

PRACE NAUKOWE

Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu

RESEARCH PAPERS

of Wrocław University of Economics

Nr 362

Zmiany prawodawstwa gospodarczego w okresie transformacji ustrojowej w Polsce

Redaktorzy naukow
Tadeusz Kocowski
Katarzyna Marak



Wydawnictwo Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu
Wrocław 2014

Redakcja wydawnicza: Anna Grzybowska, Joanna Szynal
Redakcja techniczna: Barbara Łopusiewicz
Korekta: Justyna Mroczkowska
Łamanie: Małgorzata Czupryńska
Projekt okładki: Beata Dębska

Publikacja współfinansowana z budżetu województwa dolnośląskiego



Publikacja jest dostępna w Internecie na stronach:
www.ibuk.pl, www.ebscohost.com,
w Dolnośląskiej Bibliotece Cyfrowej www.dbc.wroc.pl,
The Central and Eastern European Online Library www.ceeol.com,
a także w adnotowanej bibliografii zagadnień ekonomicznych BazEkon
http://kangur.uek.krakow.pl/bazy_ae/bazekon/nowy/index.php

Informacje o naborze artykułów i zasadach recenzowania znajdują się
na stronie internetowej Wydawnictwa
www.wydawnictwo.ue.wroc.pl

Kopowanie i powielanie w jakiegokolwiek formie
wymaga pisemnej zgody Wydawcy

© Copyright by Uniwersytet Ekonomiczny we Wrocławiu
Wrocław 2014

ISSN 1899-3192
ISBN 978-83-7695-450-9

Wersja pierwotna: publikacja drukowana

Druk i oprawa:
EXPOL, P. Rybiński, J. Dąbek, sp.j.
ul. Brzeska 4, 87-800 Włocławek

Spis treści

Wstęp	9
Dorota Ambrożuk: Kształtowanie się europejskiego prawa przewozu osób	11
Jan Byrski, Monika Szaraniec: Zmiany w prawie bankowym i ubezpieczeniowym w zakresie pośrednictwa finansowego w okresie transformacji ustrojowej. Część 1: Prawo bankowe	25
Jan Byrski, Monika Szaraniec: Zmiany w prawie bankowym i ubezpieczeniowym w zakresie pośrednictwa finansowego w okresie transformacji ustrojowej. Część 2: Prawo ubezpieczeniowe	36
Monika Chlipała: Promesa w koncesjonowanej działalności gospodarczej ..	49
Marzena Czarnecka: Sposoby zawierania umów z konsumentami w prawie energetycznym od dnia jego powstania do dnia dzisiejszego.....	60
Daniel Dąbrowski: Potrzeba zmian w krajowym prawie przewozowym	70
Joanna Dominowska: Prowadzenie działalności gospodarczej przez organizacje pozarządowe 1989-2014.....	82
Wojciech Fill: Transformacja podatkowych regulacji prawa holdingowego w Polsce	95
Jan Gola: Regulacje antykorupcyjne publicznego prawa gospodarczego a ubieganie się o pozwolenia administracyjne na wykonywanie działalności gospodarczej	109
Jerzy Gospodarek, Katarzyna Marak: Zakres wolności gospodarczej w polskim hotelarstwie w minionym ćwierćwieczu (1989-2014). Część I: Liberalizm gospodarczy w hotelarstwie lat dziewięćdziesiątych XX wieku.....	121
Jerzy Gospodarek, Katarzyna Marak: Zakres wolności gospodarczej w polskim hotelarstwie w minionym ćwierćwieczu (1989-2014). Część II: Świadczenie usług hotelarskich jako wolna działalność gospodarcza na gruncie ustawy o usługach turystycznych z 1997 roku	131
Krzysztof Horubski: Ochrona interesów pracowników w systemie zamówień publicznych – wybrane zagadnienia	146
Janusz Kaspryszyn: Ważne przyczyny wyłączenia wspólnika ze spółki z ograniczoną odpowiedzialnością	160
Aneta Kaźmierczyk, Kinga Michałowska: Ewolucja prawa własności w okresie transformacji gospodarczych przełomu XX i XXI wieku.....	182
Tadeusz Kocowski: Komerccjalizacja przedsiębiorstw państwowych a właścicielskie uprawnienia nadzorcze administracji publicznej.....	196
Piotr Kukuryk: Ewolucja pojęcia „konsument” w polskim prawie cywilnym.	211

Michał Kuźnik: Zakres kognicji sądu upadłościowego w przedmiocie za- twierdzenia układu w postępowaniu upadłościowym	227
Jacek Lachner: Problematyka zmian umowy w związku z nadzwyczajną zmianą okoliczności.....	240
Jolanta Loranc-Borkowska: Nowa regulacja rękojmi za wady rzeczy sprze- danej – uwagi ogólne	251
Aleksandra Lubicz-Posochowska: Podmioty odpowiedzialne za czyn nie- uczciwej konkurencji – wprowadzanie w błąd oznaczeniem przedsięwzię- stwa	264
Małgorzata Mędrala: Ochrona małych pracodawców a transformacja ustro- jowa w Polsce – wybrane zagadnienia	274
Ambroży Mituś: Sekurytyzacja i jej uregulowanie w przepisach prawa kra- jowego – zarys problematyki.....	286
Aleksandra Nowak-Gruca: Środki ochrony praw własności przemysłowej w okresie transformacji ustrojowej (zagadnienia materialnoprawne).....	300
Aldona Piotrowska: Zmiany ustawodawstwa gospodarczego regulującego zawód pośrednika w obrocie nieruchomościami	315
Katarzyna Poroś: Prokura oddziałowa	330
Agnieszka Sobiech: Podmiotowość podatkowa spółek osobowych na prze- strzeni ostatnich 25 lat	342
Tomasz M. Szczurowski: Opcje na prawa udziałowe w procesach inwestycji w spółki niepubliczne	357
Ryszard Szostak: Rozpoznawanie sporów przedumownych z zakresu zamó- wień publicznych po reaktywowaniu mechanizmów rynkowych	370
Andrzej Śmieja: W sprawie funkcji realizowanych przez karę umowną	387
Krzysztof Wesolowski: Konsekwencje sposobu unormowania ochrony pasa- żerów w prawie Unii Europejskiej	399
Magdalena Wilejczyk: Przemiany polskiego prawa firmowego. Wokół (nie)zbywalności firmy	413
Bartosz Ziemblicki: Współpraca Polski z międzynarodowymi organizacjami gospodarczymi w okresie transformacji ustrojowej	424

Summaries

Dorota Ambrożuk: Shaping the European law concerning the carriage of passengers	23
Jan Byrski, Monika Szaraniec: Changes in banking and insurance law in the range of financial intermediation during the period of political transforma- tion. Part 1 – Banking law	35
Jan Byrski, Monika Szaraniec: Changes in banking and insurance law in the range of financial intermediation during the period of political transforma- tion. Part 2 – Insurance law	48

Monika Chlipała: A promise in licensed economic activity.....	59
Marzena Czarnecka: Ways of concluding contracts with customers in energy law from the date of its establishment till nowadays.....	69
Daniel Dąbrowski: The need for change in the domestic transport law	81
Joanna Dominowska: Non-governmental organizations business activity 1989-2014	94
Wojciech Fill: Transformation of tax adjustment of holding law in Poland....	108
Jan Gola: Anti-corruption regulations of the public economic law and applying for administrative permission to conduct business activity	120
Jerzy Gospodarek, Katarzyna Marak: The scope of economic freedom in Polish hospitality in the last twenty five years (1989-2014). Part 1: Economic liberalism in hospitality in the 1990s.....	130
Jerzy Gospodarek, Katarzyna Marak: The scope of economic freedom in Polish hospitality in the last twenty five years (1989-2014). Part 2: Providing hotel services as a free economic activity based on the 1997 tourist services act.....	145
Krzysztof Horubski: Protection of the interests of workers in the public procurement system – selected issues.....	159
Janusz Kaspryszyn: Important causes of the exclusion of a shareholder from limited liability company	181
Aneta Kaźmierczyk, Kinga Michałowska: The evolution of ownership during the economic transformation of the turn of XX th and XXI st century ...	195
Tadeusz Kocowski: Commercialization of state companies vs. ownership supervision rights of public administration.....	210
Piotr Kukuryk: Evolution of the notion of ”consumer” in the Polish Civil Law	226
Michał Kuźnik: Scope of cognition of the bankruptcy court’s approval of the arrangement in bankruptcy proceedings.....	239
Jacek Lachner: Problem of contract changes in connection with the exceptional change of circumstances	250
Jolanta Loranc-Borkowska: New regulation of the warranty for defects of a sold thing – general comments	263
Aleksandra Lubicz-Posochowska: Entities responsible for an act of unfair competition – misleading indication of the company.....	273
Małgorzata Mędrala: Protection of small employers vs. political transformation in Poland – selected problems	285
Ambroży Mituś: Securitization and regulations pertaining to it in the national legal provisions – outline of the issue.....	299
Aleksandra Nowak-Gruca: Protection measures of industrial property rights in the times of political transformation (substantive issues)	314
Aldona Piotrowska: Changes in the legislation governing the profession of the real estate agent.....	329

Katarzyna Poroś: Branch commercial proxy	341
Agnieszka Sobiech: Tax subjectivity of partnerships in the last 25 years.....	356
Tomasz M. Szczurowski: Options on share-related rights in the processes of private equity investments	369
Ryszard Szostak: Recognizing pre-contractual disputes in public procurement after the reactivation of market mechanisms	386
Andrzej Śmieja: Functions of stipulated penalty	398
Krzysztof Wesółowski: The consequences of the method of protection of passengers in the European Union law	412
Magdalena Wilejczyk: Transformations of the Polish corporate law. Around the (non)transferability of the entrepreneur's name	423
Bartosz Ziemblicki: Cooperation of Poland with international economic organizations during the period of political transformation.....	432

Ryszard Szostak

Uniwersytet Ekonomiczny w Krakowie

ROZPOZNAWANIE SPORÓW PRZEDUMOWNYCH Z ZAKRESU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH PO REAKTYWOWANIU MECHANIZMÓW RYNKOWYCH

Streszczenie: Po zmianie ustroju zamówienia publiczne funkcjonowały w Polsce na ogólnych zasadach prawa cywilnego. Ustawa z 1994 r. o zamówieniach publicznych nawiązywała do rodzimych regulacji przedwojennych oraz umiarkowanych rozwiązań modelowych ONZ, ale w mniejszym stopniu odzwierciedlała surowsze rozwiązania europejskie, co zmieniło się dopiero na gruncie ustawy z 2004 roku. Początkowo spory przedumowne były rozpatrywane przez doraźne zespoły arbitrów, potem przez arbitraż stały. Ostatecznie podporządkowano je Krajowej Izbie Odwoławczej, prowadzącej postępowanie na zasadzie równorzędności stron i kontrydiktoryjności. Cierpi jednak jakość orzekania. Postuluje się usprawnienie funkcjonowania Izby albo podporządkowanie sporów odwoławczych sądownictwu powszechnemu, najlepiej jednemu sądowi właściwemu dla obszaru całego kraju.

Słowa kluczowe: zamówienia publiczne, postępowanie odwoławcze, Krajowa Izba Odwoławcza.

DOI: 10.15611/pn.2014.362.28

1. W ramach przemian ustrojowych w latach 1989-1990 uchylono właściwe dla poprzedniego ustroju i gospodarki nakazowo-rozdzielczej przepisy o dostawach, usługach i robotach świadczonych na rzecz jednostek gospodarki społecznej, a także mające wycinkowe zastosowanie przepisy o zamówieniach rządowych¹. Już od 1 października 1989 r. przestał funkcjonować Państwowy Arbitraż Gospodarczy,

¹ Przełomowe znaczenie miała ustawa z dnia 30 września 1990 r. o uchyleniu ustawy o planowaniu społeczno-gospodarczym oraz o zmianie niektórych ustaw (Dz.U. nr 87, poz. 505), będąca podstawą ustanienia mocy obowiązującej wielu normatywnych aktów samoistnych, a także Uchwały nr 186 RM z 30 grudnia 1989 r. o zamówieniach rządowych na materiały i wyroby (MP nr 44, poz. 353), która miała jednak swoje ustawowe umocowanie. Z kolei w wyniku wprowadzenia ustawy z dnia 28 lipca 1990 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny (Dz.U. nr 55, poz. 321) uchylono wszystkie ogólne warunki umów o charakterze normatywnym, wydane uprzednio na podstawie art. 2 lub 384 kodeksu, lecz skutek ten odroczone w czasie aż do 1 października 1992 r. (por. art. 7). W szczególności w ten sposób utraciły

rozpoznający spory przedumowne pomiędzy jednostkami gospodarki społecznej, sprawy te przekazano zaś do jurysdykcji sądów powszechnych². Jednakże aż do 1994 r. nie udało się – niestety – wprowadzić nowej regulacji zamówień publicznych³. W okresie przejściowym obowiązywały pojedyncze unormowania z ustawy Prawo budżetowe⁴, zgodnie z którymi zlecenie zadań powinno następować na zasadzie wyboru najbardziej korzystnej oferty ich wykonania (art. 4 ust. 1 pkt. 4), natomiast składanie zamówień i dokonywanie wydatków na zakup towarów, świadczenie usług lub robót budowlano-montażowych na rzecz Skarbu Państwa oraz samorządów terytorialnych odbywać się miało w trybie określonym przez Radę Ministrów, w drodze rozporządzenia (art. 42 ust. 1 pkt 5 i ust. 3)⁵. Do wydania tego rozporządzenia nigdy nie doszło, ponieważ ostatecznie zdecydowano się na unormowanie problematyki zamówień publicznych w drodze ustawowej⁶. Dostawy, usługi lub roboty budowlane na potrzeby publiczne zamawiano zatem na zasadach ogólnych prawa cywilnego, w sporadycznych wypadkach stosowano procedury przetargowe w oparciu o regulaminy wewnętrzne bądź instrukcje resortowe. W najtrudniejszej sytuacji byli wykonawcy, zazwyczaj pozbawieni ochrony swoich praw. W bardzo nielicznych wypadkach wytaczano powództwa sądowe o odszkodowanie, ponieważ brak było jeszcze możliwości żądania przez pokrzywdzonego konkurenta unieważnienia umowy finalnej zawartej z naruszeniem prawa lub dobrych obyczajów.

2. Ustawa z 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych⁷ odzwierciedlała przede wszystkim umiarkowane standardy ustawy modelowej UNCITRAL⁸, a także wiele rozwiązań rodzimych z okresu przedwojennego, natomiast w mniejszym stopniu nawiązywała do surowszego prawa europejskiego, z uwagi na nieukończzone jeszcze reformy administracyjne oraz ciągle niedojrzały rynkowo stan gospodarki, ze znacznym udziałem sektora państwowego. Nie bez znaczenia były też rozmaite ograniczenia kadrowe po stronie publicznych instytucji zamawiających. Stąd zdecydowano się na dłuższy okres *vacatio legis*. Ustawa weszła w życie dopiero 1 stycznia 1995 roku. Wprowadzono jednak europejskie zasady udzielania zamówień publicz-

swoją moc ogólne warunki umów na dostawy (por. uchwałę 207 RM z 27 września 1982 r.) oraz ogólne warunki umów o realizację inwestycji budowlanych (por. uchwałę nr 11 RM z 11 lutego 1983 r.).

² Por. Ustawa z dnia 24 maja 1989 r. o rozpoznawaniu przez sądy spraw gospodarczych (Dz.U. nr 33, poz. 175).

³ O perypetiach w tym zakresie zob. J. Beahr, T. Kwieciński, *Ustawa o zamówieniach publicznych – komentarz*, Warszawa 1995, s. 8-9.

⁴ Dz.U. 1993, nr 72, poz. 344 ze zm.

⁵ Wzorowano się tu na niemieckim rozwiązaniu legislacyjnym, a także na przedwojennym sposobie unormowania tej problematyki w rozporządzeniu RM z 29 stycznia 1937 r. o dostawach i robotach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz instytucji prawa publicznego (Dz.U. nr 13, poz. 92).

⁶ Ranga zamówień publicznych wzrosła po ratyfikacji w 1992 r. umowy stowarzyszeniowej z UE, w świetle której (vide art. 68) należało kompleksowo unormować ochronę konkurencji oraz udzielanie zamówień publicznych.

⁷ Dz.U. nr 72, poz. 644.

⁸ Model Law on Procurement of Goods, Constructions and Services, Juli 1993.

nych, zwłaszcza zasadę równego i powszechnego dostępu do tych zamówień oraz zasadę prymatu przetargowego sposobu ich udzielania. Utworzono Urząd Zamówień Publicznych z Prezesem jako centralnym organem administracji państwowej o szerokich kompetencjach kontrolnych. Spory przedumowne dotyczące udzielania zamówień publicznych podlegających reżimowi ustawy wyłączono z jurysdykcji sądowej, poddając je orzecznictwu arbitrażowemu, nawiązując do dawniejszych rozwiązań obowiązujących w niektórych państwach europejskich⁹. Był to bardzo istotny krok naprzód, ponieważ nigdy wcześniej w Polsce nie było można zaskarżyć w trybie spornym wadliwych czynności proceduralnych, podejmowanych przez zamawiającego-organizatora przetargu lub aukcji z pokrzywdzeniem konkurentów ubiegających się o zamówienia publiczne. Przedwojenne rozporządzenie przewidywało jedynie prewencyjną kontrolę uprzednią sprawowaną przez zwierzchni organ zamawiającego w trybie zatwierdzenia (administracyjnego) wyboru oferty. W kodeksie cywilnym dopuszczalność zaskarżenia umowy finalnej przez konkurenta pokrzywdzonego w toku przetargu pojawiła się dopiero w 2003 roku. Szczególne postępowanie odwoławcze wzorowane było w znacznej mierze (podstawy zaskarżenia) na Dyrektywie nr 89/665/EWG z 21 grudnia 1989 r. o procedurach odwoławczych przy udzielaniu zamówień publicznych¹⁰, której trzyletni okres implementacji upłynął parę lat wcześniej. Jak łatwo zauważyć, stan zaawansowania wdrażania nowych rozwiązań dotyczących ochrony interesów wykonawców nie ustępował wiele sytuacji w wielu państwach członkowskich UE. Znaczne obszary niedostosowania ustawy z 1994 r. do rozwiązań i standardów europejskich dotyczyły przede wszystkim podmiotowego zakresu reżimu ustawowego oraz kwestii proceduralnych. Stąd jej wielokrotne nowelizacje, uciążliwe zwłaszcza dla urzędników reprezentujących instytucje zamawiające. Wielokrotne nowelizacje spowodowały, że ustawa wkrótce straciła swoją przejrzystość. Dodatkowo znaczna liczba poprawek, koniecznych przed akcesją naszego kraju do UE, przesądziła w 2004 r. o przygotowaniu i wprowadzeniu nowego aktu: prawa zamówień publicznych¹¹, które – niestety – także trzeba było wielokrotnie zmieniać, z uwagi na potrzebę transpozycji nowych dyrektyw europejskich oraz eliminację rozwiązań chybionych, negatywnie zweryfikowanych w bieżącej praktyce. Obecnie, w obliczu dyrektyw kolejnej generacji¹², znowu nasuwa się koncepcja opracowania nowej ustawy.

⁹ Por. R. Szostak, *Polski model rozpoznawania sporów przedumownych z zakresu zamówień publicznych – z perspektywy jego rozwoju*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2013, nr 8, s. 5.

¹⁰ Dz.Urz. UE, L-395, 31.12.1989, s. 33.

¹¹ Dz.U. nr 19, poz. 177 ze zm.

¹² Zob. dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady z 26 lutego 2014 r., nr 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE; nr 2014/25/UE w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych oraz nr 2014/23/WE w sprawie udzielania koncesji (wszystkie: Dz.Urz. L-94, z 28.03.2014, s. 1 i n.).

Zgodnie z ustawą z 1994 r. rozpoznanie odwołania musiało być poprzedzone protestem o funkcjach sygnalizacyjno-reklamacyjnych. Wprawdzie oba te środki prawne nazwano „odwoławczymi”, protest nie miał jednak charakteru dewolutywnego. Jako środek prawa materialnego uruchamiał jedynie uboczne (wypadkowe) postępowanie reklamacyjne, o charakterze obligatoryjnym, przed samym zamawiającym-organizatorem wielostronnego przetargu lub innej procedury ofertowej o udzielenie zamówienia publicznego. Chodziło o to, aby w razie popełnienia uchybienia proceduralnego zamawiający mógł – uwzględniając protest – na bieżąco skorygować oprotestowaną czynność, nie dopuszczając do procesu (funkcja naprawcza). Istotną była też tzw. ekonomika procesowa, polegająca na możliwości przedprocesowego ustalenia zakresu okoliczności spornych¹³, a także ich znaczenia z punktu widzenia pozostałych wykonawców ubiegających się o zamówienie w wielostronnej procedurze. Środki odwoławcze podlegały jednak na wyłączeniu w zakresie wyboru trybu postępowania o udzielenie zamówienia, zastosowania preferencji krajowych oraz odrzucenia wszystkich ofert, a przejściowo także co do konkursów – dopuszczonych parę lat później przy zamawianiu prac projektowych.

W ramach podstaw zastosowania szczególnych środków odwoławczych operowano trzema przesłankami, a mianowicie: a) naruszeniem przez zamawiającego ustawy, b) powodującym lub zagrażającym uszczerbkiem (szkodą) dla c) interesu prawnego wykonawcy ubiegającego się o zamówienie publiczne. Wprawdzie odzwierciedlały one założenia dyrektywy 89/665, lecz z uwagi na nietypowe odniesienie w praktyce budziły przez dłuższy czas sporo wątpliwości. W razie wniesienia protestu aż do jego ostatecznego rozstrzygnięcia w trybie odwoławczym nie wolno było zawrzeć umowy o zamówienie publiczne (art. 81). Wniesienie protestu obwarowano 7-dniowym terminem, pod rygorem jego odrzucenia. Brak protestu otwierał drogę do zawarcia umowy finalnej. Zamawiający miał tydzień na rozpatrzenie protestu, w razie bezskutecznego upływu tego terminu protest poczytywany był za oddalony. Zamawiający zawieszał procedurę o udzielenie zamówienia.

Odwołanie pomyślane zostało zatem jako skarga na stanowisko zamawiającego zajęte wiążąco w sprawie. Odwołanie przysługiwało bowiem od oddalenia lub odrzucenia protestu, a także w braku jego rozpatrzenia w terminie. Wnoszono je do Prezesa UZP w terminie 3 dni od dnia rozstrzygnięcia protestu bądź 7 dni od bezskutecznego upływu terminu do jego rozpatrzenia (art. 86). Prezes UZP wykonywał jedynie wstępne czynności procesowe (weryfikacja wymogów formalnych oraz wyznaczenie przewodniczącego składu orzekającego) oraz zapewniał obsługę kancelaryjną postępowania odwoławczego, natomiast do procesowego rozpoznania odwołania kreowano *ad hoc* zespół trzech arbitrów, wybieranych z listy prowadzo-

¹³ Por. K. Piasecki, *Procedury poprzedzające sądowe postępowanie cywilne*, „Palestra” 1985, nr 7-8, s. 17 i n. oraz R. Szostak, [w:] *Komentarz do nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych*, Warszawa 2007, s. 66-67.

nej przez Prezesa UZP¹⁴. Do postępowania odwoławczego stosowano przepisy kodeksu postępowania cywilnego o sędzie polubownym, o ile ustawa nie stanowiła inaczej (art. 87). Rozpoznanie odwołania następowało w 14-dniowym terminie instrukcyjnym. Uwzględniając odwołanie, zespół arbitrów mógł nakazać dokonanie zaniechanej lub powtórzenie (unieważnienie) wadliwej czynności zamawiającego albo przerwać postępowanie o udzielenie zamówienia. To drugie, nie całkiem jasne uprawnienie zespołu arbitrów zmierzało do doprowadzenia do unieważnienia przez zamawiającego procedury udzielenia zamówienia. Przedwczesne zawarcie umowy finalnej nie stanowiło przeszkody w rozpoznaniu sporu na wniosek pokrzywdzonego konkurenta, albowiem operując bezwzględną nieważnością (art. 58 kc), można było w razie potrzeby stwierdzić jej nieważność na bieżąco w toku postępowania arbitrażowego¹⁵. Koszty tego postępowania ponosiły w pełni same strony, stosownie do jego wyników. Techniczno-organizacyjne zasady określał regulamin, wprowadzony zarządzeniem Prezesa UZP. Przymusowe egzekwowanie orzeczeń arbitrażowych odbywało się w trybie właściwym dla orzeczeń sądów polubownych. To samo dotyczyło podstawy ich ewentualnego zaskarżenia do sądów powszechnych, zwłaszcza z uwagi na naruszenie zasad praworządności. Zespoły arbitrów nie działały jednak w pełni w charakterze sądów polubownych. W szczególności wyłączone były typowe dla tego rodzaju sądownictwa zasady koncyliacyjno-ugodowego sposobu załatwienia sprawy, ponieważ przy udzielaniu zamówień publicznych, z powodu daleko posuniętego formalizmu, zamiast powszechnych reguł słuszności należało bezwzględnie przestrzegać przepisów prawa.

Wyłączenie ogólnie dopuszczalnego zawarcia ugody przed zespołem arbitrów od razu pociągnęło liczne trudności przy rozpatrywaniu sporów angażujących interesy nie jednego, lecz wielu konkurentów. Tymczasem w ramach wielostronnej z natury procedury o udzielenie zamówienia interesy konkurujących ze sobą wykonawców są na ogół rozbieżne, choć zdarza się, że wycinkowo (co do pojedynczych kwestii) ulegają zbliżeniu. Funkcjonujący od początku przepis art. 83 ust. 2 ustawy, że uczestnikiem postępowania protestacyjnego mógł być także konkurent, który przystąpił do niego w terminie 3 dni, nie załatwiał wszystkich problemów. Po pierwsze, rozwiązania w nim przewidzianego, w warunkach utrzymującej się przez wiele lat literalnej wykładni, nie rozciągano na postępowanie arbitrażowe na zasadzie interwencji ubocznej, co rzutowało bezpośrednio na jakość orzekania. Po drugie, w razie ujawnienia się rozbieżnych interesów wykonawców w odniesieniu do zakwestionowanych czynności zamawiającego dopuszczono – niestety – ponowne protesty na czynności naprawcze, podejmowane z tytułu ostatecznego rozstrzygnięcia pierwotnego protestu. Poza tym protestować można było swobodnie, w każdej fazie postępowania, a nie – jak potem – w związku z udostępnieniem warunków

¹⁴ Warunki wpisu na listę określało zarządzenie Prezesa UZP z 2 stycznia 1995 r. (MP nr 1, poz. 5). Początkowo lista obejmowała kilkadziesiąt, a potem kilkaset osób.

¹⁵ Por. J. Beahr, T. Kwieciński, wyd. cyt., s. 180.

zamówienia oraz w związku z wyborem oferty. Często dochodziło zatem do bezzasadnego przewlekania procedur toczonych o udzielenie zamówienia (każdorazowe wniesienie protestu działało zawieszająco), zwłaszcza gdy protesty nie były poparte rzeczywistym naruszeniem interesów wykonawców, lecz podnoszone z naruszeniem reguł uczciwej konkurencji. Dodatkowo ujawniły się też różne mankamenty wynikające z braku dostatecznych gwarancji zachowania bezstronności i profesjonalizmu arbitrów przy orzekaniu. Były one szczególnie dotkliwe wobec braku możliwości regularnego zaskarżania zapadających werdyktów.

3. Stan ten uległ niewielkiej poprawie w związku z wprowadzeniem nowego prawa zamówień publicznych w 2004 roku. Pozbawiono strony prawa wskazywania arbitrów. Wszystkich trzech arbitrów wyznaczał Prezes UZP w drodze losowania, natomiast funkcję przewodniczącego składu orzekającego zastrzeżono wyłącznie dla osób z wykształceniem prawniczym. Usprawniono też zasady kwalifikowania na nową listę arbitrów (egzamin), zbliżając podstawy funkcjonowania arbitrażu do stałego sądu polubownego. Najważniejszym jednak osiągnięciem było dopuszczenie regularnej skargi sądowej na orzeczenie arbitrów, typu apelacyjnego, wnoszonej do właściwego miejscowo sądu okręgowego, a rozpoznawanej przy odpowiednim zastosowaniu przepisów kpc o apelacji w terminie do 3 miesięcy. Miało to na celu odzwierciedlenie wyraźnego wymogu dyrektywy 89/665, a także stworzenie warunków do poprawy jakości orzekania. Pomimo korzystnego w ocenie wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 13 czerwca 2006 r. (SK-54/04)¹⁶, uznającego zespoły arbitrów za doraźnie orzekające organy władzy publicznej, a obowiązujący tryb zaskarżania ich orzeczeń za przejaw zasady dwuinstancyjności – zmiany z 2004 r. nie spełniały zakładanych oczekiwań. W szczególności z powodu braku należytego unormowania interwencji ubocznej nadal „mnożyły się” procesy co do tych samych czynności proceduralnych. Nie było bowiem dostatecznego oparcia dla rozsądnego pojmowania tradycyjnej *res indicata*. Na dodatek protesty nadal można było wnosić w każdym czasie, każdorazowo zawieszając postępowanie o udzielenie zamówienia. Dochodziło do niedopuszczalnych rozbieżności w orzecznictwie¹⁷. Poza tym koncepcja stałego sądu polubownego traciła na znaczeniu w obliczu upowszechniającej się wykładni art. 2 dyrektywy 89/665 na rzecz jurysdykcji stałego organu państwowego (niekoniecznie sądowego)¹⁸, a także wobec oczywistego braku możliwości

¹⁶ Por. sentencja ogłoszona w Dz.U. nr 108, poz. 749. Pełny tekst: OTK 2006, nr 6, poz. 64.

¹⁷ Por. zwłaszcza M. Pionkowska, *Arbitraż po polsku, czyli sąd z doskoku*, „Gazeta Prawna” z 22 września 2005 r., nr 185/1550, S. Wikariak, *Rozprawy opóźniają rozstrzygnięcie przetargów*, „Rzeczpospolita” z 15 marca 2006, „Prawo co dnia”, s. 3 oraz dyskusję redakcyjną nt. *Arbitraż w zamówieniach publicznych – co dalej?*, „Zamówienia Publiczne – Doradca” 2005, nr 10, s. 56 i n.

¹⁸ Por. zwłaszcza wyroki Trybunału Sprawiedliwości UE: z 17.09.1997 r. w sprawie C-54/96, DorschConsult, ECR 1997, I- 4961; z 4.02.1999 r. w sprawie C-103/97, Josef KösspergerGmbH., ECR 1999, s. I-0551 oraz z 19.04.2012 r. w sprawie C-443/09, Camera di Commercio, Industria, ArtigianatoAgricol di Cosenza, <http://curia.europ>.

zachowania charakterystycznego „zapisu na sąd polubowny” oraz koncyliacyjno-polubownego sposobu orzekania.

4. Wyrażna poprawa sytuacji nastąpiła dopiero w wyniku kolejnych nowelizacji prawa zamówień publicznych z lat 2007-2009¹⁹. W ramach pierwszej rozwiązano dotychczasowy arbitraż, który został zastąpiony Krajową Izbą Odwoławczą – stałym organem administracyjnym, podporządkowanym bezpośrednio Prezesowi Rady Ministrów. Zniesiono także odwołania co do zamówień małej wartości, nieosiągającej europejskiego progu kwotowego, co spotkało się z zasadną krytyką, choć nie uchybiało dyrektywie 89/665. W pełnym zakresie utrzymano jednak protest, który zniesiono całkowicie dopiero w 2009 r., wprowadzając w jego miejsce możliwość uznania odwołania przez zamawiającego. Dopuszczono też możliwość wystąpienia ze skargą kasacyjną do Sądu Najwyższego, lecz tylko w wyjątkowych wypadkach, zastrzegając to uprawnienie wyłącznie dla Prezesa UZP jako rzecznika interesu publicznego. Zbliżono ją zatem do konstrukcji dawnej rewizji nadzwyczajnej. Doprecyzowano przepisy o interwencji ubocznej, rozwijając już nieco wcześniej wprowadzoną normę o możliwości przystąpienia konkurenta do postępowania, także po stronie zamawiającego. Jednocześnie wprowadzono bardzo doniosłe w praktyce zastrzeżenie, że czynności wykonawcy przystępującego do postępowania odwoławczego nie mogą pozostawać w sprzeczności z oświadczeniami strony, do której przystąpił. Urealniono ponadto zasadę, zgodnie z którą protestujący wykonawca oraz wykonawca interwenient nie mogą następnie wnieść protestu, powołując się na te same okoliczności.

Nowelizacja prawa zamówień publicznych z 2009 r. wymuszona została zastrzegającą zmianą dyrektywy odwoławczej nr 89/665 na mocy dyrektywy 2007/66/WE o poprawie skuteczności procedur odwoławczych w zamówieniach publicznych²⁰. W jej wyniku rozciągnięto dopuszczalność korzystania ze środków odwoławczych w zakresie decyzji o wyborze trybu udzielania zamówienia, zwłaszcza co do udzielania zamówienia z wolnej ręki oraz zastosowanie procedury tzw. zapytania o cenę. Uporządkowano przesłanki i terminy wnoszenia środków odwoławczych w kierunku ugruntowanych w 2007 r. standardów europejskich. Poszukując dalszej ich racjonalizacji, zniesiono protest (fakultatywny w świetle dyrektywy 89/665), jako przyczyniający się do wydłużenia ogólnego okresu udzielenia zamówienia. Jako surogat protestu w zakresie jego funkcji sygnalizacyjnej przewidziano możliwość uznania przez zamawiającego zarzutów odwołania, co uzasadnia umorzenie przez KIO wszczętego postępowania na posiedzeniu niejawnym (art. 186 Pzp). Podtrzymano całkowite wyłączenie odwołań w sferze zamówień małej wartości, poniżej progu działania dyrektywy, ocenione krytycznie, ponieważ w tej sferze, po zniesieniu protestu, brak jakichkolwiek środków ochrony prawnej wykonawców, zaś droga sądowa przedstawia się iluzorycznie, nawet w zakresie typowych roszczeń odszkodowawczych. Swoistym surogatem pozostaje jedynie prawo wykonaw-

¹⁹ Por. Dz.U. 2007, nr 82, poz. 560 oraz Dz.U 2009, nr 223, poz. 1773.

²⁰ Dz.Urz. UE L 335, 20.12.2007, s. 31.

cy do sygnalizacji zamawiającemu o dostrzeżonych uchybieniach w trybie art. 181 Pzp. Nie jest to jednak środek dochodzenia pretensji, lecz zwykła informacja. W razie swobodnego uznania zasadności otrzymanej informacji zamawiający koryguje uchybienie, zawiadamiając o tym wszystkich konkurentów. Powyższe zastrzeżenia dotyczą także przepisu art. 188 Pzp, przewidującego rozpoznawanie odwołań przez KIO w składzie jednoosobowym, a nie – tak jak dawniej – w składzie trzyosobowym, który teraz dopuszcza się jedynie wyjątkowo z uwagi na zawilość lub precedensowy charakter sprawy. Rozwiązanie to umotywowano względami finansowymi. Tymczasem obecnie powszechnie uważane jest za jedną z przyczyn nadal zdarzających się niepotrzebnie rozbieżności w orzecznictwie. Poza tym wprowadzając w 2009 r. odrębną ustawę o koncesji na roboty budowlane lub usługi²¹ (szczególny rodzaj zamówienia publicznego), z niejasnych powodów wyłączono rozpatrywanie sporów przedumownych w sprawach koncesyjnych z właściwości KIO, poddając je jurysdykcji sądów administracyjnych. Jednakże typowo kasacyjne uprawnienia tych sądów oraz przedłużające się procedury wyrokowania godzą w europejską zasadę skutecznej odpowiedzialności, wynikającą z dyrektywy 2007/66.

5. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, poprzedzające zawarcie umowy, opiera się w całości na zasadzie równorzędności stron i poszanowania dla ich autonomicznej woli. Stanowi ona fundament swobody kontraktowej, która jednak w sferze zamówień publicznych jest istotnie ograniczona przepisami bezwzględnie obowiązującymi, zwłaszcza co do procedur wyboru kontrahenta i ostatecznego ukształtowania treści umowy finalnej. Z drugiej strony liczące się ograniczenia proceduralne nie przekreślają całkowicie swobody kontraktowej, w imię zasady, że czynności prawne wywołują nie tylko skutki w nich wyrażone, lecz także te, które wynikają z ustawy, zasad współżycia społecznego i ustalonych zwyczajów (art. 56 kc). Poza tym od strony wykonawcy ubieganie się o zamówienie jest całkowicie dobrowolne. Stąd czynności przetargowe lub inne działania podejmowane w procedurze ofertowo-eliminacyjnej, a tym bardziej w trybie z wolnej ręki, podlegają kwalifikacji według prawa cywilnego (art. 14 Pzp)²². Poszczególne czynności nabierają wymiaru powinnościowo-obligacyjnego, zapadają bowiem według z góry zdeterminowanej kolejności, w określonej treści, przepisanej formie, niekiedy nawet w oznaczonym miejscu i czasie. Wymusza to uciążliwy porządek i formalizm proceduralny, nad którym musi czuwać zamawiający-organizator postępowania. Każdorazowo jest on obowiązany do usunięcia uchybienia, a nawet zastosowania swojej sankcji w postaci wykluczenia niesumiennego konkurenta lub odrzucenia jego oferty. Dlatego w połączeniu z organizatorską rolą zamawiającego pierwszoplanowe

²¹ Dz.U. nr 19, poz. 101 ze zm.

²² Por. zwłaszcza R. Szostak, *Przetarg nieograniczony na zamówienie publiczne – zagadnienia konstrukcyjne*, Kraków 2005, s. 45 i n.; K. Horubski, *Publiczno- i prywatnoprawne elementy zamówień publicznych*, „Państwo i Prawo” 2009, nr 7, s. 75, oraz Z. Gordon, *Charakter postępowania o udzielenie zamówienia publicznego*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2012, nr 3, s. 30.

znaczenie ma właśnie odpowiedzialność zamawiającego za popełnione uchybienia, natomiast wzajemna odpowiedzialność konkurentów z tytułu nieuczciwej konkurencji, a także ich odpowiedzialność za szkody wyrządzone samemu zamawiającemu ma niepomniernie mniejsze znaczenie. W dyrektywie 89/665 celowo pominięto te dodatkowe kwestie, uznając za wystarczające tu tradycyjne formy odpowiedzialności.

Podstawowe znaczenie dla wykonawcy ma żądanie skorygowania wadliwej czynności postępowania lub czynności zaniechanej, do której zamawiający-organizator był zobowiązany. Odpowiedzialność odszkodowawcza, wadialna, a nawet o unieważnienie umowy, choć także jednostkowo doniosła, schodzi jednak na dalszy plan. Odwołanie wnoszone do KIO pełni funkcję szczególnego środka skargowego, kierowanego do organu władzy publicznej w celu wymuszenia realnego wykonania zobowiązania proceduralnego (*in natura*) przez zamawiającego-organizatora, w zgodzie z ogólnym art. 354 kc²³, aby nie dopuścić do szkód lub do zawarcia umowy podlegającej unieważnieniu. Dlatego w razie uwzględnienia odwołania zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia zaskarżone czynności postępowania, zgodnie z nakazem zawartym w orzeczeniu KIO (art. 192 ust. 3 Pzp). Z powyższego wynika, że spór przedumowny rozstrzygany przez KIO nabiera charakteru sprawy cywilnej, a postępowanie toczące się w tej sprawie przed KIO jest niewątpliwie kontrydiktoryjne²⁴. Od dawna bowiem panuje przekonanie, że sprawy cywilne nie tracą swojego charakteru w wyniku przekazania ich do właściwości organu pozasądowego²⁵. Na gruncie procesu cywilnego odstępstwo od sądowego wymiaru sprawiedliwości potwierdza wyraźnie art. 2 § 3 kpc, według którego nie są rozpoznawane w postępowaniu sądowym sprawy cywilne, jeśli przepisy szczególne przekazują je do właściwości innych organów. Nie można zatem zgodzić się z poglądem, że postępowanie przed KIO ma charakter sądowy, z drugiej zaś strony nie można też twierdzić, że wchodzi ono bezpośrednio w status postępowania administracyjnego²⁶. Wprawdzie z uwagi na ustawowe gwarancje „państwowej” proweniencji, niezależności i profesjonalizmu KIO została uznana ostatnio za „sąd” w rozumieniu prawa

²³ O realnym zaspokojeniu roszczenia według prawa polskiego zob. F. Zoll, [w:] *System prawa cywilnego, t. 6, Prawo zobowiązań – część ogólna, Suplement*, red. A. Olejniczak, Warszawa 2010, s. 83-84.

²⁴ Tak R. Szostak, *Rozstrzyganie sporów przedumownych wynikających z uchybień popełnionych przy udzielaniu zamówień publicznych*, „Przegląd Sądowy” 2007, nr 3, s. 12 i n., Z. Gordon, wyd. cyt., s. 37-40, M. Grabarczyk, *Procedury odwoławcze w Polsce i Niemczech – porównanie wybranych aspektów instytucjonalnych i proceduralnych*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2012, nr 3, s. 51 i n., a także postanowienie NSA z 27 września 2011 r. (G-SK-1842/11 opubl. www: uzp.gov.pl).

²⁵ Por. zwłaszcza J. Gudowski, *Komentarz do kodeksu postępowania cywilnego, Część pierwsza – postępowanie rozpoznawcze, t. 1*, Warszawa 2000, s. 12.

²⁶ Por. J. Niczyporuk, *Skuteczność postępowania odwoławczego w zamówieniach publicznych*, [w:] *Zamówienia publiczne jako instrument sprawnego wykorzystania środków unijnych*, red. E. Adamowicz, J. Sadowy, Gdańsk – Warszawa 2012, s. 25-40. J. Niczyporuk postuluje nawet jego podporządkowanie przepisom kpa.

uropejskiego²⁷, lecz chodzi tu jedynie o definicję *sensu largo*, odnoszącą się do stałego organu władzy publicznej o charakterze jurysdykcyjnym. Administracyjne umocowanie zaś działającej w strukturach rządowych KIO to za mało do zmiany natury postępowania na administracyjne. Każdy bowiem organ orzekający, zwłaszcza sąd powszechny, działa przecież w sposób władczy, na podstawie kompetencji publicznoprawnych. W rezultacie przyjąć trzeba, że postępowanie odwoławcze przed KIO w sprawach związanych z udzielaniem zamówień publicznych nabiera charakteru *sui generis* postępowania jurysdykcyjnego toczącego się w sprawie cywilnej.

Wszczynane na wniosek zwany „odwołaniem” postępowanie przed KIO ma przede wszystkim charakter sporny, a także kontrolny względem zachowań zamawiającego w toku udzielania zamówienia publicznego, lecz nie idzie tu bynajmniej o kontrolę nad organem wykonującym władzę publiczną, skoro zamawiający to w istocie Skarb Państwa, samorząd terytorialny lub inna osoba prawa publicznego. Stąd postępowanie to jest wzorowane na zasadach kontradiktoryjnego procesu sądowego. W szczególności strony oraz inni jego uczestnicy są zobowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, jednak ustawa wyjątkowo zezwala KIO na przeprowadzenie z urzędu dowodu niewskazanego przez stronę. Poza tym KIO nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, ale uwzględniając zarzuty odwołania, może ona *a limine* unieważnić umowę przedwcześnie zawartą. Te dwa odstępstwa od zasady kontradiktoryjności w praktyce ocenia się pozytywnie, zwłaszcza w obliczu wymogu szybkości i skuteczności orzekania.

Roszczenia odszkodowawcze, a także żądanie zwrotu wadium bezpodstawnie zatrzymanego przez zamawiającego, słusznie zostały wyłączone z właściwości KIO i pozostawione w ramach tradycyjnej jurysdykcji sądowej. Przemawiają za tym względy dowodowe i założenia ekonomiki procesowej, w obliczu pierwszoplanowej potrzeby szybkiego rozpoznania sporu celem przymusowego i efektywnego wdrożenia środków korygujących, na bieżąco, jeszcze w trakcie trwania przetargu lub innego trybu udzielenia zamówienia publicznego. Krótkie terminy zaskarżenia i orzekania nie mogą odnosić się do roszczeń typowo odszkodowawczych. Z drugiej jednak strony tradycyjno-kodeksowe zasady odpowiedzialności odszkodowawczej, opartej zwłaszcza na przesłance winy oraz konieczności uprzedniego wyliczenia szkody, pozostającej w adekwatnym związku przyczynowym z uchybieniem popełnionym przez zamawiającego, odbiegają od standardów „odpowiedzialności skutecznej” w rozumieniu dyspozycji dyrektywy 89/665. Zostało to wyraźnie dostrzeżone ostatnio w orzecznictwie europejskim²⁸. Dlatego na wypadek przedłużających się prac legislacyjnych nad wprowadzeniem nowego kodeksu cywilnego wraz z unowocze-

²⁷ Por. wyrok Trybunału UE z 13 grudnia 2012 r. (C-465/11, Forposta SA), z aprobuską głosą P. Bogdanowicza, „Europejski Przegląd Sądowy” 2013, nr 7, s. 46 i n.

²⁸ Por. zwłaszcza Wyrok Trybunału UE z 30 września 2010 r., w sprawie C-314/09 Graz/Strabag, uznający winę za niedopuszczalną przesłankę odpowiedzialności, nawet winę domniemaną. Por. też wcześniejszy wyrok Trybunału UE z 14 października 2004, w sprawie C-235/03, Komisja/Portugalia.

śnioną regulacją przesłanek odpowiedzialności odszkodowawczej postulować trzeba przejściowe jej „wyspecjalizowane” unormowanie w ramach prawa zamówień publicznych, najlepiej zmieniając umiejscowienie i rozciągając zastosowanie obecnego art. 93 ust. 4 Pzp, załatwiającego już częściowo ten problem, w razie unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego „z przyczyn po stronie zamawiającego”.

O wiele trudniejsza sytuacja występuje w zakresie żądania unieważnienia umowy o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ kompetencje jurysdykcyjne w tym zakresie podzielono pomiędzy KIO a sąd powszechny. Wprawdzie w świetle dyrektywy 89/665 jest to dopuszczalne, ale z niejasnego unormowania kompetencyjnego zawartego w art. 192 ust. 3 pkt 2 Pzp nie wynika jednak dostatecznie, czy właściwość KIO co do unieważnienia umowy na podstawie art. 146 ust. 1 Pzp jest wyłączna, czy może orzekać o tym także sąd powszechny. Jak się zdaje według tradycyjnej zasady, że dopuszczenie organu właściwości szczególnej uchyla jurysdykcję organu właściwości ogólnej, przemawia na rzecz poglądu o braku podstaw do konstruowania powództwa sądowego w oparciu o art. 146 ust. 1 Pzp. Poza tym przesłanki objęte tym przepisem wchodzą w zakres ogólniejszego „naruszenia przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania”, uzasadniającego zgodnie z wyraźnym art. 146 ust. 5 Pzp właściwość sądową w zakresie powództwa o unieważnienia umowy finalnej. Ubezskuteczenie zazwyczaj przedwcześnie zawartej umowy przez KIO następuje – niestety – z urzędu, ponieważ brakuje jakiegokolwiek normy wskazującej na konieczny wniosek strony, choć warunek taki powinien wynikać z ustawy. Dopuszczalność unieważnienia umowy w związku z uwzględnieniem odwołania przez KIO nie wyklucza możliwości sądowego jej unieważnienia z powództwa zamawiającego (art. 146 ust. 5 Pzp), który w procesie przed KIO nie jest powodem, lecz pozwanym. Jako strona wadliwie zawartej umowy może mieć interes w jej unieważnieniu. Niepotrzebnie jednak pozbawiono analogicznej legitymacji drugą stronę umowy, a mianowicie wykonawcę, co nie odpowiada w pełni przyjętym w dyrektywie 89/665 założeniom „skutecznej” odpowiedzialności. Pozostaje mu zatem jedynie wnieść do Prezesa UZP – jako rzecznika interesu publicznego – o wystąpienie ze stosownym powództwem do właściwego sądu powszechnego, na podstawie art. 146 ust. 6 Pzp.

6. Krajowa Izba Odwoławcza jest kolejalnym organem administracji rządowej o funkcjach jurysdykcyjnych, a jej członkowie są powoływani przez Prezesa Rady Ministrów, po uprzednim przeprowadzeniu postępowania kwalifikacyjnego (art. 172-176a Pzp). Odpowiednie stosowanie przepisów o sądzie polubownym w postępowaniu przed KIO jest przejściowo uzasadnione względami konstytucyjnymi, zwłaszcza zasadą, że wymiar sprawiedliwości w Rzeczypospolitej Polskiej należy od sądów (art. 175 Konstytucji), a ponadto cywilnoprawnym charakterem sprawy, choć ta druga okoliczność nie jest szczególnie istotna, skoro sprawa cywilna nie traci swojego charakteru w wyniku przekazania do właściwości organu pozasą-

dowego. Jurysdykcja sprawowana przez KIO to wyraźny wyłom od sądowego wymiaru sprawiedliwości, ponieważ pomimo odesłania do przepisów o arbitrażu KIO nie wchodzi bynajmniej w status sądu polubownego, wyróżniającego się – jak wiadomo – niepaństwowym charakterem oraz wolą stron uprawniającą do orzekania²⁹. W postępowaniu przed KIO odpada bowiem stosowanie przepisów o zapisie na sąd polubowny, arbitrach i sposobie ich wyznaczania przez strony sporu, dopuszczalności zawarcia ugody, a nawet o tym, że sąd polubowny nie jest związany ustawą i może w razie potrzeby orzekać zgodnie z zasadami słuszności. Pozostają jedynie niektóre reguły działania sądownictwa polubownego, zwłaszcza kontrydiktoryjności i dyspozycyjności, a także przepisy dotyczące wyrokowania. Pomimo tego Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 13 czerwca 2006 r. (SK-54/04)³⁰ uznał powyższe rozwiązanie za zgodne z Konstytucją, choć odnosiło się ono do mniej wiarygodnych zespołów arbitrów. Racjonalnie rzecz ujmując, odesłanie do przepisów o sądzie polubownym można tolerować tylko tymczasowo³¹. Trudno bowiem postrzegać KIO w roli quasi-sądu, a jej uprawnienia jurysdykcyjne w kategoriach sądowego wymiaru sprawiedliwości. Tylko ze względów funkcjonalnych można przejściowo zgodzić się z rozszerzającym ujęciem realizacji „prawa do sądu” oraz „instancyjności” postępowania cywilnego, zaprezentowanym w powyższym wyroku Trybunału. Problem w tym, że usunięcie zaistniałego mankamentu wymaga nadania KIO statusu organu konstytucyjnego ze wskazaniem na kompetencje jurysdykcyjne, stanowiące wyjątek od zasady sądowego wymiaru sprawiedliwości. Byłoby to usankcjonowanie *status quo* wraz z uwzględnieniem wielu bardzo doniosłych atutów postępowania przed KIO, zwłaszcza jego szybkości i skuteczności w warunkach niezbędnego formalizmu procesowego, rozpoznania sporu na jawnej rozprawie, równouprawnienia stron, kontrydiktoryjności oraz zasady prawdy obiektywnej z zachowaniem swobodnej oceny dowodów. Wzmocnienie ustrojowego znaczenia KIO wynika ponadto z dopuszczalności regularnego zaskarżania orzeczeń końcowych do sądu okręgowego, na zasadach właściwych dla apelacji. W ten sposób zadośćuczyniono wymaganiom znowelizowanego art. 2 ust. 9 dyrektywy 89/665, a także art. 176 Konstytucji, że postępowanie sądowe jest co najmniej dwuinstancyjne³².

7. Wdrażanie od 25 lat zasady szybkiej i skutecznej odpowiedzialności tytułem środków korygujących powoduje spadek liczby państw członkowskich UE, w których sprawy te zostały zachowane w tradycyjnych ramach jurysdykcji sądów powszechnych. Daje bowiem znać o sobie niedowład funkcjonalny oraz inne

²⁹ Por. uzasadnienie uchwały Sądu Najwyższego z 26 listopada 2006 r. (III CZP-85/03), OSNC 2005, Nr 1, poz. 4.

³⁰ Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego 2006, nr 6, poz. 64.

³¹ Tak R. Szostak, *Polski model...*, s. 11.

³² Tak Trybunał Konstytucyjny w powołanym wyżej orzeczeniu z 13 czerwca 2006 roku. Nie chodzi tu jednak o zwykły tok instancji, lecz o swoiste rozwiązanie surogacyjne, zapewniające sądową weryfikację rozstrzygnięcia KIO w trybie reformatorycznym.

mankamenty obciążające efektywność orzekania sądowego. Do krajów, w których udało się utrzymać jurysdykcję sądową w sprawach dotyczących udzielania zamówień publicznych, należą zwłaszcza Wielka Brytania, Irlandia, Holandia, Grecja, Litwa oraz częściowo Hiszpania³³. Obecnie na obszarze UE dominuje nietypowe rozwiązanie, według którego przy zachowaniu cywilnoprawnego charakteru spraw związanych z udzielaniem zamówień publicznych podporządkowano je jurysdykcji wyspecjalizowanych organów pozasądowych (izb lub urzędów), jednakże z zachowaniem sądowej kontroli typu apelacyjnego (Niemcy, Dania, Polska, Czechy, Węgry, Słowenia i Słowacja). Jego modyfikacja polega na dopuszczeniu, zamiast skargi do sądu powszechnego, zaskarżenia orzeczenia organu jurysdykcji szczególnej do sądu administracyjnego (Austria, Finlandia i Estonia), jednak przy założeniu, że sąd ten może kontrolować wszelkie sprawy z zakresu działania administracji publicznej. Swoiste rozwiązanie obowiązuje natomiast we Francji oraz w kilku krajach romańskich (Włochy, Belgia i Portugalia), gdzie od dawna w sprawach dotyczących udzielania zamówień publicznych orzekają sądy administracyjne.

Funkcjonujący od 2009 r. polski sposób rozpoznawania analizowanych sporów przedumownych jest zbliżony wyraźnie do rozwiązania niemieckiego, a także w pewnej mierze do austriackiego. Działająca przy niemieckim Urzędzie Antymonopolowym federalna Vergabekammern, a także krajowe izby zamówień publicznych, są organami administracyjnymi o szczególnych kompetencjach jurysdykcyjnych, powołanymi do orzekania wyłącznie na podstawie ustawy, w sposób niezawisły i na własną odpowiedzialność (art. 105 GWB). Mianowany na czas nieokreślony Prezes oraz tzw. zawodowi członkowie izby muszą mieć kwalifikacje sędziowskie. Izby orzekają w składach trzysobowych, a tylko wyjątkowo w sprawach prostych – jednoosobowo. Postępowanie sporne przed izbą inicjuje się na wniosek, nabiera charakteru kontrydiktoryjnego, a orzeczenie na piśmie uzasadnione zapada po przeprowadzeniu rozprawy (art. 107 i n. GWB)³⁴. Obowiązuje zasada swobodnej oceny materiału dowodowego, jednak wyjątkowo dopuszczalny jest dowód z urzędu. Izba nie może jednak unieważnić zawartej umowy finalnej, poprzez uchylene jednego już przybicia wybranej oferty, lecz co najwyżej stwierdzić, że doszło do tego w warunkach naruszenia prawa. O nieważności umów, a także odszkodowaniach orzekają sądy powszechne.

Wprawdzie austriacki Bundesvergabeamt usytuowany został pod względem organizacyjnym przy Ministerstwie Gospodarki i Pracy, ale według art. 89 federalnej ustawy konstytucyjnej Prezesa, jego zastępców oraz pozostałych członków Izby powołuje Prezydent państwa na wniosek rządu federalnego, po przeprowadzeniu konkursu. Przewodniczący trzysobowych tzw. senatów orzekających (według

³³ Jeśli zamówienia udziela organ administracyjny, właściwy jest sąd administracyjny, natomiast w pozostałych wypadkach udzielenie zamówienia na zasadzie równorzędności stron uzasadnia właściwość sądu powszechnego.

³⁴ Więcej o nim M. Grabarczyk, wyd. cyt., s. 51 i n.

specjalizacji) muszą legitymować się wykształceniem prawniczym oraz 5-letnim doświadczeniem zawodowym w zakresie stosowania prawa publicznego. Wszyscy członkowie Izby są niezawisli i nie związani jakimikolwiek instrukcjami. Orzeczenie końcowe zapada jednak w formie aktu administracyjnego, który może być następnie zaskarżony do Naczelnego Sądu Administracyjnego tytułem skargi kasacyjnej. O roszczeniach odszkodowawczych orzekają sądy powszechne.

8. Wnioski i postulaty *de lege ferenda*. W świetle powyższego ewolucja sposobu rozstrzygania sporów przedumownych z zamówień publicznych po zmianie ustroju nie przebiegała z zachowaniem jednej zdecydowanej koncepcji. Początkowo w ogóle brak było rozwiązań szczególnych. Potem w latach 1995-2004 zasady sprawowania jurysdykcji przez zespoły arbitrów dostosowywano sukcesywnie do zmieniających się potrzeb bieżących. Dopiero w ostatnim dziesięcioleciu w większym zakresie uwzględniano standardy europejskie, które wykluczyły ostatecznie arbitrażowy sposób orzekania. Funkcjonująca od 2007 r. KIO też nie od razu została ukształtowana w ramach spójnej koncepcji, dlatego jej ewolucja ciągle jeszcze trwa, nie jest nawet pewne to, czy w ogóle KIO zostanie utrzymana. Docelowo bowiem rozważyć trzeba dwa alternatywne rozwiązania, a mianowicie: a) usprawnienie obecnego modelu orzekania poprzez wzmocnienie pozycji ustrojowej, autorytetu oraz gwarancji profesjonalizmu i niezawisłości KIO albo b) powierzenie jurysdykcji w sprawach odwoławczych wyspecjalizowanemu sądowi powszechnemu³⁵. Przekazanie kompetencji w zakresie rozpoznawania analizowanych sporów przedumownych do właściwości zwyczajnych sądów powszechnych (rejonowych lub okręgowych według wartości przedmiotu sporu) byłoby rozwiązaniem naturalnym na tle zasady sądowego wymiaru sprawiedliwości, lecz w aktualnych realiach funkcjonowania władzy sądowniczej w Polsce nie jest to jeszcze możliwe (racjonalne) ze względu na brak reform zapewniających sprawną działalność orzecznictwa sądów powszechnych. Wyzwania towarzyszące orzekaniu w sprawach udzielania zamówień publicznych przekraczają wyraźnie standardy załatwiania zwykłych sporów gospodarczych, głównie pod względem szybkości i profesjonalizmu orzekania (zawieszenie biegu przetargu lub innego trybu), a także daleko posunięty formalizm procedur udzielania tych zamówień.

W pierwszej kolejności jednak niezbędne są usprawnienia organizacyjno-proceduralne w ramach aktualnego statusu KIO. Przede wszystkim należy przywrócić odwołania w zakresie uchybień popełnianych przy udzielaniu zamówień mniejszej wartości albo co najmniej rozszerzyć krąg wyjątkowo zaskarżalnych nieprawidłowości, przewidzianych w art. 180 ust. 2 Pzp, zwłaszcza o naruszenia popełniane przy konstruowaniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz w związku z wyborem oferty najkorzystniejszej. Chybiona jest bowiem argumentacja o niewielkim rozmiarze tego rodzaju błędów, na dodatek w warunkach asekuranckiego

³⁵ Por. też R. Szostak, *Polski model...*, s. 13-14.

odwoływania się do braku wynikającego z dyrektywy 89/665 obowiązku podporządkowania ich rygorom odwoławczym, a tym bardziej o rządowych ograniczeniach finansowych, rzekomo sprzeciwiających się zwiększeniu nakładów na koszty obsługi większej liczby spraw przez KIO (wzrost o kilkaset rocznie). Ponadto spory przedkoncesyjne trzeba konsekwentnie podporządkować właściwości KIO, uwalniając je spod orzekania nierychliwych sądów administracyjnych, na dodatek działających tylko kasacyjnie. Następnie konieczne jest wzmocnienie rozwiązań gwarantujących poprawę profesjonalizmu, spójności i niezawisłości KIO w orzekaniu³⁶. W szczególności poprzez:

- reaktywowanie zasady, że Izba rozpoznaje sprawy w składzie trzyosobowym, a nie jednoosobowym,
- wyraźne dopuszczenie w ustawie możliwości subsydiarnego stosowania w postępowaniu przed KIO przepisów dotyczących procesu cywilnego (pilnie co do pełnomocnictwa procesowego i interwencji ubocznej),
- wprowadzenie rozwiązań chroniących spójność orzecznictwa Izby (uchwały interpretacyjne, napiętnowanie wykładni *contra legem* lub odstępstw od utrwalonych kierunków orzecznictwa wraz z odpowiedzialnością dyscyplinarną niesumiennej arbitrow),
- wzmocnienie profesjonalizmu w orzekaniu (narady orzecznicze, szkolenia, specjalizacja, dyscyplinowanie arbitrow uchybiających standardom profesjonalizmu),
- doprecyzowanie art. 198 ust. 3 Pzp, tak aby nie było żadnych wątpliwości, że w razie błędnego orzeczenia Izby sąd skargowy sam orzeka co do istoty sprawy, doprowadzając do skutecznego jej załatwienia, bez jakiegokolwiek możliwości przekazania sprawy Izbie do ponownego rozpoznania,
- wprowadzenie mechanizmu rzetelnej waloryzacji wynagrodzeń członków Izby, których obciąża przecież ustawowy zakaz dodatkowego zatrudnienia i podejmowania innych zajęć zarobkowych, a także rozważenia właściwości sądu apelacyjnego do rozpoznania skargi na orzeczenie KIO.

Docelowo status KIO wymaga umocowania konstytucyjnego. Wystarczy nawet pojedynczy przepis, podobnie jak np. w przypadku regionalnych izb obrachunkowych. Takie, choćby nawet lakoniczne, umocowanie konstytucyjne pozwalałoby następnie na uwolnienie KIO od asekuracyjnego gorsetu „sądu polubownego”, wraz ze wszystkimi tego konsekwencjami proceduralnymi, nie wspominając o przejrzystym usankcjonowaniu wyjątku od sądowego wymiaru sprawiedliwości. Jednocześnie trzeba też wyeliminować drugą ułomność obecnego statusu KIO, w postaci organizacyjnego podporządkowania Prezesowi UZP (w sprawach pracowniczych i obsługi kancelaryjnej), co przy kompetencjach skargowych Prezesa UZP niekorzystnie rzutuje na wizerunek Izby jako niezależnego organu jurysdykcyjnego. Usytuowanie strukturalne KIO powinno zatem łączyć się bezpośrednio z Kancelarią Premiera,

³⁶ Tamże, s. 13.

natomiast organem nominującym powinien być raczej Prezydent RP, działający na zasadach analogicznych do rozwiązań austriackich – na wniosek Prezesa Rady Ministrów.

W wypadku ostatecznego zwycięstwa koncepcji sądowego sposobu załatwiania analizowanych sporów przedumownych uprawnienia jurysdykcyjne należałoby powierzyć wybranym sądom okręgowym albo nawet specjalnie w tym celu utworzonemu wydziałowi w warszawskim sądzie okręgowym, właściwym dla obszaru całego kraju, z zachowaniem – rzecz jasna – dwuinstancyjności postępowania, na rzecz jednego, sprawnie działającego, sądu apelacyjnego. Poza tym sprawy związane z udzielaniem zamówień publicznych wymagają bezwzględnie procedury „odrębnej” względem zwykłego procesu, analogicznej do procedury obowiązującej obecnie w odniesieniu do spraw rozpoznawanych przez KIO. Zdecydowanie zaś należy wypowiedzieć się przeciwko ewentualnemu powierzeniu tej jurysdykcji sądom administracyjnym. Sprzeciwia się temu wyraźnie cywilnoprawny charakter spraw, usprawiedliwiony równorzędnością i autonomią stron (brak władztwa administracyjnego), które bynajmniej nie przekształcą się automatycznie w sprawy administracyjne, tylko dlatego że będą rozpoznawane przez sądy administracyjne. Jednocześnie, skoro uważa się, że kontrola administracji publicznej przez sądy administracyjne może odbywać się wyłącznie w ramach kasacyjnego, a nie reformatoryjnego sposobu orzekania w rozumieniu art. 184 Konstytucji (sąd administracyjny jest właściwy co najwyżej do uchylecia zaskarżonego rozstrzygnięcia, a nie do odmiennego załatwienia sprawy), nie da się zatem pogodzić tego ograniczenia z naprawczym charakterem środków korygujących.

Pośród kwestii merytorycznych dotyczących rozpoznawania sporów przedumownych w zamówieniach publicznych największe obecnie znaczenie ma zapewne potrzeba usprawnienia podstaw przedkontraktowej odpowiedzialności odszkodowawczej (niezależnej od środków korygujących ograniczających jedynie rozmiar potencjalnych szkód) w kierunku urealnienia standardu odpowiedzialności skutecznej, oderwanej od przesłanki winy i adekwatnego związku przyczynowego. Nie bez znaczenia jest także potrzeba uporządkowania podstaw oraz legitymacji procesowej do występowania z żądaniem unieważnienia umowy finalnej, zawartej w warunkach pogwałcenia procedury udzielenia zamówienia (niezbędne jest polepszenie spójności i przejrzystości regulacji), przy rozciągnięciu prawa do wytoczenia stosownego powództwa na konkurenta, którego bezzasadnie pozbawiono zamówienia publicznego.

Literatura

- Beahr J., Kwieciński T., *Ustawa o zamówieniach publicznych – komentarz*, Warszawa 1995.
Gordon Z., *Charakter postępowania o udzielenie zamówienia publicznego*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2012, nr 3.

- Grabarczyk M., *Procedury odwoławcze w Polsce i Niemczech – porównanie wybranych aspektów instytucjonalnych i proceduralnych*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2012, nr 3.
- Gudowski J., *Komentarz do kodeksu postępowania cywilnego, Część pierwsza – postępowanie rozpoznawcze, t. 1*, Warszawa 2000.
- Horubski K., *Publiczno- i prywatnoprawne elementy zamówień publicznych*, „Państwo i Prawo” 2009, nr 7.
- Niczyporuk J., *Skuteczność postępowania odwoławczego w zamówieniach publicznych*, [w:] *Zamówienia publiczne jako instrument sprawnego wykorzystania środków unijnych*, red. E. Adamowicz, J. Sadowy, Gdańsk – Warszawa 2012.
- Piasecki K., *Procedury poprzedzające sądowe postępowanie cywilne*, „Palestra” 1985, nr 7-8.
- Pionkowska M., *Arbitraż po polsku, czyli sąd z doskoku*, „Gazeta Prawna” z 22 września 2005 r., nr 185/1550,
- Szostak R., *Komentarz do nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych*, Warszawa 2007.
- Szostak R., *Polski model rozpoznawania sporów przedumownych z zakresu zamówień publicznych – z perspektywy jego rozwoju*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2013, nr 8.
- Szostak R., *Przetarg nieograniczony na zamówienie publiczne – zagadnienia konstrukcyjne*, Kraków 2005.
- Szostak R., *Rozstrzyganie sporów przedumownych wynikających z uchybień popełnionych przy udzielaniu zamówień publicznych*, „Przegląd Sądowy” 2007, nr 3.
- Wikariak S., *Rozprawy opóźniają rozstrzyganie przetargów*, „Rzeczpospolita” z 15 marca 2006, „Prawo co dnia”.
- Zoll F., [w:] *System prawa cywilnego, t. 6, Prawo zobowiązań – część ogólna, Suplement*, red. A. Olejniczak, Warszawa 2010.

RECOGNIZING PRE-CONTRACTUAL DISPUTES IN PUBLIC PROCUREMENT AFTER THE REACTIVATION OF MARKET MECHANISMS

Summary: In the transitional period and after the transformation of the system public procurement operated in Poland on the general basis of civil law. Inner regulations and administrative instructions of different types played an important role in its functioning. Slightly delayed Act of Public Procurement of 1994 referred to the domestic Polish regulations being in force in Poland before the Second World War and to the moderate model regulations of the UN. To a lesser extent it reflected more strict European regulations. This situation changed upon coming into force of the Act of Public Procurement Law in 2004. At the beginning disputes arising from awarding contracts (appeal procedures) were settled by contemporary panels of arbiters. Later on there was a permanent arbitration established operating on the basis of conciliation court. Finally, these disputes were assigned to the jurisdiction of the National Appeal Chamber having the status of central government body. The jurisdictional proceeding being held in the National Appeal Chamber has a civil dispute as its subject. It is based on the principles of equality of the participants and the principle of contradiction. Nowadays the only problem is the quality of judgments. It is proposed to improve the functioning of the National Appeal Chamber or to assign the disputes arising from awarding contracts to common courts, that is to assign them to one specialized court with jurisdiction covering the whole territory of the Republic of Poland operating in the framework of prompt proceeding on the basis similar to the proceeding held in the National Appeal Chamber.

Keywords: public procurement, appeal procedure, National Appeal Chamber.