli odwołanie wniesiono 6 dnia od doręczenia wykonawcy rozstrzygnięcia protestu, to niezależnie od jego wniesienia, w tym dniu powstaje możliwość zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego (gdyż upłynął termin do wniesienia odwołania). Odmienna wykładnia prowadziłaby do nie dającego się obronić wniosku, że zamawiający nie powinien zawierać umowy tak długo, jak długo istnieje możliwość wniesienia choćby spóźnionego odwołania (skargi).

Zgoda Prezesa UZP na zawarcie umowy może być wydana na wniosek zamawiającego. Biorąc pod uwagę treść art. 182 ust. 3 Pzp, należy uznać, że nie jest możliwe uwzględnienie wniosku o zgodę złożonego przez wykonawcę, z którym miałyby być zawarta umowa.

Wniosek o wyrażenie zgody powinien zawierać co najmniej:

- oznaczenie wnioskodawcy (zamawiającego),
- oznaczenie organu, do którego wniosek jest kierowany (Prezes UZP),
- oznaczenie postępowania (w szczególności przez określenie trybu, przedmiotu postępowania oraz podanie daty i miejsca opublikowania ogłoszenia o zamówieniu),
- treść żądania, a także wskazanie wykonawcy, z którym ma zostać zawarta umowa i określenie umowy, która ma być zawarta (jej wartości oraz istotnych postanowień – wskazane jest załączenie do wniosku projektu umowy),
- uzasadnienie, zawierające w szczególności opis okoliczności uzasadniających udzielenie zgody,

- podpis wnioskodawcy lub jego pełnomocnika (jeśli wnioskodawca jest osobą prawną – co w praktyce jest regułą - wniosek winien być podpisany zgodnie z zasadami reprezentacji),
- jeśli wniosek jest składany przez pełnomocnika zamawiającego, należy doń dołączyć pełnomocnictwo.

Prezes UZP może wyrazić zgodę na zawarcie umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu, jeżeli ze względów społecznych lub gospodarczych zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia, której wcześniej nie można było przewidzieć, a nie wynika ona z winy zamawiającego. Ocena, czy przesłanki udzielenia zgody na zawarcie umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu są spełnione w konkretnych przypadkach może być trudna. Pzp posługuje się bowiem określeniami o nieostrym zakresie znaczeniowym. Problematyczne może być to, w jaki sposób rozumieć względy społeczne lub gospodarcze, a w szczególności – czy mogą one dotyczyć wyłącznie zamawiającego. Wydaje się, że o ile względy społeczne muszą być związane z interesem osób trzecich (części społeczeństwa), o tyle względy gospodarcze mogą dotyczyć samego zamawiającego (choć mogą również dotyczyć interesów państwa). Względy społeczne uzasadniające udzielenie zgody mogą polegać np. na konieczności pilnego nabycia przez zakład opieki zdrowotnej lekarstw, których brak może uniemożliwić świadczeń usług zdrowotnych. Względy gospodarcze mogą polegać np. na konieczności pilnego udzielenia zamówienia na naprawę urządzeń, które są niezbędne do prawidłowego prowadzenia przez zamawiającego działalności, zwłaszcza jeśli ich awaria powoduje przestój i grozi znacznymi stratami. Należy też zauważyć, że przesłanką udzielenia zgody przez Prezesa UZP jest pilna potrzeba udzielenia zamówienia, której nie można było przewidzieć i która nie wynika z winy zamawiającego. Wymóg ten można interpretować w ten sposób, że zamawiający winien podejmować postępowanie odpowiednio wcześniej, przewidując możliwość wniesienia protestu i związane z tym wydłużenie czasu trwania postępowania. Jedynie w tych sytuacjach, w których zamawiający nie mógł odpowiednio wcześniej wszcząć postępowania z przyczyn przez siebie niezawinionych, może on uzyskać zgodę na zawarcie umowy.

Prezes UZP wyraża zgodę w formie decyzji administracyjnej. Do decyzji tej stosuje się przepisy Kpa, w tym przepisy o terminach załatwiania spraw. Tak więc, zgodnie z art. 35 Kpa, organy administracji publicznej

obowiązane są załatwiać sprawy bez zbędnej zwłoki. Niezwłocznie powinny być załatwiane sprawy, które mogą być rozpatrzone w oparciu o dowody przedstawione przez stronę łącznie z żądaniem wszczęcia postępowania lub w oparciu o fakty i dowody powszechnie znane albo znane z urzędu organowi, przed którym toczy się postępowanie, bądź możliwe do ustalenia na podstawie danych, którymi rozporządza ten organ. Załatwienie sprawy wymagającej postępowania wyjaśniającego powinno nastąpić nie później niż w ciągu miesiąca, a sprawy szczególnie skomplikowanej - nie później niż w ciągu dwóch miesięcy od dnia wszczęcia postępowania. Do terminów określonych w przepisach poprzedzających nie wlicza się terminów przewidzianych w przepisach prawa dla dokonania określonych czynności, okresów zawieszenia postępowania oraz okresów opóźnień spowodowanych z winy strony albo z przyczyn niezależnych od organu. Jest jasne, że wydanie decyzji w ostatnich dniach miesięcznego lub dwumiesięcznego terminu nie będzie mieć znaczenia dla zamawiającego, skoro dotyczy ona sytuacji, w której konieczne jest szybkie udzielenie zamówienia. Decyzja Prezesa UZP ma charakter uznaniowy (co nie oznacza, że jej wydanie jest kwestią arbitralnej decyzji Prezesa UZP). Uznaniowość ta oznacza, że dokonuje on oceny, czy spełnione są – nieostre - przesłanki wyrażenia zgody, w tym zwłaszcza, czy w konkretnej sytuacji ze względów społecznych lub gospodarczych zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia. Decyzja Prezesa UZP musi być wydana przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego. Umowa zawarta bez uzyskania zgody jest nieważna. Późniejsze uzyskanie zgody nie konwaliduje umowy (nie stanie się ona ważna). Nie jest wykluczone jednak, że po uzyskaniu zgody, strony zawrą ponownie umowę, tym razem już ważną. W takiej sytuacji jednak, świadczenia spełnione na podstawie pierwszej umowy, zawartej przed uzyskaniem zgody Prezesa UZP będą podlegać zwrotowi, jako świadczenia nienależne (art. 410 Kc).

Powstaje również pytanie, czy zamawiający może wnosić o zgodę na zawarcie umowy, której przedmiot obejmować będzie jedynie część przedmiotu postępowania. Chodzić może zwłaszcza o udzielenie zamówienia na część dostaw lub usług, która umożliwi zamawiającemu kontynuowanie działalności w ograniczonym zakresie do czasu niezbędnego na ostateczne rozstrzygnięcie protestu. Przykładowo: zakład opieki zdrowotnej prowadzi postępowanie na dostawę 10.000 sztuk bandażów opatrunkowych, natomiast przewiduje się, że dla zapewnienia ciągłości świadczeń medycznych do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia protestu wystarczy zakup 1.000 sztuk. Względy celowościowe przemawiały-

by za dopuszczalnością udzielenia zgody na zawarcie umowy obejmującej jedynie część przedmiotu zamówienia, niezbędną dla nieprzerwanego prowadzenia działalności przez zamawiającego.

Jak wskazano, wyrażenie zgody na zawarcie umowy przez Prezesa UZP nie dotyczy postępowań, w których wartość zamówienia dla robót budowlanych jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 20.000.000 euro, a dla dostaw lub usług - 10.000.000 euro. Jeżeli wartość zamówienia dla robót budowlanych jest równa lub przekracza wyrażoną wskazane powyżej progi, zakaz zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem protest może uchylić tylko sąd rozpoznający skargę (patrz uwagi w pkt 4.5 niniejszego opracowania)..

.

2.9. Wniesienie protestu a termin związania ofertą

W przypadku wniesienia protestu po upływie terminu składania ofert bieg terminu związania ofertą ulega zawieszeniu do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia protestu. Zawieszenie terminu związania ofertą następuje z mocy samego prawa i nie wymaga składania oświadczenia w tej materii przez wykonawcę. Oznacza to, że wykonawca, jak i zamawiający nie mają wpływu na okres zawieszenia terminu związania ofertą. Zawieszenie de facto oznacza, że termin związania ofertą ulega wydłużeniu o okres zawieszenia.

O zawieszeniu biegu terminu związania ofertą zamawiający zobowiązany jest jednak niezwłocznie poinformować wykonawców. Rzecz jasna, nie ma sensu kierować tego zawiadomienia do wykonawców, których zamawiający wykluczył już wcześniej z postępowania na innej podstawie i którzy nie złożyli protestu na ich wykluczenie lub protest został negatywnie rozstrzygnięty w sposób ostateczny.

Zamawiający w dowolnym czasie, jednak nie później niż na 7 dni przed upływem ważności wadium, winien wezwać wykonawców, pod rygorem wykluczenia z postępowania, do przedłużenia ważności wadium albo wniesienia nowego wadium na okres niezbędny do zabezpieczenia postępowania do zawarcia umowy, po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu. Przedłużenie wadium nie następuje zatem ex lege, lecz wymaga do-

konania określonej czynności przez wykonawcę, albo przez bank lub ubezpieczyciela, który udzielił gwarancji zapłaty wadium.

Termin, o jaki ma zostać wydłużony okres ważności wadium lub na jaki ma zostać wniesione nowe wadium określa zamawiający, uwzględniając okres niezbędny do zabezpieczenia postępowania do zawarcia umowy, po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu. Wydaje się, że nie ma przeszkód, aby wzywać do przedłużenia ważności wadium albo wniesienia nowego wadium więcej niż jeden raz, jeżeli przewidywania zamawiającego odnośnie okresu niezbędnego do zabezpieczenia postępowania do zawarcia umowy po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu nie sprawdziły się.

2.10. Rozstrzygnięcie protestu

Zgodnie z art. 183 oraz art. 180 Pzp, zamawiający rozstrzyga protest poprzez jego:

- odrzucenie,
- oddalenie,
- uwzględnienie.

O ile odrzucenie protestu jest odmową merytorycznej oceny protestu, to jego oddalenie albo uwzględnienie ma charakter merytoryczny. W literaturze wskazano, że z uwagi na cywilistyczny charakter postępowania, lepszym określeniem niż „rozstrzygnięcie protestu” byłoby określenie „rozpoznanie protestu”³⁵. Uznając słuszność tej uwagi, dalej jednak będziemy posługiwać się określeniem ustawowym. Należy zauważyć, że nie tylko praktyka, lecz także piśmiennictwo posługują się zasadniczo niepoprawnym określeniem „rozpatrzenie protestu”³⁶.

Nową instytucją, wprowadzoną przez Nowelizację, jest jednocześnie rozstrzygnięcie protestów (art. 183 ust. 1). Zamawiający rozstrzyga jednocześnie wszystkie protesty dotyczące:

³⁵ W. Łysakowski w: Komentarz... op. cit, s. 392

³⁶ J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2004, s. 393.

- 1) treści ogłoszenia,
- 2) postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- 3) wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia, odrzucenia ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty - w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, negocjacji bez ogłoszenia i zapytania o cenę,
- 4) wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia albo odrzucenia ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty - w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego.

Każdą z tych sytuacji należy traktować rozłącznie. Oznacza to, że łączne rozstrzygnięcie protestów nie dotyczy np. protestu wniesionego na treść ogłoszenia i na wykluczenie wykonawcy z postępowania. Za taką interpretacją art. 183 ust. 1 Pzp przemawiają po pierwsze względy celowościowe. Protesty na czynności wymienione w pkt 1-4 mogą dotyczyć dość odległych czasowo stadiów postępowania. Zaproponowana wykładnia znajduje także uzasadnienie w redakcji przepisu – otóż w pkt 3 i 4 ustawodawca wskazał więcej niż jedną czynność, co świadczy o tym, że w wypadkach, w których zakładał łączne rozstrzygnięcie protestów wniesionych na różne czynności, wymienił je w jednym punkcie. W każdym z powyższych przypadków, rozstrzygnięcie winno nastąpić w terminie 10 dni od upływu ostatniego z terminów na wniesienie protestu. Jednoczesne rozstrzygnięcie protestów oznacza, że winno ono nastąpić w jednym oświadczeniu woli zamawiającego (nie chodzi tylko o rozstrzygnięcie protestów w tym samym czasie).

W przypadku protestów, które nie są rozstrzygane jednocześnie zgodnie z art. 183 ust. 1 Pzp, zamawiający ma na rozstrzygnięcie protestu 10 dni od jego wniesienia.

Powstaje pytanie, kiedy następuje rozstrzygnięcie protestu:

- czy w chwili podjęcia stosownej decyzji przez zamawiającego,

- czy w chwili poinformowania o tej decyzji protestującego oraz ewentualnie wykonawców, którzy przyłączyli się do protestu?

Przepis art. 183 ust. 4 Pzp mówi, że „rozstrzygnięcie przekazuje się” podmiotowi, który wniósł protest oraz wykonawcom, którzy przystąpili do postępowania toczącego się w wyniku jego wniesienia. Jako że rozstrzygnięcie protestu jest cywilnoprawnym oświadczeniem woli, zatem wywołuje skutki z chwilą zakomunikowania go adresatom. Innymi słowy, jeżeli zamawiający przekaze uczestnikom postępowania protestacyjnego po upływie 10 dni od wniesienia protestu oświadczenie o jego rozpoznaniu sygnowane datą przypadająca przed upływem owego terminu 10 dni, to takie działanie zamawiającego będzie bezskuteczne. W orzecznictwie wyrażono jednak odmienny pogląd w tej materii (zob. uchwała SN z dn. 6 lipca 2005 r. przytoczona w pkt 3.6 niniejszego poradnika).

Ustawodawca przewidział, że upływ 10-dniowego terminu do rozstrzygnięcia protestu uznaje się za oddalenie protestu. Skutek ten następuje z mocy samego prawa i nie jest zależny od rzeczywistej, „wewnętrznej” woli zamawiającego w tym zakresie. Należy się zgodzić z poglądem, że zamawiający nie ma obowiązku rozstrzygnięcia protestu i stąd zespół arbitrów nie może nakazać dokonania tej czynności³⁷. Jeśli zatem zamawiający nie rozstrzygnie protestu w terminie 10 dni, protest uznaje się za oddalony, nawet gdyby zamawiający zamierzał protest uwzględnić, lecz z jakiegokolwiek powodu uchybił terminowi. W piśmiennictwie wyrażono pogląd, że skoro sam upływ terminu rodzi skutek w postaci oddalenia protestu, to nie jest dopuszczalne uwzględnienie protestu po tym terminie (jest już on bowiem oddalony). Pogląd ten wydaje się dyskusyjny. Można bowiem stwierdzić, że skoro zamawiający może uznać odwołanie na oddalenie protestu, to a fortiori może on uczynić zadość żądaniu protestującego również przed wniesieniem odwołania.

Ustawodawca wprowadza fikcję prawną, że milczenie zamawiającego oznacza uznanie protestu za nieuzasadniony. Za nietrafne uznać należy więc stanowisko, że w razie upływu terminu do rozstrzygnięcia protestu wykonawca powinien wnieść protest na „brak rozstrzygnięcia protestu w terminie”³⁸. Upływ terminu traktowany jest bowiem właśnie jako roz-

³⁷ J. Pieróg, *ibidem*, s. 393

³⁸ J. Pieróg, *ibidem*, s. 395

strzygnięcie protestu polegające na jego oddaleniu. Odwołanie powinno być więc wnoszone na oddalenie protestu.

Na marginesie należy zwrócić uwagę, że przed Nowelizacją termin do rozstrzygnięcia protestu wynosił 5 dni. Jego dwukrotne wydłużenie należy uznać za trafną decyzję ustawodawcy. Wbrew pozorom nie kłóci się ona z postulatem przyspieszenia postępowań. Termin 10 dniowy jest bowiem terminem maksymalnym, obowiązującym zamawiającego. Zamawiający może więc rozstrzygnąć protest przed jego upływem. Warto zauważyć, że to z reguły zamawiający jest najbardziej zainteresowany sprawnym przebiegiem postępowania.

Jednocześnie trzeba wskazać, że jeżeli zamawiający uznaje protest za nieuzasadniony, należy sugerować merytoryczne ustosunkowanie się do niego, a nie oczekiwanie na upływ terminu. Co prawda milczenie zamawiającego prowadzi formalnie do tego samego rezultatu (oddalenie protestu), jednakże w tym drugim wypadku zamawiający nie przedstawia argumentacji, która w jego przekonaniu przemawia za nieuwzględnieniem protestu. Tymczasem, wyłożenie przez zamawiającego powodów nieuwzględnienia zarzutów protestującego może mieć znaczenie dla podjęcia przez protestującego decyzji o wniesieniu odwołania. Inaczej mówiąc, uzasadnienie protestu może „przekonać” protestującego o bezzasadności jego zarzutów i o bezcelowości wnoszenia odwołania.

Choć Pzp nie przewiduje wprost takiej możliwości, zamawiający może protest częściowo uwzględnić, a częściowo oddalić. Możliwość taka istnieje, gdy przedmiotem protestu były dwie lub więcej czynności (zaniechania) zamawiającego.

Zamawiający powinien przekazać protestującemu oraz wykonawcom, którzy przystąpili do postępowania zainicjowanego wniesieniem protestu:

- rozstrzygnięcie protestu,
- uzasadnienie,
- pouczenie o sposobie i terminie wniesienia odwołania.

(a) Rozstrzygnięcie protestu

Rozstrzygnięcie protestu powinno wskazywać, czy zamawiający protest uwzględnił, czy oddał. W razie uwzględnienia, powinno wskazywać na wynikające stąd działania zamawiającego (powtórzenie czynności, dokonanie zaniechanej czynności, unieważnienie całego postępowania).

(b) Uzasadnienie

Uzasadnienie powinno zawierać przynajmniej zwięzły opis stanu faktycznego, w tym przytoczenie zarzutów i żądań protestu, przesłanek, którymi kierował się zamawiający rozstrzygając protest, a także powołanie podstawy prawnej rozstrzygnięcia.

(c) Pouczenie o sposobie i terminie wniesienia odwołania

Pouczenie o sposobie i terminie wniesienia odwołania powinno w zasadzie odpowiadać treści art. 184 Pzp. Pouczenie to winno zatem wskazywać, że odwołanie wnosi się do Prezesa UZP (należy w pouczeniu wskazać adres Urzędu), z koniecznością jednoczesnego poinformowania zamawiającego o jego wniesieniu. Powinno ono także wskazywać 5 – dniowy termin do jego wniesienia oraz sposób liczenia tego terminu (od dnia rozstrzygnięcia protestu lub upływu terminu do rozstrzygnięcia protestu), a także warunki jego zachowania (złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z wniesieniem odwołania). Wydaje się, że nie wystarczy w pouczeniu zawarcie informacji, które przepisy regulują sposób i termin wniesienia odwołania. Obowiązek pouczenia występuje również w odniesieniu do protestującego reprezentowanego przez profesjonalnego pełnomocnika.

W tym miejscu powstaje problem błędnego pouczenia. Pzp nie reguluje tego zagadnienia. Tymczasem, można sobie wyobrazić, że wskutek błędnego pouczenia, protestujący np. uchybił terminowi do wniesienia odwołania. Z jednej strony, można argumentować, że postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia toczy się z udziałem profesjonalistów (jego przedmiotem jest wszakże zawarcie umowy o charakterze gospodarczym), którzy powinni znać prawo. Z drugiej strony, skoro już ustawodawca wprowadził wymóg pouczenia protestującego o sposobie i terminie wniesie-

nia odwołania, to należy uznać, że wymóg ten ma na celu ochronę protestujących i jego naruszenie nie powinno być pozostawać bez jakichkolwiek skutków. Można by więc przyjąć dwie koncepcje:

- zgodnie z pierwszą koncepcją, błędne pouczenie nie powinno wywoływać dla protestującego negatywnych skutków w postępowaniu odwoławczym (np. w razie uchybienia terminowi odwołanie nie powinno być odrzucane),
- zgodnie z drugą, błędne pouczenie nie zmienia negatywnych dla protestującego skutków „proceduralnych”, jednakże otwiera mu drogę do dochodzenia od zamawiającego odszkodowania na zasadach ogólnych (za szkodę polegającą na utracie możliwości uzyskania zamówienia).

Jak się wydaje, właściwsza i pełniej zabezpieczająca interesy wykonawców jest koncepcja pierwsza. Koncepcja druga tylko na pozór wydawać się może atrakcyjna. Jej zastosowanie wymagałoby wykazania wszystkich przesłanek zasadności roszczenia odszkodowawczego, w tym zwłaszcza związku przyczynowego. Innymi słowy, wykonawca musiałby wykazać, że gdyby jego odwołanie nie zostało odrzucone z przyczyn formalnych, zostałoby merytorycznie uwzględnione, a on uzyskałby zamówienie. Ponadto, roszczeń odszkodowawczych nie mogłaby zgłaszać organizacja zrzeszająca wykonawców, gdyż nie dąży ona do uzyskania zamówienia w postępowaniu. Przyjmując pierwszą koncepcję należy jednak zauważyć, że jeśli zamawiający w międzyczasie zawrze umowę z innym wykonawcą, protestującemu pozostanie jedynie możliwość dochodzenia odszkodowania.

Powstaje również pytanie o skutki braku pouczenia. Istnieją istotne argumenty, aby w sytuacji, gdy w oświadczeniu o rozstrzygnięciu protestu nie zawarto pouczenia, brak pouczenia zrównać z opisanymi powyżej skutkami pouczenia wadliwego. Trzeba jednak zauważyć, że w sytuacji, gdy w ogóle nie dojdzie do rozstrzygnięcia protestu w terminie (co jest równoznaczne z jego oddaleniem) z natury rzeczy nie ma możliwości udzielenia pouczenia. W tym wypadku uznać należy, że brak pouczenia nie wywołuje żadnych negatywnych skutków.

Pzp przewiduje, że w razie uwzględnienia protestu zamawiający winien:

- powtórzyć oprotestowaną czynność,
- dokonać czynności bezprawnie zaniechanej.

Powtórzenie czynności lub dokonanie czynności zaniechanej powinny nastąpić niezwłocznie po uwzględnieniu protestu. Na czynność dokonaną przez zamawiającego wskutek uwzględnienia protestu przysługuje kolejny protest.

Jak się wydaje, należy przyjąć, że jeśli zamawiający po uwzględnieniu protestu zwleka z powtórzeniem czynności lub dokonaniem czynności zaniechanej, to na jego zaniechanie w tym zakresie można wnieść odrębny protest. Mamy tu bowiem do czynienia z zaniechaniem czynności wymaganej ustawą.

Faktycznie jednak zamawiający ma szersze spectrum możliwych rozstrzygnięć niż tylko powtórzenie czynności oprotestowanej lub dokonanie czynności zaniechanej. Może on bowiem również, choć Pzp o tym nie wspomina, unieważnić postępowanie. Skoro zamawiający jest uprawniony (i zarazem zobowiązany) unieważnić postępowanie „z urzędu”, o ile zachodzą przesłanki unieważnienia (art. 93 Pzp), to może unieważnić postępowanie również na skutek wniesionego protestu, który „zwrócił uwagę” zamawiającego na określone nieprawidłowości w postępowaniu. Ponadto, jest jasne, że nie wszystkie czynności w postępowaniu można powtórzyć (np. otwarcie ofert). Unieważnienie postępowania może nastąpić nie tylko wtedy, gdy tego właśnie żąda protestujący, lecz również wówczas, gdy protestujący żądał np. powtórzenia czynności.

Wzór pisma zamawiającego o uwzględnieniu protestu

....., dnia

Zamawiający:

.....

Do:

.....

(Wykonawca)

Dotyczy postępowania:

Rozstrzygnięcie protestu

złożonego przez Wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego

W związku z protestem złożonym w dniu na
....., Zamawiający niniejszym informuje, iż na podstawie art.183
ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych
(„Pzp”), protest został uwzględniony.

W związku z powyższym Zamawiający postanowił dokonać czynności polegającej na / powtórzyć czynność z dnia polegającą na

Uzasadnienie

Protestujący zarzucił Zamawiającemu Zarzut powyższy okazał się uzasadniony w świetle art. ... Pzp. Przepis ten stanowi, że

W kontekście powyższego Zamawiający postanowił protest uwzględnić i zgodnie z żądaniem Protestującego postanowił dokonać czynności polegającej na / powtórzyć czynność z dnia polegającą na

.....

Pouczenie: Od poniższego rozstrzygnięcia można wnieść odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w terminie 5 dni od jego otrzymania, jednocześnie przekazując jego kopię zamawiającemu. Złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z wniesieniem do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Wzór pisma zamawiającego o oddaleniu protestu

....., dnia

Zamawiający:

.....

Do:

.....

(Wykonawca)

Dotyczy postępowania:

Rozstrzygnięcie protestu

złożonego przez Wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego

W związku z protestem złożonym w dniu na Zamawiający niniejszym informuje, iż na podstawie art.183 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych („Pzp”), protest został oddalony.

Uzasadnienie

Protestujący zarzucił Zamawiającemu Zarzut powyższy okazał się bezzasadny w świetle art. ... Pzp. Przepis ten stanowi, że

W kontekście powyższego Zamawiający postanowił protest oddalić.

.....

Pouczenie: Od poniższego rozstrzygnięcia można wnieść odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w terminie 5 dni od jego otrzymania, jednocześnie przekazując jego kopię zamawiającemu. Złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z wniesieniem do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Orzeczenia zespołów arbitrów dotyczące rozstrzygnięcia protestu

W postanowieniu zespołu arbitrów z dnia 17 czerwca 2004 r. w sprawie o sygn. akt UZP/ZO/0-863/04 rozważano kwestię dopuszczalności wydłużenia przez zamawiającego terminu do rozpoznania protestu. Stan faktyczny sprawy był następujący. Wykonawca po powzięciu w dniu 13 maja 2004r. wiadomości o rozstrzygnięciu przetargu w dniu 19 maja 2004r. wniósł protest, w którym domagał się odrzucenia ofert dwóch innych wykonawców. Zamawiający w ustawowym terminie 5 dni tj. dnia 24 maja 2004r. protestu tego nie rozstrzygnął w znaczeniu takim, iż nie podjął decyzji co do tego czy go uwzględnić, czy też go oddać bądź odrzucić. Natomiast w tym dniu zamawiający wystosował pismo, w którym przesunął termin do rozstrzygnięcia protestu do dnia 26 maja 2004r. Zespół arbitrów zauważył, że takiego prawa obowiązujące przepisy nie dają zamawiającemu, wyznaczając mu nieprzekraczalny 5-dniowy termin na rozstrzygnięcie protestu. Wobec powyższego należało uznać, iż na skutek nierozstrzygnięcia w ustawowym terminie protestu został on z mocy prawa oddalony (art. 183 ust. 1 Pzp). W tym stanie faktycznym termin do złożenia odwołania rozpoczął biec od upływu terminu do rozstrzygnięcia protestu (art. 184 ust. 2 Pzp).

Rozdział 3

3. Odwołanie

3.1. Istota postępowania odwoławczego

Odwołanie przysługuje od rozstrzygnięcia protestu. W systemie prawa zamówień publicznych obowiązuje zasada instancyjności środków ochrony prawnej, polegająca na możliwości dokonania kontroli sposobu rozstrzygnięcia protestu w postępowaniu odwoławczym. W związku z tym obowiązują dwie reguły:

- co do zasady odwołanie musi być poprzedzone protestem, a ponadto
- nie można przedstawić w postępowaniu odwoławczym nowych zarzutów, jeżeli mogły być, a nie zostały zgłoszone w postępowaniu protestacyjnym.

Wszczęcie postępowania wymaga inicjatywy odwołującego się, polegającej na wniesieniu odwołania.

Orzeczenia sądowe i zespołów arbitrów odnoszące się do charakteru prawnego postępowania odwoławczego

- (5) W wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 6 września 2002 r., w sprawie o sygnaturze V Ca 1071/02 uznano, że zespół arbitrów wbrew zarzutowi zawartemu w uzasadnieniu skargi, prawidłowo ograniczył się do dokonania oceny tylko dwóch zarzutów skarżącego, a pominął inne podniesione w odwołaniu. Mógł bowiem brać pod uwagę tylko te, które były przedmiotem protestu.
- (2) W wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 6 grudnia 2002 r., V Ca 1302/02 stwierdzono, iż zakres postępowania przed zespołem arbitrów wyznaczają wniesione środki odwoławcze. [...] zespół arbitrów nie kontroluje zatem całego postępowania o zamówienie publiczne i nie bada zgodności poszczególnych etapów tego postępowania i podejmowanych przez zamawiającego czynności z przepisami Uzp. Ocenia jedynie zasadność zgłoszonego środka odwoławczego, a zatem poddaje analizie konkretną czynność zamawiającego w kontekście podniesionych zarzutów oferenta czy dostawcy. Z tego względu w postępowaniu sądowym wywołanym wniesioną skargą nie jest możliwa ocena prawidłowości czynności zamawiającego nieobjętych uprzednio wniesionymi środkami.

[Teza jest aktualna pod rządami Pzp]

- (3) W postanowieniu Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 15 czerwca 2000 r., wydanym w sprawie o sygn. akt II SAB 51/00 Naczelny Sąd Administracyjny stwierdził, że analiza przepisów ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (teza zawarta w omawianym orzeczeniu odnosi się też do Pzp) jednoznacznie wskazuje, że przewidziane w niej protesty i odwołania wykonawcy od czynności podjętych przez zamawiającego w toku postępowania o zamówienie publiczne mają cywilistyczny charakter, co wyklucza możliwość stosowania w nich instytucji postępowania administracyjnego. Między zamawiającym a wykonawcą nie istnieje żaden stosunek władczy (administracyjno prawny) a stosunek cywilnoprawny poddany przez ustawę specjalnej re-

glamentacji. Do specjalnego postępowania „odwoławczego” (nie można go mylić z klasycznym postępowaniem odwoławczym z kodeksu postępowania administracyjnego) stosuje się ustawę o zamówieniach publicznych oraz rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 10 marca 1998 r. w sprawie wysokości oraz szczegółowych zasad pobierania wpisu od odwołań wnoszonych w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych i rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 sierpnia 1999 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań w sprawach o udzielenie zamówień publicznych, a w sprawach nie uregulowanych w tych aktach prawnych, zgodnie z art. 87 ustawy o zamówieniach publicznych mają zastosowanie przepisy Kodeksu postępowania cywilnego o sędzie polubownym. Pozostałe przepisy Kpc, skoro ustawodawca do nich nie odsyła, mogą być pomocne w wyjaśnianiu różnych wątpliwości związanych ze wskazanym wyżej specjalnym postępowaniem odwoławczym w sprawach zamówień publicznych.

- (4) W wyroku zespołu arbitrów z dnia 28 lutego 2001 r., sygn. akt UZP/ZO/0-175/01, stwierdzono natomiast, że protest powinien zawierać wskazanie czynności zamawiającego, której dotyczą zarzuty, żądania protestującego i uzasadnienie. W uzasadnieniu zaś składający protest powinien wskazać naruszenie ustawy i uszczerbek jego interesu prawnego spowodowany przez oprostowaną czynność zamawiającego. W proteście należy zawrzeć wszystkie zarzuty. Nie będzie skuteczne przedstawienie nowych zarzutów, które mogły być zgłoszone wcześniej, dopiero w postępowaniu odwoławczym. Nie można bowiem kwestionować czynności zamawiającego, których nie dotyczył protest. Rozwijanie zaś i podnoszenie nowych zarzutów dopiero na rozprawie nie może odnieść skutku. Rozpoznanie bowiem zarzutów nie stanowiących podstawy protestu stanowiłoby naruszenie zasady dwuinstancyjności środków ochrony prawnej.

[Orzeczenia, w których wskazano na niedopuszczalność rozpoznawania przez zespół arbitrów innych czynności lub zaniechań w postępowaniu o udzielenie zamówienia niż będące przedmiotem protestu straciły aktualność w tym sensie, że obecnie zespół arbitrów może z urzędu wziąć pod uwagę inne uchybienia w postępowaniu i nakazać unieważnienie postępowania. Mimo tej zmiany stanu prawnego, nadal nie jest jednak możli-

we domaganie się przez protestującego, aby zespół arbitrów zbadał przebieg postępowania w innym zakresie, niż objęty protestem. „Wyjście” poza przedmiotem protestu jest niejako uprawnieniem zespołu arbitrów, lecz nie jest jego obowiązkiem. Jest jasne, że wniesienie protestu na określoną czynność lub zaniechanie nie obliguje arbitrów do badania całego postępowania.]•

3.2. Organ prowadzący postępowanie odwoławcze

Na wstępie należy omówić zagadnienie podmiotu rozpoznającego odwołanie. Cechy tego podmiotu determinują bowiem w znacznym stopniu charakter postępowania odwoławczego.

Odwołanie rozpoznawane jest przez zespół arbitrów przy Prezesie UZP. Przy rozpatrywaniu odwołania arbiter wchodzący w skład zespołu arbitrów nie jest reprezentantem żadnego z uczestników postępowania ani Prezesa UZP. Bezstronność arbitra wzmacnia zasada, że osoba wpisana na listę arbitrów nie może występować jako pełnomocnik w postępowaniu odwoławczym w sprawach zamówień. Zgodnie z Pzp, arbiter jest obowiązany postępować zgodnie z zasadami etyki arbitra, w szczególności pełnić swoją funkcję z godnością i najwyższą starannością, w sposób bezstronny. Przed podjęciem obowiązków arbiter jest obowiązany złożyć przed Prezesem UZP ślubowanie o następującej treści:

„Ślubuję sumiennie wypełniać obowiązki arbitra, orzekać bezstronnie, zgodnie z przepisami prawa, dochowywać zasad etyki arbitra, a w postępowaniu kierować się zasadami godności i uczciwości”.

Szczególny status arbitra podkreślony jest przez to, że podlega on ochronie prawnej przewidzianej dla funkcjonariuszy publicznych.

Prezes UZP prowadzi listę arbitrów. Lista ogłaszana jest w Biuletynie Zamówień Publicznych z podaniem następujących danych osobowych każdego arbitra:

- (6) imię i nazwisko;
- (7) wykształcenie;

- (8) zawód;
- (9) stopień lub tytuł naukowy.

Ponadto, w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłasza się informację o wpisie na listę arbitrów, skreśleniu z listy arbitrów, wygaśnięciu kadencji arbitra albo zawieszeniu w prawach i obowiązkach arbitra.

W § 9 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 17 maja 2006 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań³⁹ sprecyzowano, że lista arbitrów podzielona jest na grupy uwzględniające wykształcenie oraz posiadany lub wykonywany przez arbitra zawód. Arbitr może zostać zaliczony tylko do jednej grupy. Lista arbitrów jest aktualizowana równocześnie z każdym wpisem lub skreśleniem arbitra dokonywanym przez Prezesa Urzędu.

Ponadto, Prezes UZP gromadzi i przetwarza następujące dane osobowe arbitra (które nie są zamieszczane w Biuletynie):

- (10) datę i miejsce urodzenia;
- (11) imiona rodziców i nazwisko rodowe matki;
- (12) miejsce zamieszkania i adres do korespondencji;
- (13) dane o posiadanym wykształceniu i przebiegu pracy zawodowej;
- (14) numer NIP;
- (15) numer rachunku bankowego;
- (16) dane o karalności.

Art. 173 ust. 1 Pzp ustanawia następujące wymogi dla kandydatów na arbitrów:

- (17) posiadanie obywatelstwa polskiego;

³⁹ Dz. U. z 2006 r. Nr 87, poz. 606

- (18) posiadanie wyższego wykształcenia (bez względu na kierunek ukończonych studiów, jednakże tylko osoba posiadająca wykształcenie prawnicze może być przewodniczącym zespołu arbitrów);
- (19) posiadanie pełnej zdolności do czynności prawnych;
- (20) korzystanie z pełni praw publicznych;
- (21) brak prawomocnego skazania za przestępstwo umyślne;
- (6) na koniec – nie może zostać arbitrem osoba skreślona w ciągu ostatnich 5 lat z listy arbitrów z powodu rażącego naruszenia obowiązków arbitra.

Ponadto, aby zostać wpisanym na listę arbitrów, należy zdać egzamin ze znajomości przepisów związanych z udzielaniem zamówień przed komisją egzaminacyjną powołaną przez Prezesa UZP. Na listę wpisuje się te osoby, które egzamin zdały z najlepszymi wynikami. Rozwiązanie to ma zapewnić wysoki poziom merytoryczny arbitrów. Niemniej, pojawiają się głosy, że optymalnym rozwiązaniem byłoby powołanie zawodowego arbitrażu w sprawach zamówień publicznych⁴⁰. Wpis na listę arbitrów następuje w drodze decyzji administracyjnej wydawanej przez Prezesa UZP.

Pzp przewiduje częściowe odnawianie listy arbitrów co trzy lata (art. 174 ust. 1), przy czym kadencja arbitra trwa 6 lat, licząc od daty wpisu na listę arbitrów. Nabór jest jawny, a ogłoszenie o nim zamieszcza się w BZP. Ogłoszenie musi określać m.in. termin przyjmowania zgłoszeń kandydatów na arbitrów, nie krótszy niż 30 dni od dnia ogłoszenia w BZP. Termin ten ma na celu umożliwienie zgłoszenia kandydatur wszystkim zainteresowanym. W celu zapewnienia wysokiego poziomu merytorycznego arbitrów przewidziano w art. 174 ust. 4 Pzp, że uprawnionymi do zgłaszania kandydatów na arbitrów są jedynie podmioty wymienione w tym przepisie:

- (1) Prezes UZP;

⁴⁰ Zawodowi arbitrzy poprawią orzecznictwo, rozmowa z Prezesem UZP T. Czajkowskim, Rzeczpospolita z dn. 14 października 2005 r.

- (2) ministrowie, kierownicy urzędów centralnych i wojewodowie;
- (3) organizacje, zrzeszające wykonawców wpisane na listę organizacji uprawnionych do wnoszenia środków ochrony prawnej, prowadzoną przez Prezesa UZP;
- (4) ogólnokrajowe organizacje samorządu terytorialnego;
- (5) regionalne izby obrachunkowe;
- (6) okręgowe izby radców prawnych;
- (7) okręgowe rady adwokackie.

Art. 173 ust. 5 przewiduje, iż kadencja arbitra trwa 6 lat, licząc od daty wpisu na listę arbitrów. Wcześniejsze skreślenie arbitra z listy arbitrów następuje w następujących okolicznościach:

- (1) utraty obywatelstwa polskiego;
- (2) utraty lub ograniczenia zdolności do czynności prawnych;
- (3) utraty pełni praw publicznych;
- (4) prawomocnego skazania za przestępstwo umyślne;
- (5) rażącego naruszenia lub uporczywego naruszania obowiązków arbitra, przez co należy rozumieć:
 - pełnienie funkcji arbitra w sposób stronniczy,
 - występowanie jako pełnomocnik w postępowaniu odwoławczym w sprawach zamówień,
 - niezłożenie wniosku o wyłączenie z udziału w postępowaniu w przypadku wystąpienia okoliczności uniemożliwiających wykonywanie przez arbitra jego obowiązków,
- (6) odmowy złożenia ślubowania;

- (7) niezłożenia corocznego oświadczenia o toczących się przeciwko niemu postępowaniach karnych wraz z informacją dotyczącą przedmiotu postępowania lub o swoim stanie majątkowym według stanu na dzień 31 grudnia roku poprzedniego,
- (8) złożenia przez arbitra wniosku o skreślenie z listy.

Skreślenia z listy arbitrów dokonuje Prezes UZP w drodze decyzji administracyjnej. Przesłanka „rażącego naruszenia lub uporczywego naruszenia obowiązków arbitra”, zwłaszcza w zakresie pełnienia funkcji arbitra w sposób stronnicy ma charakter ocenny. Oceny tej dokonuje Prezes UZP, z tym że jego decyzja podlega kontroli przez sąd administracyjny. Nie jest konieczne do wydania wspomnianej decyzji przez Prezesa UZP stwierdzenie stronnicy arbitra w jakimś innym postępowaniu, w tym zwłaszcza nie wymaga się dla jej wykazania skazującego wyroku karnego.

Istnieje również, przewidziana w art. 173 ust. 9 Pzp możliwość (a zarazem obowiązek) zawieszenia arbitra w jego prawach i obowiązkach przez Prezesa UZP, w przypadku postawienia arbitrowi zarzutu popełnienia przestępstwa przekupstwa lub innego przestępstwa popełnionego w celu osiągnięcia korzyści majątkowych. Zawieszenie również następuje w drodze decyzji administracyjnej,

Przepis art. 173 ust. 3 nakłada na każdego arbitra obowiązek składania Prezesowi UZP co roku do dnia 31 marca oświadczenia o:

- (1) toczących się przeciwko niemu postępowaniach karnych wraz z informacją dotyczącą przedmiotu postępowania;
- (2) swoim stanie majątkowym według stanu na dzień 31 grudnia roku poprzedniego.

Wszystkie powyższe wymogi co do osoby arbitra mają zapewnić jego bezstronność, uczciwość i obiektywizm. Dodatkowo wzmacnia te postulaty zasada, że arbitrów orzekających w sprawie każdego odwołania wyznacza się w drodze jawnego losowania komputerowego, przeprowadzanego przez Prezesa UZP.

W świetle powyższych informacji należy wyjaśnić status prawny zespołu arbitrów. W poprzednim stanie prawnym wyrażano pogląd, iż ma on charakter sądu polubownego. Pogląd taki miał niewątpliwie oparcie w ówczesnych przepisach. Na gruncie przepisów Pzp, różniących się od dawnych regulacji, zaprezentowano też stanowisko, zgodnie z którym należy utożsamiać zespół arbitrów z sądem polubownym. Stanowisko to uzasadniane jest w następujący sposób:

- w przypadku procedowania przed zespołem arbitrów nie występuje instytucja zapisu na sąd polubowny,
- strony postępowania przed zespołem arbitrów nie mają kompetencji do wyznaczania arbitrów, co jest charakterystyczne dla sądu polubownego,
- sąd polubowny jest sądem prywatnym, podczas gdy arbitrzy mają pozycję zbliżoną raczej do sędziów sądów powszechnych,
- arbitrzy procedują wedle trybu określonego w przepisach prawa, podczas sądu polubownego nie jest związany procedurą cywilną i sam może określić tryb postępowania przed nim⁴¹.

Uznać należy, że powyższa argumentacja jest przekonująca. Należy jednak pamiętać, że w zakresie nieuregulowanym w Pzp do postępowania przed zespołem arbitrów stosuje się przepisy o sądzie polubownym. Spór, czy zespół arbitrów ma charakter specyficznego sądu polubownego, czy też nie jest sądem polubownym (choć stosuje się doń niektóre przepisy o tym sądzie) nie ma istotnych implikacji praktycznych.

Orzeczenia sądowe odnoszące się do organu rozpoznającego odwołanie

W wyroku Sądu Okręgowego z 18 lipca 2003, V Ca 1317/03 stwierdzono, iż odwołanie od rozstrzygnięcia protestu wnosi się do Prezesa UZP, lecz w rzeczywistości jest ono kierowane do organu, który odwołanie to ma rozpoznać, a więc zespołu trzech arbitrów utworzonego w celu roz-

⁴¹ J. Jerzykowski, *ibidem*, s. 613-614

strzygnięcia odwołania. Prezes UZP nie ma kompetencji do decydowania o wniesionym odwołaniu. Nie można zatem uznać, że pełnomocnictwo zawierające upoważnienie do reprezentowania podmiotu przed organami administracji publicznej zawiera tym samym umocowanie do wniesienia odwołania, gdyż reprezentacja obejmuje także stawienie się przed organem i złożenie przed nim konkretnych oświadczeń woli, zatem nie może to dotyczyć Prezesa UZP. Zespół arbitrów nie jest także sądem w rozumieniu ani Konstytucji RP, ani jakiegokolwiek ustawy i posługiwanie się w postępowaniu przed zespołem arbitrów odpowiednio przepisami kodeksu postępowania cywilnego o sądzie polubownym w postępowaniu odwoławczym nie oznacza, że zespół arbitrów jest sądem powszechnym.

3.3. Podstawy wniesienia odwołania

Zgodnie z art. 184 ust. 1 Pzp odwołanie przysługuje od rozstrzygnięcia protestu. Rozstrzygnięciem protestu jest jego uwzględnienie, oddalenie lub odrzucenie. Uwzględnienie polega na uznaniu zarzutów protestującego i wyraża się w dokonaniu czynności zaniechanej lub w powtórzeniu czynności wadliwej. Oddalenie protestu jest jego rozstrzygnięciem merytorycznym, natomiast odrzucenie opiera się na przesłankach formalnych. Przepis art. 184 ust. 1 Pzp w brzmieniu sprzed Nowelizacji nie przewidywał odwołania na uwzględnienie protestu. Było to zrozumiałe, skoro w ówczesnym stanie prawnym rozstrzygnięcie protestu oznaczało spełnienie żądania protestującego, a w postępowaniu protestacyjnym z definicji nie uczestniczyły inne osoby niż protestujący, wykonawcy popierający protest i zamawiający. Protestujący, ani wykonawca, który przystąpił do protestu nie mógł mieć interesu prawnego we wniesieniu odwołania od uwzględnienia protestu, które z definicji jest dla niego korzystne, gdyż oznacza uznanie jego racji. Obecnie, skoro możliwy jest udział w postępowaniu protestacyjnym innych wykonawców zarówno po stronie protestującego, jak i zamawiającego, uwzględnienie protestu siłą rzeczy nie oznacza spełnienia żądań wszystkich uczestników postępowania protestacyjnego. Stąd też, od Nowelizacji istnieje możliwość odwołania się od uwzględnienia protestu. Odwołanie może wnieść podmiot, który przystąpił po stronie zamawiającego do postępowania protestacyjnego.

Pamiętać należy, że nierozstrzygnięcie protestu w terminie również traktowane jest jako jego oddalenie, w związku z czym przysługuje od niego odwołanie. Odwołanie składa się wówczas na oddalenie protestu, a nie na brak rozstrzygnięcia protestu (czy beczynność zamawiającego).

Nie można wnieść odwołania z pominięciem procedury protestacyjnej. Konieczne jest zatem uprzednie wniesienie protestu lub udział w postępowaniu protestacyjnym po stronie protestującego, albo zamawiającego. W Pzp przewiduje się konstrukcję powagi rzeczy osądzonej. Jeśli odwołujący się powołuje się w swoim odwołaniu na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez zespół arbitrów w sprawie innego odwołania wniesionego przez tego samego odwołującego się w tym samym postępowaniu, to takie ponowne odwołanie ulega odrzuceniu (art. 187 ust. 4 pkt 5)

3.4. Treść odwołania

Zgodnie z § 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań, odwołanie winno zawierać m.in. zwięzłe przedstawienie zarzutów, a także uzasadnienie faktyczne i prawne odwołania. Jak wspomniano wcześniej, w Pzp przewidziano zasadę dwuinstancyjności środków ochrony prawnej, rozumianą w ten sposób, że postępowanie odwoławcze ma na celu kontrolę sposobu rozstrzygnięcia protestu. Jej konsekwencją jest niedopuszczalność przedstawienia w postępowaniu odwoławczym nowych zarzutów, które nie były zgłoszone w postępowaniu protestacyjnym, mimo że uczestnik postępowania protestacyjnego miał taką możliwość. Nie oznacza to jednak, że w odwołaniu można podnosić wyłącznie te zarzuty, które zostały przedstawione w postępowaniu protestacyjnym. Odwołujący się może bowiem odwołanie oprzeć również na zarzutach odnoszących się do samego postępowania protestacyjnego (gdy np. odwołuje się od odrzucenia protestu). Jest tymczasem jasne, że zarzutów tych nie mógł podnieść w toku postępowania protestacyjnego. Z przywołanego powyżej § 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań wnosić należy, że nie jest wystarczające, jeśli odwołujący się da wyraz swojemu niezadowoleniu z rozstrzygnięcia protestu, lecz powinien wskazać konkretne zarzuty przeciwko rozstrzygnięciu oraz uzasadnienie faktyczne i prawne. Na marginesie można za-

uważyć, że w polskich procedurach administracyjnych i sądowych występują środki zaskarżenia, których uzasadniać nie trzeba. Przykładowo art. 128 Kpa przewiduje, iż odwołanie od decyzji nie wymaga szczegółowego uzasadnienia, lecz wystarczy, jeżeli z odwołania wynika, że strona nie jest zadowolona z wydanej decyzji. Inaczej jest jednak z odwołaniem na gruncie Pzp. Do odwołania nie stosuje się przepisów Kodeksu postępowania administracyjnego. Z drugiej strony, braku zarzutów lub braku uzasadnienia nie wskazano w art. 187 ust. 4 Pzp jako podstawy odrzucenia odwołania. W niektórych przypadkach odwołującemu się trudno jest sformułować zarzuty. Chodzi przede wszystkim o sytuację, gdy zamawiający nie rozstrzygnął protestu w terminie. Taki protest uważany jest z mocy prawa za oddalony, jednakże protestujący nie zna uzasadnienia jego oddalenia. Wówczas protestujący może ograniczyć się do podtrzymania zarzutów zawartych w proteście.

3.5. Podmioty uprawnione do wniesienia odwołania i uczestnicy postępowania odwoławczego

Odwołanie może wnieść tak składający protest, jak i podmiot, który przystąpił do postępowania protestacyjnego. W tym miejscu ujawnia się szczególna rola instytucji przystąpienia do postępowania protestacyjnego. Nie może wnieść odwołania wykonawca lub inny podmiot, który nie wniósł protestu, ani nie przystąpił do postępowania protestacyjnego. Z przyczyn oczywistych nie ma możliwości wniesienia odwołania przez zamawiającego. Wszakże musiałby on odwoływać się od własnego rozstrzygnięcia.

Pzp po Nowelizacji przewiduje nową instytucję, a mianowicie przystąpienie do postępowania odwoławczego. Otóż w myśl art. 184 ust. 4, wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego najpóźniej do czasu otwarcia posiedzenia zespołu arbitrów, wskazując swój interes prawny w przystąpieniu i stronę, do której przystępuje. W myśl ust. 5 cyt. przepisu, czynności wykonawcy, który przystąpił do postępowania odwoławczego nie mogą pozostawać w sprzeczności z czynnościami i oświadczeniami strony, do której przystąpił. Można powiedzieć, że jest to przeniesienie na grunt Pzp instytucji interwencji ubocznej, przewidzianej w Kpc. Art. 76 Kpc głosi, że kto ma interes prawny w tym, aby sprawa została rozstrzygnięta na korzyść jednej ze stron, może

w każdym stanie sprawy aż do zamknięcia rozprawy w drugiej instancji przystąpić do tej strony. Zgodnie z art. 77 § 1 Kpc, swoje wstąpienie do sprawy interwenient uboczny powinien zgłosić w piśmie, w którym poda, jaki ma interes prawny we wstąpieniu i do której ze stron przystępuje. Natomiast art. 79 Kpc stanowi, że interwenient uboczny jest uprawniony do wszelkich czynności procesowych dopuszczalnych według stanu sprawy. Nie mogą one jednak pozostawać w sprzeczności z czynnościami i oświadczeniami strony, do której przystąpił. Powstaje pytanie, czy art. 184 ust. 4 Pzp odnosi się tylko do wykonawców, którzy uczestniczyli w postępowaniu protestacyjnym. Innymi słowy, czy przystąpić do postępowania odwoławczego może tylko wykonawca, który uczestniczył w postępowaniu protestacyjnym, czy również wykonawca, który nie wniósł protestu, ani nie przystąpił do postępowania protestacyjnego. Prawidłowa wydaje się pierwsza odpowiedź. Wynika to z art. 184 ust. 3 Pzp, który nakazuje zamawiającemu przekazać kopię odwołania wszystkim uczestnikom postępowania protestacyjnego wraz z wezwaniem do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Zestawienie art. 183 ust. 3 i 4 prowadzi do wniosku, że przystąpienie do postępowania odwoławczego jest uprawnieniem tylko tych podmiotów, które były uczestnikami postępowania protestacyjnego.

W art. 184 ust. 4 i 5 użyto wyrazu „wykonawca”. Z redakcji przepisu wynika, że nie może przystąpić do postępowania odwoławczego organizacja zrzeszająca wykonawców (mimo że organizacja taka może wnieść protest). Wykładnię językową wspiera okoliczność, że art. 184 ust. 4 Pzp wymaga przez przystępującego do postępowania odwoławczego wykazania swojego interesu prawnego w przystąpieniu do postępowania odwoławczego. Tymczasem organizacja zrzeszająca wykonawców nie ma z reguły własnego interesu prawnego w uczestniczeniu w postępowaniach ze środków ochrony prawnej. Nie przypadkowo nie wymaga się od tej organizacji wykazania interesu prawnego przy wnoszeniu protestu.

Zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego doręcza się Prezesowi UZP, przekazując jego kopię zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.

Jeżeli skutek uwzględnienia protestu zamawiający dokona czynności, która naruszy interes prawny innego wykonawcy, nie uczestniczącego w postępowaniu protestacyjnym, to ów inny wykonawca nie ma prawa

wniesienia odwołania na tę czynność, lecz może wnieść na nią protest, wszczynając nowe postępowanie protestacyjne.

Nie uprawniają do występowania w postępowaniu odwoławczym pełnomocnictwa do uczestniczenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia i do zawarcia umowy. Tymczasem częstą przyczyną odrzucania odwołań jest wnoszenie ich przez osoby legitymujące się tak właśnie zredagowanymi pełnomocnictwami. W praktyce zdarzają się również błędy, polegające na tym, że pełnomocnictwo udzielane jest „do występowania przed Prezesem UZP w postępowaniu odwoławczym”. Tymczasem odwołanie rozpoznaje zespół arbitrów, a nie Prezes UZP. Innym powodem odrzucania odwołań jest udzielanie pełnomocnictw „do występowania w postępowaniu odwoławczym”, podczas gdy – w niektórych judykatach zespołów arbitrów – przyjmuje się, że powinno ono także wskazywać na umocowanie do wniesienia odwołania.

Wzór pełnomocnictwa do wniesienia odwołania i uczestniczenia w postępowaniu odwoławczym

Pełnomocnictwo

Działając w imieniu i na rzecz Spółkisiedzibą w („Spółka”) niniejszym ustanawiam:

radcę prawnego / adwokata

pełnomocnikiem Spółki z prawem udzielania substytucji do wniesienia do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołania od rozstrzygnięcia przez („Zamawiający”) protestu Spółki w postępowaniu prowadzonym w trybie na, do przekazania Zamawiającego kopii odwołania i do reprezentowania Spółki na posiedzeniu i na rozprawie przed zespołem arbitrów.

.....

....., dnia \

Orzeczenia sądowe odnoszące się do uczestników postępowania odwoławczego

W wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 30 października 2003 r., sprawie o sygnaturze akt V Ca 983/03 stwierdzono, że uczestnikami postępowania odwoławczego (wywołanego wniesieniem odwołania do Prezesa UZP) są tylko odwołujący się i zamawiający. Postępowanie to ma charakter dwustronny, w odróżnieniu od postępowania protestacyjnego (wywołanego wniesieniem protestu), do którego mogą przystąpić także pozostali dostawcy i wykonawcy uczestniczący w postępowaniu o zamówienie publiczne. Uczestnicy postępowania protestacyjnego - jeżeli zostanie wniesione odwołanie - nie stają się wszyscy z mocy prawa uczestnikami postępowania odwoławczego. W postępowaniu odwoławczym nie jest możliwe wstąpienie do sprawy w charakterze interwenienta ubocznego, gdyż ani Uzp, ani rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 14 czerwca 2002 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań w sprawach o udzielenie zamówień publicznych (Dz. U. Nr 85, poz. 772), ani też przepisy Kpc o sądzie polubownym, które z mocy art. 87 Uzp mają odpowiednie zastosowanie, nie przewidują instytucji interwencji ubocznej.

[Teza ta pozostała aktualna na gruncie pierwotnej redakcji Pzp, natomiast straciła aktualność pod Nowelizacji Pzp w związku z instytucją przystąpienia do postępowania odwoławczego]

3.6. Terminy do wniesienia odwołania

Art. 184 ust. 2 przewiduje, że odwołanie wnosi się do Prezesa UZP w terminie 5 dni od dnia doręczenia rozstrzygnięcia protestu lub upływu terminu do rozstrzygnięcia protestu, jednocześnie przekazując kopię odwołania zamawiającemu. Odwołanie można złożyć bezpośrednio w siedzibie UZP. Złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z wniesieniem go do Prezesa UZP. Przez operatora publicznego należy rozumieć operatora (czyli przedsiębiorcę uprawnionego do wykonywania działalności pocztowej) obowiązującego do świadczenia powszechnych usług pocztowych. Placówką operatora jest jednostka organizacyjna operatora, agenta lub agenta pocztowego, w której nadawca może zawrzeć umowę o świadczenie usług pocztowych.

wych lub która doręcza adresatom przesyłki lub kwoty pieniężne określone w przekazach pocztowych, albo inne wyodrębnione i oznaczone przez operatora miejsce, w którym można zawrzeć umowę o świadczenie usług pocztowych lub odebrać przesyłkę lub kwotę pieniężną określoną w przekazie pocztowym (art. 3 pkt 11, 12 i 14 ustawy z dnia 12 czerwca 2003 r. Prawo pocztowe⁴²).

Odwołanie przesłane przesyłką kurierską uznaje się za złożone dopiero w chwili doręczenia tej przesyłki Prezesowi UZP.

Termin - 5 dniowy ma charakter terminu zawitego, co oznacza, że jego upływ skutkuje wygaśnięciem uprawnienia do wniesienia odwołania. Terminu tego nie można przywrócić. Nie ma znaczenia, czy odwołujący się uchybił terminowi z własnej winy, czy też winy nie ponosi.

Jak wskazano, termin do wniesienia odwołania jest zachowany, jeżeli przed jego upływem zamawiający złożył odwołanie w placówce pocztowej operatora publicznego. Rozwiązanie to różni się od rozwiązania przewidzianego dla protestu, który uważa się za wniesiony z chwilą, gdy doszedł on do zamawiającego w taki sposób, że mógł zapoznać się z jego treścią. O ile przepis art. 180 Pzp odnoszący się do protestu zawiera normę odpowiadającą treści normy określającej chwilę złożenia oświadczenia woli w kodeksie cywilnym (art. 61 Kc), o tyle art. 184 ust. 2 Pzp, regulujący termin dla wniesienia odwołania, przyjmuje rozwiązanie stosowane w postępowaniu cywilnym. Różnica ta wynika z faktu, że o ile postępowanie protestacyjne ma charakter ściśle cywilnoprawny, o tyle postępowanie odwoławcze ma cechy postępowania prowadzonego przed organem jurysdykcyjnym (toczy się według odrębnych przepisów i przepisów o sądzie polubownym).

Odwołanie wnosi się w terminie 5 dni od dnia doręczenia rozstrzygnięcia protestu (chodzi o doręczenie protestu odwołującemu się) lub upływu terminu do rozstrzygnięcia protestu. Przy obliczaniu terminu do wniesienia odwołania stosuje się przepisy kodeksu cywilnego. W konsekwencji, termin oznaczony w dniach kończy się z upływem ostatniego dnia. Jeżeli początkiem terminu oznaczonego w dniach jest pewne zdarzenie, nie uwzględnia się przy obliczaniu terminu dnia, w którym to zdarzenie nastąpiło. Przykładowo zatem, jeśli rozstrzygnięcie protestu

⁴² Dz.U. z 2003 r Nr 130, poz. 1188, z późn. zm.

zostało doręczone wykonawcy w dniu 10 stycznia, to termin do wniesienia odwołania upływa o północy 15 stycznia. Jeżeli koniec terminu do wykonania czynności przypada na dzień uznany ustawowo za wolny od pracy, to zgodnie z art. 115 Kc, termin upływa dnia następnego. Dni wolne od pracy reguluje ustawa z dnia 18 stycznia 1951 r. o dniach wolnych od pracy⁴³.

Termin do wniesienia odwołania jest zachowany, o ile odwołanie zostanie w tym terminie wniesione do właściwego organu, czyli do Prezesa UZP. Odwołanie błędnie skierowane do innego podmiotu, np. do zamawiającego nie wywołuje skutków prawnych.

Jeżeli odwołanie zostało wniesione po terminie, zespół arbitrów odrzuca je na posiedzeniu niejawnym, zgodnie z art. 187 ust. 4 pkt 4 Pzp.

Orzeczenia sądowe odnoszące się do terminów wniesienia odwołania

Jak uznano w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 6 lipca 2005, w sprawie III CZP 41/05 wskazany w art. 184 ust. 2 Pzp dowód doręczenia rozstrzygnięcia protestu jako określający początek biegu pięciodniowego terminu do wniesienia odwołania od oddalenia lub odrzucenia protestu odnosi się także do sytuacji, w której protest został rozstrzygnięty w terminie z art. 183 ust. 1 ustawy, jednak doręczenie rozstrzygnięcia nastąpiło po jego upływie.

Uchwała została podjęta na tle następującego stanu faktycznego.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przedstawił Sądowi Okręgowemu skargę od postanowienia Zespołu Arbitrów z dnia 15 września 2004 r. odrzucającego odwołanie skarżącego na oddalenie przez zamawiającego protestu z dnia 4 października 2004 r. W uzasadnieniu tego postanowienia podniesiono, że zostało ono wniesione po terminie. Protest został złożony zamawiającemu w dniu 4 października 2004 r., a więc – zdaniem Zespołu Arbitrów – pięciodniowy termin wynikający z art. 184 ust. 2 ustawy – Prawo zamówień publicznych rozpoczął bieg licząc od upły-

⁴³ Dz.U. z 1951 r. Nr 4, poz. 28, z późn. zm.

wu terminu do rozpatrzenia protestu tj. od 10 października 2004 r. Termin do wniesienia odwołania upłynął więc z dniem 14 października 2004 r. Rozstrzygnięcie protestu nastąpiło wprawdzie w dniu 8 października 2004 r. i zostało doręczone odwołującemu w dniu 11 października 2004 r., to jednak w okolicznościach sprawy data doręczenia rozstrzygnięcia protestu nie miała żadnego znaczenia, skoro termin do wniesienia odwołania rozpoczął bieg nie od tej daty, lecz z datą upływu terminu określonego do rozstrzygnięcia protestu. Ten ostatni termin upłynął z dniem 14 października 2004 r., a odwołanie zostało wniesione w dniu 15 października 2004 r.

Sąd Najwyższy zaważył, że przedstawione zagadnienie prawne dotyczy prawidłowej wykładni art. 183 ust. 1 i art. 184 ust. 2 Pzp. Pierwszy z tych przepisów stanowi, iż zamawiający rozstrzyga protest nie później niż w terminie 5 dni od dnia jego wniesienia; brak rozstrzygnięcia protestu w tym terminie uznaje się za jego oddalenie. Art. 184 ust. 2 regulując termin do wniesienia odwołania od oddalenia lub odrzucenia protestu stanowi, że „Odwołanie wnosi się do Prezesa Urzędu w terminie 5 dni od doręczenia rozstrzygnięcia protestu lub upływu terminu do rozstrzygnięcia protestu, jednocześnie informując o wniesieniu odwołania zamawiającego. Złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z wniesieniem go do Prezesa Urzędu”.

Treść tych przepisów pozwala wyróżnić cztery sytuacje związane z terminem wniesienia odwołania od oddalenia lub odrzucenia protestu:

- po pierwsze sytuacja, gdy zamawiający rozstrzygnął protest w ustawowym terminie 5 dni, licząc od dnia jego wniesienia i jeszcze przed upływem tego terminu doręczył rozstrzygnięcie wnoszącemu protest;
- po drugie, zamawiający nie rozstrzygnął w ogóle protestu;
- po trzecie, zamawiający rozstrzygnął protest po upływie ustalonego terminu 5 dni od dnia jego wniesienia i następnie doręczył rozstrzygnięcie wnoszącemu protest;
- po czwarte, zamawiający rozstrzygnął protest w ustawowym 5 dniowym terminie od jego wniesienia, a doręczenie rozstrzygnięcia wykonawcy nastąpiło po upływie tego terminu.

Wątpliwości pojawiają się w czwartej, wyszczególnionej wyżej sytuacji. Chodzi o odpowiedź na pytanie, czy w wypadku, gdy rozstrzygnięcie protestu nastąpiło w terminie wskazanym w art. 183 ust. 1 ustawy, lecz doręczenie rozstrzygnięcia podmiotowi wnoszącemu protest oraz wykonawcom, którzy przyłączyli się do protestu, nastąpiło już po upływie tego terminu, termin do wniesienia odwołania z art. 184 ust. 2 ustawy należy liczyć tak, jak w wypadku gdy rozstrzygnięcie o proteście nastąpiło w terminie, czyli 5 dni od dnia rozstrzygnięcia protestu, czy też, jak w wypadkach, gdy ma miejsce bezskuteczny upływ terminu do rozstrzygnięcia protestu, czyli odwołanie należy wnieść w terminie 5 dni, od dnia upływu terminu do rozstrzygnięcia protestu.

Sąd Najwyższy uznał, że w razie wydania przez zamawiającego rozstrzygnięcia o proteście w terminie określonym w art. 183 ust. 1 zd. 1 Pzp, termin do wniesienia odwołania podlegającego rozpoznaniu przez zespół arbitrów wynosi 5 dni od dnia doręczenia rozstrzygnięcia protestu zgodnie z art. 184 ust. 2 zd. 1 ustawy, bez względu na to, czy doręczenie rozstrzygnięcia protestu osobie wnoszącej odwołanie nastąpiło jeszcze w czasie, gdy nie upłynął termin do rozstrzygnięcia protestu, czy też po upływie terminu.

Za zasadnością tego stanowiska przemawia zdaniem Sądu Najwyższego przede wszystkim literalne brzmienie przepisów ustawy. Przepis art. 183 ust. 1 ustawy stanowi, że zamawiający rozstrzyga protest nie później niż w terminie 5 dni od dnia jego wniesienia; brak rozstrzygnięcia w tym terminie uznaje się za jego oddalenie. Z przepisu tego jednoznacznie wynika, że za warunek dochowania terminu ustawodawca poczytuje samo wydanie rozstrzygnięcia co do protestu, a nie wydanie rozstrzygnięcia i jego doręczenie podmiotowi, który wniósł protest, oraz wykonawcom, którzy przyłączyli się do protestu. Nie ma tu w ogóle mowy o tym, że warunkiem „skuteczności” rozstrzygnięcia co do protestu miałoby być doręczenie tego rozstrzygnięcia. Nie ma więc żadnych podstaw do przyjmowania założenia, że w sytuacji, w której rozstrzygnięcie wydane zostało wprawdzie w terminie wskazanym w art. 183 ust. 1 ustawy, ale jego doręczenie nastąpiło już po upływie tego terminu, termin ten nie został dochowany z tym skutkiem, że należałoby przyjąć, iż ma miejsce brak rozstrzygnięcia protestu w terminie. Z kolei art. 184 ust. 2 zd. 1 ustawy stanowi, że odwołanie wnosi się w terminie 5 dni od dnia doręczenia rozstrzygnięcia protestu lub upływu terminu do rozstrzygnięcia protestu. Nie może budzić wątpliwości kwestia, że skoro w świetle art. 183

ust. 1 ustawy wydanie rozstrzygnięcia co do protestu w terminie określonym w tym przepisie oznacza dochowanie tego terminu także wtedy, gdy doręczenie rozstrzygnięcia nastąpi już po upływie 5 od dnia wniesienia protestu, to termin do wniesienia odwołania w takiej sytuacji musi być liczony wyłącznie od dnia doręczenia rozstrzygnięcia protestu, a nie od dnia upływu terminu do rozstrzygnięcia protestu.

Ustawa przewiduje dwa sposoby liczenia terminu do wniesienia odwołania. Pierwszy ma zastosowanie, gdy zamawiający rozstrzygnął protest w terminie pięciu dni od dnia jego wniesienia. Wtedy termin do wniesienia odwołania liczy się wyłącznie od dnia doręczenia rozstrzygnięcia podmiotowi wnoszącemu odwołanie. Drugi sposób liczenia terminu odnosi się do sytuacji, w której zamawiający nie rozstrzygnął protestu w terminie. Wówczas termin do wniesienia odwołania liczony jest od dnia upływu terminu na rozstrzygnięcie protestu. Literalna wykładnia art. 183 ust. 1 ustawy i art. 184 ust. 2 zd. 1 ustawy jednoznacznie wskazuje, że w sytuacji, jaka wystąpiła w niniejszej sprawie, zastosowanie ma pierwszy sposób liczenia terminu do wniesienia odwołania. Nie ma tu znaczenia podnoszony przez doktrynę argument, że termin do rozstrzygnięcia protestu z art. 183 ust. 1 zd. 1 ustawy jest terminem zawitym; pomijając w tym miejscu ocenę prawidłowości tego argumentu podnieść trzeba, że termin z art. 183 ust. 1 zd. 1 ustawy wyznaczony został na rozstrzygnięcie protestu, a nie na rozstrzygnięcie protestu i doręczenie tego rozstrzygnięcia.

Ustawodawca jako typową traktuje sytuację, w której zamawiający rozstrzyga o proteście w terminie wskazanym w art. 183 ust. 1 zd. 1 ustawy. Dlatego według art. 183 ust. 2 ustawy rozstrzygnięcie protestu wraz z jego uzasadnieniem oraz pouczeniem o sposobie i terminie wniesienia odwołania zamawiający przekazuje podmiotowi, który wniósł protest, oraz wykonawcom, którzy przyłączyli się do protestu. W art. 184 ust. 2 zd. 1 ustawy, dotyczącym długości i momentu początkowego liczenia terminu do wniesienia odwołania, w pierwszej kolejności mowa jest o wypadku, w którym termin ten jest liczony od dnia doręczenia rozstrzygnięcia protestu. Regułą powinno być więc rozstrzyganie przez zamawiającego o proteście w terminie i ten wypadek ma na względzie przede wszystkim ustawodawca. Z tego też powodu zasadą jest, że odwołanie wnosi się w terminie 5 dni od dnia doręczenia rozstrzygnięcia protestu. Reguła interpretacyjna zgodnie z którą brak rozstrzygnięcia protestu w terminie uznaje się za oddalenie protestu, ma służyć ochronie podmiotu wnoszącego protest przed tym, aby zamawiający powstrzymując się od

wydania rozstrzygnięcia mógł uniemożliwić mu skorzystanie z dalszych środków ochrony przewidzianych w ustawie (odwołania, które rozpoznaje zespół arbitrów, i skargi, o której orzeka sąd okręgowy). Sytuacja, w której zamawiający nie rozstrzyga protestu w terminie powinna mieć jednak charakter wyjątkowy, ponieważ zamawiający ma zasadniczo obowiązek rozstrzygnięcia protestu. Ta okoliczność sprzeciwia się przyjęciu rozszerzającej wykładni art. 183 ust. 1 ustawy. Przyjęcie tezy, że wydanie rozstrzygnięcia co do protestu w terminie wskazanym w art. 183 ust. 1 zd. 1 ustawy oznacza brak tego rozstrzygnięcia w terminie, jeżeli nie zostało ono w tym terminie doręczone zgodnie z art. 183 ust. 2 ustawy, mogłoby prowadzić do istotnych negatywnych skutków. Po pierwsze, oznaczałoby, że zamawiający, który rozstrzygnął o proteście w terminie 5 dni od dnia jego wniesienia, mógłby to rozstrzygnięcie pozbawić jakiegokolwiek znaczenia prawnego wskutek zaniechania jego doręczenia. Po drugie, w praktyce zamawiający mógłby bardzo często nie mieć ostatecznego wpływu na to, czy rozstrzygnięcie protestu będzie uważane za wydane z dochowaniem terminu z art. 183 ust. 1 ustawy. Jeśli bowiem rozstrzygałby o proteście np. w trzecim dniu od dnia jego wniesienia, a następnie doręczył rozstrzygnięcie za pośrednictwem poczty (por. art. 27 ust. 1 i 2 ustawy), to dochowanie terminu byłoby zależne wyłącznie od tego, w jaki sposób (jak sprawnie) funkcjonuje poczta. Po trzecie wreszcie, uprawnionym do wniesienia odwołania może być nie tylko podmiot, który wniósł protest, ale także wykonawca, który przyłączył się do protestu. Nie można wykluczyć, że gdy zamawiający rozstrzygnąłby protest w terminie z art. 183 ust. 1 zd. 1 ustawy, a następnie doręczył go podmiotom uprawnionym do wniesienia odwołania, wtedy doręczenie mogłoby nastąpić w stosunku do każdego z nich w różnym terminie - przed upływem 5 dniowego terminu z art. 183 ust. 1 zd. 1 ustawy albo po jego upływie. W efekcie w tej samej sprawie (tzn. w odniesieniu do tego samego protestu) raz należałoby przyjmować, że protest został rozstrzygnięty w terminie, a innym razem, że zamawiający nie rozstrzygnął protestu w terminie.

3.7. Wymogi formalne odwołania

Zgodnie z § 1 przywołanego wcześniej rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań, odwołanie winno zawierać w szczególności:

- 1) imię i nazwisko lub nazwę (firmę) oraz adres, numer telefonu i faksu odwołującego się;
- 2) imię i nazwisko lub nazwę (firmę) oraz adres, numer telefonu i faksu zamawiającego;
- 3) określenie przedmiotu zamówienia;
- 4) wskazanie strony internetowej, na której została udostępniona specyfikacja istotnych warunków zamówienia, jeżeli zamawiający udostępnia ją na tej stronie;
- 5) datę wniesienia protestu;
- 6) zwięzłe przedstawienie zarzutów;
- 7) wniosek co do rozstrzygnięcia odwołania;
- 8) uzasadnienie faktyczne i prawne odwołania;
- 9) podpis odwołującego się lub jego przedstawiciela albo pełnomocnika;
- 10) załączniki - kopię protestu, kopię rozstrzygnięcia protestu, jeżeli protest został rozpatrzony, dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wymaganej wysokości, a także ewentualne pełnomocnictwo.

Kwestia zarzutów została omówiona powyżej.

Wniosek co do rozstrzygnięcia odwołania oznacza żądanie odwołującego się co do treści orzeczenia zespołu arbitrów. Zgodnie z art. 191 ust. 2 Pzp, zespół arbitrów uwzględniając odwołanie może nakazać dokonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego albo ją unieważnić. Tak też powinien być sformułowany wniosek co do rozstrzygnięcia odwołania (np. żądanie nakazania zamawiającemu powtórzenia oceny ofert).

Co do uzasadnienia faktycznego i prawnego, to powinno ono zawierać opis stanu faktycznego oraz przytoczenie przepisów odnoszących się do tego stanu faktycznego, uzasadniających zarzuty i żądanie odwołującego się.

Choć § 1 ww. rozporządzenia o tym nie wspomina, to odwołanie powinno również zawierać wnioski dowodowe (jeżeli zachodzi potrzeba prowadzenia postępowania dowodowego).

Należy zwrócić uwagę, że wśród załączników wymieniono dowód wniesienia wpisu. Jeśli jednak dowodu tego nie załączono to zgodnie z § 2 cytowanego powyżej rozporządzenia. Prezes UZP zobowiązany jest wezwać odwołującego się do jego przedłożenia w terminie trzech dni od dnia doręczenia wezwania.

....., dnia r.

Pan Prezes

Urząd Zamówień Publicznych

Odwołujący się:

(Wykonawca)

.....

- imię i nazwisko lub nazwa (firma) oraz
adres, numer telefonu i faksu

Zamawiający:

.....

- imię i nazwisko lub nazwa (firma) oraz
adres, numer telefonu i faksu zamawiają-
cego.

ODWOŁANIE OD ROZSTRZYGNĘCIA PROTESTU W POSTĘPO- WANIU O ZAMÓWIENIE PUBLICZNE

W imieniu Wykonawcy, na podstawie art. 184 w zw. z art. 183 ust. 1 usta-
wy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych („Ustawa”) składam odwołanie od oddalenia / odrzucenia protestu wniesionego przezw dniu, dokonanego przez Zamawiającego w ramach postępowania o zamówienie publiczne na, prowadzonego w trybie, w którym specyfikacja istotnych warunków zamówienia została udostępniona na stronie internetowej /jeżeli zamawiający udostępnił SIWZ na stronie internetowej/ („Postępowanie”).

Decyzji Zamawiającego zarzucam naruszenie art. ... Pzp, poprzez

W związku z powyższym wnoszę o nakazanie dokonania / o nakazanie powtórzenia / o unieważnienie czynności Zamawiającego z dnia polegającej

UZASADNIENIE

I. Czynność / Zaniechanie Zamawiającego

.....

Czynność / Zaniechanie dokonania przez Zamawiającego czynności naruszyło / naraziło interes prawny Odwołującego się w uzyskaniu zamówienia przez to, że

II. Protest

Na powyższą czynność Zamawiającego / zaniechanie przez Zamawiającego dokonania czynności Odwołujący się wniósł w dniu protest, w którym zażądał

III. Rozstrzygnięcie protestu

Zamawiający w dniu r. oddalił / odrzucił protest. Oświadczenie Zamawiającego w tym przedmiocie zostało doręczone Wykonawcy w dniu r.

W części merytorycznej uzasadnienia oddalenia protestu wskazano, że
.....

IV. Niewłaściwe zastosowanie art. Pzp

Oddalenie / odrzucenie protestu jest sprzeczne z art. ... Pzp. Wynika to z następujących powodów:

Wykonawca w pełni podtrzymuje stanowisko zawarte w proteście.

Zasadne jest zatem żądanie zawarte w *petitum* odwołania.

Wpis od odwołania w kwocie zł został uiszczony na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Zamawiającemu została przekazana kopia odwołania.

Załączniki:

1. pełnomocnictwo,
2. kopia dowodu uiszczenia wpisu,
3. kopią potwierdzenia nadania kopii odwołania do Zamawiającego
4. kopia protestu,
5. rozstrzygnięcie protestu.

3.8. Zwrot i odrzucenie odwołania

Nie zawsze wniesione odwołanie jest rozpoznawane merytorycznie. Może być ono bowiem zwrócone, albo odrzucone. Obie te czynności oznaczają odmowę badania zasadności odwołania.

Zwrot odwołania następuje w razie nieuiszczenia wpisu. Z art. 185 ust. 1 Pzp wynika, że warunkiem rozpoznania odwołania jest uiszczenie wpisu, przy czym dowód uiszczenia wpisu dołącza się do odwołania. Skutkiem nieuiszczenia wpisu jest zwrot odwołania. Pzp nie przewiduje procedury wzywania do wniesienia nie uiszczanego wpisu. Oznacza to, że wpis nie może być uiszczony po wniesieniu odwołania. Może natomiast zdarzyć się tak, że wpis zostanie uiszczony w terminie, natomiast dowód jego uiszczenia nie zostanie załączony do odwołania. Wówczas stosuje się § 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań. Przepis ten przewiduje w ust. 1, że w przypadku niedołączenia do odwołania dowodu uiszczenia wpisu najpóźniej w dniu wniesienia odwołania (lecz nie w sytuacji, gdy wpis nie uiszczono!), Prezes UZP zobowiązany jest wezwać odwołującego się do jego przedłożenia w terminie trzech dni od dnia doręczenia wezwania. Zgodnie z ust. 2, za doręczenie uważa się również zawiadomienie przesłane faksem na wskazany numer, jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego potwierdzi fakt jego otrzymania. Prezes Urzędu niezwłocznie potwierdza pisemnie treść wezwania. Natomiast ust. 3 stanowi, że jeżeli w wyznaczonym terminie nie zostanie przedstawiony dowód uiszczenia wpisu, Prezes UZP zwraca odwołanie odwołującemu się na adres wskazany w odwołaniu.

Kończąc kwestie wpisu warto zauważyć, że z art. 185 Pzp i z § 2 cytowanego rozporządzenia wynika, że zwrotowi podlega każde odwołanie, od którego nie uiszczono wpisu najpóźniej w dniu wniesienia odwołania. Można sobie wyobrazić sytuację, w której odwołanie zostało wniesione np. na 2 lub 3 dni przed upływem terminu do jego wniesienia, a wpis został uiszczony następnego dnia (a zatem również przed upływem terminu do wniesienia odwołania). Argumenty funkcjonalne przemawiają za wykładnią, iż w takiej sytuacji odwołanie nie podlega zwrotowi. Z wykładni gramatycznej zdaje się wynika jednak odmienna konkluzja. Wydaje się, że pierwszeństwo należy przyznać wykładni funkcjonalnej. Skoro nie budzi wątpliwości, że w razie wniesienia nie opłaconego odwołania możliwe jest wniesienie nowego, opłaconego odwołania do upływu

terminu 5 – dniowego, to wydaje się, że dopuszczalne winno być także uzupełnienie wpisu.

Uiszczenie wpisu w zbyt niskiej wysokości jest równoznaczne z niewniesieniem wpisu.

Zgodnie z art. 185 ust. 3 Pzp, o zwrocie odwołania rozstrzyga Prezes UZP w drodze postanowienia. Jest to postanowienie kończące postępowanie w sprawie. Zwrot odwołania oznacza nie tylko określoną czynność proceduralną Prezesa UZP (postanowienie), lecz także fizyczny zwrot tego pisma odwołującemu się.

Jeżeli Prezes UZP ustali, że od odwołania uiszczono wpis, zawiadamia zamawiającego o wpłynięciu odwołania, wzywając go jednocześnie do nadesłania kopii dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, z wyjątkiem ofert złożonych przez wykonawców, potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez kierownika zamawiającego lub osobę upoważnioną.

Odrzucenie odwołania następuje w przypadkach wskazanych w art. 187 ust. 4 Pzp. Zgodnie z tym przepisem, zespół arbitrów odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że:

- (1) w sprawie nie mają zastosowania przepisy Pzp (gdy np. zamawiający pozostawał w błędnym przekonaniu, że zamówienie podlega przepisom Pzp i według tych przepisów je prowadził, włącznie z procedurą protestacyjną);
- (2) odwołanie nie zostało poprzedzone protestem (chyba że wnosi je inny uczestnik postępowania protestacyjnego niż sam protestujący);
- (3) protest lub odwołanie zostały wniesione przez podmiot nieuprawniony (przykładowo, gdy protest wniosła organizacja zawodowa nie wpisana na listę prowadzoną przez Prezesa UZP);
- (4) protest lub odwołanie zostały wniesione z uchybieniem terminów określonych w Pzp;
- (5) odwołujący się powołuje się na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez zespół arbitrów w sprawie in-

nego odwołania wniesionego przez tego samego odwołującego się w tym samym postępowaniu;

- (6) odwołanie, wniesione przez wykonawcę wnoszącego protest lub wezwanego zgodnie z art. 181 ust. 3 Pzp, dotyczy czynności, które zamawiający wykonał zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu;
- (7) odwołujący się nie przekazał kopii odwołania zamawiającemu zgodnie z art. 184 ust. 2 Pzp.

Katalog przesłanek odrzucenia odwołania ma charakter zamknięty. Z przepisu wynika również, że zajęcie którejkolwiek z tych przesłanek obliguje zespół arbitrów do odrzucenia odwołania.

Odrzucenie odwołania następuje w formie postanowienia zespołu arbitrów. Odrzucenie odwołania dokonywane jest na posiedzeniu niejawnym. Jeżeli jednak zespół arbitrów uzna to za konieczne, może dopuścić do udziału w posiedzeniu niejawnym strony, świadków lub biegłych.

Z § 18 Rozporządzenia w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań wynika, że zespół arbitrów bada przesłanki odrzucenia odwołania na posiedzeniu. W wypadku stwierdzenia okoliczności uzasadniających odrzucenie odwołania po skierowaniu sprawy na rozprawę odrzucenie odwołania na ich podstawie powinno jednak nastąpić na rozprawie.

Jeżeli na posiedzeniu, w przypadku łącznego rozpoznania odwołań, zespół arbitrów stwierdzi, że co najmniej jedno z rozpoznawanych odwołań podlega odrzuceniu, odrzuca się to odwołanie, a pozostałe odwołania albo odwołania kieruje na rozprawę.

3.9. Cofnięcie odwołania i przystąpienia do postępowania odwoławczego

Wyrazem zasady dyspozytywności obowiązującej w postępowaniu odwoławczym jest możliwość cofnięcia odwołania przez odwołującego się. Instytucja cofnięcia odwołania uregulowana jest w art. 189 Pzp oraz w § 7 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań.

Możliwość cofnięcia odwołania wprost statuuje art. 189 ust. 1 Pzp. Natomiast § 7 ust. 1 rozporządzenia precyzuje, iż odwołanie może być cofnięte przez odwołującego się do czasu zamknięcia rozprawy. Cofnięcie odwołania przed otwarciem posiedzenia następuje w formie pisma odwołującego się. Odwołujący się nie musi w tym piśmie zamieszczać uzasadnienia swojego stanowiska. Natomiast zgodnie z § 7 ust. 2 rozporządzenia, po otwarciu posiedzenia lub rozprawy odwołujący się może złożyć oświadczenie o cofnięciu odwołania pisemnie lub ustnie do protokołu.

Zgodnie z art. 189 Pzp, jeżeli cofnięcie odwołania nastąpiło przed otwarciem rozprawy, odwołującemu zwraca się połowę wpisu. Uzasadnione jest to mniejszym nakładem pracy zespołu arbitrów, który w takim wypadku nie prowadzi rozprawy. Natomiast zgodnie z § 7 ust. 3 rozporządzenia w przypadku cofnięcia odwołania po otwarciu rozprawy zespół arbitrów umarza postępowanie i orzeka o kosztach postępowania. Przepis ten należy rozumieć w ten sposób, że koszty te zasądza się od odwołującego się. Jeżeli na posiedzeniu, w przypadku łącznego rozpoznania odwołań, w odniesieniu do co najmniej jednego odwołania skutecznie złożono jego wycofanie, umarza się postępowanie odwoławcze w tym zakresie, a pozostałe odwołanie albo odwołania kieruje na rozprawę.

Cofnięcie odwołania nie wymaga zgody zamawiającego. Cofnięcie odwołania jest wiążące dla zespołu arbitrów, który umarza postępowanie odwoławcze. Zespół arbitrów nie może prowadzić postępowania, nawet gdyby w jego ocenie odwołanie było uzasadnione, a rozstrzygnięcie protestu rażąco naruszało przepisy. Umorzenie postępowania następuje w formie postanowienia. Podobnie, rozstrzygnięcie o kosztach postępowania w razie cofnięcia odwołania ma formę postanowienia zespołu arbitrów.

Możliwe jest także cofnięcie przystąpienia do postępowania odwoławczego. Może ono nastąpić do zamknięcia rozprawy.

Należy wyjaśnić wzajemną relację pomiędzy cofnięciem odwołania i przystąpienia do postępowania odwoławczego. Otóż cofnięcie przystąpienia do postępowania odwoławczego nie ma wpływu na rozpoznanie samego odwołania. W takim przypadku, zespół arbitrów jedynie oddała nieprzeprowadzone wnioski dowodowe zgłoszone przez wykonawcę zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego, chyba że uzna konieczność przeprowadzenia tych dowodów z urzędu. A contrario, dowody przeprowadzone na skutek wniosków dowodowych zawartych w oświadczeniu o przystąpieniu do postępowania odwoławczego winny zostać uwzględnione przy wydawaniu przez zespół arbitrów orzeczenia. Natomiast w przypadku wycofania odwołania przez odwołującego się zespół arbitrów nie rozpoznaje przystąpienia do postępowania odwoławczego (§ 7 ust. 6 rozporządzenia).

•Wydaje się, że zespół arbitrów może unieważnić postępowanie zamówieniowe również w razie cofnięcia odwołania. Powyższa kompetencja powstaje bowiem już w chwili wszczęcia postępowania odwoławczego.

3.10. Wyznaczanie arbitrów

Odwołanie rozpoznawane jest przez zespół trzech arbitrów wskazanych przez Prezesa UZP z prowadzonej przezeń listy. Lista ogłaszana jest w BZP. Ponadto w BZP ogłasza się o wpisie na listę arbitrów, skreśleniu z listy arbitrów, wygaśnięciu kadencji arbitra albo zawieszeniu w prawach i obowiązkach arbitra.

Arbitrów orzekających w sprawie każdego odwołania wyznacza się w drodze jawnego losowania komputerowego, przeprowadzanego przez Prezesa UZP. Jak stanowi § 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań, komputerowe losowanie arbitrów odbywa się w siedzibie UZP, w terminie wyznaczonym przez Prezesa UZP, a informację o terminie losowania zamieszcza się na stronie internetowej UZP. Zgodnie z § 10 ust. 1 cyt. rozporządzenia, losowanie przeprowadza trzyosobowy zespół, w skład którego wchodzi pracownicy UZP wyznaczeni przez Prezesa UZP. Szczegółowy sposób przeprowadzania losowania Prezes UZP podaje do publicznej wiadomości na stronie internetowej UZP. Podczas losowania nie ujawnia się danych dotyczących odwołania, a jedynie numer repertorium, którym zostało oznaczone. Na podstawie protokołu losowania następuje wyznaczenie arbitrów, w tym przewodniczącego, do rozpoznania odwołania. Wyznaczenia dokonuje Prezes UZP w formie zarządzenia (w poprzednim stanie prawnym było to postanowienie).

Dodatkowym instrumentem antykorupcyjnym przewidzianym w przepisach jest wymóg, aby do dnia publicznego ogłoszenia wokandy nie były ujawniane dane umożliwiające zidentyfikowanie składu zespołu arbitrów wyznaczonego do rozpoznania odwołania.

Powstaje pytanie o skutki przedwczesnego ujawnienia składu zespołu arbitrów. Jeżeli Prezes UZP nie wydał jeszcze zarządzenia o wyznaczeniu arbitrów należy przyjąć, że wówczas skład zespołu arbitrów powinien być losowany ponownie. Jeżeli takie zarządzenie zostało wydane, ze względów celowościowych należy przyjąć, iż powinno zostać uchylone przez Prezesa UZP, a następnie po przeprowadzeniu kolejnego losowania powinien wydać nowe zarządzenie.

W razie zarządzenia łącznego rozpoznania odwołań, Prezes UZP losuje skład zespołu arbitrów do rozpoznania wszystkich odwołań podlega-

jących łącznemu rozpoznaniu. Może się jednak zdarzyć, że po już przeprowadzeniu losowania do rozpoznania odwołania zostanie wniesione kolejne odwołanie, podlegające łącznemu rozpoznaniu z wcześniejszym odwołaniem. Wówczas Prezes UZP kieruje je do rozpoznania przez zespół arbitrów wylosowany do odwołania wniesionego wcześniej.

3.11 Wyłączenie arbitra

Art. 186 ust. 4 Pzp w pierwotnym brzmieniu przewidywał, że strony oraz arbitrzy mogą żądać wyłączenia arbitra z przyczyn określonych w art. 703 § 1 Kpc (przepis ten - odnoszący się do sądu polubownego - już nie obowiązuje, lecz przed uchyleniem stanowił, że strona może żądać wyłączenia arbitra lub superarbitra z tych samych przyczyn, które uzasadniają wyłączenie sędziego⁴⁴). Obecnie art. 186 ust. 4 przewiduje wyłączenie arbitra, gdy zachodzą okoliczności faktyczne lub prawne, które mogą budzić uzasadnione wątpliwości co do jego bezstronności. Określenie to jest określeniem nieostrym, w związku z czym oceny należy dokonywać in casu, z uwzględnieniem całokształtu okoliczności sprawy. Wydaje się, że można też wykorzystać orzecznictwo sądowe dotyczące wyłączenia sędziego sądu powszechnego, a także można sięgnąć analogicznie do art. 48 K.p.c. Przepis ten stanowi, że sędzia jest wyłączony z mocy samej ustawy:

- 1) w sprawach, w których jest stroną lub pozostaje z jedną ze stron w takim stosunku prawnym, że wynik sprawy oddziałuje na jego prawa lub obowiązki;
- 2) w sprawach swego małżonka, krewnych lub powinowatych w linii prostej, krewnych bocznych do czwartego stopnia i powinowatych bocznych do drugiego stopnia;

⁴⁴ W aktualnym stanie prawnym przesłanki wyłączenia arbitra sądu polubownego określa art. 1174 § 2 Kpc, zgodnie z którym arbitrowi może być wyłączone tylko wtedy, gdy zachodzą okoliczności, które budzą uzasadnione wątpliwości co do jego bezstronności lub niezależności, a także wtedy, gdy nie ma kwalifikacji określonych w umowie stron

- 3) w sprawach osób związanych z nim z tytułu przysposobienia, opieki lub kurateli;
- 4) w sprawach, w których był lub jest jeszcze pełnomocnikiem albo był radcą prawnym jednej ze stron;
- 5) w sprawach, w których w instancji niższej brał udział w wydaniu zaskarżonego orzeczenia, jako też w sprawach o ważność aktu prawnego z jego udziałem sporządzonego lub przez niego rozpoznanego oraz w sprawach, w których występował jako prokurator.

Powody wyłączenia trwają także po ustaniu uzasadniającego je małżeństwa, przysposobienia, opieki lub kurateli.

Zgodnie z art. 186 ust. 4 Pzp wyłączenia arbitra mogą żądać strony oraz arbitrzy. Nie jest w pełni jasne, czy w przepisie tym chodzi o innych arbitrów z danego składu, czy o tego arbitra, który miałby zostać wyłączony. Należy zauważyć, że ust. 3 przewiduje, że arbiter powinien zawiadomić Prezesa UZP o przyczynach uzasadniających jego wyłączenie. Uznać by można, że skoro wyłączenie arbitra z inicjatywy jego samego jest unormowane w ust. 3, to celem ustępu 4 było przyznanie prawa żądania wyłączenia arbitra innym arbitrom. W innym razie należałoby uznać, że ust. 4 zawiera regulację powtarzającą ust. 3. W literaturze wyraża się zarówno pogląd, że arbiter nie może żądać wyłączenia innego arbitra⁴⁵, jak też poglądy przeciwne⁴⁶.

O wyłączeniu albo odmowie wyłączenia arbitra rozstrzyga Prezes UZP w drodze postanowienia. Jest to inne rozwiązanie niż przewidziane w Kpc, gdzie o wyłączeniu sędziego rozstrzyga sąd, w którym sprawa się toczy. Na postanowienia o wyłączeniu lub odmowie wyłączenia zażalenie nie przysługuje.

Zgodnie z § 26 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań, uczestnik postępowania oraz arbiter mogą złożyć wniosek do Prezesa UZP o wyłączenie arbitra od udziału w rozpoznaniu odwołania do czasu zamknię-

⁴⁵ W. Łysakowski w: Komentarz... op. cit, s. 399

⁴⁶ J. Jerzykowski, ibidem, s. 616

cia rozprawy. Wniosek o wyłączenie arbitra może być złożony pisemnie lub ustnie do protokołu.

Wniosek o wyłączenie arbitra jest rozpatrywany niezwłocznie po jego wpłynięciu. Prezes Urzędu wszczyna postępowania wyjaśniające, a w szczególności - w przypadku złożenia tego wniosku przez uczestnika postępowania - zwraca się o pisemne wyjaśnienia do arbitra, którego wniosek dotyczy.

Postanowienie o wyłączeniu arbitra doręcza się uczestnikom postępowania oraz arbitrowi, którego dotyczy.

Jeżeli do wyłączenia arbitra dojdzie po otwarciu posiedzenia zespołu arbitrów, nowo powołany zespół arbitrów powtarza czynności dokonane przez zespół pierwotnie wyznaczony, mające znaczenie dla rozstrzygnięcia odwołania, w szczególności dotyczące przeprowadzenia postępowania dowodowego.

Orzeczenia sądowe dotyczące wyłączenia sędziego

Sąd Najwyższy w postanowieniu z dn. 6 maja 1966 r., I CO 3/66 stwierdził, że sam tylko fakt kontaktów wyłącznie służbowych (ograniczających się w istocie do udziału we wspólnych konferencjach i naradach lub do sporadycznych wypadków wspólnego orzekania w postępowaniu odwoławczym) nie uzasadnia wyłączenia tych sędziów, rozpoznających sprawę, których złożony wniosek dotyczy.

3.12. Postępowanie przed zespołem arbitrów

Zgodnie z art. 184 ust. 6 do postępowania odwoławczego stosuje się odpowiednio przepisy Kpc o sądzie polubownym, jeżeli Pzp nie stanowi inaczej. Przepisy o sądzie polubownym stosuje się zatem posiłkowo.

Analiza przepisów Kpc o postępowaniu przed sądem polubownym wskazuje, że niewiele tych przepisów będzie mieć zastosowanie do postępowania przed zespołem arbitrów. Wynika to ze stosunkowo wyczerpującego uregulowania postępowania odwoławczego w Pzp i w rozpo-

rządzeniu Prezesa Rady Ministrów w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań. Nie stosuje się zatem np. przepisów Kpc o zapisie na sąd polubowny, który jest kategorią umowy procesowej i polega na poddaniu sporu pod rozstrzygnięcie sądu polubownego (art. 1161 § 1 Kpc). Nie stosuje się również przepisów dotyczących wymogów co do osoby arbitra oraz o wyznaczaniu arbitrów (art. 1170 i 1171 - 1173 Kpc). Do postępowania odwoławczego będzie mieć natomiast zastosowanie np. art. 1191 § 1 Kpc, zgodnie z którym sąd polubowny może przeprowadzić dowód z przesłuchania świadków, z dokumentów, oględzin, a także inne konieczne dowody, nie może jednak stosować środków przymusu.

Zawarte w Pzp odesłanie do przepisów Kpc o sądzie polubownym oznacza, że nie jest dopuszczalne stosowanie wprost w postępowaniu odwoławczym innych przepisów Kpc. Jak się jednak postuluje, nie powinno być wykluczone stosowanie „ogólnie przyjętych i ugruntowanych wieloletnią praktyką poszczególnych rozwiązań stosowanych w procedurze cywilnej”, takich jak np. terminy, czy pełnomocnictwa⁴⁷. Tezę tę można przyjąć wyłącznie w odniesieniu do wybranych instytucji procesu cywilnego, które nie zostały uregulowane w Pzp w odniesieniu do postępowania odwoławczego i których kształt nie jest sprzeczny z założeniami tego postępowania.

Jednym z istotnych nowych rozwiązań jest możliwość łącznego rozpoznania odwołań. Następuje to na zarządzenie Prezesa UZP. Wydanie tego zarządzenia jest możliwe jeżeli:

- - odwołania zostały złożone w tym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub
- - odwołania dotyczą tych samych czynności zamawiającego.

Jak wynika z brzmienia przepisu, zarządzenie o łącznym rozpoznaniu odwołań jest kompetencją, ale nie obowiązkiem Prezesa UZP. To Prezes UZP w konkretnym przypadku dokonuje oceny, czy takie łączne prowadzenie postępowania jest celowe.

⁴⁷ J. Pieróg, *ibidem*, s. 399

Łączne rozpoznanie odwołań realizuje zasadę ekonomii postępowania, gdyż pozwala na jego szybsze prowadzenie, a ponadto zapobiega powtarzaniu tych samych czynności (np. przesłuchania tych samych świadków) w „równoległych” postępowaniach. Ponadto zapewnia ono spójność rozstrzygnięć w sprawach, w których występuje wspólne zagadnienie prawne.

Prezes UZP niezwłocznie po zarządzeniu łącznego rozpoznania odwołań przez zespół arbitrów przekazuje o tym informację uczestnikom postępowania.

Pierwszym etapem postępowania jest posiedzenie zespołu arbitrów, którego celem jest zbadanie, czy odwołanie nie ulega odrzuceniu. Na posiedzeniu zespół arbitrów dokonuje czynności formalnoprawnych i sprawdzających, mających na celu przygotowanie rozprawy, a w szczególności bada przedstawione w sprawie dokumenty. Termin posiedzenia zespołu arbitrów wyznacza Prezes UZP. O terminie oraz o miejscu posiedzenia zespołu arbitrów Prezes Urzędu zawiadamia arbitrów wyznaczonych do rozpoznania odwołania oraz uczestników postępowania, co najmniej trzy dni przed terminem posiedzenia zespołu arbitrów. Istnieje możliwość dokonania zawiadomień drogą faksową, jeżeli arbiter oraz uczestnik postępowania potwierdzi fakt otrzymania zawiadomienia. Wówczas niezwłocznie potwierdza się pisemnie treść zawiadomienia. Informacja o posiedzeniu zespołu arbitrów (wokanda) jest umieszczana w miejscu publicznie dostępnym w Urzędzie, na stronie internetowej Urzędu oraz przy drzwiach sali rozpraw, w której ma odbywać się posiedzenie zespołu arbitrów. Wokandę ogłasza się w dniu posiedzenia zespołu arbitrów.

Art. 187 ust. 6 Pzp stanowi, że w razie stwierdzenia, iż nie zachodzą podstawy do odrzucenia odwołania, przewodniczący zespołu arbitrów zamyka posiedzenie i otwiera rozprawę. Z kolei § 18 ust. 1 Rozporządzenia w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań głosi, że to zespół arbitrów zamyka posiedzenie i otwiera rozprawę. Przepisy te rodzą wątpliwość, kto dokonuje zamknięcia posiedzenia i otwarcia rozprawy. Kwestia ta ma jednak marginalne znaczenie, a w szczególności uchybienie w tym względzie nie stanowi podstawy do skutecznego zaskarżenia orzeczenia zespołu arbitrów.

Rozprawę prowadzi przewodniczący zespołu arbitrów, w szczególności otwiera rozprawę, zarządza przerwy w rozprawie, udziela głosu uczest-

nikom postępowania, zadaje pytania, umożliwia arbitrom zadawanie pytań, podaje brzmienie zapisów do protokołu, zamyka rozprawę i ogłasza orzeczenie. Po otwarciu rozprawy przewodniczący zespołu arbitrów przedstawia stan sprawy, z uwzględnieniem zarzutów zawartych w proteście oraz zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Na rozprawie przedstawia się dostarczony przez zamawiającego oryginał dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wraz z ofertami złożonymi przez wykonawców. Zespół arbitrów może odroczyć posiedzenie lub rozprawę, jeżeli uzna za konieczne przedstawienie w sprawie dowodów, których nie można przeprowadzić w danym dniu albo z innych ważnych przyczyn. Przed zamknięciem rozprawy przewodniczący zespołu arbitrów udziela kolejno głosu odwołującemu się, a następnie zamawiającemu.

Pzp statuuje zasadę jawności rozprawy. Wyłączenie jawności jest wyjątkiem (gdy istnieje ryzyko ujawnienia informacji stanowiącej tajemnicą prawnie chronioną). Wyłączenie jawności nie dotyczy stron i ich pełnomocników.

Z posiedzenia i rozprawy sporządza się protokół oraz rozliczenia kosztów postępowania uwzględniające również wynagrodzenie biegłego. Wzór protokołu posiedzenia oraz rozprawy określa załącznik do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań.

Wzór protokół posiedzenia oraz rozprawy (załączniki do Rozporządzenia)

Sygn. akt

PROTOKÓŁ POSIEDZENIA/ROZPRAWY

Zespołu Arbitrów z dnia w składzie:

Przewodniczący Zespołu Arbitrów

.....

arbitrzy:

.....

.....

protokolant

w sprawie wniesionego do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych

w dniu r. przez

odwołania od oddalenia/odrzućenia* protestu z dnia r.

przez zamawiającego1)

w sprawie wniesionych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych

w dniu r. przez

odwołań od oddalenia/odrzućenia* protestów z dnia r.

przez zamawiającego2)

przy udziale zgłaszającego

swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie
zamawiającego/odwołującego się*

Posiedzenie rozpoczęło o godz. min

Na posiedzenie stawili się:

1) w imieniu odwołującego/odwołujących* się

2) w imieniu zamawiającego

oraz

zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego

..... po stronie

Przewodniczący Zespołu Arbitrów otworzył posiedzenie.

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

Zespół Arbitrów postanowił: odrzucić odwołanie/umorzyć
postępowanie odwoławcze/wyznaczyć rozprawę*.

.....

.....

.....

(informacja o ewentualnym odroczeniu ogłoszenia
postanowienia Zespołu Arbitrów)

Przewodniczący Zespołu Arbitrów zamknął posiedzenie

o godz. min

Rozprawę rozpoczęto o godz. min

Przewodniczący Zespołu Arbitrów przedstawił stan sprawy, z
uwzględnieniem zarzutów podniesionych w proteście i odwołaniu.

Uczestnicy postępowania złożyli następujące oświadczenia:

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

Przewodniczący Zespołu Arbitrów zamknął rozprawę

o godz. min

.....

.....

.....

(informacja o ewentualnym odroczeniu ogłoszenia wyroku bądź
postanowienia Zespołu Arbitrów)

Przewodniczący Zespołu Arbitrów

.....

Protokół ogłoszenia wyroku/postanowienia*

W dniu r. Przewodniczący Zespołu

Arbitrów ogłosił wyrok/wyroki/postanowienie/postanowienia*

przez jego/ich* odczytanie.

Przewodniczący Zespołu Arbitrów

.....

* Niepotrzebne skreślić.

1) Ma zastosowanie w przypadku rozpoznawania jednego
odwołania.

2) Ma zastosowanie w przypadku łącznego rozpoznawania odwołań.

3.13. Dowody w postępowaniu odwoławczym

Art. 188 ust. 1 Pzp przewiduje, że strony są obowiązane wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Przepis ten należy rozumieć w ten sposób, że na stronach spoczywa ciężar dowodu. Nie jest to obowiązek, który mógłby być egzekwowany przez zespół arbitrów. Chodzi o to, że strona, która nie wskaże dowodów na poparcie podnoszonych przez siebie faktów naraża się na przegranie sporu. Wskazanie dowodu wymaga złożenia wniosku dowodowego, który powinien zawierać tezę dowodową oraz środek dowodowy. Teza dowodowa to fakty, które mają być udowodnione, a środek dowodowy, to sposób stwierdzenia tych faktów.

Zespół arbitrów nie jest zobowiązany z urzędu prowadzić postępowania dowodowego. Zespół arbitrów jednakże może (ale nie musi) dopuścić dowód niewskazany przez stronę. W związku z tym, zgodnie z § 22 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań, zespół arbitrów może zobowiązać uczestników postępowania do przedstawienia dokumentów lub innych dowodów istotnych dla rozstrzygnięcia odwołania. Jak się wydaje, na gruncie przepisów o postępowaniu odwoławczym aktualna jest teza wyroku SN z dn. 13 lutego 2004, IV CK 24/03, zgodnie z którą „dopuszczenie przez sąd dowodu z urzędu nie może być uznane za działanie naruszające zasady bezstronności sądu i równości stron”.

W postępowaniu odwoławczym nie obowiązuje prekluzja dowodowa, polegająca na obowiązku zgłoszenia wniosków dowodowych do jakiegoś momentu postępowania pod rygorem utraty możliwości ich zgłoszenia na późniejszym etapie. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Nie oznacza to jednak możliwości dowolnego przedłużania postępowania przez zgłaszanie nowych wniosków dowodowych. Zespół arbitrów może bowiem odmówić przeprowadzenia wnioskowanych dowodów, jeżeli fakty będące ich przedmiotem zostały już stwierdzone innymi dowodami lub gdy zostały powołane jedynie dla zwłoki. Jeżeli natomiast zespół arbitrów uznaje przeprowadzenie dowodu za konieczne może odroczyć posiedzenie lub rozprawę, jeżeli nie można go przeprowadzić w danym dniu (§ 23 ust. 1 cyt. rozporządzenia). W postępowaniu odwoławczym można zgłosić dowody, których nie zgłoszono w postępowaniu protestacyjnym.

Pzp nie przewiduje zamkniętego katalogu środków dowodowych. Dowodem może być wszystko, co pozwoli na stwierdzenie powołanego przez stronę faktu. W szczególności, zgodnie z art. 188 Pzp, mogą być dowodami dokumenty, wyjaśnienia świadków, opinie biegłych oraz zeznania stron.

Dokumenty dzieli się na prywatne i urzędowe. Dokumenty urzędowe, sporządzone w przepisanej formie przez powołane do tego organy władzy publicznej i inne organy państwowe w zakresie ich działania, a także przez organizacje zawodowe, samorządowe, spółdzielcze i inne organizacje społeczne w zakresie zleconych im przez ustawę spraw z dziedziny administracji publicznej stanowią dowód tego, co zostało w nich urzędowo zaświadczone. Dokument prywatny stanowi jedynie dowód tego, że osoba, która go podpisała, złożyła oświadczenie zawarte w dokumencie. Podstawowym dowodem jest dokumentacja postępowania zamówieniowego. Dokumentacja ta powinna być dostarczona przez zamawiającego w oryginale wraz z ofertami złożonymi przez wykonawców.

Oдноśnie dowodu z wyjaśnień świadków, to przepis art. 188 ust. 3 Pzp jest wadliwie sformułowany, gdyż świadkowie nie składają wyjaśnień, jak stanowi Pzp, lecz właśnie zeznania⁴⁸. Pzp nie przewiduje składania zeznań przez świadków pod przyrzeczeniem.

Dowód z opinii biegłego winien być przeprowadzony, gdy rozstrzygnięcie sprawy zależy od posiadania wiadomości specjalnych, których nie ma zespół arbitrów. Jest również możliwe wezwanie biegłego na rozprawę, celem wyjaśnienia treści złożonej opinii. Pzp po Nowelizacji przesądziło, że biegłego powołuje się spośród osób wpisanych na listę biegłych sądowych ustanowionych przy Sądzie Okręgowym w Warszawie.

Dowód z przesłuchania stron – jak się wydaje – powinien być prowadzony wówczas, gdy inne dowody nie pozwoliły ustalić stanu faktycznego (na podobieństwo procedury cywilnej). Dowód ten należy odróżnić od informacyjnego przesłuchania stron na początku rozprawy.

Możliwe jest też przeprowadzenie w postępowaniu innych dowodów, jak np. dowód z oględzin rzeczy.

⁴⁸ W. Łysakowski w: Komentarz..., op. cit, s. 404

Nie wymagają dowodu fakty powszechnie znane (notoryjne). O tym, czy fakt jest powszechnie znany rozstrzygać należy biorąc pod uwagę okoliczności danej sprawy. Nawet jeśli fakt jest powszechnie znany, to może dowodu wymagać jego wpływ na okoliczności konkretnej sprawy. Nie wymagają też dowodu fakty przyznane w toku postępowania przez stronę przeciwną, jeżeli zespół arbitrów uzna, że przyznanie nie budzi wątpliwości co do swej zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy.

Zespół arbitrów ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału. Zespół arbitrów może stosować domniemania faktyczne wynikające z doświadczenia życiowego i zasad logicznego myślenia.

3.14. Termin do rozpoznania odwołania

Postępowanie odwoławcze powinno toczyć się sprawnie. Postulat ten związany jest z normą zakazującą zamawiającemu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia protestu. Jeżeli wniesiono odwołanie protest uznaje się za ostatecznie rozstrzygnięty:

- a) z dniem wydania postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze albo wyroku zespołu arbitrów albo
- b) z dniem wydania wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie w sprawie przez sąd okręgowy, o którym mowa w art. 195 ust. 1, albo z upływem terminu do wniesienia skargi, o którym mowa w art. 195 ust. 2, jeżeli wartość zamówienia dla robót budowlanych jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 20.000.000 euro, a dla dostaw lub usług - 10.000.000 euro.

Niezależnie od wartości zamówienia, sprawność postępowania odwoławczego rzutuje zatem na możliwość zawarcia umowy, której dotyczy postępowanie.

Postulat szybkości postępowania odwoławczego realizowany jest przede wszystkim przez normę wyrażoną w art. 187 ust. 1 Pzp, zgodnie z którą zespół arbitrów winien rozpoznać odwołanie w terminie 15 dni od dnia jego wniesienia. Przez rozpoznanie odwołania należy rozumieć wydanie wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie w sprawie. Termin ten ma charakter wyłącznie instrukcyjny i odnosi się do zespołu arbitrów. Jego przekroczenie nie stanowi podstawy zaskarżenia orzeczenia zespołu arbitrów. Zachowanie tego terminu zależy nie tylko od samych arbitrów, należy bowiem zauważyć, że po wniesieniu odwołania może zajść np. konieczność wezwania odwołującego się - w przypadku niedołączenia przezeń do odwołania dowodu uiszczenia wpisu - do przedłożenia tego dowodu. Przedłożenie następuje w terminie 3 dni od dnia doręczenia wezwania. Samo postępowanie w tej sprawie może zatem trwać kilka dni z 15 - dniowego terminu do rozpoznania odwołania. Dalej, po ustaleniu, że od odwołania uiszczono wpis, Prezes UZP zawiadamia zamawiającego o wpłynięciu odwołania, wzywając go jednocześnie do nadesłania kopii dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, co również może trwać kilka dni. Wyobrazić sobie następnie można, że zajdzie konieczność wyłączenia arbitra i przeprowadzenia postępowania wпадkowego w tym przedmiocie, które również trwać może kilka dni. Wszystko to sprawia, że w pewnych sytuacjach (aczkolwiek wyjątkowych) nie będzie możliwe rozpoznanie odwołania w 15-dniowym terminie.

3.15. Rozstrzygnięcie odwołania

Postępowanie odwoławcze może zakończyć się rozstrzygnięciem merytorycznym, którym jest oddalenie, albo uwzględnienie odwołania, jak też rozstrzygnięciem formalnym, którym jest odrzucenie odwołania, albo umorzenie postępowania. Odwołanie może być też zwrócone przez Prezesa UZP, jeśli nie zostało opłacone. Merytoryczne rozstrzygnięcie odwołania przybiera formę wyroku, rozstrzygnięcie formalne ma natomiast postać postanowienia (art. 191 ust. 1 Pzp).

Granice orzekania przez zespół arbitrów wyznaczają zarzuty, które były zawarte w prośbie. Przyjmuje się jednak, iż możliwe jest nakazanie za-

⁴⁹ W. Łysakowski w: Komentarz..., op. cit, s. 407

mawiającemu powtórzenia nie tylko czynności zaskarżonej, lecz również innych, wcześniejszych czynności, jeśli jest to konieczne dla zapewnienia właściwego toku postępowania⁴⁹. Zespół arbitrów bierze pod uwagę z urzędu okoliczności skutkujące unieważnieniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jest to novum w porównaniu z ustawą o zamówieniach publicznych.

Jeśli zespół arbitrów uwzględni odwołanie może wydać następujące rozstrzygnięcie:

- może nakazać zamawiającemu dokonanie czynności,
- może nakazać powtórzenie czynności zamawiającego,
- może unieważnić czynność zamawiającego,

Nakazanie dokonania czynności wchodzi w rachubę, jeśli zamawiający zaniechał dokonania czynności, do której był zobligowany (np. nie odrzucił konkurencyjnej oferty).

Nakazanie powtórzenia czynności odnosi się do czynności wadliwie dokonanej przez zamawiającego, która może być powtórzona (np. ponowna ocena ofert).

Unieważnienie czynności może dotyczyć czynności, której powtórzyć nie można. Niepoprawne wydaje się natomiast wydawanie orzeczeń przewidujących unieważnienie czynności i nakazanie powtórzenia czynności, albowiem nakazanie powtórzenia czynności przesądza już samo w sobie o wyeliminowaniu z obrotu prawnego czynności pierwotnej. Tak sformułowane orzeczenie nie zawiera jednak błędu, który mógłby być podstawą wzruszenia go.

Zespół arbitrów może również nakazać unieważnienie całego postępowania. Możliwość taka pośrednio wynika z art. 191 ust. 3 Pzp. W świetle Pzp nie jest jasne, czy zespół arbitrów sam dokonuje unieważnienia postępowania o zamówienie publiczne, czy nakazuje dokonanie go zamawiającemu. W piśmiennictwie wyrażono tezę, iż wyrok zespołu nie wywołuje skutku w postaci unieważnienia postępowania, lecz wymaga aktywności zamawiającego, który sam winien unieważnić postępowanie⁵⁰.

⁵⁰ Należy w tej mierze zgodzić się z J. Jerzykowskim, *ibidem*, s. 641

Teza ta nie są jednak przekonująca w świetle zasady ekonomii postępowania. Ponadto zgodnie z powszechną praktyką, arbitrzy wydają orzeczenia unieważniające postępowania. Rozwiązanie takie przyjęto również w orzecznictwie sądowym.

Powstaje pytanie, o skutki niezastosowania się przez zamawiającego do wyroku zespołu arbitrów i np. niedokonanie nakazanej czynności. Jak się wydaje, skoro dokonanie czynności jest ustawowym obowiązkiem zamawiającego, to w razie uchybienia jemu, odwołujący się ma możliwość wniesienia protestu na zaniechanie zamawiającego.

Z art. 191 ust. 4 Pzp wynika, że zespół arbitrów nie może nakazać zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołanie rozpoznaje zespół trzech arbitrów na rozprawie, chyba że odwołanie podlega odrzuceniu (art. 186 i 187 Pzp). Wyrok może być wydany jedynie przez zespół arbitrów, przed którym toczyło się postępowanie. Nie wystarczy zatem, aby wyrok wydawali arbitrzy, przed którymi odbyła się ostatnia rozprawa. Problem ten może powstać w razie odroczenia rozprawy lub jej ponownego otwarcia. Jeśli np. w międzyczasie arbiter umrze, postępowanie powinno toczyć się od nowa.

Wydanie orzeczenia w sprawie odwołania poprzedza niejawną naradą zespołu arbitrów, obejmującą dyskusję oraz głosowanie nad orzeczeniem i uzasadnieniem. Naradą kieruje przewodniczący zespołu. W głosowaniu uczestniczą wszyscy arbitrzy, w kolejności ustalonej przez przewodniczącego zespołu arbitrów, z tym że przewodniczący głosuje ostatni.

Orzeczenia zapadają większością głosów. Przegłosowany członek zespołu arbitrów może złożyć zdanie odrębne do wydanego orzeczenia, czyniąc o tym wzmiankę obok swojego podpisu pod rozstrzygnięciem. Zdanie odrębne wymaga uzasadnienia, które formułuje przed ogłoszeniem wyroku na odrębnej karcie składający je członek zespołu arbitrów. Zdanie odrębne dołącza się do akt sprawy. Strony mogą zapoznać się ze zdaniem odrębnym i jego uzasadnieniem oraz sporządzać z niego odpisy, nie mogą jednak otrzymać odpisów potwierdzonych urzędowo. Zdania odrębnego nie ogłasza się. Przewodniczący zespołu arbitrów, ogłaszając orzeczenie, informuje o złożeniu zdania odrębnego.

Orzeczenie zespołu arbitrów winno zawierać następujące elementy:

- (1) miejsce i datę wydania;
- (2) oznaczenie arbitrów i uczestników postępowania;
- (3) rozstrzygnięcie o żądaniach odwołującego się i o kosztach postępowania;
- (4) uzasadnienie;
- (5) pouczenie o możliwości zaskarżenia
- (6) podpisy wszystkich arbitrów.

Zespół arbitrów zobowiązany jest sporządzić z urzędu uzasadnienie wyroku oraz postanowienia kończące postępowanie odwoławcze. Uzasadnienie winno zawierać wskazanie podstawy faktycznej rozstrzygnięcia, w tym ustalenie faktów, które zespół arbitrów uznał za udowodnione, dowodów, na których się oparł, i przyczyn, dla których innym dowodom odmówił wiarygodności i mocy dowodowej, oraz wskazanie podstawy prawnej wyroku z przytoczeniem przepisów prawa.

Bezpośrednio po sporządzeniu wyroku albo postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze przewodniczący zespołu arbitrów ogłasza orzeczenie. Ogłoszenie następuje na posiedzeniu jawnym. Nieobecność stron nie wstrzymuje ogłoszenia. W sprawie zawilej zespół arbitrów może odroczyć ogłoszenie wyroku albo postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze na czas nie dłuższy niż 5 dni. Ocena, czy sprawa ma charakter zawilej należy do zespołu arbitrów. Zawilość sprawy może wynikać zarówno ze skomplikowania stanu faktycznego, jak też z zawilości problemu prawnego. W postanowieniu o odroczeniu ogłoszenia wyroku zespół arbitrów wyznacza termin jego ogłoszenia. Jeżeli ogłoszenie było odroczone, może go dokonać sam przewodniczący. Uznać należy, że odroczenie może nastąpić tylko jeden raz. Jeżeli jednak zespół arbitrów dokonałby ponownego odroczenia, to takie naruszenie procedury nie powoduje np. nieważności orzeczenia, a także w samo w sobie nie stanowi podstawy zaskarżenia orzeczenia.

Oryginał orzeczenia podpisują arbitrzy i opatruje się je pieczęcią urzędową zespołu arbitrów z napisem „Urząd Zamówień Publicznych w War-

szawie. Zespół Arbitrów”. Odpisy orzeczeń wydanych przez zespół arbitrów opatruje się pieczęcią „Odpis wyroku” lub „Odpis postanowienia” oraz pieczęcią „Na oryginale właściwe podpisy. Za zgodność”. Odpisy wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wraz z uzasadnieniem przekazuje się (Pzp przed Nowelizacją posługiwał się poprawniejszym określeniem „doręcza się”) niezwłocznie stronom oraz uczestnikom postępowania odwoławczego lub ich pełnomocnikom, z tym że wykonawcy który przystąpił do postępowania odwoławczego odpis doręcza się na jego pisemny wniosek.

Pzp nie przewiduje konstrukcji uzupełnienia wyroku, ani wyjaśniania jego treści. Istnieje natomiast możliwość sprostowania orzeczenia. Sprostowanie może się ograniczać do błędów pisarskich albo rachunkowych lub innych oczywistych omyłek popełnionych w orzeczeniu. Sprostowania dokonuje przewodniczący zespołu arbitrów w drodze postanowienia. Postanowieniem prostuje się zatem również wyrok. Wzmiankę o sprostowaniu umieszcza się w orzeczeniu, a odpisy sprostowanego orzeczenia oraz postanowienie o sprostowaniu doręcza się niezwłocznie uczestnikom postępowania. Sprostowanie nie może prowadzić do merytorycznej zmiany rozstrzygnięcia.

Wzory wyroku oraz postanowień określa w załącznikach rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań.

Do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia protestu zamawiający w zasadzie nie może zawrzeć umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jak już wskazano w niniejszym poradniku, jeżeli wniesiono odwołanie protest uznaje się za ostatecznie rozstrzygnięty:

- a) z dniem wydania postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze albo wyroku zespołu arbitrów albo
- b) z dniem wydania wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie w sprawie przez sąd okręgowy albo z upływem terminu do wniesienia skargi, jeżeli wartość zamówienia dla robót budowlanych jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowa-

tość kwoty 20.000.000 euro, a dla dostaw lub usług - 10.000.000 euro.

Istnieje jednak możliwość wyrażenia przez Prezesa UZP zgody na zawarcie umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu, jeżeli ze względów społecznych lub gospodarczych zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia, której wcześniej nie można było przewidzieć, a nie wynikała ona z winy zamawiającego. Wspomniana kompetencja Prezesa UZP ograniczona będzie do postępowań o wartości nie przekraczającej wyrażonej w złotych równowartości kwoty 20.000.000 euro dla robót budowlanych i 10.000.000 euro dla dostaw lub usług. Jeżeli Prezes UZP wyrazi zgodę na zawarcie umowy, powstają wątpliwości co do dalszego przebiegu postępowania. Ustawa w tym zakresie zawiera lukę. W piśmiennictwie⁵¹ zwrócono uwagę na ten problem, wskazując na następujące możliwości jego rozwiązania:

- pierwszym rozwiązaniem byłoby uznanie, że wydanie decyzji pozytywnej przez Prezesa UZP jest formalną przeszkodą dla rozpoznania odwołania, w związku z czym odwołanie winno ulegać zwrotowi, zwracany powinien być również wpis;
- drugim możliwym rozwiązaniem byłoby kontynuowanie postępowania przed zespołem arbitrów, który powinien wydać orzeczenie, niezależnie od decyzji Prezesa UZP wyrażającej zgodę na zawarcie umowy;
- trzecim rozwiązaniem byłoby oddalenie odwołania przez zespół arbitrów z powodu jego bezprzedmiotowości.

Pierwsze z proponowanych rozwiązań należy odrzucić, gdyż nie ma ono uzasadnienia w przepisach.

Trzecie rozwiązanie mogłoby prowadzić do niesprawiedliwych rezultatów, polegających na oddaleniu uzasadnionego merytorycznie odwołania z przyczyn niezależnych od odwołującego się.

Wydaje się zatem, że najlepszym jest rozwiązanie drugie, mimo, że zarzuca się jemu, że w takim wypadku wyrok korzystny dla odwołującego się

⁵¹ J. Pieróg, *ibidem*, s. 392

będzie bezprzedmiotowy. Można jednak przyjąć, że gdy zespół arbitrów (rozpoznający odwołanie pomimo zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego na podstawie decyzji Prezesa UZP) wyda wyrok korzystny dla odwołującego się, to nawet w braku możliwości jego wykonania, będzie on mógł stanowić podstawę roszczeń odszkodowawczych odwołującego się wobec zamawiającego. Ponadto, w wyroku tym będzie możliwe zasądzenie kosztów postępowania na rzecz protestującego, który wniósł zasadny protest. Pogląd ten jest oczywiście jedynie propozycją rozwiązania przedstawionego powyżej problemu, który z uwagi na brak regulacji ustawowej ma bardzo złożony charakter.

Należy zauważyć, że w świetle orzecznictwa NSA, wykonawca, który wniósł odwołanie, podczas rozpoznawania którego to odwołania Prezes UZP wydał decyzję zezwalającą zamawiającemu na zawarcie umowy z innym wykonawcą, ma interes prawny we wniesieniu odwołania od decyzji Prezesa UZP o wyrażeniu zgody na zawarcie umowy z owym innym wykonawcą⁵².

Zespół arbitrów może wydać łączne orzeczenie, w przypadku odwołań skierowanych przez Prezesa Urzędu do łącznego rozpoznania.

⁵² S. Wikariak, *Bezprawna zgoda urzędu*, Rzeczpospolita z dn. 13 października 2005 r.

Wzór wyroku lub postanowienia w postępowaniu, w którym przedmiotem rozpoznania było jedno odwołanie

Sygn. akt

WYROK/POSTANOWIENIE*

Zespołu Arbitrów z dnia r.

Zespół Arbitrów w składzie:

Przewodniczący Zespołu Arbitrów

.....

arbitrzy:

.....

.....

protokolant

.....

po rozpoznaniu na posiedzeniu/rozprawie* w dniu/w dniach*

..... r. w Warszawie odwołania wniesionego

przez od oddalenia/odrzczenia*

przez zamawiającego protestu/protestów*

z dnia r.

przy udziale zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie

odwołującego się/zamawiającego*

orzeka:

1.
2. Kosztami postępowania obciąża i
nakazuje:
 - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w
wysokości zł gr (słownie:
.....)
z kwoty wpisu/wpisów* uiszczanego/uiszczonych* przez ..
.....
 - 2) dokonać wpłaty kwoty zł gr
(słownie:.....)
przez
na rzecz, stanowiącej
uzasadnione koszty uczestnika postępowania odwoławczego
poniesione z tytułu
 - 3) dokonać wpłaty kwoty zł gr
(słownie:)
przez
na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek
dochodów własnych UZP
 - 4) dokonać zwrotu kwoty zł gr

(słownie:)

z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych

na rzecz

3. Uzasadnienie:

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r.

- Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 19, poz. 177, z późn.

zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego

doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa

Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w

Przewodniczący Zespołu

Arbitrów

.....

arbitrzy:

.....

.....

Wzór wyroku lub postanowienia w postępowaniu, w którym przedmiotem rozpoznania były odwołania skierowane do łącznego rozpoznania

WZÓR

Sygn. akt

WYROK/POSTANOWIENIE*

Zespołu Arbitrów z dnia r.

Zespół Arbitrów w składzie:

Przewodniczący Zespołu Arbitrów

.....

arbitrzy:

.....

.....

protokolant

.....

po rozpoznaniu na posiedzeniu/rozprawie* w dniu/w dniach*

..... r. w Warszawie odwołań skierowanych w

drodze zarządzenia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z

dnia r. do łącznego rozpoznania,

a wniesionych przez

A.

B.

...

od oddalenia/odrzućenia* przez zamawiającego

protestów z dnia

A. r.

B. r.

...

przy udziale zgłaszającego przystąpienie do postępowania

odwoławczego po stronie

odwołującego się, tj. /zamawiającego*

orzeka:

1.

2. Kosztami postępowania obciąża i

nakazuje:

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w

wysokości zł gr (słownie:

.....)

z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w

tym:

A. koszty w wysokości zł gr

(słownie:)

z kwoty wpisu uiszczzonego przez

B. koszty w wysokości zł gr

(słownie:)

z kwoty wpisu uiszczzonego przez

.....

2) dokonać wpłaty kwoty zł gr

(słownie:.....)

stanowiącej uzasadnione koszty uczestnika postępowania

odwoławczego, w tym:

A. kwoty zł gr (słownie: ..

.....)

przez na rzecz

....., stanowiącej uzasadnione koszty uczestnika

postępowania odwoławczego z tytułu

B. kwoty zł gr (słownie: ..

.....)

przez na rzecz

....., stanowiącej uzasadnione koszty uczestnika

postępowania odwoławczego z tytułu

.....

3) dokonać wpłaty kwoty zł gr

(słownie:.....)

na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek

dochodów własnych UZP, w tym:

A. kwoty zł gr (słownie: ..

.....)

przez

B. kwoty zł gr (słownie: ..

.....)

przez

.....

4) dokonać zwrotu kwoty zł gr

(słownie:

z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych

na rzecz odwołujących się, w tym:

A. kwoty zł gr (słownie: ..

.....)

na rzecz

B. kwoty zł gr (słownie: ..

.....)

na rzecz

.....

3. Uzasadnienie:

.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r.

- Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 19, poz. 177, z późn.

zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego

doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa

Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w

Przewodniczący Zespołu

Arbitrów

.....

arbitrzy:

.....

.....

Wzór postanowienia o umorzeniu postępowania, w którym przedmiotem rozpoznania było jedno odwołanie

Sygn. akt

POSTANOWIENIE

Zespołu Arbitrów z dnia r.

o umorzeniu postępowania

Zespół Arbitrów w składzie:

Przewodniczący Zespołu Arbitrów

.....

arbitrzy:

.....

.....

protokolant

.....

wobec cofnięcia przed otwarciem rozprawy/po otwarciu rozprawy*

w dniu r. odwołania/odwołań*

wniesionego/wniesionych* przez od

oddalenia/odrzczenia* przez zamawiającego

..... protestu z dnia r.

przy udziale zgłaszającego przystąpienie do postępowania

odwoławczego

po stronie odwołującego się/zamawiającego*

postanawia:

1.
2. nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku
dochodów własnych UZP na rzecz
..... kwoty zł gr
(słownie:),
stanowiącej połowę uiszczonego/uiszczonych* wpisu/wpisów* i
zasądzić na rzecz koszty
postępowania w kwocie zł gr
(słownie:.....)1).
3. Kosztami postępowania obciąża
i nakazuje2):
 - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w
wysokości zł gr
(słownie:)
z kwoty wpisu uiszczonego przez
 - 2) dokonać wpłaty kwoty zł gr
(słownie:)
przez na rzecz,
stanowiącej

3) dokonać wpłaty kwoty zł gr

(słownie:)

przez na rzecz Urzędu Zamówień

Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP

4) dokonać zwrotu kwoty zł gr

(słownie:)

z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych

na rzecz

4. Uzasadnienie:

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r.

- Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 19, poz. 177, z późn.

zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia

jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa

Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w

Przewodniczący Zespołu

Arbitrów

.....

arbitrzy:

.....

.....

* Niepotrzebne skreślić.

- 1) Ma zastosowanie w przypadku cofnięcia odwołania przed otwarciem rozprawy.
- 2) Ma zastosowanie w przypadku cofnięcia odwołania po otwarciu rozprawy.

Wzór postanowienia o umorzeniu postępowania, w którym przedmiotem rozpoznania były odwołania skierowane do łącznego rozpoznania

Sygn. akt

POSTANOWIENIE

Zespołu Arbitrów z dnia r.

o umorzeniu postępowania

Zespół Arbitrów w składzie:

Przewodniczący Zespołu Arbitrów

.....

arbitrzy:

.....

.....

protokolant

.....

wobec cofnięcia przed otwarciem rozprawy/po otwarciu rozprawy*

w dniu r. odwołań skierowanych w drodze

zarządzenia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia

..... r. do łącznego rozpoznania,

a wniesionych przez

A.

B.

...

od oddalenia/odrzućenia* przez zamawiającego

protestów z dnia

A. r.

B. r.

...

przy udziale zgłaszającego przystąpienie do postępowania

odwoławczego po stronie odwołującego

się, tj. /zamawiającego*

postanawia:

1.

2.1) nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku

dochodów własnych UZP kwoty zł gr

(słownie:),

stanowiącej połowę uiszczonych wpisów, w tym:

A. na rzecz kwoty zł gr

(słownie:)

B. na rzecz kwoty zł gr

(słownie:)

oraz zasądzić uzasadnione koszty uczestnika postępowania

odwoławczego, w tym:

A. na rzecz kwotę zł gr

(słownie:),

stanowiącą uzasadnione koszty uczestnika postępowania
odwoławczego z tytułu

B. na rzecz kwotę zł gr

(słownie:),

stanowiącą uzasadnione koszty uczestnika postępowania
odwoławczego z tytułu

3. Kosztami postępowania obciąża i nakazuje2):

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w
wysokości zł gr

(słownie:)

z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się,
w tym:

A. koszty w wysokości zł gr

(słownie:)

z kwoty wpisu uiszczonego przez

B. koszty w wysokości zł gr

(słownie:)

z kwoty wpisu uiszczonego przez

2) dokonać wpłaty kwoty zł gr

(słownie:)

stanowiącej uzasadnione koszty uczestnika postępowania

odwoławczego, w tym:

A. kwoty zł gr (słownie:

.....)

przez na rzecz,

stanowiącej uzasadnione koszty uczestnika

postępowania odwoławczego z tytułu

B. kwoty zł gr (słownie:

.....)

przez na rzecz,

stanowiącej uzasadnione koszty uczestnika

postępowania odwoławczego z tytułu

3) dokonać wpłaty kwoty zł gr

(słownie:)

na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek

dochodów własnych UZP, w tym:

A. kwoty zł gr (słownie:

.....)

przez,

B. kwoty zł gr (słownie:

.....)

przez,

.....

4) dokonać zwrotu kwoty zł gr

(słownie:))

z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych

na rzecz odwołujących się, w tym:

A. kwoty zł gr (słownie:

.....)

na rzecz

B. kwoty zł gr (słownie:

.....)

na rzecz

.....

4. Uzasadnienie:

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r.

- Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 19, poz. 177, z późn.

zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia

jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa

Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w

Przewodniczący Zespołu

Arbitrów

.....

arbitrzy:

.....

.....

* Niepotrzebne skreślić.

1) Ma zastosowanie w przypadku cofnięcia odwołania przed
otwarceniem rozprawy.

2) Ma zastosowanie w przypadku cofnięcia odwołania po otwarciu
rozprawy.

WZÓR

Sygn. akt

POSTANOWIENIE

z dnia r.

o sprostowaniu wyroku/postanowienia*

Przewodniczący Zespołu Arbitrów postanowił:

.....
.....
.....

Uzasadnienie:

.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....

.....
Przewodniczący Zespołu

Arbitrów
.....

* Niepotrzebne skreślić.

Orzeczenia sądowe odnoszące się do wyroków i postanowień zespołów arbitrów

1) W uchwale Sądu Najwyższego z dn. 27 stycznia 2005 r., w sprawie III CZP 78/04 stwierdzono, że w wypadku stwierdzenia z urzędu okoliczności objętej art. 93 ust. 1 Pzp zespół arbitrów unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia. Sąd stwierdził, że artykuł 191 ust. 2 Pzp przewiduje unieważnienie od razu przez zespół arbitrów tych czynności, których prawidłowe wykonanie jest niemożliwe. Myśl ta pozostaje aktualna także w przypadkach stwierdzenia przez zespół arbitrów okoliczności uzasadniających unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia. Skoro już w chwili stwierdzenia tych okoliczności przez zespół arbitrów jest wiadome, że cel postępowania o udzielenie zamówienia nie może być osiągnięty, nie ma potrzeby wydłużać trwania sprawy przez nakazanie unieważnienia tego postępowania zamawiającemu, lecz należy od razu orzec jego unieważnienie.

2) W wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie w dn. 30 grudnia 2003 r., w sprawie V Ca 1840/03 uznano, iż uwzględniając odwołanie zespół arbitrów może nakazać dokonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego albo ją unieważnić. Przepisy Uzp nie przewidują natomiast uwzględnienia odwołania jedynie w części, a w pozostałej - jego oddalenie.

[Wydaje się, że wyrok ten zachował aktualność pod rządami Pzp.]

3.16. Koszty postępowania odwoławczego

Postępowanie odwoławcze wiąże się z kosztami. Do kosztów postępowania zalicza się:

- (1) koszty ponoszone przez UZP, związane z organizacją i prowadzeniem postępowań odwoławczych, obejmujące w szczególności wynagrodzenia za czynności arbitrów i ich uzasadnione wydatki poniesione w związku z rozpoznaniem odwołania, wynagrodzenia i zwrot kosztów poniesionych przez biegłych i tłumaczy, koszty przeprowadzenia innych dowodów w postępowaniu odwoławczym, a także wydatki i opłaty UZP związane z organizacją i obsługą postępowań odwoławczych, archiwizacją dokumentów oraz szkoleniami arbitrów przygotowującymi do należytego rozpatrzenia odwołań;
- (2) uzasadnione koszty uczestników postępowania odwoławczego, w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy, obejmujące w szczególności koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub posiedzenia zespołów arbitrów, a także wynagrodzenie pełnomocnika do kwoty 3.600 zł.

Do kosztów postępowania nie zalicza się kosztów wykonawcy zgłaszającego przystąpienie do tego postępowania.

Stałym elementem kosztów postępowania jest wynagrodzenie arbitrów. Art. 175 stanowi, że arbitrowi przysługuje wynagrodzenie za wykonywane czynności. Norma ta wiąże się z regulacją, zgodnie z którą pracodawca jest obowiązany zwolnić arbitra na czas niezbędny do wywiązania się ze sprawowanej funkcji bez zachowania prawa do wynagrodzenia za ten czas.

Wysokość wynagrodzenia za czynności arbitrów reguluje Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie wysokości wynagrodzenia za czynności arbitrów⁵³. Przewiduje ono, że wynagrodzenie za czynności arbitra przy rozpoznaniu jednego odwołania wynosi 45 % kwoty bazowej, ustalonej w ustawie budżetowej na dany rok na podstawie art. 9 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 23 grudnia 1999 r. o kształtowa-

⁵³ Dz.U. z 2006r. Nr 87, poz. 607

niu wynagrodzeń w państwowej sferze budżetowej oraz o zmianie niektórych ustaw dla pracowników państwowej sfery budżetowej. Jeżeli odwołanie zostanie cofnięte przed otwarciem rozprawy, wynagrodzenie arbitra wynosi 15 % kwoty bazowej. Wysokość wynagrodzenia za czynności arbitra w sprawach odwołań skierowanych do łącznego rozpoznania ustala się przez dodanie do kwoty wynagrodzenia, ustalonego w opisanym powyżej sposób, 20 % kwoty tego wynagrodzenia za każde kolejne łącznie rozpoznawane odwołanie. W przypadku wycofania przed otwarciem rozprawy co najmniej jednego z odwołań skierowanych do łącznego rozpoznania wysokość wynagrodzenia za czynności arbitra w odniesieniu do wycofanego odwołania ustala się przez dodanie do kwoty wynagrodzenia wynoszącego 15 % kwoty bazowej, 20 % kwoty tego wynagrodzenia za każde wycofane odwołanie. Wysokość wynagrodzenia za czynności arbitra w sprawach odwołań skierowanych do łącznego rozpoznania nie może przekraczać 200 % wysokości wynagrodzenia ustalonego w sposób opisany powyżej. Przewodniczącemu zespołu arbitrów przy rozpoznaniu jednego odwołania przysługuje wynagrodzenie ustalone odpowiednio według powyższych zasad, powiększone o połowę. Arbitrowi oraz przewodniczącemu zespołu arbitrów przysługuje nadto zwrot uzasadnionych kosztów związanych z wykonywaniem przez nich czynności w postępowaniu odwoławczym, na podstawie dołączonych do akt sprawy rachunków, do kwoty nieprzekraczającej 500 zł za dojazd i 200 zł za jeden nocleg.

W związku z faktem, że postępowanie odwoławcze kreuje pewne koszty, warunkiem jego wszczęcia jest uiszczenie wpisu przez odwołującego się. Jeżeli wpis nie został uiszczony, Prezes UZP zwraca odwołanie, rozstrzygając w tym zakresie w drodze postanowienia. W rozwiązaniu tym chodzi o to, by nie angażować niepotrzebnie arbitrów.

Wymóg wniesienia wpisu związany jest nie tylko z koniecznością pokrycia kosztów postępowania (wynagrodzenie arbitrów i inne koszty), lecz także wpływa na decyzje odwołujących się co do korzystania z tego środka ochrony prawnej – można bowiem przyjąć, że w części przypadków zniechęca do wnoszenia oczywiście bezzasadnych odwołań. Podstawowa jego funkcja wyraża się jednak w pokryciu kosztów odwołania, w związku z czym art. 185 ust. 2 przewidują, iż wysokość wpisu nie może przekraczać kosztów postępowania. Związana jest z tym również regulacja zawarta w art. 189 ust. 2 przewidująca, że jeżeli odwołujący się cofnie odwołanie przed otwarciem rozprawy, zwraca się jemu połowę wpisu. Wy-

nika to stąd, że wówczas nakład pracy zespołu arbitrów związany rozpoznaniem odwołania jest znacznie mniejszy, gdyż w zasadzie nie obejmuje merytorycznego badania sprawy. Z art. 189 ust. 2 wynika także, że połowę wpisu zwraca się również w razie cofnięcia odwołania na posiedzeniu, wyznaczanym przed rozprawą.

Wysokość wpisu oraz szczegółowe kwestie związane z jego pobieraniem reguluje Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie wysokości oraz szczegółowych zasad pobierania wpisu od odwołania oraz szczegółowych zasad rozliczania kosztów w postępowaniu odwoławczym⁵⁴. Wysokość wpisu od odwołania zależy od wartości zamówienia. Jeżeli wartość ta jest mniejsza od kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp – to w przypadku postępowań na dostawy lub usługi wpis wynosi 10.000 zł. Jeżeli wartość ta jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, to w przypadku postępowań na dostawy lub usługi wpis wynosi 20.000 zł. Wysokość wpisu od odwołania wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane, którego wartość jest mniejsza od kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, wynosi 20.000 zł. Jeśli wartość ta jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy, wpis wynosi 40.000 zł. Kwoty te są znacznie wyższe niż kwoty obowiązujące przed Nowelizacją. Zapewne ograniczy to liczbę wnoszonych odwołań i – jak można mieć nadzieję – zmniejszy to skłonność niektórych wykonawców do swego rodzaju pieniactwa, czy wręcz obstrukcji postępowań o udzielenie zamówienia przy zastosowaniu środków ochrony prawnej. Należy jednak podkreślić, że w wielu wypadkach, odwołujący się będzie ponosił finalnie znacznie mniejsze koszty postępowania odwoławczego. Otóż w przypadku gdy koszty, postępowania odwoławczego będą niższe od kwoty wpisu, zespół arbitrów orzeka o zwrocie przez Urząd różnicy na rzecz wnoszącego wpis. Istnieje jednak również możliwość zasądzenia kosztów przewyższających wniesiony wpis.

Wpis wpłaca się na rachunek bankowy UZP. Wpis uznaje się za uiszczony, jeżeli nastąpi wpłata lub zostanie obciążony rachunek bankowy odwołującego się na rzecz UZP. Informację o rachunku bankowym ogłasza Prezes UZP w BZP oraz na stronie internetowej UZP.

⁵⁴ Dz.U. z 2006r. Nr 87, poz.608

Pzp nie przewiduje możliwości zwolnienia z obowiązku wniesienia wpisu. Jest to zrozumiałe, jeśli zważyć, że zgodnie z art. 113 Kpc zwolnienia od kosztów sądowych domagać się może osoba fizyczna, która złoży oświadczenie, że nie jest w stanie ich ponieść bez uszczerbku utrzymania koniecznego dla siebie i rodziny, a osobie prawnej, jak również organizacji nie mającej osobowości prawnej może być przyznane zwolnienie od kosztów sądowych, jeżeli wykaże, że nie ma dostatecznych środków na te koszty. Ponieważ w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego chodzi o wyłonienie wykonawcy wiarygodnego finansowo, jest jasne, że wykonawca, którego nie stać na wniesienie wpisu nie spełnia wymogu posiadania zdolności ekonomicznej do wykonania zamówienia. Nieprzypadkowo zwolnienie od kosztów sądowych nazywane jest „prawem ubogich”. W tym kontekście nie powinna budzić wątpliwości niedopuszczalność nawet analogicznego stosowania art. 113 Kpc w postępowaniu odwoławczym.

Zasadą jest bowiem, że strony ponoszą koszty postępowania stosownie do jego wyniku (art. 191 ust. 5 Pzp). Odwołujący się ponosi zatem całe koszty postępowania w razie:

- oddalenia odwołania
- odrzucenia odwołania
- umorzenia postępowania odwoławczego.

Natomiast zamawiający ponosi koszty postępowania w razie uwzględnienia odwołania. Przepisy o postępowaniu odwoławczym nie odsyłają do art. 102 Kpc, zgodnie z którym w wypadkach szczególnie uzasadnionych sąd może zasądzić od strony przegrywającej tylko część kosztów albo nie obciążać jej w ogóle kosztami. W związku z tym może wywoływać kontrowersje kwestia, czy arbitrzy mogą orzekać o kosztach zastępstwa na zasadzie słuszności, a w szczególności, czy znajduje zastosowanie zasada wyrażona w art. 102 Kpc, w myśl której w wypadkach szczególnie uzasadnionych sąd może zasądzić od strony przegrywającej tylko część kosztów albo nie obciążać jej w ogóle kosztami. Chodzi zatem o sytuacje, w których strona formalnie przegrywa spór, jednakże obciążenie jej kosztami jego prowadzenia w całości lub w części byłoby z jakichś względów niezgodne z poczuciem sprawiedliwości. Zdaje się przeważać stanowisko, zgodnie z którym na gruncie postępowania odwoław-

czego nie ma takiej możliwości. Natomiast częstą praktyką zespołów arbitrów jest miarkowanie wysokości kosztów zastępstwa procesowego zasądzonych na rzecz strony wygrywającej w oparciu o ocenę nakładu pracy pełnomocnika tej strony.

O kosztach rozstrzyga zespół arbitrów w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze (art. 191 ust. 5 Pzp oraz § 29 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań).

Orzeczenia sądowe odnoszące się do kosztów postępowania odwoławczego

W wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 10 lipca 2002 r., w sprawie V Ca 960/02 stwierdzono, iż jakkolwiek zgodnie z art. 91 Uzp (ówczesne uregulowania nie odbiegają w tym zakresie od Pzp) uczestnicy postępowania o zamówienie publiczne ponoszą koszty stosownie do jego wyników, to jednak zasada ta - biorąc pod uwagę systematykę ustawy - ma zastosowanie przede wszystkim do kosztów postępowania przed zespołem arbitrów. W postępowaniu sądowym znaleźć mogą natomiast zastosowanie przepisy kodeksu postępowania sądowego w części dotyczącej zasad zwrotu kosztów procesu - poprzez art. 92c ustawy i art. 391 Kpc. Oznacza to dopuszczalność zastosowania zasady wynikającej z art. 102 Kpc, zgodnie z którym w wypadkach szczególnie uzasadnionych sąd może nie obciążać strony przegrywającej obowiązkiem zwrotu kosztów procesu na rzecz przeciwnika procesowego.

Rozdział IV

4. Skarga do sądu

4.1. Zagadnienia wstępne

Orzeczenia zespołu arbitrów podlegają kontroli sądów powszechnych. Zgodnie z art. 194 Pzp na wyrok zespołu arbitrów oraz postanowienia zespołu arbitrów kończące postępowanie odwoławcze przysługuje skarga do sądu. Jak wspomniano wcześniej w formie wyroku zespół arbitrów orzeka o oddaleniu odwołania albo jego uwzględnieniu. W kwestiach formalnych, zwłaszcza o odrzuceniu odwołania zespół arbitrów orzeka w formie postanowienia (art. 191 Pzp).

Postępowanie ze skargi jest szczególnym postępowaniem sądowym. Jak trafnie stwierdza się w literaturze nie jest ono w ścisłym tego słowa znaczeniu postępowaniem przed sądem drugiej instancji, a właściwy do rozpoznania skargi sąd okręgowy nie jest sądem drugiej instancji.⁵⁵ W postępowaniu tym stosuje się przepisy rozdziału 4 działu VI Pzp. Subsydiarnie w postępowaniu skargowym stosuje się przepisy kodeksu postępowania cywilnego (ustawy z 23.04.1964r., Dz.U. Nr 43, poz. 296 z późn. zmianami) o apelacji. Prawodawca nakazuje stosować przepisy art. 367 – 391 kpc odpowiednio i to o tyle, o ile Pzp nie zawiera odmiennej regulacji.

Obowiązek prowadzenia kontroli orzeczeń szczególnych organów jurysdykcyjnych (zespołów arbitrów) przez sądy wypływa tak z postanowień konstytucji (art. 45), jak i z przepisów prawa wspólnotowego. W dyrektywie Rady Wspólnot Europejskich koordynujących przepisy i regulacje administracyjne dotyczące stosowania procedur odwoławczych w udzielaniu zamówień publicznych na dostawy, usługi i roboty budowlane nakazano wprowadzenie do prawodawstw krajowych skargi (odwołania) do sądu w tych wszystkich przypadkach, gdy organem rozstrzygającym o

⁵⁵ W. Łysakowski, Komentarz..., op. cit., s. 412

zarzutach wykonawców są organy pozasądowe. Takim organem jest – jak wiadomo – zespół arbitrów.

Orzeczenia sądowe dotyczące istoty postępowania skargowego

- (1) W postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 3 kwietnia 2003r., V Ca 1514/03 zauważono, iż z przepisów o apelacji zawartych w rozdziale I działu V kpc do postępowania skargowego znajdują zastosowanie przede wszystkim uregulowania proceduralne, bowiem o dopuszczalności skargi i jej podstawach decydują już przepisy o zamówieniach publicznych. Zdaniem Sądu, skoro ustawodawca nie odwołał się do innych przepisów kodeksu postępowania cywilnego, w tym dotyczących wznowienia postępowania, uznać należy, iż skarga o wznowienie w postępowaniu tym nie jest dopuszczalna. Takie rozwiązanie bierze też pod uwagę specyfikę postępowania.
- (2) Sąd Okręgowy w Krakowie w postanowieniu z 7.04.2005 r., II Ca 474/05 stwierdził, że skarga składana w trybie przepisu art. 194 ust 1 ustawy inicjuje proces, jednakże trudno porównać ją do pozwu jako pisma inicjującego proces sądowy. Przepis art. 196 ust 1 pzp nadaje skardze kształt apelacji, którą sąd rozpoznaje w trybie przepisów kpc. Jeśli jednak do postępowania zainicjowanego skargą odnosić odpowiednio przepisy o postępowaniu apelacyjnym skarżący i oponent (druga strona postępowania odwoławczego) występują w określonych procedurą rolach procesowych powoda i pozwanego. Stosowanie - po myśli przepisu art. 194 - Pzp przepisów o procesie w oczywisty sposób dopuszcza udział w procesie osoby, która wykaże, że ma interes prawny w rozstrzygnięciu o określonej treści, która to osoba może przystąpić do sprawy w charakterze interwenienta ubocznego po stronie, której interes jest zgodny z jej interesem. Interwencja uboczna jest zatem zawsze przystąpieniem do strony, która już uczestniczy w procesie a nie jest instytucją, która może wykreować proces i obsadzić strony w określonych zgodnych ze swą intencją rolach procesowych. Odwrócenie tej kolejności powoduje, że nie poddaje się weryfikacji najistotniejsza przesłanka dopuszczalności interwencji, a to interes prawny w rozstrzygnięciu sprawy.

4.2. Legitymacja do wniesienia skargi

Przepisy art. 194 – 198 Pzp nie wskazują kto jest uprawniony do wniesienia skargi. Problem legitymacji rozstrzyga art. 179 ust. 1 Pzp. Skargę może zatem wnieść wykonawca, uczestnik konkursu, a także inna osoba. Pogląd co do możliwości wystąpienia ze skargą przez uczestnika konkursu wypracowała pod rządami starej ustawy judykatura (por. uchwała SN z 31.03.2004r. III CZP 7/04).

Podmiotom tym służy skarga o tyle, o ile ich interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Ocena zasadności skargi będącej następstwem procesu odwoławczego polegającego na złożeniu protestu i odwołania musi być poprzedzona zbadaniem, czy istotnie wykonawca ma interes prawny w złożeniu tej skargi. W orzecznictwie wypowiedziano pogląd, że interes prawny wykonawcy, którego dalszy udział w przetargu jest niemożliwy nie może być oceniany przez pryzmat jego ewentualnego przyszłego i niepewnego udziału w przyszłym przetargu, który być może byłby przeprowadzony, co do którego skarżący nie może mieć jednak pewności, jaki byłby jego wynik. Interes prawny skarżącego musi doznać uszczerbku w konkretnym przetargu, w którym on uczestniczy i musi polegać na tym, że traci on możliwość jego wygrania (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 10.04.2003r. V Ca 165/03). Teza ta wydaje się nam nazbyt kategoriyczna.

Warto podkreślić, że w art. 179 ust. 1 Pzp nie mówi się o naruszeniu przepisów prawa materialnego lub formalnego przez zespół arbitrów, a o naruszeniu przez zamawiającego przepisów ustawy. Oznaczać to mogłoby, że skargę skutecznie składa się tylko w tych przypadkach, w których naruszeniu przepisów ustawy przez zamawiającego towarzyszy naruszenie tych przepisów przez zespół arbitrów. W braku natomiast naruszenia przepisów przez zamawiającego, nawet wówczas, gdy przepisy naruszył zespół arbitrów -skarga służy, ale powinna być oddalona. Do wskazanych wyżej wniosków prowadzą dyrektywy wykładni językowej. Sądźmy jednak, że wskazana wyżej interpretacja art. 179 ust. 1 w związku z art. 194 ust. 1 Pzp jest nie do przyjęcia. Winna ona także uwzględnić dyrektywy wykładni systemowej i celowościowej. Może przecież zdarzyć się, że zamawiający nie naruszy przepisów ustawy, a zespół arbitrów wyda orzeczenie nietrafne (naruszające przepisy prawa materialnego lub przepisy o postępowaniu odwoławczym). W takich przypadkach skarga do sądu

na orzeczenia zespołów arbitrów przysługuje. Powyższy wniosek ma oparcie przede wszystkim w art. 179 ust 1 (a) PZP. Przeciwna teza musiałaby prowadzić do przyjęcia nielogicznego wniosku, że przyznana zamawiającym skarga nie ma i nie może mieć jakiegokolwiek doniosłości.

Skargę może wnieść wykonawca, który złożył odwołanie w postępowaniu odwoławczym. Podmiot, który nie uczestniczył w postępowaniu odwoławczym może wnieść skargę jako interwenient uboczny o tyle, o ile zamawiający występuje ze skargą.

Legitymowanym czynnie do wniesienia skargi jest także z mocy przepisu szczególnego Prezes Urzędu Zamówień Publicznych. Do jego czynności stosuje odpowiednio przepisy kpc o prokuratorze, a więc art.55 i nast. kpc. Prezes ma samoistną legitymację czynną. Może on jednak składając własną skargę przystąpić do skargi złożonej przez jednego z uczestników postępowania. Jediną przesłanką skutecznego przystąpienia do skargi jest dochowanie terminu wskazanego w art. 195 ust. 4 Pzp. Skarga Prezesa UZP nie ma jednak cech interwencji ubocznej. Prezes UZP może wnieść skargę tak na wyrok oraz na postanowienie zespołu arbitrów korzystne dla zamawiającego, jak i korzystne dla wykonawcy.

Treść art. 195 ust. PZP przesądza o tym, że Prezes UZP nie może wstąpić do postępowania po upływie terminu wskazanego w zdaniu pierwszym tego przepisu. Do udziału Prezesa UZP w postępowaniu skargowym nie stosuje się zatem art. 60 §1 zd. 1 kpc. Prezes UZP może wnieść skargę na rzecz zamawiającego jak i wykonawcy (odpowiednie stosowanie art. 55 kpc). Nie działając na rzecz oznaczonej osoby (zamawiającego albo wykonawcy) Prezes UZP może wystąpić o unieważnienie postępowania zamówieniowego (odpowiednie zastosowanie art. 57 kpc).

Legitymację czynną mają organizacje wskazane w art. 179 ust. 2-5 Pzp. Skarga taka może wiązać się wyłącznie z czynnościami zamawiającego działanymi przed upływem terminu do składania ofert, gdy zamawiający naruszył przepisy ustawy (ogłoszenie, specyfikacja istotnych warunków zamówienia).

Legitymowanym czynnie do wniesienia skargi na wyrok zespołu arbitrów oraz postanowienia kończące postępowanie odwoławcze jest w końcu zamawiający. Ta ustalona w judykaturze (por. uchwała SN z

14.01.2005r. III CZP 71/04 i uchwała SN z 10.03.2005r. III CZP 94/04) reguła znalazła normatywne potwierdzenie w Nowelizacji.

Samoistnej legitymacji czynnej do wniesienia skargi nie ma w naszym przekonaniu interwenient uboczny. Zagadnienie to jest przedmiotem w pewnej mierze nie tyle rozbieżnych, co nie zawsze w pełni jasnych rozstrzygnięć judykatury. Na wstępie warto jednak podkreślić, że instytucja interwencji ubocznej (art. 76 – art. 83 kpc) znajduje zastosowanie w postępowaniu skargowym (art. 194 ust 2 Pzp i art. 76 kpc). Odmienne rzecz miała się w postępowaniu odwoławczym przed zespołem arbitrów, w którym instytucji interwencji ubocznej nie można było zastosować (tak wyrok SO z 30.10.2003r., V Ca 983/03 oraz uchwała SN z 16.07.2003r. III CZP 47/03). Nowelizacja przewidziała możliwość stosowania w postępowaniu odwoławczym konstrukcji zbliżonej do interwencji ubocznej (art. 184 ust. 4 i 5 Pzp)

W postępowaniu skargowym interwencję uboczną zgłasza najczęściej wykonawca, który wykaże, że ma interes prawny w tym, aby sprawa została rozstrzygnięta na korzyść zamawiającego. W praktyce rzadziej mamy do czynienia z interwencją jednego wykonawcy po stronie innego wykonawcy. Taka interwencja uboczna może bowiem występować tylko w przypadku skargi dotyczącej treści ogłoszenia lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Nie jest natomiast możliwe zgłoszenie interwencji ubocznej przez zamawiającego. Występuje on bowiem zawsze w postępowaniu skargowym jako strona (skarżący albo przeciwnik skargi). Wyrażamy również przekonanie, że nie jest możliwe zgłoszenie interwencji ubocznej po stronie Prezesa UZP, gdy on to właśnie występuje ze skargą. Interwencja uboczna wymaga dla swej skuteczności formy pisemnej. W piśmie należy doprecyzować interes prawny we wstąpieniu interwenienta. Pismo wymaga doręczenia skarżącemu i przeciwnikowi skargi. Interwencji ubocznej nie można zatem zgłosić wyłącznie do protokołu rozprawy. Strona przeciwna do tej, do której przystąpił interwenient uboczny może zgłosić opozycję przeciwko wstąpieniu interwenienta. Opozycję tę można złożyć nie później niż przy rozpoczęciu najbliższej rozprawy. Interwenient może ze wstąpieniem do sprawy połączyć dokonanie innej czynności procesowej (art. 79 § 2 kpc). W postępowaniu skargowym przez tę inną czynność nie można rozumieć skargi w tych wszystkich przypadkach, gdy skargi nie złożyła strona, do której interwenient przystąpił. Interwencja uboczna jest zawsze przystąpieniem do strony, która już uczestniczy w procesie, a nie jest instytucją, która

może wykreować proces i obsadzić strony w określonych zgodnych z intencją interwenienta rolach procesowych. Odwrócenie tej kolejności powoduje, że nie poddaje się weryfikacji najistotniejsza przesłanka dopuszczalności interwencji, a to interes prawny w rozstrzygnięciu sprawy (tak trafnie SO w Krakowie w wyroku z 7.04.2005r. II Ca 474/05). Odmienne SO w Warszawie w wyroku z 10.05.2005r. V Ca 820/05, który stwierdził, że wykonawca, który nie był uczestnikiem postępowania odwoławczego (a więc nie posiadający samodzielnej legitymacji do wniesienia skargi), mający interes prawny w zaskarżeniu wyroku zespołu arbitrów na korzyść zamawiającego lub odwołującego się może po wydaniu wyroku zgłosić interwencję uboczną połączoną z wniesieniem skargi. Termin do zgłoszenia interwencji ubocznej łącznie ze skargą biegnie dla interwenienta od daty doręczenia wyroku z uzasadnieniem stronie, do której zamierza przystąpić (art. 79 kpc). Interwenient związany jest przeto terminem, który biegnie dla strony. Jego uprawnienie do przystąpienia do sprawy ograniczone jest tym terminem. Podobną tezę wypowiedział Sąd Najwyższy w powołanej wcześniej uchwale z 16.07.2003r.

Jak stwierdziliśmy za trafną uznajemy tezę Sądu Okręgowego w Krakowie. Stanowisko Sądu Okręgowego w Warszawie jest co najmniej wysoce wątpliwe w świetle art. 194 ust. 2 Pzp oraz art. 79 kpc. Jak wiadomo przepisy o apelacji stosuje się do postępowania skargowego odpowiednio, a nie wprost. W tym kontekście interwenient uboczny nie może samodzielnie inicjować postępowania sądowego. Interwencja uboczna polega na przystąpieniu do strony, a nie jej zastępowaniu ab initio. Czynności interwenienta nie mogą ponadto pozostawać w sprzeczności z czynnościami i oświadczeniami strony, do której interwenient przystąpił (art. 79 zd. 2 kpc). Jeśli rozstrzygnięcie zespołu arbitrów jest akceptowane przez zamawiającego i nie wnosi on skargi trudno przyjąć, że uprawnienie do jej wniesienia służy interwenientowi. Czynność ta pozostawałaby przecież w oczywistej sprzeczności z poczynaniami zamawiającego. Zamawiający nie powinien wbrew własnej woli stawać się stroną postępowania skargowego. Brak odwołania od wyroku zespołu arbitrów należy traktować jako uznanie zasadności odwołania tego wykonawcy, który wystąpił z tym środkiem ochrony prawnej.

Legitymowanym biernie w postępowaniu sądowym ze skargi jest zamawiający w przypadku gdy ze skargą wystąpił wykonawca (uczestnik konkursu). Gdy skargę zgłasza zamawiający biernie legitymowanym (przeciwnikiem skargi) jest wykonawca uczestniczący w postępowaniu odwo-

ławczym. Gdy ze skargą występuje Prezes UZP biernie legitymowanym jest bądź zamawiający bądź wykonawca.

Orzeczenia sądowe dotyczące legitymacji do wniesienia skargi

- (1) (Wspólnotowy) Sąd Pierwszej Instancji w wyroku z 6.07.2000r., T-139/99 uznał, że skarga wniesiona przez osobę fizyczną lub prawną jest dopuszczalna jedynie wtedy, gdy może ona wykazać interes prawny we wszczęciu postępowania. W kontekście postępowania o przyznanie zamówienia publicznego, instytucja zamawiająca nie może twierdzić, iż uczestnik przetargu, którego oferta nie została przyjęta, nie ma interesu prawnego we wszczęciu postępowania z tego powodu, iż przedstawił ofertę, która w żadnym przypadku nie zostałaby przyjęta. Jako że stwierdzenie nieważności kwestionowanej decyzji pociągałoby za sobą ponowne przeprowadzenie procedury przetargowej na innych warunkach, skarżący ma w rzeczywistości interes prawny we wszczęciu postępowania, aby móc przedłożyć nową ofertę, nie napotykając konkurencji ze strony uczestnika przetargu, który wygrał pierwszy przetarg.

Odmienną linię orzeczniczą przyjęto w Polsce – tak na gruncie Uzp jak i Pzp.

- (2) W zarządzeniu (wspólnotowego) Sądu Pierwszej Instancji z 10.02.2000r., T-5/99 uznano, że dopuszczalność skargi o stwierdzenie nieważności, wniesionej przez osobę fizyczną lub prawną, jest uzależniona od udowodnienia przez tę osobę, iż ma interes prawny we wszczęciu postępowania. W konsekwencji powyższego skarga o stwierdzenie nieważności wniesiona przez oferenta przeciwko dorozumianym decyzjom odmawiającym poinformowania go na piśmie o publikacji w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich przyznania zamówienia publicznego na usługi, jest niedopuszczalna, w przypadku gdy skarżący otrzymał już, przed wniesieniem skargi, wszystkie informacje, które mogłyby zostać opublikowane w Dzienniku Urzędowym, i w związku z tym osiągnął już cel, do którego zmierzał, a mianowicie, otrzymanie niezbędnych informacji umożliwiających mu wniesienie skargi przeciwko decyzji o przyznaniu danego zamówienia publicznego i o związanym z tym odrzuceniem jego oferty.

- (3) Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z 10.04.2003r., V Ca 165/03 uznał, że ocena zasadności skargi będącej następstwem procesu odwoławczego polegającego na złożeniu protestu i odwołania musi być poprzedzona zbadaniem, czy istotnie oferent ma interes prawny w złożeniu tej skargi. Jako że w tej sprawie oferta skarżącego została odrzucona, a protest dotyczący tej czynności oddalony, od czego oferent nie składał już odwołania, to nie miał on już żadnej szansy uczestniczenia w przetargu w dalszym ciągu. Interes prawny oferenta, którego dalszy udział w przetargu jest niemożliwy, nie może być oceniany przez pryzmat jego ewentualnego przyszłego i niepewnego udziału w przyszłym przetargu, który być może byłby przeprowadzony, co do którego skarżący nie może mieć jednak pewności, jaki byłby jego wynik. Interes prawny skarżącego musi doznać uszczerbku w konkretnym przetargu, w którym on uczestniczy i musi polegać na tym, że traci on możliwość jego wygrania. Składając protest, a następnie odwołanie i skargę dotyczącą odrzucenia ofert pozostałych w przetargu oferentów, skarżący nie mógł i nie może mieć pewności, co do tego, że istotnie wszystkie one posiadają wady, które je dyskwalifikują. Nie może zatem w sposób pewny uważać, że wszystkie byłyby odrzucone, a przetarg z tego powodu unieważniony. Mogłoby bowiem być tak, że część ofert w dalszym ciągu (w tym ta, którą wybrano), może być przedmiotem oceny, zatem skarżący nie osiągnąłby spodziewanego przez siebie celu, niezależnie od tego, że cel ten, co wskazano wyżej, nie może być uznany za pewny.
- (4) Sąd Najwyższy w uchwale z 16.07.2003r. w sprawie o sygnaturze III CZP 47/03 stwierdził, że wykonawca, którego oferta została przyjęta przez zamawiającego w postępowaniu o zamówienie publiczne, nie biorący udziału w postępowaniu przed zespołem arbitrów wywołanym odwołaniem innego oferenta, jest legitymowany do wniesienia do Sądu Okręgowego w Warszawie skargi na wyrok zespołu arbitrów, po zgłoszeniu interwencji ubocznej po stronie zamawiającego i wykazaniu interesu prawnego w rozstrzygnięciu skargi na jego korzyść.
- (5) Sąd Okręgowy w Krakowie w postanowieniu z 7.04.2005 r., II Ca 474/05 stwierdził, że skarga składana w trybie przepisu art. 194 ust 1 Pzp inicjuje proces, jednakże trudno porównać ją do pozwu jako pisma inicjującego proces sądowy. Przepis art. 196 ust

1 Pzp nadaje skardze kształt apelacji, którą sąd rozpoznaje w trybie przepisów kpc. Jeśli jednak do postępowania zainicjowanego skargą odnosić odpowiednio przepisy o postępowaniu apelacyjnym skarżący i oponent (druga strona postępowania odwoławczego) występują w określonych procedurą rolach procesowych powoda i pozwanego. Stosowanie po myśli przepisu art. 194 Pzp przepisów o procesie w oczywisty sposób dopuszcza udział w procesie osoby, która wykaże, że ma interes prawny w rozstrzygnięciu o określonej treści, która to osoba może przystąpić do sprawy w charakterze interwenienta ubocznego po stronie, której interes, jest zgodny z jej interesem. Interwencja uboczna jest zatem zawsze przystąpieniem do strony, która już uczestniczy w procesie a nie jest instytucją, która może wykreować proces i obsadzić strony o określonych zgodnych ze swą intencją rolach procesowych. Odwrócenie tej kolejności powoduje, że nie poddaje się weryfikacji najistotniejsza przesłanka dopuszczalności interwencji, a to interes prawny w rozstrzygnięciu sprawy.

- (6) W wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 30.10.2003r. wydanym w sprawie V Ca 983/03 przesądzono, że wykonawca nie będący uczestnikiem postępowania odwoławczego (a więc nie mający samodzielnej legitymacji do wniesienia skargi), który ma interes prawny w zaskarżeniu wyroku zespołu arbitrów na korzyść zamawiającego lub odwołującego się, może po wydaniu wyroku zgłosić interwencję uboczną połączoną z wniesieniem skargi. W wyroku tym wskazano jednocześnie, że uczestnikami postępowania odwoławczego (wywołanego wniesieniem odwołania do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych) są tylko odwołujący się i zamawiający. Postępowanie to ma charakter dwustronny, w odróżnieniu od postępowania protestacyjnego (wywołanego wniesieniem protestu), do którego mogą przystąpić także pozostali dostawcy i wykonawcy uczestniczący w postępowaniu o zamówienie publiczne. Uczestnicy postępowania protestacyjnego - jeżeli zostanie wniesione odwołanie - nie stają się wszyscy z mocy prawa uczestnikami postępowania odwoławczego. Stwierdzono także, iż w postępowaniu odwoławczym nie jest możliwe wstąpienie do sprawy w charakterze interwenienta ubocznego. Wykonawca, nie będący uczestnikiem postępowania odwoławczego, nie jest samodzielnie legitymowany do wniesienia skargi. Dalej Sąd uznał, że skarga jest środkiem odwoławczym wszczynającym postępo-

wanie sądowe, do którego stosuje się odpowiednio przepisy Kodeksu postępowania cywilnego o apelacji nie tylko w sensie ścisłym (art. 367-391 kpc), lecz również - przez dalsze odesłanie (art. 391 § 1 kpc) - przepisy o postępowaniu przed sądem pierwszej instancji, a w szczególności przepisy procesowe (art. 13 § 2 kpc). Możliwe jest więc posłużenie się w tym postępowaniu instytucją interwencji ubocznej (art. 76-83 kpc). Zgłoszenie interwencji można połączyć z wniesieniem skargi na wyrok zespołu arbitrów (art. 77 § 2 kpc).

Orzeczenie to w części, w której dotyczy możliwości zgłoszenia interwencji ubocznej w postępowaniu odwoławczym stało się nieaktualne.

- (7) W orzeczeniu Sądu Okręgowego w Nowym Sączu z 19.05.2005 r., III Ca 214/05, stwierdzono, iż stosownie do treści art. 76 kpc kto ma interes prawny w tym aby sprawa została rozstrzygnięta na „korzyść” jednej ze stron, może w każdym stanie sprawy przystąpić do tej strony w charakterze interwenienta ubocznego. Zgodnie z treścią art. 79 kpc czynności procesowe interwenienta ubocznego nie mogą pozostawać w sprzeczności z czynnościami i oświadczeniami strony do której przystąpił. Wykazywanie zatem przez zgłaszającego interwencję interesu prawnego we wstąpieniu do sprawy po stronie zamawiającego przez możliwość uzasadnienia wyroku wbrew wnioskowi zawartym w skardze Zamawiającego, nie mogło odnieść zamierzonego skutku.
- (8) Zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z 14.01.2005r. wydaną w sprawie III CZP 71/04, jak również z uchwałą tego Sądu z dnia 10 marca 2005r. wydaną w sprawie o sygnaturze III CZP 94/04 zamawiający jest legitymowany do wniesienia skargi na wyrok zespołu arbitrów.

4.3. Właściwość sądu; termin do wniesienia skargi i inne wymogi formalne

Przepisy Pzp wyznaczają jako sąd właściwy sąd okręgowy (właściwość rzeczowa) właściwy dla siedziby albo miejsca zamieszkania zamawiającego (właściwość miejscowa). W myśl art. 41 kc jeżeli ustawa lub oparty na niej statut nie stanowi inaczej, siedzibą osoby prawnej jest miej-

scowość, w której ma siedzibę jej organ zarządzający. Zgodnie natomiast z art. 25 kc miejscem zamieszkania osoby fizycznej jest miejscowość, w której osoba ta przebywa z zamiarem stałego pobytu. Siedziba lub miejsce zamieszkania wykonawcy są prawnie indyferentne. Właściwość sądu okręgowego jest tzw. właściwością wyłączną, co oznacza, że skargę można złożyć tylko do ściśle określonego sądu, wskazanego na podstawie kryteriów zawartych w art. 195 ust. 1 Pzp. W sprawach ze skargi na orzeczenie zespołu arbitrów nie stosuje się przepisów o właściwości ogólnej i przemiennej. Nie jest także możliwe zawarcie umowy o właściwość sądu. Zamawiający nie może w końcu jednostronnie wyznaczyć w specyfikacji istotnych warunków zamówienia sądu właściwego dla rozpoznania skargi. Warto natomiast zaznaczyć, że umowa o zamówienie publiczne może zawierać zapis na sąd polubowny albo klauzulę o wyborze sądu właściwego dla rozstrzygania sporów wynikłych z umowy o zamówienie publiczne.

Praktyczna doniosłość omawianego zagadnienia występuje w przypadku Skarbu Państwa, jednostek organizacyjnych niebędących osobami prawnymi oraz „wielooddziałowych” osób prawnych. Skargę przeciwko zamawiającemu, gdy jest on jednostką Skarbu Państwa wytacza się według siedziby państwowej jednostki organizacyjnej, z której działalnością wiąże się skarga (por. art. 29 kpc).

Skargę przeciwko jednostce organizacyjnej niebędącej osobą prawną wytacza się według siedziby tego podmiotu (por. art. 331 § 1 kc, art. 30 kpc). Gdy postępowanie zamówieniowe wiąże się z działalnością oddziału osoby prawnej skargę przeciwko zamawiającemu należy skierować do sądu właściwego dla siedziby zakładu głównego (zamawiającego), nie zaś do sądu, w którym znajduje się oddział (por. art. 33 kpc). Zamawiającym jest bowiem w tej sytuacji osoba prawna, a nie jej oddział (art. 2 pkt 12 Pzp).

Obowiązek wskazania sądu właściwego ciąży na skarżącym. Prezes UZP nie ma obowiązku weryfikacji oznaczenia sądu. Skierowanie skargi do sądu niewłaściwego może łączyć się z ujemnymi skutkami procesowymi.

Skargę wnosi się za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Wniesienie skargi wprost do sądu okręgowego nie może być traktowane jako wniesienie skargi w terminie (por. uchwała połączonych Izb

SN z 28.11.1987r., III CZP 33/87). Skierowanie zaś skargi do sądu niewłaściwego może prowadzić do jej odrzucenia (art. 197 ust. 1 Pzp). W postępowaniu ze skargi nie stosuje się nawet odpowiednio przepisu art. 200 kpc, który nakazuje sądowi po stwierdzeniu swej niewłaściwości przekazać sprawę sądowi właściwemu. Przepis nakazuje wnieść skargę za pośrednictwem Prezesa UZP do właściwego sądu okręgowego.

Skargę należy wnieść na piśmie w terminie 7 dni od dnia doręczenia orzeczenia zespołu arbitrów. Termin do wniesienia skargi jest terminem procesowym, nie zaś materialnoprawnym terminem zawitym. W związku z powyższym sąd może w szczególnych okolicznościach w razie uchybienia tego terminu, termin ów przywrócić. Skarga jest bowiem czynnością procesową. Przywrócenie terminu może nastąpić wyłącznie na wniosek skarżącego, który we wniosku musi wykazać, że uchybienie terminu nastąpiło nie z jego winy. Wraz z wnioskiem o przywrócenie terminu skarżący winien wnieść skargę. Wniosek o przywrócenie terminu wraz ze skargą należy złożyć w terminie siedmiu dni od dnia ustania przyczyny uchybienia terminowi. Pismo z wnioskiem o przywrócenie terminu do wniesienia skargi wnosi się bezpośrednio do sądu, nie zaś za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Sąd może rozstrzygać o przywróceniu terminu do wniesienia skargi na posiedzeniu niejawnym w drodze postanowienia. Spóźniony wniosek o przywrócenie terminu sąd okręgowy odrzuca na posiedzeniu niejawnym. Na postanowienie o odrzuceniu wniosku o przywrócenie terminu i o odmowie przywrócenia terminu do wniesienia skargi nie służy zażalenie. Skargę można wnieść drogą pocztową lub bezpośrednio do Prezesa UZP. Termin wniesienia skargi jest dochowany, gdy przesyłkę pocztową nadano w polskim urzędzie pocztowym w ostatnim dniu terminu wskazanego w art. 195 ust. 2 Pzp.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych może wnieść skargę w terminie 21 dni od dnia wydania orzeczenia zespołu arbitrów. Warto podkreślić, że termin dla Prezesa UZP biegnie nie od dnia doręczenia orzeczenia, a od dnia jego wydania (ogłoszenia).

Pzp wymaga by jednocześnie z wniesieniem skargi skarżący przesłał jej odpis przeciwnikowi skargi. W judykaturze wymóg ten jest traktowany jako wymóg formalny. W braku dowodu jednoczesnego przesłania odpisu skargi jej przeciwnikowi sąd obowiązany jest skargę odrzucić. Stanowisko takie wyrażono min. w dwóch wyrokach Sądu Okręgowego w

Warszawie o sygn. akt: V Ca 338/05 oraz V Ca 1531/05, w których zgodnie stwierdzono, że obowiązek jednoczesnego przesłania odpisu skargi jej przeciwnikowi jest formalną przesłanką skutecznego wniesienia skargi, a wyraz „jednocześnie”, użyty przez ustawodawcę w art. 195 ust. 2 Pzp, jest równoznaczny z obowiązkiem przesłania odpisu skargi jej przeciwnikowi w tym samym dniu, w którym skargę, za pośrednictwem Prezesa UZP, wnosi się do sądu okręgowego. Podobne zapatrywanie wyrażono w literaturze.⁵⁶ W piśmiennictwie wypowiedziano jednak także odmienny pogląd.⁵⁷ Oznacza to, iż odpis skargi winien być przesłany jej przeciwnikowi nie później niż w terminie do wniesienia skargi. W przypadku skargi zastosowano konstrukcję taką samą jak w przypadku odwołania. Warto zwrócić uwagę, że w Pzp w poprzednim brzmieniu obowiązek odwołującego się ograniczono do zawiadomienia zamawiającego o wniesieniu odwołania. Obowiązek jednoczesnego przesłania odpisu skargi drugiej stronie ciąży tak na zamawiającym, gdy on jest skarżącym wyrok zespołu arbitrów, jak i na wykonawcy, gdy on wnosi skargę. Ustawa nie przewiduje obowiązku przesłania odpisu skargi jej przeciwnikowi, gdy skargę wnosi Prezes UZP.

W związku z wymogami formalnymi skargi wypowiedział się Sąd Najwyższy. W uchwale z 23.09.2004r. stwierdził on, że skarga nie musi spełniać wymogów wskazanych w art. 368 § 1 pkt 5 kpc, tzn. wystarczające jest jeśli zawiera wniosek o zmianę w całości lub w części wyroku zespołu arbitrów bez zaznaczenia zakresu żądanej zmiany lub uchylenia. Teza tego niepublikowanego orzeczenia zachowała aktualność na gruncie art. 196 ust. 1 Pzp.

Zawarcie przez zamawiającego z wykonawcą umowy na wykonanie prac stanowiących przedmiot zamówienia publicznego nie stanowi przeszkody formalnej w rozpoznaniu przez sąd skargi na orzeczenie zespołu arbitrów, wydane po rozpoznaniu odwołania innego uczestnika przetargu, chyba, że umowa została wykonana (uchwała SN z 14.10.2005r. III CZP 75/05). Ograniczenie skargi do rozstrzygnięcia zespołu arbitrów o kosztach postępowania nie stanowi również formalnej przeszkody do jej rozpoznania (uchwała SN z 16.07.2003r. III CZP 47/03).

⁵⁶ Komentarz..., op. cit., s. 413, J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych – komentarz, Warszawa 2004 r., s. 424.

⁵⁷ J. Jerzykowski, ibidem, s. 674

Jak wspomniano skargę zamawiający i wykonawcy wnoszą za pośrednictwem Prezesa UZP. Prezes nie sprawuje kontroli spełnienia wymogów formalnych skargi. Nie ma on kompetencji do zwrotu bądź odrzucenia skargi. Cięży na nim obowiązek przekazania skargi wraz z aktami postępowania odwoławczego właściwemu sądowi okręgowemu. Pzp wyznacza siedmiodniowy termin instrukcyjny do dokonania tej czynności. Termin ten biegnie od dnia otrzymania skargi (wpływ bezpośredni albo pocztą). Skarga musi być należycie opłacona. Obowiązujące przepisy przewidują opłatę stałą od skargi na wyrok zespołu arbitrów w wysokości 3 000,00 zł. Brak dowodu uiszczenia opłaty stałej sam w sobie nie uzasadnia zwrotu skargi albo jej odrzucenia, gdy jednak skargę wnosi adwokat lub radca prawny, a nie została ona należycie opłacona, sąd odrzuca ją bez wezwania o uiszczenie opłaty (odpowiednie zastosowanie art. 1302 § 3 kpc w zakresie w jakim dotyczy on apelacji – por. także postanowienie Sądu Okręgowego w Warszawie z 18.06.2003r.V Ca 1161/03). W judykaturze wypowiedziano tezę, że od skargi na postanowienie zespołu arbitrów w sprawach o zamówienie publiczne pobiera się piątą część wpisu stosunkowego (uchwała SN z 12.05.2005r. III CZP 19/05). Teza ta straciła - jak się wydaje - aktualność po wejściu w życie ustawy z 28.07.2005r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 167, poz. 1398). Przepis art. 34 powołanej ustawy stanowi bowiem, że opłatę stałą pobiera się od skargi na orzeczenie zespołu arbitrów w sprawach zamówień publicznych. Orzeczeniem zaś jest tak wyrok, jak i postanowienie zespołu arbitrów. W uchylonych przepisach rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 17.12.1996 r. w sprawie określenia wysokości wpisów w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 154, poz. 753 z późn. zmianami) przewidywano tymczasem wpis stały tylko od skargi na wyrok zespołu arbitrów (§18 ust. 5). Kompetencji do zwrotu skargi z powodu niedołączenia doń dowodu uiszczenia wpisu nie ma Prezes UZP. Kontrolę spełniania przesłanek formalnych skargi sprawuje wyłącznie Sąd Okręgowy rozstrzygający w sprawie.

Orzeczenia sądowe dotyczące wymogów formalnych skargi

- (1) W uchwale Sądu Najwyższego z 12.05.2005r., w sprawie o sygnaturze III CZP 19/05 przesądzono, iż od skargi na postanowienie

zespołu arbitrów w sprawach o zamówienie publiczne pobiera się piątą część wpisu stosunkowego.

Orzeczenie to straciło aktualność po zmianie regulacji dotyczącej kosztów sądowych.

- (2) Zgodnie z postanowieniem Sądu Okręgowego w Warszawie z 18.06.2003r. wydanym w sprawie V Ca 1161/03 skoro od skargi na wyrok zespołu arbitrów w sprawach o zamówienie publiczne pobiera się wpis stały, to w kontekście normy prawnej stanowiącej, że wnoszone przez adwokata lub radcę prawnego środki zaskarżenia podlegające opłacie w wysokości stałej, które nie są należycie opłacone, odrzuca się bez wezwania o uiszczenie opłaty, nieopłacona skarga wniesiona przez zawodowego pełnomocnika podlega odrzuceniu.

4.4. Treść skargi

Skarga musi czynić zadość wymaganiom przewidzianym dla pisma procesowego. Oznacza to, że skarga powinna zawierać (art.126 kpc):

- (1) oznaczenie sądu, do którego jest skierowana, oznaczenie skarżącego, przeciwnika skargi i ich pełnomocników;
- (2) oznaczenie rodzaju pisma; z tytułu winno wynikać, że jest to skarga od wyroku zespołu arbitrów;
- (3) podpis strony albo jej pełnomocnika zgodnie z zasadami reprezentacji;
- (4) wymienienie załączników.

Dalszą treść skargi wskazuje art. 196 ust. 1 Pzp. Powinna ona zawierać oznaczenie zaskarżonego orzeczenia, przytoczenie zarzutów, zwięzłe ich uzasadnienie, wskazanie dowodów, a także wniosek o zmianę orzeczenia w całości lub w części. W uchwale z dnia 23.09.2004r. (III CZP 51/04) Sąd Najwyższy stwierdził, że skarga przewidziana w art. 92 (d) ustawy z dnia 10 czerwca 1994r. o zamówieniach publicznych powinna spełniać

wymagania określone w tym przepisie. Orzeczenie to zachowało aktualność, tyle, że aktualnie chodzi o treść art. 196 ust. 1 Pzp.

Jak się wydaje skarżący nie ma obowiązku podania wartości przedmiotu zaskarżenia, tj. wartości przedmiotu zamówienia (art. 368 § 2 kpc). W interesującym nas zakresie nie znajduje zastosowania art. 368 § 1 kpc. W skardze należy zamieścić wniosek o zasądzenie na rzecz skarżącego kosztów procesu. W braku takiego wniosku sąd w kwestii tej nie wyda odpowiedniego rozstrzygnięcia.

Gdy skargę wnosi pełnomocnik do skargi należy dołączyć pełnomocnictwo. Warto podkreślić, że pełnomocnictwo do wniesienia skargi i reprezentacji skarżącego w toczącym się w wyniku wniesienia skargi postępowaniu sądowym musi być pełnomocnictwem szczególnym, a w każdym razie rodzajowym. Pełnomocnictwo ogólne oraz pełnomocnictwo, o którym mowa w art. 23 ust. 2 Pzp nie uprawnia pełnomocnika do reprezentowania skarżącego w postępowaniu skargowym. Pełnomocnictwo dla pełnomocnika, o którym mowa w art. 23 ust. 2 może być poszerzone o upoważnienie do wniesienia skargi i występowania przed sądem okręgowym w postępowaniu skargowym. W praktyce celowe jest by zawierało ono także umocowanie do udzielenia pełnomocnictw substytucyjnych. W takim bowiem przypadku nie tylko osoby sprawujące funkcje w organach pełnomocnika konsorcjum będą mogły reprezentować owe konsorcjum, ale i będą mogli to czynić również i dalsi pełnomocnicy. Równie pożądane jest to by pełnomocnictwo szczególne i rodzajowe upoważniało pełnomocnika do udzielania dalszych pełnomocnictw. Takie rozwiązanie jest po prostu praktyczne. W jego braku pełnomocnik musi działać osobiście.

Do pełnomocnictwa należy dołączyć dokumenty określające reprezentację podmiotu skarżącego (odpis z KRS itp.). W przypadku podmiotów zagranicznych dokumenty te powinny być złożone w oryginałach wraz z tłumaczeniami dokonanyymi przez tłumacza przysięgłego. Można jednak złożyć odpisy tych dokumentów notarialnie poświadczony za zgodność z oryginałami. Nie wymagają one legalizacji dokonanej przez polską placówkę dyplomatyczną lub konsularną.

Skargę wniesioną po upływie terminu lub niedopuszczalną z innych przyczyn, jak również skargę, której braków strona nie uzupełniła w terminie sąd odrzuca. Może to uczynić na posiedzeniu niejawnym. Skar-

gę wniesioną przez adwokata lub radcę prawnego niespełniającą wymagań wskazanych w art. 368 kpc i art. 196 ust. 1 Pzp sąd okręgowy odrzuca (art. 370 kpc i art. 373 kpc). Kompetencji do odrzucenia skargi nie ma – jak stwierdzono wcześniej - Prezes UZP.

Wezwanie do uzupełnienia braków następuje na podstawie art. 130 kpc w związku z art. 391 kpc. Najczęstsze braki to brak właściwej liczby opisów skargi, niepełna dokumentacja dotycząca pełnomocnictw, dokumentów rejestrowych skarżącego, brak opłaty stałej, brak właściwych załączników do skargi. W przypadku braku opłaty stałej od skargi wniesionej przez adwokata lub radcę prawnego sąd odrzuca tę skargę bez wezwania o uiszczenie opłaty. Opłata od skargi uiszczana jest bowiem w wysokości stałej (art. 1302 § 3 kpc). Skutek braku opłaty jest zatem w tym przypadku niemal taki sam jak w przypadku braku skargi, o których mowa w art. 370 kpc. Brak załącznika do skargi w postaci dowodu uiszczenia opłaty nie uzasadnia sam przez się odrzucenia skargi. Dopiero gdy skarżący nie przedstawi tego załącznika w wyznaczonym przez sąd terminie skarga może być odrzucona.

4.5. Wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy

Omawiając postępowanie protestacyjne stwierdziliśmy, że w art. 182 ust. 1 Pzp prawodawca przewidział zakaz zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia protestu. W myśl art. 182 ust. 2 Pzp w przypadku wniesienia odwołania protest jest ostatecznie rozstrzygnięty:

- (a) z dniem doręczenia postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze albo wyroku zespołu arbitrów, albo
- (b) z dniem wydania wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie w sprawie przez sąd okręgowy, o którym mowa w art. 195 ust. 1 Pzp, albo
- (c) z upływem terminu do wniesienia skargi, o którym mowa w art. 195 ust. 2 Pzp, jeżeli wartość zamówienia dla robót budowlanych przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 20.000.000 euro, a dla dostaw lub usług - 10.000.000 euro.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych może jednak wyrazić zgodę na zawarcie umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu. Czyni to na wniosek zamawiającego (nie wykonawcy!) w drodze decyzji administracyjnej, jeżeli ze względów społecznych lub gospodarczych zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia. Prezes może jednak wyrazić wspomnianą zgodę tylko wówczas, gdy potrzeba owa była wcześniej nieprzewidywalna i nie wynikała ona z winy choćby nieumyślnej zamawiającego. Nowelizacja pozbawiła owej kompetencji Prezesa UZP gdy wartość zamówienia dla robót budowlanych przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 20.000.000 euro, a dla dostaw lub usług - 10.000.000 euro. W tym ostatnim przypadku kompetencja uchylecia zakazu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego przed ostatecznym terminem rozstrzygnięcia protestu służy wyłącznie sądowi okręgowemu. W myśl art. 196 ust. 2 Pzp jeżeli wartość zamówienia dla robót budowlanych przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 20.000.000 euro, a dla dostaw lub usług - 10.000.000 euro, zamawiający w skardze lub odpowiedzi na skargę może wnosić o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu. Wniosek o uchylenie zakazu przy mniejszych kwotach od wskazanych wyżej wielkości progowych sąd okręgowy pozostawia bez rozpoznania. Nie ma on bowiem w tej sprawie kognicji. Jedynym organem kompetentnym do podejmowania decyzji w tej materii nawet po wniesieniu skargi pozostaje Prezes UZP. Gdy wartość zamówienia równa jest wielkościom progowym wskazanym w art. 182 ust. 2 pkt 2 lit. b i art. 196 ust. 2 Pzp bądź wyższa od tych wielkości wniosek może rozpoznać wyłącznie sąd. W braku skargi rozstrzygnięcia w tym zakresie w ogóle nie podejmuje się, albowiem z tą chwilą (upływu terminu do jej wniesienia) protest jest ostatecznie rozstrzygnięty.

Sąd rozpoznaje wniosek o uchylenie zakazu wyłącznie na wniosek zamawiającego, który może złożyć go w skardze lub odpowiedzi na skargę. Treść art. 196 ust. 2 Pzp zdaje się wskazywać, że wniosku takiego nie można skutecznie zgłosić w toku postępowania skargowego w odrębnym piśmie procesowym (poza skargą albo odpowiedzią na skargę). Nie można także skutecznie złożyć takiego wniosku ustnie do protokołu. Wniosek zgłoszony w odpowiedzi na skargę złożoną po upływie terminu do jej wniesienia sąd powinien pozostawić, w tym kontekście, również bez rozpoznania. Motywy przyjęcia takiej regulacji pozostają niejasne. Wniosek wykonawcy o uchylenie zakazu sąd pozostawia bez rozpoznania. Sąd rozpoznaje wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy złożo-

ny przez zamawiającego niezwłocznie, co oznacza bez jakiegokolwiek niezasadnionej zwłoki. Ustawa wyznacza pułapowy instrukcyjny termin rozpoznania wniosku – 7 dni od dnia jego złożenia (decyduje data wpływu wniosku do sądu).

Sąd podejmuje rozstrzygnięcie w sprawie uchylenia zakazu zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu w drodze postanowienia na posiedzeniu niejawnym. Nie ma – jak się wydaje – przeszkód prawnych do rozstrzygnięcia tej kwestii na rozprawie (a fortiori). Ustawa wskazuje szczególne przesłanki uchylenia zakazu zawarcia umowy. Różnią się one od przesłanek wskazanych w art. 182 ust. 3 Pzp. Otóż sąd może uchylić zakaz zawarcia umowy tylko wówczas, gdy stan postępowania o udzielenie zamówienia na to pozwala, a zamawiający uprawdopodobni, że zaskarżone orzeczenie zespołu arbitrów w sposób rażąco narusza przepisy o postępowaniu odwoławczym. Względy społeczne lub gospodarcze, pilna potrzeba udzielenia zamówienia i jej nieprzewidywalność oraz brak winy zamawiającego pozostają bez doniosłości dla oceny zasadności wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy przez sąd.

Postanowienie o uchyleniu zakazu zawarcia umowy jest niezaskarżalne. Legitymacji do jego zaskarżenia nie ma wykonawca uczestniczący w postępowaniu skargowym jako skarżący albo przeciwnik skargi. Legitymacji tej nie ma także występujący w sprawie interwenient uboczny. Postanowienie o uchyleniu zakazu zawarcia umowy jest niezwłocznie wykonalne, co oznacza, że zamawiający z chwilą jego podjęcia może zawrzeć umowę.

Niezaskarżalne jest również postanowienie o odmowie uchylenia zakazu zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu. Uchylenie zakazu zawarcia umowy w sensie formalnym pozostaje bez wpływu na dalszy bieg postępowania skargowego. W praktyce trudno jednak zakładać by postępowanie to mogło zakończyć się rozstrzygnięciem niekorzystnym dla zamawiającego.

4.6. Postępowanie skargowe

Postępowanie przed sądem okręgowym inicjuje wniesienie skargi przez skarżącego (wykonawca, zamawiający, Prezes UZP). Wymogi formalne skargi wskazano w poprzedniej części. Warto w tym miejscu podkre-

ślić, że zasadniczo w postępowaniu skargowym nie prowadzi się postępowania dowodowego (odpowiednie stosowanie art. 381 kpc). Skarżący może skutecznie powołać nowe fakty i dowody, gdy wykaże, że nie mógł ich powołać w postępowaniu przed zespołem arbitrów lub gdy potrzeba powołania się na nie wynikła później, a więc po rozstrzygnięciu sprawy przez zespół arbitrów. Sąd okręgowy orzeka jednak na podstawie materiału zebranego tak w postępowaniu przed zespołem arbitrów, jak i w postępowaniu skargowym.

Warto także zwrócić uwagę, że w postępowaniu skargowym tzw. przeciwnik skargi (wykonawca, zamawiający) ma uprawnienie do wniesienia odpowiedzi na skargę (odpowiednie stosowanie art. 372 kpc). Odpowiedź wnosi się bezpośrednio do sądu okręgowego właściwego do rozpoznania sprawy. Odpowiedź na skargę należy wnieść w terminie dwóch tygodni od dnia doręczenia przeciwnikowi skargi odpisu skargi przesłanego przez skarżącego (obowiązek z art. 195 ust. 2 Pzp). Termin do wniesienia odpowiedzi na skargę może być przywrócony⁵⁸. Możliwość przywrócenia terminu do dokonania każdej czynności procesowej w postępowaniu skargowym, a nie tylko wniesienia skargi, przewidziano w art. 197 ust. 2 i 3 Pzp.

W odpowiedzi na skargę przeciwnik skargi powinien wskazać czy domaga się odrzucenia lub oddalenia skargi, podnieść własne zarzuty wobec skargi tak formalne, jak i merytoryczne. Powinien również złożyć właściwy wniosek o zasądzenie na jego rzecz kosztów sądowych.

Przeciwnik skargi ma prawo, nie zaś obowiązek wniesienia odpowiedzi na skargę. Innymi słowy wniesienie odpowiedzi na skargę jest fakultatywne. W razie wniesienia odpowiedzi na skargę sąd jej odpis winien doręczyć skarżącemu. Jest oczywiste, że odpowiedź na skargę musi mieć cechy formalnego pisma procesowego. Musi spełniać zatem wymogi przewidziane w art. 126 kpc. Jest kwestią dyskusyjną czy do odpowiedzi na skargę należy stosować art. 130 kpc. Co do odpowiedzi na apelację dominuje pogląd, że braki formalne tej odpowiedzi prowadzą do złożenia tego pisma do akt sprawy bez obowiązku jego doręczenia stronie przeciwnej. Wniesienie odpowiedzi na skargę po upływie terminu dwutygodniowego od doręczenia przeciwnikowi skargi odpisu skargi jest bezskuteczne. Sąd nie doręcza wówczas drugiej stronie odpisu odpowiedzi i pomi-

⁵⁸ odmiennie W. Łysakowski s. 416

ja twierdzenia zawarte w tym piśmie. Z tych samych powodów dalszych pism procesowych przeciwnika skargi skarżącemu nie doręcza się. Skoro bowiem nakazany tam rygor dotyczy odpowiedzi na skargę musi on dotyczyć także dalszych pism. Trzeba jednak zauważyć, że przeciwnik skargi może całą swoją argumentację przedstawić na rozprawie.

Sąd okręgowy rozpoznaje skargę w jej granicach tj. w zakresie zarzutów zgłoszonych przez skarżącego i zgłoszonych przezeń wniosków. Zarzuty mogą dotyczyć samej procedury zamówieniowej jeżeli wcześniej zgłaszano je w proteście i postępowaniu odwoławczym, jak i przebiegu tego ostatniego postępowania i rozstrzygnięcia podjętego przez zespół arbitrów. Ze względu na zakres zarzutów skarżący może domagać się zmiany orzeczenia w całości lub części. Nie może jednak skutecznie żądać uchylenia wyroku zespołu arbitrów i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania.

Ze względu na specyfikę postępowania skargowego z zakresu zamówień publicznych trudno sobie wyobrazić zawarcie w tym postępowaniu ugody. Przeciwnik skargi może uznać skargę, choć w praktyce przypadki takie nie występują.

W postępowaniu tym można w końcu cofnąć skargę. Cofnięcie skargi może nastąpić przed rozprawą i na rozprawie. Czynność ta pozostaje poza kontrolą przeciwnika skargi, co oznacza, że nie musi wyrazić on zgody na skuteczne cofnięcie skargi przez skarżącego. Cofnięcie skargi w zasadzie pozostaje także poza kontrolą sądu. Sąd okręgowy w razie cofnięcia skargi umarza postępowanie skargowe i orzeka o kosztach jak przy cofnięciu pozwu (odpowiednie stosowanie art. 391 § 2 kpc).

Postanowienia zapadłe w toku postępowania skargowego są niezaskarżalne.

Przepisy przewidują niezwykle krótki czas rozpoznania skargi. Zrazu przepis art. 198 ust. 1 Pzp przewidywał, że sąd rozpoznaje skargę niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie trzech miesięcy od dnia wpłynięcia skargi do sądu. Nowelizacja skraca ten termin do jednego miesiąca. Termin ten ma charakter instrukcyjny. Z zasady przed upływem wskazanego terminu sąd winien wydać stosowne rozstrzygnięcie nie zaś wyznaczyć tylko termin rozprawy. Krótki czas rozpoznania skargi sprawia, że niektóre instytucje postępowania apelacyjnego będą sto-

sowane w postępowaniu skargowym ze znaczną powściągliwością. Chodzi w szczególności o instytucję pytania prawnego z art. 390 kpc. Ta okoliczność z kolei niekorzystnie będzie oddziaływać na jednolitość orzecznictwa sądów okręgowych.

4.7. Rozstrzygnięcie skargi

4.7.1 Wyrok i postanowienie

Sąd rozstrzyga o skardze w wyroku albo postanowieniu w zależności od tego czy skargę wniesiono na wyrok zespołu arbitrów, czy też na postanowienie kończące postępowanie w sprawie.

Sąd wyrokiem oddala skargę, gdy jest ona bezzasadna. W razie jej uwzględnienia sąd okręgowy wyrokiem zmienia zaskarżony wyrok zespołu arbitrów i orzeka co do istoty sprawy. Sąd może zatem nakazać dokonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego albo ją unieważnić. W tym ostatnim przypadku unieważnienie może dotyczyć całego postępowania zamówieniowego. Stanowisko takie wypracowała judykatura. Jak się wydaje Sąd Okręgowy nie może unieważnić postępowania zamówieniowego w razie wniesienia skargi przez osobę nielegitymowaną, a także w razie cofnięcia skargi wniesionej wcześniej przez osobę czynnie legitymowaną. Z zasady sąd nie może orzekać (podobnie jak zespół arbitrów) co do zarzutów, których nie podniesiono w skardze. Okoliczności skutkujące unieważnieniem postępowania o udzielenie zamówienia sąd podobnie jak zespół arbitrów bierze jednak pod uwagę z urzędu. W orzecznictwie wyrażono pogląd, że w wypadku stwierdzenia z urzędu okoliczności objętej art. 93 ust. 1 Pzp zespół arbitrów unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia. Sąd okręgowy zaś w razie stwierdzenia z urzędu okoliczności objętej art. 93 ust. 1 Pzp uchyla orzeczenie zespołu arbitrów i unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia (Uchwała SN z 27.01.2005r. III CZP 78/04). Sąd okręgowy nie ma możliwości uzupełnienia wyroku zespołu arbitrów (wyrok SO w Warszawie z 30.12.2002r. V Ca 1840/02). Sąd okręgowy nie może w żadnym przypadku poprzestać na uchyleniu wyroku zespołu arbitrów. Nie może także po uchyleniu takiego wyroku przekazać sprawy zespołowi arbitrów do ponownego rozpoznania. Praktyce znane są takie przypadki. Jak się wydaje wyrok taki może być wyeliminowany z obrotu tylko w postępowaniu ze skargi o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia (art. 4241 i nast. kpc).

Jeżeli zespół arbitrów powinien był odrzucić odwołanie albo umorzyć postępowanie, a tego nie uczynił, sąd uchyla wyrok zespołu arbitrów i odrzuca odwołanie lub umarza postępowanie.

Jeżeli zespół arbitrów bezzasadnie odrzucił odwołanie lub umorzył postępowanie, sąd postanowieniem uchyla zaskarżone postanowienie zespołu arbitrów kończące postępowanie, a następnie orzeka co do istoty sprawy. Innej interpretacji nie podobna przyjąć. Warto zwrócić uwagę, że przepis art. 198 ust. 3 Pzp jest niezwykle niefortunnie sformułowany. Nielogiczne wydaje się uchylene wyroku i odrzucenie odwołania, gdy wcześniej odwołanie zostało właśnie odrzucone. Z tego względu za nietrafną należy uznać tezę, że postanowienie zespołu arbitrów nie dotyczące istoty sprawy nie może być zmieniane przez sąd.⁵⁹ Postanowienie w pewnych okolicznościach, gdy odwołanie bezzasadnie zespół arbitrów odrzucił, nie tylko może być zmienione, ale sąd obowiązany jest wręcz je zmienić (uchylić).

Orzeczenia sądu zapadłe po przeprowadzonym postępowaniu skargowym nie mają – jak widzimy – charakteru kasatoryjnego. Orzeczenie sądu zawsze musi być merytoryczne, co oznacza, że jest ono w każdym przypadku orzeczeniem reformatoryjnym.

Sąd w orzeczeniu kończącym postępowanie skargowe nie orzeka o innych żądaniach skarżącego. W szczególności przedmiotem rozstrzygnięcia nie mogą być roszczenia odszkodowawcze skarżącego. W judykaturze trafnie stwierdza się, że zgłoszenie w skardze – jako jej wniosku ewentualnego – żądania zasądzenia kwoty tytułem odszkodowania nie znajduje uzasadnienia w przepisach prawa dotyczących trybu postępowania odwoławczego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Sąd okręgowy rozpoznaje skargi od wyroku zespołów arbitrów w trybie przepisów kpc o apelacji, o ile ustawa o zamówieniach publicznych nie stanowi inaczej. Brak jest zatem podstaw do przyjęcia, że skarżący może zgłaszać roszczenia odszkodowawcze bezpośrednio w piśmie stanowiącym środek odwoławczy w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (wyrok SO w Warszawie z 21.11.2002r. V Ca 1388/02). Orzeczenie to zachowało aktualność pod rządami Pzp.

⁵⁹ tak W. Łysakowski, *Komentarz...*, op. cit., s. 417.

W orzeczeniu kończącym postępowanie skargowe sąd okręgowy nie rozstrzyga o ważności bądź skuteczności czynności innych wykonawców nie uczestniczących w tym postępowaniu skargowym a podjętych w procedurze zamówieniowej. Ocena może dotyczyć tylko związanych z tymi czynnościami zaniechań bądź działań zamawiającego.

W orzeczeniu kończącym postępowanie skargowe sąd okręgowy nie rozstrzyga także o ważności umowy w sprawie zamówienia publicznego, jeżeli umowę tę zawarto przed wydaniem wyroku (postanowienia).

Od wyroku sądu okręgowego nie służy kasacja z mocy wyraźnego przepisu pzp (art. 198 ust. 4 Pzp). Nie jest także możliwe wznowienie postępowania skargowego na podstawie art. 399 kpc i nast. (por. postanowienie Sądu Okręgowego w Warszawie z 3.04.2003r. V Ca 1514/03 oraz postanowienie Sądu Okręgowego w Warszawie z 28.02.2003r. V Ca 1628/02).

Wyrok sądu okręgowego (podobnie postanowienie) staje się zatem prawomocny z chwilą jego ogłoszenia. Z tą chwilą wyrok jest także wykonalny.

Zgodnie z art. 387 § 1 kpc sąd okręgowy z urzędu uzasadnia wyrok oraz postanowienie kończące postępowanie skargowe w sprawie. Zasada ta dotyczy w istocie spraw, w których skargę uwzględniono. W sprawach, w których skargę oddalono, uzasadnienie sporządza się tylko wówczas, gdy strona zażądała doręczenia jej wyroku z uzasadnieniem. Sporządzenie uzasadnienia powinno nastąpić w terminie dwóch tygodni od dnia ogłoszenia sentencji orzeczenia. Jeżeli ogłoszenia nie było (postanowienie wydano na posiedzeniu niejawnym) termin ten liczy się od dnia wydania orzeczenia. W sprawach, w których skargę oddalono uzasadnienie sporządza się w terminie dwóch tygodni od dnia zgłoszenia wniosku (odpowiednie zastosowanie art. 387 § 2 kpc). Gdy strona żąda doręczenia orzeczenia z uzasadnieniem po upływie terminu tygodnia od ogłoszenia sentencji, sąd postanowieniem odmawia doręczenia tego orzeczenia. Gdy żądanie zgłoszono we wskazanym wyżej terminie stronie doręcza się orzeczenie z uzasadnieniem. Jeżeli ogłoszenia nie było, orzeczenie z uzasadnieniem doręcza się stronom z urzędu w terminie tygodniowym od sporządzenia uzasadnienia.

4.7.2. Koszty postępowania

Wnosząc skargę skarżący obowiązany jest - jak wskazano wcześniej - wnieść opłatę od skargi. W orzecnictwie stwierdzono, że od skargi na postanowienie zespołu arbitrów w sprawach o zamówienie publiczne pobiera się piątą część wpisu stosunkowego (uchwała SN z 12.05.2005 r. – sygn. akt III CZP 19/05). Uchwała ta straciła aktualność (patrz uwagi dotyczące wymogów formalnych skargi).

Opłata od skargi na wyrok zespołu arbitrów jest opłata stałą i wynosi aktualnie 3000 zł. (art. 34 ustawy z 28.07.2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych, Dz. U. Nr 167 – poz. 1398). Co do skutków nieopłacenia opłaty patrz uwagi w pkt 4.3 niniejszego opracowania. Skarżący może być, inaczej niż w postępowaniu odwoławczym przed zespołem arbitrów zwolniony od kosztów. Sąd Okręgowy rozstrzyga wnioski o zwolnienie od kosztów na posiedzeniu niejawnym. Ostateczne rozstrzygnięcie o kosztach jest przedmiotem orzeczenia (wyroku, postanowienia) sądu okręgowego. Inaczej niż w wyroku zespołu arbitrów, sąd powszechny może orzekać o kosztach z zastosowaniem zasady słuszności (art. 102 kpc). Może także obciążyć kosztami przeciwnika skargi, gdy skarżący cofnął skargę przy założeniu, że jego odwołanie było zasadne, lecz stało się bezprzedmiotowe wobec zrealizowania zamówienia (por. wyrok SO w Warszawie z 10.07.2002 r. V Ca 960/02 oraz wyrok SO w Warszawie z 25.11.2003 r. V Ca 1870/03)

Orzeczenia sądowe dotyczące rozstrzygnięcia skargi i kosztów postępowania

- (1) W uchwale Sądu Najwyższego z 14.10.2005 r., podjętej w sprawie o sygnaturze III CZP 73/05 stwierdzono, że zawarcie przez zamawiającego z wykonawcą umowy na wykonanie prac stanowiących przedmiot zamówienia publicznego nie stanowi przeszkody w rozpoznaniu przez sąd skargi na orzeczenie zespołu arbitrów, wydane po rozpoznaniu odwołania innego uczestnika przetargu, chyba że umowa została wykonana.
- (2) W wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 21.11.2002r. w sprawie rozpoznawanej pod sygnaturą V Ca 1388/02 stwierdzono, iż zgłoszenie w skardze - jako jej wniosku ewentualnego - żądania

zasądzenia kwoty tytułem odszkodowania nie znajduje uzasadnienia w przepisach prawa dotyczących trybu postępowania odwoławczego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Sąd Okręgowy rozpoznaje skargi od wyroku zespołu arbitrów w trybie przepisów kpc o apelacji, o ile ustawa o zamówieniach publicznych nie stanowi inaczej. Brak jest zatem podstaw do przyjęcia, że skarżący może zgłaszać roszczenia odszkodowawcze bezpośrednio w piśmie stanowiącym środek odwoławczy w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Orzeczenie to zachowało aktualność pod rządami PZP.

- (3) Sąd Okręgowy w Warszawie w orzeczeniu z 27.06.2003 roku, V Ca 820/03 wskazał, iż skarga podlega odrzuceniu, jeśli w zakreślonym przez Sąd terminie skarżący nie uzupełnił w terminie braków formalnych skargi, tj. nie złożył odpisu skargi. W razie odrzucenia skargi należy zwrócić skarżącemu wpis od skargi.
- (4) Zgodnie z postanowieniem Sądu Okręgowego w Warszawie z 18.06.2003r. wydanym w sprawie V Ca 1161/03, skoro od skargi na wyrok zespołu arbitrów w sprawach o zamówienie publiczne pobiera się wpis stały, to w kontekście normy prawnej stanowiącej, że wnoszone przez adwokata lub radcę prawnego środki zaskarżenia podlegające opłacie w wysokości stałej, które nie są należycie opłacone, odrzuca się bez wezwania o uiszczenie opłaty, nieopłacona skarga wniesiona przez zawodowego pełnomocnika podlega odrzuceniu.
- (5) Sąd Okręgowy w Warszawie w postanowieniu z 4.06.2003r., wydanym w sprawie V Ca 20/03, stwierdził, że w postępowaniu toczącym się na skutek skargi na wyrok zespołu arbitrów stosuje się odpowiednio przepisy kodeksu postępowania cywilnego o apelacji, co oznacza, że Sąd Okręgowy rozpoznając taką skargę działa jako sąd drugiej instancji. W sprawie o zamówienie publiczne ze skargi na wyrok zespołu arbitrów zażalenie nie przysługuje, a zatem nie jest dopuszczalne zażalenie na postanowienie Sądu Okręgowego.

Orzeczenie to zachowało aktualność pod rządami Pzp.

- (6) W wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 30.12.2002r., V Ca 1840/02 wskazano, że brak jest możliwości sądu okręgowego uzupełnienia wyroku zespołu arbitrów. Zakres kognicji sądu rozpatrującego skargę na wyrok zespołu arbitrów, jak również sposób rozstrzygnięcia skargi determinują przepisy ustawy o zamówieniach publicznych. Sąd w razie uwzględnienia skargi może jedynie zmienić zaskarżony wyrok i orzec co do istoty sprawy. Jeśli natomiast stwierdzi, że odwołanie ulega odrzuceniu albo zachodzi podstawa umorzenia postępowania Sąd uchyla wyrok i odrzuca odwołanie albo umarza postępowanie.
- (7) W wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 10.07.2002r., V Ca 960/02 stwierdzono, że zasada, iż uczestnicy postępowania o zamówienie publiczne ponoszą koszty stosownie do jego wyników ma zastosowanie przede wszystkim do kosztów postępowania przed zespołem arbitrów, natomiast w postępowaniu sądowym znaleźć mogą zastosowanie przepisy kodeksu postępowania sądowego w części dotyczącej zasad zwrotu kosztów procesu. Oznacza to dopuszczalność zastosowania zasady wynikającej z art. 102 kpc, zgodnie z którym w wypadkach szczególnie uzasadnionych sąd może nie obciążać strony przegrywającej obowiązkiem zwrotu kosztów procesu na rzecz przeciwnika procesowego.

Orzeczenie to zachowało aktualność pod rządami PZP.

- (8) W uchwale Sądu Najwyższego z 6.11.2002r., III CZP 68/02 wskazano, że dopuszczalna jest skarga na wyrok zespołu arbitrów wyłącznie w przedmiocie kosztów postępowania.

Patrz także wyroki dotyczące kosztów wskazane w pkt 4.3 niniejszego opracowania.

WZÓR SKARGI

.....dnia.....

Do Sądu Okręgowego w

.....

za pośrednictwem

Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych

Al. Szucha 2/4

00-522 Warszawa

Skarżący (Zamawiający, Wykonawca)

.....reprezentowany przez.....

.....adres do doręczeń.....

.....

Przeciwnik skargi (Zamawiający, Wykonawca)...

.....

reprezentowany przez.....

.....adres do doręczeń.....

**SKARGA NA WYROK ZESPOŁU ARBITRÓW Z DNIASygn.
akt UZP/ZO/.....**

Działając w imieniuna podstawie art. 194 i art. 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2004 r. Nr 19, poz. 177 z późn. zmianami) – dalej „PZP” składam skargę na doręczony w dniuwyrok Zespołu Arbitrów z dnia(sygn. akt UZP/ZO.....) oddalający/uwzględniający odwołanieod rozstrzygnięcia protestu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybiena usługi/roboty budowlane/dostawy.....

Zaskarżonemu wyrokowi zarzucam naruszenie

- a) art.....Pzp
- b) art.....Pzp

Na podstawie art. 196 ust. 1 Pzp wnoszę o:

1. Zmianę zaskarżonego wyroku w całości/w części poprzez:
 - a) unieważnienie decyzji o
 - b) odrzucenie oferty.....

c) dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej

(skarga musi zawierać wnioski dotyczące wyroku zespołu arbitrów i postępowania zamówieniowego)

2. Zasądzenie kosztów procesowych w tym kosztów zastępstwa procesowego za postępowanie skargowe oraz postępowanie odwoławcze przed zespołem arbitrów.

Uzasadnienie

1. Stan faktyczny

(opis przebiegu postępowania zamówieniowego oraz protestacyjnego i odwoławczego)

2. Stan prawny

a) naruszenie art.Pzp

b) naruszenia art.Pzp

c) naruszenie art.Pzp

(dowody z dokumentów, ze świadków, z opinii biegłego etc., w każdym wskazanym wyżej punkcie wraz z tezą dowodową)

Mając na uwadze powyższe wnoszę jak w petitum skargi.

.....

radca prawny/adwokat

Załączniki:

- 1) pełnomocnictwo
- 2) dowód uiszczenia opłaty stałej (3000 zł)
- 3) dowód wysłania odpisu skargi drugiej stronie listem poleconym
- 4) odpis KRS skarżącego
- 5) kopia pismaz dnia.....(dowody z dokumentów)

Bibliografia:

- T. Czajkowski (red.), Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2004
- P. Grzegorzcyk, Konsekwencje oprostowania specyfikacji, Rzeczpospolita z dn. 30 listopada 2004 r.
- S. Grzybowski (red.), System prawa cywilnego, Tom I, Część ogólna, Wrocław, Warszawa, Kraków, Gdańsk, Łódź 1985
- T. Kwieciński, A. Stawicki, Prawo do protestu służy przejrzystości postępowania, Rzeczpospolita z dn. 29 września 2004 r.
- M. Lemke, Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej. Procedury odwoławcze w świetle dyrektyw, wyd. II, Warszawa 2000
- W. Łysakowski, Ochrona prawna wykonawcy, Część III, Zamówienia Publiczne Doradca 2004/12
- W. Łysakowski, Środki ochrony prawnej, Poradnik, Warszawa 2004
- E. Norek, Prawo zamówień publicznych, Komentarz, Warszawa 2005
- M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Kraków 2005
- M. Stręciwilk – Białek, Instytucje polskiego systemu odwoławczego, referat na konferencji „Środki ochrony prawnej w systemach zamówień publicznych”, Warszawa 20-21 października 2005
- A. Szyszkowski, Kto podpisuje protest, Rzeczpospolita z dn. 23 sierpnia 2005 r.
- S. Wikariak, Bezprawna zgoda urzędu, Rzeczpospolita z dn. 13 października 2005 r.
- B. Wysocka, Termin wniesienia protestu na postanowienia specyfikacji, Zamówienia Publiczne Doradca 2004/11
- A. Zieliński, K. Flaga-Gieruszyńska, Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz, t. I, Warszawa 2005
- Zawodowi arbitrzy poprawią orzecznictwo, rozmowa z Prezesem UZP T. Czajkowskim, Rzeczpospolita z dn. 14 października 2005 r.

