

OPINIA
KRAJOWEJ RADY SĄDOWNICTWA

z dnia 19 listopada 2009 r.

**w przedmiocie projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych
oraz niektórych innych ustaw.**

Krajowa Rada Sądownictwa aprobuje założenia implementacji do prawa krajowego postanowień dyrektywy 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 roku zmieniającej dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie zamówień publicznych, której celem jest usunięcie negatywnych konsekwencji w postaci wydłużenia procesu udzielania zamówień publicznych. Niemniej jednak w zakresie proponowanych zmian dotyczących środków ochrony prawnej Rada zgłasza następujące negatywne uwagi.

Podstawowym problemem, który pojawia się na kanwie nowelizacji, jest kwestia utrzymania kompetencji orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej, która nie jest organem wymiaru sprawiedliwości i nie jest umocowana konstytucyjnie do rozstrzygania spraw z zakresu sprawowania wymiaru sprawiedliwości, proponowana zmiana art. 172 Prawa zamówień publicznych niczego w tej materii nie zmienia, a związana jest z likwidacją protestów jako środków ochrony prawnej. Krajowa Rada Sądownictwa zwraca uwagę, że wyrokiem z dnia 13 czerwca 2006 roku Trybunał Konstytucyjny (sygn. akt SK 54/04) uznał zgodność art. 92c poprzednio obowiązującej ustawy z dnia 10 czerwca 1994 roku o zamówieniach publicznych z Konstytucją Rzeczypospolitej Polskiej. Wówczas odwołanie było rozpoznawane przez zespół arbitrów. Warto jednakże podkreślić, że w uzasadnieniu wyroku Trybunał Konstytucyjny podkreślił merytoryczne rozpoznanie sprawy przed organem *quasi* – sądowym, podkreślając, że postępowanie przed sądem okręgowym nie jest samoistnie rozpoczynającym się postępowaniem, lecz przedłużeniem postępowania dotyczącego rozstrzygnięcia sporu, które toczyło się przed zespołem arbitrów. Jest to istotne o tyle, że już w aktualnym stanie prawnym w świetle art. 198 ust. 2 Prawa zamówień publicznych może dojść do sytuacji, w której sprawa będzie merytorycznie rozpoznana tylko w I instancji, tzn.

przez sąd okręgowy. Dotyczy to sytuacji odrzucenia odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą, a następnie uwzględnienia skargi od tego formalnego orzeczenia Izby przez sąd, które musi skutkować merytorycznym rozstrzygnięciem sprawy (mimo iż wcześniej żaden organ sądowy lub *quasi* – sądowy sprawą merytorycznie się nie zajmował).

Mając na uwadze proponowaną regulację obejmującą szerokie, cywilnoprawne uprawnienia Krajowej Izby Odwoławczej, w szczególności art. 192 ust. 3 pkt 2 – 3 projektu Prawa zamówień publicznych, który przewiduje, iż Izba m.in. może unieważnić umowę w całości lub w zakresie zobowiązań niewykonanych i nałożyć karę finansową w uzasadnionych przypadkach, w szczególności gdy nie jest możliwy zwrot świadczeń spełnionych na podstawie umowy podlegającej unieważnieniu albo nałożyć karę finansową albo orzec o skróceniu okresu obowiązywania umowy w przypadku stwierdzenia, że utrzymanie umowy w mocy leży w ważnym interesie publicznym, należy szczególną uwagę zwrócić na kwestię zgodności z Konstytucją Rzeczypospolitej rozstrzygnięcia tego typu spraw przez organ pozasądowy.

W tej sytuacji zachowanie w art. 198 f ust. 2 projektu rozwiązania wskazującego na możliwość rozstrzygnięcia sprawy merytorycznie przez sąd (jednoinstancyjnie) budzi wątpliwości co do zgodności z Konstytucją Rzeczypospolitej Polskiej, mimo zgodności z dyrektywami Rady (z dnia 21 grudnia 1989 roku 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. UE L z dnia 30 grudnia 1989 roku oraz 92/13/EWG z dnia 25 lutego 1992 roku koordynującej 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. UE L z dnia 23 marca 1992 roku; zmienionymi dyrektywą 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 roku zmieniającą dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych; Dz. U. UE L z dnia 20 grudnia 2007 roku).

Należy zauważyć, że nadal od wyroku sądu lub postanowienia kończącego postępowanie w sprawie nie przysługuje skarga kasacyjna. Przepisu nie stosuje się do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (art. 198 g ust. 1 projektu), co oznacza brak możliwości odwołania się przez podmiot od jedyne go merytorycznego rozstrzygnięcia.

Tymczasem dyrektywy nie narzucają obowiązku powołania specjalnego organu, który będzie rozstrzygał sprawy dotyczące zamówień publicznych. Odwołują się natomiast do zasad ogólnych (m. in. skuteczności i szybkości procedur, kontroli sądowej). Stąd w Europie przyjęto różne rozwiązania, np. we Francji sprawy według specjalnej procedury rozstrzygane są przez sądy administracyjne. Zapewnienie specjalnej procedury, jak wynika z literatury przedmiotu spowodowane było długością standardowego postępowania przed trybunałem pierwszoinstancyjnym, które wynosiło ok. 1,5 roku (por. *P. Trepte, Przewodnik po procedurach zamówień publicznych w wybranych krajach Unii Europejskiej, Warszawa – Katowice 2006, s. 159 – 160*) Skargi są rozpatrywane przez sądy także na Litwie (por. *ibidem, s. 173 – 174*).

Wydaje się więc w świetle rozwiązań polskiej Konstytucji pożądane dążenie do stworzenia dwuinstancyjnego postępowania sądowego w zakresie rozstrzygania spraw dotyczących zamówień publicznych. W I instancji powinny orzekać sądy okręgowe (możliwe jest wydzielenie określonego sądu jako wyłącznie właściwego do rozpoznawania spraw w I instancji). Analiza Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wskazuje, że w 2008 roku wniesiono w sumie 1537 odwołań, z czego 48 nie skierowano do Krajowej Izby Odwoławczej wskutek nieuiszczenia wpisu, 161 postępowań umorzono wskutek cofnięcia odwołania, 186 odwołań odrzucono. Te dane wskazują, że sprawy te rozpoznawane przez sąd w pierwszej instancji nie stanowiłyby takiej ilości postępowań, które by obciążęły polski wymiar sprawiedliwości w stopniu grożącym przewlekłością w ich rozpoznawaniu. W 2008 roku w Polsce wniesiono w sumie 277 skarg na orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej.

Warto zauważyć, że w przypadku koncesji na roboty budowlane lub usługi, mimo odesłania w art. 5 ustawy z dnia 9 stycznia 2009 roku o koncesji na roboty budowlane lub usługi, do Kodeksu cywilnego (*vide* art. 5), zainteresowanemu podmiotowi, którego interes prawny w zawarciu umowy koncesji doznał lub może doznać szkody (według projektu) w wyniku czynności podjętych przez koncesjonodawcę z naruszeniem przepisów ustawy, przysługuje prawo do wniesienia skargi do sądu administracyjnego. Tu występuje więc kontrola instancyjna w postępowaniu sądowo – administracyjnym. Na marginesie warto też zwrócić uwagę, że zgodnie z art. 31 wskazanej ustawy sąd rozpoznaje skargę niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 30 dni od otrzymania akt wraz z odpowiedzią na skargę. Liczenie terminu od dnia otrzymania akt wraz z odpowiedzią na skargę, co wynika ze

specyfiki postępowania przed sądem administracyjnym, pozwala w większym stopniu na skuteczne zachowanie terminu instrukcyjnego.

Wątpliwości mogą dotyczyć skierowania spraw w ustawie – Prawo zamówień publicznych do Krajowej Izby Odwoławczej, a następnie sądów okręgowych, a w przypadku zasad i trybu zawierania umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi do postępowania administracyjnego.

W zakresie skargi do sądu okręgowego, proponowane rozwiązania powielają z zasady dotychczasowe przepisy, co jednakże nie oznacza, że rozwiązania te nie budzą wątpliwości w praktyce orzeczniczej. Stąd zasadne byłoby rozważenie ich korekty. W tym kontekście warto podkreślić, że zasadne byłoby dookreślenie rozwiązań ustawowych w zakresie:

1. określenia statusu procesowego w postępowaniu skargowym podmiotów, które przystąpiły do postępowania odwoławczego; tu w orzecznictwie Sądu Najwyższego zarysowały się drobne, ale istotne rozbieżności:
 - w uchwale z dnia 24 lutego 2009 roku Sąd Najwyższy wskazał, że wykonawca, który nie wniósł własnego protestu, ani odwołania przewidzianego w przepisach ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych, lecz przystąpił do postępowania na podstawie art. 184 ust. 4 tej ustawy, w postępowaniu wywołanym wniesieniem skargi do sądu okręgowego ma status interwenienta ubocznego, bez konieczności zgłaszania wstąpienia do sprawy na podstawie art. 77 Kodeksu postępowania cywilnego (sygn. akt III CZP 123/07);
 - w uchwale z dnia 24 lutego 2009 roku Sąd Najwyższy wskazał, że byłoby nadmiernym uproszczeniem przyjmowanie, że jest on interwenientem ubocznym w postępowaniu skargowym (sygn. akt III CZP 147/08);
2. doręczenia odpisu skargi wykonawcy, który przystąpił do postępowania odwoławczego, gdyż zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 24 lutego 2009 roku skarżący nie ma takiego obowiązku, a winien to uczynić Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, który z kolei nie ma środków umożliwiających wyegzekwowanie uzupełnienia braków formalnych skargi, co przekłada się na przedłużenie postępowania przed sądem okręgowym o etap wzywania do uzupełnienia

braków formalnych . W tej sytuacji dotrzymanie instrukcyjnego terminu rozpoznania skargi może stać się iluzoryczne;

3. doręczenia odpisu odpowiedzi na skargę; odesłanie do przepisów o apelacji (art. 198a ust 2 projektu) wskazuje na stosowanie art. 372 Kodeksu postępowania cywilnego i prawo strony przeciwnej do wniesienia w ciągu dwóch tygodni od dnia doręczenia apelacji odpowiedzi na apelację; zachowanie tego terminu bez obowiązku doręczenia odpisu odpowiedzi na skargę bezpośrednio skarżącemu i innym uczestnikom postępowania, wskazuje na trudności praktyczne z zachowaniem instrukcyjnego terminu rozpoznania skargi;
4. brak regulacji dotyczącej wprost kosztów zastępstwa prawnego w postępowaniu skargowym przed sądem okręgowym; stąd pojawiały się już trzy koncepcje dotyczące tej kwestii; tu zasadne byłoby znowelizowanie rozporządzeń Ministra Sprawiedliwości w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu oraz w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu.

Analizując pokrótce propozycje zmian w ustawie z dnia 9 stycznia 2009 roku o koncesji na roboty budowlane lub usługi należy zaaprobować zmianę w art. 27 ust. 1, gdzie sformułowanie „uszczerbek” zastąpiono ugruntowanym znaczeniowo pojęciem „szkody”.

Odnosząc się do rozbudowanej regulacji art. 30 i art. 30 a – c, dotyczącej rozszerzenia kognicji sądów administracyjnych Krajowa Rada Sądownictwa opiniuje projekt negatywnie, wskazując na merytoryczne i proceduralne konsekwencje (unieważnienie umowy, nałożenie kar finansowych), co zasadniczo jest sprzeczne z trybem postępowania sądowo – administracyjnego i wykracza poza zakres kontroli sprawowanej przez sądy administracyjne wynikającej z art. 184 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.

Mając jednakże na uwadze dwuinstancyjność postępowania administracyjnego także w tych sprawach, można uznać, że dostosowanie rozwiązań polskich do wymogów unijnych nie naruszy konstytucyjnego prawa do sądu.

Wątpliwości ustrojowe może budzić regulacja zawarta w art. 30 c ust. 2 projektu zmiany ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi z uwagi na skutek w postaci wygaśnięcia uprawnienia i krótki 3 – miesięczny termin zawity (a nie przedawnienia) dla dochodzenia odszkodowania, mimo odesłania do zasad określonych w Kodeksie cywilnym.

Podsumowując niniejsze rozważania należy zwrócić uwagę na konieczność rozpatrzenia zasadności utrzymywania proceduralnego dualizmu w zakresie postępowań o udzielenie zamówień publicznych w trybie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz postępowań o zawarcie umowy koncesji w trybie ustawy – o koncesji na roboty budowlane lub usługi, utrzymywania w aktualnym kształcie Krajowej Izby Odwoławczej oraz doprecyzowania procedury w zakresie postępowania skargowo – sądowego.