

Opinia

Polskiej Konfederacji Pracodawców Prywatnych Lewiatan

Do projektu ustawy z dnia 23 października 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw /druk senacki 687/

Cel projektu:

Uchwalona przez Sejm w dniu 23 października 2009 r. ustawa o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych wprowadza bardzo obszerne zmiany do ustawy Prawo zamówień publicznych. Najważniejsze z projektowanych zmian dotyczą systemu środków ochrony prawnej, a wynikają z konieczności wdrożenia do prawa polskiego dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającej dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych (Dz. Urz. UE L 335 z 20.12.2007 r., s. 31).

Nadto wprowadzany jest szereg mniejszych zmian, które jednak będą doniosłe w praktyce. Spośród nich należy wymienić skrócenie szeregu terminów ustawowych, czy zmianę reżimu podważania ważności umowy zawartej z naruszeniem prawa.

Uwagi szczegółowe PKPP Lewiatan:

1. Podważenie ważności umowy

Obecnie obowiązujący przepis art. 146 stanowi:

1. Z zastrzeżeniem przepisów odrębnych, umowa jest nieważna, jeżeli:
 - 1) ogłoszenie o zamówieniu nie zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych albo opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, chyba że z przepisów ustawy nie wynika taki obowiązek;
 - 2) zamawiający zawarł umowę bez wymaganej zgody wyrażonej w postanowieniu Krajowej Izby Odwoławczej przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu;
 - 3) (uchylony);
 - 4) (uchylony);
 - 5) zamawiający dokonał wyboru oferty z rażącym naruszeniem ustawy;

- 6) w postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do naruszenia przepisów określonych w ustawie, które miało wpływ na wynik tego postępowania;
 - 7) zamawiający zawarł umowę przed upływem terminów, o których mowa w art. 94 ust. 1, z zastrzeżeniem art. 94 ust. 1a.
2. Prezes Urzędu może wystąpić do sądu o stwierdzenie nieważności:
- 1) umowy, o której mowa w ust. 1;
 - 2) części umowy, o której mowa w art. 140 ust. 3;
 - 3) zmian umowy dokonanych z naruszeniem art. 144 ust. 1.

Obecnie obowiązujący przepis dodaje zatem do ogólnie obowiązujących w prawie przesłanek nieważności umowy, przesłanki specyficzne dla procesu udzielania zamówień publicznych. Wskazuje na to sformułowanie „z zastrzeżeniem przepisów odrębnych”. Spośród przesłanek wymienionych w dalszej części przepisu ust. 1, na szczególną uwagę zasługują przesłanki określone w art. 146 ust. 1 pkt 5 (wybór oferty z rażącym naruszeniem prawa) i pkt 6 (naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ na wynik postępowania).

Z kolei, na podstawie art. 146 ust. 2 Prezesowi UZP przyznano uprawnienia do występowania do sądu o stwierdzenie nieważności umowy, jej części lub zmian. Z tego uprawnienia Prezes może skorzystać, gdy 1) zajądą przesłanki z ust. 1., 2) część umowy wykracza poza SIWZ oraz 3) zmiany umowy dokonano z naruszeniem art. 144 ust. 1 PZP.

Na gruncie obecnego uregulowania nie ma wątpliwości, z żądaniem unieważnienia umowy lub jej części może występować także wykonawca, który ma interes prawny w takim żądaniu (art. 189 Kodeksu postępowania cywilnego). Wprowadzenie szczególnego przepisu na rzecz Prezesa UZP było podyktowane koniecznością stworzenia podstawy prawnej dla tego organu administracji do ingerencji w stosunki cywilnoprawne.

Projektowana regulacja trybu i okoliczności podważenia umowy jest zasadniczo inna od obecnego stanu prawnego.

1) Bezskuteczność zamiast nieważności.

Projektowane przepisy odchodzą od klasycznej konstrukcji nieważności umowy z mocy prawa, na rzecz bezskuteczności. Konstrukcja bezskuteczności zakłada możliwość uchylecia się od jej skutków tylko na żądanie uprawnionego.

Z uzasadnienia do projektu wynika, że takie rozwiązanie projektodawcy zaczerpnęli z dyrektywy 2007/66/WE. Dyrektywa 89/665/WE w art. 2d ust. 1 faktycznie stanowi o „nieskuteczności” umowy zamówienia publicznego, ale jednocześnie w ust. 2 wskazuje, że dokładna konstrukcja owej „nieskuteczności” ma być określona przez prawo krajowe. W pełni dopuszczalna jest zatem także konstrukcja nieważności.

2) Zawężenie podstaw dochodzenia nieważności umowy

Wykorzystanie konstrukcji bezskuteczności, co do zasady, nie budzi zasadniczych wątpliwości. Natomiast trudno wyrazić uznanie dla zawężenia przesłanek unieważnienia umowy oraz odebrania wykonawcom istotnych uprawnień do kwestionowania umów zawartych z naruszeniem prawa. W ślad za dyrektywą 2007/66/WE projekt ustawy wskazuje enumeratywnie przesłanki unieważnienia umowy związane z enumeratywnie wymienionymi czynnościami zamawiającego.

Należy podkreślić, że wśród projektowanych przesłanek nie ma klauzuli generalnej rażącego naruszenia ustawy, zaś zawężono znaczenie klauzuli naruszenia ustawy, które miało wpływ na wynik postępowania. Wskutek tych zmian pozycja przedsiębiorców ubiegających się o zamówienie ulegnie pogorszeniu.

Przedłożony projekt to niezwykle rzadki przypadek, gdy przepisy dostosowujące prawo polskie do prawa unijnego są mniej korzystne od przepisów wcześniej obowiązujących.

Wprawdzie w projektowanym art. 146 ust. 6 została utrzymana przesłanka unieważnienia umowy w przypadku naruszenia ustawy, które miało (dodaje się: lub mogło mieć) wpływ na wynik postępowania, ale z tej podstawy będzie mógł skorzystać wyłącznie Prezes Urzędu Zamówień publicznych. Takie ograniczenia tego uprawnienia jest trudne do zrozumienia. Nie ma bowiem podstaw, aby odmawiać uczestnikom postępowania prawa obrony swoich praw przed krzywdzącymi ich naruszeniem ustawy.

Dlatego należy przywrócić w projekcie omawiane dwie podstawy unieważnienia umowy dla wszystkich zainteresowanych.

3) Tryb podważenia umowy

Obecne przepisy dotyczące unieważnienia opierają się na przejrzystej konstrukcji nieważności umowy, o której stwierdzenie może zwrócić się każdy, kto ma w tym interes prawny.

Projekt ustawy radykalnie zawęży krąg uprawnionych do podważenia umów zawartych z naruszeniem prawa zamówień publicznych. Przede wszystkim, projektowany art. 146 ust. 2 pkt. 4 wprost stanowi, że na podstawie art. 70⁵ Kodeksu cywilnego nieważności umowy może dochodzić tylko zamawiający. Należy podkreślić, że ten przepis Kodeksu początkowo uprawniał do żądanie stwierdzenia nieważności umowy tylko organizatora przetargu (tutaj: zamawiający) oraz stronę umowy (czyli zwycięzcę przetargu). Dopiero w wyniku nowelizacji z 2003, do art. 70⁵ przyznano legitymację do wystąpienia z takim żądaniem innym, czyli przegranym, uczestnikom przetargu.

Podsumowując, projekt nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych ogranicza prawa przedsiębiorców, które zostały im przyznane na mocy przepisu Kodeksu cywilnego wskutek nowelizacji przepisów z 2003 r. Obecny projekt, ze niezrozumiałych względów, uprzywilejowuje organizatorów publicznych przetargów, w stosunku do pozycji organizatorów prywatnych przetargów.

Proponowany poniżej art. 146 usuwa lukę, jaka jest w projekcie z druku senackiego 687 i wprowadza ograniczenie czasowe uprawnienia do występowania z żądaniem unieważnienia umowy.

W związku z powyższymi uwagami proponuje się następujące poprawki:

Art.146. 1. Prezes Urzędu, zamawiający i wykonawca, z zastrzeżeniem przepisów odrębnych, może żądać unieważnienia umowy o zamówienie publiczne, jeżeli zamawiający:

- 1) z naruszeniem przepisów ustawy zastosował tryb negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki;
- 2) nie zamieścił ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych albo nie przekazał ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich;

- 3) zawarł umowę z naruszeniem przepisów art. 94 ust. 1 albo art. 183 ust. 1, jeżeli uniemożliwiło to Izbie uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy;
- 4) uniemożliwił składanie ofert orientacyjnych wykonawcom niedopuszczonym dotychczas do udziału w dynamicznym systemie zakupów lub uniemożliwił wykonawcom dopuszczonym do udziału w dynamicznym systemie zakupów złożenie ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym w ramach tego systemu;
- 5) udzielił zamówienia na podstawie umowy ramowej przed upływem terminu określonego w art. 94 ust. 1, jeżeli nastąpiło naruszenie art. 101 ust. 1 pkt 2;
- 6) z naruszeniem przepisów ustawy zastosował tryb zapytania o cenę;
- 7) **zawarł umowę z rażącem naruszeniem ustawy**
- 8) **dokonał czynności lub zaniechał dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania.**

2. Umowa nie podlega unieważnieniu, jeżeli:

- 1) w przypadku określonym w ust. 1 pkt 1 zamawiający miał uzasadnione podstawy, aby sądzić, że działa zgodnie z ustawą, a umowa została zawarta odpowiednio po upływie 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w Biuletynie Zamówień Publicznych albo po upływie 10 dni od dnia publikacji takiego ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej; lub
- 2) w przypadkach określonych w ust. 1 pkt 4 i 5 zamawiający miał uzasadnione podstawy, aby sądzić, że działa zgodnie z ustawą, a umowa została zawarta po upływie terminu określonego w art. 94 ust. 1.

3. Unieważnienie umowy odnosi skutek od momentu jej zawarcia, z zastrzeżeniem art. 192 ust. 3 pkt 2 lit. b.

4. Z przyczyn, o których mowa w ust. 1 ~~oraz 6~~, nie można żądać stwierdzenia nieważności umowy na podstawie art. 189 ustawy z 12 dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. Nr 43, poz. 296, z późn. zm.3)).

5. Uprawnienie, o którym mowa w ust. 1, wygasa z upływem trzech miesięcy od dnia, w którym uprawniony dowiedział się o istnieniu przyczyny unieważnienia, nie później jednak niż z upływem dwóch lat od dnia zawarcia umowy lub zmiany umowy.

2. Zniesienie instytucji protestu

W projekcie nowelizacji rezygnuje się z protestu wnoszonego przez wykonawcę do zamawiającego. Jak podkreślono w treści uzasadnienia projektu cyt.: „Z uwagi na fakt, iż protest podlega rozpoznaniu przez samego zamawiającego, jest on środkiem ochrony prawnej mało efektywnym i nie zapewniającym skutecznego eliminowania naruszeń przepisów ustawy w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

Jednocześnie wniesienie protestu i jego rozstrzygnięcie przez zamawiającego wydłuża termin zawarcia umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego o 20 dni (10 dni na wniesienie protestu powyżej progów „unijnych” oraz 10 dni na jego rozstrzygnięcie).”

Likwidując protest projektodawca przewidział możliwość poinformowania zamawiającego o naruszeniach mających miejsce w postępowaniu oraz usunięcia przez zamawiającego popełnionych uchybień. Możliwość taka jest przewidywana w odniesieniu do postępowań, na które nie przysługuje odwołanie, a zatem w postępowaniach poniżej progów unijnych (art. 181 w zw. z art. 180 ust. 2 Projektu).

Mając na względzie szybkość i sprawność postępowania w sprawie zamówienia publicznego należy jednak pamiętać, tych wartości nie powinno się stawiać ponad uprawnieniami wykonawców związanymi z ochroną ich słuszych interesów w trakcie prowadzonego postępowania. Należy przy tym podkreślić, że likwidacja instytucji protestu w odniesieniu do zamówień podprogowych nie będzie miała wpływu na skrócenie postępowania.

Odnosząc się do skuteczności protestu, rozstrzygnięcie protestu, w przypadku zamówień tzw. podprogowych, nie podlega kontroli Krajowej Izby Odwoławczej (z wyjątkami wskazanymi w art. 184 ust. 1a ustawy Pzp). Skoro Projektodawca stwierdza, że protest w takim kształcie jest nieskuteczny, to tym bardziej nie będzie sprawna instytucja sygnalizacji uchybień poprzez przesłanie informacji, o której mowa w art. 181 projektu. Przede wszystkim należy podnieść, że informacja o wniesieniu protestu przekazywana jest niezwłocznie uczestnikom postępowania, a jeżeli protest dotyczy ogłoszenia lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia informacja o jego wniesieniu jest zamieszczana na stronie internetowej zamawiającego (art. 181 ust. 3 ustawy Pzp). W postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu mogą wziąć udział inni wykonawcy. Takie uregulowanie postępowania protestacyjnego zakładało jego pełną jawność, co nie pozostawało bez wpływu na decyzje Zamawiającego. Nie można się przy tym zgodzić z twierdzeniem zawartym w uzasadnieniu, że instytucja protestu nie była skuteczna. Owszem, w przypadku zamówień podprogowych, rozstrzygnięcie protestu nie podlega kontroli KIO, jednak ze względu na jawność postępowania, podlega swoistej kontroli wszystkich uczestników postępowania, którzy przystępując do postępowania mogą wypowiedzieć się, co do zarzutów podniesionych w odwołaniu. Szczególne znaczenie należy przypisać protestom odnoszącym się do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które wbrew twierdzeniom uzasadnienia dość często są uwzględniane, szczególnie gdy zarzuty w nich zawarte poparte są przez kilku uczestników postępowania protestacyjnego.

Celowe jest również podkreślenie, że likwidacja instytucji protestu spowoduje utrudnienia w prawidłowym wnoszeniu odwołań. Należy pamiętać bowiem, że wnosząc odwołanie, wykonawcy nie będą posiadać informacji o motywach leżących u podstaw czynności podejmowanych lub zaniechanych przez Zamawiających. W obecnym stanie prawnym uzasadnienie takie zawarte było w rozstrzygnięciu protestu, co pozwalało na podjęcie decyzji, co do zasadności wniesienia protestu.

Proponujemy utrzymanie protestu wśród środków ochrony prawnej poprzez:

1. Skreślenie zmiany w art. 1 pkt 40 w projekcie,
2. Skreślenie zmiany w art. 1 pkt 11 w projekcie,
3. Skreślenie przepisu art. 1 pkt 12 (zmiana art. 50 ust. 2 PZP).
4. Skreślenie przepisu art. 1 pkt 17 (zmiana art. 84 ust. 2 PZP).
5. Skreślenie przepisu art. 1 pkt 40 (nowy Dział VI PZP),
6. W przepisie art. 1 pkt 2, projektowanemu art. 94 ust. 2 nadać brzmienie:

2. Zamawiający może zawrzeć umowę w sprawie zamówienia publicznego przed upływem terminów, o których mowa w ust. 1, jeżeli:

1) w postępowaniu o udzielenie zamówienia:

a) w przypadku trybu przetargu nieograniczonego złożono tylko jedną ofertę,

b) w przypadku trybu przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem i dialogu konkurencyjnego złożono tylko jedną ofertę oraz w przypadku wykluczenia wykonawcy upłynął termin do wniesienia **protestu** na tę czynność lub w następstwie jego wniesienia Izba ogłosiła wyrok lub postanowienie kończące postępowanie odwoławcze; lub

2) umowa dotyczy zamówienia udzielanego w trybie negocjacji bez ogłoszenia, w ramach dynamicznego systemu zakupów albo na podstawie umowy ramowej; lub

3) w postępowaniu o udzielenie zamówienia o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 nie odrzucono żadnej oferty oraz:

a) w przypadku trybu przetargu nieograniczonego albo zapytania o cenę nie wykluczono żadnego wykonawcy,

b) w przypadku trybu przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego i licytacji elektronicznej – upłynął termin do wniesienia **protestu** na czynność wykluczenia wykonawcy lub w następstwie jego wniesienia Izba ogłosiła wyrok lub postanowienie kończące postępowanie odwoławcze; lub

4) postępowanie jest prowadzone w trybie licytacji elektronicznej, z wyjątkiem przypadku wykluczenia wykonawcy, wobec którego nie upłynął jeszcze termin do wniesienia **protestu** lub w następstwie jego wniesienia Izba nie ogłosiła jeszcze wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.

3. Jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana, uchyla się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zamawiający może wybrać ofertę najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert bez przeprowadzania ich ponownego badania i oceny, chyba że zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania, o których mowa w art. 93 ust. 1.”;

3. Opis warunków udziału w postępowaniu a opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu

W art. 180 ust. 2 pkt 2 powtórzono przepis art. 184 ust. 1a pkt 2 w obowiązującym brzmieniu, zgodnie z którym w postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty wydane na podstawie przepisów wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, dowołanie przysługuje od rozstrzygnięcia protestu dotyczącego opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. W praktyce zaistniały rozbieżności, co do wykładni tej przesłanki, sprowadzające się do odpowiedzi na pytanie, czy przez opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu należy rozumieć również opis warunków udziału w postępowaniu. Za taką interpretacją opowiedział się Sąd Okręgowy w Wałbrzychu w wyroku o sygn. akt VI Ga 68/09. Sąd uchylając postanowienie KIO podkreślił, że nie sposób rozdzielić opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu od samych warunków udziału w postępowaniu. Zdaniem sądu te dwa pojęcia pojawiające się w przepisach nie

stanowią osobnej kategorii normatywnej, lecz pozostają ze sobą w nierozzerwalnym związku. Opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków nie może istnieć bez uprzedniego określenia samych warunków. W związku z czym, zasadne jest rozstrzygnięcie wszelkich wątpliwości poprzez jasne określenie, że odwołanie przysługuje na opis warunków udziału w postępowaniu.

Z tych względów proponujemy art. 180 ust. 1 pkt 2 (art. 184 ust. 1a pkt 2) nadać brzmienie:

„2) opisu warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków;”

4. Wzajemne zniesienie kosztów postępowania po uwzględnieniu zarzutów przez zamawiającego

Wątpliwości budzi postanowienie art. 186 ust. 6 pkt 1 projektu. Trudno uznać za trafne rozwiązanie, w którym przewiduje się wzajemne zniesienie kosztów postępowania, w przypadku, gdy jedna ze stron sporu (tutaj: zamawiający) uwzględniła zarzuty zawarte w odwołaniu. Problem jest złożony zwłaszcza wobec propozycji zniesienia protestu. Jeżeli zamawiający spotkał się z zarzutem już w proteście, a następnie uznał jego słuszność w postępowaniu odwoławczym, to powinien ponieść w całości koszty wydatkowane przez odwołującego się.

Wobec propozycji zniesienia protestu, zamawiający spotka się z zarzutem po raz pierwszy na etapie postępowania przed KIO. Trudno jednak przyjąć, aby koszty dochodzenia swoich praw ponosił wykonawca, skoro nawet zamawiający przyznaje mu rację. W takim przypadku zamawiający powinien być zwolniony z ponoszenia kosztów.

Skoro jedna ze stron wycofała się ze swojego stanowiska już po wszczęciu sporu, drugiej stronie powinien być zwracany zwłaszcza wpis. W przeciwnym razie należy uznać, że w ten sposób przedsiębiorcy poniosą dodatkowe koszty zniesienia protestu w polskim systemie zamówień publicznych. Minimum, jakie odwołujący się powinien w takiej sytuacji otrzymać z powrotem, to koszt wpisu.

W związku z tym proponujemy nadanie projektowanemu art. 186 ust. 6 pkt. 1 następujące brzmienie:

„1) w okolicznościach, o których mowa w ust. 2, zamawiający zwraca odwołującemu koszt wpisu od odwołania, pozostałe koszty znosi się wzajemnie;”

5. Unieważnienie umów przez Krajową Izbę Odwoławczą

W projekcie w art. 192 ust. 3 przyznano Krajowej Izbie Odwoławczej kompetencję do unieważniania umowy w sprawie zamówienia publicznego, w przypadku zaistnienia przesłanek z art. 146 projektu. W odniesieniu do tego przepisu należy w pełni podzielić zastrzeżenia Rady Legislacyjnej wyrażone w opinii RL-0303-23/09, co możliwości unieważniania umowy przez organ niesądowy. Krajowa Izba Odwoławcza jest organem o charakterze administracyjnym, co wiąże się z tym, że jej wpływ na sferę stosunków cywilnoprawnych powinien być kształtowany z dużą ostrożnością. Możliwość wpływu aktów administracyjnych na sferę stosunków cywilnoprawnych uzależniona jest od tego czy:

- prawo łączy z konkretną decyzją administracyjną skutki cywilnoprawne,
- wydano ją na podstawie właściwych przepisów,

- skutki prawne nie wykraczają poza zakres określony w ustawie,
- decyzja nie zawiera sprzeczności.¹

W systemie prawa polskiego ingerencja organów administracji w sferę stosunków cywilnych ma miejsce np. administracyjnych przypadku decyzji administracyjnych o wywłaszczeniu nieruchomości, decyzji przyznające prawa ochronne na dobrach niematerialnych, decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej o dostępie telekomunikacyjnym (postanowienia zastępujące postanowienia umowne). Jednak należy podkreślić, że decyzje takie, co do zasady nie powinny zastępować sądu w zakresie tak dalekiej ingerencji w umowę cywilnoprawną, jaką jest jej unieważnienie.

Dlatego proponuje się w miejsce kompetencji do stwierdzenia nieważności umowy, przyznać Krajowej Izbie Odwoławczej kompetencje do nakazania wstrzymania wykonywania umowy, przy czym taki nakaz upadałby wraz z bezskutecznym upływem terminu na wniesienie skargi do sądu.

Proponuje się nadanie art. 192 ust. 3 następującego brzmienia:

Art. 192. 1. O oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.

2. Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

3. Uwzględniając odwołanie, Izba może:

1) jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta – nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego;

albo

2) jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego została zawarta oraz zachodzi jedna z przesłanek, o których mowa w art. 146 ust. 1:

a) nakazać wstrzymanie wykonywania umowy, albo

b) stwierdzić, że zachodzi jedna z przesłanek, o których mowa w art. 146 ust. 1 i nałożyć karę finansową, jeżeli wstrzymanie wykonywania umowy byłoby sprzeczne z ważnym interesem publicznym,

3) jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego została zawarta w okolicznościach dopuszczonych w ustawie – stwierdzić naruszenie przepisów ustawy.

4. Izba, orzekając na podstawie ust. 3 pkt 2, uwzględnia wszystkie istotne okoliczności, w tym powagę naruszenia, zachowanie zamawiającego oraz konsekwencje unieważnienia umowy.

5. Ważnego interesu publicznego w rozumieniu ust. 3 pkt 2 lit. b nie stanowi interes majątkowy związany bezpośrednio z zamówieniem, w szczególności związany z opóźnieniem wykonania zamówienia, wszczęciem nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, udzieleniem zamówienia innemu wykonawcy oraz skutkami unieważnieniem umowy.

¹ Por. Z. Banaszczyk, System prawa cywilnego. Tom 1 Prawo cywilne – część ogólna. Pod redakcją M.Safjana. CH Beck. Warszawa 2007 str. 900.

6. Izba nie może nakazać zawarcia umowy.

7. Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

8. W przypadku, o którym mowa w art. 189 ust. 1 zdanie drugie, Izba może wydać łączne orzeczenie w sprawach złożonych odwołań.

9. W wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.

10. Strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6.

6. Ostateczna decyzja Prezesa Izby o zwrocie odwołania

W art. 187 ust. 6 projektu przyznaje się Prezesowi kompetencję zwrotu odwołania, na którą to czynność nie przysługuje skarga. Przepis ten jest sprzeczny z art. 2 ust. 9 dyrektywy Rady 89/665/EWG, w brzmieniu nadanym dyrektywą 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady, zgodnie z którym, w przypadku gdy organy odwoławcze nie mają charakteru sądowego wszelkie bezprawne środki podejmowane przez taki organ powinny podlegać kontroli sądowej. Ponadto należy podkreślić, że zarządzenie Prezesa o zwrocie odwołania, zamyka drogę do rozpoznania sprawy przez KIO (kończy postępowanie w sprawie). Od tego rodzaju rozstrzygnięć w polskim systemie prawnym przewidywane są środki odwoławcze. W związku z powyższym postuluje się ujęcie w projekcie możliwości wnoszenia środków odwoławczych od tego zarządzenia.

Proponujemy w związku z powyższym nadać art. 187 ust. 6 (art. 1 pkt 40 projektu nowelizacji) następujące brzmienie:

„6. 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 zarządzenia. Odwołanie zwrócone nie wywołuje żadnych skutków, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby. O zwrocie odwołania Prezes Izby informuje zamawiającego, przesyłając odpis zarządzenia.”

7. Uchylenie zakazu zawarcia umowy bez kontroli sądowej

W myśl projektowanego przepisu art. 183 ust. 2 zamawiający może złożyć do KIO wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ogłoszeniem przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.

Izba rozstrzyga wniosek na posiedzeniu niejawnym postanowieniem, na które nie przysługuje skarga. Takie drastyczne ograniczenie prawa do sądu w wyjątkowej sytuacji, jaką niewątpliwie jest wyjątkowa zgoda na zawarcie umowy, nie może spotkać się z uznaniem. Jest to niezgodne z art. 2 ust. 9 dyrektywy 89/665/WE.

Abstrahując od tekstu dyrektywy, wykluczenie kontroli sądowej tak kluczowego rozstrzygnięcia Izby jest sprzeczne z zasadami konstytucyjnymi. Należy bowiem podkreślić, że decyzja KIO oparta będzie na klauzulach generalnych, których zastosowanie w państwie prawa powinno być szczególnie ostrożne.

Na znaczenie kontroli sądowej nacisk położył także Sąd Najwyższy w uchwale z 14 października 2005 r. („Jest oczywiste, że byłoby najlepiej, gdyby umowa na wykonanie

prac stanowiących przedmiot zamówienia publicznego mogła być zawarta dopiero po zakończeniu całego tego trybu odwoławczego, z sądową kontrolą włącznie.”)²

Nie powinno się także zapominać, że Trybunał Sprawiedliwości w sprawie *Alcatel* uznał dochodzenie odszkodowania za rozwiązanie mniej korzystne dla pokrzywdzonych uczestników postępowania od zawarcia samej umowy.³ Rzecznik Generalny Mischo w tej samej sprawie wprost nawet stwierdził, że uzyskanie odszkodowania jest najczęściej niesatysfakcjonujące a wykazanie szkody – trudne do udowodnienia. Dlatego właśnie w dyrektywie 2007/66/WE wprowadzono – w ślad za tym orzeczeniem – okres *standstill*.

Wdrożenie dyrektywy nie powinno jednak zwalniać projektodawcy z poszanowania całości dorobku orzeczniczego Trybunału Sprawiedliwości. W szczególności kontroli sądowej powinny być poddane decyzje wyjątkowe, które mogą praktyce unicestwić starania wykonawców o otrzymanie zamówienia publicznego. Do takich decyzji z pewnością należy rozstrzygnięcie w przedmiocie wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ogłoszeniem przez KIO wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie w sprawie.

Proponujemy w związku z powyższym nadać art. 183 ust. 4 (art. 1 pkt 40 projektu nowelizacji) następujące brzmienie:

„4. W sprawie wniosku, o którym mowa w ust. 2, Izba rozstrzyga na posiedzeniu niejawnym, w formie postanowienia, nie później niż w terminie 5 dni od dnia jego złożenia.”

² Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Cywilna 2006/7-8/121

³ C-81/98 *Alcatel Austria and Others v Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr* [1999] ECR I-7671, par. 43