

## Jak wnieść protest w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego - tylko pisemnie, czy może faxem z potwierdzeniem pisemnym?

Jarosław Sibiński

**Aktualnie chcąc mieć pewność, iż Zespół Arbitrów rozpatrzy odwołanie w zakresie meritum sprawy, protest w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego należy wnieść wyłącznie pisemnie (w oryginale) przed upływem 7-dniowego terminu przewidzianego w art.180 ust.2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. nr 19, poz. 177) - zwana dalej „pzp”.**

Na podstawie obowiązujących aktualnie przepisów art. 27, 28 i art.180 prawa zamówień publicznych pojawiła się całkiem nowa interpretacja Urzędu Zamówień Publicznych (dalej „UZP”)w zakresie i formy sposobu wnoszenia protestów przez wykonawców. W artykule autorstwa Sławomira Wikariaka zamieszczonym w Rzeczpospolitej – w dodatku Dobra firma, z dnia 19 kwietnia 2005 r., Pan Janusz Dolecki Wiceprezes UZP przedstawiając oficjalny pogląd UZP stwierdził, że skuteczne wniesienie protestu w ustawowym, siedmiodniowym, terminie możliwe jest jedynie w formie pisemnej, tj. poprzez doręczenie oryginału protestu zamawiającemu. Uzasadniając powyższy pogląd Wiceprezes UZP odwołuje się do literalnego brzmienia art.180 ust. 1 pzp, zgodnie z którym wykonawca wobec czynności podjętych przez zamawiającego w toku postępowania oraz w przypadku zaniechania przez zamawiającego czynności do których jest on zobowiązany ustawą, może wnieść pisemny protest do zamawiającego.

Zwolennicy powyższej koncepcji, twierdzą, iż do instytucji protestu nie mają zastosowania przepisy art. 27 i 28 pzp, które dopuszczają możliwość przekazywania "oświadczeń, wniosków, zawiadomień oraz innych informacji" pomiędzy zamawiającym i wykonawcami, m.in. drogą faksową. Ponadto stwierdzają, iż protest nie jest oświadczeniem w rozumieniu tych przepisów ze wszystkimi wynikającymi stąd konsekwencjami prawnymi. Przemawiają za tym dwa równie istotne argumenty: wprowadzenie odrębnej regulacji dotyczącej protestu (art. 180 ust. 1), niemożność przyjęcia rozwiązania, według którego w zależności od wartości przedmiotu zamówienia do protestu miałyby zastosowanie odmienne regulacje prawne (zawarte w art. 27 i 28), i do tego sprzeczne z regulacją podstawową (art. 180 ust. 1).

Stanowisko to, aczkolwiek dyskusyjne, można próbować uzasadnić tym, że art. 180 pzp mówiący o pisemnej formie protestu stanowi przepis szczególny (lex specialis) w stosunku do art. 27 i 28 pzp, a jako taki wyłącza ich działanie.

Nie ma, więc do niego zastosowania art. 27 pzp, który niewątpliwie dopuszcza użycie faksu.

Dodatkowo Wiceprezes UZP Janusz Dolecki stwierdza iż, ..."Protest jest szczególną instytucją, wiążącą się z poważnymi konsekwencjami. Dlatego ustawodawca uznał, że trzeba go wyłączyć spod przepisów dotyczących oświadczeń, które w postępowaniach do 60 tys. euro można składać za pośrednictwem teleksu, telefaksu lub drogą elektroniczną".

Pogląd powyższy jest konsekwencją opinii zawartej w komentarzu do prawa zamówień publicznych pod redakcją Tomasza Czajkowskiego, wydanym przez UZP w 2004 r., a ostatnio nawet zamieszczonym na stronach [www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl). Tymczasem wcześniej ten sam UZP opublikował również na swoich stronach *www Praktyczny przewodnik po procedurach zamówień publicznych*, wyd. UZP, Warszawa 2004 r., z którego jasno wynikało, że jeśli protest został przesłany faksem, to za datę jego wpłynięcia uznaje się moment otrzymania faksu (strona 122). Ta publikacja została jednak usunięta i zastąpiona komentarzem prawa zamówień publicznych pod redakcją Tomasza Czajkowskiego.

Nasuwa się pytanie – dlaczego UZP usunął właśnie ten *Praktyczny przewodnik po procedurach zamówień publicznych*? Jest to zmiana poglądów i dotychczasowego orzecznictwa i to na niekorzyść wykonawców.

Zamawiający bardzo często powołują się na ten urzędowy komentarz i odrzucają protesty, które nadeszły w formie pisemnej po czasie, mimo że faks odebrali przed upłynięciem dopuszczalnego terminu.

W odniesieniu do powyżej opisanego poglądu i interpretacji UZP zauważyć należy, że przepis art. 180 ust. 1 pzp określa jedynie formę, w jakiej powinien zostać wniesiony protest. Przepisy dotyczące formy czynności prawnej, w tym również sankcje za jej niezachowanie, określają przepisy kodeksu cywilnego (dalej: k.c.). Odesłanie wprost do przepisów k.c. sformułowane zostało przez ustawodawcę w art. 14 pzp. Niewątpliwie protest jest oświadczeniem woli w rozumieniu przepisów kodeksu cywilnego - oświadczeniem wykonawcy skierowanym do zamawiającego. Zgodnie z art. 61 § 1 zd. pierwsze k.c. "oświadczenie woli, które ma być złożone innej osobie, jest złożone z chwilą, gdy doszło do niej w taki sposób, że mogła zapoznać się z jego treścią".

Analogiczne sformułowanie powtórzone jest w art. 180 ust. 2 zd. drugie: "protest uważa się za wniesiony z chwilą, gdy doszedł on do zamawiającego w taki sposób, że mógł się zapoznać z jego treścią". Wynika z tego, że protest będzie wniesiony z chwilą skutecznego przesłania go zamawiającemu, a data wniesienia protestu faksem powinna mieć decydujące znaczenie dla liczenia siedmiodniowego terminu do jego wniesienia.

Pzp wymaga, aby protest wniesiony był wniesiony w formie pisemnej. Wniesienie protestu w innej formie stanowi uchybienie przepisowi art. 180 pzp, a dokładnie niezachowanie wymaganej przepisem formy. Sankcje w tym zakresie określają przepisy k.c. Artykuł 73 § 1 k.c. stanowi: "jeżeli ustawa zastrzega dla czynności prawnej formę pisemną, czynność dokonana bez zachowania zastrzeżonej formy jest nieważna tylko wtedy, gdy ustawa przewiduje rygor nieważności". Nie ulega wątpliwości, że przepisy pzp takiego rygoru nie formułują. Wniesienie zatem protestu drogą faksową, mimo iż nieprawidłowe, będzie skuteczne. Co prawda, art. 9 ust. 1 pzp wyraża zasadę pisemności postępowania, ale nie zostanie ona naruszona w przypadku, gdy protest niezwłocznie po jego nadaniu faksem zostanie w formie pisemnej przesłany pocztą lub dostarczony bezpośrednio do siedziby zamawiającego.

**W świetle powyższego, aczkolwiek obarczone pewnym ryzykiem, za prawidłowe uznać należy działania wykonawcy polegające na przesłaniu w ustawowym 7 dniowym terminie protestu drogą faksową, a następnie niezwłoczne jego potwierdzenie na piśmie. Analogiczne do tego rozumowanie w zakresie skuteczności składania oświadczeń woli drogą faksową, w sytuacji gdy przepisy wymagają formy pisemnej, zostało również przeprowadzone przez Sąd Najwyższy w uchwale z 2 października 2002 r. (sygn. III PZP 17/02; publ. OSNP z 2003 r. nr 20, poz. 481).**

Ponadto literatura i komentarze dotyczące zagadnienia skutecznego wnoszenia faxem protestów oraz dotychczasowa praktyka orzecznicza Zespołów Arbitrów (do momentu opublikowania komentarza do prawa zamówień publicznych pod redakcją Tomasza Czajkowskiego przez UZP), potwierdza niniejszą tezę:

- (vide. *Pieróg*, Prawo zamówień publicznych, Komentarz i akty wykonawcze, 6. wyd., Warszawa 2004 r., ss. 382-384 - pkt 5 i 12),
- (vide. *Praktyczny przewodnik po procedurach zamówień publicznych*, wyd. UZP, Warszawa 2004, ss 115-116).

Dodatkowo podkreślić należy, że w zakresie dotyczącym składania protestów w tym w szczególności w formie pisemnej i za pośrednictwem faksu, zastosowanie mają jednak również art. 27 i 28 ustawy. Prowadzi to do wniosku, że dopuszczalne jest i prawnie skuteczne przesłanie protestu faksem, a następnie niezwłoczne potwierdzenie na piśmie.

Zmiana interpretacji wywołała oczywiście całą lawinę konsekwencji, niestety przykrych dla wielu wykonawców. Z uwagi na powyższy pogląd UZP skuteczne złożenie protestu, obecnie stało się jeszcze trudniejsze.

Interpretacja przepisów uznająca niedopuszczalność składania protestów za pośrednictwem faksu i jednoczesnego potwierdzania go na piśmie, w praktyce doprowadziłaby do skrócenia o kilka dni przewidzianego w ustawie 7-dniowego terminu do wniesienia protestów – co z całą pewnością nie było intencją racjonalnego ustawodawcy, zwłaszcza, że w przepisach ustawy w zakresie dotyczących wnoszenia protestów nie ma zapisu iż „złożenie protestu w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z wniesieniem go do zamawiającego”, a taki właśnie analogiczny zapis ustawodawca umieścił w przepisach dotyczących wnoszenia odwołań (art.184 ust. 2 ustawy).

Przyjęcie niekorzystnej dla wykonawców interpretacji przepisu art.180 ustawy w zakresie możliwości składania protestu faksem i potwierdzania go na piśmie, z całą pewnością nie było wolą ustawodawcy. Trudno uznać by ustawodawca formułując treść art.180 ustawy chciał, aby wykonawca nie korzystał z usług operatora publicznego – Poczty Polskiej S.A. przy składaniu protestu, co niewątpliwie by jednak następowało, gdyż protestujący mając świadomość, iż pismo zawierające protest, wysłane listem poleconym za pośrednictwem operatora publicznego może trafić do zamawiającego nawet po 5-ciu dniach od jego wysyłki (taki termin przyjmuje się na tzw. obieg pocztowy), w praktyce nigdy nie korzystał by z tego sposobu przesyłania protestów, lub zmuszony byłby do wysyłania protestów już po 2 dniach od powzięcia informacji o okolicznościach będących podstawą do złożenia protestu (co również trudno uznać za zgodne z wolą ustawodawcy).

Zanim Urząd Zamówień Publicznych wydał komentarz do prawa zamówień publicznych, zdecydowana większość zespołów arbitrów uznawała wnoszenie protestu faksem za zgodne z przepisami. Jednak od kilku miesięcy orzecznictwo przestało być konsekwentne. Część arbitrów nadal trzyma się dawnej wykładni, ale pojawiły się też postanowienia zgodne ze stanowiskiem UZP.

Interpretacja art. 180 ust. 1, którą proponuje UZP powoduje, iż wykonawcy mają bardzo ograniczone możliwości wniesienia protestu. A dla tych działających w ramach konsorcjum kilku firm oznacza to nawet uniemożliwienie skorzystania z tego środka odwoławczego. W myśl obowiązujących przepisów protest wnosi się w terminie 7 dni licząc od dnia, w którym wykonawca powziął lub mógł powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Ten i tak niedługi termin został de facto przez interpretację UZP jeszcze bardziej skrócony. Nie wolno zapominać, że samo sporządzenie protestu jest bardzo czasochłonne, gdyż wymaga w niektórych przypadkach analizy ofert innych wykonawców w siedzibie zamawiającego oraz pewnego czasu na czynność doręczenia protestu. Dotychczasowa interpretacja i praktyka przesyłania protestów faksem oraz pocztą rozwiązywała ten problem. Dodatkowo zauważyć należy, że aktualna wykładnia Urzędu Zamówień Publicznych, uzależniająca skuteczność protestu od jego wpłynięcia w formie pisemnej (w oryginale) w terminie 7-dniowym do zamawiającego, stoi w sprzeczności z zasadą równego traktowania wykonawców wynikającą z ustawy Prawo zamówień publicznych. Nie sposób bowiem wyobrazić sobie dochowania siedmiodniowego terminu na pisemne doręczenie protestu przez wykonawcę np. z Francji czy Włoch. Celowy rygorizm ustawodawcy wskazywałby na nieuprawnione preferowanie wykonawców bliskich geograficznie zamawiającemu i tym samym łamanie prawa obowiązującego w Unii Europejskiej.

Zarówno opinie niezależnych ekspertów, jak i orzeczenia zespołów arbitrów nie rozwiązują jednak problemów, jakie interpretacja Urzędu Zamówień Publicznych wywołuje wśród zamawiających i wykonawców. Ci ostatni mogą się spodziewać, że nieraz jeszcze na tym tle wystąpią spory i wątpliwości, które tak naprawdę wywoływać będą negatywne skutki dla wykonawców, bo rozwiązanie proponowane przez UZP na pewno ułatwia życie tylko zamawiającym. Składanie protestów ma na celu przecież wykazywanie uchybień w postępowaniach i choćby w interesie publicznym należy tworzyć realny dostęp do środków ochrony, a nie budować bariery i przeszkody.

Podsumowując za prawidłowe uznać należy działania wykonawcy polegające na przesłaniu w ustawowym terminie protestu drogą faksową, a następnie niezwłoczne jego potwierdzenie na piśmie. Jednocześnie z uwagi na powyższy pogląd UZP, wykonawcy w praktyce chcąc mieć pewność, iż Zespół Arbitrów rozpatrzy merytorycznie ewentualne odwołanie wniesione w sprawie, a nie odrzuci je z powodu wniesienia protestu po upływie 7-dniowego terminu (uznając wniesienie protestu za pośrednictwem faksu za nieskuteczne), muszą doręczyć oryginał protestu do siedziby zamawiającego w ciągu 7 dni.

Dla uniknięcia ewentualnych sporów w wyżej określonym temacie de lege ferenda celowym wydaje się niezwłoczne wprowadzenie przez ustawodawcę nowelizacji do pzp i uregulowanie zasad składania protestów w sposób dopuszczający składanie protestów za pośrednictwem telefaksu, teleksu lub drogą elektroniczną i niezwłocznym potwierdzeniem go na piśmie.

Jarosław Sibiński  
Konsultant ds. Handlowych  
Departament Medyczny  
ALMA SPÓLKA AKCYJNA  
Ul. Hodowlana 5  
61-680 Poznań

#### Literatura:

1. Sławomir Wikariak, *Fax się nie liczy*, Rzeczpospolita – Dobra firma, 19 kwietnia 2005 r.,
2. Tomasz Gałęcki, *Faxem czy na piśmie*, Rzeczpospolita – Dobra firma, 30 maja 2005 r.,
3. Piotr Pogański, *Czy protest z faxu jest nieważny*, Gazeta Prawna, 28 czerwca 2005 r.,
4. Prawo zamówień publicznych. *Komentarz, pod redakcją Tomasza Czajkowskiego*, wyd. UZP, Warszawa 2004 r.,
5. Uchwała Sądu Najwyższego z 2 października 2002 r. (sygn. III PZP 17/02, publ. OSNP z 2003 r. nr 20, poz. 481),
6. Jarzy Pieróg, *Prawo zamówień publicznych, Komentarz i akty wykonawcze*, 6. wyd., Warszawa 2004 r.,
7. *Praktyczny przewodnik po procedurach zamówień publicznych*, wyd. UZP, Warszawa 2004.