

mgr Dorota Zdunowska

***Ochrona prawna wykonawcy
w systemie zamówień publicznych***

Bydgoszcz 2005r

Jednym z postulatów jaki miała spełnić *ustawa z dnia 29.01.2004r - Prawo zamówień publicznych (Dz.U Nr 19, poz. 177 z późn. zmianami)* było rozszerzenie i umocnienie istniejących w systemie prawa mechanizmów ograniczających zjawiska korupcji poprzez kontrolę działań zamawiającego w procesie udzielania zamówień publicznych.

Przedmiotem niniejszej pracy będą prawne środki ochrony prawnej w systemie zamówień publicznych ze zwróceniem uwagi na te kwestie, które po blisko półtorarocznym okresie obowiązywania ustawy nadal budzą najwięcej kontrowersji w praktyce stosowania, doktrynie i orzecznictwie.

Ustawa Prawo zamówień publicznych, zwana w dalszej części ustawą przyznaje wykonawcom, uczestnikom konkursu i innym osobom, których interes, w wyniku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego doznał uszczerbku następujące **środki ochrony prawnej**:

- **protest,**
- **odwołanie,**
- **skargę do sądu.**

Wymienione środki ochrony prawnej przysługują w tych postępowaniach, w których wartość zamówienia lub konkursu przekracza równowartość kwoty 6000 euro, bez względu na tryb, w jakim postępowanie się toczy. Przyjęcie takiego rozwiązania zapewnia równość traktowania wykonawców i pełne przestrzeganie prawa w przypadku udzielenia niewielkich ale licznych zamówień. Środki te przysługują w każdym czasie, w toku postępowania o udzielenia zamówienia publicznego, lecz przed zawarciem umowy o zamówienie publiczne. Kolejność korzystania z tych środków jest ściśle określona przez ustawę, tzn. wniesienie odwołania dopuszczalne jest dopiero po wyczerpaniu drogi postępowania protestacyjnego, zaś skargę można wnieść dopiero po wydaniu orzeczenia przez zespół arbitrów.

Warunkiem *sine qua non* przy wnoszeniu środków ochrony prawnej jest zaistnienie trzech następujących okoliczności:

- naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy,
- doznanie lub możliwość doznania uszczerbku w interesie prawnym przez podmiot wnoszący środki ochrony prawnej,
- związek przyczynowy pomiędzy naruszeniem przepisów ustawy a uszczerbkiem w interesie prawnym.

Przystępując do rozpatrywania środków ochrony prawnej, w pierwszej kolejności należy rozstrzygnąć, czy faktycznie interes wykonawcy doznał uszczerbku na skutek określonego działania zamawiającego.

Interes należy rozumieć jako konieczność, potrzebę; **Interes prawny** zaś, jako potrzebę prawną, wynikającą z sytuacji prawnej, w jakiej znajduje się konkretny wykonawca. Interes prawny dotyczy szeroko rozumianych praw i stosunków prawnych podmiotu. Powinien być on zgodny z prawem oraz zasadami współżycia społecznego.

Szeroko rozumiany jest interes prawny wykonawcy lub innego podmiotu wnoszącego środki ochrony prawnej. Wynika to z faktu, iż do czynności podejmowanych przez Zamawiającego oraz uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się, zgodnie z uregulowaniem art. 14 ustawy, w sprawach nieuregulowanych przepisy ustawy z dnia 23.04.1964r - kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93 z późn. zmianami). I właśnie ten cywilistyczny charakter ustawy przesądza, iż interes prawny to zarówno interes majątkowy jak i niemajątkowy. Nie jest też konieczne doznanie uszczerbku w interesie prawnym, wystarczające jest samo jego zagrożenie.

Prawo zamówień publicznych wprowadza jednak istotne ograniczenie w zakresie interesu prawnego, wymagając, aby był to interes prawny w uzyskaniu konkretnego zamówienia. Taki pogląd prawny utrwalił się zarówno w doktrynie jak i w orzecnictwie zespołów arbitrów i Sądu Okręgowego w Warszawie (np. wyrok SO w Warszawie z 10.04.203r. sygn. Akt. V Ca 165/03). Interes prawny wnoszącego środek odwoławczy lub skargę nie może być oceniany pod kątem jego ewentualnego i niepewnego udziału w przyszłym postępowaniu o przedmiotowe zamówienie. Każdy podmiot czy organ uprawniony do rozpoznawania określonego środka ochrony prawnej (zamawiający, zespół arbitrów, sąd powszechny) jest obowiązany żądać od wnoszącego taki środek wykazania, że jego interes prawny doznał lub mógł doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Przez naruszenie przepisów ustawy należy rozumieć naruszenie zarówno przepisów prawa zamówień publicznych jak również aktów wykonawczych wydanych na podstawie zawartych w nich upoważnień. Z faktu, że protest może być złożony niemal na każdą czynność zamawiającego, wynika, że legitymowanym do wnoszenia środków ochrony prawnej jest szeroki krąg adresatów. Prawo do wnoszenia środków ochrony prawnej przysługuje przede wszystkim wykonawcom, w rozumieniu art. 2 ustawy, czyli osobom fizycznym, prawnym lub jednostkom organizacyjnym nieposiadającym osobowości prawnej, które ubiegają się o udzielenie zamówienia lub złożyły oferty.

Prawo to przysługuje również uczestnikom konkursu, o którym mowa w art. 99 ustawy, a także innym osobom niemieszczącym się w powyższych kategoriach, pod warunkiem zaistnienia okoliczności umożliwiających skuteczne wnoszenie środków ochrony prawnej. Ponownego podkreślenia wymaga skutek prawny niewykazania przez podmiot wnoszący środek ochrony prawnej przesłanki interesu prawnego. Jest nim oddalenie wniesionego środka nawet mimo wykazania, że zamawiający naruszył przepisy ustawy.

Przed upływem terminu do składania ofert środki ochrony prawnej wobec czynności podjętych przez zamawiającego przysługują również organizacjom zrzeczającym wykonawców. Wynika to z normy art. 179 ust.2 ustawy, który w swoim założeniu ma na celu również wspomaganie małych i średnich firm, które samodzielnie nie są w stanie prawidłowo korzystać z przysługujących im uprawnień.

Zgodnie z art.179 ust 3 ustawy przez organizacje zrzeczające wykonawców należy rozumieć podmioty działające na podstawie następujących ustaw:

- *z dnia 22.03.1989r. o rzemiośle (Dz.U. z 2002r Nr 112,poz. 979),*
- *z dnia 30.05.1989r. o samorządzie zawodowym niektórych przedsiębiorców (Dz.U. Nr 34, poz.194 ze zmianami)*
- *z dnia 30.05.1989r. o izbach gospodarczych (Dz.U. Nr 35, poz.195 ze zmianami)*
- *z dnia 23.05.1991r. o organizacjach pracodawców (Dz.U. Nr 55, poz. 235 ze zmianami)*
- *z dnia 15.12.2000r o samorządach zawodowych architektów, inżynierów budownictwa oraz urbanistów (Dz.U. z 21001r. Nr 5, poz. 42 ze zmianami)*

Do wnoszenia środków ochrony prawnej uprawnione są tylko te organizacje, które jako reprezentatywne zostały wpisane na prowadzoną przez Prezesa UZP listę. Lista ta podlega ogłoszeniu w Biuletynie Zamówień Publicznych. Wpisu, odmowy wpisu lub skreślenia z listy Prezes UZP dokonuje w drodze decyzji administracyjnej.

Warto zaznaczyć, że organizacje te, wnosząc środki ochrony prawnej, nie muszą wykazywać uszczerbku w swoim interesie prawnym. Niezbędne jest natomiast wykazanie w proteście lub odwołaniu naruszeń ustawy, których zdaniem wnoszącego dopuścił się zamawiający. Ponadto legitymacja ta jest ograniczona czasowo i zgodnie z art. 179 ust.1 ustawy wniesienie protestu dla jego skuteczności musi nastąpić przed upływem terminu składania ofert.

Instytucja **protestu** jako pierwszego z dwóch środków ochrony prawnej została wprowadzona do systemu zamówień publicznych ustawą o zamówieniach publicznych z 1994r i nie tylko utrzymana w prawie zamówień publicznych z 2004 roku, ale jego ranga i znaczenie zyskały dzięki możliwości korzystania przez uprawnione podmioty ze środków ochrony prawnej, w każdym postępowaniu podlegającym stosowaniu prawa zamówień publicznych. Protest można złożyć na każdą czynność zamawiającego podjętą w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Za czynności uznaje się takie działania Zamawiającego, które zostało przez niego podjęte na mocy przepisów ustawy i aktów wykonawczych, a także takie działanie, które co prawda nie wynika z przepisów prawa, ale może powodować skutki dla wykonawców. Czynnościami takimi są m.in.:

- sporządzanie ogłoszenia,
- sporządzanie Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia,
- wykluczenie wykonawcy, ocena ofert i ich odrzucenie, wybór oferty najkorzystniejszej,
- unieważnienie postępowania.

Z praktyki wynika, że wymienione wyżej czynności stanowią najczęściej przedmiot wnoszonych protestów.

Za czynności zamawiającego należy uznać działanie komisji przetargowej, czynności wykonywane przez pracowników zamawiającego, a także czynności wykonywane przez inne osoby, np. biegłych, jeżeli działały one z upoważnienia lub na zlecenie zamawiającego. Nie jest natomiast czynnością zamawiającego jakiegokolwiek działanie wykonawcy. Dopiero akceptacja takich działań przez zamawiającego (np. nieodrzućenie oferty niespełniającej wymagań) jest czynnością, wobec której może być złożony protest.

Nowością w porównaniu z poprzednim stanem prawnym, jaki wprowadziła ustawa jest jednoznaczne doprecyzowanie w art. 180 ust.1, że protest przysługuje także w przypadku zaniechania przez zamawiającego czynności, do której był zobowiązany na podstawie ustawy. Dla przykładu zaniechaniem takim jest niewyjaśnienie treści SIWZ, mimo stosownego zapytania wykonawcy czy niezwrócenie wadium w określonym terminie.

Wymagania co do formy protestu wynikają z art. 180 ust.1 ustawy i wskazują tylko i wyłącznie na jego postać pisemną. W doktrynie i orzecznictwie pojawiły się na gruncie ustawy rozbieżności co do możliwości wnoszenia protestu za pomocą faksu lub drogą elektroniczną.

Część autorów twierdzi, że art.180 ust.1 ustawy jest przepisem *lex specialis* w stosunku do innych, zwłaszcza art. 27 i 28 ustawy wnioskując z powyższego, że protest nie jest oświadczeniem w rozumieniu tych przepisów. Dlatego też wniesienie protestu za pomocą faksu czy drogą elektroniczną nie spełnia wymogu pisemności. Powyższe stanowisko prezentuje również Urząd Zamówień Publicznych. Jednakże bardziej racjonalnym i logicznym wydaje się być pogląd reprezentowany przez większość doktrynerów m.in. J.Pieroga, A.Panasiuka czy R.Szostaka, zgodnie z którym postać pisemna może być realizowana również w sposób określony w art. 27, czyli najpierw treść protestu przekazywana jest faksem lub drogą elektroniczną a następnie niezwłocznie potwierdzana na piśmie. Podobne stanowisko wyrażone zostało również w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 11.04.2003r III CZP-3/03, OSNC 2004, nr2, poz.18. Należy zauważyć, iż w przypadku wątpliwości ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z tego wywodzi skutki prawne (art.6 kodeksu cywilnego)

Ostateczne rozwiązanie być może znajdzie rozwiązanie na gruncie orzecznictwa, jakie kształtuje się pod rządami prawa zamówień publicznych. Ponadto warto podkreślić w tym miejscu, że projekt nowelizacji ustawy prawo zamówień publicznych jednoznacznie przesadza o możliwości wnoszenia protestu za pomocą faksu lub drogą elektroniczną.

Przepis art. 180 ust.6 ustawy określa warunki formalne, jakim powinien odpowiadać protest tj.: wskazanie oprotestowanej czynności lub zaniechania zamawiającego, zarzut wobec oprotestowanej czynności lub zaniechania, sprecyzowanie żądania i uzasadnienie protestu oraz podstawy prawne, które w zbiegu z okolicznościami faktycznymi, dowodziłyby, zdaniem wnoszącego, do naruszenia przepisów ustawy.

Warto zauważyć, że ustawodawca użył w powołany przepisie dwóch pojęć „żądanie” i „zarzuty”. Przez żądanie należy rozumieć określenie zachowania zamawiającego, jakiego wykonawca lub inny podmiot oczekują od zamawiającego na skutek wniesienia protestu. Z kolei przez zarzuty rozumie się argumenty natury faktycznej i prawnej na rzecz stanowiska protestującego.

Termin wniesienia protestu reguluje norma art. 180 ust.2 ustawy z ograniczeniem wynikającym z ust.3. Zgodnie z przepisem ust.2 cytowanego artykułu wykonawca może wnieść protest w ciągu 7 dni od dnia, w którym powziął lub mógł powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Określony art. 180 ust. 2 ustawy 7 - dniowy termin na wniesienie protestu, odnosi się również do protestów wnoszonych na zapisy Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Wprawdzie zawarte w cyt. przepisie zastrzeżenie dotyczące ust. 3, wskazuje, iż protest dotyczący specyfikacji wnosi się nie później niż 3 dni przed upływem terminu składania ofert, ale zastrzeżenie dotyczące przepisu art. 180 ust. 3 ustawy, nie uchyła stosowania ust. 2 cyt. przepisu ustawy. Zastrzeżenie nie odnosi się bowiem do całego art. 180 ust. 2 ustawy, lecz tylko i wyłącznie do 7-dniowego terminu określonego tym przepisem. Tym samym, określone w art. 180 ust. 2 ustawy prawo do protestu na zapisy SIWZ w terminie 7-dni, ograniczone jest w przypadku, gdy protest ten składany jest przez wykonawcę później niż 3 dni przed upływem terminu składania ofert. Tym samym, nawet przy zachowaniu 7-dniowego terminu składania ofert, jeżeli protest jest wniesiony na mniej niż 3 dni przed upływem terminu składania ofert, protest należy uznać za złożony po terminie. Okoliczność obowiązywania przy protestach na pecyfikację istotnych warunków zamówienia dwóch ww. terminów potwierdził również Zespół Arbitrów w wyroku z dnia 25 października 2004 r. (Sygn. Akt UZP/ZO/0-1067/04). W wyroku tym Zespół Arbitrów stwierdził, iż: "okoliczność, że protest wpłynął nie później niż trzy dni przed upływem terminu do składania ofert w ocenie Zespołu Arbitrów nie może mieć znaczenia, bowiem został uchybiony siedmiodniowy termin określony w art. 180 ust. 1 ustawy".

Należy zwrócić uwagę, że **siedmiodniowy termin wniesienia protestu jest terminem zawitym**, co oznacza, że terminu tego nie można przywrócić. Jego przekroczenie skutkuje obligatoryjnym odrzuceniem protestu przez zamawiającego.

Dochowanie terminów przy wnoszeniu środków odwoławczych podlega również badaniu z urzędu przez zespół arbitrów. Dlatego też rozpatrzenie merytoryczne protestu wniesionego z uchybieniem terminu nie zwalnia zespołu arbitrów z badania tych okoliczności. Stwierdzenie uchybień w tym zakresie powoduje odrzucenie odwołania na mocy art. 187 ust. 4 pkt. 4 ustawy, na posiedzeniu niejawnym, czyli bez przeprowadzenia merytorycznej rozprawy.

Przy obliczaniu terminów w zamówieniach publicznych należy stosować zasady określone w przepisach kodeksu cywilnego

Zgodnie z art.111 kc termin oznaczony w dniach kończy się z upływem ostatniego dnia, przy czym jeżeli początkiem terminu jest jakieś zdarzenie, do obliczenia nie uwzględnia się dnia, w którym zdarzenie nastąpiło.

W przypadku terminu siedmiodniowego do wniesienia protestu, termin zaczyna biec od dnia następnego, w którym nastąpiło zdarzenie umożliwiające wniesienie protestu, upływa zaś dnia siódmego.

Jeżeli koniec terminu do wykonania czynności przypada na dzień ustawowo uznany za wolny od pracy, termin ten zgodnie z art. 115 kc upływa dnia następnego.

Należy podkreślić, że zgodnie z ustawą z dnia 18.01.1951 r o dniach wolnych od pracy (Dz.U. nr 4, poz.28 z późn. zmianami) oraz zgodnie z orzecznictwem sądowym dniami ustawowo wolnymi od pracy są wyłącznie niedziele i święta wymienione we wspomnianej ustawie (np. postanowienie SN z dnia 09.04.1997r, opubl. OSNAP 1998, nr 3, poz.68). Decydujące znaczenie ma tutaj uchwała SN z 25.04.2003r tworząca zasadę prawną, z której wynika, że „sobota nie jest dniem uznanym za ustawowo wolny od pracy w rozumieniu art. 115kc” (III CZP8/03, OSNC 2004/1/1)

Ustalenie początku biegu siedmiodniowego terminu do wniesienia protestu nie stanowi z reguły problemu. Trudności interpretacyjne powodować może użyty w ust.2 ustawy zwrot „*lub mógł powziąć*” wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia protestu. Ustawodawca skorzystał z instytucji domniemania faktycznego, tj. możliwości uznania za ustalony fakt, jeżeli wniosek taki można wyprowadzić z innych ustalonych faktów. Ustawa utrzymuje dotychczasowe rozwiązanie, według którego protest uważa się za wniesiony z chwilą, gdy doszedł on do zamawiającego w taki sposób, że mógł zapoznać się z jego treścią. Nie będzie zatem dochowaniem terminu nadanie protestu na poczcie z potwierdzoną datą, jeżeli poczta dostarczy protest do siedziby zamawiającego po upływie tychże siedmiu dni. Wykorzystano tu konstrukcje art. 61 kodeksu cywilnego z którego wynika że 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. Jak widać ustawa przepis ten niemal dosłownie przeniosła do art. 180 ust.2. Warto również podkreślić, że chwila faktycznego zapoznania się zamawiającego z treścią protestu nie ma znaczenia prawnego. Zapoznanie się zamawiającego z treścią protestu może nastąpić bezpośrednio po otrzymaniu protestu lub w następnych godzinach czy dniach. Istotne jest, że protest dotarł w terminie do zamawiającego i od tej chwili mógł się on zapoznać z jego treścią.

Na koniec warto podkreślić, iż dopuszczalność złożenia protestu przed zawarciem umowy, o którym mowa w art. 180 ust.4 odnosi się tylko do sytuacji, w której doszło do prawidłowego zawarcia umowy. Jeżeli natomiast zamawiający zawarłby umowę przed upływem siedmiu dni od dnia przekazania zawiadomienia o wyborze oferty, to takie zwanie umowy jest nieprawidłowe, a droga do wnoszenia środków ochrony prawnej otwarta.

Wniesienie protestu wywołuje szereg skutków prawnych dla toczącego się postępowania. Do najważniejszych należą:

- niemożliwość zawarcia umowy,
- zawieszenie biegu terminu związania ofertą.

Przepis art. 85 ust.5 ustawy stanowi, że bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert. Stąd też ustawa przewiduje zawieszenie biegu tego terminu, jeżeli po złożeniu ofert zostanie wniesiony protest. Zawieszenie biegu terminu związania ofertą następuje wprawdzie z mocy prawa, lecz z tego zdarzenia prawnego wynikają dla zamawiającego określone obowiązki wymienione w ust.2 art.181 ustawy. Mają one charakter obligatoryjny, tzn. że nie może on uchylić się od jego wykonania, w przeciwnym razie narusza ustawę. Chodzi tu o obowiązek poinformowania wykonawców o zawieszeniu biegu terminu związania ofertą i wezwania ich do przedłużenia ważności wadium lub wniesienia nowego wadium na przedłużony okres. Przepis ten stwarza trudności interpretacyjne. Z literalnego brzmienia przepisu wynika wprawdzie, że zamawiający informuje o zawieszeniu biegu terminu związania ofertą „wykonawców, którzy złożyli ofertę”, ale stosując metodę wykładni logicznej należy przychylić się do stanowiska, że chodzi tu o wykonawców, którzy złożyli ofertę i w momencie zawieszenia biegu terminu pozostawali uczestnikami postępowania (nie zostali przed tą datą wykluczeni z postępowania lub ich oferty nie zostały odrzucone). Nie byłoby przecież sensu wzywania wykonawców, którzy zostali wykluczeni z postępowania do przedłużenia ważności wadium i to pod rygorem wykluczenia z postępowania. Jeszcze większe trudności budzi drugi zwrot, rzecz bowiem w tym, że zamawiający w momencie wzywania wykonawców do przedłużenia ważności złożonego wadium nie może tego przedłużonego okresu określić, bo po prostu go nie zna.

Praktyka wskazuje na podział tej informacji na dwa etapy. W pierwszym etapie zamawiający ogranicza informację do zawiadomienia wykonawców o samym zawieszeniu biegu terminu związania ofertą i przewidywanej potrzebie przedłużenia wadium lub wniesienia nowego, w drugim zaś określa ów przedłużony okres na podstawie rozeznania sytuacji w tym względzie.

Zawieszenie biegu terminu związania ofertą oznacza, że przez cały czas jego trwania zamawiający nie może podejmować żadnych czynności z wyjątkiem tych, które ściśle wynikają z postępowania protestacyjnego, np. zawiadomienia, rozstrzygnięcie protestu.

Zawieszenie biegu terminu związania ofertą kończy się z dniem wstecznego rozstrzygnięcia protestu, czyli w sytuacjach opisanych w art.180 ust.2 ustawy. Po jego zakończeniu termin związania ofertą nie jest liczony od początku, lecz biegnie dalej.

Kolejnym obowiązkiem zamawiającego wynikającym wprost z ustawy jest obowiązek poinformowania wykonawców niezwłocznie, tzn. bez zbędnej zwłoki, (w sensie tego samego lub następnego dnia) o wniesieniu protestu.

Za uczestników postępowania, czyli podmioty których zamawiający musi zawiadomić o wniesieniu protestu należy uznać wykonawców:

- którzy złożyli ofertę – w przypadku protestu na ocenę ofert i wyniki postępowania,
- którym zamawiający wydał specyfikacje – w przypadku protestu na SIWZ.

Uczestnikami postępowania protestacyjnego są: zamawiający, podmiot wnoszący protest oraz wykonawcy, którzy przystąpili do protestu. Organizacja zrzeszająca wykonawców nie może zdaniem J. Pieroga stać się na tym etapie uczestnikiem postępowania protestacyjnego i jest to stanowisko słuszne, albowiem przesadza o tym brzmienie przepisów art.181 ustawy, mówiących tylko o wykonawcy, jako podmiocie mogącym przystąpić do protestu.

Obecna ustawa w przeciwieństwie do obowiązującej poprzednio określa wyraźnie treść zawiadomienia o wniesieniu protestu. Tylko wtedy może być skuteczny przepis art. 181 ust.5 ustawy zakazujący wnoszenia protestu podnoszącego te same zarzuty.

Ponieważ zawiadomienie takie musi informować o treści protestu i zarzutach, w literaturze przeważa pogląd że dopuszczalne jest przekazanie pozostałym wykonawcom kopii protestu. Wypełnienie przez zamawiającego powyższego obowiązku umożliwia wykonawcom skorzystania z instytucji przystąpienia do protestu.

Przystąpienie do postępowania protestacyjnego odbywa się w formie pisemnego oświadczenia. Oświadczenie takie powinno zostać dostarczone do siedziby zamawiającego w zawitym terminie dwóch dni od dnia otrzymania zawiadomienia o wniesieniu protestu.

W przypadku nie przystąpienia do protestu wykonawca traci możliwość wniesienia nowego protestu wobec tego samego zarzutu. Może jednak wnieść protest wobec już oprotestowanej czynności, pod warunkiem że przytoczy inne okoliczności uzasadniające wniesienie tego protestu.

Ponadto warto podkreślić, że skuteczne przystąpienie do postępowania protestacyjnego, daje wykonawcy prawo o samodzielnego korzystania z pozostałych środków ochrony prawnej, nawet w sytuacji gdy wnoszący protest z uprawnień takich nie skorzystał, albowiem wykonawca przyłączający się do protestu nie jest związany dalszymi czynnościami podmiotu protestującego. Aby móc skorzystać z takiego uprawnienia, zamawiający musi przekazać informację wszystkim uczestnikom postępowania protestacyjnego o sposobie rozstrzygnięcia protestu.

Zaznaczyć należy że instytucja przystąpienia do protestu nie znalazła większego odzewu w praktyce zamówień publicznych, co wynika przede wszystkim z niezrozumienia tej instytucji a nie z braku przekonania o jej nieprzydatności w procesie protestacyjnym

W przepisie art. 182 ust.1 ustawodawca wprowadził zakaz zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia protestu. W artykule tym określono również zamknięty katalog przesłanek uznania protestu za ostatecznie rozstrzygnięty. W stosunku do dotychczasowego stanu prawnego wprowadzono dwie istotne zmiany. Pierwsza dotyczy formy orzeczenia wydawanego przez zespół arbitrów w postępowaniu odwoławczym (wyrok i postanowienie kończące postępowanie odwoławcze). Druga zaś wiąże ostateczne rozstrzygnięcie protestu z orzeczeniem sądu powszechnego wydanym na skutek skargi do tego sądu na orzeczenie zespołu arbitrów lub z upływem terminu do wniesienia takiej skargi, ale tylko w przypadku, gdy wartość przedmiotu zamówienia przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty: dla robót budowlanych – 10 mln euro, dla dostaw lub usług – 5 mln euro.

Przepis art. 182 ust.2 pkt.2 ustawy, mówiący o dacie ostatecznego rozstrzygnięcia protestu, w przypadku wniesienia odwołania wydaje się być błędnym, zwłaszcza z punktu widzenia sprawności prowadzenia postępowania o udzielenia zamówienia. Dniem ostatecznego rozstrzygnięcia protestu powinien być raczej dzień wydania orzeczenia przez zespół arbitrów a nie dzień jego doręczenia. Pomiedzy tymi dwoma skrajnymi datami najczęściej następuje okres kilku dni. Bezzasadnym wydaje się więc być wstrzymywanie się przez zamawiającego przez ten czas od zawarcia umowy tym bardziej że najczęściej obie strony uczestniczą w postępowaniu przed zespołem arbitrów.

Ustawa dopuszcza jednak wyjątki od zakazu zawierania umowy w sprawie zamówienia publicznego przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu pod warunkiem łącznego wystąpienia następujących przesłanek:

- zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia publicznego, podyktowana względami społecznymi lub gospodarczymi,
- potrzeby tej nie można było wcześniej przewidzieć i nie wynikała ona z winy zamawiającego.

Zgodę na zawarcie umowy wydaje, na wniosek zamawiającego Prezes UZP w drodze decyzji administracyjnej. Przepisy ustawy nie rozstrzygają, jak należy postąpić w sytuacji, gdy wniesione zostało odwołanie, a Prezes UZP wyraził zgodę na zawarcie umowy.

Warto podkreślić, że umowa w sprawie zamówienia publicznego zawarta przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu bez zgody Prezesa UZP jest nieważna od początku, przy czym jest to nieważność bezwzględna na mocy art. 58 § 2 k.c. Oznacza to, że nieważności tej nie można usunąć ani przez odwołanie odmowy zgody, ani też przez późniejszą zgodę (tzw. konwalidację). Stwierdzenie nieważności umowy wymaga orzeczenia sądu powszechnego.

Podstawową czynnością zamawiającego w postępowaniu protestacyjnym jest **rozstrzygnięcie wniesionego protestu**, w terminie 5 dni od dnia jego wniesienia. Użyty w art. 183 ustawy zwrot „*Zamawiający rozstrzyga...*” oznacza, że zamawiający jest obowiązany do rozstrzygnięcia protestu w ustawowym terminie. Brak rozstrzygnięcia protestu w tym terminie uznaje się za jego oddalenie. Takie rozwiązanie przyjęte w ustawie ma na celu ochronę interesu wykonawców, uniemożliwić zamawiającemu zamknięcie drogi do wniesienia odwołania poprzez nierozstrzygnięcie protestu. Rozstrzygnięcie protestu po upływie ustawowego terminu nie rodzi skutków prawnych. Wynika to z charakteru prawnego tego terminu, albowiem jest to termin zawity, a jego bezskuteczny upływ skutkuje wygaśnięciem prawa zamawiającego do rozstrzygnięcia protestu.

Rozstrzygnięcie protestu polega na:

- **odrzuconiu protestu,**
- **oddaleniu protestu,**
- **uwzględnieniu protestu.**

Protest może zostać **odrzucony** tylko w razie zaistnienia przesłanek formalnych określonych w art. 180 ust. 5 ustawy tzn. wniesienia protestu po terminie lub przez podmiot nieuprawniony. Zamawiający odrzucając protest powinien wskazać przyczynę odrzucenia. Warto w tym miejscu nadmienić, że zespół arbitrów nie ma uprawnienia do wydania w takiej sytuacji orzeczenia kasacyjnego, tj. do uchylenia rozstrzygnięcia zamawiającego w przedmiocie odrzucenia protestu i przekazania mu sprawy do ponownego rozpatrzenia.

Oddalenie protestu jest konsekwencją uznania zamawiającego, że zarzuty podniesione w proteście nie znajdują merytorycznego, faktycznego i prawnego uzasadnienia.

Z kolei **uwzględnienie** protestu oznacza uznanie przez zamawiającego merytorycznej zasadności choćby jednego z zarzutów podniesionych w proteście, a w konsekwencji zawartego w nim żądania. Skutkiem prawnym uwzględnienia protestu przewidzianym w art. 183 ust.3 ustawy jest powtórzenie przez zamawiającego oprotestowanej czynności lub dokonanie czynności zaniechanej.

Co prawda ustawa nie określa terminu powtórzenia czynności zamawiającego czy dokonania czynności przez niego zaniechanej, jednakże względem zasady szybkości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego skłania do wniosku, że powinno to nastąpić bez zbędnej zwłoki. O powtórzeniu czynności lub dokonaniu czynności zaniechanej zamawiający jest obowiązany poinformować protestującego i pozostałych wykonawców. Brak bowiem tej informacji w określonym czasie uprawnia każdy z tych podmiotów do korzystania ze środków ochrony prawnej.

Pisemne rozstrzygnięcie protestu wraz z jego uzasadnieniem faktycznym i prawnym oraz pouczeniem o sposobie i terminie odwołania zamawiający ma obowiązek doręczenia protestującemu, a jeżeli inny wykonawca przystąpił do protestu również temu uczestnikowi (art. 183 ust. 2 ustawy).

Odwołanie jest drugim obok protestu środkiem ochrony prawnej. Prawie cała regulacja dotycząca problematyki odwołań została uregulowana kompleksowo w ustawie, z wyjątkiem rozwiązań zawartych w *Regulaminie postępowania przy rozpatrywaniu odwołań wprowadzonym rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 30.03.2004r (Dz.U. Nr 56, poz. 547)*, gdzie znalazły się postanowienia, których celem jest zapewnienie sprawnej organizacji posiedzenia i rozprawy oraz szybkiego przebiegu całego postępowania.

Odwołanie nie jest środkiem samoistnym i musi być zawsze poprzedzone protestem. Wynika to wprost z uregulowań art. 184 ust.1 ustawy, który enumeratywnie wylicza rodzaje rozstrzygnięć protestu, od których przysługuje prawo ich zaskarżenia w drodze odwołania. Środek ten przysługuje zarówno od rozstrzygnięć merytorycznych (oddalenia protestu) jak i rozstrzygnięć niemerytorycznych (odrzućenie protestu lub jego nierozstrzygnięcie w terminie). Przepisy nie przewidują natomiast możliwości wniesienia odwołania w razie uwzględnienia protestu w całości.

Orzecznictwo arbitrów wypracowało pogląd, iż podmiot, któremu przysługuje prawo do wniesienia odwołań to: podmiot, który wcześniej wniósł protest lub uczestnik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, który przystąpił do postępowania protestacyjnego, niezależnie od tego czy protestujący korzysta z takiego prawa. Niedopuszczalne jest natomiast wniesienie odwołania przez uczestnika postępowania bez wcześniejszego jego przystąpienia do tego protestu.

Odwołanie wnosi się bezpośrednio do Prezesa UZP. Wymagania formalne odwołania określa przywołane wcześniej Rozporządzenie w sprawie regulaminu rozpatrywania odwołań.

W myśl § 1 tego regulaminu, odwołanie powinno zawierać:

- imię i nazwisko lub nazwę oraz adres numer telefonu i faksu odwołującego się,
- imię i nazwisko lub nazwę oraz adres, nr telefonu i faksu zamawiającego,
- określenie przedmiotu zamówienia,
- datę wniesienia protestu,
- zwięzłe przedstawienie zarzutów,
- wniosek co do rozstrzygnięcia,
- uzasadnienie faktyczne i prawne odwołania,
- podpis wnoszącego odwołanie lub jego przedstawiciela bądź pełnomocnika,
- załączniki - kopie protestu i jego rozstrzygnięcia, jeżeli protest został rozpatrzony i dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wymaganej wysokości.

Ustawodawca przyjął w ustawie, w art. 184 jeden, **pięciodniowy termin do wniesienia** odwołania od dnia doręczenia rozstrzygnięcia protestu lub upływu terminu do jego rozstrzygnięcia i jest podobnie jak termin do wniesienia protestu **jest terminem zawitym**. Ponieważ odwołania nie wnosi się za pośrednictwem zamawiającego, dlatego też ustawa nałożyła na wykonawcę obowiązek poinformowania zamawiającego o wniesionym odwołaniu. Wypełnieniem tego obowiązku będzie przekazanie informacji o fakcie wniesienia odwołania bez udostępniania zamawiającemu jego treści. Przekazanie tej informacji powinno nastąpić równocześnie z wniesieniem odwołania, przy czym z uwagi na możliwość podpisania umowy powinna ona zostać doręczona do siedziby zamawiającego przed upływem terminu na wniesienie odwołania. W jednej z rozpatrywanych spraw zespół arbitrów odwołanie oddalił uznając, iż „odwołujący nie wykonał obligatoryjnego obowiązku wynikającego z art.86 ust.2 ustawy i nie poinformował zamawiającego o wniesieniu odwołania (...) Zamawiający, nie otrzymawszy informacji o złożeniu odwołania, działając w dobrej wierze i zgodnie z obowiązującymi przepisami (...) zawarł z wykonawcą umowę”.

Ustawa utrzymała w art. 184 ust.2 możliwość składania odwołań za pośrednictwem poczty. Przeniosła więc na grunt zamówień publicznych do bezpośredniego stosowania art.165 §2 *kodeksu postępowania cywilnego z 17.11.1964 r (Dz. U. Nr 43, poz. 296 z późn. zmianami)* . Tak więc o dochowaniu terminu na wniesienie odwołania decyduje w takim przypadku data stempla pocztowego, co oznacza że wniesienie będzie skuteczne, jeżeli odwołanie zostanie złożone najpóźniej do godz. 24 ostatniego dnia terminu. Pod pojęciem poczty ustawa rozumie placówkę pocztową operatora publicznego polskiego lub zagranicznego, zgodnie z unormowaniami *ustawy z dnia 12.06.2003r - Prawo pocztowe (Dz.U. nr 130, poz. 1188 z późn. zmianami)*.

Należy przy tym zauważyć, że przekazanie odwołania dostarczającej przesyłki firmie kurierskiej nie jest równoznaczne ze złożeniem jej w placówce pocztowej. W takim przypadku liczy się więc data dostarczenia odwołania do Prezesa UZP.

Warunkiem rozpoznania odwołania jest uiszczenie przez odwołującego się wpisu od odwołania, przy czym dowód uiszczenia wpisu należy dołączyć do odwołania. Wysokość wpisu oraz zasady jego pobierania reguluje rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 18 marca 2004r „w sprawie wysokości oraz szczegółowych zasad pobierania wpisu od odwołania oraz szczegółowych zasad rozliczania kosztów w postępowaniu odwoławczym”. (Dz. U. Nr 49, poz. 468). Wysokość wpisu określona została jako zaokrąglona do pełnego złotego 4,25-krotność podstawy, którą stanowi kwota bazowa ustalona w ustawie budżetowej na dany rok. Informację o obowiązującej wysokości wpisu ogłasza Prezes UZP w Biuletynie Zamówień Publicznych. Z dniem 09.04.2004r wysokość wpisu ustalona została na kwotę 4.674 zł.

Podmiot wnoszący odwołanie powinien umieścić wpis bez oczekiwania na wezwanie go w tej sprawie. Jednak w przypadku nie dołączenia do odwołania dowodu uiszczenia wpisu Prezes UZP, zgodnie z §2 ust.1 rozporządzenia w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań, wzywa odwołującego do przedłożenia tego dowodu w terminie 3 dni od dnia doręczenia wezwania. Przedłożenie dowodu w tym terminie jest równoznaczne z zachowaniem terminu i skutkuje nadaniem odwołaniu dalszego biegu.

Odwołujący się wpłaca wpis na rachunek bankowy UZP wskazany przez Prezesa w Biuletynie UZP. Zgodnie z §5 rozporządzenia w sprawie wysokości oraz szczegółowych zasad pobierania wpisu od odwołania, wpis jest rozliczany w ramach kosztów postępowania odwoławczego. Kwotę wpisu zalicza się na poczet kosztów postępowania, a jeżeli koszty te będą niższe od kwoty wpisu, różnicę zwraca się na rzecz wnoszącego wpis. Odpowiada to ustawowej normie wyrażonej w art. 185 ust.2 ustawy, która stanowi, że wysokość wpisu nie może przekraczać kosztów postępowania.

Wpis uznaje się za uiszczony, jeżeli nastąpi wpłata lub zostanie obciążony rachunek bankowy odwołującego się na rzecz UZP. Skutkiem prawnym nieziszczenia wpisu jest zwrot odwołania. O jego zwrocie, na mocy art. 185 ust.3 ustawy decyduje Prezes UZP w drodze postanowienia.

Warto zauważyć, że ani ustawa ani akty wykonawcze nie przewidują możliwości zwolnienia dostawcy lub wykonawcy od obowiązku uiszczenia wpisu, zmniejszenia jego wysokości lub rozłożenia na raty. Dlatego też wszelkie wnioski w tych sprawach kierowane do Prezesa należy traktować jako bezprzedmiotowe.

Wykonawca, który wniósł odwołanie może, na mocy art. 189 ustawy cofnąć je w jakimkolwiek czasie przed rozprawą, jak i po jej rozpoczęciu. Odwołujący cofając odwołanie nie ma obowiązku podania przyczyn, którymi kierował się cofając odwołanie.

Cofnięcie odwołania powinno nastąpić w formie pisemnej podpisanej przez osobę uprawnioną lub ustnie do protokołu na posiedzeniu lub rozprawie. Skutkiem prawnym cofnięcia odwołania jest umorzenie postępowania. Jeżeli odwołujący wycofał odwołanie przed rozpoczęciem rozprawy ale uiszczył już wpis to wówczas na mocy art. 189 ust.2 ustawy zwracana mu jest połowa wpisu. Cofnięcie odwołania na rozprawie może nastąpić aż do momentu jej zamknięcia. Skutkiem takiej czynności będzie umorzenie postępowania. Jednocześnie zespół arbitrów orzeka o kosztach postępowania.

Pierwszymi czynnościami Prezesa UZP po ustaleniu, że od odwołania uiszczono wpis są zgodnie z §3 rozporządzenia o regulaminie rozpatrywania odwołań są:

- zawiadomienie zamawiającego o wpłynięciu odwołania,
- wezwanie zamawiającego do nadesłania kopii dokumentacji przetargowej z wyjątkiem ofert złożonych w postępowaniu. Oryginały dokumentacji wraz z ofertami zamawiający dostarcza w dniu wyznaczonym na rozpatrzenie odwołania.

Postępowanie odwoławcze wszczynane na skutek wniesienia odwołania uregulowane jest odmiennie niż postępowanie protestacyjne. To ostatnie w całości uregulowane zostało w ustawie, natomiast do postępowania odwoławczego w sprawach nie uregulowanych przepisami ustawy, stosuje się odpowiednio przepisy kodeksu postępowania cywilnego o sądzie polubownym.

Niektóre rozwiązania przyjęte w kodeksie postępowania cywilnego w zakresie sądu polubownego zostały odmiennie uregulowane w ustawie. Uczestnicy postępowania odwoławczego nie mają możliwości wyboru korzystniejszego dla siebie rozwiązania lecz są związani postanowieniami ustawy. Podstawową różnicą jest sposób zapisu na sąd polubowny. O ile w kodeksie postępowania cywilnego następuje on w drodze umowy pomiędzy stronami o tyle w ustawie o podaniu spraw zespołowi arbitrów przesadza sama ustawa. Inne odmienności dotyczą m.in.:

- sposobu powoływania arbitrów,
- stosowanej przez arbitrów procedury rozpatrywania odwołania,
- kosztów postępowania i zasad wynagradzania arbitrów.

Praktyczne zastosowanie do postępowania odwoławczego mają następujące przepisy kodeksu postępowania cywilnego o sadzie polubownym:

- możliwość przesłuchiwania stron, świadków i biegłych bez możliwości stosowania środków przymusu (art. 706 kpc)
- orzekanie w formie wyroku zapadającego większością głosów (art. 707 kpc)
- w trakcie prowadzonego postępowania zespół arbitrów powinien posługiwać się zasadami słuszności, zasad współżycia społecznego (art. 711 §3 i art. 712 § 1 kpc)
- w trakcie prowadzonego przed zespołem arbitrów postępowania dowodowego powinna mieć zasada wyrażona w art. 233 kpc.

Organem właściwym do rozpatrywania odwołania jest zespół trzech arbitrów wskazanych przez Urzędu, z listy prowadzonej przez Prezesa UZP.

Prezes UZP dokonuje wpisu osób na listę arbitrów spośród kandydatów zgłoszonych przez:

- 1) Prezesa Urzędu,
- 2) ministrów, kierowników urzędów centralnych i wojewodów,
- 3) ogólnokrajowe organizacje samorządu terytorialnego i regionalne izby obrachunkowe,
- 4) stowarzyszenia zawodowe, samorządy gospodarcze i inne organizacje gospodarcze.

Ustawodawca nałożył na Prezesa UZP obowiązek publikowania listy arbitrów w Biuletynie Zamówień Publicznych. Ma to na celu umożliwienie zainteresowanym szerokiego dostępu do uzyskania informacji na temat osób będących arbitrami.

Ustawa wprowadziła istotne zmiany dotyczące stawianych arbitrom wymagań, ich praw i obowiązków, naboru arbitrów, listy arbitrów i zasad skreślenia z niej oraz kadencyjności arbitrów (art. 172–176). Warto podkreślić, że warunkiem wpisu na listę arbitrów jest złożenie egzaminu, a obowiązkiem arbitra wpisanego na listę arbitrów, zachowanie bezstronności, godności i uczciwości oraz dochowanie Zasad Etyki Arbitra. Arbitra obowiązuje też zakaz występowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w charakterze pełnomocnika strony tego postępowania.

Wskazanie zespołu arbitrów jest ustawowym uprawnieniem Prezesa UZP, przy czym korzysta on z tego uprawnienia w drodze jawnego losowania komputerowego. Przewodniczący zespołu arbitrów jest losowany spośród arbitrów posiadających wykształcenie prawnicze (art. 186 ust. 2 ustawy). Prezes UZP wskazuje też – w tej samej drodze – innego arbitra, gdy arbiter już wskazany nie może wykonywać swego obowiązku. Sposób przeprowadzania losowania określa regulamin postępowania przy rozpatrywaniu odwołań.

Kolejnym uprawnieniem Prezesa UZP w postępowaniu odwoławczym jest uprawnienie w przedmiocie wyłączenia arbitra. Strony postępowania oraz arbitrzy mogą żądać wyłączenia arbitra. Orzeczenie Prezesa UZP zapada w drodze postanowienia, które jest ostateczne (art. 186 ust. 4 ustawy oraz § 23 ust.3 regulaminu).

Istotną czynnością Prezesa UZP w postępowaniu odwoławczym jest wyznaczenie terminu posiedzenia zespołu arbitrów i zawiadomienie o tym terminie arbitrów i uczestników postępowania odwoławczego. Posiedzenia i rozprawy odbywają się w siedzibie UZP.

Postępowanie odwoławcze, podobnie jak całe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, powinno być sprawne. Zachowaniu tej sprawności służą m.in. krótkie terminy wykonania poszczególnych czynności podejmowanych w tym postępowaniu. Dotyczy to również terminu rozpoznania odwołania przez zespół arbitrów. Według art. 187 ust. 1 ustawy **termin rozpoznania odwołania wynosi 15 dni**. Jednakże jest to **tzw. termin instrukcyjny** obowiązujący określone organy, lecz jego przekroczenie nie rodzi ujemnych następstw dla stron, które nie mogą ponosić konsekwencji prawnych związanych z funkcjonowaniem tych organów.

Niejako pierwszym etapem rozpoznania odwołania przez zespół arbitrów jest posiedzenie niejawne arbitrów, który ma na celu przygotowanie rozprawy, przede wszystkim w kontekście zbadania, czy nie zaistniały przesłanki odrzucenia odwołania.

Przesłanki odrzucenia odwołania zostały wymienione w zamkniętym katalogu w art. 187 ust. 4 ustawy. Są one następujące:

- w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy,
- odwołanie nie zostało poprzedzone protestem,
- protest lub odwołanie zostały wniesione przez podmiot nieuprawniony lub z uchybieniem terminów określonych w ustawie,
- odwołujący się powołuje się na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez zespół arbitrów w sprawie innego odwołania wniesionego przez tego samego odwołującego się w tym samym postępowaniu,
- postępowanie jest prowadzone na zasadach, o których mowa w art. 136 ust. 1 ustawy.

W przypadku stwierdzenia zaistnienia choćby jednej przesłanki, zespół arbitrów po zamknięciu posiedzenia niejawnego – odrzuca odwołanie w formie postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze. Jeżeli natomiast w toku posiedzenia niejawnego okaże się, że żadna z wymienionych wyżej przesłanek odrzucenia nie zachodzi, zaczyna się drugi etap postępowania – merytoryczne rozpatrzenie odwołania na rozprawie.

Tok przeprowadzenia rozprawy jak i postępowanie dowodowe zostało szczegółowo unormowane w ustawie oraz regulaminie postępowań przy rozpatrywaniu odwołań.

Poniżej przedstawione zostaną najważniejsze kwestie.

Jawność rozprawy wyrażona w art. 187 ust.2 wyraża się nie tylko w zachowaniu jej wobec uczestników postępowania, osób uczestniczących w rozprawie, ale i wobec osób trzecich. Wyłączenie jawności, w całości lub części może nastąpić tylko wobec osób trzecich tylko w sytuacji jeżeli przy rozpatrywaniu odwołania mogłaby być ujawniona informacja stanowiąca tajemnicę ustawowo chronioną.

W toku rozprawy zespół arbitrów przeprowadza postępowanie dowodowe. W przepisach art. 188 ustawy zostały zawarte istotne przepisy w tym względzie. Zaliczyć do nich należy:

- dowodami są w szczególności dokumenty, wyjaśnienia świadków, opinie biegłych oraz zeznania stron,
- fakty powszechnie znane nie wymagają dowodu. Nie wymagają też dowodu fakty przyznane w toku postępowania przez stronę przeciwną, jeżeli zespół arbitrów uzna, że przyznanie nie budzi wątpliwości co do swej zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy,
- wnioski dowodowe na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej mogą być składane przez strony aż do zamknięcia rozprawy, przy czym obowiązuje zasada prawa cywilnego, wyrażona w art. 6 kc, że ciężar udowodnienia faktu spoczywa na stronie, która z tego faktu wywodzi skutki prawne,
- zespół arbitrów dopuszcza i przeprowadza dowody,
- zespół arbitrów ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważania zebranego materiału.

Po przeprowadzeniu postępowania dowodowego i uznaniu przez zespół arbitrów, że sprawa została dostatecznie wyjaśniona, przewodniczący zespołu arbitrów zamyka rozprawę, chyba, że po jej zamknięciu ujawnią się nowe okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia odwołania. Wówczas zespół arbitrów otwiera na nowo zamknięte posiedzenie lub rozprawę.

Konsekwencją zamknięcia rozprawy jest przejście zespołu arbitrów do najważniejszego etapu postępowania odwoławczego – do wydania orzeczenia.

Według art. 191 ustawy **orzeczenia zespołu arbitrów dzielą się na wyroki i postanowienia.**

Wyrok jest orzeczeniem o charakterze merytorycznym (tzn. co do istoty sprawy) Z kolei postanowienie jest orzeczeniem zespołu arbitrów o charakterze formalnym.

Ustawa rozróżnia dwa rodzaje postanowień:

- kończące postępowanie odwoławcze, zapadające gdy wydanie wyroku okazało się zbędne (o odrzuceniu odwołania czy postanowienie o umorzeniu postępowania),
- niekończące tego postępowania, zapadające w jego toku i zmieniane w razie potrzeby (np. o odroczeniu posiedzenia lub rozprawy, o odroczeniu wyroku)

Zespół arbitrów orzeka wyrokiem o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu.

Za podstawę wyroku zespół arbitrów bierze stan rzeczy ustalony w toku postępowania, przez który należy rozumieć stan rzeczy istniejący w chwili wyrokowania.

Wydanie wyroku poprzedza niejawną naradą zespołu arbitrów. Narada obejmuje dyskusję oraz głosowanie nad wyrokiem i uzasadnieniem rozstrzygnięcia. W głosowaniu uczestniczą wszyscy arbitrzy. Przewodniczący zespołu arbitrów głosuje ostatni. Wyrok zapada większością głosów, a każdy głos ma jednakową wagę. Arbiter przegłosowany może złożyć zdanie odrębne, czyniąc o tym wzmiankę na samym wyroku i dołączając do akt sprawy pisemne uzasadnienie zdania odrębnego.

Wymagania jakim powinien odpowiadać sporządzony na piśmie wyrok zawiera § 26 ust.1 Regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań. Są to wymagania minimalne w tym znaczeniu, że tylko przy ich spełnieniu wyrok ma moc prawną. Zgodnie z tym wyrok zespołu arbitrów zawiera:

- miejsce i datę wydania wyroku,
- oznaczenie arbitrów i uczestników postępowania,
- rozstrzygnięcie o żądaniu odwołującego się i o kosztach postępowania,
- uzasadnienie wyroku,
- podpisy wszystkich arbitrów.

Oddalenie odwołania następuje w przypadku uznania zespołu arbitrów, że brak jest merytorycznych podstaw do uwzględnienia zawartego w nim żądania. **Uwzględnienie odwołania** jest z kolei konsekwencją uznania zespołu arbitrów, zasadności chociażby jednego z zarzutów postawionych przez odwołującego się. Uwzględnienie odwołania następuje przez nakazanie zamawiającemu:

- dokonanie lub powtórzenie czynności,
- unieważnienie oprotestowanej czynności.

Nakazanie powtórzenia czynności obejmuje nie tylko czynność oprotestowaną, lecz także, zgodnie z wypracowanym orzecznictwem inne czynności zamawiającego pozostające w związku z tą czynnością jeżeli mają wpływ na właściwy tok postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Nakazanie dokonania czynności następuje w przypadku zaniechania przez zamawiającego czynności, do której dokonania był obowiązany, przy czym zaniechanie było przedmiotem protestu. Jediną czynnością, której zaniechanie nie może być przedmiotem orzekania jest czynność podpisania umowy.

Unieważnienie oprotestowanej czynności zamawiającego ma miejsce w razie stwierdzenia, że została ona dokonana z naruszeniem prawa. Jediną czynnością zamawiającego, która nie może być unieważniona przez zespół arbitrów jest odpisanie umowy, nawet w sytuacji gdy doszło do tego z ewidentnym naruszeniem prawa. O nieważności umowy może bowiem rozstrzygać tylko sąd powszechny.

Istotne kwestie natury prawnej wynikają z przepisu art. 191 ust. 3 ustawy. Zespół arbitrów za podstawę orzekania może wziąć tylko te zarzuty, które zostały podniesione w proteście i podtrzymane w odwołaniu. Nie może brać pod uwagę zarzutów, które pojawiły się dopiero w odwołaniu lub na rozprawie. Nie może też uwzględniać naruszeń prawa wykrytych w toku postępowania odwoławczego, ale nie będących przedmiotem zarzutów.

Jedynym wyjątkiem od tej zasady jest obowiązek uwzględnienia z urzędu okoliczności skutkujących unieważnieniem postępowania.

Wyrok i postanowienie kończące postępowanie **wymagają pisemnego uzasadnienia**. Sporządzenie uzasadnienia następuje z urzędu na mocy art. 192 ust. 1 ustawy, co jest istotną zmianą stanu prawnego, gdyż według ustawy z 1994 r. problematyka uzasadnienia wyroku stanowiła materię regulaminową. Przepis art. 192 ust. 2 określa wymagania, jakie powinno spełniać uzasadnienie orzeczenia. Są one szczególnie istotne w przypadku uzasadnienia wyroku, zważywszy na merytoryczny charakter tego orzeczenia.

Postanowienia zespołu arbitrów niekończące postępowania dowodowego mają formę uproszczoną, zamieszcza się je w protokole rozprawy i nie wymagają pisemnego uzasadnienia.

Ogłoszenie wyroku i postanowienia kończącego postępowanie jest jawne i powinno nastąpić bezpośrednio po sporządzeniu orzeczenia. Czynności ogłoszenia dokonuje przewodniczący zespołu arbitrów, przy czym brak którejkolwiek ze stron nie wstrzymuje ogłoszenia. W prawie zamówień publicznych w art. 192 ust. 4 wprowadzono instytucję odroczenia ww. orzeczeń w sytuacjach zawilej sprawy. Odroczenie ogłoszenia orzeczenia może być dokonane tylko raz, na czas nie dłuższy niż 5 dni. Stosownie do przepisu art. 192 ust. 5 ustawy stronom lub ich pełnomocnikom doręcza się niezwłocznie odpisy wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie wraz z uzasadnieniem.

Zgodnie z art. 191 ustawy uczestnicy postępowania ponoszą **koszty postępowania** stosownie do jego wyników. O kosztach postępowania zespół arbitrów orzeka w wyroku lub postanowieniu kończącym postępowanie w sprawie.

Warto zauważyć, że stosownie do tego, czy wyrok zostanie wydany po merytorycznym rozpatrzeniu odwołania, czy też orzeczenie zapadnie z powodów formalnych, uczestnik ponosi pełne (w pierwszym przypadku) lub częściowe (w drugim przypadku) koszty postępowania. Szczegółowe zasady podziału kosztów postępowania przyjęty został w regulaminie postępowania przy rozpatrywaniu odwołań.

Przystosowywanie prawa polskiego do obowiązujących w tym zakresie dyrektyw Unii Europejskiej zaowocowało wprowadzeniem do procedury odwoławczej jeszcze jednej instancji. Ponieważ dyrektywy wymagają, aby sprawy w systemie zamówień publicznych ostatecznie rozstrzygał zawodowy, niezawisły sąd, któremu przewodniczy osoba posiadająca kwalifikacje sędziowskie, w przepisach ustawy przewidziano **skargę do sądu powszechnego**.

Na podstawie art. 194 ustawy na wyrok zespołu arbitrów oraz postanowienie kończące postępowanie można wnieść skargę do sądu.

Legitymacja do wniesienia skargi przysługuje zarówno odwołującemu jak i zamawiającemu. Mimo, iż z literalnego brzmienia przepisów nie wynika możliwość wnoszenia tego środka ochrony prawnej przez zamawiającego, to zarówno w doktrynie jak i praktyce orzeczniczej wypracowane zostało inne stanowisko, zwłaszcza że inne przepisy ustawy, a zwłaszcza art. 196 ust.2 świadczą o tym, że ustawodawca miał zamiar wprowadzić legitymację zamawiającego do wnoszenia skargi. Uwieńczeniem powyższego była uchwała Sądu Najwyższego z dnia 14.05.2005r, z której wynika, że prawo do wnoszenia skargi przysługuje zamawiającemu. (Nr III CZP/71/04 OSN Nr 1/2005)

Do wniesienia skargi na wyrok zespołu arbitrów uprawniony jest też Prezes UZP, w terminie 21 dni od dnia wydania orzeczenia.

Przepisy o prokuratorze, które stosuje się odpowiednio do czynności Prezesa UZP podejmowanych w wyniku wniesienia skargi zawarte są w art. 55-60 kpc. Z przepisów tych wynika, że Prezes może wnieść skargę na rzecz jednego z uczestników postępowania odwoławczego albo może występować przeciwko obydwu uczestnikom postępowania.

Prezes urzędu może włączyć się do postępowania w każdym jego stadium. Nie jest związany z żadną ze stron. Może on składać oświadczenia i zgłaszać wnioski, jakie uzna za celowe, oraz przytaczać fakty i dowody na ich potwierdzenie.

Stosownie do art. 195 ust. 1 ustawy **sądem powszechnym rzeczowo i miejscowo właściwym do rozpoznania skargi**, o której mowa, jest sąd okręgowy, na którego obszarze działania zamawiający ma miejsce zamieszkania lub siedzibę.

Skargę wnosi się jednak nie bezpośrednio do tego Sądu, lecz **za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w terminie 7 dni od dnia doręczenia orzeczenia**. Kopię skargi należy przekazać w tym samym czasie przeciwnikowi skargi. Prezes Urzędu przekazuje skargę wraz z aktami sprawy do sądu w instrukcyjnym terminie 7 dni od dnia jej otrzymania.

Termin do wniesienia skargi na wyrok zespołu arbitrów nie jest terminem zawitym, skutkującym, w razie jego uchybienia wygaśnięciem prawa do skargi. Chodzi tu o **termin procesowy** który może być, na wniosek strony, przywrócony, jeżeli jego uchybienie nastąpiło bez jej winy (art. 168 §1 kpc).

Zgodnie z art. 197 ust.2 ustawy sąd ma obowiązek przywrócenia terminu, jeżeli strona nie dokonała w terminie czynności procesowej nie ze swojej winy. W celu przywrócenia terminu strona powinna złożyć stosowny wniosek. Postanowienie w tej sprawie może być wydane na posiedzeniu niejawnym. Na złożenie takiego wniosku strona ma tydzień. Zgodnie z art. 171 kpc spóźniony wniosek sąd odrzuca na posiedzeniu niejawnym.

Postępowanie toczące się na skutek wniesienia skargi regulowane jest w pierwszym rzędzie przepisami samej ustawy prawo zamówień publicznych. W pozostałym zakresie stosuje się odpowiednio przepisy kodeksu postępowania cywilnego o apelacji. Oznacza to, że przepisy dotyczące postępowania przed sądem są przepisami szczególnymi w stosunku do przepisów kodeksu postępowania cywilnego. Przepisy te mogą mieć zastosowanie do postępowania przed sądem odpowiednio tzn. z uwzględnieniem istoty i charakterystycznych rozwiązań postępowania uregulowanego w przepisach ustawy.

Skarga do sądu powinna czynić zadość wymaganiom formalnym przewidzianym dla pisma procesowego, wymienione w art.126 kpc. Należy pamiętać, że w przypadku działania pełnomocnika niezbędne jest dołączenie pełnomocnictwa. Sposób udzielania pełnomocnictwa oraz jego zakres został uregulowany w art. 88 i nast. kodeksu cywilnego.

Ponadto zgodnie z dyspozycją art. 196 ust.1 ustawy skarga powinna zawierać ponadto:

- oznaczenie zaskarżonego orzeczenia,
- przytoczenie zarzutów, zwięzłe ich uzasadnienie oraz wskazanie dowodów na ich poparcie,
- wniosek o zmianę wyroku w całości lub w części.

Przed przystąpieniem do analizy merytorycznej skargi sąd bada poprawność wniesionej skargi pod kątem wymagań formalnych. Zgodnie z art. 167 kpc czynność procesowa podjęta przez stronę po upływie terminu jest bezskuteczna. Dlatego sąd, na podstawie art.197 ustawy obowiązany jest do **odrzućcia skargi**, jeżeli wniesiona została z uchybieniem terminów wskazanych w art. 195 ustawy. Jeżeli skarga zawiera braki, sąd wzywa stronę do ich uzupełnienia, wyznaczając na to termin, dostosowany do rodzaju braku i czasu niezbędnego do jego usunięcia. Art. 130 § 3 kpc stanowi, że pismo poprawione lub uzupełnione w terminie wywołuje skutki od chwili jego wniesienia. Natomiast nieuzupełnienie braków w wyznaczonym terminie powoduje, zgodnie z art. 197 ustawy odrzucenie skargi. Sąd odrzuci skargę także wtedy, gdy uzna ją za niedopuszczalną z innych przyczyn, niż wskazane wyżej, np. brak legitymacji procesowej strony wnoszącej skargę.

Przepisy art. 196 ust. 2 i 3 ustawy regulują kwestię uchylenia przez sąd w postępowaniu skargowym zakazu zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu. Zawarte są w nich przesłanki i procedury uchylenia zakazu, o którym mowa. Należy podkreślić, że chodzi w tym przypadku o wniosek zamawiającego zawarty w skardze lub w odpowiedzi na skargę oraz jego rozpoznanie i rozstrzygnięcie przez sąd w terminie 7 dni po jego złożeniu, po rozważeniu, czy stan postępowania o udzielenie zamówienia na to pozwala i uprawdopodobnieniu przez zamawiającego, że zaskarżone orzeczenie zespołu arbitrów rażąco narusza przepisy o postępowaniu odwoławczym.

Od skargi pobierany jest stały wpis w wysokości 3000 zł, określony w Rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości z dnia 29.10.2001r (Dz.U. Nr 131, poz. 1467).

Sąd rozpoznaje skargę w składzie trzech sędziów zawodowych. **Trzymiesięczny termin na rozpoznanie skargi jest terminem instrukcyjnym.** Sąd orzeka po przeprowadzeniu rozprawy. Sąd wydając wyrok orzeka co do przedmiotu sporu, nie zaś jedynie co do prawidłowości orzekania przez zespół arbitrów. Sąd nie ogranicza się więc do zbadania aspektów formalnych sprawy, lecz rozstrzyga o zasadności zarzutów stawianych zamawiającemu w toku postępowania odwoławczego.

Po rozpoznaniu skargi **sąd okręgowy wydaje wyrok**, w którym:

- **oddala skargę** jako bezzasadną i *de facto* utrzymuje zaskarżony wyrok w mocy,
- **uwzględnia skargę, zmienia zaskarżony wyrok** zespołu arbitrów i orzeka co do istoty sprawy.

Nie ma natomiast możliwości wydania wyroku kasatoryjnego, tj. uchylić wyrok zespołu arbitrów i przekazać mu sprawę do ponownego rozpoznania.

Uchylenie wyroku możliwe jest tylko w razie zaistnienia podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania, przy czym uchylając wyrok sąd odrzuca odwołanie lub umarza postępowanie.

Wyrok **wydany w postępowaniu ze skargi jest ostateczny**, bowiem z mocy wyraźnego przepisu ustawy art. 198 ust.4 wynika, że nie przysługuje od niego kasacja do Sądu Najwyższego.

Warto jednak podkreślić, że jeżeli przy rozpatrywaniu skargi, w sprawie, której kasacja nie przysługuje, powstanie zagadnienie prawne budzące poważne wątpliwości, sąd może na podstawie art. 390 kodeksu postępowania cywilnego zagadnienie to przedstawić do rozstrzygnięcia Sądowi Najwyższemu odraczając jednocześnie rozpoznanie sprawy

Jak wspomniano na początku pracy prawne środki ochrony prawnej w systemie zamówień publicznych są jednym z elementów kontroli działań zamawiającego w procesie udzielania zamówień publicznych. Mechanizm kontroli działań zamawiającego przy udzielaniu zamówień publicznych przez samych wykonawców, umożliwia przedsiębiorcom dochodzenie swoich praw.

O tym, że wykonawcy w sposób coraz bardziej świadomy sięgają po środki odwoławcze i są przekonani o swojej racji i o skuteczności środków ochrony prawnej świadczy wzrastająca liczba odwołań zwłaszcza w ciągu ostatniego roku. Jak wynika z danych statystycznych mierzonych od stycznia do końca czerwca 2005r o prawie 60% wzrosła liczba odwołań w stosunku do analogicznego okresu roku ubiegłego. Najczęściej przedmiotem protestów i odwołań jest wybór najkorzystniejszej oferty, znaczna liczba odwołań dotyczy także treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Z przywoływanych danych statystycznych UZP wynika, że coraz częściej spory wygrywają przedsiębiorcy i coraz mniej odwołań zostaje oddalonych.

Kończąc omawianie problematyki postępowania odwoławczego warto wskazać na proponowane w projekcie zmiany w ustawie prawo zamówieniach publicznych w kwestii dotyczących środków ochrony prawnej. Do najważniejszych należą:

- przyznanie prawa do wnoszenia skargi do sądu na orzeczenie zespołu arbitrów zamawiającemu,
- potwierdzenie możliwości wnoszenia protestu za pomocą faksu i poczty elektronicznej,
- zróżnicowanie i doprecyzowanie terminów na składanie protestów dotyczących postanowień SIWZ, które wynoszą 6 dni przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli wartość zamówienia nie przekracza 60000 euro - 3 dni,

- przyjęcie zasady, że protest jest ostatecznie rozstrzygnięty z dniem wydania wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie w sprawie przez sąd okręgowy lub z upływem terminu do wniesienia skargi w przypadku postępowań, których równowartość przekracza 10 mln euro (dla robót) i 5 mln euro (dla dostaw i usług),
- zniesienie przesłanki odrzucenia odwołania, jeżeli postępowanie prowadzone jest za zasadach szczególnych.

Wykaz literatury wykorzystanej w pracy

1. Pieróg J. Zamówienia publiczne. Komentarz, Wydawnictwo Beck Warszawa 2004r
2. Mikołajczyk A, Panasiuk A., Siedlecki T. Prawo zamówień publicznych z komentarzem, Wydawnictwo Branta, Warszawa 2004
3. Prawo zamówień publicznych. Komentarz pod red. T. Czajkowskiego, UZP, Warszawa 2004
4. „Zamówienia publiczne. Doradca” Warszawa 2004r Nr 10-12
5. „Zamówienia publiczne. Doradca” Warszawa 2005r Nr 5
6. "Zamówienia publiczne w orzecznictwie". Zeszyty orzecznicze.
Wybrane orzeczenia zespołu arbitrów i sądu okręgowego w Warszawie z 2003 r.
7. Mikołajczyk A. Zamówienia publiczne. Orzecznictwo zespołu arbitrów. Przegląd wybranych wyroków wydanych w okresie styczeń-czerwiec 1999r., Warszawa 1999r
8. „Rzeczpospolita” z dnia 28.09.2004, z dnia 09.11.2004r, z dnia 19.04.2005r oraz z 08.07.2005r