

POSTULOWANE ZMIANY W PRAWIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH W ZAKRESIE ŚRODKÓW OCHRONY PRAWNEJ

Warszawa, czerwiec 2018



Ekspertyza przygotowana przez grupę roboczą Stowarzyszenia Prawa Zamówień Publicznych pod kierunkiem r. pr. Mirelli Lechny w składzie:

**r. pr. Jarosław Jerzykowski
r.pr. Aldona Kowalczyk
r.pr. Sylwester Kuchnio
r.pr. Mirella Lechna
r.pr. Anna Prigan
dr Aleksandra Sołtysińska
r.pr. Anna Specht-Schampera**

SPIS TREŚCI

1.	Wprowadzenie – podstawowe cele regulacji europejskiej	4
2.	Zakres regulacji odnośnie środków ochrony prawnej podlegający analizie i wymagający zmian.	5
2.1.	Instrumenty prawne środków ochrony dostępne przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego.....	5
2.1.1.	Tymczasowe środki zabezpieczające.....	5
2.1.2.	Wybrane aspekty procedur prowadzących do uchylecia decyzji zamawiających podjętych niezgodnie z pzp.....	11
2.1.2.1.	Tajemnica przedsiębiorstwa w postępowaniu odwoławczym przed KIO...11	
2.1.2.2.	Dostosowanie rozstrzygnięcia o kosztach postępowania przed Izbą do możliwych rozstrzygnięć w sprawie zarzutów odwołania.....	15
2.1.2.3.	Termin na wniesienie skargi	16
2.1.2.4.	Powołanie wyspecjalizowanego sądu lub zmniejszenie ilości sądów rozpoznających środki ochrony prawnej, o których mowa w pzp.....	16
2.1.2.5.	Obniżenie opłaty od skarg na orzeczenia KIO	17
2.1.2.6.	Skarga na zwrot odwołania	18
2.1.2.7.	Przystąpienie do postępowania odwoławczego.....	18
2.1.2.8.	Uchylenie orzeczenia KIO przez sąd okręgowy i przekazanie do ponownego rozpoznania.....	20
2.1.2.9.	Dopuszczenie skargi kasacyjnej.....	20
2.1.2.10.	Obowiązek rozpoznania sprawy przez sąd okręgowy w sytuacji wykonania umowy w sprawie zamówienia.....	21
2.1.2.11.	Przeciwnik skargi	22
2.1.2.12.	Elektroniczny protokół posiedzeń i rozpraw KIO.....	22
2.2.	Instrumenty prawne środków ochrony dostępne po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego.....	23
2.2.1.	Przyznanie odszkodowania podmiotom, które doznały uszczerbku w wyniku naruszenia pzp	23
2.2.2.	Postulowane zmiany w zakresie unieważnienia umowy	26
2.2.2.1.	Wyłączenie z obowiązku unieważnienia umowy sytuacji, do której ma zastosowanie art. 2d ust. 4 dyrektywy odwoławczej.....	26
2.2.2.2.	Ujednolicenie podejścia w sprawie kognicji w zakresie unieważnienia umowy	27
2.2.2.3.	Doprecyzowanie terminu na wniesienie przez Prezesa UZP powództwa o unieważnienie umowy.....	27
2.2.2.4.	Zmiana lub uchylenie art. 146 ust. 5 ustawy.....	28
2.2.2.5.	Doprecyzowanie terminu na wniesienie odwołania w przypadku zaniechania przez zamawiającego publikacji ogłoszenia o udzieleniu zamówienia. ...	29

1. Wprowadzenie – podstawowe cele regulacji europejskiej

Regulacja tworząca system zamówień publicznych stanowi jeden z fundamentów funkcjonowania wspólnego rynku. Idea jej uchwalenia wynika z potrzeby stworzenia transparentnych procedur dla zapewnienia uczciwego dostępu do kontraktów rządowych w całej w Europie. Tym samym, prawo zamówień publicznych stanowi element ogólnej polityki jednolitego rynku europejskiego i wprowadza procedury dla ucieleśnienia podstawowych swobód wynikających z Traktatu o funkcjonowaniu UE.

W tym zakresie europejskie prawo zamówień publicznych realizuje trzy zasadnicze cele, tj.: (i) zakaz dyskryminacji wykonawców w dostępie do zamówienia, (ii) udzielanie zamówień w transparentnych procedurach, w celu zabezpieczenia przed dyskryminacją i nadużywaniem uprawnień przez instytucje zamawiające, które mogłyby prowadzić do faworyzowania krajowych dostawców lub produktów, (iii) usunięcie barier w dostępie do rynku, także tych które nie mają dyskryminacyjnego charakteru, ale są nieproporcjonalne. Jakkolwiek inne efekty wynikają z regulacji zamówieniowej, jak np.: ujednoczenie procedur ubiegania się o zamówienie w UE, co stanowi ułatwienie dla uczestniczenia w przetargach w innych państwach członkowskich, czy też oszczędności po stronie sektora publicznego i poprawa jakości usług/dostaw (*value for money*), nie są one elementem budującym jednolity rynek i, tym samym, nie stanowią, jako takie, celu dyrektyw - są natomiast jednymi z ważniejszych efektów funkcjonowania wspólnego rynku.

Dyrektywa Rady z dnia 21 grudnia 1989 r. nr 89/665/EWG w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (Dz.U.UE.L.1989.395.33 ze zmianami), dalej: „**dyrektywa odwoławcza**” stanowi element regulacji systemu zamówień publicznych mający kluczowe znaczenie dla efektywności funkcjonowania systemu jako całości. Zgodnie bowiem z motywami dyrektywy odwoławczej brak skutecznych środków odwoławczych umożliwiających uchylenie bezprawnych decyzji stanowiących naruszenie przepisów zamówień publicznych oraz umożliwiających przyznanie odszkodowania, względnie ich nieefektywność, stanowią barierę w dostępie do europejskiego rynku zamówień publicznych (por. np. motyw 4). Dyrektywa wymaga zatem, aby państwa członkowskie wprowadziły odpowiednie procedury i stanowi, iż dostępne w zamówieniach publicznych środki odwoławcze powinny być skuteczne – to sformułowanie pojawia się w krótkiej treści dyrektywy aż 9 razy.

Trzeba podkreślić, że dyrektywa odwoławcza wymaga, aby procedury odwoławcze były dostępne dla każdego podmiotu, który ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia i poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przepisów w dziedzinie zamówień publicznych (Art. 1(3)). W tej kwestii wypowiedział się TSUE (sprawa C-570/08 *Symvoulio Apochetefseon Lefkosias przeciwko Anatheoritiki Archi Prosforon*), który stwierdził, że dla celów wnoszenia odwołań w ramach postępowań w sprawach udzielenia zamówienia publicznego prawodawca UE jako strony wskazał wyłącznie przedsiębiorstwa wspólnotowe (*podkreślenie własne*). Tym samym, dyrektywa oraz przepisy ją implementujące służą wdrożeniu mechanizmów służących ochronie praw wykonawców

ubiegających się o zamówienie w odpowiedzi na ewentualne bezprawne działania zamawiających podjęte w toku procedur przetargowych.

W tym sensie w ramach regulacji dotyczącej środków ochrony prawnej przepisy wprowadzają asymetrię, bowiem nie nakładają na państwa członkowskie obowiązku ustanowienia środków odwoławczych dla zamawiających. Wynika to właśnie z faktu, że uzasadnieniem dla istnienia dyrektywy odwoławczej jest umożliwienie za pomocą odpowiednich procedur odwoławczych dobrego stosowania przepisów materialnych w dziedzinie zamówień publicznych, które mają na celu zapewnienie przedsiębiorcom działającym w państwach członkowskich niezakłóconej i jak najszerzej konkurencji (por. także wyrok TSUE w sprawie C-337/06 *Bayerischer Rundfunk i in.*)

Sama dyrektywa odwoławcza wprowadza warunki minimalne dla ustanowienia skutecznego systemu środków ochrony prawnej. Szczegóły regulacji w tym zakresie pozostawione są bowiem państwu członkowskim, które mają za zadanie stworzyć mechanizmy korzystania ze środków prawnych skuteczne ze względu na panujące na lokalnym rynku zamówień publicznych realia i kulturę prawną. Dyrektywa wymaga jednak, aby przepisy krajowe przewidywały skuteczne środki tymczasowe mające na celu naprawę naruszeń w toku procedury o udzielenie zamówienia lub zapobieżenie dalszym szkodom, środki gwarantujące uchylene bezprawnych decyzji zamawiających oraz środki obejmujące skuteczne prawo do przyznania odszkodowania wykonawcy, który poniósł szkodę w wyniku naruszenia prawa zamówień publicznych (por. art. 2 ust. 1 dyrektywy odwoławczej).

2. Zakres regulacji odnośnie środków ochrony prawnej podlegający analizie i wymagający zmian.

2.1. Instrumenty prawne środków ochrony dostępne przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego.

2.1.1. Tymczasowe środki zabezpieczające

a) zawieszenie wykonywania czynności w toku procedury przetargowej

Polski system zamówień publicznych zgodnie z art. 183 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, (tekst jednolity Dz.U.2017.1579) (dalej: „**pzp**”) zapewnia, że w przypadku wniesienia odwołania zamawiający nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbą Odwoławczą (dalej: „KIO” lub „Izba”) wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze. Przepis ten jest zgodny z art. 2 ust. 3 dyrektywy odwoławczej. Dyrektywa jednakże opisuje problem efektywności procedur odwoławczych nieco szerzej, stanowiąc, że w sytuacji, gdy organ pierwszej instancji, który jest niezależny od instytucji zamawiającej, rozpatruje odwołanie od decyzji o udzieleniu zamówienia, państwa członkowskie zapewniają, aby instytucja zamawiająca nie mogła zawrzeć umowy przed podjęciem przez organ odwoławczy decyzji w sprawie wniosku o zastosowanie środków tymczasowych lub o odwołanie. Przepis dyrektywy umożliwia zatem

państwom członkowskim podjęcie wszelkich środków, w tym tymczasowych, mających za zadanie zapewnić, że środki odwoławcze są efektywne.

Cytowany przepis art. 183 ust. 1 pzp zabezpiecza wykonawcę korzystającego ze środków odwoławczych przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego, ale już nie przed otwarciem ofert, czy też wyborem oferty konkurenta. W szczególności wykonawca wnoszący odwołanie od treści postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia musi się liczyć z tym, że trwająca procedura odwoławcza nie będzie dla zamawiającego wystarczającym argumentem dla zawieszenia czynności w postępowaniu do czasu uzyskania wyroku. W motywach preambuły dyrektywy odwoławczej wskazano na doniosłe znaczenie środków zabezpieczających: *„z uwagi na krótki czas trwania procedur, właściwe organy odwoławcze muszą, między innymi, być upoważnione do podjęcia środków tymczasowych mających na celu zawieszenie takich procedur lub wykonania jakichkolwiek decyzji podejmowanych przez instytucję zamawiającą; krótki czas trwania procedur oznacza że wszelkie naruszenia, o których mowa powyżej, muszą być eliminowane w trybie pilnym”*. Ponadto w art. 2 ust.1 lit. a) dyrektywy odwoławczej jest mowa o konieczności zapewnienia możliwości skorzystania ze *„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.”*

Zakaz zawarcia umowy na etapie procedury odwoławczej toczącej się w pierwszej instancji jest jedynym środkiem zabezpieczającym interesy odwołującego, aby w przypadku uwzględnienia odwołania, osiągnęło ono swój cel. Przepisy nie przewidują możliwości udzielenia zabezpieczenia na etapie postępowania odwoławczego, ani też nie regulują wprost, jak ma wyglądać postępowanie zabezpieczające po wydaniu wyroku Izby. Zamawiający może na własne ryzyko nie czekać z terminem składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu do czasu uzyskania wyroku Izby.

Należy w tym miejscu wskazać, że chociaż zamawiający, decydując się podejmować różne czynności w toku postępowania odwoławczego, a przed wydaniem wyroku Izby, działa na własne ryzyko, to okoliczność, że doszło już do otwarcia ofert, ma w praktyce wpływ na wynik postępowania odwoławczego. Wyrok Izby uwzględniający w takiej sytuacji odwołanie powodowałby bowiem konieczność unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co z reguły jest dla zamawiającego sytuacją bardzo trudną, tak w kontekście dysponowania środkami finansowymi, jak z uwagi na realizację zadań, które to okoliczności Izba niejednokrotnie wzięła pod uwagę wydając rozstrzygnięcie niekorzystne dla wykonawcy.

Spośród szerokiej gamy czynności, jakie mogą być podejmowane przez zamawiającego podczas postępowania odwoławczego najbardziej jednak szkodliwe, pod względem wpływu na skuteczność odwołania jest otwarcie ofert. Z jednej strony powoduje to wzmocnienie pozycji zamawiającego na etapie odwołania, z drugiej strony prowadzi do ujawnienia informacji o cenach, co w przypadku powtórzenia postępowania ma wpływ na sytuację jego uczestników.

[POSTULAT #1]

Z tego względu postulujemy modyfikację treści art. 183 ust. 1 pzp w ten sposób, że przepis zakazywałby, do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku, zarówno zawarcia umowy, jak też otwarcia ofert w trwającym postępowaniu:

W przypadku wniesienia odwołania, do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, zwanych dalej "orzeczeniem" zamawiający nie może zawrzeć umowy, ani też nie może dokonać czynności otwarcia ofert.

Zwracamy uwagę, że przepis art. 183 ust. 2 pzp nadal pozwalałby zamawiającemu na złożenie do Izby wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy, który Izba mogłaby uwzględnić, jeżeli niezawarcie umowy mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego, w szczególności w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, przewyższające korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

[POSTULAT #2]

Postulujemy również dodatkowo o wyposażenie Izby w kompetencję do decydowania o innych formach zabezpieczenia interesu odwołującego, zgodnie z jego wnioskiem zawartym w odwołaniu, w szczególności poprzez nakazanie lub zakazanie podjęcia przez zamawiającego określonych czynności, jakie mogą okazać się niezbędne dla zapewnienia efektywności odwołania, w przypadku, gdyby zostało ono uwzględnione. Powinien to być rodzaj postępowania zabezpieczającego, w którym Izba rozstrzygałaby na posiedzeniu niejawnym, przesyłając wydane postanowienie stronom i uczestnikom postępowania odwoławczego faksem lub drogą elektroniczną, w celu zapewnienia jego niezwłocznego wykonania, bądź też na rozprawie, jeżeli wniosek o zabezpieczenie zostanie złożony na posiedzeniu poprzedzającym otwarcie rozprawy. Każdorazowo ocena okoliczności i adekwatności środka zabezpieczającego powinna być poddana pod rozagę Izby, uwzględniając interes wykonawcy oraz interes publiczny, ale przede wszystkim mając na względzie zapewnienie efektywności odwołania. Uregulowanie dotyczące postępowania zabezpieczającego na etapie postępowania odwoławczego mogłoby zostać wprowadzone do ustawy w art. 183 ust. 6 pzp:

Jeżeli najpóźniej do czasu otwarcia rozprawy odwołujący złoży wniosek o zabezpieczenie odwołania, Izba może w formie postanowienia nakazać lub zakazać zamawiającemu podjęcie określonych działań w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co do których Izba uzna, że są niezbędne dla zapewnienia efektywności odwołania. W przedmiocie zabezpieczenia Izba rozstrzyga postanowieniem. Jeżeli postanowienie jest wydane na posiedzeniu niejawnym, to Izba doręcza je niezwłocznie stronom i uczestnikom postępowania odwoławczego faksem lub drogą elektroniczną.

b) zakaz zawarcia umowy do czasu wniesienia skargi

W obecnym stanie prawnym okres *standstill*, czyli zakaz zawarcia umowy o zamówienie publiczne w przypadku wniesienia odwołania, trwa do zakończenia postępowania odwoławczego w pierwszej instancji. Jak wynika z raportu „Funkcjonowanie środków ochrony prawnej w krajach UE. Kluczowe wnioski”¹, takie rozwiązanie przewidują procedury odwoławcze aż 17 państw Unii Europejskiej (Anglia i Walia, Irlandia, Chorwacja, Dania, Estonia, Finlandia, Francja, Holandia, Hiszpania, Łotwa, Niemcy, Polska, Portugalia, Rumunia, Słowenia, Węgry, Szwecja). Równocześnie jednak w części z tych państw istnieje możliwość zakazania zawarcia umowy przez organ pierwszej lub drugiej instancji – na wniosek – także i na etapie rozpoznania sprawy w drugiej instancji. W Niemczech zakaz zawarcia umowy jest utrzymany do dwóch tygodni po upływie terminu do wniesienia skargi, a po tym czasie przedłużenie zakazu jest możliwe przez sąd na wniosek skarżącego.

W obecnym stanie prawnym strona zamierzająca wnieść skargę do sądu okręgowego zasadniczo ma możliwość wystąpienia do sądu okręgowego z wnioskiem o zabezpieczenie w postaci zakazu zawarcia umowy na czas trwania postępowania skargowego. Zgodnie z ogólnym odesłaniem z art. 198a ust 2 pzp, w postępowaniu toczącym się wskutek wniesienia skargi stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (dalej: „kpc”) o apelacji. Jednak z uwagi na to, że obowiązujący przepis odsyła do stosowania przepisów o apelacji, a nie wspomina wprost o możliwości stosowania przepisów o postępowaniu zabezpieczającym, istnieje rozbieżność w orzecznictwie sądowym co do możliwości udzielenia, na gruncie obecnie obowiązujących przepisów, zabezpieczenia skargi do sądu (mimo że przeważa pogląd o dopuszczalności zabezpieczenia w takim przypadku).

[POSTULAT #3]

Z uwagi na istniejące rozbieżności w orzecznictwie, niezbędne jest znowelizowanie treści art. 198a ust.2 pzp poprzez wyraźne odesłanie w tym również do postępowania zabezpieczającego:

W postępowaniu toczącym się wskutek wniesienia skargi stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego o apelacji, jeżeli przepisy niniejszego rozdziału nie stanowią inaczej. Przepisy o postępowaniu zabezpieczającym stosuje się odpowiednio.

Niezależnie od dalszych wywodów skupiających się przede wszystkim na doniosłości zabezpieczenia w postaci zakazu zawarcia umowy, należy wskazać, że to wnioskodawca we wniosku o zabezpieczenie określa sposób zabezpieczenia. Szereg sposobów

¹ Raport opracowany przez Stowarzyszenie Prawa Zamówień Publicznych, dostępny na stronie internetowej Stowarzyszenia pod adresem: <http://stowarzyszeniepzp.pl/images/2017PDF/Funkcjonowanie-rodkw-ochrony-prawnej-w-krajach-UE-Kluczowe-wnioski.pdf>

zabezpieczenia może być celowy stosownie do przedmiotu sporu, wobec czego przepisy o postępowaniu zabezpieczającym powinny być stosowane odpowiednio również do zamówień publicznych w całości.

W propozycji brzmienia art. 198a ust. 2 pzp używamy zwrotu o odpowiednim stosowaniu przepisów o postępowaniu zabezpieczającym. Przykładowo Sąd Okręgowy w Krakowie już 2009 roku wypowiedział się w przedmiocie dopuszczalności wniosku o zabezpieczenie w sprawie ze skargi na orzeczenie Izby (postanowienie z 5 listopada 2009, XII Ga 350/09, Lex nr 564640). Sąd zwrócił jednakże uwagę, że odpowiednie stosowanie przepisów o apelacji oznacza konieczność uwzględniania specyfiki postępowania skargowego uregulowanego w pzp. Z uwagi na to, że generalną zasadą jest, że wydanie wyroku przez Izbę umożliwia zamawiającemu zawarcie umowy (art. 183 ust. 1 pzp), to udzielenie zabezpieczenia w postaci zakazu zawarcia umowy powinno mieć miejsce tylko w wyjątkowych przypadkach.

Pogląd wyrażony przez Sąd Okręgowy w Krakowie jest jak najbardziej słuszny, a także spójny z istniejącą regulacją w przedmiocie postępowania zabezpieczającego w procedurze cywilnej. Należy zwrócić uwagę, że sąd udziela zabezpieczenia wówczas, gdy ustali, że bez udzielenia zabezpieczenia uprawniony może być pozbawiony zaspokojenia lub w inny sposób pozbawiony ochrony prawnej. Odpowiednie stosowanie przepisów pzp w tym zakresie powinno polegać na ocenie w duchu art. 2 ust. 5 dyrektywy odwoławczej, czyli przy wzięciu pod uwagę prawdopodobnych konsekwencji zastosowania środków tymczasowych dla wszystkich interesów, co do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku, a także dla interesu publicznego, i w razie uznania, że negatywne konsekwencje zabezpieczenia mogą przewyższyć płynące z niego korzyści, odmowie udzielenia zabezpieczenia.

Powracając jednak na grunt pzp zwracamy uwagę, że możliwość zawarcia przez zamawiającego umowy nawet już w dniu ogłoszenia orzeczenia przez Izbę, w przypadku jeśli odwołanie dotyczy wyboru oferty najkorzystniejszej powoduje, że wniesienie skargi do sądu nie ma dla odwołującego, w kontekście celów dyrektywy odwoławczej, żadnego praktycznego znaczenia (szczególnie w świetle obecnej regulacji dotyczącej możliwości unieważnienia zawartej umowy o zamówienie publiczne oraz unormowań związanych z odszkodowaniem za utratę zamówienia, o czym mowa w dalszej części niniejszego opracowania). Jeżeli bowiem do zawarcia umowy o zamówienie publiczne może dojść niezwłocznie po wydaniu wyroku Izby, to środki ochrony prawnej uregulowane w pzp, mimo, że przewidują prawo odwołującego do wniesienia skargi do organu sądowego, *de facto* nie dają za jej pośrednictwem żadnej realnej możliwości ani usunięcia bezprawności w działaniu zamawiającego, ani zapobieżenia szkodzie wynikającej z tego naruszenia.

[POSTULAT #4]

Z tego względu postulujemy, że opisywana wyżej modyfikacja art. 183 ust. 1 pzp (poprzez dodanie zakazu otwarcia ofert) powinna być dokonana w szerszym zakresie, jak następuje:

W przypadku wniesienia odwołania, zamawiający nie może dokonać otwarcia ofert do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze. Zamawiający nie może również zawrzeć umowy:

- 1) *wcześniej, niż po upływie terminu do wniesienia skargi do sądu, o której mowa w art. 198a ust. 1 pzp,*
- 2) *w przypadku gdy w skardze został zawarty wniosek o zabezpieczenie poprzez zakazanie zawarcia umowy, umowy nie można zawrzeć do czasu rozpoznania wniosku o zabezpieczenie.*

Powyższa propozycja brzmienia przepisu odzwierciedla postulat, aby skarga do sądu stała się skutecznym instrumentem ochrony praw wykonawców. Należy wskazać, że bardzo mały procent spraw z zakresu zamówień publicznych jest kierowany do sądu. W oparciu o dane ze „Sprawozdania Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2016 r.” (Warszawa, czerwiec 2017 – dane za rok 2017 jeszcze nie są dostępne) oraz o „Informację o działalności Krajowej Izby Odwoławczej w 2016 r.”, spośród 2508 odwołań rozpoznanych w przez Izbę w 2016 roku, tylko 130 doczekało się rewizji w postępowaniu ze skargi przed sądem. Z tego tylko 85 skarg zostało wniesionych przez wykonawców. Nie wiadomo, ile z nich kwestionowało wybór wykonawcy i w jakiej ilości spraw umowa została zawarta przed zakończeniem postępowania sądowego.

Niewątpliwie tylko niewielki odsetek postępowań odwoławczych (mniej niż 4% spraw) jest związanych z wniesieniem w ich następstwie skargi do sądu. Tak mała ilość nie jest jednak tylko efektem trafności orzekania na poziomie Izby, ale również obrazem barier, jakie napotykają wykonawcy w dochodzeniu ochrony swoich interesów na gruncie dyrektywy odwoławczej, o czym mówimy szerzej w następnych częściach niniejszego opracowania.

Niezależnie jednak należy stwierdzić, że postulowane przez nas przedłużenie okresu *standstill* (zakazu zawarcia umowy), nie będzie miało wpływu na zwiększenie ilości skarg wnoszonych do sądu, a również w niewielkim procencie przypadków doprowadzi do utrzymania zakazu zawarcia umowy również w czasie postępowania sądowego.

O wymogach dowodowych umożliwiających uzyskanie zabezpieczenia roszczenia już wspomnieliśmy wyżej, z czego wynika, że uzyskanie zabezpieczenia nie jest sprawą prostą bowiem wymaga uprawdopodobnienia interesu wnioskującego, a do tego sądy rozpatrują istnienie interesu w ustanowieniu zakazu zawarcia umowy z uwzględnieniem specyfiki pzp, gdzie ogólną zasadą jest, iż zamknięcie postępowania odwoławczego otwiera możliwość zawarcia umowy przez zamawiającego.

Należy jednak wskazać, że umożliwienie realnego zablokowania zawarcia umowy w sytuacjach, w których doszło do wyboru wykonawcy z naruszeniem przepisów pzp jest konieczne, aby instytucja skargi mogła być skutecznym instrumentem pozwalającym wykonawcom na realizację prawa do weryfikacji orzeczenia Izby przez organ sądowy. Ponieważ obecnie zamawiający mają uprawnienie do zawarcia umowy zanim rozstrzygnię się postępowanie skargowe, to instytucja skargi jest nieskuteczna wszędzie tam, gdzie skarga dotyczy wyboru wykonawcy. Rodzi to konieczność weryfikacji istniejących uregulowań pod kątem doprowadzenia ich do brzmienia, w którym mogą realnie gwarantować wykonawcom zgodnie z art. 1 ust. 9 dyrektywy odwoławczej, że w przypadku gdy organ odwoławczy, tak jak Izba, nie ma charakteru sądowego, wszelkie ewentualnie bezprawne środki podjęte przez Izbę, lub wszelkie uchybienia w wykonywaniu nadanych

Izbie uprawnień będą mogły być przedmiotem oceny na etapie postępowania w sądzie w ramach skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej.

2.1.2. Wybrane aspekty procedur prowadzących do uchylenia decyzji zamawiających podjętych niezgodnie z pzp

2.1.2.1. Tajemnica przedsiębiorstwa w postępowaniu odwoławczym przed KIO.

a) wyłączenie jawności rozprawy przed KIO

W związku z wysoką profesjonalizacją, a także chronioną ustawowo jawnością i konkurencyjnością rynku zamówień publicznych, szczególnej wagi nabiera znalezienie złotego środka w ochronie sprzecznych wartości i różnych interesów prawnie chronionych. Dotyczy to m.in. ochrony informacji stanowiących realną tajemnicę przedsiębiorstwa poszczególnych wykonawców, decydującą o ich pozycji rynkowej, a także z drugiej strony, zabezpieczenia przeprowadzenia jawnego i kontradyktoryjnego procesu w ramach środków ochrony prawnej. Obowiązujące w tym zakresie regulacje prawne wykazują pewne niedostatki, które w zależności od interpretacji i praktyk, mogą prowadzić do nieprawidłowości w przebiegu postępowania odwoławczego, w szczególności w zakresie postępowania dowodowego prowadzonego przez strony oraz sposobu sporządzania uzasadnień wyroków KIO.

Na poziomie regulacji ustawowej jedynymi przepisami w zakresie postępowania odwoławczego dotyczącymi ochrony informacji niejawnych są przepisy dotyczące przebiegu rozprawy (art. 189 ust. 5 i n. pzp). Co do zasady KIO rozpoznaje odwołanie na jawnej rozprawie, może jednak na wniosek strony lub z urzędu wyłączyć jawność rozprawy w całości lub części, jeżeli przy rozpoznaniu może być ujawniona informacja stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa. Rozprawa odbywa się wówczas wyłącznie z udziałem stron lub ich pełnomocników. Przepis nie zezwala w takiej sytuacji na udział przystępującego w takiej rozprawie lub jej części prowadzonej z wyłączeniem jawności.

Skutkiem powyższego z jednej strony wykonawcy przystępujący do postępowania odwoławczego nie mogą uczestniczyć w rozprawie, nawet jeżeli dotyczy ona przykładowo zawartości ich ofert, co jest rozwiązaniem nieprawidłowym. Z drugiej natomiast strony w przypadku, gdy odwołanie dotyczy oferty innego wykonawcy objętej tajemnicą przedsiębiorstwa, odwołujący nie powinien uczestniczyć w rozprawie, której jawność z tego względu wyłączono, natomiast zamawiający i przystępujący powinni mieć swobodę w prezentacji materiału objętego tajemnicą.

[POSTULAT #5]

Postulujemy zmianę przepisów na regulacje, które zapewnią ochronę informacji wrażliwych wykonawców i jednocześnie umożliwią im pełną prezentację tego typu informacji przed Izłą. Rozprawa z wyłączeniem jawności winna odbywać się z udziałem tych uczestników, którzy

do danych informacji zastrzeżonych będących jej przedmiotem, rzeczywiście mają dostęp. Należy odejść od sztywnej regulacji przewidującej obligatoryjny udział w rozprawie odwołującego i zamawiającego.

b) dostęp do dokumentacji postępowania odwoławczego

W myśl przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań, dalej: „**rozporządzenie w sprawie dokumentów**”, akta sprawy odwoławczej co do zasady są jawne i podlegają udostępnieniu przez Prezesa Izby w siedzibie UZP stronom oraz uczestnikom postępowania odwoławczego, na ich wniosek, w terminie uzgodnionym z przewodniczącym składu orzekającego (§ 8). Udostępnieniu nie podlegają m.in. informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

Z przepisów rozporządzenia w sprawie dokumentów wykreślono natomiast regulację § 23, według której, skład orzekający w toku rozprawy podejmuje decyzję w sprawie dopuszczalności udostępnienia stronom i uczestnikom postępowania odwoławczego treści dokumentacji postępowania odwoławczego, która może zawierać informacje stanowiące tajemnicę chronioną na podstawie odrębnych przepisów inne niż informacje niejawne w rozumieniu przepisów o ochronie informacji niejawnych.

Oznacza to, że w toku postępowania odwoławczego jego uczestnicy nie uzyskują dostępu do informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, nawet jeżeli ewidentnie nie mają one takiego charakteru – kontrola nad powyższym ze strony Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, która miałaby być realizowana w ramach procedury dostępu do akt postępowania, jest iluzoryczna i nie zapewnia zapoznania się z materiałem procesowym, a przynajmniej nie w newralgicznym czasie do zamknięcia rozprawy. Daje się już obserwować praktyka zastrzegania jako tajemnica przedsiębiorstwa przedkładanej argumentacji prawnej, która następnie nie jest udostępniana innym uczestnikom postępowania.

W naszej ocenie celem zapewnienia realnej kontroli nad postępowaniem dowodowym i przeciwdziałania nadużywaniu klasyfikowania przedstawianych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa składanych w trakcie postępowania odwoławczego należy zwiększyć uprawnienia składów orzekających KIO w tym zakresie.

[POSTULAT #6]

Postulujemy przywrócenie regulacji § 23 rozporządzenia w sprawie dokumentów w celu umożliwienia bieżącego i szybkiego przeciwdziałania nadużyciom obejmowania przedkładanych dokumentów zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa w trakcie prezentacji materiału procesowego. Ewentualnie należy postulować wypracowanie nowej regulacji, która będzie przeciwdziałała nadużywaniu instytucji zastrzegania informacji wypaczającej przebieg postępowania odwoławczego, a jednocześnie odpowiadała wymogom dyrektywy (UE) 2016/943 z dnia 8 czerwca 2016 r. w sprawie ochrony niejawnego *know-how* i niejawnych informacji handlowych (tajemnic przedsiębiorstwa) przed ich

bezprawnym pozyskiwaniem, wykorzystywaniem i ujawnianiem, zwłaszcza z uwzględnieniem art. 9 ust. 3 ww. dyrektywy.

c) uzasadnienia wyroków KIO w zakresie odnoszącym się do tajemnicy przedsiębiorstwa

Kolejnym problemem dotyczącym przetwarzania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa wynikającym z braku regulacji w tym zakresie, jest kwestia sporządzania uzasadnień do orzeczeń Izby i podawania tam tego typu danych, na których oparto zapadłe rozstrzygnięcie. Na podstawie dotychczasowej praktyki Izby zidentyfikować można trzy podstawowe sposoby radzenia sobie z tym problemem przez różne składy orzekające:

- rozwiązanie pierwsze: w uzasadnieniu w ogóle nie podaje się żadnych informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, na których oparła się Izba, ale wskazuje się, że zapadłe rozstrzygnięcie zostanie uzasadnione jedynie ogólnie ze względu na niemożność podania informacji wrażliwych;
- rozwiązanie drugie: uzasadnienie sporządzane jest w sposób wyczerpujący, z podaniem pełnej podstawy faktycznej rozstrzygnięcia i wniosków z niej wyprowadzanych, a następnie, w odpisach wyroków przeznaczonych do przekazania uczestnikom postępowania odwoławczego, którzy dostępu do zastrzeżonych danych nie posiadają, zakrywane są fragmenty czy zdania, które mogą zawierać tajemnicę przedsiębiorstwa;
- rozwiązanie trzecie: uzasadnienie sporządzane jest w dwóch częściach: części ogólnej i jawnej dla wszystkich oraz załącznika zawierającego rozważania dotyczące informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, który przekazywany jest tylko uprawnionym.

[POSTULAT #7]

Postulujemy wprowadzenie regulacji zgodnej z rozwiązaniem drugim lub trzecim w celu ujednoczenia praktyki orzeczniczej.

d) ochrona tajemnicy przedsiębiorstwa w postępowaniu przez sądem okręgowym

Przepisy kpc nie uwzględniają specyfiki postępowań o udzielenie zamówienia publicznego oraz związanych z tym postępowań odwoławczych przez KIO w odniesieniu do ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa i nie zapewniają odpowiedniej ochrony w tym zakresie w trakcie postępowań skargowych przed sądem okręgowym, analogicznej do ochrony zapewnianej w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz postępowania przed KIO.

Jedynym przepisem kpc w tym zakresie znajdującym zastosowanie do postępowań skargowych jest art. 153 § 1¹ kpc, zgodnie z którym sąd może wyłączyć jawność zewnętrzną rozprawy na wniosek strony, gdy mogą być ujawnione okoliczności stanowiące tajemnicę jej przedsiębiorstwa. Wyłączenie jawności dotyczy jedynie udziału w rozprawie osób nie

będących stroną lub uczestnikiem postępowania skargowego (czyli tzw. publiczności), a zatem w węższym zakresie niż przewiduje to obecny art. 189 ust. 6 pzp.

W konsekwencji, nawet jeżeli:

- postępowanie przed KIO toczyło się w całości lub części z wyłączeniem jawności (co w konsekwencji zgodnie z obecnym brzmieniem art. 189 ust. 6 pzp oznacza, że w rozprawie prowadzonej z wyłączeniem jawności uczestniczą tylko strony i ich pełnomocnicy, tj. bez udziału przystępujących i publiczności),
- znajdujące się w aktach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dokumenty (jak np. części ofert czy też wyjaśnienia odnoszące się do oferty w zakresie objętym zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa) zostały skutecznie zastrzeżone przez wykonawcę (por. art. 8 ust. 3 pzp) jako tajemnica przedsiębiorstwa,
- składane do akt sprawy w toku postępowania odwoławczego przed KIO pisma procesowe, dowody i inne dokumenty zawierające informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa nie były jawne dla stron i uczestników postępowania odwoławczego (poza składem orzekającym Izby oraz zamawiającym),

to przepisy kpc nie zapewniają informacjom skutecznie zastrzeżonym jako tajemnica przedsiębiorstwa poziomu ochrony adekwatnego do tego, który miały one na etapie wcześniejszym, to jest w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz postępowania odwoławczego przed KIO.

Takie zróżnicowanie ochrony nie wydaje się zasadne i godzi w interes wykonawców, którzy mają prawo oczekiwać, iż przedłożone przez nich informacje skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa (co podlega kontroli poprzez skorzystanie ze środków ochrony prawnej) będą tej ochronie podlegać w pełnym toku instancji.

[POSTULAT #8]

Postulujemy wprowadzenie w Rozdziale 3 (Skarga do sądu) Działu VI pzp regulacji wzorowanej na art. 479³³ kpc², to jest wprowadzenie generalnej zasady:

- zgodnie z którą w postępowaniu przed sądem okręgowym wszczętym skargą na orzeczenie KIO chroniona byłaby tajemnica przedsiębiorstwa oraz inne tajemnice podlegające ochronie na podstawie odrębnych przepisów (analogicznie do art. 479³³ § 1 kpc) oraz
- przewidującej, iż sąd z urzędu ogranicza w niezbędnym zakresie pozostałym stronom i uczestnikom prawo wglądu do akt postępowania odwoławczego przez KIO oraz materiału dowodowego załączonego przez strony i uczestników do akt sprawy w toku postępowania sądowego, jeżeli udostępnienie tego materiału groziłoby ujawnieniem

² odnoszącym się do postępowań w sprawach z zakresu ochrony konkurencji

tajemnicy przedsiębiorstwa lub innych tajemnic podlegających ochronie na podstawie odrębnych przepisów. (por. też art. 479³³ § 3 - § 5 kpc).

2.1.2.2. Dostosowanie rozstrzygnięcia o kosztach postępowania przed Izłą do możliwych rozstrzygnięć w sprawie zarzutów odwołania

W myśl przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania, obowiązuje generalna zasada ponoszenia kosztów postępowania w całości przez stronę przegrywającą.

Kazuistyczna i sztywna regulacja zawarta w ww. rozporządzeniu, enumeratywnie wyliczająca kilka sytuacji procesowych i strony, które w takich sytuacji ponoszą koszty postępowania, nie odpowiada skomplikowanemu układowi rozstrzygnięć w przypadku złożonych zarzutów odwoławczych i rozstrzygnięć zapadających w ich zakresie: częściowych uwzględnień zarzutów odwołania przez zamawiającego i częściowych sprzeciwów wnoszonych przez różnych uczestników postępowania w rozmaitych konfiguracjach.

Powyższemu nie odpowiada równie kazuistyczna i na dodatek niepełna, regulacja art. 186 pzp opisująca możliwe rozstrzygnięcia Izby w takich przypadkach, która wymagałaby uzupełnienia. Jednakże najistotniejsza jest w tym przypadku jasna i adekwatna do zapadłego rozstrzygnięcia regulacja rozkładów kosztów postępowania.

Stan taki rodzi niepewność uczestników postępowania odwoławczego, co do sposobu jego rozstrzygnięcia w ogóle (głównie co do zakresu umorzenia postępowania odwoławczego oraz rozpoznania zarzutów), a także rozstrzygnięcia o kosztach, które może w takim przypadku orzec Izba. Wydaje się, że nieodzowne będą w tym przypadku zmiany art. 186 pzp oraz przepisów ww. rozporządzenia, sprowadzające się nie tylko do zmiany sposobu regulacji, ale też samych jej założeń.

[POSTULAT #9]

Postulujemy odejście od sekwencji kazuistycznego opisywania w kolejnych jednostkach redakcyjnych art. 186 coraz bardziej skomplikowanego układu uwzględnień, sprzeciwów i przystąpień. Wydaje się, iż legislacyjnie wystarczy, np. w uzupełnieniu do przepisu opisującego uprawnienia zamawiającego i wykonawców w przedmiocie uwzględnień zarzutów i sprzeciwów, zawrzeć generalną regulację, iż Izba rozpoznaje odwołanie w spornym zakresie, a umarza w zakresie zarzutów uwzględnionych i niespornych. Natomiast w zakresie regulacji o kosztach postępowania należy odejść od zasady ich zero-jedynkowego rozkładu.

Dzielenie kosztów, nawet tylko w częściach równych (jeżeli ustawodawca z jakichś powodów uzna, że nie można przyznać Izbie pełnego uprawnienia do ich proporcjonalnego i uznaniowego zasądzania) pomiędzy wszystkich uczestników postępowania, którzy w jakimkolwiek zakresie je przegrali, będzie rozwiązaniem lepszym od aktualnego, dwubiegowego schematu, który do skomplikowanego układu możliwych sytuacji

procesowych i rezultatów postępowań odwoławczych w żaden sensowny i sprawiedliwy sposób nie może być zastosowany.

2.1.2.3. Termin na wniesienie skargi

W aktualnym stanie prawnym, skargę do sądu okręgowego na orzeczenie KIO wnosi się za pośrednictwem Prezesa Izby w terminie 7 dni od dnia doręczenia orzeczenia Izby (art. 198b ust. 2 pzp). Termin ten wydaje się zbyt krótki, biorąc zwłaszcza pod uwagę fakt, iż orzeczenia i uzasadnienia orzeczeń Izby często dotyczą skomplikowanych zagadnień faktycznych i prawnych, obejmują rozstrzygnięcia wielu zarzutów, a ich objętość wyrażana jest często dziesiątkami, a nawet setkami stron. Wskazany okres 7 dni kalendarzowych (w ramach których często przypadają dni świąteczne i wolne od pracy) oznacza *de facto* maksymalnie 5 dni roboczych na analizę orzeczenia, podjęcie decyzji co do zaskarżenia, zgromadzenia nowych dowodów i argumentacji oraz sporządzenie skargi.

Ponadto w terminie 21 dni od dnia wydania orzeczenia skargę na orzeczenie Izby może wnieść także Prezes UZP. W obecnym stanie prawnym liczenie terminu na wniesienie skargi przez Prezesa UZP, od daty wydania orzeczenia, a więc jego ogłoszenia, powoduje zatem, iż w przypadku opóźnienia Izby w sporządzeniu i przekazaniu uzasadnienia, Prezes UZP jest zmuszony skarżyć orzeczenie, którego uzasadnienia nie zna, a nawet często nie zna ustnych motywów jego wydania.

W naszej ocenie wskazane jest zrównanie terminu na zaskarżenie orzeczenia dla Prezesa UZP oraz stron/uczestników postępowania odwoławczego, do 14 dni od otrzymania orzeczenia wraz z uzasadnieniem. Doprowadzi to do ujednoczenia terminu, w którym zamawiający uzyskuje pewność, a przynajmniej może w uzasadniony sposób przyjmować, że orzeczenia dotyczącego postępowania o udzielenie zamówienia nie zaskarżono.

[POSTULAT #10]

Postulujemy:

- zmianę oznaczenia momentu, od którego rozpoczyna swój bieg termin na złożenie skargi przez Prezesa UZP - powinna to być data przekazania uzasadnienia orzeczenia do Urzędu Zamówień Publicznych;
- zrównanie terminu na zaskarżenie orzeczenia dla Prezesa UZP oraz stron i uczestników postępowania odwoławczego i ustalenie go na 14 dni od otrzymania orzeczenia wraz z uzasadnieniem.

2.1.2.4. Powołanie wyspecjalizowanego sądu lub zmniejszenie ilości sądów rozpoznających środki ochrony prawnej, o których mowa w pzp

Konieczność powołania wyspecjalizowanego sądu orzekającego w sprawach skarg na orzeczenia KIO bądź ograniczenie liczby sądów orzekających w tych sprawach jest szeroko

podnoszona i akceptowana. Ograniczenie liczby sądów rozpoznających skargi na orzeczenia KIO (w wariantcie maksymalnym do jednego) umożliwi specjalizację sędziów orzekających w sprawach zamówień publicznych, a przez to znacząco wpłynie na ujednoczenie orzecznictwa sądów i Izby.

[POSTULAT #11]

Popieramy postulat powołania wyspecjalizowanego sądu orzekającego w sprawach skarg na orzeczenia KIO bądź zmniejszenia liczby (do kilku) sądów orzekających w tych sprawach.

2.1.2.5. Obniżenie opłaty od skarg na orzeczenia KIO

W pierwszym roku funkcjonowania Krajowej Izby Odwoławczej (od 5 grudnia 2007 roku do 31 grudnia 2008 roku) rozpoznano 1609 odwołań oraz wniesiono 280 skarg do sądów okręgowych na orzeczenia Izby³. W roku 2016 przy 2496 odwołaniach wniesiono jedynie 130 skarg na orzeczenia KIO, z tego mniej niż połowa została rozpoznana przez sądy okręgowe⁴. Przy czym w znacznej ilości przypadków skarżący nie wnoszą opłaty od skargi, co jest główną przyczyną odrzuceń skarg i braku merytorycznego rozpoznawania ich zarzutów. Można wnosić, że przyczyną takiej praktyki po stronie skarżących jest właśnie wysokość opłaty od skargi.

Powyższe zestawienie wystarczająco obrazuje znaczenie wysokości opłaty od skargi na częstotliwość korzystania z tego środka ochrony prawnej przez uczestników postępowań odwoławczych – w roku 2008 opłata stała od skargi na orzeczenie KIO wynosiła zgodnie z art. 34 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych 3.000 zł., w roku 2016 była to opłata w wysokości pięciokrotności wpisu wniesionego od odwołania w sprawie, której dotyczy skarga, a więc kwoty 37.500 zł, 50.000 zł, 75.000 zł i 100.000 zł w zależności od wartości zamówienia i jego przedmiotu.

Z powyższych danych wynika również, iż niska opłata od skargi w wysokości 3.000 zł nie powodowała bynajmniej inflacji w korzystaniu z tego środka ochrony prawnej, która mogłaby zagrażać sprawności funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości, jak też całego systemu zamówień publicznych. Natomiast jej ustalenie na poziomie od 37.500 zł do 100.000 zł może stanowić i stanowi barierę do wnoszenia skarg na orzeczenia KIO, zwłaszcza dla małych i średnich przedsiębiorców. Opłata na obecnym poziomie może więc być uznana za nazbyt wysoką i ograniczającą dostęp do II instancji, zarówno dla zamawiających, jak i wykonawców i z tej racji powinna być obniżona.

Wsparcie dla powyższej tezy znajduje się również w wynikach ankiety na temat funkcjonowania systemu środków ochrony prawnej przeprowadzonej przez Stowarzyszenie Prawa Zamówień Publicznych,⁵ gdzie większość ankietowanych postuluje obniżenie opłaty od skargi.

³ Informacja o działalności Krajowej Izby Odwoławczej w latach 2007 i 2008 dostępna na stronie Urzędu Zamówień Publicznych www.uzp.gov.pl

⁴ Informacja o działalności Krajowej Izby Odwoławczej w 2016 r. www.uzp.gov.pl

⁵ Por. „Ankieta na temat odwołań do KIO oraz skarg od wyroków KIO do sądów okręgowych w ramach toczących się postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Analiza i podsumowanie odpowiedzi” opublikowana na

[POSTULAT #12]

Postulujemy ustalenie stałej opłaty od skargi na orzeczenie KIO na poziomie maksymalnie **dwukrotności** wpisu od odwołania wniesionego w sprawie.

2.1.2.6. Skarga na zwrot odwołania

Zgodnie z art. 187 ust. 6 pzp w przypadku nieuiszczenia wpisu w terminie, o którym mowa w ust. 2, oraz po bezskutecznym upływie terminu, o którym mowa w ust. 3 i 5, Prezes Izby zwraca odwołanie w formie postanowienia. Przepisy nie przewidują jednak środka zaskarżenia wobec postanowienia o zwrocie odwołania wydanego przez Prezesa KIO. Zgodnie bowiem z art. 198a ust. 1 pzp skarga do sądu przysługuje jedynie na orzeczenie Izby. Powyższy stan prawny zasługuje na krytykę, ponieważ brak środka zaskarżenia w stosunku do postanowień Prezesa Izby w przedmiocie zwrotu odwołania oznacza brak jakiegokolwiek kontroli instancyjnej takich orzeczeń, gdy tymczasem orzeczenie Prezesa KIO kończy postępowanie w sprawie, zamyka bowiem wykonawcy drogę do rozpoznania sprawy co do jej istoty.

[POSTULAT #13]

Postulujemy wprowadzenie w Rozdziale 3 (Skarga do sądu) Działu VI pzp regulacji umożliwiającej zaskarżenie postanowień Prezesa Izby o zwrocie odwołania.

2.1.2.7. Przystąpienie do postępowania odwoławczego

Zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie i na zasadach określonych tym przepisem. Braki formalne zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego traktuje się jako nieusuwalne i skutkujące uznaniem przez Izbę o nieskuteczności przystąpienia.

Przepisy pzp kwestię usuwania braków formalnych regulują jedynie w odniesieniu do odwołania. W praktyce do takiej sytuacji dochodzi najczęściej wobec stwierdzenia przez Izbę braku wykazania prawidłowego umocowania dla osoby wnoszącej zgłoszenie przystąpienia w momencie dokonania zgłoszenia do Prezesa KIO. Brak przy tym przepisu, który pozwalałby wykonawcy niedopuszczonemu do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania do zaskarżenia rozstrzygnięcia Izby w tym zakresie, co utrudnia dalsze zaskarżenie wyroku Izby, który bezpośrednio dotyka interesów tegoż wykonawcy.

Co prawda przepis art. 185 ust. 4 pzp wprost stanowi tylko o niedopuszczalności skargi na postanowienie o uwzględnieniu albo oddaleniu opozycji przeciw przystąpieniu innego

wykonawcy, a nadto przepis art. 179 ust. 1 pzp szeroko określa krąg podmiotów uprawnionych do złożenia środków ochrony prawnej, jednak już przepis art. 198a ust. 1 pzp wskazuje, że skarga do sądu na orzeczenie Izby przysługuje stronom oraz uczestnikom postępowania odwoławczego. Tymczasem status uczestnika postępowania odwoławczego uzyskuje wykonawca, gdy Izba stwierdzi skuteczność zgłoszenia przystąpienia.

Powstaje więc istotna wątpliwość, jak wykonawca, który nieskutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego, może zaskarżyć niekorzystne dla siebie orzeczenie Izby. Powyższy problem nabiera szczególnego znaczenia w sytuacji, gdy zarzuty odwołania skutkujące odrzuceniem oferty takiego wykonawcy lub jego wykluczeniem zostaną przez Zamawiającego uwzględnione i w okolicznościach opisanych w art. 186 ust. 2 i 3a pzp Izba nie podda sprawę merytorycznemu rozpoznaniu.

Odpowiednie, postulowane jak niżej, zmiany w procedurze nie spowodowałyby nadmiernej przewlekłości postępowań odwoławczych, stanowiłyby natomiast pełniejsze zabezpieczenie interesu uczestników postępowań odwoławczych.

[POSTULAT #14]

Postulujemy wprowadzenie:

- możliwości zaskarżenia postanowienia w sprawie niedopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze przystępującego,
- możliwości uzupełnienia braków formalnych zgłoszenia przystąpienia, na zasadach analogicznych do uzupełniania braków formalnych odwołania, o których mowa w art. 187 ust. 3 pzp.

Zgodnie z art. 179 ust. 2 pzp środki ochrony prawnej wobec ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia przysługują organizacjom wpisanym na listę prowadzoną przez Prezesa UZP. Treść tego przepisu znacznie zawęża możliwość działania takiej organizacji, w szczególności nie dopuszcza zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego przez organizację, nawet gdy rozstrzygnięcie danej sprawy będzie leżało w interesie podmiotów, które dana organizacja zrzesza czy reprezentuje (przykładowo z praktyki – w sprawach dotyczących udzielania zamówień in-house, sprawy te bowiem nie mieszczą się w katalogu spraw z art. 179 ust. 2 Pzp). Organizacja wpisana na listę, o której mowa w art. 154 pkt 5 Pzp w zw. z art. 179 ust. 2 Pzp powinna być uprawniona do kwestionowania także innych czynności zamawiającego. Cel zgłoszenia przystąpienia, np. zgodna ze statutem/uchwałą programową ochrona interesów zrzeszonych członków, dodatkowo zapewnia realizację zasady uczciwej konkurencji przez zapobieganie nieprawidłowemu działaniu zamawiających w sprawach mających istotne znaczenie systemowe (jak przykładowe zamówienia in-house).

[POSTULAT #15]

Postulujemy wprowadzenie możliwości zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego przez organizację wpisaną na listę, o której mowa w art. 154 pkt 5 pzp, w innych przypadkach niż opisane w art. 179 ust. 2 pzp, jeżeli organizacja wykaże interes

(biorąc pod uwagę statutową ochronę interesów zrzeszonych członków) w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje.

2.1.2.8. Uchylenie orzeczenia KIO przez sąd okręgowy i przekazanie do ponownego rozpoznania

W świetle obowiązujących przepisów Działu VI Rozdz. 3 pzp dotyczących skargi na orzeczenie Izby, których interpretacja znalazła potwierdzenie w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 17 listopada 2017 r., sygn. akt III CZP 58/17, wyłączona jest możliwość kasatoryjnego orzeczenia przez sąd okręgowy w wyniku rozpoznania skargi na orzeczenie KIO i zwrot odwołania do ponownego rozpoznania. Prowadzi to do sytuacji, w której w przypadku, gdy Izba nie orzekła o zarzutach, sąd okręgowy rozpoznaje te zarzuty właściwie w pierwszej instancji.

W naszej ocenie należałoby rozważyć postulat dopuszczenia, przynajmniej w pewnym ograniczonym zakresie, możliwości orzeczenia kasatoryjnego przez sąd okręgowy i zwrotu sprawy do KIO. Tego typu orzeczenia mogłyby dotyczyć co najmniej orzeczeń formalnych KIO, to jest odrzucenia odwołania i umorzenia postępowania przez KIO bądź również wyroków KIO, w których Izba uznała za niespełnione przesłanki z art. 179 ust. 1 pzp i w rezultacie oddaliła odwołanie.

Przy odpowiednich zmianach w procedurze, np. polegających na skróceniu terminów sądowych dla wydania orzeczenia w sprawie skargi na odrzucenie odwołania lub umorzenia postępowania oraz skróceniu terminów, w których Izba miałaby rozstrzygnąć sprawę zwróconą do ponownego rozpoznania, nie spowodowałyby to również nadmiernej przewlekłości postępowań odwoławczych. Natomiast z drugiej strony, stanowiłoby pełniejsze zabezpieczenie interesu uczestników postępowań odwoławczych, którzy mogliby liczyć na rozpoznanie ich zarzutów.

[POSTULAT #16]

Postulujemy wprowadzenie możliwości w niektórych sprawach uchylenia przez sąd okręgowy orzeczenia KIO i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania.

2.1.2.9. Dopuszczenie skargi kasacyjnej.

W obecnym stanie prawnym skarga kasacyjna przysługuje jedynie Prezesowi UZP. W naszej ocenie brak dostatecznych postulatów i powodów, dla których uczestnicy postępowań odwoławczych są pozbawieni tego typu pozainstancyjnego środka zaskarżenia.

Korzystanie ze skargi kasacyjnej może zostać poddane ścisłym przesłankom i pewnym ograniczeniom, jednak w każdym przypadku przyczyni się do poszerzenia sfery ochrony interesów prawnych uczestników obrotu, a zwiększenie ilości skarg kasacyjnych pozytywnie wpłynie na jakość i jednolitość orzecznictwa sądów okręgowych i KIO. W żadnym razie natomiast nie spowoduje obstrukcji i opóźnień w prowadzonych postępowaniach o udzielenie zamówienia.

[POSTULAT #17]

Postulujemy przywrócenie prawa do skargi kasacyjnej dla stron i uczestników postępowania.

2.1.2.10. Obowiązek rozpoznania sprawy przez sąd okręgowy w sytuacji wykonania umowy w sprawie zamówienia.

W świetle orzecznictwa sądów okręgowych dominujący jest pogląd, zgodnie z którym skutkiem wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego jest umorzenie postępowania skargowego.

W obecnym stanie prawnym sąd okręgowy, działając na podstawie art. 198f ust. 2 pzp w zw. z art. 192 ust. 3 pkt 3 pzp, stwierdza naruszenie przepisów ustawy. Zasadniczym celem orzeczenia jest zatem stwierdzenie, czy czynności zamawiającego poprzedzające zawarcie umowy zostały dokonane z naruszeniem przepisów ustawy pzp czy nie. Należy zatem zgodzić się z tezą, że tak rozumiany cel jest możliwy do osiągnięcia nawet w sytuacji, gdy umowa w sprawie zamówienia publicznego została w całości wykonana. Fakt, iż umowa została w całości wykonana, nie powoduje, że postępowanie stało się bezprzedmiotowe – jego przedmiotem jest bowiem stwierdzenie naruszenia przepisów pzp przez zamawiającego.

Należy podkreślić, że w postępowaniu, którego przedmiotem jest stwierdzenie, iż umowa została zawarta z naruszeniem prawa, celem wykonawcy – skarżącego nie jest unieważnienie zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Celem postępowania odwoławczego i skargowego jest tu od początku stwierdzenie naruszenia prawa i ten cel nie „odpadł” w chwili wykonania przedmiotowej umowy, w związku z czym postępowanie to nie stało się bezprzedmiotowe.

Wskazane na wstępie tego punktu podejście sądów okręgowych czyni kontrolę nad orzeczeniami Izby iluzoryczną, w szczególności w przypadkach, gdy umowy w sprawie zamówienia publicznego są krótkoterminowe, co jest rażąco sprzeczne z przepisami dyrektywy odwoławczej.

[POSTULAT #18]

Postulujemy wprowadzenie w Rozdziale 3 (Skarga do sądu) Działu VI pzp wyraźnej regulacji przesądzającej o konieczności rozpoznania przez sąd sprawy niezależnie od tego, czy umowa w sprawie zamówienia publicznego została wykonana.

2.1.2.11. Przeciwnik skargi

Na tle orzecznictwa sądów okręgowych powstają wątpliwości, kto jest przeciwnikiem skargi. Czy zawsze będzie nim zamawiający, skoro jest stroną postępowania odwoławczego? Kwestia ma istotne znaczenie dla przebiegu postępowania skargowego, w tym orzeczenia o kosztach. Sytuacja procesowa zamawiającego ulega bowiem zmianie w postępowaniu odwoławczym w sytuacji opisanej w art. 186 ust. 4 pzp. W konsekwencji w takiej sytuacji koszty postępowania odwoławczego ponosi wnoszący sprzeciw, jeżeli odwołanie zostało uwzględnione przez Izbę. Owa sytuacja procesowa zamawiającego nie ma jednak wprost przełożenia w postępowaniu skargowym.

[POSTULAT #19]

Postulujemy wprowadzenie w Rozdziale 3 (Skarga do sądu) Działu VI pzp wyraźnej regulacji przesądzającej, kto jest przeciwnikiem skargi i kto ponosi koszty postępowania skargowego.

2.1.2.12. Elektroniczny protokół posiedzeń i rozpraw KIO

Postulat elektronicznego protokołowania posiedzeń Izby wydaje się oczywisty i nie wymaga szerszego uzasadnienia.

Pozytywne doświadczenia sądownictwa związane z wykorzystywaniem tego typu nowoczesnego narzędzia, przesądzają, iż brak jest powodów, dla których powyższe usprawnienie postępowania odwoławczego miałyby być niezastosowane w KIO, zwłaszcza biorąc pod uwagę zakładaną szybkość tego postępowania. Podawanie do protokołu przez przewodniczącego składu orzekającego stanowisk stron nie tylko powoduje wydłużanie czasu rozprawy, ale często nie odzwierciedla dokładnie jej przebiegu. Wskazujemy również, że Minister Sprawiedliwości wiele lat temu proponował wprowadzenie tego typu rozwiązania Prezesowi UZP. Nie są nam znane powody, dla których ww. inicjatywy nie podjęto i dotychczas nie wprowadzono.

[POSTULAT #20]

Postulujemy wprowadzenie elektronicznego protokołowania posiedzeń Izby celem usprawnienia postępowania przed KIO.

2.2. Instrumenty prawne środków ochrony dostępne po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

2.2.1. Przyznanie odszkodowania podmiotom, które doznały uszczerbku w wyniku naruszenia pzp

Proponujemy wprowadzenie regulacji dotyczących roszczeń odszkodowawczych dostosowanych do specyfiki rynku zamówień publicznych. Roszczenia odszkodowawcze – obok sankcji unieważnienia umowy o zamówienie – powinny pełnić skuteczną rolę wspierając przestrzeganie prawa zamówień publicznych przez zamawiających jako tzw. instrumenty prawne dostępne po zawarciu kontraktu.

Obecnie obowiązujące regulacje w prawie polskim nie gwarantują dostępu do skutecznych roszczeń odszkodowawczych dla wykonawców. Postanowienia pzp w art. 93 ust. 4 przewidują dostępność odszkodowania wyłącznie w przypadku unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia i to jedynie w zakresie zwrotu kosztów uczestnictwa w przetargu. W doktrynie panuje zgoda, że zamawiający ponosi ponadto kontraktową odpowiedzialność odszkodowawczą wobec wykonawców uczestniczących w postępowaniu przetargowym na zasadach ogólnych przewidzianych w kodeksie cywilnym (np. K. Horubski, *Odpowiedzialność odszkodowawcza zamawiającego za naruszenie reguł udzielania zamówień publicznych*, PPH 2008/1, s. 44-50, A. Gawrońska-Baran, *Odpowiedzialność odszkodowawcza w zamówieniach publicznych – de lege ferenda*, PZP, 2015/3). Zamawiający odpowiada za własne zawinione zachowania oraz za osoby, którymi się posługuje lub którym powierza wykonanie zobowiązania. Odpowiedzialność zamawiającego opiera się przede wszystkim na zawinionym niezachowaniu należytej staranności w realizacji zobowiązania.

[POSTULAT #21]

Wydaje się konieczne precyzyjne uregulowanie roszczeń odszkodowawczych w zamówieniach publicznych przy uwzględnieniu następujących propozycji:

- zakres podmiotowy regulacji powinien odnosić się do wykonawców, którzy wskutek naruszenia przez zamawiającego prawa z dziedziny zamówień publicznych utracili możliwość uzyskania zamówienia – pozostałe przypadki naruszenia przez zamawiającego prawa skutkujące powstaniem szkody mogą być regulowane na zasadach ogólnych (np. relacje pomiędzy zamawiającym a wybranym wykonawcą, któremu udzielono zamówienia),
- należałoby wyraźnie określić relacje pomiędzy dostępnymi środkami ochrony prawnej uwzględniając z jednej strony interesy wykonawców, a z drugiej strony interesy zamawiających, którzy reprezentują interes publiczny wydając środki publiczne.

W ramach powyższego postulatu należy uwzględnić następujące szczegółowe regulacje:

- i. warunkiem skutecznego wystąpienia z roszczeniem odszkodowawczym do sądu byłby wymóg **wykorzystania dostępnego środka ochrony** w postaci odwołania do

- KIO w myśl zasady, że poszkodowany powinien podejmować rozsądne działania ograniczające rozmiar szkody lub zapobiegające szkodzie (np. wyrok Trybunału z dnia 24.03.2009 r. w sprawie C-445/06 *Danske Slagterier przeciwko Bundesrepublik Deutschland*) – w tym wypadku poprzez próbę wyeliminowania bezprawnej decyzji zamawiającego, która może skutkować utratą zamówienia dla zainteresowanego wykonawcy;
- ii. w przypadku oddalenia odwołania przez KIO zainteresowany wykonawca powinien mieć **możliwość wniesienia skargi łącznie z roszczeniem odszkodowawczym** jako ewentualnym środkiem ochrony na wypadek uwzględnienia przez sąd skargi na etapie, gdy umowa o zamówienie została już wykonana;
 - iii. należy pozostawić wykonawcy wybór – wniesienie skargi łącznie z ewentualnym podniesieniem roszczeń odszkodowawczych lub wniesienie pozwu o odszkodowanie po zakończeniu postępowania skargowego;
 - iv. w relacji sankcja unieważnienia umowy i odszkodowanie pierwszeństwo należy przyznać sankcji unieważnienia – przy zaistnieniu podstaw do unieważnienia umowy zgodnie z przepisami pzp sąd powinien mieć **w pierwszej kolejności obowiązek unieważnienia umowy**, aby nie doprowadzić do sytuacji, w której koszty realizacji umowy i koszty odszkodowania dublowałyby wydatki ponoszone ze środków publicznych.

Przedstawione powyżej propozycje nie mogą być uregulowane w sposób „automatyczny” czyli ograniczający skuteczność omawianego środka ochrony prawnej – np. w przypadku udzielenia zamówienia z pominięciem obowiązku ogłoszenia o zamówieniu zainteresowany wykonawca nie będzie miał możliwości kwestionowania decyzji zamawiającego poprzez wniesienie odwołania, w niektórych wypadkach również sankcja unieważnienia umowy nie będzie miała zastosowania lub jej zastosowanie nie wpłynie na wysokość odszkodowania (np. przy całkowitym wykonaniu umowy, która nie będzie mogła powrócić na rynek).

Nadto, zgodnie z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości UE (wyrok z dnia 30.09.2010 r. w sprawie C-314/09 *Stadt Graz v. Strabag AG*, wyrok z dnia 9.12.2010 r. w sprawie C-568/08 *Combinatie Spijkier*, wyrok z dnia 10.01.2008 r. w sprawie C-70/06 *Komisja przeciwko Portugalii*) roszczenia odszkodowawcze w zamówieniach publicznych nie mogą być uzależnione od przesłanki zawinienia po stronie zamawiającego.

[POSTULAT #22]

Postulujemy doprecyzowania przesłanki dopuszczalności roszczeń odszkodowawczych poprzez oderwanie wymogu naruszenia prawa przez zamawiającego od zawinienia.

W tym zakresie proponujemy uwzględnić następujące elementy regulacji:

- i. w przypadku przesłanki naruszenia prawa przez zamawiającego można wymagać, że w razie naruszenia norm o pewnym zakresie uznania wymagane jest stwierdzenie „istotnego przekroczenia granic uznania”;

- ii. odnośnie zakresu odszkodowania należy zwrócić uwagę, że Trybunał Sprawiedliwości, który porównuje odpowiedzialność odszkodowawczą w zamówieniach publicznych do standardów odpowiedzialności odszkodowawczej państw członkowskich za naruszenie prawa UE, jednoznacznie opowiada się za koniecznością objęcia odszkodowaniem również utraconych korzyści, nie ograniczając odpowiedzialności zamawiającego do interesu ujemnego umowy;
- iii. dochodzenie utraconych korzyści byłoby jednak dopuszczalne tylko w sytuacji, gdy wykonawca wykaże związek przyczynowy pomiędzy naruszeniem prawa przez zamawiającego a utratą zamówienia – gdyby nie doszło do naruszenia prawa przez zamawiającego zainteresowany wykonawca z całą pewnością (lub z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością) uzyskałby dane zamówienie;
- iv. odszkodowanie obejmujące swoim zakresem utracone korzyści nie powinno obejmować jednocześnie ewentualnych kosztów uczestnictwa w przetargu i kosztów przygotowania oferty, ponieważ przedmiotowe obciążenia zwykle są wliczane przez wykonawców do kosztów realizacji zamówienia;
- v. zważywszy na specyfikę systemu zamówień publicznych dostrzegamy potrzebę uznania „utrąty szansy” na zawarcie umowy o zamówienie za pewną wartość ekonomiczną – w przypadku zamówień publicznych sporadycznie mamy do czynienia z przypadkami naruszenia, których wykazanie można powiązać ze skutkiem w postaci pewności utraty zamówienia przez konkretnego wykonawcę, w większości sytuacji wykonawca może dowieść z różnym prawdopodobieństwem „utrąty szansy” na pozyskanie zamówienia – tego rodzaju szkoda podlega wynagrodzeniu w prawie francuskim i brytyjskim, znana jest praktyce orzecniczej sądów hiszpańskich i jest również uznawana w prawie UE o czym świadczą wyroki Sądu UE (np. wyrok z dnia 29.10.2015 r. w sprawie T-199/14 *Vanbreda Risk*, wyrok z dnia 7.10.2015 r. w sprawie T-299/11 *European Dynamics Luxembourg* czy wyrok z dnia 27.04.2016 r. w sprawie T-556/11 *European Dynamics Luxembourg*);
- vi. w przypadku przyjęcia koncepcji wynagrodzenia za „utrącenie szansy” jej wartość ekonomiczna powinna być oceniana w odniesieniu do stopnia prawdopodobieństwa szansy na uzyskanie zamówienia przez konkretnego wykonawcę oraz jego możliwości realizacji umowy oraz wartości zamówienia i innych elementów mających znaczenie w konkretnym przypadku;
- vii. w przypadku regulacji minimalnej zainteresowanemu wykonawcy, który utracił szansę na uzyskanie zamówienia powinien przysługiwać co najmniej zwrot kosztów przygotowania oferty (w przypadku rozwiązania proponowanego w pkt vi relacja pomiędzy kosztami oferty i potencjalnym zyskiem powinna być oceniana podobnie jak w przypadku pkt iv);
- viii. pozostawienie odrębnej regulacji odszkodowawczej na wypadek unieważnienia postępowania przetargowego.

2.2.2. Postulowane zmiany w zakresie unieważnienia umowy

2.2.2.1. Wyłączenie z obowiązku unieważnienia umowy sytuacji, do której ma zastosowanie art. 2d ust. 4 dyrektywy odwoławczej

Dyrektywa odwoławcza w art. 2d wymienia przesłanki nieskuteczności umowy. Zgodnie z tym przepisem państwa członkowskie zapewniają między innymi, że umowa zostaje uznana za nieskuteczną ze wszelkimi konsekwencjami takiej nieskuteczności przewidzianymi przez prawo krajowe w sytuacji, gdy zamawiający udzielił zamówienia bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, czego nie dopuszcza dyrektywa 2014/24/UE lub dyrektywa 2014/23/UE, chyba że zostały spełnione następujące przesłanki z art. 2d ust. 4 dyrektywy odwoławczej:

- 1) instytucja zamawiająca uważa, że udzielenie zamówienia bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu jest dopuszczalne zgodnie z dyrektywą 2014/24/UE lub dyrektywą 2014/23/UE,
- 2) instytucja zamawiająca opublikowała ogłoszenie, w którym wyraża zamiar zawarcia umowy, oraz
- 3) umowa nie została zawarta przed upływem okresu co najmniej 10 dni kalendarzowych ze skutkiem od dnia następującego po dniu publikacji takiego ogłoszenia.

Pzp w art. 146 ust. 1 pkt 2 przewiduje unieważnienie umowy ze względu na brak publikacji ogłoszenia o zamówieniu, a w art. 146 ust. 2, który wprowadza wyjątki od zasady unieważnienia, nie ma odesłania do przypadków określonych w art. 2d ust. 4 dyrektywy odwoławczej. Oznacza to, że w Polsce z uwagi na brak publikacji ogłoszenia o zamówieniu umowa podlega unieważnieniu zawsze, nawet wtedy gdy dyrektywa odwoławcza wprost wprowadza wyjątki od tej zasady. Dodatkowo pzp sankcją unieważnienia obejmuje również przypadki nie ogłoszonych postępowań, co do których w ogóle nie istnieje obowiązek publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z uwagi na ich wartość.

[POSTULAT #23]

Postulujemy uzupełnienie art. 146 ust. 2 pzp o odesłanie do art. 146 ust. 1 pkt 2 pzp ze wskazaniem, że brak publikacji ogłoszenia o zamówieniu nie wiąże się z koniecznością unieważnienia zawartej umowy wówczas, gdy mają zastosowanie przesłanki wymienione w art. 2 d ust. 4 dyrektywy odwoławczej, czyli wówczas gdy zamawiający uważa, że udzielenie zamówienia bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu jest dopuszczalne zgodnie z dyrektywą 2014/24/UE lub dyrektywą 2014/23/UE, a opublikował wcześniej ogłoszenie, w którym wyraża zamiar zawarcia umowy i nie zawarł umowy przed upływem okresu co najmniej 10 dni kalendarzowych ze skutkiem od dnia następującego po dniu publikacji takiego ogłoszenia.

2.2.2.2. Ujednolicenie podejścia w sprawie kognicji w zakresie unieważnienia umowy

Na gruncie pzp o unieważnieniu umowy w oparciu o przesłanki określone w art. 146 pzp orzeka Izba rozpoznając odwołanie wykonawcy. W oparciu o te same przesłanki określone w art. 146 pzp o unieważnieniu umowy rozstrzyga sąd powszechny w przypadku wytoczenia powództwa o unieważnienie umowy przez Prezesa UZP. Także w odniesieniu do pozostałych przypadków podstaw unieważnienia umowy istnieje domniemanie kompetencji sądu. Art. 192 ust. 3 pkt 2 pzp uprawnia Izbę do unieważnienia umowy wyłącznie wówczas, gdy zachodzi jedna z przesłanek z art. 146 ust. 1 pzp. Przykładowo już okoliczności z art. 140 ust. 3 i art. 144 ust. 2 pzp nie są poddane kognicji Izby.

Nie ma uzasadnienia, aby dwa różne organy w różnych trybach zajmowały się tą samą kwestią, to jest trwałością umowy zawartej z naruszeniem prawa.

[POSTULAT #24]

Postulujemy, aby kognicja w sprawach unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego była powierzona jednemu organowi, sądowi powszechnemu bądź Izbie.

2.2.2.3. Doprecyzowanie terminu na wniesienie przez Prezesa UZP powództwa o unieważnienie umowy

Co do zasady, w przypadku Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, uprawnienie do wytoczenia powództwa o unieważnienie umowy wygasa z upływem 4 lat od dnia zawarcia lub zmiany umowy, co wynika z postanowień art. 144a ust. 2 ustawy. Termin ten odniesiono tylko do podstaw wynikających z art. 146 ust. 1 (art. 144a ust. 2 w zw. z art. 144a ust. 1 pkt 3 ustawy), ale już nie do podstaw unieważnienia umowy wynikających z art. 146 ust. 6 ustawy. Na podstawie drugiego z przywołanych przepisów Prezes Urzędu Zamówień Publicznych może wystąpić do sądu także o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Treść art. 144a ust. 2 ustawy, zakreślając 4-letni termin obowiązywania uprawnienia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do wytoczenia powództwa o unieważnienie umowy, odwołuje się tylko do podstaw unieważnienia wskazanych w art. 146 ust. 1, a już nie do podstawy wskazanej w art. 146 ust. 6 ustawy.

[POSTULAT #25]

Przez wzgląd na pewność obrotu prawnego postulujemy, aby 4-letni termin wynikający z art. 144a ust. 2 był w równym stopniu odnoszony do powództw Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych opartych zarówno o przesłanki z art. 146 ust. 1 ustawy, jak i z art. 146 ust. 6 ustawy.

Nieograniczenie terminem uprawnienia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych godzi w pewność obrotu prawnego, bowiem uprawnienie organu administracji publicznej do wytoczenia powództwa o unieważnienia umowy, jako oparte na legitymacji wyłącznie formalnej, powinno wygasać po upływie oznaczonego w ustawie terminu.

2.2.2.4. Zmiana lub uchylenie art. 146 ust. 5 ustawy

Zmianie lub uchyleniu winien ulec przepis art. 146 ust. 5 pzp. Stanowi on, że przepis art. 146 ust. 1 pzp (regulujący podstawy unieważnienia umowy – odpowiadające podstawom nieskuteczności umowy uregulowanym w art. 2d dyrektywy odwoławczej) nie wyłącza możliwości żądania przez zamawiającego unieważnienia umowy na podstawie art. 70⁵ k.c. *Prima facie* wydawać się może, iż jego powtórzenie na gruncie art. 146 ma stanowić *lex specialis* w stosunku do regulacji kodeksowej, mające na celu przyznanie prawa do wytoczenia powództwa o unieważnienie umowy jedynie zamawiającemu. Wykładnia taka nie byłaby jednak w najmniejszym stopniu uprawniona, sprzeciwiałaby się bowiem zasadom konstytucyjnym. W związku z wynikającą z art. 32 ust. 1 Konstytucji RP zasadą równości wobec prawa nie sposób byłoby uznać, iż przepis art. 146 ust. 5 pzp pozbawia wykonawcę, z którym zawarto umowę, prawa do wnioskowania o unieważnienie umowy. Nie ma jednakże żadnego uzasadnienia aksjologicznego, aby prawo takie służyło wyłącznie jednej stronie stosunku zobowiązaniowego.

Gdyby traktować art. 146 ust. 5 pzp jako podstawę wyłączenia prawa wykonawcy do wytoczenia powództwa o unieważnienie umowy, to wykonawca, z którym została zawarta umowa, byłby pozbawiony jakiegokolwiek ochrony prawnej przed wkląaniem go w wadliwy stosunek prawny. Widać to wyraźnie na przykładzie wykonawcy, któremu zostaje udzielone zamówienie w trybie zamówienia z wolnej ręki, jednakże z naruszeniem przesłanek zastosowania trybu. O ile bowiem inni wykonawcy mają w takiej sytuacji prawo kwestionować decyzję zamawiającego o wyborze trybu w drodze odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej, o tyle w stosunku do wykonawcy, który zostaje zaproszony do postępowania prowadzonego w trybie negocjacji bez ogłoszenia, nie zachodzą materialnoprawne przesłanki zasadności środka odwoławczego opisane w art. 179 ust. 1 pzp. Może on też nie mieć wiedzy na etapie zawierania umowy co do okoliczności wpływających na możliwość jej unieważnienia (wzruszenia) na podstawie art. 146 ust. 1 lub 6 pzp, a jeżeli nie zostanie wniesione odwołanie w przedmiocie wyboru trybu, może dojść do zawarcia wadliwej prawnie umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wykonawca, z którym została zawarta umowa, powinien mieć w takiej sytuacji prawo do jej kwestionowania. Przepis art. 146 ust. 5 pzp postrzegać zatem należy wyłącznie w kategoriach pleonazmu ustawowego. Nawet bez niego zamawiający byłby uprawniony do wytoczenia powództwa z art. 70⁵ k.c.

Ponadto wykładnia taka pozostawałaby *contra legem* z wynikającym z art. 45 ust. 1 Konstytucji RP prawem do sądu. Jak stanowi przywołany przepis konstytucyjny, każdy ma prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd. W świetle przywołanych norm konstytucyjnych art. 146 ust. 5 pzp nie może być zatem żadną miarą postrzegany jako podstawa wyłączenia prawa wykonawcy do korzystania z uprawnienia opisanego w art. 70⁵ k.c.

[POSTULAT #26]

Postulujemy, aby art. 146 ust. 6 pzp został zatem albo uchylony (gdyż wystarczającą podstawę do unieważnienia umowy wyznacza samodzielnie przepis kodeksowy – 70⁵ kc), albo zmieniony, tak aby wyraźnie wskazywał na uprawnienie służące każdej ze stron umowy w sprawie zamówienia publicznego.

2.2.2.5. Doprecyzowanie terminu na wniesienie odwołania w przypadku zaniechania przez zamawiającego publikacji ogłoszenia o udzieleniu zamówienia.

W aktualnym stanie prawnym przepisy ustawy w sposób nieprecyzyjny określają termin na wniesienie odwołania w przypadku, gdy zamawiający zawarł umowę w warunkach art. 146 ust. 1 pkt. 2) pzp. Ustawa nie rozstrzyga jasno, czy termin ten jest wyznaczony postanowieniami:

- art. 182 ust. 4 pzp, który znajduje zastosowanie do przypadków, kiedy zamawiający zawarł umowę lecz nie opublikował ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy;

czy też

- art. 182 ust. 3 pzp, który znajduje zastosowanie do przypadków, w którym wykonawca powziął lub przy zachowaniu należytej staranności mógł powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania – o naruszeniu przez zamawiającego przepisów pzp.

Racjonalnym wydaje się przyjęcie, że sytuacja, w której zamawiający zawarł umowę bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu i, w konsekwencji, bez zastosowania art. 95 pzp, zawiera się w hipotezie normy art. 182 ust. 4 ust. 1 pkt. 2) i 3). Jednocześnie, brzmienie ust 4, może sugerować, że norma ta obejmuje wyłącznie sytuacje, w których obowiązek zastosowania art. 95 pzp, jest przesądzony, tj. sytuacje, kiedy zamawiający prowadzi postępowanie w trybie pzp.

Wtedy, termin do wniesienia odwołania byłby zasadniczo krótszy, bo 10 dni.

[POSTULAT #27]

Postulujemy, aby przesądzić, iż art. 182 ust. 4 pzp obejmuje sytuacje, w których zamawiający zawarł umowę bez publikacji ogłoszenia o zamówieniu i określić termin na wniesienie odwołania w takim przypadku, analogicznie do sytuacji, gdy zamawiający zaniechał publikacji ogłoszenia o udzieleniu zamówienia, tj. 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy dla zamówień powyżej progów unijnych oraz 1 miesiąc od dnia zawarcia umowy dla zamówień krajowych.
