

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 4(178) 2008
Warszawa 2008

Ryszard Szostak ■

ŚRODKI OCHRONY INTERESÓW KONKURENTÓW UBIEGAJĄCYCH SIĘ O ZAMÓWIENIA PUBLICZNE WEDŁUG ZNOWELIZOWANEJ DYREKTYWY 89/665

I. Uwagi ogólne

Szczególne środki prawne wymuszające szybką, sprawną i skuteczną korekturę uchybień popełnianych przez zamawiającego, organizującego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, na bieżąco, jeszcze w toku tego postępowania, pojawiły się stosunkowo niedawno pod wpływem potrzeb praktyki w krajach zachodnioeuropejskich¹. Zmierzają one do szybkiego przywrócenia stanu zgodnego z prawem, celem uniknięcia wadliwego wyboru oferty (przetargowej) i bezzasadnego udzielenia zamówienia, a w konsekwencji rozmaitych trudności spowodowanych późniejszym dochodzeniem żądań związanych z nieważnością umowy i odszkodowaniem na zasadach ogólnych. Celem dyrektywy Rady 89/665/EWG z dn. 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych dotyczących procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych² było nie tylko zwyczajne zbliżenie

¹ Por. zwłaszcza A. Sołtysińska: *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej*, Kraków 2004, s. 257.

² OJ L-395, p. 33, 30.12.1989, zm. OJ L-209, p. 1, 24.07.1992, dalej: dyrektywa 89/665. Odrębne rozwiązania zawiera wycinkowa dyrektywa Rady 92/13/EWG z dn. 25 lutego 1992 r. koordynująca przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne dotyczące stosowania

regulacji krajowych w odniesieniu do tych środków korygujących, lecz przede wszystkim rozciągnięcie nowoczesnych rozwiązań wynikających z doświadczeń niektórych krajów na porządki prawne funkcjonujące wyłącznie z zastosowaniem tradycyjnych roszczeń odszkodowawczych i sankcji nieważności umowy finalnej. Podstawowe założenia dyrektywy 89/665 to powszechność, szybkość i skuteczność przewidzianych w niej „środków odwoławczych” zorientowanych na wzmocnienie poszanowania podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych: przejrzystości, równości (niedyskryminacji), uczciwej konkurencji i efektywności³. Ogólne określenie „środki odwoławcze” nawiązuje niewątpliwie do stosowanych w przeszłości skarg na czynności organizatorskie zamawiającego zapadające w toku prowadzonego postępowania, głównie na „decyzje” o udzieleniu zamówienia, które obecnie nie mają już administracyjnego charakteru. Określenie to nie jest zatem w pełni precyzyjne, zwłaszcza na tle cywilnoprawnej natury postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zorganizowanego na zasadzie równorzędności stron, w ramach materialno prawnej więzi (stosunku przetargowego), objętej przepisami prawa cywilnego⁴. Zamawiający-organizator nie korzysta bynajmniej z jakichkolwiek atrybutów władzy publicznej, jest stroną stosunku materialno prawnego, a nie publiczno-procesowego, swoje kompetencje organizatorskie wywodzi zaś z wielostronnego porozumienia nawiązywanego w wyniku adhezyjnego przystąpienia do postępowania (przetargu) przez zainteresowanych konkurentów, zgodnie z ustalonymi z góry warunkami zamówienia. Zapadające w toku prowadzonego przez zamawiającego postępowania czynności proceduralne nabierają cech czynności wykonawczych względem obligacyjnego stosunku będącego podstawą tego postępowania⁵.

Regulacja zawarta w dyrektywie 89/665 ma charakter ramowy, pozostawia państwom członkowskim wiele swobody, w szczególności co do rodzaju środków ochrony prawnej, terminów ich stosowania, relacji do odpowiedzialności odszko-

środków odwoławczych w procedurach udzielania zamówień publicznych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji, O J L³-76, p. 14, 23.03.1992.

³ Por. M. Lemke (w:) *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej – procedury odwoławcze w świetle dyrektyw*, Warszawa 2000, s. 10 i n.

⁴ Por. zwłaszcza R. Szostak: *Przetarg na zamówienie publiczne – zagadnienia konstrukcyjne*, Kraków 2005, s. 39 i n.

⁵ O stosunku przetargowym zob. zwłaszcza G. Ćmikiewicz: *Postępowanie przetargowe jako konstrukcja szczególnego trybu zawarcia umowy*, cz. II, PPHZ 1983, Nr 7, s. 31 i n., M. Jasiakiewicz: *Ofertowy system zawierania umów w polskim prawie cywilnym*, Toruń 1993, s. 85, J. Rajski: *Przetarg w ujęciu nowych przepisów kodeksu cywilnego*, PPH 1997, Nr 1, s. 4, S. Rudnicki: *Komentarz do kodeksu cywilnego, Księga pierwsza – część ogólna*, Warszawa 1998, s. 183 oraz Z. Radwański: *Prawo cywilne 2 część ogólna*, Warszawa 1999, s. 272.

dowawczej, a także co do właściwości organów orzekających i trybu ich działania. Nie zapewnia więc ona całkowitej harmonizacji krajowych porządków prawnych. Na dodatek większość krajów implementowała ją na poziomie minimalnym, co nie gwarantowało wystarczającej efektywności środków ochrony konkurentów w skali Wspólnoty, tym bardziej na tle unowocześnionej niedawno regulacji udzielania zamówień na mocy dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dn. 31 marca 2004 r. o koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi⁶. Sytuację pogarszało uchylanie się niektórych państw od wprowadzenia należytych mechanizmów odwoławczych w obliczu zbyt ogólnej regulacji europejskiej (w prawie polskim większość wymagań dyrektywy 89/665 odzwierciedlono już w 1994 r.). W skrajnych przypadkach rezygnowano nawet z jakiegokolwiek okresu zawieszenia procedury udzielenia zamówienia, umożliwiającego wniesienie choćby zwykłej skargi na zamawiającego-organizatora przed zawarciem umowy.

Dlatego konieczną stała się gruntowna nowelizacja dyrektywy 89/665, do której doszło na mocy dyrektywy 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dn. 11 grudnia 2007 r. w sprawie zmiany dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych⁷. Nowelizacją objęto niemal wszystkie kluczowe dyspozycje, skonkretyzowano minimalne wymagania w odniesieniu do środków ochrony interesów konkurentów ubiegających się o zamówienia publiczne, ustalono minimalne terminy do ich wnoszenia, a także rozszerzono regulację na drugoplanowe roszczenia odszkodowawcze, sankcję nieważności umowy i inne sankcje szczególne (kary pieniężne). Unormowano też tzw. mechanizm korygujący Komisji, która może wzywać państwa członkowskie do skorygowania istotnych naruszeń prawa popełnianych przez zamawiających przy udzielaniu zamówień trans granicznych.

W preambule do dyrektywy 2007/66 wskazano na potrzebę dalszego wzmocnienia gwarancji przestrzegania zasad przejrzystości, uczciwej konkurencji i niedyskryminacji, aby zapewnić całej Wspólnocie pełne korzystanie z pozytywnych efektów modernizacji i uproszczeń w zakresie udzielania zamówień wynikających z nowych europejskich dyspozycji przyjętych w 2004 r. Za nadrzędne uznano niezbędne rozwiniecie dyrektyw 89/665 i 92/13 w celu osiągnięcia

⁶ OJ L-134, p. 114, 30.04.2004. Obowiązuje też dyrektywa specjalna 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31 marca 2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień publicznych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, OJ L-134, p. 1, 30.04.2004.

⁷ OJ L-335, p. 31, 20.12.2007.

rezultatów oczekiwanych przez władze prawodawcze Wspólnoty, a także wprowadzenie co najmniej 10-dniowego okresu zawieszenia możliwości zawarcia umowy typu standstill, aby umożliwić konkurentom ocenę przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia i końcowego jego rozstrzygnięcia, a w konsekwencji ustalenie ewentualnych naruszeń prawa, uzasadniających wniesienie przeciwko zamawiającemu środków odwoławczych. Podkreśla się, że trzeba zwalczać przypadki bezprawnego udzielania zamówień z pominięciem obligatoryjnej procedury, w tym polegające na unikaniu procedury otwartej (przetargu) na rzecz łagodniejszej procedury ograniczonej. W każdym wypadku bezpodstawnego udzielenia zamówienia bez uprzedniej urzędowej publikacji ogłoszenia umowa finalna musi być uznana za bezskuteczną. Sankcja nieważności umowy nie może być jednak automatyczna, lecz powinna być stwierdzona przez niezależny organ procesowy lub wynikać z podjętego przez ten organ rozstrzygnięcia. Bezskuteczność umowy stanowi bowiem najlepszy sposób przywrócenia konkurencji i stworzenia nowych perspektyw handlowych podmiotom gospodarczym, które bezprawnie zostały pozbawione możliwości uzyskania zamówienia. Konsekwencje uznania umowy za bezskuteczną powinny być określone w ustawie krajowej tak, aby prawa i obowiązki stron nie mogły być egzekwowane i wykonywane. Środki odwoławcze powinny przysługiwać co najmniej każdej osobie, która jest lub była zainteresowana uzyskaniem udzielanego zamówienia i która poniosła szkodę lub jest zagrożona szkodą w wyniku naruszenia prawa przez zamawiającego. Inne sankcje zaś powinny ograniczać się do nakładania kar pieniężnych płatnych niezależnemu organowi lub urzędowego (sądowego) skracania okresu obowiązywania umowy. Dyrektywa nie wyklucza stosowania surowszych sankcji zgodnie z prawem krajowym, ale nie mogą one wyłączać możliwości żądania unieważnienia umowy o zamówienie publiczne.

Dostosowanie polskiego prawa do nowych rozwiązań będzie wymagało wprowadzenia licznych zmian w ustawie z dn. 29 stycznia 2004 r. prawo zamówień publicznych⁸. Termin na dokonanie transpozycji upływa 20 grudnia 2009 r. W okresie przejściowym znowelizowane dyspozycje dyrektywy 89/665 przyczynią się niewątpliwie do znacznego uporządkowania wykładni dotychczasowych przepisów, w zgodzie z prawem europejskim. Wprawdzie dyrektywa dotyczy jedynie zamówień większej wartości (sięgającej 133 tys. euro odnośnie do dostaw i usług oraz 5.150 tys. euro co do robót budowlanych), ale z uwagi na potrzebę zachowania jednoci regulacji krajowej i jej wewnętrznej spójności zawarte w dyrektywie rozwiązania rozciągnąć trzeba w zasadzie także na zamówienia o mniejszej

⁸ Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655, dalej: „pzp”.

wartości, udzielane z szerszym zastosowaniem prawa krajowego. Dyrektywa dotyczy jedynie środków prawnych przysługujących podmiotom ubiegającym się o zamówienie w związku z uchybieniami popełnionymi przez zamawiającego w toku prowadzonego postępowania, nie odnosi się zaś do ewentualnych roszczeń zamawiającego przeciwko konkurentom, czy też do wzajemnych roszczeń między konkurentami, które rozpoznawane są na zasadach ogólnych⁹.

W świetle art. 2 dyrektywy 89/665 do środków odwoławczych należą: a) tzw. środki tymczasowe zmierzające do zawieszenia procedury udzielenia zamówienia, w celu usunięcia uchybienia popełnionego przez zamawiającego-organizatora oraz zapobieżenia dalszym nieprawidłowościom i szkodom, b) uchylene lub doprowadzenie do uchylenia bezprawnych decyzji zamawiającego, w tym usunięcie dyskryminujących warunków technicznych, ekonomicznych lub finansowych zawartych w zaproszeniu do składania ofert lub w jakimkolwiek dokumencie określającym warunki zamówienia, c) przyznanie odszkodowania podmiotom, które doznały uszczerbku w wyniku popełnionego przez zamawiającego uchybienia. W zakresie powyższych uprawnień orzekać mogą odrębne organy władzy publicznej, co pozwala zachować dotychczasowe zróżnicowanie rozwiązań międzykrajowymi porządkami prawnymi. W niektórych bowiem państwach w zakresie pierwszych dwu środków orzekają organy pozasądowe (np. w Niemczech, Austrii, Czechach, Słowacji i w Polsce), natomiast orzecznictwo co do roszczeń odszkodowawczych należy do sądów powszechnych.

W polskim prawie tytułem środków tymczasowych przewidziano zawieszenie możliwości zawarcia umowy po wyborze oferty najkorzystniejszej na okres co najmniej 10 dni oraz automatyczne przedłużenie powyższego stanu zawieszenia w następstwie protestu, do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia sporu. W ramach środków korygujących unormowano zaś a) protest będący rodzajem reklamacji kierowanej do zamawiającego, poprzedzającej ewentualny proces przed organem władzy publicznej, b) odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej na wypadek nieuwzględnienia protestu przez zamawiającego oraz c) skargę sądową na orzeczenie Izby. Mają one charakter prewencyjny, ponieważ ich celem jest wymuszenie usunięcia nieprawidłowości w postępowaniu o udzielenie zamówienia, poprzez powtórzenie oprostowanych czynności proceduralnych, a w razie konieczności doprowadzenie do unieważnienia wadliwego postępowania. Roszczeń odszkodowawczych z tytułu szkód wyrządzonych w wyniku wadliwie toczonej procedury pokrzywdzeni konkurenci mogą dochodzić na zasadach ogólnych (art. 471 kc). Już poza granicami „środków odwoławczych” funkcjonuje sankcja

⁹ Por. R. Szostak: *Przetarg nieograniczony ...* op. cit., s. 153 i n.

nieważności bezwzględnej umowy finalnej (art. 146 pzp) na wypadek nieskuteczności środków korygujących lub zaniechania unieważnienia wadliwego postępowania poprzedzającego jej zawarcie. Środki odwoławcze stosuje się bowiem bez zbędnej zwłoki, przy zawieszonym biegu postępowania, jeszcze przed zawarciem umowy, w celu skutecznej korektury popełnionych uchybień, powinny być więc zabezpieczone przymusem państwowym lub automatyczną sankcją. Stąd zgodnie z art. 2 ust. 8 dyrektywy państwa członkowskie gwarantują efektywne wykonywanie orzeczeń organów odwoławczych. Muszą im towarzyszyć rozwiązania chroniące przed jakąkolwiek dyskryminacją pomiędzy konkurentami dochodzącymi swoich roszczeń, bez względu na ewentualne różnice pomiędzy unormowaniami wdrażającymi prawo europejskie a innymi unormowaniami krajowymi¹⁰.

II. Przesłanki ochrony

Według art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665 państwa członkowskie zapewnią dostępność środków odwoławczych co najmniej dla każdego podmiotu, który ma lub miał interes w uzyskaniu udzielanego zamówienia i który poniósł szkodę lub może ponieść szkodę w wyniku popełnionego przez zamawiającego domniemanego naruszenia prawa. Wyróżnione w tym przepisie trzy przesłanki ochrony nie uległy zmianie, można więc korzystać z dotychczasowego dorobku orzecznictwa europejskiego¹¹.

Na pierwszy plan wysuwa się przesłanka „naruszenia prawa”. W świetle bowiem art. 1 ust. 1 dyrektywy szczególne środki ochrony zapewniają możliwość szybkiego i skutecznego „odwoływania się od decyzji podejmowanych przez instytucje zamawiające (...) z powodu naruszenia przez te decyzje prawa wspólnotowego w dziedzinie zamówień publicznych lub naruszenia krajowych przepisów transponujących to prawo”. W orzecznictwie ETS zwraca się uwagę na konieczność szerokiego rozumienia „naruszenia prawa”, które powinno obejmować także uchybienia kolidujące z przepisami nie związanymi *expressis verbis* z zamówieniami publicznymi, zwłaszcza z nadrzędnymi normami krajowymi o czynnościach prawnych. Ma to istotne znaczenie przy udzielaniu zamówień mniejszej wartości nie podlegających prawu europejskiemu. Wyjątkowo jednak

¹⁰ Por. A. Sołtyśńska: Europejskie prawo zamówień publicznych, Komentarz, Kraków 2006, s. 765 i n.

¹¹ Por. w tym zakresie M. Lemke, D. Piasta: Analiza orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości dotyczącego zamówień publicznych w okresie od 1999–2005 r., UZP Warszawa 2006, s. 59 i n.

muszą być one zgodne zasadami obrotów trans granicznych, zawartych w TWE¹². Z uwagi na bezpośredni związek zamówień publicznych z prawem konkurencji za równoznaczne z „naruszeniem prawa” uznać trzeba też „naruszenie dobrych obyczajów”. Chodzi przecież o podstawowy miernik zachowania przedsiębiorcy przy ocenie jego odpowiedzialności z tytułu czynów nieuczciwej konkurencji. Pogląd przeciwny zmuszałby do nieco sztucznego uznawania przypadków łamania dobrych obyczajów za naruszenie w istocie norm ustawowych regulujących zwłaszcza zasadę prowadzenia postępowania z zachowaniem równego dostępu do zamówień publicznych i poszanowania reguł uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 pzp). Poza tym istotne znaczenie przy kształtowaniu procedur udzielania zamówień mają warunki nienormatywne, zależne wprost od woli stron (zamawiającego). Łamanie ustalonych swobodnie wymagań programujących tok postępowania, a także wyznaczających postanowienia umowy finalnej, również powinno być uważane za „naruszenie prawa” (lex contractus) albo co najmniej dobrych obyczajów¹³. Wobec tego, operujący zbyt wąskim pojęciem „naruszenia przepisów ustawy” art. 179 ust. 1 pzp wymaga rychłej korekty.

Pod względem przedmiotowym „naruszenie prawa” związane jest z czynnościami organizatorskimi zamawiającego prowadzącego postępowanie, w dyrektywie 89/665 ogólnie nazywanymi „decyzjami zamawiającego”. Przewidziane w niej środki odwoławcze mają bowiem na celu korekturę wyłącznie tych czynności, nie dotyczą zaś wzajemnych ekscesów między konkurentami. Powinien je zwalczać sam organizator procedury poprzez wykluczenie i odrzucenie oferty złożonej przez niegodziwego konkurenta, zastosowanie mogą mieć też sankcje wynikające z przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ale dyrektywa tego już nie reguluje. Z orzecznictwa wynika, że w zakresie „decyzji” liczą się wszelkie czynności zamawiającego podjęte w związku z udzielaniem zamówienia, niekoniecznie tylko czynności prawne zapadające w toku postępowania lub tytułem rozstrzygnięcia końcowego¹⁴. Z tego punktu widzenia odnoszenie protestu do każdej wadliwej czynności lub zaniechania koniecznej czynności (art. 180 ust. 1 pzp) stanowi trafne ujęcie przedmiotowych granic środków ochrony prawnej

¹² Por. wyroki ETS z 18 czerwca 2002 r. (C-92/00, Hospital Planungs-Gesellschaft m.b.H.), ECR 2002, I-533 oraz z 23 stycznia 2003 r. (C-57/01, Macedonico), ECR 2003, I-1091.

¹³ Zob. szczegółowo o tym R. Szostak: Glosa do wyroku SN z dn. 21 listopada 2003 r. (V CK-12.03), „Rejent” 2005, Nr 3, s. 107–116.

¹⁴ Por. zwłaszcza wyroki ETS z 24 stycznia 1995 r. (C-359/93, UMIK), ECR 1995, I-157, z 28 października 1999 r. (C-81/98, Alcatel), ECR 1999, I-07671 oraz z 11 stycznia 2005 r. (C-26/03, Stadt Halle), ECR 2005, I-1. Por. też M. Lemke, D. Piasta: Analiza orzecznictwa op. cit., s. 61 i n.

wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne. Zakresem środków odwoławczych nie muszą być jednak objęte wszelkie akty proceduralne, wyłączeniu mogą podlegać zwłaszcza czynności nie dotyczące przedmiotu postępowania, nie hamujące postępowania, nie uniemożliwiające obrony, ani też nie powodujące uszczerbku w sferze praw i obowiązków zainteresowanych zamówieniem podmiotów¹⁵

Według dyrektywy liczy się „domniemane naruszenie” co oznacza, że do skorzystania ze środka odwoławczego wystarczy samo uprawdopodobnienie, a nie udowodnienie naruszenia prawa przez zamawiającego. Okoliczność ta ma duże znaczenie przy kształtowaniu wymagań formalnych protestu, jako aktu reklamacyjnego. Dla jego zaistnienia nie jest konieczne powołanie naruszonej normy, czy objaśnienia charakteru naruszenia, wystarczy sam opis nieprawidłowości.

Trudności sprawia ustalenie znaczenia prawnego „interesu w uzyskaniu zamówienia”, przesądzającego o kręgu podmiotów uprawnionych do wnoszenia środków odwoławczych. Dyrektywa nie wprowadza wyraźnego ograniczenia, aby liczył się tu wyłącznie interes prawny, który stabilizowałby krąg uprawnionych, zawężając go tylko do konkurentów uczestniczących w postępowaniu, mających realną szansę na zawarcie umowy z zamawiającym. Orzecznictwo europejskie potwierdza jednak przypadki uznania za osoby uprawnione do korzystania ze środków odwoławczych także te, które w ogóle nie uczestniczyły w postępowaniu, zazwyczaj „pokrzywdzone” dyskryminacyjnymi warunkami zamówienia¹⁶. Obecnie już sama dyrektywa regulując wymogi środków odwoławczych w art. 2 ust. 1 pkt b zastrzega, że powinny one zmierzać też do „usunięcia dyskryminujących warunków technicznych, ekonomicznych lub finansowych, zawartych w zaproszeniu do składania ofert, specyfikacji lub w innych dokumentach związanych z procedurą udzielenia zamówienia”. W preambule zaś wyraźnie wskazuje się na konieczność objęcia środkami odwoławczymi „przypadków udzielania zamówień bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu” (por. pkt 14). Jest to równoznaczne z możliwością oprotestowania samego zastosowania trybu ograniczonego, zamiast otwartej procedury udzielenia zamówienia. W orzecznictwie podkreśla się, że państwom członkowskim nie wolno nadawać pojęciu „interesu

¹⁵ Tak ETS w wyroku z 15 maja 2003 r. (C-214/00, Hiszpania), ECR 2003, I-046667, w którym uznał, że hiszpański system odwoławczy ograniczający możliwość oprotestowania niektórych czynności zamawiającego spełnia jednak wymogi dyrektywy 89/665. Por. M. Lemke, D. Piasta: op. cit., s. 67. Przykładowo z przepisów § 320 i n. austriackiej ustawy z 16 stycznia 2006 r. Bundesvergabegesetz (BGBl. I 2006, Nr 17, S. 1) wynika, że nie wszystkie czynności zamawiającego podlegają zaskarżeniu.

¹⁶ Por. zwłaszcza wyrok ETS z 12 lutego 2004 r. (C-230/02 Grossman Air Service), ECR 2004, I-1829.

w uzyskaniu zamówienia” zbyt wąskiego znaczenia, które pozbawiałoby dyrektywę 89/665 praktycznej skuteczności¹⁷. Z drugiej strony rozpatrywanie analizowanej przesłanki w kategoriach interesu faktycznego grozi niepotrzebnym rozszerzeniem kręgu uprawnionych na osoby mogące nadużywać środków ochrony prawnej, ze szkodą dla interesu publicznego. Pewne ograniczenie stwarza jednak ogólny wymóg dyrektywy, że ze środków odwoławczych można korzystać dopiero po wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia, nie dotyczą zatem bezpośrednio czynności przygotowawczych. Dlatego – jak się zdaje – nie przewidziano *expressis verbis* możliwości podważenia wadliwego doboru trybu udzielenia zamówienia, lecz jedynie zaniechanie ogłoszenia o zamówieniu, które wprowadzić powinno być przygotowane wcześniej (podobnie jak i pozostałe warunki zamówienia), ale wiąże dopiero od momentu publikacji. Jednakże nawet w przypadku zaczepienia braku ogłoszenia, czy zastosowania dyskryminacyjnych warunków zamówienia (w ramach ogłoszenia, zaproszenia lub dodatkowo udostępnionego dokumentu) konieczne jest istnienie interesu w uzyskaniu zamówienia. Tymczasem w początkowej fazie postępowania (przed złożeniem wniosku lub oferty) można co najwyżej domniemywać, że protestujący konkurenci rzeczywiście mają interesy w ubieganiu się o zamówienie, ponieważ nie wiadomo wtedy, czy ostatecznie zdecydują się oni na złożenie oferty. W konsekwencji skoro dyrektywa łączy możliwość korzystania ze środków odwoławczych z już toczącym się postępowaniem zasadnym jest operowanie „interesem prawnym w uzyskaniu zamówienia” (art. 179 ust. 1 pzp). Pożądane wydaje się ustawowe zastrzeżenie, że w zakresie podnoszenia zarzutu bezprawnego uchylenia się od ogłoszenia bądź stosowania dyskryminacyjnych warunków zamówienia, za mającego interes prawny może być uważany każdy zainteresowany w sprawie. Przyczyniłoby się ono niewątpliwie do względnej stabilizacji kręgu podmiotów uprawnionych do wnoszenia środków odwoławczych, pozwalając zwłaszcza na wyłączenie różnych osób posiadających tylko interesy faktyczne, zwłaszcza pominiętych przez zamawiającego przy zapraszaniu do negocjacji lub do składania ofert w trybie tzw. zapytania o cenę.

Interes prawny w powyższym ujęciu to interes wywiedziony z uprzedniej więzi prawnej o charakterze proceduralnym. Według prawa polskiego po uruchomieniu ofertowej procedury udzielenia zamówienia zamawiający jest związany jednostronnie ustalonymi warunkami zamówienia (art. 70¹ § 4 kc)¹⁸, natomiast kon-

¹⁷ Por. wyrok ETS z 19 czerwca 2003 r. (C-410/01, Fritsch), ECR 2003, I-06413.

¹⁸ Wszystkie procedury ofertowo-eliminacyjnego udzielania zamówień (za wyjątkiem udzielania zamówienia z wolnej ręki) oparte są na modelu przetargu lub aukcji. Por. R. Szostak: *Przetarg nieograniczony...* op. cit., s. 38 oraz T. Kwieciński: *Prawo zamówień publicznych*, Komentarz (red. T. Czajkowski), Warszawa 2007, s. 94–98.

kurenci mają jedynie same uprawnienia (zwłaszcza do żądania informacji) i możliwość zwalczania dyskryminacyjnych warunków zamówienia. Zamawiający staje się związany tymi warunkami dopiero od momentu przystąpienia do procedury (w wyniku złożenia oferty lub wniosku) toczonej w ramach wielostronnego stosunku proceduralnego¹⁹. Wprawdzie charakter prawny tego jednostronnie zobowiązującego stosunku przedprzetargowego nie jest jeszcze w pełni jasny, ale stanowi on dostateczne oparcie dla konstrukcji interesu prawnego konkurenta niezadowolonego z warunków wszczęcia postępowania. Dlatego w ramach procedury udzielenia zamówienia z wolnej ręki interes prawny w uzyskaniu zamówienia ma właściwie tylko jedyny wykonawca zaproszony do negocjacji, inne osoby mogą podważać co najwyżej bezprawne zaniechanie ogłoszenia, a więc uniknięcie otwartej procedury udzielenia zamówienia. Sam wykonawca uczestniczący jako jedyny w negocjacjach nie ma właściwie czego zaczepiać, skoro tryb nie jest wiążący (art. 72 kc), a każda ze stron może swobodnie wycofać się z negocjacji. De lege ferenda rozważyć trzeba wprowadzenie przepisu znoszącego co najmniej zakaz zawarcia umowy finalnej, w tym także przed upływem okresu zawieszenia przewidzianego na wnoszenie środków odwoławczych. Zezwala na to nowy art. 2b dyrektywy 89/665.

Liczy się tylko taki interes wykonawcy, który pod względem swojej treści odnosi się do „uzyskania zamówienia”, czyli interes gospodarczy (choć nie wyłącznie zawodowo-gospodarczy) w ubieganiu się o zamówienie publiczne, skoro zamówienie to odpłatna umowa majątkowa²⁰. Odwołanie się zaś do interesu natury prawnej w ubieganiu się o zamówienie pozwala wyłączyć z kręgu uprawnionych do wnoszenia środków odwoławczych podwykonawców i inne osoby mające pośrednie interesy majątkowe, a także samych oferentów przy podważaniu uchybień zamawiającego naruszających ich ewentualne interesy niemajątkowe. Ponadto oferenci wyeliminowani skutecznie z postępowania (po upływie terminu do oprostowania wykluczenia) tracą interes prawny w uzyskaniu zamówienia. Stosownie do art. 2a ust. 2 dyrektywy 89/665 oferentów uważa się za zainteresowanych, jeżeli nie zostali ostatecznie wykluczeni. Wykluczenie ma zaś charakter ostateczny, gdy zainteresowanemu doręczono zawiadomienie i zostało ono uznane za zgodne z prawem przez niezależny organ odwoławczy, chyba że w ogóle nie może być objęte odwołaniem. Dlatego w zaawansowanym stadium postępowania, za mającego interes gospodarczo-prawny w uzyskaniu zamówienia może być uważany wyłącznie konkurent, który złożył prawidłową ofertę, niepodlega-

¹⁹ Por. zwłaszcza J. Rajski: op. cit., s. 5 oraz Z. Radwański: System prawa prywatnego, prywatnego, 2, Prawo cywilne – część ogólna, Warszawa 2002, s. 358.

²⁰ Por. art. 1 ust. 2 pkt a dyrektywy 2004/18.

jącą odrzuceniu. Sprawa komplikuje się jednak w końcowej fazie postępowania, gdy wynik przetargu (innej procedury) podważa oferent, który złożył ofertę sklasyfikowaną nie na drugiej, lecz na dalszej pozycji w rankingu ofert. Dyrektywa 89/665 nie zawiera w tym zakresie żadnej wzmianki, brak też stanowiska w orzecznictwie europejskim. Wydaje się, że wprowadzie w granicach własnego interesu majątkowego nie mieści się żądanie wyboru konkurencyjnej oferty, nawet wadliwie ocenionej (jest to problem interesu publicznego), ale dopóki postępowanie jest w toku wszystko jest możliwe. Dlatego także oferenci zajmujący dalsze pozycje mogą mieć interesy gospodarczo-prawne w podważaniu wyniku przetargu, choćby w celu spowodowania ponownej oceny ofert.

Dyrektywa nie przewiduje konieczności uzasadnienia (udowodnienia) „interesu w uzyskaniu zamówienia”. Wystarczy zatem samo jego uprawdopodobnienie, celem stwierdzenia, że w ogóle istnieje możliwość prawna dochodzenia ochrony. Orzecznictwo uznaje jednak wymóg wykazania przez konkurenta tego interesu za zgodny z prawem europejskim²¹. Przepis art. 180 ust. 8 pzp wskazuje wprowadzie na konieczność uzasadnienia protestu, ale brak sankcji jego odrzucenia w wypadku pominięcia tego elementu.

Do kręgu uprawnionych do korzystania ze środków ochrony prawnej dyrektywa 89/665 zalicza również konkurenta, który „miał interes” w uzyskaniu zamówienia. W świetle ustalonego powyżej pojęcia interesu to rozszerzenie podmiotowego zakresu ochrony nie może być rozumiane absolutnie. Jest ono niezbędne do objęcia ochroną jedynie konkurentów bezpodstawnie niedopuszczonych do postępowania, wykluczonych lub w inny sposób pozbawionych w nim uczestnictwa i realnych szans na uzyskanie zamówienia²². Wynika to także z regulacji następstw przedwczesnego zawarcia umowy o zamówienie publiczne, bez zachowania wymaganego okresu zawieszenia procedury. Przepis art. 2d ust. 1 pkt b dyrektywy operuje sankcją bezskuteczności umowy, gdy naruszenie to pozbawiło konkurenta możliwości skorzystania ze środków odwoławczych przed zawarciem umowy, niwecząc jego szanse na otrzymanie zamówienia.

Ostatnią znaczącą przesłanką dochodzenia ochrony w związku z ubieganiem się o zamówienie publiczne jest „poniesienie szkody” lub „zagrożenie szkodą” w wyniku naruszenia prawa przez zamawiającego-organizatora postępowania. W tym wyraża się właśnie tymczasowo-zapobiegawczy charakter środków odwoławczych. Jednakże w dyrektywie, a także w orzecznictwie europejskim brak wskazania jakichkolwiek szczególnych kryteriów wyznaczających granice tej przesłanki. Trzeba zatem odwoływać się do ogólnego pojęcia szkody jako uszczerbku

²¹ Por. wyrok ETS z 19 czerwca 2003 r. (C-249/01, Hackermüller), ECR 2003, I-06319.

²² Por. wyrok ETS z 12 lutego (C-230/02, Grossman Air Service) powołany w przypisie 16.

majątkowego, pozostającego w normalnym związku przyczynowym z uchybieniami zamawiającego. Nie ma tu znaczenia charakter możliwej odpowiedzialności odszkodowawczej, zwłaszcza z uwagi na rozróżnienie pomiędzy odpowiedzialnością deliktową i kontraktową. Na gruncie polskiego prawa cywilnego umocnił się pogląd o kontraktowej naturze stosunku przetargowego, wobec wyraźnej dyspozycji zawartej w art. 70¹ § 1 kc.²³

III Środki tymczasowe

Zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt a dyrektywy 89/665 państwa członkowskie zagwarantują wykonawcom ubiegającym się o zamówienie prawo do żądania niezwłocznego zastosowania środków tymczasowych w celu naprawy domniemanego naruszenia lub zapobieżenia dalszym szkodom, w tym zawieszenia lub doprowadzenia do zawieszenia toczonej procedury oraz wykonania „decyzji” podjętych przez instytucję zamawiającą. Legislatywa krajowa ma tu pewien margines swobody, ale każdy kraj musi wprowadzić obligatoryjne zawieszenie postępowania. Celem instrumentów tymczasowych jest zapobieżenie dalszym nieprawidłowościom i stworzenie warunków do efektywnego wdrożenia środków korygujących albo podważenia bezprawnego wyboru oferty. Potrzebny jest bowiem odpowiedni czas na skuteczne zastosowanie właściwych środków prawnych. Dyrektywa nie wyznacza bezpośrednio żadnych konkretnych okoliczności zawieszenia postępowania o udzielenie zamówienia wskutek ujawniających się w jego toku nieprawidłowości. Kwestia ta leży więc w domenie prawa krajowego. Poprzednio obowiązujący art. 2 ust. 1 pkt a przewidywał stosowanie środków tymczasowych w drodze odpowiednich postanowień zamawiającego lub zarządzeń tymczasowych organu rozpoznawczego. Obecnie operuje się ogólną możliwością wydawania postanowień.

Według art. 180 ust. 5 pzp w razie oprotestowania treści ogłoszenia lub warunków zamówienia zamawiający przedłuża termin składania ofert, a gdy podważone zostały dalsze elementy postępowania, zawieszeniu ulega ex lege bieg terminu związania ofertą, do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia protestu, do tej chwili nie można też zawrzeć umowy. Nie przewiduje się zatem zawieszenia całego postępowania, zamawiający może podejmować kolejne czynności, lecz gdyby

²³ Por. zwłaszcza Z. Radwański: *Aukcja i przetarg po nowelizacji kodeksu cywilnego*, Monitor Prawniczy 2004, Nr 8, s. 355 i n., R. Szostak: *Zagadnienia konstrukcyjne w świetle znowelizowanych przepisów kodeksu cywilnego*, KPP 2004, Nr 1, s. 93–94, A. Brzozowski: *Kodeks cywilny, Komentarz*, t. I, Warszawa 2004, s. 281 i n.

trzeba było skorygować wcześniejszy element, powtórzeniu podlegają również te czynności. W prawie krajowym dopuszczalne jest też fakultatywne zastrzeżenie, że organ odwoławczy może odstąpić od środków tymczasowych, jeżeli ich negatywne konsekwencje, zwłaszcza dla interesu publicznego, mogłyby przewyższyć wynikające z nich korzyści, ale nie może to prowadzić do ograniczenia roszczeń przysługujących pokrzywdzonym konkurentom.

Podstawowe znaczenie ma jednak wynikający z art. 2a dyrektywy wymóg zawieszenia możliwości zawarcia umowy finalnej na okres co najmniej 10 dni kalendarzowych od dnia wysłania oferentom informacji o udzieleniu zamówienia drogą elektroniczną lub faksem bądź 15 dni, gdy skorzystano z pisma lub z innego sposobu komunikacji albo co najmniej 10 dni kalendarzowych od dnia doręczenia zainteresowanym decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej. Według znowelizowanego art. 94 ust. 1 pzp rozmiar tego okresu jest już prawidłowy, choć rozpoczyna się on po doręczeniu zawiadomienia o wyborze oferty, bez względu na formę komunikacji. Z kolei rozwiązanie z art. 92 ust. 1 pzp odpowiada dyspozycji dyrektywy w zakresie streszczenia przyczyn ewentualnego odrzucenia oferty (wniosku), natomiast nie odzwierciedla wymogu „precyzyjnego określenia okresu zawieszenia”.

Nowością jest unormowanie art. 2b dyrektywy, zezwalające na odstępstwo od obowiązującego okresu zawieszenia możliwości zawarcia umowy w trzech wyjątkowych sytuacjach, a mianowicie gdy: a) nie jest konieczne ogłoszenie o zamówieniu w formie urzędowej, b) jedynym zainteresowanym jest wykonawca, któremu udzielono zamówienia (brak konkurentów), c) chodzi o zamówienie jednostkowe udzielane na podstawie umowy ramowej lub z tytułu dynamicznego sposobu dokonywania zakupów. Implementacja tych rozwiązań do prawa polskiego mogłaby przyczynić się do przyspieszenia udzielania zamówień w niektórych przypadkach.

IV. Protest

Zasadnicza regulacja dyrektywy 89/665 dotyczy „odwołań od decyzji zamawiającego” zapadających w toku postępowania o udzielenie zamówienia, zmierzających do wymuszenia korektury uchybień pod wpływem władczych orzeczeń niezależnego organu rozpoznawczego, w tym uchylenia lub doprowadzenia do uchylenia bezprawnych decyzji zamawiającego. Jednakże stosownie do art. 1 ust. 4 dyrektywy państwa członkowskie mogą wymagać, aby każdy podmiot przed skorzystaniem z odwołania „poinformował zamawiającego o domniemanym naruszeniu oraz o zamiarze wniesienia odwołania, pod warunkiem, że nie ma to wpływu na okres zawieszenia typu standstill (...) ani na żadne inne terminy do wniesie-

nia odwołania”. Takie właśnie rozwiązanie występuje w prawie polskim od 1994 r. w ramach instytucji protestu o funkcji sygnalizacyjno-reklamacyjnej, a także w niektórych innych ustawodawstwach krajowych (Niemcy, Czechy, Słowacja, Litwa)²⁴. Protest stanowi środek prawa materialnego (rodzaj jawno-publicznego sprzeciwu) skierowany do zamawiającego-organizatora pozbawionego wszelkich atrybutów władzy publicznej, działającego wyłącznie jako strona stosunku materialno-prawnego, a nie publiczno-procesowego. Podstawą bowiem działań organizatorskich zamawiającego prowadzącego postępowanie jest wielostronny stosunek cywilnoprawny, w ramach którego czynności proceduralne przybierają charakter czynności wykonawczych²⁵. Protest jako swoisty środek samoochrony pokrzywdzonego, umożliwia nie tylko niezwłoczne przywrócenie stanu zgodnego z prawem, lecz także przesądowe ustalenie stanowiska i rzeczywistych intencji zamawiającego-organizatora. Z mocy ustawy wniesienie protestu odracza możliwość zawarcia umowy o zamówienie publiczne. W świetle art. 1 ust. 5 dyrektywy dopuszczalne są szybkie elektroniczne środki komunikacji, byleby doszło do natychmiastowego odroczenia zawarcia umowy. Dodatkowy ustawowy skutek protestu o charakterze publiczno procesowym polega na wstrzymaniu drogi postępowania spornego przed organem władzy publicznej. Zanim bowiem nie wyczerpie się obligatoryjnego postępowania protestacyjnego, nie jest możliwe wystąpienie z żądaniem ochrony do właściwego organu (odwołania), ale w wypadku negatywnego wyniku proces cywilny nie staje się zbędny, właściwemu organowi rozpoznawczemu przysługuje pełna jurysdykcja, tak jakby reklamacja w ogóle nie była wymagana²⁶. W razie zaś uznania zasadności protestu zamawiający koryguje (powtarza) oprotestowaną czynność lub dokonuje czynności bezprawnie zaniechanej (art. 183 ust. 5 pzp). Upada więc podstawa faktyczna żądania.

Konieczność wprowadzenia co najmniej 10-dniowego terminu zawieszenia możliwości zawarcia umowy finalnej, w ramach którego można wносить protesty (wobec dotychczasowego 7-dniowego terminu) przy równoległym ustaleniu na mocy art. 1 ust. 5 dyrektywy co najmniej 10 dniowego terminu dodatkowego na wniesienie odwołania, liczonego od doręczenia protestującemu odpowiedzi zamawiającego (przedłużenie okresu odraczającego umowę), pod znakiem zapytania stawia obecnie efektywność tego dwustopniowego rozwiązania. Rozważenia

²⁴ Por. P. Trepte: *Przewodnik po procedurach zamówień publicznych w wybranych krajach Unii Europejskiej*, Warszawa-Katowice 2006, s. 160 i n.

²⁵ Por. zwłaszcza R. Szostak: *Rozstrzyganie sporów przedumownych wynikających z uchybień popełnianych przy udzielaniu zamówień publicznych*, Przegląd Sądowy 2007, Nr 3, s. 72 i n.

²⁶ Por. K. Piasecki: *Procedury poprzedzające sądowe postępowanie cywilne*, Palestra 1985, Nr 7-8, s. 17 oraz R. Szostak: *Rozstrzyganie sporów ... op. cit.*, s. 73.

wymaga zniesienie fakultatywnego – z punktu widzenia prawa europejskiego – etapu reklamacyjnego na rzecz szerszej możliwości operowania uznaniem przez zamawiającego żądania pokrzywdzonego, przy pierwszej czynności procesowej, już w ramach spornego postępowania przed właściwym organem władzy publicznej. Rozważyć można też wezwanie zamawiającego do niezwłocznego przywrócenia stanu zgodnego z prawem, które mogłoby być kierowane równolegle ze skargą (odwołaniem) wnoszoną do Krajowej Izby Odwoławczej. W razie skorzystania przez zamawiającego z szansy niezwłocznego skorygowania uchybienia – postępowanie publiczno-procesowe podlegałoby umorzeniu jako bezprzedmiotowe. Podobne rozwiązanie przewiduje od niedawna prawo słowackie²⁷.

V. Odwołanie

W świetle art. 2 dyrektywy 89/665 podstawowe znaczenie pośród środków odwoławczych ma żądanie wydania rozstrzygnięcia przez właściwy organ władzy publicznej nakazującego usunięcie nieprawidłowości, uchylającego lub nakazującego uchylenie bezprawnych „decyzji” zamawiającego lub przyznającego odszkodowanie dotkniętemu uchybieniami konkurentowi. Jurysdykcja co do tych żądań nie musi być powierzona organowi sądowemu, można ją też powierzyć „odrębnym organom odpowiedzialnym za poszczególne aspekty procedur odwoławczych”²⁸. Dlatego w niektórych krajach (Niemcy, Austria, Czechy, Słowacja, Estonia i Łotwa)²⁹, a także w Polsce w zakresie środków korygujących orzekają wyspecjalizowane organy administracyjne, natomiast w sprawach o odszkodowania właściwe są sądy powszechne. Jednakże zgodnie z art. 2 ust. 9 dyrektywy w przypadku, gdy organ odwoławczy nie ma charakteru sądowego, jego „rozstrzygnięcia powinny być zawsze uzasadnione na piśmie”, ponadto „należy wprowadzić przepisy gwarantujące postępowanie, dzięki któremu wszelkie bezprawne środki zastosowane przez organ odwoławczy lub uchybienia w realizacji nadanych mu uprawnień będą mogły być przedmiotem skargi do sądu lub innego organu będącego sądem w rozumieniu art. 234 Traktatu, niezależnego zarówno od instytucji zamawiającej, jak i organu odwoławczego”. Utworzona w Polsce w 2007 r. Krajowa Izba Odwoławcza (art. 172 i n. pzp), której orzeczenia mogą

²⁷ Tak P. Trepte: op. cit., s. 178.

²⁸ Odnośnie do swobody rozwiązań organizacyjnych zob. wyroki ETS z 17 września 1997 r. (C-54/96 Dorschconsult), ECR 1997, I-04961 oraz z 19 czerwca 2003 r. (C-315/01, Technic GmbH) ECR 2003, I-06351.

²⁹ P. Trepte: op. cit., s. 152 i n.

być zaskarżane do sądu okręgowego, spełnia te kryteria. Wątpliwości zaś może budzić konstytucyjność przepisów dopuszczających orzekanie w sprawach cywilnych (spory przedumowne) przez organ działający w strukturach administracji rządowej³⁰. Stosownie do art. 2 ust. 8 dyrektywy państwa członkowskie mają zapewnić efektywne wykonanie orzeczeń podejmowanych przez organy odwoławcze. Stąd na uwagę zasługuje nowy art. 193 pzp, zgodnie z którym orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej, po stwierdzeniu przez sąd powszechny jego wykonalności, ma moc prawną na równi z wyrokiem sądu. Orzeczenia nie nadające się do egzekucji od razu są skuteczne, natomiast orzeczeniom nadającym się do wykonania w drodze egzekucji sąd na żądanie strony nadaje klauzulę wykonalności.

Określenie „odwołanie” stosowane w dyrektywie i w ustawodawstwie niektórych krajów jest pojęciem ogólnym będącym synonimem skargi, nie odzwierciedlającym żadnej konkretnej konstrukcji publiczno procesowej. Prawdopodobnie wywodzi się z czasów, gdy udzielanie zamówień następowało w drodze decyzji administracyjnej. Rozwiązanie takie obowiązuje zresztą do dzisiaj we Francji i w niektórych krajach o orientacji francuskiej (np. w Belgii, Szwecji i Hiszpanii), gdzie rzeczywiście odwołanie od rozstrzygnięcia zamawiającego wnosi się do sądu administracyjnego, a do rozpatrywania roszczeń odszkodowawczych właściwe są sądy powszechne.

Na gruncie prawa polskiego stosowanie tego ogólnego terminu nie wdaje się trafne. Środek ustawowo zwany „odwołaniem” (art. 184 pzp) przysługujący od oddalenia (odrzućenia) protestu nie zmierza bowiem do uchylecia lub zreformowania uprzednio zapadłego orzeczenia, wydanego przez jakiś organ władzy publicznej (zamawiający działa wyłącznie jako strona w swojej sprawie), nie ma zatem charakteru dewolutywnego, lecz stanowi zwyczajny wniosek o rozpoznanie sprawy w trybie publiczno procesowym, w ramach ogólnego prawa do skargi³¹. Według § 107 niemieckiej ustawy o zakazie praktyk ograniczających konkurencję³² jest to wniosek zawierający żądanie rozpoznania sprawy przez Izbę Zamówień Publicznych (Vergabekammern). Zmierzając do uproszczenia zasad zaskarżania uchybień zamawiającego popełnianych w toku udzielania zamówień publicznych, zwłaszcza w razie zniesienia wyprzedającego proces postępowania reklamacyjnego, rozważyć trzeba zmianę nazwy analizowanego środka ochrony prawnej na bardziej odzwierciedlającą jego rzeczywistą konstrukcję prawną.

³⁰ Por. R. Szostak: Rozstrzyganie sporów ... *op. cit.*, s. 80 i n.

³¹ Por. R. Szostak: Glosa do wyroku SN z 16 lipca 2003 r. (III CZP-47/03), *Przegląd Sądowy* 2005, Nr 6, s. 144 i n.

³² Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, vom 27. Juli 1957 (BGBl. I s. 1081, oder vom 26. August 1998, BGBl. I, s. 2545), dalej GWB.

O wiele mniej zastrzeżeń nasuwałaby nazwa „protest”, tym bardziej, że już obecnie celem „odwołania” jest ostateczne rozstrzygnięcie protestu (art. 182 pzp). Nie bez znaczenia jest tu także wielostronny i eliminacyjny charakter spornego stosunku o udzielenie zamówienia i odpowiadająca mu dopuszczalność rozszerzenia kręgu podmiotów uczestniczących w sporze, na osoby, które przyłączą się do procesu w charakterze interwenientów ubocznych (art. 184 ust. 4 pzp).

W świetle europejskich zasad szybkości i skuteczności, a także konstytucyjnej zasady sądowego wymiaru sprawiedliwości w sprawach cywilnych, docelowo należy dopuścić w pełni drogę sądową w zakresie orzekania o sporach związanych z udzielaniem zamówień publicznych³³. Przeshkody względem konieczności utrzymania bardzo krótkiego (dwu lub trzytygodniowego) terminu do rozpoznania sprawy przez sąd pierwszej instancji, przy zapewnieniu wysokiej jakości orzekania pokonać można poprzez podporządkowanie sporów z zakresu udzielania zamówień publicznych jednemu sądowi okręgowemu³⁴, właściwemu dla obszaru całego państwa, np. wydziałowi szczególnemu w warszawskim sądzie okręgowym (średnia liczba spraw nie przekracza 3 tys. rocznie). Sąd ten mógłby orzekać w trybie uproszczonym, ponieważ tego rodzaju sprawy nie są dowodowo skomplikowane, a występujące trudności mają na ogół charakter prawny. Wzorując się na rozwiązaniach charakterystycznych dla trybu odrębnego w sprawach z zakresu prawa pracy (art. 459 kpc) niezbędne byłoby wprowadzenie krótkiego terminu na czynności przygotowawcze, doręczenia bezpośrednie (z zastosowaniem nowoczesnych środków przekazu informacji), kary dyscyplinujące uczestników postępowania, usprawnienia w organizacji pracy sądu z pracą w godzinach popołudniowych itd. Apelacja uruchamiana wskutek skargi kierowanej do właściwego (jednego) sądu apelacyjnego także wymagałaby regulacji szczególnej, umożliwiającej zwłaszcza zachowanie co najwyżej trzytygodniowego terminu do rozpoznania skargi. Do chwili uprawomocnienia się wyroku powinien obowiązywać zakaz zawarcia umowy finalnej, tak jak na gruncie § 118 niemieckiej GWB. Obecne rozwiązanie z art. 182 ust. 2 pzp, zgodnie z którym ustawowy zakaz zawarcia umowy wygasa już w chwili wydania wyroku Krajowej Izby Odwoławczej nie jest trafne. W razie bowiem reformacyjnej zmiany orzeczenia Izby dochodzi często do pośredniego ujawnienia zdarzeń pociągających bezwzględną nieważność umowy (art. 146 pzp), zachodzącą – jak wiadomo – od chwili jej zawarcia. Tymczasem

³³ Por. R. Szostak: Rozstrzyganie sporów ... op. cit., s. 84–85.

³⁴ Obecne przyporządkowanie sądom okręgowym wszystkich skarg typu apelacyjnego na orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej budzi wątpliwości, ponieważ gdyby nie było tej Izby właściwe dla większości sporów byłyby sądy okręgowe, a skargi na ich wyroki rozpatrywałyby sądy apelacyjne.

w związku doręczeniem wadliwego orzeczenia Izby zamawiający musi zakończyć postępowanie i udzielić zamówienia w zgodzie z tym orzeczeniem³⁵.

Nowością jest art. 2c dyrektywy 89/665 wyznaczający minimalny termin na wniesienie odwołania³⁶, który nie może być krótszy niż 10 dni kalendarzowych, licząc od doręczenia oferentom „decyzji” instytucji zamawiającej albo 15 dni od jej wysłania, a jeśli przekaz odbywa się faksem lub drogą elektroniczną – wystarczy termin 10-dniowy. Jednakże w przypadku żądania uchylenia (doprowadzenia do uchylenia) „bezprawnych decyzji” niepodlegających doręczeniu (np. zawartych warunków ogłoszeniu lub warunków zamówienia), termin ten wynosi co najmniej 10 dni kalendarzowych od daty publikacji takich oświadczeń. Nie dotyczy to jednak aktualnie obowiązującego prawa polskiego, przewidującego konieczność wyczerpania obligatoryjnego postępowania protestacyjnego, które każdorazowo uzależnia bieg terminu na wniesienie odwołania od uprzedniego ustosunkowania się zamawiającego do protestu lub od bezskutecznego upływu terminu do jego załatwienia. Wydłużenie w 2008 r. terminu do złożenia odwołania (art. 184 ust. 1 pzp) nie jest jednak wystarczające. Przepisy o terminie odwołania nadal wymagają ostatecznego dostosowania do wymagań art. 2c dyrektywy.

Stosownie do art. 2 dyrektywy „w sytuacji, gdy organ pierwszej instancji, który jest niezależny od instytucji zamawiającej, rozpatruje odwołanie od decyzji o udzielenie zamówienia, państwa członkowskie zapewniają, aby instytucja zamawiająca nie mogła zawrzeć umowy przed podjęciem orzeczenia przez organ odwoławczy (...)”. Odzwierciedlenie tej dyspozycji w prawie polskim zawiera art. 182 ust. 2 pkt 3 pzp, z tym że ze względu na niebezpieczeństwo ujawnienia okoliczności rzutujących na nieważność umowy finalnej przez sąd skargowy, okres zawieszenia możliwości zawarcia umowy w odniesieniu do zamówień wielkiej wartości powinno utrzymywać się aż do uprawomocnienia się wyroku sądu okręgowego lub do czasu bezskutecznego upływu terminu do zaskarżenia orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej. Wymaga to jednak radykalnego skrócenia czasu trwania procedury sądowej najlepiej w ramach stosownego postępowania odrębnego.

Do „postępowania odwoławczego” odnosi się także art. 2 ust. 5 dyrektywy, dopuszczający wyjątkowe odstępstwo od zastosowania środków tymczasowych, gdy przemawia za tym interes publiczny. Prostym jego odpowiednikiem w prawie

³⁵ Por. uchwałę SN z 24 listopada 2005 r. (III CZP-85/05), z aprobowaną glosą R. Szostaka, *Monitor Prawniczy* 2007, Nr 12, s. 681 i n.

³⁶ Brak takiej dyspozycji był szczególnie uciążliwy w odniesieniu do zamówień transgranicznych. Z zasady szybkości stosowania środków odwoławczych orzecznictwo wyprowadziło kryterium „rozsądnego terminu”. Por. zwłaszcza wyrok ETS z 12 grudnia 2002 r. (C-470/99, *Universale-Bau AG*), ECR 2002, I-11617 oraz wyrok ETS z 27 lutego 2003 r. (C-327/00, *Santex*), ECR 2003, I-01877.

polskim jest znowelizowany ostatnio art. 182 ust. 3 pzp, upoważniający Izbę do uchylenia zakazu zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu, jeżeli odroczenie jej zawarcia mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego, przewyższające korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów naruszonych lub zagrożonych w wyniku domniemanych uchybień popełnionych przez zamawiającego³⁷.

VI Charakter środków korygujących

Wymuszenie od zamawiającego szybkiej i skutecznej korektury uchybień, jeszcze w toku prowadzonego przez niego postępowania, przed zawarciem umowy, polegać ma według art. 2 ust. 1 b dyrektywy 89/665 na „uchyleniu lub doprowadzeniu do uchylenia bezprawnych decyzji” organizatora. Rolą protestu, odwołania i skargi sądowej jest zatem zabezpieczenie efektywności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Stanowią one wyraz szczególnych uprawnień konkurentów ubiegających się o zamówienie w ramach materialno prawnego stosunku proceduralnego, gwarantujących osiągnięcie głównego celu tego stosunku w postaci doprowadzenia do zawarcia umowy finalnej. Brak więc podstaw do jakichkolwiek analogii co do postępowania zabezpieczającego względem procesu cywilnego (art. 730 kpc) zmierzającego do zagwarantowania wykonalności wyroku, czy nawet tymczasowego zaspokojenia wierzyciela. W ramach stosunku proceduralnego o udzielenie zamówienia, zamawiający obciążony jest powinnością dokonania kolejnych czynności wykonawczych, faktycznych lub prawnych, w tym koniecznych oświadczeń woli. Są to jego zwyczajne powinności dłużnicze. W rezultacie środki korygujące zmierzają do realnego wykonania zobowiązania przez zamawiającego. W razie nienależytej realizacji zobowiązania, uprawniony może na zasadach ogólnych żądać od zobowiązanego zmiany sposobu wykonania powinności pod rygorem wytoczenia powództwa i egzekucji³⁸. Podobnie w wypadku zaniechania wymagalnej czynności uprawniony może domagać się od zamawiającego realnego jej wykonania niezależnie od żądania naprawienia szkody wynikłej ze zwłoki (art. 477 § 1 kc). Z cywilnoprawnego punktu widzenia domaganie się korektury postępowania nabiera zatem charakteru roszczenia. Jego treść wyrażająca się ogólnym żądaniem „uchylenia bezprawnych decyzji” jest konkre-

³⁷ Por. G. Wicik, P. Wiśniewski: Prawo zamówień publicznych, Komentarz, Warszawa 2007, s. 774–777.

³⁸ Przy niektórych umowach z żądaniem takim uprawniony może wystąpić pod rygorem odstąpienia od umowy (por. np. art. 611, 636 i 656 kc).

tyzowana przepisami prawa krajowego w imię zasady należytego wyczerpania postępowania o udzielenie zamówienia. Jest to wynik działania przepisów odrębnych, przesądzających o szczególnym charakterze roszczenia stanowiącego przedmiot środków korygujących. W szczególności brak podstaw do łączenia przesłanek tego roszczenia z winą. W razie niemożliwości świadczenia pojmowanej w kategoriach prawnej niemożliwości zawarcia ważnej umowy (jest celem przejściowego stosunku proceduralnego), dopuszczalne jest roszczenie odszkodowawcze uzasadnione subiektywną, choć niekoniecznie zawinioną przyczyną unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Stosownie do art. 183 ust. 5 pzp zamawiający uwzględniając protest, niezwłocznie powtarza oprotestowaną czynność postępowania lub dokonuje czynności bezprawnie zaniechanej, informując wszystkich wykonawców. Z kolei Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając odwołanie może nakazać zamawiającemu wykonanie bądź powtórzenie zakwestionowanej czynności zamawiającego lub nakazać jej unieważnienie. Od razu uwidacznia się niedopuszczalna różnica w zakresie żądania unieważnienia czynności, które także powinno być objęte przedmiotem protestu. Dokonanie czynności uprzednio zaniechanej nie nasuwa żadnych wątpliwości, natomiast „powtórzenie oprotestowanej czynności” polega na jej ponownym prawidłowym dokonaniu, chyba że byłoby to bezprzedmiotowe, np. co do otwarcia ofert przetargowych. W odniesieniu do czynności prawnych (oświadczeń woli) sprawa komplikuje się nieco, ponieważ zwyczajne powtórzenie jest możliwe tylko co do czynności uchybiającym konstytutywnym wymogom oświadczeń woli (art. 60 i 61 kc) oraz bezwzględnie nieważnych (art. 58, 73, 76, 82-83, 94 i 103-104 kc), natomiast czynności wadliwe (zwłaszcza na podstawie art. 84-88 kc), a także bezprzedmiotowe, jeśli zostały dokonane w oparciu o wadliwe przesłanki, wymagają wpierw unieważnienia (odwołania). Szczególny przypadek stanowi dopuszczalność tzw. sprostowania ogłoszenia oraz zmian w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 11 ust. 4, 12 ust. 4 oraz 38 ust. 4 pzp). Bezwzględna nieważność, jak i unieważnienie, każdorazowo muszą wynikać z konkretnych przepisów prawa materialnego³⁹.

Dyrektywa nie wyznacza żadnych konkretnych norm czasowych do stosowania środków korygujących. Wprawdzie łączy je bezpośrednio z postępowaniem o udzielenie zamówienia, lecz nie wskazuje na jakiekolwiek okoliczności kończące procedurę. Jest to bowiem problematyka dyrektywy 2004/18, ale ona też wyraźnie nie obejmuje tej kwestii, ponieważ zamówień udziela się w zasadzie według

³⁹ Por. zwłaszcza J. Preussner-Zamorska: Nieważność jako postać wadliwości czynności prawnej, Kraków 1977, s. 69 i n., B. Lewaszkiewicz-Petrykowska: System prawa cywilnego, t. I, część ogólna, Ossolineum 1985, s. 709 i n. oraz Z. Radwański: System... op. cit., s. 436 i n.

„procedur krajowych”, prawo europejskie wskazuje zaś tylko na niektóre ich elementy. Pośrednio z dyrektywy 89/665 wynika wszakże, iż postępowanie o udzielenie zamówienia nie ulega zamknięciu z chwilą wyboru oferty, powinno toczyć się aż do momentu zawarcia umowy finalnej, skoro obowiązuje okres zawieszenia typu standstill. Możliwość stosowania środków korygujących ustaje zatem w zasadzie dopiero po zawarciu umowy finalnej z uwzględnieniem wymaganego okresu zawieszenia. Stosunek proceduralny bowiem wygasa wskutek wyczerpania postępowania, choć w razie nieważności umowy postępowanie może być wznowione. W rezultacie żądanie korektury postępowania jest ograniczone uwarunkowanym terminem zawitym. Wyjątkowo jednak postępowanie podlega zamknięciu w drodze unieważnienia (umorzenia), jeżeli stało się bezprzedmiotowe. Podstawy unieważnienia wskazuje prawo krajowe (są różnice), choć pod wpływem ogólnych zasad udzielania zamówień umacnia się tendencja do ich obiektywizacji⁴⁰. Najczęściej są to: brak dostatecznej liczby ofert, brak wystarczającego pokrycia finansowego, nadzwyczajna zmiana okoliczności albo zaistnienie wady postępowania uniemożliwiającej zawarcie ważnej umowy. Unieważnienie rozwiązuje stosunek proceduralny (o ile sam nie wygasa ex lege), pociąga odrzucenie ewentualnie utrzymujących się ofert oraz znosi z mocą wsteczną zapadłe w postępowaniu czynności prawne wykonawcze. Oświadczenie woli złożone przez zamawiającego w tej sprawie może być podważone w ramach środków korygujących.

VII Roszczenia odszkodowawcze

Dyrektywa 89/665 wymaga, aby w prawie krajowym zagwarantowana została możliwość skutecznego występowania przeciwko zamawiającemu z roszczeniami odszkodowawczymi przez wszystkie podmioty, które doznały uszczerbku w wyniku naruszenia prawa przy udzielaniu zamówień. Wprawdzie żądania odszkodowawcze zalicza się również do środków odwoławczych, ale nie wyznaczono w tym zakresie żadnych wiążących przesłanek, zwłaszcza co do terminu realizacji. Dyrektywa nie przesądza też wyraźnie o reżimie roszczeń odszkodowawczych (czy ma być on kontraktowy, czy też deliktowy), o charakterze związku przyczynowego, ani tym bardziej o jakichkolwiek okolicznościach egzoneracyjnych. Powiązanie wszakże tych roszczeń z uchybieniami zamawiającego, popełnianymi w trakcie realizacji stosunku proceduralnego, jednoznacznie wskazuje na priorytet reżimu kontraktowego odpowiedzialności. Nieco więcej reguluje

⁴⁰ Por. R. Szostak: *Przetarg nieograniczony ...* op. cit., s. 199 i n.

wycinkowa dyrektywa 92/13 (odnosząca się jedynie do tzw. zamówień sektorowych) wskazując na niektóre podstawy tej odpowiedzialności (art. 2 ust. 7), a mianowicie przy dochodzeniu zwrotu kosztów uczestnictwa w postępowaniu (negatywny interes)⁴¹ poszkodowany powinien udowodnić jedynie naruszenie prawa przez zamawiającego i to, że miałby realną szansę na uzyskanie zamówienia, której w wyniku tego naruszenia został pozbawiony⁴². Atrakcyjność tego rozwiązania, na tle nowoczesnych tendencji rozwojowych zmierzających do wzmocnienia ochrony uzasadnionego zaufania do warunków toczzonej procedury, sprawiła, że w niektórych państwach zostało ono implementowane bez jakichkolwiek ograniczeń sektorowych, w odniesieniu do wszelkich zamówień publicznych. Dotyczy to zwłaszcza prawa niemieckiego, austriackiego i w pewnym zakresie także polskiego⁴³.

Z dyrektywy 89/665 wynika zaś pośrednio, że odszkodowania można żądać w każdym czasie, przed, jak i po zawarciu umowy finalnej, stosownie do rozwiązań krajowych, które nie mogą ograniczać prawa do żądania wyrównania uszczerbku każdemu poszkodowanemu. Jednakże według art. 2 ust. 6 tej dyrektywy w prawie krajowym można przewidzieć, że w razie żądania odszkodowania w związku z bezprawnie podjętą „decyzją” (zwłaszcza w związku z rozstrzygnięciem końcowym), musi być ona uprzednio zweryfikowana i uchylona przez właściwy organ. Niezależnie od tego dyrektywa dopuszcza powierzenie jurysdykcji w zakresie rozpoznawania roszczeń odszkodowawczych „organowi odpowiedzialnemu za środki odwoławcze” podnoszone również po zawarciu umowy (art. 2 ust. 7). Chodzi tu nie tylko o zwyczajną ekonomikę procesową i usunięcie rozbieżności w orzekaniu (gdyby o odszkodowaniu rozstrzygał inny organ, niż o środkach korygujących), lecz także o pewność w zakresie ustaleń faktycznych, skoro warunkiem odpowiedzialności odszkodowawczej zamawiającego jest dopuszczenie się uchybienia przy udzielaniu zamówienia. W większości krajów UE jurysdykcję w zakresie rozpoznawania sporów odszkodowawczych sprawują sądy powszechne, które nie są związane ustaleniami ewentualnych organów pozasądowych, orzekających w zakresie środków korygujących, choć – jak wiadomo – nie mogą też podważać ich prawomocnych rozstrzygnięć.

⁴¹ W pierwszej przygotowanej przez Komisję Europejską wersji projektu dyrektywy 89/665 wyznaczono stosunkowo szerokie granice odszkodowania, obejmujące oprócz zwrotu kosztów uczestnictwa w postępowaniu także i utraconych korzyści, celem wyraźnego wzmocnienia pozycji oferentów, ale Parlament Europejski wypowiedział się za skreśleniem tego przepisu jako zbyt radykalnego, który mógłby wywoływać trudności w praktyce przy szacowaniu utraconych korzyści. Por. M. Lemke: *op. cit.*, s. 19.

⁴² Bliżej o tym zob. A. Sołtysińska: *Europejskie prawo ... op. cit.* s. 815–816.

⁴³ Por. R. Szostak: *Przetarg nieograniczony ... op. cit.*, s. 167–168.

W prawie polskim brak szczególnej regulacji odpowiedzialności za szkody wynikające z uchybień popełnionych przez zamawiającego-organizatora postępowania. Obowiązują zasady ogólne. Panuje jednak pogląd ograniczający dopuszczalne żądanie odszkodowawcze do granic tzw. ujemnego interesu umownego⁴⁴. Jedyny wyjątek zawiera art. 93 ust. 4 pzp, według którego w razie unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, wykonawcom, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, przysługuje roszczenie o zwrot uzasadnionych kosztów uczestnictwa w postępowaniu, w szczególności kosztów przygotowania oferty. Ziszczenie się przesłanek odszkodowawczej odpowiedzialności zamawiającego z tytułu innych uchybień jest rzadkością z uwagi na prewencyjną funkcję środków korygujących (względem szkód). Sporadycznie dochodzi do szkody wyrządzonej w następstwie uchybień „nieodwracalnych”, spowodowanych zazwyczaj błędną informacją, czy opóźnieniem w zawiadomieniu o wyniku przetargu lub innego postępowania. Większe zaś szkody ujawniają się w wypadku stwierdzenia nieważności umowy (art. 146 pzp). Mogą one dotknąć też sytuacji majątkowej wykonawcy nieświadomie „wciągniętego” przez zamawiającego do nieważnej umowy, zawartej w wyniku wadliwego przetargu⁴⁵. Przepis art. 93 ust. 4 pzp potwierdza zasadę kontraktowej odpowiedzialności odszkodowawczej, ograniczonej do negatywnego interesu umownego. Szczególnym elementem odpowiedzialności z art. 93 ust. 4 pzp jest zobiektywizowany jej charakter, odrywa się bowiem od przesłanki winy i normalnego związku przyczynowego, skoro liczą się jakiekolwiek przyczyny po stronie zamawiającego, a żądać odszkodowania może w zasadzie każdy konkurent, nie tylko oferent mający realne szanse na uzyskanie zamówienia.

Pożądana jest – jak się zdaje – ogólniejsza regulacja odszkodowania w polskim prawie zamówień publicznych, z wyraźnym ograniczeniem odpowiedzialności do negatywnego interesu umownego. Rozważenia wymaga też wprowadzenie

⁴⁴ Por. zwłaszcza Z. Radwański: *Prawo cywilne...* op. cit., s. 273, K. Stefaniuk: *Wybór formy przetargu i jego ogłoszenie oraz wniesienie wadium w świetle ustawy o gospodarce nieruchomościami*, „Rejent” 1999, Nr 10, s. 98 i n., R. Szostak: *Zagadnienia konstrukcyjne...* op. cit., s. 93–94, a także uzasadnienie wyroku SN z dn. 21 listopada 2003 r., powołanego w przypisie 13. Taki kierunek wykładni nasuwają też wprost przepisy kodeksu regulujące odszkodowania z tytułu zdarzeń przedumownych, (por. np. art. 72§2, 103 § 3, 387 § 2 i 390 kc). Analogiczne stanowisko zajmuje doktryna niemiecka, por. zwłaszcza H. Ingensteu, H. Korbion: *VOB Teile A und B, Kommentar*, Dusseldorf 2001, s. 620 (Nb. 18-25), N. Portz: *Kommentar zur VOL/A, Vergaberecht-Rechtsschutz*, Dusseldorf 2000, s. 641–642 oraz A. Boesen: *Vergaberecht Kommentar zum 4. Teil des GWB*, Köln 2000, s. 544.

⁴⁵ Por. zwłaszcza J. Górski: *Przygotowanie umowy w świetle kodeksu zobowiązań*, *Poznań* 1938, s. 110–117 oraz wyroki Sądu Najwyższego tam powołane, z 9 maja 1926 r. oraz z 13 października 1932 r.

na wzór § 124 niemieckiej GWB przepisu, zgodnie z którym sąd orzekający o odszkodowaniu byłby związany ustaleniami prawomocnego rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej, a także wyrokiem sądowym zapadłym w sporze o zastosowanie środków korygujących. Nie wydaje się jednak celowe, aby poza przypadkiem unieważnienia umowy, konkurent mógł dochodzić odszkodowania z powodu wadliwości postępowania, jeśli nie skorzystał w porę z prawa do jej oprotestowania.

VIII. Unieważnienie umowy

Zupełną nowością jest wprowadzenie do dyrektywy 89/665 dodatkowej regulacji o „bezskuteczności umowy” zawartej z pogwałceniem ustawowo nakazanych procedur udzielania zamówień publicznych (art. 2d). Dotychczas sytuacja ta leżała wyłącznie w domenie prawa krajowego. W świetle dyrektywy nie może być to jednak sankcja automatyczna, lecz wynikająca z orzeczenia sądu lub innego „organu odwoławczego”. W preambule do dyrektywy 2007/66 podkreśla się, że aby realnie zwalczać praktyki bezzasadnego udzielania zamówień z pominięciem obligatoryjnych procedur lub na podstawie wadliwego wyboru oferty, konieczne są bardziej odstraszające sankcje prawne. „Bezskuteczność to najlepszy sposób przywrócenia konkurencji i stworzenia nowych perspektyw handlowych podmiotom gospodarczym, bezprawnie pozbawionym udziału w otwartej procedurze udzielenia zamówienia”. To samo dotyczy przypadku przedwczesnego zawarcia umowy przed upływem ustawowego okresu zawieszenia typu standstill. W razie zaś naruszenia jedynie wymagań formalnych prawidłowo wybranego trybu postępowania rodzaj sankcji zależy już wyłącznie od rozwiązań krajowych. Doniosłe jest przyznanie konkurentom prawa żądania unieważnienia umowy przez sąd (inny organ), co stanowi wyłom od tradycyjnego zapatrywania, że interes prawny w unieważnieniu umowy mają w zasadzie tylko same strony umowy oraz ewentualnie rzecznik interesu publicznego.

Zastosowanie w dyrektywie konstrukcji tzw. nieważności względnej nie budzi żadnych wątpliwości kwalifikacyjnych, skoro wyraźnie zastrzega się, że nie chodzi o bezskuteczność następującą automatycznie, lecz wynikającą z orzeczenia właściwego organu, a do zaskarżenia umowy ustalono krótki, termin. Ma to duże znaczenie dla polskiego prawa zamówień publicznych operującego bezwzględną nieważnością umowy (art. 146), które będzie musiało być w nadchodzącym czasie zmienione. Wprawdzie – jak już wspomniano – dyrektywa nie wyklucza surowszych sankcji, ale nie dotyczy to bezskuteczności umowy. Ratio legis rozwiązania europejskiego wynika niewątpliwie z potrzeby zapewnienia należytej oceny skuteczności umowy finalnej przez sąd lub inny organ orzekający.

Zwraca się uwagę przede wszystkim na konieczność zagwarantowania trwałej pewności prawnej co do obowiązywania umowy. Stąd w celu uniknięcia rozmaitych trudności i niepewności państwa członkowskie muszą wyłączyć ze swoich porządków prawnych wszelkie inne drogi procesowego stwierdzania bezskuteczności umowy o zamówienie publiczne (por. pkt 25-26 preambuły). Jedynie w odniesieniu do wykraczających poza dyspozycje dyrektywy przypadków naruszania wymagań warunkujących prawidłowy tok postępowania nadal można będzie operować automatycznie działającą sankcją bezwzględnej nieważności umowy (art. 146 ust. 1 pkt 6 pzp). Jednakże w imię pożądanej jednolitości, także i te przypadki powinny być objęte następstwem unieważnienia umowy, a nie sankcją bezwzględnej jej nieważności. Nie można przecież dopuścić, aby cięższe naruszenie prawa jakim jest bezpodstawne uchylenie się od zastosowania procedury przetargowej sankcjonowane było łagodniej, niż uchybienia popełniane w postępowaniu o udzielenie zamówienia rzutujące na jego wynik. Ponadto nie bez znaczenia jest tu potrzeba zachowania spójności z rozwiązaniem wyrażonym w art. 70⁵ kc., wyposażającym organizatora oraz każdego z uczestników przetargu (aukcji) w prawo żądania unieważnienia umowy finalnej, jeżeli strona tej umowy, inny uczestnik lub osoba działająca w porozumieniu z nimi wpłynęła na wynik postępowania w sposób sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami⁴⁶. Uprawnienie powyższe wygasa z upływem miesiąca od dnia, w którym uprawniony dowiedział się o istnieniu przyczyny unieważnienia, nie później jednak niż z upływem roku od dnia zawarcia umowy.

Przepis art. 2d ust. 1 dyrektywy 89/665 stanowiący, że „państwa członkowskie zapewnią, aby umowa została uznana za nieskuteczną przez organ odwoławczy (...) albo żeby jej nieskuteczność wynikała z decyzji takiego organu” dopuszcza alternatywne konstrukcje prawne. Pierwsza to niezbyt jasna na gruncie prawa polskiego, konstrukcja nieważności z mocy prawa, wymagającej jednak każdorazowo powodztwa ustalającego. Druga zaś to tzw. wzruszalność umowy, polegająca na jej ubezskutecznieniu na mocy konstytutywnego orzeczenia właściwego organu (nieważność względna). Bliższa prawu polskiemu jest niewątpliwie ta druga konstrukcja, nawiązująca także do art. 70⁵ kc. Analogicznie jak w przypadku klasycznych wad zachodzących przy zawieraniu umowy (błędu, podstęp, groźby) sprowadza się do unicestwienia jej skutków prawnych z mocą ex tunc, choć nie w wyniku własnego oświadczenia zainteresowanego, lecz orzeczenia

⁴⁶ Por. S. Rudnicki: Komentarz do kodeksu cywilnego, Księga pierwsza-część ogólna, Warszawa 2004, s. 315–316 oraz P. Machnikowski: Kodeks cywilny, Komentarz, Warszawa 2006, s. 188–189.

sądu wydanego na żądanie o charakterze prawo kształtującym. Rola sądu sprowadza się do kontroli przesłanek wzruszalności i do publicznego stwierdzenia tego faktu⁴⁷. W przeciwieństwie do bezwzględnie nieważnej, wzruszalna czynność prawna ulega konwalidacji w przypadkach ustawowo wskazanych, zwłaszcza w następstwie bezskutecznego upływu terminu do żądania unieważnienia. Taki stan niepewności jest wysoce niedogodny dla stron zawartej umowy i może być szkodliwy dla obrotu gospodarczego. Dlatego dyrektywa 89/665 przewiduje krótki termin zawity do występowania z żądaniem unieważnienia, nie krótszy jednak niż 30 dni od ogłoszenia o udzieleniu zamówienia (zawiadomienia konkurentów o zawarciu umowy), a w razie jego zaniechania – 6 miesięcy od podpisania umowy (art. 2f).

Stosownie do art. 2 d ust. 3 dyrektywy w prawie krajowym wolno zastrzec, że właściwy organ może nie uznać wadliwej umowy za bezskuteczną, gdy nadrzędne przyczyny związane z interesem ogólnym wymagają zachowania w mocy skutków umowy. Wolno zaś przewidzieć inne sankcje, zwłaszcza skrócenie okresu obowiązywania umowy lub kary pieniężne. Interes gospodarczy w utrzymaniu skuteczności kontraktu może zostać uznany za nadrzędną przyczynę w powyższym ujęciu jedynie w wyjątkowych okolicznościach, gdy ubezskutecznienie pociągałoby niewspółmierne konsekwencje. Nadrzędnej przyczyny związanej z interesem ogólnym nie stanowi jednak interes gospodarczy dotyczący bezpośrednio samego zamówienia, zwłaszcza odnoszący się do uszczerbków wynikających z opóźnienia w wykonaniu zamówienia, kosztów uruchomienia nowej procedury udzielenia zamówienia lub kosztów wynikających ze zmiany wykonawcy, a także do następstw majątkowych bezskuteczności umowy.

Unieważnienie umowy w świetle art. 2d dyrektywy dopuszczalne jest w trzech przypadkach, a mianowicie, gdy:

- udzielono zamówienia bez uprzedniej publikacji ogłoszenia z naruszeniem ustawy, zwłaszcza w trybie negocjacyjnym,
- doszło do przedwczesnego zawarcia umowy z naruszeniem ustawowego zakazu jej zawarcia przed upływem co najmniej 10-dniowego stanu zawieszenia kontraktowania, jeżeli naruszenie to pozbawiło oferenta mającego szanse na uzyskanie zamówienia (oferta niepodlegająca odrzuceniu) możliwości skorzystania ze środków odwoławczych,
- doszło do uchybień formalnych w toku postępowania o udzielenie zamówienia mających wpływ na jego wynik, ale wprowadzenie sankcji unieważnienia umowy w tym przypadku zależy od legislatury krajowej,

⁴⁷ Por. uwagi na tle art. 70 (5) kc. Z. Radwańskiego: *System...* op. cit., s. 371 oraz P. Machinkowskiego: op. cit., s. 189.

Powyższy katalog różni się od podstaw nieważności bezwzględnej umowy wskazanych w obecnie obowiązującym art. 146 ust. 1 Pzp. Nie obejmuje bowiem przypadku niedopuszczalnego zawarcia umowy przed zakończeniem tzw. uprzedniej kontroli administracyjnej udzielenia zamówienia, a także przypadku dokonania wyboru oferty z rażącym naruszeniem ustawy. Pierwszy przypadek nieważności powinien być utrzymany w prawie polskim, choć zakres kontroli sprawowanej przez Prezesa UZP uległ ostatnio znacznemu ograniczeniu, natomiast przypadek drugi wymaga skreślenia, ponieważ pojęcie „rażącego naruszenia ustawy” obce jest cywilnoprawnym stosunkom przedumownym, stosowane bywa raczej w regulacjach postępowania administracyjnego lub procesu sądowego. W szczególności dla skuteczności czynności materialno-prawnych nie ma znaczenia, czy naruszenie ustawy było rażące, czy też nierażące. Liczą się wszelkie sprzeczności z bezwzględnie wiążącymi przepisami prawa, a te – jak łatwo zauważyć – stanowią na ogół „naruszenie ustawy mające wpływ na wynik postępowania”. Z kolei ta podstawa unieważnienia umowy powinna być jednak bardziej uniwersalna i obejmować nie tylko samo naruszenie ustawy, lecz szerzej „prawa”, a także i „dobrych obyczajów”, aby można było przyporządkować jej ewentualne naruszenia przez zamawiającego warunków zamówienia (przetargu)⁴⁸.

Konieczność utrzymania zależnej od prawa krajowego sankcji nieważności umowy z tytułu uchybień mających wpływ na wynik toczzonego postępowania nie wymaga uzasadnienia. Prewencyjne oddziaływanie jest tu bowiem oczywiste. Jakiegokolwiek próby rozszerzania jej zasięgu powinny być jednak wykluczone, ponieważ tylko uchybienie rzutujące na wynik postępowania (przetargu) jest równoznaczne z naruszeniem prawa, pozbawiającym pokrzywdzonego realnej szansy na zamówienie. Tylko takie można też sensownie łączyć z pojęciem interesu prawnego. W pierwszej kolejności pociąga ono potrzebę skorygowania wadliwości postępowania, a gdyby nie było to możliwe – wymusza jego unieważnienie. Sankcja nieważności umowy jest aktualna dopiero wtedy, gdy zawiódł mechanizm korygujący w zakresie przywrócenia stanu zgodnego z prawem. Rozważyć trzeba zatem wprowadzenie do prawa zamówień przepisu obejmującego – na wzór art. 70⁵ § kc – zachowania sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami (złamanie warunków procedury), jako wadliwość stanowiącą ogólną podstawę unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia albo późniejszego unieważnienia umowy, zapewniającą jednakową kwalifikację takich samych nieprawidłowości, bez względu na fazę procedury, sprawcę i przyczynę uchybienia, skoro liczyłoby się nawet zachowanie osoby trzeciej.

⁴⁸ Por. R. Szostak: Przetarg nieograniczony... op. cit., s. 218–219.

Konsekwencje unieważnienia umowy o zamówienie publiczne przewiduje wyłącznie prawo krajowe. Są one analogiczne jak w przypadku nieważności bezwzględnej⁴⁹. W świetle art. 2d ust. 1 dyrektywy 89/665 prawo krajowe może jednak dopuścić wsteczne anulowanie wszystkich obowiązków umownych bądź ograniczyć zakres ubezskutechnienia umowy tylko do tych obowiązków, które pozostały jeszcze do wykonania. W rachubę wchodzi zatem unieważnienie umowy *ex tunc* (z mocą wsteczną) albo *ex nunc* (jedynie na przyszłość). Ustawowe następstwa pierwszego rodzaju unieważnienia umowy sprowadzają się do obowiązku zwrotu spełnionych świadczeń tytułem nienależnego świadczenia (art. 410 kc), natomiast w wyniku drugiego rodzaju unieważnienia powinno dojść do stosownego rozliczenia wykonanej części umowy. Ten drugi rodzaj „ubezskutechnienia umowy” jest raczej obcy polskiej tradycji prawa cywilnego. Podobne zaś skutki osiąga się w drodze przedwczesnego rozwiązania umowy przez sąd lub w drodze jej wypowiedzenia przez jedną ze stron. Jak się zdaje w wypadkach szczególnych można dopuścić w prawie polskim przymusowe rozwiązanie umowy, jednak tylko jako uzupełnienie względem rozwiązania podstawowego w postaci całkowitego unieważnienia umowy z mocą wsteczną.

Nie całkiem jednoznacznie przedstawia się krąg osób czynnie legitymowanych do wystąpienia o zastosowanie tego rodzaju sankcji. Z charakteru wskazanych w art. 2d ust. 1 dyrektywy 89/665 podstaw unieważnienia wynika pośrednio, że chodzi nie tylko o strony umowy⁵⁰, lecz także o inne osoby mające interes w uzyskaniu zamówienia (konkurentów)⁵¹. W literaturze podnosi się, że celem rozwiązania rozszerzającego krąg legitymowanych jest ochrona pewnych wartości publicznych, przede wszystkim rzetelności i uczciwości w walce konkurencyjnej o zawarcie określonej umowy⁵².

Jak już wspomniano, w świetle nowego art. 2f dyrektywy 89/655 termin do wystąpienia z żądaniem o unieważnienie umowy powinien wynosić co najmniej 30 dni kalendarzowych od dnia opublikowania ogłoszenia o udzieleniu zamówienia albo zawiadomienia zainteresowanych o zawarciu umowy, a w razie jego

⁴⁹ O skutkach wzruszalności czynności prawnej zob. zwłaszcza T. Zieliński: Znaczenie terminu „nieważność” w języku prawniczym, *Krakowskie Studia Prawnicze*, t. III, 1970, s. 71 i n., B. Lewaszek-Petrykowska: *op. cit.*, s. 719 oraz Z. Radwański: *System ... op. cit.*, s. 441, a także J. Preussner-Zamorska: *op. cit.*, s. 69 i n.

⁵⁰ Bierną legitymację procesową ma niewątpliwie zamawiający, a także druga strona umowy (wykonawca), jeśli z żądaniem występuje inny konkurent bądź rzecznik interesu publicznego. Por. M. Jędrzejewska: *Kodeks postępowania cywilnego, Komentarz, Część pierwsza, postępowanie rozpoznawcze* Warszawa 2007, s. 446.

⁵¹ Por. A. Sołtysińska: *Europejskie prawo ... op. cit.*, s. 774 i n.

⁵² Z. Radwański: *System ... (Suplement, Warszawa 2004) ... op. cit.*, s. 71.

zaniechania – 6 miesięcy od dnia podpisania umowy. Jest to termin zawity, po upływie którego prawo żądania unieważnienia umowy wygasa. Z uwagi na bezwzględnie wiążący charakter regulacji termin ten nie podlega żadnym modyfikacjom z woli stron. Wykluczona jest też jakakolwiek zmiana skutków upływu tego terminu. Konieczność dostosowania polskiego prawa także i do tego wymogu jest oczywista.

THE MEANS OF PROTECTION OF INTEREST PERSONS ABOUT PUBLIC CONTRACTS COMPETING – ACCORDING TO MODIFIED DIRECTIVE 89/665/ECC

The tender (auction) and also other procedures of offering public orders are taking place in non typical relations which have multilateral and eliminatory character. The organizer of procedures ordering doesn't use any attributes of public power, acts on the base of civil principle equality of the parties. Traditional liability for damages of the ordering party for organizational faults and other other measures connected with invalidity of final contract have been insufficient. In the second half of XX century under influence of the practise in some european countries were allowed more effective claims for making corrects used presently in the procedure due to eliminate immediately the faults to not admitte the conclusion non effecive contract and increase the damages.

Those experiences are the base of council Directive 89/ 665/ ECC of 21 December 1989 on the coordination of the laws, regulations and administrative provisions relating to the application of review procedures to award of public supply and public works contracts, which contributed only partly harmonization of european legal orders. Because of it this Directive was amended by Directive 2007/66/EC of the European Parliament and the Council of 11 December 2007 amending the Council Directives 89/ 665/ ECC and 92/13/ECC with regard to improving the effectiveness of review procedures concerning the award of public contracts. The period of implementation of it will expire 20 December 2009. To inculcate this Directives regulations to the polish public orders law is necessary particularly: a) widening the notion of legal interest what is the base for lodging appeal measures, b) rethinking once more the sense and function of initial signalling the faults by the competitors making protest, c) reforming the procedure in the Domestic Appeal Chamber, d) extending the period and allowing electronic form for Appeal measures, e) justification of the court control of the decisions done by the Chamber and make possible those issues to appeal court decisions,

f) introducing the sanctions of annullment the contract by authorised body insted of binding now santion absolute invalidity, g) verification legal causes of contract ineffectivenesss, h) increase the liability for damages the ordering party without the traditional condition of the fault, i) rethinking the additional preventive-disciplinary measures especially financial penalties. Beside those important improvings necessary is also to to become perfect some binding regulations due to increase the speed and effectiveness of examining appeal measures what sometimes obstruct possibility of conclusion final contract in the time of standstill. Necessary is especially rethinking the circumstances for preparation the appeal without obstruction of the cotract conclusion. In the case of annullment the protest as a preemption act of the complaint may be necessary improve new regulation to allow ordering party the correction of faulties before opening hearing in the Domestic Appeal Chamber, which can terminate the procedure in all cases of effective voluntary removal of faulties the law by the ordering party. Important are also regulations connected with the performance of decision done by Domestic Appeal Chamber especially those which allow compulsory enforcement this provisions.