

Krzysztof Horubski *

INTERES W UZYSKANIU ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO

1. Uwagi wprowadzające.

Interes w uzyskaniu zamówienia publicznego w prawie UE

Niniejszy artykuł stanowić będzie próbę odpowiedzi na pytanie o możliwość, a nawet konieczność zmiany dominującej dotychczas w poglądach doktryny i w orzecznictwie koncepcji interpretacji oraz stosowania zasadniczej przesłanki skutecznego wnoszenia środków ochrony prawnej w prawie zamówień publicznych, tj. interesu w uzyskaniu zamówienia. Zasadność postawienia tego pytania wynika nie tylko z nowego brzmienia¹ przepisu art. 179 ust. 1 ustawy z 29.1.2004 r. Prawo zamówień publicznych (Pzb) i przepisów z nim powiązanych, a wyznaczających kompetencje orzecznicze Krajowej Izby Odwoławczej (KIO/Izba) przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych (Prezes UZP) i sądów okręgowych, ale także z pojawiających się już wcześniej odmiennych interpretacji pojęcia interesu w uzyskaniu zamówienia.

Realizacja tego zamierzenia wymaga w pierwszej kolejności odniesienia się do unormowań i poglądów doktryny prawa wspólnotowego w celu

* Dr Krzysztof Horubski – Adiunkt w Zakładzie Prawa Administracyjnego Gospodarczego, Instytut Nauk Administracyjnych, Wydział Prawa Administracji i Ekonomii, Uniwersytet Wrocławski.

¹ Zmiany wprowadzone ustawą z 2.12.2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. Nr 223, poz. 1778; dalej jako nowelizacja Pzp z 2009 r.

ustalenia wynikających z niego determinant stanowienia, wykładni i stosowania prawa krajowego w zakresie przesłanek wnoszenia środków ochrony prawnej w prawie zamówień.

Dyrektywy odwoławcze posługują się pojęciem interesu w uzyskaniu zamówienia, nie definiując go w swej treści. Jego interpretacja odgrywa kluczową rolę w określaniu kręgu podmiotów legitymowanych do wnoszenia przewidzianych dyrektywami środków odwoławczych, stąd też nie powinno się jej nadmiernie zawężać, gdyż prowadziłoby to do osłabienia efektywności procedur odwoławczych. W art. 1 ust. 3 dyrektyw odwoławczych² stanowi się o zobowiązaniu państw członkowskich do zapewnienia dostępności procedur odwoławczych przynajmniej dla każdego podmiotu, który ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia, i który poniósł szkodę lub może ponieść szkodę w wyniku domniemanego naruszenia, przy czym art. 1 ust. 1 akapit 3 doprecyzowuje, że chodzi o naruszenie prawa wspólnotowego w dziedzinie zamówień publicznych lub krajowych przepisów transponujących to prawo. Analiza przytoczonych przepisów pozwala stwierdzić, iż interes w uzyskaniu zamówienia jest warunkiem *sine qua non* dostępu do procedur odwoławczych w prawie zamówień. Powstanie szkody lub zagrożenia powstania szkody w interesie danego podmiotu związanym z zamówieniem w wyniku naruszenia przez zamawiającego unormowań prawa zamówień stanowi sytuację uzasadniającą korzystanie ze środków odwoławczych. Korzystanie z tych środków jest więc uzależnione od kumulatywnego wystąpienia trzech przesłanek (warunków):

² Na dyrektywy odwoławcze wspólnotowego prawa zamówień publicznych składają się: dyrektywa Rady Wspólnot Europejskich 89/665/EWG z 21.12.1989 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, Dz.U. WE 1989 Nr L 395/33, z późn. zm.; dyrektywa Rady Wspólnot Europejskich 92/13/EWG z 25.2.1992 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. WE 1992 Nr L 76/14, z późn. zm.; obie dalej jako dyrektywy odwoławcze; dyrektywa 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 11.12.2007 r. zmieniająca dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych, Dz.U. UE 2007 Nr L 335/31; dalej jako dyrektywa 2007/66/WE. Dyrektywa 2007/66/WE w znacznej mierze dokonała ujednoczenia tekstów obu wcześniejszych dyrektyw odwoławczych, toteż wskazywane w dalszej części rozważań przepisy dyrektyw odwoławczych będą dotyczyć klasycznej i jednocześnie sektorowej dyrektywy odwoławczej w wersjach wynikających ze zmian wprowadzonych dyrektywą 2007/66/WE.

- 1) istnienia po stronie wnoszącego interesu w uzyskaniu konkretnego zamówienia;
- 2) naruszenia przez zamawiającego przepisów prawa wspólnotowego odnoszących się do udzielania zamówień publicznych lub implementujących je przepisów prawa krajowego;
- 3) związku przyczynowego pomiędzy tym naruszeniem a szkodą lub zagrożeniem jej powstania w interesie podmiotu związanym z danym zamówieniem³. Przepisy dyrektyw odwoławczych nie operują pojęciem interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia, a z treści właściwych unormowań nie można nawet bezsprzecznie wywieść, że środki odwoławcze powinny służyć wyłącznie ochronie interesu w uzyskaniu zamówienia dla siebie⁴.

Sytuacja, w której ani przepisy, ani preambuły dyrektyw odwoławczych bliżej nie precyzują znaczenia terminu – interes w uzyskaniu zamówienia przenosi ciężar wyznaczania zakresu znaczeniowego tej kategorii pojęciowej na organy sądownicze UE: Trybunał Sprawiedliwości (dawniej: Europejski Trybunał Sprawiedliwości) oraz Sąd Pierwszej Instancji⁵. Szczególną rolę przy rozważaniu tej kwestii należy nadać tezom zawartym w wyrokach w sprawie *Stadt Halle, Grossmann Air Service*⁶, a także wyrokowi w sprawie *Espace Trianon*⁷. Pierwsze z powołanych orzeczeń uzmysławia możliwość stwierdzenia istnienia interesu w uzyskaniu zamówienia również poza formalnie wszczętą procedurą o udzielenie zamówienia publicznego. Stan faktyczny będący przedmiotem rozstrzygnięcia wyroku w sprawie *Stadt Halle* obejmował sytuację, w której pomimo istnienia przedmiotowo-podmiotowych przesłanek wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający (miasto Halle) podjął działania w celu udzielenia zamówienia z u-

³ A. Sołtysińska, *Europejskie prawo zamówień publicznych*, Kraków 2006, s. 773–775; W. Łysakowski [w:] *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, (red. T. Czajkowski), wyd. 3, Warszawa 2007, s. 502–530; G. Wicik, P. Wiśniewski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 747.

⁴ Zob. A. Sołtysińska, op.cit., s. 779. Możliwość taką dopuszcza również R. Szostak, *Przetarg nieograniczony na zamówienie publiczne. Zagadnienia konstrukcyjne*, Kraków 2005, s. 118.

⁵ Dalej: TS (bądź w stosunku do orzeczeniem wydanych przed wejściem w życie Traktatu Lizbońskiego: ETS) oraz SPI.

⁶ ETS, sprawa C-230/02 *Grossmann Air Service, Bedarfsflugunternehmen GmbH&Co.KG przeciwko Republice Austrii*, Zb. Orz. 2004 I-1829.

⁷ ETS, sprawa C-129/04 *Espace Trianon SA, Société wallonne de location-financement SA (Sofibail) przeciwko Office communautaire et régional de la formation professionnelle et de l'emploi (FOREM)*, Zb. Orz. 2005 I-780.

pełnym pominięciem unormowań prawa zamówień, rozpoczynając negocjacje z dowolnie wybranym przez siebie kontrahentem⁸. We wstępnych motywach wyroku przytoczono obecny w części niemieckiej doktryny i orzecznictwa pogląd o możliwości podważania w postępowaniu odwoławczym wyłącznie decyzji zapadłych w toku formalnie wszczętego postępowania o udzielenie zamówienia. ETS wyraźnie sprzeciwił się takiemu stanowisku argumentując, iż jego przyjęcie oznaczałoby uznanie procedur udzielania zamówień za unormowania o charakterze fakultatywnym. Kontrola legalności postępowania o udzielenie zamówienia byłaby więc możliwa tylko w razie, gdyby zamawiający zdecydował się na formalne wszczęcie postępowania⁹. Następstwem tego stwierdzenia jest przyjęcie, że interes danego podmiotu w uzyskaniu zamówienia występuje również w takich sytuacjach, w których zamawiający, mimo prawnego obowiązku (istnienia przesłanek o charakterze przedmiotowym i podmiotowym) wszczęcia procedury udzielenia zamówienia, nie czyni tego, ale jednocześnie podejmuje konkretne, skutkujące na zewnątrz działania celem zawarcia z odrębnym od siebie podmiotem odpłatnej umowy na dostawę, usługi lub roboty budowlane¹⁰ (tzw. zamówienie *de facto*)¹¹. Powoduje to konieczność przyjęcia istnienia interesu po stronie podmiotu (przedsiębiorcy), który dowie się (częstokroć przypadkowo), o takim działaniu zamawiającego i wskutek wniesienia środka ochrony prawnej wyrazi swoje zainteresowanie uzyskaniem zamówienia. Jednocześnie należy podkreślić, że wyrok w sprawie *Stadt Halle* nie zawiera żadnych dodatkowych przesłanek badania interesu prawnego podmiotu wnoszącego środek ochrony prawnej w sytuacji tzw. zamówienia *de facto*. Należałoby jednak przyjęć, kierując się zasadami logiki, że podmiot korzystający w takim wypadku z procedury odwoławczej powinien wykazać rzeczywiste podstawy zainteresowania uzyskaniem takiego zamówienia (przykładowo: wykonywanie działalności będącej przedmiotem zamówienia w rozmiarze zbliżonym do skali trudności realizacji zamówienia lub chociażby możliwość występowania w charakterze członka konsorcjum, które jako całość zmierzałoby do uzyskania takiego zamówienia)¹².

⁸ Wyrok w sprawie *Stadt Halle*, pkt 14.

⁹ Ibidem, pkt 37 i 39.

¹⁰ Ibidem, pkt 39 i 41.

¹¹ H. J. Prieß, *Handbuch des europäischen Vergaberecht*, Köln 2005, s. 357.

¹² W stanie faktycznym będącym przedmiotem rozstrzygnięcia wyroku w sprawie *Stadt Halle* podmiot wnoszący odwołanie prowadził działalność w tej samej dziedzinie co przedsiębiorca, z którym podjął negocjacje zamawiający i był pod względem technicznym zdolny do wykona-

Inną istotną kwestią, którą w ramach interpretacji pojęcia interesu w uzyskaniu zamówienia rozstrzygnął ETS w wyroku w sprawie *Grossmann Air Service* było ustalenie dopuszczalności przyjęcia utraty tego interesu przez podmiot, który nie złożył oferty w postępowaniu i nie wnosił środków odwoławczych przeciwko treści specyfikacji i ogłoszenia o zamówieniu, mimo, iż w późniejszym postępowaniu (po podjęciu decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty) podniósł zarzut dyskryminującej treści opisu przedmiotu zamówienia, która uniemożliwiała mu ubieganie się o zamówienie¹³. W takich sytuacjach właściwe przepisy austriackiego prawa zamówień przewidywały brak interesu prawnego we wnoszeniu środków ochrony prawnej w związku z założeniem o równoznaczności niezłożenia oferty i długotrwałej bierności w podważaniu legalności przetargu publicznego z utratą zainteresowania uzyskaniem zamówienia¹⁴. Trybunał nie wypowiedział się w tym przypadku wprost co do występowania u tak „opieszalego” podmiotu interesu w uzyskaniu zamówienia. Podkreślono jednak, że nie do pogodzenia z wymogiem efektywnej i szybkiej ochrony prawnej podmiotów ubiegających się o zamówienie byłaby taka konstrukcja prawna procedur odwoławczych, która pozwalałaby na przewlekanie postępowania przez podmioty niekorzystające wcześniej z dostępnych im środków, a tym samym niewykazujące rzeczywistego zainteresowania uzyskaniem zamówienia¹⁵. Odmowa uznania przez krajowy organ odwoławczy istnienia interesu w uzyskaniu zamówienia po stronie odwołującego się dopiero od wyniku postępowania, który nie uczestniczył w postępowaniu i nie kwestionował wcześniejszych decyzji zamawiającego dotyczących treści specyfikacji i ogłoszenia nie ogranicza efektywności dyrektyw odwoławczych i nie jest sprzeczne z prawem wspólnotowym. Płynie stąd wniosek, że interes w uzyskaniu zamówienia jest pochodną rzeczywistego i ujawnianego na zewnątrz zainteresowania zamówieniem, a regulacja dostępności do środków odwoławczych w prawie zamówień powinna uwzględniać także interes zamawiającego i zwycięskiego oferenta w szybkim zawarciu i wykonaniu umowy w sprawie zamówienia¹⁶.

ETS zajmował się również kwestią unormowań o charakterze proceduralnym (formalnym), warunkujących dostępność podmiotów zainteresowa-

nia zamówienia (zob. pkt 17–19 wyroku w sprawie *Stadt Halle*). Tak również H. J. Priëß, op.cit., s. 356–357.

¹³ Zob. wyrok w sprawie *Grossmann Air Service*, pkt 21.

¹⁴ Ibidem, pkt 21–23.

¹⁵ Ibidem, pkt 37 i 40.

¹⁶ A. Sołtysińska, op.cit., s. 776–777.

nych uzyskaniem zamówienia do postępowania przed krajowymi organami odwoławczymi czy sądowymi. Dyrektywy odwoławcze w wersjach zmienionych przez dyrektywę 2007/66/WE wyznaczają nie tylko ogólne ramy i podstawowe mechanizmy ochrony interesu podmiotu ubiegającego się o zamówienie, ale także zawierają pewne regulacje o charakterze szczegółowym w zakresie chociażby terminów zawierania umów finalnych, wnoszenia odwołań lub sposobów informowania wykonawców. Niemniej jednak to do państw członkowskich należy określenie pozostałych (zdecydowanej większości) szczegółowych aspektów proceduralnych (formalnych) postępowania odwoławczego¹⁷. Tworząc regulację prawną z tego zakresu państwa członkowskie są zobligowane do przestrzegania zasady efektywności i szybkości procedur odwoławczych prawa zamówień (art. 1 ust. 1 akapit 3 dyrektyw odwoławczych). Wśród aspektów procedur odwoławczych (poddanych w zasadniczym stopniu regulacji krajowej) należy zwrócić w szczególności uwagę na kwestie: charakteru organów odwoławczych (np.: rodzaj pionu sądowiczego – cywilnego, administracyjnego - rozstrzygającego spory z obszaru prawa zamówień w I instancji lub sprawującego kontrolę w II instancji nad orzecznictwem *quasi* - sądowych organów odwoławczych I instancji)¹⁸, sposób powoływania osób zasiadających w organach odwoławczych, kwestie kosztów postępowań odwoławczych, wymogów dotyczących reprezentacji stron czy szczegółowych zasad postępowania dowodowego.

Wzajemną relacją wymogów procesowych (formalnych) i zasady efektywności ochrony prawnej zajmował się Trybunał w sprawie *Espace Trianon*. Przedmiotem rozstrzygnięcia była kwestia zgodności ze wskazaną zasadą unormowań prawa belgijskiego wymagających, aby w sytuacji, gdy o zamówienie ubiega się konsorcjum dwóch lub więcej podmiotów¹⁹ środki odwoławcze były wnoszone równocześnie przez wszystkie podmioty tworzące konsorcjum. Zgodnie z wymogami formalno-procesowymi prawa belgijskiego członkowie konsorcjum byli zobligowani do wspólnego wniesienia środka odwoławczego na dotyczące nich czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W stanie faktycznym sprawy jeden z członków

¹⁷ Ibidem, s. 766.

¹⁸ Zob. art. 2 ust. 9 dyrektyw odwoławczych oraz wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 13.6.2006 r., sygn. SK 54/2004, OTK 6a/2006, poz. 64.

¹⁹ W odnośnych przepisach prawa belgijskiego powołanych w części wstępnej wyroku w sprawie *Espace Trianon* konsorcjum dwóch lub więcej wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia (zob. art. 23 Pzp) było określane mianem – stowarzyszenia lub spółki *ad hoc* – zob. pkt 9 wyroku.

konsorcjum był przy wnoszeniu środka odwoławczego reprezentowany w sposób sprzeczny z prawem belgijskim, co w rezultacie skutkowało niedopuszczalnością skargi jako wniesionej przez podmiot nieuprawniony (wyłącznie przez jednego członka konsorcjum)²⁰. Spółka Espace Trianon (nieprawidłowo reprezentowany w postępowaniu przed krajowym organem odwoławczym członek konsorcjum Espace Trianon-Sofibail) oraz Komisja Europejska w toku postępowania przed Trybunałem zajęły stanowisko o niezgodności z prawem wspólnotowym krajowego przepisu proceduralnego wymagającego, aby członkowie konsorcjum wspólnie wszczynali postępowanie sądowe, a zatem by byli jednomyślni w kwestii wniesienia skargi na decyzję o udzieleniu zamówienia publicznego. Ich zdaniem skuteczna ochrona prawna udzielania zamówień powinna uznawać prawo członków konsorcjum do wnoszenia skarg indywidualnych; tylko takie unormowania prawa krajowego zapewniłyby pożądaną formę ochrony interesu członków konsorcjum w uzyskaniu zamówienia²¹.

Trybunał zajął jednak w tym względzie stanowisko przeciwne podnosząc fakt złożenia oferty przez konsorcjum jako całość, a nie przez każdego z jego członków z osobna, za czym idzie ewentualny skutek w postaci wspólnego zawarcia i wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego²². W motywach rozstrzygnięcia zwrócono uwagę na fakt, że tak skonstruowane wymogi proceduralne nie ograniczają, w sposób sprzeczny z wynikającymi z dyrektyw zasadami efektywności i szybkości postępowania odwoławczego, dostępu do tej procedury, a tym samym nie stanowią istotnej bariery dla ochrony interesu w uzyskaniu zamówienia przez konsorcjum wykonawców. Wymagania co do zachowania odpowiedniej reprezentacji konsorcjantów przy składaniu odwołania znajdują uzasadnienie w specyfice sytuacji wspólnego ubiegania się o zamówienie i odnoszą się do formy prawnej występowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia, której wyboru dokonały same podmioty ubiegające się o zamówienie²³.

Na bazie tego orzeczenia ETS należałoby sformułować wniosek o konieczności dostosowania sposobu ochrony interesu w uzyskaniu zamówienia do wymogów formalnych obowiązujących w procedurach państw członkowskich, chyba że warunki te w sposób wyraźny ograniczałyby dostępność i sku-

²⁰ Zob. pkt 14–15 wyroku w sprawie *Espace Trianon*.

²¹ Ibidem, pkt 18.

²² Ibidem, pkt 19.

²³ Ibidem, pkt. 22–23 i 28.

teczność środków odwoławczych²⁴. Na podstawie przedstawionego wyroku można również wskazać, że interes w uzyskaniu zamówienia, a ściślej mówiąc wymóg gwarantowania jego ochrony, jawią się jako kryteria oceny zgodności regulacji prawa krajowego z prawem wspólnotowym w dziedzinie procedur odwoławczych prawa zamówień.

Orzecznictwo ETS jest niewątpliwie źródłem podstawowych wskazań co do sposobu implementacji i następnie interpretacji przesłanek warunkujących możliwość korzystania ze środków odwoławczych w procedurach krajowych. Niemniej jednak nie jest w stanie rozstrzygnąć wszelkich kwestii szczegółowych, które wyłaniają się w obszarze stosowania unormowań krajowych. Dyrektywy wspólnotowe jako takie zmierzają bowiem nie do ujednoclenia, lecz do zbliżenia prawodawstw krajowych, do „wytworzenia” w ich ramach pewnego minimalnego, acz fundamentalnego obszaru wspólnych reguł (zasad), służących urzeczywistnieniu celów dyrektyw, z poszanowaniem jednak wewnątrz krajowej tradycji stanowienia i stosowania prawa. Istniejące w danym państwie członkowskim unormowania szczegółowe procedur odwoławczych, czy przyjęte w praktyce ich stosowania sposoby interpretacji pojęć prawnych mogą doprowadzić do efektów sprzecznych z celami dyrektyw odwoławczych.

2. Interes w uzyskaniu zamówienia w prawie i orzecznictwie polskim

Jak zasygnalizowano powyżej celem niniejszych rozważań jest udzielenie odpowiedzi na pytanie o konieczność zmiany dotychczasowego sposobu rozumienia i stosowania przesłanki interesu w uzyskaniu zamówienia w związku ze zmianą brzmienia art. 179 Pzp i przepisów z nim powiąza-

²⁴ W orzecznictwie ETS można natomiast wskazać na wiele rozstrzygnięć, w których stwierdzono sprzeczność konkretnych regulacji prawnych o charakterze proceduralnym odnoszących się do postępowań odwoławczych z obszaru prawa zamówień z wymogiem efektywnej ochrony interesu w uzyskaniu zamówienia podmiotu ubiegającego się o zamówienie. Przykładowo w wyroku w sprawie *Koppensteiner* (ETS, sprawa C-15/04 *Koppensteiner GmbH przeciwko Bundesimmobiliengesellschaft mbH*, Zb. Orz. 2005 I-4855, Trybunał stwierdził, że istniejący w austriackim prawie zamówień podział na takie decyzje instytucji zamawiających, które mogą być samoistnym przedmiotem zaskarżenia w odwołaniu i takie, których samoistnie zaskarżyć nie można jest sprzeczny z prawem wspólnotowym w zakresie w jakim uniemożliwia skuteczne podważenie decyzji o cofnięciu zaproszenia do składania ofert, a więc o zamknięciu postępowania o udzielenie zamówienia bez wyboru oferty najkorzystniejszej (zob. pkt. 5–9 i 31–32 wyroku).

nych. Nowelizacja Pzp z 2009 r. ma zdaniem jej Autorów prowadzić do osiągnięcia stanu pełnej zgodności regulacji dostępu do procedur odwoławczych prawa zamówień z wynikającą z prawa wspólnotowego zasadą efektywności ochrony prawnej wykonawcy i innego podmiotu w postępowaniu o udzielenie zamówienia²⁵.

Dominująca obecnie wykładnia analizowanej przesłanki ukształtowała się w oparciu o poprzednie brzmienie przepisu art. 179 ust. 1 Pzp. Przepis ten stanowił, że środki ochrony prawnej przysługują wykonawcom i uczestnikom konkursu, a także innym osobom, jeżeli ich interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Punktem wyjścia do ustalenia legitymacji do wniesienia środka ochrony prawnej było wskazanie przez wnoszącego: 1) uszczerbku (lub zagrożenia powstania uszczerbku) w jego 2) interesie prawnym w uzyskaniu zamówienia²⁶, przy czym uszczerbek ten (zagrożenie) musiał pozostawać w 3) adekwatnym związku przyczynowym z naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy²⁷. Ustalając zakres ochrony interesu w uzyskaniu zamówienia nie można było pomijać treści art. 191 ust. 1a Pzp. Z przepisu tego wywodzono, że uwzględnienie środka ochrony prawnej²⁸ było możliwe tylko w przypadku, gdy naruszenie prawa zamówień przez instytucję zamawiającą miało wpływ na wynik postępowania. Wpływ na wynik postępowania utożsamiano natomiast z sytuacją, w której gdyby do danego naruszenia prawa zamówień nie doszło, wynik postępowania (w znaczeniu – wybór najkorzystniejszej oferty) byłby odmienny²⁹. Poniższe rozważania posłużą charakterystyce ukształtowanej w ramach poprzedniej regulacji prawnej interpretacji przesłanki interesu w uzyskaniu zamówienia.

Interes w uzyskaniu zamówienia, jak i pozostałe warunki skutecznego wniesienia środka ochrony prawnej, są kwalifikowane w polskim orzecznictwie i doktrynie jako przesłanki o charakterze materialnoprawnym, stąd też

²⁵ Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw wraz z projektami aktów wykonawczych – druk sejmowy nr 2310 z 31.8.2009 r., s. 23 (dostępny na stronie http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/0/8FB8D304B8BA8860C125762C0_02677E2?OpenDocument).

²⁶ W związku z faktem, że w poprzednim stanie prawnym posługiwano się pojęciem interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia w dalszej części rozważań będzie ono stosowane przy przytaczaniu też orzeczeń wówczas wydawanych.

²⁷ K. Kiczka, *Kontrola w prawie zamówień publicznych* [w:] *Prawo zamówień publicznych*, (red. M. Guziński), Wrocław 2008, s. 168–169; W. Łysakowski, *op.cit.*, s. 504–505.

²⁸ Literalnie przepis ten odnosi się tylko do odwołania do KIO.

²⁹ G. Wicik, P. Wiśniewski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz...*, s. 697.

ich brak (niewykazanie) skutkuje oddaleniem wniesionego środka³⁰. Brak interesu w uzyskaniu zamówienia skutkuje oddaleniem odwołania, bądź skargi do sądu w drodze wyroku, nie natomiast wydaniem postanowienia o odrzuceniu środka ochrony prawnej jak ma to miejsce w przypadku braku spełnienia przesłanek formalnoprawnych³¹ wnoszenia środków odwoławczych³².

W treści niektórych rozstrzygnięć sądowych dochodzi w zasadzie do utożsamienia interesu w uzyskaniu zamówienia z interesem prawnym w ustaleniu istnienia bądź nieistnienia prawa lub stosunku prawnego w rozumieniu art. 189 ustawy Kodeks postępowania cywilnego (Kpc)³³. Przykładowo w wyroku w sprawie X Ga 149/07 Sąd Okręgowy w Gdańsku³⁴ stwierdza, że interes prawny polega na niepewności istnienia stanu prawnego lub prawa odwołującego się o charakterze obiektywnym. Interes prawny powoda jest przesłanką materialnoprawną, a więc stwierdzenie jego braku może nastąpić dopiero na etapie merytorycznego rozpatrywania sprawy i dlatego brak interesu prawnego powoduje oddalenie środka ochrony prawnej z powodu jego bezzasadności. Zwraca się przy tym uwagę, że interes prawny nie może być tylko uprawdopodobniony, ale musi zostać udowodniony³⁵.

W doktrynie krajowej podkreśla się, że uszczerbek lub zagrożenie powstania uszczerbku w interesie w uzyskaniu zamówienia są równoznaczne z pozbawieniem danego podmiotu możliwości (szansy) skutecznego ubiegania się o zamówienie (na etapie przed składaniem ofert) bądź jego uzyskania (na

³⁰ Zob. wyrok Zespołu Arbitrów z 1.2.2006 r., sygn. UZP/ZO/0-235/06 (dostępny na stronie <http://www.uzp.gov.pl/zagadnienia-merytoryczne/odwolania/orzecznictwo-za/2006/0-235-06.pdf>); wyrok KIO z 2.4.2008 r., sygn. KIO/UZP 242/08 (dostępny na stronie <ftp://ftp.uzp.gov.pl/wyroki/KIO/2008/0242-08.pdf>). Zob. również W. Łysakowski, op.cit., s. 524–528. Wynika to również z unormowania o podstawach odrzucenia odwołania zawartym w art. 187 ust. 4 Pzp.

³¹ Na gruncie art. 187 ust. 4 Pzp można mówić o swoistych dla procedury odwoławczej (*sensu stricto*) przesłankach procesowych – warunkach skutecznego wykonania prawa do ochrony prawnej, inaczej mówiąc warunkach od których zależy możliwość merytorycznego rozstrzygnięcia o zarzutach odwołania. Na temat przesłanek procesowych zob. H. Mądrzak, *Przesłanki ochrony prawnej* [w:] *Postępowanie cywilne*, (red. H. Mądrzak), Warszawa 2003, s. 29–31.

³² W zakresie podstaw odrzucenia odwołania postanowieniem KIO lub postanowieniem sądu okręgowego zob. odpowiednio art. 187 ust. 4 i art. 197 ust. 1 Pzp.

³³ Ustawa z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego, Dz.U. Nr 43, poz. 296, z późn. zm.

³⁴ Zob. wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z 15.6.2007 r., sygn. X Ga 149/07 (omówiony w: M. Stręciwilk (red.), *Zamówienia publiczne w orzecznictwie. Zeszyty orzecznicze. Wybrane orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej oraz Sądów Okręgowych*, Zeszyt nr 2, Warszawa 2008, s. 81).

³⁵ Wyrok KIO z 16.4.2008 r. w połączonych sprawach, sygn. KIO/UZP 296/08 i 303/08 (dostępny na stronie <ftp://ftp.uzp.gov.pl/wyroki/KIO/2008/0296-08,%200303-08.pdf>); zob. również wyrok SO w Gdańsku w sprawie X Ga 149/07.

etapie po otwarciu ofert)³⁶. W takim ujęciu podstawą do stwierdzenia interesu w uzyskaniu zamówienia po otwarciu ofert jest wykazanie przez podmiot wnoszący odwołanie lub skargę, że w wyniku uwzględnienia zarzutów przez niego podnoszonych uzyska zamówienie, czyli jego oferta bezsprzecznie zostanie uznana za najkorzystniejszą. Środek ochrony prawnej wnoszony przed terminem otwarcia ofert (odpowiednio wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu)³⁷ będzie natomiast wyrazem uszczerbku w interesie w uzyskaniu zamówienia, gdy w razie potwierdzenia się zarzutów w nim zgłoszonych dojdzie do uniemożliwienia lub ograniczenia możliwości skutecznego ubiegania się o zamówienie przez podmiot zainteresowany zamówieniem. W obu przypadkach interes prawny w uzyskaniu zamówienia utożsamiany jest z szansą na uzyskanie zamówienia odnoszoną w pierwszej kolejności do potencjalnego, a następnie do rzeczywistego oferenta. Punktem wyjścia do ustalania istnienia tej szansy jest udział w danym etapie postępowania o udzielenie zamówienia. Sam interes jest więc pochodną rzeczywistego zainteresowania zamówieniem, udziału w kolejnych fazach postępowania i w końcu istnienia podstaw do uznania danej oferty za najkorzystniejszą. Na etapie postępowania poprzedzającym składanie ofert możemy mówić jedynie o szansie potencjalnej, gdyż brak jeszcze podstawy do uzyskania zamówienia w postaci oferty.

Przedstawione założenia wykładni i stosowania przesłanki interesu w uzyskaniu zamówienia pozwalają stwierdzić, iż może się nim legitymować wyłącznie podmiot bezpośrednio zmierzający do uzyskania zamówienia dla siebie. Tylko taki podmiot (zasadniczo wykonawca) posiada potencjalną lub realną szansę na uzyskanie zamówienia. Wyklucza to z kręgu podmiotów legitymowanych czynnie do wnoszenia środków ochrony prawnej, choćby podwykonawców, którzy mogą być zainteresowani uzyskaniem zamówienia przez wykonawcę, z którym mają współpracować w realizacji zamówienia.

W orzecznictwie KIO pojawia się pojęcie interesu prawnego *sensu stricte* i *sensu largo*. W wyroku w połączonych sprawach KIO/UZP 296/08

³⁶ A. Kurowska, M. Sarnowski, G. Wicik, P. Wiśniewski, *Analiza wyroków sądów okręgowych oraz analiza orzeczeń Zespołów Arbitrów wydanych na podstawie przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych*, Warszawa 2006, s. 10 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 4.10.2005 r., sygn. V Ca 1136/05 (omówiony w: A. Elżanowska, M. Śledziwska, *Prawo zamówień publicznych*, Warszawa 2007, s. 337–338).

³⁷ Dotyczy to trybów, w których składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu poprzedza składanie ofert, a więc: przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, licytacji elektronicznej.

i 303/08³⁸ stwierdza się, że w ocenie Izby w aktualnym stanie prawnym interes prawny może być rozumiany, bądź jako możliwość uznania oferty złożonej przez wykonawcę za najkorzystniejszą w postępowaniu i zawarcia przez wykonawcę umowy w sprawie zamówienia publicznego (interes prawny *sensu stricte*) lub mieć swe uzasadnienie we wnoszeniu środków prawnych w celu zapewnienia prawidłowości postępowania o udzielenie zamówienia, prowadzącym do skutku w postaci zawarcia umowy w sprawie zamówienia zgodnie z prawem, nawet jeśli zawarcie umowy nastąpi z innym wykonawcą niż korzystający ze środków ochrony prawnej (interes prawny *sensu largo*)³⁹. Ochronie podlega więc szansa na uznanie danej oferty za najkorzystniejszą, a sama ochrona ma na celu zapobieżenie utracie tej szansy na skutek bezprawnych działań zamawiającego⁴⁰. Również na etapie przed terminem składania ofert, w razie gdy wykonawca domaga się zmiany specyfikacji lub ogłoszenia, wskazując, że ich treść ma wobec niego charakter dyskryminujący zmierzający nie tylko do umożliwienia mu skutecznego udziału w postępowaniu, ale także do zniesienia zagrożenia wystąpienia uszczerbku w jego interesie w uzyskaniu zamówienia, związanego z ewentualnym, przyszłym wykluczeniem go z postępowania lub odrzuceniem oferty w razie braku zmiany sprzecznych z prawem postanowień dokumentacji zamówienia.

Założenie o podleganiu ochronie prawnej na etapie po otwarciu ofert szansy na uznanie oferty za najkorzystniejszą (utożsamienie interesu w uzy-

³⁸ Wyrok KIO z 16.4.2008 r. w połączonych sprawach, sygn. KIO/UZP/296/08 i 303/08 (dostępny na stronie <ftp://ftp.uzp.gov.pl/wyroki/KIO/2008/0296-08,%200303-08.pdf>).

³⁹ Niemniej jednak z treści posługującego się tym rozróżnieniem wyroku KIO (zob. przypis 41) nie wynika, iż interes *sensu largo* jest postrzegany jako sytuacja przysługiwania środka ochrony prawnej w celu gwarantowania samej legalności postępowania (a więc jako przesłanka obiektywnej, a nie subiektywnej ochrony prawnej), gdy nie występuje element szansy na uzyskanie zamówienia wynikający ze złożenia oferty. Pojęcie to jest wyraźnie odnoszone do etapu przed składaniem ofert, kiedy to na w uzyskaniu zamówienia może powoływać się każdy zainteresowany udziałem w postępowaniu podmiot, który obawia się, że zostanie wykluczony lub jego oferta zostanie odrzucona na skutek dyskryminujących zapisów dokumentacji przetargowej. Interes prawny *sensu largo* dotyczy zachowania szansy na uzyskanie zamówienia w sensie ogólnym, podczas gdy interes prawny *sensu stricto* szansy jaka kształtuje się po złożeniu ofert, czynnościach ich wstępnej oceny, badania i dotyczy podmiotów, które gdyby nie naruszenia prawa zamówień na wskazanych etapach postępowania (po otwarciu ofert) uzyskałyby zamówienie, tj. ich oferta zostałaby uznana za najkorzystniejszą.

⁴⁰ Zob. wyrok KIO z 8.1.2008 r., sygn. KIO/UZP/38/07 (dostępny na stronie <ftp://ftp.uzp.gov.pl/wyroki/KIO/2007.rar>), wyrok KIO z 22.2.2008 r., sygn. KIO/UZP/100/08; wyrok KIO z 31.3.2008 r., sygn. KIO/UZP/233/08; wyrok KIO z 27.3.2008 r., sygn. KIO/UZP/221/08 (dostępny na stronie: <ftp://ftp.uzp.gov.pl/wyroki/KIO/2008/0221-08.pdf>).

skaniu zamówienia z wyborem oferty najkorzystniejszej, a nie zawarciem umowy finalnej) powoduje konieczność przyjęcia stanowiska, że okoliczności, które mogą mieć miejsce po wyborze oferty najkorzystniejszej (warunkowane wcześniejszym dokonaniem wyboru oferty najkorzystniejszej) nie mają wpływu na ocenę przysługiwania danemu podmiotowi interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia. Kwestia ta została rozstrzygnięta w licznych orzeczeniach KIO przede wszystkim w odniesieniu do podnoszonych przez zamawiających w toku postępowań odwoławczych zarzutów braku interesu prawnego odwołującego się w uzyskaniu zamówienia z racji istnienia przesłanek unieważnienia postępowania, gdy cena oferty najkorzystniejszej przekraczała sumę, którą zamawiający jest w stanie przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (zob. art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp). Punktem wyjścia dla tego stanowiska jest wskazanie, że czynność wyboru oferty najkorzystniejszej jest czynnością odrębną od ewentualnej późniejszej czynności unieważnienia postępowania⁴¹, a skoro celem postępowania o udzielenie zamówienia jest zawarcie umowy w sprawie zamówienia to zamawiający nie może zakładać w trakcie postępowania (przed dokonaniem wyboru oferty), że unieważni postępowanie⁴². Ponieważ interes prawny jest utożsamiany z szansą na uznanie oferty za najkorzystniejszą ewentualne rozważania o tym, czy po wyborze oferty najkorzystniejszej dojdzie do zawarcia umowy, czy też z przyczyn wynikających z prawa cywilnego lub Pzp, efekt taki nie zostanie uzyskany, są bezprzedmiotowe⁴³.

Kolejną, wymagającą sprecyzowania kwestią dotyczącą analizowanej przesłanki skuteczności środków ochrony prawnej jest określenie momentu, w którym powinien istnieć po stronie wnoszącego środek odwoławczy interes w uzyskaniu zamówienia. Co do zasady przesłanka interesu w uzyskaniu zamówienia powinna być spełniona na dzień wniesienia konkretnego środka ochrony prawnej. Kwestię tę należy rozważać odrębnie na dzień wnoszenia odwołania czy skargi do sądu⁴⁴. Istnienie interesu prawnego warunkuje moż-

⁴¹ Wyrok KIO z 31.3.2008 r., sygn. KIO/UZP 233/08 (dostępny na stronie <ftp://ftp.uzp.gov.pl/wyroki/KIO/2008/0233-08.pdf>).

⁴² Wyrok KIO z 22.2.2008 r., sygn. KIO/UZP 100/08 (dostępny na stronie <ftp://ftp.uzp.gov.pl/wyroki/KIO/2008/0100-08.pdf>).

⁴³ Wyrok KIO z 8.1.2008 r., sygn. KIO/UZP 38/07 (omówiony w: M. Stręciwilk (red.), *Zamówienia publiczne w orzecznictwie. Zeszyty Orzecznicze. Wybrane orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej. Zeszyt I*, Warszawa 2008, s. 82–83).

⁴⁴ Zob. wyrok KIO z 23.1.2008 r., sygn. KIO/UZP 101/07 (omówiony w: M. Stręciwilk (red.), *Zamówienia publiczne... Zeszyt I*, s. 83–84).

liwość skorzystania ze środków ochrony prawnej, stąd też warunek ten musi być spełniony na dzień wnoszenia każdego środka osobno. Zgodnie z powyżej przedstawionymi stanowiskami co do istnienia interesu prawnego nie da się jednak wykluczyć sytuacji, w których w toku postępowania wywołanego wniesieniem środków ochrony prawnej dojdzie do utraty interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia po stronie wnoszącego ten środek, chociażby w wyniku skutecznego unieważnienia postępowania⁴⁵.

Interes w uzyskaniu zamówienia jest odnoszony do konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia i istnieje wyłącznie w jego ramach. Tak więc w sytuacji skutecznego prawnie zniesienia postępowania (w wyniku unieważnienia) jego dotychczasowi uczestnicy przestają nim dysponować. Interes prawny referuje się wprost do uzyskania zamówienia w danym postępowaniu, co oznacza, że w momencie skutecznego zniesienia postępowania (utraty przez nie bytu prawnego) wygasa również możliwość żądania udzielenia ochrony prawnej w uzyskaniu zamówienia, będącego przedmiotem tego (zniesionego) postępowania⁴⁶. Wskazane założenie prowadziło do sformułowania wielokrotnie powielanego w orzecznictwie twierdzenia o niemożności wiązania interesu prawnego jako przesłanki wnoszenia środków ochrony prawnej z ewentualnym, przyszłym (niepewnym) zamówieniem, które być może nastąpiłoby po unieważnieniu toczącego się postępowania, choćby miało ono obejmować ten sam przedmiot, a więc o niemożności domagania się unieważnienia postępowania w środku odwoławczym⁴⁷. W wyroku w sprawie II Ca 104/06 Sąd

⁴⁵ Zob. postanowienie SO w Warszawie z 29.1.2008 r., sygn. V Ca 77/08 (omówione w: M. Stręciwilk (red.) *Zamówienia publiczne... Zeszyt I*, s. 87).

⁴⁶ Wyrok KIO z 2.4.2008 r., sygn. KIO/UZP 242/08 (dostępny na stronie: <ftp://ftp.uzp.gov.pl/wyroki/KIO/2008/0242-08.pdf>). Stan faktyczny objęty rozstrzygnięciem wskazanego wyroku KIO obejmował sytuację, w której po wniesieniu odwołania na czynność odrzucenia jednej z ofert doszło do unieważnienia postępowania przez zamawiającego w oparciu o przesłankę z art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp (cena najkorzystniejszej oferty przewyższała kwotę, którą zamawiający mógł przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia). Z racji tego, iż czynność unieważnienia nie została zaskarżona w terminie do wniesienia protestu doszło do skutecznego zniesienia postępowania o udzielenie zamówienia.

⁴⁷ Zob. G. Wicik, P. Wiśniewski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Suplement aktualizacyjny*, Warszawa 2007, s. 132–133. Najlepszym wyrazem takiego rozumienia interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia jest często przytaczane w orzecznictwie sformułowanie „interes prawny wnoszącego środek odwoławczy musi doznać uszczerbku w konkretnym postępowaniu, w którym on uczestniczy i polegać na tym, że traci on możliwość uznania oferty za najkorzystniejszą. Interes ten nie może być oceniany pod kątem ewentualnego i niepewnego udziału w przyszłym postępowaniu o udzielenie zamówienia i uzyskania w nim wyniku polegającego na wyborze przez zamawiającego jego następnej oferty” – zob. wyrok Zespołu Arbitrów z 20.1.2006 r.,

Okręgowy w Białymstoku wyraźnie wskazał, że interes prawny wykonawcy nie istnieje, gdy nie ma on szans na wygranie przetargu, a w wyniku uwzględnienia wniesionego przez niego środka ochrony prawnej doszłoby do unieważnienia postępowania, co dałoby mu możliwość udziału w ewentualnym nowym postępowaniu⁴⁸.

Podobnie Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku w sprawie o sygn. V Ca 2402/05 postawił znak równości pomiędzy brakiem interesu prawnego a żądaniem unieważnienia postępowania⁴⁹. W rozstrzygnięciu tym stwierdzono, że jeżeli wykonawca żąda unieważnienia postępowania, oznacza to przyjęcie przez niego samego braku możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą, podczas gdy interes prawny wnoszącego środek odwoławczy musi doznać uszczerbku w konkretnym postępowaniu i polegać na utracie możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą. W wyroku w sprawie X Ga 149/07 Sąd Okręgowy w Gdańsku również utożsamił przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia z utratą przez wykonawcę szans na wygranie konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Punktem wyjścia dla tego stwierdzenia było wskazanie na niemożność postrzegania interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia w kategoriach interesu ekonomicznego, jaki może mieć potencjalny wykonawca dążąc do unieważnienia postępowania i licząc na ponowny, niepewny udział w postępowaniu przetargowym (przy czym w tym fragmencie uzasadnienia powołano się na tezę niepublikowanego wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 23.4.2004 r. w sprawie V Ca 602/04). Skoro przedmiotem żądania skarżącego była w zasadzie wyłącznie zmiana podstawy prawnej unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, tak aby doprowadzić do kolejnego postępowania w tym samym trybie, to skarżący nie mając w tym postępowaniu możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą nie posiadał również interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp.

sygn. UZP/ZO/0-113/06 (dostępny na stronie: <http://www.uzp.gov.pl/zagadnienia-merytoryczne/odwo142ania/orzecznictwo-za/2006/0-113-06.pdf/view>); wyrok Zespołu Arbitrów z 24.1.2006 r., sygn. UZP/ZO/0-145/06 (dostępny na stronie: http://www.uzp.gov.pl/zagadnienia-merytoryczne/odwo142ania/orzecznictwo-za/2006/0-145_06.pdf/view?searchterm=UZP/ZO/0-145/06); wyrok KIO z 24.7.2008 r., sygn. KIO/UZP 705/08 (dostępny na stronie <ftp://ftp.uzp.gov.pl/wyroki/KIO/2008/0705-08.pdf>).

⁴⁸ Wyrok Sądu Okręgowego w Białymstoku z 31.3.2006 r., sygn. II Ca 104/06 (omówiony w: A. Elżanowska, M. Śledziwska, op.cit., s. 333–334).

⁴⁹ Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 21.3.2006 r., sygn. V Ca 2402/05 (omówiony w: A. Elżanowska, M. Śledziwska, op.cit., s. 335–336).

Szczególnie interesujące w omawianym aspekcie jest stanowisko wyrażone w wyroku Sądu Okręgowego w Krośnie w sprawie I Ca 134/06⁵⁰ rozpatrującego sprawę o stanie faktycznym bardzo zbliżonym do tego, który był przedmiotem rozstrzygnięcia w wyroku ETS w sprawie *Stadt Halle*. Przepisy prawa polskiego przewidywały obligatoryjne przydzielenie zadania w zakresie sporządzania planów urządzania lasów specjalnie utworzonemu w tym celu przedsiębiorstwu państwowemu o nazwie „Biuro Urządzenia Lasów i Geodezji Leśnej”⁵¹. Przedsiębiorca zainteresowany wykonaniem zlecenia w tym zakresie domagał się podobnie jak w sprawie *Stadt Halle* zamieszczenia ogłoszenia i wszczęcia stosownej procedury przetargowej w trybie Pzp. W skardze do sądu podkreślono, że pojęcie interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia powinno być interpretowane jako środek ochrony rzeczywistego interesu gospodarczego podmiotu zainteresowanego zamówieniem. Wnoszący odwołanie powołując się na dyrektywy odwoławcze oraz wzmiankowany wyrok ETS domagał się uznania przysługiwania interesu w uzyskaniu zamówienia wykonawcy, który nie ma prawnej możliwości uzyskania zamówienia z racji braku wszczęcia właściwej procedury zamówieniowej.

Rozstrzygając przedstawione zagadnienie sąd podkreślił, iż w świetle prawa polskiego odwołujący nie może mieć interesu prawnego w unieważnieniu przetargu; interesu polegającego na tym, że w ewentualnym nowym przetargu (w przyszłości) mógłby uczestniczyć i go wygrać. Interes prawny powinien dotyczyć postępowania przetargowego, w którym zgłoszono środki odwoławcze. Nie można powoływać się na przyszły, hipotetyczny, ewentualny interes, ponieważ nie ma pewności, że zamawiający po unieważnieniu postępowania ponownie ogłosi przetarg, a także nie można założyć, że dojdzie do złożenia kolejnej oferty i wygrania nowego przetargu przez odwołującego się⁵². Odnosząc się do zarzutu niezgodności interpretacji analizowanej przesłanki z treścią art. 1 ust. 3 dyrektyw odwoławczych sąd stwierdził, iż istotnie sformułowanie tego przepisu pozwala na dość szerokie ujęcie katalogu podmiotów uprawnionych do składania odwołań, nie dostrzegł jednak sprzeczności pomiędzy utrwalonym w orzecznictwie polskim sposobem in-

⁵⁰ Wyrok Sądu Okręgowego w Krośnie z 25.4.2006 r., sygn. I Ca 134/06 (dostępny na stronie http://www.uzp.gov.pl/zagadnienia-merytoryczne/prawo-polskie/orzecznictwo-sadowe/sady-okregowe/I_Ca_134-06.pdf).

⁵¹ Zob. art. 21a ust. 1 ustawy z 28.9.1991 r. o lasach (t.j.: Dz.U. z 2005 r. Nr 45, poz. 435, z późn.zm.).

⁵² Tak również: M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Komentarz do prawa zamówień publicznych*, Kraków 2005, s. 602.

terpretacji art. 179 ust 1 Pzp, a wymogami wynikającymi z dyrektyw. W uzasadnieniu podkreślono, że zarówno dyrektywa jak i Pzp wskazują na konieczność istnienia po stronie odwołującego się interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz kumulatywnego zaistnienia uszczerbku (niebezpieczeństwo powstania uszczerbku) w majątku odwołującego się⁵³.

Także w wielu innych judykatach KIO i sądów okręgowych odmawiano uczestnikowi postępowania prawa wnoszenia protestu, odwołania, czy skargi do sądu, utożsamiając żądanie unieważnienia postępowania z brakiem interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia w konkretnym postępowaniu i podkreślając niemożność oceniania tego interesu przez pryzmat ewentualnego udziału w przyszłym, niepewnym postępowaniu⁵⁴. Niemniej jednak w orzecnictwie KIO dopuszczano niekiedy możliwość żądania unieważnienia postępowania do momentu otwarcia ofert, co stanowiło pewien wyłom w zasadzie interpretowania interesu prawnego jako przesłanki ochrony możliwości ubiegania się o zamówienie w konkretnym postępowaniu (przed terminem składania ofert) i możliwości uznania oferty za najkorzystniejszą (po upływie terminu otwarcia ofert). Przykładowo w wyroku w sprawie KIO/UZP 576/08⁵⁵ wskazano, że odwołujący się posiada interes prawny we wniesieniu odwołania, ponieważ posiada status wykonawcy (ubiega się o zamówienie), a kwestionowane przez niego zapisy specyfikacji oraz ogłoszenia określające warunki udziału w postępowaniu mają bezpośredni wpływ na dostępność zamówienia i możliwość złożenia skutecznej oferty w postępowaniu. Ponieważ ewentualne uchybienia na etapie ustalania warunków udziału w postępowaniu mogą skutkować nieważnością umowy, zawartej w rozstrzygnięciu postępowania, wykonawca posiada interes w zaskarżeniu postanowień ogłoszenia oraz specyfikacji, przy utrzymaniu których udzielenie zamówienia mogłoby być obarczone sankcją nieważności (obecnie unieważnienia). Sama więc możliwość zawarcia nieważnej umowy w sprawie zamówienia, przy braku

⁵³ Uznając prawidłowość implementacji odpowiednich postanowień dyrektyw odwoławczych w art. 179 Pzp sąd stwierdził w konsekwencji brak podstaw do powoływania się na skutek bezpośredni postanowień dyrektyw określających podmioty, którym należy otworzyć dostęp do procedur odwoławczych.

⁵⁴ Zob. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 4.10.2005 r., sygn. V Ca 1136/05 (omówiony w: A. Elżanowska, M. Śledziowska, op.cit., s. 337–338); wyrok KIO z 11.1.2008 r., sygn. KIO/UZP 55/07 (omówiony w: M. Stręciwilk (red.) *Zamówienia publiczne... Zeszyt I*, s. 83); dalej jako wyrok w sprawie KIO/UZP 55/07.

⁵⁵ Wyrok KIO z 27.6.2008 r., sygn. KIO/UZP 576/08 (dostępny na stronie <ftp://ftp.uzp.gov.pl/wyroki/KIO/2008/0576-08.pdf>).

wyeliminowania niezgodnych z prawem zamówień warunków przetargowych, stała się podstawą do przyjęcia istnienia po stronie wykonawcy interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia. W tym przypadku wyraźnie chodziło jednak o ochronę możliwości ubiegania się o zamówienia, a nie o ochronę szansy na uznanie oferty za najkorzystniejszą.

Zreferowane poglądy na możliwość skutecznego domagania się przez wnoszącego środki ochrony prawnej unieważnienia postępowania uległy zmianie wraz z nowelizacją Pzp z 2007 r.⁵⁶, w ślad za tym zmianie musiały ulec poglądy na istotę przesłanki interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia⁵⁷. W wyniku tej nowelizacji do art. 191 Pzp wprowadzono w ust. 2 pkt 3 unormowanie umożliwiające KIO przy uwzględnianiu odwołania unieważnienie postępowania, ponadto w ust. 3 tegoż artykułu pozostawiono postanowienie o uwzględnianiu z urzędu okoliczności skutkujących koniecznością unieważnienia postępowania. Oznaczało to, że KIO mogła zarówno uwzględnić podnoszone w odwołaniach zarzuty zmierzające do unieważnienia postępowania, chociażby były jedynymi, jak i unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z urzędu⁵⁸.

Zmiana ta wpłynęła na sformułowanie w doktrynie poglądu o konieczności zdecydowanie szerszego rozumienia przesłanki interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia, a zatem przyznania go wykonawcy w każdym przypadku, w którym podnosił zarzut nieważności postępowania, w tym także wykonawcy skutecznie wykluczonemu lub takiemu, którego oferta została odrzucona⁵⁹.

⁵⁶ Ustawa z 13.4.2007 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. Nr 82, poz. 560, z późn.zm; dalej jako nowelizacja Pzp z 2007 r. Zmiana polegała na wprowadzeniu do art. 191 ust. 2 pkt 3 Pzp możliwości żądania w treści odwołania unieważnienia postępowania i uwzględnienia tego żądania w wyroku uwzględniającym odwołanie.

⁵⁷ G. Wicik, P. Wiśniewski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Suplement...*, s. 132–133.

⁵⁸ W sytuacji uwzględnienia żądania zarzutu unieważnienia postępowania Zespołu Arbitrów lub KIO wydawały wyrok uwzględniający odwołanie, natomiast w sytuacji zastosowania z urzędu przepisów o unieważnieniu postępowania należało wydać odrębny od wyroku uwzględniającego lub oddalającego odwołanie wyrok unieważniający postępowanie z urzędu – tak G. Wicik, P. Wiśniewski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Suplement...*, s. 133–134; zob. również P. Szelerski, *Środki ochrony prawnej [w:] Prawo zamówień publicznych po nowelizacji z dnia 13 kwietnia 2007 r.*, Warszawa 2007, s. 152.

⁵⁹ G. Wicik, P. Wiśniewski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Suplement...*, s. 132–134. Jeszcze przed wejściem w życie wzmiankowanej nowelizacji pogląd taki głosił P. Wierzbicki (zob. P. Wierzbicki, *Trzeba zmienić przepisy. Interes prawny jako przesłanka skorzystania ze środków odwoławczych*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2005, nr 1).

Przedstawiony stan prawny obowiązywał do momentu wejścia w życie kolejnej szerokiej nowelizacji Pzp wprowadzonej ustawą z dnia 4.9.2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw⁶⁰ (nowelizacja Pzp z 2008 r.). Akt ten derogował uprawnienia KIO do unieważnienia postępowania wskutek uwzględnienia zarzutów odwołania, ale także z urzędu.

W uzasadnieniu projektu tej nowelizacji Pzp zawarto krytyczną argumentację wobec stanu prawnego, w którym organ odwoławczy posiadał wskazane możliwości unieważnienia postępowania. Podkreślono m.in., że „taki stan rzeczy sprzyja nadużywaniu przez wykonawców środków ochrony prawnej, zachęca ich bowiem do wnoszenia protestów bezzasadnych, w których niejako „przy okazji” podnoszą zarzuty skutkujące nieważnością postępowania, mimo iż zarzuty te dotyczą czynności, wobec których upłynął już termin na wniesienie protestu. W konsekwencji może to prowadzić do przedłużania procedur odwoławczych i przewlekłości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Należy również podkreślić, iż uprawnienie do unieważnienia postępowania jest ściśle związane z orzekaniem o nieważności umowy i w związku z tym powinno znajdować się wyłącznie w kompetencji sądów powszechnych. Mając to na uwadze, w projekcie rezygnuje się z przyznawania KIO kompetencji do unieważniania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego”⁶¹. Stan prawny wprowadzony w tym zakresie nowelizacją Pzp z 2008 r. obowiązuje także obecnie.

W przytoczonych fragmentach uzasadnienia projektu nowelizacji Pzp z 2008 r. mowa jest o kompetencji sądów powszechnych do ustalania podstaw unieważnienia postępowania, jako sytuacji ściśle związanej z nieważnością (obecnie unieważnialnością) umowy w sprawie zamówienia publicznego. W związku z brakiem odpowiedniego środka prawnego w Pzp należałoby przyjąć, że można domagać się jedynie stwierdzenia podstaw do unieważnienia postępowania w trybie powództwa ustalającego z art. 189 Kpc⁶². Jedno-

⁶⁰ Ustawa z 4.9.2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. Nr 171, poz. 1058.

⁶¹ Uzasadnienie dostępne na stronie www.serwis-zp.pl/mand_cms/photos/uzasadnieniepzp_1042008.pdf. Zob. również J. Sadowy, *Prawo zamówień publicznych po nowelizacji z dnia 4 września 2008 r.*, Warszawa 2008, s. 152–153.

⁶² Brak jest bowiem przepisu, który przyznawałby możliwość unieważnienia postępowania (nie zawartej już umowy) w trybie konstytucyjnego wyroku sądowego. Oczywiście nie ma również przepisu, który przyznawałby wykonawcy (uczestnikowi konkursu, innej osobie) kompetencję do unieważnienia postępowania mocą własnego oświadczenia woli. Na temat czynności

cześniej ta formalnie istniejąca możliwość jest w zasadzie iluzoryczna, gdyż wraz z momentem zawarcia umowy finalnej dochodzi niejako do „skonsumowania” postępowania o udzielenie zamówienia. Unieważniona może być natomiast umowa w sytuacjach określonych w art. 146 ust. 1 i 6 Pzp.

Wyłączenie możliwości żądania unieważnienia postępowania na wniosek czy też unieważnienia go z urzędu przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia nie sprzeciwia się regulacji dyrektyw odwoławczych i jest zgodna z zasadą efektywności i szybkości postępowania odwoławczego, choć oczywiście prowadzi do sytuacji, w której może zostać zawarta umowa podlegająca unieważnieniu. W dyrektywach odwoławczych brak jest bowiem unormowań dotyczących nieważności lub unieważnienia samego postępowania. Zawierają one natomiast przepisy dotyczące stwierdzenia nieskuteczności umowy w sprawie zamówienia (zob. art. 2d ust. 1 i 2e ust. 1), które zostały implementowane w prawie polskim (zob. art. 192 ust 3 pkt 2 Pzp). Wskazane przepisy stanowią przejaw ochrony interesu ekonomicznego wykonawcy związanego z udzielanym zamówieniem co zostanie wykazane w dalszej części rozważań. Niemożność żądania w odwołaniu, czy w skardze do sądu unieważnienia postępowania nie powinna być postrzegana jako niezgodna ze wspólnotowymi wymogami dotyczącymi procedur odwoławczych. Procedury te służąc ochronie interesu danego podmiotu w uzyskaniu konkretnego zamówienia, chronią go przed utratą (ograniczeniem) szansy na sam udział, czy uznanie jego oferty za najkorzystniejszą, nie wymagają jednak, choć również nie stoją na przeszkodzie, by ustanowić taki model ochrony prawnej, w którym respektowany jest także w szerszym, niż to wynika z przepisów o unieważnieniu umowy, zakresie interes ekonomiczny wykonawcy. Interes polegający na doprowadzeniu do zakończenia postępowania bez wyboru oferty lub bez możliwości wykonania zawartej umowy w sprawie zamówienia, tak aby zachować szansę na wygranie przyszłego, ewentualnego przetargu o tym samym lub zbliżonym przedmiocie zamówienia.

Na zakończenie rozważań o wiązaniu interesu prawnego z postępowaniem o udzielenie zamówienia należy przypomnieć o specyficznej sytuacji zamówienia *de facto*⁶³, a więc podlegającego przedmiotowemu i podmiotowemu zakresowi zastosowania dyrektywy klasycznej lub sektorowej, a udzie-

prawnych wzruszalnych (nieważnych względnie) konstytutywnym orzeczeniem sądu lub oświadczeniem woli strony (innej osoby) zob. M. Gutowski, *Nieważność czynności prawnej*, Warszawa 2006, s. 75–83.

⁶³ Zob. powyższe rozważania na temat wyroku w sprawie *Stadt Halle*.

lanego z pominięciem obligatoryjnych procedur udzielania zamówień. Również w tym przypadku, mimo formalnego braku postępowania, interes podmiotu zainteresowanego uzyskaniem zamówienia odnosi się do konkretnego zamiaru instytucji zamawiającej, dążącej do zawarcia odpłatnej umowy dostawy, o roboty budowlane lub o świadczenie usług, przy czym środki *sensu stricto* służąc ochronie szansy na uzyskanie takiego zamówienia, zmierzają do nakazania zamawiającemu, aby ten odstąpił od realizowanego zamiaru i wszczął w odpowiedni sposób postępowanie o udzielenie zamówienia.

Dla dopełnienia analizy powszechnie przyjętego sposobu interpretowania przesłanki interesu w uzyskaniu zamówienia należy odnieść się do będącej źródłem szczególnych wątpliwości i sprzeczności w krajowym orzecznictwie kwestii oceny istnienia tego interesu przez pryzmat trafności zarzutów podniesionych w treści środka ochrony prawnej. W pierwszej kolejności należy podkreślić, że organy rozstrzygające w przedmiocie środków ochrony prawnej nie są związane sposobem opisanego interesu w treści tych środków. Ocena interesu w uzyskaniu zamówienia jest więc niezależna od jego przedstawienia (opisu) w treści środka ochrony prawnej i następuje przede wszystkim na podstawie analizy charakteru podnoszonych zarzutów w aspekcie możliwości uzyskania w razie ich uwzględnienia ochrony szansy ubiegania się o zamówienie lub uznania własnej oferty za najkorzystniejszą⁶⁴. Powstaje jednak pytanie – czy istnienie interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia powinno się postrzegać jak funkcję trafnych (ustalonych jako zgodnych z rzeczywistym stanem rzeczy) zarzutów? Znamienne stanowisko w tym względzie zajęła KIO w wyroku w sprawie KIO/UZP 55/07, gdzie wskazano, że badanie istnienia, bądź nieistnienia interesu prawnego wnoszącego odwołanie nie może być bezpośrednio związane z trafnością zarzutów przez niego podnoszonych – albowiem wówczas w każdym przypadku, gdy zarzuty protestu lub odwołania okazałyby się niezasadne należałoby uznawać, że wnoszący nie ma interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia. W konkluzji omawianego rozstrzygnięcia stwierdza się, że badanie istnienia bądź nieistnienia interesu prawnego wykonawcy nie może być bezpośrednio związane z trafnością zarzutów przez niego podnoszonych, co powinno przemawiać za szerokim rozumieniem przesłanki interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia. Zbliżone stanowisko KIO zajęła w wyroku KIO/UZP 679/08⁶⁵. W rozstrzygnię-

⁶⁴ Wyrok KIO z 9.4.2008 r., sygn. KIO/UZP 268/08 (dostępny na stronie <ftp://ftp.uzp.gov.pl/wyroki/KIO/2008/0268-08.pdf>).

⁶⁵ Wyrok KIO z 17.7.2008 r., sygn. KIO/UZP 679/08 (dostępny na stronie <ftp://ftp.uzp.gov.pl/wyroki/KIO/2008/0679-08.pdf>).

ciu tym podkreślono, że w sytuacji braku interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia KIO jako organ odwoławczy nie ma obowiązku odnoszenia się merytorycznie do podniesionych przez odwołującego zarzutów. Brak interesu prawnego po stronie wnoszącego środek ochrony prawnej sam w sobie uzasadnia oddalenie odwołania bez konieczności merytorycznego rozstrzygnięcia o zarzutach środka odwoławczego.

W orzecznictwie można jednak znaleźć przykłady rozstrzygnięć, w których stwierdzenie istnienia interesu prawnego po stronie odwołującego się (skarżącego) jest wynikiem uprzedniego rozstrzygnięcia o trafności podnoszonych zarzutów. W szczególności dotyczy to przypadków, w których odwołanie (skargę) po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej wnosi uczestnik postępowania, którego oferta została sklasyfikowana na trzecim lub dalszym miejscu w rankingu korzystności ofert. Znamiennym przykładem tak rozumianego stosowania przesłanki interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia jest rozstrzygnięcie zawarte w wyroku KIO w połączonych sprawach 223/08 i 231/08⁶⁶. Rozstrzygnięciu podlegała sytuacja ubiegania się o zamówienie trojga wykonawców (A, B, C), gdzie oferta wykonawcy A została odrzucona, oferta wykonawcy B sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu ofert, natomiast oferta C została uznana za najkorzystniejszą. Wykonawca A wniósł protest, a następnie odwołanie, w którym domagał się uznania niesłuszności odrzucenia jego oferty oraz wykluczenia wykonawcy C z postępowania i uznania oferty A za najkorzystniejszą. Skład orzekający KIO zgodził się ze stanowiskiem odwołującego co do sprzeczności z prawem odrzucenia jego oferty, ale jednocześnie stwierdził brak interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia po stronie wykonawcy A (wnoszącego odwołanie) z racji niepotwierdzenia się jego zarzutów wobec wykonawcy, którego ofertę uznano za najkorzystniejszą. Przesłankę interesu prawnego zinterpretowano w tym przypadku nie jako wymóg warunkujący możliwość merytorycznego rozstrzygnięcia o środku odwoławczym, ale jako następstwo (wynik) rozstrzygnięcia w przedmiocie zarzutów odwołania. Kwestię interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia immanentnie powiązano ze sferą zasadności całego środka odwoławczego. Dla usprawiedliwienia zajętego stanowiska przywołano pogląd o tym, że o braku interesu prawnego we wniesieniu środka ochrony prawnej można mówić w sytuacji, gdy wykonawca zajmujący w rankingu ofert trzecie lub dalsze miejsce, bądź nie kwestionuje wszystkich ofert znajdujących się przed nim

⁶⁶ Wyrok KIO z 31.3.2008 r. w połączonych sprawach, sygn. KIO/UZP 223/08 i 231/08 (dostępny na stronie <ftp://ftp.uzp.gov.pl/wyroki/KIO/2008/0223-08,%200231-08.pdf>).

w rankingu, bądź też jego zarzuty co do treści lub formy tych ofert w ocenie organu orzekającego nie potwierdzają się⁶⁷.

W zbliżony sposób zastosowano analizowaną przesłankę w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie w sprawie V Ca 2402/05⁶⁸. Skarżący wykonawca został wykluczony z postępowania i wniósł na tę czynność protest, a następnie odwołanie. Arbitrzy podtrzymali jednak decyzję zamawiającego w tym zakresie na co wykonawca nie wniósł skargi. Oprotestował jednak czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, a następnie swój środek odwoławczy skierował przeciwko wszystkim pozostałym w postępowaniu ofertom, dążąc do stanu rzeczy, w którym w świetle obowiązującego wówczas art. 26 ust. 3 Pzp⁶⁹ zamawiający miał obowiązek zwrócić się do wykonawców o uzupełnienie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w przypadku gdyby ich nieuzupełnienie skutkowało unieważnieniem postępowania. Założona w odwołaniu sytuacja doprowadziłaby do przywrócenia odwołującego do udziału w postępowaniu i spowodowałaby po stronie zamawiającego obowiązek zbadania i ewentualnie oceny jego oferty. Wprawdzie można by stwierdzić, że rozstrzygnięcie to znajduje uzasadnienie w interpretacji zbliżonej sytuacji zawartej w orzeczeniu ETS w sprawie *Grosman Air Service*, nie mniej jednak nie powinno się w tym przypadku abstrahować od treści ówczesnie obowiązującego przepisu art. 26 ust. 3 Pzp, powodującego, iż w przypadku uwzględnienia całokształtu zarzutów odwołującego się doszłoby do swoistego przywrócenia jego oferty do postępowania. Sąd nie zajął się jednak analizą zarzutów odwołania powtórzonych w skardze, lecz stwierdził, że sytuacja, w której miałyby dojść do odrzucenia wszystkich ofert (w wyniku uwzględnienia zarzutów) ma charakter czysto hipotetyczny (probabilistyczny). Sytuacja taka nie może przemawiać za posiadaniem przez wnoszącego skargę interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia, także w związku z utratą przez niego statusu wykonawcy związaną z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu na jego wykluczenie z postępowania. Także na podstawie tego rozstrzygnięcia można zaobserwować sytuację, w której ocena zasadności zarzutów (w tym przypadku właściwie pozór takiej oceny) stano-

⁶⁷ A. Kurowska, M. Sarnowski, G. Wicik, P. Wiśniewski, *Analiza wyroków sądów...*, s. 13.

⁶⁸ Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 4.10.2005 r., sygn. V Ca 1136/05 (omówiony w: A. Elżanowska, M. Śledziwska, *op.cit.*, s. 335–336).

⁶⁹ Ówczesne brzmienie art. 26 ust. 3 Pzp – Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w wyznaczonym terminie nie złożyli dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, do uzupełnienia tych dokumentów w określonym terminie, jeżeli ich nieuzupełnienie skutkowałoby unieważnieniem postępowania.

wi podstawę dla przyjmowania istnienia, bądź nieistnienia interesu w uzyskaniu zamówienia, a więc sytuację lokowania tej przesłanki w ramach pojęcia zasadności środka ochrony prawnej.

Powyższe rozważania służyły scharakteryzowaniu powszechnie przyjętych poglądów dotyczących dwóch podstawowych, ściśle ze sobą powiązanych przesłanek materialnoprawnych wnoszenia środków ochrony prawnej, mianowicie interesu w uzyskaniu zamówienia i poniesienia w nim uszczerbku, bądź groźby powstania takiego uszczerbku. Dla zamknięcia tych rozważań konieczne jest jeszcze przedstawienie wymogu naruszenia ustawy jako źródła szkody (zagrożenia szkodą) w interesie podmiotu zmierzającego do uzyskania zamówienia. Szkada w interesie związanym z zamówieniem jest pochodną naruszenia przez zamawiającego unormowań krajowego lub wspólnotowego prawa zamówień. Oznacza to, iż podstawą do wnoszenia środków odwoławczych jest tylko taki interes w uzyskaniu zamówienia, który doznał lub może doznać szkody na skutek naruszenia przez zamawiającego norm prawa zamówień, a nie jakichś innych norm prawnych. Korzystający ze środków ochrony prawnej powinien zawsze wskazać konkretne unormowania prawa zamówień, nie wyłączając rozporządzeń wykonawczych do ustawy Pzp, których naruszenie przez zamawiającego skutkuje w sferze jego interesu w uzyskaniu zamówienia⁷⁰. Samo naruszenie przepisów ustawy sprowadza się w sensie techniczno-prawnym do niedozwolonego zachowania się zamawiającego, do tzw. pogwałcenia, obejścia ustawy, posłużenia się nieistniejącą normą, bądź do jej błędnej wykładni lub wadliwego zastosowania⁷¹. Chodzi więc o naruszenia przepisów prawa zamówień związanych z dokonywaniem (zaniechaniem) czynności realizujących ustalony tok postępowania: kształtowanie warunków zamówienia – zebranie i otwarcie ofert – wykluczenie z postępowania – odrzucenie oferty – wybór oferty najkorzystniejszej⁷². Są to konieczne elementy procedury, tworzące uporządkowany i stopniowo rozwijający się ciąg zdarzeń, które zazwyczaj stanowią przesłanki skuteczności zdarzeń po nich następujących⁷³.

Podsumowując tę część rozważań należałoby wskazać na następujące elementy charakterystyczne dla powszechnie przyjętej interpretacji pojęcia

⁷⁰ Wyrok KIO z 16.4.2008 r., sygn. KIO/UZP 268/08 (dostępny na stronie <ftp://ftp.uzp.gov.pl/wyroki/KIO/2008/0268-08.pdf>); dalej jako wyrok w sprawie KIO 268/08.

⁷¹ R. Szostak, *op.cit.*, s. 119–120.

⁷² *Ibidem*, s. 120.

⁷³ Zob. Uchwała Sądu Najwyższego z 2.8.1994 r., sygn. III CZP 96/94, OSN 1995, nr 1, poz. 11.

interesu w uzyskaniu zamówienia przy określaniu dostępu do procedur odwoławczych prawa zamówień:

- przyznawanie interesu w uzyskaniu zamówienia wyłącznie podmiotom bezpośrednio zmierzającym do uzyskania zamówienia dla siebie;
- utożsamianie go z potencjalną (na etapie przed składaniem ofert), a następnie z realną (oczywistą) szansą na uznanie oferty za najkorzystniejszą w konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia;
- uzależnienie uznania istnienia interesu w uzyskaniu zamówienia po otwarciu ofert od potencjalnej zmiany wyniku wyboru oferty najkorzystniejszej w razie potwierdzenia się podnoszonych przez wnoszącego środek ochrony prawnej zarzutów (środek powinien zmierzać do sklasyfikowania oferty na pierwszym miejscu w rankingu ofert celem wyboru oferty najkorzystniejszej);
- uznanie nieistotności dla ustalania interesu w uzyskaniu zamówienia okoliczności, które mogą zajść po wyborze oferty najkorzystniejszej (są nim warunkowane – jak choćby unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp);
- postrzeganie interesu w uzyskaniu zamówienia jako pochodnej oceny zasadności (trafności) zarzutów środka ochrony prawnej;
- wyłączenie możliwości ochrony innych niż szansa na uznanie oferty za najkorzystniejszą interesów podmiotu wnoszącego środek ochrony prawnej, jak chociażby interes ekonomiczny związany z dążeniem do unieważnienia postępowania.

3. Zmiany sposobu interpretacji i stosowania przesłanki interesu w uzyskaniu zamówienia

Jak już podkreślano do wykształcenia się takiej, niewątpliwie zawężającej wykładni interesu w uzyskaniu zamówienia doszło w ramach obowiązywania poprzedniego brzmienia art. 179 ust. 1 Pzp. Zgodnie z obecnie obowiązującą treścią art. 179 ust. 1 Pzp do podstawowych (zasadniczych) warunków skutecznego wnoszenia środków ochrony prawnej należą:

- 1) istnienie po stronie wnoszącego (wykonawcy, uczestnika konkursu, innego podmiotu) interesu w uzyskaniu zamówienia;
- 2) naruszenie przez instytucję zamawiającą przepisów ustawy oraz
- 3) związek przyczynowy między naruszeniem a szkodą lub zagrożeniem powstania szkody.

Art. 179 ust. 1 Pzp w kształcie sprzed ostatniej nowelizacji wskazywał na konieczność występowania po stronie wnoszącego środki ochrony prawnej interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia, uzależniając dopuszczenie do merytorycznego rozstrzygnięcia o środku od zaistnienia uszczerbku lub zagrożenia powstania uszczerbku w tym właśnie interesie na skutek naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W brzmieniu obecnym analizowane unormowanie nie stanowi już o interesie prawnym w uzyskaniu zamówienia, lecz o interesie jako takim; w dalszym ciągu odnosząc go do konkretnego (danego) zamówienia. Natomiast pojęcie uszczerbku (zagrożenia uszczerbkiem) interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia zastąpiono pojęciem szkody (zagrożeniem szkodą). Wykładnia językowa badanego przepisu prowadzi w oczywisty sposób do wiązania szkody (zagrożenia jej wystąpienia) z interesem związanym z danym zamówieniem. Sposób wyrażenia ostatniej z przesłanek – naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy – nie uległ zmianom. W obecnym brzmieniu przepis art. 179 ust. 1 Pzp stanowi praktycznie dosłowne tłumaczenie art. 1 ust. 3 dyrektyw odwoławczych.

O tym, że zmiany te nie noszą wyłącznie znamion nieistotnych modyfikacji przekonuje treść uzasadnienia projektu nowelizacji Pzp z 2009 r. W założeniach projektu ustawy skierowanej pod obrady Sejmu RP zawarto stwierdzenie, iż „fakt posiadania przez odwołującego interesu (a nie jak dotychczas interesu prawnego) do wniesienia odwołania oraz poniesienie szkody będą podlegały ustaleniu w toku postępowania wywołanego wniesieniem odwołania lub skargi [...]w celu ustalenia istnienia przesłanki dopuszczalności rozpoznania tych środków. W przypadku niewykazania przez odwołującego ww. przesłanek dopuszczalności wniesienia odwołania będzie ono podlegało oddaleniu. Różnica pomiędzy interesem prawnym, a obecnie proponowanym interesem sprowadza się do tego, iż „interes prawny” musi wynikać z obowiązujących przepisów prawa materialnego w ten sposób, iż muszą one go przyznawać odwołującemu, natomiast interes może mieć również charakter faktyczny”⁷⁴.

Należy jednak podkreślić, że już na bazie poprzedniego stanu prawnego, wbrew przedstawionemu powyżej sposobowi rozumienia przesłanki – interesu w uzyskaniu zamówienia pojawiły się również w polskiej judykaturze rozstrzygnięcia odmiennie interpretujące ten warunek dopuszczalności rozpoznania środków ochrony prawnej w krajowym prawie zamówień. Szczególnie znamienna jest treść wyroku SO w Poznaniu z 14 czerwca

⁷⁴ Zob. uzasadnienie projektu z przypisu nr 28, s. 23.

2005 r.⁷⁵, gdzie stwierdzono, że wykonawca wykluczony z postępowania, który nie zakwestionował zasadności swego wykluczenia i utracił status wykonawcy ma interes prawny do korzystania ze środków ochrony prawnej jako inna osoba, o której mowa w art. 179 ust. 1 Pzp. Pojęcie interesu prawnego należy bowiem rozumieć szeroko jako interes majątkowy i niemajątkowy, ponieważ nie zostało zdefiniowane w Pzp powinno być postrzegane w sposób właściwy prawu cywilnemu. Nie jest konieczne doznanie uszczerbku w jednej z tych sfer, a wystarczy jej zagrożenie, tak więc interesu prawnego nie można utożsamiać wyłącznie z interesem w uzyskaniu konkretnego zamówienia. Stwierdzono ponadto, że wąskie rozumienie interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia mogłoby powodować, że postępowanie dotknięte nieważnością nie podlegałoby ocenie organów odwoławczych⁷⁶.

Wyrazu takiego szerszego rozumienia interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia można dopatrzeć się również w wyroku Zespołu Arbitrów w sprawie UZP/ZO/0-2791/06⁷⁷, gdzie uznano prawo wykonawcy, który złożył ofertę niezgodną z treścią specyfikacji sprzecznej z wymogami ochrony konkurencji i równego traktowania do skutecznego żądania unieważnienia postępowania.

Głosy takie pojawiły się również w doktrynie. R. Szostak stwierdził, że analizowaną przesłankę należy rozumieć szeroko, „nie tylko z uwzględnieniem potencjalnego uszczuplenia szans na otrzymanie zamówienia, lecz także wszelkich utrudnień zagrażających prawidłowemu uczestnictwu w przetargu. Jednocześnie nie musi to być wyłącznie interes majątkowy związany z umową docelową. Dodatkowo mogą pojawić się też uszczerbki o innym charakterze, w postaci zbędnie straconego czasu, doznanego rozczarowania i zawodu, czy uszczuplenia prestiżu na rynku lokalnym”⁷⁸. Do tego można by dodać uszczerbek polegający na naruszeniu dobrego imienia (renomy) podmiotu ubiegającego się o zamówienie w przypadku jego wykluczenia z postę-

⁷⁵ Wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z 14.6.2005 r., sygn. II Ca 176/05 (omówiony w: A. Elżanowska, M. Śledziwska, op.cit., s. 338-339).

⁷⁶ Pogląd ten wypowiedziano w okresie, gdy przy rozpatrywaniu odwołania można było z urzędu unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia, gdyż w przeciwnym razie doszłoby do zawarcia nieważnej umowy w sprawie zamówienia.

⁷⁷ Wyrok Zespołu Arbitrów z 20.11.2006 r., sygn. UZP/ZO/0-2791/06 (dostępny na stronie <http://www.uzp.gov.pl/zagadnienia-merytoryczne/odwo142ania/orzecznictwo-za/2006/0-2791-06.pdf>). Podobnie wyrok Zespołu Arbitrów z 20.10.2006 r., sygn. UZP/ZO/0-2635/06 (dostępny na stronie <http://www.uzp.gov.pl/zagadnienia-merytoryczne/odwo142ania/orzecznictwo-za/2006/0-2635-06.pdf>).

⁷⁸ R. Szostak, op.cit., s. 118-119.

powania z racji niespełnienia przesłanek zdolności podmiotowej do wykonania zamówienia (art. 22 Pzp) lub wiarygodności (art. 24 Pzp), co może także skutkować ograniczeniem szans na skuteczne ubieganie się o zamówienia w innych postępowaniach (zob. art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp). Także I. Skubiszak-Kalinowska opowiedziała się za dopuszczeniem szerokiego rozumienia pojęcia interesu w uzyskaniu zamówienia, wskazując, że w sytuacji gdy dochodzi do bezprawnego odrzucenia oferty przy rozstrzygnięciu odwołania od tej czynności nie ma znaczenia czy oferta ta w wyniku uwzględnienia zarzutów uzyskałaby pozycję umożliwiającą uzyskanie zamówienia⁷⁹.

Wśród kwestii, które wyłaniają się w toku badania wpływu zmiany przepisu art. 179 ust. 1 Pzp na dostęp do środków ochrony prawnej w pierwszej kolejności nasuwa się sygnalizowany już problem legitymacji czynnej podmiotów nie zmierzających bezpośrednio do uzyskania zamówienia dla samych siebie, lecz zmierzających do osiągnięcia określonej korzyści z uzyskania zamówienia przez kogo innego.

Niektórzy przedstawiciele doktryny podnoszą na podstawie literalnej i celowościowej wykładni odnośnych unormowań dyrektyw odwoławczych argument o konieczność uznania legitymacji także po stronie podmiotów takich jak chociażby podwykonawcy, którzy formalnie nie mają statusu wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, wprost nie ubiegają się o nie, lecz są zainteresowani w uzyskaniu zamówienia przez głównego wykonawcę⁸⁰. Podmioty takie mają niewątpliwie interes w realizacji stosunku prawnego łączącego je z wykonawcą (oferentem), ale nie posiadają własnego, bezpośredniego interesu w ubieganiu się o zamówienie (dla siebie), w uznaniu ich oferty za najkorzystniejszą. Tak szeroka interpretacja określonych dyrektywami odwoławczymi podstaw wnoszenia środków ochrony prawnej prowadzi do przyznania legitymacji do korzystania z nich nie tylko podmiotom wprost ubiegającym się o zamówienie publiczne, ale także innym podmiotom mogącym odnieść korzyść przy określonym wyniku przetargu publicznego. Treść art. 1 ust 3 dyrektyw odwoławczych można by więc odczytywać w ten sposób, że podstawą legitymacji do wnoszenia środków odwoławczych jest naruszenie przepisów prawa zamówień prowadzące do braku możliwości lub

⁷⁹ I. Skubiszak-Kalinowska, *Jak należy rozumieć interes prawny w postępowaniu przetargowym*, „Gazeta Prawna” (artykuł dostępny na stronie http://biznes.gazetaprawna.pl/artykuly/167323jak_nalezyc_rozumiec_interes_prawny_w_postepowaniu_przetargowym.html).

⁸⁰ Zob. A. Sołtysińska, op.cit., s. 779. Możliwość taką dopuszcza również R. Szostak, op.cit., s. 118.

zagrożenia osiągnięcia określonej korzyści związanej z konkretnym wynikiem postępowania. Ten stan naruszenia lub zagrożenia wzmiankowanej korzyści byłby równoznaczny z naruszeniem interesu (wyrażonego oczekiwaniem tej korzyści), który posiada dany podmiot w związku z konkretnym zamówieniem publicznym. Korzyścią tą byłoby z reguły uzyskanie zamówienia publicznego dla siebie (zawarcie umowy finalnej), ale także udzielenie zamówienia innemu podmiotowi skutkujące dla podmiotu z nim powiązanego (w szczególności podwykonawcy) bezpośrednim pozytywnym (oczekiwanym) stanem rzeczy. Stanowisko takie może budzić jednak znaczne wątpliwości jako rodzące wrażenie braku możliwości zamknięcia kręgu podmiotów uprawnionych do korzystania ze środków odwoławczych, powodujące przyznanie tej możliwości np.: kontrahentom podmiotów ubiegających się o zamówienie, oczekującym, że dzięki uzyskaniu zamówienia ich dłużnicy (czyli wykonawcy zamówień) będą w stanie wywiązać się ze zobowiązań wobec nich. Zasadniczą kwestią powstającą na tym tle jest nie tyle ustalanie czy prawo wspólnotowe przesądza tak szerokie zakreślenie kręgu podmiotów legitymowanych do wnoszenia środków ochrony prawnej, lecz określenie – czy w świetle podstawowych zasad dotyczących procedur odwoławczych (zasada szybkości i efektywności) możliwe jest nieuznawanie istnienia legitymacji po stronie takich podmiotów?

Rozważając ten problem w pierwszej kolejności należałoby odnieść się do zarzutu praktycznej niemożności wyznaczenia (zamknięcia) kręgu podmiotów legitymowanych czynnie. Zarzut ten można by obalić jedynie poprzez określenie czytelnego sposobu ustalania istnienia legitymacji podmiotów nie zmierzających do uzyskania zamówienia dla siebie. Rolę taką powinien pełnić wymóg wykazania poniesienia szkody lub co najmniej powstania stanu zagrożenia szkodą po stronie wnoszącego środek ochrony prawnej w wyniku naruszenia przez zamawiającego norm prawa zamówień. Szkoda ta bowiem podlega odniesieniu do korzyści, którą dany podmiot powinien uzyskać w związku z określonym wynikiem postępowania, w tym korzyści z uzyskania zamówienia przez inny podmiot. Korzyść taka musiałaby oznaczać stan bezpośrednio pozytywnie skutkujący w sferze podmiotu powiązanego prawnie z wykonawcą umowy finalnej. Spodziewana korzyść związana z konkretnym wynikiem postępowania o udzielenie zamówienia nie mogłaby mieć charakteru czysto hipotetycznego, lecz powinna być oceniana jako praktycznie pewne następstwo danego wyniku postępowania, gdyż tylko w takim przypadku można uznać rzeczywiste istnienie interesu podmiotu w uzyskaniu zamówienia. Przepisy dyrektyw nie definiują pojęcia szkody lub zagrożenia szkodą, będących wynikiem naruszenia prawa zamówień. Stąd koniecznym staje się rozważa-

nie zakresu znaczeniowego tych terminów w oparciu o unormowania prawa krajowego. W przypadku gdy na interes w uzyskaniu zamówienia powoływałby się podmiot nie biorący wprost udziału w postępowaniu na gruncie prawa polskiego oznaczałoby to obowiązek wykazania, iż inny niż oczekiwany przezeń wynik postępowania jest równoznaczny ze szkodą w postaci utraconych korzyści (zob. art. 361 Kodeksu cywilnego⁸¹, dalej: Kc). Szkada w postaci utraconych korzyści (*lucrum cessans*) ma wprawdzie charakter hipotetyczny, ale musi być przez osobę poszkodowaną wykazana z tak dużym prawdopodobieństwem, że uzasadnia ono w świetle zasad doświadczenia życiowego przyjęcie rzeczywistego nastąpienia utraty korzyści⁸². W ramach szkody w postaci *lucrum cessans* należałoby uwzględniać tylko takie następstwa w majątku poszkodowanego, które oceniając rzecz rozsądnie, według doświadczenia życiowego, w okolicznościach danej sprawy doprowadziły do braku wzbogacenia po stronie poszkodowanego⁸³. Należy przy tym jeszcze pamiętać o tym, że szkoda w postaci utraconych korzyści musi być normalnym następstwem działania lub zaniechania jej sprawcy, w tym przypadku zamawiającego (art. 361 § 1 Kc).

Przeciwko próbom takiego konstruowania pojęcia interesu w uzyskaniu zamówienia można podnieść także argument o potencjalnej dezintegracji sprawności funkcjonowania procedur odwoławczych. Jednocześnie można sobie także wyobrazić sytuację, w której środki takie byłyby wnoszone wbrew woli podmiotów bezpośrednio ubiegających się o uzyskanie zamówienia, tych których wprost dotyczy naruszenie ustawy przez zamawiającego.

W konkluzji należałoby stwierdzić, że ograniczenie kręgu podmiotów legitymowanych czynnie do wnoszenia środków ochrony prawnej do tych, które zmierzają wprost do uzyskania zamówienia dla siebie nie może być uznane za sprzeczne z unormowaniami prawa wspólnotowego. Takie ograniczenie podmiotowe nie może być postrzegane jako niezgodne z podstawowymi dla procedur odwoławczych zasadami efektywności ochrony prawnej i szybkości postępowania. Ochrona prawna w prawie zamówień ma niewątpliwie charakter subiektywny, co oznacza, że jej główną funkcją jest umożliwienie

⁸¹ Ustawa z 23.4.1964 r. – Kodeks cywilny, Dz.U. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.

⁸² Wyrok Sądu Najwyższego z 3.10.1979 r., sygn. II CR 304/79, OSN Izby Cywilnej i Pracy 1980, nr 9, poz. 164 (LexPolonica nr 301386) oraz wyrok Sądu Najwyższego z 21.6.2002 r., sygn. IV CKN 382/00, „Monitor Prawniczy” 2003, nr 1, s. 33, (LexPolonica nr 358858).

⁸³ Tak K. Zagrobelny [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, (red. E. Gniewek), Warszawa 2006, s. 539.

podmiotowi ubiegającemu się bezpośrednio o zamówienie doprowadzenie postępowania do stanu zgodności z prawem, w zakresie w jakim wskutek naruszenia prawa grozi mu wyrządzenie szkody. W tym więc zakresie możliwa jest kontynuacja założeń ugruntowanej wykładni pojęcia interesu w uzyskaniu zamówienia.

Weryfikacji z pewnością wymaga stanowisko o możliwości postrzegania interesu w uzyskaniu zamówienia jako postaci interesu prawnego w rozumieniu art. 189 Kpc. Uważam, że ten nurt interpretacyjny jest niewłaściwy i nie znajduje oparcia w przepisach Pzp. Argumentem wstępnym byłoby wskazanie, że zawarte w art. 14 Pzp odesłanie dotyczy przepisów Kc, nie natomiast Kpc. Istotniejszym argumentem dla odrzucenia stanowiska utożsamiającego interes w uzyskaniu zamówienia z interesem prawnym w powództwie ustalającym jest odmiennosc celów korzystania z tych środków prawnych. Powództwo ustalające ma na celu wykazanie istnienia, bądź nieistnienia pewnego stanu (sytuacji) prawnej, która oddziałuje na prawa bądź obowiązki podmiotu domagającego się takiego ustalenia. Niemniej jednak nie zmierza ono bezpośrednio do doprowadzenia do sformułowania w wyroku jakiegoś obowiązku po stronie pozwanego, co odróżnia ten rodzaj powództwa od powództwa o zasądzenie świadczenia⁸⁴. Ponadto w doktrynie postępowania cywilnego wskazuje się na brak istnienia interesu prawnego w rozumieniu art. 189 Kpc w sytuacji, gdy podmiot może osiągnąć zamierzony przez siebie efekt korzystając właśnie z powództwa o zasądzenie świadczenia⁸⁵. Środki ochrony prawnej w prawie zamówień nie zmierzają natomiast do stwierdzenia niezgodności z prawem zachowań zamawiającego, lecz do nałożenia nań w wyniku uwzględnienia takiego środka określonych obowiązków (powtórzenia czynności postępowania, unieważnienia jej, dokonania czynności zaniechanej), spełniają więc funkcję analogiczną jako powództwo o zasądzenie świadczenia. Inaczej mówiąc zmierzają do wymuszenia na zamawiającym respektowania jego obowiązków wynikających z ustawy i precyzujących ją warunków przetargowych. Ustalenie naruszenia prawa zamówień przez zamawiającego w sytuacji, gdy spowodowało on lub zagroziło uszczerbkiem w interesie w uzyskaniu zamówienia nie jest celem, a środkiem dla osiągnięcia celu podmiotu wnoszącego środki ochrony prawnej. Interes w uzyskaniu zamówienia stanowi więc autonomiczną kategorię prawną uwarunkowaną

⁸⁴ B. Czech [w:] *Kodeks postępowania cywilnego*, t. 1: *Komentarz do art. 1–505¹⁴*, (red. K. Piasecki), Warszawa 2006, s. 812–814 i 822–826.

⁸⁵ H. Mądrzak (red.), *op.cit.*, s. 143–144.

prawem wspólnotowym, której nie należy interpretować jako postaci interesu prawnego w rozumieniu art. 189 Kpc.

Niemniej jednak na tym zagadnieniu nie wyczerpują możliwe implikacje nowego brzmienia art. 179 ust. 1 Pzp. Znamiennym rysem ugruntowanej wykładni pojęcia interesu we wnoszeniu środków ochrony prawnej jest wiązanie go po otwarciu ofert z tzw. realną szansą na uzyskanie zamówienia⁸⁶. Zatem jedynie takie odwołanie, którego zarzuty wprost zmierzają do wyboru oferty wnoszącego środek ochrony prawnej jako najkorzystniejszej (ujęcia jej na pierwszym miejscu w rankingu ofert) jest uznawane za wnoszone przez podmiot mający interes w uzyskaniu zamówienia. Prowadzi to do odmawiania interesu prawnego we wnoszeniu środków ochrony prawnej podmiotom, które kwestionują swoje wykluczenie z postępowania lub odrzucenie oferty w sytuacji, gdy nie podnoszą zarzutów wobec ofert wyżej sklasyfikowanych w rankingu ofert, a tym samym nie powołują się na oczywistą szansę w uzyskaniu zamówienia. Powyżej odnotowano także przypadki gdy interes w uzyskaniu zamówienia traktowano jako pochodną udowodnionych w toku postępowania zarzutów wobec innych oferentów lub ofert wyżej sklasyfikowanych. Co prowadziło do przyjęcia praktyki, w której brak potwierdzenia zarzutów w toku postępowania przed składem orzekającym KIO uznawano za równoznaczny z brakiem interesu w uzyskaniu zamówienia wykonawcy sklasyfikowanego na drugim lub dalszych miejscach w rankingu ofert.

Taki sposób postrzegania przesłanki interesu w uzyskaniu zamówienia należałoby uznać za niewłaściwy w obecnym stanie prawnym. Zamiarem twórców ostatniej nowelizacji Pzp było niewątpliwie, co wprost wynika z uzasadnienia projektu ustawy, rozszerzenie sfery ochrony interesów związanych z ubieganiem się przez konkretny podmiot o zamówienie, w tym także o interes faktyczny. W świetle wynikającej z prawa wspólnotowego naczelnej zasady efektywności systemu środków ochrony prawnej w prawie zamówień, a także brzmienia art. 1 ust. 3 dyrektyw odwoławczych nie znajduje usprawiedliwienia udzielanie ochrony prawnej tylko w sytuacji, gdy naruszenie pozbawia oczywistej szansy na uzyskanie zamówienia.

W pierwszej kolejności należałoby zwrócić uwagę na fakt, że czynności takie jak wykluczenie wykonawcy lub odrzucenie jego oferty dokonane z naruszeniem prawa, wyłączają podmiot, do którego są adresowane z postę-

⁸⁶ Zob. K. Horubski, *Odpowiedzialność odszkodowawcza zamawiającego za naruszenie reguł udzielania zamówień publicznych*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2008, nr 1, s. 44–45; H. J. Prieß, op.cit., s. 414.

powania o udzielenie zamówienia, pozbawiając go definitywnie jakiejkolwiek szansy na zawarcie umowy finalnej w sprawie zamówienia publicznego. Wątpliwości budzi również sama konstrukcja oczywistej szansy na uzyskanie zamówienia. Należy pamiętać, że wybór oferty najkorzystniejszej nie oznacza jeszcze sam w sobie uzyskania zamówienia przez oferenta, który ją złożył, a więc zawarcia z nim umowy finalnej w sprawie zamówienia publicznego (zob. art. 94 ust. 3 Pzp). Niewątpliwie celem wykonawcy jest zawarcie umowy finalnej, do czego wskazanie jego oferty jako najkorzystniejszej jest warunkiem koniecznym. Niemniej jednak po stronie wybranego wykonawcy nie ma prawnego obowiązku zawarcia umowy finalnej. Zamawiający nie dysponuje przeciwko wykonawcy roszczeniem o złożenie oświadczenia woli w przedmiocie zawarcia umowy finalnej w sprawie zamówienia publicznego (zob. art. 64 Kc). W sytuacji gdy wykonawca uchyla się od zawarcia umowy finalnej zamawiający zatrzymuje wpłacone przez niego wadium i ma możliwość zawarcia umowy z oferentem sklasyfikowanym na kolejnym miejscu (art. 94 ust. 3 Pzp). Zgodnie z art. 192 ust. 6 Pzp KIO nie może nakazać zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Pozwala to stwierdzić, że oczywista szansa na uzyskanie zamówienia nie jest równoznaczna z pewnością zawarcia umowy finalnej, ale z wysokim stopniem prawdopodobieństwa jej zawarcia z wykonawcą, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą.

Udzielając odpowiedzi na pytanie o zakres ochrony interesu związanego z zamówieniem w obecnym stanie prawnym należy odnieść się do regulacji wskazujących na kompetencje orzecznicze składów orzekających KIO i sądów okręgowych, gdyż to one w praktyce przesądzają zakres w jakim może zostać udzielona ochrona prawna podmiotowi ubiegającemu się o zamówienie. W wyroku KIO może zostać nakazane wykonanie, powtórzenie lub unieważnienie czynności zamawiającego, w przypadku gdy umowa nie została zawarta (art. 192 ust. 3 pkt 2 lit. a Pzp). Jeśli odwołanie wniesiono po zawarciu umowy KIO ma kompetencję do unieważnienia umowy lub jej unieważnienia częściowego w zakresie zobowiązań niewykonanych w połączeniu z nałożeniem kary finansowej (art. 192 ust. 3 pkt 2 lit. b Pzp). Możliwe jest również: nałożenie kary finansowej albo orzeczenie o skróceniu okresu obowiązywania umowy, w przypadku stwierdzenia, że utrzymanie umowy leży w ważnym interesie publicznym (art. 192 ust. 3 pkt 2 lit. c Pzp), a także stwierdzenie naruszenia przepisów ustawy, jeżeli umowa została zawarta w okolicznościach dopuszczonych w ustawie (art. 192 ust. 3 pkt 3 Pzp). Ta ostatnia sytuacja może być istotna z punktu widzenia realizacji roszczeń odszkodowawczych przez uczestnika postępowania pozbawionego oczywistej szansy na uzyskanie zamówienia przez zamawiającego, który w postępowaniu

niu naruszył przepisy prawa⁸⁷. Przy orzekaniu Izba została zobowiązana do brania pod uwagę powagi naruszenia, zachowania się zamawiającego i konsekwencji unieważnienia umowy (art. 192 ust. 4 Pzp). Przy orzekaniu o utrzymaniu w mocy umowy ze względu na ważny interes publiczny nie może być natomiast brany pod uwagę interes gospodarczy związany bezpośrednio z zamówieniem, taki jak choćby konsekwencje poniesienia kosztów wynikających z: opóźnienia w wykonaniu zamówienia, wszczęcia nowego postępowania o udzielenie zamówienia, udzielenia zamówienia innemu wykonawcy. Interes gospodarczy w utrzymaniu ważności umowy może być uznany za ważny interes publiczny wyłącznie w sytuacji, gdy unieważnienie umowy spowoduje niewspółmierne konsekwencje (art. 192 ust. 5 Pzp). Kompetencje sądów okręgowych rozpatrujących skargi na wyroki i postanowienia KIO kształtują się analogicznie (art. 198f ust. 2 Pzp). Wreszcie przy analizie szczegółowych rozwiązań ustawowych wyznaczających zasięg ochrony interesu w uzyskaniu zamówienia nie można pominąć treści art. 192 ust. 2 Pzp, zgodnie z którym Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Przedstawione unormowania w powiązaniu z wyliczeniem przesłanek skutecznego wnoszenia środków ochrony prawnej, zawartym w art. 179 ust. 1 Pzp, stanowią podstawę do rozważań na temat obecnego zakresu ochrony interesu w uzyskaniu zamówienia w prawie polskim. W ramach uprzednio ugruntowanej wykładni pojęcia interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia co do zasady wyłączano możliwość żądania unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia⁸⁸, postrzegając takie żądanie jako równoznaczne ze stwierdzeniem wnoszącego środek ochrony prawnej o braku możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą. Prowadziło to do sformułowania tezy, że ochronie nie podlega interes gospodarczy (ekonomiczny) związany z zamówieniem, gdy formą jego ochrony byłoby żądanie unieważnienia postępowania jako wyraz dążenia do doprowadzenia do ewentualnego, nowego postępowania o udzielenie zamówienia i szukania w nim swej szansy na uzyskanie zamówienia. Ochrona tej postaci interesu mogła być również wykorzysty-

⁸⁷ Szerzej na ten temat – K. Horubski, *op.cit.*, s. 44–51.

⁸⁸ Z wyjątkiem okresu pomiędzy 11.6.2007 r. a 24.10.2008 r., kiedy to na podstawie nowelizacji Pzp z 2007 r. w treści środka ochrony prawnej można było skutecznie domagać się unieważnienia postępowania. Możliwość ta została wyłączona wraz z wejściem w życie nowelizacji z 2008 r.

wana przez przedsiębiorców-wykonawców jako narzędzie konkurencyjności na rynku zamówień publicznych.

W obecnym stanie prawnym, podobnie jak w okresie po nowelizacji Pzp z 2008 r., nie ma możliwości podnoszenia zarzutów zmierzających do unieważnienia postępowania na etapie przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zgodnie z art. 192 ust. 3 pkt 2 lit. a Pzp Izba ma jedynie kompetencję do unieważniania poszczególnych czynności zamawiającego, nie natomiast do unieważnienia postępowania jako takiego. *Prima facie* można by więc stwierdzić, że ustawodawca jednoznacznie wyłączył możliwość ochrony wzmiankowanej postaci interesu gospodarczego (ekonomicznego) w uzyskaniu zamówienia. W rozważaniach poświęconych temu zagadnieniu nie można jednak nie zwrócić uwagi na rozszerzenie kompetencji sądów orzekających KIO i sądów okręgowych przy rozstrzyganiu o środkach ochrony prawnej o możliwość unieważnienia już zawartej umowy w sprawie zamówienia, czy też jej częściowego unieważnienia w zakresie niewykonanych zobowiązań w połączeniu z karą finansową nakładaną na zamawiającego. Oznacza to, że w obecnym stanie prawnym, po raz pierwszy w polskim prawie zamówień, wprowadzono możliwość wnoszenia środków ochrony prawnej na czynność zawarcia umowy finalnej (art. 192 ust. 3 pkt 2 Pzp). Odwołanie, bądź skarga do sądu zmierzające do unieważnienia lub częściowego unieważnienia umowy mogą być z pewnością uznane za formę ochrony szerszej niż dotychczas pojmowanego interesu związanego z zamówieniem. O właściwym zakresie ochrony gospodarczego (ekonomicznego) interesu wykonawcy związanego z możliwością żądania unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego przesądzają jednak przesłanki zawarte w art. 146 ust. 1 Pzp. Wymienione w tym przepisie podstawy unieważnienia umowy obejmują przypadki najdalej skutkujących w zakresie realizacji zasady równego traktowania i ochrony konkurencji i najbardziej rażących uchybień przepisom prawa zamówień przez zamawiającego. Należą do nich m.in.: bezprawne (bezpodstawne) zastosowanie najmniej konkurencyjnych trybów udzielania zamówień (zamówienia z wolnej ręki, zapytania o cenę i negocjacji bez ogłoszenia), brak zamieszczenia ogłoszenia o udzieleniu zamówienia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub nieprzekazanie ogłoszenia do publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, zawarcie umowy w sprawie zamówienia przed upływem terminów do wniesienia odwołania po wyborze oferty najkorzystniejszej lub przed rozstrzygnięciem odwołania (zob. art. 146 ust. 1 w zw. z art. 183 ust. 1 Pzp). Warto w tym miejscu podkreślić, że do sytuacji unieważnienia (całkowitego lub częściowego) umowy, a także orzekania kar finansowych nie odnosi się wynikający z art. 192 ust. 7 Pzp zakaz orzekania

ponad żądanie (orzekanie co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu). Izba będzie więc mogła unieważnić umowę w sytuacji gdy zarzuty i żądania zmierzały do korekty postępowania o udzielenie zamówienia, lecz wskutek zawarcia umowy przed rozstrzygnięciem odwołania korekta taka okazała się niemożliwa.

Najistotniejsze dla określania zasięgu ochrony prawnej interesu w uzyskaniu zamówienia przy żądaniu unieważnienia zawartej umowy jest wskazanie na niemożność powoływania się na fakt dokonania lub braku dokonania przez zamawiającego czynności z naruszeniem przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Wnioskować o unieważnienie umowy na tej podstawie może wnosić jedynie Prezes UZP w drodze powództwa do sądu cywilnego (art. 146 ust 6 Pzp). Regulacja ta powoduje, iż brak jest możliwości skutecznego podnoszenia przez wykonawców zarzutów prowadzących do unieważnienia umowy w sprawie zamówienia wobec niewymienionych w art. 146 ust. 1 Pzp czynności lub zaniechań zamawiającego, choćby wobec bezprawnego wykluczenia wykonawcy z postępowania, odrzucenia jego oferty, czy wyboru oferty najkorzystniejszej. Wskazane zachowania zamawiającego, dokonane z naruszeniem ustawy, chociażby miały nie ulegający wątpliwości wpływ na wynik postępowania rozumiany w kategoriach wyboru oferty najkorzystniejszej nie będą mogły być uznane za podstawę unieważnienia umowy w sprawie zamówienia na skutek odwołania czy skargi wniesionych przez wykonawcę. W opisywanej sytuacji zainteresowanemu w uzyskaniu zamówienia nie służy także powództwo o stwierdzenie nieważności umowy w sprawie zamówienia oparte na art. 189 Kpc. Możliwość taką wyraźnie wyłącza art. 146 ust. 4 Pzp. Przepis ten potwierdza wprawdzie w swym brzmieniu istnienie możliwości wnoszenia powództwa o stwierdzenie bezwzględnej nieważności umowy w sprawie zamówienia publicznego, jednakże wyraźnie wskazuje, że w oparciu o przesłanki wyróżnione w art. 146 ust. 1 i 6 Pzp możliwe jest jedynie dochodzenie unieważnienia umowy konstytutywnym wyrokiem sądu lub ewentualnie KIO. Tak więc unieważnienia z powodu naruszeń przepisów ustawy w postępowaniu, wyjąwszy uchybienia wymienione w art. 146 ust. 1 Pzp, może domagać się jedynie Prezes UZP. Oznacza to, że mające oczywisty lub prawdopodobny wpływ na wynik postępowania sytuacje łamania przepisów przez zamawiającego zostały ustawowo wyłączone z kategorii ewentualnych podstaw stwierdzania bezwzględnej nieważności umowy w sprawie zamówienia. W obecnym stanie prawnym możliwość sięgania po powództwo z art. 189 Kpc wobec umowy w sprawie zamówienia publicznego staje się więc pozbawione praktycznego znaczenia.

Całokształt powyższych ustaleń prowadzi do konkluzji, iż zasięg ochrony interesu gospodarczego (ekonomicznego) wykonawcy, który może być realizowany za pomocą środków ochrony prawnej zmierzających do unieważnienia umowy finalnej został wyznaczony dość wąsko i odnosi się jedynie do wybranych, najbardziej jaskrawych naruszeń prawa zamówień. Szereg czynności w toku postępowania przesądzających nierzadko o jego wyniku, a tym samym o możliwości skutecznego ubiegania się o zamówienie został jednakże pominięty jako ewentualna podstawa unieważnienia umowy finalnej. Niemniej jednak omawiana regulacja niewątpliwie rozszerza czy też raczej wyznacza pole ochrony interesu związanego z zamówieniem w porównaniu do unormowań bezpośrednio ją poprzedzających, które nie tylko nie przewidywały możliwości doprowadzenia za pomocą środków ochrony prawnej do unieważnienia postępowania, ale także nie pozwalały na podważenie przy ich pomocy czynności zawarcia umowy. Tym samym nie można w obecnym stanie prawnym stwierdzić, iż środki ochrony prawnej służą wyłącznie realizacji interesu w uzyskaniu zamówienia w konkretnym postępowaniu.

Należy wskazać, że obecne rozwiązania normatywne niosą ze sobą nie tylko rozszerzenie sfery ochrony interesu gospodarczego (ekonomicznego) wykonawcy, ale także służą zapewnieniu jak najszerzej ochrony samego faktu jego udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W świetle obecnych unormowań powinno się odejść od restryktywnego założenia o istnieniu interesu w uzyskaniu zamówienia po otwarciu ofert tylko w przypadku, gdy służy on ochronie realnej (oczywistej) szansy na uzyskanie zamówienia. Ochroną prawną powinny zostać objęte sytuacje naruszania przepisów o udzielaniu zamówień wobec samych wykonawców lub składanych przez nich ofert, skutkujące pozbawieniem potencjalnej szansy na uzyskanie zamówienia, wynikającej z samego faktu złożenia oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Wynika to z podnoszonej powyżej wady (braku) konstrukcji „oczywistej” szansy na uzyskanie zamówienia, polegającej na niemożności uznania, iż w każdym przypadku wybór oferty najkorzystniejszej będzie skutkowało udzieleniem zamówienia temu podmiotowi, który ją złożył. Potencjalna szansa na uzyskanie zamówienia dotyczy każdego podmiotu, który spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu z niego oraz złożył skuteczną prawnie (ważną) ofertę. Tak więc zarzuty zmierzające do unieważnienia czynności odrzucenia oferty i do powtórzenia oceny ofert lub unieważnienia (cofnięcia) wykluczenia wykonawcy, chociażby ich treścią nie obejmowano innych ofert czy wykonawców, powinny być uznane za wyrażające interes w uzyskaniu zamówienia. Sam interes staje się w takim przypadku pochodną faktu uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówie-

nia na jego określonym etapie i jednocześnie środkiem ochrony samego bytu wykonawcy i jego oferty w postępowaniu (w kolejnych jego sekwencjach). Warto w tym miejscu odwołać się także do poglądów niemieckiej doktryny i orzecznictwa, których ustalenia z racji obowiązywania w niemieckim porządku prawnym tych samych aktów wspólnotowego prawa zamówień mogą być przydatne do rozwiązywania problemów stosowania prawa polskiego. W poglądach niemieckiej nauki prawa zamówień przyjmuje się szerokie rozumienie interesu w uzyskaniu zamówienia. Ma to na celu zagwarantowanie efektywności unormowań o procedurach odwoławczych⁸⁹. Wskazuje się, że źródłem interesu w uzyskaniu zamówienia jest sam fakt uczestnictwa w postępowaniu na określonym jego etapie potwierdzany np.: złożeniem oferty. Przed terminem składania ofert należy go wywodzić z ogólnie ocenianej zdolności do wykonania zamówienia w powiązaniu z wyraźnym zainteresowaniem konkretnym zamówieniem⁹⁰. Stopień prawdopodobieństwa uznania oferty za najkorzystniejszą w wyniku uwzględnienia odwołania w zasadzie nie ma znaczenia dla przyznania podmiotowi legitymacji do wnoszenia środków ochrony prawnej. Oznacza to przyjęcie koncepcji potencjalnej szansy na uzyskanie zamówienia jako podstawy ustalania istnienia interesu w uzyskaniu zamówienia. Także orzecznictwo niemieckie zajmowało się problematyką wnoszenia środków odwoławczych przez podmioty, zajmujące odległe miejsca w rankingu wykonawców po etapie badania i oceny ofert. Prezentowane w nim stanowisko jest zdecydowanie liberalniejsze od dotychczas przyjętego w Polsce. Nie jest bowiem wymagane, aby podmiot ubiegający się o zamówienie wykazał wnosząc środek ochrony prawnej, że służy on ochronie realnej (oczywistej) szansy na uzyskanie zamówienia. Wystarczy ukazanie w treści środka odwoławczego przynajmniej teoretycznej szansy na uzyskanie zamówienia⁹¹.

Ochrona tak rozumianej szansy na uzyskanie zamówienia odnosi się więc do każdego naruszenia przepisów przez zamawiającego skutkującego w sferze bytu wykonawcy i jego oferty w postępowaniu, chroniąc go przed bezpodstawnym wykluczeniem lub odrzuceniem oferty. W takim ujęciu nie jest już konieczne wykazywanie oczywistości szansy na uzyskanie zamówie-

⁸⁹ H. J. Prieß, op.cit., s. 356–357.

⁹⁰ Ibidem, s. 357.

⁹¹ Zob. Wyrok Federalnego Trybunału Konstytucyjnego Republiki Federalnej Niemiec (*Bundesverfassungsgericht*) z 29.7.2004 r., sygn. 2 BvR 2248/03 (dostępny na stronie http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rk20040729_2bvr224803.html).

nia za pomocą zarzutów dotyczących innych wykonawców, czy ich ofert, które zostały wyżej sklasyfikowane w rankingu służącym wyborowi oferty najkorzystniejszej. Interpretacja ta pozwala przykładowo uznać istnienie interesu w uzyskaniu zamówienia po stronie podmiotu wnoszącego środek ochrony prawnej, który domaga się unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty, tak by podlegała ona ocenie ofert, bez względu na to czy oferta tegoż podmiotu uzyskałaby po uwzględnieniu zarzutów pierwszą pozycję w rankingu. Możliwe staje się również podnoszenie zarzutów przeciwko czynności wykluczenia z postępowania chociażby oferta wykluczonego wykonawcy nie reprezentowała najwyższego stopnia spełnienia kryteriów oceny ofert i nie wnosił on zarzutów wobec ofert wyżej sklasyfikowanych w rankingu czy innych wykonawców dopuszczonych do udziału w postępowaniu. Warto w końcu podkreślić, że przyjmując koncepcję potencjalnej szansy na uzyskanie zamówienia jako wykładnik dla ustalania interesu w uzyskaniu zamówienia doprowadza się do sytuacji, w której interes ten pokrywa się z formalnym statusem wykonawcy. Zgodnie bowiem z art. 2 pkt 11 Pzp wykonawcą jest osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia. Przyjęcie, że interes w uzyskaniu zamówienia przysługuje tylko podmiotom powołującym się na realną (oczywistą) szansę na uzyskanie zamówienia powoduje, że szereg uczestników postępowania, którzy posiadają formalny status wykonawcy, gdyż np.: złożyli ofertę, nie może skutecznie wnieść środka ochrony prawnej w celu ochrony ich bytu w postępowaniu.

Przyjęcie prezentowanego stanowiska skutkuje niewątpliwie szerszym niż dotychczas rozumieniem interesu w uzyskaniu zamówienia powstaje jednak pytanie – czy, a jeśli tak to w jaki sposób można je pogodzić z ustawowym wymogiem uwzględnienia środka ochrony prawnej, którym jest wpływ (lub możliwość wpływu) naruszenia przepisów ustawy na wynik postępowania o udzielenie zamówienia (art. 192 ust. 2 Pzp)? Analizując kwestię oddziaływania tego wymogu na zakres ochrony prawnej interesu w uzyskaniu zamówienia należy zwrócić uwagę na powiązanie przez ustawodawcę możliwości uwzględnienia środka ochrony prawnej nie tylko z sytuacją niewątpliwego wpływu danego naruszenia na wynik postępowania, ale także z prawdopodobieństwem istnienia takiego wpływu. Jak podkreślono w uzasadnieniu nowelizacji Pzp z 2009 r. wprowadzenie sformułowania o możliwości wpływu uchybienia na wynik postępowania ma umożliwiać uwzględnianie środka ochrony prawnej także w sytuacji uprawdopodobnienia takiego wpływu. Analogicznym sformułowaniem ustawa posługuje się w regulacji podstaw unie-

ważnienia umowy (art. 146 ust. 6 Pzp). W odniesieniu do tego unormowania w uzasadnieniu projektu nowelizacji Pzp z 2009 r. zawarto stwierdzenie o „umożliwieniu unieważnienia umowy w przypadku braku możliwości formalnego dowodowo wykazania [...] wpływu naruszenia przepisów [...] na wynik postępowania”⁹². Nie ulega wątpliwości, że stwierdzenie to powinno znaleźć zastosowanie także przy analizie ustawowego zapisu o możliwości wpływu uchybienia na wynik postępowania zawartego w art. 192 ust. 2 Pzp. Przemawia za tym fakt, że unieważnienie umowy jest jednym ze sposobów uwzględnienia środka ochrony prawnej. Stwierdzenie braku konieczności ścisłego udowodnienia wpływu naruszenia na wynik postępowania nie przesądza natomiast samego rozumienia tego pojęcia. O wpływie naruszenia na wynik postępowania zarówno w doktrynie⁹³ i orzecznictwie⁹⁴ mówi się, gdy w sposób bezprawny przesądza ono wybór najkorzystniejszej oferty lub doprowadza do sytuacji, w której postępowanie ma zostać unieważnione bez wyboru którejkolwiek z ofert, a w sytuacji gdyby do naruszenia nie doszło rezultat postępowania byłby inny. Ów rezultat odnoszony jest zatem do samego wyboru najkorzystniejszej oferty, do wskazania, która spośród skutecznych prawnie ofert, złożonych przez wykonawców nie podlegających wykluczeniu cechuje się najwyższym stopniem spełnienia kryteriów oceny ofert.

Takie rozumienie wyniku (rezultatu postępowania) należy ocenić jako niewystarczające dla zapewnienia efektywnej ochrony szeroko rozumianego interesu w uzyskaniu zamówienia, w tym w zakresie potencjalnej szansy na uzyskanie zamówienia. Ograniczanie pojęcia wyniku postępowania tylko do wskazania oferty najkorzystniejszej prowadziłoby bowiem do uwzględniania wyłącznie tych środków ochrony prawnej, które na etapie przed zawarciem umowy finalnej zmierzają do stwierdzenia, iż to inna oferta winna być uznana za najkorzystniejszą. Przy takiej, restryktywnej wykładni wyniku postępowania ochronie prawnej podlegałyby właściwie tylko tzw. oczywista szansa na uzyskanie zamówienia, a rozszerzenie zakresu ochrony należałoby umie-

⁹² Zob. projekt z przypisu nr 28, s. 18.

⁹³ G. Wicik, P. Wiśniewski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz...*, s. 697; P. Wierzbicki, *Nieważność umowy w sprawie zamówienia publicznego*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2005, nr 2, s. 6.

⁹⁴ Zob. wyrok Sądu Okręgowego w Częstochowie z 9.12.2008 r., sygn. VI Ca 693/08 (omówiony w: M. Stręciwilk (red.), *Zamówienia publiczne w orzecznictwie. Zeszyty orzecznicze. Wybrane orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej oraz Sądów Okręgowych. Zeszyt nr 4*, Warszawa 2009, s. 65–66); wyrok KIO z 31.3.2009 r., sygn.: KIO/UZP 319/09, KIO/UZP 320/09, KIO/UZP 321/09 (dostępny na stronie <ftp://ftp.uzp.gov.pl/wyroki/KIO/2009/0319-09,%20320-09,%20321-09.pdf>).

ścić w sferze deklaracji projektodawcy nowelizacji przekreślonych treścią unormowań szczegółowych.

Należy więc zaproponować szersze rozumienie pojęcia wyniku (rezultatu) postępowania i objąć nim wszelkie ustalenia (decyzje) zamawiającego, co do bytu w postępowaniu wykonawcy, ważności (skuteczności) złożonej przez niego oferty i w końcu co do oceny korzystności oferty w porównaniu z innymi w celu wyboru najkorzystniejszej z nich. Chodzi tu o ustalenia zamawiającego dokonywane po czynności otwarcia ofert (odpowiednio po terminie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu). Decyzje zamawiającego odnoszące się do wyróżnionych kwestii pozostają bowiem w ścisłym, bezpośrednim związku z wyborem oferty najkorzystniejszej. Bezprawne czynności lub zaniechania zamawiającego w tym zakresie mogą w każdym postępowaniu skutkować wypaczeniem jego wąsko rozumianego wyniku (wskazania oferty najkorzystniejszej). Wynik (rezultat) postępowania powinien więc obejmować całość rankingu ofert (ich klasyfikacji), a także te spośród decyzji zamawiającego, które bezpośrednio wpłynęły na brak ujęcia w tym rankingu ofert innych wykonawców⁹⁵.

W końcu należy się także odnieść do praktyki ujmowania interesu w uzyskaniu zamówienia jako elementu zasadności środka ochrony prawnej. Interes w uzyskaniu zamówienia nie powinien być postrzegany w kategoriach elementu zasadności środka ochrony prawnej, lecz raczej w kategoriach swoiście rozumianego warunku wstępnego merytorycznego rozstrzygnięcia zarzutów w takim środku podnoszonych. Interes w uzyskaniu zamówienia niewątpliwie stanowi wymóg o charakterze materialnoprawnym, lecz musi być oceniany w kategoriach wstępnego materialnoprawnego warunku, który powinien być spełniony, by móc badać zasadność podniesionych zarzutów. Istnienie interesu w uzyskaniu zamówienia warunkuje przecież wnoszenie, a nie decyduje o zasadności środka odwoławczego. Inaczej mówiąc interes prawny w uzyskaniu zamówienia winien być oceniany w kontekście określonej w treści środka odwoławczego spójnej i logicznej konstrukcji zarzutów wobec czynności lub zaniechań zamawiającego. *Prima facie* treść zarzutów powinna sta-

⁹⁵ Przykładowo chodziłoby więc o rozstrzygnięcia o treści dokumentowanej w punktach 9–14 protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o wartości przedmiotu zamówienia przekraczającej progi wspólnotowe w trybie przetargu nieograniczonego (druk ZP-1/PN) oraz odpowiednio o druki ZP-12, ZP-17, ZP-18, ZP-19, ZP-20, ZP-21, szczegółowo dokumentujące wskazane punkty protokołu – zob. rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z 16.10.2008 r. w sprawie protokołu postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, Dz.U. Nr 188, poz. 1154).

nowić podstawę stwierdzenia, że następstwem ich ewentualnego wykazania będzie utrata (ograniczenie) szansy, choćby potencjalnej ubiegania się o zamówienie lub uznania danej oferty za najkorzystniejszą. Dla poparcia tego stanowiska można ponownie odwołać się do poglądów doktryny niemieckiej. Interes w uzyskaniu zamówienia (*Interesse am Auftrag*) jest w niej postrzegany jako warunek rozstrzygnięcia o zasadności środka ochrony prawnej. Dla merytorycznego rozpatrywania sprawy przez organy odwoławcze konieczne jest więc określenie w środku odwoławczym w sposób spójny i logiczny sytuacji domniemanego ograniczenia potencjalnej szansy podmiotu ubiegającego się o zamówienie na uznanie jego oferty za najkorzystniejszą na skutek takiego naruszenia przepisów, które kauzalnie rzecz ujmując prowadziłyby do takiego skutku w obszarze interesu podmiotu w uzyskaniu zamówienia⁹⁶.

W świetle prezentowanych założeń jako nieprawidłowe muszą być postrzegane praktyki uznawania istnienia interesu w uzyskaniu zamówienia jako rezultatu potwierdzenia się podniesionych przez wykonawcę zarzutów. W takiej bowiem sytuacji nie byłoby sensu wyodrębniania omawianej przesłanki w porządku prawnym ponieważ ilekroć zarzuty środka odwoławczego nie znalazłyby potwierdzenia w ustaleniach KIO lub sądu okręgowego, tylekroć wnoszący środek ochrony prawnej nie miałby w tym interesu prawnego. Nie budzi wątpliwości zgodność z wynikającymi z prawa wspólnotowego zasadami efektywności i szybkości postępowania odwoławczego sytuacja odmowy przyznania interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia podmiotowi, który w sposób ostateczny został wykluczony z postępowania, lub doszło do ostatecznego rozstrzygnięcia o odrzuceniu jego oferty. Podmiot taki traci bowiem szansę (możliwość) uznania jego oferty za najkorzystniejszą⁹⁷.

Z powyższych rozważań wyłania się także ten wniosek, że choć z treści art. 179 ust. 1 Pzp znika sformułowanie o interesie prawnym w uzyskaniu zamówienia to nie oznacza to możliwości skutecznego wnoszenia środków ochrony prawnej w oparciu o jakiś „nieskonkretyzowany interes rozumiany jako zainteresowanie w rozstrzygnięciu, które nie może być poparte normą prawa materialnego”⁹⁸. Wnoszący środek ochrony prawnej musi nadal dowieść obiektywnej potrzeby rozstrzygnięcia⁹⁹ wynikającej z faktu narusze-

⁹⁶ H. J. Prieß, op.cit., s. 358–359.

⁹⁷ Zob. art. 2a ust. 2 akapit 2 dyrektyw odwoławczych.

⁹⁸ B. Tarnowska, *Środki ochrony prawnej w świetle nowelizacji – Prawa zamówień publicznych*, „Informator Urzędu Zamówień Publicznych” 2010, nr 2, s. 9–10.

⁹⁹ Ibidem, s. 10.

nia lub zagrożenia bezprawnymi zachowaniami zamawiającego jego szansa, choćby potencjalnej na uzyskanie zamówienia, ewentualnie chronionego interesu gospodarczego (ekonomicznego) związanego z zamówieniem. Szansa, bądź interesu gospodarczego wynikających z sytuacji uczestnika postępowania uregulowanej przepisami prawa zamówień.

4. Podsumowanie

Powyższe rozważania przekonują, że nowelizacja Pzp z 2009 r. wprowadziła podstawy do zmiany dotychczas ugruntowanego sposobu interpretacji i stosowania przesłanki interesu w uzyskaniu zamówienia. Nie ulega wątpliwości, że w obecnym stanie prawnym ochronie winna podlegać nie tylko realna szansa na uzyskanie zamówienia, ale także szansa potencjalna. Interes w uzyskaniu zamówienia powinien być postrzegany jako pochodna samego faktu uczestnictwa w postępowaniu na danym etapie i zarazem środek ochrony tego stanu rzeczy. Należy odrzucić stanowisko o możliwości uznania interesu w uzyskaniu zamówienia po terminie składania ofert tylko w wypadkach, gdy środek ochrony prawnej zmierza do sklasyfikowania oferty wnoszącego go na pierwszym miejscu lub jedynym z pierwszych miejsc w rankingu ofert. Chroniona szansa potencjalna na uzyskanie zamówienia wyraża się w samym uczestnictwie w postępowaniu na etapie badania i oceny ofert. Ten wariant ochrony pozwala przyznać interes prawny każdemu podmiotowi posiadającemu na danym etapie postępowania formalny status wykonawcy. Możliwość taka nie istnieje w sytuacji przyjęcia ochrony jedynie realnej szansy na uzyskanie zamówienia, a więc gdy konieczne jest wykazywanie, że w wyniku uwzględnienia środka ochrony prawnej zamówienie w sposób oczywisty zostanie udzielone podmiotowi, który ten środek wnosi. Dla skutecznego zagwarantowania ochrony tej szansy należy zmienić powszechnie przyjęty sposób interpretacji wymogu uwzględnienia środka ochrony prawnej jaki stanowi – wpływ lub możliwość wpływu na wynik postępowania. Można to osiągnąć poprzez inne, szersze postrzeganie wyniku postępowania, nie tylko jako wskazania, która z ofert zostaje uznana za najkorzystniejszą, ale jako całości zapadających w postępowaniu decyzji zamawiającego co do bytu w nim wykonawców, składanych przez nich ofert i ich oceny. Jednocześnie nie można nie zauważyć potrzeby rewizji poglądu o braku możliwości ochrony przy pomocy środków odwoławczych gospodarczego (ekonomicznego) interesu wykonawcy związanego z danym zamówieniem. Możliwość ochrony tej postaci interesu pojawia się wraz z wystąpieniem podstaw do unieważ-

nienia umowy, która to czynność przecież nie oznacza obowiązku wszczęcia kolejnego postępowania z tym samym przedmiotem zamówienia. Niemniej jednak zakres ochrony interesu gospodarczego wykonawcy został wyznaczony dość wąsko i objęto nim jedynie najbardziej jaskrawe naruszenia przepisów prawa zamówień. Zbiegło się to także z wyłączeniem możliwości ochrony tej postaci interesu uczestnika postępowania realizowanej poza systemem środków ochrony prawnej. Nastąpiło to w wyniku przekazania kompetencji do dochodzenia unieważnienia umowy w drodze powództwa do sądu powszechnego z powodu uchybień, które miały lub mogły mieć wpływ na wynik postępowania Prezesowi UZP, a jednocześnie wyłączenia w tym zakresie możliwości dochodzenia przez wykonawcę stwierdzenia nieważności umowy na podstawie art. 189 Kpc. Należy w końcu zwrócić uwagę na konieczność postrzegania interesu w uzyskaniu zamówienia jako wstępnego materialnoprawnego warunku rozstrzygnięcia o zarzutach środka ochrony prawnej, co czyni jego występowanie niezależnym od późniejszego potwierdzenia lub zaprzeczenia trafności podnoszonych zarzutów. Jako warunek wstępny merytorycznego rozstrzygnięcia zarzutów nie może być uznawany za pochodną weryfikacji zarzutów. Przyjęcie przedstawionych założeń powinno uczynić środki ochrony prawnej w prawie zamówień publicznych jeszcze bardziej efektywnym narzędziem ochrony różnych postaci interesu w uzyskaniu zamówienia, a tym samym zgodności z prawem postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.