

Dr Sławomir Dudzik  
Wydział Prawa i Administracji  
Uniwersytetu Jagiellońskiego

Ekspertyza nr 218

## **Opinia w sprawie środków zaskarżenia i procedur odwoławczych w projekcie ustawy o zamówieniach publicznych (Druk Sejmowy nr 1720)**

### **Uwagi wstępne**

Przedłożony do zaopiniowania rządowy projekt ustawy o zamówieniach publicznych (Druk Sejmowy nr 1720; dalej zwany “projektem”) w istotnym stopniu zmienia dotychczas obowiązujące rozwiązania prawne dotyczące środków zaskarżenia i szeroko rozumianych procedur odwoławczych (postępowanie protestacyjne, odwoławcze i skargowe) w ramach systemu zamówień publicznych w Polsce. Przyjęte w nim rozwiązania zasługują generalnie na pozytywną ocenę. Poprzez, w szczególności, stworzenie możliwości udziału w ww. postępowaniach organizacji samorządu gospodarczego oraz przekazanie sądownictwu powszechnemu efektywnej, merytorycznej kontroli nad orzeczeniami zespołu arbitrów, zapewniają one bowiem wyższy niż funkcjonujący dotychczas standard ochrony prawnej zainteresowanym podmiotom. Postanowienia projektu porządkują również i uszczegóławiają wiele dotychczas funkcjonujących rozwiązań prawnych, zapewniając w ten sposób większą ich przejrzystość, a tym samym ułatwiając stosowanie odnośnych przepisów zarówno przez organy orzekające, jak i zamawiających i wykonawców. Dzięki projektowanym obecnie rozwiązaniom prawnym, polski system zamówień publicznych zbliża się również w istotny sposób do modelu tego rodzaju regulacji przewidzianego w prawie Wspólnot Europejskich, a w szczególności w przepisach dwóch dyrektyw dotyczących stosowania procedur odwoławczych w udzielaniu zamówień publicznych, a to dyrektywy Rady 89/665/EEC z 21 grudnia 1989 r. oraz dyrektywy Rady 92/13/EEC z 25 lutego 1992 r. (na marginesie, podzielić należy krytyczne uwagi zawarte w opinii Komitetu Integracji Europejskiej, dotyczące wyłączenia z zakresu projektowanej ustawy sektora użyteczności publicznej, do którego odnosi się druga ze wskazanych dyrektyw).

Powyższa ocena nie oznacza jednak, iż przedłożony projekt pozbawiony jest jakichkolwiek wad i nie wymaga dalszych prac w celu udoskonalenia zawartych w nim rozwiązań. Przeciwnie, wydaje się, iż wiele kwestii szczegółowych winno zostać poddane powtórnej analizie oraz koniecznym modyfikacjom na obecnym etapie postępowania legislacyjnego. W dalszej części niniejszej opinii zostaną wskazane najważniejsze sprawy, które wymagają tego rodzaju interwencji. Pomińnięte zostaną przy tym, co do zasady, drobne, głównie językowe mankamenty przedłożonego projektu.

### **Środki zaskarżenia. Przepisy ogólne**

1. Projekt rozszerza uprawnienie do wniesienia środków zaskarżenia na wykonawców, których interes prawny “może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy”. Podkreślić należy, że uznanie potencjalnej możliwości naruszenia interesu prawnego wykonawcy za przesłankę wniesienia środków zaskarżenia realizuje wymogi wynikające w tym zakresie z prawa wspólnotowego, a to, by środki odwoławcze były dostępne “co najmniej każdemu podmiotowi, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia publicznego [...], w przypadku gdy zagraża mu doznanie uszczerbku w wyniku domniemanego naruszenia przepisów” (art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665/EEC i art. 1 ust. 3 dyrektywy 92/13/EEC). Rozwiązanie to ocenić należy zdecydowanie pozytywnie.

2.1. Równocześnie jednak zauważyć należy, iż projekt co do zasady powtarza znane obecnie obowiązującej ustawie z 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 1998 r., Nr 119, poz. 773 z późn.zm.; dalej: "ustawa o zam.publ.") wyłączenia z możliwości stosowania procedury zaskarżenia (por. art. 79 ust. 2 ustawy o zam.publ.). Zgodnie bowiem z art. 101 ust. 2 projektu, środki zaskarżenia nie służą na wybór trybu postępowania w sprawie o udzielenia zamówienia publicznego oraz na zastosowanie preferencji krajowych. Oba te wyłączenia rodzą wątpliwości.

2.2. Oczywistym jest, iż wybór trybu postępowania w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego ma istotne znaczenie dla określenia kręgu potencjalnych uczestników postępowania i może w praktyce doprowadzić do całkowitego wykluczenia z postępowania niektórych podmiotów zainteresowanych wzięciem w nim udziału. Wydaje się zatem, że tego rodzaju istotne decyzje zamawiającego winny podlegać procedurze skargowej uregulowanej w Dziale IV projektu. Tylko w ten sposób zasada prowadzenia postępowania o zamówienie publiczne w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji (art. 13 projektu) może zostać w pełnijszy sposób zrealizowana. Podkreślić przy tym należy, iż szeroko rozumiane procedury odwoławcze nie znalazłyby zastosowania w przypadku, gdy zastosowanie danego trybu postępowania wymaga zgody Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (por. art. 6 ust. 3 i 4 projektu). W tym ostatnim przypadku kontrolę w zakresie zgodności z prawem tych decyzji sprawuje bowiem Naczelny Sąd Administracyjny.

2.3. W przypadku drugiego wyłączenia z zakresu procedur odwoławczych (zastosowanie preferencji krajowych) wydaje się, że jego umieszczenie w projekcie było wynikiem mechanicznego w dużej mierze powtórzenia treści art. 79 ust. 2 ustawy o zam.publ., przy zmienionych jednak zasadach stosowania preferencji krajowych. Zauważyć bowiem należy, że w obecnie obowiązującej ustawie o zam.publ. zastosowanie preferencji krajowych ma charakter fakultatywny i jest zależne od decyzji zamawiającego (por. art. 18 ustawy o zam.publ.). Skoro sprawa ta pozostawiona została w rękach zamawiającego, można wyobrazić sobie, że jego rozstrzygnięcia w tym zakresie nadają się generalnie do tego, by podlegać procedurze zaskarżenia przewidzianej w ustawie. Równocześnie wskazać jednak należy, iż sam projekt rezygnuje z fakultatywnego zastosowania preferencji krajowych na rzecz zasady, iż ich stosowanie ma charakter obligatoryjny, niezależny od woli zamawiającego (art. 14 ust. 1 projektu). Jedynie wyjątkowo, na odstępstwo od ww. zasady może udzielić zgody Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (art. 15 projektu) lub może to wynikać z treści odpowiedniego rozporządzenia Rady Ministrów (art. 16 projektu).

Choć niniejsza opinia nie dotyczy bezpośrednio tej problematyki, to na marginesie zauważyć należy, iż obecne ukształtowanie preferencji krajowych w projekcie może budzić szereg wątpliwości.

Skoro zatem projekt rezygnuje w praktyce z wszelkiej uznaniowości po stronie zamawiającego co do zastosowania preferencji krajowych, to tym samym wyłączenie w tym zakresie możliwości wniesienia środków zaskarżenia jest zbędne.

3.1. Na aprobatę zasługuje generalnie poszerzenie kręgu podmiotów legitymowanych do wniesienia środków zaskarżenia (protest, odwołanie, skarga) o organizacje samorządu gospodarczego. W tym kontekście zwrócić jednak należy uwagę na fakt, iż nie wszyscy potencjalni wykonawcy mogą zrzec się w tego rodzaju organizacjach, a w konsekwencji skorzystać z możliwości ochrony swych praw za pośrednictwem izb gospodarczych. Te ostatnie organizacje zrzeszają bowiem przedsiębiorców, a więc podmioty, które zawodowo, we własnym imieniu podejmują i wykonują działalność gospodarczą (por. art. 2 ust. 2 i 3 ustawy z dnia 19 listopada 1999 r. Prawo działalności gospodarczej). Tym samym np. twórcy – autorzy twórczych prac projektowych lub prawnicy (adwokaci i radcowie prawni), świadczący usługi w zakresie pomocy prawnej (por. art. 87 Prawa działalności gospodarczej) byłiby w pewnym

sensie w gorszym położeniu niż inni wykonawcy – przedsiębiorcy, którym ustawodawca umożliwił zrzeszanie się w organizacjach samorządu gospodarczego.

3.2. Proponowane rozwiązanie dotyczące uprawnień organizacji samorządu gospodarczego rodzi również wątpliwości, co do jego zgodności z prawem wspólnotowym, tj. z generalnym zakazem dyskryminacji ze względu na przynależność państwową (art. 12 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską). Z treści art. 102 projektu wnosić bowiem można (a przynajmniej tego rodzaju interpretacji nie można wykluczyć), iż z możliwości złożenia wniosku o wpis na listę organizacji samorządu gospodarczego mogłyby skorzystać jedynie tego rodzaju organizacje utworzone zgodnie z prawem polskim. Tym samym możliwości tej pozbawione byłyby analogiczne organizacje działające w państwach członkowskich Unii Europejskiej. Podkreślić przy tym należy, że usunięcie powyższego mankamentu nie jest możliwe w drodze rozporządzenia Rady Ministrów, o którym mowa w art. 16 ust. 2 projektu. Rozporządzenie to określać ma bowiem jedynie wykaz państw, z których **wykonawcom i towarom** przysługują preferencje krajowe, a tym samym nie może ono dotyczyć organizacji samorządu gospodarczego zrzeszających wykonawców z państw członkowskich Unii Europejskiej. Istotnym byłoby zatem poszerzenie kompetencji Rady Ministrów w tym zakresie, tak, by wskazane wyżej rozporządzenie mogło przesądzić jednoznacznie możliwość wpisania na listę także organizacji z innych państw, z których wykonawcy i towary traktowani są w prawie zamówień publicznych na równi wykonawcami i towarami polskimi.

3.3. Zauważyć należy także, iż projekt nie określa pozycji organizacji samorządu gospodarczego w poszczególnych postępowaniach uregulowanych w przepisach Działu IV projektu. W szczególności nie wiadomo, czy organizacje te występują w tych postępowaniach (w tym wnoszą środki zaskarżenia) w imieniu własnym, czy też na rzecz konkretnego wykonawcy (analogicznie np. jak w przypadku organizacji z art. 61 k.p.c.), a nadto, czy mogą one również wstąpić za zgodą zainteresowanego wykonawcy do danego postępowania już w trakcie jego trwania. Wydaje się, iż pozycja tego rodzaju organizacji w postępowaniach dotyczących zamówień publicznych winna generalnie odpowiadać pozycji organizacji społecznych, o których mowa w art. 62-63 k.p.c., w tym do organizacji tych, w sytuacji, gdy wnoszą one środki zaskarżenia na rzecz konkretnych wykonawców lub uczestniczą w danych postępowaniach dla ochrony praw wykonawców zastosowanie winny znaleźć w drodze analogii przepisy o prokuratorze (podobnie jak ma to miejsce w przypadku Prezesa UZP – por. art. 126 projektu). Tym samym postanowienia projektu winny w tym zakresie zostać odpowiednio uzupełnione.

### **Postępowanie protestacyjne**

4. Projekt przewiduje istotną zmianę w zakresie określenia terminów zaskarżenia czynności podjętych przez zamawiającego. Zgodnie z brzmieniem art. 103 ust. 2 projektu, protest (a więc środek uruchamiający szeroko rozumiane procedury odwoławcze i warunkujący możliwość skorzystania z dalszych środków zaskarżenia) może zostać wniesiony nie później niż w ciągu 7 dni od dnia poinformowania o wyborze najkorzystniejszej oferty. Oznacza to, że każda czynność podjęta przez zamawiającego na dowolnym etapie całego postępowania o zamówienie publiczne może zostać oprostestowana praktycznie po jego zakończeniu. Równocześnie zauważyć należy, że dotychczas obowiązująca ustawa o zamówieniach publicznych stanowi, iż protest może zostać wniesiony w ciągu 7 dni od dnia, w którym dostawca lub wykonawca powziął wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia (art. 82 ust. 1 ustawy o zamówieniach publicznych). Oznacza to, że czynności zamawiającego są na bieżąco weryfikowane przez wykonawców, którzy w stosunkowo krótkim czasie muszą zdecydować, czy nie naruszają one ich praw, a tym samym nie dają podstaw do wniesienia protestu (por. art. 79 ust. 1 ustawy o zam.publ.). Tak istotną w stosunku do obecnie istniejącego stanu prawnego zmianę procedury uzasadniono tym, że “z doświadczeń Urzędu

Zamówień Publicznych wynika, iż duża liczba odwołań zostaje oddalona przez zespół arbitrów, z tego tylko powodu, iż odwołujący się zaskarżył czynności zamawiającego dokonane na początku postępowania dopiero po jego zakończeniu” (s. 25 uzasadnienia projektu). Nie kwestionując w niczym powyższych danych, wskazać należy, iż obserwowana w praktyce opieszałość wykonawców w skorzystaniu z przysługujących im środków zaskarżenia nie może stanowić wystarczającego uzasadnienia znacznego wydłużenia terminu do złożenia protestu. Proponowana w projekcie regulacja doprowadzi najprawdopodobniej do tego, iż większość wykonawców biorących udział w postępowaniu o zamówienie publiczne zechce poczekać ze złożeniem środka zaskarżenia, nawet w odniesieniu do czynności zamawiającego podejmowanych na samym początku postępowania, do zakończenia wyboru najkorzystniejszej oferty, licząc np., że mimo zaistniałych uchybień po stronie zamawiającego, ich właśnie oferta zostanie uznana za najlepszą. Może prowadzić to w wielu przypadkach do konieczności powtórzenia przez zamawiającego praktycznie całego postępowania lub przynajmniej istotnej jego części, o ile wniesiony protest, dotyczący wad zaistniałych na początku postępowania zostanie uznany za uzasadniony. W konsekwencji, proponowana zmiana może doprowadzić do znacznego wydłużenia postępowań o zamówienie publiczne oraz zwiększenia kosztów tych postępowań, a więc do skutków oczywiście niepożądanych. Wskazać należy, iż wymóg szybkości szeroko rozumianego postępowania odwoławczego stanowi istotny element systemu zamówień publicznych obowiązującego w prawie Wspólnot Europejskich (por. np. art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665/EEC i art. 1 ust. 1 dyrektywy 92/13/EEC).

5. Projekt poszerza krąg przesłanek uzasadniających odrzucenie protestu o przypadek, gdy protest nie zawiera “okoliczności wskazujących na naruszenie ustawy” (art. 103 ust. 4 projektu). Zauważyć przy tym należy, iż odrzucenie środka zaskarżenia jest rodzajem orzeczenia wydawanego zasadniczo w sytuacji, gdy środek ten zawiera braki o charakterze formalnym (por. np. 370 k.p.c.). Równocześnie oznacza to, że odrzucenie danego środka nie ma charakteru orzeczenia co do *meritum* sprawy. Odrzucenie protestu z uwagi na brak okoliczności wskazujących na naruszenie ustawy może jednak rodzić wątpliwości, co do tego, czy w tego rodzaju sytuacji nie mamy faktycznie do czynienia z rozstrzygnięciem merytorycznym, a więc rozstrzygnięciem, które może zostać podjęte dopiero po zbadaniu istoty sprawy oraz rozstrzygnięciem, które winno przybrać postać oddalenia protestu. Zauważyć przy tym należy, iż projekt (podobnie zresztą, jak obowiązująca obecnie ustawa o zam.publ.), nie daje podstaw do klarownego rozróżnienia między odrzuceniem protestu a jego oddaleniem, zwłaszcza w zakresie skutków obu tych rozstrzygnięć dla postępowania odwoławczego przed zespołem arbitrów.

6. Na aprobatę zasługuje generalnie zawarty w art. 104 ust. 1 projektu zakaz zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego do momentu rozstrzygnięcia protestu. Tego rodzaju zakaz nie jest wprawdzie bezwzględny wymogiem prawa wspólnotowego, jest jednak w pełni z nim zgodny (por. art. 2 ust. 3 dyrektywy 89/665/EEC i art. 2 ust. 3 dyrektywy 92/13/EEC). Zasadnym wydaje się jednak postulat, by sformułowanie art. 104 ust. 1 (w szczególności niefortunny wydaje się zwrot: “nie wolno zawrzeć umowy”) zastąpić sformułowaniem proponowanym już w opinii Rady Legislacyjnej z 3.02.1999 r. (“Przegląd Legislacyjny” 1999, nr 1, s. 119 i n.), tj. “Umowa zawarta przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu jest nieważna, z wyjątkiem przypadku, o którym mowa w ust. 3”. Rozważyć należy również włączenie do projektu (w drodze odpowiedniej zmiany art. 104 ust. 2 projektu) zakazu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego przed upływem terminu wyznaczonego do powtórzenia przez zamawiającego oprotestowanej czynności (por. art. 106 ust. 3 projektu), w sytuacji, gdy uprzednio zamawiający uwzględnił protest, a tym samym nie przysługuje od niego odwołanie (por. art. 108 ust. 1 projektu).

### Postępowanie odwoławcze

7. Projekt wprowadza bardzo istotną zmianę w zakresie postępowania odwoławczego przed zespołem arbitrów. Przewiduje się mianowicie odpowiednie stosowanie do tego postępowania przepisów Kodeksu postępowania cywilnego o postępowaniu przed sądem pierwszej instancji, z uwzględnieniem modyfikacji przewidzianych w samej ustawie (art. 107 projektu). Rozwiązanie to ma zastąpić dotychczas funkcjonujące w ustawie o zam.publ. odesłanie do przepisów Kodeksu postępowania cywilnego o sądzie polubownym. Choć znaczenie powyższej zmiany wydaje się duże, to zauważyć należy, iż kwestia ta nie znalazła praktycznie jakiegokolwiek odzwierciedlenia w uzasadnieniu projektu, trudno zatem odczytać motywy, którymi kierowali się twórcy projektu. Nie przesądzając obecnie ostatecznej oceny przyjętego rozwiązania, stwierdzić należy, iż prowadzi ono do znacznego sformalizowania postępowania przed zespołem arbitrów, a tym samym do znacznego wydłużenia w czasie całego postępowania oraz, zapewne, podniesienia jego kosztów. O ile rozwiązanie to generalnie miało się ostać, rozważyć należy możliwość zastosowania w tym zakresie przepisów o postępowaniu w sprawach gospodarczych (art. 479<sup>1</sup> i nast. k.p.c.), które charakteryzuje się pewnym uproszczeniem i odformalizowaniem procedury sądowej w miejsce ogólnych przepisów postępowania przed sądem pierwszej instancji.

8. W trakcie prac legislacyjnych rozważyć należy także, czy zawarte w projekcie odesłania do odpowiednich przepisów Kodeksu postępowania cywilnego stanowiąc będą wystarczającą podstawę prawną dla stosowania przez organy orzekające, a szczególnie zespół arbitrów, różnego rodzaju zarządzeń tymczasowych w celu zabezpieczenia roszczeń wykonawcy dochodzonych w szeroko rozumianych postępowaniach odwoławczych (por. art. 730 k.p.c.). Art. 2 ust. 1 lit a) dyrektywy 89/665/EEC i art. 2 ust. 1 lit. a) dyrektywy 92/13/EEC nakazują bowiem wprowadzenie do krajowych procedur odwoławczych środków obejmujących w szczególności prawo do “podjęcia w możliwie najkrótszym terminie w postępowaniu doraźnym, środków tymczasowych w celu naprawy domniemanego naruszenia lub zapobieżenia dalszym szkodom dla podmiotów [...], w tym zawieszenia lub doprowadzenia do zawieszenia procedury udzielania zamówienia publicznego lub wykonania decyzji podjętych przez zamawiającego”. O ile wydaje się, że tego rodzaju uprawnienie nie może być kwestionowane w przypadku sądu rozpatrującego skargę przewidzianą w art. 125 projektu, o tyle możliwość zastosowania środków zabezpieczających przez zespół arbitrów może rodzić pewne wątpliwości. Podkreślić należy przy tym, iż skoro twórcy projektu zrezygnowali z obligatoryjnego zawieszenia postępowania o zamówienie publiczne po wniesieniu protestu (por. art. 85 ustawy o zam.publ.), możliwość skorzystania z zabezpieczenia roszczenia poprzez uzyskanie odpowiedniego zarządzenia tymczasowego wydaje się szczególnie pożądana.

9. Projekt skraca w stosunku do obecnie funkcjonującego rozwiązania (por. art. 86 ust. 2 ustawy o zam.publ.) z 7 do 3 dni termin do wniesienia odwołania w przypadku, gdy zamawiający nie rozpatrzył protestu, a także gdy zamawiający nie powtórzył czynności w odpowiednim terminie. Powyższy termin 3-dniowy liczony jest od końca terminu do dokonania jednej z powyższych czynności zamawiającego. Tego rodzaju rozwiązanie w praktyce może stwarzać problemy. Z uwagi na okres, jaki musi minąć np. między nadaniem przez zamawiającego przesyłki a jej doręczeniem do wykonawcy, może się zdarzyć, że ten ostatni nie będzie posiadał wiadomości, czy jego protest został faktycznie rozstrzygnięty, a tym samym winien czekać na doręczenie stosownego pisma (i od daty doręczenia pisma liczyć termin do wniesienia odwołania), czy też mamy do czynienia z przypadkiem braku odpowiedniego działania po stronie zamawiającego, a zatem wykonawca winien niezwłocznie złożyć odwołanie. W związku z powyższym opowiadam się za zróżnicowaniem terminu do wniesienia odwołania (3 lub 7 dni) w zależności od tego czy mamy do czynienia z działaniem (rozstrzygnięcie protestu) lub zaniechaniem (nie rozstrzygnięto protestu lub nie powtórzono czynności) zamawiającego.

10. Art. 112 projektu wskazuje przesłanki odrzucenia odwołania przez zespół arbitrów. Nie jest przy tym jasne, czym różni się sytuacja, gdy “droga postępowania odwoławczego nie jest dopuszczalna” od kolejnej, tj. gdy “sprawa nie podlega rozpatrzeniu w postępowaniu odwoławczym”. Również sytuacja, gdy “nie został wniesiony protest” może budzić w tym kontekście wątpliwości, jako odrębna przesłanka odrzucenia odwołania. Wydaje się, że sprawy te wymagają powtórnej analizy i uporządkowania w projekcie.

11. Wątpliwości budzi stosunkowo szeroki zakres uprawnień Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w zakresie organizacji posiedzeń zespołu arbitrów oraz prowadzonego postępowania dowodowego. Zgodnie bowiem z art. 114 projektu, Prezes, na wniosek przewodniczącego zespołu arbitrów, może powołać biegłych w zakresie niezbędnym dla rozpatrzenia odwołania. Oznacza to, że przebieg postępowania dowodowego w tym zakresie zależy w dużej mierze od dyskrecyjnej decyzji Prezesa Urzędu, a nie od samego składu orzekającego, odpowiedzialnego ostatecznie przecież za treść podjętego rozstrzygnięcia. Podobnie, również wyłącznie Prezes Urzędu jest jedynym podmiotem uprawnionym do wyznaczenia posiedzeń zespołu arbitrów. Zauważyć należy, iż dotyczy to zarówno pierwszego posiedzenia (co jeszcze ze względów praktycznych można uznać za uzasadnione), jak i możliwych kolejnych posiedzeń w danej sprawie. Powyższe rozwiązania w obecnych ich kształcie należy ocenić krytycznie. Mogą one bowiem w praktyce utrudnić lub uniemożliwić realizację przez arbitrów ich obowiązków związanych z zachowaniem standardu najwyższej staranności oraz zasady bezstronności (w tym w stosunku do Prezesa UZP) przy rozpatrywaniu odwołania (por. art. 35 projektu).

12. Szczególną uwagę zwrócić należy również na postanowienia projektu dotyczące orzeczenia wydawanego przez zespół arbitrów. Projekt zakłada dwa rodzaje orzeczenia merytorycznego: oddalenie odwołania (należałoby być może dodać, iż chodzi tu o oddalenie odwołania, jeżeli jest ono bezzasadne) oraz jego uwzględnienie (art. 119 ust. 2 projektu). Art. 119 ust. 3 projektu wskazuje przy tym, że “uwzględniając odwołanie, zespół arbitrów może nakazać dokonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego albo unieważnić dokonane czynności, z wyjątkiem podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego”. Zauważyć należy, iż użycie zwrotu “zespół arbitrów może” nie jest precyzyjne. Wątpliwości mogą dotyczyć tego, czy wskazane wyżej wyliczenie rodzajów orzeczenia uwzględniającego odwołania jest wyliczeniem enumeratywnym, czy tylko przykładowym. Opowiadając się za pierwszym z powyższych rozwiązań, sugerowałbym stosowną zmianę redakcyjną ww. postanowienia, która doprowadziłaby do wyeliminowania tego rodzaju wątpliwości. Nadto istotnym byłoby powtórne rozważenie (projekt powiela w zasadzie treść art. 90 ust. 3 ustawy o zam.publ.) poprawności użycia w ww. art. 119 ust. 3 projektu takich zwrotów, jak “unieważnić ... czynności” oraz “unieważnić ... czynności, z wyjątkiem podpisania umowy ...”, które, jak się wydaje, nie zupełnie przystają do utartych konstrukcji cywilnego prawa materialnego i procesowego.

13.1. Zgodnie z art. 124 projektu, “orzeczenia zespołu arbitrów podlegają wykonaniu w drodze egzekucji sądowej”. Powyższe sformułowanie stanowi zapewne sposób wprowadzenia do polskiego systemu zamówień publicznych wymogu wynikającego z art. 2 ust. 7 dyrektywy 89/665/EEC i art. 2 ust. 8 dyrektywy 92/13/EEC, dotyczącego obowiązku zapewnienia w krajowym systemie prawnym efektywnego wykonania decyzji podjętych przez organy odwoławcze. Ponieważ projekt nie dokonuje w tym zakresie rozróżnień, możliwość przymusowego wykonania dotyczyłaby zarówno tej części orzeczenia, która dotyczy kosztów postępowania, jak i samego merytorycznego rozstrzygnięcia powstałego sporu, a więc także orzeczenia, w którym nakazuje się dokonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego (por. art. 119 ust. 3 projektu). Możliwość przymusowego wykonania orzeczenia zespołu arbitrów w tej części, w której zasądza on na rzecz jednej ze stron koszty postępowania wydaje się co do zasady w pełni uzasadniona. Równocześnie jednak szczególnego rozważenia w trakcie prac

ustawodawczych w Parlamencie wymaga problem, czy egzekucja sądowa jest w rzeczywistości najlepszą drogą zapewnienia w ramach postępowania o zamówienie publiczne efektywnego wykonania orzeczenia zespołu arbitrów nakazującego dokonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego. Zaznaczyć należy, że kwestia ta nie została wyjaśniona w uzasadnieniu projektu. Dodatkowo rozważyć należy, czy orzeczenie zespołu arbitrów, nakazujące dokonanie określonej czynności przez zamawiającego, w sytuacji, gdy czynność ta przybiera postać oświadczenia woli, może zastąpić to oświadczenie. Tego rodzaju rozwiązanie znajduje zastosowanie w stosunku do orzeczeń sądów zobowiązujących do złożenia określonego oświadczenia woli (por. art. 64 k.c. i art. 1047 § 1 k.p.c.). Wydaje się, iż winno ono znaleźć zastosowanie także w odniesieniu do orzeczenia zespołu arbitrów.

13.2. Wykonanie orzeczeń zespołu arbitrów w drodze egzekucji sądowej rodzi również konieczność rozstrzygnięcia kilku szczegółowych problemów proceduralnych. Dotyczy to np. organu właściwego do nadania klauzuli wykonalności tego rodzaju orzeczeniu oraz organu, który byłby odpowiedzialny za doprowadzenie do wykonania przez zamawiającego czynności nakazanych w orzeczeniu zespołu arbitrów.

Wprawdzie orzeczenie zespołu arbitrów stanowić będzie tytuł egzekucyjny, jako orzeczenie, które z mocy ustawy podlega wykonaniu w drodze egzekucji sądowej (por. art. 777 § 1 pkt 3 k.p.c.), powyższe nie wystarcza jednak dla uruchomienia postępowania egzekucyjnego. Zgodnie bowiem z art. 776 k.p.c., podstawą egzekucji może być tylko tytuł wykonawczy, a więc tytuł egzekucyjny zaopatrzony w klauzulę wykonalności. Należy wnosić, iż organem właściwym do nadania klauzuli wykonalności byłby w tym przypadku nie zespół arbitrów wydający orzeczenie, ale sąd rejonowy właściwy zgodnie z treścią art. 781 § 2 k.p.c. (orzeczenie zespołu arbitrów stanowiłoby inny tytuł egzekucyjny niż tytuł pochodzący od sądu).

Podobnie przedstawia się kwestia wykonania przez zamawiającego określonych czynności wskazanych w orzeczeniu zespołu arbitrów. Również w tym przypadku, organem odpowiedzialnym za ewentualne zastosowanie środków przymusu w postaci grzywny (podlegającej na wypadek jej niezapłacenia zamianie na areszt) winien być sąd, w którego okręgu czynność ma być wykonana (art. 1050 k.p.c.), a nie zespół arbitrów. Zaznaczyć przy tym należy, iż powyższe uwagi nie oznaczają, iż projekt przewiduje rozwiązania odmienne niż wyżej wskazane (przepisy Kodeksu postępowania cywilnego znajdują odpowiednie zastosowanie tylko do postępowania odwoławczego przed zespołem arbitrów, a nadto dotyczy to wyłącznie przepisów o postępowaniu przed sądem pierwszej instancji – por. art. 107 projektu), ale mają raczej na celu ukazanie złożoności problematyki wykonania orzeczeń zespołu arbitrów.

### **Postępowanie przed sądem (postępowanie skargowe)**

14. Istotną nowością projektu jest wprowadzenie instytucji skargi do Sądu Okręgowego w Warszawie w stosunku do orzeczenia wydanego przez zespół arbitrów (art. 125 i nast. projektu). Skarga ta byłaby nowym, nie znanym dotychczas w przepisach proceduralnych środkiem zaskarżenia, do którego tylko odpowiednio znalazłyby zastosowanie przepisy Kodeksu postępowania cywilnego o apelacji, o ile przepisy projektowanej ustawy nie stanowiłyby inaczej (art. 127 projektu). Rozwiązanie to, poszerzające gwarantowane w Konstytucji prawo do sądu, należy, co do zasady, ocenić pozytywnie. Realizuje ono również w pełniejszy sposób wymogi wynikające z prawa wspólnotowego (por. art. 2 ust. 8 dyrektywy 89/665/EEC i art. 2 ust. 8 dyrektywy 92/13/EEC).

15. Wątpliwości w zakresie postępowania skargowego budzić może zawarty w art. 131 projektu katalog orzeczeń, które mogą zostać podjęte przez sąd w wyniku rozpatrzenia skargi. Nie jest w szczególności jasne z jakich powodów wyłączono tutaj możliwość uchylecia zaskarżonego orzeczenia zespołu arbitrów i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania, szczególnie w razie stwierdzenia nieważności postępowania odwoławczego (por. art. 386 § 2

k.p.c.). Również treść art. 128 projektu uzupełnić należy o możliwość złożenia w skardze wniosku kasacyjnego (por. art. 368 k.p.c.).

15. Innym mankamentem jest brak w projekcie przepisów dotyczących wpisu od skargi wnoszonej do Sądu Okręgowego w Warszawie. Stosowne postanowienia projektu dotyczą obecnie wyłącznie wpisu od odwołania (por. art. 110 projektu). Nie wydaje się przy tym, by zasadnym było zwolnienie z tego rodzaju kosztów podmiot zamierzający zaskarżyć orzeczenie zespołu arbitrow.

16. W tym miejscu wskazać należy, iż projekt pomija w całości kwestie możliwości dochodzenia odszkodowania w związku z naruszeniem przepisów dotyczących zamówień publicznych. Pamiętać przy tym należy, że tego rodzaju roszczenia są uznane w prawie wspólnotowym za istotny instrument zagwarantowania skuteczności tych przepisów (por. art. 1 ust. 2 oraz art. 2 ust. 1 lit. c), ust. 5 i ust. 6 dyrektywy 89/665/EEC; art. 1 ust. 2 oraz art. 2 ust. 1 lit. d), ust. 6 i ust. 7 dyrektywy 92/13/EEC). Brak w projekcie szczególnych rozwiązań w tym zakresie oznacza, iż sprawy te podlegają ogólnym zasadom odpowiedzialności odszkodowawczej wynikającym z przepisów Kodeksu cywilnego. Już wskazana wyżej opinia Rady Legislacyjnej wskazywała, iż tego rodzaju roszczenia są trudne do realizacji. Wydaje się zatem, iż sprawy te wymagają powtórnej analizy, tak by przyjęte rozwiązanie w należyтым stopniu chroniło wykonawców, zapewniając im skuteczne instrumenty dochodzenia ich praw.

### **Zakończenie**

Powyższe uwagi wskazują, iż przedłożony do zaopiniowania projekt w części dotyczącej środków zaskarżenia oraz procedur odwoławczych wymaga dalszych prac legislacyjnych. Podkreślić wymaga przy tym, iż dostrzeżone wady nie dotyczą zasadniczo samej istoty projektowanych rozwiązań, która w pełni zasługuje na uznanie i pozytywną ocenę.

*Kraków, dnia 24 marca 2000 r.*