

GRZEGORZ JĘDREJEK

PRZYSTĄPIENIE DO POSTĘPOWANIA ODWOŁAWCZEGO
PRZED ZESPOŁEM ARBITRÓW W TRAKCIE POSTĘPOWANIA
O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO

WSTĘP

Z brzmienia art. 184 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2006 r., Nr 164, poz. 1163 ze zm., dalej cyt.: ustawa), a zwłaszcza § 17 ust. 4 Rozporządzenia z dnia 17 maja 2006 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań (Dz.U. 06, nr 87, poz. 603, cyt. dalej: Rozporządzenie) wynika, że zespół arbitrów rozstrzyga odnośnie do przystąpienia do postępowania odwoławczego wykonawcy, który nie wniósł odwołania. Może powstać wątpliwość, czy do przystąpienia wykonawcy można stosować w drodze analogii przepisy dotyczące interwencji ubocznej oraz jaką formę winno przybrać wydane przez zespół arbitrów postanowienie co do dopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu odwoławczym? Niejasna jest również kognicja zespołu arbitrów, tj. czy sprawuje on kontrolę merytoryczną nad wnioskiem o przystąpienie, czy też jego rola ogranicza się jedynie do badania przesłanek formalnych wniosku.

Dr GRZEGORZ JĘDREJEK – adiunkt I Katedry Prawa Cywilnego, Wydział Prawa, Prawa Kanonicznego i Administracji Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego Jana Pawła II oraz Katedry Postępowania Cywilnego Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie; adres do korespondencji: Al. Raławickie 14, 20-950 Lublin.

Problem wynika z faktu, iż ustawodawca wprowadził instytucję przystąpienia do postępowania odwoławczego na wzór uregulowanej w KPC interwencji ubocznej, bez odwołania do odpowiedniego stosowania przepisów KPC regulujących tę instytucję. Lakoniczna regulacja zawarta w ustawie Prawo zamówień publicznych może budzić wiele wątpliwości interpretacyjnych. Odpowiedzi na postawione pytania wymagają określenia wzajemnych relacji między przepisami zawartymi w Prawie zamówień publicznych oraz w części pierwszej KPC. W szczególności należy ustalić, czy dopuszczalne jest stosowanie w takiej sytuacji analogii *legis*¹.

Rozważania szczegółowe zostały poprzedzone przedstawieniem regulacji ustawowej dotyczącej instytucji przystąpienia do postępowania odwoławczego przed zespołem arbitrów i interwencji ubocznej.

I. REGULACJA USTAWOWA

W dziale VI Prawa zamówień publicznych ustawodawca zawarł środki ochrony prawnej, do których zaliczył: protest (art. 180-183), odwołanie (art. 184-193) oraz skargę do sądu (art. 194-198)². Odwołanie przysługujące od

¹ Artykuł został oddany do druku przed ogłoszeniem uchwały SN z dnia 7 grudnia 2007 r. (III CZP 123/07, LEX Nr 322101), której teza ma brzmienie: „Wykonawca, który nie wniósł własnego protestu ani odwołania przewidzianego w przepisach ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. Nr 19, poz. 177 ze zm), lecz przystąpił do postępowania na podstawie art. 184 ust. 4 tej ustawy, w postępowaniu wywołanym wniesieniem skargi do sądu okręgowego ma status interwenienta ubocznego, bez konieczności zgłoszenia wstąpienia do sprawy na podstawie art. 77 k.p.c.)”. Jak dotąd, tj. do 1 marca 2008 r., nie zostało opublikowane uzasadnienie powyższej uchwały.

² Wprowadzenie do prawa polskiego środka odwoławczego w postaci skargi do sądu powszechnego najpierw w ustawie z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2002 r., Nr 72, poz. 664), a następnie w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, spowodowane było koniecznością dostosowania prawa polskiego do prawa unijnego (por. J. P i e r ó g, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2004, s. 420). Zagadnienia tego dotyczą dwie dyrektywy: dyrektywa Rady 89/665/EWG z 21 grudnia 1989 r. dotycząca koordynacji procedur odwoławczych w odniesieniu do zamówień publicznych na dostawy, usługi i roboty budowlane (Dz.U.Urz. WE Nr L 395, s. 33) oraz dyrektywa Rady 91/13/EWG z 25 lutego 1992 r. dotycząca koordynacji procedur odwoławczych w odniesieniu do zamówień sektorowych (Dz.Urz. WE, Nr L 76, s. 14). Zgodnie z art. 2 ust. 8 dyrektywy z 21 grudnia 1989 r. (89/665/EWG): „Tam gdzie organy odwoławcze nie mają charakteru sądowego, ich decyzje muszą być zawsze uzasadnione na piśmie. Ponadto w takim przypadku należy wprowadzić przepisy gwarantujące postępowanie, dzięki któremu wszelkie ewentualne bezprawne środki podjęte przez organ odwoławczy lub wszelkie uchybienia w wykonywaniu nadanych mu uprawnień będą mogły być przedmiotem odwołania w sądzie

rozstrzygnięcia protestu (art. 184), jest rozpoznawane przez zespół trzech arbitrów wskazanych przez Prezesa Urzędu (art. 186 ust. 1).

Problematyki przystąpienia wykonawcy do postępowania odwoławczego dotyczą przepisy art. 184 ust. 4-6 ustawy, na podstawie których: „4. Wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego najpóźniej do czasu otwarcia posiedzenia zespołu arbitrów, wskazując swój interes prawny w przystąpieniu i stronę, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Urzędu, przekazując jego kopię zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie. 5. Czynności wykonawcy, który przystąpił do postępowania odwoławczego, nie mogą pozostawać w sprzeczności z czynnościami i oświadczeniami strony, do której przystąpił. 6. Do postępowania odwoławczego stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. Nr 43, poz. 296 z późn. zm.) o sądzie polubownym, jeżeli ustawa nie stanowi inaczej”.

Zgodnie z art. 193 ustawy Prezes Rady Ministrów określi, w drodze rozporządzenia, m.in. regulamin postępowania przy rozpatrywaniu odwołań, mając na względzie zapewnienie sprawnej organizacji posiedzenia i rozprawy, szybkiego przebiegu postępowania odwoławczego oraz jawności rozpraw.

W wykonaniu tej delegacji Prezes Rady Ministrów wydał Rozporządzenie z dnia 17 maja 2006 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań.

Dla naszych rozważań znaczenie mają dwa przepisy wymienionego Rozporządzenia. Zgodnie z § 6: „Do wykonawcy, który zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego na podstawie art. 184 ust. 4 ustawy z dnia

lub odwołania rozpatrywanego przez inny organ będący sądem lub trybunałem w znaczeniu art. 177 Traktatu i niezależny zarówno od zamawiającego, jak i organu odwoławczego” (zob. *Zamówienie publiczne w Unii Europejskiej*, Warszawa 2000, s. 41). Według A. Sołtyśńskiej: „Z postanowień dyrektywy jasno wynika, że postępowanie odwoławcze może toczyć się na forum instytucji, która nie ma charakteru władzy sądowniczej. Dyrektywa wprowadza jednak pewne ograniczenia w celu zapewnienia skuteczności i rzetelności postępowania odwoławczego: decyzje wydawane przez organy niesądownicze muszą być uzasadniane, a strona musi mieć uprawnienie do wniesienia środka odwoławczego przed inny organ, niezależny od tego, który wydał decyzję. Ten inny organ musi mieć już charakter sądowniczy lub być organem, który jest uznawany za sąd posiadający kompetencję do zwrócenia się o orzeczenie wstępne do Trybunału Sprawiedliwości, i który jest niezależny od organów udzielających zamówienia publicznego” (A. S o ł t y s i ń s k a, *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej*, Kraków: Kantor Wydawniczy Zakamycze 2004, s. 265 i n.).

29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące uczestników postępowania”.

Na podstawie § 17 pkt 4 na posiedzeniu, po sprawdzeniu skuteczności złożenia przystąpienia do postępowania odwoławczego, zespół arbitrów postanawia o dopuszczeniu do postępowania odwoławczego wykonawcy, o którym mowa w § 6.

Ustawodawca uregulował formę orzeczeń wydawanych przez zespół arbitrów jedynie w art. 191 ust. 1 ustawy, zgodnie z którym o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu zespół arbitrów orzeka wyrokiem. W pozostałych przypadkach zespół arbitrów wydaje postanowienie.

Problematyka orzeczeń została szerzej uregulowana w Rozporządzeniu z 17 maja 2006 r. Zgodnie z § 18 ust. 1 zespół arbitrów na posiedzeniu odrzuca odwołanie, umarza postępowanie odwoławcze lub zamyka posiedzenie i otwiera rozprawę. Powyższa regulacja stanowi *lex specialis* wobec odpowiednio przepisu art. 187 ust. 4 ustawy (odrzucenie odwołania), art. 189 ust. 1 ustawy (umorzenie postępowania odwoławczego) oraz art. 187 ust. 6 ustawy (zamknięcie posiedzenia i otwarcie rozprawy).

Nie budzi wątpliwości, że w wymienionych wyżej przypadkach chodzi o wydanie postanowienia, o którym mowa w art. 191 ust. 1 zd. 2 ustawy. Zgodnie z wzorem, który zawarty jest w załączniku nr 1 do Rozporządzenia z 17 maja 2006 r., postanowienie co do odrzucenia odwołania, umorzenia postępowania i wyznaczenia rozprawy winno być zawarte w treści protokołu. Postanowienia te wydaje zespół arbitrów na posiedzeniu przed wyznaczeniem rozprawy.

Problematyki wydania orzeczeń, zarówno w formie wyroku, jak i postanowień, po przeprowadzeniu rozprawy dotyczy rozdział 7 Rozporządzenia z 17 maja 2006 r. W załącznikach nr 2-5 zawarte zostały wzory orzeczeń zespołu arbitrów. W załączniku nr 6 umieszczony został wzór postanowienia o sprostowaniu wyroku/postanowienia.

Biorąc pod uwagę powyższe przepisy, można sformułować następujące wnioski: 1) Zespół arbitrów rozpoznaje sprawę obligatoryjnie na posiedzeniu, a fakultatywnie na rozprawie. 2) Posiedzenie kończy się wydaniem jednego z trzech postanowień, tj. w sprawie odrzucenia odwołania, umorzenia postępowania lub wyznaczenia rozprawy, które umieszczone zostają w treści protokołu. 3) W trakcie rozprawy zespół arbitrów wydaje wyrok, rozstrzygając merytorycznie sprawę, albo też postanowienie o odrzuceniu odwołania lub umorzeniu postępowania. Postanowienia te wymagają sporządzenia odrębnej sentencji według wzorów umieszczonych w załącznikach do Rozporządze-

nia z 17 maja 2006 r. 4) Przewodniczący zespołu arbitrów może zgodnie z § 33 Rozporządzenia sprostować w drodze postanowienia błędy pisarskie albo rachunkowe, lub inne oczywiste omyłki. Wzór takiego postanowienia zawarty jest w załączniku nr 6.

A zatem w Rozporządzeniu z 17 maja 2006 r. nie ma mowy o postanowieniu co do dopuszczenia do udziału w sprawie wykonawcy, który zgłosił na podstawie art. 184 ust. 4 ustawy przystąpienie do postępowania odwoławczego.

Jak już zaznaczono, instytucja przystąpienia do postępowania przed zespołem arbitrów wzorowana jest na uregulowanej w przepisach KPC instytucji interwencji ubocznej. Zgodnie z zawartą w art. 76 KPC definicją, przez interwencję uboczną należy rozumieć przystąpienie do sprawy po jednej ze stron osoby trzeciej, która ma interes prawny w rozstrzygnięciu sprawy na korzyść jednej ze stron³. Do interwenienta ubocznego, będącego „pomocnikiem strony w procesie”, mają zastosowanie przepisy KPC regulujące status strony⁴.

W sposób szczegółowy uregulowane zostały wymogi co do treści i formy wniosku osoby trzeciej (art. 77), jak i opozycji przeciwko wystąpieniu interwenienta ubocznego (art. 78).

II. PROBLEM DOPUSZCZALNOŚCI STOSOWANIA PRZEPISÓW O INTERWENCJI UBOCZNEJ DO POSTĘPOWANIA W SPRAWIE PRZYSTĄPIENIA WYKONAWCY DO POSTĘPOWANIA PRZED ZESPOŁEM ARBITRÓW

Zgodnie z art. 184 ust. 6 ustawy: „Do postępowania odwoławczego stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. Nr 43, poz. 296, z późn. zm.) o sądzie polubownym, jeżeli ustawa nie stanowi inaczej”. Przepisy art. 184 ust. 4-5 zostały dodane przez ustawę o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych

³ Zob. szerzej: J. K l i m o w i c z, *Interwencja uboczna według KPC*, Warszawa 1972; M. S o k a l s k i, *Interes prawny jako warunek dopuszczalności interwencji ubocznej*, „Zeszyty Naukowe Wyższej Szkoły Handlu i Prawa” 2003, nr 8; T. R o w i ń s k i, *Interes prawny w procesie cywilnym i w postępowaniu nieprocesowym*, Warszawa 1971.

⁴ Zob. W. B r o n i e w i c z, *Postępowanie cywilne w zarysie*, Warszawa 1996, s. 138 n.

z dnia 7 kwietnia 2006 r. (Dz.U. z 2006 r., Nr 79, poz. 551). Celem powyższej nowelizacji było stworzenie autonomicznej regulacji instytucji przystąpienia wykonawcy do postępowania przed zespołem arbitrów. Ustawodawca nie zawarł odwołania do odpowiedniego stosowania przepisów o interwencji ubocznej, ale zdecydował się na wprowadzenie instytucji właściwej dla postępowania odwoławczego przed zespołem arbitrów.

Należy podkreślić, że „odpowiednie” stosowanie nie może oznaczać „automatycznego” stosowania przepisów, do których odsyła ustawodawca. „Odpowiednie” stosowanie przepisów może oznaczać, że a) niektóre z nich w ogóle nie będą stosowane, b) część przepisów będzie stosowana bez żadnych modyfikacji, c) część przepisów zostanie „dostosowana” do postępowania przed zespołem arbitrów.

W przepisach części piątej KPC regulujących postępowanie polubowne (arbitrażowe), brak jest odesłania do „odpowiedniego” stosowania przepisów części pierwszej KPC, w tym regulujących interwencję uboczną. Zgodnie z przepisem art. 1184 § 2 zd. 2 sąd polubowny nie jest związany przepisami o postępowaniu przed sądem. Ustawodawca wskazał zatem wprost, że w postępowaniu polubownym nie obowiązują przepisy postępowania cywilnego. Powyższy pogląd został jednomyślnie przyjęty tak przez orzecznictwo, jak i doktrynę⁵. Powstaje jednak pytanie o dopuszczalność stosowania tych przepisów, w tym regulujących interwencję uboczną, do postępowania odwoławczego przed zespołem arbitrów w drodze analogii *legis*?

1. ORZECZNICTWO

Można odwołać się do kilku orzeczeń SN. W uzasadnieniu uchwały z 14 stycznia 2005 r. (III CZP 71/04) SN podkreślił, że unormowania zawarte w ustawie Prawo zamówień publicznych: „stanowią *lex specialis* w stosunku do przepisów kodeksu postępowania cywilnego; przepisy o sędziu polubownym w odniesieniu do postępowania odwoławczego i o apelacji w odniesieniu do postępowania toczącego się wskutek wniesienia skargi mają odpowiednie zastosowanie wówczas, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej (art. 184 ust. 3 i art. 194 ust. 2 Pr.z.p.)”. Podkreślono, że „w postępowaniu odwoławczym przed zespołem arbitrów w sprawie o zamówienie publiczne nie ma podstaw nawet do odpowiedniego zastosowania przepisów kodeksu postę-

⁵ Zob. szerzej: A. Zieliński, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. II, Warszawa 2006, s. 1413 n.

powania cywilnego regulujących zasady sporządzania wyroku, art. 184 ust. 3 Pr.z.p. pozwala bowiem na odpowiednie zastosowanie jedynie przepisów tego kodeksu o sędzie polubownym, a więc przepisów zawartych w art. 705-715, a nie zamieszczonych w art. 316-332. Ponadto, nie ma w Prawie zamówień publicznych regulacji zasad sporządzania i wydawania wyroku przez zespół arbitrów. Brak ten został uzupełniony przepisami § 24-26 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 marca 2004 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań⁶. Obecnie obowiązuje Rozporządzenie z 17 maja 2006 r. Zwrócono także uwagę na fakt, że załączniki stanowią integralną część Rozporządzenia, a więc mają tę samą moc normatywną, co Rozporządzenie.

W uzasadnieniu uchwały z 14 października 2005 r. (III CZP 73/05) SN wskazał na podstawowy cel ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, który stanowi: „zapewnienie warunków dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty do zawarcia umowy na wykonanie prac finansowanych ze środków publicznych, przy jednoczesnym zagwarantowaniu ochrony praw i interesów uczestników postępowania przetargowego. Osiągnięciu tego celu ma służyć ustanowienie sformalizowanej procedury przetargowej oraz szczególnego systemu środków odwoławczych”.

2. DOKTRYNA

W doktrynie podkreśla się, że odpowiednie stosowanie przepisów o sędzie polubownym oznacza, że „do postępowania odwoławczego nie mają zastosowania pozostałe przepisy KPC. W żadnym stadium tego postępowania nie należy więc powoływać się wprost na te przepisy. Nie oznacza to jednak, że nie można odpowiednio stosować ogólnie przyjętych i ugruntowanych wieloletnią praktyką poszczególnych rozwiązań stosowanych w procedurze cywilnej. Dotyczy to chociażby takich instytucji prawnych, jak terminy czy pełnomocnictwa”⁶.

Nie ulega wątpliwości, że przepisy art. 84 ust. 4-6 ustawy stanowią przykład samodzielnej regulacji umożliwiającej wzięcie udziału w postępowaniu odwoławczym przez wykonawcę, który nie wnosząc odwołania, ma interes prawny w rozstrzygnięciu sprawy na korzyść jednej ze stron. Nie budzi wątpliwości, że omawiana instytucja wzorowana jest na interwencji

⁶ J. P i e r ó g, *Prawo zamówień*, s. 399.

ubocznej, występującej w procesie. Jest ona jednak instytucją o charakterze autonomicznym, która w sposób całościowy uregulowana została przez przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych i Rozporządzenia wykonawczego z 17 maja 2006 r.

Nie można zatem mówić o „odpowiednim” stosowaniu przepisów KPC regulujących interwencję uboczną, tj. art. 76-83 KPC. Rozwiązanie takie byłoby możliwe jedynie wówczas, gdyby przepisy KPC regulujące postępowanie polubowne, tj. część piąta KPC, art. 1154-1217, zawierały tzw. dalsze odesłanie do przepisów części pierwszej KPC, w tym także do przepisów regulujących interwencję uboczną. Tymczasem zgodnie z art. 1184 § 2 zd. 2 KPC sąd polubowny nie jest związany przepisami o postępowaniu przed sądem.

Inne zagadnienie związane jest z dopuszczalnością stosowania analogii *legis* z przepisami KPC, które dotyczą interwencji ubocznej. Według R. Taubenschlaga i W. Kozubskiego: „Przez analogię *legis* rozumiemy zastosowanie pewnego przepisu prawnego do przypadku, którego pod brzmienie tego przepisu podciągnąć nie można, który jednak posiada takie same istotne cechy, jak inne przypadki tym przepisem prawnym objęte”⁷. Jak podkreśla W. Siedlecki: „Analogia jest niedopuszczalna wówczas, jeżeli dany przepis ma charakter wyjątkowy, wobec tego nie można go przenosić na stany faktyczne, nim nie objęte, choć bardzo podobne”⁸. Za niedopuszczalnością analogii przemawia także reguła interpretacyjna, zgodnie z którą wyjątków nie należy interpretować rozszerzająco (*exceptiones non sunt extendendae*).

Według Z. Radwańskiego stosowanie analogii *legis* dopuszczalne jest wówczas, gdy „dyrektywy językowe i systemowe jednoznacznie nie wskazują na to, że określony przepis dotyczy wyłącznie stanu faktycznego w nim wyznaczonego, a równocześnie silna argumentacja funkcjonalna pozwala przyjąć, że ustanowiona w przepisie prawnym regulacja odnosi się także do okoliczności w istotny sposób podobnych do tej, jaka została w nim opisana”⁹.

Wydaje się, że nie ma przeszkód do stosowania w drodze analogii *legis* przepisów regulujących interwencję uboczną do przystąpienia wykonawcy do postępowania przed zespołem arbitrów. Po pierwsze – nikt nie kwestionuje

⁷ R. T a u b e n s c h l a g, W. K o z u b s k i, *Prawo rzymskie*, Warszawa 1947, s. 14.

⁸ W. S i e d l e c k i, *Podstawowe pojęcia prawne*, Kraków 1948, s. 85.

⁹ Z. R a d w a ń s k i, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 1993, s. 64.

podobieństwa między obiema regulacjami; regulacja zawarta w Prawie zamówień publicznych jest wzorowana na umieszczonej w przepisach KPC. Po drugie – przepisy KPC regulujące interwencję uboczną nie mają charakteru wyjątku. Po trzecie – nie ma przeszkód, ażeby, jeżeli jest taka wola stron, stosować przed sądem polubownym przepisy zawarte w części piątej KPC, w tym regulujące interwencję uboczną.

Analogia *legis* może być stosowana pod warunkiem, że nie doprowadzi do ominięcia zakazu „odpowiedniego” stosowania przepisów o postępowaniu procesowym. A zatem w drodze analogii można wykorzystać przepisy KPC dotyczące instytucji, których regulacja nie została „doprecyzowana” w Prawie zamówień publicznych. Stosowanie analogii nie może zatem doprowadzić do uwzględnienia przepisów wprowadzających instytucje „nowe” dla Prawa zamówień publicznych. Uwzględnienie „autonomii” regulacji sprawia, że dopuszczalne jest jedynie „uzupełnienie” Prawa zamówień publicznych. Nie ma przeszkód do wykorzystania orzecznictwa SN dotyczącego rozumienia „interesu prawnego” w art. 76 KPC do regulacji zawartej w art. 84 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Za niedopuszczalne, sprzeczne z zasadą „autonomii” regulacji, należałoby natomiast uznać stosowanie do postępowania przed zespołem arbitrów przepisów KPC dotyczących opozycji wobec interwencji ubocznej.

Powyższe stanowisko zgodne jest z uchwałą SN z 27 stycznia 2005 r. (III CZP 78/04), której teza ma brzmienie: „W wypadku stwierdzenia z urzędu okoliczności objętej art. 93 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. Nr 19, poz. 177 ze zm.) zespół arbitrów unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia. Sąd okręgowy, w razie stwierdzenia z urzędu okoliczności objętej tym przepisem, uchyla orzeczenie zespołu arbitrów i unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia”. SN podjął powyższą uchwałę pomimo niezbyt „szczęśliwej” konstrukcji przepisu art. 93 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym postępowanie o udzielenie zamówienia unieważnia zamawiający w przypadkach wskazanych w ustawie. Powyższe brzmienie przepisu sugeruje, że unieważnić postępowanie może jedynie zamawiający, a zespół arbitrów czy też sąd okręgowy mogą jedynie nakazać zamawiającemu unieważnienie postępowania¹⁰. SN uznał jednak dopuszczalność unieważnienia postępowania przez zespół arbitrów. Wprawdzie w uzasadnieniu SN

¹⁰ Tak też: T. K w i e c i ń s k i, A. S t a w i c k i, *Prawo do protestu służy przejrzystości postępowania*, „Rzeczpospolita” 2004, Lex 44719/2.

nie odwołał się w przypadku postępowania przed zespołem arbitrów do analogii z regulacją nieważności postępowania cywilnego, nie ma jednak przeszkód do stosowania analogii w „ograniczonym” zakresie. Oznacza to, że niedopuszczalne jest stosowanie w drodze analogii przepisu art. 379 KPC, który zawiera przyczyny nieważności postępowania, albowiem art. 93 ust. 1 ustawy zawiera wyczerpujące przyczyny unieważnienia postępowania o zamówienie publiczne (pkt 1-7)¹¹. W drodze analogii dopuszczalne jest sięgnięcie do przepisów KPC regulujących sposób stwierdzenia nieważności.

Konstrukcja art. 379 KPC i art. 93 ustawy jest podobna. Obie ustawy zawierają wyczerpujący katalog przyczyn powodujących nieważność odpowiednich postępowań. Różnica polega na tym, że w ustawie prawo zamówień publicznych ustawodawca stwierdził, że postępowanie unieważnia „zamawiający”. W art. 379 KPC ustawodawca nie wskazał, że postępowanie unieważnia sąd apelacyjny. Nie ulega wątpliwości, że tak jak przyczyny nieważności postępowania obowiązują nie tylko w trakcie postępowania przed sądem apelacyjnym¹², tak okoliczności skutkujące nieważnością postępowania o zamówienie publiczne bierze pod uwagę nie tylko zamawiający, ale także zespół arbitrów.

Podobnie można odwołać się do uzasadnienia uchwały SN z 14 października 2005 r. (III CZP 73/05), w którym odniesiono się do regulacji umorzenia postępowania zawartej w art. 355 § 1 KPC. Wprawdzie rozpoznawane zagadnienie dotyczyło postępowania przed sądem a nie zespołem arbitrów, nie ma jednak przeszkód do stosowania przepisu art. 355 § 1 KPC w drodze analogii *legis* do postępowania odwoławczego. Za takim rozwiązaniem przemawia brzmienie § 18 ust. 1 Rozporządzenia z 17 maja 2006 r., który przewiduje możliwość umorzenia postępowania przez zespół arbitrów.

¹¹ Piśmiennictwo jest zgodne co do dwóch kwestii: po pierwsze, że katalog przyczyn nieważności postępowania o zamówienie publiczne ma charakter zamknięty (por. A. P a n a - s i u k, A. M i k o ł a j c z y k, T. S i e d l e c k i, *Prawo zamówień publicznych z komentarzem*, Bydgoszcz: Branta 2004, s. 228). Po drugie, że przyczyny tej nieważności dotyczą całego postępowania o zamówienie publiczne. Oczywiście jest, że „okoliczności skutkujące unieważnieniem postępowania”, które z urzędu bierze pod uwagę zespół arbitrów na podstawie art. 191 ust. 3 ustawy, stanowią przyczyny nieważności postępowania wskazane w art. 93 ust. 1 ustawy. Nieważność postępowania bierze także z urzędu w graniach zaskarżenia Sąd Najwyższy (art. 393aa § 1 KPC). Przyczyny nieważności, które bierze pod uwagę sąd apelacyjny i Sąd Najwyższy z urzędu, wskazane są w art. 379 KPC.

¹² Nieważność postępowania bierze także z urzędu w graniach zaskarżenia Sąd Najwyższy (art. 398¹³ § 1 KPC).

III. KOGNICJA ZESPOŁU ARBITRÓW

Powstaje pytanie dotyczące kognicji zespołu arbitrów, tj. czy winna ona obejmować badanie przesłanki merytorycznej, w postaci interesu prawnego, czy też ma charakter jedynie formalny? Skoro w przypadku interwencji ubocznej sąd nie bada z urzędu przedstawionego przez interwenienta interesu prawnego, ale dopiero wskutek wniesienia opozycji przez jedną ze stron procesowych¹³, to należy uznać, że badanie dokonane przez zespół arbitrów w toku postępowania, do którego stosuje się przepisy dotyczące postępowania polubownego, winno mieć – po pierwsze charakter ogólny, po drugie – odformalizowany. Warto przy tym podkreślić, że w przypadku przystąpienia do postępowania odwoławczego ustawodawca nie wprowadził sprzeciwu (opozycji) co do przystąpienia, który przysługuje stronie w przypadku interwencji ubocznej (art. 78 KPC). Powyższe stwierdzenie nie może jednak prowadzić do konkluzji, że zespół arbitrów nie ma kognicji do badania pod względem merytorycznym wniosku o dopuszczenie do postępowania odwoławczego wykonawcy, który nie wniósł odwołania.

Zgodnie z art. 184 ust. 4 ustawy wykonawca, zgłaszając przystąpienie do postępowania odwoławczego, winien „wskazać swój interes prawny”. A zatem zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego nie jest czynnością o charakterze „technicznym”, na podstawie której zespół arbitrów „rejestruje” jedynie zgłoszenie. Ustawodawca wyraźnie bowiem wyróżnił przesłankę uwzględnienia zgłoszenia, którą stanowi konieczność posiadania „interesu prawnego”.

Wprowadzenie wymogu wskazania „interesu prawnego” oznacza zatem, że winien on podlegać kontroli zespołu arbitrów. Wykonawcy, który nie wniósł odwołania, nie przysługuje prawo do udziału w postępowaniu odwoławczym, ale roszczenie o dopuszczenie do postępowania, które zależy od spełnienia przesłanki pozytywnej w postaci interesu prawnego. Gdyby ustawodawca dopuszczał *ex lege* do udziału w postępowaniu odwoławczym wszystkich wykonawców, to nie wprowadzałby wymogu wylegitymowania się „interesem prawnym”. Naturalnie o spełnieniu powyższej przesłanki nie może rozstrzygać sam wykonawca, który występując z wnioskiem o przystąpienie do postępowania oświadcza, że posiada interes prawny.

¹³ Por. W. S i e d l e c k i, Z. Ś w i e b o d a, *Postępowanie cywilne. Zarys wykładu*, Warszawa 2003, s. 130 n.

A zatem kognicja zespołu arbitrów obejmuje również badanie wystąpienia tej przesłanki. W przypadku stwierdzenia braku „interesu prawnego” zespół arbitrów winien wydać postanowienie o odmowie dopuszczenia wykonawcy do postępowania odwoławczego.

SN w uzasadnieniu uchwały z 14 października 2005 r. (III CZP 73/05) wskazał na podstawowy cel ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, który stanowi: „zapewnienie warunków dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty do zawarcia umowy na wykonanie prac finansowanych ze środków publicznych, przy jednoczesnym zagwarantowaniu ochrony praw i interesów uczestników postępowania przetargowego”¹⁴.

Nie budzi wątpliwości, że uregulowana w art. 184 ust. 4 ustawy instytucja przystąpienia wykonawcy do jednej ze stron postępowania odwoławczego, które toczy się przed zespołem arbitrów, służy realizacji wskazanego wyżej celu. W postępowaniu odwoławczym winni mieć zapewnioną możliwość prezentowania swojego stanowiska wszyscy, którzy mają interes prawny w udzieleniu zamówienia publicznego.

Konieczność przyjęcia „szerokiego” znaczenia interesu prawnego oznacza, że chodzi w takim przypadku nie tylko o „bezpośrednie”, ale i „pośrednie” oddziaływanie na prawa i obowiązki osoby zgłaszającej swoje przystąpienie do postępowania przed zespołem arbitrów¹⁵.

¹⁴ Wydaje się, że na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 r. nie straciła na aktualności uchwała SN z 16 lipca 2003 r. (III CZP 47/03), której teza ma brzmienie: „Wykonawca, którego oferta została przyjęta przez zamawiającego w postępowaniu o zamówienie publiczne, nie biorący udziału w postępowaniu przed zespołem arbitrów wywołanym odwołaniem innego oferenta, jest legitymowany do wniesienia do Sądu Okręgowego w Warszawie skargi na wyrok zespołu arbitrów, po zgłoszeniu interwencji ubocznej po stronie zamawiającego i wykazaniu interesu prawnego w rozstrzygnięciu skargi na jego korzyść. Jeżeli skarga została złożona po rozpoczęciu biegu terminu do zaskarżenia wyroku zespołu arbitrów przez zamawiającego, wykonawcę wiąże ten termin”. A zatem skoro wykonawca może wnieść skargę do sądu pomimo to, że nie był uczestnikiem postępowania odwoławczego, to winien mieć zapewniony jak najszerszy dostęp do postępowania odwoławczego, które toczy się przed zespołem arbitrów.

¹⁵ Można odwołać się w tym kontekście do postanowienia SN z 3.4.1973 r., I CZ 27/73, zgodnie z którym: „Interes prawny, o którym mowa w art. 76, 78 § 2 KPC, należy pojmować szeroko i przyjąć, że zachodzi on w każdym wypadku, w którym rozstrzygnięcie sporu może wyrzucić jakiegokolwiek skutki w sferze prawnej interwenienta. Przeciwnie zawężającej wykładni pojęcia «interesu prawnego» w rozumieniu cytowanych wyżej przepisów przemawiają również względy celowości, bowiem udział interwenienta ubocznego w procesie z reguły pozostaje w zgodzie z dążeniem do ustalenia w sporze prawdy obiektywnej”. Odmianą „zawężającą” koncepcję „interesu prawnego” przyjął SN w postanowieniu z 21.1.1986 r., IV PPZ 3/85.

IV. STOSOWANIE W DRODZE ANALOGII PRZEPISÓW KPC REGULUJĄCYCH INTERWENCJĘ UBOCZNĄ

Zgodnie z podaną wyżej zasadą niedopuszczalne jest stosowanie zarówno wprost, jak i odpowiednio przepisów KPC regulujących interwencję uboczną, które dotyczą instytucji niewystępujących w Prawie zamówień publicznych. I tak należy uznać, że uczestnikom postępowania odwoławczego nie przysługuje opozycja, o której mowa w art. 78 KPC. Podobnie niedozwolone jest dopuszczenie do przystąpienia w każdym stanie postępowania, aż do zamknięcia posiedzenia zespołu. Zgodnie bowiem z art. 184 ust. 4 ustawy zgłoszenie przystąpienia może nastąpić „najpóźniej do czasu otwarcia posiedzenia zespołu arbitrow”.

Nie budzi wątpliwości, że wykonawca przystępujący do postępowania odwoławczego jest uprawniony do dokonywania wszelkich czynności, jakie mogą wykonywać uczestnicy postępowania (por. art. 79 zd. 1 KPC). Przystępującemu, tak jak i stronie, należy doręczać zawiadomienia o posiedzeniach zespołu (por. art. 80 KPC). Wykonawca nie może podnieść względem strony, do której przystąpił, zarzutu wadliwego prowadzenia postępowania (por. art. 82 KPC). Nie ma także przeszkód, ażeby za zgodą stron przystępujący mógł wejść na miejsce strony, do której przystąpił (por. art. 83 KPC).

V. FORMA WYDANEGO POSTANOWIENIA

Zgodnie z § 17 ust. 4 Rozporządzenia zespół arbitrow „postanawia o dopuszczeniu do postępowania odwoławczego wykonawcy, o którym mowa w § 6”. Termin „postanawia” odróżnia się od zawartych w ustawie takich określeń, jak „wydanie postanowienia” (art. 191 ust. 1 zd. 2 ustawy) czy też „wydanie orzeczenia” (§ 27 ust. 1 Rozporządzenia).

Użycie przez ustawodawcę terminu „postanawia” jest jednoznaczne z uznaniem, że zespół arbitrow dokonuje rozstrzygnięcia w postaci postanowienia. Zastosowany zwrot: „wydaje postanowienie” oznacza, że zespół arbitrow wydaje postanowienie zgodnie z formą określoną w Rozporządzeniu z 17 maja 2006 r., tj. albo poprzez zamieszczenie w protokole posiedzenia, albo też sporządza odrębną sentencję, zgodnie z wzorami umieszczonymi w załącznikach. A zatem zespół arbitrow wydaje na podstawie § 17 ust. 4 Rozporządzenia postanowienie, którego forma nie została określona przez ustawodawcę.

Wykładnia systemowa przepisów tak ustawy Prawo zamówień publicznych, jak i Rozporządzenia z 17 maja 2006 r. wskazuje, że ustawodawca w sposób wyczerpujący uregulował formy wydawanych postanowień. Zgodnie z wzorami zawartymi w załącznikach dołączonych do wymienionego rozporządzenia, postanowienia mogą być umieszczone w protokole lub też zespół arbitrów winien sporządzić odrębną sentencję. Wśród tych postanowień, co do których obowiązuje wskazana wyżej forma, nie wymieniono postanowienia dotyczącego dopuszczenia do udziału w postępowaniu przed zespołem arbitrów wykonawców, którzy nie wnieśli odwołania. Należy zatem uznać, że obowiązuje dowolna forma ogłoszenia postanowienia. Może być ono wciągnięte do protokołu, jak i w formie ustnej. Rozpatrujący skargę na orzeczenie zespołu arbitrów sąd winien indywidualnie ocenić, czy zespół arbitrów wydał postanowienie w sposób, który umożliwił zapoznanie się z jego treścią przez uczestników postępowania. Tradycyjnie wśród czynności procesowych wyróżnia się „czynności decydujące”, czyli „czynności orzekania”¹⁶. Nie ulega wątpliwości, że tak czynności prawne, jak i czynności procesowe, aby wywołały skutek prawny, muszą umożliwić adresatowi zapoznanie się z ich treścią. Powyższa reguła odnosi się także do postanowienia zespołu arbitrów w przedmiocie dopuszczenia do postępowania odwoławczego wykonawcy, który nie wniósł odwołania¹⁷.

Postępowanie przed sądem polubownym ma charakter odformalizowany. Wyrazem tego jest brzmienie art. 1184 KPC. Nie obowiązują zatem wymogi dotyczące formy postanowień wydawanych w toku procesu. Nie obowiązuje zatem dokonany na podstawie art. 356 KPC podział postanowień na: 1) niekończące postępowania w sprawie, które spisywane są do protokołu, 2) oraz postanowienia, które wymagają spisania odrębnej sentencji¹⁸.

¹⁶ W. S i e d l e c k i, Z. Ś w i e b o d a, *Postępowanie cywilne*, s. 159.

¹⁷ Należy podkreślić, iż wykonawca, który przystąpił do postępowania odwoławczego przed zespołem arbitrów po stronie zamawiającego, zgodnie z art. 184 ust. 4 ustawy, nie jest przeciwnikiem skargi w rozumieniu art. 195 ust. 2 ustawy (zob. postanowienie SN z dnia 19 czerwca 2007 r., III CZP 25/07, LEX Nr 306787). A zatem, jak podkreślił w uzasadnieniu powyższego postanowienia SN, skarga na orzeczenie zespołu arbitrów nie musi spełniać wymogu przesłania jednocześnie jej odpisu wykonawcy, który przystąpił do postępowania odwoławczego przed zespołem arbitrów.

¹⁸ T. Ereciński w: T. E r e c i ń s k i, J. G u d o w s k i, M. J ę d r z e j e w s k a, *Komentarz do Kodeksu postępowania cywilnego. Część pierwsza. Postępowanie rozpoznawcze*, t. I, Warszawa 2004, s. 658.

WNIOSKI

Analiza przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych oraz Rozporządzenia z 17 maja 2006 r., oparta przede wszystkim na wykładni systemowej, prowadzi do wniosku, że instytucja przystąpienia do postępowania przed zespołem arbitrów ma charakter „autonomiczny”. Z brzmienia art. 184 ust. 4 ustawy wynika, że skoro ustawodawca wprowadził przesłankę merytoryczną przystąpienia do postępowania w postaci „interesu prawnego”, to tym samym wprowadził konieczność rozstrzygnięcia, czy wykonawca spełnia powyższą przesłankę. Rzecz jasna, rozstrzygnięcie to nie należy do wykonawcy, który wnosząc odwołanie, wyraził jednocześnie swoją subiektywną wolę co do istnienia „interesu prawnego”.

Należy podkreślić konieczność „szerokiego” rozumienia pojęcia „interes prawny”, o którym mowa w art. 184 ust. 4 ustawy. Wystąpi on tak w przypadku bezpośredniego, jak i pośredniego oddziaływania na prawa i obowiązki zgłaszającego przystąpienie.

Wykładnia przepisów Rozporządzenia wskazuje, że ustawodawca nie zawarł żadnej regulacji dotyczącej formy postanowienia w sprawie przystąpienia wykonawcy do postępowania odwoławczego. Skoro tak, to należy przyjąć swobodę formy, która jest również uzasadniona charakterem postępowania odwoławczego, do którego stosuje się odpowiednio przepisy o postępowaniu polubownym, których cechą charakterystyczną jest odformalizowanie postępowania.

Uzasadnione wydaje się sformułowanie tezy, zgodnie z którą dopuszczalne jest stosowanie do postępowania przed zespołem arbitrów w drodze analogii *legis* przepisów części pierwszej KPC, pod warunkiem, że nie dojdzie do naruszenia „autonomii” regulacji zawartej w Prawie zamówień publicznych. W drodze analogii nie można zatem stosować przepisów wprowadzających instytucje niewystępujące w postępowaniu odwoławczym przed zespołem arbitrów. Dzięki przepisom KPC można jedynie „uzupełnić” regulację dotyczącą postępowania odwoławczego, która jest zawarta w Prawie zamówień publicznych.

COMMENCEMENT OF APPEAL PROCEEDINGS BEFORE
A PANEL OF ARBITERS DURING PUBLIC PROCUREMENT PROCEEDINGS

S u m m a r y

The article deals with permissibility, by way of *analogia legis*, of the provisions of the Code of Civil Proceedings regulating auxiliary intervention in the case of commencing appeal proceedings before a panel of arbiters, which is regulated by Public Procurement Law. The author maintains that such an analogy is admissible, but only if the autonomy of the regulations in the Law is not violated. *Analogia legis* may not therefore lead to the use of provisions that govern new institutions which do not appear in appeal proceedings before a panel of arbiters.

Słowa kluczowe: zamówienia publiczne, interwencja uboczna, postępowanie odwoławcze przed zespołem arbitrów, *analogia legis*.

Key words: public procurement, auxiliary intervention, appeal proceedings before a panel of arbiters, *analogia legis*.