

ROBERT ANDRZEJCZUK

TERMIN DO WNIESIENIA PROTESTU
W POSTĘPOWANIU O ZAMÓWIENIE PUBLICZNE
WYBRANE ZAGADNIENIA

I. UWAGI WSTĘPNE

Obrót prawny związany z udzielaniem zamówień publicznych, w drodze przetargu nieograniczonego, nierzadko skutkuje wykluczeniem uczestników lub odrzuceniem ofert na podstawie art. 19 ust. 1 pkt 8 i art. 27a ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych [dalej skrót: u.z.p.] (Dz.U. z 2002 r., nr 72, poz. 664 ze zm.). Uczestnik takiego postępowania ma możliwość złożenia protestu w ciągu 7 dni od dnia, w którym dostawca lub wykonawca powziął lub mógł powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Zgodnie z art. 82 ust. 1 u.z.p.:

1. Protest można wnieść w ciągu 7 dni od dnia, w którym dostawca lub wykonawca powziął lub mógł powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.
2. Wniesienie protestu dopuszczalne jest tylko przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego.
3. Zamawiający odrzuca protest wniesiony po terminie.

Pojawia się jednak pytanie, czy brak wniesienia protestu w terminie określonym w art. 82 ust. 1 u.z.p. i wniesienie tego środka odwoławczego po dokonaniu wyboru oferty, z powołaniem się na te same zarzuty, może stanowić

o skuteczności tej czynności. Musimy więc rozważyć, jaki charakter prawny ma postępowanie „odwoławcze” – protestacyjne oraz jakie skutki pociąga za sobą niedotrzymanie terminu.

II. PRZEGLĄD ORZECZNICTWA

1. W uchwale z dnia 11 kwietnia 2003 r. w sprawie III CZP 3/03¹ Sąd Najwyższy (SN) wskazał, że w razie oddania protestu w polskim urzędzie pocztowym termin przewidziany w art. 82 ust. 1 u.z.p. jest zachowany tylko wtedy, gdy zamawiający mógł przed jego upływem zapoznać się z treścią protestu. SN podkreślił w ten sposób cele postępowania „reklamacyjnego” oraz swoistą tymczasowość i prowizoryczność tego środka.

2. W uzasadnieniu uchwały z dnia 6 czerwca 2002 r. w sprawie III CZP 68/02² SN stwierdził m.in., że przystosowanie prawa polskiego do dyrektyw Unii Europejskiej spowodowało wprowadzenie ustawą z dnia 22 czerwca 2001 r. o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych (Dz.U. Nr 76, poz. 813) do postępowania odwoławczego skargi do Sądu Okręgowego w Warszawie na wyrok zespołu arbitrów. Jest to zwykły środek zaskarżenia, skoro służy odwołaniu od nieprawomocnego orzeczenia.

Wyrok ten jest wydawany w następstwie rozpoznania odwołania od rozstrzygnięcia lub odrzucenia protestu oraz w przypadku braku jego rozpoznania w terminie (art. 86 ust. 1 u.z.p.). Zgodnie z art. 87 tego aktu prawnego środek ten rozpoznaje zespół arbitrów, stosując przepisy Kodeksu postępowania cywilnego (Kpc) o sędzie polubownym, jeżeli ustawa nie stanowi inaczej.

Z treści powołanych przepisów wynika, że unormowania ustawy stanowią *lex specialis* w stosunku do mających zastosowanie przepisów Kpc, a także, że kodeksowe regulacje o sędzie polubownym (do postępowania w przedmiocie odwołania) i o apelacji (do postępowania skargowego) mają tylko odpowiednie zastosowanie. Zachodzi zatem konieczność uwzględnienia szczególnego charakteru i swoistości postępowania przed zespołem arbitrów. Jego przedmiot normuje art. 90 ust. 2 u.z.p., według którego organ ten, rozpatrując odwołanie, uwzględnia je albo oddala oraz orzeka o kosztach postępowania. Ustawodawca zatem w treści przepisu wyraźnie określił, że zespół arbitrów

¹ Opublikowana w: „Biuletyn SN”, 2003, nr 4, s. 11-12.

² Opublikowana w: „Wokanda”, 2003/2/7.

orzeka zarówno w przedmiocie złożonego środka, jak i kosztów postępowania. Dokonując jego wykładni literalnej, należy zauważyć, że wyrażenie „orzeka” w języku prawnym w zasadzie oznacza rozstrzygnięcie o przedmiocie postępowania, a nie kwestiach ubocznych czy proceduralnych. Na gruncie zatem ustawy roszczenie dotyczące kosztów nie ma charakteru czysto procesowego, skoro z przepisu wynika, że orzeczenie to ma taki sam walor jak w przedmiocie odwołania.

Wprawdzie Kpc nie zawiera konsekwentnej terminologii w zakresie kosztów (np. w art. 102 i art. 110 użyty został termin „zasądza”, a w art. 108 § 1 i 2 Kpc wskazano „rozstrzyga o kosztach”), niemniej z regulacji tej wynika zasada samodzielnego rozstrzygnięcia o tym przedmiocie (por. art. 351 Kpc i art. 394 § 1 pkt 9 Kpc). Stanowi ono, w tym przypadku, autonomiczne orzeczenie, zapadające w formie odrębnego postanowienia nawet wówczas, gdy zawarte jest w wyroku albo w postanowieniu co do istoty sprawy, kończącym postępowanie nieprocesowe (por. np. uchwałę SN z dnia 26 lutego 1968 r., III CZP 44/67, OSNCP 1968 nr 8-9, poz. 130).

Należy podkreślić, że omawiany wyrok nie może być postrzegany jako forma orzeczenia w kategoriach zwykłego odpowiednika wyroku sądu państwowego. Może on bowiem mieć moc prawną dopiero po zatwierdzeniu jego wykonalności przez sąd państwowy (art. 711 § 2 i 3 Kpc w zw. z art. 87 ustęp 1 u.z.p.). Skoro zatem wykazuje raczej podobieństwo do wyroku sądu polubownego, to należy podzielić wyrażone w literaturze zapatrywanie, że wyrok sądu polubownego może zawierać w swej treści także rozstrzygnięcie o kosztach przed sądem polubownym oraz że nie może być ono zawarte w odrębnym postanowieniu.

Znamienne jest, że w art. 92a u.z.p. ustawodawca użył przyimka „na” w wyrażeniu „skarga na wyrok”. Ma on różnorodne zastosowanie składniowe i znaczeniowe, niemniej w połączeniach z rzeczownikami tworzy m.in. terminy oznaczające zakres ich zastosowania. Sama zatem ustawa przewiduje dopuszczalność skargi na wyrok zespołu arbitrów, bez rozróżnienia, której dotyczy części. Tym samym uzasadniona jest konkluzja, że skarga jest środkiem zaskarżenia wyroku niezależnie od tego, czy został on wydany po merytorycznym rozpoznaniu sprawy, czy też bez takiego rozpoznania. Oznacza to, że w pewnym zakresie łączy ona funkcje apelacji i zażalenia, występujących w typowym postępowaniu cywilnym.

W tym kontekście trzeba zauważyć, że o zakresie przedmiotowym dopuszczalności skargi decydują przepisy ustawy, a nie zawarte w Kpc unormowanie

o apelacji, które tylko odpowiednio stosuje się przede wszystkim do postępowania wywołanego wniesieniem skargi.

Zauważyć należy, że dokonanej wykładni nie stoi na przeszkodzie unormowanie zawarte w art. 92g u.z.p., jego bowiem funkcją, jak podkreślono w literaturze, jest wyłączenie możliwości wydania przez sąd okręgowy orzeczenia uchylającego zaskarżony wyrok i przekazującego sprawę zespołowi arbitrów do ponownego rozpoznania.

Za przyjętym rozwiązaniem przemawiają także argumenty natury celowości, niewątpliwie bowiem kontrola sądowa byłaby niepełna, gdyby wyłączyć z jej zakresu orzeczenie o kosztach postępowania, zapadające w postępowaniu przed zespołem arbitrów. Wypada w końcu podnieść, że skoro ustawodawca uznaje za konieczne umożliwienie kontroli orzeczenia sądu powszechnego w przedmiocie kosztów procesu ze strony sądu wyższej instancji, nawet w wypadku, gdy strona nie skarży orzeczenia co do istoty sprawy (art. 394 § 1 pkt 9 Kpc), to tym bardziej uzasadnione jest, aby była dopuszczalna kontrola ze strony sądu państwowego, gdy orzeczenie co do kosztów postępowania pochodzi od zespołu arbitrów, a skarżący nie kwestionuje orzeczenia co do istoty sprawy.

3. Z kolei w uchwale z dnia 18 września 2002 r. w sprawie III CZP 52/02³ SN stwierdził, że termin płatności ceny może być przyjęty przez podmiot udzielający zamówienia publicznego jako jedno z kryteriów oceny oferty (art. 2 ust. 1 pkt 8 i art. 27d ust. 1 i 2 u.z.p.).

W uzasadnieniu SN podkreślił, że zgodnie z art. 27d ust. 1 u.z.p. zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę spośród nieodrzuconych ofert wyłącznie na podstawie kryteriów oceny ofert, określonych bądź to w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, bądź w zaproszeniu do udziału w postępowaniu, bądź w zaproszeniu do składania oferty, przy czym w art. 27d ust. 2 wyraźnie stwierdzono, że kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości dostawcy lub wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej. Ustawowe określenie najkorzystniejszej oferty zamieszczono w art. 2 ust. 1 pkt 8 u.z.p., przyjmując, że należy przez to rozumieć ofertę z najniższą ceną albo ofertę, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny oraz innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia, w szczególności kosztów eksploatacji, parametrów technicznych, funkcjonalności oraz terminu wykonania.

³ Opublikowany w: „Prokuratura i Prawo”, 2003/1/39.

Na tle przepisów omawianej ustawy można wyróżnić dwa rodzaje operacji dokonywanych przez zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Pierwszy sprowadza się do oceny zdolności wykonawcy (dostawcy) do wykonania zamówienia; drugi – do wyboru najkorzystniejszej oferty.

Ocenie podlegają wyłącznie oferty tych wykonawców, którzy są zdolni do wykonania zamówienia. Ocena tej zdolności opiera się przede wszystkim na kryteriach podmiotowych, takich jak wiarygodność wykonawcy, jego sytuacja finansowa i ekonomiczna, wiedza i możliwości techniczne. Odpowiednie uregulowania w tej materii zawiera art. 19 ust. 1 u.z.p., wykluczający określone kategorie podmiotów z ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego, w powiązaniu z art. 22 ust. 2 pkt 1-4 i ust. 3, które wprowadzają wymóg złożenia i potwierdzenia przez wykonawcę lub dostawcę tego, że:

- jest uprawniony do występowania w obrocie prawnym, zgodnie z wymaganiami ustawowymi;
- posiada uprawnienia niezbędne do wykonania określonych prac lub czynności, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień;
- dysponuje niezbędną wiedzą i doświadczeniem, a także potencjałem ekonomicznym i technicznym oraz pracownikami zdolnymi do wykonywania danego zamówienia;
- znajduje się w sytuacji finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia.

Ponadto zgodnie z art. 35 ust. 1 pkt 2 i 3 u.z.p. opis kryteriów i sposobów dokonywania oceny spełniania warunków wymaganych od dostawców i wykonawców oraz informacje o dokumentach, jakie mają dostarczyć dostawcy i wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania wymaganych warunków, muszą być zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Kryteria podmiotowe nie mogą być natomiast, zgodnie z wyraźnym brzmieniem art. 27d ust. 2 u.z.p., miarodajne dla ustalenia oferty najkorzystniejszej. W myśl bowiem tego przepisu kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości dostawcy lub wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej.

Termin płatności to niewątpliwie element warunków płatności. O tym zaś, że warunki płatności traktowane są przez ustawodawcę na równi z innymi kryteriami przedmiotowymi, świadczy treść art. 43 ust. 3 ustawy. Stwierdzono tam, że „po otwarciu ofert podaje się imię i nazwisko, nazwę (firmę) oraz adres (siedzibę) dostawcy lub wykonawcy, którego oferta jest otwierana, a także informacje dotyczące ceny oferty, terminu wykonania zamówienia publicznego, okresu gwarancji, warunków płatności zawartych w ofercie [...]”.

Ustawa wymienia zatem warunki płatności obok innych kryteriów, których przedmiotowy charakter nie budzi wątpliwości. Także w rozporządzeniu prezesa Rady Ministrów z dnia 17 października 2001 r. w sprawie określenia wzorów ogłoszeń o zamówieniach publicznych publikowanym w Biuletynie zamówień publicznych oraz dodatkowych informacji zawartych w ogłoszeniach (Dz.U. Nr 127, poz. 1393) zamieszczono w druku ZP-110, rubryce 8 warunki płatności jako przykładowe kryterium oceny ofert.

Kolejną barierą dla nadużyć jest art. 16 u.z.p., w myśl którego „zamawiający obowiązany jest traktować na równych prawach wszystkie podmioty ubiegające się o zamówienie publiczne i do prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji”, i art. 17 ust. 2 u.z.p., zgodnie z którym „przedmiotu i warunków zamówienia nie wolno określać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję”. Z przepisów tych wynikają dwie podstawowe zasady prawa zamówień publicznych:

- zasada równości (konkurencyjności) i
- zasada uczciwej konkurencji.

Zdecydowanym celem powyższych regulacji jest wyeliminowanie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jakichkolwiek elementów, które miałyby charakter dyskryminacyjny.

Należy więc stwierdzić, że kształtowanie poszczególnych kryteriów oceny ofert nie jest działaniem dowolnym. Kształt tych kryteriów musi mieć swoje uzasadnienie w istniejących potrzebach jednostki zamawiającej. Dotyczy to także kryterium terminu płatności. Jego znaczenie musi odpowiadać określonej potrzebie zamawiającego i pozostawać w rozsądnych proporcjach do pozostałych kryteriów, w szczególności do ceny. Nie sposób bowiem przyjąć, że bilansowanie ceny i określenie terminu płatności może mieć charakter czysto uznaniowy.

4. W wyroku z dnia 13 września 2001 r. w sprawie IV CKN 381/00⁴ SN zaznaczył, że umowa w sprawie zamówienia publicznego zawarta z pominięciem obowiązkowej procedury przetargowej przewidzianej w ustawie zamówieniach publicznych jest nieważna bez względu na to, czy przepisy regulujące ten typ umowy przewidują skutek nieważności.

⁴ Opublikowany: OSNC 2002/6/75. Glosa krytyczna: A. S z y s z k o w s k i, „Monitor Prawniczy”, 2002, nr 21, s. 1004.

SN podkreślił m.in., że nie budzi wątpliwości, iż celem rozwiązań prawnych przyjętych w przepisach ogólnych ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych jest zagwarantowanie równego traktowania wszystkich uczestników postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, wyeliminowanie zjawisk o charakterze korupcyjnym i w konsekwencji ochronę rynku, który powinien być zorganizowany przy zachowaniu zasady równości wszystkich uczestniczących w nim podmiotów. Celem norm zawartych w ustawie o zamówieniach publicznych jest zatem zapewnienie ochrony interesu publicznego, mają one więc charakter publicznoprawny. W prawie publicznym podział norm na imperatywne, dyspozytywne i semi-dyspozytywne z oczywistych względów nie występuje.

Istota zagadnienia występującego w sprawie tkwi w tym, czy i jakie znaczenie dla oceny ważności umowy dotyczącej zamówienia publicznego ma okoliczność, że naruszone zostały, mające charakter publicznoprawny, przepisy określające postępowanie poprzedzające zawarcie takiej umowy.

Rozważając tę kwestię, SN zauważył, że powstanie i realizacja zamówienia publicznego następuje przy wykorzystaniu instrumentów cywilnoprawnych. Umowę o zamówienie publiczne – mimo występujących zastrzeżeń, na które zwraca się uwagę w piśmiennictwie prawniczym – uznać należy za pozako-deksowy typ umowy nazwanej. Zgodnie z art. 72 u.z.p. do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy kodeksu cywilnego (Kc), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Umowy w sprawach zamówień publicznych wymagają formy pisemnej pod rygorem nieważności, chyba że przepisy szczególne wymagają innej formy szczególnej; zawarte zostają z chwilą podpisania przez obie strony (art. 73 i 74 u.z.p.). Przepisy rozdziału 7, zatytułowanego „Umowy w sprawach zamówień publicznych”, nie zawierają – jak już zaznaczono – rygoru nieważności umowy w przypadku pominięcia obowiązkowej procedury przetargowej. Brak takiego unormowania nie oznacza, że zaniechanie obowiązku przeprowadzenia przetargu nie rodzi skutku w postaci nieważności umowy dotyczącej zamówienia publicznego.

Nieważnością, o jakiej stanowi art. 58 § 1 i 2 Kc, dotknięta jest czynność prawna sprzeczna z nakazem lub zakazem zawartym w każdym bezwzględnie obowiązującym przepisie prawnym. Badając zatem – przy zastosowaniu przesłanek z art. 58 § 1 i 2 Kc – ważność umowy dotyczącej zamówienia publicznego, uwzględnić trzeba nie tylko bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa prywatnego, ale także nakazy i zakazy zamieszczone w normach prawa publicznego, regulującego postępowanie poprzedzające zawarcie takiej umowy.

Dalej SN stwierdził, że umowa w sprawie zamówienia publicznego zawarta z pominięciem obowiązkowej procedury przetargowej niweczy wskazany wyżej cel i charakter zamówienia publicznego. Celem takiej wadliwie zawartej umowy jest obejście ustawy. Nie może zatem budzić wątpliwości, że jest nieważna (art. 58 § 1 i 2 Kc w związku z art. 71 u.z.p.). Okoliczność, że dopiero ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych (Dz.U. Nr 123, poz. 778) wprowadziła skutek nieważności umowy (jeżeli w postępowaniu o zamówienie publiczne, poprzedzającym jej zawarcie doszło do naruszenia przepisów określonych w ustawie lub aktach wykonawczych), nie może oznaczać – wbrew stanowisku zaprezentowanemu w kasacji – że umowy zawarte przed wejściem w życie tej noweli, pomimo że dotknięte są wskazaną wadą, nie mogą być kwalifikowane jako nieważne. W świetle przedstawionych argumentów SN skonstatował, że umowa w sprawie zamówienia publicznego, zawarta z pominięciem obowiązkowej procedury przetargowej jest nieważna bez względu na to, czy przepisy regulujące ten typ umowy przewidują skutek nieważności.

5. W uzasadnieniu wyroku z dnia 13 grudnia 1999 r. w sprawie III CKN 478/98⁵ SN zauważył m.in., że zgodnie z art. 91a u.z.p. uczestnikom postępowania przysługuje skarga do sądu powszechnego na zasadach określonych w Kpc, przy czym skargę wnosi się w ciągu tygodnia od dnia doręczenia orzeczenia. Skarga o uchylenie wyroku sądu polubownego i postępowanie wywołane wniesieniem tej skargi ma charakter szczególny. Łączy w sobie cechy nadzwyczajnego środka odwoławczego i swoiście rozumianego samodzielnego powództwa zmierzającego do ukształtowania prawa lub stosunku prawnego. Skarga ma bowiem zmienić sytuację prawną uregulowaną orzeczeniem sądu polubownego i zmierza do uchylenia prawomocnego wyroku tego sądu (w niniejszej sprawie wyroku zespołu arbitrów). Z tego też względu należy przyjąć, że termin jednego miesiąca do wniesienia skargi o uchylenie wyroku sądu polubownego (art. 713 § 1 Kpc) jest zachowany także wówczas, gdy w tym terminie skarga zostanie wniesiona do innego sądu niż ten, który byłby właściwy do rozpoznania sporu, gdyby strony nie dokonały zapisu na sąd polubowny (art. 696 § 1 Kpc). Pogląd ten należy oczywiście odnieść także do skargi o uchylenie wyroku zespołu arbitrów. Z tego też względu –

⁵ Opublikowany m.in. w: OSNC 2000 nr 6, poz. 118; „Biuletynie SN”, 2000, z. 2, s. 13; „Monitorze Prawniczym”, 2000, nr 6, s. 383. Glosa do orzeczenia: J. J e r z y k o w s k i, „Monitor Prawniczy”, 2001, nr 15, s. 797.

wbrew twierdzeniom zawartym w kasacji – sąd drugiej instancji nie naruszył przepisów art. 386 § 3 Kpc w związku z art. 713 § 1 Kpc, a wniosek o odrzucenie skargi nie jest uzasadniony.

III. POGLĄDY DOKTRYNY

Przedstawiciele doktryny prawa cywilnego i administracyjnego zajmujący się problematyką procedur odwoławczych przy zamówieniach publicznych podkreślają wyjątkowość regulacji art. 82 ust. 1 u.z.p. i wskazują, że przewiduje ona konieczność faktycznego (fizycznego) dostarczenia protestu zamawiającemu tak, aby mógł on zapoznać się z jego treścią.

Tytułem przykładu możemy tu wskazać na wypowiedzi takich Autorów jak:

– J. P i r ó g, który wskazuje na konieczność rozróżniania pojęć „postępowanie protestacyjne” i „postępowanie odwoławcze” – które toczy się przed arbitrami i sądem⁶. Autor ten podkreśla także, że termin wskazany w omawianym przepisie jest terminem zawitym i nie jest możliwe jego przywrócenie⁷. Treść protestu – zgodnie z poglądem Autora – powinna być dostarczona do siedziby zamawiającego najpóźniej 7 dnia, w którym wykonawca powziął określone informacje o naruszeniu przepisów ustawy przez zamawiającego⁸. Autor wyraźnie wskazuje, że protest służy także na bezczynność zamawiającego, w sytuacji kiedy zobowiązany jest przez ustawę do działania⁹.

– Z. Ś w i e b o d a, który zwraca uwagę na pewne sytuacje szczególne¹⁰.

– M. K o t u l a, który wskazuje na konieczność wniesienia protestu do siedziby zamawiającego w określonym terminie¹¹.

⁶ J. P i r ó g, *Zamówienia publiczne. Komentarz*, wyd. 3, Warszawa 2002, s. 293.

⁷ Tamże, s. 304.

⁸ Tamże, s. 294. Pogląd ten Autor opiera na orzeczeniach zespołów arbitrow przy Prezesie UZP. Por. *Ustawa o zamówieniach publicznych w świetle orzecznictwa*, red. A. Mikołajczyk, Warszawa 2000, s. 303.

⁹ Tamże, s. 300.

¹⁰ Z. Ś w i e b o d a, *Ustawa o zamówieniach publicznych z komentarzem*, wyd. 3, Warszawa 2002, s. (w szczególności) 131.

¹¹ M. K o t u l a, *Zamówienia publiczne. Komentarz do ustawy z uwzględnieniem orzecznictwa zespołów arbitrow*, Gdańsk 2001, s. 195.

– M. L e m k e, który stwierdza, że protest wnosi się bezpośrednio do siedziby zamawiającego¹².

– P. G r a n e c k i i M. K o l e ś n i k o w, którzy także zwracają uwagę na konieczność („protestujący muszą”) spowodowania, aby protest znalazł się u zamawiającego najpóźniej 7 dni od zaistnienia po temu podstawy¹³.

– J. B a e h r i T. K w i e c i ń s k i, którzy zaznaczają, że – w ich opinii – do postępowania protestacyjnego nie stosuje się przepisów Kpc o sędzię polubownym¹⁴. Autorzy ci także wskazują, że interpretacja art. 80 u.z.p., sugerująca, że można skarżyć jedynie czynności dokonane przez zamawiającego, jest wadliwa, gdyż czyn „obejmuje zarówno zachowanie czynne, jak i bierne”¹⁵.

– A. P a n a s i u k, który podobnie wskazuje orzecznictwo arbitrów i nakazuje wniesienie protestu najpóźniej w terminie siedmiodniowym w sposób umożliwiający zapoznanie się z jego treścią¹⁶.

IV. PODSUMOWANIE

Wydaje się, że należy przychylić się do poglądu zakładającego konieczność faktycznego przedstawienia protestu zamawiającemu w zawitym terminie siedmiodniowym od dnia powzięcia (lub możliwości dowiedzenia się) informacji o uchybieniach, które rzutują na jego interes prawny. Tak więc początek biegu tego terminu – biorąc pod uwagę specyfikę tego środka prawnego, jak i całe postępowanie wywołane jego wniesieniem – należy liczyć od dnia, w którym dostawca lub wykonawca powziął lub mógł powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia (art. 82 ustawy).

Teza ta opiera się na kilku przesłankach.

¹² M. L e m k e, *Ustawa o zamówieniach publicznych z komentarzem*, Kraków 1994 (komentarz do art. 82).

¹³ P. G r a n e c k i, M. K o l e ś n i k o w, *Zamówienia publiczne. Poradnik dla praktyków*, Kraków 2002, s. 148 n.

¹⁴ J. B a e h r, T. K w i e c i ń s k i, *Komentarz do ustawy o zamówieniach publicznych*, Warszawa 1999, s. 262.

¹⁵ Tamże, s. 258.

¹⁶ *Ustawa o zamówieniach publicznych. Komentarz*, red. A. Panasiuk, Poznań 2001, s. 235 n. oraz 242 n.

Przede wszystkim należy zauważyć, że postępowanie protestacyjne ma cechy postępowania reklamacyjnego i – jak podnosi się w literaturze – ma na celu rozstrzygnięcie w fazie „mniej konfliktowej” uchybień czynności podjętych przez zamawiającego. Jest to postępowanie, które toczy się z udziałem zainteresowanych stron: dostawcy (wykonawcy) – zamawiającego (art. 80). Jego celem jest – jak się wydaje – rozpatrzenie przez zamawiającego racji drugiej strony na etapie postępowania „wewnętrznego”, bez potrzeby uruchomienie instytucji „parasądowych” (arbitrów – rozpatrzenie odwołania) czy wręcz Sądu Okręgowego w Warszawie (skarga na wyrok zespołu arbitrów). Niemniej jednak jest fazą postępowania, która umożliwia „uruchomienie” następnych środków prawnych – odwołania i skargi do sądu. Protest może wnieść każdy dostawca (wykonawca), którego interes prawny doznał uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego określonych w ustawie zasad udzielania zamówień (art. 79 ust. 1 ustawy)¹⁷. Przez pryzmat tych założeń należy wyklądać także art. 80 u.z.p., w którym ustawodawca wskazuje na „czynności p o d j ę t e przez zamawiającego” – jako na podstawę do złożenia pisemnego, umotywowanego protestu.

Zgodnie z brzmieniem art. 82 ust. 1 u.z.p. protest można wnieść w określonym terminie biegnącym od dnia, w którym wykonawca (dostawca) powziął lub mógł powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Ustawodawca wskazuje na „okoliczności” – a więc nie tylko na działania – w sensie pozytywnym, ale także i zaniechania – brak podjęcia przepisanych działań. Jest bowiem oczywiste, że negatywne skutki dla wykonawcy mogą nastąpić nie tylko na skutek czynności dokonanych przez zamawiającego, ale także i zaniechań, zwłaszcza w sytuacjach określonych w art. 19 i 27a u.z.p., które regulują obligatoryjnie w stosunku do zamawiającego przypadki kiedy powinien wykluczyć wykonawców oraz odrzucić ich ofertę. Nasuwa się przy tym spostrzeżenie, że w przedmiotowej sprawie pismo (protokół), które wniósł faktycznie wykonawca (dostawca) w przepisany terminie i w którym zawarł swoje spostrzeżenia na temat uchybień zamawiającego przy wyborze ofert, należało potraktować za protest w rozumieniu art. 82 u.z.p. Trudno, jak się wydaje, uznać, że jeżeli w jego treści wykonawca zawarł określone zarzuty, to – mimo nazwy „nie znanej ustawie” – należało potraktować go jako protest. Oczywiście błąd popełnił sam skarżący, gdyż wnosząc ponownie identyczne w swej treści pismo, które

¹⁷ Niewątpliwie taka sytuacja miała miejsce w przedmiotowej sprawie.

nazwał „protestem”, niejako potwierdził, że nie złożył go wcześniej w przepisany termin. Jego nierozpatrzenie w terminie określonym w art. 84 ust. 1 u.z.p., zgodnie z ust. 4 wyżej wspomnianego artykułu, należałoby w takiej sytuacji uznać za jego oddalenie, co umożliwiło uruchomienie dalszych procedur odwoławczych, które sygnalizowano wyżej.

Warto też dostrzec, że czynność zamawiającego, który dokonał wyboru wykonawcy z naruszeniem bezwzględnych przepisów prawa (ustawy) – jako sprzeczna z ustawą – w myśl poglądu SN jest nieważna.

Co więcej, zgodnie z art. 82 ust. 3 u.z.p., zamawiający odrzuca protest wniesiony po terminie. Na podstawie zaś art. 86 ust. 1 od odrzucenia protestu przysługuje odwołanie. Odrzucenie sprzeciwu nie zamyka więc drogi do rozpatrzenia odwołania przez arbitrów działających na podstawie przepisów postępowania cywilnego, a ich orzeczenia przez sąd powszechny. Ocena racji dostawcy nie jest więc pozostawiona tylko zamawiającemu – odrzucenie protestu nie zamyka drogi odwoływania się wykonawcy (dostawcy). Konieczne jest wskazanie, że dostawca winien – w celu usunięcia dostrzeżonych uchybień – skorzystać z przysługującego mu uprawnienia w pierwszym terminie, kiedy poweźmie wiadomość o zaistnieniu takich okoliczności.

Odrzucenie protestu jest zdarzeniem pozwalającym uczestnikom postępowania o zamówienie ustabilizować sytuację prawną i zawrzeć stosowną umowę, nie zamykającym drogi przedstawienia swoich racji przed stosownymi organami.

Trudno też nie dostrzec regulacji art. 79a u.z.p., zgodnie z którym przed upływem terminu do składania ofert środki odwoławcze, wobec czynności podjętych przez zamawiającego, przysługują również organizacjom pracodawców i przedsiębiorców zrzeszającym dostawców lub wykonawców wpisanym na listę prowadzoną przez Prezesa Urzędu. Oznacza to, że możliwe jest wnoszenie tych środków prawnych jeszcze przed terminem składania ofert, co koreluje z wyżej wspomnianymi uregulowaniami dotyczącymi zdarzeń powodujących rozpoczęcie biegu terminu do wniesienia protestu.

W tym też celu, jak się wydaje, ustawodawca świadomie poddał wniesienie protestu pewnym rygorem, odnoszącym się w naszym przypadku do zachowania (początku biegu) terminu. Obostrzenia te wynikają ze specyfiki postępowania o udzielenie zamówienia, w którym uczestniczą profesjonaliści i które często – w celu osiągnięcia zamierzonych przez zamawiającego założeń – jest szybkie i musi być efektywne.

BIBLIOGRAFIA

- B a e h r J., K w i e c i ń s k i T.: Komentarz do ustawy o zamówieniach publicznych, Warszawa 1999.
- G r a n e c k i P., K o l e ś n i k o w M.: Zamówienia publiczne. Poradnik dla praktyków, Kraków 2002.
- K o t u l a M.: Zamówienia publiczne. Komentarz do ustawy z uwzględnieniem orzecznictwa zespołów arbitrów, Gdańsk 2001
- L e m k e M.: Ustawa o zamówieniach publicznych z komentarzem, Kraków 1994.
- P i r ó g J.: Zamówienia publiczne. Komentarz, wyd. 3, Warszawa 2002, s. 293.
- Ś w i e b o d a Z.: Ustawa o zamówieniach publicznych z komentarzem, wyd. 3, Warszawa 2002.
- Ustawa o zamówieniach publicznych. Komentarz, red. A. Panasiuk, Poznań 2001.
- Ustawa o zamówieniach publicznych w świetle orzecznictwa, red. A. Mikołajczyk, Warszawa 2000.

THE DEADLINE TO FILE A PROTEST IN THE PROCEEDING
FOR COMPETITIVE TENDERING

S u m m a r y

The paper presents issue connected with filing a protest in the proceeding for competitive tendering, with regard to its deadline.

Translated by Jan Kłos

Słowa kluczowe: zamówienia publiczne, zachowanie terminu, prawo administracyjne.

Key words: competitive tendering, keeping to deadline, administrative law.