

UNIWERSYTET IM. MIKOŁAJA KOPERNIKA W TORUNIU

WYDZIAŁ PRAWA I ADMINISTRACJI

mgr Arnold Aleksander Pustkowski

ROZPRAWA DOKTORSKA

***ODWOŁANIE W POSTĘPOWANIU W SPRAWACH O UDZIELENIE
ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO***

NAPISANA POD KIERUNKIEM

DR HAB. AGNIESZKI LASKOWSKIEJ – HULISZ, PROF. UMK

TORUŃ 2022

Spis treści

Wykaz skrótów	4
Wstęp	6
ROZDZIAŁ I. Istota i charakter prawny spraw o udzielenie zamówienia publicznego	12
§1. Uwagi wstępne	12
§2. Przegląd ujęć doktrynalnych istoty i charakteru prawnego spraw o udzielenie zamówienia publicznego	13
1. Administracyjnoprawny charakter spraw o udzielenie zamówienia publicznego	13
2. Cywilnoprawny charakter spraw o udzielenie zamówienia publicznego	18
§3. Próba ustosunkowania się do problemu	27
Rozdział II. Cele i funkcje postępowania o udzielenie zamówienia publicznego	38
§1. Uwagi wstępne	38
§2. Cele postępowania o udzielenie zamówienia publicznego	42
1. Uwagi wprowadzające	42
2. Ekonomiczny cel postępowania o udzielenie zamówienia publicznego	48
3. Pozaekonomiczne cele postępowania o udzielenie zamówienia publicznego	50
§3. Funkcje postępowania o udzielenie zamówienia publicznego	54
1. Uwagi wprowadzające	54
2. Funkcja ochronna postępowania o udzielenie zamówienia publicznego	55
§4. Uwagi końcowe	63
ROZDZIAŁ III. Istota i charakter prawny odwołania jako środka ochrony prawnej w systemie zamówień publicznych	67
§1. Uwagi wstępne	67
§2. Ewolucja historycznoprawna regulacji prawnej środków ochrony prawnej	67
§3. Kontrola respektowania prawa zamówień publicznych przez zamawiających	90
§4. Status prawny Krajowej Izby Odwoławczej i jej wyroków	94
§5. Uwagi końcowe	99
ROZDZIAŁ IV. Dopuszczalność odwołania	105
§1. Uwagi wstępne	105
§2. Elementy mające wpływ na kształtowanie się przesłanek związanych z dopuszczalnością odwołania	108
1. Wartość zamówienia jako ograniczenie do złożenia odwołania	108
2. Informacja o czynności niezgodnej z prawem – „małe odwołanie”	111
§3. Przesłanki dopuszczalności wniesienia odwołania – zagadnienia ogólne	113
§4. Wymogi formalne odwołania	118

§5. Legitymacja do wniesienia odwołania	124
1. Uwagi wprowadzające	124
2. Pojęcie interesu.....	126
3. Pojęcie szkody.....	132
§6. Uwagi końcowe.....	133
ROZDZIAŁ V. Forma odwołania. Termin odwołania	137
§1. Uwagi wstępne	137
§2. Forma pisemna	138
1. Uwagi wprowadzające	138
2. Postać papierowa.....	138
3. Postać elektroniczna	140
§3. Faks i e-mail	141
§4. Terminy.....	142
1. Termin na sporządzenie odwołania	142
2. Termin na wniesienie odwołania	143
3. Termin na uzupełnienie odwołania.....	147
4. Termin na rozpoznanie odwołania.....	148
§5. Uwagi końcowe.....	150
ROZDZIAŁ VI. Wstępny przebieg postępowania odwoławczego.....	154
§1. Uwagi wstępne	154
§2. Wniesienie odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.....	155
§3. Przekazanie kopii odwołania zamawiającemu	160
§4. Przekazanie kopii odwołania uczestnikom postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz przystąpienie do postępowania odwoławczego	163
§5. Zakaz zawarcia umowy.....	166
§6. Wadium w postępowaniu odwoławczym	168
§7. Odpowiedź na odwołanie. Uwzględnienie odwołania.....	169
§8. Rozpoznanie odwołania (czynności wstępne)	171
§9. Cofnięcie odwołania.....	172
§10. Uwagi końcowe.....	173
ROZDZIAŁ VII. Postępowanie odwoławcze.....	177
§1. Uwagi wstępne	177
§2. Wyznaczenie składu orzekającego	178
§3. Przebieg postępowania odwoławczego – rozprawa	184
§4. Dowody w postępowaniu odwoławczym.....	188
§5. Zamknięcie rozprawy	194
§6. Uwagi końcowe.....	195
ROZDZIAŁ VIII. Orzekanie w postępowaniu odwoławczym	199

§1. Uwagi wstępne	199
§2. Czynności Prezesa KIO oraz składu orzekającego w związku z postępowaniem odwoławczym	199
§3. Miejsce urzędowania KIO i jego obsługa	204
§4. Orzekanie Krajowej Izby Odwoławczej	205
§5. Uwagi końcowe	209
ROZDZIAŁ IX. Koszty w postępowaniu odwoławczym	213
§1. Uwagi wstępne	213
§2. Wpis od odwołania	214
§3. Koszty postępowania odwoławczego	216
§4. Kary finansowe	220
§5. Uwagi końcowe	222
Podsumowanie	226
Wykaz literatury	232

Wykaz skrótów

BZP	– Biuletyn Zamówień Publicznych
Dz. U. UE	– Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej
GPA	– Umowa o zamówieniach publicznych (ang. Government Procurement Agreement)
JST	– jednostka samorządu terytorialnego
KC	– Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1360 z późn. zm.).
KPC	- Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1805 z późn. zm.).
KIO	– Krajowa Izba Odwoławcza
NIK	– Najwyższa Izba Kontroli
NSA	– Naczelny Sąd Administracyjny
OPZ	– opis przedmiotu zamówienia
Prezes KIO	– Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
Prezes UZP	– Prezes Urzędu Zamówień Publicznych
PrZamPubl	– prawo zamówień publicznych
PrZamPubl1994	- Ustawa z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (t.j. Dz. U. z 1998 r. Nr 119, poz. 773 z późn. zm.).
PrZamPubl2004	- Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 19, poz. 177 z późn. zm.).
PrZamPubl2019	– Ustawa z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 z późn. zm.).
RIO	- Regionalna Izba Obrachunkowa
RozpPostOdw	- Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. poz. 2453 z późn. zm.).
RozpRegOdw	- Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280 z późn. zm.).
SN	– Sąd Najwyższy

SIWZ	– specyfikacja istotnych warunków zamówienia
SWZ	– specyfikacja warunków zamówienia
TK	– Trybunał Konstytucyjny
TSUE	– Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej
UE	– Unia Europejska
UZP	– Urząd Zamówień Publicznych
WTO	– Światowa Organizacja Handlu (ang. World Trade Organization)

Wstęp

„Odwołanie” w języku polskim ma zasadniczo pejoratywne znaczenie, ponieważ pierwsze skójarzenia kierowane są w stronę sporu, który spowodowany jest brakiem zgody odwołującego się z decyzjami, które mają lub mogą mieć wpływ na jego sytuację. Odnosząc z kolei pojęcie odwołania do języka prawnego oraz prawniczego, można mówić o odwołaniu od wyroków, odwołaniu się od decyzji czy odwołaniu do wyższej instancji. Każdorazowo wniesienie odwołania przejawem braku akceptacji czy też zgody na wydane rozstrzygnięcie. Jest ono powiązane z oczekiwaniem powtórnej weryfikacji przedmiotowej sprawy, w której zapadły decyzje lub inne rozstrzygnięcia, których odwołujący nie przyjmuje za słuszne. Podstawową intencją odwołującego jest zatem doprowadzenie do ponownego rozpoznania jego sprawy z nadzieją na zmianę rozstrzygnięcia, które zapadło w jego sprawie.

Odwołanie, które występuje w sprawach o udzielenie zamówienia publicznego, można z całą pewnością uznać za wyjątkowy środek prawny. Jest to podstawowy środek ochrony prawnej, skierowany wyłącznie do wąskiego grona adresatów, którzy nabywają prawo do odwołania pod warunkiem przystąpienia do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Jednym z powodów wyjątkowości omawianej instytucji jest regulacja prawna, która jej dotyczy.. Należy mieć na uwadze, że system zamówień publicznych nie ma tak głębokich korzeni jak system prawa cywilnego czy prawa karnego, a jego powstanie zostało w pewnym sensie wymuszone i ma związek ze zmianami ustrojowymi w Polsce po 1989r. Odwołanie ewoluowało wraz z każdą nowelizacją ustawy regulującą wydatkowanie środków publicznych oraz w związku z wprowadzanymi regulacjami prawa unijnego. Należy także zwrócić uwagę, że wprowadzane zmiany odzwierciedlały także problemy, z jakimi tak zamawiający jak i wykonawcy musieli się mierzyć.

Rozważania zawarte w tej dysertacji powstały w związku z potrzebą przeanalizowania statusu prawnego odwołania pełniącego funkcję podstawowego środka ochrony prawnej w zamówieniach publicznych. Pomimo licznych publikacji poświęconych problematyce odwołania w prawie zamówień publicznych, do tej pory nie powstało aktualne monograficzne opracowanie dotyczące tego zagadnienia. Nie doczekało się ono zatem kompleksowego i całościowego opracowania, pomimo istotnego znaczenia praktycznego, jakie odwołanie odgrywa.

Praca składa się z dziewięciu rozdziałów, które można podzielić na trzy grupy. Grupę pierwszą stanowią rozdziały od pierwszego do trzeciego, w których poruszone zostały kwestie

ogólne związane z głównym przedmiotem rozważań. Mają one na celu uporządkowanie i scharakteryzowanie opisywanej materii. Jest to konieczne i pożądane, jeśli weźmie się pod uwagę rozbieżności zdań przedstawicieli doktryny na temat charakteru prawnego spraw o udzielenie zamówienia publicznego, który został szeroko przeanalizowany w rozdziale pierwszym. Poza szczegółowym omówieniem administracyjnoprawnej i cywilnoprawnej koncepcji spraw o udzielenie zamówienia publicznego, poruszono także kwestie istoty tych spraw, co w konsekwencji pozwoliło ustosunkować się do omawianych zagadnień. Kolejny, drugi rozdział pracy poświęcony został celom i funkcjom postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wskazano rozbieżności funkcjonujące w doktrynie, związane z łąčeniem pojęć zamówienia publicznego, postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i systemem zamówień publicznych. Opisane zostały cele ekonomiczne oraz pozaekonomiczne przedmiotowego postępowania oraz ich związek z zasadami prawa zamówień publicznych. Nie sposób przy okazji omawianych zagadnień pominąć element funkcji, który tak samo jak w przypadku omawianych celów postępowania, jest rozumiany w sposób nieprawidłowy i mogący prowadzić do błędnych wniosków. Ostatnim rozdziałem pierwszej grupy, czyli rozdziałem numer trzy, jest rozdział poświęcony *stricte* odwołaniu w kontekście środka ochrony prawnej w systemie zamówień publicznych. Dokonano analizy prawno-porównawczej odwołania, na podstawie przepisów regulujących ten środek prawnych od momentu powstania pierwszego aktu prawnego regulującego system zamówień prawnych w Polsce demokratycznej. Wskazane zostały różnice między przepisami regulującymi odwołanie, wynikające ze zmian i kolejnych nowelizacji oraz omówiono podstawy jak również konsekwencje tych zmian. Również w tym rozdziale poruszony został wątek KIO jako sądu i dokonano próby wyjaśnienia i ujednoczenia stanowiska dotyczącego statusu prawnego tego organu, który wynika z rozbieżności regulacji prawnych polskiego i europejskiego porządku prawnego.

Drugą grupę rozdziałów pracy otwiera rozdział czwarty, który skupia się na odwołaniu i postępowaniu odwoławczym pod kątem formalnym i na początkowym jego etapie. Omawiane w tym rozdziale elementy mają na celu przybliżyć możliwości wszczęcia postępowania odwoławczego, czyli określić dopuszczalność samego odwołania. Poza dokonaniem opisu przesłanek do wniesienia odwołania, poruszone zostały także istotne zagadnienia opisujące odwołanie w rozumieniu formalnym, jako zbioru dokumentów składających się na dokumentację przetargową. Szczególny nacisk został położony na opis legitymacji do wniesienia odwołania, która immanentnie związana jest z interesem i szkodą, stanowiący atrybuty podmiotu, który ma zamiar skorzystać ze środka ochrony prawnej w postaci

odwołania. Obecny stan prawny nie przewiduje ograniczeń do wniesienia odwołania w kontekście wartości przedmiotu zamówienia tak jak miało to miejsce w poprzednim stanie prawnym. Tym niemniej, wspomniana konstrukcja, która do momentu wejścia w życie ustawy PrZamPubl2019 kształtowała obecne postępowanie odwoławcze, wymaga szczegółowego omówienia. Wskazane zostały zależności między możliwością złożenia odwołania, a wartościami zamówienia publicznego, w sprawie którego toczy się postępowanie. Ustawa PrZamPubl2004 jednoznacznie określała i dzieliła zamówienia w oparciu o ich wartość, co przekładało się bezpośrednio także na możliwości dochodzenia swoich praw przez uczestników danego postępowania. Konsekwencją omawianego podziału ze względu na wartość zamówienia, była potrzeba doprecyzowania tzw. „małego odwołania”, z którego mogą skorzystać uczestnicy postępowania przetargowego, którego wartość ogranicza możliwości równoprawnego korzystania ze środków ochrony prawnej. Forma oraz terminy odwołania, które obowiązują wykonawców składających je do KIO, zostały przedstawione w rozdziale piątym. W związku z tym, że forma pisemna występuje w dwóch wariantach, których zastosowanie wywołuje takie same skutki prawne, omówiona została postać tak papierowa jak i elektroniczna formy pisemnej. Takie działanie, polegające na rozróżnieniu postaci elektronicznej formy pisemnej oraz jej zastosowania od dokumentów przekazywanych za pomocą poczty elektronicznej (e-mail) i faksu, również funkcjonujących w zamówieniach publicznych jest w pełni uzasadnione z uwagi na różne zastosowanie i odmienną doniosłość prawną. Ważnym elementem każdego postępowania jest czas, który w zamówieniach publicznych odgrywa jeszcze ważniejszą rolę z naciskiem na to, aby postępowanie mogło zakończyć się jak najszybciej, w jak najkrótszym terminie, co z kolei wpływa na fakt, że w trakcie postępowania, zarówno o udzielenie zamówienia publicznego, jak i odwoławczego jest go relatywnie mało na dokonywanie wymaganych przepisami czynności. Z uwagi na to, kto dokonuje tych czynności i na jakim etapie postępowania, można wyszczególnić termin do sporządzenia odwołania, termin na jego wniesienie oraz uzupełnienie, gdzie terminy te skierowane są bezpośrednio do podmiotu podejmujące działania inicjujące postępowanie odwoławcze, czyli do wykonawcy. Istotnym dla obu stron jak i instytucji postępowania odwoławczego jest termin na rozpoznanie odwołania, który w zależności od okoliczności, jako jedyny ze wspomnianych, nie jest tak sztywno określony przez ustawodawcę. Umowną drugą grupę zagadnień niniejszej pracy, poświęconych działaniom podejmowanym na początkowym etapie postępowania odwoławczego, zamyka rozdział szósty. Kompleksowo omówione w tym rozdziale wątki obejmują swoim zakresem tym samym wstępny przebieg postępowania odwoławczego. Poczynając od skutecznego wniesienia dokumentacji odwoławczej do KIO,

poprzez przedstawienie obowiązków zamawiającego i wykonawcy związanych z dokonaniem tych czynności, które polegają na przekazaniu kopii odwołania jego konkretnym uczestnikom, aż po odpowiedź zamawiającego na stawiane mu w odwołaniu zarzuty i formalne rozpoznanie odwołania na jego wczesnym etapie (posiedzenie niejawnie KIO). Ponadto, omówiona została tzw. klauzula „*standstill*”, narzucająca zamawiającemu powściągliwość w podpisaniu umowy z wyłonionym przez niego wykonawcą, wprowadzając przy tym zakaz dokonania tej czynności, aż do momentu rozstrzygnięcia zasadności stawianych w odwołaniu zarzutów. Pochylnono się także nad instytucją wadium zabezpieczającym postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego oraz jego losy w związku z wszczęciem postępowania odwoławczego i ewentualny wpływ na podpisanie umowy po jego zakończeniu. Celowo ostatni paragraf przedmiotowego rozdziału zakończono omówieniem instytucji cofnięcia odwołania, z uwagi na konsekwencje, które wiążą się z jego zastosowaniem i wpływem na całe postępowanie odwoławcze, które może zostać zakończone w dowolnym momencie jego trwania.

Rozdziały od siódmego do dziewiątego, poświęcone zostały zagadnieniom związanym *stricte* z postępowaniem odwoławczym oraz czynnościom podejmowanym w jego trakcie. W pierwszej kolejności w rozdziale siódmym, poruszony został temat powoływania składu orzekającego w postępowaniu przed KIO oraz omówienie różnic jakie występują w tej materii w porównaniu do postępowania arbitrażowego czy polubownego. Poddano analizie rolę Prezesa KIO, jaką pełni w postępowaniu odwoławczym, jak również jakich dokonuje czynności. W opisywanym rozdziale nie mogło zabraknąć opisu dotyczącego zasady jednoosobowego składu Izby orzekającej oraz możliwości i przesłanek do jego rozszerzenia, zmiany członka oraz jego ewentualne wyłączenie. Kolejnym elementem postępowania odwoławczego, a zarazem jego główną częścią jest rozprawa, której opis skupił się na formalnych aspektach jej przebiegu. Opisany został tryb, w jakim toczy się postępowanie oraz zasada języka polskiego i jej następstwa. Szczegółowo pochylnono się nad obowiązkami przewodniczącego składu orzekającego w trakcie prowadzenia rozprawy, wskazano, jakie ma obowiązki oraz kompetencje. Przy okazji omawianej materii wskazano, jakie instrumenty przysługują Prezesowi KIO w toku prowadzonej rozprawy oraz możliwe zagrożenia, które wynikają z tych uprawnień. Charakterystyka rozprawy, czyli jej kontradiktoryjny charakter wymagał omówienia kwestii zasadniczej w postępowaniu odwoławczym, jakim jest ciężar dowodu, a mianowicie na kim spoczywa dopuszczalność dowodów składanych „z urzędu” oraz ich następstwa i spory w doktrynie, które wywołują. Opisano możliwości dowodowe oraz wyszczególniono co może być przedmiotem dowodu, a czego dowodem uznać nie można. Kończąc rozważania, będące przedmiotem opisywanego rozdziału, skupiono się na analizie

czynności dokonywanych przez skład orzekający, związanych z zamknięciem rozprawy. Wskazano i opisano następstwa, jakie wiążą się z zamknięciem rozprawy, jak również pochyłono się nad możliwościami ponownego jej otwarcia. Naturalną kontynuacją dokonywanych przez skład orzekający czynności w toku postępowania odwoławczego jest orzekanie, któremu poświęcony został rozdział ósmy. Skupione w tym rozdziale zagadnienia, w pełni opisują czynności składu orzekającego, które zostały podzielone na działania i czynności podejmowane przed rozprawą, w jej trakcie oraz po zakończeniu rozprawy. Przy okazji opisywanego rozdziału, poruszono kwestie organizacyjno – techniczne polegające na obsłudze KIO oraz miejscu jego urzędowania, które wzbudza kontrowersje u niektórych przedstawicieli doktryny w kontekście jej niezależności. Rozdział został zakończony opisem zwieńczenia prac składu orzekającego, który przejawia się w jego orzeczeniu. Wyjaśnienia wymagały elementy proceduralne towarzyszące wydaniu orzeczenia, dzieląc je tym samym na dwa rodzaje, jak również przebieg tych prac, czyli sposób dokonywania konkretnych czynności, takich jak ogłoszenie wyroku. Dokonano analizy orzecznictwa, dotyczącego przedmiotu ochrony instancyjnej oraz opisano możliwość potencjalnego zaskarżenia zarzutów będących przedmiotem postępowania odwoławczego oraz opisano instytucję tak zwanego „orzeczenia nieistniejącego”. W toku poruszanych zagadnień oraz opisywanych instytucji związanych z postępowaniem odwoławczym nie sposób pominąć w tym miejscu kwestii kosztów, które są przez to postępowanie generowane, czemu poświęcony został ostatni, dziewiąty rozdział niniejszej pracy. Za koszt główny całego postępowania uznaje się wpis uiszczany od złożenia odwołania do KIO, który *notabene* obok pośrednich kosztów postępowania takich jak wynagrodzenie pełnomocnika prowadzącego postępowanie (jeśli taki został ustanowiony) lub koszty związane z dojazdem, jest wartością największą, aczkolwiek nie jedyną. Należy zwrócić uwagę przy okazji omawianego wątku, także na stosowne uzasadnienie tych kosztów, powstałych w trakcie toczącego się postępowania oraz ich rozliczanie na przykład w związku z ewentualnym ich zniesieniem lub oddaleniem odwołania. Przy okazji kosztów postępowania, wskazano także na problematykę kar finansowych nakładanych w związku z prowadzonym postępowaniem odwoławczym. Istotnym jest fakt, kiedy kary te mogą być nałożone, w jakiej wysokości i po zaistnieniu jakich przesłanek, a także ich nieobligatoryjny charakter, od którego jednak istnieją pewne wyjątki.

Przedstawiony podział pracy w związku z omawianą problematyką odwołania w postępowaniach w sprawach o udzielenie zamówienia publicznego jest wynikiem logicznego ciągu występującego w postępowaniu odwoławczym, gdzie na początku należy zrozumieć instytucję samego odwołania. Aby dogłębnie przeanalizować przedmiotową problematykę,

należało odwołać się do dorobku doktryny oraz judykatury, które bogato ale i w pewnym zakresie rozbieżnie kształtują opisywane elementy systemu zamówień publicznych. Posłużenie się dogmatycznoprawną metodą badawczą, uzupełnioną o metodę historycznoprawną i prawnoporównawczą było następstwem szeroko zakrojonego problemu, stanowiącego punkt wyjścia dla podjętych rozważań.

ROZDZIAŁ I. Istota i charakter prawny spraw o udzielenie zamówienia publicznego

§1. Uwagi wstępne

Przedstawiając zamówienie publiczne w kontekście samej ustawy, nie trudno wywnioskować, że odnosi się ono wyłącznie do ogólnie obowiązujących norm prawnych z niej płynących. Dotyczy to postępowania prowadzonego w trybie ustawowym o udzielenie zamówienia publicznego, co z kolei prowadzi do kolejnej odsłony jego znaczenia, a konkretniej zamówienia publicznego jako umowy zawieranej między uczestnikiem wyżej opisanego postępowania oraz jego organizatorem¹. Taki ciąg myślowy oparty na stanie faktycznym prowadzi do konkluzji, iż przy interpretacji logiczno-celowościowej zamówienie publiczne jest odzwierciedleniem pozakodeksowej umowy nazwanej², czy innymi słowy umowy objętej reżimem prawnym szczególnego typu³.

Ustawa PrZamPubl2004 już w pierwszych swoich przepisach wskazywała na rodzaj zawartych w niej norm oraz zakres wynikających z niej regulacji określając je jako „zasady i tryb udzielania zamówień publicznych, środki ochrony prawnej, kontrolę udzielania zamówień publicznych oraz organy właściwe w sprawach uregulowanych w ustawie”. Znaczna część przedstawicieli doktryny uznawała to za sygnał, iż w związku z takim zabiegiem, omawiane przepisy stanowiły *lex specialis* w stosunku do większej regulacji prawnej jaką jest KC. Komentatorzy przepisów PrZamPubl2004 zadawali pytanie, czy jest to celowy zabieg ustawodawcy świadomego, który za niemożliwe i niecelowe uznawał działania legislacyjne prowadzące do stworzenia nowej gałęzi prawa. Ustawa PrZamPubl2004 wraz z wydanymi do niej rozporządzeniami oraz ustawami wspomagającymi stanowiła obszerny zakres przepisów, który po trochu dotykał praktycznie każdej dziedziny polskiego systemu prawnego⁴. Podobne wnioski można wysnuć po analizie przepisów PrZamPubl2019, które po nowelizacji są nie tak rozproszone jak w przypadku poprzedniej ustawy, a wprost posługują się zapisami niekiedy bezpośrednio zapożyczonymi z kodeksu cywilnego lub sformułowane są tak, że po dokonaniu wykładni tych zapisów, ich sens jest identyczny jak w poprzednim stanie prawnym.

¹ J. Sadowy, *Prawo zamówień publicznych. Zarys wykładu*, Warszawa 2007, s. 19.

² P. Granecki, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, 5. wydanie, Warszawa 2016, s. 63.

³ M. Szydło, *Prawna koncepcja zamówień publicznych*, Warszawa 2014, wstęp s. 19

⁴ A. Zdebel – Zygmunt, J. Rokicki, *System zamówień publicznych w Polsce*, Warszawa 2014, s. 101.

Problem z jednoznaczną oceną istoty i charakteru prawnego zamówień publicznych i w konsekwencji przychylenia się bądź do koncepcji cywilnoprawnej bądź administracyjnoprawnej tej regulacji, wynika w dużej mierze z faktu stosowania przedmiotowych przepisów ustawy w zdecydowanej większości przez podmioty ze sfery administracji publicznej⁵. Ustawa rzecz jasna została stworzona w celu uregulowania działań podejmowanych przez zamawiających, aby to oni byli obowiązani do kierowania się w wydatkowaniu środków publicznych, precyzyjnie określonymi normami nie budzącymi wątpliwości co do obiektywizmu zamawiających. Są to jednak czynności zmierzające bardziej do współdziałania zamawiających jako przedstawicieli administracji publicznej z wykonawcami, aniżeli jednostronnie skierowane nakazy i zakazy w stosunku do konkretnych podmiotów.

Pomimo tego, że charakter prawny zamówień publicznych jako regulacji, nie implikuje charakteru prawnego spraw prowadzonych pod reżimem tej ustawy, to nadaje kierunek, w którym ustawodawca widziałby możliwości zastosowania istotnych rozwiązań. Biorąc powyższe pod uwagę należy stwierdzić, że umiejscowienie w konkretnych ramach prawnych, danego zbioru norm występujących w systemie zamówień publicznych i regulujących wydatkowanie środków publicznych, jest konieczne i w pełni uzasadnione do określenia istoty i charakteru prawnego spraw prowadzonych w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego.

§2. Przegląd ujęć doktrynalnych istoty i charakteru prawnego spraw o udzielenie zamówienia publicznego

1. Administracyjnoprawny charakter spraw o udzielenie zamówienia publicznego

Wiodącym przedstawicielem doktryny traktującym nie tylko sprawy o udzielenie zamówienia publicznego, ale i toczące się w tych sprawach postępowania w kategorii administracyjnoprawnej jest J. Niczyporuk. Jako metodę prowadzącą do udowodnienia stawianych tez, autor obrał krytykę wszelkich przesłanek mogących świadczyć o innym niż administracyjnoprawnym charakterze instytucji związanych z zamówieniami publicznymi. Na wszelkie argumenty zwolenników koncepcji cywilnoprawnej zamówień publicznych J. Niczyporuk stawia stosowne kontrargumenty, które mają na celu te koncepcje uniewiarygodnić lub przedstawić jako nietrafione. Autor prezentuje definicje zamienne dla

⁵ B. Kardas, *Zamówienia publiczne w procedurze uproszczonej po nowelizacji z dnia 13 kwietnia 2007r.*, Gdańsk 2007, s. 11.

działań podejmowanych w toku postępowania z zakresu zamówień publicznych, jako działania o naturze *stricte* administracyjnoprawnej lub interpretuje je w taki sposób by wpisywały się w kognicji prawa administracyjnego (przedstawiane są jako działania o administracyjnoprawnym charakterze)⁶. Zdaniem tego autora, zależności zachodzące między przepisami prawa zamówień publicznych, a przepisami prawa administracyjnego, mające świadczyć o ich charakterze prawnym, można opisać w następujący sposób:

- a) wybór najkorzystniejszej oferty jest administracyjnym oświadczeniem woli organu administracji publicznej i odpowiada decyzji administracyjnej jako władczej czynności zamawiającego („podwójna konkretność”);
- b) sprawa o udzielenie zamówienia publicznego jest sprawą administracyjną (również na etapie postępowania odwoławczego);
- c) umowa w kontekście prawa zamówień publicznych jest autonomiczna, lecz pomimo to najbardziej predystynowana byłaby umowa administracyjna (publiczna), która jednak nie została uregulowana w systemie;
- d) odesłania do KC nie stanowią o charakterze zamówień publicznych *sensu largo*. Relacja prawa zamówień publicznych do KC nie jest relacją *lex specialis* do *lex generalis*, gdyż nie zachodzi w obrębie przepisów systemowo jednorodnych;
- e) nadrzędna funkcja zamawiającego jako podmiotu odpowiedzialnego za stosowanie prawa zamówień publicznych posiadające podmiotowość administracyjnoprawną. Inni uczestnicy postępowania pełnią rolę drugorzędną;
- f) publiczny cel zamówień publicznych;
- g) złożone działanie administracji publicznej: 1. wybór oferty dokonywany w formie aktu administracyjnego, 2. umowa cywilna w sprawie zamówienia publicznego;
- h) brak uregulowania sprawy o udzielenie zamówienia publicznego jako sprawy cywilnej oraz niewystarczające podstawy do uznania jej za taką według kryterium formalnego;
- i) przepisy KC stosuje się wprost, a nie odpowiednio ponadto w marginalnym zakresie;
- j) inne czynności zamawiającego odpowiadają swym charakterem postanowieniom administracyjnym⁷.

⁶ J. Niczyporuk, *Prawo zamówień publicznych - odwołanie od niezgodnej z ustawą czynności podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia - skarga na postanowienie o zwrocie odwołania - właściwość sądu*. Glosa do postanowienia NSA z dnia 27 września 2011 r., II GSK 1842/11 [online]. Orzecznictwo Sądów Polskich, 2019-08-15 17:58 [dostęp: 2019-09-29 19:22]. Dostępny w Internecie: <https://sip.lex.pl/#!/publication/386071442>.

⁷ Ibidem.

J. Niczyporuk szeroko o administracyjnoprawnym charakterze zamówień publicznych mówi przy okazji rozważań na temat skuteczności postępowania odwoławczego⁸. Autor przypomina o tym, że regulacja prawna, jaką jest prawo zamówień publicznych nie przesądza w sposób bezpośredni o tym, jaki jest charakter prawny zamówień publicznych *sensu largo*, czy to w kierunku koncepcji cywilistycznej czy też administracyjnej. Sam problem związany z dyskusją na ten temat czy też brakiem jednoznaczności w przedmiocie przynależności prawa zamówień publicznych do konkretnej gałęzi prawa, upatruje w nomenklaturze, jaką posługuje się ustawodawca. Jego zdaniem, prawo zamówień publicznych jest zlepkiem terminologicznym języka prawa administracyjnego oraz prawa cywilnego, którego początek miał miejsce na kanwie prawa materialnego i po czasie przedostał się do części proceduralnej. J. Niczyporuk uważa, że główne pojęcia występujące w PrZamPubl2004 zostały zaczerpnięte z terminologii postępowania administracyjnego oraz postępowania sadowoadministracyjnego. Z kolei w kwestii procedury odwoławczej, wskazuje na podjętą przez ustawodawcę próbę „ubrania w gorset” przepisów, które je regulują. J. Niczyporuk wskazuje na klęskę związaną z takim działaniem, którą obarcza ustawodawcę jednakże tylko w niewielkim stopniu ponieważ według niego największą winę ponoszą „cywilistyczne środowiska opiniotwórcze” za lansowanie koncepcji zamówień publicznych zgodnie z ich przekonaniem⁹.

W kwestii definicji legalnej zamówienia publicznego oraz jego autonomiczności J. Niczyporuk nie ma wątpliwości, tak jak do tego, że nie przesądza ona o charakterze nie tyle samego postępowania co zamówienia publicznego w ogóle. Również odesłanie do KC z art. 139 PrZamPubl2004 w sprawie umów nie stanowi dla niego argumentu, aby na tej podstawie uznać przynależność PrZamPubl do prawa cywilnego lub co więcej przyjąć cywilny charakter zamówienia publicznego¹⁰. W kwestii umowy, która jest nieodzownie związana z problematyką ustalenia charakteru prawnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w efekcie czego zostaje zawarta, J. Niczyporuk przyjmuje pojęcie zamówienia

⁸ J. Niczyporuk, *Skuteczność postępowania odwoławczego w zamówieniach publicznych*, [w:] *Zamówienia publiczne jako instrument sprawnego wykorzystania środków unijnych*, pod red. E. Adamowicz i J. Sadowego, Gdańsk – Warszawa 2012, s. 34.

⁹ Zob. H. Zalewski, *Zamówienia Publiczne. Ekonomiczno – prawne podstawy działania*, Gdańsk 2000, s. 7, gdzie autor bezpośrednio wskazuje, że wydatkowanie środków publicznych odbywa się za pomocą aktu kupna-sprzedaży, który jest „istotą ekonomiczną” postępowania o udzielenie zamówienia publicznego; A. Panasiuk, *Ustawa z dnia 29 stycznia 2004r. – Prawo zamówień publicznych, przedmiot regulacji*, w: A. Panasiuk, A. Mikołajczyk, T. Siedlecki, *Prawo zamówień publicznych z komentarzem*, Bydgoszcz – Warszawa 2004, s. 12 gdzie autor wskazuje bezpośrednio na funkcjonowanie ustawy w „zbiegu dwóch gałęzi praw” przy czym precyzuje, że do czynności podejmowanych w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zastosowanie mają przepisy kodeksu cywilnego. Autor widzi zastosowanie przepisów administracyjno – prawnych w związku z funkcjonowaniem UZP lub jego Prezesa.

¹⁰ Obecnie art. 8 PrZamPubl2019 dotyczy umów oraz innych czynności podejmowanych przez uczestników /podmioty będące pod reżimem PrZamPubl2019

publicznego jako „prawną formę działania administracji publicznej”, która to do realizacji swoich zadań dochodzi nie wyłącznie poprzez akty administracyjne. Autor ten przywołuje również koncepcję umowy administracyjnej, która powinna być zastosowana do regulacji stosunków zobowiązaniowych w zamówieniach publicznych zauważając przy tym, że w polskim prawie administracyjnym nie została ona dopracowana na odpowiednim poziomie o czym wspomina także J. Zimmermann¹¹.

W celu ustalenia charakteru prawnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego J. Niczyporuk podaje swoją autorską definicję wyboru najkorzystniejszej oferty. W ujęciu tego autora, jest to czynność z punktu widzenia zamawiającego, zwińczająca postępowanie przetargowe, następująca bezpośrednio przed podpisaniem oferty. Jest to akt administracyjny, czyli działanie władcze, polegające na jednostronnym oświadczeniu woli zamawiającego jako organu administracji publicznej ze szczególnym wskazaniem na to, że działania te oparte są na przepisach prawa administracyjnego, jak opisuje to J. Zimmermann¹².

Przy próbie określenia charakteru sprawy o udzielenie zamówienia publicznego J. Niczyporuk podaje przykład postępowania odwoławczego, które (stwierdza stanowczo) „z całą pewnością nie jest to sprawa cywilna w rozumieniu art. 1 KPC” z punktu widzenia formalnego. Pomimo tego, że wszystkie powyższe przemyślenia były przedstawione w kontekście postępowania odwoławczego, to nie sposób ich pominąć w rozważaniach dotyczących charakteru prawnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Warto również zaznaczyć, że na podstawie powyższych argumentów J. Niczyporuk wskazuje na administracyjnoprawny charakter nie tylko spraw o udzielenie zamówienia publicznego, ale i procesów mających miejsce przed oraz po postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Są to daleko idące ujęcia, które wymagają analizy przy ustalaniu charakteru postępowania przetargowego oraz spraw z tego zakresu. J. Niczyporuk wskazuje na wadliwe odesłanie przez przepisy PrZamPubl do stosowania przepisów KC, skutkujące przemieszaniem się stosunków procesowych z materialnymi co jest zabiegiem niezrozumiałym w kontekście

¹¹ Zob. bliżej J. Zimmermann, *Prawo administracyjne*, Warszawa 2008, s. 338-339, gdzie autor ubolewa nad brakiem wprowadzenia przez ustawodawcę „tej formy działania”. Ponadto, J. Zimmermann zauważa problematykę zamówień publicznych w kontekście umowy administracyjnej, jednakże nawet w tym przypadku autor nazywa je „swoistymi umowami prawa cywilnego”, które w ogólnym rozrachunku stanowią co najwyżej namiastkę hipotetycznej umowy administracyjnej; K. Rożek, Uwarunkowania prawne umowy administracyjnej jako niechcianej przez polskiego ustawodawcę formy działania administracji publicznej, https://ruj.uj.edu.pl/xmlui/bitstream/handle/item/57267/rozek_uwarunkowania_prawne_umowy_administracyjnej_jako_niechcianej_2018.pdf?sequence=1&isAllowed=y, Dostęp: 2020.01.04, godz. 21:18; <https://prawo.uni.wroc.pl/sites/default/files/students-resources/Formy%20działania%20administracji%20-%20ciąg%20dalszy.pdf>, Dostęp: 2020.01.04, godz. 22:07

¹² Ibidem, s. 37.

zastosowania wykładni rozszerzającej art. 14 PrZamPubl2004 i stosowania na tej podstawie przepisów KPC¹³.

Akceptuje poglądy J. Niczyporuka w opisanym wyżej zakresie P. Szustakiewicz. Autor ten sprowadza odesłanie do przepisów KC z art. 14 PrZamPubl2004 do zabiegu, który jest przyczyną błędnego, według niego, pojmowania charakteru prawnego zamówień publicznych, czyli jako części prawa cywilnego. Tezę o przynależności PrZamPubl2004 do KC na takiej podstawie uznaje za zbyt daleko idącą, argumentując iż w ustawie PrZamPubl znajduje się wiele odwołań do „różnych części systemu prawnego”. Automatycznie nie tworzy to z zamówień publicznych (a przynajmniej w zakresie, w którym zastosowano odwołanie) części regulacji, do którego nastąpiło odwołanie¹⁴ i do takiego zbiegu przepisów bardziej właściwa byłaby „koncepcja hybrydalna”, którą reprezentuje chociażby A. Zdebel - Zygmunt¹⁵. Innym argumentem przemawiającym za administracyjnoprawnym charakterem przepisów PrZamPubl2004 jest według P. Szustakiewicza praktyka stosowania prawa w Polsce, która to wskazuje na regulowanie przepisami prawa administracyjnego działań administracji publicznej i na tej płaszczyźnie dopatruje się analogii. Ponadto, autor doszukuje się elementów prawa administracyjnego, które dzieli na trzy części, aby następnie stwierdzić, że wszystkie te trzy fundamentalne elementy stanowiące trzon gałęzi prawa administracyjnego są zawarte w przepisach PrZamPubl2004¹⁶.

Z kolei J. Sadowy¹⁷ zalicza PrZamPubl do kategorii aktów materialnego prawa administracyjnego¹⁸. Autor co prawda nie neguje cywilnoprawnego charakteru niektórych instytucji PrZamPubl2004 takich jak umowa czy postępowanie odwoławcze, które odwołują się bezpośrednio do przepisów KC oraz KPC, jednakże nie stanowi to według niego przesłanki do uznania, iż na tej podstawie można zakwalifikować PrZamPubl2004 do tej konkretnej gałęzi prawa. Co więcej stanowisko to uznaje za nieoparte przez żadne „metodologiczne i merytoryczne uzasadnienia”¹⁹.

¹³ J. Niczyporuk, *Prawo zamówień publicznych - odwołanie od niezgodnej z ustawą czynności podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia - skarga na postanowienie o zwrocie odwołania - właściwość sądu*. Głosa do postanowienia NSA z dnia 27 września 2011 r., II GSK 1842/11 [online]. Orzecznictwo Sądów Polskich, 2019-08-15 17:58 [dostęp: 2019-09-29 19:22]. Dostępny w Internecie: <https://sip.lex.pl/#/publication/386071442>.

¹⁴ P. Szustakiewicz, *Stosunek zamówień publicznych do innych dziedzin prawa. Zamówienia publiczne a prawo cywilne*, [w:] *Zamówienia publiczne podręcznik*, pod red. M. Chmaja, Warszawa 2010, s. 89.

¹⁵ A. Zdebel – Zygmunt, J. Rokicki, *System zamówień publicznych w Polsce*, Warszawa 2014, s. 98.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ Jacek Sadowy pełnił funkcję Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych od lutego 2008r. do 2013r.

¹⁸ J. Sadowy, *Interes publiczny a obowiązek przetargowy udzielenia zamówienia na odbiór odpadów komunalnych, Finanse Komunalne*, artykuł 2014/6, Warszawa 2014, s. 45-58.

¹⁹ J. Sadowy, *System zamówień publicznych w Polsce*, Warszawa 2013, s. 72.

Zdaniem natomiast P. Nowickiego, H. Nowickiego i M. Wierzbowskiego punktem wyjścia do oceny charakteru prawnego zamówień publicznych jest wyodrębnienie tej dziedziny prawa. Autorzy zarzucają innym przedstawicielom doktryny prawa cywilnego zbyt małostkowe podejście do tej problematyki oraz przyjęcie tez, opartych na błędnych założeniach. Mowa tu o zaliczeniu zamówień publicznych w szerokim i wąskim znaczeniu do gałęzi prawa cywilnego (zarzut stawiany jest zwolennikom cywilnoprawnego charakteru prawa zamówień publicznych). Błąd, którego dopatrują się autorzy, polega na braku dokonania głębszej analizy problematyki związanej z charakterem prawnym zamówień publicznych oraz braku szczegółowego uzasadnienia kwalifikującego zamówienia publiczne do konkretnej regulacji, które mogłoby się przeciwstawić koncepcji „gałęziowej”²⁰, o czym dalej w pkt. 3 niniejszego rozdziału.

2. Cywilnoprawny charakter spraw o udzielenie zamówienia publicznego

Wielu autorów opowiada się za cywilnoprawnym charakterem spraw o udzielenie zamówienia publicznego. Jednym z nich jest J. Pieróg, który konsekwentnie zalicza normy zawarte w PrZamPubl2004 do norm z gałęzi prawa cywilnego. Jest to według niego warunek konieczny, umożliwiający adresatowi norm zamówień publicznych dokonanie prawidłowej ich interpretacji²¹. Co więcej, J. Pieróg dochodzi do wniosku, że przepisy ustawy PrZamPubl2004 stanowią *lex specialis* do przepisów KC i aby rozwiązać wszelkie wątpliwości, powołuje się na celowe działanie ustawodawcy w tym zakresie, tj. na zapisy art. 14 PrZamPubl2004. Zawiera on przepisy delegacyjne, które w sposób bezpośredni odwołują się do przepisów KC²². Autor, regulację zawartą w art. 14 PrZamPubl2004 uznaje za konieczną i rozwiewającą wszelkie wątpliwości, które to pojawiały się na gruncie PrZamPubl1994, gdzie takiego odwołania brakowało, a podstawą do stosowania przepisów KC w zamówieniach publicznych był wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie²³. Ostatecznym potwierdzeniem dla tezy o cywilnym charakterze postępowania o udzielenie zamówienia publicznego według J. Pieróga jest równość stron biorących udział w postępowaniu. Faktyczna równowaga pomiędzy wykonawcami

²⁰ H. Nowicki, P. Nowicki, M. Wierzbowski, *Nowe dyrektywy zamówieniowe a polskie prawo zamówień publicznych. Uwagi de lege ferenda*, [w:] *Prawo zamówień publicznych. Stan obecny i kierunki zmian*, pod red. H. Nowickiego i P. Nowickiego, Wrocław 2015, s. 19.

²¹ J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 9.

²² Ibidem. Wyrok KIO z dnia 21 listopada 2013 r., KIO 2591/12, LEX nr 1425146.

²³ Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 20 stycznia 2004 r., (nie publikowany) V Ca 2344/03.

i zamawiającymi w trakcie procesu zmierzającego do podpisania umowy o zamówienie publiczne jest elementem o charakterze *stricte* cywilnoprawnym²⁴.

Powyższe stanowisko w kwestii charakteru prawnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest jedynym w doktrynie. Również M. Stachowiak przyjmuje cywilnoprawny charakter postępowań o udzielenie zamówienia publicznego²⁵. Podstawowym argumentem, stawianym już na samym początku komentowanej przez autora ustawy PrZamPubl2004, są odesłania do stosowania przepisów KC. Chodzi przede wszystkim o przepisy dotyczące dokonywanych przez strony postępowania czynności oraz kwestię zawieranych umów. M. Stachowiak wyraźnie zaznacza, że ustawa stanowi *lex specialis* w tym konkretnym zakresie, jednakże nie jest to bezwzględne potwierdzenie cywilnoprawnego charakteru wszelkich norm zawartych w ustawie. Autor dostrzega obecność oraz związek systemu zamówień publicznych z prawem administracyjnym, również w zakresie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jednakże jest on na tyle marginalny i nie wpływa w ogólnym rozrachunku na postrzeganie zamówienia publicznego w kontekście prawa cywilnego, że postępowanie przetargowe należałoby w tym przypadku uznać za część prawa cywilnego, a nie odłam lub element systemu prawa administracyjnego²⁶. M. Stachowiak rozwija swoją argumentację na rzecz stanowiska o cywilnoprawnym charakterze postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przy okazji komentowanego art. 14 PrZamPubl2004. Stwierdza w nim, iż w trakcie postępowania przetargowego, zamawiający i wykonawcy dokonują „czynności prawnych lub działań prawnych”, do których ustawa nakazuje stosowanie przepisów KC. Swoje przemyślenia autor trafnie wspiera wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie, który nie tyle dopuszcza stosowanie przepisów KC w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, co wręcz nakazuje jego stosowania²⁷. Autor wskazuje na oddziaływanie przepisów PrZamPubl2004 na KC również w kontekście modyfikacji przepisów KC w trakcie udzielania zamówienia, a w szczególności w zakresie księgi I części ogólnej KC, a mianowicie przepisów dotyczących aukcji i przetargu (art. 70¹-70⁵ KC)²⁸, które regulują sposób zawarcia umowy. W innych z kolei sytuacjach, autor dostrzega nie tyle modyfikację

²⁴ Por. J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 9 oraz uchwałę KIO z dnia 10 sierpnia 2018r., KIO/KD 31/18, LEX nr 2542799.

²⁵ M. Stachowiak, [w:] W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 24.

²⁶ Ibidem.

²⁷ Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 20 stycznia 2003 r., V Ca 2344/03, (nie publikowany).

²⁸ M. Stachowiak, [w:] W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 216.

tych przepisów co bezpośrednio do nich nawiązanie, podając za przykład tryb z wolnej ręki jako negocjacyjny tryb zawarcia umowy²⁹.

Na szczególną uwagę zasługują rozważania Z. Czarnika oraz S. Babiara poświęcone udziałowi oraz roli jaką odgrywają przepisy prawa cywilnego w zamówieniach publicznych. Problematykę charakteru prawnego PrZamPubl2004 Z. Czarnik stawia jako kwestię priorytetową, związaną z jej funkcjonowaniem. Uznaje on, że ustalenie charakteru prawnego ma doniosłe znaczenie dla dokonywania egzegezy przepisów ustawy w trakcie ich stosowania, a w szczególności, kiedy brakuje pewności co do zakresu obowiązywania przepisów w konkretnych sytuacjach. Autor słusznie zauważa, że odesłanie z art. 14 PrZamPubl2004 do przepisów KC ma zastosowanie wyłącznie w sytuacji, w której ustawa PrZamPubl2004 nie stanowi inaczej. Dotyczy to jednak, czynności podejmowanych przez zamawiających i wykonawców, czyli uczestników danego postępowania przetargowego. Oznacza to, że nie wszystkie problemy mogą zostać rozwiązane na podstawie art. 14 PrZamPubl2004, a jedynie te, które powstały w trakcie przygotowywania postępowania oraz podczas jego przebiegu. Z. Czarnik wskazuje również na potrzebę określenia statusu prawnego podmiotów postępowania, gdyż unormowania właściwe dla tych podmiotów będą odnosiły się do nich bezpośrednio (niekiedy poprzez przepisy prawa cywilnego, a niekiedy za pośrednictwem przepisów prawa administracyjnego)³⁰. Ponadto uzupełnieniem stanowiska S. Babiara, zdaniem którego art. 14 PrZamPubl2004 jednoznacznie odnosi się do cywilnoprawnego charakteru czynności dokonywanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jest stanowisko Z. Czarnika, który zaznacza, że ustawodawca posłużył się zwrotem „jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej”, jednakże również jednoznacznie stwierdził, że nie jest to dowodem na to, że pozostałe przepisy ustawy PrZamPubl2004 mają charakter, *a contrario* administracyjnoprawny. S. Babiara zauważa przy tym, że o charakterze konkretnego przepisu decyduje jego treść czyli „charakter uprawnień i obowiązków, jakie w sobie zawiera” oraz zasady regulujące te stosunki prawne.

W związku z powyższym, istotnym dla oceny charakteru analizowanych przepisów jest w pierwszej kolejności określenie istnienia bądź braku władztwa administracyjnego (zidentyfikowanie elementów władczych administracji lub społeczno organizacyjnych,

²⁹ Ibidem.

³⁰ Z. Czarnik, [w:] S. Babiara, P. Janda, P. Pełczyński, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 19.

zwanych również działalnością nie władczą administracji)³¹. Efektem dokonanej analizy będzie stwierdzenie braku istnienia norm o wyżej opisanym charakterze, co z kolei dla odbiorcy tych norm oznaczać będzie, że analizowane przepisy oraz stosunki nawiązane na ich podstawie mają charakter cywilnoprawny³². Autor dostrzega w ustawie PrZamPubl2004 obecność norm prawa administracyjnego. Dostrzega przy tym również występującą w relacjach stron postępowania zasadę równości, która wynika z ekwiwalentności obrotu będącego podstawą gospodarki towarowo-pieniężnej. Na poparcie tych tez, S. Babiarczyk wskazuje na podobieństwa ustawy PrZamPubl2004 oraz ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym, oczywiście w kontekście nie regulowanej materii, a odwołań do przepisów KC, w której dostrzega zastosowanie takich samych rozwiązań w budowie przepisów. Autor podkreśla zakres podmiotowy stosowania przepisów KC w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, ograniczając go wyłącznie do stron w danym postępowaniu przetargowym oraz w zakresie przedmiotowym do czynności podejmowanych wyłącznie przez uczestników tego postępowania. Na podstawie przede wszystkim wyżej omówionych aspektów, autor stwierdza, iż przepisy ustawy PrZamPubl2004 stanowią *lex specialis* do przepisów KC wymuszając przy tym pierwszeństwo w ich stosowaniu, ponieważ są to przepisy bezwzględnie obowiązujące³³.

Inną możliwością, potwierdzającą cywilnoprawny charakter postępowania przetargowego, jest uznanie systemu zamówień publicznych za część prawa cywilnego³⁴. P. Granecki, w związku z tak dalece posuniętymi wnioskami, klasyfikuje PrZamPubl2004 jako *lex specialis* do przepisów KC. Autor w swoich przemyśleniach nie podnosi kwestii materialnoprawnych, odwołujących się do idei przepisów, ale stara się udowodnić postawioną tezę za pomocą art. 14 PrZamPubl2004 oraz wyliczeniem regulacji, które na mocy wskazanego przepisu są stosowane wprost na podstawie przepisów KC³⁵.

Niekwestionowanym przez nikogo celem wyartykułowanym przez ustawodawcę w PrZamPubl2004 jest między innymi ochrona interesu publicznego, a do realizacji wskazanego celu ma dochodzić według J. Nowickiego za pomocą przepisów prawa cywilnego. To właśnie tym, autor argumentuje swój pogląd o cywilnoprawnym charakterze postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Autor nie polemizuje z argumentami innych

³¹ Zob. Ibidem, s. 20, gdzie autor powołuje się na nowelizację PrZamPubl z 7 kwietnia 2006r. jako noweli, która przywróciła cywilny charakter czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, poprzez eliminację „władczych działań Prezesa UZP w postępowaniu”. Takie uregulowanie pozwoliło uwolnić zamawiających od „sytuacji gdy wiele czynności zamawiającego było uwarunkowanych decyzją administracyjną Prezesa”.

³² Ibidem, s. 124.

³³ Ibidem, s. 129.

³⁴ P. Granecki, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, 5.wydanie, Warszawa 2016, s. 230.

³⁵ Ibidem.

przedstawicieli doktryny, nie wskazuje na kwestię równości stron, braku imperium czy zakresu czynności regulowanych przez przepisy KC³⁶. Przyjmuje on za fakt, iż przepisy PrZamPubl2004 stanowią *lex specialis* do przepisów KC. Jediną motywacją tego stanowiska jest powołanie się przez niego na wyroki Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego³⁷ oraz KIO³⁸.

Podobny tok myślowy do przedstawionego powyżej prezentuje M. Sieradzka, która przy próbach ustalenia charakteru spraw o udzielenie zamówienia publicznego powołuje się wyłącznie na orzecznictwo, pomijając przy tym wszelkiego typu aspekty innego rodzaju³⁹. Autorka, co prawda zajmuje stanowisko co do charakteru prawnego czynności podejmowanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, określając stosunki wiążące strony, mianem stosunków cywilnoprawnych. Wynika to według niej bezpośrednio z istnienia art. 14 PrZamPubl2004, a nie z głębszej analizy przepisów, która mogłaby doprowadzić do innych przemyśleń bądź też utwierdzić w przekonaniu do zajętego *ad hoc* stanowiska.

Prezentując rozważania E. Gnatowskiej, można dojść do wniosku, że poszła ona o krok dalej od przytoczonych wcześniej zwolenników koncepcji cywilnoprawnej postępowania przetargowego w kwestii jego charakteru prawnego. Mianowicie, E. Gnatowska z treści art. 14 PrZamPubl2004, który dotyczy wyłącznie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wyciągnęła daleko idące wnioski, które dotyczą nie tyle samego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co całego ustroju zamówień publicznych. Według autorki, wskazana norma prawna z powołanego wyżej przepisu, sama z siebie stanowi samodzielny argument przemawiający za przynależnością całego systemu zamówień publicznych do gałęzi prawa cywilnego⁴⁰.

W taki sam sposób jak poprzedniczka, M. Jaworska upatruje art. 14 PrZamPubl2004 jako regulację potwierdzającą cywilnoprawny charakter zamówień publicznych. Przytoczony przepis, zawiera według autorki „normę kolizyjną”, nakazującą stosowanie przepisów PrZamPubl2004 w pierwszej kolejności, wspominając przy tym, że jest to również argument potwierdzający całkowitą odrębność od prawa administracyjnego. M. Jaworska, ponadto dostrzega problematykę władztwa administracyjnego oraz jego brak w procesie zmierzającym do udzielenia zamówienia publicznego na rzecz zasady równości, która jest charakterystyczna

³⁶ J. Nowicki, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 202-203

³⁷ Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 3 lipca 2007r., V SA/Wa 172/07, LEX nr 368193.

³⁸ Wyrok KIO z dnia 21 listopada 2013 r., KIO 2591/12, LEX nr 1425146.

³⁹ M. Sieradzka, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 95-96.

⁴⁰ E. Gnatowska, Z. Perćić, W. Jarzyński, *Komentarz do ustawy Prawo zamówień publicznych*, Warszawa 2016, s. 126.

dla prawa cywilnego. *Summa summarum*, autorka powtarzając za Sądem Najwyższym, co prawda w połączeniu z kwestiami dotyczącymi umowy, aczkolwiek w aspekcie scharakteryzowania procesu o udzielenie zamówienia publicznego, wskazuje iż uruchomienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wiąże się z uruchomieniem postępowania o cywilnoprawnym charakterze⁴¹.

Z kolei w przypadku T. Czajkowskiego nie można jednoznacznie stwierdzić, czy jego zdaniem zamówienia publiczne mają charakter cywilnoprawny, bo *expressis verbis* nie zostało to przezeń wyartykułowane. Podobnie jak inni przedstawiciele doktryny podkreśla fakt, iż PrZamPubl2004 stanowi *lex specialis*⁴² do kodeksu cywilnego. Niewątpliwie determinuje to postrzeganie zamówień publicznych w kontekście cywilnoprawnym. Nie rozróżnia przy tym tego odwołania w stosunku do konkretnych przepisów, a jest to skierowane do całego aktu prawnego ze szczególnym naciskiem na dział dotyczący umów⁴³.

W sumie, pogląd o cywilnoprawnym charakterze zamówienia publicznego oraz postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jest poglądem wiodącym. Zwolennikiem tego poglądu jest również R. Szostak negujący tym samym sprowadzenie przez niektórych przedstawicieli doktryny umowy o zamówienie publiczne do umowy administracyjnej. Autor wskazuje na brak powiązania między faktem stosowania umowy cywilnoprawnej przez administrację publiczną, a decyzją administracyjną lub umową administracyjną, która to może zostać zawarta wyłącznie w określonych okolicznościach⁴⁴. Aby pogłębić przedstawiony pogląd należy położyć nacisk na odseparowanie od siebie dwóch elementów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, czyli po pierwsze procesu umożliwiającego podpisanie umowy o zamówienie publiczne, na który składa się np. proces tworzenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ), zabezpieczenie środków w budżecie, planowanie zamówień, przygotowanie dokumentacji przetargowej, a po drugie samą umową, która jest efektem tych działań i finalnie wieńczy całe postępowanie⁴⁵.

Radykalne stanowisko, reprezentują A. Szyszkowski i A. Trześniewska – Markowicz, którzy przyjmują bezwzględnie cywilnoprawny charakter wszystkich czynności dokonywanych przez zamawiających i wykonawców⁴⁶. Autorzy dostrzegają rozdzielność

⁴¹ M. Jaworska, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 154.

⁴² T. Czajkowski, *Prawo zamówień publicznych, Komentarz wydanie trzecie*, Warszawa 2007, s. 109.

⁴³ Ibidem, s. 409.

⁴⁴ R. Szostak, *Polski model rozpoznawania sporów przedumownych z zakresu zamówień publicznych – z perspektywy jego rozwoju*, Warszawa 2012, s. 5.

⁴⁵ P. Granecki, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz, 5.wydanie*, Warszawa 2016, s. 39.

⁴⁶ A. Szyszkowski, A. Trześniewska – Markowicz, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz dla praktyków*, Gdańsk 2008, s. 39.

funkcji pełnionych przez zamawiających na tę, które występują podczas stosowania ustawy PrZamPubl2004, tj. o charakterze cywilnoprawnym oraz na funkcję pełnioną poza postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego (w większości przypadków), czyli organu publicznego, który posiada względem swoich klientów wszelkiego typu uprawnienia władcze. Opisany stosunek występujący pomiędzy stronami podczas udzielania zamówienia publicznego można nazwać jako stosunek partnerski oparty na równych prawach. Ponadto istotnym jest bezpośrednio, a nie odpowiednio stosowanie przepisów KC, w czym autorzy upatrują powiązanie na tyle silne, iż nazywają system zamówień publicznych autonomicznym (do pewnego stopnia) fragmentem prawa cywilnego.

Wyżej przedstawione stanowiska przedstawicieli doktryny, zarówno prawa cywilnego jak i administracyjnego, zostały przedstawione przez autorów w sposób ogólny. Problematyka charakteru prawnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego była traktowana przez nich pobieżnie lub w związku z przemyśleniami na inny temat. Za szczególnie ważną i istotną dla doktryny oraz praktyków, w związku z rozważaniami na temat charakteru prawnego postępowania przetargowego, należy uznać publikację Z. Gordona⁴⁷. Autor poświęca uwagę wyłącznie problematyce charakteru prawnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Już na wstępie swoich rozważań wskazuje na zwyczajowo utarty pogląd od samego początku obowiązywania regulacji wydatkowania środków publicznych, odnoście cywilnoprawnego charakteru postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Pomijając długotrwałą praktykę w kwestii cywilnoprawnego charakteru postępowania przetargowego, jak również prezentowanych w piśmiennictwie zgodnych poglądów większości komentatorów, Z. Gordon odwołuje się do judykatury, a w szczególności do wyroku Sądu Najwyższego, który bez wątplenia wskazuje na cywilnoprawny charakter procedury, która prowadzi do zawarcia umowy zgodnie z przepisami o PrZamPubl2004, a odmienny czyli administracyjnoprawny charakter ma postępowanie toczące się przed Prezesem UZP⁴⁸.

Z. Gordon dostrzega poglądy głoszone przez niektórych autorów na temat postrzegania przepisów PrZamPubl2004 w kontekście przepisów publicznoprawnych, przy czym nie neguje ich, a poddaje je pod wątpliwość, wskazując na „odwieczny spór” polegający na rozgraniczeniu prawa publicznego od prawa prywatnego już nawet nie w zakresie samych zamówień publicznych, a ogólnie jako konfliktu na płaszczyźnie pojęciowej⁴⁹. Aby zbliżyć się do

⁴⁷ Z. Gordon, *Charakter prawny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego*, [w:] *Pięćdziesiąt lat funkcjonowania Krajowej Izby Odwoławczej w systemie zamówień publicznych*, Warszawa 2012.

⁴⁸ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 lutego 2009 r., V CSK 337/08, LEX nr 488738.

⁴⁹ Z. Gordon, *Charakter prawny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego*, [w:] *Pięćdziesiąt lat funkcjonowania Krajowej Izby Odwoławczej w systemie zamówień publicznych*, Warszawa 2012, s. 4.

odpowiedzi na pytanie o charakter prawny postępowań w procesie o udzielenie zamówienia publicznego, autor nawiązuje do teorii interesu i teorii podporządkowania, które pojawiają się przy rozgraniczeniu prawa prywatnego od prawa publicznego. Zgodnie z teorią interesu publicznego, a konkretnie jego ochroną, mamy do czynienia w sytuacji unormowanej przez przepisy prawa publicznego, a z ochroną interesu prywatnego, gdy do ich zabezpieczenia dochodzi za pomocą prawa prywatnego. Z powyższego można dojść między innymi do błędnego założenia, że interes publiczny i interes prywatny są w stosunku do siebie w opozycji, na co Z. Gordon słusznie wskazuje, że może tak być, ale nie musi⁵⁰. Powodem takiego stanowiska jest to, że różnica między prawem publicznym i prawem prywatnym jest mglista, a ich konkretne rozdzielenie niemal niemożliwe co dyskwalifikuje metodę interesu z możliwości „określenia charakteru prawnego instytucji i konstrukcji prawnych oraz do przypisywania ich do danej gałęzi prawa⁵¹”. Drugą opisywaną przez autora teorią jest teoria podporządkowania. Jest ona o tyle istotna, że decydującym kryterium rozgraniczenia prawa publicznego od prawa prywatnego jest różnica wskazująca na „władcze uprawnienia administracji w sferze prawa publicznego i równość stron w sferze prawa prywatnego⁵²”. Wielu komentatorów uznających przepisy regulujące postępowanie przetargowe za przepisy ze sfery prawa publicznego używa argumentu władztwa administracyjnego, co budzi uzasadnione wątpliwości Z. Gordona, według którego „element władztwa po stronie zamawiającego w ogóle nie występuje” w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego⁵³.

Z. Gordon rozważając problem charakteru prawnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, trafnie stwierdza, że aby go ustalić należy ustalić metodę regulacji jaką posłużył się ustawodawca w PrZamPubl2004. Jednocześnie zauważa, że odpowiedź na powyższe pytanie nie może być jednolita z uwagi na kompleksowy charakter przepisów PrZamPubl2004 (przemieszanie uregulowań prawnoadministracyjnych z cywilnoprawnymi) aczkolwiek pomimo wszystko, autor jest przekonany co do cywilnoprawnego charakteru przepisów o postępowaniu w sprawie zamówienia publicznego. Zwieńczeniem powyższych przemyśleń Z. Gordona jest odniesienie się do art. 14 PrZamPubl2004, który według niego jest argumentem przesądzającym o cywilnoprawnym charakterze postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Autor zwraca uwagę na jego stylistykę, która jednoznacznie wskazuje na relację między przepisami KC i przepisami PrZamPubl na zasadzie *lex generalis* – *lex specialis*. Jest to na tyle ważne, że relacja ta może zachodzić wyłącznie między przepisami

⁵⁰ Ibidem, s. 5.

⁵¹ Ibidem, s. 6.

⁵² Ibidem.

⁵³ Ibidem, s. 11.

systemowo jednorodnymi, czyli takimi które przynależą do takiej samej gałęzi prawa. Kolejnym elementem składającym się na uznanie cywilnoprawnego charakteru postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest używana przez ustawodawcę siatka pojęciowa, którą Z. Gordon bezpośrednio łączy z nomenklaturą cywilistyczną na przykładzie zastosowania takich terminów jak: oferta, przetarg, aukcja, negocjacje, wadium, które mają takie samo znaczenie na gruncie PrZamPubl2004 oraz KC. Dla autora wszystkich wyżej szczegółowo przemyślanych tez o cywilnoprawnym charakterze postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie ma możliwości istnienia administracyjnoprawnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z uwagi na zachodzące między stronami postępowania relacje o charakterze cywilnoprawnym, tj. na zasadzie autonomii i równości oraz braku przymusu państwowego⁵⁴. Również w tym kontekście Z. Gordon wskazuje na umowę zawieraną w trakcie postępowania przetargowego, jako umowę cywilnoprawną gdzie słusznie zauważa, że „kuriozalnym byłoby rozwiązanie polegające na tym, że do ich zawarcia miałyby dochodzić w trybie administracyjnym⁵⁵”.

A. Panasiuk idąc o krok dalej w ocenie nazywa poglądy wygłaszane przez J. Niczyporuka, na temat administracyjnoprawnego charakteru czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, jako odosobnione⁵⁶. A. Panasiuk wskazuje, że takie stanowisko uznać trzeba za radykalne, a ponadto dotknięte błędem ujawniającym się w przyjęciu za podstawę prawną władcze rozstrzygnięcie w kontekście prawa administracyjnego, nie zwracając uwagi na składanie w trakcie postępowania przetargowego oświadczeń woli. W opozycji do J. Niczyporuka, stoi również W. Dubis podnosząc, iż nie ma w stosunkach zamawiającego z wykonawcą elementów, o których można byłoby powiedzieć, że są one władcze lub w związku z tym miałyby miejsce działania administracji z zakresu społeczno-organizacyjnej⁵⁷. W. Dubis wskazuje na konieczność współistnienia interesu publicznego i prywatnego, a aby taki stan rzeczy mógł istnieć to za podstawową przesłankę podaje „brak *imperium*”. Autor, co prawda przyznaje, że trudno jest jednoznacznie zakwalifikować ustawę PrZamPubl2004 jako akt prawny o charakterze jednoznacznie cywilistycznym, to jednak nie ma takich wątpliwości w sprawie umów w sprawie zawierania zamówień publicznych, iż mają one charakter

⁵⁴ Ibidem, s. 12.

⁵⁵ Ibidem, s. 15.

⁵⁶ A. Panasiuk, *System zamówień publicznych zarys wykładu*, Warszawa 2013, s. 84.

⁵⁷ W. Dubis, *Stosowanie wybranych instrumentów cywilnoprawnych do umów w sprawie zamówień publicznych*, [w:] *Prawo zamówień publicznych. Stan obecny i kierunki zmian*, red. H. Nowicki i P. Nowicki, Wrocław 2015, s. 281.

cywilnoprawny i ostatecznie można postrzegać je jako kontrakt, który nie posiada cech pozakodeksowego typu umowy nazwanej⁵⁸.

§3. Próba ustosunkowania się do problemu

Zamówienia publiczne są określane w doktrynie w rozmaity sposób. Dla przykładu, M. Szydło nazywa prawo zamówień publicznych narzędziem (instrumentem) stworzonym przez prawodawcę racjonalnego na potrzeby realizacji i osiągnięcia konkretnych stanów rzeczy, czyli celów jakimi są umowy z wykonawcami na dostarczenie lub wytworzenie dóbr, które są zawierane na podstawie przepisów PrZamPubl2004. Autor powołuje się przy tym na cele prawa w ujęciu generalnym⁵⁹. Cele te można zdefiniować jako „uporządkowany zbiór (system) generalnych i abstrakcyjnych norm postępowania, ustanowionych lub uznanych przez państwo, których realizacja zabezpieczona jest zorganizowanym przymusem państwowym⁶⁰”.

W sposób bardziej ogólny zamówienia publiczne definiuje A. Panasiuk, który jak większość wskazuje na ich znaczącą rolę w szeroko pojętym rozwoju i przyczynianiu się do realizowania inwestycji celu publicznego⁶¹. Podobnie jak wspomniany M. Szydło, autor używa w stosunku do zamówień publicznych sformułowania „instrument”, mający wpływ na gospodarkę krajową i zarazem uprawnienia kontrolne. Wskazany „instrument”, stymuluje przemiany środowiskowe i społeczne z zastrzeżeniem, że są one wykonywane w sposób umiemy i zgodny z przeznaczeniem. Może się wydawać, że nazywanie zamówień publicznych „instrumentem” nie jest zabiegiem trafny. Taka terminologia może budzić w odbiorcach niepewność i wątpliwości w związku z raczej negatywnymi skojarzeniami, które w połączeniu z wydatkowaniem publicznych pieniędzy mogą narzucać wiele pytań. Aby uciec od niejako pejoratywnego określenia instrumentu czy narzędzia można zamówienia określać mianem drogi lub środka.

Zamówienie publiczne rozumiane jako umowa czy też rozpatrywane w szerszym znaczeniu, z całą pewnością nie jest oderwane od elementów składowych, które je tworzą. Takim elementem jest bez wątpienia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, bez którego nie można by mówić o zamówieniu publicznym w kategoriach innych jak wyłącznie umowa. Procesy zachodzące przed podpisaniem umowy o zamówienie publiczne same z siebie definiują to, czym zamówienia publiczne są i jaką rolę odgrywają na płaszczyźnie prawa, wydatkowania środków publicznych oraz relacji zachodzących między uczestnikami

⁵⁸ Ibidem.

⁵⁹ M. Szydło, *Prawna koncepcja zamówienia publicznego*, Warszawa 2014, s. 1.

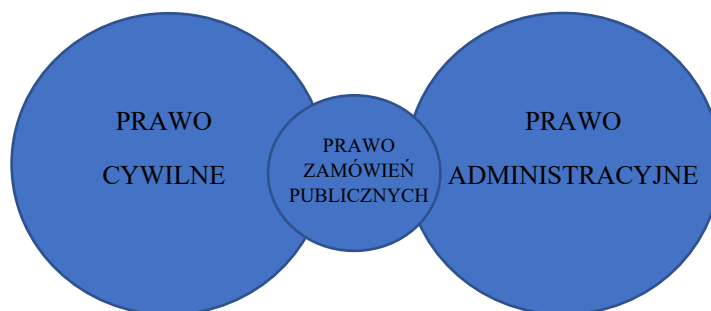
⁶⁰ U. Kalina – Prasznic i inni, *Encyklopedia prawa*, Warszawa 2007, s. 615.

⁶¹ A. Panasiuk, *System zamówień publicznych. Zarys wykładu*, Warszawa 2013, s. 11.

postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Już tylko z tego powodu jedną z istotniejszych kwestii, jaką należy wyjaśnić jest charakter prawny spraw o udzielenie zamówienia publicznego.

Ustalenie charakteru prawnego spraw o udzielenie zamówienia publicznego ma fundamentalne znaczenie przede wszystkim dla uczestników postępowań przetargowych (tak czynnych jak i biernych). Świadomość prawa oraz zastosowanych regulacji w stosunku do zamawiających i wykonawców w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest elementem *sine qua non*. Mowa tu o zasadach ogólnych, obowiązkach i prawach, sankcjach czy następstwach oraz konsekwencji działań bądź zaniechań. Jedna jak i druga strona postępowania nie może pozostawać w niewiedzy, jeśli proces wydatkowania środków publicznych ma przebiegać zgodnie z zamysłem ustawodawcy. Jednym z elementów wskazanej świadomości jest wiedza na temat rodzaju norm prawnych, które mają być stosowane w sytuacjach, gdy ustawa PrZamPubl2019 milczy lub oddelegowuje uczestnika postępowania przetargowego do stosowania norm zawartych w innych aktach prawnych.

Przedstawiciele doktryny dzielą się na zwolenników teorii administracyjnoprawnego albo cywilnoprawnego charakteru spraw o udzielenie zamówienia publicznego. Sporne podejście do problemu można wynikać z przeplatania się dwóch stref największych gałęzi prawa, tj. prawa cywilnego oraz prawa administracyjnego. Taki stan rzeczy upatruje się w materii jaką zamówienia publiczne dotyczą, a co więcej wynika to również z wzajemnego oddziaływania na siebie sektora prywatnego i sektora publicznego w trakcie wydatkowania środków publicznych. Sprawy o udzielenie zamówień publicznych, które prowadzone są przez zamawiających (sektor publiczny) zmierzają do zawarcia konkretnie zindywidualizowanej umowy o świadczenie usług bądź dostawę dóbr przez wykonawców (sektor prywatny). To właśnie ten stosunek powstający między tymi dwoma podmiotami, tj. zamawiającym i wykonawcą, na podstawie umowy jest przedmiotem sporów między zwolennikami koncepcji cywilistycznej oraz przedstawicieli koncepcji administracyjnoprawnej.



Grafika 1 Opracowanie własne: Obrazowe przedstawienie umiejscowienia przepisów prawa zamówień publicznych na płaszczyźnie prawa cywilnego i administracyjnego.

Powyższą grafikę należy interpretować na kilka sposobów. Przede wszystkim, grafika ta ma na celu unaocznienie zachodzącej zależności pomiędzy prawem zamówień publicznych, a prawem cywilnym i prawem administracyjnym. Grafika nie przedstawia kompleksowych powiązań PrZamPubl2019 z wszystkimi dziedzinami prawa i nie ma na celu marginalizowania ich udziału w systemie zamówień publicznych *sensu largo*. Przedstawiona grafika nie wskazuje również na konkretny udział oraz stopień oddziaływania prawa cywilnego bądź administracyjnego na PrZamPubl2019. W związku z powyższym jest to ogólne spojrzenie na sferę zamówień publicznych, która przecina się w wielu miejscach z różnymi gałęziami prawa (takimi jak wyżej wskazanym prawem cywilnym czy prawem administracyjnym). Można do tego zestawienia dołożyć również prawo finansów publicznych, prawo karne, prawo karne skarbowe czy prawo pracy lub prawo ubezpieczeń społecznych. Byłoby to z całą pewnością bardziej kompleksowe jednakże mylące i niejasne, mając na względzie próbę rozwiązania problemu, jakim jest odpowiedź na pytanie o charakter prawny spraw o udzielenie zamówienia publicznego.

Wskazane dziedziny mają największy wpływ na omawianą regulację, a problem dotyczy czynności dokonywanych w ramach procedury przewidzianej przez prawo zamówień publicznych do realizacji celu publicznego i jego charakteru, w ramach którego należy daną problematykę klasyfikować. Na podstawie powyższej grafiki można umiejscowić zamówienia publiczne, patrząc na nie przez pryzmat tego, jakiego typu materię reguluje. Nie sposób ustalić skali czy proporcji zaangażowania konkretnych przepisów danego typu, aby podać choćby procentowy udział prawa cywilnego lub administracyjnego w zamówieniach publicznych. Mając to na uwadze, nie należy sugerować się tym, że zamówienia w powyższej grafice leżą pośrodku prawa cywilnego oraz administracyjnego. Jest to wyłącznie sposób zlokalizowania problemu, a nie odpowiedź na pytanie czy zamówienia publiczne są *pro* cywilne czy *pro* administracyjne.

Koncepcja administracyjnoprawnego charakteru spraw o udzielenie zamówienia publicznego opiera się głównie na negacji oraz stawianiu kontrargumentów w odróżnieniu do twierdzeń zwolenników koncepcji cywilistycznej. Taki sposób postępowania, za każdym razem stawia przedstawicieli prawa administracyjnego w defensywie doktrynalnej, zmuszając ich do obrony i obalania tez mogących świadczyć na ich niekorzyść. Taka strategia wynika nie z braku woli czy braku chęci udowodnienia swoich racji. Jest to raczej brak twardych argumentów lub dążenie do przeniesienia z elementów o typowo administracyjnoprawnym charakterze

występujących w ustawie PrZamPubl2019 na elementy o niepodważalnie cywilnoprawnym charakterze. Wspomniana niepodważalność może wynikać choćby z bezpośrednich odwołań w PrZamPubl2019 do przepisów prawa cywilnego, postępowania cywilnego, wyroków sądów rejonowych, okręgowych, apelacyjnych, KIO, NSA czy ostatecznie Sądu Najwyższego, które gremialnie stwierdzają, że sporne w doktrynie czynności i działania stron postępowania przetargowego mają znamiona i charakter cywilnoprawny.

Ustawa PrZamPubl2019 oraz wcześniejsze akty regulujące zamówienia publiczne zostały powołane w związku z potrzebą kontrolowanego przepływu pieniędzy z sektora publicznego (czyli najczęstszego dysponenta środków publicznych) do sektora prywatnego za nabywanie konkretnych dóbr na cele publiczne. Jest to konstrukcja, która z samego założenia reguluje dwie materie, biegunowo od siebie różne, czyli materię prawa cywilnego i prawa administracyjnego.

Głównym problemem pojawiającym się na przestrzeni wyżej opisanej kooperacji jest postrzeganie równości stron postępowania. Nie chodzi w tym kontekście o równość między wykonawcami w rozumieniu ustawy PrZamPubl2019, a o stosunek zachodzący między zamawiającym a wykonawcą w trakcie całego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zwolennicy znacznego oddziaływania przepisów prawa administracyjnego na zamówienia publiczne jako wiodącej gałęzi prawa, wskazują na brak równości pomiędzy zamawiającym a wykonawcą na rzecz istnienia władztwa administracyjnego w toku procedury zmierzającej do udzielania zamówień publicznych (czyli rozwiązania typowego dla prawa administracyjnego). Według koncepcji administracyjnoprawnej, przejawami władztwa w postępowaniu przetargowym są uprawnienia zamawiającego, fakt przygotowania i prowadzenia postępowania oraz dokonywania w jego trakcie „władczych czynności” (wezwania do uzupełnień złożonych ofert, odrzucanie ofert niespełniających warunki, wykluczanie wykonawców, wybór oferty najkorzystniejszej).

Innym argumentem popierającym wskazane tezy miałyby być status zamawiającego jako przedstawiciela administracji publicznej, co w sposób bezpośredni wpływałoby na charakter prowadzonego postępowania, oczywiście w kierunku administracyjnoprawnym. Aby unaocznić różnicę między podmiotem przygotowującym i prowadzącym postępowanie przetargowe, a organem administracji publicznej wydającym decyzje administracyjne należy odwołać się do definicji zamawiającego. Wskazuje ona, iż pod pojęciem zamawiającego kryje się nie tylko osoba fizyczna działająca w imieniu podmiotu wyposażonego we władztwo administracyjne (jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej), ale także osoba fizyczna czy osoba prawna, gdzie najważniejszym kryterium bycia zamawiającym w znaczeniu

ustawowym jest obowiązek stosowania ustawy PrZamPubl2019 (wydatkowanie publicznych pieniędzy).

Nie ma możliwości, aby w toku postępowania administracyjnego, decyzję administracyjną wydał podmiot prywatny lub aby podmiot publiczny zlecił sporządzenie i wydanie decyzji administracyjnej osobie fizycznej prowadzącej działalność gospodarczą, a właśnie taki byłby skutek gdyby przyjąć za fakt twierdzenie, iż dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest z natury swojej decyzją administracyjną. Samej czynności wyboru oferty polegająca na przekazaniu do publicznej wiadomości oświadczenia o tym, że dany wykonawca uzyskał zamówienie publiczne nie można w żaden sposób połączyć z decyzją administracyjną. Decyzja administracyjna jest zindywidualizowana i konkretna, tworzona pod kątem konkretnej sprawy wymagającej uregulowania ze strony Państwa. Czynność wyboru oferty z kolei, należy traktować wyłącznie jako część postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, aby nie popaść w błędne założenia co do jej charakteru, a w szczególności nie łączyć wyboru oferty z decyzją administracyjną.

Wszelkie czynności wykonywane przez zamawiającego, który do dokonania tych czynności został zobowiązany przez ustawę, nie powinny być postrzegane w kategoriach podmiotowych, czyli przez pryzmat tego, kto daną czynność wykonuje. Zamówienia publiczne stanowią autonomiczną sferę prawną uregulowaną przez ustawę PrZamPubl2019, gdzie wskazuje się na konkretne zachowania w związku z realizacją zamierzeń wydatkowania środków publicznych. Przybranie funkcji zamawiającego czy wykonawcy w myśl ustawy PrZamPubl2019 wiąże się z tym, że od momentu rozpoczęcia przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego do jego zakończenia działa się zgodnie z obowiązującym reżimem ustawowym określonym w odpowiednich aktach⁶². Jeśli zatem postępowanie o udzielenie zamówienia rozpoczyna się i kończy na zasadach określonych przepisami ustawy PrZamPubl2019 to nie sposób nie wskazać, że są to działania oparte o charakterystyczne dla prawa cywilnego mechanizmy, a analizując postępowanie przetargowe i postępowanie administracyjne można dojść do wniosku, że są to postępowania niemalże całkowicie sobie przeciwne.

Każdy podmiot występujący na gruncie prawa cywilnego, inicjujący transakcję kupna/sprzedaży lub inną, ma teoretyczną przewagę nad stroną do niej przystępującą (oblatem). Wynika to przede wszystkim z praw rynku, gdzie podmiot chcący uzyskać interesujące go

⁶² Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 lutego 2016 r., IICSK/197/15, LEX nr 2019505.

zlecenie, musi zgodzić się na zapisy umowne przedstawione przez zleceniodawcę lub je negocjować. Jeśli w trakcie negocjacji nie dojdzie między stronami do konsensusu, to strona przystępująca ma prawo daną umowę podpisać lub nie. Podobna sytuacja ma miejsce w trakcie trwania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wykonawca ma możliwość zapoznania się z SWZ-em na etapie przed składaniem ofert, gdzie załącznikiem do SWZ-u jest podany do publicznej wiadomości wzór umowy⁶³. Na etapie przed otwarciem ofert, zainteresowany wykonawca ma prawo zadawać pytania, wносить uwagi i żądać wyjaśnień do zapisów SWZ-u, do których zamawiający musi się ustosunkować. Po podjęciu odpowiednich działań (uwzględnieniu lub nie) w związku z otrzymanymi zapytaniem do ogłoszenia, oferent ma prawo ofertę złożyć (przy świadomości zapisów SWZ-u i jej załączników) lub wycofać się z udziału w postępowaniu. Traktowanie wykonawców jako podmiotów drugorzędnych nie zasługuje w żadnym wypadku na akceptację. Wykonawca pod względem prawnym winien być traktowany zgodnie z zasadami panującymi na rynku prywatnym, zamawiający z kolei nie ma prawa nadużywać swojej pozycji w taki sposób, aby postanowienia umowne miałyby być sprzeczne z właściwością stosunku zobowiązaniowego, ustawą lub zasadami współżycia społecznego⁶⁴. Głosy doktryny przemawiające za koncepcją administracyjnoprawną postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jej części bądź całości, zazwyczaj oscylują wokół wszystkich wyżej opisanych argumentów. Są to „koncepcje”, ponieważ nie mają one odzwierciedlenia w przepisach oraz nie są brane pod uwagę przy orzekaniu. Próba powiązania przepisów regulujących wydatkowanie środków publicznych z szeroko rozumianym prawem administracyjnym, może być również spowodowana tym, że prób tych dokonują w większości wypadków przedstawiciele doktryny prawa administracyjnego⁶⁵.

Alternatywą dla koncepcji administracyjnoprawnego charakteru spraw o udzielenie zamówienia publicznego lub w skrajnych przypadkach całego systemu zamówień publicznych jest koncepcja cywilistyczna. Jej główne założenia stanowią o cywilnoprawnym charakterze norm używanych w ramach prowadzonych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Sprowadzić to można do stwierdzenia, że PrZamPubl2019 z uwagi na samą treść ustawy, ale i w związku z jej materialnoprawnym oraz procesowym charakterem bliżej jest do cywilnej gałęzi prawa aniżeli w kierunku administracyjnym. Idea przedstawicieli cywilnoprawnej

⁶³ M. Bendorf-Bundorf, *Zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i jej ograniczenia*, *Finanse Komunalne*, 2013/11/39-51.

⁶⁴ Wyrok KIO z dnia 6 listopada 2014 r., KIO 2177/14, LEX nr 1604691.

⁶⁵ H. Nowicki, P. Nowicki, M. Wierzbowski, *Nowe dyrektywy zamówieniowe a polskie prawo zamówień publicznych. Uwagi de lege ferenda* w: H. Nowicki, P. Nowicki (red.), *Prawo zamówień publicznych. Stan obecny i kierunki zmian*, Wrocław 2015, s. 18.

koncepcji spraw o udzielenie zamówienia publicznego nie polega na dążeniach do udowodnienia prymatu przepisów KC nad PrZamPubl2019, czy też jednoznacznym wskazaniu, że przepisy PrZamPubl2019 stanowią integralną część prawa cywilnego i są jemu podporządkowane. Zadaniem zwolenników tej koncepcji jest ustalenie typu norm regulujących postępowanie przetargowe oraz inne sfery związane z wydatkowaniem środków publicznych na podstawie egzegezy przepisów regulujących zamówienia publiczne, prawa cywilnego, prawa administracyjnego, jak również analizy orzecznictwa oraz prawa unijnego nadającego ton większości nowelizacji.

Zastosowanie przepisów KC w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zostało potwierdzone poprzez możliwości rozszerzenia ogólnej reguły odpowiedzialności na zasadzie winy, powołując się przy tym na przepisy KC (art.: 471, 483§1, 473§1 pkt. 6)⁶⁶. Sądy administracyjne starają się w sposób zdecydowany i jednoznaczny nie określać charakteru prawnego spraw o udzielenie zamówienia publicznego. Przyjmowały istnienie art. 14 i 139 PrZamPubl2004, a obecnie art. 8 PrZamPubl2019, aczkolwiek nie stanowią one dla sądów administracyjnych na tyle mocnych podstaw do jednoznacznej wypowiedzi w interesującej nas kwestii.

Jako, że najbardziej ofensywnymi zarzutami negującymi cywilnoprawny charakter spraw o udzielenie zamówienia publicznego są te stawiane przez J. Niczyporuka, które udało się zebrać i wypunktować w poprzednim paragrafie, to nie sposób się do nich nie odnieść. Autor też, które Z. Gordon określił mianem “kontrowersyjnych” wskazuje między innymi na podwójną konkretność w stosunku do wyboru najkorzystniejszej oferty, traktując ją jako czynność władczą (oświadczenie woli) organu administracji publicznej co *de facto* sprawia, iż ściśle określona czynność polegająca na wyborze oferty miałyby przeistoczyć się w decyzję administracyjną. Faktem jest, że czynność w postaci wyboru oferty najkorzystniejszej dokonanej w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie została w żaden sposób zakwalifikowana przez ustawodawcę jako czynność cywilnoprawna. *A contrario*, nie ma również żadnego zapisu ustawowego, który mówiłby o wydaniu decyzji administracyjnej w związku z wyborem oferty czy to na początku, czy na końcu postępowania przetargowego bądź zamiast niego.

Przy dokonywaniu analizy charakteru prawnego materii regulowanej przez przepisy PrZamPubl2004 i PrZamPubl2019, uwagę przykuwa zamienne stosowanie trzech różnych elementów. Aby w pełni zgłębić przedmiotową problematykę należy je wyodrębnić oraz

⁶⁶ Wyrok KIO z dnia 17 marca 2015 r., KIO 412/15, LEX nr 1676162.

scharakteryzować. W kręgu zainteresowania pozostaje kwestia charakteru prawnego zamówień publicznych, postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz sprawy o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamówienie publiczne posiada ściśle określone znaczenie ustawowe (definicję legalną), z którego jasno wynika, iż jest to umowa zawierana pomiędzy zamawiającym a wykonawcą wybranym w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Stawiając tezy o cywilnoprawnym charakterze zamówienia publicznego należy mieć na myśli cywilnoprawny charakter umowy zawieranej między stronami postępowania przetargowego, a nie zamówień publicznych w kontekście całego systemu. Różnica polega na tym, że cywilnoprawny charakter umów jest bezdyskusyjny gdyż wskazuje na to art. 8 ust. 1 PrZamPubl2019 poprzez odesłanie do przepisów KC, judykatura oraz niemalże wszyscy przedstawiciele doktryny z nielicznymi wyjątkami.

Powołując się bezkrytycznie na cywilnoprawny charakter zamówienia publicznego w szerszym zakresie, nie popełnia się błędu z uwagi na fakt, że takie stanowisko nie neguje w pełni obecności prawa administracyjnego w systemie zamówień publicznych, a co najwyżej wskazuje na jego marginalny udział i wpływ na zamówienia publiczne *sensu largo*.

Prowadzone na podstawie przepisów PrZamPubl2019 postępowania o udzielenie zamówienia publicznego są uznawane za sprawy z zakresu prawa cywilnego, czyli o charakterze cywilnoprawnym. Jest to pogląd znacznej większości doktryny prawa zamówień publicznych, ale i wiodący pogląd, z którym można spotkać się w judykaturze od szczybla KIO⁶⁷ po SN⁶⁸. Głównym elementem przesądzającym o cywilnoprawnym charakterze podejmowanych czynności w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest przepis odsyłający drugiego stopnia o blankietowym charakterze zawarty w art. 8 PrZamPubl2019. Przekłada się on na relację przepisów KC i przepisów PrZamPubl, na podstawie czego należy uznać je za *lex specialis* względem przepisów KC. Idąc dalej, tokiem logicznego rozumowania i zakładając, że w związku z tym wszelkie czynności tak zamawiającego jak i wykonawcy są elementami tworzącymi to postępowanie, nie można traktować ich w kategoriach innych jak prawa cywilnego. Dla uzupełnienia można wskazać, iż

⁶⁷ Zob. wyrok KIO z dnia 6 czerwca 2012 r., KIO 1041/12, LEGALIS nr 496101, gdzie główna teza stanowi o tym, że „postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie można uznać za sprawę z zakresu administracji publicznej (...)”.

⁶⁸ Por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 lutego 2009 r., V CSK 337/08, LEGALIS 140388, gdzie SN stwierdził, iż „wszczęście procedury, przewidzianej w Prawie zamówień publicznych, prowadzącej do zawarcia umowy uruchamia postępowanie o charakterze cywilnoprawnym. Do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy kodeksu cywilnego. Odmienny tj. administracyjny charakter ma jedynie postępowanie przed Prezesem Urzędu Zamówień Publicznych. Ten etap postępowania można kwalifikować jako procedurę urzędową (...)”.

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w żaden sposób nie funkcjonują rozwiązania czy też przepisy z dziedziny prawa administracyjnego⁶⁹. W celu rozwiązania spornych kwestii związanych ze stosowaniem przepisów KC w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 8 ust. 1 PrZamPubl2019 oraz charakteru prawnego przepisów regulujących zamówienia publiczne, warto przybliżyć stanowisko Urzędu Zamówień Publicznych w odniesieniu do art. 14 PrZamPubl2004. W piśmie wyjaśniającym zasady reprezentacji spółki cywilnej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego UZP stanowi wprost, iż w związku z art. 14 PrZamPubl2004 należy w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stosować przepisy KC⁷⁰.

Na podstawie powyższych ustaleń stwierdzić można, że udzielenie zamówienia publicznego następuje w formie umowy cywilnoprawnej, a postępowanie o udzielenie tego zamówienia ma charakter cywilnoprawny. Wynika to z tego, że jeśli w toku postępowania o charakterze cywilnoprawnym, dochodzi do zawarcia między jego stronami cywilnoprawnej umowy, to nie ma innej możliwości, aby sprawa, która powstaje w wyniku tych działań miała inny niż cywilnoprawny charakter. Poczynione ustalenia doktryny i judykatury mające pokrycie w przepisach oraz przedstawiona argumentacja nie powinna pozostawiać wątpliwości co do takiego stanu rzeczy.

Jeśli jednak podejść do problemu wybiórczo i podzielić całe postępowanie na odrębne etapy, których w przypadku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mogłoby być co najmniej kilka, to niektóre z nich (szczególnie w początkowej fazie) faktycznie mogłyby nosić znamiona i cechy z dziedziny prawa administracyjnego. Takie działania można uznać za ukierunkowane na poparcie założeń przedstawicieli administracyjnoprawnej koncepcji zamówienia publicznego.

Prawo zamówień publicznych jest pod wpływem nieustających zmian i nowelizacji związanych przede wszystkim z implementacją dyrektyw unijnych, mających na celu harmonizację przepisów krajowych z przepisami prawa unijnego⁷¹. W związku z intensywnymi i szeroko zakreślonymi zmianami ustawa PrZamPubl2019 staje się w pewnym zakresie niespójna. Pojawiają się wątpliwości interpretacyjne oraz luki w przepisach, mogące pośrednio

⁶⁹ J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 8.

⁷⁰ *Sposób obliczenia terminu na wniesienie wniosku o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia*, <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-archiwalne/sposob-obliczenia-terminu-na-wniesienie-wniosku-o-wyjasnienie-tresci-specyfikacji-istotnych-warunkow-zamowienia>, dostęp 29-09-2019.

⁷¹ A. Sołtysińska, H. Talgo - Sławoj, *Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz*, wydanie 3, Warszawa 2016, s. 17.

lub bezpośrednio prowadzić do naruszenia dobra publicznego⁷². Częste nowelizacje mają wpływ na dokonywanie interpretacji przepisów PrZamPubl2019 lub co więcej rodzą wątpliwości natury materialnej w zakresie stosowania prawa, regulującego wydatkowanie „grosza publicznego”⁷³. Nie zmienia to faktu, że działania ustawodawcy polegające na podejmowaniu inicjatyw zmierzających w kierunku ulepszania przepisów, które mają realny wpływ na mechanizmy związane z wydatkowaniem środków publicznych są zjawiskiem oczywiście pożądanym i naturalnym, choćby w związku ze stale postępującą informatyzacją administracji publicznej⁷⁴. Olbrzymi wpływ na zmiany w PrZamPubl2019 ma oczywiście również praktyka i przy tej okazji warto jest przytoczyć słowo K. Lubińskiego „że nic tak dobrze nie służy praktyce jak dobra teoria i nic tak nie inspiruje teorii jak praktyka”⁷⁵.

Trzeba jednak mieć świadomość, że duża ilość nowelizacji zazwyczaj wpływa na istotę regulowanej materii, co przekłada się niechybnie na sposób jej postrzegania przez pryzmat wykładni zawartych w niej przepisów, a niekiedy również zatracaniu jej idei oraz istoty, która przyświecała ustawodawcy przy powoływaniu danego aktu do życia.

Wyżej opisana i rozwinięta problematyka związana z ustaleniem charakteru prawnego sprawy o udzielenie zamówienia publicznego, jednoznacznie wskazuje na to, że postępowania o udzielenie zamówienia publicznego są sprawami z zakresu prawa cywilnego. Błędym byłoby brnięcie w kierunku administracyjnoprawnej koncepcji na podstawie tak wadliwych i czysto powierzchownych założeń, gdzie wszystkie one, powtarzając za Z. Gordonem, powinny być traktowane jako postulaty *de lege ferenda*⁷⁶, co prowadzi do ostatecznego wniosku i stwierdzenia, iż sprawa o udzielenie zamówienia publicznego ma charakter cywilnoprawny. Argumentem przeważającym może być fakt, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie jest prowadzone z wykorzystaniem władztwa administracyjnego (*imperium*), a działa wyłącznie w ramach *dominium*⁷⁷ czyli swobodnego działania w ramach tworzącego się stosunku materialnoprawnego. W związku z tym, zamawiający zmierza do

⁷² M. Sieradzka, *Zmowy przetargowe w świetle zamówień publicznych oraz prawa konkurencji*, Warszawa 2015, s. 30.

⁷³ H. Zalewski, *Prawo zamówień publicznych w polskim systemie zamówień publicznych*, Bydgoszcz 2005, s. 9.

⁷⁴ R. Szostak, *Informatyzacja procedur udzielania zamówień publicznych*, Warszawa 2018, s. 1.

⁷⁵ K. Lubiński, *W poszukiwaniu prawa dobrego i sprawiedliwego. Księga pamiątkowa ku czci Jana Tredera*, Warszawa 2013, s. 11.

⁷⁶ Z. Gordon, *Charakter prawny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego*, *Kwartalnik PZP*, numer 3(34)/2012, s. 30-40.

⁷⁷ J. May, *Charakter prawny orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej w sporach przedumownych z zakresu zamówień publicznych*, *Kwartalnik Prawo zamówień publicznych* numer 3 str. 119, rok wydania 2015.

wstąpienia z wykonawcą w stosunek o charakterze cywilnoprawnym na zasadach równorzędności stron⁷⁸, która nie istnieje w sprawach o charakterze administracyjnoprawnym.

⁷⁸ Por. R. Szostak, *Rozstrzygnięcie sporów przedumownych wynikających z uchybień popełnianych przy udzielaniu zamówień publicznych*, PS nr 3/2007, s. 72 i n.

Rozdział II. Cele i funkcje postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

§1. Uwagi wstępne

Punktem wyjścia dla dalszych rozważań jest określenie definicji celu, czyli efektu, dla którego podejmowane są działania przez podmioty chcące go uzyskać. Celem może być pewna skonkretyzowana wartość, wymierna lub policzalna, przedstawiająca się w czymś materialnym. Mogą być to również idee, które stanowią nienamacalne i abstrakcyjne założenia ich kreatora. Warto również zauważyć, że pomimo głównych założeń podmiotu, który ten cel ustanawia, może okazać się, że w zależności od tego, kto zamierza go osiągnąć, cel może ulec przewartościowaniu lub zniekształceniu poprzez drogę, jaka do niego prowadzi. Ilość celów, a w konsekwencji i możliwości jego realizacji, może być tyle, ile chętnych do jego realizacji⁷⁹.

Funkcja z kolei kojarzy się nieodzownie ze słowem funkcjonalny, przez co można rozumieć, że dana rzecz dobrze czemuś służy i spełnia swoją rolę. Mówiąc o funkcji, ma się na myśli coś użytecznego i w większej mierze również materialnego. Elementy niematerialne, również mogą pełnić rozmaite funkcje, przez co mechanizmy regulujące daną materię stają się namacalne i zauważalne z uwagi na pełnioną przez nie funkcje. Można zaobserwować również sytuacje, w których elementy powołane do pełnienia pewnych funkcji, nie działają zgodnie z przeznaczeniem lub inaczej niż się spodziewano. Taki efekt nie świadczy też o tym, że nie pełni on żadnej funkcji ponieważ funkcja sama z siebie nie może istnieć samodzielnie i musi być połączona zawsze z elementem, któremu ma służyć⁸⁰.

W literaturze występuje brak zgodności posługiwania się pojęciem celu i funkcji. Nie jest to zjawisko odosobnione, na co zwróciła uwagę A. Laskowska – Hulisz przy rozważaniach na temat celów i funkcji postępowania cywilnego⁸¹. Objawia się to tym, że niektórzy przedstawiciele doktryny skupiają się wyłącznie na celach zamówień publicznych⁸² gdzie inni

⁷⁹ Zob. definicja celu <https://encyklopedia.pwn.pl/haslo/cel;3883871.html>

⁸⁰ Tyczy się to omawianej funkcji systemu zamówień publicznych, funkcji PrZamPubl, funkcji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, funkcji umowy o zamówienie publiczne i wszystkim innym elementom omawianym w niniejszej pracy pod kątem wyjaśnienia jakie funkcje pełnią dane elementy.

⁸¹ A. Laskowska – Hulisz, *Zakres orzekania Sądu pierwszej instancji w procesie cywilnym*, Warszawa 2018, s. 2.

⁸² Zob. m.in. M. Szydło, *Prawna koncepcja zamówienia publicznego*, Warszawa 2014, s. 1 i in. Autor charakteryzuje cele zamówienia publicznego jako społeczne wartości oraz osiągnane za ich pomocą efekty ekonomiczne. Podejmuje on próbę podziału celów na pierwszo planowe oraz cele drugiego rzędu; A. Panasiuk, *System zamówień publicznych. Zarys wykładu*, Warszawa 2013, s. 105; H. Niedziela (red.) i in., *Nowe podejście do zamówień publicznych. Podręcznik*, Warszawa 2011, s. 18 i n. Autorzy poddali analizie system zamówień publicznych pod kątem jego celów i zasad. Takie stanowisko jest kłopotliwe w ocenie gdyż cele systemu nie zostały w żaden sposób opisane przez ustawodawcę w odróżnieniu od zasad i to nie tyle zasad całego systemu

większą wagę przykładają do funkcji⁸³. Można również zaobserwować łączenie celów i funkcji przez niektórych autorów⁸⁴, którzy traktują te dwa elementy jako jedno zagadnienie.

System zamówień publicznych nastawiony jest na wydatkowanie środków publicznych, których celem jest zaspakajanie skonkretyzowanych potrzeb publicznych za publiczne pieniądze. W związku z tym, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jako element PrZamPubl2019 odpowiadający za realizację wyżej wskazanych założeń systemowych, musi przebiegać w sposób w pełni kontrolowany, czyli w sposób funkcjonalny i celowy.

Racjonalność zamawiającego w gospodarowaniu środkami publicznymi objawiająca się rzetelnym i mądrym prowadzeniem postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, jest elementem koniecznym do prawidłowo funkcjonującego systemu zamówień publicznych⁸⁵. Rozrzutność, marnotrawstwo, dokonywanie zakupów publicznych bez uzasadnienia i potrzeby lub nad wyraz są sprzeczne z założeniami ustawodawcy⁸⁶. Aby do udzielenia zamówienia doszło w sposób kontrolowany, czyli w sposób zgodny z przepisami i zasadami PrZamPubl2019, wymaga się, aby zamawiający posiadali wiedzę merytoryczną na temat danego zamówienia, choćby po to, aby w sposób realny móc oszacować wartość przedmiotu zamówienia, która z perspektywy procedury zamówieniowej jest elementem stanowiącym o przejrzystości i precyzji postępowania⁸⁷.

Optymalizacja kosztów w zamówieniach publicznych nie jest narzędziem służącym do prowadzenia negocjacji w podobieństwie do mechanizmów funkcjonujących na rynku prywatnym, gdzie zazwyczaj kojarzy się ona negatywnie⁸⁸. W przypadku zamówień publicznych zjawisko optymalizacji kosztów należy postrzegać jako proces pozytywnie wpływający na strony postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ dąży się przez to do pozyskania możliwie jak najlepszego dobra za najbardziej korzystną cenę przez co zyskuje przede wszystkim dana społeczność pośrednio finansująca zamówienia publiczne.

sensu stricte co zasady udzielania zamówień, por. z T. Grzeszczyk, *Podręcznik zamówień publicznych. Polskie procedury – Zarys systemu*, Warszawa 1995, s. 43.

⁸³ M. Chmaj, G. Herc, E. Komorowski, P. Szustakiewicz, *Zamówienia Publiczne. Podręcznik*, Warszawa 2010, s. 34.

⁸⁴ A. Banaszewska, *Skarga na orzeczenie krajowej izby odwoławczej jako środek ochrony prawnej w systemie zamówień publicznych*, Warszawa 2018, s. 29.

⁸⁵ A. Panasiuk, *Czy w Polsce mamy system zamówień publicznych*, [w:] *Prawo zamówień publicznych. Stan obecny i kierunki zmian*, pod red. H. Nowickiego i P. Nowickiego, Wrocław 2015, s. 36.

⁸⁶ Zob. M. Stachowiak, [w:] W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz, 7. wydanie*, Warszawa 2018, s. 26; J. Andała – Sępkowska, W. Bereszko, *Prawo zamówień publicznych w praktyce*, Warszawa 2018, s. 15.

⁸⁷ A. Sołtysińska, H. Taląg – Sławoj, *Charakter specyfikacji istotnych warunków zamówienia jako instrumentu gwarantującego przestrzeganie zasady przejrzystości*, Kwartalnik PZP nr 1(56)/2018, s. 31.

⁸⁸ Optymalizowanie kosztów jest zazwyczaj jedną z podawanych przyczyn: zwolnień, redukcji etatów, likwidacją stanowisk w zakładach pracy. Może również objawiać się brakiem premii czy dodatkowych benefitów w postaci np. biletów do teatru, dodatkowej opieki medycznej czy rozbudowy floty pojazdów w dużym przedsiębiorstwie.

Aby określić cele i funkcje postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy zlokalizować to postępowanie na płaszczyźnie PrZamPubl2019, czyli określić jego początek i koniec, a także umiejscowić podejmowane w jego trakcie działania, poprzedzające i kończące to postępowanie. Ważnym elementem wymagającym wyjaśnienia jest sam proces wydatkowania środków publicznych i czy można go utożsamić w pełni z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego w rozumieniu proceduralnym⁸⁹.

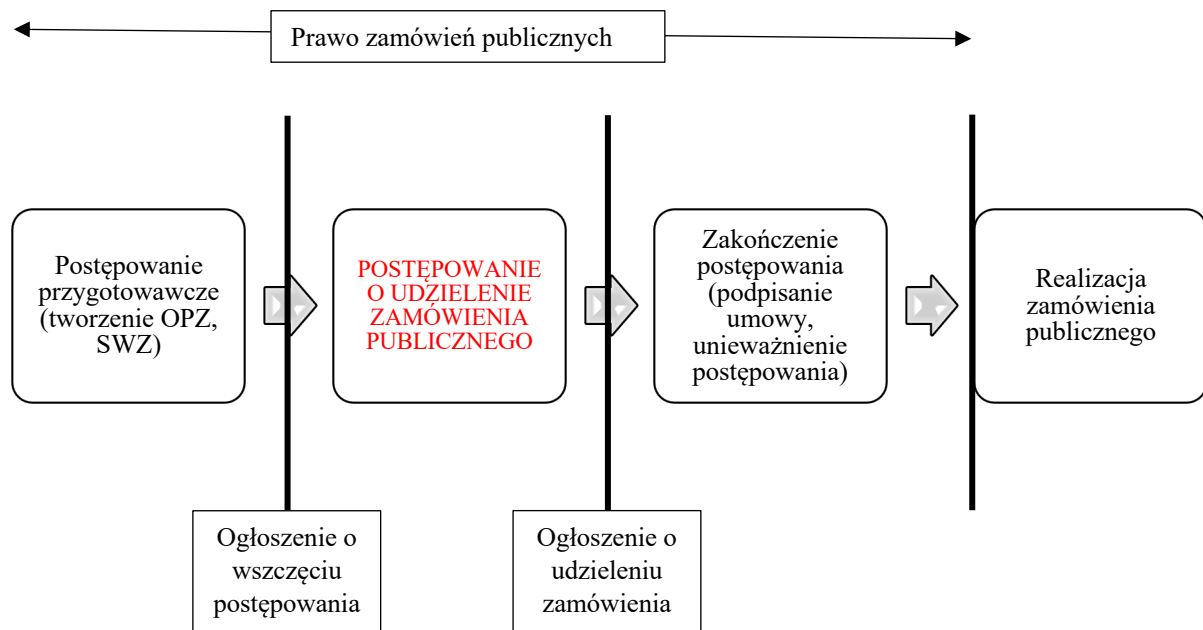
Czynności poprzedzające wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego są z kolei czynnościami o charakterze przygotowawczym, a działania, które następują po wyborze oferty stanowią etap końcowy postępowania. Wszystko to co dzieje się pomiędzy wskazanymi etapami postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w ramach PrZamPubl stanowi procedurę przetargową lub innymi słowy jest to postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sensie formalnym⁹⁰.

Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 23 maja 2018 roku⁹¹ wskazuje na możliwość podziału postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na fazy, co nie odbiega w żaden sposób od zaproponowanej powyżej systematyki, co więcej stanowisko SN potwierdza, że przedstawiony podział jest naturalny i wynika z idei postępowania przetargowego.

⁸⁹ W sensie proceduralnym czyli takim jak zostało to określone przez przepisy PrZamPubl2019, pomijając kwestie doktrynalne, które skupiają się na elementach, których w ustawie nie ma.

⁹⁰ Istnieje kilka poglądów na temat tego w jakim zakresie należy rozpatrywać początek i koniec postępowania przetargowego. Dla jednych początkiem jest rozpoczęcie wszelkich prac nad SWZ oraz OPZ (zob. m.in. T. Grzeszczyk, *Podręcznik zamówień publicznych. Polskie procedury – Zarys systemu*, Warszawa 1995, s. 81), a dla innych ogłoszenie postępowania o udzielenie zamówienia (zob. m.in. A. Powałowski, *Postępowanie o udzielenie zamówienia*, [w:] *Leksykon prawa zamówień publicznych 100 podstawowych pojęć*, pod red. A. Powałowskiego, Warszawa 2014, s. 191). Za koniec postępowania o udzielenie zamówienia jedni przedstawiciele doktryny upatrują w podpisaniu umowy o zamówienie publiczne (zob. np. A. Panasiuk, *System zamówień publicznych. Zarys wykładu*, Warszawa 2013, s. 115), inni w ogłoszeniu o wyborze oferty (zob. m.in. A. Powałowski, *Postępowanie o udzielenie zamówienia*, [w:] *Leksykon prawa zamówień publicznych 100 podstawowych pojęć*, pod red. A. Powałowskiego, Warszawa 2014, s. 195; por. z K. Horubski, *Administracyjnoprawne instrumenty realizacji zamówienia publicznego*, Warszawa 2017, s. 19 gdzie autor upatruje zakończenie postępowania o udzielenie zamówienia dopiero w chwili wykonania udzielonego zamówienia).

⁹¹ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 maja 2018 r., IV CSK 448/17, LEX nr 2557162.



Grafika 2 Fazy procedury przetargowej

Na przedstawionej grafice wskazano poszczególne fazy procedury przetargowej oraz ich miejsce względem ustawy PrZamPubl2019. Samo postępowanie znajduje się między ogłoszeniem o wszczęciu postępowania, czyli inicjacją, a ogłoszeniem o udzielenie zamówienia kończącym postępowanie.

Pożądanym efektem działań poczynionych w trakcie postępowania jest realizacja celu publicznego w sposób możliwie jak najbardziej racjonalny. Należy zauważyć, że jest to cel zamawiającego, a nie wykonawców biorących udział w postępowaniu, którzy z kolei mają na celu osiągnięcie jak największego zysku przy ponoszeniu możliwie jak najmniejszych strat. Kontrakt zawarty między stronami postępowania nie różni się w tym zakresie od zobowiązań zawartych poza zamówieniami publicznymi, gdzie próby zwiększania zysku poprzez pomniejszanie nakładów powinny być eliminowane przez zlecającego, którym w tej relacji jest zamawiający.

System zamówień publicznych pełni w porządku prawnym istotną rolę z uwagi na regulowaną materię. Analizując rynek zamówień publicznych⁹², można dojść do wniosku, że państwo występujące w roli zamawiającego jest bezsprzecznie największym jednostkowym

⁹² Zgodnie z przedstawionymi przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych danymi w sprawozdaniu o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2017r., rynek zamówień publicznych stanowi 8,23% PKB z 2017r., a wartość udzielonych na podstawie ustawy zamówień opiewa na kwotę ponad 163 mld zł. Zob. bliżej https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0029/36947/Sprawozdanie_2017_05.06.2018.pdf, (dostęp: 2019-09-20 7:03).

nabywcą dóbr i usług, co czyni go również największym na rynku inwestorem⁹³. Przy dysponowaniu miliardowymi środkami, każdy zamawiający mierzy się z bardzo dużą odpowiedzialnością za podejmowane w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego działania oraz za wyniki tych działań, które mają odzwierciedlenie w umowach zawartych między stronami postępowania.

Postępowanie przetargowe, można postrzegać również przez pryzmat działania podmiotów zobowiązanych do stosowania ustawy PrZamPubl2019. Zauważalnym jest to, że jest ono nastawione przede wszystkim na ochronę interesów publicznych obejmujących swoim zakresem sposoby i efekty dysponowania mieniem publicznym.

Przedstawiciele doktryny co prawda dostrzegają potrzebę dokonania analizy celów i funkcji zamówień publicznych jednakże ich przemyślenia dotyczą wyłącznie całej regulacji z pominięciem jej elementów składowych takich jak postępowanie o udzielenie zamówienia. Można zaryzykować stwierdzenie, że zdefiniowanie celu i funkcji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest warunkiem *sine qua non* do zrozumienia celu i funkcji całego systemu zamówień publicznych. Należy pamiętać o tym, że pełne utożsamienie celów zamówień publicznych *sensu largo* z celami samego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sprawach z zakresu PrZamPubl2019 zniekształca pełny obraz postrzegania obydwu tych zagadnień co z pewnością jest zjawiskiem niepożądanym, i nie zmienia faktu, że wiele z nich łączy się ze sobą, tworząc synergię.

Rozdzielenie od siebie tak celów jak i funkcji systemu zamówień publicznych, ustawy PrZamPubl2019 lub szeroko rozumianego zamówienia publicznego od postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest konieczne na potrzeby analizy tytułowego zagadnienia tak jak rozróżnienie od siebie celu i funkcji postępowania na potrzeby niniejszego rozdziału jest w pełni uzasadnione.

§2. Cele postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

1. Uwagi wprowadzające

Ustawodawca powołując do życia PrZamPubl2019, a wcześniej PrZamPubl2004 i PrZamPubl1994 dążył do zaspokojenia skonkretyzowanych potrzeb, czyli do osiągnięcia zamierzonych celów. Cele zamówień publicznych w najprostszy sposób można podzielić na

⁹³ T. Grzeszczyk, *Podręcznik zamówień publicznych. Polskie procedury – zarys systemu*, Warszawa 1995, s. 22.

pośrednie i bezpośrednie, które wynikają wprost z ustawy PrZamPubl2019 oraz takie, które na podstawie zapisów ustawowych można wyodrębnić w drodze wykładni⁹⁴.

Celem wszczętego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest osiągnięcie efektywności ekonomicznej, poprzez zastosowanie zabiegów prawnych związanych z udzieleniem zamówienia. Kluczem do osiągnięcia tego celu jest realizacja zamierzenia inwestycyjnego w taki sposób, aby zakończyć je z jak najlepszym bilansem końcowym⁹⁵. Proces ten nazywany jest optymalizacją⁹⁶ i stanowi kluczowy element w procesie zmierzającym do nawiązania stosunku cywilnoprawnego w postaci umowy o zamówienie publiczne.

Oprócz celów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, doktryna rozróżnia także cele prawa zamówień publicznych jako regulacji ustawowej, cele systemu zamówień publicznych jako zbioru wszelkich norm regulujących tę materię oraz cele zamówienia publicznego rozumianego jako umowę oraz jej realizację⁹⁷. Tak szerokie rozróżnienie wynika z faktu, iż wszystkie wyżej wskazane zagadnienia są elementami związanymi z wydatkowaniem środków publicznych co wiąże się z zabezpieczaniem interesu publicznego. Tym nie mniej prócz celów wspólnych, związanych z zamówieniami publicznymi *sensu largo*, dla każdego wskazanego elementu można przypisać cel indywidualny lub uszczegóławiający cel główny w taki sposób, który odpowiada potrzebom szczegółowo regulowanej materii.

Za trafne należy uznać stwierdzenie M. Szydło, który wskazuje na pokrywanie się celów zamówień publicznych oraz prawa zamówień publicznych określając je mianem „konkretnych stanów rzeczy”⁹⁸, co zostało przedstawione na poniższej grafice.

⁹⁴ Za cel bezpośredni prawa zamówień publicznych wynikający wprost z ustawy można uznać określenie jego przedmiotu, na który składają się poszczególne elementy: 1. regulacja zamówień w sensie ogólnym oraz konkursów, ze szczególnym uwzględnieniem i określeniem jakich podmiotów dotyczą przepisy PrZamPubl2019 oraz zakres ewentualnych wyłączeń w ich stosowaniu; 2. określenie zasad jakich adresaci zawartych w akcie norm obowiązani są przestrzegać w toku udzielania zamówień; 3. wskazanie etapów postępowania o udzielenie zamówienia, które ustawodawca dzieli na przygotowawcze i właściwe; 4. opisanie trybów udzielania zamówień publicznych, jak również szczególnych instrumentów i procedur funkcjonujących w ramach zamówień; 5. określenie wymagań w sprawie umów zawieranych o zamówienie publiczne oraz umów ramowych; 6. wskazanie właściwych organów w sprawach zamówień publicznych; 7. określenie samych środków ochrony prawnej, które przysługują członkom postępowania oraz regulacja pozasądowego rozwiązywania sporów, jakie mogą powstać w trakcie realizacji umów o zamówienie publiczne; 8. Opisanie systematyki kontroli udzielania zamówień oraz ewentualnych kar pieniężnych.

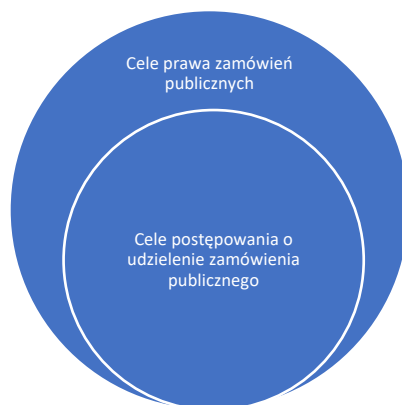
Wyżej wskazane cele bezpośrednie zawarte zostały w art. 1 PrZamPubl2019. Celem pośrednim, wynikającym ze stosowania ustawy, jest na przykład harmonizacja przepisów prawa wspólnotowego z prawem krajowym, zaspokojenie potrzeb publicznych bądź społecznych oraz systemowe uregulowanie mechanizmów ukierunkowanych na kooperację podmiotów prawa publicznego z podmiotami prawa prywatnego.

⁹⁵ J. Black, *Słownik ekonomii*, Warszawa 2008, s. 77.

⁹⁶ M. Szydło, *Prawna koncepcja zamówienia publicznego*, Warszawa 2014, s. 4.

⁹⁷ Zob. też H. Nowicki, *Cele systemu zamówień publicznych* [w:] Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu, Wrocław 2017, s. 53-63.

⁹⁸ M. Szydło, *Prawna koncepcja zamówienia publicznego*, Warszawa 2014, s. 1.



Grafika 3 Zależność celów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego od celów prawa zamówień publicznych

Przy takim założeniu, nie może dojść do wewnętrznego rozminięcia się celów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z generalnymi założeniami PrZamPubl2019, gdyż byłoby to logicznie niespójne i niczym nieuzasadnione. Jednakże generalizowanie celów pomniejszych elementów, wpływających na mechanizmy związane z wydatkowaniem środków publicznych, a w tym przypadku marginalizacja procesu bezpośrednio odpowiedzialnego za wybór oferty najkorzystniejszej i zawarcie umowy o zamówienie publiczne⁹⁹, można by uznać za równie szkodliwe i abstrakcyjne.

W myśl przedstawionego wyżej stanowiska, zabiegiem niezbędnym do ustalenia celu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest poznanie celów samego PrZamPubl2019 jako założeń ustawodawcy¹⁰⁰, jak również celów systemu zamówień publicznych wskazywanych przez przedstawicieli doktryny.

Analizując stanowiska komentatorów systemu zamówień publicznych na temat wpływu zamówień publicznych w kontekście systemowym, to z pewnością A. Panasiuk jest jednym z przedstawicieli doktryny, który dostrzega w systemie zamówień publicznych „narzędzie” znacznie oddziałujące na rozwój gospodarki danego kraju oraz funkcjonowanie infrastruktury, zarówno społecznej jak i gospodarczej¹⁰¹. Autor zgadza się z prezentowanym stanowiskiem A. Arrowsmitha¹⁰², który do głównych celów zamówień publicznych zalicza ochronę bezpieczeństwa narodowego, stymulowanie krajowej działalności gospodarczej w poszczególnych sektorach gospodarki, ochronę krajowego przemysłu przed zagraniczną konkurencją, poprawę konkurencyjności wybranych sektorów gospodarki, usunięcie dysproporcji w rozwoju regionów, poprawę jakości środowiska oraz zapewnienie praw człowieka i zatrudnienia.

⁹⁹ Wyrok KIO z dnia 13 marca 2014 r., KIO 407/14, LEX nr 1444682.

¹⁰⁰ M. Szydło, *Prawna koncepcja zamówienia publicznego*, Warszawa 2014, s. 1.

¹⁰¹ A. Panasiuk, *System zamówień publicznych*. Zarys wykładu, Warszawa 2013, s. 105.

¹⁰² S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, 2nd ed. Sweet & Maxwell London 2005, s. 2-8.

Godne uwagi jest także stanowisko prezentowane przez M. Lemke, który upatruje w zamówieniach publicznych środek do wprowadzenia działań antykorupcyjnych oraz instrumentów ochrony podmiotów prawa zamówień publicznych poprzez ustanawianie jasnych zasad udzielania zamówień¹⁰³. Dokonujący reasumpcji swoich rozważań, A. Panasiuk stwierdza, iż głównym, a zarazem najważniejszym według niego celem sformalizowanego systemu zamówień publicznych jest zapewnienie otwartego i przejrzystego procesu wydatkowania środków publicznych¹⁰⁴. Poniekąd wpisuje się to w sztywne ramy, zaproponowanego przez J. Sadowego celu wprowadzenia systemu zamówień publicznych jako środka do zapewnienia ochrony interesu publicznego przy zawieraniu umów realizowanych na potrzeby jednostek sektora finansów publicznych jak i takich, które dysponują środkami publicznymi¹⁰⁵. Podobnie stanowisko zajmuje H. Nowicki, który za cel podstawowy uważa racjonalizowanie wydatków publicznych za pomocą procedur przewidzianych PrZamPubl2004, a te określa mianem instrumentów oddziaływujących na rynek za pomocą kierowanych w ich stronę określonego strumienia środków pieniężnych¹⁰⁶.

Cele przedmiotowego zagadnienia mogą być postrzegane na wiele sposobów, co dowodzi stanowisko M. Szydło w tym zakresie, dzieląc cele zamówień publicznych na pierwszoplanowe i drugoplanowe (drugorzędne)¹⁰⁷. Autor za priorytetowy cel zamówienia publicznego postrzega efektywność ekonomiczną¹⁰⁸ zamówień publicznych. Bardziej szczegółowo, wskazany cel M. Szydło określa mianem dążenia zamawiającego do uzyskania jak najlepszej relacji pomiędzy ceną a jakością pożądanego dobra (*value for money*)¹⁰⁹. Za cele drugorzędne z kolei podaje osiągnięcie pozytywnych następstw w sferze gospodarczej (szeroko rozumianej), a także uzyskiwanie wymiernych korzyści w sferze społecznej oraz ekologicznej, urzeczywistnianie stanu sprawiedliwości proceduralnej (w ramach procesu przygotowania i udzielania zamówień publicznych), zapewnienie etycznej uczciwości zachowań uczestników rynku zamówień publicznych, zagwarantowanie należytego wykonania umów o zamówienia publiczne.

¹⁰³ M. Lemke, *The experience of centralized enforcement in Poland in: Public procurement the continuing revolution*, editors: Sue Arrowsmith, Martin Trybus, Kluwer Law 2003, s. 104 i n.

¹⁰⁴ A. Panasiuk, *System zamówień publicznych. Zarys wykładu*, Warszawa 2013, s. 109.

¹⁰⁵ Por. J. Sadowy (red.), *System zamówień publicznych w Polsce*, Warszawa 2013, s. 76 oraz E. Norek, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 12.

¹⁰⁶ H. Nowicki, *Prawo zamówień publicznych. Zbiór aktów prawnych*, Toruń 2005, s. 9.

¹⁰⁷ M. Szydło, *Prawna koncepcja zamówienia publicznego*, Warszawa 2014, s. 19.

¹⁰⁸ Ibidem, s. 3 oraz A. Banaszewska, *Skarga na orzeczenie krajowej izby odwoławczej jako środek ochrony prawnej w systemie zamówień publicznych*, Warszawa 2018, s. 36.

¹⁰⁹ S. Arrowsmith, *Public Procurement: Basic Concepts and the Coverage of Procurement Rules*, [w:] S. Arrowsmith (red), *Public Procurement Regulation: An Introduction*, Public Procurement Research Group 2011, s. 5.

Niekiedy cele zamówień publicznych są określane pobieżnie jako narzędzia służące do pobudzenia popytu w okresie stagnacji gospodarczej poprzez „stwarzanie zamówień dla sektora przedsiębiorstw” lub za cel upatruje się oszczędność w wydatkowaniu pieniędzy publicznych¹¹⁰. Podejmowane są próby definiowania celu samej ustawy w sensie materialnym jako kompleksowego uregulowania systemu zamówień publicznych¹¹¹, który z natury rzeczy ma zapobiegać powstawaniu zjawisk patologicznych¹¹². Za cel nadrzędny zamówień publicznych w tym kontekście, wskazuje się sprzyjanie wolnej i zarazem uczciwej konkurencji zmierzającej do racjonalnego, efektywnego i uczciwego gospodarowania środkami publicznymi¹¹³. Równie ważnym celem jest ochrona prawidłowego funkcjonowania gospodarki rynkowej oraz wpływających z niej wartości w postaci uczciwej konkurencji¹¹⁴ czy równego traktowania uczestników¹¹⁵ biorących udział w sprawach o udzielenie zamówienia publicznego.

Stawiane zamówieniom publicznym cele są odpowiedzią na pełen katalog zidentyfikowanych potrzeb i problemów, które przyczyniają się do prób systematycznego ulepszania przepisów PrZamPubl2019¹¹⁶. W odpowiedzi na pojawiające się problemy związane ze stosowaniem przepisów PrZamPubl można dostrzec nowy cel, który wiąże się z wyznaczaniem kierunków prac nad budową nowych koncepcji systemu zamówień publicznych, które z kolei pozwalają na realizację strategicznych celów państwa i konkretnych zadań publicznych¹¹⁷. Usprawnienie procesu wydatkowania środków publicznych¹¹⁸ oraz dążenie do efektywności zamówień publicznych ułatwia zamawiającym proces zakupowy,

¹¹⁰ E. Czerwińska, *Zamówienia publiczne*, [w:] Informacja BSE nr 520 (IP-71G), s. 76.

¹¹¹ M. Sieradzka, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 1.

¹¹² H. Niedziela (red.) i in., *Nowe podejście do zamówień publicznych. Podręcznik*, Warszawa 2011, s. 18.

¹¹³ H. Zalewski, *Zamówienia publiczne w praktyce. Aspekty ekonomiczno-prawne i finansowe*, Gdańsk 1996, s. 15.

¹¹⁴ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 28 lutego 2017 r., II GSK 1608/15, LEX nr 2281051.

¹¹⁵ M. Guziński, *Pojęcie, źródła i zasady Prawa zamówień publicznych*, w: A. Borkowski, M. Guziński (red.), K. Horubski, K. Kiczka, L. Kieres, T. Kocowski, W. Miemieć, M. Szydło, *Prawo zamówień publicznych*, Wrocław 2008, s. 46.

¹¹⁶ Za główne problemy wynikające ze stosowania PrZamPubl2004, zgłaszane przez zamawiających oraz wykonawców można uznać: brak powiązań wydatków z realizacją polityki oraz celów strategicznych państwa, zbyt mała liczba ofert składanych w postępowaniach, niewystarczające zainteresowanie zamówieniami MŚP w stosunku do ich potencjału, niewystarczające instrumenty wspierające innowacyjne produkty i usługi, skomplikowane procedury udzielania zamówienia publicznego, przywiązywanie przez zamawiającego zbyt małej wagi do jakości przedmiotu zamówienia (koncentracja na wymogach formalno-proceduralnych), brak pewności PrZamPubl2004 (nieprzejrzyste przepisy, niejednolite orzecznictwo), przerzucanie zbyt dużego ryzyka w realizacji umowy na wykonawcę i brak skutecznego zarządzania realizacją kontraktu, nieefektywny system kontroli prawidłowości udzielania i wykonywania zamówień publicznych. Powyższe postulaty opisane zostały w dokumencie sporządzonym przez Urząd Zamówień Publicznych.

¹¹⁷ H. Zalewski, *Prawo zamówień publicznych w polskim systemie zamówień publicznych*, Bydgoszcz 2005, s. 12.

¹¹⁸ B. Kardas, *Zamówienia publiczne w procedurze uproszczonej po nowelizacji z dnia 13 kwietnia 2007r. Instrukcja postępowania. Orzecznictwo Zespołu Arbitrów*, Gdańsk 2007, s. 7.

a wykonawcom daje możliwość dojrzenia wynikających z zamówień publicznych szans, a nie zagrożeń¹¹⁹.

Pojmując zamówienia publiczne jako środek do realizacji celów polityki unijnej, aczkolwiek nie sprzecznych z krajowym porządkiem prawnym, można odwołać się do umowy w sprawie utworzenia Światowej Organizacji Handlu (WTO), gdzie jedno z porozumień dotyczy zamówień publicznych (GPA)¹²⁰. Za główne cele GPA przekładające się na cele PrZamPubl2019, uznaje się przyczynienie GPA do dalszej liberalizacji handlu międzynarodowego oraz jego rozwoju, wyeliminowanie dyskryminacji zagranicznych wykonawców przy ubieganiu się o zamówienia publiczne, zapewnienie przejrzystości praw, przepisów, procedur oraz praktyk przyznawania publicznych kontraktów¹²¹.

Podjęwając próbę syntetycznej analizy przedstawionych możliwości dotyczących ustalenia celu zamówień publicznych jako prawa w sensie ustawowym oraz części systemu zamówień publicznych, można stwierdzić, że pomimo wielu propozycji stawianych przez komentatorów PrZamPubl2019 oraz przedstawicieli doktryny zamówień publicznych to zabezpieczenie interesów publicznych¹²², w postaci zapewnienia efektywności ekonomicznej zawieranych umów¹²³ przy realizacji zakupów za pomocą środków publicznych¹²⁴, należy uznać za główny i szeroko pojęty cel, równie szeroko pojmowanych zamówień publicznych.

Ustawa PrZamPubl2019 pomimo tego, że reguluje szeroką materię spraw związanych z wydatkowaniem środków publicznych, to wskazane wyżej główne cele muszą przekładać się na mechanizmy w niej zawarte. Głównym mechanizmem wypełniającym ten cel jest postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego¹²⁵. Wyżej wskazany cel jest jednak osiągany etapowo za pomocą wielu kombinacji, z których również można wyodrębnić inne cele, które mają wpływ na postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, również takie które nie mają natury ekonomicznej.

¹¹⁹ Koncepcja nowego prawa zamówień publicznych, s. 17 https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0029/36875/Koncepcja_nowego_prawa_zamowien_publicznych.pdf, (dostęp: 2019-09-29 13:58).

¹²⁰ J. Pokrzywniak, J. Baehr, T. Kwieciński, *Wprowadzenie do systemu zamówień publicznych*, Warszawa – Katowice 2006, s. 7.

¹²¹ Ibidem.

¹²² A. Stawicki, J. Roliński, J. Baehr, T. Kwieciński, *Przewodnik po procedurach udzielania zamówień publicznych*, Warszawa – Katowice 2006, s. 9.

¹²³ T. Kocowski, *Interes publiczny, konkurencja i równe traktowanie w zamówieniach publicznych*, [w:] *Prawo zamówień publicznych. Stan obecny i kierunki zmian*, pod red. H. Nowickiego i P. Nowickiego, Wrocław 2015, s. 83.

¹²⁴ Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, *Raport. System zamówień publicznych a rozwój konkurencji w gospodarce*, Warszawa 2013, s. 11.

¹²⁵ A. Panasiuk, *Czy w Polsce mamy system zamówień publicznych?*, [w:] *Prawo zamówień publicznych. Stan obecny i kierunki zmian*, pod red. H. Nowickiego i P. Nowickiego, Wrocław 2015, s. 36.

2. Ekonomiczny cel postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

Celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o charakterze ekonomicznym¹²⁶ ujętym w ogólnych ramach jest zaspokojenie potrzeb zamawiającego oraz zabezpieczenie jego interesów¹²⁷. Potrzeby społeczeństwa w kontekście PrZamPubl2019 zostały podzielone ustawowo na trzy grupy i są to usługi, dostawy i roboty budowlane. Godnym uwagi jest fakt, że pojęcie „interes zamawiającego” stanowiący element postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie został w żaden sposób opisany czy zdefiniowany przez ustawodawcę. W kontekście postępowania przetargowego można domniemywać, że dotyczy on interesu ekonomicznego, czyli zaspokojenia danej potrzeby zamawiającego w jak najkorzystniejszym wymiarze cenowym¹²⁸.

Aby osiągnąć zamierzony efekt ekonomiczny w trakcie postępowania w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego, zamawiający obowiązany jest kierować się zasadami prawa zamówień publicznych oraz określonymi prawem procedurami uzależnionymi od szeregu czynników wynikających bezpośrednio z charakteru konkretnego zamówienia, jednakże czynnikiem nadrzędnym jest wartość zamówienia.

To, że cały proces opisany w ustawie PrZamPubl2019 nastawiony jest w największym stopniu na osiągnięcie celu ekonomicznego wynika z zamieszczonych w niej przepisów. Dokonanie wszelkich czynności w trakcie stosowania ustawy, a w szczególności w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, uzależnione jest przede wszystkim od wartości danego zamówienia. Pierwszym etapem, a zarazem warunkiem do wszczęcia postępowania przetargowego jest ustalenie wartości zamówienia, które ma zaspokoić potrzebę zamawiającego¹²⁹. Obowiązek stosowania przepisów ustawy do wydatkowania środków

¹²⁶ R. Potorski, *Próby wywierania wpływu na wprowadzenie zmian w prawie zamówień publicznych. Możliwości adaptacji mechanizmów lobbingu funkcjonujących w UE w kontekście procesów kreowania polityk publicznych w Polsce*, [w:] *Prawo zamówień publicznych. Stan obecny i kierunki zmian*, pod red. H. Nowickiego i P. Nowickiego, Wrocław 2015, s. 83.

¹²⁷ Wyrok KIO z dnia 1 września 2014 r., KIO 1655/14, LEX nr 1532347.

¹²⁸ Zob. m.in. J. Sadowy, *Kryteria oceny ofert w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego – przykłady i stosowanie*, Warszawa 2011, s. 6. Autor przy okazji rozważań na temat kryterium cenowego w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego powołuje się na zasadę obowiązującą w prawie finansów publicznych, która stanowi o dokonywaniu wydatków publicznych w sposób oszczędny osiągając przy tym najlepsze efekty z możliwych nakładów.

¹²⁹ Zwrot ten, użyty w wyroku KIO z dnia 1 września 2014 r., KIO 1655/14, LEX nr 1532347, można interpretować pod kątem materialnym w dwójnasób, gdzie każda interpretacja może być uznana za prawidłową w kontekście potrzeb publicznych. Po pierwsze, za potrzebą zamawiającego można uznać np. zakup sprzętu elektronicznego do placówki jednostki zamawiającego, zakup energii elektrycznej zasilającej siedzibę zamawiającego, wykupienie ubezpieczenia grupowego dla pracowników urzędu lub samochodu służbowego dla kierownika zamawiającego. Po drugie, potrzeba zamawiającego może wynikać z nałożonych na niego jako organu administracyjnego obowiązków czyli utrzymanie zimowe dróg i chodników (miejskich, wiejskich, powiatowych), remont mostu,

publicznych w trybach ustawowych, czyli w granicach określonych PrZamPubl2019 występuje w zamówieniach, których wartość przekracza sto trzydzieści tysięcy zł, czyli tak zwaną „wartość progową”¹³⁰.

Kolejnym wyznacznikiem ekonomicznym mającym wpływ na przebieg postępowania przetargowego jest wartość zamówienia, która może przekraczać progi unijne¹³¹ lub być od nich mniejsza. Determinuje to sposób, w jaki będą musieli postępować zamawiający i wykonawcy w trakcie toczącego się postępowania o udzielenie zamówienia. Ponadto, wartości w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mają wpływ na terminy związane ze składaniem ofert, publikacją ogłoszeń, czasem trwania postępowania, zabezpieczeniami w postaci wadium, zabezpieczeń należytego wykonania umowy, terminami związania ofertą czy możliwości korzystania ze środków ochrony prawnej.

Jeśli zamawiający dąży do osiągnięcia stawianego celu ekonomicznego¹³², to musi to uwzględnić w stawianych wykonawcom warunkach, które są opisane w SWZ. Nie ma możliwości osiągnięcia oszczędności finansowej bez uszczerbku na jakości. Zamawiający dążą do uzyskania jak najlepszej relacji pomiędzy ceną i jakością w taki sposób by nie zostać posądzonym o rozrzutność lub w przeciwnym kierunku o narażenie dobra publicznego na szkodę w przypadku nabycia dobra, co prawda tańszego, lecz niższej jakości.

Niezmiennie, podstawowym kryterium oceny oferty, a zarazem najbardziej obiektywnym (i do niedawna możliwym do stosowania samodzielnie) w danym postępowaniu, jest kryterium ceny¹³³. Może ona różnić się od założonej przez zamawiającego kwoty do realizacji zamówienia, jednakże, aby wyeliminować nadmierne obniżanie kwot, wykonawcy muszą pamiętać o tym, by nie były to kwoty rażąco niskie, co może stanowić podstawę do ich odrzucenia.

Wydatki publiczne mają być z zasady racjonalne i przemyślane można więc założyć, że „oszczędności” pochodzące z postępowania przetargowego są wynikiem błędu, gdyż najprawdopodobniej wynikają ze złego oszacowania wartości zamówienia, które to powinno być dokonane przez zamawiającego w sposób nad wyraz rzetelny. Jeśli wartość, jaką zamawiający przeznaczył na zrealizowanie danego zamówienia, zostanie przez niego

budowa sieci wodno-kanalizacyjnej czy organizację komunikacji miejskiej). Tym niemniej, aby zamawiający jako organ administracyjny mógł funkcjonować i wypełniać swoje obowiązki (zaspokajać potrzeby społeczne, publiczne) musi opisać potrzeby pierwszej i drugiej kategorii zaspokajać, ergo dla dobra publicznego.

¹³⁰ J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz 13. Wydanie*, Warszawa 2015, s. 61.

¹³¹ Wpływa to na obowiązek ogłoszenia danego zamówienia w konkretnym dzienniku oraz ma znaczący wpływ na przebieg tego postępowania wliczając w to kwestie kontrolne oraz zakończenie postępowania.

¹³² M. Stachowiak, J. Jerzykowski, *Prawo zamówień publicznych*, Kraków 2004, s. 16.

¹³³ G. Matejczuk, *Pozacenowe kryteria oceny ofert na dostawy i usługi*, „Przetargi Publiczne”, kwiecień 2018, s. 14-19.

zawyżona (dokonanie nieprawidłowych kalkulacji wartości pożądaných dóbr lub w sposób sprzeczny ze sztuką, obecną sytuacją na rynku lub nieznaną specyfiką zamówienia publicznego) może okazać się, że wysoka aczkolwiek najkorzystniejsza cena ofertowa złożona przez wykonawcę czyli ta, która jest wyższa od przeciętnej ceny rynkowej będzie oznaczała dla zamawiającego oszczędności w budżecie, którymi będzie można sfinansować i zaspokoić inne potrzeby.

Warto zwrócić uwagę na podmiotowość omawianego celu. Z ekonomicznego punktu widzenia, każda ze stron postępowania będzie miała rozbieżne cele. Zamawiający nie ma wpływu na wysokość ofert. Może on wyłącznie oszacować wartość i stawiać warunki udziału w postępowaniu w taki sposób, który będzie miał wpływ na ofertę wycenę oferenta. To na wykonawcy ciąży obowiązek weryfikacji ogłoszenia i dokonania kalkulacji cenowej. Jednym z czynników, który sprawia, że pozyskanie zamówienia publicznego jako zlecenia można zaliczyć do pożądaných, jest fakt pewności i wypłacalności płatnika. Z drugiej jednak strony, zamawiający jest „klientem” bardziej wymagającym od innych zleceniodawców, płatności dokonywane są po upływie długich terminów, a waloryzacja ceny przy długoterminowych kontraktach (jeśli są ku temu przesłanki) może być trudna do zrealizowania. Ponadto, zamówienia publiczne są synonimem dużych kontraktów wiążących się z dużymi pieniędzmi co z kolei wiąże się z dużym ryzykiem dla wykonawcy.

3. Pozaekonomiczne cele postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

Jak już ustalono w poprzednim punkcie niniejszego paragrafu, udzielenie zamówienia publicznego ma charakter proceduralny, na który składa się wiele elementów. Rozkładając tę procedurę na części, można wyodrębnić inne niż ekonomiczne cele postępowania. Mianowicie, celem bezpośrednim jest niewątpliwie realizacja norm wynikających z prawa materialnego ustawy PrZamPubl polegająca w największym stopniu na wyłonieniu zwycięzcy postępowania, czyli wykonawcy. Jest to podmiot, który w danym postępowaniu uzyskał największą ilość punktów za stawiane przez zamawiającego kryteria. Sam wybór wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę nie kończy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ kończy się ono z chwilą zawarcia umowy o zamówienie publiczne między stronami postępowania¹³⁴.

¹³⁴ W tym zakresie w doktrynie jest spór co do etapu końcowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a wynika to przede wszystkim z tego, że ustawodawca uregulował te dwa zagadnienia w dwóch osobnych działach ustawy. Jednakże, sam zabieg techniczno-legislacyjny nie może stanowić o tym, w jakim momencie dochodzi do zwieńczenia dążeń mających na celu zawarcie porozumienia i niewątpliwie jest to właśnie sam akt podpisania umowy między stronami tego postępowania.

Większość czynności, które pośrednio lub bezpośrednio oddziałują na adresatów PrZamPubl2019, a w dalszym stopniu również na dobro publiczne, dokonywana jest w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Z tego też powodu wprowadzono szereg zasad, mających na celu regulację procedury wydatkowania środków publicznych, które będą nadawać kierunek w dążeniu do celu, czyli wydatkowaniu środków publicznych z nastawieniem na dobro publiczne. Poprzez dobro publiczne można rozumieć między innymi ochronę interesu publicznego w kontekście zapewnienia skutecznej i niezakłóconej realizacji zadań publicznych, które mają służyć zaspokajaniu potrzeb zbiorowych społeczeństwa w związku z gwarancją równego dostępu do ubiegania się o pozyskanie zamówienia publicznego, które pozbawione są zjawisk o charakterze korupcyjnym oraz z założenia oszczędne i efektywne¹³⁵.

Ustawodawca z pełną świadomością poświęcił rozdział drugi ustawy PrZamPubl2019 zasadom udzielania zamówień publicznych, określając go katalogiem fundamentalnych norm zachowania, którymi powinni kierować się uczestnicy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Z. Czarnik wyodrębnił z zasad określonych PrZamPubl2004 kilka istotnych celów i wskazuje na role, jakie pełniły one w sprawach z zakresu zamówień publicznych¹³⁶, które wiązały się z ujednoczeniem wykładni przepisów ustawy, funkcjonowaniem ich jako dyrektyw interpretacyjnych, wypełnianiem za ich pomocą luk w obowiązującej ustawie oraz adaptacją sformalizowanej procedury udzielania zamówień do realiów konkretnych zamówień. Podobne stanowisko w sprawie prezentuje J. Pieróg, który uogólnia te przemyślenia i stwierdza, iż zasady opisane w PrZamPubl2004 pełnią przede wszystkim rolę wskazówek interpretacyjnych¹³⁷ lub znaków drogowych¹³⁸.

Ustawodawca wprowadzając do ustawy ogólne, pod względem hierarchii podziału zasady w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, określił tym samym czego oczekuje od stron postępowania, czyli poszanowania uczciwej konkurencji (art. 16 PrZamPubl2019, z czego wynika również zasada równego traktowania wykonawców, zasada proporcjonalności i zasada przejrzystości), jakości i efektywności zamówienia oraz bezstronności i obiektywizmu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (art. 17 PrZamPubl2019), zachowania jawności postępowania (art. 18 PrZamPubl2019) jednakże

¹³⁵ J. May, *Charakter prawny orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej w sporach przedumownych z zakresu zamówień publicznych*, Kwartalnik Prawo Zamówień Publicznych numer 3 str. 119, rok wydania 2015.

¹³⁶ Z. Czarnik [w:] S. Babiarczyk, Z. Czarnik, P. Janda, P. Pełczyński, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2010r. s. 107.

¹³⁷ J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz 13. Wydanie*, Warszawa 2015, s. 72.

¹³⁸ M. Chmaj, G. Herc, E. Komorowski, P. Szustakiewicz, *Zamówienia Publiczne. Podręcznik*, Warszawa 2010, s. 98.

z zachowaniem ostrożności w kwestii danych osobowych i przetwarzanie ich w sposób gwarantujący ich bezprawne rozpowszechnianie (art. 19 PrZamPubl2019), pisemności i zasada prymatu języka polskiego (art. 20 PrZamPubl2019).

Wyżej wymienione zasady są uznawane za zasady główne, do których przypisywane są zasady pomocnicze, co w sumie daje około dwunastu zasad przekazanych wprost przez ustawodawcę w rozdziale drugim ustawy PrZamPubl2019. Ilość zasad zależna jest od interpretacji. W doktrynie w zależności od podejścia do wyodrębnienia zasad z treści PrZamPubl2004, ich ilość była różna i mogła dojść nawet do dwudziestu sześciu¹³⁹.

Dążenia ustawodawcy do prawidłowo przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest niekwestionowanym priorytetem, który należy odczytywać w kategoriach celu osiąganego za pomocą przepisów PrZamPubl2019, a w tym również przestrzegania zasad regulujących wydatkowanie środków publicznych. Jeśli przyjąć za cel postępowania o udzielenie zamówienia publicznego realizację założeń ustawowych zmierzających do gospodarowania pieniędzmi publicznymi to określone prawem zasady, które mają realny wpływ na ten proces, stają się narzędziem do osiągnięcia tego celu, czyli są *de facto* celami pośrednimi o charakterze nieekonomicznym. Na tej podstawie oraz w związku z obowiązującymi przepisami PrZamPubl2019 oraz zasadami z nich wynikającymi, które dotyczą udzielania zamówień publicznych można wskazać następujące cele postępowania zmierzającego do udzielenia zamówienia publicznego o charakterze nieekonomicznym:

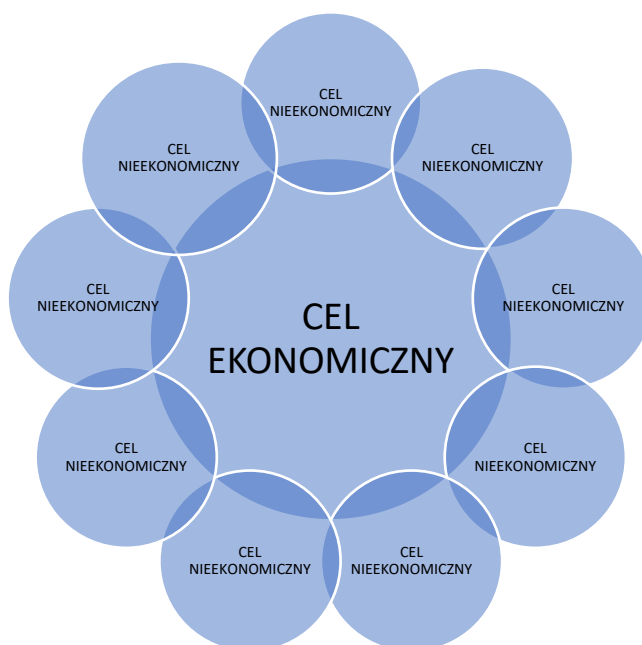
- a) cel zachowania uczciwej konkurencji,
- b) cel równego traktowania wykonawców,
- c) cel zachowania proporcjonalności i przejrzystości prowadzonych postępowań,
- d) cel jawność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,
- e) cel uzasadnionej jakości,
- f) cel efektywności,
- g) cel bezstronności i obiektywizmu,
- h) cel pisemności (jako formy prowadzenia postępowania),
- i) cel prowadzenia postępowania w języku polskim,

Wymiar celów o znaczeniu nieekonomicznym stanowią dodatek do głównego celu jakim jest gospodarność, oszczędność, racjonalność i inne elementy składające się na efekt ekonomiczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Pomimo tego, występują również cele o mniejszej doniosłości dla systemu zamówień publicznych, które pełnią funkcję

¹³⁹ M. Groniecki, M. Koleśnikow, *Zamówienia publiczne. Poradnik dla praktyków*, Warszawa 2002, s. 13-65.

satelity celu głównego określanych niekiedy jako „efekty uboczne”¹⁴⁰, a których nie można połączyć z zasadami prawa zamówień publicznych lub w sposób bezpośredni z przepisami PrZamPubl2019. Są to między innymi cele organizacyjne, społeczne jak wzrost zaufania publicznego do administracji publicznej¹⁴¹, etyczne, polityczne czy po prostu cele o charakterze *stricte* użytkowym, które zamawiający realizuje w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.¹⁴²

Pomimo nadrzędnej roli celów ekonomicznych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego należy przyjąć za fakt potrzebę realizacji jak największej ilości również celów o charakterze nieekonomicznym jako elementów efektywnego wydatkowania środków publicznych¹⁴³, zwłaszcza w sytuacji gdy „płaszczyzna wyboru jest węższa, tym większą rolę przy wyborze odgrywają kryteria ekonomiczne. Przeciwnie, im płaszczyzna ta jest szersza, tym trudniej oprzeć wybór na kryteriach ekonomicznych i tym większą rolę mają różne pozaekonomiczne względy, zwłaszcza natury politycznej lub również społecznej”¹⁴⁴.



Grafika 4: Zależność celów nieekonomicznych od celu ekonomicznego

¹⁴⁰ A. Panasiuk, *Publicznoprawne ograniczenia przy udzielaniu zamówień publicznych*, Warszawa 2007, s. 43.

¹⁴¹ C. Adusei, D. Awunyo-Vitor, *Implementation Challenges of the Public Procurement Act by Selected Metropolitan, Municipal and District Assemblies in the Ashanti Region, Ghana*, [https://www.scirp.org/\(S\(i43dyn45teexjx455qlt3d2q\)\)/reference/ReferencesPapers.aspx?ReferenceID=1421274](https://www.scirp.org/(S(i43dyn45teexjx455qlt3d2q))/reference/ReferencesPapers.aspx?ReferenceID=1421274), (dostęp: 2019-09-29 21:04).

¹⁴² T. Grzeszczyk, *Podręcznik zamówień publicznych. Polskie procedury – zarys systemu*, Warszawa 1995, s. 23.

¹⁴³ H. Zalewski, *Zamówienia publiczne w praktyce. Aspekty ekonomiczno-prawne i finansowe*, Gdańsk 1996, s. 35.

¹⁴⁴ M. Weralski, *Finanse publiczne i prawo finansowe*, Warszawa 1984, s. 222; Wyrazem tego może być art. 17 ust. 1 pkt 2 PrZamPubl2019 gdzie ustawodawca mimo postawienia nad nimi nadrzędności celu ekonomicznego wskazuje na potrzebę uzyskania jak najlepszych efektów społecznych, środowiskowych, czy gospodarczych o ile jest to możliwe.

§3. Funkcje postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

1. Uwagi wprowadzające

W pierwszej kolejności na potrzeby dalszych rozważań należy zdefiniować pojęcie funkcji, którą można rozumieć jako sposób spełniania określonych zadań lub możliwości dokonywania założonych operacji¹⁴⁵ przy założeniu, że nie dotyczy to kwestii technicznych, czyli tego w jaki sposób zamówienia publiczne są udzielane *sensu stricte*, gdyż to w sposób jasny opisuje PrZamPubl2019¹⁴⁶.

Stosowanie przepisów prawa, a w tym również prawa regulującego wydatkowanie środków publicznych wywołuje określone skutki w danej społeczności, które są spowodowane ustanowieniem oraz stosowaniem tego prawa¹⁴⁷. Rozpatrując funkcje prawa w kontekście skutków społecznych należy pamiętać, że muszą być to skutki zarówno doniosłe jak i trwałe, a nie błahe lub przypadkowe konsekwencje realizacji prawa¹⁴⁸.

Funkcje postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tak jak i funkcje zamówień publicznych nie są przez ustawodawcę opisane wprost w przepisach, lecz wynikają pośrednio z ich stosowania w trakcie procesu o udzielenie zamówienia publicznego przez strony postępowania. W związku z tym, określenie funkcji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego może mieć charakter podmiotowy, gdyż inaczej problem postrzegać będzie zamawiający, inaczej wykonawca biorący udział w postępowaniu, a jeszcze inny pogląd na sprawę może mieć obywatel, w którego imieniu występuje zamawiający.

Postępowanie o udzielenie zamówienia stanowi część PrZamPubl2019 jak również jest elementem systemu zamówień publicznych zgodnie z przedstawioną poniżej grafiką. Oznacza to, że postępowanie o udzielenie zamówienia nie może pełnić funkcji sprzecznych z funkcjami PrZamPubl2019, tak jak funkcje ustawy nie mogą pozostawać w konflikcie z funkcjami systemu zamówień publicznych co widać na poniższej grafice.

¹⁴⁵Funkcja, w: Słownik języka polskiego PWN, <https://sjp.pwn.pl/sjp/funkcja;2558721.html>, 25.04.2019 r.

¹⁴⁶ Ustawodawca poświęcił postępowaniu o udzielenie zamówienia dział drugi i trzeci, tj. od art. 83 do art. 310 ustawy PrZamPubl2019 co czyni z niego najobszerniej opisane zagadnieniem pod względem regulowanej w ustawie materii, nie licząc Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 18 grudnia 2020 r. w sprawie protokołów postępowania oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. poz. 2434). W skład postępowania o udzielenie zamówienia publicznego opisywanego przez ustawodawcę wchodzi tryby udzielania zamówień, wybór najkorzystniejszej oferty, przygotowanie i dokumentowanie postępowania oraz prawa i obowiązki zamawiających i wykonawców w trakcie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia.

¹⁴⁷ U. Kalina – Prasznic i inni, *Encyklopedia prawa*, Warszawa 2007, s. 199.

¹⁴⁸ Ibidem



Grafika 5 Relacja postępowania o udzielenie zamówienia publicznego względem ustawy prawo zamówień publicznych oraz systemu zamówień publicznych pod kątem pełnionych przez nie funkcji.

Pozytywnym aspektem tak szczegółowych rozważań w tym temacie jest możliwość skupienia się na konkretnym zagadnieniu, które pełni określoną aczkolwiek niewielką rolę. Omijając elementy główne, można skupić się na danej problematyce, które nie mają dla sprawy istotnego znaczenia¹⁴⁹, jednakże nie można o nich zapominać, gdyż nie są one zbędne.

Przy określaniu funkcji postępowania o udzielenie zamówienia należy mieć na uwadze również fakt, że w związku z odwołaniem do KC z art. 8 PrZamPubl2019 postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego ma charakter cywilnoprawny¹⁵⁰, a w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia oraz w związku z podejmowanymi w jego trakcie czynnościami stosuje się wprost przepisy KC jako *lex generalis* do PrZamPubl2019 chyba, że przepisy stanowią inaczej¹⁵¹.

2. Funkcja ochronna postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

Samo pojęcie ochrony definiowane jest jako zabezpieczenie siebie lub kogoś przed czymś negatywnym lub niekorzystnym, złym oraz oczywiście niebezpiecznym¹⁵². Uczestnik

¹⁴⁹ Czym innym będzie funkcja ochronna ustawy prawa zamówień publicznych dla stron postępowania mając na uwadze przepisy regulujące zasady udzielania zamówień oraz środki ochrony prawnej, od funkcji ochronnej postępowania o udzielenie zamówienia, do którego bądź co bądź mają one zastosowanie, aczkolwiek dotyczą również elementów, które z samym postępowaniem nie są bezpośrednio związane.

¹⁵⁰ Wyrok KIO z 22 czerwca 2018 r., KIO 1110/18, LEX nr 2559003.

¹⁵¹ Zob. też J. E. Nowicki, A. Bazan, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 148; M. Stachowiak [w:] W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 216; Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 14 grudnia 2012 r., I ACA 929/15, LEX nr 2023682; Wyrok KIO z 14 sierpnia 2013 r., KIO 1867/13, LEX nr 1400641.

¹⁵² Ochrona, w: Słownik języka polskiego PWN, <https://sjp.pwn.pl/slowniki/ochrona.html>, 20.04.2019 r., por. z M. Zaborowski, *Cel i funkcje zamówień publicznych*, [w:] Optimum. Economic Studies, Nr 3(97) 2019, s. 151-163.

lub organizator postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie może wykazywać się bezwzględny zaufaniem do stron procesu przetargowego, a przy zachowaniu ograniczonego zaufania powinien weryfikować czynności podejmowane w toku jego trwania tak jak nie można w pełni wierzyć w nieomyślność zamawiającego, który w trakcie trwania postępowania może popełniać błędy. Szczególnie od zamawiającego, który reprezentuje interes publiczny, wymagana jest wzmożona czujność oraz potrzeba przedsięwzięcia wszelkich środków zapobiegawczych, w jakie został wyposażony, aby nie doszło do naruszenia praw i zasad regulujących postępowania wszczynane w celu zaspokojenia potrzeb publicznych.

Można dostrzec wiele prawidłowości, które wynikają z samej natury postępowania i są następstwem dokonywanych obligatoryjnie czynności przez strony w trakcie całego procesu o udzielenie zamówienia publicznego. Przede wszystkim należy wskazać, kto i przed czym powinien być chroniony, a tym samym czego może się obawiać i z jakiej strony może spodziewać się zagrożenia. W postępowaniu przetargowym stroną w większym stopniu narażoną na uszczerbek materialny w następstwie bezprawnego działania innych uczestników postępowania jest wykonawca i może to wynikać z tego, że zamawiający wykonując zadania postawione mu przez PrZamPubl2019 oraz z uwagi na realizację celów publicznych działa nie na swoją rzecz i nie ma w tym swojego prywatnego interesu. W związku z czym działa w imieniu wyższego dobra i w teorii nikt nie zarzuci mu działania subiektywnego mogącego wskazywać na jego stronniczość.

Pomijając kwestie ekonomiczne¹⁵³ dochodzi do trudnego w rozstrzygnięciu sporu, którego przedmiotem jest dobro prywatne (wykonawcy) i dobro wspólne (publiczne). W kontekście stosowania przepisów PrZamPubl2019 dobro wykonawcy jest równie istotne i chronione względem prawa co dobro publiczne reprezentowane przez zamawiającego, o czym świadczyć może fakt, w jaki sposób dochodzi do nawiązania stosunku zobowiązaniowego między nimi.

Funkcja ochronna postępowania o udzielenie zamówienia publicznego kierowana jest w obie strony z taką samą intensywnością, czyli zarówno w stronę wykonawców jak i zamawiających. Można w związku z tym wyodrębnić co najmniej trzy typy ochrony. Pierwszym jest ochrona zamawiającego przed wykonawcą, drugim ochrona wykonawców przed zamawiającymi, a trzeci stanowi o ochronie wykonawcy przed innymi wykonawcami biorącymi udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

¹⁵³ M. Szydło, *Prawna...*, s. 2.

Zamawiający, jeśli nie chce pozostać bezbronny wobec wykonawcy musi być świadomy zagrożeń i ewentualnych działań, których mogą się oni dopuszczać w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, aby pozyskać zamówienie. Kierownik zamawiającego jako organizator przetargu czy komisja przetargowa mogą być narażeni na ataki ze strony wykonawcy na dwóch płaszczyznach. Pierwszą jest płaszczyzna merytoryczna, drugą jest płaszczyzna formalnoprawna. Wykonawca ma większe od zamawiającego możliwości przygotowania się do postępowania. Przy dużych kontraktach czuwa nad tym sztab ludzi (prawnicy, specjaliści branżowi, technolodzy, inżynierowie) wyspecjalizowanych w swojej dziedzinie, którzy zajmują się wyłącznie lub w większej mierzy tylko tym zagadnieniem. Zamawiający mają za to szansę nadrobić straty na płaszczyźnie formalnoprawnej związanej z procedurą, choć i w tym przypadku szanse są w najlepszym wypadku wyrównane.

Zamawiający nie jest zobligowany do posiadania wiedzy merytorycznej z zakresu prowadzonego przez siebie postępowania. Pełni on funkcję *stricte* reprezentacyjną. Umocowani wewnętrznym regulaminem oraz zakresem obowiązków służbowych pracownicy występujący w imieniu zamawiającego działając tym samym w jego imieniu i na jego rzecz, których to z kolei wspierają komórki merytoryczne powinny posiadać pełną wiedzę na temat zamówienia. Wiedza ta ma pozwolić zamawiającemu przeprowadzić procedurę w sposób zgodny z zasadami i przepisami PrZamPubl2019.

Przedstawiciele komórek merytorycznych pełnią funkcje doradcze w postępowaniu, zasiadają w komisjach przetargowych, weryfikują składane przez wykonawców oferty pod kątem zgodności z zapisami OPZ będącym częścią składową SWZ oraz oceniają oferty pod kątem ich wiarygodności. Pomijając kwestie proceduralne, nad którymi czuwają osoby zajmujące się zamówieniami publicznymi, to właśnie w częściach merytorycznych najczęściej dochodzić może do prób manipulacji motywowanych ekonomicznymi względami pozyskania zamówienia.

Ideą postępowania o udzielenie zamówienia jest powszechne ogłoszenie chęci pozyskania pewnych dóbr przez zamawiającego oraz oczekiwanie na odzew w postaci oferty od podmiotów głównie z rynku prywatnego. Nie ma większych przeszkód w złożeniu stosownej dokumentacji przetargowej, jeśli zamawiający nie stawia zbyt wielu warunków

formalnych i merytorycznych do spełnienia przez oferentów, a dzieje się tak w sytuacji, gdy przedmiotem postępowania są dobra o stosunkowo niskiej wartości¹⁵⁴.

Zgodnie z rozporządzeniem¹⁵⁵ zamawiający ma prawo, a niekiedy również obowiązek żądać od wykonawcy dostarczenia dokumentów, które pozwolą mu w sposób obiektywny stwierdzić, czy dany podmiot ma możliwości wywiązania się z zobowiązań, które wynikną z wygranego postępowania przetargowego. Wykonawcy, którzy nie sprostają postawionym wymaganiom, a z pewnych względów (ekonomicznych, prestiżowych lub innych) zależy im na pozyskaniu zamówienia, próbują ominąć postawione warunki lub sfałszować dokumenty przetargowe w taki sposób, aby pasowały do wymogów zamawiającego.

Jednym z częstszych procederów jest składanie w toku prowadzonego postępowania nieistniejących referencji, które mają udokumentować posiadaną wiedzę i doświadczenie wykonawcy¹⁵⁶. Pomimo tego, że referencje można zweryfikować to zamawiający, stosując swojego rodzaju domniemanie legalności przedstawionych dokumentów, nie często korzystają z tej możliwości co byłoby naturalne zważywszy na obowiązek dochowania należytej staranności w zarządzaniu środkami publicznymi¹⁵⁷. Wynika to również z faktu, że przedłożenie sfałszowanych dokumentów obwarowane jest sankcjami karnymi za składanie fałszywych dokumentów jako przestępstwo z art. 270 lub 273 KK przeciwko wiarygodności dokumentów¹⁵⁸. Tym niemniej, zachowania patologiczne zdążają się, a nie wykryte powodują szkodę tak dla zamawiającego jak i samego systemu zamówień publicznych, który niekiedy nie jest w stanie obronić się przed tego typu praktykami.

Referencje dla każdego przedsiębiorcy, który ma zamiar brać udział w zamówieniach publicznych są kluczem do startu w procedurze przetargowej oraz możliwością pozyskiwania w związku z tym nowych kontraktów. Biorąc pod uwagę zachowania *contra legem*

¹⁵⁴ Z punktu widzenia przeciętnego obywatela, kwota rządu 130 000 złotych (w uchylonej PrZamPubl2004 obowiązywał próg 14 000 euro co w przeliczeniu na złotówki daje kwotę w wysokości 60 363,80 zgodnie z nieobowiązującym już rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 grudnia 2017 r. w sprawie średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych z dnia 29 grudnia 2017 r. poz. 2477) nie jest kwotą niską. Patrząc jednak przez pryzmat zamówień, które przewyższają niejednokrotnie miliony złotych, to z całą pewnością kwoty rządu 200 czy 300 tysięcy nie są kwotami nadzwyczajnymi.

¹⁵⁵ Rozporządzenie Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 18 grudnia 2020 r. w sprawie protokołów postępowania oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. poz. 2434). <https://sip.lex.pl/#/act/19066363/2874516/protokoly-postepowania-oraz-dokumentacja-postepowania-o-udzielenie-zamowienia-publicznego?cm=RELATIONS&cm=RELATIONS&cm=RELATIONS&cm=RELATIONS> (dostęp: 2021-11-06 18:31)

¹⁵⁶ Wyrok KIO z dnia 8 maja 2014 r., KIO 797/14, LEX nr 1463496; Wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 7 stycznia 2014 r., IV Ka 773/13, LEX nr 1870412.

¹⁵⁷ Por. Wyrok KIO z dnia 9 grudnia 2013 r., KIO 2723/13, LEX nr 1436520 oraz wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 2 lipca 2018 r., I AGa, 102/18, LEX nr 2546250.

¹⁵⁸ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1444 z późn. zm.).

motywowane chęcią zysku, ustawodawca powinien zaopatrzyć zamawiających w narzędzia do weryfikacji tych dokumentów. Każdy organizator postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na wezwanie wykonawcy zobowiązany jest do wystawienia referencji. Większe problemy pojawiają się w momencie, gdy mamy do czynienia z referencjami wystawionymi przez podmioty niepubliczne, gdyż możliwość weryfikacji jest w tej przestrzeni niewielka ze względu na brak obowiązku upubliczniania przeprowadzonych inwestycji.

Dobrym rozwiązaniem dla zamawiających mógłby być portal internetowy, gdzie umieszczane byłyby każdorazowo pozyskane przez danego wykonawcę referencje. Z definicji, referencje należy traktować w sposób pozytywny, tj. informacje zawarte w referencjach na temat świadczonych przez wykonawcę usług polecają go lub poświadczają, iż wykonał on zamówienie z należytą starannością. Nie praktykuje się wystawiania „antyreferencji” czy też dokumentów, z których zamawiający mogliby powziąć niekorzystne dla wykonawcy informacje. Tym bardziej idea portalu, gdzie zamawiający mógłby zweryfikować wiedzę i doświadczenie wykonawcy pod kątem pozytywnym i negatywnym wydaje się racjonalna¹⁵⁹.

Na chwilę obecną, zamawiający może co najwyżej przeszukiwać ogłoszenia bądź kierować zapytania do wystawców referencji co w toku dynamicznego postępowania przetargowego z pewnością nie zdałoby egzaminu, a szkodę z tego powodu ponosi oczywiście zamawiający (zagrożeniem jest udzielenie zamówienia z naruszeniem przepisów podmiotowi, który kwalifikuje się do wykluczenia z postępowania z uwagi na brak stosownej wiedzy, doświadczenia i umiejętności).

Należy pamiętać, że zamawiający jest dysponentem środków publicznych i w związku z tym faktem, ochrona jego interesu jest jednoznaczna z ochroną interesu publicznego¹⁶⁰, czego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie uwzględnia w taki sposób, aby można było dostrzec różnice w ochronie należnej zamawiającemu.

Strony postępowania są zabezpieczone i chronione przed sobą wzajemnie *ex lege*¹⁶¹. Jednak samo zabezpieczenie w postaci przepisów może nie być wystarczającym narzędziem w sytuacji, gdy jedna ze stron nie posiada stosownej wiedzy. Brak świadomości swoich praw,

¹⁵⁹ Idea listy podmiotów wykluczonych <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/zamowienia-publiczne-na-swiecie/oecd/konwencja-oecd-o-zwalczaniu-przekupstwa-zagranicznych-funkcjonariuszy-publicznych-w-miedzynarodowych-transakcjach-handlowych/listy-podmiotow-wykluczonych-prowadzone-przez-miedzynarodowe-instytucje-finansowe-i-mozliwosci-ich-wykorzystywania-w-zamowieniach-publicznych> czy tzw. „czarnej listy wykonawców” jest ideą słuszną lecz utopijną. Centralizacja tego typu obowiązku do UZP mija się z celem gdyż obowiązek wprowadzania tego typu informacji do ogólnodostępnej bazy powinien spoczywać bezpośrednio na zamawiających prowadzących dane zamówienie i rozliczających wykonawców z ich rzetelności bądź też jego braku.

¹⁶⁰ J. Sadowy, *Prawo zamówień publicznych. Zarys wykładu*, Warszawa 2007, s. 10.

¹⁶¹ Ponadto, Zamawiający ma obowiązek do obiektywnej i krytycznej analizy treści oferty, zob. wyrok KIO z dnia 21 czerwca 2019 r., KIO 1032/19, LEGALIS nr 2228070.

uprawnień oraz obowiązków powoduje wiele negatywnych następstw, które mogą być postrzegane przez „pokrzywdzonego” jako celowe działanie zamawiającego zmierzające do wyeliminowania go z postępowania¹⁶².

Zasada równości ma w tym kontekście doniosłe znaczenie, jednakże najistotniejszą rolę odgrywa w tym przypadku wola zamawiającego oraz jego moralność. Żadne przepisy nie są w stanie określić dokonania wymaganych czynności w takim stopniu, aby nie pozostawić choćby odrobiny luzu decyzyjnego, który może skutkować nadużyciem.

Najbardziej istotnym dokumentem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest SWZ¹⁶³ oraz stanowiący jego integralną część OPZ¹⁶⁴. To tam zawarte są warunki, jakimi będzie kierował się przy wyborze oferty zamawiający. Jednym z warunków, zabezpieczających gwarantowaną ochronę zamawiającego jest warunek wiedzy i doświadczenia. To przy jego zastosowaniu zamawiający może zgodnie z prawem i bez większych przeszkód wyeliminować z postępowania oferentów świadczących usługi niskiej jakości lub wykonawców, którzy nie są w stanie wykazać się wymaganym doświadczeniem. Może to działać tak na korzyść jak i na niekorzyść zamawiającego z uwagi na to, że jeśli ma on zamiar ułatwić preferowanemu przez siebie *a priori* wykonawcy (niezgodnie z prawem) wygraną w danym postępowaniu przetargowym, to może te warunki dopasować pod reglamentowanego przez siebie wykonawcę lub nie uszczegółowić ich i utrudnić dostęp do postępowania innym podmiotom¹⁶⁵.

Zamawiający chcąc dyskryminować innych wykonawców w prowadzonym przez siebie postępowaniu może to zrobić, jeśli posiada stosowną wiedzę o działalności przedsiębiorcy, któremu chce udzielić zamówienie. W szczególności może on w warunkach wiedzy i doświadczenia zażądać od oferentów przedstawienia referencji w zwiększonym zakresie niż byłoby to w wymaganej sytuacji, gdyby jeden z wykonawców nie był uprzywilejowany. Jest to działanie zmierzające do tworzenia sztucznych barier, które bezkompromisowo eliminuje z prowadzonego postępowania określoną grupę wykonawców¹⁶⁶.

¹⁶² Częstym powodem odrzucenia oferty wykonawcy jest niezgodność oferty z treścią SWZ (zob. wyrok KIO z dnia 9 sierpnia 2019 r., KIO 1438/19, LEGALIS nr 2248805, wyrok KIO z dnia 2 sierpnia 2019 r., KIO 1374/19, LEGALIS nr 2248558, wyrok KIO z dnia 12 czerwca 2019 r., KIO 972/19, LEGALIS nr 2235671), brak złożenia wyjaśnień do oferty przez wykonawcę (zob. wyrok KIO z dnia 6 sierpnia 2019 r., KIO 1418/19, LEGALIS nr 2245578), błąd w obliczeniu ceny (zob. wyrok KIO z dnia 27 czerwca 2019 r., KIO 1050/19, LEGALIS nr 2229422).

¹⁶³ Wyrok KIO z dnia 21 listopada 2013 r., KIO 2619/13, LEX nr 1427329.

¹⁶⁴ Wyrok KIO z dnia 3 września 2015 r., KIO 1814/15, LEX nr 1929093.

¹⁶⁵ Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gliwicach z dnia 19 października 2017 r., IV SA/Gl 833/17, LEX nr 2406385.

¹⁶⁶ Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 25 sierpnia 2017 r., VIII SA/Wa 13/17, LEX nr 2364540.

Taka sama zależność dotyczy warunku dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, osobami zdolnymi do wykonania zamówienia czy sytuacji ekonomicznej i finansowej.¹⁶⁷ *A contrario*, jeśli zaprzyjaźniony z zamawiającym wykonawca nie posiada zbyt dużego doświadczenia lub nie spełni innych warunków, to można je odpowiednio obniżyć bądź też nie ustanawiać żadnych warunków¹⁶⁸.

Ważnym elementem postępowania jest również zabezpieczenie w postaci wadium. W połączeniu z warunkami opisanymi powyżej stanowi silny środek przeciwdziałający nieuczciwym praktykom. Ma on na celu odstraszać niepożądanych oferentów, którzy składają ofertę w celu pozyskania korzyści poprzez odstąpienie od podpisania umowy na rzecz następnego w kolejce wykonawcy z wyższą ceną¹⁶⁹. Utrata wadium wiąże się ze stratą, która w połączeniu z poniesionymi nakładami i czasem na udział w danym postępowaniu może skutecznie odstraszyć niechciane podmioty. Inną funkcją wadium jest eliminacja materialna z uwagi na to, że jeśli wadium jest znacznej wartości, to wykonawca o słabej kondycji finansowej nie będzie mógł wziąć udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia z powodu braku środków na wpłatę wadium. O ile wadium jest proporcjonalne do wartości przedmiotu zamówienia, to nie można mieć w stosunku do zamawiającego żadnych obiekcji. Jeśli jednak wartość wadium jest nieproporcjonalna, może to świadczyć o próbie bezprawnej faworyzacji podmiotów preferowanych. Jeśli podmiotem preferowanym byłaby firma o gorszej kondycji finansowej, której nie byłoby stać na wniesienie wadium w danym postępowaniu to udowodnienie działania mającego na celu umożliwienie startu takiemu podmiotowi byłoby trudniejsze.

Ochrona wykonawcy we wszystkich wyżej wskazanych przypadkach jest pośrednia i zależy przede wszystkim od tego, na ile wykonawca, który czuje się pokrzywdzony działaniami zamawiającego i posiada dowody na jego niezgodne z przepisami działania, zamierza o swoje prawa walczyć. Wykonawca może podważyć działania zamawiającego w trakcie trwania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jak i po jego

¹⁶⁷ Warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz oświadczenia żądane na ich potwierdzenie, <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-archiwalne/warunki-udzialu-w-postepowaniu-o-udzielenie-zamowienia-publicznego-oraz-oswiadczenia-zadane-na-ich-potwierdzenie>, dostęp: 29-09-2019r.

¹⁶⁸ Poprzez „zaprzyjaźnienie” należy mieć na uwadze tak stosunki służbowe, które powstały między zamawiającym (pracownikami, urzędnikami), a wykonawcą (pracownikami, przedstawicielami firmy), jak również kontakty towarzyskie, prywatne przedstawicieli zamawiającego z potencjalnymi wykonawcami, którzy w trakcie rozmów prywatnych poza siedzibą zamawiającego i w czasie wolnym mogą przekazywać sobie istotne informacje.

¹⁶⁹ Ustawodawca przewiduje taką sytuację, co ma swoje bezpośrednie odzwierciedlenie w art. 98 ust. 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 z późn. zm.).

zakończeniu. W zależności od tego, w którym momencie nastąpi działanie pokrzywdzonego, będzie mógł on skierować do zamawiającego wnioski o sprostowanie, zmianę lub wyjaśnienie postawionych warunków z ewentualną ich zmianą¹⁷⁰ lub skorzystać z przysługujących mu środków ochrony prawnej.

Działania zamawiającego mają bezpośredni wpływ na wynik postępowania z nastawieniem na eliminowanie nieuczciwych wykonawców, którzy mają zamiar pozyskać zamówienie w sposób niegodziwy lub z naruszeniem przepisów¹⁷¹. Rywalizacja o pozyskiwanie klientów czy zleceń jest niezwykle zacięta i nie ogranicza się często do norm określonych granicami prawa. Rynek zamówień publicznych nie różni się w tym zakresie niczym od rynku prywatnego szczególnie pod kątem przepisów jakie na nim działają.

W stałych dążeniach ustawodawcy do optymalizacji mechanizmów regulujących zamówienia publiczne zapomina się o czynnikach, które mają wpływ na skuteczność zapewnienia ochrony uczestnikom biorącym udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Nie można zapominać, że istnieje możliwość manipulacji postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego poniekąd bez złej woli zamawiającego aczkolwiek za jego pośrednictwem.

Do opisanych zdarzeń może dojść, gdy zamawiający nie posiada odpowiedniej wiedzy merytorycznej, której braki ograniczają go w taki sposób, że nie jest on w stanie bronić przyjętych przez siebie założeń, które stanowią podstawę prowadzonego przez niego postępowania. Brak odpowiedniego przygotowania, również pod kątem procesowym powoduje u zamawiającego strach i niepewność, którą wykonawca może wykorzystać i tym samym doprowadzić do wyboru swojej oferty, która obiektywnie wybrana być nie powinna.

Najczęstszym błędem zamawiającego jest przekazywanie informacji lub udzielanie odpowiedzi na pytania wykonawców w formie ustnej podczas rozmowy telefonicznej bądź bezpośredniej z przedstawicielem wykonawcy. Zamawiający zobowiązany jest do udzielania wszelkich informacji w formie ogólnodostępnej dla wszystkich zainteresowanych w toku prowadzonego postępowania. Niezastosowanie się do tej zasady (zasada równego traktowania wykonawców) stawia takiego wykonawcę w uprzywilejowanej pozycji względem konkurencji. Można w taki sposób pozyskać wartość, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia lub informację na temat prac dodatkowych czy uzupełniających,

¹⁷⁰ Zob. art. 135 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 z późn. zm.) i por. z wyrokiem KIO z dnia 5 lutego 2019 r., KIO 82/19, LEGALIS nr 1942677 i wyroku KIO z dnia 10 stycznia 2019 r., KIO 2581/18, LEGALIS nr 1883192.

¹⁷¹ Z. Raczkiwicz, *Zamówienia publiczne w orzeczeniach Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości*, Wrocław 2008, s. 61.

zainteresowanie zamówieniem przez inne firmy (podanie danych identyfikujących konkurencję).

Działania wykonawcy skierowane przeciwko innym wykonawcom mogą mieć charakter bezpośredniego działania. Zdarzają się przestępstwa na dokumentach w dosłownym tego słowa znaczeniu, gdyż podczas wglądu do dokumentacji przetargowej, czyli między innymi również ofert dochodzić może do usunięcia z nich istotnych (z punktu widzenia ważności oferty) dokumentów (pełnomocnictwa, formularza ofertowego), bez których oferta podlega bezwzględniemu odrzuceniu.

Najistotniejszym z punktu widzenia ochrony wykonawcy przed wykonawcą w kontekście uczciwej konkurencji jest wzajemna kontrola. To ona daje stronom pewność oferowanych przez nich usług, czy prawdziwość składanych oświadczeń, zaświadczeń oraz innych dostarczanych wraz z ofertą dokumentów. Jak już zostało stwierdzone, nie każdy zamawiający jest w stanie określić czy przedstawiane przez wykonawców oferty wraz z ich składowymi stanowią *de facto* odzwierciedlenie w rzeczywistości. Pomimo obwarowań oraz odpowiedzialności karnej grożąca nieuczciwym stronom postępowania, to desperacja prowadzi ich do dokonywania działań *contra legem* czy to na dokumentach czy też poprzez samodzielne ich preparowanie czy fałszowanie¹⁷². Wykonawcy działający w jednej branży na rynku będą w stanie skuteczniej zweryfikować prawdziwość przedstawionych twierdzeń kontr oferenta, jednakże nie można polegać wyłącznie na ich działaniach. To zamawiający ma obowiązek dochować należytej staranności, jak również zobligowany jest wykazać się wiedzą, która to pozwoli dane postępowanie zakończyć w sposób zgodny z przepisami, a wykonawcy powinni go w tym co najwyżej wspierać.

§4. Uwagi końcowe

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest procesem wszczynanym i prowadzonym przez zamawiającego zgodnie z przepisami PrZamPubl2019 na podstawie publicznego ogłoszenia w określonym ustawowo trybie, którego celem jest zawarcie umowy o zamówienie publiczne z wyłonionym w tym postępowaniu wykonawcą. Tak pojmowane postępowanie, będące równocześnie rozszerzoną definicją ustawową postępowania o udzielenie zamówienia¹⁷³, można poddać analizie w kontekście sprawowanej w systemie

¹⁷² M. Chmaj, G. Herc, E. Komorowski, P. Szustakiewicz, *Zamówienia Publiczne. Podręcznik*, Warszawa 2010, s. 16.

¹⁷³ Zob. art. 7 ust. 18 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 z późn. zm.) i por. z art. 2 ust. 7a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.

zamówień publicznych funkcji. Należy przy tym pamiętać, że jest to wyłącznie część regulacji ustawowej, której całość stanowi ustawa PrZamPubl wraz z rozporządzeniami, w związku z czym nie jest to osobna procedura, która mogłaby być stosowana autonomicznie i w oderwaniu od innych jej systemowych elementów.

Nie sposób określić jak ważny dla funkcjonowania państwa jest system zamówień publicznych, który reguluje materię wydatkowania środków publicznych, poprzez współpracę z podmiotami w znacznej większości z rynku prywatnego. Brak tego systemu, byłby tożsamy z brakiem procedur odpowiadających za zasady i praworządność udzielania zamówień publicznych, a to z kolei wiązałoby się z brakiem możliwości wywiązywania się administracji państwowej z jej fundamentalnych obowiązków, odpowiedzialności za funkcjonowanie państwa, co niewątpliwie można podać za cel priorytetowy powołanych do tego na przestrzeni lat ustaw i rozporządzeń¹⁷⁴.

Pojęcie funkcji, rozumiane jako przydatność czy użyteczność omawianych rozwiązań, a w tym przypadku rozwiązań prawnych związanych z gospodarowaniem pieniędzmi publicznymi, przekłada się również na inne elementy wchodzące w skład systemu zamówień publicznych, takich jak postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Za pomocą tej regulacji, sektor publiczny osiąga istotne i pożądane cele, które z kolei wskazują istotę funkcjonowania systemu zamówień publicznych oraz postępowań o udzielenie zamówień publicznych. Dokonując takiego rozróżnienia, bez wątpienia można wyodrębnić dwie niezależne od siebie sfery, gdzie jedna dotyczy funkcji postępowania o udzielenia zamówienia publicznego, druga z kolei zamówień publicznych *sensu largo*.

Funkcję postępowania należy traktować jako element szczegółowo regulujący kwestię konkretnie zindywidualizowanych czynności, które w ramach PrZamPubl zmierzają do zawarcia umowy. Z kolei w przypadku funkcji zamówień publicznych jako systemu prawnego regulującego zamówienia publiczne w sposób kompleksowy, mogą one pełnić różne funkcje takie jak funkcja ekonomiczna, społeczna, proekologiczna czy innowacyjna¹⁷⁵.

Popularny w doktrynie jest pogląd, który charakteryzuje zamówienia publiczne tak, jakby miały one służyć ochronie krajowych wykonawców przed konkurencją zagraniczną,

U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.) gdzie po nowelizacji ustawodawca jasno wskazał, że podpisanie umowy nie jest czynnością podejmowaną w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

¹⁷⁴ Ze względu na wrażliwość i podatność przedmiotowego obszaru na zachowania i działania kryminogenne w Polskim ustawodawstwie już dawno dostrzegano potrzebę regulacji zawierania kontraktów ze środków publicznych. Zob. <https://www.uzp.gov.pl/urząd-zamowien-publicznych/historia-uzp/pierwsze-regulacje-dotyczace-zamowien-publicznych> (dostęp: 2021-11-06 21:31).

¹⁷⁵ A. Piotrowska, *The Functions of Public Procurement – the Administrative Body as a „Smart Client”*, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie, 2014 | 2(926), s. 137-152.

poprawie konkurencyjności wybranych sektorów gospodarki, czy też przyczynianiu się do wzrostu globalnego popytu i stymulacji aktywności podmiotów konkurujących na danym rynku¹⁷⁶. Takie stanowisko wymaga sprostowania oraz wyjaśnienia szczególnie w kontekście obowiązujących zasad regulujących wydatkowanie środków publicznych. Zamówienia publiczne jako element prawa, nie tyle chronią krajowych wykonawców, co każdy podmiot biorący udział w postępowaniu¹⁷⁷. Prawo, a w tym przypadku regulacje prawne składające się na system zamówień publicznych, nie mogą być nastawione negatywnie do wykonawców spoza państwa macierzystego, które wszczęło postępowanie. Co więcej, zgodnie z polityką pro unijną oraz obowiązującymi praktykami, zamówienia publiczne wszystkich państw Unii Europejskiej, powinny być szeroko otwarte na podmioty zewnętrzne, w myśl założeń dyrektyw UE regulujących zamówienia publiczne¹⁷⁸.

Sam wpływ zamówień publicznych na gospodarkę jest kwestią dyskusyjną. Prawdą jest, że zamówienia publiczne stymulują gospodarkę i dają możliwość rozwoju wielu przedsiębiorstwom¹⁷⁹. Jest to jednak odpowiedź na zapotrzebowanie społeczne na określone dobra, a nie efekt, funkcja czy cel lub zadanie do wykonania.

Zasady prawa zamówień publicznych oraz funkcje postępowania o udzielenie zamówienia publicznego są ze sobą ściśle powiązane¹⁸⁰. Takie podejście do przedmiotowego zagadnienia można wskazać na wielowątkowe i szeroko rozwinięte pojęcie funkcji w zamówieniach publicznych. Myśląc o zasadach w kontekście zamówień publicznych, można mówić o funkcji ochronnej (protekcjonistyczna), prewencyjnej, instrumentalnej (zmierzająca do zaufania publicznego), proefektywnościowej, innowacyjności, regulacyjnej, instrukcyjnej, gospodarczej oraz społecznej. Pokrywają się one z funkcjami postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, aczkolwiek w odniesieniu do jednego i drugiego zagadnienia można wskazać potrzebę zaspokojenia różnych potrzeb.

W kontekście omawianej problematyki, należy zwrócić uwagę na idee, które zapoczątkowały proces tworzenia się systemu zamówień publicznych w Polsce. Obecny priorytetem jest dostosowanie prawa krajowego do prawa unijnego. Cele i funkcje tak

¹⁷⁶ Zamówienia Publiczne, w: Encyklopedia zarządzania 2019, https://mfiles.pl/pl/index.php/Zamówienia_publiczne, (dostęp: 2019-09-29 22:29).

¹⁷⁷ A. Powalowski, *Ochrona konkurencji w prawie zamówień publicznych*[w:] *Prawo zamówień publicznych. Stan obecny i kierunki zmian*, pod red. H. Nowickiego i P. Nowickiego, Wrocław 2015, s. 107.

¹⁷⁸ Zob. https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0028/24886/zp_w_UE_dyrektywy20uslugi20dostawy20roboty_II.pdf, (dostęp: 2021-02-01 20:51), gdzie wskazuje się na „zakaz dyskryminacji ze względu na narodowość zabrania odmiennego (gorszego) traktowania podmiotów z innych państw członkowskich wobec podmiotów z własnego kraju, lecz również odwrotnie, zabrania lepszego traktowania podmiotów z innych krajów wobec podmiotów własnych” zgodnie z zapisami art. 12 (6) Traktatu Rzymskiego.

¹⁷⁹ A. Panasiuk, *System...*, s. 11.

¹⁸⁰ A. Zebel – Zygmunt, J. Rokicki, *System zamówień publicznych w Polsce*, Warszawa 2014, s. 111.

zamówień publicznych oraz postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, sprowadzają się wyłącznie do harmonizacji tych dwóch zagadnień. Nie można ocenić takiego stanu rzeczy w sposób negatywny, jednakże jeśli podmioty partycypujące w systemie zamówień publicznych, w tym także ustawodawca, przestaną skupiać się na postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego z punktu widzenia jego celu i funkcji, to efekt tych działań może być niezadowolający, niszczący dorobek wielu lat podejmowanych prób usprawniania systemowego wydatkowania środków publicznych.

O ile stosunkowo łatwo, po dokonaniu analizy systemu zamówień publicznych, wyciągnąć wnioski co do funkcji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, to wskazanie na jego cel jest sprawą trudniejszą. Gdyby skupić się wyłącznie na elemencie formalnym, to postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest narzędziem prawnym zamawiającego. Zamawiający za jego pomocą, ma możliwość dokonywania czynności zmierzających do podpisania umowy, która z kolei umożliwi realizację zadań publicznych. Przy tak skonstruowanym i sformalizowanym ciągu zdarzeń, należy uznać za cel postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, realizację zadań publicznych. W tym kontekście jest to jednak cel pośredni, gdyż następuje bezpośrednio po podpisaniu umowy, która jest punktem wyjścia do podjęcia w tym kierunku działań¹⁸¹.

W zależności od danego etapu oraz punktu widzenia zainteresowanego podmiotu, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego może pełnić inny cel lub wiele celów. Pomimo tego, że jest to etap na drodze do zaspokajania potrzeb publicznych, to razem ze wszystkimi innymi etapami tego postępowania, należy uznać ten cel jako cel główny. Jest to w pełni uzasadnione, z uwagi na to, że jest to cel i funkcja skupiona w jednym, pożądanym skutku, wywołanym wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

¹⁸¹ Gdyby podjąć próbę zdefiniowania celu umowy o zamówienie publiczne, to przedstawiony wyżej ciąg zdarzeń i konkluzja, mogłyby być identyczne.

ROZDZIAŁ III. Istota i charakter prawny odwołania jako środka ochrony prawnej w systemie zamówień publicznych

§1. Uwagi wstępne

Na system zamówień publicznych, który swoim zakresem obejmuje wiele elementów z różnych dziedzin prawa, składają się również środki ochrony prawnej, gdzie jedno z nich stanowi odwołanie do KIO. Postępowanie odwoławcze jest nietypowe pod względem materii którą reguluje, trybu i podmiotowości prawnej organów, które to postępowanie prowadzą.

Odwołanie podobnie jak KIO nie funkcjonuje od samego początku obowiązywania systemu zamówień publicznych w Polsce, co wskazuje na zamiar ustawodawcy polegający na wprowadzeniu pewnych uprawnień w stosunku do już funkcjonujących rozwiązań, które niekoniecznie spełniły swoje zadanie.

Nieodłącznym elementem tak postępowania odwoławczego, jak i samego odwołania jest kontrola związana ze stosowaniem przepisów regulujących wydatkowanie środków publicznych. Sprawowana kontrola oraz jej przekrojowy charakter wiąże się ze wspomnianą różnorodnością, polegającą na wielopłaszczyznowym wpływie zamówień publicznych na funkcjonowanie szeroko rozumianego sektora publicznego ale i na dobro i finanse publiczne.

Koniecznym dla ustalenia istoty i charakteru prawnego samego odwołania jest ustalenie statusu prawnego podmiotu, przed którym postępowanie to się odbywa. Brak regulacji oraz wpływ prawa unijnego powoduje pewne wątpliwości, które niekorzystnie wpływają na obraz KIO i wymuszają nie tylko na przedstawicielach doktryny, ale i na sądach rangi państwowej i europejskiej wydawanie orzeczeń dotyczących interpretacji statusu KIO.

Wszystko to ma znaczenia dla określenia istoty i charakteru prawnego odwołania jako środka ochrony prawnej w systemie zamówień publicznych.

§2. Ewolucja historycznoprawna regulacji prawnej środków ochrony prawnej

Odwołanie jako środek ochrony prawnej funkcjonuje w systemie zamówień publicznych od wprowadzenia pierwszej ustawy regulującej sposób udzielania zamówień publicznych, czyli od 1 stycznia 1995r., tj. od wejścia w życie ustawy o zamówieniach publicznych z dnia 10 czerwca 1994 r. Dz. U. Nr 76, poz. 344. Ustawa przeszła szereg zmian, włączając zmianę ustawy regulującą przedmiotowe zagadnienie, tj. ustawy z dnia 29 stycznia

2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.) oraz ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 z późn. zm.), na co składa się łącznie ok. 100 nowelizacji samej ustawy.

W początkowej fazie kształtowania się środków ochrony prawnej w systemie zamówień publicznych odwołanie było ściśle związane z instytucją protestu, gdzie razem nazwano je środkami odwoławczymi. Pierwszą wersją ustawy regulującą materię zamówień publicznych był akt prawny rangi ustawowej uchwalony 10 czerwca 1994r¹⁸². Ustawa ta obowiązywała od 1 stycznia 1995r. do 8 września 1995r. W tym okresie, ustawa już w pierwszym artykule wskazywała jako zakres regulacji m.in. „tryb rozpatrywania protestów i odwołań złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego”. Takie sformułowanie mogło wskazywać na to, że ustawodawca traktował te środki jako jeden z etapów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a nie jako odrębną procedurę. Samo też odwołanie do przepisów KC przez art. 6a tejże ustawy, mogło sugerować na stosowanie KC wyłącznie w stosunku do czynności podejmowanych w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Ustawodawca w rozdziale 8 omawianego aktu opisał protesty i odwołania, gdzie w art. 79 wskazał podmioty legitymowane do korzystania ze środków odwoławczych. Podmiotami tymi byli dostawcy i wykonawcy, „których interes prawny doznał uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego określonych w ustawie zasad udzielania zamówień (...)”. Wskazane zostały działania, co do których postępowanie odwoławcze było niemożliwe, tj.

- 1) wybór trybu postępowania w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego,
- 2) zastosowanie preferencji krajowych,
- 3) odrzucenie wszystkich ofert.

W art. 85 pkt. 2 PrZamPubl1994 wskazano dodatkowo na brak możliwości wniesienia odwołania od rozstrzygnięcia o zawieszeniu postępowania o udzielenie zamówienia.

Główną istotną konsekwencją wniesienia protestu było wstrzymanie zawarcia umowy¹⁸³. Protest można było wnieść do zamawiającego „w toku postępowania o zamówienie publiczne”, jednakże w terminie 7 dni od momentu powzięcia lub możliwości powzięcia wiadomości, która stanowiła podstawę jego wniesienia, jednak nie później jak przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego, gdyż taki protest podlegał odrzuceniu jako

¹⁸² Ustawa o zamówieniach publicznych z dnia 10 czerwca 1994r. (Dz.U. Nr 76, poz. 344).

¹⁸³ Jeśli „zachodziła pilna potrzeba udzielenia zamówienia w sytuacji, której wcześniej nie można było przewidzieć, a nie wynikała ona z winy zamawiającego” to zgodnie z art. 81 pkt. 2 w związku z art. 64 pkt. 2 ustawy o zamówieniach publicznych z dnia 10 czerwca 1994r. (Dz. U. Nr 76, poz. 344) Prezes Urzędu mógł wyrazić zgodę na zawarcie umowy o zamówienie publiczne jeszcze przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu.

wniesiony po terminie¹⁸⁴. Protest musiał przybrać formę pisemną z odpowiednią argumentacją na zasadność jego zastosowania¹⁸⁵. W tym czasie zamawiający zawiesza postępowanie o udzielenie zamówienia, nie dłużej jednak jak na okres 7 dni¹⁸⁶.

Jeśli w danym postępowaniu wpłynął do zamawiającego protest, to był on zobowiązany powiadomić o tym fakcie innych dostawców i wykonawców biorących udział w danym postępowaniu, gdyż zgodnie z przepisami mogli oni stać się „uczestnikami postępowania dotyczącego protestu”, jeśli w terminie 3 dni od otrzymania zawiadomienia od zamawiającego, do niego przystąpili. Jeśli dostawca lub wykonawca nie przystąpił do postępowania protestacyjnego, to nie mógł on wnieść protestu, który byłby motywowany tymi samymi okolicznościami.

Rozstrzygnięcie protestu następowało w ciągu 7 dni od jego wniesienia. Zamawiający powinien uzasadnić rozstrzygnięcie protestu oraz pouczyć zainteresowanych o sposobie i terminie wniesienia środka odwoławczego (odwołania). Brak rozstrzygnięcia protestu w przewidzianym terminie poczytywany był za jego oddalenie. Jeśli jednak protest został uwzględniony, to zamawiający musiał oprotestowaną czynność powtórzyć, a o tym fakcie poinformować niezwłocznie wszystkich dostawców i wykonawców.

Odwołanie przysługiwało „zainteresowanemu dostawcy lub wykonawcy” od rozstrzygnięcia protestu lub braku rozstrzygnięcia. Odwołanie wnosilo się do prezesa UZP w terminie 3 dni od dnia doręczenia rozstrzygnięcia lub 7 dni od upływu terminu na jego rozpatrzenie. Sam proces rozpatrywania odwołania był interesujący z uwagi na możliwość wyboru składu zespołu, gdzie prawo wyboru miał prezes UZP, wnoszący odwołanie oraz zamawiający, czyli wybierano łącznie trzech arbitrów badających odwołanie. Dostawca lub wykonawca był obowiązany wskazać arbitra wraz z wniesieniem odwołania, a zamawiający miał na dokonanie wyboru arbitra 3 dni. Jeśli strony tego postępowania nie dopełniły tej formalności, to prawo wyboru arbitra w ich imieniu miał prezes UZP¹⁸⁷, który to również spośród wyznaczonego składu wskazywał przewodniczącego.

Powołany zespół arbitrów miał 14 dni na rozpatrzenie odwołania od momentu jego złożenia. Odwołanie nie mogło być pozostawione bez rozpatrzenia, tak jak w przypadku protestu, mogło być albo uwzględnione albo oddalone. Jeśli odwołanie zostało uwzględnione

¹⁸⁴ Art. 82 ustawy o zamówieniach publicznych z dnia 10 czerwca 1994r. (Dz. U. Nr 76, poz. 344).

¹⁸⁵ Art. 80 ustawy o zamówieniach publicznych z dnia 10 czerwca 1994r. (Dz. U. Nr 76, poz. 344).

¹⁸⁶ Jeśli protest był oczywiście niezasadny, strony postępowania protestacyjnego mogłyby ponieść nieproporcjonalnie większą szkodę, do tej która groziła wnoszącemu protest lub na przeszkodzie stał ważny interes publiczny, zob. art. 85 pkt. 1 ppkt. 1-3 ustawy o zamówieniach publicznych z dnia 10 czerwca 1994r. (Dz. U. Nr 76, poz. 344).

¹⁸⁷ Art. 89 ustawy o zamówieniach publicznych z dnia 10 czerwca 1994r. (Dz. U. Nr 76, poz. 344).

przez zespół arbitrów, to można było nakazać dokonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego albo ją po prostu unieważnić (wyjątkiem było podpisanie umowy o zamówienie publiczne). Ponadto, zespół mógł postępowanie przerwać.

Przy rozstrzygnięciu, zespół orzekał także o kosztach postępowania, które ponosili uczestnicy postępowania, stosownie do jego wyniku.

Powyższe omówienie pierwotnej wersji aktu, która w formie ustawy jako pierwsza kompleksowo regulowała materię zamówień publicznych, ma na celu stworzenie punktu wyjścia dla dalszych analiz zmian, jakie miały miejsce w związku z kształtowaniem się postępowania odwoławczego, aż do obecnie funkcjonującej formy. Przyglądając się pierwotnym zapisom, można dostrzec elementy, które w obecnych realiach nie miałyby prawa się sprawdzić¹⁸⁸.

Nieuniknione nowelizacje ustawy o zamówieniach publicznych odpowiadając na realia rynkowe, powoli wprowadzają zapisy, które mają na celu usprawnić zawieranie umów o zamówienie publiczne, czyli także pośrednio postępowań, stanowiących namiastkę obecnie obowiązujących środków ochrony prawnej, którym poświęcona będzie dalsza analiza.

Już 9 września 1995r. wprowadzono pierwsze zmiany¹⁸⁹ w sferze rozdziału poświęconemu protestom i odwołaniom. Zmiany nie miały większego zakresu aczkolwiek rozpoczęły powolny proces doprecyzowywania elementów z zakresu środków ochrony. Ustawodawca postanowił doprecyzować zakres odwołania, które przysługuje nie tylko w przypadku rozstrzygnięcia protestu, ale również w sytuacji gdy zostanie on odrzucony. Ponadto wprowadzono konieczność przekazania informacji zamawiającemu o złożonym odwołaniu, co znacząco wpłynęło na tempo prowadzonych czynności w trakcie postępowania. W szczególności jeśli chodzi o czynności, które leżą po stronie zamawiającego. Brak takiego obowiązku powodował konieczność angażowania prezesa UZP, co przy krótkich terminach i wielu wnioskach mogło wiązać się z chaosem administracyjnym. Prezes UZP został wyposażony w możliwość wyłączenia danego arbitra z postępowania odwoławczego oraz uzyskał prawo do ustalania wysokości wynagrodzenia arbitrów za dokonywane przez nich czynności.

¹⁸⁸ Ustawa z 1994r. nie precyzuje wielu terminów na dokonywanie czynności w związku z korzystaniem ze środków odwoławczych. Sama zawartość merytoryczna protestu oraz odwołania jest dorozumiała i wynika pośrednio z treści innych przepisów ustawy. Terminy oraz sposób ich obliczania, a co więcej czynności dokonywane przez poszczególnych uczestników, nie są wyjaśnione precyzyjnie.

¹⁸⁹ Ustawa o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych z dnia 6 lipca 1995r. (Dz. U. Nr 99, poz. 488).

Nad kolejnymi nowelami PrZamPubl1994 pracowano niespełna dwa lata¹⁹⁰ i 9 listopada 1997r. weszły w życie zmiany, z których najbardziej istotną, dotyczącą protestu była konsekwencja jego wniesienia (od tego momentu czynność ta przerywała bieg terminu związania ofertą). W kwestii odwołania, ustawodawca dał odwołującemu się możliwość cofnięcia odwołania. Wiązało się to z korzyścią w postaci zwrotu połowy wpisu (jeśli cofnięcie nastąpiło przed rozprawą), którego wysokość oraz zasady pobierania były odtąd regulowane rozporządzeniem Rady Ministrów. Ponadto, nałożono na zamawiającego obowiązek poinformowania wszystkich uczestników („dostawców i wykonawców”) postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o powtórzonych czynnościach w związku z uwzględnieniem protestu. W związku z krótkim terminem na złożenie odwołania (od dnia doręczenia rozstrzygnięcia protestu, wykonawca miał 3 dni na złożenie odwołania do prezesa UZP), doprecyzowano sformułowania „skuteczne doręczenie”. Od wejścia przedmiotowej nowelizacji w życie, za skutecznie doręczone odwołanie uznawało się takie, które zostało złożone w polskim urzędzie pocztowym. Dookreślono sposób liczenia terminu do rozpatrzenia przez zespół arbitrów odwołania, w taki sposób, że od tej pory był on liczony od momentu doręczenia, a nie złożenia (co w praktyce przekładać się może nawet na kilka dni roboczych). Zespół arbitrów został pozbawiony prawa przerywania postępowania w sprawie zamówienia publicznego. Tego typu przywilej był elementem, który tylko w teorii mógł pozytywnie wpłynąć na losy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tym bardziej, że nie było określonych zasad wznowienia „przerwanego” postępowania. Można bez wątpliwości stwierdzić, że niniejsza nowelizacja systemu odwoławczego zamówień publicznych była również w pewnym sensie rewolucyjna. Za rewolucyjną można uznać możliwość złożenia przez uczestników postępowania odwoławczego, skargi na orzeczenie zespołu arbitrów. Skarga kierowana była do Sądu powszechnego na zasadach określonych w KPC. Skarżący miał tydzień od doręczenia mu orzeczenia na złożenie skargi. Ten zapis został potraktowany przez ustawodawcę w sposób bardzo pociągły. Najprawdopodobniej, uznano że samo odwołanie do KPC zapewni instytucji skargi odpowiednie bezpieczeństwo i w związku z tym, nie wprowadzono żadnych innych zapisów regulujących tę materię.

Tekst jednolity ustawy ogłoszono po raz pierwszy 14 września 1998r. lecz w praktyce poza ujednoliceniem ustawy, nie poczyniono w sferze innych czynności wpływających bezpośrednio na postępowanie odwoławcze, protestacyjne czy skargowe żadnych istotnych działań. Środki ochrony prawnej nie zostały w żadnym zakresie zmienione. Nowelizacja z 4

¹⁹⁰ Ustawę o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych (Dz. U. 1997 Nr. 123, poz. 778), uchwalono 29 sierpnia 1997r.

czerwca 1999r. odebrała prezesowi UZP kompetencje wydawania aktów wykonawczych do ustawy, co słusznie zostało uznane przez ustawodawcę niezgodnym z konstytucją¹⁹¹.

Zasadnicze zmiany dla systemu odwoławczego w systemie zamówień publicznych nastąpiły po nowelizacji z 26 października 2001r.¹⁹² gdzie po okresie niespełna 4 lat od wprowadzenia skargi do kanonu środków odwoławczych, dostrzeżono lukę powodującą brak możliwości złożenia zaskarżenia, każdej decyzji organu odwoławczego do niezawisłego sądu. Taki stan rzeczy powodował brak zgodności z prawem unijnym i nie spełniał wymogów zawartych w dyrektywach¹⁹³. Na podstawie przepisów sprzed nowelizacji, sąd mógł rozstrzygać skargi wniesione jedynie na podstawie przesłanek określonych w art. 712 KPC. Skutkowało to brakiem możliwości merytorycznego badania zarzutów. Sąd mógł co najwyżej uchylić wyrok z przyczyn formalnych na podstawie dyspozycji art. 712 KPC. Ustawodawca w związku z potrzebą uregulowania materii „skargi” wprowadził cały szereg przepisów (od art. 92a – 92h PrZamPubl1994, obowiązujące w okresie od 26 października 2001r. do 31 grudnia 2001r.), które miały za zadanie uporządkować przedmiotową problematykę. Warto zaznaczyć, że od momentu tej nowelizacji rozdział 8 ustawy otrzymał nowe brzmienie „protest, odwołanie i skarga”, który zastąpił dotychczas obowiązujące „protesty i odwołania”.

Ponowelizacyjne przepisy uregulowały właściwość miejscową Sądu, do którego można było kierować skargi¹⁹⁴, uregulowano tryb wnoszenia skargi i termin na dokonanie tej czynności. Przede wszystkim, uporządkowano charakter toczącego się postępowania, do którego należało stosować przepisy KPC odnośnie apelacji wraz z obligatoryjną zawartością skargi. Postępowanie skargowe stało się postępowaniem kończącym postępowanie odwoławcze, ponieważ od wyroku sądu nie przysługiwała kasacja do Sądu Najwyższego. Zmianą niewielką, a zarazem istotną okazało się dodanie przez ustawodawcę słowa „odpowiednio” w zakresie stosowania przepisów KPC o sądzie polubownym w związku z wszczynanym postępowaniem odwoławczym. Pod kątem systemu odwoławczego, była to pierwsza nowelizacja, która od początku funkcjonowania ustawy wprowadziła tak wiele istotnych zmian w środki ochrony prawnej.

¹⁹¹ Uzasadnienie projektu ustawy z dnia 9 kwietnia 1999r. o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych.

¹⁹² Ustawa z dnia 22 czerwca 2001r. o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych (Dz. U. 2000 Nr 93, poz. 813).

¹⁹³ Dyrektywa Rady z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (89/665/EWG) (Dz.U. L 395 z 30.12.1989, str. 33); Dyrektywa Rady 92/13/EWG z dnia 25 lutego 1992 r. koordynująca przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne odnoszące się do stosowania przepisów wspólnotowych w procedurach zamówień publicznych podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (Dz.U. L 76 z 23.3.1992, str. 14).

¹⁹⁴ Właściwym miejscowo Sądem do rozpatrywania skarg na orzeczenia Zespołu Arbitrów, stał się Sąd Okręgowy w Warszawie.

Omawiana nowelizacja, wprowadziła również szereg mniejszych zmian, które w bezpośredni sposób wpływały na jakość funkcjonowania systemu odwoławczego w zamówieniach publicznych. Jedną z nich było rozszerzenie legitymacji przedmiotowej do wszczęcia postępowania odwoławczego, mianowicie usunięcie zapisu, który uniemożliwiał wszczęcie postępowania odwoławczego w przypadku odrzucenia wszystkich ofert. Przedstawiono definicję legalną „ostatecznego rozstrzygnięcia protestu”, który wskazywał od tej chwili na „rozstrzygnięcie przez zamawiającego protestu, od którego nie wniesiono odwołania” lub łączyło się to z „wyrokiem zespołu arbitrów”. Pojawił się zapis regulujący postępowania szczególne (art. 4b PrZamPubl1994 z 26 października 2001r.), które mogły polegać m.in. na odstąpieniu od stosowania przepisów ustawy, które dotyczyły także odwołań.

Kolejna nowelizacja ustawy¹⁹⁵ nie przyniosła tak wielu zmian co poprzednia. Słusznie wykreślono art. 91a PrZamPubl1994, który po wprowadzonej nowelizacji stracił swój sens, w związku z wprowadzeniem art. 92a PrZamPubl1994 oraz art. 92b pkt. 2 PrZamPubl1994, gdzie odpowiednio podaje się termin na wniesienie skargi (*notabene* sprzeczny z usuniętym artykułem) oraz wskazuje się na stosowanie przepisów KPC w związku z wniesioną skargą. Zmieniono legitymację ustawową do wydawania rozporządzeń w związku z określaniem regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań, warunków wpisu na listę arbitrów i skreślenia z listy arbitrów oraz wysokości wynagrodzenia za czynności arbitrów. Od tej pory upoważnionym był minister właściwy do spraw administracji publicznej, a nie Prezes Rady Ministrów, który uprzednio zmienił w tym zakresie prezesa UZP.

Dotychczas, krąg podmiotów legitymowanych do wniesienia środków odwoławczych był ściśle określony. Zmiana ustawy z 10 stycznia 2001r.¹⁹⁶ rozszerzyła ten zbiór o „organizacje pracodawców i przedsiębiorców zrzeszające dostawców lub wykonawców” przez co należy rozumieć „organizacje, o których mowa w art. 13 ust. 5 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (Dz.U. Nr 109, poz. 1158)”. Organizacje te, były upoważnione do wniesienia protestu w terminie nie przekraczającym 6 dni przed upływem terminu na składanie ofert. Wymienionym organizacjom, umożliwiono także składanie odwołania na zasadach ogólnych, dopisując je do podmiotów posiadających taką legitymację. Istotnym jest fakt, że organizacjom tym nie przysługiwała skarga. Ustawodawca zrezygnował z precyzyjnego określania podmiotu, który złożył odwołanie (dotychczas wymieniał precyzyjnie „dostawca lub wykonawca”) i w związku z powiększonym zakresem

¹⁹⁵ Nowelizacja Prawa zamówień publicznych dokonana ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. 2001 Nr 76, poz. 344).

¹⁹⁶ Ustawa z dnia 26 lipca 2001r. o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych (Dz. U. 2001 Nr 113, poz. 1208).

podmiotowym, określił podmiot składający odwołanie „odwołującym”. Przez co wspomniane organizacje uzyskały możliwość (w przypadku wniesienia odwołania) wyboru jednego z arbitrów. Wprowadzono ważne dla arbitrów regulacje dotyczące wykreślenia z listy poprzez dodanie pkt. 3 do art. 92 PrZamPubl1994 oraz zdefiniowano „rażące naruszenie obowiązków arbitra” w pkt. 4 tego artykułu, a przesowi UZP udzielono prawa do skreślenia arbitra z listy w drodze decyzji administracyjnej.

Poza mało istotną zmianą w zakresie wykreślenia zapisu, regulującego akt złożenia odwołania za pośrednictwem poczty¹⁹⁷, ustawa nie przeszła już żadnych zmian w zakresie środków ochrony prawnej, aż do końca jej obowiązywania. Sytuacja uległa zmianie po 2 marca 2004 roku, gdy uchylono ustawę o zamówieniach publicznych, wprowadzając nowy akt regulujący przedmiotową materię o zmienionej nazwie Prawo zamówień publicznych. Ustawa została całkowicie przebudowana, łącznie ze środkami ochrony prawnej.

Omawiana ustawa o zamówieniach publicznych była pierwszym aktem po przekształceniu ustrojowym w 1989r., skoncentrowanym na zagadnieniach z zakresu wydatkowania środków publicznych. Akt ten wraz z aktami pomocniczymi i w nawiązaniu do ustaw, które były z nim powiązane, pomimo swych niedoskonałości, które wymusiły na ustawodawcy wprowadzania szeregu nowelizacji, zapoczątkował pojawienie się i sformalizowanie nowego systemu zamówień publicznych. Po niespełna 10 letnim okresie obowiązywania ustawy¹⁹⁸ została zastąpiona aktem, który z założenia miał być ujednoliceniem wielokrotnie zmienianej ustawy oraz wprowadzeniem mechanizmów dostosowanych do zmian społeczno – gospodarczych w Polsce. Głównymi zarzutami w stosunku do uchylonej ustawy był brak przejrzystości, spójności i precyzji zawartych w niej przepisów. Innym argumentem była harmonizacja prawa Polskiego z prawem Unii Europejskiej.

Ograniczając się do analizy przepisów związanych wyłącznie ze środkami ochrony prawnej oraz zmian, które następowały w przedmiotowej materii, należy porównać ze sobą te dwa akty, czyli ostatnią wersją ustawy o zamówieniach publicznych z dnia 1 stycznia 1995r.¹⁹⁹ oraz ustawę Prawo zamówień publicznych w pierwszej odsłonie, która zaczęła obowiązywać od 9 lutego 2004r²⁰⁰.

¹⁹⁷ Wykreślono z art. 86 ust. 3 ZamPublU zapis o treści „polskim urzędzie pocztowym” i zastąpiono go bardziej precyzyjnym „polskiej placówce pocztowej operatora publicznego”. Zmianę wprowadzono nowelizacją z 24 sierpnia 2003r. (Dz. U. 2003 Nr 130, poz. 118).

¹⁹⁸ Ustawa o zamówieniach publicznych weszła w życie 1 stycznia 1995r. i została uchylona 3 marca 2004r. przez ustawę z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. Nr 19, poz. 177).

¹⁹⁹ Ustawa z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (t.j. Dz. U. z 2002 r. Nr 72, poz. 664 z późn. zm.).

²⁰⁰ Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 19, poz. 177).

Nowa ustawa wyodrębniła środki ochrony prawnej w dziale szóstym ustawy o takiej właśnie nazwie, dzieląc go na rozdziały gdzie odpowiednio, pierwszy regulował przepisy wspólne, dla każdego środka, drugi regulował materię protestu, trzeci odwołania, a czwarty skargi do sądu. Bez problemów można zauważyć, że ustawodawca w nowej ustawie stara się być mniej precyzyjny w zapisach, które odwołują się do kręgu podmiotów. Już w przepisach wspólnych PrZamPubl2004 wskazuje, że środki ochrony prawnej przysługują wykonawcom i uczestnikom konkursu oraz innym osobom²⁰¹. Ponadto, sformułowano w zupełnie inny sposób warunek przedmiotowy w postaci interesu prawnego. PrZamPubl2004 również w tym zakresie działa w sposób bardziej obszerny i z korzyścią dla praworządności, a mianowicie umożliwia podmiotom z pierwszej części tego przepisu, skorzystanie z ochrony prawnej, również w przypadku domniemanego, hipotetycznego uszczerbku²⁰². Ustawodawca uporządkował listę uprawnionych organizacji zdolnych do korzystania ze środków ochrony prawnej poprzez umiejscowienie ich w tym samym miejscu, razem z wykonawcami i uczestnikami konkursu, nadając im określone znaczenie. Zmianie uległ termin do wniesienia środków ochrony prawnej z „nie później niż 6 dni przed upływem terminu składania ofert” na „przed upływem terminu do składania ofert”, który tyczył się „organizacji” w znaczeniu ustawowym PrZamPubl2004.

W przypadku samego protestu i postępowania protestacyjnego dokonano szeregu mniejszych zmian, które wspólnie znacząco wpłynęły na cały przebieg postępowania. Rozszerzono przede wszystkim zakres czynności, na które przysługiwał protest. Już nie tylko działanie zamawiającego było podstawą do oprotestowania, a również zaniechanie²⁰³. Ustawodawca bardziej restrykcyjnie podszedł do terminu złożenia protestu, co zostało szczegółowo przez niego wyartykułowane. Nadal obowiązywał siedmiodniowy termin na złożenie odwołania, jednakże już nie „w ciągu”, a „w terminie” i nie w stosunku do wszystkich okoliczności. Jeśli protest dotyczył postanowień SIWZ, to można go było wnieść nie później niż na 3 dni przed upływem terminu składania ofert. Poprzedni stan prawny przewidywał umotywowanie protestu, aby można było wypełnić definicję tego środka ochrony prawnej. W nowej odsłonie, protestujący w swoim piśmie był zobligowany do wskazania oprotestowanej czynności lub zaniechania zamawiającego, ponadto należało zawrzeć w nim

²⁰¹ Dotychczas wyłącznie dostawcom lub wykonawcom przysługiwały środki odwoławcze i skarga. Na podstawie odrębnego artykułu, uprawnienia te uzyskały również organizacje pracodawców i przedsiębiorców, które zrzeszały dostawców lub wykonawców, wpisanych na listę prowadzoną przez prezesa UZP.

²⁰² W uchylonej PrZamPubl1994 należało wykazać się legitymacją przedmiotową w taki sposób, że interes prawny doznał uszczerbku, czyli odrzucano przyszłe i niepewne zdarzenie lub implikację zdarzeń, które mogły na ten interes prawny wpłynąć, jako spełnienie warunku umożliwiającego skuteczne złożenie odwołania.

²⁰³ Por. art. 80 PrZamPubl1994 i art. 180 PrZamPubl2004.

żądanie, „zwięzłe przytoczenie zarzutów oraz okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie protestu”. Zmiany nastąpiły także w zawieszeniu terminu związania ofertą. Samo wniesienie protestu nie powodowało już zawieszenia tego terminu. Decydował moment, w którym protest został wniesiony i aby termin ten został *ex lege* zawieszony, protest musiał być złożony po upływie terminu na składanie ofert. O fakcie zawieszenia biegu terminu związania ofertą zamawiający zobowiązany był poinformować wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu, wzywając ich jednocześnie do przedłużenia ważności wadium, jeśli ta forma zabezpieczenia była oczywiście wymagana w postępowaniu. Skrócono ponadto termin na przystąpienie do postępowania protestacyjnego z trzech dni do dwóch dni od dnia otrzymania zawiadomienia przez zamawiającego o wszczętym postępowaniu protestacyjnym. Rozszerzono definicję „rozstrzygnięcia protestu”, która oparta była wyłącznie na kwestii wniesienia lub braku wniesienia odwołania. Jeśli odwołanie w przedmiotowym postępowaniu protestacyjnym nie wpłynęło, protest uznawano za rozstrzygnięty po upływie terminu na jego wniesienie. Jeśli odwołanie wpłynęło, to za ostateczne rozstrzygnięcie postępowania protestacyjnego można było uznać:

- dzień doręczenia postępowania kończącego postępowanie odwoławcze;
- dzień doręczenia wyroku zespołu arbitrów;
- dzień wydania wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie w sprawie przez sąd okręgowy;
- upływ terminu do wniesienia skargi „jeżeli wartość zamówienia dla robót budowlanych przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 10.000.000 euro, a dla dostaw lub usług - 5.000.000 euro”.

Ustalenie momentu ostatecznie rozstrzygniętego postępowania protestacyjnego ma wpływ na możliwość podpisania umowy. W obu omawianych ustawach przewidziano możliwość wyrażenia zgody przez Prezesa UZP na podpisanie umowy przed rozstrzygnięciem postępowania protestacyjnego, z tą różnicą, że po wejściu w życie PrZamPubl2004 zamawiający musiał do prezesa UZP taki wniosek złożyć.

Zamawiający od momentu obowiązywania nowej ustawy protest rozstrzyga, a nie rozpatruje i ma na to nie siedem a pięć dni. Przestał obowiązywać przepis stanowiący o zawieszeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w związku z wniesieniem protestu.

Drugi środek ochrony prawnej w postaci odwołania, także uległ zmianom i modyfikacjom. W poprzedniej ustawie, odwołanie przysługiwało w zależności od zaistnienia jednej z trzech przesłanek:

1. rozstrzygnięcie protestu;
2. odrzucenie protestu;
3. brak rozpatrzenia protestu w terminie.

Ustawodawca doszedł zapewne do wniosku, iż protest podlegający proceduralnie pod złożenie odwołania może być oddalony lub odrzucony²⁰⁴ i w związku z tym, ograniczył się do podania tylko takich przesłanek. W nowej odsłonie ustawy regulującej zamówienia publiczne, nie dokonano rozróżnienia terminu do wniesienia odwołania. Ujednolicono trzydniowy i siedmiodniowy termin do pięciu dni, pozostając przy obowiązku poinformowaniu zamawiającego i dopuszczając możliwość złożenia odwołania za pośrednictwem „placówki pocztowej operatora publicznego”, który od tej pory nie musi być polskim operatorem. W przypadku braku uiszczenia wpisu od odwołania, uprawniono prezesa UZP do zwrotu takiego odwołania, w drodze postanowienia.

Prezes UZP nadal był upoważniony do wskazywania arbitrów, którzy będą stanowić zespół do rozpoznawania odwołania z tym, że nowe zasady przewidywały formę „jawnego losowania komputerowego”. Dodatkowo wprowadzono wymóg w stosunku do przewodniczącego temu zespołowi, polegający na posiadaniu przez niego wykształcenia prawniczego. Arbiter powinien (nie nałożono żadnej sankcji w przypadku nie dostosowania się do tego zalecenia) zawiadomić prezesa UZP o sytuacji uniemożliwiającej wykonywania jego obowiązków. Tryb wyłączenia arbitrów nie uległ zmianie.

Rozpoznanie odwołania następuje w terminie o jeden dzień dłuższym od poprzednio obowiązującego, czyli w piętnastu dni od dnia jego wniesienia²⁰⁵. Wprowadzono dwa tryby rozpraw, na których rozpoznawano odwołania, czyli jawnie lub niejawnie. Jawność postępowania mogła zostać wyłączona z urzędu (jeśli przy rozpatrywaniu odwołania mogłaby zostać ujawniona informacja stanowiąca tajemnicę ustawowo chronioną) lub na wniosek strony. Wyłączenie jawności postępowania mogło nastąpić w części lub w całości, co powodowało ograniczenie w dopuszczeniu do rozprawy, zawężając je wyłącznie do stron oraz ich pełnomocników.

Ustawodawca wprowadził cały katalog elementów wpływających na odrzucenie odwołania, których w PrZamPubl1994 nie było. Elementem uzupełniającym treść odwołania

²⁰⁴ Protest można było rozstrzygnąć na dwa sposoby, albo go uwzględniając albo go odrzucając. Przez brak rozpatrzenia protestu, również należy dopatrywać się jego rozstrzygnięcia, jednakże w postaci „milczącego” odrzucenia. Przepis z art. 184 pkt. 1 PrZamPubl2004 można by zapisać w sposób bardziej ogólny, a równie odpowiedni, używając zwrotu „od niekorzystnego dla składającego protest rozstrzygnięcia, przysługuje odwołanie”.

²⁰⁵ Zmieniono z „doręczenia” na „wniesienie”.

stały się dowody, równie szczegółowo opisane jak elementy, o których mowa powyżej i także niefunkcjonujące przed 2 marca 2014r.

Wprowadzono cały szereg przepisów, regulujących materię postępowania zespołu arbitrów w trakcie prowadzonego postępowania odwoławczego. Między innymi uregulowano formę zamknięcia rozprawy, która mogła nastąpić jeśli przewodniczący zespołu uznał rozpatrywaną sprawę za dostatecznie wyjaśnioną, a podstawą wyroku mógł być wyłącznie stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Dopuszczono możliwość otwarcia na nowo posiedzenia lub rozprawy, które zostało zamknięte, a w międzyczasie wyszły na jaw okoliczności istotne dla sprawy i rozstrzygnięcia odwołania. W zakresie wydania wyroku wprowadzono nakaz wyrokowania w danej sprawie wyłącznie przez zespół, który ją prowadził.

Pierwsze zmiany przepisów regulujących środki ochrony prawnej w nowej, obowiązującej od 2004r. ustawie wprowadzono nowelizacją z 7 kwietnia 2006r.²⁰⁶, która weszła w życie 25 maja 2006r. Uchylono przepisy regulujące instytucję obserwatora, która z założenia była ważną lecz utopijną funkcją, niemożliwą do zrealizowania w skali całego kraju. Warto zauważyć, że obserwator nie miał wpływu na postępowanie odwoławcze w którym brał udział, a jedynie czuwał nad jego przebiegiem, a dodatkowo nie mógł być arbitrem w postępowaniu odwoławczym, w którym pełnił funkcję obserwatora.

Zmiany dotknęły cały dział szósty ustawy w bardzo szerokim zakresie lecz największym zmianom uległy przepisy dotyczące protestu. Już w przepisach wspólnych ograniczono możliwość korzystania ze środków ochrony prawnej „wobec rozstrzygnięcia sądu konkursowego w zakresie oceny prac konkursowych oraz wyboru najlepszych prac konkursowych”, wprowadzony nowym ustępem 1b artykułu 179 PrZamPubl2004. Ograniczono i przeciwstawiono równocześnie zapisy z ust. 1 niniejszego artykułu, stawiając tym samym wyrok sądu konkursowego, ponad przepisy ustawy. Dopuszczono, na mocy art. 179 ust. 1a PrZamPubl2004, możliwość korzystania przez zamawiających ze skargi do sądu, co we wcześniejszych wersjach ustawy nie było doprecyzowane.

W materii przepisów regulujących protest doszło do szeregu zmian, które pośrednio wpłynęły na zupełnie nowe postrzeganie tego środka ochrony prawnej. Od zmian o niskiej merytoryce, wynikających w większej mierze z innych zmian w ustawie, po zmiany porządkujące, językowe i słowne. Takimi zmianami były między innymi wykreślenie słowa „pisemny” z art. 180 ust. 1 PrZamPubl2004, co nie wskazywało na rezygnację z pisemnej formy składania protestu lecz wynikało z wprowadzonego art. 27 ust. 1-3 PrZamPubl2004, gdzie

²⁰⁶ Ustawa z dnia 7 kwietnia 2006 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. 2006 Nr 79 poz. 551).

uregulowano formę kontaktu zamawiającego z drugą stroną postępowania, nie rezygnując przy tym z formy pisemnej. Zrezygnowano ze sformułowania „wykonawca powziął” na rzecz „powzięto” i „mógł” na „można było” powziąć. Jest to podjęcie próby doprecyzowania momentu, od którego powinno się liczyć termin na wniesienie protestu, a z drugiej strony można traktować to jako rozszerzenie podmiotowe, które nie ograniczało się już wyłącznie do wykonawcy. Implikowało to wykreślenie zdania z ust. 2 tego artykułu dotyczącego uczestników konkursu oraz organizacji z art. 179 ust. 2 PrZamPubl2004.

Innego typu zmiany polegały na wykreślaniu starych lub dodawaniu nowych zapisów, które rozszerzały lub doprecyzowywały zamierzenia ustawodawcy. Dokonano rozszerzonej kategoryzacji terminów na wniesienie protestu w zależności od jego przedmiotu. Jeśli protest wniesiono w związku z treścią ogłoszenia lub jeżeli tryb prowadzonego postępowania to przetarg nieograniczony, to w związku z postanowieniami dot. SIWZ obowiązywały dwa terminy uzależnione od wartości postępowań. Pierwszy to siedem dni od dnia:

1. publikacji ogłoszenia w BZP,
2. zamieszczenia SIWZ na stronie internetowej lub portalu UZP,

jeśli wartość zamówienia była poniżej „progów unijnych”.

Drugi, czternastodniowy termin od dnia:

1. publikacji ogłoszenia w DzUE,
2. zamieszczenia SIWZ na stronie internetowej,

jeżeli wartość zamówienia przekraczała „progi unijne” lub była co najmniej równa.

Siedmiodniowy termin z art. 180 ust. 2 ustawy nie miał w tym przypadku zastosowania. Wykreślono zapis, który zakazywał wniesienia protestu wyłącznie przed zawarciem umowy z art. 180 ust. 4 ustawy na rzecz uregulowania terminów do wniesienia protestu, w sytuacji gdy postępowanie było prowadzone w trybie innym niż przetarg nieograniczony i przeniesiono go do ust. 6. Jeżeli protest dotyczył postanowień SIWZ, to należało go wnieść w terminie siedmiu dni od doręczenia SIWZ, jednakże w zależności od wartości zamówienia i przed upływem terminu do składania ofert:

1. nie później niż trzy dni wcześniej (poniżej „progów unijnych”),
2. nie później niż sześć dni wcześniej (powyżej „progów unijnych”).

Również i w tym przypadku, nie miał zastosowania art. 180 ust. 2 ustawy.

Złożenie protestu przez podmiot uprawniony po upływie terminu do składania ofert, powodowało zawieszenie biegu terminu związania ofertą do momentu ostatecznego rozstrzygnięcia protestu. O tym fakcie zamawiający, tak przed jak i po nowelizacji, był zobowiązany do niezwłocznego poinformowania wszystkich wykonawców. Ustawodawca

zmodyfikował obowiązek do wzywania wykonawców przez zamawiającego do przedłużenia ważności już wniesionego lub wniesienia nowego wadium. Zamawiający dobrowolnie mógł wybrać moment do wezwania wykonawców, jednak musiało to nastąpić nie później niż na siedem dni przed upływem ich ważności. Wykonawca był podmiotem zobowiązanym do kontrolowania czy wadium jest ważne czy też jego ważność już upłynęła²⁰⁷. Nowelizacja wprowadziła obowiązek rozszerzający zawiadomienia wykonawców uczestniczących w postępowaniu, o przekazanie im kopii wniesionego protestu oraz zamieszczenia go na stronie internetowej²⁰⁸ z jednoczesnym wezwaniem do wzięcia udziału w postępowaniu protestacyjnym. Ograniczono możliwości do stania się uczestnikiem postępowania protestacyjnego, zawężając krąg zainteresowanych do tych, którzy mają interes prawny „w tym aby protest został rozstrzygnięty na korzyść jednej ze stron”. Dwudniowy termin do przystąpienia do postępowania protestacyjnego wydłużono do trzech dni, a w przypadku gdy protest dotyczył treści ogłoszenia lub SIWZ w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, odwołano się do terminów określonych w art. 180 ust. 3 ustawy (siedem i czternaście dni od dnia publikacji we właściwym publikatorze, uzależnionym od kwoty zamówienia).

Przystępujący do postępowania przetargowego winni wskazać swój interes prawny, określić swoje żądanie lub żądania wynikające z zakresu zarzutów zawartych w proteście. Przystępujący do postępowania wnosi zgłoszenie o przystąpieniu do zamawiającego z równoczesnym przekazaniem kopii przystąpienia wykonawcy, który wniósł protest. Ostateczne rozstrzygnięcie protestu zdefiniowano w sposób bardziej szczegółowy, wskazując na następcze postępowanie odwoławcze. Jeśli odwołanie nie przysługuje w związku z rozstrzygnięciem protestu przez zamawiającego lub w związku z upływem terminu na wniesienie odwołania protest należy uznać za rozstrzygnięty ostatecznie. W przypadku gdy odwołanie nie zostało wniesione lub wniesiono je z upływem terminu na dokonanie tej czynności, protest należy uznać za rozstrzygnięty ostatecznie. Jeżeli jednak odwołanie wpłynęło do Prezesa UZP, to protest uznaje się za rozwiązany ostatecznie i rozstrzygnięty „z dniem wydania postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze albo wyroku zespołu arbitrów” albo „z dniem wydania wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie w sprawie przez sąd okręgowy, o którym mowa w art. 195 ust. 1, albo z upływem terminu do wniesienia skargi, o którym mowa w art. 195 ust. 2, jeżeli wartość zamówienia dla robót

²⁰⁷ Wyrok Zespołu Arbitrów przy Urzędzie Zamówień Publicznych z dnia 8 października 2004r., UZP/ZO/0-1652/04, LEX nr 195135.

²⁰⁸ Taki obowiązek dotyczył wyłącznie spraw gdzie wniesiony protest dotyczył treści ogłoszenia lub SIWZ

budowlanych jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 20.000.000 euro, a dla dostaw lub usług - 10.000.000 euro.”. Ponadto, ograniczono możliwość wyrażenia zgody przez Prezesa UZP na wniosek zamawiającego do zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu, jeżeli wartość zamówienia, które dotyczyło robót budowlanych jest równa lub większa od równowartości w złotych dwudziestu milionów euro, a dla dostaw dziesięć milionów euro.

Przedłużono termin do rozstrzygnięcia protestu z pięciu do dziesięciu dni od upływu ostatniego z terminów na wniesienie protestu, z zastrzeżeniem rozstrzygnięcia wszystkich protestów jednocześnie, których treść dotyczyła ogłoszenia, postanowień SIWZ, wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem i zapytania o cenę) i wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego).

Jeśli protest dotyczył innej materii od tej określonej powyżej, należało rozstrzygnąć go w terminie dziesięciu dni od dnia jego wniesienia. Jeśli do złożenia protestu doszło w terminach, o których mowa powyżej, należało taki protest oddalić. Zamawiający po rozstrzygniętym postępowaniu protestacyjnym zobowiązany był poinformować o tym fakcie uczestników postępowania protestacyjnego²⁰⁹ wraz z uzasadnieniem protestu i pouczeniem o sposobie i terminie wniesienia odwołania. Zamawiający, w przypadku uwzględnienia protestu, winien niezwłocznie (przy uwzględnieniu wszystkich zgłoszonych żądań) lub po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu (jeżeli nie uwzględniono co najmniej jednego ze zgłoszonych żądań) powtórzyć oprotestowaną czynność lub dokonać czynności, których bezprawnie zaniechał.

W związku z ujednoczeniem określeń zawartych w ustawie, również w dziale poświęconym odwołaniu wprowadzono poprawki. Większość z nich polegała na rozszerzeniu i dookreśleniu przepisów. W pierwszej kolejności wskazano, że odwołanie można wnieść od rozstrzygnięcia protestu, a dotychczas obowiązujące „oddalenie i odrzucenie” można uznać za jego synonim. Utrzymano pięciodniowy termin do wniesienia odwołania, ale ustawodawca pochylił się nad innym elementem, następczo wynikającym z tej czynności. Odwołujący, na podstawie dotychczasowych zapisów, zobowiązany był do poinformowania zamawiającego

²⁰⁹ Jednocześnie informował podmiot wnoszący protest oraz przystępujących do postępowania protestacyjnego, a jeśli protest dotyczył treści ogłoszenia, lub postanowień SIWZ prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, to również na stronie internetowej.

o wniesieniu odwołania. Nie określono w jaki sposób ma to nastąpić w związku z czym, nawet pismo skierowane do zamawiającego o treści „w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jako podmiot uprawniony, złożyłem odwołanie”, należałoby uznać za wywiązanie się z obowiązku. Kopię odwołania, zamawiający zobowiązany był przekazać wszystkim innym uczestnikom postępowania protestacyjnego w tym samym czasie i nie później niż dwa dni od dnia jego otrzymania,. Zamawiający poucza przy tym uczestników tego postępowania o możliwości wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym, poprzez wezwanie ich do wzięcia w nim udziału. Wykonawca zainteresowany wzięciem udziału w postępowaniu odwoławczym ma prawo do niego przystąpić, najpóźniej do dnia otwarcia posiedzenia przez zespół arbitrów. Przystąpienie musi zawierać wskazanie interesu prawnego (podobnie jak w przypadku obowiązku nałożonym na odwołującego) oraz stronę, do której przystępujący przystępuje. Zgłoszenie o przystąpieniu do postępowania odwoławczego przystępujący doręcza Prezesowi UZP, a kopię przekazuje zamawiającemu oraz wnoszącemu odwołanie (odwołującemu się).

Utworzono termin do uiszczenia wpisu od odwołania. Przepis w dotychczasowym brzmieniu narzucał na odwołujących się obowiązek dołączenia dowodu wniesienia wpisu do odwołania. W związku z tym, sam dowód uiszczenia wpisu, a nie faktyczne uznanie środków pieniężnych na rachunku urzędu, stanowił przesłankę spełnienia warunku. W związku z tą zmianą, samo potwierdzenie dokonania przelewu tytułem wpisu, straciło moc prawną do uruchomienia postępowania odwoławczego na rzecz realnego przelewu środków na konto urzędu.

Podobnie do wyżej opisanej zmiany, można uzasadnić zmianę w rozpoznawaniu odwołań. Różnica między „wniesieniem”, a „doręczeniem” jest o tyle istotna, że w związku z potencjalnymi problemami w doręczeniu (przy korzystaniu z np. poczty polskiej), zespół arbitrów ma mniej czasu na zapoznanie się ze sprawą, by ją zgodnie z ustawą w terminie piętnastu dni rozpoznać. W celu usprawnienia całego postępowania odwoławczego, dopuszczono możliwość łącznego rozpoznawania odwołań za zgodą prezesa UZP oraz możliwości łącznego wydawania orzeczeń w tych sprawach. Warunkiem wprowadzenia tego udogodnienia jest zaistnienie jednej z dwóch przesłanek:

1. odwołania zostały złożone w tym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia;
2. dotyczą tych samych czynności zamawiającego.

Jest to naturalnie usprawnienie i ujednoczenie procedury, która w praktyce mogłaby się przekształcić w bezcelową biurokrację i powielanie tych samych czynności, dotyczących tych samych spraw.

Rozszerzeniu uległ katalog sytuacji, w których zespół arbitrów odrzuca odwołanie. Aktualizacja ta, podyktowana jest wprowadzeniem innych elementów, o których była mowa powyżej, a w tym przypadku dotyczy ona ostatecznego rozstrzygnięcia protestu (jeśli odwołanie złożono w stosunku do czynności dokonanych przez zamawiającego zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu) oraz braku dokonania czynności przekazania kopii odwołania zamawiającemu. Zespół arbitrów uzyskał pomoc w postaci możliwości powołania biegłego ale tylko w sytuacjach gdy ocena lub ustalenie stanu faktycznego wymaga posiadania „wiadomości specjalnych”.

W zakresie wyrokowania zespołu arbitrów wprowadzono obowiązek przekazania (zmiana z „doręczenia”) odpisu wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, nie tylko stronom tego postępowania ale i jego uczestnikom.

Potrzeba usprawnienia środków ochrony prawnej w kontekście postępowania odwoławczego wynikająca z wychodzącym naprzeciw potrzebom stosowania przepisów PrZamPubl2004 w praktyce, doprowadziła ustawodawcę do zmiany ustawy w kontekście środków ochrony prawnej²¹⁰. Zmianie uległ praktycznie cały model postępowania odwoławczego, opierający się na pracy zespołu arbitrów, który został zlikwidowany i zastąpiony nowym organem, funkcjonującym od tego momentu pod nazwą Krajowa Izba Odwoławcza²¹¹.

Zmiany przepisów od nowelizacji z dnia 7 kwietnia 2006r. związane z odwołaniem jako środkiem ochrony prawnej do momentu wejścia w życie przepisów powołujących do życia KIO były w porównaniu do dotychczasowych nowelizacji drobnymi poprawkami. Doprecyzowano m.in. możliwość złożenia odwołania od rozstrzygniętego protestu w sytuacji gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza „progi unijne”. Usunięcie arbitrów z ustawy oraz wprowadzenie nowych regulacji mających wpływ na wyrokowanie w sprawach z zakresu zamówień publicznych w postępowaniu odwoławczym, przemodelowało całkowicie tryb postępowania. Można tylko domniemywać, że jest to pierwszy krok w kierunku usunięcia innych elementów wprowadzających zamęt w środkach ochrony prawne, a mianowicie wyeliminowania protestów z drogi do właściwego postępowania odwoławczego.

Rok 2008 przyniósł kolejne zmiany ustawy PrZamPubl2004²¹², między innymi dla protestów i odwołań. Uchylono art.179 ust. 1b PrZamPubl, który zamykał zainteresowanym

²¹⁰ Ustawa z dnia 13 kwietnia 2007 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. 2007.80.560).

²¹¹ Bliżej na ten temat patrz §4 niniejszego rozdziału.

²¹² Ustawa z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. 2008.171.1058).

możliwość korzystania ze środków ochrony prawnej, w stosunku do rozstrzygnięć sądu konkursowego „w zakresie oceny prac konkursowych oraz wyboru najlepszych prac konkursowych”. Rozszerzył się przy tym wachlarz możliwości składania protestów, wobec treści ogłoszenia o konkursie, postanowień SIWZ, regulaminu konkursu oraz podejmowanych przez zamawiającego czynności w postępowaniu lub konkursie, a nie tylko w „toku postępowania”. Teoretycznie wydłużono termin do składania protestów z siedmiu do dziesięciu dni, jednakże dodano warunek „zachowania należytej staranności”. Tak sformułowany i niedookreślony zwrot daje bardzo duże możliwości interpretacyjne KIO, które może stwierdzić, że termin został naruszony z uwagi na niezachowanie należytej staranności przy pobieraniu wiadomości, na temat okoliczności stanowiących podstawę do złożenia protestu.

W przedmiocie samego odwołania rozszerzono katalog czynności w przedmiocie których protest został rozstrzygnięty, a kwota zamówienia jest niższa od „progów unijnych”. Jest to wybór trybu, w jakim toczy się postępowanie (negocjacje bez ogłoszenia, zamówienie z wolnej ręki, zapytanie o cenę), opis sposobu w jaki dokonuje się oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, wykluczenie wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia, jak również odrzucenie oferty. Jeśli w toku prowadzonego postępowania KIO uzna, że odwołanie dotyczy wskazanych czynności, to odrzuca odwołania na posiedzeniu niejawnym. Wydłużono termin do składania odwołania do dziesięciu dni, a pięć dniowy termin został utrzymany dla postępowań prowadzonych poniżej „progów unijnych” (poprzednio obowiązywał pięć dniowy termin, bez względu kwotę zamówienia).

System zamówień publicznych w Polsce ma kilka przełomowych etapów swojej ewolucji i niewątpliwie, biorąc pod uwagę wprowadzane zmiany, nowelizacja z 29 stycznia 2010r. jest jednym z nich. Mają one wpływ tak na cały system zamówień publicznych jak i na same środki ochrony prawnej z uwagi na fakt likwidacji protestu jako jednego ze środków ochrony prawnej.

W związku z usunięciem protestu z trójpodziału środków ochrony prawnej, na który składał się protest, odwołanie i skarga²¹³, ustawodawca musiał w sposób przemyślany i użytkowy pozmieniać funkcjonowanie środków ochrony, które pozostały w ustawie. Najwięcej zmian związanych z tą redukcją nastąpiło w postępowaniu odwoławczym, które do tej pory pełniło funkcję środka ochrony drugiego stopnia²¹⁴. Podmioty uprawnione do skorzystania z ochrony mogły złożyć protest, a w przypadku niekorzystnego dla strony

²¹³ T. Czajkowski określa je zespołem logicznie i racjonalnie skonstruowanych instytucji (zob. T. Czajkowski, *Od listy arbitrów do Krajowej Izby Odwoławczej. Część pierwsza, Zamówienia Publiczne* Doradca, rok. 2017 nr 12,

²¹⁴ Odwołanie w kontekście środka ochrony prawnej było kontynuacją protestu, aczkolwiek niezwiązanym z nim proceduralnie.

rozstrzygnięcia, można było złożyć odwołanie. Po usunięciu protestu, odwołanie nie było już odwołaniem od protestu, a samodzielnym środkiem ochrony prawnej, którego wniesienie regulowały ustawowe przesłanki do jego wniesienia.

Podmiotami uprawnionymi do wniesienia środków ochrony prawnej po nowelizacji są wykonawcy, uczestnicy konkursu, a także inne podmioty. Zrezygnowano z liczby mnogiej (wykonawcom i uczestnikom konkursu), aby w sposób precyzyjny wskazać, że do skutecznego wniesienia środka ochrony prawnej nie potrzeba co najmniej dwóch podmiotów. Rozszerzono przesłankę przedmiotową do złożenia odwołania lub skargi w taki sposób, że nie wymagano już wykazania interesu prawnego oraz możliwości doznania uszczerbku. Ustawodawca wprowadził pojęcie szeroko rozumianego interesu (zarówno prawnego jak i faktycznego) oraz okresu jego posiadania na czas teraźniejszy „ma” i przeszły „miał”. Nie został uregulowany domniemany czas przyszły z uwagi na rozważania czysto teoretyczne i możliwości udowodnienia, że podmiot odwołujący się lub skarżący będzie miał w przyszłości interes w uzyskaniu danego zamówienia. W zamian za to wprowadzono pojęcie szkody, która mogłaby powstać lub powstanie w przyszłości w związku z naruszeniem przez zamawiającego przepisów.

Artykuł poświęcony przesłankom wniesienia protestu, po nowelizacji dotyczy odwołania. Opisano sytuację w sposób prosty, że odwołanie przysługuje wyłącznie od czynności podjętej lub zaniechanej przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, która jest niezgodna z przepisami ustawy, a zamawiający był zobowiązany (wcześniej obowiązany) ją podjąć. Podstawowe różnice zachodzące między odwołaniem i protestem, a odwołaniem po usunięciu protestu, można przedstawić w postaci poniższej tabeli.

CZYNNOŚĆ	PROTEST	ODWOŁANIE (przed nowelizacją)	ODWOŁANIE (po nowelizacji)
Przesłanki wniesienia	Wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, ogłoszenia o konkursie, postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, regulaminu konkursu, czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu lub konkursie oraz w przypadku zaniechania przez zamawiającego czynności, do której jest obowiązany na podstawie ustawy.	Od rozstrzygnięcia protestu, a w postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie od rozstrzygnięcia protestu dotyczącego: 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki i zapytania o cenę; 2) opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu; 3) wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia; 4) odrzucenia oferty.	Odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności: 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę; 2) opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu; 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia; 4) odrzucenia oferty odwołującego.

Organ przyjmujący ŚOP / rozstrzygający	Zamawiający	Prezes Urzędu Zamówień Publicznych	Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
Termin do wniesienia ŚOP	<p>10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia,</p> <p>7 dni – poniżej „progów unijnych”. Protest uważa się za wniesiony z chwilą, gdy dotarł on do zamawiającego w taki sposób, że mógł zapoznać się z jego treścią</p> <p>Protest dotyczący treści ogłoszenia, a jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, także dotyczące postanowień SIWZ, wnosi się w terminie:</p> <p>1) 7 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w BZP lub zamieszczenia SIWZ na stronie internetowej - jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza od „progów unijnych”,</p> <p>2) 14 dni od dnia publikacji ogłoszenia w DzUE lub zamieszczenia SIWZ na stronie internetowej - jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza „progów unijnych”.</p> <p>Jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie innym niż przetarg nieograniczony, protest dotyczący postanowień SIWZ wnosi się w terminie:</p> <p>7 dni od dnia doręczenia SIWZ, jednak nie później niż 3 dni przed upływem terminu składania ofert - jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza od „progów unijnych”,</p> <p>10 dni od dnia doręczenia SIWZ - jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza „progów unijnych”.</p>	<p>10 dni od dnia doręczenia rozstrzygnięcia protestu lub upływu terminu rozstrzygnięcia protestu,</p> <p>5 dni, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 (poniżej „progów unijnych”).</p>	<p>1) 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia (przy użyciu faksu lub drogi elektronicznej) albo w terminie 15 dni (jeżeli zostały przesłane w formie pisemnej lub gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza „progów unijnych”);</p> <p>2) 5 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia (przy użyciu faksu lub drogi elektronicznej), albo 10 dni (jeżeli zostały przesłane w formie pisemnej lub gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza „progów unijnych”);</p> <p>Odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, także wobec postanowień SIWZ, wnosi się w terminie:</p> <p>1) 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia SIWZ na stronie internetowej – (wartość zamówienia powyżej „progów unijnych”);</p> <p>2) 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub SIWZ na stronie internetowej - (wartość zamówienia poniżej „progów unijnych”).</p> <p>Odwołanie wobec czynności innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się:</p> <p>1) w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza „progów unijnych” - w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia;</p> <p>2) w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza od „progów unijnych” - w terminie 5 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.</p> <p>4. Jeżeli zamawiający nie opublikował ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy lub mimo takiego obowiązku nie przesłał wykonawcy zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej lub nie zaprosił wykonawcy do złożenia oferty w ramach dynamicznego systemu zakupów lub umowy ramowej, odwołanie wnosi się nie później niż w terminie:</p> <p>1) 15 dni od dnia zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo 30 dni od dnia publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszenia o udzieleniu zamówienia, a w przypadku udzielenia zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki albo zapytania o cenę - ogłoszenia o udzieleniu zamówienia z uzasadnieniem;</p> <p>2) 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy, jeżeli zamawiający:</p> <p>a) nie opublikował w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszenia o udzieleniu zamówienia; albo</p> <p>b) opublikował w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszenie o udzieleniu zamówienia, które nie zawiera uzasadnienia udzielenia zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia albo zamówienia z wolnej ręki;</p> <p>3) 1 miesiąca od dnia zawarcia umowy, jeżeli zamawiający:</p> <p>a) nie zamieścił w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o udzieleniu zamówienia; albo</p> <p>b) zamieścił w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o udzieleniu zamówienia, które nie zawiera uzasadnienia udzielenia zamówienia w trybie negocjacji</p>

			bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki albo zapytania o cenę.
Termin rozpoznania odwołania	10 dni od upływu ostatniego z terminów na wniesienie protestu, 10 dni od dnia jego wniesienia, jeśli protest nie dotyczy: 1) treści ogłoszenia, 2) postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, 3) wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia, odrzucenia ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty - w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, negocjacji bez ogłoszenia i zapytania o cenę, 4) wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia albo odrzucenia ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty - w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego	15 dni od dnia doręczenia Prezesowi UZP	15 dni od dnia doręczenia Prezesowi KIO

Ustawodawca usuwając protest nie pozostawił wykonawcy bez możliwości nieodpłatnej i sformalizowanej obrony. Wprowadzono tryb przed odwoławczy, który polegał na poinformowaniu zamawiającego o czynności niezgodnej z prawem. Objęte tym trybem były czynności, na które nie przysługiwało odwołanie zgodnie z art. 180 ust. 2 PrZamPubl2004. Można dostrzec analogię do protestu, który co prawda był szczegółowo regulowany przez ustawę, to efekty jakie przynosił można porównać z tym trybem wprowadzonym po jego usunięciu.

Przemodelowanie środków ochrony prawnej z 2010r. było największą zmianą od wprowadzenia nowej ustawy w 2004r. W przedmiocie odwołania, kolejne nowelizacje nie wносиły już tak wiele w ich istotę. Nowelizacja z 2013r.²¹⁵ przyniosła zmiany w zakresie informacji niejawnych. Rozszerzono katalog spraw, w których odwołanie powinno być rozpoznawane na posiedzeniu niejawnym, jeżeli przy jego rozpoznaniu mogłaby być ujawniona informacja niejawna. Wyłączenie jawności w całości mogło być podyktowane także „ważnym interesem stron”, a jeśli odwołanie wniesiono w postępowaniu o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, gdzie dokumentacja obejmowała swoim zakresem istotne informacje, to na wniosek prezesa KIO, prezes UZP wskazuje miejsce rozpoznania odwołania.

Zobligowano członków KIO do zachowania poufności informacji niejawnych lub innych zawartych w dokumentacji odwoławczej (dotyczy to w takim samym zakresie

²¹⁵ Ustawa o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi z dnia 12 października 2012r. (Dz. U. z 2012 r. poz. 1271).

zawartych w postępowaniu informacja jak i danych uczestników postępowania). Obronność i bezpieczeństwo stały się przyczynkiem do uszczegółowienia pojęcia „ważnego interesu”, w sytuacji gdy odwołanie zostało uwzględnione, a umowa zawarta. Za ważny interes publiczny należy uznać taki, który w szczególności dotyczy dziedzin obronności i bezpieczeństwa. Ustawodawca w pewnym sensie *a contrario* do przepisu, który stanowi o tym, że KIO nie ma prawa nakazać zawarcia umowy, odbiera jej prawo do jej unieważnienia, jeżeli „mogłoby to stanowić istotne zagrożenie dla szerszego programu obrony i bezpieczeństwa niezbędnego ze względu na interesy związane z bezpieczeństwem Rzeczypospolitej Polskiej”.

Powodem kolejnej nowelizacji²¹⁶ ingerującej w materię postępowania odwoławczego była rażąco niska cena, gdyż zarzut ten jest bardzo subiektywny. Wiele czynników może mieć wpływ na to, czy zaoferowana cena będzie mogła być posądzona o to, że jest rażąco niska. Problemem okazał się sposób udowodnienia, że cena zaoferowana przez odwołującego lub wybrana przez zamawiającego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Jeśli więc zamawiający odrzucił ofertę wykonawcy, który złożył odwołanie to na wykonawcy odwołującym się od tej decyzji ciąży obowiązek udowodnienia, że cena ta nie jest rażąco niska. Jeśli jednak zamawiający wybrał ofertę, a inny uczestnik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego złożył odwołanie, powołując się przy tym na zarzut rażąco niskiej ceny wybranej oferty to zamawiający, który ją wybrał musi udowodnić, że nie zawiera ona rażąco niskiej ceny.

Od 28 lipca 2016r.²¹⁷ obowiązywał już nowy katalog czynności dokonywanych w postępowaniach poniżej „progów unijnych”, na które można było wnieść odwołanie. Umożliwiono złożenie odwołania wobec czynności dokonanych przy opisie przedmiotu zamówienia oraz wyborze najkorzystniejszej oferty. Dokonano także szeregu mniejszych zmian takich jak:

1. wprowadzono możliwość wniesienia odwołania „w postaci” elektronicznej (uprzednio w „formie” elektronicznej),
2. odwołanie po nowelizacji jest „podpisane” (przedtem „opatrzone) bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym „przy pomocy”, a nie „za pomocą” ważnego kwalifikowanego certyfikatu (zmienione w związku z ustawą z dnia 5 września 2016r.²¹⁸ na „w postaci papierowej albo w postaci elektronicznej”), który może być

²¹⁶ Ustawa o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 sierpnia 2014r. (Dz.U. Z 2014 r. poz. 1232).

²¹⁷ Ustawa o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw z dnia 22 czerwca 2016r. (Dz.U. z 2016 r. poz. 1020).

²¹⁸ Ustawa o usługach zaufania oraz identyfikacji elektronicznej z dnia 5 września 2016r. (Dz. U. z 2016r. poz. 1579).

zastąpiony równoważnym środkiem, spełniającym wymagania tego rodzaju podpisu (usunięty w związku z ustawą z dnia 5 września 2016r.²¹⁹),

3. przesłanie kopii odwołania może nastąpić „przy użyciu środków komunikacji elektronicznej”, wykluczając tym samym faks,
4. odpowiedź na odwołanie wnosi się nie „na piśmie”, a w „formie pisemnej” i to samo tyczy się sprzeciwu.

Jedną z ważniejszych zmian, było zrównanie soboty z dniem ustawowo wolnym od pracy, a w takim przypadku, jeśli termin do dokonania czynności wypadał w sobotę (lub inny dzień wolny od pracy) to upływał on następnego dnia, który tym dniem nie był²²⁰. Ponadto, dopuszczono możliwość umorzenia postępowania przez KIO na posiedzeniu niejawnym i bez obecności stron i uczestników postępowania. Aby tak się stało musiały wystąpić następujące przesłanki:

1. zamawiający musiał uwzględnić część zarzutów przy wycofaniu pozostałych zarzutów przez odwołującego,
2. po stronie zamawiającego nie mógł w terminie przystąpić do postępowania odwoławczego żaden wykonawca, a jeśli przystąpił, to nie mógłby on w takim przypadku złożyć sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów,
3. KIO rozpatruje odwołanie, jeśli uczestnik postępowania odwoławczego, przystępujący po stronie zamawiającego wniesie sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów wynikających z odwołania w całości albo w części, gdy pozostałe zarzuty odwołania nie zostaną przez odwołującego wycofane,
4. odwołanie jest rozpatrywane również w sytuacji, gdy zamawiający uwzględni zarzuty w części, a odwołujący nie wycofa pozostałych zarzutów.

Ostatni punkt wpłynął na sposób ponoszenia kosztów postępowania odwoławczego. Koszty postępowania ponosił odwołujący, jeśli odwołanie zostało oddalone przez izbę w części zarzutów, których zamawiający nie uwzględnił. Zamawiający z kolei, ponosił koszty postępowania, gdy KIO uwzględniła zarzuty w części, których zamawiający nie uwzględnił.

Następnie wskazano na problematykę postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, których wartość nie przekracza „progów unijnych”. Zakres pozostał praktycznie taki sam jak przed zmianami. Doprecyzowano wyłącznie to, że odrzucenie oferty lub wykluczenie

²¹⁹ Ibidem.

²²⁰ Zmiana ta miała charakter czysto pragmatyczny i związana była z godzinami urzędowania UZP. W sobotę urząd nie pracuje, a w związku z tym w praktyce termin do wniesienia odwołania ulegał automatycznemu skróceniu o jeden dzień pod warunkiem, że wykonawca chciałby złożyć odwołanie osobiście na biurze podawczym.

z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stanowi przesłankę wyłącznie dla odwołującego, którego ta sytuacja dotyczy. W zmienionych przepisach, ustawa dopuszczała możliwość wniesienia odwołania w formie elektronicznej, a nie tylko pisemnej. Nie mógł być to e-mail, a wyłącznie dokument opatrzony bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu.

§3. Kontrola respektowania prawa zamówień publicznych przez zamawiających

Kontrola rozumiana jako weryfikacja prawidłowości zachowań i działań podmiotu podlegającego kontroli²²¹ odgrywa ważną rolę w funkcjonowaniu nie tyle samego systemu zamówień publicznych²²², co administracji publicznej w ogóle. Nie sposób nie zgodzić się z poglądem, jakoby współczesne państwo mogłoby sprawnie działać bez kontroli²²³. Kontrola jest rodzajem działalności, który polega na ustaleniu stanu obowiązującego, ustaleniu stanu rzeczywistego oraz ustaleniu stopnia ich zgodności na podstawie relacji z zachodzącymi między wyznaczeniami a wykonaniami²²⁴. Trudno byłoby nie przychylić się do zaproponowanej przez A. Panasiuka definicji kontroli na gruncie zamówień publicznych, który wskazuje, iż są to działania systematyczne i kierunkowe mające na celu ustalenie zgodności z ogólnymi normami i zasadami dokonywanych przez podmioty funkcjonujące w systemie zamówień publicznych oraz czy zmierzają one do osiągnięcia założonych celów²²⁵. Od kontroli należy odróżnić nadzór²²⁶, który w realiach zamówień publicznych²²⁷ wiąże się z możliwością władczego oddziaływania na działalność kontrolowanego, gdzie w takim sensie, kontrola może być częścią nadzoru²²⁸.

²²¹ J. Presz - Król, A. Adach - Nerwińska, *Odpowiedzialność karna i materialna jako konsekwencje naruszania ustawy prawo zamówień publicznych*, [w:] *Kontrola zamówień publicznych*, pod. Red. T. Kocowski, J. Sadowy, Wrocław – Warszawa 2013, s. 77.

²²² Zob. A. Panasiuk, *System zamówień publicznych. Zarys wykładu*, Warszawa 2013, s. 210 gdzie autor motywuje kontrolę w systemie zamówień publicznych wrażliwą materią, podatną na różnego rodzaju nieprawidłowości.

²²³ P. Szustakiewicz, *Kontrola zamówień publicznych. Zagadnienia ogólne*, Warszawa 2011, s. 1.

²²⁴ Zob. U. Kalina-Prasznic, *Encyklopedia prawa*, Warszawa 2007, s. 327 oraz <https://sjp.pl/kontrola> (dostęp: 2019-10-22 23:11).

²²⁵ A. Panasiuk, *System zamówień publicznych. Zarys wykładu*, Warszawa 2013, s. 206-207.

²²⁶ Więcej na ten temat zob. M. Szydło, *Prawna koncepcja zamówienia publicznego*, Warszawa 2014, s. 49-139.

²²⁷ Zob. Kontrola Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych – regulacje prawne oraz instrukcje, źródło: <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/kontrola-prowadzone-przez-uzp/kontrola-prezesa-urzedu-zamowien-publicznych-regulacje-prawne-oraz-instrukcje>, (dostęp: 2019-10-22 23:12).

²²⁸ H. Nowicki, *Kontrola uprzednia realizowana przez Prezesa urzędu zamówień publicznych*, [w:] *Zamówienia publiczne jako instrument sprawnego wykorzystania środków unijnych*, pod red. E. Adamowicz i J. Sadowego, Gdańsk – Warszawa 2012, s. 213.

Wszelka działalność związana z wydatkowaniem środków pieniężnych wymaga nadzoru lub kontroli, który będzie w sposób doraźny i prewencyjny zapobiegał nadużyciom lub działaniom niezgodnym z prawem, czy to zamierzonym, czy też wynikających z niewiedzy²²⁹. Sektor publiczny narażony jest szczególnie na wszelkiego typu działania, które w konsekwencji mogą mieć wpływ na szkodę państwa.

Udzielenie zamówienia publicznego wiąże się z nabywaniem określonych dóbr mających zaspokoić potrzeby publiczne z rynku prywatnego poprzez wydatkowanie środków publicznych. Kontrola instytucji odpowiedzialnych za prowadzenie postępowań przetargowych jest pożądana i naturalna co bezpośrednio przekłada się na zwiększenie jakości udzielanych zamówień. Ta jakość wynika także z odpowiedzialności, jaką ponoszą zamawiający w sytuacji, gdy dokonywane czynności są sprzeczne z prawem. Niewątpliwie równie motywująca w dążeniu do jak najlepszego stosowania przepisów PrZamPubl2019 jest chęć uniknięcia kontroli lub pozytywne ich przechodzenie, a to wymusza na zamawiających ostrożność w podejmowaniu działań oraz nieustanne dążenie do doskonalenia swoich umiejętności z zakresu przeprowadzania postępowań o udzielanie zamówień publicznych.

Najbardziej istotnym podmiotem uprawnionym do kontrolowania udzielanych zamówień publicznych oraz prowadzonych postępowań przez zamawiających są sami wykonawcy. To oni zazwyczaj dysponują najbardziej rozległą wiedzą z zakresu danego zamówienia i dziedziny, którą reprezentują. Sama chęć uzyskania zamówienia sprawia, że wykonawca biorący udział w postępowaniu, dokłada wszelkich starań, by to zamówienie pozyskać i podpisać umowę z zamawiającym. Te starania wiążą się również z analizą zapisów SWZ i OPZ sporządzanych przez zamawiających, ale także weryfikacją stosowania przepisów wszczętej przez nich procedury. Taki rodzaj kontroli jest doraźny i działa wyłącznie jako analiza dokumentacji przetargowej, która może skutkować złożeniem odwołania przez wykonawcę lub wnioskiem o kontrolę do prezesa UZP²³⁰. Jest to jednak kontrola ułomna gdyż jej wynik uzależniony jest od stopnia wiedzy kontrolującego, a ten ponad to, że jest subiektywny w tworzeniu jakichkolwiek osądów może też nie posiadać odpowiedniej wiedzy.

²²⁹ Zob. A. Kowalewska, J. Szut, J. Głuszyński, *Raport z badania systemu kontroli zamówień publicznych i jego wpływu na funkcjonowanie rynku zamówień publicznych*, Warszawa 2013, s. 34, gdzie autorzy wskazują na to, iż przeprowadzane kontrole zamówień publicznych mają najczęściej charakter *ex-post*, a jedynie kontrole uprzednie UZP mają charakter *ex-ante* i jako takie, mogą być uznane za przeciwdziałające naruszeniom; J. Grzywaczewska, M. Szydlik – Derczyńska, M. Namysłowska, D. Lubasz, *Kontrola udzielania zamówień publicznych w świetle prawa polskiego i unijnego* [w:] *Ekonomiczne i prawne zagadnienia zamówień publicznych*, pod red. A. Borowicz, M. Królikowska – Olczak, J. Sadowy, W. Starzyńska, Warszawa 2010, s. 305.

²³⁰ Stroną najczęściej inicjującą kontrolę prezesa UZP jest wykonawca jako uczestnik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na co wskazuje wynika badania przedstawiony w opracowaniu Urzędu Zamówień Publicznych, patrz: *Wyniki przeprowadzonych w 2017 r. przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kontroli zamówień współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej*, Warszawa 2018, s. 7.

Można w tym kontekście wyróżnić chociażby kontrolę społeczną, gdzie zabiegi wykonawców wraz z działalnością obywateli, dziennikarzy czy osób interesujących się sprawami jednostek publicznych podejmują wszelkie działania mające za zadanie wykrycie ewentualnych nieprawidłowości w stosowaniu przepisów PrZamPubl2019.

Proces udzielania zamówień publicznych podlega szerokiej kontroli wielu zróżnicowanym organom państwowym²³¹. Może to świadczyć o tym, jak wiele uwagi poświęca się postępowaniom o udzielenie zamówienia publicznego z punktu widzenia legalności podejmowanych działań przez zamawiających. Całe postępowanie, czyli dokonywane przez zamawiającego czynności mających dać efekt w postaci realizacji zamówienia publicznego złożone jest z działań podlegających ścisłej kontroli. Pierwszym tego typu działaniem jest wybór przez zamawiającego trybu postępowania, w jakim zostanie uruchomione postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego.

Przekłada się to bezpośrednio na mechanizmy, które je regulują oraz materię, która może być badana co najmniej krzyżowo²³². Ustawa PrZamPubl wyszczególnia dwa rodzaje kontroli sprawowanej przez Prezesa UZP nad postępowaniami o zamówienia publiczne²³³, są to kontrole doraźne oraz kontrole uprzednie zamówień współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej. Ważnym aspektem kontroli jest ich zakres, który obejmuje wyłącznie zgodność z przepisami, czynności dokonywanych przez zamawiających w trakcie postępowań o udzielenie zamówienia publicznego²³⁴. Uprawnienia oraz obowiązki Prezesa UZP oraz zakres jego działań sprawiają, że staje się on organem odpowiedzialnym za prawidłowe funkcjonowanie systemu zamówień publicznych,²³⁵ czy też innymi słowy, nadaje mu miano gospodarza systemu zamówień publicznych²³⁶.

²³¹ Por. m.in. A. Kowalewska, J. Szut, J. Głuszyński, *Raport z badania systemu kontroli zamówień publicznych i jego wpływu na funkcjonowanie rynku zamówień publicznych*, Warszawa 2013, s. 21, gdzie autorzy wskazują na najważniejsze organy szeroko pojętego systemu nadzoru i kontroli udzielania zamówień publicznych, wskazując przy tym w pierwszej kolejności na prezesa UZP, następnie NIK, RIO, komisje orzekające o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych oraz UKS.

²³² Kontrola jednej instytucji nie wyklucza kontroli innej lub kilku w tym samym czasie.

²³³ Kompetencje kontrolne Prezesa UPZ ustawa określa w art. 603 – 617 PrZamPubl2019.

²³⁴ Por. H. Niedziela (red.) i in., *Nowe podejście do zamówień publicznych. Podręcznik*, Warszawa 2011, s. 364, zob. również T. Czajkowski, *Prawo zamówień publicznych, Komentarz wydanie trzecie*, Warszawa 2007, s. 448, gdzie autor wskazuje, iż należy ściśle interpretować zakres kontroli, ograniczając go *de facto* wyłącznie do badania zgodności postępowania przetargowego z przepisami ustawy oraz aktów wykonawczych, które zostały wydane na jej podstawie.

²³⁵ Z. Czarnik [w:] S. Babiaryz, Z. Czarnik, P. Janda, P. Pelczyński, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz wydanie 1*, Warszawa 2010, s. 20.

²³⁶ Takie miano nadaje mu P. Szustakiewicz, *Kontrola zamówień publicznych. Zagadnienia ogólne*, Warszawa 2011, s. 37, który słusznie zauważa rangę piastowanego przez niego urzędu podległego bezpośrednio Prezesowi Rady Ministrów.

Materia wymagająca kontroli jest na tyle rozległa, że jedna instytucja kontrolująca nie byłaby w stanie prawidłowo funkcjonować lub dokonywane przez nią działania mogłyby być obciążone wadami i długim okresem oczekiwania na wyniki kontroli.

W nawiązaniu do powyższych przemyśleń, należy wskazać na inne podmioty mogące kontrolować wydatkowanie środków publicznych. Ważną rolę odgrywają regionalne izby obrachunkowe (dalej: RIO). Są to wyspecjalizowane organy kontroli, które charakteryzuje rozproszony model funkcjonowania. Nie ma jednej regionalnej izby obrachunkowej, która zakresem swoich działań obejmowałaby cały kraj. Przedmiotem ich działania są między innymi tryby dokonywania zamówień przez jednostki samorządu terytorialnego (dalej: JST), a biorąc pod uwagę fakt, że jest to najliczniejsza grupa zamawiających, to i zakres przedmiotowy kontroli determinuje ich decentralizację²³⁷.

Nie sposób pominąć kompetencji głównego strażnika środków publicznych, jakim niewątpliwie jest Najwyższa Izba Kontroli (dalej: NIK). Jako naczelny organ kontroli państwowej NIK bada przede wszystkim wykonanie budżetu państwa, sposób wydatkowania środków publicznych, gdzie kontrole zorientowane są na legalność i celowość podejmowanych działań. Uprawnienia tego organu dają mu kompetencje szerokiej analizy działań nie tylko podmiotów zajmujących się bezpośrednio wydatkowaniem publicznych pieniędzy, a również instytucji, które je kontrolują²³⁸. Można dostrzec pewne zagrożenie w sytuacji, gdy organ o tak rozległej władzy i nadzorze nad wszystkimi organami władzy publicznej, sam staje się zamawiającym. W sytuacji wszczęcia postępowania odwoławczego w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez NIK jako zamawiającego dochodzi do zapętlenia kompetencji pomiędzy KIO i NIK-iem jako z jednej strony podmiotem kontrolowanym i z drugiej kontrolującym.

Innym charakterem, aczkolwiek nadal kontrolnym, wykazuje się kontrola skarbowa. Jest to specjalny rodzaj kontroli mający charakter policyjny chroniący interesy Skarbu Państwa wynikający z wykonywania zobowiązań podatkowych i innych należności, które składają się na dochody budżetu państwa. Kontrola skarbowa ma wykrywać nieprawidłowości zaistniałe w trakcie prowadzenia procedur przetargowych, zarówno po stronie zamawiających (zapobieganie korupcji i defraudacji), jak i wykonawców (wywiązywanie się z obowiązków podatkowych)²³⁹.

²³⁷ P. Szustakiewicz, *Kontrola zamówień publicznych. Zagadnienia ogólne*, Warszawa 2011, s. 47.

²³⁸ Ibidem, s. 15.

²³⁹ Ibidem, s. 59.

Najważszymi pod względem zakresu kontroli oraz najmniej popularnymi jednakże równie istotnymi jak wyżej wskazane, są kontrole Prezesa Rady Ministrów, Centralnego Biura Antykorupcyjnego i Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych.

§4. Status prawny Krajowej Izby Odwoławczej i jej wyroków

Aby można było ustalić jaki jest status prawny KIO oraz wydawanych przez nią wyroków należy w pierwszej kolejności odpowiedzieć na pytanie, czym jest KIO i dlaczego zostało powołane do życia. Na stronie rządowej Urzędu Zamówień Publicznych²⁴⁰ zamieszczono informacje, z których wynika, że KIO jest organem właściwy „do rozpoznawania odwołań wnoszonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego”, który powołano do życia 5 grudnia 2007r. W związku z tym, „Izba zastąpiła dotychczas rozpatrujące odwołania Zespoły Arbitrów, złożone z arbitrów wpisanych na listę prowadzoną przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych²⁴¹”. Przepisy regulujące działalność KIO zostały zamieszczone w art. 473 – 492 PrZamPubl2019, które tworzą rozdział drugi działu ósmego PrZamPubl2019. Ustawodawca wskazuje w art. 473 PrZamPubl2019, że jest to organ właściwy do rozpoznawania odwołań, które zgodnie z dyspozycją art. 513 PrZamPubl2019 przysługują wykonawcy, rozpoznawania wniosków zamawiającego o uchylenie zakazu zawarcia umowy zgodnie z dyspozycją art. 578 ust. 1 PrZamPubl2019 oraz w związku z art. 577 PrZamPubl2019, który tworzy regułę uniemożliwiającą zamawiającemu dokonania tejże czynności. KIO jest także organem właściwym do podejmowania uchwał opiniujących zastrzeżenia zamawiającego, skierowane w kierunku wyników kontroli uprzedniej i doraźnej, którą prowadzi prezes UPZ. KIO działa za pomocą swoich organów, którym jest jej prezes oraz zgromadzenie ogólne tworzone przez członków KIO.

KIO nie wpisuje się w kategorię sądu określoną przez art. 175 ust. 1 Konstytucji RP²⁴². Wyroki w imieniu Państwa Polskiego na podstawie art. 174 Konstytucji mogą wydawać tylko sądy i trybunały²⁴³. Jak słusznie zauważył J. Pieróg można stwierdzić, że KIO jest to organ państwowy, który został ustanowiony w drodze ustawy²⁴⁴. Autor wskazuje, że powołano go „w celu profesjonalizacji rozstrzygnięcia sporów w zamówieniach publicznych²⁴⁵”, które z biegiem

²⁴⁰ <https://www.uzp.gov.pl/kio> (dostęp: 2021-11-06 19:40).

²⁴¹ <https://www.uzp.gov.pl/kio/o-kio/podstawowe-informacje-o-kio> (dostęp: 2021-11-06 19:40).

²⁴² Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483).

²⁴³ Ibidem.

²⁴⁴ J. Pieróg, *Krajowa Izba Odwoławcza w systemie zamówień publicznych. Temat numeru: dziesięciolecie Krajowej Izby Odwoławczej*, *Zamówienia Publiczne Doradca* 2017/12, s. 12-16.

²⁴⁵ Ibidem.

czasu stają się coraz bardziej wymagające pod kątem prawnym, biorąc pod uwagę zawilgości formalne oraz kwestie finansowe, które przysparzają problemów nie tylko stronom postępowania, ale również organom takim jak KIO²⁴⁶. Według J. Pieróga powołanie KIO miało zapewnić profesjonalizm i merytoryczność w toku prowadzonego postępowania odwoławczego. Jednym z elementów, który miał pomóc w osiągnięciu tego założenia były działania zawodowych członków Izby, tworzących wyspecjalizowany organ. Działania te miały zagwarantować niezawisłość przy rozpatrywaniu spraw, a podejmowane przez członków Izby czynności miały być sprawne i przebiegać w krótkim terminie zapewniając przy tym jak najszybsze zakończenie procedury odwoławczej. Autor wskazuje na kwestie statutowe Izby, która w związku z tym, że nie jest ani sądem ani trybunałem, to w konsekwencji należy zdefiniować ją jako organ państwowy wydający orzeczenia. Taki stan prowadzi z kolei do wniosku, że KIO z pewnością jest organem administracyjnym podlegającym ministrowi właściwemu do spraw gospodarki²⁴⁷. Można spotkać się z poglądami, (na które również autor zwraca uwagę), wskazującymi na potrzebę uzupełnienia art. 175 ust. 1 Konstytucji o KIO, definiując ją tym samym jako sąd²⁴⁸ przez co wzmocniłoby się jej pozycję ustrojową. J. Pieróg, nie negując takiego stanowiska, stwierdza jedynie, że nie ma takiej potrzeby, gdyż obecny kształt Izby jest „w pełni zadowalający”, a tworzenie z KIO wymiaru sprawiedliwości uważa za „niepotrzebne”²⁴⁹.

Inaczej uważa M. Grabarczyk, która widzi w KIO wyspecjalizowany organ nieposiadający statusu sądu powszechnego ani administracyjnego²⁵⁰. Autor proponuje rozróżnienie pojęcia „sąd” na dwóch płaszczyznach, tj. w rozumieniu konstytucyjnym oraz w rozumieniu ustawodawstwa europejskiego²⁵¹. W związku z tym, M. Grabarczyk stawia tezę, iż KIO pomimo tego, że nie jest sądem w ujęciu konstytucyjnym, to w ujęciu funkcjonalnym i w związku z prawem UE można ją sądem nazywać i tak ją traktować²⁵². Autor postuluje „przekształcenie KIO w sąd” jako zabieg zdecydowanie prostszy od zmiany konstytucji, która mogłaby uniezależnić KIO od administracji rządowej i ulokowanie jej przy Prezydencie RP.

²⁴⁶ Ibidem.

²⁴⁷ Ibidem.

²⁴⁸ Zob. R. Szostak, *10-lecie funkcjonowania Krajowej Izby Odwoławczej – co dalej?*, w: M. Stręciwilk, M. Rakowska (red.), *X – Lecie funkcjonowania Krajowej Izby Odwoławczej*, Warszawa 2017, s. 40 lub R. Szostak, *O potrzebie wzmocnienia statusu Krajowej Izby Odwoławczej – z perspektywy 10-lecia jej działalności*, PZP rok 2017 numer 1 str. 3.

²⁴⁹ J. Pieróg, *Krajowa...*, s. 12-16.

²⁵⁰ M. Grabarczyk, *Procedury odwoławcze w Polsce i Niemczech – porównanie wybranych aspektów instytucjonalnych i proceduralnych*, PZP rok 2012 numer 3 str. 41.

²⁵¹ Ibidem.

²⁵² Ibidem.

R. Szostak z kolei stwierdza, że pod względem ustrojowym KIO zostało ukształtowane jako „centralny organ administracji rządowej podległy Prezesowi Rady Ministrów, z obsługą kancelaryjną sprawowaną przez Urząd Zamówień Publicznych (dalej: UZP)”²⁵³. Autor wskazuje, że KIO usytuowane jest w strukturach administracyjnych o charakterze rządowym z uwagi na swój administracyjny charakter związany z jego funkcjonowaniem jako izby w kontekście strukturalnym, a pomimo to postrzega się ją w kategoriach organu jurysdykcyjnego, powołując się przy tym na wyrok Trybunału Konstytucyjnego²⁵⁴, gdzie KIO definiowane jest jako organ I instancji w postępowaniu jurysdykcyjnym. Autor odwołuje się do wyroku TSUE, który postrzega KIO jako „sąd” w rozumieniu prawa traktatowego²⁵⁵, uznając przy tym taki stan za wyłom od konstytucyjnej zasady sądowego wymiaru sprawiedliwości. R. Szostak, pomimo pozytywnego odbioru działalności KIO widzi potrzebę wzmocnienia statusu Izby poprzez opracowanie, ustanowienie legislacyjne oraz wdrożenie praktycznego sądowego modelu jurysdykcyjnego, który na zasadzie sądu szczególnego orzekałby w szybkim postępowaniu odrębnym²⁵⁶.

Inną definicję KIO stanowiącą o jej statusie przyjął P. Pogonowski, który widzi w Izbie orzecznicy organ administracyjny, wyspecjalizowany do „załatwiania odwołań” w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego²⁵⁷. Według autora, organ ten posiada uprawnienia jurysdykcyjne (*quasi* – sądowe) jak również, określa go jako niezależny strukturalnie twór, który posiada własne organy zapewniające prawo do sprawiedliwego postępowania²⁵⁸.

M. Rakowska jako prezes KIO²⁵⁹ wskazuje na równie ważny aspekt związany ze statusem Izby, który występuje jako podmiot kształtujący wykładnię przepisów ustawy z punktu widzenia praktyki²⁶⁰. Ponadto M. Rakowska postrzega KIO jako stały, zawodowy

²⁵³ R. Szostak, *O potrzebie wzmocnienia statusu Krajowej Izby Odwoławczej – z perspektywy 10-lecia jej działalności*, PZP rok 2017 numer 1 str. 3; w dalszej części artykułu autor odwołuje się do nowelizacji z 2016r., która wprowadziła (zdaniem autora niepotrzebnie) zmianę w kwestii podległości KIO, wyciągając ją z pod pieczy Prezesa RM i oddając ją przy tym Ministrowi Rozwoju. Zdaniem R. Szostaka zabieg ten poważnie nadwyrężył podstawy jurysdykcyjne statusu KIO.

²⁵⁴ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 13 czerwca 2006 r. SK 54/04, LEGALIS nr 75240.

²⁵⁵ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 13 grudnia 2012 r. C-465/11, LEGALIS nr 551733.

²⁵⁶ R. Szostak, *O potrzebie wzmocnienia statusu Krajowej Izby Odwoławczej – z perspektywy 10-lecia jej działalności*, PZP rok 2017 numer 1 str. 3.

²⁵⁷ P. Pogonowski, *Status prawny Krajowej Izby Odwoławczej wg Prawa zamówień publicznych*, Prawo zamówień publicznych numer 1/2008 str. 13.

²⁵⁸ Por. z J. Jerzykowski [w:] W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, 7. wydanie, Warszawa 2018, s. 1356.

²⁵⁹ W okresie od 14.06.2016 do 14.06.2019 Prezes Krajowej Izby Odwoławczej. Z dniem 15.06.2019 r. powołana na stanowisko Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej kolejnej kadencji - <https://www.uzp.gov.pl/kio/o-kio/wladze-kio/prezes-izby-malgorzata-rakowska> (dostęp: 2020-02-21 16:33).

²⁶⁰ P. Zatyka, *Organ bezstronny, niezawisły i powszechnie akceptowany*, Wywiad z Małgorzatą Rekowskią, Prezes Krajowej Izby Odwoławczej, Zamówienia Publiczne Doradca, 2017/12.

organ orzecznicy mający na celu usprawnienie i przyspieszenie rozpatrywania odwołań²⁶¹. Jest on określany jako organ bezstronny, niezawisły i powszechnie akceptowany, który wytacza kierunki interpretacji i stosowania przepisów ustawy w związku z czym orzeczenia KIO wywierają ogromny wpływ na praktykę związaną ze stosowaniem tych przepisów²⁶².

Nie sposób zaprzeczyć, że KIO zostało powołane, aby stać na straży prawa. Z tym, że KIO zasięgiem orzekania obejmuje wyłącznie konkretnie zindywidualizowane podmioty, które zawężają się do uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W związku z czym, nie można wszcząć postępowania odwoławczego od postępowania nie będącego postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego w rozumieniu PrZamPubl2019.

Wszczynane przez Izbę postępowanie na wniosek uprawnionej strony ma niewątpliwie charakter prewencyjny²⁶³. W związku z tym, że KIO nie posiada jasno sprecyzowanej pozycji na gruncie konstytucyjnym, która określiłaby jej status, to rozbieżne stanowiska w doktrynie nie są niczym zaskakującym²⁶⁴. Sam wyrok Trybunału Konstytucyjnego²⁶⁵ nie zaspokaja w pełni potrzeby uregulowania tej materii. Pomimo tego warto zauważyć, że w wyroku TK jest mowa o zespole arbitrów, który został określony organem *quasi-sądowym*. Nie ma wyroku TK, który w ten sam sposób określiłby KIO, bo i nie ma takiej potrzeby, o czym świadczy fakt uznania przez doktrynę kontynuacji tego poglądu, również w stosunku do niej²⁶⁶. Wziąwszy pod uwagę, że zmienił się organ, który prowadził postępowanie odwoławcze oraz zmianie uległy pewne elementy tego postępowania, to nadal jest to postępowanie o charakterze jurysdykcyjnym²⁶⁷. Należałoby zastanowić się nad tym, czy *quasi-sądowy* charakter KIO jest determinowany tym, że prowadzone przez niego postępowanie ma charakter jurysdykcyjny czy to, że TK ocenił je w ten właśnie sposób nie determinuje jego statusu. Faktem jest, że KIO nie jest sądem, a członkowie KIO choćby poprzez swoją niezawisłość nie mogą być identyfikowani z sędziami sądów powszechnych oraz ich niezawisłością sędziowską²⁶⁸.

²⁶¹ Ibidem.

²⁶² Ibidem.

²⁶³ J. May, *Charakter prawny orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej w sporach przedumownych z zakresu zamówień publicznych*, Kwartalnik Prawo zamówień publicznych numer 3 str. 119.

²⁶⁴ Zob. np. J. May, *Charakter ...*, s. 119, w związku z J. Niczyporuk, *Krajowa Izba Odwoławcza – organ administracji regulacyjnej*, [w:] Nowe podejście do zamówień publicznych – zamówienia publiczne jako instrument zwiększania innowacyjności gospodarki i zrównoważonego rozwoju. Doświadczenia polskie i zagraniczne, Część I, red. J. Niczyporuk, J. Sadowy i M. Urbanek, Kazimierz Dolny 2011, s. 105 i n.; M. Grabarczyk, M. Stręciwilk, *Charakter prawny postępowania spornego przed Krajową Izbą Odwoławczą*, PZP nr 4(39)/2013, s. 95; A. Solecka, *Pozycja prawnoustrojowa Krajowej Izby Odwoławczej*, [w:] *Kontrola zamówień publicznych*, red. T. Kocowski, J. Sadowy, Wrocław – Warszawa 2013, s. 199 i n.

²⁶⁵ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 13 czerwca 2006 r. SK 54/04, LEGALIS nr 75240.

²⁶⁶ J. May, *Charakter...*, s.119

²⁶⁷ Ibidem, zobacz również: M. Jaworska, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 821.

²⁶⁸ Ibidem.

W powyższe rozważania wpisuje się także stanowisko M. Stręciwilk, która upatruje w Izbie podmiot będący częścią systemu organów rozstrzygających spory cywilne²⁶⁹. Autor rozważa, czy na podstawie krajowych i unijnych regulacji prawnych można uznać KIO za organ władzy wykonawczej lub sądowniczej²⁷⁰ by stwierdzić, że wykonuje ona zadania o charakterze jurysdykcyjnym pomimo tego, że sądem w znaczeniu formalnym nie jest. M. Stręciwilk stwierdza, że KIO jest niewątpliwie organem *quasi-sądowym* z tym, że upatruje w tym „pełnoprawną pierwszą instancję właściwą do rozpatrywania sporów w zakresie zamówień publicznych” przez co w konsekwencji zalicza Izbę do organów jurysdykcyjnych.

Przy rozpatrywaniu pozycji ustrojowej KIO warto zwrócić uwagę na to, że jest to organ niejednorodny²⁷¹, który w żaden sposób nie wpisuje się w szeroko rozumiany obszar podziału władzy. A. Panasiuk wskazuje na możliwość identyfikowania KIO jako organu administracji rządowej przez pryzmat powoływania jej członków i wyłącznie w tym zakresie z uwagi na brak podległości Prezesowi Rady Ministrów lub Radzie Ministrów oraz braku działania w układzie hierarchicznym²⁷². Pomimo to, autor bez wątpliwości uznaje KIO za organ administracji publicznej *sensu stricto* jako jednostkę administracji wyodrębnioną i posiadającą konstytutywne cechy organu administracyjnego. Autor neguje pogląd J. Niczyporuka, który nazywa KIO organem regulacyjnym²⁷³, za powód podając podstawę tego twierdzenia, która opiera się jedynie na tym, że KIO rozstrzyga spory podmiotów biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i sprowadza się wyłącznie do działalności w tym właśnie obszarze²⁷⁴. A. Panasiuk definiuje KIO jako organ administracyjny szczególnego rodzaju łączącego w sobie cechy różnych organów administracyjnych oraz sądowych²⁷⁵.

W doktrynie można spotkać się także z określeniem KIO jako organem wyspecjalizowanym administracji publicznej, która ma zasięg centralny i właściwy w zakresie rozpoznawania odwołań w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych, który ma uprawnienia orzecznicze i jurysdykcyjne²⁷⁶.

²⁶⁹ M. Stręciwilk, *Status prawny Krajowej Izby Odwoławczej w nowym ujęciu*, PZP rok 2015 numer 3 str. 240.

²⁷⁰ Ibidem.

²⁷¹ A. Panasiuk, *System zamówień publicznych zarys wykładu*, Warszawa 2013, s. 199.

²⁷² Ibidem, s. 201.

²⁷³ J. Niczyporuk, *Krajowa Izba Odwoławcza – organ administracji regulacyjnej*, [w:] *Nowe podejście do zamówień publicznych – zamówienia publiczne jako instrument zwiększenia innowacyjności gospodarki i zrównoważonego rozwoju. Doświadczenia polskie i zagraniczne*, UZP 2011 r., s. 105 i n.

²⁷⁴ A. Panasiuk, *System zamówień publicznych zarys wykładu*, Warszawa 2013, s. 204.

²⁷⁵ Ibidem, s. 205.

²⁷⁶ Zob. bliżej w opracowaniu pod red. J. Sadowego, *System zamówień publicznych w Polsce*, Warszawa 2013, s. 336.

Na płaszczyźnie sporów w doktrynie oraz różnych koncepcji przedstawionych powyżej, najbardziej odmienną koncepcję statusu KIO przedstawił Z. Czarnik wskazując za najbardziej właściwe określenie KIO mianem szczególnego organu państwowego, którego „status jest zbliżony do samorządowych kolegiów odwoławczych”²⁷⁷. Pogląd ten powstał w związku z brakiem zgody autora na stwierdzenie T. Czajkowskiego, który uważa, że Izba ma charakter stałego sądu polubownego²⁷⁸, co zostało stanowczo potępione²⁷⁹. T. Czajkowski, zmianę ustawy z 13 kwietnia 2007r.²⁸⁰ uznaje jako „kolejny, logiczny i konsekwentny krok na drodze ewolucji polskiego systemu środków ochrony prawnej”²⁸¹. Postrzega on KIO jako instytucję, która zawodowo zajmuje się rozstrzyganiem sporów, które powstają w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W kwestii związanej z charakterem prawnym KIO, T. Czajkowski wychodzi z rozważaniami na ten temat o krok dalej, zauważając przy tym wątpliwości w doktrynie. Te wątpliwości związane są między innymi z przepisami, które odnoszą się do sądu polubownego na podstawie art. 185 ust. 7 PrZamPubl2004. Pomimo świadomości autora na temat istotnych różnic w doktrynie co do ustalenia charakteru prawnego KIO czyli jego statusu, określa on go jako organ sądowy, zgodnie z prawem europejskim oraz orzecznictwem TSUE²⁸².

§5. Uwagi końcowe

Zamówienia publiczne jako cały system są w bardzo dużym stopniu narażone na wszelkiego typu naciski, malwersacje lub inne niepożądane działania, którym dla dobra ogółu należy się sprzeciwiać. Mnogość instytucji oraz zakres możliwości kontrolowania uczestników systemu zamówień publicznych jest duża i wynika przede wszystkim z tego jak ważnym i istotnym dla dobra państwa, uczestników postępowań przetargowych czy odbiorców końcowych w postaci społeczeństwa jest system zamówień publicznych. Potrzeba kontroli nie wynika bynajmniej ze słabej jakości znajomości przepisów regulujących tę materię. Jest to

²⁷⁷ Zob. Z. Czarnik, [w:] S. Babiaryz (red.), P. Janda, P. Pełczyński, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 615.

²⁷⁸ T. Czajkowski, *Prawo zamówień publicznych, Komentarz wydanie trzecie*, Warszawa 2007, s. 477.

²⁷⁹ Zobacz: J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz 14 wydanie*, Warszawa 2017, s. 723 i Z. Czarnik, [w:] S. Babiaryz (red.), P. Janda, P. Pełczyński, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 614.

²⁸⁰ Ustawa o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw z dnia 13 kwietnia 2007 r. (Dz.U. Nr 82, poz. 560)

²⁸¹ T. Czajkowski, *Od listy arbitrów do Krajowej Izby Odwoławczej. Część druga*, *Zamówienia Publiczne Doradca* nr 1/2018 str. 28.

²⁸² Ibidem.

wyraz dbałości oraz przejaw legalności tych instytucji, które funkcjonują po to, by system ten był sprawny i jak najbardziej wydajny, czego bez kontroli nie dałoby się uzyskać.

Przepisy regulujące odwołanie jako środek ochrony prawnej w zamówieniach publicznych ulegały zmianom na przestrzeni lat obowiązywania ustawy, lecz nie były to zmiany, które naruszały lub zmieniały go co do istoty. Odwołanie od samego początku było traktowane jako istotny środek przeciwdziałający nadużyciom, aczkolwiek w pierwotnej odsłonie nie pełnił on roli pierwszoplanowej.

Wykonawca chcący przeciwdziałać potencjalnym nadużyciom wynikającym ze stosowania ustawy przez zamawiającego oraz podejmowanym przez niego działaniom musiał w pierwszej kolejności złożyć protest, który powodował wszczęcie postępowania protestacyjnego²⁸³. Instytucja protestu funkcjonowała aż do 2009r. czyli do wprowadzenia tzw. „dużej nowelizacji”²⁸⁴ PrZamPubl2004, na mocy której protest został usunięty.

Protest w okresie, gdy jeszcze funkcjonował jako środek ochrony prawnej był w pewnym sensie odpowiednikiem odwołania postrzeganego w obecnej formie. Nie można w pełnym zakresie stwierdzić, iż protest po „dużej nowelizacji” przekształcił się w odwołanie, który to wyparł protest z systemu środków ochrony prawnej zamówień publicznych. O ile można doszukiwać się podobieństw między protestem, a odwołaniem na płaszczyźnie przedmiotowej, to postępowania, które je regulowały oraz ich zastosowanie były już dalece odmienne²⁸⁵. T. Czajkowski określił protest mianem „reklamacji” z uwagi na jego charakter *sui generis*, który wiązał się z tym, że protest był kierowany bezpośrednio do zamawiającego i przez niego rozpatrywany²⁸⁶. Autor zwraca również uwagę na szczególny charakter skargi kierowanej do sądu, która w tym okresie nie była traktowana przez przepisy PrZamPubl1994 jako środek odwoławczy, a jako szczególny środek kontroli sądowej i warto wspomnieć, że

²⁸³ Postępowanie protestacyjne toczyło się przed zamawiającym na podstawie przepisów art. 80-85 ZamPublU z 1994r.

²⁸⁴ Nowelizacja dokonana ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) wprowadzająca zmiany w zakresie środków ochrony prawnej, które wiązały się z implementacją dyrektywy odwoławczej 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007r. zmieniającą dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG mające na celu usprawnić procedury odwoławcze w systemie zamówień publicznych.

²⁸⁵ Protest był środkiem ochrony prawnej, który z założenia miał rozstrzygać spory w sposób szybki, gdzie kluczem do szybkości miał być jego wewnętrzny charakter. Problemem był fakt, iż kończąca decyzję w zakończeniu tego postępowania miał podmiot nieobiektywny czyli zamawiający, który był uczestnikiem postępowania. W praktyce, protest niekoniecznie wpływał na usprawnienie postępowania odwoławczego, a wręcz przeciwnie sztucznie go wydłużał. Było to swojego rodzaju zaprzeczenie zasady *nemo iudex in causa sua*, a postępowanie protestacyjne można przyrównać do trybu z art. 181 ust. 1 PrZamPubl2004, która w obecnie obowiązującej ustawie już nie funkcjonuje.

²⁸⁶ T. Czajkowski, *Prawo zamówień publicznych, Komentarz wydanie trzecie*, Warszawa 2007, s. 527.

poniekąd takie rozróżnienie wynikało wprost z ustawy²⁸⁷. W późniejszym okresie wprowadzono również skargę do sądu przysługującą na wyrok zespołu arbitrów, by w późniejszej nowelizacji z 2009 r. znieść protest całkowicie i wykreślić go ze środków ochrony prawnej systemu zamówień publicznych²⁸⁸.

Porównywanie odwołania funkcjonującego samodzielnie (bez protestu) do odwołania, które koegzystowało ściśle z protestem jest bezcelowe, gdyż pełniło one zupełnie inną rolę w odmiennym układzie środków odwoławczych. Przyglądając się tym dwóm rozwiązaniom, można dojść do wniosku, że odwołanie w obecnie obowiązującym stanie prawnym jest składową kilku procedur²⁸⁹.

Znaczący wpływ na kształt nie tyle samego odwołania co całego postępowania odwoławczego i środków ochrony prawnej w systemie zamówień publicznych mają dyrektywy unijne²⁹⁰. O ile ustawodawca ma określoną autonomię w kwestii kontraktów nie przekraczających progów unijnych, tak w przypadku zamówień przekraczających ten próg, procedury muszą być ujednolicone²⁹¹. Zabieg ten jest pożądanym i logicznym ze względu na konkurencję, otwarcie na rynek wspólnotowy oraz przejrzystość postępowań.

Samo odwołanie w rozumieniu systemu zamówień publicznych nie zostało w żaden sposób zdefiniowane. Przedstawiciele doktryny przedstawiają odwołanie najczęściej jako pierwszy środek ochrony prawnej. Wychodząc o krok naprzód można podjąć próby rozwinięcia tej definicji, która w swej prostocie jest oczywiście wystarczająca aczkolwiek nie do końca satysfakcjonująca.

²⁸⁷ Ibidem; Ustawa o zamówieniach publicznych wskazywała, iż środkami odwoławczymi są wyłącznie protest i odwołanie, a skarga do sądu pełniła już rolę środka innej kategorii.

²⁸⁸ Nowelizacja Prawa zamówień publicznych dokonana ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778).

²⁸⁹ Jeśli porównywać protest (z okresu gdy jeszcze funkcjonował jako środek ochrony prawnej) do odwołania (środek ochrony prawnej w rozumieniu odwołania po usunięciu protestu z ustawy PrZamPubl2004) pod kątem procedury należałoby wziąć pod uwagę: postępowanie protestacyjne, postępowanie odwoławcze sprzed i po nowelizacji usuwającą protest oraz procedury związanej ze zgłoszeniem zamawiającemu informacji niezgodnej z przepisami jak i po jej usunięciu przez PrZamPubl2019.

²⁹⁰ Najbardziej istotnymi dyrektywami dla odwołania jako środka ochrony prawnej są dyrektywy odwoławcze, tj.: dyrektywa 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniająca dyrektywy rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych (2007/1211) z dnia 11 grudnia 2007 r. (Dz.Urz.U.E.L Nr 335, str. 31), dyrektywa 89/665/EWG zmieniona dyrektywą 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. - stan na dzień 9 stycznia 2008 r. i Dyrektywa 92/13/EWG zmieniona dyrektywą 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. - stan na dzień 9 stycznia 2008 r.

²⁹¹ A. Sołtysińska, H. Talgo - Sławoj, *Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz*, wydanie 3, Warszawa 2016, s. 1297.

Odwołanie jest jednym z dwóch środków ochrony prawnej w systemie zamówień publicznych, które przysługuje podmiotom do tego uprawnionym²⁹². Odwołanie składa się wyłącznie przeciwko zamawiającemu²⁹³ i czynnościom przez niego dokonany lub zaniechanym, jeśli zgodnie z przepisami miał on obowiązek działać. Zakres czynności na jakie przysługuje odwołanie, nie jest uzależniony od kwot prowadzonego postępowania²⁹⁴. Odwołanie wnosi się do Prezesa KIO, a rozpatrywane jest przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Wziąwszy pod uwagę poglądy przedstawicieli doktryny prawa zamówień publicznych, można dojść do wniosku, że status prawny KIO i jej wyroków nie jest uregulowany i pozostawia na płaszczyźnie systemu zamówień publicznych i nauce przedmiotu duże rozbieżności²⁹⁵. Tym nie mniej po dokonanej analizie poglądów dotyczących statusu KIO i jej wyroków można stwierdzić, że powstały one w związku ze ścieraniem się dwóch koncepcji, tj. koncepcji prawa krajowego i prawa UE.

Zgodnie z pierwszą koncepcją, która determinuje status Izby poprzez regulacje prawne wewnątrz państwowe należałoby z całą stanowczością stwierdzić, że KIO nie jest sądem przez co nie może wydawać wyroków. Jeśli KIO nie jest sądem w myśl ustawy zasadniczej, to można uznać, że jest ona organem. Sama Izba nazywa siebie organem „właściwym do rozpoznawania odwołań²⁹⁶”, co w żaden sposób nie wyjaśnia jej statusu, a jedynie wskazuje cel jej powstania. Najbezpieczniej w kontekście określenia statusu Izby na płaszczyźnie prawa krajowego jest nazwanie jej organem administracyjnym i taką tendencję można w doktrynie zaobserwować²⁹⁷. Warto przytoczyć tu definicję zaproponowaną przez K. Lubińskiego jako najbardziej precyzyjną w tym zakresie, którą przywołuje J. May²⁹⁸, gdzie KIO jest „wyspecjalizowanym administracyjnym organem ochrony prawnej w sprawach o udzielenie zamówień publicznych”.

²⁹² Podmiotem uprawniony jest wykonawca, uczestnik konkursu, a także inny podmiot, który ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w związku z naruszeniem przepisów PrZamPubl2019.

²⁹³ Drugą stroną postępowania odwoławczego jest zawsze zamawiający. Nie ma możliwości wszczęcia postępowania odwoławczego przeciwko innemu uczestnikowi postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub zamawiającemu, który nie prowadził danego postępowania. Tak samo jak odwołania do KIO nie może wnieść sam zamawiający ze względów logicznych.

²⁹⁴ Postępowanie odwoławcze można wszcząć w trakcie każdego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W poprzednio obowiązującej ustawie PrZamPubl2004 jeśli wartość postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekraczała tzw. „progi unijne”, to podmiot uprawniony do złożenia odwołania miał szersze możliwości co do przesłanek, od których istniała możliwość skutecznego wniesienia odwołania. Jeśli postępowanie przetargowe miało wartość mniejszą od tych wskazanych w art. 11 ust. 8 PrZamPubl2004 to przesłanek tych było zdecydowanie mniej.

²⁹⁵ W. Dzierżanowski, *Prawo do sądu w zamówieniach publicznych*, Warszawa 2018, s. 90.

²⁹⁶ Patrz: <https://www.uzp.gov.pl/kio> (dostęp: 2020-02-06 09:33).

²⁹⁷ Zob. P. Pogonowski, *Status...*, str. 13; A. Panasiuk, *System...*, s. 199.

²⁹⁸ Ibidem, Cytując za J. May w związku z K. Lubiński, Stenogram z wykładu dla słuchaczy Podyplomowych Studiów Prawa Zamówień Publicznych, Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu, w roku akad. 2014/2015, cyt. za zgodą autora.

W taką definicję wpisuje się również organ administracji rządowej²⁹⁹ lub wszelkiego rodzaju inne określenia³⁰⁰. Z taką klasyfikacją związane są konsekwencje w postaci określenia tego co przedmiotowy organ wydaje, jeśli nie może być to wyrok. Aby nazewnictwo w przedmiotowej materii mogło być spójne, naturalnym byłoby nazwanie twórczości KIO decyzjami administracyjnymi, jednakże taki pogląd w doktrynie nie funkcjonuje. Większość przedstawicieli doktryny podzielająca powyższą tezę o statusie ustrojowym KIO wskazuje na orzecznicy charakter dokonywanych przez Izbę czynności³⁰¹, co w konsekwencji prowadzi do kolejnej koncepcji ustrojowej Izby, gdzie w myśl przepisów prawa UE określa się ją mianem podmiotu posiadającego charakter organu sądowego³⁰².

Należy zauważyć, że KIO nie zostało uznane za sąd ani w myśl przepisów prawa krajowego³⁰³ ani prawa międzynarodowego³⁰⁴. Jedynie czynności przez nią dokonywane oraz funkcje jakie pełni w związku z zadaniami, dla których ją powołano wiążą się z takim problemem tożsamościowym³⁰⁵.

Kompromisem dla powyższych koncepcji jest określenie Izby jako organu *quasi* – sądowego³⁰⁶ lub organu jurysdykcyjnego, który w myśl przepisów sądem nie jest, ale funkcjonuje jak sąd i wydaje wyroki. Pomimo rozbieżności w doktrynie przedstawiciele obu koncepcji mają rację w określaniu jej statusu ustrojowego oraz w następstwie wydawanych przez Izbę wyroków³⁰⁷. Stan ten niewątpliwie utrzyma się do momentu gdy nie zostanie to uregulowane w sposób jednoznaczny przez ustawodawcę lub do czasu kiedy KIO nie zostanie

²⁹⁹ Zob. R. Szostak, *O potrzebie...*, s. 3.

³⁰⁰ Można spotkać się ze sformułowaniami typu organ administracji regulacyjnej, publicznej, szczególnego rodzaju i inne, które wiążą się jednak ze stwierdzeniem, że jest to organ administracyjny i taki też jest jego status.

³⁰¹ Zob. J. Sadowy (red.), *System...*, s. 336.

³⁰² Tak jak: P. Granecki, *Środki ochrony prawnej i system organów je realizujących* w: H. Nowicki, P. Nowicki (red.), *Prawo zamówień publicznych. Stan obecny i kierunki zmian*, Wrocław 2015, s. 429 i M. Sieradzka, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 665.

³⁰³ Tak np. J. Jerzykowski, *Instytucje oraz instrumenty ochrony prawnej*, ZP Doradca rok 2019 nr 8 str. 56, który słusznie stwierdza, że KIO nie jest ani organem administracji publicznej ani też sądem w rozumieniu Konstytucji RP i przepisów o sądach powszechnych, a sprawowane przez KIO funkcje określa jako sprawowanie wymiaru sprawiedliwości co stoi w totalnej sprzeczności z tezą J. Niczyporuka, który stwierdza z całą pewnością, że KIO nie jest sądem między innymi z tego względu, że „nie sprawuje wymiaru sprawiedliwości”. Zob. J. Niczyporuk, *Prawo zamówień publicznych – odwołanie od niezgodnej z ustawą czynności podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia – skarga na postanowienie o zwrocie odwołania – właściwość sądu*. Głosa do postanowienia NSA z dnia 27 września 2011 r., II GSK 1842/11.

³⁰⁴ Por. z M. Grzymisławska – Cybulska, *Krajowa Izba Odwoławcza jako niezawisły organ sądowy*, [w:] *Prace naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu*, Wrocław 2017, s. 203, gdzie autorka wskazuje na status KIO jako sądu w rozumieniu art. 267 TFUE.

³⁰⁵ Por. A. Sołtysińska, *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej*, Zakamycze 2004, s. 267 lub W. Łysakowski, *Kilka uwag dotyczących środków ochrony prawnej w związku z dziesięcioleciem Krajowej Izby Odwoławczej*, ZP Doradca rok 2017 nr 12.

³⁰⁶ Tak np. M. Stręciwilk, *Status...*, str. 240.

³⁰⁷ W związku z tym, że KIO nie może wydawać wyroków w imieniu RP to nie można go równoważyć z wyrokiem sądów lub trybunałów, które na mocy ustawy zasadniczej taką władzę posiadają. Jest to wyłącznie określenie efektu działalności Izby i należy to traktować jako kompromis.

przekształcona w sąd powszechny albo wykonywane przez Izbę obowiązki przejmie już istniejący sąd powszechny, a w konsekwencji KIO przestanie funkcjonować lub zlecone zostaną jej inne zadania.

ROZDZIAŁ IV. Dopuszczalność odwołania

§1. Uwagi wstępne

Odwołanie do KIO na czynności dokonane przez zamawiającego lub brak ich dokonania w związku z prowadzonym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, może wnieść podmiot do tego uprawniony na każdym etapie danego postępowania.

Efektym działań zamawiającego zmierzającego do wydatkowania środków publicznych jest zamówienie publiczne. Z kolei, nie każde postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego musi odbywać się na zasadach określonych w PrZamPubl2019³⁰⁸ co więcej, zamawiający może dokonywać czynności do których nie był zobowiązany i pomimo braku obowiązku stosowania przepisów ustawy może przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z ich treścią .

Jeśli pomimo braku obowiązku wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zamawiający postanowi prowadzić postępowania na zasadach PrZamPubl2019 to może powoływać się na brak obowiązku dokonania czynności, do których byłby zobowiązany gdyby stosowanie ustawy było obligatoryjne³⁰⁹, tym nie mniej, podstawą do złożenia odwołania są czynności dokonywane przez zamawiającego³¹⁰. Skuteczność odwołania wiąże się z odpowiednią kwalifikacją dokonanych bądź nie działań zamawiającego oraz ich charakterem, czyli wymagalnością względem przepisów. Brak dokonania czynności lub dokonanie jej w nieodpowiednim terminie czy też formie stanowi dla wykonawców mniejszy problem, aniżeli jednoznaczne stwierdzenie, że czynność została dokonana w sposób sprzeczny z przepisami³¹¹. W treści odwołania wykonawca powinien precyzyjnie i wprost określić okoliczności stanowiące podstawę faktyczną skierowanych przeciwko zamawiającemu zarzutów pod rygorem ich pominięcia, jeśli zostaną zgłoszone wyłącznie w toku prowadzonej

³⁰⁸ Zamówieniem publicznym jest umowa zawarta na podstawie określonego przez PrZamPubl2019 postępowania w określonym przepisami trybie. Ustawa określa sposób wydatkowania środków publicznych przy zamówieniach opiewających na kwotę powyżej kwoty określonej w art. 2 ust. 1 pkt. 1 PrZamPubl2019 jednocześnie wskazując, iż poniżej tej kwoty ustawy nie stosuje się.

³⁰⁹ Zob. uchwała KIO z dnia 12 lipca 2018 r., KIO-KD 28/18, LEX nr 2542802 i wyrok KIO z dnia 9 lipca 2018 r., KIO 1270/18, LEX 2567810.

³¹⁰ Wyrok KIO z dnia 9 lipca 2018 r., KIO 1270/18, LEX nr 2567810.

³¹¹ Dotyczy to w głównej mierze spraw z zakresu rażąco niskiej ceny, które są za każdym razem kontrowersyjne ze względu na brak jednolitego orzecznictwa oraz spraw, do których należy podchodzić w sposób indywidualny. Por. Wyrok KIO z dnia 25 lutego 2019 r., KIO 239/19, LEX nr 2671246. Tym bardziej, że KIO w granicach swoich kompetencji nie ma badania samej ceny, a jedynie czynności dokonanych przez zamawiającego w celu wyjaśnienia czy jest to cena bez znamiona ceny rażąco niskiej, zob. wyrok KIO z dnia 23 listopada 2018 r., KIO 2304/18, LEX nr 2620410.

rozprawy³¹². Takie działanie zostanie potraktowane jako złożenie nowego zarzutu³¹³, którego odwołanie nie obejmowało.

Uprawnienie do złożenia odwołania utrzymuje się po podpisaniu umowy z wykonawcą wybranym przez zamawiającego, jednakże w terminach i okolicznościach określonych przez PrZamPubl2019³¹⁴. Sam fakt złożenia odwołania nie implikuje jego rozpatrzenia. Odwołanie, które ma skutkować wszczęciem postępowania odwoławczego przed KIO wymaga od składającego spełnienia wymogów formalnych, a elementem bazowym jest udowodnienie stawianych w nim tez (uprawdopodobnionych) o nieprawidłowych działaniach zamawiającego stanowiących podstawę odwołania³¹⁵.

Aby w pełni zrozumieć istotę środka ochrony prawnej pierwszego stopnia, które oferuje wykonawcom PrZamPubl2019 należy omówić jego elementy składowe. W szczególności należy zwrócić uwagę na legitymację uprawniającą do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym³¹⁶ oraz uzyskanie statusu strony, co zagwarantuje zainteresowanemu ochronę prawną. W tym zakresie należy pamiętać także o możliwościach złożenia środka ochrony prawnej przez podmioty tworzące konsorcja, podmioty trzecie udzielające wsparcia w postaci np. wiedzy i doświadczenia lub zdolności finansowych, pełnomocników lub przedstawicieli sektora publicznego.

Równie istotnymi są okoliczności faktyczne i prawne związane z instytucją interesu oraz szkody. Są to zagadnienia wywołujące kontrowersje z uwagi na ich wymierność, która może być subiektywna, a co za tym idzie również sporna jak w przypadku złożenia odwołania w związku z zatrzymaniem przez zamawiającego wadium³¹⁷. Ustawodawca nie definiuje zakresu posiadanego interesu do złożenia odwołania. Nie ma również żadnego przelicznika, który wskazywałby na to, czy dany podmiot ma wystarczającą ilość interesu, który nobilitowałby go do uzyskania statusu strony w postępowaniu odwoławczym. W przypadku

³¹² Wyrok KIO z dnia 11 stycznia 2019 r., KIO 2627/18, LEX nr 2624202.

³¹³ Wyrok KIO z 10 stycznia 2019 r., KIO 2638/18, LEX nr 2624256.

³¹⁴ Zgodnie z orzecznictwem KIO postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego kończy się z chwilą zawarcia umowy na realizację przedmiotowego zamówienia, zob. wyrok KIO z dnia 8 listopada 2018 r., KIO 2192/18, LEX nr 2620612. Izba wskazuje na brak uregulowania ustawowego tej materii ze względów obiektywnych, wynikających z różnic postępowania o udzielenie zamówienia we wszystkich dostępnych trybach. Pomijając również ten aspekt, można wskazać, iż postępowanie kończy się również z chwilą unieważnienia postępowania.

³¹⁵ Wyrok KIO z dnia 23 sierpnia 2018 r., KIO 1548/18, LEX nr 2575471.

³¹⁶ Wyrok KIO z dnia 4 kwietnia 2019 r., KIO 488/19, LEX nr 2681926.

³¹⁷ Zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 31 marca 2016 r., I ACa52/16, LEX 2071348, w którym Sąd jednoznacznie stwierdza, iż nie ma powiązania między zatrzymaniem przez zamawiającego wadium, a wyborem najkorzystniejszej oferty i nie pozostaje w bezpośrednim związku z interesem wykonawcy w tym zakresie jako przesłanka do złożenia odwołania.

szkody materialnej³¹⁸ występują takie same problemy interpretacyjne, jak w przypadku szkody niematerialnej oraz interesu³¹⁹.

Jedynym elementem, który mógłby warunkować dopuszczalność do wniesienia odwołania w sposób obiektywnie mierzalny jest wartość zamówienia. W przeciwieństwie do interesu lub szkody, o których mowa w art. 505 PrZamPubl2019, wartość zamówienia rozpatrywana w takiej kategorii byłby elementem obiektywnym i nie budzącym większych wątpliwości. Warto zaznaczyć, że rozwiązanie tego typu funkcjonowało do końca obowiązywania PrZamPubl2004. Ustawodawca postanowił jednak odejść od tego kryterium dopuszczając tym samym możliwość wnoszenia odwołania na wszystkie czynności zamawiającego, a nie wyłącznie na szczegółowo określone w przypadku postępowaniu, którego wartość była niższa od tzw. „progów unijnych”. Wartość zamówienia pełni rolę bufora bezwzględnie rozdzielającego zamówienia na podlegające odwołaniu (powyżej progów unijnych) oraz na zamówienia, w których można składać odwołania w ograniczonym zakresie (poniżej progów unijnych)³²⁰ i odejście od tego modelu można z całą stanowczością uznać za pozytywne w kontekście funkcjonowania systemu zamówień publicznych, co nie zmienia jednak faktu, że był to jedyny element, który nie podlegał ocenie i z punktu widzenia logiki był obiektywny.

Istotnym zagadnieniem z prawnego punktu widzenia choć obecnie już nie obowiązująca jest regulacja możliwości obrony wykonawcy, któremu odwołanie nie przysługiwało ze względów formalnych, określonych powyżej. Zastosowany w określonej sytuacji środek nie był środkiem ochrony prawnej, a jedynie popularnie określanym „*quasi protestem*”, czyli informacją składaną przez wykonawcę lub uczestnika konkursu do zamawiającego o dokonaniu przez niego czynności niezgodnej z prawem lub zaniechania czynności prawem nakazanej. Zamawiający w takiej sytuacji postawiony był w uprzywilejowanej pozycji z uwagi na fakt, iż jego reakcja była fakultatywna, a w przypadku braku działania nie można było zastosować wobec niego sankcji, ponieważ ustawodawca żadnej nie przewidywał³²¹. Pomimo tego, że jest to już instytucja archaiczna z punktu widzenia systemu zamówień publicznych to miała ona bezpośredni wpływ na kształtowanie się obecnego postępowania odwoławczego i dopuszczalności samego odwołania, co zdecydowanie przemawia za przybliżeniem jej istoty.

³¹⁸ Wykonawca może ponieść szkody materialne w związku z niepozyskaniem zamówienia, jednakże sam fakt naruszenia prawa przez zamawiającego nie zostanie uwzględniony jako powód powstania takiej szkody patrz wyrok KIO z dnia 6 lutego 2019 r., KIO 106/19, LEX 2649656.

³¹⁹ Zob. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 27 maja 2010 r., III CZP25/10, LEX nr 602808, gdzie wskazuje się na potrzebę dokonywania wykładni rozszerzającej w zakresie uszczerbku jakiego mógł doznać odwołujący.

³²⁰ Patrz rozdział V par. 4.

³²¹ Wyrok KIO z dnia 28 marca 2014 r., KIO 588/14, LEX nr 1455788.

Wszystkie wyżej wskazane elementy składają się na ogólnie rozumianą dopuszczalność złożenia środka ochrony prawnej pierwszego stopnia³²², jakim jest odwołanie. Dopuszczalność w tym zakresie należy rozumieć jako poprawnie przygotowane i niepodlegające odrzuceniu z przyczyn formalnych odwołanie na działania i zaniechania zamawiającego w trakcie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

§2. Elementy mające wpływ na kształtowanie się przesłanek związanych z dopuszczalnością odwołania

1. Wartość zamówienia jako ograniczenie do złożenia odwołania

Cały reżim systemu zamówień publicznych oparty jest na wartościach pieniężnych. To one regulują i dzielą zamówienia publiczne niejako na te, które wymagają poświęcenia im większej uwagi, czasu oraz na te, które tej uwagi wymagają znacznie mniej. Takie podejście do problematyki ochrony podmiotów biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mogłoby być w pewien sposób uzasadnione, jednakże nie w sferze publicznej, w której zamówienia publiczne mają swoje miejsce, a na wolnym rynku gdzie obraca się kapitałem prywatnym. Tak ukształtowana gradacja w powiązaniu z szeroko pojętym interesem publicznym godzi niejako w ideę zamówień publicznych, która wskazuje na racjonalne wydatkowanie środków publicznych oraz ich kontrolę, a ta w postępowaniach podprogowych była ustawowo wyeliminowana i dawała wykonawcom jedynie namiastkę środków ochrony prawnej, która w opisywanej sytuacji była wyłącznie warunkowa³²³.

Środki publiczne nie dzielą się na większe i mniejsze ani też ich wartość nie zmienia w żaden sposób ich statusu na takie, których przepływ należy bardziej i mniej kontrolować. Wartościowanie mienia publicznego w sposób niematerialny (niepieniężny) może doprowadzić do sytuacji anormalnej i rozwijania tzw. szarej strefy, podatnej na luki prawne, które mogą zostać wykorzystane poprzez zastosowanie wszelkiego rodzaju bezprawnych działań przez nieuczciwych wykonawców³²⁴.

³²² Przy założeniu, że środki ochrony prawnej podzielić można na odwołanie oraz skargę, to odwołanie jako pierwszy w dwustopniowej skali, nazywany jest w doktrynie również środkiem ochrony prawnej pierwszego stopnia.

³²³ W. Dzierżanowski, *O potrzebie usprawnienia środków ochrony prawnej*, *Zamówienia Publiczne Doradca*, 2016/3/56-63; Wyrok KIO z dnia 31 października 2017 r., KIO 2184/17, LEX nr 2409074.

³²⁴ M. Sieradzka, *Zmowy przetargowe w świetle zamówień publicznych oraz prawa prawa konkurencji*, Warszawa 2015, s. 21-28.

Jak już wyżej wspomniano, postępowania o udzielenie zamówienia publicznego są od samego początku dzielone, mając za podstawę do tego typu działań wyłącznie wartość danego zamówienia. W zależności od tego jak wysoka jest wartość zamówienia i czy przekracza bądź nie ustalone progi³²⁵, zmianie ulec może przede wszystkim tryb do udzielenia zamówienia publicznego, termin na składanie ofert, miejsce publikacji ogłoszeń, termin na wniesienie środków ochrony prawnej, czynności, na które przysługuje odwołanie.

To, że zmianom ulegają również różnego typu wymogi i zabezpieczenia mające wpływ na postępowanie nie wymaga przypomnienia, gdyż jest to następstwem regulacji ustawowych. Tego typu działania znacznie ograniczały możliwości przystąpienia do postępowania przetargowego większej ilości potencjalnych wykonawców, a chodzi o możliwość swobodniejszego wydatkowania środków publicznych przy zamówieniach, których wartość nie przekraczała kwot określonych w art. 11 ust 8 PrZamPubl2004.

Możliwość złożenia odwołania na czynności zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie art. 180 ust. 2 PrZamPubl2004, którego wartość nie przekraczała kwot określonych w art. 11 ust. 8 PrZamPubl2004 (tzw. „progi unijne”) była znacznie ograniczona³²⁶. Wykonawca, co prawda mógł skorzystać z przysługującego mu środka ochrony prawnej, aczkolwiek wyłącznie w sytuacjach enumeratywnie określonych przez ustawę.

Po nowelizacji³²⁷ PrZamPubl2004 w 2016r., rozszerzono katalog czynności, wobec których było można wnosić odwołanie. Wykonawcy biorący udział w przetargach „podprogowych”, uzyskali możliwość składania odwołań, na czynności dokonywane w związku z opisem przedmiotu zamówienia i wyborem najkorzystniejszej oferty³²⁸. Wskazane dwa punkty, teoretycznie poprawiły sytuację wykonawców biorących udział w postępowaniach przetargowych, których kwoty nie przewyższają tzw. „progów unijnych”. Pomimo tego, podzielając pogląd J. Pieróga, można stwierdzić, że samo dodanie wskazanych zapisów bez uaktualnienia pozostałych, dawało niemalże ten sam efekt jak w sytuacji, gdy zapisów tych nie było³²⁹.

³²⁵ K. Jachowska, *Podstawowe informacje o odwołaniu*, „Vademecum przetargów publicznych. Wszystko o środkach ochrony prawnej”, nr 2 (8) kwiecień - czerwiec 2013, s. 19.

³²⁶ G. Matejczuk, *Zaskarżenie wyboru oferty*, „Przetargi publiczne” 1(134) styczeń 2017, s. 30.

³²⁷ Ustawa z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1020 z późn. zm.).

³²⁸ Przed wprowadzeniem zmian, odwołanie przysługiwało wyłącznie na czynności związane z wyborem trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę, odrzuceniem oferty odwołującego, wykluczeniem odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia oraz określeniem warunków udziału w postępowaniu.

³²⁹ J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz 14 wydanie*, Warszawa 2017, s. 748.

KIO wskazuje na brak możliwości dokonywania wykładni rozszerzającej przepisów regulujących materię wniesienia odwołania w postępowaniach podprogowych, ponieważ stanowią one wyjątek od zasady, która stwierdza brak możliwości wniesienia odwołania w określonych powyżej okolicznościach³³⁰. Następstwem takiego toku rozumowania było wydanie postanowienia KIO, które odrzuciło odwołanie wykonawcy ze względów formalnych opierając się na tym, że możliwość wniesienia odwołania w postępowaniu podprogowym na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty może dotyczyć wyłącznie niedokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, nie dopuszczając przy tym możliwości wniesienia odwołania na tej podstawie na brak dokonania czynności zmierzających do wykluczenia z postępowania lub zaniechania odrzucenia oferty³³¹. Izba uzasadniała taką wykładnię definicją ustawową pojęcia najkorzystniejszej oferty, gdzie w ramach tej definicji nie można było mówić o zaniechaniu dokonywania czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania bądź zaniechania odrzucenia oferty. Tę nadinterpretację w sensie negatywnym sprostował m.in. Sąd Okręgowy w Lublinie³³² po wcześniejszym zaskarżeniu postanowienia KIO przez Prezesa UZP, uznając definicję „wyboru najkorzystniejszej oferty” za błędną. Sąd odrzucił tok rozumowania Izby przychyłając się do zarzutów Prezesa UZP i wskazał, że czynność w związku z art. 180 ust. 2 PrZamPubl2004 winna być traktowana jako działanie, jak i zaniechanie³³³. Z kolei Sąd Okręgowy w Szczecinie³³⁴ po wcześniejszym zaskarżeniu postanowienia Izby³³⁵ z dnia 4.10.2016r. przez Prezesa UZP, uzupełnił stanowisko SO w Lublinie wskazując potrzebę spoglądania na poruszony problem przez pryzmat wykładni celowościowej, a nie językowej. W uzasadnieniu podał, iż ustawodawca wprowadzonymi zapisami uzupełniającymi art. 180 ust. 2 PrZamPubl2004 poszerzył możliwości składania odwołań w postępowaniach podprogowych i nie miał na celu jakiegokolwiek ich ograniczenia w związku z czym dokonywanie jakiegokolwiek interpretacji, prowadzącej do takich lub tym podobnych wniosków jest niedopuszczalne³³⁶.

Wziąwszy pod uwagę rozważania z początku niniejszego paragrafu oraz wskazane problemy interpretacyjne przepisu art. 180 ust. 2 PrZamPubl2004, można dojść do wniosku, że próby rozdzielenia przesłanek, które będą osobno regulowały możliwości wniesienia

³³⁰ Wyrok KIO z dnia 17 lutego 2017 r., KIO 208/17, LEX nr 2242331.

³³¹ Postanowienie KIO z dnia 15 września 2016 r., KIO 1674/16, LEX nr 2142543.

³³² Wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 21 grudnia 2016 r., IX Ga 502/16, LEX nr 2192118.

³³³ Zob. J. Jerzykowski [w:] W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, 7. wydanie, Warszawa 2018, s. 1398.

³³⁴ Wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 22 grudnia 2016 r., II Ca 1461/16, LEX nr 2189160.

³³⁵ Postanowienie KIO z dnia 4 października 2016 r., KIO 1810/16, LEX nr 2155326.

³³⁶ J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz 14 wydanie*, Warszawa 2017, s. 750.

odwołania w postępowaniach poniżej i powyżej progów unijnych, są dokonywane w sposób sztuczny. Nie ma żadnego racjonalnego uzasadnienia na dokonywanie takich rozróżnień. O ile w postępowaniu cywilnym wartość przedmiotu sporu przekłada się na to przed jakim sądem sprawa będzie prowadzona lub w jakiej wysokości pozew opłacić, to w przypadku KIO nie ma to najmniejszego znaczenia. Odwołanie złożone w postępowaniu poniżej wartości określonych przez art. 11 ust. 8 PrZamPubl2004 może być rozpatrywane przed takim składem jak w sytuacji gdy zostałoby ono złożone w postępowaniu, które wartości te przekracza. Sformułowanie jednakowych przesłanek do składania odwołania bez względu na wartość oraz wyeliminowanie bariery kwotowej poprzez wykreślenie dyspozycji art. 180 ust. 2 PrZamPubl2004 znalazło swoje odzwierciedlenie w art. 513 PrZamPubl2019 i z pewnością wpłynęło korzystnie na system odwoławczy w zamówieniach publicznych. Spowoduje to znaczące uproszczenie i wyeliminowanie niepotrzebnych rozbieżności, które można zaobserwować pomiędzy postępowaniami o różnych wartościach (podprogowych i nadprogowych).

2. Informacja o czynności niezgodnej z prawem – „małe odwołanie”

W toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego wartość przedmiotu zamówienia nie przekraczała tzw. „progów unijnych”, wykonawca mógł poinformować zamawiającego o tym, że dokonane przez niego czynności były sprzeczne z przepisami. Takie działanie nazwać można niczym niesankcjonowanym wezwaniem zamawiającego do działania zgodnego z prawem i poprawieniem powstałych błędów. Ustawodawca chcąc niejako uzupełnić możliwości obrony wykonawców bądź też uczestników konkursu, którzy brali udział w postępowaniach przetargowych o wartościach poniżej progów unijnych (pomijając rozszerzony katalog czynności, na które przysługiwało złożenia odwołania w omawianych postępowaniach) zaopatrzył ich w kolejny instrument w postaci „*quasi protestu*”, jakim jest informacja o czynności niezgodnej z prawem, która kierowana była do zamawiającego i przez niego rozpatrywana.

Informacja potencjalnie pokrzywdzonego wykonawcy biorącego udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego o czynności niezgodnej z prawem lub braku dokonania czynności przez zamawiającego, skierowana do zamawiającego prowadzącego przedmiotowe postępowanie nie była środkiem ochrony prawnej w rozumieniu przepisów PrZamPubl2004³³⁷. Instytucję „informacji” można zdefiniować jako relik

³³⁷ <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-dotyczace-ustawy-pzp/inne/srodki-ochrony-prawnej>

przeszłości czy też reperkusję³³⁸ związaną z likwidacją protestu³³⁹ mający *de facto* w sposób iluzoryczny i pozorny wzmocnić interesy wykonawców, którzy w związku z ograniczeniem możliwości złożenia odwołania na podstawie zbyt niskiej wartości przedmiotu zamówienia oraz braku przesłanek wynikających z art. 180 ust. 2 PrZamPubl2004, nie mają innych możliwości do obrony swojego interesu. Biorąc pod uwagę wszystkie głosy pozytywnie oceniając takie zabiegi, to i tak nie ma wątpliwości co do małej efektywności tej instytucji³⁴⁰.

„Informacja” nie nosiła żadnych znamion, za pomocą których można by ją połączyć z odwołaniem w szczególności, jeśli rozpatrujemy tą problematykę pod kątem skutków, jakie może ono wywołać, ponieważ m.in.:

- 1) nie wstrzymywała toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;
- 2) nie nakładała na wykonawcę obowiązku legitymacji do jego złożenia w postaci interesu i szkody (przesłanki z art. 179 PrZamPubl2004);
- 3) nie była rozpatrywana przez niezależny i obiektywny podmiot zewnętrzny;
- 4) nie wiązała się z kosztami.

Ustawodawca najprawdopodobniej miał na celu uzbrojenie wykonawcy w narzędzie kontrolowanego i formalnego nacisku na zamawiającego w sytuacjach niejako spornych lub niepewnych co do ich treści i działania. Wydawać się jednak może, że efekt osiągnięty wprowadzeniem art. 181 PrZamPubl2004 minął się w pewien sposób z efektem przez ustawodawcę pożądanym. Ustawa nie przewidywała żadnej sankcji³⁴¹ za nierozpatrzenie przez zamawiającego skierowanej do niego wątpliwości (funkcjonuje domniemanie odrzucenia argumentów składającego oraz brak przychylenia się do wskazanych przez wykonawcę argumentów, jeśli nie nastąpią one w określonym terminie). Nie został również wprowadzony żaden rygor co do formy³⁴², a co do terminu na wniesienie „informacji” poza wskazaniem, iż można ją wnieść w terminie przewidzianym do złożenia odwołania i odsyłając do art. 182 PrZamPubl2004, ustawodawca milczy.

Biorąc pod uwagę wszelkie aspekty można z całą stanowczością stwierdzić, że art. 181 PrZamPubl2004 był zbędny. Brak regulacji określonych w omawianym przepisie w żaden sposób nie wpływa na możliwość dokonania takich samych czynności jak wyżej opisane

³³⁸ A. Panasiuk, *System zamówień publicznych. Zarys wykładu*, Warszawa 2013, s. 312

³³⁹ J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz 14 wydanie*, Warszawa 2017, s. 754

³⁴⁰ <http://www.zamowienia-publiczne.lex.pl/czytaj/-/artykul/srodki-ochrony-prawnej-w-pzp-po-nowelizacji>

³⁴¹ M. Bendorf - Bundorf, *Instytucja przekazania informacji o czynności bezprawnie podjętej lub zaniechanej w prawie zamówień publicznych* w: A. Borowicz, M. Królikowska – Olczak, J. Sadowy, W. Starzyńska (red.), *Ekonomiczne i prawne zagadnienia zamówień publicznych. Polska na tle Unii Europejskiej* (monografia naukowa), Warszawa 2010, s. 302.

³⁴² W. Jarzyński [w:] E. Gnatowska, Z. Perciś, W. Jarzyński, *Komentarz do ustawy Prawo zamówień publicznych*, Warszawa 2016, s. 699.

w takich samych okolicznościach³⁴³. Można podzielić pogląd, że przepis ten mógł co najwyżej służyć do sanowania pomyłek, które zamawiający popełniał tak w sposób oczywisty lub niezamierzony³⁴⁴. Jeśli zarzuty okazały się zasadne i uznane przez zamawiającego, mógł on powtórzyć czynność nieprawidłowo dokonaną lub dokonać czynności zaniechanej przy równoczesnym poinformowaniu uczestników postępowania o tym fakcie³⁴⁵ bez narażania się na ewentualne postępowania przed innymi organami.

§3. Przesłanki dopuszczalności wniesienia odwołania – zagadnienia ogólne

Kwestią zasadniczą związaną z uruchomieniem procedury odwoławczej jest stwierdzenie, czy wniesienie odwołania przez podmiot zainteresowany jest dopuszczalne pod względem formalnym³⁴⁶. Ustawodawca wskazuje jednoznacznie, że fundamentalną przesłanką dopuszczającą skuteczne wniesienie odwołania jest naruszenie przepisów PrZamPubl2019 przez zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego³⁴⁷. W związku z powyższym, należy wskazać, że do naruszenia przepisów ustawy przez zamawiającego może dojść w dwójnasób³⁴⁸, tj. poprzez:

- 1) dokonanie czynności niezgodnej z przepisami ustawy PrZamPubl2019 (działanie sprzeczne z przepisami);
- 2) zaniechanie dokonania czynności, do której zamawiający był *ex lege* zobowiązany.

W trakcie postępowania odwoławczego Izba bada poprawność oraz zasadność czynności dokonanych i zaniechanych przez organizatora przetargu pod kątem stawianych przez odwołującego zarzutów oraz twierdzeń, które odnoszą się m.in. do tego jakie warunki zamawiający postawił w SWZ uczestnikom postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i czy są one zgodne z przepisami. Celem tych działań nie jest badanie rynku lub analiza dostępnych na nim dóbr. Prace Izby wiążą się przede wszystkim z weryfikacją czy

³⁴³ J. Jerzykowski [w:] W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, 7. wydanie, Warszawa 2018, s. 1403; Wyrok KIO z dnia 29 marca 2017 r., KIO 485/17, LEX nr 2271482.

³⁴⁴ M. Stempel [w:] E. Garbaczuk, M. Stempel, *Zamówienia publiczne – nowe zasady*, Warszawa 2017, s. 137.

³⁴⁵ Zob. E. Sikorska, M. Sikorski, *Środki ochrony prawnej w zamówieniach publicznych. Odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej i skarga do sądu powszechnego*, Warszawa 2014, s. 37.

³⁴⁶ I. Ziarniak, *Środki ochrony prawnej w zamówieniach publicznych*, „*Vademecum przetargów publicznych. Wszystko o środkach ochrony prawnej*”, nr 2 (8) kwiecień - czerwiec 2013, s. 7.

³⁴⁷ M. Sieradzka, *Zmowy przetargowe w świetle zamówień publicznych oraz prawa prawa konkurencji*, Warszawa 2015, s. 217.

³⁴⁸ Zob. W. Kryzińska, *Środki ochrony prawnej w świetle obowiązujących przepisów Prawa zamówień publicznych* [w:] monografii pod red. A. Borowicz, M. Królikowska – Olczak, J. Sadowy, W. Starzyńska, *Ekonomiczne i prawne zagadnienia zamówień publicznych*, Warszawa 2010, s. 290.

zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób prawidłowy tj. z zachowaniem obowiązujących zasad i przepisów ustawy³⁴⁹ czy też nie, a postawione przez odwołującego zarzuty są w związku z tym zasadne.

Podmiot odwołujący się musi mieć pewność co do naruszenia przez zamawiającego przepisów PrZamPubl2019 oraz dowody na potwierdzenie swoich twierdzeń. Hipotetyczna możliwość naruszenia przez zamawiającego przepisów poprzez dokonanie lub zaniechanie czynności nie stanowi podstawy do złożenia odwołania zgodnie z obowiązującym orzecznictwem³⁵⁰. Oznacza to, iż musi być to czynność konkretna i dokonana³⁵¹, którą można ocenić pod kątem jej zgodności z przepisami³⁵².

Izba, w toku weryfikacji zarzutów odwołania sprawdza czy w związku z podjętymi czynnościami po stronie zamawiającego doszło do działań sprzecznych z przepisami PrZamPubl2019. KIO może brać pod uwagę wyłącznie informacje i okoliczności, które były zamawiającemu znane w chwili, gdy te czynności podejmował³⁵³. Jeśli w trakcie postępowania odwoławczego lub na mocy złożonego przez wykonawcę odwołania wynikną nowe fakty, co do których zamawiający nie miał wiedzy, to izba uzna je jako niemające znaczenia dla oceny ich prawidłowości³⁵⁴. Ustawodawca nie precyzuje tych okoliczności co może rodzić pewne kontrowersje i stronniczość. „Brak wiedzy” zamawiającego może być celowym i zamierzonym działaniem stanowiącym jego taktykę obronną. Izba nie powinna w sposób bezkrytyczny stosować się do nakazu braku reakcji lub pominięcia takiego dowodu w związku z pojawieniem się okoliczności, o których strona nie wiedziała. Działania izby winny skupiać się na wyjaśnieniu sprawy kompleksowo z ograniczonym zaufaniem dla obu stron. Powołanie się przez zamawiającego na nowe okoliczności, o których nie wiedział, nawet jeśli jest to prawdą, skutkuje proceduralnym zakończeniem postępowania na korzyść zamawiającego co stawia go w pozycji uprzywilejowanej.

KIO chcąc stwierdzić, czy złożone odwołanie jest dopuszczalne z punktu widzenia art. 513 PrZamPubl2019, musi zweryfikować czynności zamawiającego pod kątem ich

³⁴⁹ Biuletyn partnerstwa publiczno - prywatnego nr 12, https://www.ppp.gov.pl/Publikacje/E_przewodnik/Documents/Biuletyn_PPP_nr_12_wybor_partnera.pdf, (dostęp: 2019-07-29 22:01).

³⁵⁰ A. Fermus - Bobowiec, *Skarb Państwa jako strona umowy w sprawie zamówienia publicznego zawieranej z przedsiębiorcą a zasada swobody umów* w: A. Kidyba (red.), *Skarb Państwa a działalność gospodarcza*, Warszawa 2014, s. 227; Wyrok KIO z dnia 24 sierpnia 2016r., KIO 1454/16, LEX nr 2149672.

³⁵¹ Wyrok KIO z dnia 5 maja 2016 r., KIO 598/16, LEX nr 2048457.

³⁵² Wyrok KIO z dnia 4 września 2015 r., KIO 1802/15, LEX nr 1918847.

³⁵³ R. Malujda, *Środki ochrony prawnej w prawie zamówień publicznych*, <http://pppit.org.pl/?a=85> (dostęp: 2018-02-28 23:41).

³⁵⁴ Wyrok KIO z dnia 25 listopada 2015 r., KIO 2512/15, LEX nr 1978039.

legalności³⁵⁵. W związku z powyższym należy uznać, iż dokonywane przez Izbę działania są czynnościami o charakterze kontrolnym³⁵⁶. Błędym byłoby natomiast porównanie samego postępowania odwoławczego do postępowania kontrolnego z powodu zbyt wielu występujących między nimi różnic. Najistotniejszą różnicą, na podstawie której oddzielić można postępowanie odwoławcze od postępowania kontrolnego jest okres, w jakim sprawy zostają rozpatrywane. W przypadku postępowania odwoławczego czas niezbędny do przeprowadzenia procedury odwoławczej zakończonej wyrokiem lub postanowieniem izby liczony jest w tygodniach lub w przypadku spraw o skomplikowanym stopniu trudności, miesiącach. Postępowania kontrolne z kolei mogą trwać nawet kilka lat³⁵⁷.

Ustawodawca nie tworzy katalogu czynności stanowiących podstawę odwołania do KIO, a jedynie wskazał, iż są to czynności niezgodne z przepisami ustawy PrZamPubl2019, które zamawiający był obowiązany wykonać lub wstrzymać się od ich wykonania w trakcie trwania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Mimo braku takiego katalogu w ustawie warto wskazać, iż możliwości względem wniesienia odwołania po wejściu w życie ustawy PrZamPubl2019 zostały znacząco poszerzone³⁵⁸. Istotne jest, aby zarzuty formułowane w odwołaniu tyczyły się faktycznie tych elementów wyartykułowanych w ustawie. I tak na przykład przedmiotem odwołania mogą być zapisy projektowanej umowy o zamówienie publiczne w toczącym się postępowaniu³⁵⁹, ale fakt zawarcia umowy z wykonawcą wybranym w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego już nie³⁶⁰.

³⁵⁵ K. Jachowska, *Odwołanie – czynności o których nie można zapomnieć*, „Vademecum przetargów publicznych. Wszystko o środkach ochrony prawnej”, nr 2 (8) kwiecień - czerwiec 2013, s. 7.

³⁵⁶ Wyrok KIO z dnia 7 lipca 2017 r., KIO 1294/17, LEX nr 2337974.

³⁵⁷ Uchwała KIO z dnia 3 lipca 2017 r., KIO/KD 24/17, LEX nr 2323869.

³⁵⁸ Warto przytoczyć w celach porównawczych katalog J. Pieróga z poprzednio obowiązującej ustawy PrZamPubl2004 (J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz 14 wydanie*, Warszawa 2017, s. 746.) bądź co bądź nie enumeratywny, aczkolwiek w większej mierze zawierający w sobie najistotniejsze elementy. Autor konkretnie podaje, iż wykonawca mógł złożyć odwołanie na działania podejmowane przez zamawiającego związane z: wyborem trybu postępowania, ogłaszaniem postępowań, doręczeniem zaproszeń do udziału w postępowaniu, sporządzaniem SIWZ lub innych dokumentów określających warunki udziału w postępowaniu, sporządzaniem regulaminu konkursu, udzieleniem wyjaśnień do SIWZ, wprowadzeniem zmian do SIWZ, przyjmowaniem (składanie) ofert, otwieraniem ofert, wykluczeniem wykonawcy z postępowania, odrzucaniem ofert, dokonywaniem oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonywaniem wyboru pracy konkursowych, unieważnianiem postępowań.

³⁵⁹ P. Wójcik [w:] A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, art. 513. <https://sip.lex.pl/#/commentary/587848728/646168/gawronska-baran-andrzela-i-in-prawo-zamowien-publicznych-komentarz?cm=URELATIONS> (dostęp: 2021-11-18 21:50)

³⁶⁰ P. Granecki, I. Granecka, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, s. 1240.

Aby zarzut stanowiący podstawę odwołania mógł być uwzględniony w całości lub części przez KIO musi on mieć istotny wpływ na wynik postępowania³⁶². Istotnym z punktu widzenia Izby są takie działania, które bezpośrednio oddziałują na dalsze losy tak zamawiającego jako prowadzącego postępowanie jak i ich uczestników. Pomimo tego, że ustawodawca nie podał definicji czynności, działań czy zachowań zamawiającego, które można by określić mianem „istotnych” to KIO w wydawanych przez siebie wyrokach wskazuje na okoliczności podlegające uwzględnieniu na tej właśnie podstawie. W związku z powyższym można zauważyć, że czynnością istotną zgodnie z dyspozycją art. 554 ust. 1 PrZamPubl2019 jest na przykład zaniechanie czynności wyjaśniających dokumentów potwierdzających warunki postępowania³⁶³, a czynnością nieistotną dla wyniku postępowania i nie mającą na nie wpływu jest między innymi zmiana SWZ wedle wskazań Odwołującego (zarzut uznania)³⁶⁴. Brak woli wykonawcy do podpisania umowy, a w konsekwencji unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego również nie daje innym uczestnikom postępowania możliwości do skutecznego złożenia odwołania na podstawie braku działania zamawiającego polegającego na wyborze oferty kolejno najkorzystniejszej³⁶⁵.

Ustalenie i udowodnienia wagi stawianych zarzutów jest na tyle istotne, że brak udowodnienia wady czynności zamawiającego skutkować będzie bezwzględnym odrzuceniem odwołania przez Izbę³⁶⁶.

Zamawiający jako strona postępowania, która kieruje i zarządza postępowaniem³⁶⁷ zmierzającym do zaspokojenia interesu publicznego, zobowiązany jest do wywiązywania się z ciążących na nim ustawowych obowiązków. Wspomniane obowiązki polegają na działaniu lub w uzasadnionych przypadkach, również na zaniechaniu dokonania czynności określonych przez PrZamPubl2019³⁶⁸, a zasadność tych działań musi mieć poparcie faktyczne i prawne. Pojęcie zaniechania w kontekście postępowania odwoławczego jest zagadnieniem istotnym lecz niekiedy trudnym dla odwołującego do udowodnienia, z uwagi na brak legalnej definicji

³⁶² Wyrok KIO z dnia 4 grudnia 2018 r., KIO 2460/18, LEX nr 2621368.

³⁶³ Wyrok KIO z dnia 17 stycznia 2018 r., KIO 33/18, LEX nr 2445259.

³⁶⁴ Wyrok KIO z dnia 8 sierpnia 2017 r., KIO 1471/17, LEX nr 2349329.

³⁶⁵ Wyrok KIO z dnia 9 marca 2017 r., KIO 338/17, LEX nr 2256450.

³⁶⁶ Wyrok KIO z dnia 14 grudnia 2018 r., KIO 2460/18, LEX nr 2621368; Wyrok KIO z dnia 17 października 2017 r., KIO 2077/17, LEX nr 2407306; Wyrok KIO z dnia 27 listopada 2015 r., KIO 2429/15, LEX nr 1977974.

³⁶⁷ Wyrok KIO z dnia 21 listopada 2016 r., KIO 1498/16, LEX nr 2149707.

³⁶⁸ Wzorcowym przykładem zaniechania, którego może dopuścić się zamawiający jest nieodrzućenie oferty, jeśli zachodzą ku temu ustawowe okoliczności lub odrzucenie oferty ze względu na braki formalne możliwe do uzupełnienia, bez uprzedniego zawezwania wykonawcy do uzupełnienia. Interesującym jest również fakt, że nie można złożyć odwołania na zaniechanie wykluczenia wykonawcy – patrz: KIO 2344/16, LEX nr 2188481 - wyrok z dnia 27 grudnia 2016 r.

zaniechania³⁶⁹. Brak precyzji w tym zakresie daje zamawiającym pewną przewagę, gdyż brak podania twardego dowodu jako argumentu stanowiącego podstawę odwołania najprawdopodobniej skutkować będzie odrzuceniem odwołania. To na odwołującym ciąży obowiązek skonkretyzowania zarzutów oraz umiejętne wyartykułowanie okoliczności faktycznych i prawnych w taki sposób, aby umożliwić Izbie dokonanie oceny zasadności odwołania³⁷⁰.

O prawidłowo sformułowanym zarzucie można mówić, jeśli składa się on z podstawy faktycznej i prawnej, która ma swoje odzwierciedlenie w twierdzeniach odwołującego. To on opisuje zarzut w jego części faktycznej, a błędy w niej popełnione są niekonwalidowane z uwagi na fakt, że zakreślają one granice do rozpoznania zarzutów odwołania³⁷¹.

Definicja podstawy faktycznej zarzutu została sformułowana przy okazji wydanego przez KIO wyroku, który stanowi, iż jest to „okoliczność (zespół okoliczności) mających świadczyć o naruszeniu przez zamawiającego określonych przepisów PrZamPubl2019. Tak skonstruowany zarzut określa ramy sporu prowadzonego w postępowaniu odwoławczym, a ten z kolei determinuje zakres kognicji Izby, który co do zasady, musi pokrywać się ze sformułowanymi w odwołaniu zarzutami”. Odzwierciedleniem tego obowiązku jest zakaz formułowania zarzutów w sposób ogólny³⁷² podobnie jak brak możliwości uzupełnienia podstaw faktycznych, stanowiących element zarzutu czy też rozszerzenia go podczas toczącej się rozprawy³⁷³. Odwołujący zobowiązany jest do stawiania zarzutów w sposób wyraźny przez co rozumie się opisanie konkretnej czynności podjętej przez zamawiającego, które można uznać za niezgodne z przepisami oraz opisać w jaki sposób zdaniem odwołującego do tego naruszenia doszło w taki sposób, aby opis ten wyczerpał w całości przesłanki naruszenia³⁷⁴. Dla odwołującego, wywiązanie się z tego obowiązku ma swoje odzwierciedlenie w postępowaniu odwoławczym i może być niego kluczowe, ponieważ po wpływie terminu na formułowanie zarzutów, przepisy nie przewidują możliwości ich ponownego formułowania czy też doprecyzowania.

Zarzut podniesiony przez odwołującego w sposób właściwy, może doprowadzić do uwzględnienia odwołania przez zamawiającego jeszcze na etapie przed procesowym (tzw.

³⁶⁹ Wyrok KIO z dnia 15 marca 2017 r KIO 389/17, LEX nr 2261040; Wyrok KIO z dnia 5 kwietnia 2017 r., KIO 549/17, LEX nr 2281310.

³⁷⁰ Wyrok KIO z dnia 17 marca 2016 r., KIO 330/16, LEX nr 2051497.

³⁷¹ Wyrok KIO z dnia 12 czerwca 2017 r., KIO 1102/17, LEX nr 2325547.

³⁷² Wyrok KIO z dnia 17 marca 2016 r., KIO 330/16, LEX nr 2051497; Wyrok KIO z dnia 6 listopada 2017 r., KIO 2165/17, LEX nr 2408990.

³⁷³ Wyrok KIO z dnia 19 czerwca 2017 r., KIO 1081/17; KIO 1084/17; KIO 1091/17, LEX nr 2324463.

³⁷⁴ Wyrok KIO z dnia 14 czerwca 2017 r., KIO 1048/17, LEX nr 2323686.

uznanie). Ponadto, daje stronom szansę prawidłowego przygotowania się do postępowania odwoławczego (zebranie dowodów, opracowanie argumentacji). Tym niemniej, zarzut musi być również uniwersalny i logiczny, odnoszący się do każdego adresata czynności dokonanej lub nie przez zamawiającego w stosunku do jej odbiorców³⁷⁵.

§4. Wymogi formalne odwołania

Traktując odwołanie w kontekście pisma wszczynającego postępowanie przed KIO, należy dochować należytej staranności w stosunku do wymogów, jakie odwołujący obowiązany jest spełnić przy jego sporządzaniu. Dokumentację odwoławczą można określać mianem odwołania, w kontekście środków ochrony prawnej w zamówieniach publicznych, gdy zawarte w niej treści są zgodnie z rozdziałem drugim, tj.: §4 - §10 RozpPostOdw³⁷⁶ oraz art. 513-521 PrZamPubl2019.

Odwołujący, w treści pisma kierowanego do KIO musi zawrzeć imię i nazwisko lub nazwę (firmę), miejsce zamieszkania lub siedzibę, numer telefonu³⁷⁷ oraz adres poczty elektronicznej odwołującego, jak również imię i nazwisko przedstawiciela (przedstawicieli), czyli dane identyfikujące odwołującego oraz imię i nazwisko lub nazwę (firmę) oraz miejsce zamieszkania lub siedzibę zamawiającego wraz z danymi kontaktowymi w postaci numeru telefonu oraz adresu poczty elektronicznej. Odwołujący zobowiązani zostali do wskazania danych, które pozwolą KIO na ich bezproblemową identyfikację, czyli podania numeru PESEL³⁷⁸ NIP bądź KRS, jeśli oczywiście odwołujący numer taki posiada. Jeżeli nie jest on obowiązany do ich posiadania musi podać on numer w innym rejestrze lub ewidencji, który pozwoli izbie go zidentyfikować. Niezbędne jest określenie przedmiotu zamówienia, wskazanie numeru ogłoszenia o zamówieniu bądź ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy bądź ogłoszenia o udzieleniu zamówienia bądź ogłoszenia o konkursie lub ogłoszenia o wynikach konkursu³⁷⁹ w zależności od etapu, na jakim jest postępowanie o udzielenie zamówienia, w momencie składania odwołania.

³⁷⁵ Wyrok KIO z dnia 4 września 2015r., KIO 1812/15; KIO 1819/15; KIO 1820/15, LEX nr 1918856.

³⁷⁶ Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. poz. 2453).

³⁷⁷ Warto zwrócić uwagę na fakt, że archaiczna forma kontaktu pomiędzy uczestnikami postępowania jakim był faks, została usunięta ustawą PrZamPubl2019 z elementów, które obowiązkowo musiał podać w odwołaniu wykonawca.

³⁷⁸ Skrót od Powszechny Elektroniczny System Ewidencji Ludności.

³⁷⁹ W przypadku ich zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

Odwołujący musi określić czynności lub ich zaniechanie, w przypadku gdy zamawiający był zobowiązany je dokonać, którym zarzuca niezgodność z przepisami ustawy. Na tej podstawie powstają zarzuty, które należy przedstawić zwięźle, a te z kolei kreują żądania co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania oraz okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania wraz z dowodami na poparcie przytoczonych okoliczności. Odwołanie musi być podpisane przez odwołującego albo jego przedstawiciela (przedstawicieli) i zawierać wykaz załączników.

Wartym podkreślenia jest fakt, iż podpis, o którym mowa w punkcie powyżej jest jedynym elementem formalnym odwołania, którego brak powoduje bezwzględną nieważność złożonego odwołania na pierwszym etapie badania dokumentacji odwoławczej³⁸⁰.

Zawartość odwołania, czyli jego elementy reguluje art. 516 PrZamPubl2019³⁸¹. Elementy składowe odwołania zostały na tyle precyzyjnie sformułowane i wyartykułowane przez ustawodawcę, że w praktyce nie ma potrzeby dokonywania ich wykładni w myśl zasady *clara non sunt interpretanda*³⁸², co w świetle powszechnie stosowanej praktyki nie powinno budzić wątpliwości. Tym niemniej, dokonanie charakterystyki oraz opisu wymaganej przepisami zawartości odwołania, wydaje się na potrzeby niniejszej rozprawy zasadne.

Odwołujący zgodnie z dyspozycją art. 516 ust. 1 PrZamPubl2019 zobowiązany jest w szczególności do:

- 1) wskazania czynności lub zaniechania czynności zamawiającego;
- 2) przedstawienia zarzutu/ów (w sposób zwięzły³⁸³);
- 3) określenia żądania;
- 4) uzasadnienia wniesienia odwołania wraz z przedstawieniem dowodów (okoliczności faktyczne i prawne).

Podobne wymagania stawia przed uczestnikiem postępowania cywilnego art. 126 §1 i 126 §2 ust. 1 KPC w związku z art. 187 §1 KPC co doskonale odzwierciedla wymóg dokładnego określenia żądania oraz przytoczenia okoliczności faktycznych na jego uzasadnienie³⁸⁴. Ustawodawca zastosował tu pewnego rodzaju analogię co jest w pełni uzasadnione wzięwszy pod uwagę cywilnoprawny charakter postępowania o udzielenie

³⁸⁰ Postanowienie KIO z dnia 11 lipca 2008 r., KIO/UZP 652/08, LEX nr 443385.

³⁸¹ Przed nowelizacją ustawy szczegółowy opis elementów odwołania znajdował się w §4 pkt. 1 i 2 RozpRegOdw.

³⁸² L. Morawski, *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2014, s. 57.

³⁸³ Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 8 listopada 2005 r., V CA 1377/05, LEX nr 621229.

³⁸⁴ Zob. A. Zieliński, K. Flaga – Gieruszyńska, *KPC. Komentarz wyd. 7*, Warszawa 2014, s. 380.

zamówienia publicznego, jak również cywilnoprawny charakter środków ochrony prawnej, które przysługują jego uczestnikom.

Dokonywane przez odwołującego czynności, aby osiągnęły zamierzony skutek muszą zostać podjęte łącznie. Tym nie mniej, samo stwierdzenie lub powołanie się na okoliczności podjęcia przez zamawiającego działań sprzecznych z prawem bądź ich zaniechania, bez wskazania konkretnych okoliczności faktycznych nie jest wystarczające do prawidłowego wywiązania się z postawionego wykonawcy obowiązku³⁸⁵. Sprzężony z tym warunkiem i ciężącym na wykonawcy obowiązkiem, a zarazem jego następstwem jest wskazanie zarzutu jako najistotniejszego elementu odwołania³⁸⁶. To poprzez zarzut właśnie, wykonawca dopełnia formalności i pozwala Izbie uruchomić dalsze czynności związane z wszczęciem postępowania odwoławczego.

Definicję opisową zarzutu można odnaleźć w orzecznictwie KIO, gdyż ani ustawa ani rozporządzenia takiej nie formułują. Jedną z tych wyroków KIO stanowi, iż zarzut jest to „twierdzenie odwołującego o okolicznościach faktycznych, które zaistniały w postępowaniu, a których zaistnienie powoduje, że czynności lub zaniechania zamawiającego należy uznać za sprzeczne z prawem i dokonać ich subsumcji pod określony przepis aktu normatywnego”³⁸⁷. Uzupełniając powyższą definicję, można wskazać, iż zarzut jest przede wszystkim oświadczeniem odwołującego, które zawiera również okoliczności prawne³⁸⁸. Jak można wydedukować samo cytowanie dokumentacji przetargowej lub jej części w postaci SWZ lub załączników, nawet ze stwierdzeniem „nie są spełnione”³⁸⁹ nie wypełnia obowiązku prawidłowego postawienia zarzutu. Należy go w sposób oczywisty opisać, powołując się przy tym na przepisy PrZamPubl2019, które są stosowane przez zamawiającego w sposób nieprawidłowy lub też nie są stosowane w ogóle³⁹⁰. Z orzecznictwa KIO można wywnioskować, iż niedopuszczalna jest praktyka stawiania w odwołaniu zarzutów w sposób ogólny czy też „blankietowy”, które to będą (lub nie) uzupełniane w czasie trwania postępowania odwoławczego³⁹¹. Powodem takiego stanu rzeczy jest fakt, że KIO ma za zadanie działać w sposób precyzyjny i wskazany przez wywodzącego z tych działań skutki prawne.

³⁸⁵ Wyrok KIO z dnia 24 czerwca 2008 r., KIO/UZP 571/08, LEX nr 409323.

³⁸⁶ Wyrok KIO z dnia 7 czerwca 2010 r., KIO/UZP 949/10, LEX nr 590093.

³⁸⁷ Ibidem.

³⁸⁸ Wyrok KIO z dnia 24 listopada 2009 r., KIO/UZP 1590/09, LEX nr 551525; Wyrok KIO z dnia 25 listopada 2010 r., KIO/UZP 2453/10, LEX nr 688794.

³⁸⁹ Wyrok KIO z dnia 12 stycznia 2009 r., KIO/UZP 1504/08, LEX nr 486610.

³⁹⁰ Postanowienie KIO z dnia 14 stycznia 2010 r., KIO/UZP 1671/09, LEX nr 557974; Wyrok KIO z dnia 18 stycznia 2010 r., KIO/UZP 1684/09, LEX nr 558050.

³⁹¹ Wyrok KIO z dnia 18 marca 2010 r., KIO/UZP 99/10, LEX nr 607315; Wyrok KIO z dnia 9 września 2010 r., KIO/UZP 1832/10, LEX nr 666266.

Gdyby przedstawione wyżej działania były w praktyce dopuszczone przez przepisy, to nie można by mówić o odwołaniu jako środku ochrony prawnej, a bardziej jak o wniosku odwołującego do wszczęcia kontroli w związku z danym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego³⁹².

Wziąwszy pod uwagę choćby idee systemu zamówień publicznych oraz środków ochrony prawnej zmierzających do bezwzględnej ochrony interesu publicznego, którym bez wątplenia jest udzielenie zamówienia publicznego w zgodzie z obowiązującymi normami i zasadami, a w szczególności w kontekście jego cywilistycznego charakteru należałoby możliwość ingerowania w zakres odwołania uznać za słuszny³⁹³. Jednak w praktyce opisana droga mogłaby sprawiać trudności proceduralne w toku procesu (szybkość działania jest jednym z podstawowych założeń), a przede wszystkim prowadzić do kolizji wewnętrznej³⁹⁴, tj. z art. 555 PrZamPubl2019., co oznacza, iż każde powołanie nowych zarzutów, a zwłaszcza takich, które rozszerzają podstawę faktyczną odwołania na etapie rozprawy i powodują podniesienie nowych zarzutów są niedozwolone co do zasady³⁹⁵. Dlatego też przypuszczalnie podejście do opisywanej problematyki jest kwestią indywidualną każdego sporu, a jego rozstrzygnięcie zależy od podejścia do prezentowanego przepisu przez skład orzekający Izby.

Ustawodawca celowo użył w stosunku do wymogu wskazania zarzutu sformułowania „zwiąże”, ponieważ oczekiwał jasnych i krótkich komunikatów, sygnałów co do naruszonych przepisów. Tymczasem w judykaturze spotkać się można z poglądem, który nie koniecznie oddaje prawdopodobne zamierzenia ustawodawcy z uwagi na to, że trudno jest zgodzić się ze stwierdzeniem dotyczącym zarzutu, który byłby uznawany jako „całokształt konkretnych okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających twierdzenie nt. wadliwości danych czynności zamawiającego (...)”³⁹⁶. W nawiązaniu do powyższych rozważań, każda okoliczność uzasadniająca złożenie odwołania i mająca swoje odzwierciedlenie w przepisach stanowi oddzielny zarzut, a ten z kolei „stanowi substrat okoliczności faktycznych i prawnych”³⁹⁷. Kumulacja wszystkich okoliczności w jeden zarzut mija się z celem

³⁹² W innym wyroku Izby, można zetknąć się z przeciwnym twierdzeniem, które przeczy postawionej wyżej tezie, iż „brak konkretyzacji żądań odwołania ponad minimalny zakres wynikający z literalnej interpretacji art. 192 ust. 2 p.z.p. nie stanowi przeszkody dla rozpoznania odwołania w ogóle. P.z.p. nie zawiera nadto zakazu zmiany treści żądania odwołania - uprawnieniem odwołującego jest możliwość zmiany żądania, aż do zamknięcia rozprawy, zob. wyrok KIO z dnia 1 lutego 2011 r., KIO 79/11; KIO 89/11; KIO 90/11, LEX nr 784855.

³⁹³ P. Janda [w:] S. Babiarsz, Z. Czarnik, P. Janda, P. Pełczyński, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz wydanie I*, Warszawa 2010, s. 659.

³⁹⁴ Wyrok KIO z dnia 4 lutego 2011 r., KIO 133/11, LEX nr 738434.

³⁹⁵ Ibidem.; Wyrok KIO z dnia 8 kwietnia 2011 r., KIO 653/11, LEX nr 798091; Wyrok KIO z dnia 19 czerwca 2017 r., KIO 1081/17; KIO 1084/17; KIO 1091/17, LEX nr 2324463.

³⁹⁶ Wyrok KIO z dnia 19 stycznia 2010 r., KIO/UZP 1668/09, LEX nr 557969.

³⁹⁷ Wyrok KIO z dnia 25 lutego 2010 r., KIO/UZP 147/10, LEX nr 653623; Wyrok KIO z dnia 18 marca 2010 r., KIO/UZP 233/10, LEX nr 576591.

ustawodawcy, który wymaga od odwołującego zwięzłości czy też materializacji – dookreślenia w konkretnym stanie faktycznym³⁹⁸.

To, że żądanie oraz zarzut występują oddzielnie nie jest przypadkowe i już sam fakt takiej dychotomii pozwala stwierdzić, iż stanowią one odrębne byty w ramach składanego odwołania³⁹⁹. Żądanie odwołującego jest o tyle istotne, że jego brak skutkuje, nawet w sytuacji uznania przez Izbę zasadności zarzutu (zarzutów), nieuwzględnieniem odwołania⁴⁰⁰ co jest dla odwołującego podwójną przegraną, ponieważ zarówno na płaszczyźnie formalnej jak i ambicjonalnej.

Ostatnim elementem odwołania wskazanym powyżej jest uzasadnienie, czyli wskazania faktyczne i prawne, które z punktu widzenia oceny i rozstrzygnięcia złożonego odwołania ma znaczenie merytoryczne dla osiągnięcia celu i zapewnienia skuteczności postępowania odwoławczego⁴⁰¹. Zarzuty stawiane przez odwołującego w odwołaniu są swojego rodzaju esencją opisywanych okoliczności co w pewnym sensie sprzęga je ze sobą. Jednakże, subsumpcja zarzutów pod okoliczności faktyczne i prawne lub na odwrót, traktowanie okoliczności faktycznych i prawnych jako zarzutów, nie zasługuje na aprobatę⁴⁰². Podstawa faktyczna i prawna ma za zadanie przekonać Izbę co do słuszności wniesionego odwołania, gdyż elementy te wpływają na potwierdzenie bądź też nie potwierdzają zarzutów stawianych w kierunku zamawiającego⁴⁰³. Ustawodawca nie określa miejsca w odwołaniu, w którym stawiany zarzut miałby się znaleźć. Dobrą praktyką jest zamieszczenie zarzutu w petitum odwołania, jednakże nie jest błędem umiejscowienie go np. w uzasadnieniu⁴⁰⁴.

W kontekście wcześniejszych uwag, można postawić tezę, iż zarzut postawiony przez odwołującego odnosi się do określonego zachowania zamawiającego, a te z kolei muszą znaleźć odzwierciedlenie w sformułowanych przez odwołującego okolicznościach faktycznych i prawnych⁴⁰⁵. Można spotkać się również z teorią hybrydową, gdzie czynności zamawiającego

³⁹⁸ Wyrok KIO z dnia 11 sierpnia 2017 r., KIO 1536/17, LEX nr 2370683.

³⁹⁹ Wyrok KIO z dnia 1 grudnia 2009 r., KIO/UZP 1633/09, LEX nr 557989; P. Granecki, *Ciężar dowodu w postępowaniu odwoławczym*, Monitor Zamówień Publicznych 2015/12/35-39.

⁴⁰⁰ Wyrok KIO z dnia 4 lutego 2010 r., KIO/UZP 1849/09, LEX nr 599125.

⁴⁰¹ Postanowienie KIO z dnia 30 listopada 2010 r., KIO/UZP 2511/10, LEX nr 690941.

⁴⁰² M. Romańska, *Skarga do sądu na orzeczenie Krajowej Izby odwoławczej w systemie środków zaskarżenia. Kontrola instancyjna orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej, cz. 1*, Zamówienia Publiczne Doradca 2018/1/38-46; Wyrok KIO z dnia 5 stycznia 2011 r., KIO/UZP 2756/10, LEX nr 698063.

⁴⁰³ Wyrok KIO z dnia 28 stycznia 2011 r., KIO 101/11, LEX nr 736782.

⁴⁰⁴ Wyrok KIO z dnia 30 czerwca 2016 r., KIO 1044/16, LEX nr 2112142; Zob. też M. Lamch-Rejowska, Ł. Laszczyński, *Prawo zamówień publicznych. Praktyczny poradnik dla zamawiających i wykonawców*, Warszawa 2012, s. 340.

⁴⁰⁵ Wyrok KIO z dnia 2 marca 2011 r., KIO 320/11, LEX nr 784792.

(bądź ich brak) wraz z ich faktycznym i prawnym uzasadnieniem oraz okolicznościami mają tworzyć zarzut⁴⁰⁶.

Faktem jest, że opisane elementy odwołania mają na siebie wpływ, jednakże łączenie ich w jedno zdaje się być zbyt dalekim posunięciem. Skutkiem braku uzasadnienia zarzutu jest oczywiście jego oddalenie, jednakże dzieje się tak również w przypadku niedostatecznego uzasadnienia zarzutu⁴⁰⁷ bądź też w sytuacji przedstawienia dowodów nieracjonalnych⁴⁰⁸.

Dopuszcza się możliwość braku uzasadnienia prawnego, gdyż wysnuć je można z podstawy faktycznej, jednakże tylko w przypadku gdy jest ona wyczerpująca i prawidłowo opisana. Z kolei braki w podstawie faktycznej są nienaprawialne⁴⁰⁹ i nie podlegają uzupełnieniu po terminie na składanie odwołania. Przyjęcie odmiennego poglądu mogłoby doprowadzić do rozszerzenia stawianych w odwołaniu zarzutów. Rodzi to jednak pewnego rodzaju dysonans, gdyż to odwołujący, siłą rzeczy, ma interes w konkretnym rozstrzygnięciu sprawy na swoją korzyść i to właśnie on obowiązany jest wskazać, jakie działania Izby dałyby temu zadość⁴¹⁰. Pozostawienie w domyśle lub nieprecyzyjne wskazanie pożądanego rozstrzygnięcia sprawy może skutkować rozbieżnościami pomiędzy tym co osiągnąć chciałby wykonawca, składając odwołanie, a tym co Izba zasądziła.

Ponadto, do odwołania należy dołączyć dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wymaganej wysokości, dowód przesłania kopii odwołania zamawiającemu oraz dokument potwierdzający umocowanie do reprezentowania odwołującego.

Załączniki do odwołania nie stanowią jego treści, co do zasady⁴¹¹, a ich brak nie determinuje bezwzględnej nieważności złożonego odwołania oraz pozostawienia go bez rozpatrzenia⁴¹². Jeśli podczas badania dokumentacji odwoławczej przez Prezesa KIO wyjdą na jaw braki formalne w postaci niedołączenia w/w dokumentów, wzywa się odwołującego do ich uzupełnienia. Mają one za zadanie poświadczenie dokonania wskazanych czynności, tj. opłaty od odwołania, przekazania kopii odwołania stronie przeciwnej (zamawiającemu) oraz ewentualnego potwierdzenia umocowania osoby składającej odwołanie.

⁴⁰⁶ Wyrok KIO z dnia 11 marca 2011 r., KIO 380/11, LEX nr 786293.

⁴⁰⁷ Wyrok KIO z dnia 29 marca 2011 r., KIO 588/11, LEX nr 794756.

⁴⁰⁸ Wyrok KIO z dnia 6 kwietnia 2011 r., KIO 632/11, LEX nr 794832.

⁴⁰⁹ Wyrok KIO z dnia 12 czerwca 2017 r., KIO 1102/17, LEX nr 2325547.

⁴¹⁰ Wyrok KIO z dnia 16 stycznia 2017 r., KIO 2457/16; KIO 2464/16, LEX nr 2209142.

⁴¹¹ Postanowienie KIO z dnia 30 listopada 2010 r., KIO/UZP 2511/10, LEX nr 690941.

⁴¹² Brak w rozumieniu niedołączenie dokumentu istniejącego, czyli takiego, który de facto istnieje jak np. potwierdzenie dokonania przelewu na wpis od odwołania. Jeśli odwołujący takiego dokumentu nie dostarczy to ma możliwość jego uzupełnienia i nie będzie to rodziło poważniejszych skutków. Jeśli jednak dokument nie został dołączony ze względu na to, że nie istnieje lub nie istniał w momencie, kiedy było to wymagane, to jest to brak formalny.

Ustawodawca przewidział możliwość konwalidacji czynności związanych z wniesieniem odwołania, czyli dał odwołującym możliwość uzupełnienia braków formalnych dokumentacji odwoławczej, które uniemożliwiały formalne rozpoznanie odwołania. Uzupełnieniu podlegają praktycznie wszystkie elementy odwołania, na co wskazuje PrZamPubl2019 w art. 518 ust. 1 ze szczególnym odesłaniem do art. 517 ust. 2 PrZamPubl2019. Prezes izby w nawiązaniu do powyższego, musi na przykład na podstawie art. 518 ust. 3 PrZamPubl2019 wezwać do poprawienia lub uzupełnienia odwołania oraz złożenia dowodu uiszczenia wpisu w terminie 3 dni od otrzymania wezwania. Konsekwencją braku działania wykonawcy na wezwanie prezesa izby jest zwrot odwołania.

Wyszczególnione przez ustawodawcę elementy, o których mowa powyżej, można uznać za istotne części składowe odwołania, które tworzą jego trzon i nie pozwalają mu bez nich istnieć. Są to braki wynikające z niewskazania:

1. czynności lub jej zaniechania przez zamawiającego, której odwołujący zarzuca niezgodność z przepisami ustawy,
2. zarzutu,
3. żądania,
4. uzasadnienia okoliczności faktycznych i prawnych, motywujących odwołanie.

Ponadto, elementem formalnym wyszczególnionym w ustawie o szczególnym charakterze, który może zostać uzupełniony jest pełnomocnictwo i dowód uiszczenia wpisu.

Warto przy okazji rozważań na temat braków formalnych odwołania zaznaczyć, że mylne oznaczenie odwołania i inne oczywiste niedokładności, nie stanowią przeszkody do rozpoznania i nadania biegu złożonemu odwołaniu. W związku z tym, można uznać, że nie stanowią one braków formalnych w rozumieniu ustawy PrZamPubl2019.

§5. Legitymacja do wniesienia odwołania

1. Uwagi wprowadzające

Przywilejem do skorzystania ze środka ochrony prawnej w postaci odwołania może wykazać się wyłącznie podmiot posiadający ściśle określone i wymagane prawem atrybuty, którymi są interes oraz szkoda powstała w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów PrZamPubl2019. Tym nie mniej, krąg potencjalnych podmiotów mogących skorzystać z tego prawa jest szeroki⁴¹³, a podane warunki w żaden sposób nie ograniczają prawa do ochrony osób,

⁴¹³ M. Sieradzka, *Zmowy przetargowe w świetle zamówień publicznych oraz prawa prawa konkurencji*, Warszawa 2015, s. 217; Wyrok KIO z dnia 12 lipca 2017 r., KIO 1331/17, LEX nr 2338004.

czy to fizycznych czy prawnych oraz jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej, które biorą udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Co więcej, rezygnacja z wymogu żądania posiadania interesu prawnego, wzbogaciła możliwości uzasadnienia wniesionego odwołania o przesłanki natury subiektywnej⁴¹⁴, którymi cechuje się interes faktyczny. *De facto*, jakkolwiek interes można zakwalifikować jako przesłankę subiektywną z uwagi na potrzebę połączenia jej ze szkodą, która jeśli wystąpi to ma charakter obiektywny, ponieważ można ją przedstawić czy też wyliczyć. Jeśli jednak szkoda ujmowana jest w kategorii iluzorycznej (może wystąpić w przyszłości) to znaczy, że jest ona hipotetyczna, a co się z tym wiąże, może nigdy nie wystąpić.

Brak możliwości weryfikacji szkody *in spe*, jak również jej powstania, czy też bardziej precyzyjnie jej skutków, będzie tematem zawsze dyskusyjnym ze względu na jej nieobiektywną ewentualną wielkość.

Tabela 2 Podział warunków formalnych do wykazania się legitymacją czynną do złożenia odwołania (opracowanie własne).



Powyższa grafika przedstawia warunki formalne, jakie należy spełnić, aby wykazać się legitymacją do złożenia odwołania. Zostały one rozróżnione na przesłanki natury podmiotowej i przedmiotowej. Spełnienie przesłanki podmiotowej jest elementem obiektywnym, gdyż składający odwołanie musi być jednym z podmiotów wskazanych w powyższej grafice, który bierze udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Ponadto, należy wykazać się interesem i szkodą, która powstała lub może powstać. W związku z powyższym należy zauważyć, że odwołujący jest to podmiot (wykonawca bądź uczestnik konkursu bądź inny podmiot), który spełnia łącznie dwie przesłanki przedmiotowe, tj. posiada lub posiadał interes

⁴¹⁴ Zob. W. Kryzińska, *Środki ochrony prawnej w świetle obowiązujących przepisów Prawa zamówień publicznych* [w:] monografii pod red. A. Borowicz, M. Królikowska – Olczak, J. Sadowy, W. Starzyńska, *Ekonomiczne i prawne zagadnienia zamówień publicznych*, Warszawa 2010, s. 290.

i doznał (lub dozna w przyszłości) szkodę w związku z naruszeniami przepisów przez zamawiającego.

O ile nie ma większych trudności w kwestii formalnej z wykazaniem spełnienia przesłanek podmiotowych, to istnieje duży wachlarz możliwości co do spełnienia przesłanek przedmiotowych, tj. interesu i szkody.

Problematyka interesu i szkody w rozumieniu PrZamPubl2019 jest istotna dla podmiotów zainteresowanych ochroną prawną. Nie wykazanie choćby jednej z nich lub wykazanie interesu oraz szkody w stopniu niewystarczającym, pociąga za sobą niekorzystne skutki w postaci braku możliwości ochrony prawnej w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Porównując ustawę PrZamPubl2019 z jej odpowiednikiem np. w Afganistanie, można zaobserwować brak występowania obowiązku posiadania jakiegokolwiek interesu jako przesłanki uprawniającej dany podmiot do złożenia odwołania⁴¹⁵. Wziąwszy pod uwagę krótszą historię ustroju prawnego Afganistanu, można domniemywać, że w trakcie ulepszania zapisów ustawy regulujących materię zamówieniową pojawi się koncepcja posiadania interesu jako przesłanki uprawniającej do złożenia odwołania. Przed nowelizacją grudniową ustawy PrZamPubl2004⁴¹⁶, interes pełnił rolę marginalną i choć istnieje potrzeba wykazania się obiema przesłankami równocześnie, to właśnie szkoda jest tą bardziej namacalną przesłanką, którą można przeliczyć, wykazać i ewentualnie dochodzić jej zadośćuczynienia.

2. Pojęcie interesu

Wszczęcie postępowania odwoławczego pociąga za sobą szereg następstw dla każdego uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Fundamentalnym skutkiem takiego działania jest formalno-proceduralna potrzeba wyhamowania postępowania, co przekłada się przede wszystkim na termin podpisania umowy z wybranym wykonawcą. Wskazanie interesu jako jednej z dwóch fundamentalnych przesłanek do skorzystania ze środków ochrony prawnej, ma na celu ustalenie czy podmiot składający odwołanie jest do tej czynności uprawniony.

⁴¹⁵ E. Suwara, *Zamówienia publiczne jako środek budowania państwa (state – building) w sytuacjach pokonfliktowych na przykładzie Afganistanu*, Warszawa 2015, s. 314.

⁴¹⁶ Ustawa z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.).

Brak interesu, a w konsekwencji niewykazanie go w trakcie postępowania odwoławczego, eliminuje automatycznie podmioty, które wstrzymują zakończenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Warunek wykazania się interesem nie ogranicza w żaden sposób prawa do dochodzenia roszczeń podmiotów potencjalnie pokrzywdzonych. Jest on jedynie przesłanką badaną w toku postępowania odwoławczego i dopiero brak jej występowania, skutkuje oddaleniem odwołania z powodów formalnych⁴¹⁷.

Postawiony warunek na płaszczyźnie prawa krajowego ma swoje źródło w prawie unijnym, a mianowicie pochodzi z dyrektywy UE 89/665/EWG⁴¹⁸. Artykuł 1 ust. 3 wskazanej dyrektywy stanowi, iż miarą dostępu do środków ochrony prawnej jest interes w uzyskaniu konkretnego zamówienia⁴¹⁹. Zapisy dyrektywy, nie wskazują na rodzaj interesu, tym niemniej aby podmiot odwołujący mógł się interesem wykazać, musi przedstawić istnienie takiej sytuacji, w której podjęte przez zamawiającego decyzje godzić będą w jego interes lub co najmniej na takowy go narażać. Istotnym faktem jest brak możliwości uwzględnienia odwołania, w który odwołujący powołuje się na uszczerbek w jego interesie poprzez działania zamawiającego podjęte zgodnie z przepisami prawa⁴²⁰.

Do chwili wejścia w życie tzw. „nowelizacji grudniowej⁴²¹” PrZamPubl2004 odwołujący zobowiązani byli do wykazania się „interesem prawnym” jako jedną z przesłanek, która uprawniała ich do złożenia odwołania. Interes prawny w zasadniczy sposób można odróżnić np. od interesu faktycznego tym, że opiera się on na prawie materialnym⁴²², odwołując się do naruszenia przez zamawiającego konkretnie zindywidualizowanych przepisów prawa. Ani interes, ani interes prawny nie został przez ustawodawcę zdefiniowany⁴²³, czego pośpiesznie dokonała KIO w uzasadnieniu swoich wyroków⁴²⁴. Próbę zdefiniowania przesłanki interesu prawnego podjął również J. Ignatowicz, który trafnie oddaje jego istotę. Mianowicie

⁴¹⁷ Wyrok KIO z dnia 26 września 2016 r., KIO 1719/16, LEX nr 2153811.

⁴¹⁸ Dyrektywa rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane.

⁴¹⁹ A. Sołtysińska, H. Talago-Sławoj, *Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz 3 wydanie*, Warszawa 2016, s. 1310.

⁴²⁰ Idem, s. 1311-1312.

⁴²¹ Ustawa z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.).

⁴²² P. Janda [w:] S. Babiarz, Z. Czarnik, P. Janda, P. Pełczyński, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz wydanie 1*, Warszawa 2010, s. 634.

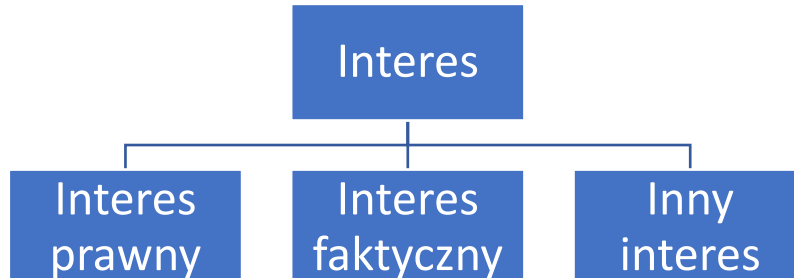
⁴²³ J. Pokrzywniak, T. Kwieciński, J. Baehr, *Środki ochrony prawnej w procedurach zamówień publicznych*, Warszawa – Katowice, 2006, s. 14.

⁴²⁴ Wyrok KIO/UZP z dnia 9 stycznia 2009 r., KIO 1493/08, LEX nr 486596.

wskazuje on, iż interes prawny „(...) dotyczy określonego prawa lub stosunku prawnego [...]. Nie wystarcza przeto interes czysto uczuciowy, emocjonalny lub zaspokajający wyłącznie społeczne żądania i aspiracje dochodzącego ochrony⁴²⁵”. Pomimo szerokiego luzu interpretacyjnego okalającego pojęcie interesu prawnego⁴²⁶ jako przesłanki do złożenia odwołania, przedstawiciele doktryny wydawali się być zgodni co do jej definicji w tym właśnie zawężonym znaczeniu. Ustawodawca chcąc uciąć spekulacje bądź też dyskusje, w którym miejscu kończy się lub zaczyna interes prawny, postanowił drugi człon tego tandemu wyeliminować, zupełnie otwierając już *per se* szerokie pole manewru.

Po wprowadzonej nowelizacji m.in. art. 179 ust. 1 PrZamPubl2004, rozszerzeniu uległo pojęcie interesu, paradoksalnie poprzez usunięcie słowa „prawnego”, które zostało utrzymane także w art. 505 PrZamPubl2019. Dzięki temu zabiegowi, w teorii odwołujący mogą przedstawiać jakikolwiek interes do wywiązania się z ustawowego obowiązku, który *de facto* nie musi być w żaden sposób skonkretyzowany, a rozumieć można go nawet w kategoriach zainteresowania w rozstrzygnięciu danego postępowania, którego to zainteresowania nie trzeba popierać żadną normą prawa materialnego (taki obowiązek istniał przed „nowelizacją grudniową”)⁴²⁷.

Tabela 3 Rodzaje interesu, którym może wykazać się podmiot składający odwołanie (opracowanie własne).



Ustawodawca odchodząc od wymogu przedstawienia „interesu prawnego” i niejako rozszerzając ten warunek poprzez żądanie wykazania się przez podmiot odwołujący wyłącznie „interesem”, nadaje odwołaniu cywilnoprawny charakter. Faktem jest, że to właśnie „interes prawny strony” jest podstawowym warunkiem uznania podmiotu za stronę w postępowaniu administracyjnym⁴²⁸. Ten zabieg, który w efekcie znacząco rozszerzył już szeroką przesłankę, skrytykował m.in. J. Pieróg, nazywając go „pomysłem chybionym⁴²⁹”, motywując swoje

⁴²⁵ J. Ignatowicz, *System prawa cywilnego, Tom I*, Warszawa 1985, s. 875.

⁴²⁶ J. Pokrzywniak, T. Kwieciński, J. Baehr, *Środki ochrony prawnej w procedurach zamówień publicznych*, Warszawa – Katowice, 2006, s. 21.

⁴²⁷ P. Janda [w:] S. Babiarczyk, Z. Czarnik, P. Janda, P. Pełczyński, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz wydanie I*, Warszawa 2010, s. 634.

⁴²⁸ U. Kalina-Prasznica, *Encyklopedia prawa*, Warszawa 2007, s. 246.

⁴²⁹ J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz 14 wydanie*, Warszawa 2017, s. 742.

stanowisko brakiem precyzji przepisów, które doprowadzić mogą do zbytniego rozszerzenia kręgu podmiotów zainteresowanych złożeniem odwołania⁴³⁰. J. Pieróg wskazuje, że do złożenia odwołania niepodlegającego odrzuceniu, na podstawie niewypełnienia zapisów art. 179 ust. 1 PrZamPubl2004, wystarczy sam „interes hipotetyczny”, bądź też sama chęć uzyskania zamówienia, co bezpośrednio przekłada się także na dyspozycję art. 505 PrZamPubl2019.

Wziąwszy pod uwagę orzecznictwo, wskazujące na wymóg przedstawienia interesu polegającego na obiektywnych możliwościach wygrania przedmiotowego postępowania, można dojść do wniosku, że sama „chęć”, czy też hipotetyczne przypuszczenia zamieszczone w odwołaniu, nie zostaną przez Izbę uwzględnione. Będzie to oczywiście skutkowało odrzuceniem odwołania, o czym J. Pieróg pisze w dalszej części komentarza⁴³¹. Tym bardziej zastanawiająca i niezrozumiała wydaje się przedstawiona argumentacja negująca znowelizowany przepis, ponieważ *summa summarum*, efekt zdaje się być jednakowy.

Inny przedstawiciel doktryny, M. Chmaj marginalizuje zabieg rozszerzenie pojęcia ustawowej przesłanki interesu poprzez zdawkowe podanie różnicy pomiędzy interesem a interesem prawnym. Polega ona na tym, iż sam interes „może mieć również charakter faktyczny⁴³²”. Teza ta nasuwa się już z pierwszym zdaniem części poświęconej środkom ochrony prawnej, gdzie autor stwierdza, iż ustawa PrZamPubl2004 „zawiera regulacje dotyczące ochrony interesów prawnych podmiotów ubiegających się o uzyskanie zamówienia przed naruszeniem przez zamawiającego jej przepisów⁴³³”, co w połączeniu z nadanym przez autora tytułem części, w której owo stwierdzenie się znajduje, tj. „Kontrola udzielania zamówień i odpowiedzialność za naruszenie przepisów” może doprowadzić odbiorcę do mylnych wniosków. Prostując wskazane stwierdzenia, należy podkreślić, iż odwołanie nie pełni funkcji kontrolnej i co ważniejsze nie prowadzi do wyciągnięcia odpowiedzialności za naruszenie przez zamawiającego przepisów. Ponadto, regulacje zawarte w ustawie nie chronią podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego *ex lege* (postępowanie odwoławcze ma charakter kontradyktoryjny), a jedynie dają im możliwość do zadbania o własny interes. Co ważniejsze przepisy regulujące środki ochrony prawnej nie służą „wyrównywaniu pozycji w układzie zamawiający – wykonawca” i nie mają „zapewnić w tym

⁴³⁰ P. Granecki, *Środki ochrony prawnej i system organów je realizujących* w: H. Nowicki, P. Nowicki (red.), *Prawo zamówień publicznych. Stan obecny i kierunki zmian*, Wrocław 2015, s. 423.

⁴³¹ J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz 14 wydanie*, Warszawa 2017, s. 742.

⁴³² Zob. E. Komorowski [w:] M. Chmaj, G. Herc, E. Komorowski, P. Szustakiewicz, *Zamówienia publiczne. Podręcznik wydanie drugie uaktualnione*, Warszawa 2010, s. 312.

⁴³³ Ibidem, s. 310.

zakresie stosowania zasady równości podmiotów”, gdyż zasada ta tyczy się (posługując się nomenklaturą cytowanego opracowania) układu wykonawca-wykonawca.

Zwolennikiem cywilistycznego rozumienia „interesu prawnego”, jako przesłanki do skorzystania ze środka ochrony prawnej jest również A. Panasiuk. Motywuje on jednak swoje stanowisko głównie przez pryzmat stosowania przepisów KPC dotyczących postępowania polubownego⁴³⁴. Wniosek o cywilnoprawnym charakterze postępowania odwoławczego czy też przesłanek, które trzeba spełnić, aby je wszcząć powinien wynikać z analizy wszystkich przepisów regulujących daną materię i opierać się na aspektach o charakterze obiektywnie bezsprzecznych, jednakże samą tezę można uznać za jak najbardziej trafną, tym bardziej że, jest ona ściśle związana z wnioskami wyciągniętymi z poprzedniego paragrafu⁴³⁵.

Pomimo pojawienia się w orzecznictwie wielu określeń mających przybliżyć przyszłym odwołującym istotę interesu oraz możliwości jego wykazania, nadal można spotkać się ze stwierdzeniami, które nie do końca wydają się być jasne, takie jak „mimo złożenia oferty wykonawca utraci interes w uzyskaniu zamówienia w przypadku utraty realnej możliwości uzyskania danego zlecenia publicznego⁴³⁶” co jest nieprawdą. Dopiero w momencie utraty możliwości wygrania postępowania przetargowego, odwołujący nabywa prawo do złożenia odwołania, ponieważ wygranie postępowania równoznaczne jest z podpisaniem umowy, a ta czynność nie podlega odwołaniu.

Czas czy też bardziej precyzyjniej chwila, w której wystąpiła po stronie odwołującego okoliczność posiadania interesu nie jest szczegółowo dookreślona. Ustawa wskazuje na czas przeszły - „miał interes” oraz teraźniejszy - „ma interes”. Wynika to raczej ze względów obiektywnych, ponieważ nie jest możliwym udowodnienie posiadania interesu w przyszłości z powodu zbyt wielu niewiadomych. Z formalnego punktu widzenia nie można przedstawić konkretnych dowodów na posiadanie takiegoż interesu z uwagi na fakt, iż interes mogący powstać w przyszłości jest z natury rzeczy kwestią niepewną i w pewien sposób abstrakcyjną. Ponadto, warto zadać sobie pytanie czy jeśli nie posiada się interesu i nie posiadało się go w przeszłości, to czy można zakładać, że nabędzie się go w przyszłości.

Istnieje możliwość utraty interesu przez odwołującego w toku prowadzonego postępowania, aczkolwiek dopuszcza się możliwość złożenia odwołania i co więcej

⁴³⁴ A. Panasiuk, *System zamówień publicznych. Zarys wykładu*, Warszawa 2013, s. 312-313; podobnie: P. Granecki, *Środki ochrony prawnej i system organów je realizujących* w: H. Nowicki, P. Nowicki (red.), *Prawo zamówień publicznych. Stan obecny i kierunki zmian*, Wrocław 2015, s. 424.

⁴³⁵ Patrz: §3. Treść odwołania – wymogi formalne.

⁴³⁶ Zob. W. Jarzyński [w:] E. Gnatowska, Z. Perciś, W. Jarzyński, *Komentarz do ustawy Prawo zamówień publicznych*, Warszawa 2016, s. 688.

uwzględnienia interesu, jeśli ma to związek z bezprawnymi działaniami zamawiającego. Taka utrata interesu wypełnia przesłanki do udowodnienia legitymacji czynnej z uwagi na fakt, że podmiot odwołujący dany interes „miał”, a jego utrata związana jest z obiektywnymi działaniami zamawiającego *contra legem*. Utrata interesu wiąże się wyłącznie z działaniami zamawiającego jak również podmiotu chcącego odwołanie złożyć. Możliwość utraty interesu *ex lege* ustawa nie przewiduje. Zazwyczaj sytuacjami utraty interesu są działania, jednakże częściej jest to zaniechanie dokonania konkretnych czynności związanych np. z nieprzedłużeniem bądź nie wniesieniem wadium, nieprzedłużeniem terminu związania ofertą, nieuzupełnienie dokumentacji przetargowej, czyli niedokonaniem wszelkich czynności, na podstawie których zamawiający może danego wykonawcę z postępowania usunąć ze względów formalnych, ponieważ wykazanie się interesem w takiej sytuacji jest znacznie utrudnione. Warto przypomnieć, że jedną z kategorii przesłanek jest podmiotowość, a podstawowym zaniechaniem uniemożliwiającym w przyszłości złożenie odwołania jest brak złożenia oferty w danym postępowaniu przez wykonawcę⁴³⁷ z powodu braku spełnienia właśnie tego wymogu – posiadania statusu wykonawcy w danym postępowaniu.

Należy pamiętać o tym, że interes nie ulega przedawnieniu pod warunkiem, że takowy rzeczywiście istniał. Po stronie podmiotu zainteresowanego w złożeniu odwołania nawet po zakończeniu postępowania i podpisaniu umowy⁴³⁸, podmiot zainteresowany jest w stanie skutecznie wykazać się interesem. Jednakże w postępowaniu, które zakończyło się brakiem wyboru oferty, a zamawiający nie wybrał oferty żadnego wykonawcy spośród wszystkich przystępujących do postępowania, nie ma możliwości wykazania się interesem w złożeniu odwołania. Odwołujący musi pamiętać o tym, że wykazywany interes musi bezsprzecznie wiązać się z danym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż interes (jakiegokolwiek formy) w rozstrzygnięciu postępowania innego jak ten, w którym złożono odwołanie (nawet jeśli toczy się u tego samego zamawiającego) nie jest interesem w rozumieniu art. 505 ust. 1 PrZamPubl2019. Tak samo jak nie ma interesu w złożeniu odwołania wykonawca, który żąda unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego⁴³⁹ gdyż to właśnie pozyskanie danego zamówienia i dążenie do tego jest istotą pojęcia interesu⁴⁴⁰.

⁴³⁷ K. Prowadzisz, P. Trojan, *Interes prawny a interes w uzyskaniu zamówienia*, w: M. Stręciwilk, M. Rakowska (red.), X – Lecie funkcjonowania Krajowej Izby Odwoławczej, Warszawa 2017, s. 95.

⁴³⁸ J. Sadowy, *System zamówień publicznych w Polsce*, Warszawa 2013, s. 329.

⁴³⁹ Wyrok KIO z dnia 16 maja 2017 r., KIO 802/17, LEX nr 2319205.

⁴⁴⁰ Wyrok KIO z dnia 16 maja 2017 r., KIO 828/17, LEX nr 2319268.

3. Pojęcie szkody

Drugim wymogiem, który odwołujący zobowiązany jest wykazać jest wskazanie realnego związku pomiędzy dokonaną przez zamawiającego czynnością (bezprawną), a możliwością powstania szkody, bądź jeśli taka już powstała, wykazaniem jej.

Wymóg wykazania szkody jako przesłanki do złożenia odwołania powstał po nowelizacji przepisów PrZamPubl2004 tzw. „nowelą grudniową”⁴⁴¹ i zastąpił przesłankę uszczerbku w interesie prawnym⁴⁴². Może się wydawać, że tak jak w przypadku interesu, ustawodawcą kierowała potrzeba rozszerzenia możliwości ochrony praw uczestników postępowań o udzielenie zamówień publicznych, poprzez zastosowanie warunku bardziej ogólnego, który nie będzie sprawiał większych problemów z identyfikacją. W tym przypadku zmiana ustawodawcy nie wzbudziła w odbiorcach treści przepisów PrZamPubl2004 i w konsekwencji PrZamPubl2019 tylu emocji jak w przypadku zmiany „interesu prawnego” na bardziej ogólny „interes”⁴⁴³.

Pojęcie szkody w rozumieniu cywilistycznym jest dosyć szerokie, a ustawa PrZamPubl2019 nie precyzuje, o jakiego typu szkodę chodzi. P. Janda wskazuje, że może być to szkoda majątkowa, czyli po prostu strata, bądź też krzywda w postaci szkody niemajątkowej. Zawężając jednak pojęcie szkody do szkody w zakresie zamówień publicznych, można mówić praktycznie tylko i wyłącznie o szkodzie majątkowej ze względu na jej ekonomiczny charakter⁴⁴⁴ (taki sam pogląd reprezentuje J. Pieróg⁴⁴⁵). Podana argumentacja zasługuje na uznanie, gdyż w orzecznictwie szkodę definiuje się również jako pozbawienie korzyści⁴⁴⁶ lub nazywa się ją po prostu uszczerbkiem⁴⁴⁷.

Z treści samego przepisu wynika, że szkoda może być czysto hipotetyczna, pośrednia czy zwyczajnie pozorna⁴⁴⁸. Precyzując definicję szkody, można wskazać na potrzebę wykazania związku pomiędzy powstałą lub mogącą powstać w przyszłości szkodą, a działaniami bądź zaniechaniami zamawiającego, które naruszyły przepisy PrZamPubl.

⁴⁴¹ Ustawa z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.); zob. Wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 13 października 2011 r., V CSK 475/10, LEGALIS nr 453513

⁴⁴² J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz 14 wydanie*, Warszawa 2017, s. 743.

⁴⁴³ Więcej na temat interesu patrz: Rozdział IV, §4 ,punkt 2.

⁴⁴⁴ P. Janda [w:] S. Babiarz, Z. Czarnik, P. Janda, P. Pełczyński, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz wydanie I*, Warszawa 2010, s. 635.

⁴⁴⁵ J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz 14 wydanie*, Warszawa 2017, s. 743.

⁴⁴⁶ E. Gnatowska, Z. Percić, W. Jarzyński, *Komentarz do ustawy Prawo zamówień publicznych*, Warszawa 2016, s. 689; Wyrok KIO z dnia 8 sierpnia 2017 r., KIO 1583/17, LEX nr 2373817.

⁴⁴⁷ Wyrok KIO z dnia 23 czerwca 2017 r., KIO 1200/17, LEX nr 2336656; wynika to z faktu obowiązywania przepisu ze stanu sprzed „nowelizacji grudniowej”.

⁴⁴⁸ Wyrok KIO z dnia 1 lipca 2015 r., KIO 1283/15, LEX nr 1813375.

Jak już wspomniano, szkoda w przeciwieństwie do omawianego wcześniej interesu nie budzi tylu kontrowersji z uwagi na swoją wymierność i możliwość przedstawienia kalkulacji, która uprawdopodobni jej wymiar oraz zasadność.

Pod kątem funkcjonalności można dojść do wniosku, że szkoda sama w sobie winna być traktowana przez Izbę jako samodzielna przesłanka do uruchomienia postępowania. Interes, jako przesłanka uzupełniająca, pomocnicza wprowadza chaos i przysparza wielu trudności Izbie przy weryfikacji tych dwóch koniunkcyjnie połączonych ze sobą przesłanek. Ustawodawca miał możliwość wyeliminowania wymogu wykazania się interesem z przepisów, tym bardziej, że dyrektywa nie stawia takiego obowiązku jednakże uznał, że pozostawienie jej będzie korzystniejsze.

§6. Uwagi końcowe

Odwołanie do KIO oraz możliwość jego złożenia wynika tak z ustawy PrZamPubl2019 jak i Konstytucji RP⁴⁷³. Pomimo tego, że krąg podmiotów jest w przypadku systemu zamówień publicznych zawężony, a ze złożenia odwołania mogą korzystać uczestnicy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego to nie zmienia to statusu odwołania stanowiącego środek ochrony prawnej, jako istotnego mechanizmu stojącego na straży praworządności i finansów publicznych.

Opisywana problematyka dopuszczalności odwołania powinna być rozpatrywana przy dokonywaniu wykładni przepisów prawa i wskazywać na elementy, które odwołujący zobowiązany jest spełnić aby z ochrony prawnej w tym przedmiocie skutecznie skorzystać. Od dopuszczalności należy odróżnić zasadność złożonego środka ochrony prawnej. Samo złożenie odwołania nie implikuje jego zasadności. Co więcej, ewentualne błędy popełnione przez zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie muszą w pełni przekładać się na uzasadnione przesłanki wykonawcy składającego omawiany środek ochrony prawnej.

Wykonawca, którego szeroko pojęte dobra zostały naruszone poprzez uniemożliwienie mu podpisania umowy o wykonanie zamówienia publicznego, zobligowany jest wskazać przyczynę, stanowiącą podstawę do wniesienia przez niego odwołania. Przyczyna ta musi mieć swoje źródło w naruszeniu przez zamawiającego przepisów ustawy PrZamPubl2019 poprzez niewypełnienie dyspozycji wynikających z jej norm prawnych. Należy pamiętać również o działaniu poprzez zaniechanie, które z punktu widzenia przedmiotu prowadzonych

⁴⁷³ Art. 32 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.).

postępowań odwoławczych wydaje się być zjawiskiem częstszym od samego działania, gdyż właśnie w większości przypadków, odwołujący zarzucają w odwołaniu zamawiającym brak działania (nie dokonanie właściwej oceny oferty, brak wezwania do uzupełnienia oferty odrzuconego oferenta, który w dalszej kolejności korzysta z odwołania, brak uznania ceny oferty najkorzystniejszej za rażąco niską itp.).

Nie ulega wątpliwości, że wszczęcie postępowania odwoławczego jest dalece sformalizowane i nie łatwe do bezbłędного i samodzielnego jego przeprowadzenia z perspektywy podmiotu składającego. Wiąże się z tym nierzadko potrzeba skorzystania z usług profesjonalnego pełnomocnika, trudniącego się opisywaną materią. Pomimo szczegółowego opisu wymogów formalnych odwołania, wymagana jest również część merytoryczna w postaci podstawy faktycznej i prawnej. To ten element całego odwołania stanowi jego *clou*, co z kolei wymaga od odwołującego dużej zręczności i świadomości nie tylko prawnej. Znajomość orzecznictwa oraz poglądów doktryny jest warunkiem *sine qua non* prawidłowego wyartykułowania interesu oraz szkody. Wskazanie powiązań między nimi oraz następstw, które z tego wynikły i naraziły wykonawcę na poniesienie kosztów, utratę zarobku poprzez nieudzielenie mu zamówienia publicznego, stanowi o jego legitymacji do wszczęcia postępowania odwoławczego, którą bada KIO.

Należy zauważyć, że kwoty w zamówieniach publicznych nie przekładają się już na wartościowanie postępowań, nie tyle pod kątem czysto materialnym, co mającym wpływ na możliwości dochodzenia praw podmiotów subiektywnie pokrzywdzonych przez zamawiającego. Z perspektywy wydatkowania środków publicznych oraz systemu, który reguluje proces przechodzenia pieniędzy z sektora publicznego do sektora prywatnego nie powinno rozróżniać się postępowań o udzielenie zamówienia na takie, których wartość przekracza pewne progi lub nie. W tym wymiarze można by mówić o zorganizowanym i unormowanym przepisami ograniczeniu dostępu do środka ochrony prawnej składanego do KIO. Ustawodawca rezygnując z ustawowych ograniczeń, które uniemożliwiały składanie odwołań pozytywnie wpłynął na cały system zamówień publicznych. Zabieg ten był niczym innym jak reglamentacją postępowań, tudzież jego uczestników poprzez stwarzanie im mniej dogodnych warunków na obronę ich interesu. Z drugiej strony, przy utrzymaniu poprzedniej regulacji można by mówić także o dyskryminacji uczestników postępowań o wartościach mniejszych⁴⁷⁴, czyli tzw. podprogowych. Dla takich podmiotów przewidziane było para-

⁴⁷⁴ Jest to oczywiście stwierdzenie ogólne i pada z perspektywy ustawy PrZamPubl2004, gdzie o „mniejszej wartości” można było mówić w sytuacji gdy szacunkowa wartość zamówienia nie przekraczała progów unijnych o których mowa w art. 11 ust. 8 PrZamPubl2004, tj. kwoty bagatela 135 000 euro na najmniejszym możliwym przykładzie.

odwołanie (małe odwołanie, quasi protest), które w żaden sposób nie polepszało sytuacji podmiotów biorących udział w opisywanym zakresie oraz konkretnym postępowaniu. Rezygnacja także z tego trybu, który polegał na przekazaniu informacji do podmiotu (zamawiającego), który jako strona jest ze swojej natury podmiotem stronnictwem i nieobiektywnym, także należy uznać za pozytywny dla całego systemu.

De lege ferenda, dobrym rozwiązaniem kwestii „interesu” w polskim systemie zamówień publicznych mogłoby być całkowite jej wyeliminowanie na rzecz jednej przesłanki – szkody. Wykonawcy zawsze będą mieli interes w tym, aby dany przetarg wygrać. *A contrario* nie mają interesu w składaniu odwołania, które w żaden sposób nie przekłada się na możliwość osiągnięcia wskazanego celu. Koszty, które wykonawca musi ponieść, aby odwołanie złożyć są namacalnym dowodem na istnienie takiego interesu, a możliwość ich utraty, czyli *de facto* strata w prowadzonej działalności jest wbrew logice, celom przyświecającym prowadzeniu działalności gospodarczej i stawania do postępowania mającego na celu wybór wykonawcy i zapłaty mu określonej kwoty za zrealizowanie zamówienia.

Wniesienie odwołania bez posiadania jakiegokolwiek interesu samo w sobie jest karcące dla wykonawcy. Argumenty przemawiające za wprowadzeniem większej ilości restrykcji w związku z nadmiernym składaniem odwołań, a tym samym zakłócaniem biegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i naruszanie interesu publicznego⁴⁷⁵ może wystąpić również pod egidą obecnie obowiązujących przepisów z uwagi na fakt ich ułomności i bardzo szerokich możliwości ich interpretacji.

Reasumując, odwołanie jest dopuszczalne pod względem proceduralnym, jeśli wypełnione zostały jego ustawowe znamiona (spełniono warunki formalne), jednakże nie determinuje to zasadności złożonego odwołania. KIO ocenia w trakcie postępowania odwoławczego twierdzenia i dokumenty na ich potwierdzenie, co nie zmienia faktu, że jak na sprawy o dużej wadze, wartości i priorytecie społecznym jest to postępowanie obciążone wieloma ograniczeniami i ryzykiem. Ustawodawca bez wątpienia zapewnia pokrzywdzonym prawo do ochrony, jednakże to strona inicjująca postępowanie odwoławcze napotyka wiele niedogodności. Sprawy z zakresu zamówień publicznych powinny być kontrolowane, pomimo błędnie sporządzonego przez wykonawcę odwołania. Formalizm lub brak umiejętności prawnych, nie może być przyczyną, dla którego Państwo miałyby ponosić straty. Dlatego *de lege ferenda*, odwołanie, które nie zostało rozpoznane, powinno być rozpatrzone przez

⁴⁷⁵ R. Szostak, *10-lecie funkcjonowania Krajowej Izby Odwoławczej – co dalej?*, w: M. Stręciwilk, M. Rakowska (red.), *X – Lecie funkcjonowania Krajowej Izby Odwoławczej*, Warszawa 2017, s. 40.

powołany do tego organ kontrolny w innym trybie niż postępowanie odwoławcze, który zweryfikowałby zasadność zarzutów wykonawcy, postawionych w toku odwołania niezależnie od dalszych losów tego odwołania.

ROZDZIAŁ V. Forma odwołania. Termin odwołania

§1. Uwagi wstępne

Skuteczność złożonego środka ochrony prawnej pierwszego stopnia uzależniona jest przede wszystkim od spełnienia dwóch fundamentalnych warunków, czyli zachowania formy i terminu odwołania⁴⁷⁶. Procedura wniesienia odwołania⁴⁷⁷ rozpoczyna się wraz z bezpośrednim dostarczeniem Prezesowi KIO dokumentacji odwoławczej w formie pisemnej⁴⁷⁸ oraz w przewidzianym do tego terminie⁴⁷⁹. Weryfikuje się w ten sposób, czy złożone dokumenty wypełniają swoją formą i treścią wymogi wynikające z PrZamPubl2019 oraz RozpPostOdw.

Pomimo zwięzłej treści przepisu art. 514 PrZamPubl2019, warto pochylić się nad formą złożenia odwołania w kontekście art. 8 PrZamPubl2019, do przepisów KC oraz regulacji związanych z oświadczeniem woli, jakim niewątpliwie jest składane do KIO odwołanie.

Sąd Okręgowy w Katowicach sformułował tezę, jako że „Prawo zamówień publicznych reguluje wyczerpująco kwestie wnoszenia środków odwoławczych w zakresie terminu i sposobu doręczenia uczestnikom. W odniesieniu do odwołania takim przepisem są art. 180-182 PrZamPubl⁴⁸⁰. Nie ma zatem potrzeby sięgania do innych regulacji (...)”⁴⁸¹. W większej mierze należałoby się zgodzić ze stanowiskiem Sądu, ponieważ forma odwołania i terminy na jego wniesienie zostały określone w sposób rzeczywiście jasny. Pomimo jednak przejrzystości przepisów określających wskazaną materię, warto zastanowić się, dlaczego właśnie taka forma i takie terminy zostały przyjęte przez ustawodawcę do wszczęcia postępowania odwoławczego.

Nawiązanie art. 509 PrZamPubl2019 do przepisów KC wydaje się być naturalne ze względu na cywilistyczny charakter prawny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz procedury odwoławczej.

Po analizie przepisów PrZamPubl2019, można bezsprzecznie stwierdzić, iż katalog terminów do jego wniesienia jest szeroki. Wiele czynników ma wpływ na czas, w którym

⁴⁷⁶ Wyrok KIO z dnia 4 lipca 2012 r., KIO 1341/12, LEX nr 1212100.

⁴⁷⁷ J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz 14 wydanie*, Warszawa 2017, s. 752.

⁴⁷⁸ Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 28 grudnia 2012 r., KIO 2704/12, LEX nr 1256945, forma pisemna może przybrać postać papierową lub odwołujący może skorzystać z możliwości złożenia odwołania drogą elektroniczną z bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowalnym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej, patrz: postanowienie KIO z dnia 8 listopada 2013 r., KIO 2567/13, LEX nr 1421846.

⁴⁷⁹ Postanowienie KIO z dnia 3 kwietnia 2014 r., KIO 576/14, LEX nr 1455778.

⁴⁸⁰ Odpowiednio do nowej ustawy art. 514-515 PrZamPubl2019.

⁴⁸¹ Wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 16 września 2010r., XIX Ga 302/10, LEX nr 1713420.

wykonawca może skutecznie złożyć odwołanie⁴⁸² z tym, że podmiot zamierzający wszcząć postępowanie odwoławczy musi w pierwszej kolejności samodzielnie zakwalifikować swój przypadek do danej grupy terminów mających wpływ na uruchomienie procedury.

§2. Forma pisemna

1. Uwagi wprowadzające

Ustawodawca uzależnia skuteczność złożenia odwołania, od formy w jakiej zostanie ono złożone, a dopuszczalna jest jedynie forma pisemna⁴⁸³. *A contrario*, nie ma możliwości, aby skutecznie odwołać się od działań bądź zaniechań dokonanych przez zamawiającego do KIO w formie innej niż pisemnej, takiej jak forma ustna lub za pomocą faksu czy e-mail. W związku z tym, że złożenie odwołania w formie innej niż pisemna nie uruchamia postępowania odwoławczego⁴⁸⁴, to Izba nie jest zobligowana do wydawania w tym zakresie żadnych wyroków czy postanowień, a jedyną czynnością, jaką może w takim przypadku dokonać to zwrot odwołania.

Forma pisemna występuje w dwóch dozwolonych postaciach, tj. papierowej i elektronicznej. Postać papierowa jest tradycyjnym zbiorem kartek, które po podpisaniu przez uprawnione osoby mają moc prawną. Przy wyborze formy pisemnej w postaci papierowej należy pamiętać o doręczeniu co w praktyce skraca odwołującemu czas na skuteczne sporządzenie dokumentacji odwoławczej⁴⁸⁵. Postać elektroniczna z kolei wychodzi naprzeciw cyfryzacji, która postępuje równie dynamicznie w systemie zamówień publicznych. Jest to postać zdecydowanie wygodniejsza i szybsza od postaci papierowej jednakże, aby odwołujący mógł z niej skorzystać musi się do tego przygotować, gdyż odwołanie złożone będzie skutecznie wyłącznie przy użyciu aktualnego kwalifikowanego podpisu elektronicznego.

2. Postać papierowa

Poprzez postać papierową odwołania jako jednej z dopuszczalnych form pisemnego złożenia odwołania, rozumie się dokument opatrzony własnoręcznym podpisem, gdzie wyartykułowane zostały przede wszystkim uzasadnione zarzuty pod adresem

⁴⁸² Terminy uzależnione są od trybu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, sposób przekazania informacji o zamiarze udzielenia zamówienia czy oczywiście wartości zamówienia.

⁴⁸³ Postanowienie KIO z dnia 12 czerwca 2012r., KIO 1090/12, LEX nr 1169719.

⁴⁸⁴ Opinie prawne dotyczące Ustawy Prawo zamówień publicznych po nowelizacji, Warszawa 2016, s. 29.

⁴⁸⁵ Doręczenie wiąże się z potrzebą skorzystania z kuriera lub samodzielnym dostarczeniem odwołania do KIO. W związku z tym realny czas na przygotowania odwołania ulega skróceniu o co najmniej dwa dni, które należy poświęcić na proces wysyłkowy. Samodzielne dostarczenie odwołania nie musi wiązać się z utratą czasu na jego przygotowanie pod warunkiem, że odwołujący lub umocowany przez niego pełnomocnik stacjonuje w obrębie KIO.

zamawiającego⁴⁸⁶. Ustawodawca nie definiuje pojęcia „dokumentu”, jednakże za taką można przyjąć definicję z art. 77³ KC stanowiącego, iż dokumentem jest nośnik (materiał, papier, tworzywo lub inny przedmiot) umożliwiające trwały zapis treści w postaci znaków graficznych, złożonych w sposób zgodny z zasadami języka pisanego, na podstawie którego adresat może zapoznać się z jego treścią. Z punktu widzenia prawnego nie ma żadnego znaczenia, jakie materiały zostały wykorzystane do utrwalenia oświadczenia woli (długopis, pisak, ołówek) jak również nie ma obowiązku sporządzenia dokumentu odręcznie (dopuszczalny jest wydruk komputerowy lub maszynopis)⁴⁸⁷. Tak sporządzone oświadczenie, zawierające elementy które kwalifikują je do miana odwołania, pełni funkcję do celów dowodowych.

Nie sposób pominąć w tym miejscu regulacji KC, który w art. 78 KC definiuje formę pisemną jako dokument opatrzony własnoręcznym podpisem, obejmujący treść składanego oświadczenia woli. Jest to najbardziej powszechny sposób zawierania wszelkich zobowiązań oraz forma składania oświadczeń woli w całym systemie prawa cywilnego, mającym zastosowanie również w systemie zamówień publicznych.

Podpis osoby uprawnionej do jego złożenia ma dla skuteczności sporządzenia odwołania w postaci papierowej znaczenie zasadnicze, ponieważ brak własnoręcznego podpisu skutkuje niezachowaniem formy pisemnej⁴⁸⁸. Przepisy nie regulują umiejscowienia podpisu w konkretnym miejscu dokumentu lub też ilości podpisów, jednakże przyjęło się zwyczajowo, że każda strona odwołania (jeśli jest ich więcej niż jedna) jest przez osobę umocowaną do dokonania tej czynności parafowana, a na ostatniej stronie podpisana w sposób czytelny. Jest to jednak wyłącznie dobra praktyka lub obyczaj i świadomość prawna odwołującego, gdyż Izba nie może na tej podstawie zarzucić odwołującemu błędu, który kwalifikuje złożone odwołanie do odrzucenia. Nie jest również błędem formalnym rodzącym negatywne skutki prawne dla odwołującego, złożenie odwołania podpisanego przez kilka osób, z czego tylko jedna posiada do tego legitymację lub umieszczenie podpisów w różnych miejscach na dokumentacji przetargowej.

Z perspektywy czasu można stwierdzić, iż postać papierowa jest postacią tradycyjną. W dobie stale rozwijającej się cyfryzacji wszelkich aspektów życia społecznego, również sfera prawna stale ewoluuje, czego dowodem może być choćby druga możliwość wypełniająca znamiona formy pisemnej, a mianowicie postaci elektronicznej, która z roku na rok jest coraz bardziej popularna wśród odwołujących.

⁴⁸⁶ Wyrok KIO z dnia 28 grudnia 2012r., KIO 2704/12; KIO 2708/12, LEX nr 1256945.

⁴⁸⁷ K. Osajda, *Komentarze Prawa Prywatnego Tom I*, Kodeks Cywilny, Komentarz, Warszawa 2017, s. 648.

⁴⁸⁸ Wyrok KIO z dnia 28 grudnia 2012 r., KIO 2704/12; KIO 2708/12, LEX nr 1256945.

3. Postać elektroniczna

Drugą dopuszczalną przez przepisy PrZamPubl2019 możliwością, do skutecznego złożenia odwołania jest postać elektroniczna formy pisemnej⁴⁸⁹. Poprzez postać elektroniczną odwołania rozumie się, zgodnie z art. 508 ust. 1 PrZamPubl2019 oraz art. 78¹ KC, oświadczenie woli sporządzone w postaci elektronicznej, opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym⁴⁹⁰. O wnoszeniu pism drogą elektroniczną stanowi również §4 RozpPostOdw, niejako doprecyzując zapisy ustawowe, iż podmiot wnoszący odwołanie oraz dalsze pisma w postaci elektronicznej zobowiązany jest do korzystania z elektronicznej skrzynki podawczej Izby, którą ta udostępnia na stronie internetowej urzędu. Tak sporządzone i dostarczone oświadczenie woli, traktowane jest na równi z oświadczeniem dostarczonym w postaci pisemnej⁴⁹¹ i powoduje takie same skutki prawne dla podmiotu, który z niej korzysta.

Można domniemywać, że wprowadzenie możliwości składania oświadczeń woli w formie elektronicznej, które wywołuje pożądane skutki prawne, ma na celu usprawnienie procedur np. sądowej czy administracyjnej. W przypadku odwołania, jednym z głównych czynników decydujących o skuteczności złożenia odwołania jest jego realne dostarczenie do Prezesa KIO. Biorąc pod uwagę terminy do dokonania tej czynności, które są relatywnie krótkie to niekiedy podmiotom chcącym skorzystać z tego typu środka ochrony prawnej brakuje czasu do sporządzenia i złożenia dokumentacji w sposób skuteczny, tj. w taki sposób by nie naruszyć terminu.

Złożenie odwołania w postaci elektronicznej wydaje się być bardziej efektywne wzięwszy pod uwagę fakt, iż odwołanie złożone w tej postaci uznaje się za złożone skutecznie w momencie wprowadzenia odwołania do środka komunikacji elektronicznej. Można w tym przypadku mówić o pewnego rodzaju odstępstwie od zasady doręczenia odwołania lub też ustępstwie na rzecz teorii wysłania odwołania⁴⁹². Jedno i drugie stwierdzenie można uznać za prawdziwe patrząc przez pryzmat reguł obowiązujących przy składaniu odwołania w postaci pisemnej.

⁴⁸⁹M. Kryzińska, *Środki ochrony prawnej w świetle obowiązujących przepisów prawa zamówień publicznych* w: A. Borowicz, M. Królikowska – Olczak, J. Sadowy, W. Starzyńska (red.), *Ekonomiczne i prawne zagadnienia zamówień publicznych. Polska na tle Unii Europejskiej* (monografia naukowa), Warszawa 2010, s. 291.

⁴⁹⁰ Opinie prawne dotyczące Ustawy Prawo zamówień publicznych po nowelizacji, Warszawa 2016, s. 29 - https://www.uzp.gov.pl/data/assets/pdf_file/0017/33407/OPINIE_PRAWNE_CALOSC876.pdf, (dostęp: 2020-02-04 11:27).

⁴⁹¹ Wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 24 lipca 2017 r., III Ca 924/17, LEX nr 2386739.

⁴⁹² Postanowienie KIO z dnia 8 listopada 2013r., KIO 2567/13, LEX nr 1421846.

§3. Faks i e-mail

Ustawodawca jasno wskazuje na jedną właściwą formę złożenia odwołania⁴⁹³, tj. formę pisemną w postaci papierowej i formę pisemną w postaci elektronicznej. Mimo wszelkich prób poszukiwania powiązań między faksem i wiadomością e-mail, a formą elektroniczną należy stwierdzić, że są to innego rodzaju czynności, które rodzą różnego rodzaju skutki. W praktyce jednak zdarzają się incydentalne próby złożenia odwołania za pośrednictwem faksu czy poczty elektronicznej, które mogą być działaniem pomocniczym polegającym na informacyjnym przesłaniu kopii odwołania do zamawiającego w tej właśnie formie, które nie zostało uzupełnione wymaganą formą lub wynika po prostu z niewiedzy.

Należy stwierdzić, iż złożenie odwołania w formie faksu lub e-maila jest formą nieprzewidzianą i niedopuszczoną, a czynność dokonana w ten sposób nie wywołuje pożądanых przez odwołującego skutków prawnych⁴⁹⁴. Uczestnicy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mogą posilkować się tymi formami, jeśli ustawa przewiduje taką możliwość komunikacji lub jeśli czują taką potrzebę i mają wewnętrzne przekonanie, że to działanie zaspokoi ich interesy. Należy jednak pamiętać o tym, że dokumenty przesyłane faksem bądź e-mailem są kopiami oryginałów i pełnią funkcję wyłącznie informacyjną. W celu potwierdzenia treści dokumentów przesłanych faksem lub e-mailem, należy dostarczyć (jeśli jest to wymagane) oryginały tychże dokumentów.

Podmiot administracji publicznej ani też żaden prywatny przedsiębiorca biorący udział w obrocie gospodarczym nie zaakceptowałby dokumentu, który mógłby w sposób dalece prawdopodobny narazić go na negatywne konsekwencje. Niewątpliwie tak by się stało, gdyby ustawodawca dopuścił możliwość przesyłania dokumentacji odwoławczej poprzez niczym nie zabezpieczony faks i nieweryfikowalne wiadomości przychodzące pocztą elektroniczną. Ustawodawca słusznie nie nadał formie faksu i e-maila mocy prawnej mogącej zastąpić formę pisemną, gdyż uprawdopodobnienie dokonanych czynności za ich pośrednictwem byłyby trudne do zweryfikowania. Ponadto, są to formy obarczone dużym ryzykiem z punktu widzenia pewności dostarczenia. W przypadku błędu systemu lub braku łączności nie ma pełnej pewności co do tego, kto ponosi winę za to, że nadane dokumenty nie doszłyby w wymaganym terminie.

⁴⁹³ Wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 16 września 2010 r., XIX Ga 302/10, LEX nr 1713420.

⁴⁹⁴ Postanowienie KIO z dnia 4 kwietnia 2013r., KIO 667/13, LEX nr 1311905.

§4. Terminy

1. Termin na sporządzenie odwołania

Ustawodawca nie definiuje terminu na sporządzenie odwołania. Jest to okres od podjęcia decyzji o skorzystaniu z przysługującego podmiotowi uprawnienia w postaci odwołania od działań lub zaniechań zamawiającego, do momentu jego dostarczenia do KIO. Sporządzenie odwołania czyli przygotowanie dokumentacji odwoławczej nie ma *de facto* terminu początkowego, a jedynie termin końcowy, o którym mowa w następnym punkcie niniejszego paragrafu.

Elementy składające się na odwołanie, jak również załączniki do niego dołączane, tworzące wspólnie dokumentację odwoławczą są precyzyjnie przez ustawodawcę opisane. Brak choćby jednego z tych elementów może skutkować nieuwzględnieniem odwołania z powodu braków formalnych bądź przesłanek merytorycznych.

Porównując postępowanie odwoławcze przed KIO, do procesu przed sądem powszechnym w sprawach cywilnych, można zaobserwować pewnego rodzaju analogię na całej płaszczyźnie. Jednakże czas, niezbędny do przygotowania materiału dowodowego, zapoznania się z judykaturą oraz wybór wykwalifikowanego zastępcy procesowego, który poprowadzi postępowanie odwoławcze, dochowując przy tym staranności w kwestiach formalnych jest znacznie krótszy, jeżeli chodzi o postępowanie odwoławcze przed KIO.

W postępowaniu odwoławczym, składający odwołanie musi działać szybko i w sposób przemyślany. Wielu pokrzywdzonych wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego rezygnuje z możliwości odwołania się do KIO właśnie w związku z brakiem możliwości rzetelnego przygotowania się do postępowania. Standardowymi terminami do wniesienia odwołania są terminy pięć i dziesięć dniowy, o których będzie mowa w kolejnym punkcie. Ponadto, ustawodawca zrównał termin na sporządzenie odwołania z terminem do jego wniesienia nie zastanawiając się przy tym, czy są to terminy adekwatne do obowiązków formalnych, jakie ciążyą na odwołujących w związku z uruchomieniem całej procedury⁴⁹⁵.

⁴⁹⁵ Zakładając hipotetycznie, że wystąpią przesłanki ustawowe do złożenia odwołania w terminie pięciu dni, to jeśli informacja, na podstawie której wykonawca będzie mógł złożyć odwołanie, dotrze do niego w piątek to również od tego dnia zacznie płynąć termin do wniesienia odwołania. Jeśli będą to godziny popołudniowe to realną możliwość zapoznania się z dokumentacją, wykonawca będzie miał dopiero w poniedziałek (zakładając, że firma jest w soboty i niedziele zamknięta). Jeśli ów wykonawca podejmie decyzję o odwołaniu się od działań zamawiającego to będzie miał czas do środy, czyli niepełny jeden dzień na sporządzenie całej dokumentacji przetargowej wraz z dokonaniem wpisu oraz jeden dzień na dostarczenie odwołania Prezesowi Izby.

Kontrowersyjnym uzasadnieniem dla stosunkowo krótkich terminów do wnoszenia odwołań jest podejście do podmiotów składających ofertę. KIO określa wszystkich oferentów jako „specjalistów”, którzy zobowiązani są do realizowania zasad szybkości i efektywności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które *nota bene* nigdzie nie zostały wyartykułowane. Można podzielić pogląd Izby co do obowiązku działania z należytą starannością z naciskiem na jego dwustronność. Jednakże, nadużyciem wydaje się być wyciągnięty wniosek jakoby każda pomyłka doświadczonych jak i początkujących podmiotów, które biorą udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, była skierowana przeciwko interesowi publicznemu. Pomyłki oraz błędy zdarzają się różnym uczestnikom postępowania przetargowego na każdym jego etapie, a generalizowanie tych błędów i kwalifikowanie ich jako „zbędne lub celowe przedłużanie procedur przetargowych” z pewnością może być zbyt daleko posuniętą tezą⁴⁹⁶. Działania uczestników postępowania zarówno ze strony wykonawcy jak i zamawiającego, skupione są w kierunku wywiązania się z przepisów ustawy oraz dążą do zakończenia procedury w sposób jak najlepszy dla swojego interesu. Celowe działanie na szkodę państwa jest raczej wyjątkiem niż regułą.

Niezależnie od terminu, który przysługuje wykonawcy można stwierdzić, że termin do sporządzenia odwołania jest określony pośrednio⁴⁹⁷ i jest on zawsze krótszy od terminu do wniesienia odwołania.

2. Termin na wniesienie odwołania

Terminy na wniesienie odwołania są zróżnicowane, a wynika to z określonych okoliczności sprecyzowanych w art. 515 PrZamPubl2019. W związku z tym, można wyszczególnić dwanaście terminów uzależnionych od przesłanek i okoliczności, które z kolei można podzielić na cztery grupy:

Grupa pierwsza (tak zwane „terminy podstawowe”): Terminy do wniesienia odwołania, zróżnicowane w zależności od:

- 1) przesłania informacji o dokonanej przez zamawiającego czynności w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia, która to stanowi podstawę do złożenia odwołania;
- 2) sposobu przesłania w/w informacji czyli przekazaniu jej za pośrednictwem środków komunikacji elektronicznej lub w inny sposób;

⁴⁹⁶ Wyrok KIO z dnia 2 września 2016 r., KIO 1524/16, LEX nr 2151598.

⁴⁹⁷ Termin do wniesienia odwołania rozpoczyna bieg od momentu postawienia okoliczności, o których mowa w ustawie PrZamPubl2019 i upływa zgodnie z omówionymi terminami, które zostały omówione w §4 pkt. 2 niniejszego opracowania.

- 3) wartości przedmiotu zamówienia (powyżej lub poniżej kwot określonych w art. 3 PrZamPubl2019 - tak zwane „progi unijne”);

W ramach tej grupy, ustawodawca do wniesienia odwołania przewidział dwa terminy podstawowe oraz dwa terminy nadzwyczajne:

- 1) termin dziesięciodniowy liczony od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego, która stanowi przesłankę do wniesienia odwołania, jeśli wartość zamówienia jest równa lub przekracza wartości określone w art. 3 PrZamPubl2019 („progi unijne”), a informacje te zostały przekazane za pomocą środków komunikacji elektronicznej.
 - Termin piętnastodniowy, jeśli wystąpią w/w okoliczności za wyjątkiem przesłania informacji, o której mowa, w sposób inny niż za pomocą środków komunikacji elektronicznej.
- 2) termin pięciodniowy liczony od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego, która stanowi przesłankę do wniesienia odwołania w sposób zgodny z art. 513 ust. 3 PrZamPubl2019, jeśli wartość zamówienia nie przekracza wartości określonej w art. 3 PrZamPubl2019 („progi unijne”).
 - Termin 10-dniowy, jeśli wystąpią w/w okoliczności za wyjątkiem przesłania informacji, o której mowa, w sposób inny niż za pomocą środków komunikacji elektronicznej.

Druga grupa terminów do wniesienia odwołania związana jest z treścią ogłoszenia, wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia lub konkursu, a także wobec dokumentów z nim związanych.

W ramach tej grupy terminów, ustawodawca przewidział dwa terminy, zróżnicowane w zależności od miejsca publikacji ogłoszenia oraz wartości zamówienia.

- 1) termin dziesięciodniowy liczony od dnia publikacji ogłoszenia w Dz. U. UE lub zamieszczenia dokumentów zamówienia na stronie internetowej, jeśli wartość zamówienia jest równa lub przekracza wartości określone w art. 3 PrZamPubl2019 („progi unijne”).
- 2) termin pięciodniowy liczony od dnia zamieszczenia ogłoszenia w BZP lub od dnia zamieszczenia dokumentów zamówienia na stronie internetowej, jeśli wartość zamówienia nie przekracza „progów unijnych”.

Z kolei terminy do wniesienia odwołania z grupy trzeciej są uzupełnieniem terminów z grupy pierwszej i drugiej, w sytuacji gdy materia dotyczy możliwości złożenia odwołania oraz

jego przedmiotu. Odwołujący ma możliwość wniesienia odwołania na wszystkie inne czynności zamawiającego, niewskazanych w pierwszych dwóch grupach.

Terminy są zróżnicowane w zależności od wartości zamówienia. Bieg terminów rozpoczyna się z momentem powzięcia lub możliwością uzyskania informacji, stanowiącej podstawę wniesienia odwołania, przy zachowaniu należytej staranności.

- 1) termin dziesięciodniowy, jeśli wartość zamówienia jest równa lub przekracza wartości określone w art. 3 PrZamPubl2019 („progi unijne”).
- 2) termin pięciodniowy, jeśli wartość zamówienia nie przekracza wartości określonej w art. 3 PrZamPubl2019 („progi unijne”).

Grupa czwarta to terminy najdłuższe spośród omawianych. Wynika to z okoliczności, które mają wpływ na przedmiot odwołania.

Ustawodawca przewidział, że w trakcie procedury udzielania zamówienia publicznego może dojść do pewnych zaniechania przez zamawiającego ciążących na nim obowiązkach, co w znacznej mierze utrudnia wykrycie zaniedbań zamawiającego podmiotom zainteresowanym uzyskaniem danego zamówienia oraz ewentualne wszczęcie postępowania odwoławczego.

Odwołanie w ramach niniejszej grupy na podstawie terminów w niej określonych, przysługuje od:

- 1) braku publikacji ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy;
- 2) nieprzesłania wykonawcy zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty;
- 3) braku zaproszenia wykonawcy do składania ofert w ramach:
 - Dynamicznego systemu zakupów;
 - Umowy ramowej.

Terminy zróżnicowane w zależności od miejsca ogłoszenia informacji o udzieleniu zamówienia lub braku jego zamieszczenia (Dz.U. UE; BZP). Terminy opisane w niniejszej grupie jako jedyne nie są uzależnione od wartości zamówienia.

Termin piętnastodniowy rozpoczyna swój bieg od momentu zamieszczenia:

- ogłoszenia o wyniku postępowania w BZP.

Termin 30-dniowy rozpoczyna swój bieg od momentu zamieszczenia w Dz. U. UE:

- ogłoszenia o udzieleniu zamówienia;
- ogłoszenia o wyniku postępowania
- ogłoszenia o udzieleniu zamówienia z uzasadnieniem udzielenia go w trybie negocjacji bez ogłoszenia albo zamówienia z wolnej ręki,

Termin 6-miesięczny rozpoczyna swój bieg od momentu zawarcia umowy, pod warunkiem, że zamawiający ogłoszenia o udzieleniu zamówienia:

- Nie opublikował w Dz.U. UE
- Opublikował w Dz.U. UE bez uzasadnienia udzielenia zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia albo zamówienia z wolnej ręki.

Termin 1-miesięczny rozpoczyna swój bieg od dnia zawarcia umowy, jeśli ogłoszenie o wyniku postępowania:

- Nie zostało przez zamawiającego zamieszczone w BZP,
- Zamawiający zamieścił w BZP, lecz nie zawiera ono uzasadnienia w przypadku udzielenia zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia albo zamówienia z wolnej ręki.

Każdy podmiot mający zamiar złożyć odwołanie do KIO musi być świadomy braku możliwości konwalidacji naruszonego terminu do jego złożenia⁴⁹⁸, ponieważ ustawa nie przewiduje instytucji przywrócenia terminu do wniesienia odwołania. Bardzo istotnym elementem w składaniu odwołania jest odpowiednie dopasowanie i analiza przypadku, w którym znajduje się odwołujący. Wynikiem analizy będzie możliwość stwierdzenia, jakie terminy obowiązują do prawidłowego wniesienia odwołania oraz uchroni odwołującego od braku możliwości skorzystania z ochrony prawnej z przyczyny formalnej w postaci naruszenia terminu.

Postawienie tezy o potrzebie uproszczenia terminów⁴⁹⁹ do wnoszenia odwołań wydaje się nieuzasadnione. Brak świadomości prawnej lub wątpliwości, których wykonawca na etapie przed złożeniem odwołania nie wyjaśnia z tylko sobie znanych powodów, nie przemawia za potrzebą „upraszczania” terminów, które z natury rzeczy są ściśle powiązane z całym systemem udzielania zamówień publicznych. Możliwość przedłużenia ustawowego terminu na „wykonania czynności” wniesienie odwołania jest możliwa w jednym przypadku, a mianowicie jeśli koniec terminu przypada na sobotę lub dzień (dni) ustawowo wolne od pracy⁵⁰⁰. Ciekawym zabiegiem jest umieszczenie tego zapisu (jakże istotnego patrząc przez pryzmat terminów na

⁴⁹⁸ Postanowienie KIO z dnia 20 lutego 2009 r., KIO/UZP 156/09, LEX nr 487614.

⁴⁹⁹ A. Trojanowska, *System środków ochrony prawnej i organów je realizujących oraz propozycje zmian tego systemu* w: H. Nowicki, P. Nowicki (red.), *Prawo zamówień publicznych. Stan obecny i kierunki zmian*, Wrocław 2015, s. 481.

⁵⁰⁰ Zmiany w zakresie środków ochrony prawnej, https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0023/31883/06_srodki-Ochrony-Prawnej.pdf, (dostęp: 2019-09-29 01:22), por. z art. 509 ust. 2 PrZamPubl2019.

dokonanie niektórych czynności) w części poświęconej przystąpieniu do odwołania, a nie jego złożeniu, co zostało zauważone m.in. przez J. Pieróga⁵⁰¹.

3. Termin na uzupełnienie odwołania

Skuteczne doręczenie odwołania nie daje odwołującemu gwarancji, że zostanie ono rozpoznane. Na skuteczne wszczęcie postępowania odwoławczego, pomijając kwestie formy i terminu na złożenie odwołania, które omówiono w poprzednich punktach niniejszego paragrafu, składają się również elementy, których spełnienie umożliwia rozpoznanie odwołania. Kwestia dopuszczalności rozpoznania odwołania dotyczy braków formalnych oraz wpisu, o których stanowi przepis art. 517 ust. 1 PrZamPubl2019. Niewypełnienie łącznie tych dwóch warunków w sposób pełny i kompleksowy nie daje legitymacji do rozpoznania odwołania⁵⁰².

Ustawa przewiduje okoliczności niewywiązania się podmiotów, chcących uruchomić procedurę odwoławczą z ciążących na nich obowiązkach i daje im możliwość konwalidacji złożonych dokumentów (jednakże w ograniczonym zakresie i na zasadzie wyjątku⁵⁰³). Uzupełnieniu podlegają tylko braki formalne odwołania, a nie np. braki formalne związane z przystąpieniem do odwołania⁵⁰⁴ i polegają w szczególności na:

- 1) niewskazaniu czynności lub jej zaniechaniu przez Zamawiającego;
- 2) brak zwięzłego przedstawienia zarzutów;
- 3) brak żądania;
- 4) niewskazanie okoliczności faktycznych i prawnych do wniesienia odwołania;
- 5) brak pełnomocnictwa;
- 6) nieuiszczenie wpisu.

Ustawodawca nie wykazuje w zakresie możliwości uzupełniania dokumentacji odwoławczej szczególnej dbałości o interes odwołującego. Przepisy sformułowane zostały w sposób precyzyjny i surowy, a to samo tyczy się terminów, które w przypadku uzupełnień czy wyjaśnień do odwołania są bardzo krótkie.

Na uzupełnienie braków formalnych odwołania, odwołujący co do zasady ma 3 dni. Termin rozpoczyna swój bieg od momentu doręczenia wezwania odwołującemu. Należy zauważyć różnicę pomiędzy uzupełnieniem wpisu, którego można dokonać skutecznie

⁵⁰¹ J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz 14 wydanie*, Warszawa 2017, s. 770.

⁵⁰² *Ibidem*, s. 775.

⁵⁰³ Postanowienie KIO z dnia 31 lipca 2014r., KIO 1470/14, LEX nr 1511410.

⁵⁰⁴ Wyrok KIO z dnia 1 lipca 2016r., KIO 898/16; KIO 899/16; KIO 901/16, LEX nr 2106302; wyrok KIO z dnia 11 maja 2015r., KIO 832/15, LEX nr 1783177.

wyłącznie do upływu terminu na złożenie odwołania, a potwierdzeniem dokonania wpisu, który uzupełnia się we wskazanym terminie trzydniowym, chyba że wezwanie do uzupełnienia braków zostało doręczone wcześniej niż na trzy dni przed upływem terminu na wniesienie odwołania.

Brak dokonania wskazanych przez KIO poprawek, uzupełnień lub nedoręczenie dowodu dokonania wpisu, skutkować będzie *ex lege*, zwrotem odwołania do odwołującego lub jeśli braki dotyczą wpisu i okoliczności opisanych powyżej, Prezes Izby zwraca odwołanie postanowieniem, którego kopię w formie informacyjnej otrzymuje zamawiający⁵⁰⁵.

Warto zaznaczyć, że ustawodawca przewidział również sytuację, w której pomimo błędów we wniesionym odwołaniu można nadać mu bieg. Mowa tu o błędach sklasyfikowanych jako „oczywiste niedokładności” w art. 518 ust. 2 PrZamPubl2019, które tak merytorycznie jak i pod względem formalnym nie mają większego wpływu na sens złożonego odwołania. Zabieg ten ma zapewne ostudzić zdecydowane zapędy do zwracania odwołań lub wzywania do ich uzupełniania, jeśli waga popełnionego błędu przez odwołującego nie kwalifikuje go do podejmowania takich działań.

4. Termin na rozpoznanie odwołania

Jeżeli odwołanie zostanie wniesione do Prezesa Izby w sposób prawidłowy, to podlega rozpatrzeniu przez Izbę na podstawie art. 530 PrZamPubl2019. Ustawodawca podaje termin 15 dniowy dla dokonania czynności związanych z rozpoznaniem odwołania, jednakże jest to termin instrukcyjny⁵⁰⁶, a za jego naruszenie nie przewidziano żadnych sankcji. W związku z powyższym rozpoznanie odwołania po upływie wskazanego, ustawowego terminu 15 dniowego nie skutkuje brakiem możliwości dokonania czynności przez Izbę. Utrzymanie wskazanego 15 dniowego terminu jest według R. Szostaka oraz przedstawicieli KIO⁵⁰⁷, sukcesem Izby w związku z nowelizowanymi przepisami dotyczącymi postępowania jurysdykcyjnego, którego szybkość została wymuszona poprzez potrzebę podniesienia efektywności orzekania⁵⁰⁸. R. Szostak widzi również potrzebę wyeliminowania sytuacji, w których wskazany termin jest przez Izbę naruszany, usprawiedliwiając przy tym naruszenia

⁵⁰⁵ Wyrok KIO z 3.02.2021 r., KIO 2/21, LEX nr 3146787.

⁵⁰⁶ J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz 14 wydanie*, Warszawa 2017, s. 781.

⁵⁰⁷ R. Tubisz, *Środki ochrony prawnej i system organów je realizujących na tle odwołania i funkcjonowania Krajowej Izby Odwoławczej* w: H. Nowicki, P. Nowicki (red.), *Prawo zamówień publicznych. Stan obecny i kierunki zmian*, Wrocław 2015, s. 464.

⁵⁰⁸ R. Szostak, *10-lecie funkcjonowania Krajowej Izby Odwoławczej – co dalej?*, w: M. Stręciwilk, M. Rakowska (red.), *X – Lecie funkcjonowania Krajowej Izby Odwoławczej*, Warszawa 2017, s. 41-42.

wynikające z trudności kadrowych, tudzież ilości spraw wpływających do rozpatrzenia, których ilość sięgać może nawet 2500 w skali roku⁵⁰⁹. Z kolei w poradniku⁵¹⁰ wydanym przez UZP autorzy niejako w obronie wyrokujących (wtedy jeszcze arbitrów) wskazują na inne czynniki mogące mieć wpływ na ewentualne naruszenie terminu na rozpatrzenie odwołania, a są to:

- 1) uzupełnienie braków formalnych odwołania (np. w postaci dowodu uiszczenia wpisu, na który przysługuje termin 3 dniowy⁵¹¹);
- 2) obowiązek powiadomienia zamawiającego o toczącym się postępowaniu oraz zawiadanie do przekazania dokumentacji przetargowej;
- 3) wyłączenie arbitra.

Wskazane przez autorów sytuacje, jak sami podkreślają, zaliczyć można do grupy „wyjątkowych”, co znacząco wpływa na ocenę stawianej tezy co do ewentualności naruszenia terminu i co gorsza otwiera drogę oraz możliwości do swobodnego usprawiedliwiania ewentualnej zwłoki, co nie zmienia faktu, iż Polska jest w czołówce państw Unii Europejskiej pod względem szybkości rozpatrywania odwołań⁵¹².

Biorąc pod uwagę przede wszystkim kwestie interesu publicznego, nie można uwzględnić żadnej argumentacji naruszenia terminu, a już samo nieusankcjonowanie przez ustawodawcę naruszenia terminu na zakończenie postępowania odwoławczego daje Izbie ciche przyzwolenie na ewentualne przedłużenie tegoż terminu.

Ustawodawca mając na celu sprawność postępowania zgodnie z zasadą szybkości i efektywności postępowania, daje temu wyraz na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jak i postępowania odwoławczego. Potwierdzenia można szukać chociażby w możliwości koncentracji postępowania odwoławczego, polegającym na łącznym rozpoznaniu odwołań złożonych w tym samym postępowaniu⁵¹³, co z założenia również ma „ułatwić i przyspieszyć racjonalne wydawanie środków publicznych⁵¹⁴”.

Nie można jednak przedkładać szybkości działania ponad interes stron postępowania, a w konsekwencji ponad interes publiczny. Strony mają prawo do rzetelnego rozpatrzenia

⁵⁰⁹ Sprawozdanie Prezesa UZP o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2016r., Warszawa, s. 111

⁵¹⁰ J. Pokrzywniak, T. Kwieciński, J. Baehr, *Środki ochrony prawnej w procedurach zamówień publicznych*, Warszawa – Katowice, 2006, s. 126.

⁵¹¹ M. Kryzińska, *Środki ochrony prawnej w świetle obowiązujących przepisów prawa zamówień publicznych* w: A. Borowicz, M. Królikowska – Olczak, J. Sadowy, W. Starzyńska (red.), *Ekonomiczne i prawne zagadnienia zamówień publicznych. Polska na tle Unii Europejskiej (monografia naukowa)*, Warszawa 2010, s. 291.

⁵¹² P. Granecki, *Środki ochrony prawnej i system organów je realizujących* w: H. Nowicki, P. Nowicki (red.), *Prawo zamówień publicznych. Stan obecny i kierunki zmian*, Wrocław 2015, s. 427.

⁵¹³ Postanowienie KIO z dnia 8 października 2013r., KIO 2286/13; KIO 2287/13, LEX nr 1413392.

⁵¹⁴ Postanowienie KIO z dnia 18 września 2012r., KIO 1798/14, LEX nr 1645284.

stawianych przez nie zarzutów, rozpatrzenia argumentów i dogłębnego wyjaśnienia sprawy poprzez analizę materiału dowodowego. Każda sprawa, która trafia do KIO jest indywidualna i wymaga indywidualnego podejścia, czego nie odzwierciedlają choćby terminy narzucone przez ustawodawcę

§5. Uwagi końcowe

Niniejszy rozdział poświęcony został dwóm istotnym kwestiom formalnym, jakimi są forma odwołania oraz terminy związane z dokonywaniem czynności przy wniesieniu odwołania. Nie przypadkowo opisywana problematyka została połączona w tym jednym rozdziale. Są to dwie fundamentalne kwestie. Spełnienie ich warunkuje w sposób bezwzględny możliwość weryfikacji prawidłowości złożonego środka ochrony prawnej.

Nie oznacza to, że inne elementy mające wpływ na dopuszczalność rozpatrzenia odwołania są mniej istotne. Wręcz przeciwnie, wykazanie się przez odwołującego legitymacją czynną, interesem czy wskazanie powstałej szkody są elementami wymagającymi głębszej wiedzy z zakresu odwołania i praktyki na przyzwoitym poziomie. Spowodowane jest to tym, że ustawodawca formułując przepisy regulujące materię poruszaną w niniejszym rozdziale jest nad wyraz precyzyjny i co do zasady nie sprawia adresatom przepisów PrZamPubl2019 większych problemów interpretacyjnych na poziomie ustawowym. Analizując przepisy regulujące procedurę złożenia odwołania do KIO, nie można mieć wątpliwości, nawet po dokonaniu choćby najprostszej wykładni językowej, co do tego, w jakiej formie odwołujący winien odwołanie przygotować i przekazać do Izby, aby nie podlegało ono odrzuceniu z przyczyn formalnych. To samo tyczy się kwestii terminów na jego wniesienie, choć w tym przypadku nie jest to już tak pewne, jak przy formie składanego odwołania.

Terminy określone przez ustawodawcę jako czas na wniesienie odwołania są terminami zawitymi⁵¹⁵ co oznacza, że niedokonanie czynności w ramach określonych przez ustawę wiąże się z brakiem ich skuteczności prawnej⁵¹⁶. Konsekwencją niedochowania terminu na złożenie odwołania są dla podmiotów składających odwołanie każdorazowo dotkliwe, ponieważ skutkują utratą prawa wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym⁵¹⁷. Taki stan rzeczy

⁵¹⁵ Wyrok KIO z dnia 26 września 2011 r., KIO 1995/11, LEX nr 969516.

⁵¹⁶ Postanowienie KIO z dnia 23 stycznia 2012 r., KIO 106/12, LEX nr 1110275; postanowienie KIO z dnia 23 maja 2011r., KIO 1025/11, LEX nr 844657.

⁵¹⁷ Postanowienie KIO z dnia 11 kwietnia 2011r., KIO 724/11, LEX nr 795757; postanowienie KIO z dnia 21 marca 2011r., KIO 556/11, LEX nr 786415.

powstaje w związku z faktem, iż termin do wniesienia odwołania jest terminem prawa materialnego i w przeciwieństwie do terminów procesowych, jeśli zostanie naruszony, nie podlega przywróceniu⁵¹⁸.

Czas w zamówieniach publicznych, również na etapie postępowania odwoławczego, odgrywa zasadniczą rolę co przejawia się m.in. w terminach na złożenie środków ochrony prawnej. Ustawodawca podejmuje decyzję, ile czasu powinno starczyć odwołującemu do skutecznego przygotowania dokumentacji odwoławczej oraz dostarczenie jej do Prezesa KIO. Dokonując tych decyzji, kieruje się przede wszystkim dobrem publicznym. Dla dobra publicznego obiektywnie patrząc, jest szybka realizacja przedmiotu zamówienia, która jest wstrzymana w związku ze złożeniem odwołania, co może mieć związek z relatywnie krótkimi terminami na złożenie odwołania. Zamawiający nie mógłby w sposób zadowalający wywiązywać się ze swoich zobowiązań, gdyby postępowanie odwoławcze było procesem niewspółmiernie długim, mozolnym i narażonym na celowe wydłużanie przez jego uczestników. Wyraz tego daje choćby uznanie braku skuteczności złożenia odwołania za pomocą nadania go w placówce pocztowej i nie ma znaczenia dla terminowości jego doręczenia, jeśli nie zostanie dostarczone do Prezesa KIO w przewidzianym przez PrZamPubl2019 terminie⁵¹⁹. Warto również zaznaczyć, że ustawa PrZamPubl2019 zgodnie z obecnym stanem prawny utożsamia pojęcie „wniesienia odwołania” z jego doręczeniem⁵²⁰.

O odwołaniu złożonym skutecznie i rodzącym określone skutki prawne można mówić wtedy i tylko wtedy, gdy zostanie złożone zgodnie ze wszystkimi normami PrZamPubl2019, tj., gdy wyżej wymienione przesłanki spełnione zostaną łącznie⁵²¹ i nie wystąpią inne okoliczności, które mogłyby wpłynąć na skuteczność wniesionego odwołania.

Odwołujący otrzymują gotowe przepisy, które *notabene* niczym nie odbiegają od innych procedur czy to administracyjnej czy *stricte* cywilnej. Duża świadomość prawa wśród przystępujących do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest warunkiem koniecznym. Ponadto, można domniemywać (choć jest to domniemanie ułomne), że podmiot,

⁵¹⁸ Postanowienie KIO z dnia 28 października 2010r., KIO 2284/10, LEX nr 736378; postanowienie KIO z dnia 28 czerwca 2010 r., KIO/UZP 1179/10, LEX nr 590036.

⁵¹⁹ Postanowienie KIO z dnia 13 września 2011r., KIO 1927/11, LEX nr 964386; postanowienie KIO z dnia 8 września 2011r., KIO 1879/11, LEX nr 955002; postanowienie KIO z dnia 16 sierpnia 2011r., KIO 1687/11, LEX nr 951183; postanowienie KIO z dnia 5 sierpnia 2011r., KIO 1614/11, LEX nr 898358; postanowienie KIO z dnia 19 lipca 2011r., KIO 1483/11, LEX nr 950318; postanowienie KIO z dnia 15 czerwca 2011r., KIO 1204/11, LEX nr 852171; postanowienie KIO z dnia 21 kwietnia 2011r., KIO 768/11, LEX nr 798078; postanowienie KIO z dnia 18 kwietnia 2011r., KIO 747/11, LEX nr 795175; postanowienie KIO z dnia 12 kwietnia 2011r., KIO 729/11, LEX nr 795756.

⁵²⁰ Postanowienie KIO z dnia 7 kwietnia 2011r., KIO 666/11, LEX nr 788751.

⁵²¹ Postanowienie KIO z dnia 12 czerwca 2012r., KIO 1090/12, LEX nr 1169719.

który złożył ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego posiada wiedzę, co do tego, w jaki sposób bronić się przed nieuczciwymi praktykami lub niewiedzą zamawiających.

Forma pisemna jest oczywiście formą prostszą od formy elektronicznej, gdyż ta ostatnia wymaga od odwołującego wcześniejszego przygotowania, chociażby w postaci posiadania aktualnego certyfikatu do podpisu elektronicznego, który może zastąpić własnoręczny podpis. Jak wiadomo, złożenie odwołania za pomocą poczty elektronicznej nie jest reglamentowane i powoduje błąd formalny dyskwalifikujący tak złożone odwołanie. Biorąc jednak pod uwagę zamysł Izby, mający na celu likwidację wstrzymywania prac KIO poprzez likwidację protestów oraz odejście od koncepcji zachowania terminu poprzez datę nadania przesyłki u publicznego operatora pocztowego, to niechęć do korzystania w tym zakresie z poczty elektronicznej wydaje się być zaskakująca.

Można domniemywać, że stronom postępowania o udzielenie zamówienia publicznego powinno zależeć w takim samym stopniu na rozdysponowywaniu pieniędzy publicznych zgodnie z przepisami. Pobudki są oczywiście różne, ponieważ zamawiającym kieruje strach przed ewentualną odpowiedzialnością oraz sankcjami. Wykonawcy z kolei oczekują równego dostępu do zamówień publicznych i środków publicznych oraz równości w traktowaniu wszystkich uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ustawodawca reprezentując interes ogółu, powinien wprowadzać takie reguły, które zmaksymalizują możliwości prawidłowego funkcjonowania systemu wydatkowania środków publicznych, tym bardziej rezygnacja z najbardziej powszechnej formy porozumiewania się stanowi dysonans. Faktem jest to, że dokumenty przesłane przez jakikolwiek podmiot za pomocą e-maila są kopią. Bezspornie należy stwierdzić, że dokumenty przesłane do zamawiającego w ten sposób nie spełniają wymogów dotyczących formy pisemnej.

Gdyby jednak dopuścić możliwość przesłania dokumentacji wszczynającej postępowanie odwoławcze warunkowo, tj. do momentu dostarczenia oryginałów w terminie np. 3 dni od dostarczenia e-maila to znacznie polepszyłyby to pozycję podmiotów chcących złożyć odwołanie. To właśnie wymóg formy pisemnej lub jej elektronicznego odpowiednika oraz drakońsko krótkich terminów powoduje znaczne ograniczenie dostępu do tego środka ochrony prawnej. Można zrozumieć zamysł ekspresowego postępowania, który w trybie pilnym zmierza do udzielenia zamówienia publicznego, ponieważ wiadomym jest, że zazwyczaj chodzi o sprawy pilne. Nie można jednak dopuszczać się działań, które mogą pogwałcić czyjeś prawa oraz możliwości do ich obrony. Ustawodawca szczególnie powinien mieć na uwadze ochronę prawną uczestników. Wszelkie działania zmierzające do usprawnienia

i przyspieszenia udzielanych zamówień nie powinny odbywać się kosztem wykonawców, czyli głównych zainteresowanych.

Forma pisemna jest dla odwołania jak najbardziej zasadna aczkolwiek ograniczenie w postaci wymogu dostarczenia do organu rozpatrującego sprawę odwołania w takiej postaci można uznać za pewnego rodzaju utrudnienie. Należałoby jednak spojrzeć na omawianą problematykę przez pryzmat eliminacji protestu oraz braku możliwości przekazania informacji o czynności niezgodnej z przepisami zgłaszanej zamawiającemu czy niedopuszczanie zachowania terminu poprzez sam fakt nadania przesyłki z odwołaniem drogą pocztową.

Wymóg posiadania odpowiedniego sprzętu czy oprogramowania umożliwiającego składanie podpisu elektronicznego lub dostarczenie przesyłki osobiście tudzież w inny sposób co wymaga sporego wyprzedzenia w czasie, może zostać odebrane przez niektórych wykonawców w kategoriach ograniczenia dostępu do korzystania ze środków ochrony prawnej w zamówieniach publicznych. Z drugiej jednak strony, ustawodawca ma na celu usprawnienie i ulepszenie systemu zamówień publicznych, a to z kolei wiąże się nieodzownie i ich elektronicznością, na którą tak zamawiający jak i wykonawcy powinni się przygotować i szkolić.

Ustalenie zasadności takich, a nie innych terminów obowiązujących w postępowaniach odwoławczych, może być trudne z uwagi na różne ich postrzeganie przez strony postępowania. Wykonawcy mogą uznać, że termin na wniesienie odwołania jest zbyt krótki i to z tego powodu powstaje najwięcej nieporozumień i błędów formalnych w składanych dokumentacjach postępowania odwoławczego. Zamawiający jako bierna strona postępowania, może co najwyżej oczekiwać na wynik postępowania, który ma wpływ na postępowanie przetargowe i podpisanie umowy. KIO jako gospodarz postępowania odwoławczego może stwierdzić, że terminy nałożone na odwołujących są odpowiednie, ale te obowiązujące Izbę już nie. Postępowanie przed KIO, różni się od procesu cywilnego lub karnego, tym że Izba ma określony czas na wydanie wyroku w sprawie. Taki stan rzeczy może powodować błędy, które z kolei wynikają z nadmiernej ilości spraw lub braku potencjału ludzkiego. W związku z powyższym, można stwierdzić, że każdy termin skierowany do konkretnego podmiotu na dowolnym etapie postępowania, może zostać uznany za zbyt krótki. Postępowanie odwoławcze można określić mianem postępowania błyskawicznego lub bezkompromisowego, ponieważ element czasu jest w nim dalece istotny. Przemawia za tym oczywiście pojęcie interesu publicznego, który wymaga od organów administracji sprawnego rozstrzygnięcia sporu, mającego wpływ na realizację zadań publicznych, aczkolwiek potencjalna szkoda jednostki wynikająca z potrzeby błyskawicznego rozstrzygnięcia sprawy nie powinna być usprawiedliwiana dobrem ogółu.

ROZDZIAŁ VI. Wstępny przebieg postępowania odwoławczego

§1. Uwagi wstępne

Analizując przepisy regulujące środki ochrony prawnej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a w szczególności te dotyczące odwołania, można z całą stanowczością stwierdzić, że jest to postępowanie etapowe. Będąc bardziej precyzyjnym, można wstępnie wyodrębnić co najmniej dwa etapy postępowania odwoławczego:

- 1) postępowanie odwoławcze wstępne (przygotowawcze);
- 2) postępowanie odwoławcze zasadnicze (właściwe/główne).

Przedstawiony podział wynika przede wszystkim z dokonywanych przez strony czynności w trakcie postępowania oraz ich charakteru, jak również ze skutków tych czynności. Znaczącą rolę przy dokonaniu przedstawionego podziału stanowi również czas, ponieważ na każdą czynność zmierzającą do wszczęcia postępowania odwoławczego – właściwego, ustawodawca przewidział terminy, których naruszenie skutkuje utratą możliwości ochrony prawnej.

Do czynności dokonywanych przez strony w ramach wstępnego postępowania odwoławczego można zaliczyć:

- 1) wniesienie odwołania do Prezesa KIO;
- 2) przekazanie kopii odwołania zamawiającemu;
- 3) zaniechanie zawarcia umowy z wykonawcą;
- 4) wezwanie do przedłużenia ważności wadium;
- 5) przedłożenie kopii odwołania uczestnikom postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;
- 6) odpowiedź na odwołanie;
- 7) rozpoznanie odwołania (wstępne);
- 8) odroczenie rozprawy.

W niniejszym rozdziale poruszono problematykę związaną z niezdefiniowanym jak dotąd przez ustawodawcę i doktrynę pierwszym etapem postępowania odwoławczego. Za początek wstępnego postępowania odwoławczego można traktować moment powzięcia informacji o czynnościach zamawiającego polegających na działaniu lub zaniechaniu, jeśli było

to zachowanie sprzeczne z przepisami prawa⁵²², następnie sporządzenie odwołania i skuteczne jego wniesienie, aż do wstępnego rozpoznania odwołania i w konsekwencji uruchomienia postępowania odwoławczego (właściwego) przed KIO.

Po wejściu w życie nowej ustawy PrZamPubl2019 ustawodawca technicznie uporządkował przepisy, które regulują postępowanie odwoławcze. Ma to odzwierciedlenie w relokacji większości przepisów dotyczących postępowania odwoławczego z rozporządzeń do ustawy⁵²³. Ustawodawca nie posługuje się terminem „postępowanie wstępne” jako wyodrębnionym etapem postępowania. Na potrzeby usystematyzowania niniejszej rozprawy należy jednak przyjąć, że takie rozróżnienie jest konieczne.

Po analizie przepisów można wskazać na kilka istotnych spraw, które uzasadniają przedstawiony podział postępowania odwoławczego. Mianowicie, autor skupia się w rozdziale drugim na tych elementach odwołania, które chronologicznie w toku postępowania odwoławczego są analizowane przez KIO jako pierwsze, czyli wymogi formalne odwołania, czynności wstępne oraz czynności przygotowawcze postępowania odwoławczego.

Kolejnym etapem zmierzającym do wyrokowania izby jest rozprawa, czyli właściwe postępowanie odwoławcze, które zostało omówione w kolejnym rozdziale.

§2. Wniesienie odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

Odwołanie w kontekście postępowania odwoławczego służące wykonawcy za środek ochrony prawnej, rozpatrywać można przez pryzmat pisma lub dokumentacji, na którą składają

⁵²² W art. 513 PrZamPubl2019 ustawodawca wskazuje na czynność niezgodną z „przepisami ustawy”. Takie podejście może budzić uzasadnione wątpliwości co do zasadności tak szczegółowego zawężenia obszaru prawnego, co w konsekwencji utrudni pokrzywdzonemu wykonawcy w dochodzeniu swych praw wobec zamawiającego łamiącego przepisy innych aktów prawnych, które to mogą odzwierciedlać się w toku postępowania przetargowego na wybór konkretnej oferty. Jedynym racjonalnym wytłumaczeniem wydaje się ewentualna chęć usystematyzowania zakresu odpowiedzialności oraz stworzenie swojego rodzaju wewnętrznego katalogu czynności niezgodnych lub zaniechanych.

Przykład: Zamawiający dokonuje wyboru oferty w związku z przyjętą łapówką. Łamie tym samym równocześnie przepisy kodeksu karnego i prawa zamówień publicznych. W związku z powyższym, odwołanie złożone zostanie z uwagi na niezgodną z przepisami ustawy czynność - wyborem najkorzystniejszej oferty.

⁵²³ W czasie obowiązywania ustawy PrZamPubl2004 przyjęto odmienne podejście do problemu i na podstawie przepisu delegacyjnego art. 198 pkt. 1 PrZamPubl2004 w zakresie postępowania odwoławczego odsyłano do rozporządzenia RozpPostOdw. Jako zakres unormowania podaje się, iż rozporządzenie określa sposób postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez KIO, ze szczególnym naciskiem na:

- 1) wymagania formalne odwołania;
- 2) szczegółowy sposób wnoszenia odwołania i innych pism w postępowaniu odwoławczym;
- 3) tryb postępowania z wniesionym odwołaniem,
- 4) sposób przygotowania rozprawy.

W związku z powyższym, analizowany akt uzupełniał w ograniczonym zakresie instrukcje zawartą w PrZamPubl2019, gdzie ustawodawca podejmuje próbę kompleksowego opisu działań podejmowanych w ramach postępowania odwoławczego.

się wszystkie wymagane załączniki. Poprawne przygotowanie odwołania oraz skuteczne jego wniesienie stanowi warunek wszczęcia zasadniczego postępowania odwoławczego przed KIO⁵²⁴. Pomijając treść oraz terminy regulujące i warunkujące skuteczność dokonania czynności prawidłowego wniesienia odwołania, które opisano w poprzednim rozdziale⁵²⁵, należy zwrócić uwagę również na zachowania istotne z punktu widzenia prawa, towarzyszące czynności wniesienia odwołania do organu rozpatrującego przedmiotową sprawę, którego to dotyczy.

Skuteczne złożenie odwołania, które wywołuje pożądane skutki wiąże się ze złożeniem pisma w odpowiedniej formie i określonej treści tak, aby sporządzona dokumentacja wypełniała znamiona, kwalifikujące ją do miana odwołania w rozumieniu PrZamPubl2019. Elementy odwołania stanowiące jego *essentialia negotii* to dane podmiotu składającego odwołanie takie jak imię i nazwisko lub nazwa firmy wraz z miejscem zamieszkania lub siedzibą firmy oraz dane teleadresowe (numer telefonu, adres poczty elektronicznej) oraz dane personalne osoby reprezentujące odwołującego, jeśli nie jest to ta sama osoba. W odwołaniu należy ponadto podać dane teleadresowe identyfikujące zamawiającego, jak również w zależności od tego, na jakim etapie jest postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego należy wskazać przedmiot zamówienia ze wskazaniem numeru ogłoszenia o zamówieniu lub numer ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy, ogłoszenia o konkursie lub ogłoszenia o wynikach konkursu, jeśli zostały zamieszczone w BZP albo Dz. U. UE. Odwołujący w celu wywiązania się z ustawowych przesłanek sporządzenia odwołania zobligowany jest także do podania powodu, dla którego odwołanie składa. Przekłada się to bezpośrednio na obowiązek podania czynności związanych z dokonaniem lub niedokonaniem określonych czynności przez zamawiającego, co do których był on obowiązany wykonać, a zaniechał tego obowiązku lub pomimo tego, że zobowiązany nie był, to czynności dokonał.

Złożenie odwołania wiąże się również z przedstawieniem stawianych zamawiającemu zarzutów wraz z żądaniem sposobu rozstrzygnięcia przez KIO co odbywa się na podstawie przedstawionych w związku z tym okoliczności faktycznych i prawnych, które złożone odwołanie uzasadniają, a na których poparcie odwołujący przedkłada stosowne dowody potwierdzające przytoczone okoliczności. Zwieńczeniem odwołania jest podpis osoby uprawnionej i wskazanej w pierwszej części odwołania⁵²⁶ wraz z wykazem załączników, który

⁵²⁴ P. Granecki, *Środki ochrony prawnej i system organów je realizujących* w: H. Nowicki, P. Nowicki (red.), *Prawo zamówień publicznych. Stan obecny i kierunki zmian*, Wrocław 2015, s. 425.

⁵²⁵ Patrz: rozdział V: Forma odwołania. Termin odwołania

⁵²⁶ Brak własnoręcznego podpisu na odwołaniu może skutkować odrzuceniem odwołania z powodu braku formalnego, zob. wyrok KIO z dnia 16 grudnia 2014r., KIO 2538/14, LEGALIS nr 1206496.

pełni funkcję porządkującą dokumentacji odwoławczej składanej przez wykonawcę. Obligatoryjnymi załącznikami do odwołania są dokumenty, które potwierdzają dokonanie opłaty od odwołania, przesłanie kopii odwołania zamawiającemu⁵²⁷ oraz pełnomocnictwo lub inny dokument, z którego wynika umocowanie do reprezentowania odwołującego⁵²⁸.

Powyższe elementy, łącznie składają się na akt wniesienia odwołania⁵²⁹ określonego w RozpPostOdw i PrZamPubl2019. W przypadku niezachowania należytej staranności i pominięciu niektórych elementów wskazanych w ustawie oraz rozporządzeniu co do zawartości odwołania, Prezes Izby w terminie trzech dni wzywa do usunięcia braków formalnych odwołania. Dotyczy to w szczególności i zgodnie z art. 516 i 518 PrZamPubl2019⁵³⁰ niewskazania czynności lub zaniechania czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, nieprzedstawienia zarzutów lub przedstawienie ich w sposób niejasny, braku przedstawienia żądania co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania, braku wskazania okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności, niedołączenia dowodu uiszczenia wpisu od odwołania w wymaganej wysokości, niedołączenia dowodu przesłania odwołania zamawiającemu oraz niedołączenia odpisu z KRS, pełnomocnictwa lub innego dokumentu, z którego wynika umocowanie.

Zgodnie z przepisami PrZamPubl2019 odwołanie można złożyć do KIO w formie pisemnej albo formie elektronicznej. Ustawodawca przewiduje także możliwość złożenia odwołania w postaci elektronicznej, jednakże ten sposób składania np. odwołania pociąga za sobą obowiązek opatrzenia odwołania podpisem zaufanym.

Odwołujący może dokonać wyboru pomiędzy formą papierową albo elektroniczną gdyż są one równoważne i akceptowane przez KIO w takim samym zakresie. Należy pamiętać, że ani faks⁵³², ani e-mail nie spełniają warunku formy, gdyż z perspektywy przepisów regulujących ten wątek, istotnym z punktu widzenia ważności odwołania, jest podpis osoby

⁵²⁷ Odwołujący zobowiązany jest przekazać kopię odwołania zamawiającemu, a dowód na dokonanie tej czynności musi załączyć do wglądu KIO, zob.: postanowienie KIO z dnia 13 czerwca 2012r., KIO 1044/12, LEGALIS nr 541789.

⁵²⁸ Podmiot wnoszący odwołanie obowiązany jest uprawdopodobnić swoje umocowanie, zob.: postanowienie KIO z dnia 16 maja 2012r., KIO 897/12, LEGALIS nr 517871.

⁵²⁹ M. Kryzińska, *Środki ochrony prawnej w świetle obowiązujących przepisów prawa zamówień publicznych* w: A. Borowicz, M. Królikowska – Olczak, J. Sadowy, W. Starzyńska (red.), *Ekonomiczne i prawne zagadnienia zamówień publicznych. Polska na tle Unii Europejskiej (monografia naukowa)*, Warszawa 2010, s. 290.

⁵³⁰ M. Kryzińska, *Środki ochrony prawnej w świetle obowiązujących przepisów prawa zamówień publicznych* w: A. Borowicz, M. Królikowska – Olczak, J. Sadowy, W. Starzyńska (red.), *Ekonomiczne i prawne zagadnienia zamówień publicznych. Polska na tle Unii Europejskiej (monografia naukowa)*, Warszawa 2010, s. 291.

⁵³² P. Granecki, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, 5.wydanie, Warszawa 2016, s. 1358; postanowienie KIO z dnia 4 kwietnia 2013r., KIO 667/13, LEX nr 1311905.

upoważnionej, który musi zostać złożony zgodnie z powyższym bądź to własnoręcznie⁵³³ bądź zgodnie z e wszystkimi wytycznymi dla dokumentu elektronicznego, o którym mowa w art. 2 ust. 2 PrZamPubl2019⁵³⁴.

Przekazanie odwołania zamawiającemu, również nie niesie za sobą skutku w postaci dochowania terminu i możliwości wszczęcia postępowania odwoławczego, ponieważ zamawiającemu należy się kopia odwołania w celu spełnienia obowiązku informacyjnego, a nie oryginał, który musi zostać skierowany do Prezesa KIO⁵³⁵. Takie rozwiązanie ma swoje podstawy w art. 78¹ KC zrównującym skutki złożenia oświadczenia woli w formie pisemnej i elektronicznej⁵³⁶, dając odwołującym możliwość zachowania niekiedy krótkich z uwagi na ekonomikę postępowania terminów.

Terminy na wniesienie odwołania są terminami zawitymi co w przypadku ich niedochowania skutkować będzie nierozpatrzeniem odwołania i utratą możliwości skorzystania z ochrony prawnej. Ustawodawca przewidział kilka terminów na wniesienie odwołania, uzależniając je od określonych okoliczności⁵³⁷.

Podmiot składający odwołanie musi pamiętać o szczegółowych przepisach regulujących tę materię, również o adresacie, do którego zostanie skierowane odwołanie. W tym przypadku Prezes Izby jest adresatem bezpośrednim⁵³⁸ i zgodnie z art. 514 ust. 1 PrZamPubl2019, odwołania muszą być składane wyłącznie na jego ręce. Żadnych skutków prawnych związanych z wszczęciem postępowania odwoławczego lub dochowaniem terminu nie wywoła nadanie odwołania w placówce operatora publicznego⁵³⁹ lub skorzystanie z usług kurierskich⁵⁴⁰, jeśli przesyłka nie dotrze do adresata w przewidzianym terminie⁵⁴¹. Takie rozwiązanie budzi niekiedy wiele kontrowersji, a zwolennicy rozwiązania powszechnie stosowanego w innych postępowaniach przed organem publicznym (tj. zachowania terminu poprzez nadanie pisma w placówce pocztowej operatora publicznego) wskazują, iż utrudnia to

⁵³³ Wyrok KIO z dnia 28 grudnia 2012r., KIO 2704/12; KIO 2708/12, LEX nr 1256945.

⁵³⁴ Postanowienie KIO z dnia 8 listopada 2013r., KIO 2567/13, LEX nr 1421846.

⁵³⁵ M. Wieczorek, *Odrzucenie odwołania w świetle najnowszego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, cz. II*, Opublikowano: Zam.Publ.Dor. 2012/7/66-70; Postanowienie KIO z dnia 4 marca 2013r., KIO 402/13, LEX nr 1295052.

⁵³⁶ J. Strzebinczyk, [w:] pod red. E. Gniewek, P. Machnikowski, *Kodeks cywilny. Komentarz, 7. Wydanie*, Warszawa 2016, s. 221.

⁵³⁷ Patrz rozdział V: Forma odwołania. Termin odwołania.

⁵³⁸ J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz, 14. wydanie*, Warszawa 2017, s. 752.

⁵³⁹ Postanowienie KIO z dnia 24 lipca 2012r., KIO 1479/12, LEX nr 1213675.

⁵⁴⁰ J. Pokrzywniak, T. Kwieciński, J. Baehr, *Środki ochrony prawnej w procedurach zamówień publicznych*, Warszawa – Katowice, 2006, s. 96.

⁵⁴¹ Postanowienie KIO z dnia 3 kwietnia 2014r., KIO 576/14, LEX nr 1455778.

wykonawcom korzystanie ze środków ochrony prawnej w sposób nieusprawiedliwiony⁵⁴². Patrząc na poruszaną problematykę przez pryzmat potrzeby rozstrzygnięcia sprawy co do jej istoty w terminie możliwie jak najszybszym, to podejście ustawodawcy i zaproponowane przez niego rozwiązanie należy uznać za słuszne, aczkolwiek krzywdzące wykonawców.

Pamiętając o istnieniu drugiej opcji, a mianowicie możliwości skorzystania ze złożenia odwołania w formie elektronicznej, która w dobie masowej cyfryzacji wydaje się być przez ustawodawcę nawet bardziej preferowana można wywnioskować, że w ten sposób ustawodawca chce przekonać odwołujących do korzystania z tej formy wnoszenia odwołań, przyzwyczajając ich tym samym do zmian idących w kierunku kompleksowej elektronicznej zamówień publicznych. Wszelkie zabiegi ustawodawcy, począwszy od 2012r.⁵⁴³ zmierzają do kompleksowej i totalnej cyfryzacji całego systemu zamówień publicznych, począwszy od składania ofert. Można tylko przypuszczać, że forma pisemna występująca w obecnej postaci zostanie skutecznie wyparta przez wszelkiego rodzaju „e-rozwiązania”, które są systematycznie wprowadzane w życie kolejnymi nowelizacjami przepisów. Jest to proces jak najbardziej naturalny i co więcej słuszny. Nie ulega wątpliwości, że forma elektroniczna (pomijając występujące czasami błędy natury technicznej) jest na każdej płaszczyźnie lepsza od formy tradycyjnej – pisemnej. Przede wszystkim jest rozwiązaniem szybszym, bardziej ekonomicznym (biorąc pod uwagę samo nadawanie listów, kuriera lub osobiste dostarczenie) i co najważniejsze, jest rozwiązaniem pewnym.

Wracając do najbardziej namacalnego argumentu, czyli szybkości przekazywania informacji, można przytoczyć tezę wyprowadzoną przez H. Wolską, która wskazuje na hipotetyczny problem z dochowaniem terminu złożenia odwołania przez samo tylko „wniesienie odwołania poprzez złożenie pisma w placówce pocztowej operatora wyznaczonego w rozumieniu przepisów prawa pocztowego lub w placówce pocztowej operatora świadczącego pocztowe usługi powszechne w innym państwie członkowskim Unii Europejskiej”, które byłoby „równoznaczne z wniesieniem go do sądu.” Autorka sama wskazuje na fakt znacznego wydłużenia procedury przetargowej, domagając się jednak usunięcia odrębności od innych procedur czy to w prawie cywilnym czy administracyjnym, co do których zalicza również brak możliwości rozszerzenia żądań i zarzutów wykonawców⁵⁴⁴. Przedstawione argumenty mające

⁵⁴² J. Jerzykowski [w:] W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, 7. wydanie, Warszawa 2018, s. 1402.

⁵⁴³ Komunikat komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego komitetu ekonomiczno – społecznego i komitetu regionów, Kompleksowe e-zamówienia jako środek modernizacji administracji publicznej, źródło: https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0036/27999/COM_453.pdf, (dostęp: 2019-09-29 11:13).

⁵⁴⁴ H. Wolska, *Ograniczenia realizacji zasady prawa do sądu w systemie zamówień publicznych*, Opublikowano: GSP 2017/2/541-552.

przemawiać za liberalizacją przepisów we wskazanym zakresie nie zdałyby egzaminu. Odrębność procedur i rozwiązań przewidywanych w PrZamPubl2019 jest celowa z uwagi na to, że za ich pomocą realizowany jest cel publiczny, a nie tak jak w większości przypadków postępowań prowadzonych na płaszczyźnie prawa cywilnego czy administracyjnego – interes jednostki.

§3. Przekazanie kopii odwołania zamawiającemu

Sporządzenie odwołania o odpowiedniej treści we wskazanej formie i konkretnym terminie ma na celu wypełnienie elementów technicznych i formalnych przewidzianych przez ustawodawcę wymaganych dla dokumentacji odwoławczej. Należy również zauważyć, że wszelkie czynności związane z tworzeniem dokumentacji odwoławczej zmierzają do ich ujawnienia przez stronę zainteresowaną, czyli odwołującego w celu uruchomienia postępowania odwoławczego. W związku z powyższym odwołujący przekazuje prezesowi KIO odwołanie, aby je usankcjonować w aspekcie proceduralnym i nadać mu bieg. Wymaga się aby inicjator tego postępowania, poinformował o złożonym środku ochrony prawnej tak organ rozstrzygający spór jak i strony zainteresowane, a w szczególności zamawiającego, któremu należy przesłać kopię odwołania⁵⁴⁵, aby ten mógł się zapoznać ze stawianymi mu zarzutami i miał możliwość odnieść się do nich.

Wniesienie odwołania, jak również wszystkie czynności z tym związane i opisane w poprzednim paragrafie winny być traktowane jak warunki, których spełnienie utożsamia się z możliwością skorzystania z ochrony prawnej. Przekazanie kopii odwołania zamawiającemu jest traktowane w większej mierze jako czynność informacyjna⁵⁴⁶, jednakże ostatecznym skutkiem jej pominięcia jest odrzucenie odwołania⁵⁴⁷.

Istotną kwestią w przedmiotowej sprawie jest dla odwołującego definicja odwołania. W poprzednim paragrafie tego rozdziału poczyniono starania rozróżnienia odwołania jako aktu woli strony wszczynającego postępowanie odwoławcze od odwołania, stanowiącego całość dokumentacji wraz z załącznikami niezbędnymi do przeprowadzenia weryfikacji odwołania przez Izbę. Zgodnie z ustawą, od odwołującego nie wymaga się przesłania zamawiającemu całości dokumentacji odwoławczej⁵⁴⁸, gdyż to izba dokonuje weryfikacji pod kątem

⁵⁴⁵ Postanowienie KIO z dnia 23 maja 2013r., KIO 1046/13, LEX nr 1342033.

⁵⁴⁶ Wyrok KIO z dnia 1 marca 2017r., KIO 238/17, LEX nr 2242354.

⁵⁴⁷ H. Nowak, Ł. Korporowicz, *Prawo zamówień publicznych vademecum*, Bydgoszcz – Warszawa 2010, s. 178; Postanowienie KIO z dnia 1 grudnia 2014r., KIO 2352/14, LEX nr 1622164.

⁵⁴⁸ Wyrok KIO z dnia 17 lipca 2013r., KIO 1598/13, LEX nr 1395886.

dopuszczalności postępowania odwoławczego, prawidłowości dokonanych czynności zmierzających do jego wszczęcia i dochowania wszelkich terminów z tym związanych⁵⁴⁹, a zamawiający ma być wyłącznie poinformowany o fakcie uruchomienia postępowania odwoławczego w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego.

Do wywiązania się z obowiązku poinformowania zamawiającego, wystarczy podpisana kopia odwołania z pismem przewodnim przesłana pocztą elektroniczną jako załącznik⁵⁵⁰, faksem⁵⁵¹ (jeśli zamawiający dopuścił taką możliwość) pocztą lub oczywiście doręczona osobiste.

Zamawiający nie może zarzucać odwołującemu, że został przez niego błędnie poinformowany w związku z brakiem dołączonych do odwołania załączników⁵⁵² takich jak pełnomocnictwa lub dowód na uiszczenie wpisu od złożonego odwołania, gdyż mają one charakter czysto formalny, a nie merytoryczny i nie podlegają badaniu przez zamawiającego⁵⁵³. Jeśli natomiast jakiegokolwiek dokumenty pozostające w ścisłym i bezpośrednim związku z *meritum* sprawy, powołane przez odwołującego w treści odwołania, takie jak wykresy, opinie lub raporty z badań, nie zostaną dołączone do kopii odwołania, to uzasadnionym jest twierdzenie co do niewypełnienia obowiązku z art. 514 ust. 2 PrZamPubl, co w konsekwencji skutkować będzie uzasadnionym odrzuceniem odwołania⁵⁵⁴.

Przesyłający odwołanie, nie odpowiada za stan techniczny sprzętu, którym dysponuje zamawiający. Brak dostępu do internetu czy brak papieru w urządzeniu faksującym zamawiającego nie usprawiedliwia go i nie upoważnia do stawiania zarzutu nieprawidłowego poinformowania o złożonym odwołaniu. W takim wypadku można mówić o niedochowaniu należytej staranności zamawiającego, jeśli przy prawidłowym nadaniu korespondencji przez odwołującego, nie zapoznał się on z jej treścią⁵⁵⁵.

Do wywiązania się z nałożonego na odwołującego obowiązku doręczenia odwołania, wystarczy domniemanie prawidłowego jego nadanie oraz dokument lub potwierdzenie

⁵⁴⁹ Wyrok KIO z dnia 15 kwietnia 2014r., KIO 649/14; KIO 655/14, LEX nr 1460584 - Punkt 2 tezy przytoczonego wyroku: *Należy uznać, że kopia treści odwołania w całości przekazana zamawiającemu w wymaganym w ustawie terminie, natomiast nieprzekazanie w tym terminie kopii dwóch pism wskazanych w odwołaniu, przy powołaniu ich treści w uzasadnieniu odwołania, nie ma wpływu na możliwość zapoznania się z pełną treścią niniejszego odwołania przez zamawiającego.*

⁵⁵⁰ R. Szostak, Głosa do postanowienia SN z dnia 19 czerwca 2007 r., III CZP - 25/07, Zamówienia Publiczne Doradca, 2007/11/38-41; Wyrok KIO z dnia 2 kwietnia 2014r., KIO 568/14, LEX nr 1455772.

⁵⁵¹ Wyrok KIO z dnia 25 czerwca 2015r., KIO 1203/15, LEX nr 1808558.

⁵⁵² J. Jerzykowski [w:] W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, 7. wydanie, Warszawa 2018, s. 1402.

⁵⁵³ J. Rokicki, J. Stompel, *Zamówienia publiczne Zarządzanie organizacją ludźmi i problemami*, Warszawa 2010, s. 78; Postanowienie KIO z dnia 13 marca 2013r., KIO 510/13, LEX nr 1298050.

⁵⁵⁴ Postanowienie KIO z dnia 27 sierpnia 2013r., KIO 1932/13, LEX nr 1405332.

⁵⁵⁵ Wyrok KIO z dnia 25 czerwca 2015r., KIO 1203/15, LEX nr 1808558.

dokonanej czynności na wypadek potrzeby uprawdopodobnienia prawidłowości dokonanej czynności przekazania odwołania zamawiającemu. Zamawiający, chcąc to domniemanie obalić, zobowiązany jest przedstawić, że „mimo przesłania kopii odwołania za pomocą jednego ze sposobów określonych [przez ustawę], zamawiający nie mógł się jednak zapoznać z jego treścią przed upływem terminu do wniesienia odwołania”⁵⁵⁶. Jeśli kopia odwołania wpłynęła do zamawiającego w dopuszczalnej formie i przed upływem terminu, chociaż byłby to dzień, w którym zamawiający by nie pracował⁵⁵⁷, to nadal domniemywa się, że poinformowany został prawidłowo. Obalenie domniemanie prawidłowego dostarczenia kopii zamawiającemu można obalić, choćby poprzez udowodnienie, że pomimo „potencjalnych możliwości” zapoznania się z treścią odwołania, zaistniała taka okoliczność, która tą sposobność uniemożliwiła z winy odwołującego (nieczytelny faks)⁵⁵⁸.

Odwołujący winien dostarczyć kopię odwołania zamawiającemu przed upływem terminu na wniesienie odwołania. Termin ten jest terminem ustawowym i ulega zmianie wyłącznie w związku z okolicznościami w ustawie przewidzianymi. Zamawiający nie może indywidualnie dostosowywać go na potrzeby prowadzonego postępowania, skracać⁵⁵⁹ lub uzależniać od godzin pracy instytucji zamawiającej⁵⁶⁰, a ponadto jest to czynność nie pozostająca w jakimkolwiek związku z rzeczywistym terminem na wniesienie tego środka ochrony prawnej⁵⁶¹.

Przy zamiarze wszczęcia postępowania odwoławczego warto pamiętać, że przekazanie kopii odwołania zamawiającemu jest czynnością niejako następczą złożenia odwołania i winno nastąpić bezpośrednio po przekazaniu odwołania do Prezesa Izby lub w tym samym czasie. Prawo zamówień publicznych nie przewiduje instytucji zawiadomienia zamawiającego o zamiarze wniesienia odwołania, lecz o jego wniesieniu. W związku z tym, dokonanie takiej czynności nie rodzi skutków opisanych w art. 514 ust. 2 PrZamPubl2019, jeśli doręczone zostanie do zamawiającego przed dostarczeniem go Prezesowi Izby.

⁵⁵⁶ Postanowienie KIO z dnia 17 października 2013r., KIO 2364/13, LEX nr 1415346.

⁵⁵⁷ Wyrok KIO z dnia 15 maja 2013 r., KIO 1036/13; KIO 1045/13, LEX nr 1335140.

⁵⁵⁸ Idem.

⁵⁵⁹ Wyrok KIO z dnia 2 kwietnia 2014r., KIO 568/14, LEX nr 1455772.

⁵⁶⁰ Wyrok KIO z dnia 9 kwietnia 2014r., KIO 597/14, LEX nr 1455795; Wyrok KIO z dnia 10 kwietnia 2013r., KIO 694/13, LEX nr 1312641.

⁵⁶¹ Wyrok KIO z dnia 6 maja 2013r., KIO 913/13, LEX nr 1319149.

§4. Przekazanie kopii odwołania uczestnikom postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz przystąpienie do postępowania odwoławczego

Następstwem wszczęcia procedury odwoławczej przez zainteresowanego oraz dostarczenia przez niego kopii odwołania zamawiającemu, który prowadzi bądź prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jest przekazanie lub udostępnienie kopii tego odwołania uczestnikom postępowania. Wynikające z ustawy zobowiązanie polega na poinformowaniu innych uczestników postępowania o złożonym odwołaniu w taki sposób, aby umożliwić im wgląd w przekazaną przez odwołującego kopię odwołania i ewentualne uczestnictwo w postępowaniu odwoławczym. Innymi słowy, zamawiający zobowiązany jest do przekazania uczestnikom postępowania informacji (kopii odwołania) o złożonym odwołaniu w terminie do 2 dni od otrzymania odwołania od odwołującego⁵⁶². Na zamawiającym ciąży także obowiązek zawiadania wykonawców do udziału w postępowaniu odwoławczym jeśli odwołanie dotyczy treści ogłoszenia o zamówieniu lub dokumentów zamówienia. Zamawiający może wywiązać się z tego obowiązku poprzez zamieszczenie kopii odwołania na stronie internetowej, na której zostało zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu lub tam gdzie udostępniane były dokumenty zamówienia. Opisane zobowiązanie nie może być traktowane rozłącznie lub wybiórczo przez zamawiających gdyż niewywiązanie się z niego w pełnym zakresie, skutkować będzie wadliwym wypełnieniem obowiązku z art. 525 ust.1 PrZamPubl2019⁵⁶³.

Pomimo tego, że wskazany termin nie jest terminem zawitym, a jedynie instrukcyjnym i jego naruszenie nie powoduje braku skuteczności wezwania to może powodować negatywne konsekwencje, jeśli przyczyni się to do pozbawienia wykonawcy możliwości przystąpienia do odwołania. Przedmiotem odwołania może być treść ogłoszenia o zamówieniu lub zapisy SWZ. W związku z powyższym samo indywidualne przekazanie informacji uczestnikom postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie wystarczy, jeśli zaistnieją określone przesłanki. Zamawiający zobowiązany jest również do równoczesnego zamieszczenia wezwania na stronie internetowej, gdzie zamieszczone były informacje o zamówieniu w celu uświadomienia wszystkich ewentualnych zainteresowanych wykonawców, którzy zechcieliby przystąpić do postępowania odwoławczego, że mają oni taką możliwość.

Wyżej opisane zabiegi, nie mają na celu wyłącznie zapewnienia transparentności postępowania odwoławczego, nawet w jego tak wczesnej fazie. Ustawodawca dąży do tego,

⁵⁶² J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz, 14. Wydanie*, Warszawa 2017, s. 766.

⁵⁶³ Wyrok KIO z dnia 10 maja 2012r., KIO 877/12, LEX nr 1164525.

aby w jak największym stopniu umożliwić wszystkim potencjalnym zainteresowanym, zapoznanie się z argumentacją i zarzutami odwołującego jeszcze na etapie przygotowania się do sporu⁵⁶⁴.

Wykonawca, zgodnie z dyspozycjami zawartymi w art. 525 ust. 1 PrZamPubl2019 ma prawo przystąpić do postępowania odwoławczego. Warunkami formalnymi do spełnienia dla nowego uczestnika postępowania odwoławczego są:

- 1) wskazanie strony, do której przystępuje;
- 2) wykazanie interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na rzecz strony, do której przystąpił;
- 3) doręczenie zgłoszenia przystąpienia Prezesowi Izby w terminie do 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania w postaci papierowej albo elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym;
- 4) przesłanie kopii zgłoszenia zamawiającemu oraz wykonawcy, który odwołanie wniósł.

De lege ferenda, judykatura przedstawia mało popularny pogląd, który z przystąpienia do odwołania tworzy nowy środek ochrony prawnej, niezdefiniowany w ustawie. Ustawa przewiduje możliwość przystąpienia do odwołania przez innych uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jednakże nazywanie tegoż przystąpienia środkiem ochrony prawnej wydaje się być zbyt daleko idącą nadinterpretacją czy wręcz kreacjonizmem. Izba wskazuje na różnice, które zachodzą pomiędzy odwołaniem a przystąpieniem, upatrując je w przesłankach do skorzystania z jednej lub drugiej instytucji. W przypadku złożenia odwołania, odwołujący kieruje się interesem w uzyskaniu zamówienia lub naprawieniem szkody wyrządzonej przez zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Z kolei przystępujący do już złożonego odwołania ma interes w tym, że proces przed KIO zakończy się pozytywnie dla strony, do której ten przystępuje⁵⁶⁵. Pomimo doniosłości prawnej instytucji przystąpienia, nie powinno się go utożsamiać ze środkiem ochrony prawnej. Przystąpienie stanowi raczej narzędzie pomocnicze dla podmiotów biernych w postępowaniu odwoławczym, które są uczestnikami – obserwatorami sporu, a nie jego stroną. Ponadto bierność uczestnictwa w postępowaniu odwoławczym podmiotu przystępującego przekłada się na jego prawa, których *de facto* nie posiada.

Ważnym elementem formalnym jest przekazanie zgłoszenia przystąpienia. Należy wskazać na różnicę skutecznego przekazania przystąpienia Prezesowi Izby, a zamawiającemu. Aby wywiązać się z obowiązku skutecznego przekazania informacji o przystąpieniu, przystępujący winny jest przystąpienie Prezesowi Izby „doręczyć”, a do spełnienia obowiązku

⁵⁶⁴ Postanowienie KIO z dnia 27 maja 2011r., KIO 1036/11, LEX nr 844667.

⁵⁶⁵ Wyrok KIO z dnia 16 września 2015r., KIO 1901/15; KIO 1922/15, LEX nr 1800080.

przekazania w stosunku do zamawiającego, wystarczy już same „przesłanie”⁵⁶⁶. Na takiej samej warunkach i w takim samym reżimie, o którym mowa w kontekście przesłania kopii odwołania zamawiającemu, powinien zostać odwołujący się, czyli wykonawca wnoszący odwołanie.

Zważywszy na terminy i dynamiczny rozwój sytuacji po złożeniu odwołania, ustawodawca postanowił w ten sposób ułatwić wykonawcom proces składania przystąpienia. Skutkiem naruszenia wyżej wymienionych obowiązków jest brak możliwości dopuszczenia wykonawcy, do postępowania odwoławczego⁵⁶⁷.

Warto również wskazać, że wyznaczony 3-dniowy termin dotyczy tylko obowiązku doręczenia przystąpienia Prezesowi Izby i nie narzuca takiego obowiązku wobec przesłania kopii odwołania zamawiającemu⁵⁶⁸.

Przystąpienie do odwołania wedle przepisów ustawy PrZamPubl2019 nie stanowi środka ochrony prawnej *sensu stricto*⁵⁶⁹ w związku z czym, legitymację do przystąpienia posiadają tylko wykonawcy biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Nie mogą przystąpić do odwołania uczestnicy konkursu czy też organizacje wpisane na listę uprawnionych do korzystania ze środków ochrony prawnej lub jakiegokolwiek inne podmioty⁵⁷⁰, co nie zmienia faktu, że może zostać przez te podmioty złożone własne odwołanie, choćby o tej samej treści⁵⁷¹. Ustawodawca nie przewidział możliwości odstąpienia od przystąpienia do odwołania, w związku z czym jakiegokolwiek działania zmierzające do ewentualnej anulacji złożonego przystąpienia uznać należy za bezskuteczne⁵⁷².

Bardzo kontrowersyjnym i szeroko omawianym przez doktrynę jest pojęcie „interesu”, jaki należy wykazać w przystąpieniu do odwołania. Jest to pojęcie bardzo ogólne i nieprecyzyjne jak również niezdefiniowane na potrzeby postępowania odwoławczego, toczącego się zgodnie z przepisami PrZamPubl2019. W związku z powyższym, udowadnianie posiadanego interesu w związku z przystąpieniem do odwołania z ostrożności i obawy przed podważeniem argumentów nieprecyzyjnych, jak również zbyt ogólnikowych powinni wskazać „na czym polega interes w odniesieniu do ich sytuacji w danym postępowaniu, nie zaś

⁵⁶⁶ Wyrok KIO z dnia 18 marca 2011 r KIO 440/11; KIO 448/11; KIO 451/11; KIO 458/11, LEX nr 1415557.

⁵⁶⁷ Wyrok KIO z dnia 29 czerwca 2016 r., KIO 1028/16, LEX nr 2111789.

⁵⁶⁸ Postanowienie KIO z dnia 6 czerwca 2011r., KIO 1069/11, LEX nr 845949.

⁵⁶⁹ J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz, 14*. Wydanie, Warszawa 2017, s. 766.

⁵⁷⁰ Wyrok KIO z dnia 10 maja 2016r., KIO 654/16, LEX nr 2054106.

⁵⁷¹ J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz, 14*. Wydanie, Warszawa 2017, s. 766.

⁵⁷² J. Sadowy, *System zamówień publicznych w Polsce, Warszawa 2013*, s. 345.

powoływać się ogólnie na konieczność przestrzegania przepisów prawa, czy na możliwość następnego unieważnienia postępowania⁵⁷³”.

Można mówić o interesie prawnym, faktycznym jak również „jakimkolwiek interesie⁵⁷⁴” oraz przytaczać wszelkie okoliczności, które owy interes potwierdzi, jednakże musi być on w pełni zgodny z interesem strony wnoszącej odwołanie⁵⁷⁵. Co za tym idzie, nie może zostać uwzględnione przystąpienie, w którym wykonawca powołuje się tylko na częściowy interes.

Posiadanie „interesu” w związku z przystąpieniem do odwołania jest tym bardziej istotne, że jeśli nie zostanie w odpowiedni i przekonujący sposób wyartykułowane, to w konsekwencji może zostać nieuwzględnione, jak w przypadku wykonawcy, który wykazując interes w przystąpieniu do odwołania po stronie zamawiającego oświadczył, iż „jesteśmy zainteresowani rozstrzygnięciem odwołania na korzyść Zamawiającego”⁵⁷⁶.

Prawdopodobieństwo nieuwzględnienia powyższej retoryki jest możliwe, jeśli strona (w tym przypadku odwołujący lub zamawiający) zakwestionuje interes przystępującego, powołując się na brak opisywanego wcześniej, „interesu” i jest to tak zwana opozycja w stosunku do przystąpienia do odwołania innego wykonawcy⁵⁷⁷. Opozycja nie jest szczegółowo opisaną instytucją. Ustawodawca nie przewidział ani określonej formy dla tego środka ani też szczególnego terminu. Do skutecznego wniesienia opozycji wystarczy pismo lub ustne zgłoszenie do protokołu na pierwszym posiedzeniu z udziałem stron, nie później jednak jak do momentu otwarcia rozprawy. Opozycja zostanie uwzględniona, jeśli zgłaszający uprawdopodobni brak interesu przystępującego w związku z rozstrzygnięciem odwołania na korzyść strony, do której przystępuje⁵⁷⁸. Uwzględnienie lub oddalenie opozycji przybiera postać postanowienia Izby, na które nie przysługuje skarga do sądu.

§5. Zakaz zawarcia umowy

Jednym z następstw wniesienia odwołania i uruchomienia postępowania odwoławczego jest zakaz podpisania umowy z wykonawcą, którego oferta została w toku postępowania

⁵⁷³ Wyrok KIO z dnia 13 kwietnia 2016 r., KIO 453/16; KIO 454/16, LEX nr 2026077.

⁵⁷⁴ Wyrok KIO z dnia 10 grudnia 2015r., KIO 2575/15, LEX nr 1978086.

⁵⁷⁵ Wyrok KIO z dnia 7 marca 2016r., KIO 235/16, LEX nr 2019384.

⁵⁷⁶ Wyrok KIO z dnia 22 stycznia 2013r., KIO 2928/12, LEX nr 1276198.

⁵⁷⁷ J. Sadowy, *System zamówień publicznych w Polsce*, Warszawa 2013, s. 345.

⁵⁷⁸ J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz, 14. Wydanie*, Warszawa 2017, s. 766; P. Granecki, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz, 5.wydanie*, Warszawa 2016, s. 1393.

o udzielenie zamówienia publicznego, uznana za najkorzystniejszą⁵⁷⁹. Zakaz zawarcia umowy to tak zwana *klauzula „stand still”*⁵⁸⁰, a jej naruszenie może skutkować unieważnieniem umowy⁵⁸¹ zgodnie z art. 457 ust. 1 pkt. 2 PrZamPubl2019. Sytuacja ta ma miejsce jeśli zamawiający zawarł umowę z naruszeniem przepisów ustawy, a w szczególności z naruszeniem omawianej klauzuli *„stand still”*, która trwa do momentu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub zakończenia przez nią postępowania odwoławczego postanowieniem kończącym postępowanie w sprawie.

Zamawiający dowiaduje się o wniesieniu odwołania od odwołującego⁵⁸². Jak już stwierdzono w poprzednim paragrafie, do spełnienia tego wymogu wystarczy sam fakt przesłania zamawiającemu kopii złożonego odwołania. Zamawiający, nie może uchylić się od zakazu zawarcia umowy, jeśli z przesłaną skutecznie kopią się nie zapoznał i umowę podpisał. W takiej sytuacji należy stwierdzić naruszenie klauzuli *„stand still”* i umowę uznać za nieważną *ex lege*.

Zakaz tyczy się wyłącznie czynności polegającej na podpisaniu umowy i nie ma zastosowania do innych podejmowanych przez zamawiającego działań w związku z postępowaniem, w którym toczy się postępowanie odwoławcze⁵⁸³. Zamawiający jest związany zakazem do momentu ogłoszenia wyroku lub ogłoszenia postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze przez Izbę.

Zamawiający nie musi powstrzymać się od zawarcia umowy do momentu doręczenia wyroku w przypadku oddalenia odwołania i ogłoszenia wyroku. Takie zachowanie można nazwać co najmniej bezzasadnym i w zupełności niepotrzebnym⁵⁸⁴. Omawiany zakaz może zostać zniesiony w wyjątkowych okolicznościach przez Izbę, na podstawie złożonego do niej wniosku o uchylenie zakazu. Rozpatrzeniem wniosku zajmuje się skład orzekający Izby, powołany do rozpoznania odwołania. Izba w związku ze złożonym wnioskiem wydaje postanowienie na posiedzeniu niejawnym w terminie nie dłuższym niż 5 dni od dnia jego złożenia. Na postanowienie Izby w przedstawnym zakresie nie przysługuje skarga.

Wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy może być złożony przez zamawiającego za pośrednictwem poczty, osobiście za pomocą posłańca lub kuriera oraz przy użyciu środków

⁵⁷⁹ Wartyym zaakcentowania jest fakt, iż KIO nie posiada instrumentów oraz uprawnień do nakazania zawarcia umowy z wykonawcą. Posiada jedynie prawo do unieważnienia zawartej już umowy lub możliwości nakładania kar, patrz: A. Panasiuk, *System zamówień publicznych. Zarys wykładu*, Warszawa 2013, s. 314.

⁵⁸⁰ P. Granecki, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz, 5. wydanie*, Warszawa 2016, s. 1380.

⁵⁸¹ J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz, 14. Wydanie*, Warszawa 2017, s. 761.

⁵⁸² Patrz §4 niniejszego rozdziału.

⁵⁸³ Wyrok KIO z dnia 21 sierpnia 2012r., KIO 1684/12, LEX nr 1216230; wyrok KIO z dnia 11 kwietnia 2013r., KIO 742/13, LEX nr 1312675.

⁵⁸⁴ Wyrok KIO z dnia 9 lutego 2017r., KIO 168/17, LEX nr 2240436.

komunikacji elektronicznej. Izba może przychylić się do wniosku tylko w uzasadnionych przypadkach. Argumentami przemawiającymi za uchyleniem zakazu zawarcia umowy są m.in. możliwość spowodowania negatywnych skutków dla interesu publicznego, szczególnie jeśli mogłyby to dotyczyć dziedzin obronności i bezpieczeństwa państwa.

Jeśli w trakcie wszczętego postępowania o uchylenie zakazu zawarcia umowy, pojawiają się okoliczności takie jak w szczególności ogłoszenie przez Izbę orzeczenia przed rozpoznaniem wniosku lub cofnięcie wniosku, izba umarza postępowanie w formie postanowienia z uwagi na jego bezprzedmiotowość.

§6. Wadium w postępowaniu odwoławczym

Wadium stanowi ważny element formalny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jeśli oczywiście zamawiający takiego zabezpieczenia zażądał. Stanowi ono zabezpieczenie powstania przyszłego zobowiązania⁵⁸⁵, z którego wykonawca musi się wywiązać pod rygorem jego utraty w sytuacji gdy zaistnieją takie przesłanki jak choćby odmowa podpisania umowy z zamawiającym.

Skutkiem proceduralnym wszczęcia postępowania odwoławczego przez wykonawcę jest zatrzymanie biegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co zgodnie z art. 98 ust. 1 pkt 3 PrZamPubl2019 jest wyjątkiem od zwrotu wadium.

Istotnym faktem jest to, że termin związania ofertą i okres ważności wadium nie są tożsame i samo przedłużenie terminu związania ofertą nie skutkuje przedłużeniem ważności wadium. Ponadto, trzeba pamiętać, iż okres ważności wadium nie może być krótszy od okresu związania ofertą⁵⁸⁷, a po upływie terminu związania ofertą, wykonawca nadal posiada status wykonawcy i jego oferta może zostać wybrana po wyrażeniu takiej zgody na wcześniejszy wniosek zamawiającego.

Na podstawie przepisów ustawy PrZamPubl2004, zamawiający miał obowiązek zaważać wykonawców do przedłużenia ważności wadium na co najmniej 7 dni przed upływem jego ważności. Termin uznawany był za restrykcyjny i niewystarczający, aby przygotować kolejną polisę lub gwarancję bankową w przypadkach, gdy wadium nie było złożone w pieniądzu. J. Pieróg wskazywał na instrukcyjny charakter tego 7-dniowego terminu, nie upatrując przy okazji w nim sankcji dla zamawiającego w przypadku jego naruszenia.

⁵⁸⁵ Wyrok KIO z dnia 30 listopada 2015r., KIO 2510/15, LEX nr 1978038.

⁵⁸⁷ Wyrok KIO z dnia 30 listopada 2015r., KIO 2510/15, LEX nr 1978038.

W związku z tym, kłopotliwym było choćby pytanie co do rygoru wykluczenia z postępowania wykonawcy, który ważności wadium nie przedłużył oraz postrzegania postawy zamawiającego wobec zasad zamówień publicznych⁵⁸⁸.

Obecnie wadium zwracane jest z mocy ustawy na podstawie ziszczenia się określonych warunków lub na wniosek wykonawcy. Na podstawie art. 98 ust. 3 PrZamPubl2019 wadium uzyskało status przepustki do środków ochrony prawnych w zamówieniach publicznych. Ma to związek z tym, że samo złożenie wniosku o jego zwrot, rozwiązuje stosunek prawny łączący zamawiającego z wykonawcą, a co za tym idzie wykonawca traci prawa do korzystania ze środków ochrony prawnej opisanych przez PrZamPubl2019 w dziale IX. Podobnie sytuacja miała miejsce przed nowelizacją ustawy z 2019r., z tym że w poprzednim stanie prawnym nieprzedłużenie ważności wadium było traktowane na równi z jego brakiem i powodowało skutek w postaci niespełnienia warunków formalnych postępowania, a to z kolei prowadziło do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Z wyżej opisanym skutkiem nie zgadzał się J. Pieróg, który powoływał się na nowelizację ustawy z 22.6.2016r.⁵⁸⁹, gdzie nie przewidywało się już wykluczenia wykonawcy z postępowania w związku z brakiem wniesienia wadium na rzecz odrzucenia jego oferty, stawiając pytanie czy art. 184 PrZamPubl2004 ma stanowić samodzielną przesłankę do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Autor wskazywał raczej na przeoczenie niż brak logiki w działaniu ustawodawcy, tym niemniej pogląd ten wydawał się być w pełni uzasadniony⁵⁹⁰ biorąc pod uwagę obecne rozwiązania.

§7. Odpowiedź na odwołanie. Uwzględnienie odwołania

Ustawodawca przyznał zamawiającemu prawo odniesienia się do zarzutów wykonawcy postawionych w odwołaniu w stosunku do podjętych czy też zaniechanych czynności w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Znajduje to odzwierciedlenie w postaci odpowiedzi na odwołanie i ma charakter fakultatywny.

Odpowiedź wnosi się do Prezesa KIO w formie pisemnej lub ustnej do protokołu i w związku z jej nieobligatoryjnym charakterem, można skorzystać z tej możliwości na każdym etapie postępowania.

⁵⁸⁸ J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz, 14.* Wydanie, Warszawa 2017, s. 763.

⁵⁸⁹ Ustawa z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016r. poz. 1020).

⁵⁹⁰ J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz, 14.* Wydanie, Warszawa 2017, s. 764.

Zamawiający w odpowiedzi może także uwzględnić w całości lub w części, przedstawione przez odwołującego zarzuty lub umotywić dokonane czynności, tym samym informując, że nie uwzględnia zarzutów przytoczonych w odwołaniu. Jeśli zamawiający uwzględni odwołanie w całości to izba umarza postępowanie⁵⁹⁵ na posiedzeniu niejawnym, nakładając tym samym na zamawiającego obowiązek wykonania, powtórzenia lub unieważnienia dokonanych bądź niedokonanych i zaskarżonych w odwołaniu czynności. Taki stan rzeczy może mieć miejsce, jeśli do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca. Jeśli jednak do postępowania odwoławczego po stronie wykonawcy przystąpi choćby jeden uczestnik postępowania o udzielenie zamówienia, to po uwzględnieniu przez zamawiającego roszczeń odwołującego wymagana jest zgoda tego przystępującego, który opowiedział się po stronie odwołującego. Jeśli takiej zgody nie będzie to Izba jest zobowiązana rozpatrzyć odwołanie mimo wszystko.

Podobne działanie można zaobserwować w sytuacji częściowego uznania roszczeń. Jeśli zamawiający uzna częściowo roszczenia, to do umorzenia postępowania wymagana jest zgoda wykonawcy przystępującego po stronie zamawiającego oraz wycofanie pozostałych roszczeń przez odwołującego. Jeśli jednak odwołujący nie wycofa swoich roszczeń w stosunku do pozostałych zarzutów, izba rozpoznaje odwołanie w pozostałym zakresie.

Należy mieć na uwadze, że odpowiedź na odwołanie może zawierać w sobie uwzględnienie odwołania przez zamawiającego w całości lub w części, z tym że są to dwie różne instytucje, które funkcjonują od siebie niezależnie. Za podstawową funkcję odpowiedzi na odwołanie należy uznać możliwość wyjaśnienia podjętych przez zamawiającego działań lub też ich zaniechaniu, które zostały ujęte przez odwołującego w odwołaniu. Na podstawie tych wyjaśnień może okazać się, że odwołujący zweryfikuje zasadność stawianych w odwołaniu zarzutów i po ewentualnych przemyśleniach odwołanie uzna za bezprzedmiotowe co z kolei doprowadzi do jego cofnięcia. W przypadku zamawiającego, który już na etapie zapoznania się z odwołaniem bez wszczęcia postępowania uzna swoje błędy, które zostały przedstawione przez odwołującego i uwzględni odwołanie, postępowanie odwoławcze może zostanie zakończone (umorzone). Omawiane rozwiązania już na etapie wszczętego postępowania odwoławczego mają za zadanie umożliwić stronom weryfikację podjętych przez siebie działań i ich ewentualną konwalidację.

⁵⁹⁵ Wyrok KIO z dnia 28 grudnia 2016r., KIO 2357/16, LEX nr 2188663.

§8. Rozpoznanie odwołania (czynności wstępne)

Na podstawie obowiązujących przepisów można przyjąć, że Izba rozpoznaje odwołanie na dwóch etapach:

- 1) rozpoznanie wstępne: analizuje przekazaną dokumentację odwoławczą pod kątem formalnym, m.in. czy nie zawiera błędów, braków i czy dochowano terminy do jego prawidłowego wniesienia;
- 2) rozpoznanie zasadnicze: są to wszystkie czynności proceduralne związane z postępowaniem przed KIO.

Ustawa precyzyjnie wskazuje, kiedy może dojść do rozpoznania odwołania, a mianowicie w przypadku, gdy złożono odwołanie niezawierające braków formalnych oraz pod warunkiem uiszczenia wpisu.

Jeżeli choćby jeden z powyższych warunków nie został spełniony, to odwołanie podlega zwrotowi i nie wywołuje żadnych skutków prawnych. Do uzupełnienia braków formalnych może wezwać Prezes KIO lub jeśli braki formalne wynikną w dalszej części postępowania, wezwać do ich uzupełnienia, może również skład orzekający. Odwołanie zwraca się do odwołującego, jeśli wezwanie okazało się czynnością bezskuteczną i odwołanie nie zostało uzupełnione lub uzupełniono je w taki sposób, że nadal zachodzą przesłanki do jego zwrotu. Drobne oczywiste niedokładności w postaci np. mylnego oznaczenia odwołania nie stoją na przeszkodzie, aby odwołanie rozpoznać nadając mu wcześniej bieg.

Art. 516 ust. 1 PrZamPubl2019 określa katalog wymogów formalnych, które należy spełnić pod rygorem nierozpoznania odwołania, a w nim poza elementami identyfikacyjnymi również, takie które stanowią ośnowę wniesionego środka ochrony prawnej:

- 1) Wskazanie czynności lub zaniechania czynności zamawiającego będącego w sprzeczności z przepisami;
- 2) Treść odwołania winna zawierać związane przedstawienie zarzutów;
- 3) Odwołujący zobowiązany jest do określenia żądania;
- 4) Wymaga się wskazania okoliczności faktycznych i prawnych, które uzasadniają wniesienie odwołania.

Spełnienie wymogów formalnych *sensu stricte*, odnosi się również do samej zawartości i treści odwołania⁵⁹⁶.

⁵⁹⁶ Patrz: Rozdział V: §3 Treść odwołania.

Drugim elementem istotnym z formalnego punktu widzenia dla spełnienia warunków określających ważność odwołania jest uiszczenie wpisu od jego wniesienia w wymaganej wysokości i określonym czasie⁵⁹⁷.

Opłata wnoszona w związku ze złożeniem odwołania pełni kilka funkcji. Jedną z ważniejszych jest kwestia powstałych kosztów w związku z wniesionym odwołaniem po stronie Izby, które wymagają pokrycia. Wpis pełni też poniekąd funkcję prewencyjną i w związku z tym, ma zapobiegać nadmiernemu, nieuzasadnionemu wszczynaniu postępowań odwoławczych. Opłaty ustalone ryczałtowo w zależności od progu kwotowego zamówienia, są one relatywnie wysokie i mogą zniechęcać potencjalnych pokrzywdzonych wykonawców do skorzystania z tego środka ochrony. Z drugiej jednak strony, przyjmując brak opłat lub symboliczny ich wymiar, można przypuszczać, że ilość wszczynanych postępowań byłaby kilkukrotnie większa co w znacznym stopniu mogłoby się odbić na funkcjonowaniu systemu i udzielaniu zamówień publicznych⁵⁹⁸.

Przepisy PrZamPubl2019 nie przewidują możliwości zwolnienia z uiszczenia wpisu ani podmiotowo, ani przedmiotowo. Ponadto, wysokości wpisu nie można obniżyć, rozłożyć na raty czy też przedłużyć terminu do jego wniesienia.

Wpis powinien zostać opłacony przez odwołującego, najpóźniej do końca terminu na wniesienie odwołania⁵⁹⁹. Ustawodawca przewiduje możliwość uzupełnienia braku formalnego w postaci braku potwierdzenia opłaty wpisu co nie łączy się jednak z samym dokonaniem wpisu, który musi zostać opłacony w terminie. Tak rygorystyczne, według niektórych przedstawicieli doktryny⁶⁰⁰ podejście do spełnienia warunku wydaje się jednak uzasadnione i nie zasługuje na wyrazy krytyki. W związku z powyższym należy stwierdzić fakt, że po przekroczeniu terminu na zapłatę wpisu, wymóg formalny nie zostanie spełniony i odwołanie nie zostanie przez Izbę rozpatrzone.

§9. Cofnięcie odwołania

Odwołujący został wyposażony przez ustawę w przywilej przerwania, a w konsekwencji zakończenia postępowania odwoławczego lub jeśli postępowanie jeszcze formalnie nie zostało wszczęte przed KIO, nie dopuszczenia do jego uruchomienia . W toku

⁵⁹⁷ Patrz Rozdział IX: §2 Wpis .

⁵⁹⁸ J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, 14. Wydanie, Warszawa 2017, s. 775.

⁵⁹⁹ Regułą jest opłacenie wpisu od odwołania do dnia wniesienia w taki sposób, by składający mógł do niego załączyć potwierdzenie dokonanej opłaty. Jeśli jednak zajdą przesłanki z art. 187 ust. 5 PrZamPubl, to termin ten ulega wydłużeniu do upływu terminu na wniesienie odwołania.

⁶⁰⁰ I. Skubiszak-Kalinowska, E. Wiktorowska, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, 2017.

całego trwania postępowania odwoławczego, czyli od momentu złożenia odwołania, aż do czasu wydania przez Izbę wyroku w sprawie, odwołującemu przysługuje prawo do cofnięcia odwołania⁶⁰¹. Instytucja cofnięcia, daje wyraz pełnego, niczym nieskrępowanego prawa do rozporządzania wniesionym odwołaniem jako wyrazem woli strony. Odwołujący na cofnięcie odwołania nie potrzebuje zgody, czy to zamawiającego, czy też innych uczestników postępowania odwoławczego, nawet tych, którzy przystąpili do odwołania po jego stronie, choćby miało to skutkować utratą przez nich możliwości „uchylenia wadliwej czynności zamawiającego”⁶⁰².

Cofnięcie odwołania jest czynnością dyspozytywną⁶⁰³, która musi zostać dokonana w formie pisemnej. Pismo zawierające oświadczenie o cofnięciu odwołania winno być opatrzonego podpisem osoby uprawnionej, jeśli natomiast odwołujący podejmie decyzję o cofnięciu odwołania w toku postępowania na posiedzeniu lub rozprawie, to osoba uprawniona do dokonania tego rodzaju czynności może złożyć stosowne oświadczenie o cofnięciu pozwu ustnie do protokołu.

Ponadto, odwołujący ma prawo do wycofania części zarzutów lub zmiany żądania odwołania, nie może jednak zmienić samych zarzutów odwołania⁶⁰⁴.

Na skutek cofnięcia odwołania KIO umarza postępowanie, a odwołujący zostaje obciążony kosztami postępowania. Jeśli do cofnięcia odwołania dojdzie w trakcie rozprawy, to odwołujący nie może ubiegać się o zwrot części wpisu zgodnie z zasadą, w myśl której strona przegrywająca ponosi koszty procesu⁶⁰⁵.

§10. Uwagi końcowe

Przepisy nie regulują dokładnego momentu rozpoczęcia postępowania odwoławczego. Można jednak bez wątplenia stwierdzić, że tak jak w przypadku postępowania cywilnego (złożenie pozwu) tak i w tej sytuacji jest to moment złożenia odpowiednio przygotowanej dokumentacji do konkretnego organu, czyli odwołania do Prezesa Izby. Warunkiem wszczynającym postępowanie jest spełnienie wymogów formalnych, aby odwołanie podlegało rozpatrzeniu. W niniejszym rozdziale poruszone zostały kwestie z zakresu postępowania odwoławczego. Nie są to jednak elementy postępowania prowadzonego *stricte* przed KIO.

⁶⁰¹ Wyrok KIO z dnia 9 lutego 2017r., KIO 163/17, LEX nr 2240431.

⁶⁰² J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, 14. Wydanie, Warszawa 2017, s. 776.

⁶⁰³ Postanowienie KIO z dnia 12 listopada 2014r., KIO 2250/14, LEX nr 1611774; postanowienie KIO z dnia 31 października 2014r., KIO 2194/14, LEX nr 1611732.

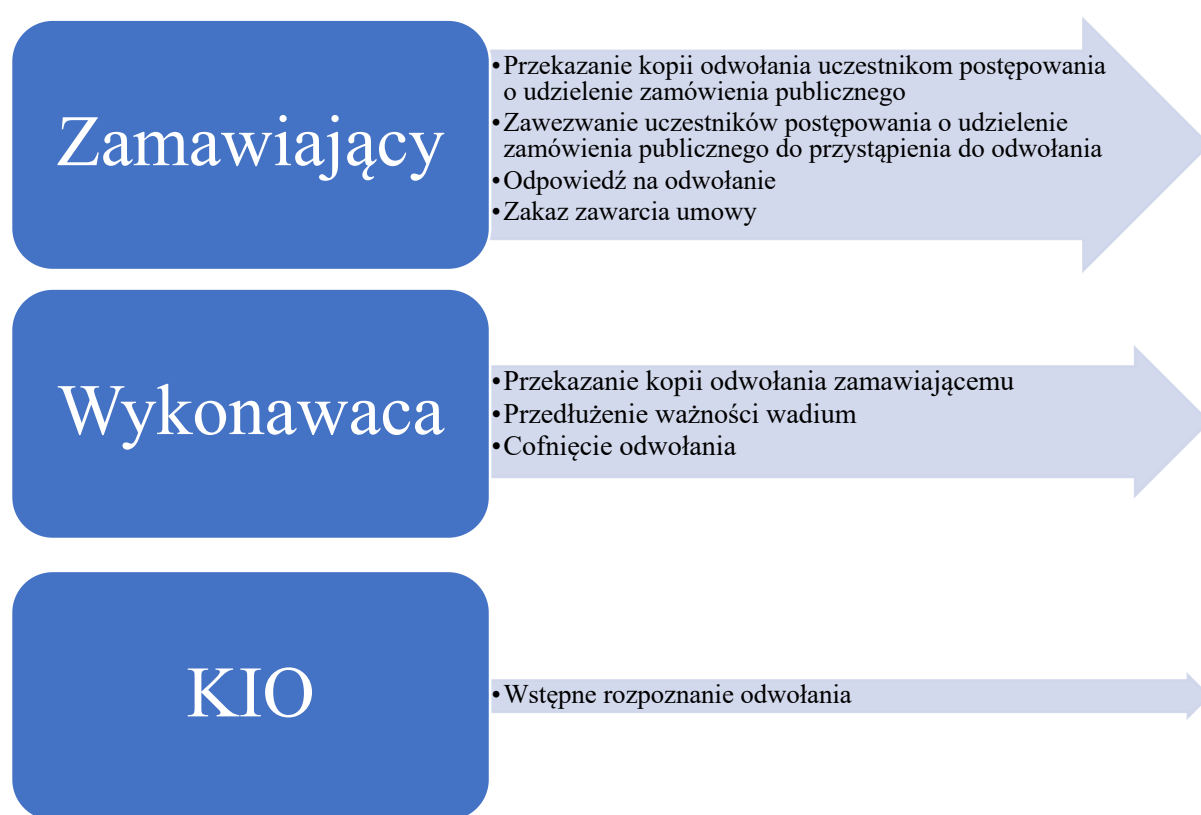
⁶⁰⁴ Wyrok KIO z dnia 8 grudnia 2015r., KIO 2598/15, LEX nr 1978097.

⁶⁰⁵ Wyrok KIO z dnia 9 lutego 2017r., KIO 163/17, LEX nr 2240431.

Wskazane czynności stanowią opis wstępnych działań podejmowanych przez strony przyszłego postępowania odwoławczego (właściwego) oraz organu rozstrzygającego spór między nimi (KIO).

Odwołując się do poruszonej problematyki z perspektywy temporalnej można stwierdzić, że w toku postępowania, czynność formalna w postaci wniesienia odwołania, wszczynające procedurę odwoławczą pociąga za sobą szereg następstw dla jej stron oraz KIO. Poniższa tabela wskazuje w sposób uproszczony obowiązki i możliwości, jakie ustawodawca wprowadza dla wyszczególnionych podmiotów i opisanych w niniejszej pracy.

Tabela 4 Wpływ wniesienia odwołania przez odwołującego na strony postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz KIO jako organu rozstrzygającego spór na wstępnym etapie postępowaniu odwoławczego.

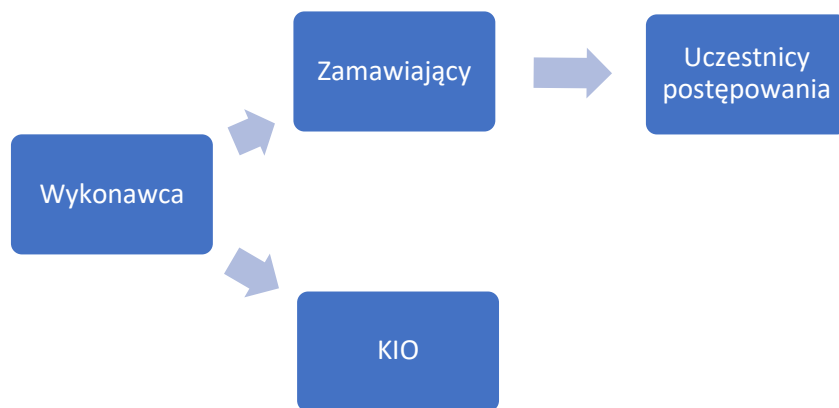


Nie trudno spostrzec, że KIO na tym etapie postępowania „przed odwoławczego”, w przeciwieństwie do stron (czynnej – wykonawcy oraz biernej – zamawiającego) tego postępowania, nie jest obciążona dużą ilością pracy.

Nie należy doszukiwać się w tym zestawieniu chęci odciążenia Izby przez ustawodawcę, aby ta mogła bez zbędnego zaangażowania zająć się procedurą i kwestiami formalnymi związanymi z rozstrzygnięciem sporu. Jest to raczej efekt uboczny specyfiki zamówień publicznych, aniżeli celowe zamierzenie ustawodawcy.

Taki układ podziału prac jest racjonalnym rozwiązaniem. Trudno wyobrazić sobie sytuację, gdzie KIO przekazuje kopię odwołania zamawiającemu lub uczestnikom postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Pomijając kwestie organizacyjne, w jaki sposób miałyby się to odbywać, to największym problemem okazałby się oczywiście czas na przeprowadzenie tych wszystkich czynności.

Tabela 5 Schemat przekazania kopii odwołania do poszczególnych podmiotów.



Strony postępowania odwoławczego na opisywanym etapie dokonują czynności istotnych z punktu widzenia ich interesu. Zakaz zawarcia umowy z wykonawcą, którego w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający wybrał jako najkorzystniejszego może budzić kontrowersje. W sferze normalnych stosunków cywilnoprawnych bez rygoru przepisów zamówień publicznych takie działanie narusza prawo do dysponowania swoją własnością czy *prima facie* godzi w swobodę zawierania umów wynikającą z art. 353¹ KC. Tym niemniej, pozostając w sferze zamówień publicznych, zakaz ten można uznać za słuszny i wbrew pozorom korzystny dla zamawiającego. Zawarcie umowy z naruszeniem przepisów PrZamPubl2019 pociąga za sobą więcej negatywnych konsekwencji, które w żaden sposób nie są w stanie zrekompensować utraconego czasu na oczekiwanie wyroku KIO w przedmiotowej sprawie.

W przeciwieństwie do wątpliwości wyrażonych w poprzednim akapicie co do zakazu zawarcia umowy, to możliwość sprostowania zarzutów wykonawcy w odpowiedzi na odwołanie jest bezsprzecznym instrumentem *in plus* dla zamawiającego. Ta swoista replika na wniesione odwołanie daje zamawiającemu możliwości wyjaśnienia, czy też umotywowania

dokonanych działań, które wykonawca poddaje pod wątpliwość. Skorzystanie z tej możliwości może też doprowadzić do cofnięcia odwołania przez wykonawcę, jeśli oczywiście w sposób rzetelny i klarowny informacje w niej zawarte przekonają stronę do odstąpienia od wszczętego postępowania odwoławczego.

Przeniesienie całego ciężaru na wykonawcę w kontekście możliwości przedwczesnego zakończenia postępowania odwoławczego czy też niewszczywania go z powodu braków formalnych odwołania wydawałby się uzasadnione (podobnie jak w przypadku zakazu zawarcia umowy przez zamawiającego po wszczęciu postępowania odwoławczego), gdyby nie fakt, iż są to zamówienia publiczne. Postępowanie odwoławcze może zostać wszczęte wyłącznie przez stronę pokrzywdzoną faktycznie bądź potencjalnie (tj. wykonawcę i podmioty określone przez przepisy) co oznacza, że nie ma tu miejsca na możliwość wszczęcia postępowania *ex lege*.

Mając świadomość wpływu zamówień publicznych na kwestie społeczne ze względu na wydatkowanie środków publicznych oraz na realizowanie zadań publicznych należałoby zadać pytanie odnośnie wprowadzenia możliwości uruchamiania postępowania przed KIO z inicjatywy swojego rodzaju organu kontrolnego.

Mając na względzie interes publiczny nielogicznym jest zaniechanie rozpatrzenia odwołania przez chociażby brak dokonania określonej czynności formalnej w postaci przedłużenia ważności wadium. Z punktu widzenia postępowania odwoławczego oraz wyjaśnienia sprawy pod kątem merytorycznym nie ma to żadnego znaczenia. Ustawowy zapis, który wprowadziłby zobowiązanie do wpłaty wadium po zakończonym postępowaniu przed KIO lub też automatycznie przedłużałby jego ważność wyeliminowałby sytuacje patologiczne, gdy to prawidłowo złożone odwołanie nie zostaje uwzględnione z powodu przeoczenia nieprzedłużenia ważności wadium.

ROZDZIAŁ VII. Postępowanie odwoławcze

§1. Uwagi wstępne

Złożenie odwołania w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego do KIO rozpoczyna tzw. postępowanie odwoławcze. Jednym z celów postępowania odwoławczego jest wyjaśnienie okoliczności wynikłych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz wskazanie czy podjęte działania oraz stawiane zarzuty są zasadne i zasługują na uwzględnienie.

Wiele uwagi poświęca się czynnościom, jakich należy dochować, aby do postępowania przed KIO mogło dojść ze względów formalnych, gdzie cały ciężar wszczęcia postępowania leży na odwołującym. Warto pamiętać, że po spełnieniu określonych warunków, umożliwiających formalne rozpoczęcie procedowania sprawy przez KIO, ciężar sprawnego i merytorycznego rozpatrzenia odwołania leży już w większej mierze po stronie Izby.

Głównym zadaniem stojącym przed Prezesem Izby na początku postępowania jest wyznaczenie składu orzekającego, który będzie mógł sprawę prowadzić, nie będzie podlegał wyłączeniu ze sprawy oraz posiadać będzie konkretne kompetencje w zakresie rozpatrywania sprawy. Należy określić stopień trudności sprawy, której dotyczy złożone odwołanie co ma wpływ na liczebność składu orzekającego oraz ustalenie czy zawiera ono informacje niejawne. W związku z podejmowanymi czynnościami tak przed jak i podczas przygotowywania postępowania odwoławczego należy określić rolę Prezesa KIO i jego ewentualny wpływ na przebieg postępowania. Elementami godnymi uwagi są kwestie związane z technicznym przydzielaniem spraw oraz sposób i sytuacje wpływające na konieczność wyłączenia członków składu orzekającego od orzekania.

Ważnym zagadnieniem dla rozstrzygnięcia wniesionego do KIO odwołania są dowody mające poprzec twierdzenia strony zainteresowanej. Należy określić konieczność składania dokumentów i wyjaśnień do postępowania odwoławczego tak samo jak należy ustalić stopień kontradiktoryjności postępowania. Z związku z pojawiającymi się rozbieżnościami w doktrynie na temat dowodów uwzględnianych z urzędu trzeba określić, czym one są i w jakich sytuacjach należy, a w jakich nie włączać się do postępowania. W związku z powyższym, w niniejszym rozdziale podjęte zostaną próby między innymi ustalenia celu postępowania dowodowego, charakteru składanych dowodów i możliwości dowodowych. W tym zakresie poruszona zostanie kwestia bieglego, jego powołania i konsekwencji dla postępowania odwoławczego, które są związane z tą czynnością.

Poruszając zagadnienia związane z postępowaniem odwoławczym nie sposób nie odnieść się także do zamknięcia rozprawy. Warto zwrócić uwagę nie tylko na samo zamknięcie rozprawy przez KIO, a przede wszystkim możliwości wznowienia i otwarcia już zamkniętego postępowania odwoławczego.

§2. Wyznaczenie składu orzekającego

Toczące się przed KIO postępowanie odwoławcze jest postępowaniem różniącym się co do zasady od procesu cywilnego, a w związku z tym, na tle polskiego systemu prawnego można je uznać za wyjątkowe. Pomimo utwierdzenia odbiorców przepisów PrZamPubl2019 o statusie Izby⁶⁰⁶ jako sądu należy stwierdzić, że czynności związane z wyznaczeniem składu orzekającego w postępowaniu odwoławczym przed KIO znacząco różnią się od tych, które mają miejsce w postępowaniu arbitrażowym czy polubownym. J. Pieróg⁶⁰⁸ stwierdza, że sposób w jaki powoływani są członkowie składu orzekającego stanowi dowód na całkowite odejście przepisów PrZamPubl2019 od idei rozstrzygnięcia odwołań na wzór sądu polubownego. Powodem takiego stanowiska na przykładzie powoływania składu orzekającego w postępowaniu odwoławczym jest różnica polegająca na tym, że przy sądzie polubownym, zgodnie z art. 1171 §1 KPC strony same uzgadniają sposób, w jaki zostaną powołani członkowie sądu polubownego. Przy postępowaniu odwoławczym prowadzonym na podstawie przepisów PrZamPubl2019 strony nie mają żadnego wpływu na to, jaki będzie skład orzekający. Niejako w odpowiedzi na to stwierdzenie można przywołać wyrok NSA⁶⁰⁹, w którym w tezie sąd ten wskazuje na „dość ograniczony” zakres zastosowania kodeksu postępowania cywilnego do postępowania odwoławczego. Takie stanowisko NSA uzasadnione jest przede wszystkim faktem drobiazgowego unormowania postępowania odwoławczego już przez przepisy PrZamPubl2019⁶¹⁰.

⁶⁰⁶ Zob. rozdział 3 par. 4 niniejszej pracy pt. Status prawny Krajowej Izby Odwoławczej

⁶⁰⁸ Zob. J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 778, który stwierdza, że sposób w jaki powoływani są członkowie składu orzekającego stanowi dowód na całkowite odejście przepisów PrZamPubl2019 od idei rozstrzygnięcia odwołań na wzór sądu polubownego. Powodem takiego stanowiska na przykładzie powoływania składu orzekającego w postępowaniu odwoławczym jest różnica polegająca na tym, że przy sądzie polubownym, zgodnie z art. 1171 §1 KPC strony same uzgadniają sposób w jaki zostaną powołani członkowie sądu polubownego. Przy postępowaniu odwoławczym prowadzonym na podstawie przepisów PrZamPubl2019 strony nie mają żadnego wpływu na to jaki będzie skład orzekający.

⁶⁰⁹ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 11 października 2011 r., II GSK 1942/11, LEGALIS nr 392181.

⁶¹⁰ Ibidem.

Na wstępie należy zaznaczyć, że w toku postępowaniu odwoławczego dużą rolę odgrywa organ izby w postaci Prezesa KIO⁶¹¹, którego obecność jest widoczna szczególnie na początkowym etapie postępowania odwoławczego. To Prezes KIO wyznacza skład orzekający jeśli odwołanie spełnia warunki formalne i ustala termin do dokonania czynności niezbędnych (formalnoprawnych i sprawdzających), które umożliwią dalsze prace Izby⁶¹².

Przy orzekaniu w sprawach z zakresu zamówień publicznych przed KIO obowiązuje zasada jednoosobowego składu Izby⁶¹³. Możliwe jest powołanie składu trzyosobowego⁶¹⁴, jeśli wystąpi chociaż jedna z następujących przesłanek:

- 1) Szczególny stopień złożoności sprawy,
- 2) wartość zamówienia jest równa lub przekracza progi unijne.

Na podstawie opisanych wyżej przesłanek można by stwierdzić, że zwiększenie składu orzekającego może mieć na celu zapewnienie sprawie większej uwagi oraz poświęcenia ze strony członków składu orzekającego. Mogłoby się zatem wydawać, że przy zwiększonym składzie osobowym istnieje większe prawdopodobieństwo, że sprawa będzie zbadana bardziej szczegółowo, a co za tym idzie wyrok w sprawie powinien być także bardziej sprawiedliwy i uzasadniony. Nie jest to jedyne uzasadnienie dla tego typu rozwiązania. Należy mieć na uwadze, że powiększenie składu orzekającego może wiązać się przede wszystkim z rozszerzonym zakresem analizy problemów związanych z przedmiotem odwołania. Przytoczona koncepcja jest słuszna, jednakże może zostać uznana za ułomną w swoim założeniu, gdyż nie sprecyzowano co oznaczają kluczowe przesłanki mające umożliwić powołanie zwiększonego składu orzekającego. Kluczowym aspektem tej konstrukcji jest także fakt, że o ile przy obiektywnej przesłance zwiększenia składu izby do trzech sędziów jaka jest wartość zamówienia nie można mieć wątpliwości to już o stopniu złożoności sprawy nie decydują sami członkowie izby a jednoosobowo jej prezes. W takim przypadku oraz w związku z podjętą przez Prezesa Izby decyzją można mu przedstawić dwa zarzuty, po pierwsze, że nie zareagował i nie zwiększył składu i po drugie, że decyzja o zwiększeniu składu orzekającego

⁶¹¹ Zob. Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 11 października 2011 r., II GSK 1942/11, LEGALIS nr 392181 gdzie w tezie wyroku sąd podaje, że Prezes KIO nie jest organem administracji publicznej, a jedynie można określić go mianem „organu izby”.

⁶¹² J. E. Nowicki, A. Bazan, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 963.

⁶¹³ Por. J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 778 i E. Gnatowska, Z. Perčić, W. Jarzyński, *Komentarz do ustawy Prawo zamówień publicznych*, Warszawa 2016, s. 717 gdzie autorzy mówią wprost o „zasadzie jednoosobowego składu orzekającego”.

⁶¹⁴ Zob. np. M. Rakowska, *Srodki ochrony prawnej – propozycje niektórych mian tego systemu*, [w:] *Funkcjonowanie systemu zamówień publicznych – aktualne problemy i propozycje rozwiązań*, pod red. M. Stręciwilk, A. Panasiuk, Warszawa 2017, s. 128, która ocenia składy jednoosobowe jako nie sprzyjające wzajemnej wymianie poglądów co bezpośrednio przekłada się na brak jednolitości orzecznictwa, a koncepcja trzyosobowego składu osobowego jest rozwiązaniem lepszym.

izby była nieuzasadniona. O ile druga sytuacja jest sytuacją „bezpieczniejszą” i nie niesie za sobą uszczerbku dla stron postępowania, to przy pierwszym zarzucie można dopatrywać się rażącego zaniedbania ze strony Prezesa Izby. J. Pieróg uznaje zasadę jednoosobowych składów orzeczniczych za „całkowicie chybioną”⁶¹⁵ słusznie wskazując na możliwą utratę jakości orzekania. Zadziwiającym jest także fakt, że na obligatoryjne wzmocnienie składu orzekającego o dwóch dodatkowych orzekających nie ma wpływu wartość zamówienia⁶¹⁶, w przedmiocie którego złożone zostało odwołanie, gdyż zgodnie z dyspozycją art. 487 ust. 2 PrZamPubl2019 Prezes Izby może uznać takie rozwiązanie za uzasadnione.

Ponadto, to nie członkowie składu decydują o tym, czy należy potraktować sprawę jako szczególnie zawiłą czy o precedensowym charakterze, a Prezes Izby. Jednoosobowy skład orzekający po dokonaniu wstępnego rozpoznania sprawy na niejawnym posiedzeniu może co prawda stwierdzić, że sprawa nosi znamiona szczególnie zawiłej lub ma charakter precedensowy. W takiej sytuacji, członek składu orzekającego ma możliwość co najwyżej zwrócić się do Prezesa Izby z umotywowanym wnioskiem o zwiększenie liczebności składu orzekającego, co może, ale nie musi spotkać się z jego aprobatą⁶¹⁷.

Jeśli skład orzekający zostanie rozszerzony do trzech osób, to wraz z podjęciem takiej decyzji, Prezes KIO wyznacza spośród wybranych członków przewodniczącego składu⁶¹⁸.

Przydzielanie spraw do konkretnych orzekających odbywa się w określony sposób. Prezes KIO nie może dokonać przydziału poza kolejnością wynikającą z daty wpływu odwołania i z alfabetycznej listy członków KIO. Członkowie składu orzekającego nie mogą być także wybierani w związku z subiektywnym poczuciem Prezesa KIO, nawet jeśli ten będzie posiadał najlepsze predyspozycje (wiedzę), aby orzekać w przedmiotowej sprawie.

Dobieranie orzekających zgodnie z ich specjalizacją i wiedzą w przedmiocie złożonego odwołania i posiadanego doświadczenia jest w związku z powyższym niedopuszczalne⁶¹⁹.

⁶¹⁵ Zob. J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 778. Autor przywołuję stanowisko J. Jerzykowskiego (W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 1443), który równie krytycznie wypowiada się na temat odejścia od trzyosobowych składów orzekających w postępowaniach odwoławczych. J. Jerzykowski z kolei wskazuje na rozszerzenie zakresu kognicji Izby w szczególności na sprawy z zakresu unieważnienia umowy lub jej okresu obowiązywania. Autor podaje w wątpliwość możliwości orzekania jednoosobowo organowi niebędącemu sądem i takie rozwiązanie uznaje jako niesprzyjające jakości orzecznictwa.

⁶¹⁶ Por. z W. Jarzyński (w: E. Gnatowska, Z. Perčić, W. Jarzyński, *Komentarz do ustawy Prawo zamówień publicznych*, Warszawa 2016, s. 717) gdzie autor wskazuje na praktykę powiększenia składu orzekającego do trzech arbitrów, również przy orzekaniu w postępowaniach o dużej wartości.

⁶¹⁷ Zob. D. Grześkowiak-Stojek [w:] M. Jaworska (red.) D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 869.

⁶¹⁸ Ibidem.

⁶¹⁹ Podobnie J. Pieróg (w: J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 778) krytycznie wypowiada się na temat reguł przydziału arbitrów, które określa mianem reguł *stricte* porządkowych.

Ustawodawca przewidział możliwość odejścia od przedstawionego trybu wyznaczania składu orzekającego i związane jest to z okolicznościami nadzwyczajnymi takimi jak choroba członka izby lub „inna ważna przyczyna”. Druga ze wskazanych przesłanek nie została w żaden sposób zdefiniowana⁶²⁰ przez co można się tylko domyślać, jakie zdarzenia należy uznać za wystarczająco ważne, aby uzasadniały one zmianę składu orzekającego. E. Sikorska i M. Sikorski definiują przedmiotową „inną ważną przyczynę” jako np. urlop, zwolnienie od pracy członka Izby lub ze względu na przeciążenie członka Izby innymi przydzielonymi zadaniami, które mogłyby wpłynąć na terminową realizację zadań Izby⁶²¹. Ustawa PrZamPubl2019 nie określa sposobu postępowania we wskazanych powyżej sytuacjach. J. Pieróg ma wątpliwości co do trybu postępowania Prezesa KIO w opisanych przypadkach, które są związane z podejmowanymi przez niego działaniami. Autor zastanawia się, kto ocenia tę ważną przyczynę i czy jest to Prezes Izby czy też członek Izby i czy w związku z tym, decyzja o zajęciu ważnej przyczyny zostaje podjęta przez Prezesa KIO w sposób automatyczny, czy też dokonuje on analiz i badania zasadności zawiadomienia o jej zaistnieniu⁶²². Pod kątem formalnym, jeśli zajdzie okoliczność związana z pominięciem członka Izby przy dobieraniu składu orzekającego do określonej sprawy należy taki fakt uwidocznic w zarządzeniu o wyznaczeniu składu orzekającego⁶²³, które *nota bene* nie jest przekazywane stronom postępowania odwoławczego⁶²⁴. Również w sytuacji, jeśli sprawa z zakresu postępowania odwoławczego zawiera informacje niejawne w myśl przepisów o ochronie informacji niejawnych, Prezes KIO dobiera skład orzekający w taki sposób, aby każdy z nich miał dostęp do tego rodzaju informacji, jednakże z poszanowaniem zasady wyznaczania składu orzekającego zgodnie z listą członków KIO⁶²⁵.

Istnieje także inna możliwość związana z niewyznaczeniem składu orzekającego zgodnie z procedurą, a jest to zmiana członka składu orzekającego polegająca na jego wyłączeniu. Jest to czynność związana z działaniem członka Izby, który został wybrany do składu orzekającego w postępowaniu odwoławczym. Takie rozwiązanie nawiązuje niejako do wyłączenia sędziego z procesu cywilnego⁶²⁶. Należy jednak zwrócić uwagę, że przed

⁶²⁰ Zob. J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 778.

⁶²¹ Zob. E. Sikorska, M. Sikorski, *Środki ochrony prawnej w zamówieniach publicznych. Odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej i skarga do sądu powszechnego*, Warszawa 2014, s. 107.

⁶²² J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 778.

⁶²³ J. E. Nowicki, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 1158.

⁶²⁴ J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 778.

⁶²⁵ Zob. D. Grześkowiak-Stojek w: M. Jaworska (red.) D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 869.

⁶²⁶ Zob. M. P. Wójcik [w:] Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz aktualizowany. Tom I. Art. 1-729, red. A. Jakubecki, LEX/el. 2019, art. 48 i M. P. Wójcik [w:] Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz aktualizowany. Tom I. Art. 1-729, red. A. Jakubecki, LEX/el. 2019, art. 49.

nowelizacją ustawy gdy obowiązywała jeszcze PrZamPubl2004 wyłączenie sędziego znacznie odbiegało od mechanizmu znanego z KPC i można by stwierdzić, że w żaden sposób się do niego nie odwoływało. Dla podjęcia stosownych wniosków należy omówić poruszaną problematykę na przestrzeni zmian, które wprowadził ustawodawca. Otóż zgodnie z przepisami PrZamPubl2004 nie wskazywały one okoliczności, które należało uznać za podstawę do wyłączenia członka składu orzekającego, w związku z czym decyzja, podobnie jak w przypadku zmiany członka składu orzekającego należała arbitralnie do Prezesa KIO, do którego kierowane było zawiadomienie o przyczynie wyłączenia⁶²⁸. Wyłączenie powstawało wskutek działania wyznaczonego członka składu orzekającego lub poprzez stronę tego postępowania i warto w tym miejscu zaznaczyć, że tylko te podmioty były uprawnione do dokonania tej czynności, a już np. uczestnik postępowania odwoławczego nie posiadał takiego prawa⁶²⁹. Ponadto, zawiadomienie o okolicznościach przemawiających za wyłączeniem jednego z członków składu orzekającego mogło być złożone do Prezesa Izby także przez innego członka składu⁶³⁰. Zawiadomienie o domniemanej podstawie do wyłączenia członka składu orzekającego musiało trafić do Prezesa Izby w formie pisemnej. Ze złożonego dokumentu miały wynikać okoliczności faktyczne i prawne mające wpływ na bezstronność wskazanego do wyłączenia członka składu orzekającego i budzące uzasadnione wątpliwości⁶³¹.

J. Pieróg określił złożenie uzasadnionego zawiadomienia o wyłączeniu członka składu orzekającego zgodnie z dyspozycjami PrZamPubl2004 jako nietatwe⁶³². Takie stanowisko należy uznać za zasadne ponieważ ze względów proceduralnych informację o przypisanym do danej sprawy składzie orzekającym należało podać do publicznej wiadomości nie wcześniej niż w dniu, na który wyznaczono rozpoznanie odwołania. Autor słusznie wskazuje, że strony postępowania miały utrudnioną możliwość ustosunkowania się do kwestii bezstronności członków składu orzekającego (w przeciwieństwie do samego składu orzekającego) z uwagi na element zaskoczenia. Pomimo tego warto również wskazać, że ustawodawca nie przewidywał terminu na dokonanie tej czynności w określonym momencie postępowania i można było taką

⁶²⁸ Zob. E. Sikorska, M. Sikorski, *Środki ochrony prawnej w zamówieniach publicznych. Odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej i skarga do sądu powszechnego*, Warszawa 2014, s. 108, zob. także J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 779, w kwestii wyłączenia członka składu orzekającego KIO funkcjonującego pod rządami PrZamPubl2004, które odwoływały się do przepisów o sędzie polubownym (1174§2 KPC) dotyczących wyłączenia arbitra. Nie było to jednak odwzorowanie w pełnym zakresie z uwagi na fakt, że nie można było podnieść zarzutu odpowiednich kwalifikacji, gdyż to nie strony o tym stanowiły.

⁶²⁹ J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 779.

⁶³⁰ E. Sikorska, M. Sikorski, *Środki ochrony prawnej w zamówieniach publicznych. Odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej i skarga do sądu powszechnego*, Warszawa 2014, s. 108.

⁶³¹ Ibidem, zob. też *Arbiter jak żona Cezara*. Rozmowa z Prezesem Urzędu Zamówień Publicznych, Rzeczpospolita z dnia 6 maja 2003r.

⁶³² J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 779.

informację przekazać Prezesowi KIO w każdej chwili, jednakże J. Pieróg upatrywał efektywność tego środka wyłącznie wtedy gdy działał on wyprzedzająco⁶³³.

Do rozstrzygnięcia o wyłączeniu lub nie członka składu orzekającego dochodziło na podstawie postanowienia Prezesa KIO, na które nie przysługiwało zażalenie. Jeśli Prezes Izby uwzględni taki wniosek, sędzia zostawał wyłączony ze sprawy, a w jego miejsce powoływało się innego członka Izby. W związku z tym, że Prezes KIO także był członkiem Izby i w jego kierunku także można było zgłosić wątpliwości co do jego bezstronności to w takim przypadku o zasadności jego odsunięcia od sprawy decydować miał Prezes Rady Ministrów⁶³⁴.

Na podstawie obecnie obowiązujących przepisów można zaobserwować zmianę, która w całości anuluje przepisy sprzed wprowadzenia PrZamPubl2019. Wprowadzono dwie możliwości wyłączenia członka składu orzekającego:

1. Z mocy ustawy – *ex lege*,
2. Na wniosek.

W pierwszym przypadku do obligatoryjnego wyłączenia członka składu orzekającego może dojść z uwagi na wystąpienie przesłanki rodzinnej, która w tym zestawieniu jest przesłanką obiektywną i wskazuje na spokrewnienie z uczestnikami postępowania odwoławczego. Mowa tu o krewnych lub powinowatych w linii prostej i powinowatych bocznych do drugiego stopnia oraz krewnych bocznych do czwartego stopnia. W przypadku małżonka, przysposobionych lub osób związanych z tytułu opieki lub kurateli powody wyłączenia nie zanikają wraz z zakończeniem wiążących ich stosunków. Drugą przesłanką jest aspekt biznesowy lub powiązanie gospodarcze. Ustawodawca wskazuje, że powodem do wyłączenia na takiej podstawie jest powiązanie orzekającego ze stroną postępowania poprzez jej reprezentowanie na podstawie pełnomocnictwa w tej lub innej sprawie, a także w sytuacji gdy świadczył on pomoc prawną na rzecz jednej ze stron lub „jakikolwiek inne usługi”, które sprawy dotyczyły. Pierwsza wskazywana przez ustawodawcę przyczyna wyłączenia orzekającego na podstawie art. 490 ust. 1 PrZamPubl2019 jest w pewnym sensie na pograniczu opisanych wcześniej dwóch przesłanek, gdyż przepis wskazuje na sytuację, w której wynik sprawy może być zagrożony poprzez bycie stroną (co jest w pełni uzasadnione) lub pozostawanie z jedną ze stron „w takim stosunku prawnym, że wynik sprawy oddziałuje na jego prawa lub obowiązki”. *De facto*, już samo to sformułowanie zawiera w sobie wszystkie opisane przesłanki. Może się wydawać, że ustawodawca nauczony doświadczeniem

⁶³³ Ibidem.

⁶³⁴ J. E. Nowicki, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 1159.

z wcześniejszych regulacji, postanowił bardziej doprecyzować przepisy regulujące tą materię jednakże niewłaściwy może wydawać się sposób w jaki zostało to wykonane.

Wyłączenie członka składu orzekającego za pomocą wniosku skierowanego do Prezesa KIO jest o tyle zaskakujące, że uprawniona do podjęcia próby dokonania tej czynności jest nie tylko strona postępowania odwoławczego, a również sam zainteresowany. Podstawą do tego typu działania jest dyspozycja art. 491 ust. 1 PrZamPubl2019, która za szeroko zakrojoną podstawę wskazuje „okoliczności”. Muszą być to okoliczności, które uzasadnią wyłączenie członka, a w szczególności okoliczności te muszą być faktyczne lub prawne, które choćby w domyśle mogłyby wzbudzić uzasadnione wątpliwości w kontekście bezstronności rzeczzonego członka. Zakładając, że członek składu orzekającego sam uzna, że nie może brać udziału w postępowaniu odwoławczym to ma on do wyboru dwa tryby do wyłączenia się z postępowania, gdyż przesłanki jednego i drugiego trybu są ze sobą w pewnym zakresie tożsame. Jeśli jednak to strona uzna członka za niewiarygodnego lub niewygodnego to ma praktycznie nieograniczone możliwości aby postępowanie to bojkotować.

Dla porządku należy także wskazać, że opisywane możliwości wyłączenia mają zastosowanie tak do członka składu orzekającego jak i do członka biorącego udział w podjęciu uchwały opiniującej zastrzeżenia zamawiającego powstałej w wyniku kontroli doraźnej albo uprzedniej.

Warto zwrócić uwagę na ten element, gdyż jest to kolejny mały krok systemu zamówień publicznych w kierunku postępowania cywilnego i choć jest to proces powolny to z całą stanowczością jest też konsekwentny. Zmiany takie jak ta dają jasne sygnały, że nie warto starać się za wszelką cenę tworzyć odmiennych rozwiązań. Ustawodawca z pewnością zrozumiał, że dobre prawo należy pielęgnować i starać się aby było ono spójne, tak jak choćby w tym przypadku.

§3. Przebieg postępowania odwoławczego – rozprawa

Otwarcie rozprawy i uruchomienie postępowania odwoławczego, czyli toczącego się przed składem orzekającym KIO jest możliwe w sytuacji, gdy odwołanie nie zostanie odrzucone z uwagi na niedochowanie przez odwołującego warunków formalnych⁶⁴¹.

⁶⁴¹ P. Janda w: S. Babiarz (red.), Z. Czarnik, P. Janda, P. Pełczyński, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz wydanie I*, Warszawa 2010, s. 654.

Rozprawa przed KIO jest co do zasady jawna⁶⁴², aczkolwiek są też wyjątki, które mogą spowodować wyłączenie częściowe lub całkowite jawności rozprawy. Sytuacje, które mają wpływ na ograniczenie w mniejszym lub większym stopniu zasady jawności postępowania odwoławczego, można podzielić na trzy grupy:

- 1) wyłączenie jawności na wniosek lub z urzędu (art. 545 ust. 2 PrZamPubl2019),
- 2) ograniczenie jawności na wniosek lub z urzędu (art. 545 ust. 3 PrZamPubl2019),
- 3) rozpoznanie odwołania na posiedzeniu niejawnym w związku ze złożeniem odwołania w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego, gdzie w toku postępowania odwoławczego może zostać ujawniona informacja niejawna, a jeśli przemawia za tym ważny interes strony, jawność ta może zostać, na podstawie postanowienia izby, wyłączona w całości (art. 546 PrZamPubl2019).

W pierwszym przypadku wyłącza się jawności postępowania w całości lub w części, jeśli w trakcie toczącego się postępowania mogłoby dojść do ujawnienia informacji „wrażliwych”. Nie chodzi o informacje niejawne w myśl przepisów o ochronie informacji niejawnych⁶⁴³, a o takie, których upublicznienie mogłoby zaszkodzić przedsiębiorstwu poprzez na przykład podanie do publicznego obrotu wiadomości handlowych i *know-how* funkcjonowania przedsiębiorstwa⁶⁴⁴.

Ograniczenie jawności przejawia się tym, że stronom i uczestnikom postępowania odwoławczego może zostać odebrane prawo wglądu do materiału dowodowego, które zostały załączone do akt sprawy. Podstawą do podjęcia takiego działania musi być realna groźba ujawnienia informacji, o których mowa w akapicie poprzednim.

Wyłączenie jawności postępowania z urzędu ma miejsce, jeśli w trakcie postępowania odwoławczego mogłoby dojść do ujawnienia informacji niejawnej w myśl przepisów o ochronie informacji niejawnych. W takiej sytuacji może dojść także do całkowitego wyłączenia jawności, jeśli przemawia za tym ważny interes stron.

Odrębną grupę stanowią odwołania, które wniesiono do rozpoznania w związku z toczącym się postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego w dziedzinach

⁶⁴² E. Sikorska, M. Sikorski, *Środki ochrony prawnej w zamówieniach publicznych. Odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej i skarga do sądu powszechnego*, Warszawa 2014, s. 129.

⁶⁴³ Za informację niejawną należy uznać takie wiadomości, których upublicznienie lub rozprzestrzelenie wyrządzi lub mogłoby wyrządzić szkodę dla Rzeczypospolitej Polskiej czy też byłoby niekorzystne dla jej interesów. Zob. art. 1 ust. 1 ustawy z dnia 5 sierpnia 2010r. o ochronie informacji niejawnych Dz. U. 2019.742 tj.

⁶⁴⁴ Zob. Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 14 lutego 2008r. C-450/06, LEX 360619. gdzie słusznie wskazano, że: „W istocie w ramach odwołania od decyzji instytucji zamawiającej wydanej w ramach postępowania przetargowego zasada kontrydiktoryjności nie wymaga tego, by strony miały nieograniczone i absolutne prawo dostępu do całości informacji dotyczących danego postępowania przetargowego, przedłożonych organowi powołanemu do rozpoznania tego odwołania. Wręcz przeciwnie, to prawo wglądu należy wyważyć względem prawa innych podmiotów gospodarczych do ochrony ich poufnych informacji i tajemnic handlowych”.

obronności i bezpieczeństwa, które zawiera informacje niejawne. Jeśli taka sytuacja ma miejsce to Prezes KIO ma obowiązek zawiadomić o tym fakcie Prezesa UZP w formie pisemnego wniosku, który z kolei wskaże miejsce rozpoznania odwołania przez KIO, aby zapewnić tym samym ochronę informacji niejawnych.

Po ustaleniu czy rozprawa będzie prowadzona w trybie jawnym czy też jawność zostanie ograniczona, skład orzekający przechodzi do merytorycznego rozpoznawania odwołania⁶⁴⁵. Rozprawa prowadzona jest w języku polskim, a jeśli któryś z uczestników postępowania nie włada językiem polskim, należy postępowanie przeprowadzić w obecności tłumacza. Zadziwiającym jest fakt, że PramPubl2019 w odróżnieniu do swojej poprzedniczki nie wskazuje na kim ciąży obowiązek zapewnienia udziału tłumacza w postępowaniu⁶⁴⁶. W związku z zasadą prowadzenia postępowania w języku polskim, wszystkie dokumenty składające się na dokumentację odwoławczą, które zostały przedstawione wraz z odwołaniem muszą być sporządzone również w języku polskim. Jeśli którykolwiek z przedstawionych dokumentów sporządzony został w innym języku, strona powołująca się na niego obowiązana jest przedstawić jego tłumaczenie. W przypadkach uzasadnionych skład orzekający może żądać, aby przetłumaczony na język polski dokument był poświadczony przez tłumacza przysięgłego⁶⁴⁷.

Rozprawa prowadzona jest przez przewodniczącego składu orzekającego, który ją otwiera i zamyka. Ponadto dokonuje innych czynności w trakcie trwania postępowania, które mają charakter *stricte* porządkowy. W art. 549 ust. 1-3 PrZamPubl2019 znalazło się wyszczególnienie tych czynności i są to m.in. zarządzanie przerw, udzielania głosu stronom i uczestnikom postępowania, zadawania pytań, umożliwianie zadawania pytań uczestnikom postępowania, podawanie brzmienia zapisów do protokołu. Ponadto, przewodniczący składu orzekającego może udzielić zgody na rejestrowanie przebiegu postępowania musi być to jednak uzasadnione interesem społecznym, a nie cierpi na tym ważny interes strony i uczestnika postępowania i nie utrudnia prowadzeniu rozprawy.

Przewodniczący składu orzekającego ma obowiązek sprawdzić prawidłowość zawiadomienia stron oraz uczestników postępowania odwoławczego o terminie rozprawy.

⁶⁴⁵ J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 784.

⁶⁴⁶ Ibidem por. z P. Wójcik [w:] A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, art. 548.

⁶⁴⁷ W zależności od rodzaju dokumentu oraz jego znaczenia dla postępowania, dokumenty przedstawione przez uczestnika postępowania odwoławczego winny dać zadość zasadzie języka polskiego. Jeśli są to dokumenty, których treść nie stanowi ważnych elementów dla przebiegu postępowania, wystarczy zwykle tłumaczenie (osoba tłumacząca nie musi być tłumaczem przysięgłym), jeśli jednak dokumenty zawierają istotną treść dla dalszego toku sprawy, izba może żądać poświadczenia tych dokumentów przez osobę do tego uprawnioną – tłumacza przysięgłego.

W tym samym czasie musi dojść do weryfikacji osób reprezentujących strony i uczestników postępowania odwoławczego przez przewodniczącego w celu ustalenia umocowania do występowania w ich imieniu. Jeśli przewodniczący stwierdzi, że strona lub uczestnik postępowania nie stawiała się na rozprawie, a została prawidłowo powiadomiona to nie powoduje to konsekwencji w postaci wstrzymania rozpoznania odwołania⁶⁴⁸. Jeśli natomiast przewodniczący składu dopatry się uchybień w doręczeniu zawiadomienia o terminie rozprawy, to zobligowany jest to odroczenia rozprawy i w porozumieniu z Prezesem Izby ustalenia nowego terminu.

W toku rozprawy, przewodniczący składu orzekającego przedstawia stronom postępowania odwoławczego, jaki jest stan sprawy skupiając się przede wszystkim na postawionych zarzutach oraz żądaniach zawartych w odwołaniu. Następnie dopuszcza do głosu i umożliwia ustosunkowanie się do wyżej wymienionych stronom postępowania, tj. kolejno odwołującemu, a następnie zamawiającemu, a jeśli do postępowania przystąpili inni wykonawcy, to również oni mają prawo zabrać głos wedle kolejności ustalonej przez przewodniczącego.

W trakcie trwania postępowania, przewodniczący bada przedstawiony materiał dowodowy i jeśli uzna to za konieczne, powołuje biegłego lub zobowiązuje strony do przedłożenia innych dowodów lub dokumentów, które uzna za istotne do rozstrzygnięcia odwołania⁶⁴⁹.

Prezes KIO został wyposażony w instrument, który racjonalnie wpływa na ekonomikę postępowania odwoławczego, a mianowicie ma możliwość łączenia rozpoznawania odwołań. Aby zarządzić łączne rozpoznanie odwołań muszą zajść dwie przesłanki, tj. odwołania muszą być złożone w tym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz muszą dotyczyć takich samych czynności zamawiającego. Taki sposób prowadzenia postępowań jest popularny⁶⁵⁰, a co ważniejsze użyteczny i powoduje usprawnienie mechanizmów regulujących materię rozpatrywania odwołań przez KIO⁶⁵¹. J. Pieróg dostrzega w tym jednak pewne niebezpieczeństwo wiążące się z tym, że w praktyce wszystkie odwołania złożone w toku tego samego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego trafiają na tej podstawie do

⁶⁴⁸ Jak słusznie stwierdza J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 787, strony postępowania odwoławczego zazwyczaj są obecne na rozprawie z czysto pragmatycznych powodów, które wynikają choćby z obowiązku dostarczenia oryginału dokumentacji. Ponadto, obu stronom zależy na przekonaniu składu orzekającego do swoich racji, co absencja skutecznie by tą możliwość wykluczyła.

⁶⁴⁹ Więcej na temat dowodów w postępowaniu odwoławczym patrz rozdział VII § 4 niniejszej pracy.

⁶⁵⁰ Informacja o działalności Krajowej Izby Odwoławczej w 2018 roku, Warszawa 2019, https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0013/42160/Informacja-o-dzialanosci-Krajowej-Izby-Odwoławczej-w-2018-r..pdf [dostęp: 11-03-2020r.]. (dostęp: 2020-03-11 21:44).

⁶⁵¹ J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 784.

łącznego rozpatrzenia. Taki stan autor ocenia negatywnie, gdyż może to osiągnąć efekt odwrotny od zamierzonego, co znacząco utrudni rozpatrywanie odwołań⁶⁵². Pomimo zagrożeń, sprowadzających się wyłącznie do terminowości prowadzonych postępowań, wspólnie rozpatrywanie odwołań wniesionych do jednego postępowania o udzielenie zamówienia powinno być obligatoryjne z uwagi na okoliczności, które mogą ujawnić się w toku postępowania i rzucić światło na wynik rozprawy. Poza tym względy ekonomii postępowania oraz dążenie do wszechstronnego rozpatrzenia sprawy przemawiają za trafnością łącznego rozpatrywania odwołań.

§4. Dowody w postępowaniu odwoławczym

Postępowanie przed KIO ma charakter kontrydiktoryjny⁶⁵³ przez co duże znaczenie ma aktywność stron postępowania w zakresie składania dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Należy zaznaczyć, że strony są ustawowo zobowiązane do składania dowodów na poparcie swoich twierdzeń, jeśli są one odmienne od stanowiska procesowego strony przeciwnej postępowania⁶⁵⁴. Skład orzekający nie ma przymusu samodzielnego ich zbierania oraz dążenia do ustalenia prawdy materialnej⁶⁵⁵ przez co zastępowałyby strony w wypełnianiu ich obowiązków⁶⁵⁶. Możliwość składania dowodów mają strony postępowania odwoławczego oraz jego uczestnicy, a w związku z tym, że dowody mają potwierdzać tezy zawarte w odwołaniu, to ciężar dowodowy spoczywa w pierwszej kolejności na odwołującym⁶⁵⁷ jako inicjatorze zaskarżenia. Przez dowody składane „z urzędu⁶⁵⁸” należy rozumieć uprawnienie składu orzekającego do dopuszczenia dowodu niewskazanego przez stronę postępowania. Zdaniem niektórych przedstawicieli doktryny, jest to przejaw kontroli składu orzekającego nad postępowaniem, która powinna zostać zachowana z uwagi na cel

⁶⁵² Ibidem.

⁶⁵³ Zob. D. Grześkowiak-Stojek w: M. Jaworska (red.) D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 881.

⁶⁵⁴ Wyrok KIO z dnia 11 grudnia 2018 r., KIO 2450/18, LEGALIS nr 1890187; zob. także Wyrok KIO z dnia 3 grudnia 2019 r., KIO 2352/18, LEGALIS nr 1882545 gdzie przerzuca się ciężar dowodu na przystępującego do postępowania wykonawcę, który podważa wiarygodność przedstawionych przez odwołującego dowodów w sprawie.

⁶⁵⁵ Zob. Wyrok KIO z dnia 25 marca 2019 r., KIO 405/19, LEGALIS nr 2203149; D. Grześkowiak-Stojek w: M. Jaworska (red.) D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 881.

⁶⁵⁶ Wyrok KIO z dnia 29 kwietnia 2019 r., KIO 701/19, LEGALIS nr 1971782.

⁶⁵⁷ Zob. np. D. Grześkowiak-Stojek w: M. Jaworska (red.) D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 881 oraz Wyrok KIO z dnia 1 kwietnia 2019 r., KIO 455/19, LEGALIS nr 2195831.

⁶⁵⁸ J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 787; J. E. Nowicki, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 972.

postępowania odwoławczego, jakim jest wyjaśnienie sprawy⁶⁵⁹. Z kolei inni komentatorzy określają charakter tego uprawnienia jako „wyjątkowy”, który nie powinien być zbyt często używany, pomimo celu, jakim jest wyjaśnienie sprawy w stopniu co najmniej dostatecznym⁶⁶⁰. Ograniczenie zaangażowania składu orzekającego w przedmiocie dopuszczania dowodów z urzędu do wyłącznie wyjątkowych sytuacji, mogłoby wpłynąć negatywnie na postrzeganie uprawnień i statusu członków KIO, a ograniczenia tego typu na pewno nie wpływałyby korzystnie na całe postępowanie odwoławcze⁶⁶¹.

Celem składania dowodów w toku trwania postępowania przed KIO jest poparcie swoich twierdzeń, które zwiększą powodzenie odwołania lub *a contrario* odparcie twierdzeń strony przeciwnej na co uprawnieni mają czas, aż do zamknięcia rozprawy⁶⁶². Szczególnie istotnym dla ustawodawcy jest aktywność dowodowa przy odwołaniu, w którym podniesiono zarzut rażąco niskiej ceny. Ciężar dowodu w tej sytuacji został konkretnie opisany i spoczywa on na wykonawcy, jeśli jest on stroną bądź uczestnikiem postępowania i to on złożył ofertę z rażąco niską ceną albo na zamawiającym, jeśli opisany wyżej wykonawca nie jest uczestnikiem postępowania⁶⁶³. Należy mieć na uwadze, że skład orzekający bada zgodność dokonanych lub zaniechanych czynności przez zamawiającego w toku odrębnego od postępowania odwoławczego postępowania o udzielenie zamówienia, co w związku z zarzutem rażąco niskiej ceny ma w tym przypadku istotne znaczenie⁶⁶⁴. Odwołujący na etapie

⁶⁵⁹ J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 786.

⁶⁶⁰ Zob. D. Grześkowiak-Stojek w: M. Jaworska (red.) D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 881; Wyrok KIO z dnia 12 czerwca 2012 r., KIO 1104/12, LEGALIS nr 491206.

⁶⁶¹ Por. z D. Grześkowiak-Stojek w: M. Jaworska (red.) D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 881, która upatruje w dopuszczeniu dowodu z urzędu możliwości złamania zasady bezstronności. Ponadto, autorka porównując przepisy KC do tych regulujących postępowanie przed KIO nie dopuszcza możliwości przeprowadzenia z urzędu dowodów „nie powołanych przez strony, dla udowodnienia faktów, których żadna ze stron nie przytoczyła w toku postępowania”. Tego typu stanowisko przy sprawach z zakresu zamówień publicznych gdzie wydatkowane są środki publiczne, a przedmiotem postępowania są sprawy mające charakter publiczny i dla dobra publicznego można z całą pewnością uznać za nieuzasadnione. Każda możliwość, mechanizm i procedura wykorzystana w sposób prawidłowy i zgodnie z przeznaczeniem powinna być dozwolona do jak najlepszego przeprowadzenia postępowania odwoławczego, a w tym dowodowego.

⁶⁶² W związku z tym należy uznać, że w postępowaniu odwoławczym nie zachodzi prekluzja dowodowa, zob. P. Janda [w:] S. Babiarz, Z. Czarnik, P. Janda, P. Pełczyński, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz wydanie I*, Warszawa 2010, s. 656. Przekłada się to na możliwość dalszego składania dowodów na np. twierdzenia zawarte w odpowiedzi zamawiającego na odwołanie, tak np.

⁶⁶³ Tak np. J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 786, który upatruje w zapisach art. 190 ust. 1a PrZamPubl „paradoksalną sytuację” polegającą na tym, że podmiot stawiający zarzuty (w tym przypadku wykonawca) nie musi ich udowadniać (w nawiązaniu do art. 6 KC). Inaczej z kolei uważa D. Grześkowiak-Stojek w: M. Jaworska (red.) D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 882, która wskazuje na brak przyzwolenia na pozostawanie biernym w postępowaniu odwoławczym na podstawie komentowanego artykułu za pośrednictwem „przerzucania się” obowiązkiem dowodowym; Wyrok KIO z dnia 21 stycznia 2018 r., KIO 2617/18, LEGALIS nr 1883446.

⁶⁶⁴ Wyrok KIO z dnia 12 kwietnia 2019 r., KIO 547/19, LEGALIS nr 2195823.

postępowania o udzielenie zamówienia w związku z wezwaniem przez zamawiającego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny miał możliwość ustosunkowania się do tego zarzutu wraz z przedstawieniem wszelkich niezbędnych dowodów na te twierdzenia. Izba w związku z tym, badać będzie jedynie prawidłowość dokonania tych czynności i zasadności podjętych decyzji w związku ze złożonymi wyjaśnieniami. Odwołujący nie ma więc prawa przedstawiać nowych okoliczności, które mogłyby wpłynąć na podjęcie decyzji przez zamawiającego o wystąpieniu rażąco niskiej ceny, a izba nie ma prawa orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu⁶⁶⁵. Tego typu konstrukcja powinna zmusić wykonawców do refleksji, aby wyjaśnienia na zarzut rażąco niskiej ceny na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie były lakoniczne, nierzetelne, niezupełne czy też z innych względów wadliwe.⁶⁶⁶

Ustawa nie stawia ograniczeń stronom postępowania odwoławczego w żadnym zakresie, jeśli chodzi o charakter składanych dowodów. Wyszczególnia ona jedynie co bez wątplenia może być dowodem, wskazując na:

- 1) dokumenty,
- 2) zeznania świadków,
- 3) opinie biegłych,
- 4) przesłuchania stron.

Możliwości dowodowe są praktycznie nieograniczone z uwagi na otwarty katalog dopuszczalnych środków⁶⁶⁷. Pomimo to, za jeden na istotniejszych dowodów w postępowaniu odwoławczym należy uznać dokument⁶⁶⁸. Kierując się analogią do postępowania cywilnego można sklasyfikować dokumenty na urzędowe i prywatne⁶⁶⁹. Przyjmując definicję dokumentu prywatnego, należy pamiętać o tym, że stanowi on przede wszystkim dowód tego, iż osoba go podpisująca złożyła oświadczenie zawarte w dokumencie z zakresu np. prowadzonej przez siebie działalności gospodarczej. Oświadczenie producenta jest co prawda dowodem jednakże dowód ten można uznać za mało wiarygodny z uwagi na pośrednią korzyść producenta

⁶⁶⁵ Zob. Wyrok KIO z dnia 12 marca 2018 r., KIO 363/18, LEGALIS nr 1804855; Brak możliwości rozszerzenia zarzutów przez wykonawców w toku trwania postępowania odwoławczego tyczy się braku możliwości rozszerzania podstaw faktycznych czynności związanych z wykluczeniem wykonawcy z postępowania. Dopuszczenie takiej możliwości miałoby wpływ na zasadę równouprawnienia stron postępowania, a wykonawca realnie utraciłby możliwość odwoływania się zgodnie z ustawowo do tego przewidzianymi terminami. Zob. M. Grabarczyk, *Wpływ nowelizacji ZamPublU z 2016 r. na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej*, PZP rok 2017 numer 2 str. 16.

⁶⁶⁶ D. Grześkowiak-Stojek w: M. Jaworska (red.) D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 882.

⁶⁶⁷ Wyrok KIO z dnia 13 lipca 2015 r., KIO 1370/15, LEGALIS nr 1360992.

⁶⁶⁸ Por. z D. Grześkowiak-Stojek w: M. Jaworska (red.) D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 884,

⁶⁶⁹ Ibidem.

z wyniku przetargu⁶⁷⁰. Dokumentem urzędowym jest dokument wystawiony i zatwierdzony przez uprawniony do tego organ władzy publicznej i stanowi on dowód na to, co zostało w nim urzędowo poświadczony⁶⁷¹. Warto wspomnieć o dokumencie zawierającym błąd, który również jest dowodem jednakże takim, którego treść nie potwierdza okoliczności, jakie z założenia miał przedstawiać⁶⁷². Idąc dalej, za istotne dokumenty stanowiące dowód w postępowaniu odwoławczym należy uznać dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego⁶⁷³ wraz z ofertami, które zostały złożone w przedmiotowym postępowaniu. Wskazaną dokumentację należy przedstawić w oryginale, a kopie tych, które zostaną uznane za dowód należy pozostawić w aktach sprawy. Za równie ważny dowód należy uznać pełnomocnictwo lub inny dokument, z którego wynika uprawnienie do reprezentowania strony w trakcie rozprawy przed KIO⁶⁷⁴.

Za dokument w kategorii dowodu nie można uznać ulotek, folderów wydrukowanych ze stron internetowych⁶⁷⁵ lub takich, które uchodzą za standardowe i zawierają informacje ogólnodostępne⁶⁷⁶. Dowodami nie mogą być również dokumenty nieaktualne lub będące instrukcją użytkownika danego urządzenia.

Oceniając wagę przytaczanych w trakcie trwania postępowania odwoławczego dowodów należy wziąć pod uwagę, że Izba posiada subiektywne prawo do samodzielnej oceny wiarygodności i mocy przedstawianych dowodów. Oznacza to, że w znacznej mierze, czynnikiem który wpływa na wydanie wyroku przez Izbę jest jej praktycznie niczym nie skrepowane „własne” przekonanie. Izba posiada tak szerokie kompetencje w tej materii, że każdy dowód przedstawiony przez strony w toku postępowania odwoławczego może zostać przez nią uznany za mało lub bardzo wiarygodny, a moc dowodowa jednego dowodu może być mniejsza lub większa, jeśli podstawą tych decyzji będzie oświadczenie, że Izba zebrany materiał rozważyła w sposób wszechstronny czyli zgodny z art. 542 ust. 1 PrZamPubl2019. Z wskazanego artykułu można wyodrębnić jeszcze jeden przywilej Izby, a jest to możliwość dokonywania wykładni zachowania stron i uczestników postępowania odwoławczego. Oznacza to, że uchylenie się od obowiązku przedstawienia dowodu lub podejmowanie działań

⁶⁷⁰ Wyrok KIO z dnia 24 sierpnia 2016 r., KIO 1350/16, LEGALIS nr 1533593.

⁶⁷¹ E. Sikorska, M. Sikorski, *Środki ochrony prawnej w zamówieniach publicznych. Odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej i skarga do sądu powszechnego*, Warszawa 2014, s. 138.

⁶⁷² Wyrok KIO z dnia 13 lipca 2015 r., KIO 1370/15, LEGALIS nr 1360992.

⁶⁷³ Zob. m.in.: J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 787, J. E. Nowicki, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 972.

⁶⁷⁴ Ibidem.

⁶⁷⁵ Tego typu dokumenty są zazwyczaj niekompletne i zawierają wyłącznie ogólnikowe informacje podawane w celach marketingowych; zob. Wyrok KIO z dnia 30 marca 2015 r., KIO 513/15, LEGALIS nr 1242357.

⁶⁷⁶ Wyrok KIO z dnia 26 marca 2019 r., KIO 435/19, LEGALIS nr 2215293.

uniemożliwiających jego przedstawienie przez stronę lub uczestnika postępowania pomimo zobowiązaniom, może skutkować tym, że Izba nada tym zabiegom znaczenie i zgodnie ze swoją interpretacją weźmie je pod uwagę przy podejmowaniu konkluzji kończącej postępowanie odwoławcze.

Może się wydawać, że zeznania świadków w postępowaniu odwoławczym przed KIO nie są tak istotne jak w przypadku postępowania cywilnego. Faktem jest to, że procedura odwoławcza różni się od postępowania cywilnego co do istoty jej przedmiotem i zakresem co ma swoje odzwierciedlenie przede wszystkim w dokumentacji przetargowej, która zawsze stanowi punkt wyjścia do uruchomienia postępowania odwoławczego. Należy uznać, że Izba pracuje przede wszystkim na dokumentach, a świadkowie powoływani są rzadko. Inną przyczyną *stricte* pragmatyczną jest „jednoterminowy” charakter postępowania odwoławczego⁶⁷⁷. Powołanie świadka winno zatem być gruntownie umotywowane i złożone przed rozprawą, aby zachowanie to nie zostało uznane za działanie prowadzące do zwłoki i odroczenia rozprawy. Częstszą praktyką są przesłuchania stron, a to tylko dlatego, że w większości przypadków stawiają się one na rozprawie ze względu na bezpośrednie zainteresowanie wynikiem postępowania..

W toku prowadzonego postępowania odwoławczego skład orzekający może uznać, że do właściwego rozpoznania sprawy niezbędna będzie wiedza specjalistyczna, co z kolei powoduje powołanie biegłego. Dokonanie tej czynności jest konieczne nawet w sytuacji, gdy skład orzekający posiada wiedzę specjalistyczną, która umożliwiłaby ocenę zgromadzonego materiału dowodowego, jednakże niedopuszczalnym jest powoływanie go dla ustalenia jego własnych spostrzeżeń o faktach⁶⁷⁸. Nie powołanie biegłego w takiej sytuacji można kwalifikować jako rażące naruszenie zasady kontrydiktoryjności i bezstronności składu orzekającego⁶⁷⁹.

Można stwierdzić, że z tego rodzaju dowodu skład korzysta stosunkowo rzadko⁶⁸⁰, a przyczynę takiego stanu rzeczy można upatrywać chociażby w konsekwencjach, polegających na wydłużeniu trwania postępowania. W związku z powołaniem biegłego postępowanie odwoławcze zostaje odroczone do czasu sporządzenia przez biegłego opinii, a w tym czasie może on zostać na wniosek wyłączony z takich samych przyczyn jak członek

⁶⁷⁷ Wyrok KIO z dnia 16 października 2018 r., KIO 2006/18, LEGALIS nr 1860373.

⁶⁷⁸ Wyrok KIO z dnia 8 października 2018 r., KIO 1904/18, LEGALIS nr 1861327.

⁶⁷⁹ Wyrok KIO z dnia 24 stycznia 2019 r., KIO 2584/18, LEGALIS nr 1883199.

⁶⁸⁰ W 2018r. 7 razy przeprowadzono dowód z opinii biegłego, a w 2017r. 4 razy. Zobacz: https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0013/42160/Informacja-o-dzialanosci-Krajowej-Izby-Odwoławczej-w-2018-r..pdf (dostęp: 2020-03-11 21:53).

składu orzekającego. Bez wątplenia rzetelność podejmowanych działań w toku postępowania odwoławczego powinna stać nad chęcią jak najszybszego jego zakończenia jednak wyłącznie w sytuacji, gdy idzie w parze z rozsądkiem, czyli w tym przypadku, gdy powołanie biegłego jest czynnością niezbędną i w pełni uzasadnioną. Ponad ustawowy katalog w przedmiocie dowodów postępowania odwoławczego można wskazać też takie, które nie zostały uwzględnione, a są dopuszczalne. Takimi dowodami są np. oględziny, które mogą zostać połączone z przesłuchaniem stron lub w obecności świadków, dowód z filmu czy telewizji, płyt czy taśm dźwiękowych lub innych nośników służących do utrwalania obrazu lub dźwięku⁶⁸¹.

W ustawie wskazano fakty, które nie wymagają udowodnienia, tj.:

- 1) powszechnie znane,
- 2) znane z urzędu,
- 3) przyznane lub niezaprzeczone przez stronę przeciwną w toku postępowania odwoławczego pod warunkiem uznania ich przez Izbę, że przyznanie nie budzi wątpliwości co do zgodności z rzeczywistym stanem prawnym.

Definicję faktów notoryjnych można znaleźć w tezie SN⁶⁸², który wskazuje na okoliczności, zdarzenia, czynności lub stany, które są znane każdemu rozsądnemu i mającemu doświadczenie życiowi mieszkańcowi miejscowości, w której znajduje się siedziba sądu⁶⁸³. Faktami powszechnie znanymi nie są za to wpisy w księgach wieczystych czy informacje zamieszczone w prasie lub internecie⁶⁸⁴.

Fakty, które zostaną potwierdzone przez stronę przeciwną i zatwierdzone przez skład orzekający, należy uznać jako przyznane. Nie wymagają one dowodzenia ich prawdziwości z tym jednak, że nie mogą budzić żadnych wątpliwości co do zgodności ze stanem rzeczywistym co pozostaje w gestii Izby⁶⁸⁵.

Skład orzekający może odmówić przeprowadzenia dowodu, jeśli uzna, że są to fakty będące przedmiotem tego dowodu i zostały już stwierdzone przez inne dowody lub stwierdzi się, że powołano je wyłącznie dla zwłoki⁶⁸⁶.

Izba ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, wyłącznie na podstawie wszechstronnego rozważania zebranego materiału biorąc pod uwagę i oceniając

⁶⁸¹ E. Sikorska, M. Sikorski, *Środki ochrony prawnej w zamówieniach publicznych. Odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej i skarga do sądu powszechnego*, Warszawa 2014, s. 147.

⁶⁸² Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 października 2015 r., II CSK 831/14, LEGALIS nr 1364689.

⁶⁸³ Zobac też D. Grześkowiak-Stojek w: M. Jaworska (red.) D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 883.

⁶⁸⁴ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 marca 2015 r., II CSK 122/15, LEGALIS nr 1460309.

⁶⁸⁵ Por. z D. Grześkowiak-Stojek w: M. Jaworska (red.) D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 883.

⁶⁸⁶ Wyrok KIO z dnia 19 listopada 2013 r., KIO 2561/13, LEX nr 1421841.

czynności zamawiającego na czas ich dokonania⁶⁸⁷. W związku z tym, skład orzekający bierze pod uwagę zgromadzony materiał, jakim dysponował zamawiający przy podejmowaniu działań w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z zaznaczeniem, że postanowienia SWZ uznane za niejednoznaczne nie mogą być interpretowane na niekorzyść odwołującego⁶⁸⁸.

Po dokonaniu analizy przepisów regulujących postępowanie dowodowe przed składem orzekającym KIO można wywnioskować, że ustawa PrZamPubl2019 nie przejmuje mechanizmów obowiązujących w kodeksie postępowania cywilnego, a jedynie wybiórczo adaptuje jej instytucje prawne, tworząc przy tym inny model postępowania dowodowego, dostosowany do potrzeb KIO⁶⁸⁹.

§5. Zamknięcie rozprawy

W związku z zapoznaniem się składu orzekającego z całym materiałem dowodowym dotyczącym przedmiotowego postępowania odwoławczego, wysłuchaniem stron i uczestników postępowania oraz uznaniem składu orzekającego, że sprawa została wyjaśniona w stopniu gwarantującym rzetelne wydanie wyroku⁶⁹⁰, rozprawa zostaje zamknięta⁶⁹¹. Czynności tej dokonuje przewodniczący składu orzekającego, jeśli jednak skład orzekający jest trzyosobowy decyzja o zamknięciu rozprawy zostaje podjęta przez cały skład⁶⁹². Czynność ta niesie za sobą następstwa mające wpływ na postępowanie odwoławcze. Przede wszystkim, wraz z zamknięciem rozprawy ustaje możliwość składania jakichkolwiek środków dowodowych⁶⁹³. Ponadto, upływa termin na złożenie wniosków o zwrot kosztów postępowania, który mogą złożyć strony postępowania (taka możliwość nie przysługuje innym uczestnikom postępowania odwoławczego⁶⁹⁴).

⁶⁸⁷ Wyrok KIO z dnia 19 czerwca 2012 r., KIO 1162/12, LEGALIS nr 491255.

⁶⁸⁸ Wyrok KIO z dnia 5 października 2017 r., KIO 1938/17, LEGALIS nr 1704775.

⁶⁸⁹ Zob. J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 786, który krytycznie odnosi się do szczątkowych zapożyczeń z KPC. Powodem takiego stanowiska jest według autora brak możliwości stworzenia i opisanie pełnej procedury postępowania dowodowego, które byłoby zupełnie odrębne od KPC. Takie działania, zdaniem autora, wpływają na jawność oraz pewność praw i obowiązków uczestników postępowania oraz rzucają cień na możliwości wzorowania się składu orzekającego na procedurze KPC; podobnie M. Stręciwilk, M. Rakowska, *X – lecie funkcjonowania Krajowej Izby Odwoławczej*, Warszawa 2017, s. 45.

⁶⁹⁰ Zob. również P. Granecki, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz, 5. wydanie*, Warszawa 2016, s. 1448, który wskazuje na prowadzenie rozprawy do momentu, aż skład orzekający dojdzie do przekonania, że sprawa została wyjaśniona na tyle, iż możliwym jest wydanie orzeczenia oddalającego lub uwzględniającego odwołanie.

⁶⁹¹ Tak samo J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 788; Wskazane przesłanki należy traktować łącznie, gdyż samodzielnie nie wypełniają warunku ustawowego do zamknięcia rozprawy – por. z M. Meducki, *Odwołanie. Część druga*, ZP Doradca rok 2019, nr 5, str. 65.

⁶⁹² J. Jerzykowski [w:] W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz, 7. wydanie*, Warszawa 2018, s. 1465.

⁶⁹³ Patrz. §4 niniejszego rozdziału.

⁶⁹⁴ J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 788.

Istnieją możliwości na ponowne otwarcie uprzednio zamkniętej rozprawy. Muszą one łączyć się z przeprowadzonym dotychczas postępowaniem dowodowym lub przebiegiem prac składu orzekającego⁶⁹⁵ oraz wystąpieniem okoliczności, które będą uzasadniać takie działanie. Za takie okoliczności można uznać nowe dowody i fakty nieznanne w chwili zamknięcia rozprawy jednakże obligatoryjność dokonania nowego otwarcia rozprawy wiąże się z tym, że okoliczności te muszą być istotne⁶⁹⁶. Skład orzekający chcąc wziąć pod uwagę wynikłe nowe istotne okoliczności przy rozpatrywaniu odwołania nie może tego zrobić po zamknięciu rozprawy w związku z czym zobligowany jest do jej otwarcia⁶⁹⁷.

Godne uwagi jest stanowisko P. Jandy, który określa otwarcie rozprawy na nowo jako wyjątek, z którego nie powinno się zbyt często korzystać, a w szczególności w przedmiocie jednej rozprawy co miałyby znaczący wpływ na jej przewlekłość⁶⁹⁸.

W związku z zasadą jedności składu orzekającego nie dopuszcza się możliwości wydania wyroku w postępowaniu odwoławczym przez inny skład, jak ten który rozprawę zamykał. Jeśli z jakichkolwiek względów skład orzekający zamykający postępowanie uległby zmianie osobowej, postępowanie należy powtórzyć⁶⁹⁹.

Można tylko domniemywać, że ustawodawca celowo nie posłużył się zwrotem „wznawiać” z uwagi na to, że postępowanie nie zostało zawieszono oraz przeprowadzone czynności dowodowe należy wykonać na nowo.

§6. Uwagi końcowe

Mając na uwadze elementy postępowania odwoławczego, sposób i charakter dokonywanych czynności oraz tryb działania i określone działania składu orzekającego wraz z jego uprawnieniami należy zastanowić się nad charakterem prawnym postępowania odwoławczego.

⁶⁹⁵ Zob. P. Janda [w:] S. Babiaryz (red.), Z. Czarnik, P. Janda, P. Pełczyński, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz wydanie 1*, Warszawa 2010, s. 657.

⁶⁹⁶ Ibidem.

⁶⁹⁷ D. Grześkowiak-Stojek w: M. Jaworska (red.) D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 886; zob. ⁶⁹⁷J. Jerzykowski [w:] W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz, 7. wydanie*, Warszawa 2018, s. 1465, który określa okoliczności wymuszające otwarcie rozprawy na nowo jako takie, które odnoszą się do negatywnych przesłanek procesowych, czyli takich, które uniemożliwiają merytoryczne rozpoznanie odwołania.

⁶⁹⁸ Zob. m.in.: K. Młodecka, Zamknięcie rozprawy i jej otwarcie na nowo. Tekst dostępny na stronie: <https://sip.legalis.pl/document-full.seam?documentId=mjuwelrsgydemzzgeydc#>; P. Janda [w:] S. Babiaryz (red.), Z. Czarnik, P. Janda, P. Pełczyński, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz wydanie 1*, Warszawa 2010, s. 657

⁶⁹⁹ J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 788.

Wszelkie podjęte czynności od wniesienia odwołania do zakończenia tego procesu⁷⁰⁰ dokonywane są w ramach postępowania odwoławczego. W doktrynie można zauważyć rozbieżności związane z ustaleniem jego charakteru prawnego. Problematyka tego zagadnienia jest podobna do ustalenia charakteru prawnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego⁷⁰¹, które przeplata się z charakterem prawnym zamówienia publicznego.

Samo ustalenie charakteru prawnego postępowania odwoławczego jest nierozdzielnie związane z określeniem statusu prawnego KIO⁷⁰². Próby ustalenia charakteru prawnego podejmowano jeszcze w okresie funkcjonowania protestu i postępowania protestacyjnego, którego charakter prawny określano jako cywilnoprawny⁷⁰³.

Za administracyjnoprawną koncepcją charakteru prawnego postępowania odwoławczego przed KIO opowiada się między innymi R. Różowicz, który wskazuje na trend w doktrynie, zmierzający ku cywilnoprawnej koncepcji postępowania odwoławczego, a pomimo to neguje jego zasadność⁷⁰⁴. Autor powołuje się na brak związku pomiędzy charakterem prawnym postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (nie rozstrzygając przy tym ostatecznie czy jest on cywilnoprawny czy administracyjnoprawny) z charakterem prawnym postępowania odwoławczego z uwagi na to, że jedno nie determinuje drugiego⁷⁰⁵. Ponadto, autor zwraca uwagę na funkcjonowanie w systemie prawnym tzw. postępowań hybrydowych, których istnienie może tłumaczyć i jednocześnie obalać argumenty *pro* cywilistycznej koncepcji postępowania odwoławczego, które polegają na przyjęciu cywilnoprawnego charakteru rozpatrywanych przez KIO spraw, czyli postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. W reasumpcji, R. Różowicz uznaje postępowanie prowadzone przed KIO za postępowanie administracyjne odrębne, powołując się przy tym na S. Fundowicza, który określa je mianem „wyjątkowego”⁷⁰⁶.

Bardziej śmiały w kreowaniu administracyjnoprawnej koncepcji tak postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak i postępowania odwoławczego jest J. Niczyporuk, którego zdaniem całe postępowanie przetargowe wraz z jego częściami składowymi, polega na

⁷⁰⁰ Postępowanie odwoławcze nie zawsze musi zakończyć się wyrokiem KIO. Strona inicjująca postępowanie może odwołanie cofnąć, zamawiający może odwołanie uznać, Izba może również odwołanie cofnąć.

⁷⁰¹ Więcej na ten temat patrz rozdział 1 niniejszej pracy.

⁷⁰² Patrz §4 niniejszego rozdziału.

⁷⁰³ J. Pokrzywniak, T. Kwieciński, J. Baehr, *Środki ochrony prawnej w procedurach zamówień publicznych*, Warszawa – Katowice, 2006, s. 31.

⁷⁰⁴ R. Różowicz, *Charakter prawny wyroków wydawanych przez Krajową Izbę Odwoławczą*, Studia Prawa Publicznego nr 3(19), Warszawa 2017, s. 152

⁷⁰⁵ Ibidem.

⁷⁰⁶ S. Fundowicz, *Miejsce prawa o zamówieniach publicznych w prawie administracyjnym*, [w:] XV-lecie systemu zamówień publicznych w Polsce, pod red. H. Nowickiego, J. Sadowego, Toruń–Warszawa 2009, s. 45.

złożonym działaniu administracji publicznej⁷⁰⁷. Autor wskazuje na potrzebę nowelizacji ustawy w takim zakresie, aby do postępowania odwoławczego stosowane były odpowiednio przepisy kodeksu postępowania administracyjnego, mając na względzie, że mimo wszystko postępowanie odwoławcze należy traktować jako administracyjne postępowanie wyjątkowe⁷⁰⁸. Warto zauważyć, że J. Niczyporuk całą koncepcję administracyjnoprawnego charakteru postępowania odwoławczego opiera o swoje teorie związane z administracyjnoprawną koncepcją praktycznie wszystkich elementów związanych z PrZamPubl2019, dostrzegając co prawda udział prawa cywilnego, ale tylko w niewielkim stopniu lub w takim zakresie, że nie wpływa to w ogóle na ostateczną konkluzję⁷⁰⁹.

Inaczej do opisywanej problematyki podchodzi T. Czajkowski, który wskazuje na cywilny charakter sporów przedumownych (jakim w tym rozumieniu jest postępowanie odwoławcze), które to są przedmiotem wyrokowania KIO⁷¹⁰. J. Jerzykowski określa tryb, w jakim KIO rozpatruje odwołanie jako zbliżony do procesowego w myśl przepisów kodeksu postępowania cywilnego⁷¹¹. Warto przytoczyć również zdanie M. Grabarczyk, która w postępowaniu odwoławczym upatruje postępowanie o charakterze w pełni cywilnoprawnym, gdzie jak podkreśla nie występują elementy natury administracyjnoprawnej⁷¹². Autorka co prawda wskazuje, że ustawodawca w żaden sposób nie przesądził natury postępowania odwoławczego, jednakże powołuje się na dorobek doktryny i orzecznictwa, które jednolicie odwołują się do cywilnoprawnego jego charakteru⁷¹³.

Określić postępowanie odwoławcze w ramach jego charakteru prawnego można między innymi poprzez pryzmat regulowanej materii. We wcześniejszych rozdziałach niniejszej pracy podjęto próby określenia charakteru prawnego odwołania, postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz samego zamówienia publicznego. Przeprowadzone analizy dały obraz cywilnoprawnego charakteru wszystkich wyżej wymienionych instytucji.

⁷⁰⁷ J. Niczyporuk, *Skuteczność postępowania odwoławczego w zamówieniach publicznych*, [w:] *Zamówienia publiczne jako instrument sprawnego wykorzystania środków unijnych*, pod red. E. Adamowicz i J. Sadowego, Gdańsk – Warszawa 2012, s. 38.

⁷⁰⁸ Ibidem, s. 41.

⁷⁰⁹ Zob. np.: J. Niczyporuk, *Sprawa o udzielenie zamówienia publicznego*, [w:] *Procedura zamówień publicznych*, (red.) J. Niczyporuk, Warszawa 2019, s. 90; J. Niczyporuk, *Forma prawna wyboru najkorzystniejszej oferty*, [w:] *Funkcjonowanie systemu zamówień publicznych – aktualne problemy i propozycje rozwiązań*, (red.) M. Stręciwilk, A. Panasiuk, Warszawa 2017, s. 81-86; J. Niczyporuk, *Koncepcja postępowania odwoławczego w zamówieniach publicznych*, [w:] *Prawo administracyjne wobec współczesnych wyzwań. Księga jubileuszowa dedykowana profesorowi Markowi Wierzbowskiemu*, Warszawa 2018, s. 688; J. Niczyporuk [w:] (red.) J. Sadowy, *System zamówień publicznych w Polsce*, Warszawa 2013, s. 76-101.

⁷¹⁰ T. Czajkowski, *Prawo zamówień publicznych, Komentarz wydanie trzecie*, Warszawa 2007, s. 534.

⁷¹¹ J. Jerzykowski, *Instytucje oraz instrumenty ochrony prawnej*, ZP Doradca rok 2019 nr 8 str. 56.

⁷¹² M. Grabarczyk, *Procedury odwoławcze w Polsce i Niemczech – porównanie wybranych aspektów instytucjonalnych i proceduralnych*, PZP rok 2012 nr 3 str. 41.

⁷¹³ Ibidem, jednakże jak pokazuje przykład m.in. J. Niczyporuka nie jest to pełna jednolitość.

Ponadto, ustalono na podstawie poglądów doktryny oraz orzecznictwa, że w związku z rozpoznawaniem odwołań przez KIO jej status prawny zbliżony jest do sądu cywilnego, aniżeli administracyjnego lub organu administracyjnego. Wszystkie te elementy nie mogą pozostać obojętne dla ustalenia charakteru prawnego postępowania odwoławczego. Praktycznie wszystkie czynności dokonywane w trakcie postępowania odwoławczego są podobne do mechanizmów panujących w procesie cywilnym prowadzonym na podstawie przepisów kodeksu postępowania cywilnego. Począwszy od wyznaczenia składu orzekającego, przebiegu samego postępowania (oczywiście w ograniczonym zakresie co z uwagi na założenia, terminy i materię jest w pełni uzasadnione), poprzez postępowanie dowodowe, wyłączenia członków składu orzekającego, po samo orzekanie.

Samo podobieństwo postępowania odwoławczego do procesu cywilnego nie przesądza o jego charakterze prawnym, aczkolwiek jeśli wszystkie inne elementy, o których wspomniano powyżej, razem z tymi analogicznymi rozwiązaniami idą ze sobą w parze, to konkluzja w tym przedmiocie nie może pozostawiać wątpliwości. W związku z prowadzonym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, które ma charakter cywilnoprawny, dąży się do podpisania umowy cywilnoprawnej między podmiotem prawa cywilnego, a podmiotem publicznym, który w tej sytuacji występuje jako podmiot prawa cywilnego (rezygnuje ze swojego władztwa administracyjnego). W związku z tym dochodzi między wskazanymi stronami do sporu na płaszczyźnie PrZamPubl2019, które prowadzi do wszczęcia postępowania odwoławczego przed KIO, a podstawą do jego wszczęcia są przepisy tak PrZamPubl2019 jak i KC. Mając powyższe na uwadze jak również w związku z tym, że postępowanie prowadzone przez KIO wzoruje się na przepisach KPC, należy stwierdzić, że postępowanie to nie może mieć innego charakteru prawnego jak to, na którym się wzoruje i z którego czerpie.

ROZDZIAŁ VIII. Orzekanie w postępowaniu odwoławczym

§1. Uwagi wstępne

Samo wszczęcie postępowania odwoławczego nie pociąga za sobą skutku w postaci rozwiązania sporu między zamawiającym a wykonawcą oraz ewentualnymi uczestnikami postępowania, którzy opowiedzieli się po jednej ze stron. Jeśli nie dojdzie do przerwania postępowania odwoławczego lub jeśli w związku z podjętymi przez strony działaniami w ogóle do niego nie dojdzie, a postępowanie będzie mogło formalnie nabrać tempa to musi zakończyć się orzeczeniem Izby.

Efekt końcowy w postaci wyroku lub postanowienia poprzedzony jest szeregiem czynności tak stron jak i samego składu orzekającego, przed którym toczy się postępowanie. W związku z tym, że działania strony czynnej czyli wykonawcy, zostały już omówione w poprzednich rozdziałach⁷¹⁴ koniecznym jest, aby bardziej szczegółowo przyjrzeć się działaniom Izby w drodze do orzekania.

Omówione zostaną prace składu orzekającego oraz czas, w jakim muszą lub mogą być dokonane. Omówione zostaną elementy mające wpływ na prace Izby oraz prawa i obowiązki członków składu.

Nie bez powodu poruszony zostanie wątek urzędowania KIO oraz jego obsługi co w doktrynie budzi wiele kontrowersji i jest przyczyną dyskusji na temat zależności KIO od UZP co z kolei może rzucać cień na niezależność i pełną autonomię członków KIO oraz jego organów.

§2. Czynności Prezesa KIO oraz składu orzekającego w związku z postępowaniem odwoławczym

Formalnie skład orzekający złożony z członków KIO zaczyna istnieć od momentu wyznaczenia go przez Prezesa Izby w drodze zarządzenia⁷¹⁵. Podstawą do powołania składu orzekającego jest pozytywna weryfikacja odwołania i ustalenie w konsekwencji przez Prezesa Izby, że spełnia ono warunki formalne umożliwiające nadanie sprawie dalszego biegu.

⁷¹⁴ Patrz rozdział szósty i siódmy niniejszej pracy.

⁷¹⁵ §11 ust. 1 Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. poz. 2453).

Prace składu orzekającego w związku z powyższym oraz w zależności od tego, na jakim etapie jest sprawa, można podzielić na trzy etapy:

- 1) działania i czynności podejmowane przed rozprawą (posiedzenie niejawne)⁷¹⁶,
- 2) działania i czynności podejmowane na rozprawie.
- 3) ewentualne działania i czynności podejmowane po rozprawie.

Pierwsze działania skład orzekający podejmuje na posiedzeniu niejawnym w wyznaczonym przez Prezesa KIO terminie w celu dokonania niezbędnych czynności formalnoprawnych i sprawdzających⁷¹⁷. Należy zauważyć, że są to pierwsze działania związane z merytoryczną analizą dokumentacji odwoławczej, gdyż czynności sprawdzające przeprowadzone przez Prezesa KIO miały na celu analizę formalną⁷¹⁸. Jeśli w związku z pracami składu orzekającego na tym etapie zostaną ujawnione braki, które można poprawić lub uzupełnić, to wzywa on odwołującego do podjęcia stosownych czynności w formie zarządzenia. Jeśli analiza dokumentacji odwoławczej wykaże innego rodzaju braki uniemożliwiające prowadzenie dalszych prac lub wyznaczenie rozprawy, to jest to podstawą do wydania przez skład orzekający postanowienia o zwrocie lub odrzuceniu odwołania albo umorzenia postępowania odwoławczego⁷¹⁹. W toku badania odwołania skład orzekający może wystąpić z wnioskiem do Prezesa Izby o powołanie składu trzyosobowego. Tego typu wniosek musi być umotywowany zawilnością sprawy oraz jej precedensowym charakterem.

W związku ze złożeniem odwołania do KIO oraz obowiązującą klauzulą *stand still*⁷²⁰, zamawiający nie ma możliwości podpisania umowy o zamówienie publiczne, aż do rozstrzygnięcia postępowania odwoławczego czyli do wydania przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze. Od tej reguły istnieje wyjątek, w związku z czym, zamawiający który ma zamiar z niego skorzystać może zwrócić się z wnioskiem do Izby o uchylenie zakazu zawarcia umowy, jeśli jest to poparte ważnym interesem publicznym. Izba zobowiązana jest w takim przypadku do rozpatrzenia tego wniosku i jeśli członkowie Izby dojdą do wniosku, że nieuchylenia zakazu zawarcia umowy w związku z wniesieniem odwołania do KIO, może spowodować negatywne skutki dla interesu

⁷¹⁶ Por. z M. Wierzbowski, *System zamówień publicznych w Polsce*, pod red. J. Sadowy, Warszawa 2013, s. 347-348.

⁷¹⁷ §13 ust. 1 Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. poz. 2453).

⁷¹⁸ Por. z M. Wierzbowski [w:] *System zamówień publicznych w Polsce*, pod red. J. Sadowy, Warszawa 2013, s. 347-348.

⁷¹⁹ Postanowienie KIO z dnia 9 kwietnia 2010 r., KIO/UZP 437/10, LEGALIS 819225; zobacz też: K. Młodecka, *Sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania przez zamawiającego*.

⁷²⁰ Zob. K. Młodecka, *Zakaz zawarcia umowy zamówieniach publicznych*, tekst dostępny na stronie: <https://sip.legalis.pl/document-full.seam?documentId=mjuwelrsgyydemzzgeyda#>

publicznego w taki sposób, że potencjalne korzyści idące za regułą „*stand still*” tych strat nie rekompensują, to do takiego wniosku się przychylają. Drugą z możliwości anulacji klauzuli „*stand still*” jest uprawdopodobnienie Izbie przez zamawiającego, że wniesione odwołanie ma na celu wyłącznie uniemożliwienie zawarcia umowy. Przesłanka ta jest z pewnością bardziej kontrowersyjna z uwagi na daleko idące domniemanie oraz subiektywne odczucia jednej ze stron postępowania odwoławczego. Zamawiający *de facto* jako strona postępowania odwoławczego występuje w charakterze „pозwanego”, gdyż taki charakter ma właśnie odwołanie. Będąc w takiej sytuacji będzie się on starał za wszelką cenę zdyskredytować samego odwołującego jak i podejmowane przez niego czynności i jeśli nie będzie on uznawał zarzutów choćby w części to zawsze będzie mógł podnieść tego typu zarzut, którego zasadność z kolei będzie musiała rozstrzygnąć Izba.

Wniosek zamawiającego o uchylenie zakazu zawarcia umowy rozpatrywany jest przez skład orzekający, który został wyznaczony do rozpatrywania odwołania do przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia. Do rozstrzygnięcia wniosku przez skład orzekający dochodzi za pomocą postanowienia w ciągu pięciodniowego instrukcyjnego terminu⁷²¹, na które nie przysługuje skarga. Postępowanie w sprawie rozpatrzenia wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy może zostać umorzone w formie postanowienia, jeśli stało się bezprzedmiotowe w związku z orzeczeniem izby, które nastąpiło przed rozpoznaniem wniosku, jego cofnięciem lub uznaniem go za zbędny lub niedopuszczalny.

Jeśli do postępowania o udzielenie zamówienia przystąpił więcej niż jeden wykonawca i w ramach tego postępowania przez jednego z nich zostało wniesione odwołanie, to innym uczestnikom tegoż postępowania przysługuje prawo przystąpienia do postępowania odwoławczego, co zostało już opisane⁷²². Czynność ta może zostać zanegowana przez zamawiającego lub odwołującego w formie opozycji, jednakże może się to wydarzyć nie później jak do czasu otwarcia rozprawy. O uwzględnieniu lub oddaleniu opozycji w przedmiotowym zakresie Izba wydaje postanowienie na które nie przysługuje skarga do sądu, a postanowienie to może zostać wydane także na posiedzeniu niejawnym.

Skład orzekający jest uprawniony do wzywania uczestników postępowania odwoławczego w zakresie składania oświadczeń w związku z wniesionym sprzeciwem w przedmiocie uwzględnienia przez zamawiającego całości lub części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, jeżeli zarzuty odwołania w pozostałej części zostały przez

⁷²¹ Przekroczenie tego terminu nie powoduje żadnych dolegliwości i nie pociąga za sobą kary za jego niedotrzymanie.

⁷²² Zob. Rozdział VI §4 niniejszej pracy.

odwołującego wycofane⁷²³. Jeśli nie zachodzą inne okoliczności jak te wyżej opisane lub strony wywiązały się z obowiązków postawionych przez skład orzekający na tym etapie postępowania odwoławczego, skład orzekający może skierować odwołanie do rozpoznania na rozprawie lub na posiedzeniu z udziałem stron, uczestników postępowania odwoławczego, świadków oraz biegłych.

Jeśli skład orzekający rozpatruje sprawę kilku odwołań łącznie i jedno z nich podlega odrzuceniu lub zostało wycofane to odrzuca to odwołanie lub umarza postępowanie w tym zakresie, a pozostałe kieruje na rozprawę.

Termin rozprawy zostaje uzgodniony przez skład orzekający z Prezesem Izby. Ustawodawca nie narzucił ani na skład orzekający ani na Prezesa Izby obowiązku dokonania czynności związanych z uzgodnieniem terminu rozprawy. Należy uznać, że jest to czynność wewnętrzna i nieformalna, która pełni zadanie czysto organizacyjne. Wspólnie i w porozumieniu działa wyłącznie skład orzekający i Prezes KIO, strony i uczestnicy postępowania nie mają wpływu na ingerowanie w terminarz poprzez prośby czy sugestie, a przynajmniej nie jest to dozwolone formalne⁷²⁴.

Jeśli członek składu orzekającego z jakiegokolwiek przyczyny (uzasadnionej czy też nie) nie stawi się na rozprawie lub jeśli zostanie wyłączony z udziału w sprawie, to w takim przypadku rozprawa zostaje odroczone, chyba że nowo powołany członek składu orzekającego wyrazi zgodę na udział w rozprawie w terminie wyznaczonym.

Należy pamiętać o tym, że postępowanie odwoławcze prowadzi zawsze przewodniczący składu orzekającego niezależnie od tego, czy skład liczy jednego czy też trzech członków. W związku z tym należy przyjąć, że czynności podejmowane przez przewodniczącego składu orzekającego są czynnościami całego składu.

W trakcie trwania postępowania przed Izłą, przewodniczący składu ma prawo w szczególności do⁷²⁵:

- otwierania rozprawy,
- zarządzania przerwy w rozprawie,
- udzielania głosu stronom i uczestnikom postępowania,

⁷²³ Na dokonanie tych czynności został ustalony termin 3 dni pod rygorem umorzenia postępowania odwoławczego zgodnie z §13 ust. 1 pkt. 5 Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. poz. 2453).

⁷²⁴ Skład orzekający oraz Prezes Izby muszą wziąć pod uwagę przy ustalaniu terminu rozprawy, czy dokumentacja odwoławcza zawiera informacje niejawne. Jeśli tak, należy przed ustaleniem rozprawy ustalić dostępność miejsca, w którym może dojść do rozpoznania odwołania.

⁷²⁵ Szczegółowo problematyka związana z przebiegiem postępowania odwoławczego na rozprawie oraz dokonywanymi przez skład orzekający czynnościami została omówiona w rozdziale VII §3 niniejszej pracy.

- zadawania pytań oraz umożliwienia ich zadawania członkom składu orzekającego,
- podawania brzmienia zapisów do protokołu,
- zamykania rozprawy,
- ogłaszania orzeczeń,
- udziela lub odmawia zgody na rejestrowanie przebiegu rozprawy,
- sprawdza czy wszyscy uczestnicy postępowania odwoławczego oraz strony postępowania zostali prawidłowo powiadomieni,
- sprawdza czy osoby reprezentujące wszystkie strony, które stawiły się na rozprawie są umocowane w sposób skuteczny,
- odracza i wyznacza nową rozprawę w uzgodnieniu z Prezesem Izby w sytuacji gdy którakolwiek ze stron postępowania lub uczestnik nie stawił się na rozprawie i nie ma dowodu na skuteczne ich powiadomienie,
- przedstawia stan sprawy,
- może zobowiązywać strony oraz uczestników postępowania odwoławczego do przedstawiania dowodów istotnych do rozstrzygnięcia odwołania,
- powołuje biegłego i określa przedmiot opinii
- odracza rozprawę w związku z powołaniem biegłego oraz w porozumieniu z Prezesem Izby wyznacza termin odroczonej rozprawy o czym zobowiązany jest poinformować strony,
- uwidacznia w protokole postanowienie o powołaniu biegłego,
- wydaje postanowienie o wyborze biegłego,
- poucza świadka (jeśli został dopuszczony dowód z zeznań świadków) o odpowiedzialności karnej za składanie fałszywych zeznań,
- protokół oraz rozliczenie kosztów postępowania odwoławczego podpisuje przewodniczący składu orzekającego wraz z protokolantem,
- przewodniczący składu może dokonać sprostowania w/w protokołu lub odmówić jego sprostowania, co skład orzekający rozstrzyga poprzez stosowne postanowienie.

Zamknięcie rozprawy nie jest równoznaczne z zamknięciem postępowania odwoławczego przed KIO, które kończy wydanie orzeczenia przez skład orzekający. Jest to już czynność, którą można zaliczyć do ostatniej grupy czynności składu orzekającego zgodnie z systematyką wskazaną na początku tego paragrafu, czyli czynności składu orzekającego dokonywane po zamknięciu rozprawy.

Oczywiście najważniejszą czynnością jest wydanie wyroku, czyli tak zwanego orzeczenia kończącego postępowanie przed składem orzekającym KIO. Ponadto, przewodniczący składu kieruje niejawną naradą składu orzekającego w przedmiocie orzeczenia, jeśli jego członków jest więcej niż jeden. Jeśli sprawa ma charakter zawily, skład orzekający odracza wydanie orzeczenia wraz z wyznaczeniem terminu jego ogłoszenia.

Czynności związane z wydaniem orzeczenia nie są jednak jedynymi czynnościami, jakie mogą być dokonane przez skład orzekający. Jeśli skład orzekający został powiększony, a przy naradzie w przedmiocie orzeczenia zgłoszone zostało zdanie odrębne, to członek składu, który zdanie to zgłosił zobowiązany jest sporządzić na osobnej karcie uzasadnienie zgłoszonego zdania odrębnego. Ponadto, Izba zobowiązana jest do sporządzenia uzasadnienia wydanego orzeczenia z urzędu. Jeśli postępowanie odwoławcze zostało umorzone w części, to informacja o dokonaniu tej czynności powinna zostać zawarta nie w uzasadnieniu wyroku⁷²⁶, a w jego sentencji z uwagi na to, że nie ma podstawy do zamieszczania w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia, a pominięcie postanowienia o umorzeniu postępowania w sentencji wyroku, może spowodować utratę przez strony i uczestników postępowania odwoławczego, prawa do sądu⁷²⁷.

§3. Miejsce urzędowania KIO i jego obsługa

Postępowanie odwoławcze prowadzone jest wyłącznie przez Krajową Izbę Odwoławczą, która swoją siedzibę ma w Warszawie⁷²⁸. W związku z tym, że odwołania w sprawach z zakresu postępowań o udzielenie zamówienia publicznego rozpatrywane są wyłącznie przez ten organ, to należy uznać, że jest to wyłączne i domyślne miejsce prowadzenia rozpraw przez skład orzekający KIO.

W związku z §17 ust. 1 i 2 RozpPostOdw obowiązkiem Urzędu Zamówień Publicznych względem KIO jest zapewnienie obsługi o charakterze organizacyjno - technicznym⁷²⁹ oraz księgowej. W szczególności sprowadza się to do oddelegowanie protokolanta na rozprawę lub posiedzenie, zapewnienie sali rozpraw, na której będzie można rozpoznać odwołanie lub odwołania z udziałem publiczności, wykonanie innych czynności uznane przez KIO za

⁷²⁶ Wyrok KIO z dnia 8 stycznia 2018 r., KIO 2681/17, LEGALIS nr 1720211; Wyrok KIO z dnia 6 grudnia 2017 r., KIO 2448/17, LEGALIS nr 1712954; Wyrok KIO z dnia 17 stycznia 2017 r., KIO 24/17, LEGALIS nr 1576653; Wyrok KIO z dnia 16 grudnia 2016 r., KIO 2138/16, LEGALIS nr 1558696.

⁷²⁷ Wyrok KIO z dnia 26 września 2017 r., KIO 1908/17, LEGALIS nr 1704735.

⁷²⁸ Dokładny adres KIO znajduje się na stronie internetowej UZP i na dzień 14 marca 2020r. jest to budynek umiejscowiony przy ul. Postępu 17 w Warszawie (kod: 02-676), <https://www.uzp.gov.pl/kio/kontakt>.

⁷²⁹ Postanowienie Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego z siedzibą w Warszawie z dnia 26 lutego 2009 r., V SAB/Wa 17/08, LEGALIS 566028.

niezbędne do prawidłowego i sprawnego przebiegu posiedzenia lub rozprawy oraz udostępnienia pomieszczenia na archiwum, gdzie składowane i przechowywane będą akta zakończonych postępowań odwoławczych z uwzględnieniem tych, które zawierać będą informacje niejawne.

Mając na względzie aspekty wyłącznie organizacyjno - techniczne, o których mowa powyżej, można dostrzec wiele pozytywnych aspektów takiego rozwiązania. Po pierwsze KIO jest organem autonomicznym, a poprzez zazwyczaj dużą odległość między KIO, a stronami postępowania odwoławczego można w większej lub mniejszej mierze wykluczyć różnego typu powiązania, a na pewno można wykluczyć zależności *stricte* techniczne i organizacyjne. Po drugie, stacjonarność KIO oraz brak np. oddziałów terenowych czy delegatur wpływa na z założenia równe warunki dla wszystkich uczestników postępowania⁷³⁰. Ważnym aspektem jest również pewność miejsca składania dokumentacji odwoławczej co eliminuje potencjalne pomyłki z doręczaniem odwołania i jego części składowych.

Innym rozwiązaniem działania KIO mogłoby być jego rozproszona forma w postaci np. jednego oddziału na województwo lub region (polska północna, południowa i centralna z obecnym miejscem urzędowania KIO) funkcjonująca przy odpowiednim sądzie lub urzędzie. Tworzenie tego typu rozwiązań mogłoby mieć także pozytywne skutki w postaci np. zwiększenia ilości składów orzekających oraz obligatoryjnego rozpatrywania odwołań w składach trzyosobowych lub większych. Prowadzone corocznie statystyki pozwoliłyby na precyzyjne ustalenie regionów kraju, gdzie dochodzi do największej ilości składanych odwołań i systematyczne tworzenie nowych miejsc prowadzenia rozpraw w związku z postępowaniem odwoławczym.

Ważnym tematem jest także całkowite uniezależnienie się od Urzędu Zamówień Publicznych i stworzenie własnych struktur organizacyjnych mogących w pełni zaspokoić potrzeby Izby do jej samodzielnego funkcjonowania. Ucięłoby to z pewnością spekulacje o jej zależności względem Urzędu Zamówień Publicznych co pod względem wizerunkowym miałyby ogromny wpływ tak dla komentatorów jak i uczestników i adresatów PrZamPubl2019 w odniesieniu do odwołań i postępowania w jego przedmiocie.

§4. Orzekanie Krajowej Izby Odwoławczej

Zwieńczeniem prac składu orzekającego jest orzeczenie wydane w prowadzonym postępowaniu odwoławczym. Orzeczenia wydawane są po zamknięciu rozprawy lub

⁷³⁰ Zakładając, że odwołujący ma siedzibę firmy na południu kraju, a zamawiający na północy to dzieli ich podobna odległość do miejsca rozprawy przy założeniu, że będą chcieli osobiście się reprezentować.

zakończeniu posiedzenia składu orzekającego, a jeśli skład orzekający składał się z trzech członków, wydanie orzeczenia poprzedzone jest naradą obejmującą dyskusję oraz głosowanie członków składu nad procedowanym orzeczeniem.

Co do zasady, orzeczenie składu orzekającego ma miejsce w dniu zakończenia posiedzenia lub zamknięcia rozprawy pod warunkiem, że nie jest to sprawa o charakterze szczególnie zawiłym. Przy postępowaniach odwoławczych, których stopień skomplikowania stanowczo odbiega od normy, skład orzekający ma możliwość odroczenia ogłoszenia orzeczenia i dokonania tej czynności w wyznaczonym przez siebie terminie. Jeśli postanowienie kończące postępowanie odwoławcze zostało wydane na niejawnym posiedzeniu, to jego ogłoszenie następuje poprzez wywieszenie jego sentencji na tablicy ogłoszeń w siedzibie Izby, a informację o dokonaniu tej czynności zamieszcza się na stronie internetowej UZP. Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego, którego postanowienie kończące wydano w wyżej opisanym trybie, otrzymują odpisy tego postanowienia.

Podczas ogłaszania przez skład orzekający wyroku obowiązuje wśród zebranych i obecnych na sali pozycja stojąca. Pomimo tego, że KIO nie jest Sądem w rozumieniu przepisów krajowych, a członkowie składu orzekającego nie wydają wyroku w imieniu Rzeczypospolitej Polskiej. Nie wymaga się od zebranych, aby stali przy ogłaszaniu przez skład postanowienia nawet, jeśli kończy ono postępowanie w sprawie.

Ustawodawca przyjął dwa rodzaje orzeczeń, jakie może wydać skład orzekający. Po pierwsze jest to wyrok. Ten rodzaj orzeczenia charakteryzuje się tym, że jest merytorycznym aktem organu orzekającego, które sprowadza się do dokonania jednej z dwóch czynności, tj. oddaleniem odwołania albo jego uwzględnieniem. Wynika to z dyspozycji art. 553 PrZamPubl2019, która zobowiązuje Izbę do zachowania tego rodzaju orzeczenia wyłącznie dla rozstrzygnięcia merytorycznego sprawy⁷³¹. Oprócz rozstrzygnięcia merytorycznego w wyroku mogą znaleźć się również rozstrzygnięcia formalne, choćby rozstrzygnięcie o kosztach, które należy zamieścić w wyroku, a jego charakter można uznać jako zbieg charakteru merytorycznego i formalnego rozstrzygnięcia⁷³². W przypadku zbiegu rozstrzygnięć o różnym charakterze, całe orzeczenie musi przybrać zawsze formę wyroku⁷³³, tak jak w sytuacji gdy zamawiający uwzględnienia choćby jeden z zarzutów odwołującego⁷³⁴.

⁷³¹ Wyrok KIO z dnia 26 września 2017 r., KIO 1908/17, LEGALIS nr 1704735.

⁷³² Wyrok KIO z dnia 24 września 2018 r., KIO 1817/18, LEGALIS nr 1866163.

⁷³³ Wyrok KIO z dnia 27 kwietnia 2018 r., KIO 701/18, LEGALIS nr 1820276.

⁷³⁴ J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 790; Wyrok KIO z dnia 24 sierpnia 2017 r., KIO 1643/17, LEGALIS nr 1692148; Wyrok KIO z dnia 29 czerwca 2016 r., KIO 1028/16, LEGALIS nr 1507340.

Spory w doktrynie wzbudził wyrok Sądu Najwyższego, który wskazał, że ochrona instancyjna w postaci skargi do sądu od wyroku KIO może zostać wniesiona na zarzuty nierozstrzygnięte w sentencji wyroku, które zostały oddalone w uzasadnieniu⁷³⁵. Wiąże się to ze słusznym rozróżnieniem od siebie dwóch czynności dokonywanych przez skład orzekający, a mianowicie wydaniem wyroku i sporządzeniem jego uzasadnienia. Sąd Najwyższy dopuszcza tym samym skargę od wyroku KIO na zarzuty oddalone w jego uzasadnieniu i nierozstrzygnięte w sentencji, której nie można określić mianem skargi od „orzeczenia nieistniejącego”⁷³⁶. Pogląd ten spotkał się ze sprzeciwem w związku z traktowaniem wyroku jako czynności konwencjonalnej, która wymaga podjęcia działań mieszczących się w zakresie kompetencji organu, który równocześnie spełnia wymogi formalne co do formy jego wydania⁷³⁷. W związku z takim podejściem można uznać, że braku ustosunkowania się do problemu w sentencji nie można uzupełnić w uzasadnieniu, gdyż w tym zakresie wyrok formalnie nie będzie istniał⁷³⁸.

Uwzględniając odwołanie w związku z wydaniem wyroku w sprawie, Izba jest uprawniona do:

- nakazania przeprowadzenia lub powtórzenia czynności zamawiającego lub unieważnienia czynności zamawiającego (w przypadku gdy umowa o zamówienie publiczne nie została zawarta),
- unieważnienia umowy w całości lub w części, która nie została wykonana wraz z nałożeniem kar finansowych, jeśli jest to uzasadnione, jak również może nałożyć karę finansową lub skrócić okres obowiązywania umowy już zawartej, jeśli przemawia za tym ważny interes publiczny⁷³⁹ (w przypadku gdy umowa o zamówienie publiczne została zawarta i zgodnie z art. 146 ust. 1 PrZamPubl podlega unieważnieniu).
- stwierdzenia, że przepisy PrZamPubl zostały naruszone w związku z podpisaniem umowy, jeśli do jej zawarcia doszło w okolicznościach ustawowo dopuszczonych.

⁷³⁵ Uchwała Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z dnia 17 lutego 2016 r., III CZP 111/15, LEGALIS 1399205.

⁷³⁶ Zob. M. Romańska, *Skarga do sądu na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej w systemie środków zaskarżenia. Kontrola instancyjna orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej. Część pierwsza*, ZP Doradca rok 2018 nr 1 str. 38, por. z Wyrok KIO z dnia 31 marca 2015 r., KIO 524/15, LEGALIS nr 1242346.

⁷³⁷ Ibidem.

⁷³⁸ Zob. Ibidem, w związku z przywoływanym przez autorkę R. R. Wasilewskim, Głosa do uchwały Sądu Najwyższego z 17 lutego 2016 r., III CZP 111/15, „Finanse Komunalne” 2016, nr 10, s. 72 i n.

⁷³⁹ Zgodnie z art. 554 ust. 5 PrZamPubl2019 za ważnym interesem publicznym w związku z utrzymaniem w mocy zawartej umowy nie jest interes gospodarczy związany w sposób bezpośredni z zamówieniem, który miałby wynikać z konsekwencji dokonanych czynności, przekładających się na koszty, które mogłyby powstać w związku z opóźnieniem wykonania zamówienia, wszczęciem nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, udzieleniem zamówienia innemu wykonawcy lub takimi, które miałyby wynikać z zobowiązań prawnych powstałych w konsekwencji z unieważnieniem umowy. Ustawodawca w przedmiotowym kontekście upatruje możliwość utrzymania ważności umowy mając za podstawę interes gospodarczy wyłącznie w sytuacji gdy jej unieważnienie mogłoby spowodować niewspółmierne konsekwencje.

Wydanie wyroku w związku z dokonaniem niniejszych czynności skład orzekający zobowiązany jest do uwzględnienia całokształtu okoliczności odnoszących się do ich istoty, zważając przy tym w szczególności na powagę naruszeń, których dopuścił się zamawiający oraz na jego zachowanie i wiążące się z tym konsekwencje.

Pomimo szerokich uprawnień Izby przy wyrokowaniu, które są związane z możliwością unieważniania umów⁷⁴⁰ czy to w całości czy też w części, to skład orzekający nie ma prawa do wydania wyroku nakazującego zawarcie umowy. W związku z tym można wywnioskować, że powstrzymanie się od zawarcia umowy o zamówienie publiczne lub też odmowa jej podpisania nie powinno być przedmiotem przedstawionym do rozstrzygnięcia KIO, a za właściwy w tej sprawie należy uznać sąd powszechny⁷⁴¹.

Drugim rodzajem orzeczeń, które w trakcie postępowania wydaje skład orzekający są postanowienia, które *a contrario* do wyroków mają charakter wyłącznie proceduralny. Izba rozstrzyga za pomocą postanowienia wszystkie sprawy, które nie kończą się wydaniem wyroku czyli oddaleniem bądź uwzględnieniem odwołania. Postanowienia pełnią rolę orzeczeń nie merytorycznych⁷⁴². W związku z procesowym charakterem postanowień, mogą one być wydawane w toku całego postępowania odwoławczego ale także przed jak i po jego zakończeniu⁷⁴³. Stoi to w opozycji do wyroku, ponieważ skład orzekający chcąc wydać wyrok w prowadzonym postępowaniu odwoławczym, musi przeprowadzić całą procedurę, a zakończenie postępowania wyrokiem nie daje prawnych możliwości wydania go ponownie.

W kwestii podmiotowej, uprawnionym do wydania postanowienia jako orzeczenia w postępowaniu odwoławczym jest oczywiście skład orzekający, jednakże w związku np. ze zwrotem odwołania ze względu na braki formalne odwołania, postanowienie wydaje Prezes KIO. Wydanie postanowienia nie wiąże się w sposób bezpośredni ze skutkami co oznacza, że ustawodawca nie wskazuje ogólnie mocy prawnej wydawanego postanowienia w trakcie postępowania odwoławczego. O tym, czy postępowanie zostanie zakończone wydaniem danego postanowienia decydują określone sytuacje, w których ta forma orzeczenia została użyta. W związku z tym można wskazać na postanowienia kończące⁷⁴⁴ i niekończące⁷⁴⁵

⁷⁴⁰ Izba nie może unieważnić umowy, jeśli w konsekwencji mogłoby to wpłynąć na spowodowanie zagrożenia dla szerszego programu obrony i bezpieczeństwa niezbędnego ze względu na interesy związane z bezpieczeństwem Rzeczypospolitej Polskiej – patrz: art. 192 ust. 6a PrZamPubl.

⁷⁴¹ Patrz. J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 792.

⁷⁴² J. May, *Charakter prawny orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej w sporach przedumownych z zakresu zamówień publicznych*, *Prawo Zamówień Publicznych* rok 2015 nr 3, s. 119.

⁷⁴³ Ibidem.

⁷⁴⁴ Są to postanowienia, które odrzucają odwołania lub umarzają postępowanie odwoławcze.

⁷⁴⁵ Np. postanowienie KIO dotyczące: powołania biegłego oraz dopuszczenia dowodu z jego opinii, opozycji (uwzględnienie lub oddalenie).

postępowanie odwoławcze⁷⁴⁶. W związku z tym, że wyrok KIO jest domyślnym narzędziem kończącym postępowanie odwoławcze należałoby zastanowić się nad poprawnością wskazanego podziału. Wychodząc z założenia, że wyrok jest orzeczeniem merytorycznym, a postanowienie wyłącznie rozstrzyga w zakresie proceduralnym, to zakończenie postępowania w ten sposób nie rozwiązuje problemu. Jeśli wyrok zawsze zamyka postępowanie odwoławcze lub bardziej precyzyjnie, jeśli skład orzekający wyda wyrok w prowadzonym przez siebie postępowaniu odwoławczym, można mieć pewność co do jego merytorycznego rozstrzygnięcia, od którego służy określony środek zaskarżenia. Jeśli natomiast w trakcie postępowania odwoławczego zostanie wydane postanowienie można domniemywać, że doszło do podjęcia pewnych działań w trakcie postępowania lub wystąpiły okoliczności o charakterze proceduralnym skutkujące takim działaniem składu orzekającego. Konsekwencją tego działania może być zakończenie (nie merytoryczne) postępowania odwoławczego.

Orzeczenia KIO są zaskarżalne do sądu powszechnego jako sądu drugiej instancji w danym postępowaniu. Należy zwrócić uwagę, że wszystkie orzeczenia składu orzekającego jako Izby podlegają zaskarżeniu. W związku z czym, nie można stwierdzić, że stronom postępowania odwoławczego brakuje możliwości dochodzenia swoich praw przed sądem powszechnym. Jedynym ograniczeniem jest fakt, że nie można złożyć do sądu pozwu w określonych przepisami PrZamPubl2019 sytuacjach, kiedy to jego zakres przedmiotowy odpowiadałby treści odwołania składanego do KIO w pierwszej instancji.

§5. Uwagi końcowe

Orzekanie, czyli w myśl PrZamPubl2019 wydawanie wyroków lub postanowień przez skład orzekający KIO⁷⁴⁷ w związku ze złożonym przez odwołującego dokumentacji odwoławczej, wiąże się z dokonywaniem konkretnie określonych czynności przez KIO. Analizując sposób funkcjonowania Izby, podejmowane działania związane z wszczynaniem postępowania odwoławczego jak również czynności, które muszą zostać wykonane w jego trakcie przez członków KIO to nie sposób zaprzeczyć podobieństwu zaczerpniętym z KPC. Całe postępowanie odwoławcze wzorowane jest na postępowaniu cywilnym, a dowodem na to jest choćby tryb powoływania składu orzekającego⁷⁴⁸, wpis od odwołania⁷⁴⁹, wyłączenia

⁷⁴⁶ J. May, *Charakter prawny orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej w sporach przedumownych z zakresu zamówień publicznych*, Prawo Zamówień Publicznych rok 2015 nr 3, s. 119.

⁷⁴⁷ W określonych przypadkach także przez Prezesa Izby.

⁷⁴⁸ Zob. art. 47 KPC.

⁷⁴⁹ Zob. art. 126¹ KPC.

członków składu orzekającego⁷⁵⁰, współuczestnictwo w postępowaniu⁷⁵¹, zwrot kosztów procesu⁷⁵². Również wyrokowanie, tak w postępowaniu cywilnym jak i postępowaniu odwoławczym nie różni się od siebie w większym zakresie, co do zasady⁷⁵³. W związku z tym, że sąd w postępowaniu cywilnym i KIO w postępowaniu odwoławczym różnią się od siebie podmiotowo, to zakres rozstrzyganych przez nie sprawy jest już do siebie zbliżony na tyle, że można stwierdzić, iż są to sprawy o tym samym charakterze prawnym, czego potwierdzeniem jest choćby rozpatrywanie przez sąd spraw, w których KIO wyrokowało niejako w pierwszej instancji.

Ustawodawca bez wątplenia wzorował się na przepisach KPC przy tworzeniu przepisów regulujących przebieg postępowania odwoławczego przed KIO. Jednym z najbardziej prawdopodobnych powodów dla utworzenia nowych rozwiązań w zakresie orzekania w sprawach z zakresu zamówień publicznych, mogła być chęć odciążenia sądów powszechnych od spraw z zakresu odwołań w zamówieniach publicznych. W związku z tym powstał twór prawny w postaci składu orzekającego (nie sądu), który wydaje wyroki nie mające statusu wyroku wydanego w imieniu RP. Należy zadać trudne pytanie czy zabieg ten był konieczny na tyle, że zamiast wykorzystania gotowych rozwiązań z zakresu KPC, które funkcjonują od wielu lat, koniecznym było tworzenie nowego organu i nowego postępowania, który funkcjonuje na podstawie zapożyczonych w okrojonym zakresie przepisach postępowania cywilnego.

Jedynym elementem przemawiającym za tego typu rozwiązaniem może być szybkość postępowania, która w zamówieniach publicznych jest reglamentowana z uwagi na przedmiot sporu. Zdarzenia te powstają w związku z prowadzonymi postępowaniami o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonych na podstawie przepisów PrZamPubl2019, które nie występują rodzajowo w innych sytuacjach. W stosunkach cywilnych powstałych na gruncie przepisów KC, jeśli nie dochodzi do podpisania umowy między podmiotami zainteresowanymi, podmiot do którego została skierowana oferta (oblat) nie ma prawa żądać od oferenta, aby ten podpisał z nim umowę co ma miejsce w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Co za tym idzie, nie przysługuje mu od tego zdarzenia żaden środek ochrony prawnej. W przeciwieństwie do transakcji z rynku komercyjnego, postępowania o udzielenie zamówień publicznych finansowane są ze środków publicznych, co jest wystarczającym powodem do zapewnienia większej kontroli oraz możliwości weryfikacyjnych

⁷⁵⁰ Zob. art. 48 – 54 KPC.

⁷⁵¹ Zob. art. 72 – 74 KPC.

⁷⁵² Zob. art. 98 KPC.

⁷⁵³ Zob. art. 316 KPC.

działań stron postępowania. Tym nie mniej, wydawać by się mogło, że nic nie stałoby na przeszkodzie przed udzieleniem szczegółowych uprawnień sądom powszechnym do orzekania w sprawach z zakresu zamówień publicznych, nie tylko w drugiej instancji (po zastosowaniu skargi przez stronę postępowania odwoławczego przed KIO) ale także w pierwszym etapie postępowania odwoławczego, jako sąd pierwszej instancji.

Jeśli doszłoby do zmian ustawowych, które umożliwiłyby rozstrzygnięcie sporów przez sądy pierwszej instancji w sprawach pomiędzy uczestnikami postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, powstałby problem z KIO. Likwidacja Izby nie byłaby konieczna jeśli pozostawiono by ją na przykład w charakterze organu rozwiązującego problemy innego typu (opinie prawne, interpretacje przepisów, wykładnia prawa, rozstrzygnięcie w sprawach mniejszej wagi lub w sprawach na które odwołanie nie przysługiwałoby). Ponadto w doktrynie podnoszony jest zarzut zależności KIO od UZP, na którym ciąży ustawowy obowiązek pełnienia roli organizatora prac KIO. Jest to jednak wystarczający powód dla upatrywania w tej zależności braku autonomii Izby, a w szczególności w sprawach, gdy UZP jest stroną postępowania odwoławczego.

Ustawodawca stopniowo ewoluuje w zakresie środków ochrony prawnej stron postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na co przykładem może być likwidacja protestu czy zespołu arbitrów. Wziąwszy pod uwagę wszystkie opisane okoliczności oraz charakter KIO można postawić tezę *de lege ferenda*, że zastąpienie KIO sądem powszechnym lub reorganizacja kompetencji tego organu jako quasi-sądu byłoby rozwiązaniem dobrym dla polskiego porządku prawnego i klarownym dla uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którzy mogliby dochodzić swoich praw przed konstytucyjnie osadzonym sądem powszechnym o ugruntowanej pozycji, charakterze i kompetencjach. Funkcjonalnie system zamówień publicznych zbliżyłby się oficjalnie do systemu prawa cywilnego co mogłoby zapoczątkować proces wchłaniania PrZamPubl2019 przez KC i KPC. Ujednolicenie prawa w tym zakresie zaowocowałoby chociażby rozwiązaniem sporów w doktrynie pomiędzy przedstawicielami cywilnoprawnej i administracyjnoprawnej koncepcji systemu zamówień publicznych, a jedną z dróg do osiągnięcia tego celu mogłoby być dodatkowe postępowanie odrębne w KPC. Tego typu zabieg odciążałby KIO, który mógłby się zająć kontrolą, opiniowaniem odwołań lub postępowaniem przedsądowym (polubownym bądź arbitrażem), a sądy powszechne rozstrzygałyby sprawy zgodnie z zasadą właściwości miejscowej, a nie wyłącznie w Warszawie. Za kolejny krok w zakresie przedmiotowych rozważań można by uznać powołanie wyspecjalizowanych sądów rezydujących przy każdym sadzie okręgowym lub nawet rejonowym, który skupiałby się wyłącznie na sprawach z zakresu

prawa zamówień publicznych. Pomimo tego, że takie rozwiązanie implikowałoby z pewnością potrzebę reorganizacji obecnego porządku prawnego w zakresie funkcjonowania sądów to w kontekście systemu zamówień publicznych ze szczególnym uwzględnieniem środków ochrony prawnej zyskałyby one na jakości.

ROZDZIAŁ IX. Koszty w postępowaniu odwoławczym

§1. Uwagi wstępne

Głównym założeniem systemu zamówień publicznych jest regulacja wydatkowania pieniędzy, a nie ich pozyskiwanie. Nie sposób jednak nie spostrzec, że w związku z prowadzonymi postępowaniami (o udzielenie zamówienia publicznego lub odwoławczego) powstają koszty związane z uczestnictwem w tych postępowaniach. Koszty te powstają po obu stronach, czyli tak po stronie zamawiającego jak i wykonawcy, różnica jest jednak taka, że zamawiający poniesie koszt, jednorazowo i pozyska wykonawcę do realizację zamówienia (przy założeniu, że wpłynie chociaż jedna oferta niepodlegająca odrzuceniu, a postępowanie będzie można zakończyć wyborem oferty), a wykonawca może składać wiele ofert, ponosząc przy tym koszty bez rezultatu w postaci wygranego postępowania i wyboru jego oferty. Warto przy tej okazji zaznaczyć, że wspomniane koszty nie powstają w ten sam sposób i w takiej samej wysokości po obu stronach, gdyż ich źródło ma inne miejsce. Ponadto, zamawiający generuje koszt, który pokrywa ze środków publicznych, a wykonawca musi sam regulować swoje zobowiązania.

Postępowanie tak o udzielenie zamówienia publicznego jak i postępowanie odwoławcze pociągają za sobą konsekwencje natury finansowej. W pierwszym przypadku można mówić o kosztach pośrednich, czyli nakładach, jakie wykonawca musi ponieść w związku ze złożeniem oferty (pracownik biurowy lub firma outsourcingowa, koszt materiałów takich jak papier, tusz, eksploatacja drukarki, koperty, usługi pocztowe lub kurierskie i tym podobne). Zabezpieczenie bankowe, polisy ubezpieczeniowe również należy wliczyć w koszty choć nie do każdego postępowania są one wymagane. W pewnym sensie kosztem wykonawcy biorącego udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, można uznać także złożone w pieniądzu wadium. Wadium jest co do zasady zwracane wykonawcy po zakończonym postępowaniu, jednakże przez cały okres trwania tego postępowania środki te są zamrożone na koncie zamawiającego przez co nie mogą one „pracować”, a ich zwrot do wykonawcy następuje bez odsetek, co oczywiście przyczynia się do powstawania straty po stronie wykonawcy wprost proporcjonalnie do wysokości wpłaconego wadium i okresu trwania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W kwestii kosztów postępowania odwoławczego należy stwierdzić, że również występują tam koszty pośrednie, które można rozszerzyć chociażby o zatrudnienie profesjonalnego pełnomocnika. Tym niemniej, należy zwrócić uwagę przede wszystkim na

koszty bezpośrednie w postaci wpisu od odwołania, który co prawda może być warunkowy, czyli występuje w sytuacji, gdy odwołanie uznane zostanie za niezasadne.

§2. Wpis od odwołania

Odwołanie wraz z całą dokumentacją, jakie się na nie składa może zostać rozpatrzone przez KIO, jeśli zająd dwie przesłanki, po pierwsze odwołanie nie może zawierać braków formalnych, a po drugie odwołujący musi uiścić wpis od złożonego odwołania⁷⁵⁴.

Aby uznać warunek, jakim niewątpliwie jest wymóg uiszczenia wpisu od odwołania, za spełniony, to należy dokonać czynności z tym związanych tak, by najpóźniej do dnia upływu terminu na wniesienie odwołania przedstawić odpowiedni dokument, który potwierdzi dokonanie wpłaty. Warunek uznaje się za spełniony nawet, jeśli pieniądze nie znajdują się na rachunku UZP, jednakże należy udokumentować, że rachunek odwołującego na rzecz UZP został w tym celu obciążony stosowną kwotą⁷⁵⁵. Wskazany termin nie określa konkretnej ilości dni, jakie odwołujący ma na uiszczenie wpisu, gdyż jest on tożsamy z terminem ważności uprawnienia potencjalnego podmiotu, który posiada stosowną legitymację do złożenia odwołania⁷⁵⁶. Poza tym należy uznać, że jest to termin zawity, który nie podlega przywróceniu⁷⁵⁷.

Technicznym aspektem dokonania wpisu jest miejsce oraz forma, jaką należy dochować, aby warunek został spełniony. Wpis można uiścić wyłącznie na rachunek bankowy UZP, który wskazuje jego Prezes w związku z czym jako jedyną dopuszczalną formę wniesienia opłaty od wpisu należy uznać przelew, a miejscem rachunek bankowy UZP. Prezes UZP ma obowiązek podać do publicznej wiadomości na stronie internetowej właściwy numer rachunku bankowego⁷⁵⁸.

Wysokość wpisu jest zróżnicowana i mieści się w przedziale od siedmiu i pół tysiąca złotych do dwudziestu tysięcy złotych. To zróżnicowanie wynika z tego, że wysokość wpisu

⁷⁵⁴ Wyrok KIO z dnia 23 maja 2011 r., KIO 1004/11, LEGALIS nr 350677.

⁷⁵⁵ Ibidem.

⁷⁵⁶ Por. z: K. Młodecka, *Odwołanie w zamówieniach publicznych*, <https://sip.legalis.pl/document-full.seam?documentId=mjuwelrsggydemryhezts#header1.18>, która termin na wniesienie odwołania określa mianem „otwartego terminu”. Specyfika terminu na wniesienie odwołania polega na jego zależności względem toczącego się postępowania oraz zaistnienia konkretnych okoliczności w jego trakcie. W związku z czym, brak precyzji ze strony ustawodawcy polegający na niewskazaniu terminu do wniesienia wpisu nie daje podstaw do określenia go mianem „otwartego”, gdyż jego ramy regulują inne okoliczności wskazane w ustawie.

⁷⁵⁷ Postanowienie Zespołu Arbitrów przy UZP z dnia 29 czerwca 2005 r., UZP/ZO/0-1542/05, LEGALIS 1428670.

⁷⁵⁸ Adres do aktualnej strony internetowej z numerami kont bankowych na dzień 20 marca 2020r.: <https://www.uzp.gov.pl/kio/postepowanie-odwolawcze/komunikaty-na-temat-numerow-kont-i-wysokosci-oplat>

jest uzależniona od wartości zamówienia, w ramach którego wniesione zostało odwołanie oraz jego rodzaju.

1. Wpis w wysokości 7.500,00zł w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na: dostawy, usługi lub w konkursie, gdzie wartość zamówienia jest niższa od kwot określonych przez art. 3 ust. 1 PrZamPubl2019, usługi społeczne i inne szczególne usługi, o których mowa w art. 359 pkt. 2 PrZamPubl2019, postępowanie odwoławcze dotyczące zaniechania uruchomienia procedury przetargowej lub zorganizowania konkursu jeśli zamawiający był do tego zobowiązany w przypadku zamówień na dostawy lub usługi lub w konkursie;
2. Wpis w wysokości 10.000,00zł w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane, których wartość jest niższa od kwot określonych przez art. 3 ust. 1 PrZamPubl2019, czyli poniżej tzw. „progów unijnych” oraz na postępowanie odwoławcze dotyczące zaniechania uruchomienia procedury przetargowej lub zorganizowania konkursu jeśli zamawiający był do tego zobowiązany w przypadku zamówień na dostawy lub usługi lub w konkursie;
3. Wpis w wysokości 15.000,00zł w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy, usługi lub w konkursie, gdzie wartość zamówienia jest równa lub wyższa od kwot określonych przez art. 3 ust. 1 PrZamPubl2019, usługi społeczne i inne szczególne usługi, o których mowa w art. 359 pkt. 1 PrZamPubl2019
4. Wpis w wysokości 20.000,00zł w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone przez art. 3 ust. 1 PrZamPubl2019, czyli tzw. „progi unijne”.

Wpis zaliczany jest jako koszt postępowania odwoławczego, który swoimi granicami obejmuje w szczególności wynagrodzenia pracowników UZP, czy wydatki i opłaty niezbędne do funkcjonowania urzędu w związku z organizacją i obsługą postępowań przed KIO. Przychody z dokonywanych wpisów od odwołań przeznaczone są m.in. na archiwizację dokumentów czy szkolenia członków KIO, które mają zapewnić jak najwyższą jakość merytoryczną rozpoznawanych odwołań. Pieniędźmi z wpisów pokrywa się wynagrodzenia biegłych i tłumaczy oraz koszty związane z ich udziałem w postępowaniu oraz inne koszty, jakie mogą powstać w toku postępowania⁷⁵⁹.

⁷⁵⁹ Zob. §5 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

W związku z możliwością wystąpienia szeregu okoliczności podczas trwania postępowania odwoławczego związanych z umorzeniem postępowania odwoławczego, uwzględnieniem odwołania, jego odrzuceniem lub oddaleniem, dopuszcza się możliwość dokonania zwrotu wpisu. Najbardziej klarowną sytuacją, w której to Izba zwraca odwołującemu wpis jest zwrot odwołania⁷⁶⁰. Ma to miejsce w sytuacji, gdy odwołanie obarczone jest brakami formalnymi, uniemożliwiającymi formalne przeprowadzenie postępowania odwoławczego. Izba w związku z tym zwraca cały wpis pod warunkiem, że został on opłacony i nie był przyczyną zwrotu odwołania odwołującemu. Jeśli postępowanie odwoławcze zostanie umorzone przez Izbę, a zarzuty postawione zamawiającemu zostaną przez niego w całości uwzględnione, to opłata złożona tytułem wpisu zostaje zwrócona odwołującemu. To samo dzieje się w przypadku gdy zamawiający uwzględnił tylko część zarzutów, a pozostałe zostały przez odwołującego wycofane. Warunkiem dla pierwszej i drugiej sytuacji związanej z uwzględnianiem zarzutów i kończeniem postępowania odwoławczego jest brak przystępujących po stronie zamawiającego lub ewentualnie brak ich sprzeciwu co do uznania zarzutów.

Możliwe jest wycofanie się z postępowania odwoławczego składającego odwołanie. Konsekwencją takiego działania jest zwrot wpisu jedynie w wysokości 10% wpłaconych środków. Można to odebrać jako działalność prewencyjną, zmuszającą odwołujących do przemyślanych działań, które nie narażą ich na straty materialne. Brak konsekwencji finansowych związanych z wnoszeniem odwołań i ich wycofywaniem otwierałby drzwi do praktyk mających wpływ na całe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w szczególności na przedłużające się terminy realizacji zamówień, co miałyby związek z niemożnością podpisania umowy w tej sprawie.

§3. Koszty postępowania odwoławczego

W związku z tym, że postępowanie przed KIO wiąże się z określonymi czynnościami z jakich strony postępowania muszą się wywiązać, a te czynności z kolei łączą się z kwestiami finansowymi. Odwołujący składając odwołanie, korzysta z przysługującego mu prawa do obrony swojego interesu przed uprawnionym do tego organem. Zamawiający z kolei ma obowiązek wziąć w tym postępowaniu udział, tak samo jak KIO ma obowiązek to postępowanie przeprowadzić. Logicznym jest więc wniosek, że odpowiedzialnym za uruchomienie tej

⁷⁶⁰ §6 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

machiny jest odwołujący⁷⁶¹. Idąc dalej, odwołujący jednak składa odwołanie w związku z tym, że doszło w jego przekonaniu do zachowania zamawiającego niezgodnego z przepisami i jeśli organ rozpoznający daną sprawę przyzna mu rację, to za odpowiedzialnego całej sytuacji należy uznać właśnie zamawiającego, który zgodnie z logicznym tokiem rozumowania jest odpowiedzialny za wszczęcie tego postępowania. W związku z powyższym, można zdecydowanie stwierdzić, że za koszty postępowania odwoławczego odpowiada zawsze podmiot odpowiedzialny za jego wszczęcie. Jednakże w związku z tym, że o tym z czyjej winy należało wszcząć postępowanie, strony dowiadują się na końcu postępowania odwoławczego więc można uznać, że reguła wynikająca z art. 589 PrZamPubl2019 mówiąca o odpowiedzialności finansowej za wynik postępowania⁷⁶², jest w pełni uzasadniona. W związku z tym, gdyby przyjąć za metodę odpowiedzialności finansowej, taką że koszty związane z prowadzonym postępowaniem pokrywa podmiot, który je formalnie wszczął, czyli zapoczątkował należałoby uznać za dalece krzywdzące, ponieważ byłby to zawsze odwołujący się, nawet w sytuacji gdyby wniesienie odwołania było zasadne. Należy pamiętać, że skład orzekający nie zasądza obligatoryjnie zwrotu kosztów stronom postępowania. Czas na złożenie stosownego wniosku zainteresowani mają do zakończenia rozprawy.

Pomimo tego, że uruchomienie postępowania odwoławczego niesie za sobą obowiązek uiszczenia wpisu, który należy uznać za główny koszt postępowanie przed KIO istnieją również inne koszty, które pojawiają się w związku z prowadzonym postępowaniem.

Za jeden z ważniejszych elementów, który jest związany z obciążeniami natury ekonomicznej dla stron w czasie trwania postępowania odwoławczego należy uznać koszty pełnomocnika⁷⁶³, które poniosła strona postępowania w związku z jego wszczęciem. Wynagrodzenie pełnomocników zostało określone jako koszt strony postępowania⁷⁶⁴, co stanowi drugą kategorię kosztów, razem z kosztami wynikającymi z dojazdu na rozprawę.

⁷⁶¹ Nie należy postrzegać wskazanej odpowiedzialności w kontekście negatywnym. Jest to wyłącznie wskazanie na przyczynę uruchamiającą procedurę. Równie dobrze jeśli odwołanie okaże się zasadne, to wspomnianą „odpowiedzialnością” można obarczyć zamawiającego.

⁷⁶² Zob. P. Wójcik [w:] A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, art. 589, gdzie autor wskazuje na zasadę odpowiedzialności za wynik w nawiązaniu do art. 589 PrZamPubl2019.

⁷⁶³ Pełnomocnikiem reprezentującym stronę nie musi być adwokat, radca prawny czy też osoba z wykształceniem prawniczym. Pełnomocnikiem może być każdy, kto wykaże się stosownym pełnomocnictwem do reprezentowania strony, bez względu na wykonywany zawód czy wykształcenie. Nie można w związku z tym łączyć funkcji pełnomocnika z pełnomocnikiem profesjonalnym w rozumieniu przepisów KPC.

⁷⁶⁴ §3 ust. 2 pkt. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania z dnia 15 marca 2010 r., (Dz. U. nr 41, poz. 238), tj. z dnia 7 maja 2018 r. (Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przepisy rozporządzenia⁷⁶⁵ regulują wysokość wynagrodzenia pełnomocników poprzez określenie ich górnej granicy na poziomie 3.600,00 zł. Jednakże, suma poniesionych kosztów, na którą składa się wynagrodzenie pełnomocników oraz koszty dojazdów do KIO w związku z wszczętym postępowaniem odwoławczym, rozpatrywana łącznie może być wyższa.

Należy zwrócić uwagę na to, że wspomniane koszty, należy w sposób precyzyjny uzasadnić. Dowodem na uzasadnieniu wskazanych kosztów mogą być wyłącznie rachunki, które zostały przedłożone do akt sprawy w trakcie jej trwania⁷⁶⁶. Samo pismo, które zawiera wyłącznie wnioski o zwrot kosztów bez przedstawienia stosownych dokumentów księgowych (faktura, rachunek) nie stanowi podstawy do jego uwzględnienia choćby zawierał załącznik ze szczegółowo opisanym spisem kosztów⁷⁶⁷. Ponadto, rachunek przedstawiony przez wnioskującego o zwrot kosztów ustanowionego w sprawie pełnomocnika, powinien precyzyjnie wskazywać na powiązanie tego kosztu ze wskazanym postępowaniem, gdyż ogólny rachunek za świadczenie usług firmy doradczej nie stanowi podstawy do zaliczenia go do uzasadnionych kosztów postępowania⁷⁶⁸. W związku z tym, że wskazane koszty muszą być „uzasadnione” tak formalnie (dowody w postaci rachunków), jak i proceduralnie (muszą to być koszty związane z postępowaniem dowodowym, a nie np. rachunek za telefon służbowy), to finalnie ocenę przedstawionych wniosków dokonuje Izba. Dopiero na podstawie tej właśnie oceny koszty postępowania odwoławczego uznaje się za formalnie uzasadnione, czyli zasadne lub nie⁷⁶⁹. Wszelkie poniesione przez strony postępowania koszty, pomimo tego, że muszą być uzasadnione, to muszą być także konieczne, a za takie należy uznać koszty, które umożliwią stronie postępowania dochodzenie swoich praw oraz obronę⁷⁷⁰.

Reguły rozliczania kosztów postępowań odwoławczych sprowadzają się do trzech możliwości:

- 1) koszty postępowania znoszą się wzajemnie,
- 2) koszty postępowania ponosi zamawiający,
- 3) kosztami postępowania obciążany jest odwołujący.

Do pierwszej sytuacji dochodzi na skutek uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów zawartych w odwołaniu. Izba w takim przypadku na posiedzeniu

⁷⁶⁵ §5 pkt. 2b Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

⁷⁶⁶ Wyrok KIO z dnia 10 kwietnia 2013 r., KIO 682/13, LEGALIS nr 741599.

⁷⁶⁷ Postanowienie KIO z dnia 26 marca 2014 r., KIO 490/14, LEGALIS nr 863247.

⁷⁶⁸ Wyrok KIO z dnia 9 września 2014 r., KIO 1761/14, LEGALIS nr 1093242.

⁷⁶⁹ Postanowienie KIO z dnia 26 marca 2014 r., KIO 490/14, LEGALIS nr 863247.

⁷⁷⁰ Zob. art. 574 PrZamPubl2019.

niejawnym może umorzyć postępowanie odwoławcze, a zamawiający dokonuje określonej żądaniem odwołania czynności. Druga możliwość wzajemnego zniesienia kosztów ma miejsce w sytuacji, gdy zamawiający uwzględni część zarzutów, a pozostałe zostaną przez odwołującego wycofane. Warunkiem takiego rozwiązania jest brak sprzeciwu ze strony wykonawców, którzy przystąpili po stronie zamawiającego do postępowania odwoławczego. Koszty znoszą się wzajemnie także wtedy, gdy nie wpłynie sprzeciw ze strony uczestnika postępowania odwoławczego przystępującego po stronie zamawiającego, a do uwzględnienia tych zarzutów (w całości lub w części) doszło przed otwarciem rozprawy. Izba umarza postępowanie, a zamawiający zobligowany jest do dokonania określonych przez żądania odwołania czynności.

Zamawiający może zostać obciążony kosztami postępowania odwoławczego w dwóch przypadkach. W pierwszej kolejności, jeśli do uwzględnienia w całości zarzutów odwołania dojdzie po otwarciu rozprawy przez skład orzekający. Warunkiem takiego obrotu spraw jest brak sprzeciwu przystępującego po stronie zamawiającego do postępowania w przedmiocie uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów w określonym zakresie. Druga sytuacja ma miejsce, jeśli pomimo uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów, Izba uznaje je w nieuwzględnionym przez zamawiającego zakresie. Jeśli odwołanie zostało przez skład orzekający uwzględnione, a po stronie zamawiającego występował uczestnik postępowania, który wniósł sprzeciw od uznania przez zamawiającego zarzutów w całości lub w części, to obowiązek pokrycia kosztów postępowania odwoławczego spoczywa na wnoszącym sprzeciw.

W przypadku oddalenia odwołania po rozpatrzeniu przez Izbę, tak w całym zakresie odwołania jak również w części zarzutów nieuwzględnionych przez zamawiającego, koszty postępowania odwoławczego ponosi odwołujący.

Dokumentem, który reguluje sposób obciążenia kosztami postępowania odwoławczego jest sporządzany z rozprawy protokół i rozliczenie kosztów. Protokół musi być podpisany przez przewodniczącego postępowania odwoławczego i protokolanta. Jeżeli rozprawa została odroczone, sporządzanie protokołu powinno być kontynuowane, a przewodniczący składu orzekającego i protokolant mają obowiązek opatrzyć każdą część protokołu własnoręcznym podpisem bezpośrednio po zakończeniu każdej części rozprawy, która była odraczana. Jeśli zaszły nieprawidłowości przy sporządzaniu protokołu lub rozliczeń to mogą one być sprostowane na wniosek lub z urzędu. O tym czy protokół lub rozliczenie kosztów należy sprostować decyduje przewodniczący składu orzekającego, a jeśli uzna taką potrzebą należy w nim uwzględnić wzmiankę o dokonanych sprostowaniach. Jeśli do sprostowania nie dojdzie

w związku z odmową przewodniczącego składu, wydawane jest postanowienie, na które nie przysługuje skarga.

§4. Kary finansowe

Ustawa PrZamPubl2019 przewiduje możliwość karania zamawiających poprzez nakładanie na nich kar pieniężnych⁷⁷¹. Zostały one szczegółowo opisane przez ustawodawcę, z tym że przejrzystość wspomnianych regulacji jest na stosunkowo niskim poziomie, biorąc pod uwagę istotne znaczenie omawianej materii.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że nie każdy zamawiający może zostać ukarany karą pieniężną. Ustawodawca w art. 618 PrZamPubl2019 odsyła adresatów przedmiotowej normy do art. 4 PrZamPubl2019, czyli do zakresu podmiotowego ustawy. O ile w ust. 1 omawianego artykułu mamy do czynienia z generalnym określeniem, kim jest zamawiający, to kolejne ustępy stanowią już wyjątki od tej definicji.

W nawiązaniu do poprzedniego akapitu należy stwierdzić, że karze pieniężnej nie podlegają wszyscy zamawiający, a wyłącznie osoby prawne nie będące jednostkami sektora finansów publicznych w myśl przepisów o finansach publicznych⁷⁷², które zostały utworzone w szczególnym celu zaspokajania potrzeb mających charakter powszechny i równocześnie niemających charakteru przemysłowego lub handlowego. Uwarunkowane jest to dodatkową strukturą finansową, czyli podmioty te muszą:

- być finansowane w ponad pięćdziesięciu procentach lub,
- posiadać ponad połowę udziałów lub akcji lub,
- sprawować nadzór nad organem zarządzającym lub,
- mieć prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego,

jeżeli opisywany podmiot oraz te, o których mowa w pkt. 1 i 2 art. 4 PrZamPubl2019, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio nawet przez inny podmiot wypełniają znamiona, o których mowa powyżej. W ramy przedstawionego rozważania wpisują się też zamawiający wykonujący działalność sektorową zgodnie z dyspozycją art. 5 ust 1 pkt. 2 i 3 PrZamPubl2019.

⁷⁷¹ Zob. <https://www.uzp.gov.pl/kio/postepowanie-odwolawcze/podstawowe-informacje> (dostęp: 28-03-2020r.)

⁷⁷² Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 305 z późn. zm.).

Ustawodawca podzielił kary pieniężne na dwie kategorie. Pierwszą kategorią kar pieniężnych nakładanych na zamawiającego, stanowią kary o charakterze proceduralnym. Można mówić o nich w sytuacji, gdy zamawiający udziela zamówienia:

- naruszając przepisy przemawiające za stosowaniem trybu z wolnej ręki lub negocjacji bez ogłoszenia,
- bez poprzedzenia tej czynności wymaganym ogłoszeniem, wszczynającym postępowanie o udzielenie zamówienia lub bez ogłoszenia zmieniającego, jeżeli zmiany te miały istotny wpływ na wynik postępowania,
- nie stosując przepisów ustawy.

Jedną z przesłanek wpisującą się w powyższe ramy jest także, dokonywanie zmian w umowie, która została zawarta (dotyczy również umowy ramowej), a czynność ta narusza dyspozycję art. 454 i 455 PrZamPubl2019.

Drugą kategorię czynności stanowią działania zamawiającego o charakterze formalnym, a są to takie działania, które mogą zostać ujawnione w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w przeciwieństwie do opisywanych wcześniej przesłanek proceduralnych. Każę podlega taki zamawiający, który:

- narusza zasady uczciwej konkurencji poprzez specyficzne kreowanie warunków udziału w postępowaniu oraz opisu przedmiotu zamówienia lub konkursu,
- narusza szeroko pojętą jawność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z art. 18 PrZamPubl2019,
- nie przestrzega określonych przez ustawodawcę terminów,
- dokonuje nieuzasadnionych czynności związanych z odrzuceniem oferty, wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub konkursie,
- wybiera ofertę, którą na podstawie wyłącznie sobie znanych przesłanek, uznaje za najkorzystniejszą.

Opisane wyżej przesłanki mają wpływ na zastosowanie kar pieniężnych na zamawiającego, wyłącznie, jeśli naruszenie wynikające z jego działania ma wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Wysokość kary pieniężnej, która może zostać nałożona na zamawiającego została określona metodą mieszaną, a mianowicie jest to pomieszczenie ze sobą mechanizmu ryczałtu z progami. Gdyby kara była jedna dla wszystkich zamawiających, bez rozróżnienia na inne przesłanki, można by mówić o wysokości kary ryczałtowej, np. dziesięciu tysięcy złotych. Ustawodawca w tym przypadku etapuje wysokość kar, przez co nie są one określone

procentowo-proporcjonalne, ale wartościowo w zależności od tego w jakim progu znajdzie się dane zamówienie. Można mówić o karze w wysokości:

- trzech tysięcy złotych, jeśli wartość zamówienia jest mniejsza niż progi unijne (bez rozróżnienia na przedmiot zamówienia),
- trzydzieści tysięcy złotych, jeśli wartość zamówienia przekracza progi unijne i dla:
 - dostaw lub usług nie przekracza kwoty dziesięciu milionów euro.
 - robót budowlanych nie przekracza kwoty dwudziestu milionów euro.

Nałożenie kary pieniężnej odbywa się w drodze decyzji administracyjnej i nakłada ją prezes UZP, chyba że w toku postępowania doszło do naruszenia PrZamPubl2019 i KIO lub sąd nałożył już na zamawiającego karę finansową. Jeśli do nałożenia kary doszło za pomocą decyzji administracyjnej, to nie można nadać jej klauzuli natychmiastowej wykonalności.

§5. Uwagi końcowe

Istotną kwestię w materii wpisu od wniesionego odwołania poruszył. K. Brózda, który podniósł temat zbyt wysokich kosztów związanych z korzystaniem ze środka ochrony prawnej w postaci odwołania⁷⁷⁵. Autor wskazuje na dysproporcję kosztów wynikających z możliwości wniesienia odwołania do KIO wynikających ze sztywno ustalonych ram wysokości wpisu od odwołania. Obowiązek opłacania wpisu od odwołania w postępowaniu odwoławczym został wprowadzony nowelizacją PrZamPubl1994, co zdaniem J. Pieróga miało na celu ograniczenie wnoszenia nieuzasadnionych odwołań⁷⁷⁷. W związku z przeznaczeniem tych środków ustalono opłatę, której zmienność wynikała ze zmiennej wysokości wynagrodzeń dla pracowników państwowej sfery budżetowej⁷⁷⁸, a nie jak w obecnym kształcie od wartości i rodzaju zamówienia.

Można tylko domniemywać, że tego typu działania mają swoje uzasadnienie w ograniczeniu wszczynania postępowań odwoławczych, gdzie odwołujący próbować będą pozyskać zamówienie za wszelką „cenę⁷⁷⁹”, rozciągając w ten sposób postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego i paraliżując tym samym realizację przedmiotu umowy.

⁷⁷⁵ K. Brózda, *O niektórych barierach w dostępie do zamówień publicznych*, PZP rok 2019 numer 3, str. 126.

⁷⁷⁷ J. Pieróg, *Zamówienia publiczne. Komentarz* 4. wydanie, Warszawa 2002, s. 319.

⁷⁷⁸ Art. 9 ust. 1 pkt 2 ustawy z 23 grudnia 1999 r. o kształtowaniu wynagrodzeń w państwowej sferze budżetowej oraz o zmianie niektórych ustaw (Dz. U. nr 110, poz. 1255 ze zm.).

⁷⁷⁹ W tym kontekście nie chodzi o cenę w rozumieniu ekonomicznym, a o podejmowanie wszelkich działań mogących zmierzać do pozytywnego rozstrzygnięcia sprawy, na rzecz żądającego.

Na fundamentach tych samych obaw usunięto z ustawy PrZamPubl2004 protest jako środek niewydajny i nieadekwatny. W konsekwencji tych działań oraz w obawie przed wspomnianym paraliżem, dochodzi do zgodnego z prawem ograniczenia dostępu do ochrony prawnej w publicznych. Ustawodawca jasno wskazuje na jakiego typu wydatki przekazywane są wpływy wynikające z wpisów od odwołań⁷⁸⁰. W dobie obowiązywania poprzedniej regulacji PrZamPubl1994 ustawodawca przewidział utworzenie tzw. „środków specjalnych⁷⁸¹”, które gromadziło się i przeznaczało na finansowanie UZP i podobnie jak w obecnie obowiązującej regulacji obejmowało swoim zakresem ten sam rodzaj kosztów⁷⁸². Już na kanwie tych przepisów i pojawienia się regulacji tworzących wpis od odwołania można było stwierdzić niezgodności, które wiążą się z jego przeznaczeniem. Jak słusznie zauważył J. Pieróg już w pierwotnym brzmieniu instytucja wpisu nie mogła się ostać bez kontrowersji z uwagi na fakt bezprawnego pobierania wpisu polegającym na pobieraniu go na pokrycie kosztów nieistniejących. Miało to związek z art. 89a PrZamPubl1994 i ustawowym obowiązkiem przeznaczania wpisu na pokrycie kosztów postępowania odwoławczego do czego nie miało prawa dojść w przypadku cofnięcia odwołania, kiedy to zwracano odwołującemu wyłącznie połowę kwoty⁷⁸³.

Z całą pewnością należy stwierdzić, że ponoszone przez KIO koszty związane z działalnością składu orzekającego w trakcie postępowania odwoławczego są stałe, a na ich wysokość nie wpływa wartość zamówienia sprawy, będącej przedmiotem odwołania. Na wysokość wpisu nie ma nawet wpływu ilość członków składu orzekającego czy fakt, że czynności, na które teoretycznie powinny być kierowane pieniądze z wpisu, faktycznie się odbyły. Jeśli koszty prowadzenia postępowania odwoławczego można uznać za stałe, a koszty związane z opłatami od możliwości skorzystania z nich na ich pokrycie są zmienne, to należy albo bardziej szczegółowo opisać przeznaczenie wpisu albo uregulować jego wysokość do stałego poziomu. Działalność KIO jako organu korzystającego z przymiotów władzy sądowniczej nie powinna być nastawiona zarobkowo w kwestii prowadzonych przez siebie postępowań.

Jeśli ustawodawca wychodzi z założenia samofinansowania się Izby i całego UZP to bardziej wpisywać się będzie w kategorii wolnorynkowego przedsiębiorstwa, które za swoje

⁷⁸⁰ Patrz §3 pkt. 1 a-c Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaje kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania z dnia 15 marca 2010 r., (Dz.U. nr 41, poz. 238 z późn. zm.)

⁷⁸¹ Art. 9a Ustawy o zamówieniach publicznych z dnia 10 czerwca 1994 r. (Dz. U. nr 76, poz. 344, tj. Dz. U. 2002 nr 72, poz. 664).

⁷⁸² A. Panasiuk, *Ustawa o zamówieniach publicznych. Komentarz*, Poznań 2001, s. 71.

⁷⁸³ J. Pieróg, *Zamówienia publiczne. Komentarz* 4. wydanie, Warszawa 2002, s. 319.

usługi pobiera wynagrodzenie na podstawie określonego cennika. Najbardziej racjonalnym rozwiązaniem w tej sprawie wydaje się być ujednoczenie kwoty wpisu, a przede wszystkim obniżenie jego wysokości do możliwie jak najniższych kwot. Otworzy to możliwości wielu przedsiębiorstwom, których dotychczas nie było stać na złożenie odwołania i sprawi, że odwołanie stanie się bardziej powszechne tj. sztucznie nie ograniczane.

Należy zauważyć, że kary finansowe skierowane zostały wyłącznie przeciwko jednej stronie postępowania odwoławczego, czyli zamawiającemu. Ustawa PrZamPubl nie przewiduje możliwości karania wykonawców za czynności podejmowane w trakcie postępowania czy to odwoławczego czy o udzielenie zamówienia publicznego. Jediną dolegliwością finansową dla wykonawców są koszty postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz (jeśli wystąpi) wpis i inne koszty postępowania odwoławczego.

Ustawa PrZamPubl2019 pomija kwestie odszkodowawcze⁷⁸⁴ dla wykonawcy pokrzywdzonego decyzjami zamawiającego⁷⁸⁵. Jest to roszczenie *stricte* cywilistyczne, którego co prawda można dochodzić, ale już nie przed KIO, a przed sądem powszechnym. Wprowadzenie regulacji mających na celu kompensację powstałych szkód materialnych wykonawcom z pewnością ułatwiłoby zainteresowanym dochodzenie swoich należności. W związku z tym mogłyby wyniknąć jednak pewne problemy kompetencyjne. Miałyby to sens, jeśli ustawodawca przewidziałby obowiązek zamieszczania w formularzu ofertowym części składowych ceny, gdzie w jednej z pozycji wykonawca określałby zaplanowany zysk. O ile na etapie postępowania o udzielenie zamówienia nie jest to informacja konieczna, to występuje taka konieczność np. przy wyjaśnianiu zarzutu rażąco niskiej ceny. Wykonawca mógłby już w odwołaniu wskazywać ewentualne roszczenie, wynikające ze strat poniesionych w związku ze wszczęciem postępowania odwoławczego. Byłaby to dobra baza do dochodzenia odszkodowania w przyszłości, jeśli odwołanie okazałoby się oczywiście zasadne. Należy przy tej okazji zwrócić uwagę, że pomimo zwrotu kosztów postępowania odwoławczego wykonawcy, którego zarzuty okazały się zasadne, mógł ponieść straty podlegające odszkodowaniu pomimo uzyskania zamówienia. Zmiana cen rynkowych, przestój, zamrożenie poręczeń wadialnych, mogą w pewnych przypadkach sprawić, że uzyskanie zamówienia

⁷⁸⁴ Zob. M. Lechna, A. Prigan, *Debata nad odwołaniami*, ZP Doradca rok 2017 nr 10, gdzie autorzy odwołują się do raportu A. Sołtysińskiej, w którym to przedstawiono wnioski i postulaty dotyczące możliwości dochodzenia przez wykonawców odszkodowań w związku z poniesionymi w trakcie procedury przetargowej szkód przez wykonawców, gdzie możliwości te skupiają się na implementacji do polskiego ustawodawstwa konkretnych przepisów regulujących wskazaną materię.

⁷⁸⁵ Por. A. Sołtysińska, *Unieważnienie umowy i odszkodowanie jako środki ochrony prawnej dostępne po zawarciu umowy*, ZP Doradca rok 2017 nr 10, która wskazuje na brak implementacji art. 2 ust. 7 dyrektywy 92/13/EWG gdzie zawarte zostały przesłanki dochodzenia roszczeń oraz regulują tzw. interes ujemny będący podstawą dochodzonych roszczeń.

publicznego z odwołania jest pyrrusowym zwycięstwem, jeśli wskazane szkody zostaną wliczone w koszty przyszłych przychodów z tytułu wygranego postępowania.

Jako, że wpływ z tytułu opisywanych w niniejszym rozdziale kar pieniężnych stanowi dochód budżetu państwa, to zasadność ich nakładania można uznać za wątpliwą. Pieniądze ściągnięte od zamawiającego w wyniku naruszeń istotnych dla postępowania i ich wyniku, mogą wrócić do zamawiającego w innej postaci lub mogą być nałożone i nigdy nie wyegzekwowane. Z punktu widzenia wykonawcy, jest to czynność zbędna ponieważ efektem tych działań nie zyska on realnie nic prócz satysfakcji. Pewną formą kary dla zamawiającego, w aspekcie pieniężnym może być ustanowienie organu lub organów centralnych, które będą odpłatnie przeprowadzać postępowania zamawiającym, którzy celowo lub z niewiedzy nie są w stanie sprostać przepisom PrZamPubl2019, w takim zakresie aby przy ich stosowaniu, nie naruszyć reżimu który na nich ciąży.

Koszty ponoszone w postępowaniu tak w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jak i odwoławczego są znane. Złożenie oferty lub uruchomienie postępowania odwoławczego przed KIO wiąże się także z określonymi ryzykami, które wykonawca może ponieść, a zamawiający musi. Jeśli bilans rachunku zysków i strat przeważy szalę na chęć działania po stronie kontr-zamawiającego, to należy liczyć się tak z zyskiem jak i niestety stratami.

Podsumowanie

Dopełnieniem omawianych zagadnień związanych z odwołaniem oraz jego rolą, jaką pełni w systemie zamówień publicznych i samym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, będzie podsumowanie postawionych wniosków, pomimo poczynionych już reasumpcji poszczególnych rozdziałów pracy.

Tytułowym zagadnieniem, jakie autor analizował w niniejszej pracy jest odwołanie, jako element postępowania, które występuje w sprawach o udzielenie zamówienia publicznego. Podchodząc do tego zagadnienia w sposób dogmatyczny należało sięgnąć do PrZamPubl2019 oraz poprzednich aktów prawnych i na ich podstawie można było stwierdzić, że odwołanie jest to jeden ze środków ochrony prawnej określony przedmiotowo i podmiotowo w zakresie jego dopuszczalności w PrZamPubl2019.

Podstawowym aspektem i zarazem punktem wyjścia dla rozważań dotyczących omawianej w pracy materii było ustalenie istoty i charakteru prawnego spraw o udzielenie zamówień publicznych oraz rozstrzygnięcie, czy na podstawie przeprowadzonych badań noszą one znamiona cywilnoprawne czy też administracyjnoprawne. Zdaniem autora sprawy te mają charakter cywilnoprawny. Autor stawiając w pracy taką tezę konsekwentnie jej broni i przedstawia argumenty na jej uzasadnienie. Nie można jednak pominąć tego, że regulacja prawna prawa zamówień publicznych jest złożona i z łatwością można doszukać się w niej wpływów prawa administracyjnego. , Mając świadomość, czym jest system zamówień publicznych oraz jaką sferę obejmuje swoim zasięgiem, niemożliwe jest ignorowanie tego wpływu. Wręcz przeciwnie, należy go dostrzegać i w sposób umiejętny odnaleźć granicę między prawem cywilnym a prawem administracyjnym, gdyż wyłącznie świadomie funkcjonowanie w systemie zamówień publicznych daje możliwość racjonalnego i prawidłowego podejmowania czynności w postępowaniach. „Świadomym funkcjonowaniem”, nie jest wyłącznie znajomość przepisów prawa lub nawet ich wykładnia, za działania świadome należą uznać takie, które są uzasadnione w sposób dogłębny, przemyślany i zrozumiany i znajdują oparcie w okolicznościach faktycznych. Działania podejmowane doraźnie lub bez znajomości kontekstu, a w tym przypadku historii powstawania idei zamówień publicznych, z dużym prawdopodobieństwem mogą być obarczone błędem.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego ma swoje cele oraz pełni pewne funkcje w systemie prawa. Należy zatem na wstępie przypomnieć, że odwołanie w zamówieniach publicznych nie istniałoby, gdyby nie publiczne pieniądze. To i tylko to jest przyczyną utworzenia całego systemu zamówień publicznych, które regulują mechanizmy

przeistoczenia pieniędzy publicznych w pieniądze prywatne. Pomimo dużego uproszczenia, jest to wniosek, do którego prowadzą wszelkie analizy celów i funkcji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jak i odwołania. Podatnicy w szerokim znaczeniu tego słowa, czyli tak osoby fizyczne jak i prawne, nie są skrępowani co do zasady sposobem, w jaki gospodarują swoim majątkiem, czyli także wydatkowaniem swoich pieniędzy. Dowolne i niczym nieskrępowane gospodarowanie groszem publicznym bez procedur i ochrony prawnej z pewnością prowadziłyby do patologii, co bezpośrednio łączy ze sobą postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego i odwołanie.

Omówienie na wstępie zagadnień związanych z istotą i charakterem prawnym spraw o udzielenie zamówienia publicznego oraz celów i funkcji samego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, umożliwiło określenie istoty i charakteru prawnego samego odwołania, jako środka ochrony prawnej w systemie zamówień publicznych. Dopiero w kontekście wcześniej omawianych wątków, omówienie odwołania, na potrzeby niniejszej pracy wydawało się racjonalne. Samo określenie czym jest odwołanie, a konkretniej w jakim charakterze zostało osadzone w systemie zamówień publicznych, bez omówienia ściśle z nim funkcjonujących zagadnień w postaci postępowania zmierzającego do udzielenia zamówienia publicznego, z pewnością nie osiągnie zamierzonego efektu. Przegląd ewolucyjnych zmian, jakie przechodziło odwołanie, narzuca wniosek o braku dokonywania rewolucyjnych zmian w działaniach ustawodawcy. Odwołanie pełniło i pełni drugoplanową rolę w stosunku do skargi, która przede wszystkim z uwagi na rangę podmiotu, do którego jest ona kierowana, uchodzi za ostateczne i autentyczne narzędzie do dochodzenia swoich praw w sporze o zamówienie publiczne. Jest to spowodowane przede wszystkim brakiem jednolitego stanowiska w sprawie statusu prawnego KIO i wydawanych przez nią wyroków. Sytuacja związana z traktowaniem KIO jako sądu jest dyskusyjna w związku z brakiem umocowania takiego stanowiska w prawie krajowym, a w szczególności z konstytucją. Pomimo tego, że za pośrednictwem prawa europejskiego można KIO traktować jako organ sądowy, to bardziej precyzyjnie na obecny stan prawny kształtuje się stwierdzenie, że jest to organ *quasi sądowy*, organ jurysdykcyjny, który funkcjonuje w sposób podobny do sądu powszechnego, jednak nim nie jest zgodnie ze obecnym stanem prawnym Polski. Sprawowana z kolei nad zamówieniami publicznymi kontrola różnych instytucji, nastawiona jest w większym stopniu na weryfikowanie formalnego elementu całego postępowania, aniżeli elementów merytorycznych, co w przypadku administracji państwowej jest uzasadnione, lecz nie do końca zrozumiałe. Na przestrzeni gdzie stykają się dwie zupełnie różne rzeczywistości w postaci wolnego rynku

i administracji publicznej, należałoby większą wagę przykładać nie tyle do wypełniania samych przepisów, co także do *ratio legis* i istoty powołanej ustawy.

Mając świadomość jaką rolę pełni odwołanie, należy pamiętać także o jego formalnych aspektach oraz jego elementach składowych, które będą wskazywały na to, że jest to dokument inicjujący postępowanie odwoławcze przed KIO. W pierwszej kolejności, aby odwołanie mogło być potraktowane, jako taki dokument należy ustalić, czy omawiany środek prawny przysługuje i jest dopuszczalny w sprawie. Ustalenie dopuszczalności odwołania jest czynnością *stricte* formalną, nie wymagającą głębszej analizy, która ma miejsce przy badaniu zasadności stawianych w odwołaniu zarzutów. Należy zwrócić uwagę na zachowanie odpowiedniej i dopuszczalnej formy jego złożenia oraz na termin, w jakim odwołujący skorzystał z przysługującego mu prawa do odwołania się od decyzji zamawiającego, co bezpośrednio wiąże się z dopuszczeniem takiego odwołania do dalszego procedowania. Zmianym elementem całego postępowania jest ustalenie interesu odwołującego w dokonanej przez niego czynności oraz ściśle związanej, lecz także możliwej i hipotetycznej szkodzi. Ostatnie dwa wskazane elementy występują w koniunkcji i stanowią podstawę do ustalenia czy odwołujący posiada legitymację czynną do złożenia odwołania. Istnieje również możliwość, w której odwołanie *ex lege* nie przysługuje, a wykonawca, który czuje się pokrzywdzony decyzjami zamawiającego może skorzystać wyłącznie z tzw. „małego odwołania”, które nie pociąga za sobą wszczęcia postępowania odwoławczego, czy *quasi* odwoławczego i stanowi wyłącznie informację o czynności dokonanej niezgodnie z prawem.

Kolejnym elementem formalnym do spełnienia przez odwołującego jest forma odwołania, czyli sposób w jaki zostanie przekazana materia odwoławcza w postaci dokumentacji przetargowej do KIO. Pomimo tego, że jest to jasno i precyzyjnie wyartykułowane w ustawie, poddano pod wątpliwość dopuszczenie wyłącznie formy pisemnej odwołania (czy to w postaci elektronicznej czy papierowej), zatrzymujący bieg terminu do jego złożenia. Prezentowana wątpliwość, ma związek z nad wyraz krótkimi terminami, do złożenia odwołania po zakończeniu postępowania. Wykonawca biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, nie zakłada z góry na etapie składania oferty, że będzie zmuszony do wszczęcia postępowania odwoławczego. W związku z czym, termin do przygotowania stosownych dokumentów jest relatywnie krótki. Pomimo tego, że e-mail, jako powszechne narzędzie stosowane do komunikacji mogłoby wspomóc w tym zakresie wykonawcę i przerwać bieg terminu, w którym można skutecznie złożyć odwołanie, do czasu dostarczenia stosownych dokumentów, to ustawodawca nie zdecydował się na tego typu

rozwiązanie. Problem ten nie istnieje oczywiście w przypadku postaci elektronicznej formy pisemnej, jednakże nie każdy wykonawca jest na taką ewentualność przygotowany.

Terminy tak w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jak i postępowaniu odwoławczym są terminami zawitymi. W odniesieniu do postępowania odwoławczego dokonano rozróżnienia terminów, na:

- sporządzenie odwołania,
- wniesienie odwołania,
- uzupełnienie odwołania,
- rozpoznanie odwołania.

Są to czynności, gdzie termin do ich dokonania odgrywa znaczącą rolę i jest związany z każdym następującym po sobie etapem. W porównaniu do postępowania cywilnego, postępowanie odwoławcze w zamówieniach publicznych można nazwać postępowaniem ekspresowym, z uwagi na czynności dokonywane w zawrotnym tempie, jak na środek ochrony prawnej.

Przebieg postępowania odwoławczego dzieli się na kilka etapów, jednakże ustawodawca nie dzieli tego postępowania wprost, a jedynie czynności dokonywane w jego trakcie, ich charakter i skutki, jakie wywołują można rozróżnić na etap wstępny i zasadniczy postępowania odwoławczego. Zasadniczym elementem składowym i fundamentem wszczęcia postępowania odwoławczego jest powzięcie przez zainteresowanego informacji, będącej podstawą do złożenia odwołania. Informacja ta musi stanowić uargumentowany fakt, znajdujący swoje potwierdzenie w przepisach, jako podstawa do wszczęcia postępowania odwoławczego, przez co odwołujący uruchamia cały szereg czynności, jakich wymaga się od stron postępowania w postaci odwołującego (wykonawcy), zamawiającego oraz KIO. W związku z początkowym stadium postępowania odwoławczego, najwięcej pracy na tym etapie ma wykonawca i zamawiający, a efektywność tych prac warunkuje działania KIO, które podejmie się działania zgodnego z procedurą, jeżeli dokonane przez wskazane podmioty prace zostaną wykonane zgodnie z przepisami. Najistotniejszym działaniem, inicjującym postępowanie jest oczywiście złożenie odwołania, które wiąże się z fizycznym dostarczeniem, wniesieniem odwołania do KIO. Następnym wymaganym krokiem jest przekazanie informacji, tak zamawiającemu, jak i innym potencjalnie zainteresowanym rozstrzygnięciem odwołania podmiotom. Do wstępnego przebiegu postępowania odwoławczego należy także zaliczyć zakaz zawarcia umowy, który nakładany jest na zamawiającego automatycznie, a jego ewentualne uchylenie należy potraktować jako wyjątek. Biorący udział w postępowaniu, zobligowani są do przedłużenia ważności wadium, jeśli było wymagane w trakcie postępowania o udzielenie

zamówienia publicznego, a które to będzie nadal wymagalne po zakończeniu postępowania przed KIO. Już na wstępnym etapie udzielono zamawiającemu prawo do ustosunkowania się do zarzutów stanowiących meritum odwołania. Ta możliwość może już na tym etapie rzucić światło na zasadność wniesionego odwołania i przyczynić się do szybszego zamknięcia postępowania odwoławczego, bez uruchamiania jego zasadniczego etapu. Po zapoznaniu się z kontrargumentami zamawiającego, odwołujący może odwołanie cofnąć, co zmniejszy jego straty finansowe lub wręcz przeciwnie może utwierdzić się w przekonaniu co do swoich racji i wycofać tylko część zarzutów lub zmienić żądanie, po nakierowaniu przez zamawiającego jego odpowiedzią na odwołanie. Po dokonaniu wszystkich występujących na tym etapie formalności KIO może przystąpić do rozpoznania odwołania, które również może zostać podzielone na wstępne i zasadnicze.

Przy okazji rozważań nad postępowaniem odwoławczym można zwrócić uwagę na jego charakter prawny, który kreuje się poprzez materię, jaką reguluje. Same podobieństwa postępowania odwoławczego do postępowania cywilnego nie dają *ad hoc* legitymacji do stwierdzenia, że charakter tego pierwszego należy uznać za cywilnoprawny, gdyż odwzorowanie pewnych zachowań, sposobu postępowania czy schematów nie uprawnia do podejmowania tak daleko idących wniosków. W niniejszej pracy podjęto próby rozwiązania problematyki charakteru prawnego samego odwołania, jak i postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ustosunkowanie się w tym zakresie do postępowania odwoławczego jest więc naturalne i wymaga odpowiedzi na to zasadnicze pytanie. Jednoznacznie można stwierdzić, tak jak w przypadku wcześniej poruszonych zagadnień, że mówiąc o postępowaniu odwoławczym, mamy do czynienia z postępowaniem o charakterze cywilnoprawnym. Podstawą i jednocześnie punktem wyjścia dla tej tezy są oczywiście wcześniejsze ustalenia, które wskazują na spójny ciąg faktów i działań zmierzających do wspólnego celu, jakim jest podpisanie umowy między zamawiającym a wykonawcą, która kreuje zdarzenie stricte cywilne.

Potwierdzeniem oraz swojego rodzaju kontynuacją myśli z poprzedniego akapitu jest działalność izby polegająca na orzekaniu, czyli wydawaniu wyroków lub postanowień w toku postępowania odwoławczego. Elementem znamionym działalności KIO w tym zakresie jest jej status, który nie wynika bezpośrednio z przepisów prawa krajowego. Pomimo tego, działania izby należy uznać za jak najbardziej pożądane w umocowanym do tego zakresie. Patrząc przez pryzmat dwuinstancyjności środków ochrony prawnej w zamówieniach publicznych, tak funkcjonujący organ daje duże nadzieje na przyszłość, gdyż coraz bardziej zbliża się swoim charakterem do działalności sądu powszechnego, co najbardziej widoczne jest

w kontekście dokonywanych przez skład orzekający czynności. Jedną z kontrowersji jest niewątpliwie sposób funkcjonowania, który może wpływać na ocenę co do bezstronności KIO w pełnym zakresie, a mianowicie miejsce urzędowania KIO i jego obsługa. Wynika z tego zależność, której bardzo blisko do uzależnienia funkcjonowania KIO od UZP, gdyż to właśnie w gestii UZP leży zabezpieczyć zaplecze dla KIO w swojej placówce oraz poprzez pracowników jemu podległych.

Postępowanie odwoławcze jest postępowaniem odpłatnym, za wszczęcie którego ponosi się koszty pośrednie w postaci kosztów postępowania, na które składa się praca osoby, która odwołanie formułuje i reprezentuje odwołującego przed KIO. Ponadto, występują także koszty bezpośrednie, które są regulowane przez ustawodawcę i przewidziane w postaci widełek. Wzbudzają one kontrowersje, gdyż w zależności od typu zamówienia i jego wartości, kwoty mogą się od siebie różnić w znaczącym zakresie. Poruszony został problem braku odszkodowań dla wykonawców pokrzywdzonych w taki sposób, że pomimo wygrania postępowania odwoławczego, zamawiający nie podpisał z nim umowy. Istnieją co prawda środki represyjne w postaci kar finansowych przewidzianych dla zamawiających, którzy naruszają przepisy ustawy, jednakże nie mają one żadnego przełożenia dla pokrzywdzonych wykonawców, którzy dane postępowanie utracili.

Niniejsze rozważania mają na celu wskazać kierunek, w jakim zmierzają zamówienia publiczne w pełnym zakresie, a w tym także środki ochrony prawnej i czy idea, która przyświecała ustawodawcy od wprowadzenia w życie pierwszej ustawy jest nadal aktualna. Pomocnymi elementami dla zrozumienia tych kwestii są narzędzia, w które tak zamawiający jak i wykonawcy są wyposażeni przez ustawodawcę do realizacji założeń wynikających z przepisów, a te na przestrzeni czasu ulegają zmianom lub zmieniają swój charakter. Przedmiotowa praca nie nosi znamion instrukcji obsługi czy podręcznika opisującego mechanizmy czy tworzącego wzory dokumentów, ale pozwala zrozumieć w zakresie przedmiotowego zagadnienia sens i idee, które są punktem wyjścia dla dalszych analiz i praktycznego stosowania przepisów prawa zamówień publicznych.

Wykaz literatury

- Andała – Sępkowska J., Bereszko W., *Prawo zamówień publicznych w praktyce*, Warszawa 2018
- Arrowsmith S., *Public Procurement: Basic Concepts and the Coverage of Procurement Rules*, [w:] S. Arrowsmith (red), *Public Procurement Regulation: An Introduction*, Public Procurement Research Group 2011
- Arrowsmith S., *The Law of Public and Utilities Procurement*, 2nd ed. Sweet & Maxwell London 2005
- Banaszewska A., *Skarga na orzeczenie krajowej izby odwoławczej jako środek ochrony prawnej w systemie zamówień publicznych*, Warszawa 2018
- Bendorf – Bundorf M., *Instytucja przekazania informacji o czynności bezprawnie podjętej lub zaniechanej w prawie zamówień publicznych* w: A. Borowicz, M. Królikowska – Olczak, J. Sadowy, W. Starzyńska (red.), *Ekonomiczne i prawne zagadnienia zamówień publicznych. Polska na tle Unii Europejskiej (monografia naukowa)*, Warszawa 2010
- Bendorf – Bundorf M., *Zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i jej ograniczenia*, *Finanse Komunalne*, 2013/11/39-51
- Black J., *Słownik ekonomii*, Warszawa 2008
- Brózda K., *O niektórych barierach w dostępie do zamówień publicznych*, *PZP* rok 2019 numer 3
- Chmaj M., Herc G., Komorowski E., Szustakiewicz P., *Zamówienia Publiczne. Podręcznik*, Warszawa 2010
- Czajkowski T., *Od listy arbitrów do Krajowej Izby Odwoławczej. Część pierwsza*, *Zamówienia Publiczne Doradca*, rok. 2017 nr 12
- Czajkowski T., *Prawo zamówień publicznych, Komentarz wydanie trzecie*, Warszawa 2007
- Czarnik Z., [w:] S. Babiarz, P. Janda, P. Pełczyński, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2010
- Czerwińska E., *Zamówienia publiczne*, [w:] Informacja BSE nr 520 (IP-71G)

- Dubis W., *Stosowanie wybranych instrumentów cywilnoprawnych do umów w sprawie zamówień publicznych*, [w:] *Prawo zamówień publicznych. Stan obecny i kierunki zmian*, red. H. Nowicki i P. Nowicki, Wrocław 2015
- Dzierżanowski W., *O potrzebie usprawnienia środków ochrony prawnej*, *Zamówienia Publiczne Doradca*, 2016/3
- Dzierżanowski W., *Prawo do sądu w zamówieniach publicznych*, Warszawa 2018
- Fermus – Bobowiec A., *Skarb Państwa jako strona umowy w sprawie zamówienia publicznego zawieranej z przedsiębiorcą a zasada swobody umów* w: A. Kidyba (red.), *Skarb Państwa a działalność gospodarcza*, Warszawa 2014
- Fundowicz S., *Miejsce prawa o zamówieniach publicznych w prawie administracyjnym*, [w:] *XV-lecie systemu zamówień publicznych w Polsce*, pod red. H. Nowickiego, J. Sadowego, Toruń–Warszawa 2009
- Gnatowska E., Perčić Z., Jarzyński W., *Komentarz do ustawy Prawo zamówień publicznych*, Warszawa 2016
- Gordon Z., *Charakter prawny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego*, *Kwartalnik PZP*, numer 3(34)/2012
- Gordon Z., *Charakter prawny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego*, [w:] *Pięciolecie funkcjonowania Krajowej Izby Odwoławczej w systemie zamówień publicznych*, Warszawa 2012
- Grabarczyk M., *Procedury odwoławcze w Polsce i Niemczech – porównanie wybranych aspektów instytucjonalnych i proceduralnych*, *PZP* rok 2012 numer 3
- Grabarczyk M., *Wpływ nowelizacji ZamPublU z 2016 r. na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej*, *PZP* rok 2017 numer 2
- Grabarczyk M., Stręciwilk M., *Charakter prawny postępowania spornego przed Krajową Izbą Odwoławczą*, *PZP* nr 4(39)/2013
- Granecki P., *Ciężar dowodu w postępowaniu odwoławczym*, *Monitor Zamówień Publicznych* 2015/12
- Granecki P., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, 5.wydanie, Warszawa 2016

- Granecki P., *Środki ochrony prawnej i system organów je realizujących* w: H. Nowicki, P. Nowicki (red.), *Prawo zamówień publicznych. Stan obecny i kierunki zmian*, Wrocław 2015
- Groniecki M., Koleśnikow M., *Zamówienia publiczne. Poradnik dla praktyków*, Warszawa 2002
- Grzeszczyk T., *Podręcznik zamówień publicznych. Polskie procedury – Zarys systemu*, Warszawa 1995
- Grześkowiak – Stojek D., [w:] M. Jaworska (red.) D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2018
- Grzymisławska – Cybulska M., *Krajowa Izba Odwoławcza jako niezawisły organ sądowy*, [w:] *Prace naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu*, Wrocław 2017
- Guziński M., *Pojęcie, źródła i zasady Prawa zamówień publicznych*, w: A. Borkowski, M. Guziński (red.) , K. Horubski, K. Kiczka, L. Kieres, T. Kocowski, W. Miemiec, M. Szydło, *Prawo zamówień publicznych*, Wrocław 2008
- Horubski K., *Administracyjnoprawne instrumenty realizacji zamówienia publicznego*, Warszawa 2017
- Ignatowicz J., *System prawa cywilnego, Tom I*, Warszawa 1985
- Jachowska K., *Odwołanie – czynności o których nie można zapomnieć*, „Vademecum przetargów publicznych. Wszystko o środkach ochrony prawnej”, nr 2 (8) kwiecień - czerwiec 2013
- Jachowska K., *Podstawowe informacje o odwołaniu*, „Vademecum przetargów publicznych. Wszystko o środkach ochrony prawnej”, nr 2 (8) kwiecień - czerwiec 2013
- Janda P., [w:] S. Babiaryz, Z. Czarnik, P. Janda, P. Pełczyński, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz wydanie 1*, Warszawa 2010
- Jarzyński W., [w:] E. Gnatowska, Z. Perciś, W. Jarzyński, *Komentarz do ustawy Prawo zamówień publicznych*, Warszawa 2016
- Jaworska M., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2018
- Jerzykowski J., [w:] W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz, 7. wydanie*, Warszawa 2018

- Jerzykowski J., *Instytucje oraz instrumenty ochrony prawnej*, ZP Doradca rok 2019 nr 8
- Kalina – Prasznic U. i inni, *Encyklopedia prawa*, Warszawa 2007
- Kardas B., *Zamówienia publiczne w procedurze uproszczonej po nowelizacji z dnia 13 kwietnia 2007r.*, Gdańsk 2007
- Kocowski T., *Interes publiczny, konkurencja i równe traktowanie w zamówieniach publicznych*, [w:] *Prawo zamówień publicznych. Stan obecny i kierunki zmian*, pod red. H. Nowickiego i P. Nowickiego, Wrocław 2015
- Komorowski E., [w:] M. Chmaj, G. Herc, E. Komorowski, P. Szustakiewicz, *Zamówienia publiczne. Podręcznik wydanie drugie uaktualnione*, Warszawa 2010
- Kowalewska A., Szut J. Głuszyński J., *Raport z badania systemu kontroli zamówień publicznych i jego wpływu na funkcjonowanie rynku zamówień publicznych*, Warszawa 2013
- Kryzińska W., *Środki ochrony prawnej w świetle obowiązujących przepisów Prawa zamówień publicznych* [w:] monografii pod red. A. Borowicz, M. Królikowska – Olczak, J. Sadowy, W. Starzyńska, *Ekonomiczne i prawne zagadnienia zamówień publicznych*, Warszawa 2010
- Lamch – Rejowska M., Leszczyński Ł., *Prawo zamówień publicznych. Praktyczny poradnik dla zamawiających i wykonawców*, Warszawa 2012
- Laskowska – Hulisz A., *Zakres orzekania Sądu pierwszej instancji w procesie cywilnym*, Warszawa 2018
- Lechna M., Prigan A., *Debata nad odwołaniami*, ZP Doradca rok 2017 nr 10
- Lemke M., *The experience of centralized enforcement in Poland in: Public procurement the continuing revolution*, editors: Sue Arrowsmith, Martin Trybus, Kluwer Law 2003
- Lubiński K., *W poszukiwaniu prawa dobrego i sprawiedliwego. Księga pamiątkowa ku czci Jana Tredera*, Warszawa 2013
- Łysakowski W., *Kilka uwag dotyczących środków ochrony prawnej w związku z dziesięcioleciem Krajowej Izby Odwoławczej*, ZP Doradca rok 2017 nr 12.
- Malujda R., *Środki ochrony prawnej w prawie zamówień publicznych*, <http://pppit.org.pl/?a=85> [dostęp na dzień 28.02.2018r.]

- Matejczuk G., *Pozacenowe kryteria oceny ofert na dostawy i usługi*, „Przetargi Publiczne”, kwiecień 2018
- Matejczuk G., *Zaskarżenie wyboru oferty*, „Przetargi publiczne” 1(134) styczeń 2017
- May J., *Charakter prawny orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej w sporach przedumownych z zakresu zamówień publicznych*, Kwartalnik Prawo zamówień publicznych numer 3
- Meducki M., *Odwołanie. Część druga*, ZP Doradca rok 2019, nr 5
- Morawski L., *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2014
- Niczyporuk J., *Forma prawna wyboru najkorzystniejszej oferty*, [w:] *Funkcjonowanie systemu zamówień publicznych – aktualne problemy i propozycje rozwiązań*, (red.) M. Stręciwilk, A. Panasiuk, Warszawa 2017
- Niczyporuk J., *Koncepcja postępowania odwoławczego w zamówieniach publicznych*, [w:] *Prawo administracyjne wobec współczesnych wyzwań. Księga jubileuszowa dedykowana profesorowi Markowi Wierzbowskiemu*, Warszawa 2018
- Niczyporuk J., *Krajowa Izba Odwoławcza – organ administracji regulacyjnej*, [w:] *Nowe podejście do zamówień publicznych – zamówienia publiczne jako instrument zwiększania innowacyjności gospodarki i zrównoważonego rozwoju. Doświadczenia polskie i zagraniczne, Część I*, red. J. Niczyporuk, J. Sadowy i M. Urbanek, Kazimierz Dolny 2011
- Niczyporuk J., *Prawo zamówień publicznych - odwołanie od niezgodnej z ustawą czynności podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia - skarga na postanowienie o zwrocie odwołania - właściwość sądu*. Glosa do postanowienia NSA z dnia 27 września 2011 r., II GSK 1842/11 [online]. Orzecznictwo Sądów Polskich, 2019-08-15 17:58 [dostęp: 2019-09-29 19:22]. Dostępny: <https://sip.lex.pl/#/publication/386071442>
- Niczyporuk J., *Skuteczność postępowania odwoławczego w zamówieniach publicznych*, [w:] *Zamówienia publiczne jako instrument sprawnego wykorzystania środków unijnych*, pod red. E. Adamowicz i J. Sadowego, Gdańsk – Warszawa 2012
- Niczyporuk J., *Sprawa o udzielenie zamówienia publicznego*, [w:] *Procedura zamówień publicznych*, (red.) J. Niczyporuk, Warszawa 2019
- Niczyporuk J., [w] *System zamówień publicznych w Polsce* pod red. J. Sadowy, Warszawa 2013

- Niedziela H. (red.) i in., *Nowe podejście do zamówień publicznych. Podręcznik*, Warszawa 2011
- Norek E., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2009
- Nowak H., Korporowicz Ł., *Prawo zamówień publicznych vademecum*, Bydgoszcz – Warszawa 2010
- Nowicki H., *Cele systemu zamówień publicznych [w:] Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu*, Wrocław 2017
- Nowicki H., Nowicki P., Wierzbowski M., *Nowe dyrektywy zamówieniowe a polskie prawo zamówień publicznych. Uwagi de lege ferenda, [w:] Prawo zamówień publicznych. Stan obecny i kierunki zmian, pod red. H. Nowickiego i P. Nowickiego*, Wrocław 2015
- Nowicki H., *Kontrola uprzednia realizowana przez Prezesa urzędu zamówień publicznych, [w:] Zamówienia publiczne jako instrument sprawnego wykorzystania środków unijnych, pod red. E. Adamowicz i J. Sadowego*, Gdańsk – Warszawa 2012
- Nowicki H., *Prawo zamówień publicznych. Zbiór aktów prawnych*, Toruń 2005
- Nowicki J. E., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2018
- Nowicki J. E., Bazan A., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2014
- Osajda K., *Komentarze Prawa Prywatnego Tom I, Kodeks Cywilny, Komentarz*, Warszawa 2017
- Panasiuk A., *Czy w Polsce mamy system zamówień publicznych, [w:] Prawo zamówień publicznych. Stan obecny i kierunki zmian, pod red. H. Nowickiego i P. Nowickiego*, Wrocław 2015
- Panasiuk A., *Publicznoprawne ograniczenia przy udzielaniu zamówień publicznych*, Warszawa 2007
- Panasiuk A., *Ustawa o zamówieniach publicznych. Komentarz*, Poznań 2001
- Panasiuk A., *Ustawa z dnia 29 stycznia 2004r. – Prawo zamówień publicznych, przedmiot regulacji, w: A. Panasiuk, A. Mikołajczyk, T. Siedlecki, Prawo zamówień publicznych z komentarzem*, Bydgoszcz – Warszawa 2004
- Panasiuk A., *System zamówień publicznych zarys wykładu*, Warszawa 2013

- Pieróg J., *Krajowa Izba Odwoławcza w systemie zamówień publicznych. Temat numeru: dziesięciolecie Krajowej Izby Odwoławczej*, Zamówienia Publiczne Doradca 2017/12
- Pieróg J., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2015
- Pieróg J., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2017
- Pieróg J., *Zamówienia publiczne. Komentarz 4. wydanie*, Warszawa 2002
- Piotrowska A., *The Functions of Public Procurement – the Administrative Body as a „Smart Client”*, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie, 2014 | 2(926)
- Pogonowski P., *Status prawny Krajowej Izby Odwoławczej wg Prawa zamówień publicznych*, Prawo zamówień publicznych numer 1/2008
- Pokrzywniak J., Baehr J., Kwieciński T., *Wprowadzenie do systemu zamówień publicznych*, Warszawa – Katowice 2006
- Potorski R., *Próby wywierania wpływu na wprowadzenie zmian w prawie zamówień publicznych. Możliwości adaptacji mechanizmów lobbingu funkcjonujących w UE w kontekście procesów kreowania polityk publicznych w Polsce*, [w:] *Prawo zamówień publicznych. Stan obecny i kierunki zmian*, pod red. H. Nowickiego i P. Nowickiego, Wrocław 2015
- Powałowski A., *Ochrona konkurencji w prawie zamówień publicznych*[w:] *Prawo zamówień publicznych. Stan obecny i kierunki zmian*, pod red. H. Nowickiego i P. Nowickiego, Wrocław 2015
- Powałowski A., *Postępowanie o udzielenie zamówienia*, [w:] *Leksykon prawa zamówień publicznych 100 podstawowych pojęć*, pod red. A. Powałowskiego, Warszawa 2014
- Presz – Król J., Adach – Nerwińska A., *Odpowiedzialność karna i materialna jako konsekwencje naruszania ustawy prawo zamówień publicznych*, [w:] *Kontrola zamówień publicznych*, pod. Red. T. Kocowski, J. Sadowy, Wrocław – Warszawa 2013
- Prowadzisz K., Trojan P., *Interes prawny a interes w uzyskaniu zamówienia*, w: M. Stręciwilk, M. Rakowska (red.), X – Lecie funkcjonowania Krajowej Izby Odwoławczej, Warszawa 2017
- Raczkiewicz Z., *Zamówienia publiczne w orzeczeniach Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości*, Wrocław 2008

- Rakowska M., *Środki ochrony prawnej – propozycje niektórych mian tego systemu*, [w:] *Funkcjonowanie systemu zamówień publicznych – aktualne problemy i propozycje rozwiązań*, pod red. M. Stręciwilk, A. Panasiuk, Warszawa 2017
- Rokicki J., Stempel J., *Zamówienia publiczne Zarządzanie organizacją ludźmi i problemami*, Warszawa 2010
- Romańska M., *Skarga do sądu na orzeczenie Krajowej Izby odwoławczej w systemie środków zaskarżenia. Kontrola instancyjna orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej, cz. 1*, *Zamówienia Publiczne Doradca* 2018/1
- Różowicz R., *Charakter prawny wyroków wydawanych przez Krajową Izbę Odwoławczą*, *Studia Prawa Publicznego* nr 3(19), Warszawa 2017
- Sadowy J., *Interes publiczny a obowiązek przetargowy udzielenia zamówienia na odbiór odpadów komunalnych*, *Finanse Komunalne*, artykuł 2014/6, Warszawa 2014
- Sadowy J., *Kryteria oceny ofert w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego – przykłady i stosowanie*, Warszawa 2011
- Sadowy J., *Prawo zamówień publicznych. Zarys wykładu*, Warszawa 2007
- Sadowy J., *System zamówień publicznych w Polsce*, Warszawa 2013
- Sieradzka M., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2018
- Sieradzka M., *Zmowy przetargowe w świetle zamówień publicznych oraz prawa konkurencji*, Warszawa 2015
- Sikorska E., Sikorski M., *Środki ochrony prawnej w zamówieniach publicznych. Odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej i skarga do sądu powszechnego*, Warszawa 2014
- Skubiszak – Kalinowska I., Wiktorowska E., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz, 2017*
- Solecka A., *Pozycja prawnoustrojowa Krajowej Izby Odwoławczej*, [w:] *Kontrola zamówień publicznych*, red. T. Kocowski, J. Sadowy, Wrocław – Warszawa 2013
- Sołtysińska A., *Unieważnienie umowy i odszkodowanie jako środki ochrony prawnej dostępne po zawarciu umowy*, *ZP Doradca* rok 2017 nr 10
- Sołtysińska A., *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej*, Zakamycze 2004

- Sołtysińska A., Talgo – Sławoj H., *Charakter specyfikacji istotnych warunków zamówienia jako instrumentu gwarantującego przestrzeganie zasady przejrzystości*, Kwartalnik PZP nr 1(56)/2018
- Sołtysińska A., Talgo – Sławoj H., *Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz, wydanie 3*, Warszawa 2016
- Stachowiak M., [w:] W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2018
- Stachowiak M., Jerzykowski J., *Prawo zamówień publicznych*, Kraków 2004
- Stawicki A., Roliński J., Baehr J., Kwieciński T., *Przewodnik po procedurach udzielania zamówień publicznych*, Warszawa – Katowice 2006
- Stompel M., [w:] E. Garbaczuk, M. Stompel, *Zamówienia publiczne – nowe zasady*, Warszawa 2017
- Stręciwilk M., *Status prawny Krajowej Izby Odwoławczej w nowym ujęciu*, PZP rok 2015 numer 3
- Stręciwilk M., Rakowska M., *X – lecie funkcjonowania Krajowej Izby Odwoławczej*, Warszawa 2017
- Strzebinczyk J., [w:] pod red. E. Gniewek, P. Machnikowski, *Kodeks cywilny. Komentarz, 7. Wydanie*, Warszawa 2016
- Suwara E., *Zamówienia publiczne jako środek budowania państwa (state – building) w sytuacjach pokonfliktowych na przykładzie Afganistanu*, Warszawa 2015
- Szostak R., *10-lecie funkcjonowania Krajowej Izby Odwoławczej – co dalej?*, w: M. Stręciwilk, M. Rakowska (red.), *X – Lecie funkcjonowania Krajowej Izby Odwoławczej*, Warszawa 2017, s. 40 lub R. Szostak, *O potrzebie wzmocnienia statusu Krajowej Izby Odwoławczej – z perspektywy 10-lecia jej działalności*, PZP rok 2017 numer 1
- Szostak R., *Głosa do postanowienia SN z dnia 19 czerwca 2007 r., III CZP - 25/07, Zamówienia Publiczne Doradca*, 2007/11
- Szostak R., *Informatyzacja procedur udzielania zamówień publicznych*, Warszawa 2018
- Szostak R., *O potrzebie wzmocnienia statusu Krajowej Izby Odwoławczej – z perspektywy 10-lecia jej działalności*, PZP rok 2017 numer 1

- Szostak R., *Polski model rozpoznawania sporów przedumownych z zakresu zamówień publicznych – z perspektywy jego rozwoju*, Warszawa 2012
- Szostak R., *Rozstrzygnięcie sporów przedumownych wynikających z uchybień popełnianych przy udzielaniu zamówień publicznych*, PS nr 3/2007
- Szustakiewicz P., *Kontrola zamówień publicznych. Zagadnienia ogólne*, Warszawa 2011
- Szustakiewicz P., *Stosunek zamówień publicznych do innych dziedzin prawa. Zamówienia publiczne a prawo cywilne*, [w:] *Zamówienia publiczne podręcznik*, pod red. M. Chmaja, Warszawa 2010
- Szydlik – Dereszyńska M., Namysłowska M., Lubacz D., *Kontrola udzielania zamówień publicznych w świetle prawa polskiego i unijnego* [w:] *Ekonomiczne i prawne zagadnienia zamówień publicznych*, pod red. A. Borowicz, M. Królikowska – Olczak, J. Sadowy, W. Starzyńska, Warszawa 2010
- Szydło M., *Prawna koncepcja zamówień publicznych*, Warszawa 2014
- Szyszkowski A., Trześniewska – Markowicz A., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz dla praktyków*, Gdańsk 2008
- Trojanowska A., *System środków ochrony prawnej i organów je realizujących oraz propozycje zmian tego systemu* w: H. Nowicki, P. Nowicki (red.), *Prawo zamówień publicznych. Stan obecny i kierunki zmian*, Wrocław 2015
- Tubisz R., *Środki ochrony prawnej i system organów je realizujących na tle odwołania i funkcjonowania Krajowej Izby Odwoławczej* w: H. Nowicki, P. Nowicki (red.), *Prawo zamówień publicznych. Stan obecny i kierunki zmian*, Wrocław 2015
- Wasilewski R. R., *Głosa do uchwały Sądu Najwyższego z 17 lutego 2016 r., III CZP 111/15, „Finanse Komunalne” 2016, nr 10*
- Weralski M., *Finanse publiczne i prawo finansowe*, Warszawa 1984
- Wieczorek M., *Odrzucenie odwołania w świetle najnowszego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, cz. II*, Opublikowano: Zam.Pub.Dor. 2012/7
- Wierzbowski M., [w:] *System zamówień publicznych w Polsce*, pod red. J. Sadowy, Warszawa 2013

- Wolska H., *Ograniczenia realizacji zasady prawa do sądu w systemie zamówień publicznych*,
Opublikowano: GSP 2017/2
- Zaborowski M., *Cel i funkcje zamówień publicznych*, [w:] Optimum. Economic Studies, Nr
3(97) 2019
- Zalewski H., *Prawo zamówień publicznych w polskim systemie zamówień publicznych*,
Bydgoszcz 2005
- Zalewski H., *Zamówienia Publiczne. Ekonomiczno – prawne podstawy działania*, Gdańsk 2000
- Zalewski H., *Zamówienia publiczne w praktyce. Aspekty ekonomiczno-prawne i finansowe*,
Gdańsk 1996
- Zatyka P., *Organ bezstronny, niezawisły i powszechnie akceptowany*, Wywiad z Małgorzatą
Rekowską, Prezes Krajowej Izby Odwoławczej, *Zamówienia Publiczne Doradca*,
2017/12
- Zdebel – Zygmunt A., Rokicki J., *System zamówień publicznych w Polsce*, Warszawa 2014
- Ziarniak I., *Środki ochrony prawnej w zamówieniach publicznych*, „*Vademecum przetargów
publicznych. Wszystko o środkach ochrony prawnej*”, nr 2 (8) kwiecień - czerwiec 2013
- Zieliński A., Flaga – Gieruszyńska K., *KPC. Komentarz wyd. 7*, Warszawa 2014
- Zimmermann J., *Prawo administracyjne*, Warszawa 2008

Orzecznictwo Zespołu Arbitrów przy UZP

Wyroki

1. Wyrok Zespołu Arbitrów przy Urzędzie Zamówień Publicznych z dnia 8 października 2004r., UZP/ZO/0-1652/04, LEX nr 195135

Postanowienia

1. Postanowienie Zespołu Arbitrów przy UZP z dnia 29 czerwca 2005 r., UZP/ZO/0-1542/05, LEGALIS 1428670

Orzecznictwo KIO:

Wyroki

1. Wyrok KIO z dnia 24 czerwca 2008 r., KIO/UZP 571/08, LEX nr 409323
2. Wyrok KIO/UZP z dnia 9 stycznia 2009 r., KIO 1493/08, LEX nr 486596
3. Wyrok KIO z dnia 12 stycznia 2009 r., KIO/UZP 1504/08, LEX nr 486610
4. Wyrok KIO z dnia 24 listopada 2009 r., KIO/UZP 1590/09, LEX nr 551525
5. Wyrok KIO z dnia 1 grudnia 2009 r., KIO/UZP 1633/09, LEX nr 557989
6. Wyrok KIO z dnia 18 stycznia 2010 r., KIO/UZP 1684/09, LEX nr 558050
7. Wyrok KIO z dnia 19 stycznia 2010 r., KIO/UZP 1668/09, LEX nr 557969
8. Wyrok KIO z dnia 4 lutego 2010 r., KIO/UZP 1849/09, LEX nr 599125
9. Wyrok KIO z dnia 25 lutego 2010 r., KIO/UZP 147/10, LEX nr 653623
10. Wyrok KIO z dnia 18 marca 2010 r., KIO/UZP 99/10, LEX nr 607315
11. Wyrok KIO z dnia 18 marca 2010 r., KIO/UZP 233/10, LEX nr 576591
12. Wyrok KIO z dnia 7 czerwca 2010 r., KIO/UZP 949/10, LEX nr 590093
13. Wyrok KIO z dnia 9 września 2010 r., KIO/UZP 1832/10, LEX nr 666266
14. Wyrok KIO z dnia 25 listopada 2010 r., KIO/UZP 2453/10, LEX nr 688794
15. Wyrok KIO z dnia 5 stycznia 2011 r., KIO/UZP 2756/10, LEX nr 698063
16. Wyrok KIO z dnia 28 stycznia 2011 r., KIO 101/11, LEX nr 736782
17. Wyrok KIO z dnia 1 lutego 2011 r., KIO 79/11; KIO 89/11; KIO 90/11, LEX nr 784855
18. Wyrok KIO z dnia 4 lutego 2011 r., KIO 133/11, LEX nr 738434
19. Wyrok KIO z dnia 2 marca 2011 r., KIO 320/11, LEX nr 784792
20. Wyrok KIO z dnia 11 marca 2011 r., KIO 380/11, LEX nr 786293

21. Wyrok KIO z dnia 18 marca 2011 r KIO 440/11; KIO 448/11; KIO 451/11; KIO 458/11, LEX nr 1415557
22. Wyrok KIO z dnia 29 marca 2011 r., KIO 588/11, LEX nr 794756
23. Wyrok KIO z dnia 6 kwietnia 2011 r., KIO 632/11, LEX nr 794832
24. Wyrok KIO z dnia 8 kwietnia 2011 r., KIO 653/11, LEX nr 798091
25. Wyrok KIO z dnia 23 maja 2011 r., KIO 1004/11, LEGALIS nr 350677
26. Wyrok KIO z dnia 26 września 2011 r., KIO 1995/11, LEX nr 969516
27. Wyrok KIO z dnia 10 maja 2012r., KIO 877/12, LEX nr 1164525
28. Wyrok KIO z dnia 6 czerwca 2012 r., KIO 1041/12, LEGALIS nr 496101
29. Wyrok KIO z dnia 12 czerwca 2012 r., KIO 1104/12, LEGALIS nr 491206
30. Wyrok KIO z dnia 19 czerwca 2012 r., KIO 1162/12, LEGALIS nr 491255
31. Wyrok KIO z dnia 4 lipca 2012 r., KIO 1341/12, LEX nr 1212100
32. Wyrok KIO z dnia 21 sierpnia 2012r., KIO 1684/12, LEX nr 1216230
33. Wyrok KIO z dnia 28 grudnia 2012 r., KIO 2704/12, LEX nr 1256945
34. Wyrok KIO z dnia 22 stycznia 2013r., KIO 2928/12, LEX nr 1276198
35. Wyrok KIO z dnia 10 kwietnia 2013 r., KIO 682/13, LEGALIS nr 741599
36. Wyrok KIO z dnia 10 kwietnia 2013r., KIO 694/13, LEX nr 1312641
37. Wyrok KIO z dnia 11 kwietnia 2013r., KIO 742/13, LEX nr 1312675
38. Wyrok KIO z dnia 6 maja 2013r., KIO 913/13, LEX nr 1319149
39. Wyrok KIO z dnia 15 maja 2013 r., KIO 1036/13; KIO 1045/13, LEX nr 1335140
40. Wyrok KIO z dnia 17 lipca 2013r., KIO 1598/13, LEX nr 1395886
41. Wyrok KIO z dnia 19 listopada 2013 r., KIO 2561/13, LEX nr 1421841
42. Wyrok KIO z dnia 21 listopada 2013 r., KIO 2591/12, LEX nr 1425146
43. Wyrok KIO z dnia 21 listopada 2013 r., KIO 2619/13, LEX nr 1427329
44. Wyrok KIO z dnia 9 grudnia 2013 r., KIO 2723/13, LEX nr 1436520
45. Wyrok KIO z dnia 13 marca 2014 r., KIO 407/14, LEX nr 1444682
46. Wyrok KIO z dnia 28 marca 2014 r., KIO 588/14, LEX nr 1455788
47. Wyrok KIO z dnia 2 kwietnia 2014r., KIO 568/14, LEX nr 1455772
48. Wyrok KIO z dnia 9 kwietnia 2014r., KIO 597/14, LEX nr 1455795
49. Wyrok KIO z dnia 15 kwietnia 2014r., KIO 649/14; KIO 655/14, LEX nr 1460584
50. Wyrok KIO z dnia 8 maja 2014 r., KIO 797/14, LEX nr 1463496
51. Wyrok KIO z dnia 1 września 2014 r., KIO 1655/14, LEX nr 1532347
52. Wyrok KIO z dnia 9 września 2014 r., KIO 1761/14, LEGALIS nr 1093242
53. Wyrok KIO z dnia 6 listopada 2014 r., KIO 2177/14, LEX nr 1604691

54. Wyrok KIO z dnia 16 grudnia 2014r., KIO 2538/14, LEGALIS nr 1206496
55. Wyrok KIO z dnia 17 marca 2015 r., KIO 412/15, LEX nr 1676162
56. Wyrok KIO z dnia 30 marca 2015 r., KIO 513/15, LEGALIS nr 1242357
57. Wyrok KIO z dnia 31 marca 2015 r., KIO 524/15, LEGALIS nr 1242346
58. Wyrok KIO z dnia 11 maja 2015r., KIO 832/15, LEX nr 1783177
59. Wyrok KIO z dnia 25 czerwca 2015r., KIO 1203/15, LEX nr 1808558
60. Wyrok KIO z dnia 1 lipca 2015 r., KIO 1283/15, LEX nr 1813375
61. Wyrok KIO z dnia 13 lipca 2015 r., KIO 1370/15, LEGALIS nr 1360992
62. Wyrok KIO z dnia 3 września 2015 r., KIO 1814/15, LEX nr 1929093
63. Wyrok KIO z dnia 4 września 2015 r., KIO 1802/15, LEX nr 1918847
64. Wyrok KIO z dnia 4 września 2015r., KIO 1812/15; KIO 1819/15; KIO 1820/15, LEX nr 1918856
65. Wyrok KIO z dnia 16 września 2015r., KIO 1901/15; KIO 1922/15, LEX nr 1800080
66. Wyrok KIO z dnia 25 listopada 2015 r., KIO 2512/15, LEX nr 1978039
67. Wyrok KIO z dnia 27 listopada 2015 r., KIO 2429/15, LEX nr 1977974
68. Wyrok KIO z dnia 30 listopada 2015r., KIO 2510/15, LEX nr 1978038
69. Wyrok KIO z dnia 8 grudnia 2015r., KIO 2598/15, LEX nr 1978097
70. Wyrok KIO z dnia 10 grudnia 2015r., KIO 2575/15, LEX nr 1978086
71. Wyrok KIO z dnia 7 marca 2016r., KIO 235/16, LEX nr 2019384
72. Wyrok KIO z dnia 17 marca 2016 r., KIO 330/16, LEX nr 2051497
73. Wyrok KIO z dnia 13 kwietnia 2016 r., KIO 453/16; KIO 454/16, LEX nr 2026077
74. Wyrok KIO z dnia 5 maja 2016 r., KIO 598/16, LEX nr 2048457
75. Wyrok KIO z dnia 10 maja 2016r., KIO 654/16, LEX nr 2054106
76. Wyrok KIO z dnia 29 czerwca 2016 r., KIO 1028/16, LEX nr 2111789
77. Wyrok KIO z dnia 30 czerwca 2016 r., KIO 1044/16, LEX nr 2112142
78. Wyrok KIO z dnia 1 lipca 2016r., KIO 898/16; KIO 899/16; KIO 901/16, LEX nr 2106302
79. Wyrok KIO z dnia 24 sierpnia 2016 r., KIO 1350/16, LEGALIS nr 1533593
80. Wyrok KIO z dnia 24 sierpnia 2016r., KIO 1454/16, LEX nr 2149672
81. Wyrok KIO z dnia 2 września 2016 r., KIO 1524/16, LEX nr 2151598
82. Wyrok KIO z dnia 26 września 2016 r., KIO 1719/16, LEX nr 2153811
83. Wyrok KIO z dnia 21 listopada 2016 r., KIO 1498/16, LEX nr 2149707
84. Wyrok KIO z dnia 16 grudnia 2016 r., KIO 2138/16, LEGALIS nr 1558696
85. Wyrok KIO z dnia 27 grudnia 2016 r. KIO 2344/16, LEX nr 2188481

86. Wyrok KIO z dnia 28 grudnia 2016r., KIO 2357/16, LEX nr 2188663
87. Wyrok KIO z dnia 16 stycznia 2017 r., KIO 2457/16; KIO 2464/16, LEX nr 2209142
88. Wyrok KIO z dnia 17 stycznia 2017 r., KIO 24/17, LEGALIS nr 1576653
89. Wyrok KIO z dnia 9 lutego 2017r., KIO 163/17, LEX nr 2240431
90. Wyrok KIO z dnia 9 lutego 2017r., KIO 168/17, LEX nr 2240436
91. Wyrok KIO z dnia 17 lutego 2017 r., KIO 208/17, LEX nr 2242331
92. Wyrok KIO z dnia 1 marca 2017r., KIO 238/17, LEX nr 2242354
93. Wyrok KIO z dnia 9 marca 2017 r., KIO 338/17, LEX nr 2256450
94. Wyrok KIO z dnia 29 marca 2017 r., KIO 485/17, LEX nr 2271482
95. Wyrok KIO z dnia 6 kwietnia 2017 r., KIO 568/17, LEX nr 2284227
96. Wyrok KIO z dnia 16 maja 2017 r., KIO 802/17, LEX nr 2319205
97. Wyrok KIO z dnia 16 maja 2017 r., KIO 828/17, LEX nr 2319268
98. Wyrok KIO z dnia 31 maja 2017r., KIO 1016/17, LEX nr 2323660
99. Wyrok KIO z dnia 12 czerwca 2017 r., KIO 1102/17, LEX nr 2325547
100. Wyrok KIO z dnia 14 czerwca 2017 r., KIO 1048/17, LEX nr 2323686
101. Wyrok KIO z dnia 19 czerwca 2017 r., KIO 1081/17; KIO 1084/17; KIO 1091/17, LEX nr 2324463
102. Wyrok KIO z dnia 23 czerwca 2017 r., KIO 1200/17, LEX nr 2336656
103. Wyrok KIO z dnia 7 lipca 2017 r., KIO 1294/17, LEX nr 2337974
104. Wyrok KIO z dnia 12 lipca 2017 r., KIO 1331/17, LEX nr 2338004
105. Wyrok KIO z dnia 8 sierpnia 2017 r., KIO 1471/17, LEX nr 2349329
106. Wyrok KIO z dnia 8 sierpnia 2017 r., KIO 1583/17, LEX nr 2373817
107. Wyrok KIO z dnia 11 sierpnia 2017 r., KIO 1536/17, LEX nr 2370683
108. Wyrok KIO z dnia 24 sierpnia 2017 r., KIO 1643/17, LEGALIS nr 1692148
109. Wyrok KIO z dnia 26 września 2017 r., KIO 1908/17, LEGALIS nr 1704735
110. Wyrok KIO z dnia 5 października 2017 r., KIO 1938/17, LEGALIS nr 1704775
111. Wyrok KIO z dnia 17 października 2017 r., KIO 2077/17, LEX nr 2407306
112. Wyrok KIO z dnia 31 października 2017 r., KIO 2184/17, LEX nr 2409074
113. Wyrok KIO z dnia 6 listopada 2017 r., KIO 2165/17, LEX nr 2408990
114. Wyrok KIO z dnia 6 grudnia 2017 r., KIO 2448/17, LEGALIS nr 1712954
115. Wyrok KIO z dnia 8 stycznia 2018 r., KIO 2681/17, LEGALIS nr 1720211
116. Wyrok KIO z dnia 17 stycznia 2018 r., KIO 33/18, LEX nr 2445259
117. Wyrok KIO z dnia 21 stycznia 2018 r., KIO 2617/18, LEGALIS nr 1883446
118. Wyrok KIO z dnia 12 marca 2018 r., KIO 363/18, LEGALIS nr 1804855

119. Wyrok KIO z dnia 27 kwietnia 2018 r., KIO 701/18, LEGALIS nr 1820276
120. Wyrok KIO z dnia 22 czerwca 2018 r., KIO 1110/18, LEX nr 2559003
121. Wyrok KIO z dnia 23 sierpnia 2018 r., KIO 1548/18, LEX nr 2575471
122. Wyrok KIO z dnia 24 września 2018 r., KIO 1817/18, LEGALIS nr 1866163
123. Wyrok KIO z dnia 8 października 2018 r., KIO 1904/18, LEGALIS nr 1861327
124. Wyrok KIO z dnia 16 października 2018 r., KIO 2006/18, LEGALIS nr 1860373
125. Wyrok KIO z dnia 8 listopada 2018 r., KIO 2192/18, LEX nr 2620612
126. Wyrok KIO z dnia 23 listopada 2018 r., KIO 2304/18, LEX nr 2620410
127. Wyrok KIO z dnia 4 grudnia 2018 r., KIO 2460/18, LEX nr 2621368
128. Wyrok KIO z dnia 11 grudnia 2018 r., KIO 2450/18, LEGALIS nr 1890187
129. Wyrok KIO z dnia 14 grudnia 2018 r., KIO 2460/18, LEX nr 2621368
130. Wyrok KIO z dnia 10 stycznia 2019 r., KIO 2581/18, LEGALIS nr 1883192
131. Wyrok KIO z dnia 24 stycznia 2019 r., KIO 2584/18, LEGALIS nr 1883199
132. Wyrok KIO z dnia 5 lutego 2019 r., KIO 82/19, LEGALIS nr 1942677
133. Wyrok KIO z dnia 25 lutego 2019 r., KIO 239/19, LEX nr 2671246
134. Wyrok KIO z dnia 26 marca 2019 r., KIO 435/19, LEGALIS nr 2215293
135. Wyrok KIO z dnia 4 kwietnia 2019 r., KIO 488/19, LEX nr 2681926
136. Wyrok KIO z dnia 12 kwietnia 2019 r., KIO 547/19, LEGALIS nr 2195823
137. Wyrok KIO z dnia 21 czerwca 2019 r., KIO 1032/19, LEGALIS nr 2228070
138. Wyrok KIO z dnia 12 czerwca 2019 r., KIO 972/19, LEGALIS nr 2235671
139. Wyrok KIO z dnia 27 czerwca 2019 r., KIO 1050/19, LEGALIS nr 2229422
140. Wyrok KIO z dnia 9 lipca 2018 r., KIO 1270/18, LEX 2567810
141. Wyrok KIO z 10 stycznia 2019 r., KIO 2638/18, LEX nr 2624256
142. Wyrok KIO z dnia 11 stycznia 2019 r., KIO 2627/18, LEX nr 2624202
143. Wyrok KIO z dnia 6 lutego 2019 r., KIO 106/19, LEX 2649656
144. Wyrok KIO z dnia 25 marca 2019 r., KIO 405/19, LEGALIS nr 2203149
145. Wyrok KIO z dnia 1 kwietnia 2019 r., KIO 455/19, LEGALIS nr 2195831
146. Wyrok KIO z dnia 29 kwietnia 2019 r., KIO 701/19, LEGALIS nr 1971782
147. Wyrok KIO z dnia 2 sierpnia 2019 r., KIO 1374/19, LEGALIS nr 2248558
148. Wyrok KIO z dnia 6 sierpnia 2019 r., KIO 1418/19, LEGALIS nr 2245578
149. Wyrok KIO z dnia 9 sierpnia 2019 r., KIO 1438/19, LEGALIS nr 2248805
150. Wyrok KIO z dnia 3 grudnia 2019 r., KIO 2352/18, LEGALIS nr 1882545

Postanowienia

1. Postanowienie KIO z dnia 11 lipca 2008 r., KIO/UZP 652/08, LEX nr 443385
2. Postanowienie KIO z dnia 20 lutego 2009 r., KIO/UZP 156/09, LEX nr 487614
3. Postanowienie KIO z dnia 14 stycznia 2010 r., KIO/UZP 1671/09, LEX nr 557974
4. Postanowienie KIO z dnia 9 kwietnia 2010 r., KIO/UZP 437/10, LEGALIS 819225
5. Postanowienie KIO z dnia 28 czerwca 2010 r., KIO/UZP 1179/10, LEX nr 590036
6. Postanowienie KIO z dnia 28 października 2010r., KIO 2284/10, LEX nr 736378
7. Postanowienie KIO z dnia 30 listopada 2010 r., KIO/UZP 2511/10, LEX nr 690941
8. Postanowienie KIO z dnia 21 marca 2011r., KIO 556/11, LEX nr 786415
9. Postanowienie KIO z dnia 7 kwietnia 2011r., KIO 666/11, LEX nr 788751
10. Postanowienie KIO z dnia 11 kwietnia 2011r., KIO 724/11, LEX nr 795757
11. Postanowienie KIO z dnia 12 kwietnia 2011r., KIO 729/11, LEX nr 795756
12. Postanowienie KIO z dnia 18 kwietnia 2011r., KIO 747/11, LEX nr 795175
13. Postanowienie KIO z dnia 21 kwietnia 2011r., KIO 768/11, LEX nr 798078
14. Postanowienie KIO z dnia 23 maja 2011r., KIO 1025/11, LEX nr 844657
15. Postanowienie KIO z dnia 27 maja 2011r., KIO 1036/11, LEX nr 844667
16. Postanowienie KIO z dnia 6 czerwca 2011r., KIO 1069/11, LEX nr 845949
17. Postanowienie KIO z dnia 15 czerwca 2011r., KIO 1204/11, LEX nr 852171
18. Postanowienie KIO z dnia 19 lipca 2011r., KIO 1483/11, LEX nr 950318
19. Postanowienie KIO z dnia 5 sierpnia 2011r., KIO 1614/11, LEX nr 898358
20. Postanowienie KIO z dnia 16 sierpnia 2011r., KIO 1687/11, LEX nr 951183
21. Postanowienie KIO z dnia 8 września 2011r., KIO 1879/11, LEX nr 955002
22. Postanowienie KIO z dnia 13 września 2011r., KIO 1927/11, LEX nr 964386
23. Postanowienie KIO z dnia 23 stycznia 2012 r., KIO 106/12, LEX nr 1110275
24. Postanowienie KIO z dnia 16 maja 2012r., KIO 897/12, LEGALIS nr 517871
25. Postanowienie KIO z dnia 12 czerwca 2012r., KIO 1090/12, LEX nr 1169719
26. Postanowienie KIO z dnia 13 czerwca 2012r., KIO 1044/12, LEGALIS nr 541789
27. Postanowienie KIO z dnia 24 lipca 2012r., KIO 1479/12, LEX nr 1213675
28. Postanowienie KIO z dnia 18 września 2012r., KIO 1798/14, LEX nr 1645284
29. Postanowienie KIO z dnia 4 marca 2013r., KIO 402/13, LEX nr 1295052
30. Postanowienie KIO z dnia 13 marca 2013r., KIO 510/13, LEX nr 1298050
31. Postanowienie KIO z dnia 4 kwietnia 2013r., KIO 667/13, LEX nr 1311905
32. Postanowienie KIO z dnia 23 maja 2013r., KIO 1046/13, LEX nr 1342033
33. Postanowienie KIO z dnia 27 sierpnia 2013r., KIO 1932/13, LEX nr 1405332

34. Postanowienie KIO z dnia 8 października 2013r., KIO 2286/13; KIO 2287/13, LEX nr 1413392
35. Postanowienie KIO z dnia 17 października 2013r., KIO 2364/13, LEX nr 1415346
36. Postanowienie KIO z dnia 8 listopada 2013 r., KIO 2567/13, LEX nr 1421846
37. Postanowienie KIO z dnia 26 marca 2014 r., KIO 490/14, LEGALIS nr 863247
38. Postanowienie KIO z dnia 3 kwietnia 2014 r., KIO 576/14, LEX nr 1455778
39. Postanowienie KIO z dnia 31 lipca 2014r., KIO 1470/14, LEX nr 1511410
40. Postanowienie KIO z dnia 31 października 2014r., KIO 2194/14, LEX nr 1611732
41. Postanowienie KIO z dnia 12 listopada 2014r., KIO 2250/14, LEX nr 1611774
42. Postanowienie KIO z dnia 1 grudnia 2014r., KIO 2352/14, LEX nr 1622164
43. Postanowienie KIO z dnia 15 września 2016 r., KIO 1674/16, LEX nr 2142543
44. Postanowienie KIO z dnia 4 października 2016 r., KIO 1810/16, LEX nr 2155326

Uchwały

1. Uchwała KIO z dnia 3 lipca 2017 r., KIO/KD 24/17, LEX nr 2323869
2. Uchwała KIO z dnia 12 lipca 2018 r., KIO-KD 28/18, LEX nr 2542802
3. Uchwała KIO z dnia 10 sierpnia 2018r., KIO/KD 31/18, LEX nr 2542799

Orzecznictwo Sądu Okręgowego:

1. Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 20 stycznia 2004 r., (nie publikowany) V Ca 2344/03
2. Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 8 listopada 2005 r., V CA 1377/05, LEX nr 621229
3. Wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 16 września 2010r., XIX Ga 302/10, LEX nr 1713420
4. Wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 7 stycznia 2014 r., IV Ka 773/13, LEX nr 1870412
5. Wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 21 grudnia 2016 r., IX Ga 502/16, LEX nr 2192118
6. Wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 22 grudnia 2016 r., II Ca 1461/16, LEX nr 2189160
7. Wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 24 lipca 2017 r., III Ca 924/17, LEX nr 2386739

Orzecznictwo Sądu Apelacyjnego

1. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 14 grudnia 2012 r., I ACa 929/15, LEX nr 2023682
2. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 31 marca 2016 r., I ACa52/16, LEX 2071348
3. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 2 lipca 2018 r., I AGa, 102/18, LEX nr 2546250.

Orzecznictwo Sądu Najwyższego

Wyroki

1. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 lutego 2009 r., V CSK 337/08, LEX nr 488738
2. Wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 13 października 2011 r., V CSK 475/10, LEGALIS nr 453513
3. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 marca 2015 r., II CSK 122/15, LEGALIS nr 1460309
4. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 października 2015 r., II CSK 831/14, LEGALIS nr 1364689
5. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 lutego 2016 r., II CSK/197/15, LEX nr 2019505
6. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 maja 2018 r., IV CSK 448/17, LEX nr 2557162

Uchwały

1. Uchwała Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z dnia 17 lutego 2016 r., III CZP 111/15, LEGALIS 1399205

Postanowienia

1. Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 27 maja 2010 r., III CZP25/10, LEX nr 602808

Orzecznictwo Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego

Wyroki

1. Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 3 lipca 2007r., V SA/Wa 172/07, LEX nr 368193

2. Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 25 sierpnia 2017 r., VIII SA/Wa 13/17, LEX nr 2364540
3. Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gliwicach z dnia 19 października 2017 r., IV SA/GI 833/17, LEX nr 2406385

Postanowienia

1. Postanowienie Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego z siedzibą w Warszawie z dnia 26 lutego 2009 r., V SAB/Wa 17/08, LEGALIS 566028

Orzecznictwo Naczelnego Sądu Administracyjnego

1. Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 11 października 2011 r., II GSK 1942/11, LEGALIS nr 392181
2. Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 28 lutego 2017 r., II GSK 1608/15, LEX nr 2281051

Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości

1. Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 14 lutego 2008r. C-450/06, LEX 360619
2. Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 13 grudnia 2012 r. C-465/11, LEGALIS nr 551733

Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego

1. Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 13 czerwca 2006 r. SK 54/04, LEGALIS nr 75240

Strony internetowe:

1. <https://prawo.uni.wroc.pl/sites/default/files/students-resources/Formy%20działania%20administracji%20-%20ciąg%20dalszy.pdf>, Dostęp: 2020.01.04, godz. 22:07
2. <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-archiwalne/warunki-udzialu-w-postepowaniu-o-udzielenie-zamowienia-publicznego-oraz-oswiadczenia-zadane-na-ich-potwierdzenie>, dostęp: 29-09-2019r.

3. <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-archiwalne/sposob-obliczenia-terminu-na-wniesienie-wniosku-o-wyjasnienie-tresci-specyfikacji-istotnych-warunkow-zamowienia>, dostęp 29-09-2019.
4. https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0028/24886/zp_w_UE_dyrektywy20uslugi20dostawy20roboty_II.pdf, dostęp: 01-02-2020r. godz. 20:51
5. <https://encyklopedia.pwn.pl/haslo/cel;3883871.html>
6. https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0029/36947/Sprawozdanie_2017_05.06.2018.pdf, dostęp 20-09-2019r
7. https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0029/36875/Koncepcja_nowego_prawa_zamowien_publicznych.pdf, dostęp: 29-09-2019r.
8. <https://sjp.pwn.pl/sjp/funkcja;2558721.html>
9. <https://sjp.pwn.pl/slowniki/ochrona.html>
10. <https://sjp.pl/kontrola>
11. <https://www.uzp.gov.pl/kio> [dostęp: 03-02-2020r.]
12. <https://www.uzp.gov.pl/kio/o-kio/podstawowe-informacje-o-kio> [dostęp: 03-02-2020r.]
13. <https://www.uzp.gov.pl/kio/o-kio/wladze-kio/prezes-izby-malgorzata-rakowska> [dostęp: 21.02.2020r.].
14. <http://www.zamowienia-publiczne.lex.pl/czytaj/-/artykul/srodki-ochrony-prawnej-w-pzp-po-nowelizacji>
15. <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-dotyczace-ustawy-pzp/inne/srodki-ochrony-prawnej>
16. <https://www.uzp.gov.pl/kio/postepowanie-odwolawcze/komunikaty-na-temat-numerow-kont-i-wysokosci-oplat>
17. <https://www.uzp.gov.pl/kio/postepowanie-odwolawcze/podstawowe-informacje> (dostęp: 28-03-2020r.)

Inne opracowania:

1. Adusei C., Awunyo – Vitor D., *Implementation Challenges of the Public Procurement Act by Selected Metropolitan, Municipal and District Assemblies in the Ashanti Region, Ghana* [https://www.scirp.org/\(S\(i43dyn45teexjx455qlt3d2q\)\)/reference/ReferencesPapers.aspx?ReferenceID=1421274](https://www.scirp.org/(S(i43dyn45teexjx455qlt3d2q))/reference/ReferencesPapers.aspx?ReferenceID=1421274), dostęp: 29-09-2019r.
2. Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, *Raport. System zamówień publicznych a rozwój konkurencji w gospodarce*, Warszawa 2013

3. Encyklopedia zarządzania 2019, https://mfiles.pl/pl/index.php/Zamowienia_publiczne, dostęp: 29-09-2019r. godz. 22:29.
4. Uzasadnienie projektu ustawy z dnia 9 kwietnia 1999r. o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych
5. Kontrola Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych – regulacje prawne oraz instrukcje, źródło: <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/kontrole-prowadzone-przez-uzp/kontrola-prezesa-urzedu-zamowien-publicznych-regulacje-prawne-oraz-instrukcje>, [dostęp na dzień: 22.10.2019].
6. *Wyniki przeprowadzonych w 2017 r. przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kontroli zamówień współfinansowanych kontroli zamówień współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej*, Warszawa 2018
7. K. Lubiński, Stenogram z wykładu dla słuchaczy Podyplomowych Studiów Prawa Zamówień Publicznych, Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu, w roku akad. 2014/2015, cyt. za zgodą autora.
8. Biuletyn partnerstwa publiczno - prywatnego nr 12, https://www.ppp.gov.pl/Publikacje/E_przewodnik/Documents/Biuletyn_PPP_nr_12_wybor_partnera.pdf, dostęp: 29-07-2019r.
9. Opinie prawne dotyczące Ustawy Prawo zamówień publicznych po nowelizacji, Warszawa 2016, s. 29 - https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0017/33407/OPINIE_PRAWNE_CALOS_C876.pdf, [dostęp na dzień: 04-02-2020r.].
10. Zmiany w zakresie środków ochrony prawnej, https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0023/31883/06_srodki-Ochrony-Prawnej.pdf, [dostęp na dzień: 29-09-2019r.]
11. Sprawozdanie Prezesa UZP o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2016r., Warszawa
12. Komunikat komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego komitetu ekonomiczno – społecznego i komitetu regionów, Kompleksowe e-zamówienia jako środek modernizacji administracji publicznej, źródło: https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0036/27999/COM_453.pdf, dostęp: 29-09-2019r.
13. Informacja o działalności Krajowej Izby Odwoławczej w 2018 roku, Warszawa 2019, https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0013/42160/Informacja-o-dzialanosci-Krajowej-Izby-Odwoławczej-w-2018-r..pdf [dostęp: 11-03-2020r.].

14. https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0013/42160/Informacja-o-dzialanosci-Krajowej-Izby-Odwolawczej-w-2018-r..pdf [dostęp: 11-03-2020r.].
15. K. Młodecka, *Zamknięcie rozprawy i jej otwarcie na nowo*. Tekst dostępny na stronie: <https://sip.legalis.pl/document-full.seam?documentId=mjuwelrsggydemzzgeydc#>
16. Rózek K., *Uwarunkowania prawne umowy administracyjnej jako niechcianej przez polskiego ustawodawcę formy działania administracji publicznej*, https://ruj.uj.edu.pl/xmlui/bitstream/handle/item/57267/rozek_uwarunkowania_prawne_umowy_administracyjnej_jako_niechcianej_2018.pdf?sequence=1&isAllowed=y, Dostęp: 2020.01.04, godz. 21:18
17. K. Młodecka, *Zakaz zawarcia umowy zamówieniach publicznych*, tekst dostępny na stronie: <https://sip.legalis.pl/document-full.seam?documentId=mjuwelrsggydemzzgeyda#>
18. K. Młodecka, *Odwołanie w zamówieniach publicznych*, <https://sip.legalis.pl/document-full.seam?documentId=mjuwelrsggydemryhezts#header1.18>