



Recenzja monografii Andrzeli Gawrońskiej-Baran pt. Unieważnienie przetargu nieograniczonego na zamówienie publiczne, Warszawa 2014, s. 256

Anna Pabin

1. Recenzowana monografia jest niezwykle istotna, tak z punktu widzenia publicznoprawnego, jak i cywilnoprawnego. Przedmiotem badań Autorki jest przede wszystkim problematyka unieważnienia przetargu nieograniczonego. Na rynku brakuje opracowań tego zakresu tematycznego, co zresztą podkreśla sama Autorka. Zgłębiając strukturę monografii, nietrudno dojść do konkluzji, że ambicją Autorki jest ukazanie omawianej problematyki w jak najszerszej perspektywie. Monografia składa się bowiem aż z siedmiu, bardzo treściwych, rozdziałów. Badany obszar omówiony jest w sposób wnikliwy i przedstawiony zarówno w ujęciu teoretycznym, jak również praktycznym.

2. Zgodnie z [art. 93 ust. 1](#) ustawy z 29.1.2004 r. - Prawo zamówień publicznych¹ unieważnienie przetargu może odbyć się tylko w przypadku zaistnienia wyszczególnionych w nim okoliczności. Oznacza to, że nie można swobodnie unieważniać przetargu, tym bardziej bez podania powodów. Unormowanie z art. 93 ust. 1 określa obligatoryjne przesłanki, które zawsze prowadzą do unieważnienia przetargu, natomiast przepisy ust. 1a i 1b art. 93 ustawy zawierają przesłanki fakultatywne, które mogą, ale nie muszą powodować skutku w postaci unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia. Trzeba zgodzić się z Autorką, że w postępowaniu o zamówienie publiczne wiele jest nieporozumień natury kwalifikacyjnej oraz przypadków bezpodstawnego unieważnienia procedur przetargowych, a ciągle zmiany przepisów nie ułatwiają eliminacji wątpliwości i różnych rozbieżności interpretacyjnych. Autorka podkreśla, że rozwiązania zawarte w ZamPublU w zakresie okoliczności uzasadniających unieważnienie przetargu eliminują tylko w pewnym stopniu arbitralne decyzje zamawiającego. Wskazuje na ramowe i mało precyzyjne ukształtowanie przepisów, niewystarczające wobec wielu stanów faktycznych możliwych do wystąpienia podczas prowadzenia postępowania.

ogólnej regulacji przetargu, nadal nie funkcjonuje on jednolicie ze względu na rozbudowane ustawodawstwo odrębne, różnicujące reguły postępowania, a nawet samą konstrukcję przetargu i znaczenie jego wyniku.

3. Nie sposób przedstawić wszystkich zagadnień poruszanych przez Autorkę, gdyż nie pozwalają na to ramy niniejszej recenzji. Prawdłowo jednak systematyzuje swe rozważania rozpoczynając od standardowego wprowadzenia do tematu. Rozdział pierwszy zawiera więc podstawowe informacje dotyczące przetargowego udzielenia zamówienia publicznego oraz charakterystykę prawną związanych z tym procedur. Wywody są klarowne, należycie udokumentowane.

W rozdziale drugim dokonano szczegółowej analizy charakteru prawnego unieważnienia przetargu, stanowiącego nietypową czynność prawną w stosunkach cywilnoprawnych. Autorka zasadnie zwraca tu uwagę na podobieństwo do konstrukcji wzruszalności, ponieważ na gruncie prawa cywilnego unieważnienie oznacza w zasadzie to samo co wzruszenie. Biorąc pod uwagę, że prawo do unieważnienia w przypadku przetargu na zamówienie publiczne ma tylko

zamawiający, trzeba się zgodzić z Autorką, że w tym zakresie nie ma potrzeby na zmianę, zwłaszcza ze względu na negatywne doświadczenia z czasu obowiązywania przepisów przewidujących możliwość unieważnienia z urzędu. Wtedy to wykonawcy nie mogąc uzyskać zamówienia publicznego starali się doprowadzić do unieważnienia przetargu z urzędu.

Na kolejną część pracy składa się opis okoliczności, w jakich można zakończyć przetarg na zamówienie publiczne poprzez jego unieważnienie z powodu braku ważnych ofert. Skrupulatnie są tu wyliczone przypadki powodujące odrzucenie oferty. *Andrzela Gawrońska-Baran* zwraca uwagę, że poważne wątpliwości budzi „wybór” oferty najkorzystniejszej spośród tylko jednej oferty niepodlegającej odrzuceniu, a tym samym utrzymanie ważności przetargu. Uważam, że należy zgodzić się ze stanowiskiem Autorki, gdyż zasadnie opowiada się ona za utrzymaniem obecnego stanu prawnego ze względów praktycznych, bowiem faktycznie ważność przetargu nieograniczonego przy jednej ofercie zmniejsza liczbę unieważnień oraz wykorzystania trybów niekonkurencyjnych.

Jak zaznacza Autorka, szczególne trudności stwarza zamawiającemu udowodnienie wykonawcom tzw. zmowy przetargowej. Moim zdaniem w książce brakuje szerszego odniesienia się do tej problematyki. Z punktu widzenia kompetencji UOKiK najpoważniejszym problemem w systemie zamówień publicznych w Polsce są właśnie zmowy przetargowe. W decyzjach wydawanych przez ten Urząd najczęściej obserwowany jest mechanizm rozstawiania i wycofywania ofert przez uczestników zmowy, który polega na wycofaniu oferty przez tańszego wykonawcę, w przypadku kiedy dwa pierwsze miejsca zajmą uczestnicy zmowy. Oznacza to wybór następnej w kolejności, droższej oferty³.

-113-

Jedną z naczelných zasad udzielania zamówień publicznych jest zasada uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy). Dlatego uzasadnione jest odrzucenie oferty tego z wykonawców, który narusza przedmiotową regułę. Trzeba dążyć do wyłapywania przypadków nieuczciwej konkurencji i zapobiegania takim sytuacjom w przyszłości.

Omawiając powody odrzucenia oferty Autorka wskazuje także na częste składanie ofert z

rażąco niską ceną. Spostrzega, że w orzecznictwie europejskim oraz krajowym, mimo braku definicji rażąco niskiej ceny, podejście do problemu jest zbliżone. Mianowicie przyjmuje się jednolicie za sprzeczne z prawem oraz z zasadą ochrony konkurencji uznanie ceny za rażąco niską bez możliwości udowodnienia przez wykonawcę jej rzetelności w zakresie czynników cenotwórczych. W dalszych rozważaniach wskazuje ponadto na problem, jakim jest niemożność wyboru oferty z powodu jednakowych cen ofertowych.

Mając na uwadze te rozważania wypada zauważyć w nurcie zbliżonym do Autorki, iż konieczne wydaje się wprowadzenie zmian tych przepisów, które umożliwiają dokonanie wyboru wykonawcy tylko na podstawie oferowanej przez niego ceny. Dużym błędem jest kierowanie się wyłącznie tym czynnikiem. Przetargi powinny być rozstrzygane na podstawie ceny oraz innych kryteriów, które powinny całkowicie odnosić się do przedmiotu zamówienia, ponieważ to przy użyciu kryteriów wyboru najkorzystniejszej oferty zamawiający powinien opisywać taki przedmiot zamówienia, jaki chciałby uzyskać. Tylko w wyjątkowych sytuacjach wybór należałoby dokonywać na podstawie samej ceny (w takiej sytuacji zamawiający miałby wskazać zasadność kierowania się tylko tym czynnikiem). Taka forma realizowania postępowania wyeliminowałaby wiele problemów i ograniczyła m.in. przypadki zmów cenowych, liczbę ofert składanych z rażąco niską ceną czy ofert składanych z taką samą ceną.

Rozdział czwarty Autorka poświęca zagadnieniom związanym z brakiem dostatecznego pokrycia finansowego. Poruszona została tu m.in. kwestia utraty dofinansowania, do której również chciałabym się odnieść. Na tle ustawowych podstaw unieważnienia przetargu Autorka najbardziej krytycznie ocenia właśnie przepisy [art. 93 ust. 1a i 1b](#) ZamPublU, zezwalające w istocie na warunkową możliwość wszczęcia przetargu bez pokrycia finansowego, jeśli zamawiający zastrzeże o tym z góry w ogłoszeniu o zamówieniu. Zaznacza, że cel wprowadzenia zwłaszcza ust. 1a, polegający na przyspieszeniu wydatkowania środków europejskich, nie został osiągnięty. Uzasadnia tym, że ze względu na podstawowe zasady finansów publicznych, zwłaszcza planowania finansowego, konieczne jest uchYLENIE tego przepisu. Równoległe także wyeliminowanie przyczyny jego niefortunnego wprowadzenia, przede wszystkim usprawnienie trybu konkursowego przydzielania środków europejskich beneficjentom. Według mnie Autorka zbyt krytycznie podchodzi do art. 93 ust. 1a i 1b. Nie uważam, żeby regulacje te należało usunąć, może wystarczy rozwiązania te doprecyzować legislacyjnie. Mają one na celu płynniejsze wykorzystanie pieniędzy z dotacji unijnych. Dzięki tym regulacjom zamawiający może wszcząć postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jeszcze przed otrzymaniem dotacji na sfinansowanie planowanego zadania bez

-114-

ponoszenia ryzyka konieczności kontynuowania takiego zadania w przypadku nieprzyznania dotacji na jego realizację. Należy tutaj podkreślić, że wykonawca składający ofertę jest świadomy możliwości unieważnienia przetargu, więc liczy się z tym faktem i sam podejmuje ryzyko tak jak i zamawiający, który ogłaszając przetarg ryzykuje, że poniesiony wkład na przygotowanie postępowania przepadnie. Ustawodawca wyjaśnia, że zamawiający często wszczynają postępowania o udzielenie zamówienia, które ma być finansowane ze środków unijnych, jeszcze przed uzyskaniem ostatecznych decyzji w sprawie dofinansowania, co podyktowane jest koniecznością dotrzymania sztywnych terminów realizacji projektów. Jeśli umowa w sprawie dofinansowania projektu nie zostanie ostatecznie podpisana w ogóle, lub zostanie podpisana, ale w innym od

pierwotnego kształcie, zamawiający może nie być w stanie ponieść ciężaru sfinansowania całości zamówienia ze środków własnych bez uszczerbku dla wykonywania innych swoich zadań⁴. Za Autorką trzeba tu zwrócić uwagę na fakt, że zastrzeżenie w ogłoszeniu o przetargu możliwości jego unieważnienia nie eliminuje uprawnienia wykonawcy do wystąpienia z roszczeniem o zwrot kosztów ubiegania się o zamówienie np. ze względu na odrzucenie wniosku o dofinansowanie z powodu błędów. Zważywszy na to należy zaznaczyć, że nie można traktować uchybień formalnych we wniosku złożonym przez zamawiającego do właściwej instytucji decydującej o przyznaniu funduszy jako przesłanki potwierdzającej, że zamawiający celowo doprowadza do sytuacji, w której pieniędzy nie otrzyma, aby móc skorzystać z omawianego przepisu dla unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Aby stwierdzić zaistnienie takiej przesłanki, musiałoby dojść do udowodnionego celowego działania lub zaniechania zamawiającego w zakresie procedury przyznania dotacji⁵.

Kolejno wyszczególniona część piąta pracy zawiera rozważania dotyczące istotnej zmiany okoliczności i związanej z nią kwestii upadku interesu publicznego. Autorka podkreśla, że nie jest z góry możliwe szczegółowe określenie stanów faktycznych pozwalających uznać, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym. Argumentuje to skomplikowaniem zagadnienia równocześnie wskazując, że interes publiczny nie stanowi klasycznej kategorii cywilnoprawnej i trudno o jego generalne zdefiniowanie. Zgodzić się trzeba z Autorką, że niedostatecznie precyzyjne określenie pojęcia interesu publicznego pozwala na nadmierne uelastycznienie rezygnacji przez zamawiającego z zawarcia umowy finalnej.

Doprowadzając do końca swe rozważania, Autorka w ostatniej części, w rozdziale siódmym, zajmuje się odpowiedzialnością stron postępowania przetargowego. Skrupulatnie wylicza żądania, z jakimi wykonawcy mogą występować przeciwko zamawiającemu z tytułu popełnionych uchybień oraz w efekcie jakich sytuacji może powstać odpowiedzialność odszkodowawcza wobec wykonawcy i zamawiającego. Także ta część pracy jest należycie uargumentowana i udokumentowana.

-115-

4. Konkludując należy stwierdzić, że *Andrzela Gawrońska-Baran* w swej monografii zrealizowała założony cel publikacji. Przeprowadziła strukturalnie złożoną kwalifikację prawną unieważnienia przetargu wraz z jej uzasadnieniem. Na podstawie weryfikacyjnej analizy stanu normatywnego, wypowiedzi orzecznictwa i dorobku doktrynalnego dokonała oceny obowiązującej regulacji ustawowej oraz zaproponowała konkretne rozwiązania konstrukcyjne. Pisząca starała się przywołać praktyczne przykłady, a dla poszczególnych rozwiązań znajdowała logiczne wyjaśnienie i wiarygodną genezę. Godne zauważenia jest, iż monografia podparta jest okazałą bibliografią. Biorąc pod uwagę orzecznictwo publikacja wzbogacona jest prezentacją rozstrzygnięć sądów krajowych (Sądu Najwyższego, sądów powszechnych oraz administracyjnych), jak również bieżącym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej. Ponadto uwzględnione jest orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Autorka dokonała omówienia zagadnień o znacznej doniosłości praktycznej. Skrupulatnie, krok po kroku odwołując się do aktów prawnych, orzecznictwa i literatury prawniczej przedstawiła procedurę unieważnienia przetargu wraz z wszystkimi towarzyszącymi jej aspektami. Badaczka trafnie stawiała nasuwające się pytania, aby później wyczerpująco na nie odpowiedzieć. Sformułowała także szereg postulatów *de lege ferenda* z ich konkretnym uzasadnieniem. Niewątpliwym

walorem pracy jest ujęcie problemu w aspekcie komparatystycznym. Autorka oparła się w tej mierze na analizie porównawczej z regulacjami niemieckimi, austriackimi, francuskimi oraz - w mniejszym stopniu - węgierskimi i ukraińskimi. Podkreśliła zarówno cechy wspólne, jak i różnice między szeregiem uregulowań.

Dużą zaletą pracy jest także fakt, że cechuje ją przejrzystość. Samo czytanie tekstu nie nastęcza trudności, gdyż Autorka pisze w sposób jasny i zrozumiały. Znajomość tematu oraz wysoki poziom dywagacji teoretycznych z pewnością przemawiają na rzecz uznania pracy za dobrą, wartościową i treściwą.

Nie można mieć wątpliwości, że książka stanowi przykład wartościowej pozycji wydawniczej i jest godna polecenia zarówno dla osób, które chcą zapoznać się z tematyką unieważnienia przetargu nieograniczonego na zamówienie publiczne, jak też pragnących pogłębić swoją znajomość tej problematyki.