

## Charakter żądań odwoławczych

### Uwagi ogólne

Od samego początku po reaktywowaniu prawa zamówień publicznych, właściwego dla gospodarki rynkowej, regulacje prawne zawierały samodzielne przepisy regulujące kwestie postępowania w sytuacjach, gdy wykonawca biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie zgadzał się z decyzją zamawiającego. Podstawą wprowadzenia do polskich przepisów unormowań dotyczących postępowania odwoławczego był wynikający jeszcze z umowy stowarzyszeniowej Polska – UE obowiązek implementacji przepisów dyrektywy Rady 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<sup>1</sup>, obligującej władze krajowe do zagwarantowania procedur umożliwiających uchylenie bezprawnych decyzji zamawiających oraz przyznanie odszkodowania podmiotom poszkodowanym w wyniku naruszenia. Na mocy postanowień dyrektywy odwoławczej na państwa członkowskie nałożono obowiązek wprowadzenia środków prawnych, które zagwarantują podmiotom posiadającym legitymację możliwość wywarcia wpływu na zamawiających, skutkującego szybko, sprawną i jednocześnie skuteczną korektą błędów proceduralnych popełnionych przez nich w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. A co za tym idzie – zmierzających do doprowadzenia czynności zamawiającego do stanu zgodnego z prawem, zaś w przypadku braku czynności do jej przeprowadzenia. Te środki prawne mają przede wszystkim na celu uniknięcie dokonania przez zamawiających wadliwego wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dalszych negatywnych konsekwencji, takich jak późniejsze żądanie unieważnienia umowy o zamówienie publiczne lub występowanie z roszczeniami odszkodowawczymi na zasadach ogólnych.

Zagadnieniami, które w pierwszej kolejności staną się przedmiotem niniejszych rozważań, są pojęcia żądania i odwołania w przepisach ustawy z 11.9.2019 r. – Prawo zamówień

<sup>1</sup> Dyrektywa Rady 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. L 395 z 30.12.1989 ze zm.; dalej jako: dyrektywa odwoławcza.

wień publicznych<sup>2</sup>, a następnie wyniki analizy charakteru żądań odwoławczych w świetle polskich przepisów prawa, w tym problem zobowiązań *in natura* oraz kwestia istoty więzi przedkontraktowych powstających w ramach stosunku przetargowego.

Odwołanie stanowi środek korygujący względem uchybienia zamawiającego powstałego w czasie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Rozważania na temat odwołania trzeba rozpocząć od genezy środków odwoławczych, które należy upatrywać w stosowanych w przeszłości skargach na czynności organizatorskie zamawiającego podejmowane w prowadzonych postępowaniach. Przedmiotem zaskarżenia były decyzje o zatwierdzeniu wyboru oferty i udzieleniu zamówienia, które pierwotnie miały charakter administracyjny. Pojęcie „odwołanie” należy utożsamiać ze skargą lub powództwem, gdyż ma ono w pełni charakter sprawy cywilnej, na co wskazują poglądy doktryny oraz ugruntowane orzecznictwo. W doktrynie prawa cywilnego wskazuje się, że sprawę cywilną należy rozumieć następująco: „sprawy cywilne w znaczeniu materialnym co do zasady odnoszą się do roszczeń wywodzonych ze stosunków cywilnoprawnych *sensu largo*. Jest tak dlatego, że dochodzone roszczenia nie powinny mieć odmiennego charakteru niż stosunek prawny, z którego on się wywodzi. Przyjmując, że stosunkiem prawnym jest prawnie uregulowany stosunek społeczny, stosunkiem cywilnoprawnym *sensu largo* jest stosunek prywatnoprawny pomiędzy co najmniej dwoma podmiotami, którego treść stanowią określone prawa i obowiązki wynikające z prawa cywilnego, rodzinnego, opiekuńczego czy prawa pracy. (...) Podkreśla się także, że stosunki cywilnoprawne wyróżniają się zasadniczo: równością podmiotów, dobrowolnością nawiązania, a jeżeli chodzi o stosunki zobowiązaniowe – swobodą określania ich treści”<sup>3</sup>.

R. Szostak w glosie do uchwały z 16.7.2003 r. wskazał, że „ochrona publiczna realizowana jest dopiero w wyniku skierowania żądania na drogę postępowania przed zespołem arbitrow, nie całkiem fortunnie nazwanego »odwoławczym« (art. 184 i n. PZP). Nieco bowiem wbrew swojej nazwie, »odwołanie« nie zmierza do uchylenia lub zmiany na drodze procesowej uprzednio zapadłego orzeczenia organu rozstrzygającego, lecz stanowi zwyczajny wniosek o rozpoznanie sprawy w ramach ogólnego prawa do skargi. Rozpoznanie sprawy należy do składu orzekającego (arbitrow), działającego w charakterze organu władzy publicznej, dysponującego możliwością wydania wyroku zastępującego rozstrzygnięcie sądu państwowego. Natura stosunku przetargowego, z którego ta sprawa wynika, przesądza o tym, że jest ona sprawą cywilną, która nie zmienia swojego charakteru wskutek przekazania jej do właściwości organu pozasądowego”<sup>4</sup>. Możliwość oddania spraw cywilnych pod kognicję organów pozasądowych przewiduje art. 2 § 3 KPC, zgodnie z którym „nie są rozpoznawane w postępowaniu sądowym sprawy cywilne, jeżeli przepisy szczególne przekazują je do właściwości innych organów”. Fakt przekazania

---

<sup>2</sup> Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.; dalej jako: PZP.

<sup>3</sup> K. Gajda-Roszczyńska [w:] A. Góra-Błaszczkowska (red.), Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz art. 1–729, t. I, Warszawa 2016.

<sup>4</sup> R. Szostak, Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z 16.7.2003 r., III CZP 47/03, PS Nr 6/2005, s. 144 i n.

sporów z zakresu prawa zamówień publicznych do rozpoznawania przez organ poza-sądowy, jakim jest Krajowa Izba Odwoławcza, nie pozbawia ich charakteru sprawy cywilnej. Potwierdzeniem tej tezy jest okoliczność, iż w sprawach nieuregulowanych w PZP stosuje się odpowiednio przepisy KC, co dodatkowo przemawia za uznaniem, że prawo zamówień publicznych jest niewątpliwie stosunkiem cywilnym *sensu largo*. Potwierdzeniem tej tezy jest wyrok Trybunału Konstytucyjnego wydany co prawa w stanie prawnym obowiązującym w 2006 r., jednak potwierdza on okoliczność, że sprawy odwoławcze stanowią sprawę cywilną, zaś Krajowa Izba Odwoławcza jest w tym przypadku organem jurysdykcyjnym I instancji<sup>5</sup>. Krajowa Izba Odwoławcza została uznana za organ sądowy także przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej<sup>6</sup>. Orzekanie w postępowaniach dotyczących wadliwych decyzji zamawiających przez organ, jakim jest Krajowa Izba Odwoławcza, mieści się w modelach orzekania właściwych także dla innych państw członkowskich (Niemcy, Francja), jednak układ środków odwoławczych jest charakterystyczny (oryginalny) tylko dla polskiego systemu prawa zamówień publicznych.

Pojęciem „odwołania” posługuje się Kodeks postępowania administracyjnego. W orzecznictwie administracyjnym uznawane jest ono za znacznie odformalizowany środek prawny, niewymagający szczegółowego uzasadnienia ani szczególnego sformułowania niezadowolonia z działań organu, który ma względnie charakter dewolutywny. Odwołanie uregulowane w KPA nie ma jednak żadnego związku z odwołaniem uregulo-

---

<sup>5</sup> „Skarga do Sądu Okręgowego w Warszawie zaskarża wyrok zespołu arbitrów (art. 92a u.z.p.), wydany w wyniku postępowania toczącego się przed tym zespołem, w przedmiocie protestu wobec czynności podjętych przez zamawiającego w toku postępowania o zamówienie publiczne. Postępowanie, do którego stosowane są odpowiednie przepisy kodeksu postępowania cywilnego, a które określone jest w art. 87 u.z.p. jako „postępowanie odwoławcze” (odwołanie od rozstrzygnięcia lub odrzucenia protestu przez zamawiającego oraz w wypadku braku rozpatrzenia w terminie protestu przez dostawcę – art. 86 u.z.p.) – jest pierwszą instancją merytorycznego rozstrzygnięcia sporu między zamawiającym a uprawnionym do złożenia protestu. Postępowanie, które toczy się przed zespołem arbitrów jest postępowaniem o charakterze jurysdykcyjnym; zespół arbitrów z założenia jest podmiotem występującym w charakterze niezależnego arbitra, działającym na podstawie prawa, rozstrzygającym wyrokiem spór między stronami tego postępowania. Natomiast postępowanie, które toczy się przed Sądem Okręgowym w wyniku skargi wniesionej na wyrok zespołu arbitrów, jest postępowaniem rozstrzygającym spór w drugiej instancji, jest środkiem odwoławczym od merytorycznego rozstrzygnięcia zespołu arbitrów, realizującym prawo do zaskarżania wyroku wynikające z art. 78 Konstytucji. Trybunał Konstytucyjny podkreśla, że postępowanie w sprawie protestów wobec czynności podjętych przez zamawiającego w toku postępowania o zamówienie publiczne, jest postępowaniem szczególnym ze względu na materię rozpatrywanych spraw. Spory między zamawiającym a podmiotami uczestniczącymi w postępowaniu o zamówienie publiczne (dostawcami i wykonawcami) rozstrzygane są w pierwszej instancji przez organ quasi-sądowy (działający na gruncie kodeksu postępowania cywilnego), co pozwala na wykorzystanie specjalistycznej wiedzy arbitrów i uwolnienie sądów powszechnych od przytłaczającej ilości spraw, jakie przyszloby im rozpatrywać w pierwszej instancji. Jednakże, w drugiej instancji, spór między stronami w sprawach protestów wobec czynności podjętych przez zamawiającego w toku postępowania o zamówienie publiczne, rozpatrywany jest przez Sąd Okręgowy, a więc sąd powszechny sprawujący wymiar sprawiedliwości. Przepisy ustawy o zamówieniach publicznych w szczególności regulują instancyjność postępowania w sprawach sporów dotyczących protestów wobec czynności zamawiającego oraz tryb zaskarżania wyroków zespołu arbitrów. Konstytucja w art. 78 upoważnia jednak ustawodawcę do określania trybu zaskarżania orzeczeń (i decyzji) wydanych w pierwszej instancji. Ustawa jest zatem – jak stwierdził Trybunał w wyroku z 2.4.2001 r., SK 10/00 (OTK ZU Nr 3/2001, poz. 52) – właściwa do ukształtowania postępowania w przedmiocie zaskarżania rozstrzygnięć pierwszej instancji” – wyrok TK z 13.6.2006 r., SK-54/04.

<sup>6</sup> Por. wyrok TSUE z 13.12.2012 r., C-465/11, ECLI:EU:C:2012:801.

wanym w Prawie zamówień publicznych. Na gruncie PZP odwołanie przysługuje wykonawcom na:

- 1) niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie, w tym na projektowane postanowienie umowy;
- 2) zaniechanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie czynności, do której zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy;
- 3) zaniechanie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia lub zorganizowania konkursu na podstawie ustawy, mimo że zamawiający był do tego obowiązany.

W związku z tym uzasadnione jest twierdzenie, że nie zmierza do zmiany lub uchylecia orzeczenia wydanego przez organ administracyjny, w związku z czym nie ma charakteru dewolutywnego, a stanowi jedynie wniosek (powództwo) o rozpoznanie sprawy w trybie skargowym, którego rolą jest zabezpieczenie efektywności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Stosunek pomiędzy zamawiającym a wykonawcą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest stosunkiem zobowiązaniowym, w którym zamawiający jest zobligowany do należytego wykonania swoich zobowiązań dłużniczych, jakimi są czynności w postępowaniu. Czynności w postępowaniu są wykonane należycie, jeżeli zostały przeprowadzone w sposób zgodny z przepisami PZP. W sytuacji nienależytego wykonania zobowiązania wykonawca, czyli podmiot posiadający właściwą legitymację, może żądać zmiany sposobu wykonania zobowiązania pod rygorem wniesienia odwołania, które należy rozumieć jako wytoczenie powództwa. Rozpoznając to zagadnienie na gruncie przepisów prawa cywilnego, należy uznać, że odwołanie stanowi roszczenie o wykonanie zobowiązania *in natura*, czyli w sposób zgodny z jego treścią, a wykonawca może żądać:

- 1) jeżeli umowa nie została zawarta:
  - a) nakazania przez Izbę wykonania lub powtórzenia czynności zamawiającego albo
  - b) nakazania przez Izbę unieważnienia czynności zamawiającego, albo
  - c) nakazania przez Izbę zmiany projektowanego postanowienia umowy albo jego usunięcia, jeżeli jest niezgodne z przepisami ustawy, albo
- 2) jeżeli umowa została zawarta oraz zachodzi jedna z przesłanek, o których mowa w art. 457 ust. 1 PZP:
  - a) nakazania przez Izbę unieważnienia umowy albo
  - b) nakazania przez Izbę unieważnienia umowy w zakresie zobowiązań niewykonanych i nałożenia kary finansowej w uzasadnionych przypadkach, w szczególności gdy nie jest możliwy zwrot świadczeń spełnionych na podstawie umowy podlegającej unieważnieniu, albo
  - c) nakazania przez Izbę nałożenia kary finansowej albo wydania wyroku w przedmiocie skrócenia okresu obowiązywania umowy w przypadku stwierdzenia, że

utrzymanie umowy w mocy leży w ważnym interesie publicznym, w szczególności w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, albo

- 3) jeżeli umowa została zawarta w okolicznościach dopuszczonych w ustawie – stwierdzenia przez Izbę naruszenia przepisów ustawy.

Podstawowym celem odwołania (postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą) jest doprowadzenie do sytuacji, w której zamawiający wykona czynność zgodnie z PZP oraz szczegółowymi uregulowaniami, które wynikają z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności ogłoszenia, specyfikacji warunków zamówienia, opisu potrzeb i wymagań zamawiającego.

Jednym z elementów obligatoryjnych odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej jest żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania (art. 516 ust. 1 pkt 9 PZP). Wykonawca, który składa odwołanie od decyzji zamawiającego, która w jego ocenie jest sprzeczna z przepisami PZP, zobowiązany jest wskazać, co będzie przedmiotem postępowania odwoławczego, a w konsekwencji – oznaczyć treść oczekiwanego sposobu rozstrzygnięcia danej sprawy. Treścią żądania jest konkretna sytuacja określona przepisami prawa materialnego, dla której wykonawca poszukuje ochrony, składając odwołanie. Żądaniem odwołania jest określone zachowanie się zamawiającego zgodne z przepisami PZP, zakres żądań ograniczony jest treścią art. 554 ust. 3 PZP, którego treść została przywołana w akapicie powyżej.

Konwalidowanie wadliwej czynności zamawiającego w postępowaniu może mieć miejsce w wyniku środków korygujących w postaci odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej (art. 505 PZP), unieważnienia umowy o zamówienia publiczne (art. 458 PZP), odszkodowania (art. 472 KC), w przypadku gdy zamawiający uchyła się od zawarcia umowy, wykonawcy służy prawo do żądania przymusowego jej zawarcia przed sądem albo podwójnego wadium, albo odszkodowania (art. 70<sup>4</sup> KC § 2 zd. 2 KC). Wszystkie środki wskazane powyżej mają charakter prewencyjny, tj. doprowadzenie do usunięcia nieprawidłowości w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego poprzez powtórzenie czynności stanowiącej przedmiot odwołania, zobowiązanie zamawiającego do wykonania czynności, której zaniechał, lub doprowadzenia do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Praktycznie wszystkie te środki mają na celu wymuszenie wykonania powinności proceduralnej *in natura*.

## Natura żądań odwoławczych

Podstawowym celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zawarcie umowy, która nie podlega unieważnieniu. Zamawiający jako organizator przetargu, który poprzez warunki sformułowane w dokumentacji postępowania, w szczególności w ogłoszeniu i specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), ustala szczegółowe zasady danego postępowania, których od dnia przekazania ich do publicznej wiadomości (opublikowania na stronie internetowej, przesłania zaproszenia wykonawcom) zobowią-

zany jest przestrzegać, co wynika z art. 70<sup>1</sup> § 4 KC. Emanacją tego jest możliwość wniesienia odwołania przez wykonawców już na etapie ogłoszenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w którym wykonawcy mogą kwestionować warunki ustalone przez zamawiającego. Wykonawca poprzez złożenie oferty w postępowaniu przystępuje do postępowania, z tą chwilą zawiązuje się pomiędzy wykonawcą a zamawiającym porozumienie, które ma przede wszystkim na celu ochronę wszystkich wykonawców biorących udział w konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wykonawcy, przystępując do postępowania, działają w zaufaniu do zamawiającego, że będzie on postępował w zgodzie z przepisami PZP oraz ustalonymi przez siebie zasadami, co pozwoli na rzetelne przeprowadzenie postępowania w zgodzie z zasadami uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Pomiedzy wykonawcami przystępującymi do postępowania a zamawiającym nawiązuje się swego rodzaju porozumienie przedumowne (porozumienie przetargowe), które stanowi źródło praw i obowiązków jego stron. Gwarancję dla wykonania obowiązków zamawiającego ukształtowanych na gruncie porozumienia przetargowego stanowią środki korygujące, tj. postępowanie odwoławcze.

Proces, w wyniku którego dochodzi do zawarcia umowy o zamówienie publiczne, stanowi ciąg uporządkowanych czynności zamawiającego i wykonawcy, które obie strony zobowiązane są wykonać w zgodzie z przepisami PZP oraz dokumentacją postępowania. Zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dąży do wyboru wykonawcy, którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą. Wybór oferty najkorzystniejszej poprzedzony jest koniecznością zbadania, czy wykonawcy, którzy złożyli oferty w postępowaniu, nie podlegają wykluczeniu z postępowaniem, czy złożona oferta nie podlega odrzuceniu, a także czy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu. Proces badania i oceny ofert jest determinowany przepisami PZP oraz warunkami sprecyzowanymi w dokumentacji postępowania przez samego zamawiającego.

Zamawiający, prowadząc postępowanie, powinien działać w zgodzie z PZP oraz ustalonymi przez siebie warunkami wyrażonymi w ramach jasnych i precyzyjnych postanowień dokumentacji postępowania, w tym w ogłoszeniu o zamówieniu, SWZ i załącznikach do niej lub opisie potrzeb i wymagań. Jakakolwiek czynność niezgodna z PZP lub dokumentacją postępowania daje wykonawcy prawo do skorzystania ze środków korygujących postępowanie, tj. odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej.

W art. 2 ust. 1 lit. b dyrektywy odwoławczej nałożono na państwa członkowskie obowiązek wprowadzenia do procedur odwoławczych odpowiednich środków obejmujących prawo do uchylecia lub doprowadzenia do uchylecia bezprawnych decyzji, w tym usunięcia dyskryminujących warunków technicznych, ekonomicznych lub finansowych zawartych w zaproszeniu do składania ofert, specyfikacji lub we wszystkich innych dokumentach związanych z procedurą udzielania zamówień. W PZP postępowanie zmierzające do konwalidowania wadliwych czynności zamawiającego uregulowane zostało w dziale IX – art. 505–576 PZP. W art. 505 ust. 1 PZP ustanowiona została ogólna zasada, że „środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu

podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy”. Możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej uzależnione są od wykazania spełnienia przesłanek określonych w cytowanym art. 505 ust. 1 PZP. Należą do nich: interes wykonawcy (uczestnika konkursu), szkoda lub potencjalna szkoda związana z naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy. Przez interes prawny wykonawcy we wniesieniu odwołania należy w szczególności rozumieć stan, w którym wykonawca miał realną szansę na uzyskanie zamówienia, jakiej został pozbawiony niezgodnymi z PZP czynnościami dokonanymi przez zamawiającego, które mogą polegać na zachowaniu się zamawiającego sprzecznym z PZP lub dokumentacją postępowania, zaniechaniu przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub zorganizowania konkursu. W sytuacji, w której zamawiający postąpi w sposób niezgodny z przepisami, wykonawca będzie miał prawo do wniesienia odwołania<sup>7</sup>. Przez szkodę należy rozumieć pozbawienie wykonawcy możliwości uzyskania zamówienia publicznego, co jest następstwem działań lub zaniechań zamawiającego – jego postępowania w sposób spreczny z przepisami PZP lub dokumentacji postępowania.

Wykonawca w postępowaniu odwoławczym może domagać się nakazania zamawiającemu wykonania lub powtórzenia określonej czynności albo nakazania unieważnienia czynności zamawiającego albo nakazać zmianę projektowanego postanowienia umowy albo jego usunięcie, jeżeli jest niezgodne z przepisami ustawy. Analiza żądań, jakie mogą zostać sformułowane przez wykonawcę (na etapie postępowania odwoławczego – odwołującego, jednak w całym artykule będę posługiwała się pojęciem wykonawcy) w postępowaniu odwoławczym, prowadzi do konkluzji, że wszystkie prowadzą do zobowiązania zamawiającego do wykonania obowiązków porozumienia przetargowego *in natura*. Podstawą prawną, z jakiej wywodzi się możliwość żądania świadczenia *in natura*, jest art. 353 § 1 KC, który stanowi, że wierzyciel może żądać od dłużnika świadczenia, a dłużnik powinien świadczenie spełnić. W doktrynie prawa cywilnego wskazuje się, że „w tradycji prawa polskiego przyjmowano, że jeżeli istnieje zobowiązanie, to składające się na wierzyciela zasadnicze uprawnienie – roszczenie – daje prawo do żądania od dłużnika spełnienia świadczenia, zgodnie z treścią zobowiązania. Roszczenie o wykonanie zobowiązania nie było tradycyjnie nawet wyrażane – uważano je (i w większości uważa się nadal) za wynikające z samego zobowiązania i do tego stopnia oczywiste, że nie musi być wypowiedziane przez system prawny”<sup>8</sup>.

Jak wskazywał *T. Pajor*: „roszczenie o wykonanie w naturze stało się przedmiotem szeregu szczegółowych unormowań. Traktują one to roszczenie przede wszystkim jako jeden ze środków ochrony wierzyciela na wypadek naruszenia zobowiązania. W tym ujęciu wyznaczają omawianemu roszczeniu pewien zakres stosowania i określają jego miejsce

---

<sup>7</sup> *M. Jaworska* (red.), *D. Grześkowiak-Strojek, J. Jarnicka, A. Matusiak*, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021.

<sup>8</sup> *F. Zoll* [w]: System Prawa Prywatnego. Prawo zobowiązań – część ogólna, t. 6. Suplement, Warszawa 2010, s. 81.

wśród innych środków kontraktowych przysługujących wierzycielowi. Jednocześnie szerzej kształtując pojęcie wykonania w naturze, obejmując nim nie tylko spełnienie należytego świadczenia, ale i czynności niezbędne do korekty wykonania nienależytego<sup>9</sup>. Dla uznania, że świadczenie zostało wykonane należycie, niezbędna jest analiza treści zobowiązania, w tym świadczenia, jakie przysługuje wierzycielowi, oraz sposobu jego wykonania. Wynika to z tego, że treść roszczenia o wykonanie zobowiązania odpowiada treści samego zobowiązania wierzyciela (określonego obowiązku zachowania się przez wierzyciela), które jest zabezpieczone w danym stanie faktycznym. Wierzyciel może się zwolnić z obowiązku spełnienia świadczenia tylko i wyłącznie poprzez należyte wykonanie określonego zobowiązania, gdyż roszczenie o wykonanie zobowiązania ma za przedmiot spełnienie należyte, tj. odpowiadające treści zobowiązania, w szczególności wymogom określonym w art. 354 KC<sup>10</sup>. W doktrynie wskazuje się, że „treść roszczenia o wykonanie zobowiązania stanowi co do swej treści lustrzane odbicie treści zobowiązania (danego skonkretyzowanego uprawnienia), którego realizację zabezpiecza. Nienależyte spełnione świadczenie powoduje zaspokojenie roszczenia o wykonanie zobowiązania, a więc z chwilą jego spełnienia nie dochodzi do wygaśnięcia tego roszczenia. Roszczenie o wykonanie zobowiązania ma bowiem za przedmiot nie jakiegokolwiek spełnienie świadczenia (tzn. nie jakiegokolwiek zachowanie), ale spełnienie należyte, odpowiadające treści zobowiązania, w tym wymogom określonym w art. 354 KC<sup>11</sup>.

Zobowiązanie wykonane jest należycie, jeżeli zostało wykonane zgodnie z jego treścią, w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje – także w sposób odpowiadający tym zwyczajom. Artykuł 354 § 1 KC jednoznacznie wskazuje, że postępowania dłużnika mające na celu spełnienie świadczenia należy oceniać z punktu widzenia czterech kryteriów, do których należą: treść zobowiązania, zasady współżycia społecznego, cel społeczno-gospodarczy zobowiązania, ustalone zwyczaje. Szczegółowej analizie należy poddać przede wszystkim pierwsze z kryteriów wskazanych w zdaniu poprzedzającym, tj. treść zobowiązania. Treścią zobowiązania są przede wszystkim uprawnienia i obowiązki stron stosunku prawnego, które zostały określone w ramach łączącego strony stosunku prawnego, określone w postanowieniach umowy lub przepisie ustawy<sup>12</sup>. Jednak treści zobowiązania nie można interpretować wyłącznie literalnie, gdyż stosunek prawny kształtowany jest nie tylko w oparciu o prawa i obowiązki szczegółowo określone w oświadczeniach woli stron, ale także poprzez zobowiązania i uprawnienia wynikające z przepisów ustawy, zasad współżycia społecznego i ustalonych zwyczajów (art. 56 KC)<sup>13</sup>.

---

<sup>9</sup> T. Pajor, Roszczenie o spełnienie świadczenia w naturze [w:] E. Gniewek (red.), K. Górska, P. Machnikowski, Zaciąganie i wykonywanie zobowiązań. Materiały III Ogólnopolskiego Zjazdu Cywilistów, Wrocław, 25–27.9.2008 r.

<sup>10</sup> I. Karasek-Wojciechowicz, Roszczenie o wykonanie zobowiązania z umowy zgodnie z jego treścią, Warszawa 2014.

<sup>11</sup> *Ibidem*.

<sup>12</sup> K. Pietrzykowski (red.), Kodeks cywilny, t. I. Komentarz do art. 1–449<sup>10</sup>, Warszawa 2020.

<sup>13</sup> G. Tracz, Pojęcie wykonania i niewykonania zobowiązań w polskim prawie cywilnym, KPP z. 1/2009.



Przenosząc te rozważania na grunt prawa zamówień publicznych, uzasadnione jest twierdzenie, że zobowiązania stron stosunku przetargowego wykonane są prawidłowo, jeżeli zostały wykonane zgodnie z przepisami PZP, warunkami postępowania określonymi przez zamawiającego oraz oświadczeniem wykonawcy złożonym w ofercie, zasadami współzycia społecznego, zwyczajem oraz celem społeczno-gospodarczym tego postępowania. W stosunku przetargowym na zamawiającego (wierzyciela) nałożony został szereg obowiązków, które zobowiązany jest wykonać w sposób zgodny z treścią art. 354 § 1 KC. Jednak podczas oceny, czy zamawiający dokonał konkretnej czynności (złożenia oświadczenia woli lub wiedzy) w sposób należyty, należy dokonać nie tylko w oparciu o przepisy PZP i KC dotyczące ogólnych zasad wykonywania zobowiązań, ale także przepisów regulujących kwestię oświadczeń woli (art. 56 i n. KC). Przepisy KC regulujące kwestie oświadczeń woli wraz z warunkami postępowania określonymi przez zamawiającego w postępowaniu stanowią wraz z treścią złożonego przez zamawiającego oświadczenia czynność prawną wykonawczą, a także formułują warunki wykonania obowiązków w postępowaniu przez wykonawców. Za R. Szostakiem wskazać należy, że „w konsekwencji, rozpatrując zarzuty dotyczące niewykonania lub nienależytego wykonania powinności proceduralnych, uwzględnić trzeba reguły składania prawnie doniosłych oświadczeń woli i prawidłowej reprezentacji przy jego składaniu, a także wymagania wskazujące niezbędną treść oświadczenia z punktu widzenia osiągnięcia koniecznych w danej fazie procedury skutków prawnych. Nieprawidłowości polegają zazwyczaj na niedostatecznym wyrażeniu woli, jej wadliwości lub nieważności z uwagi na sprzeczność z prawem albo wręcz na celowym pominięciu wymaganego oświadczenia woli (wiedzy), kwalifikowanych jako niewykonanie lub nienależyte wykonanie obowiązków przetargowych”<sup>14</sup>.

Niewykonanie lub nienależyte wykonanie przez zamawiającego jego obowiązku wynikającego z PZP lub dokumentacji postępowania daje wykonawcy prawo do wniesienia odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej i żądania przywrócenia stanu zgodnego z przepisami prawa, warunkami zamówienia, zasadami współzycia społecznego oraz ustalonym zwyczajem. Podkreślenia wymaga fakt, że obowiązki zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (świadczenia *in natura*) mają charakter świadczeń niepieniężnych. Dlatego też wykonawcy w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego dysponują przede wszystkim roszczeniem o wykonanie czynności zgodnie z treścią PZP oraz warunków określonych przez zamawiającego, czyli chodzi o roszczenia zmierzające do „przymuszenia” zamawiającego do postąpienia w zgodzie z treścią przepisów PZP.

Instrumentem pozwalającym wykonawcy na realizację tegoż uprawnienia jest odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej. W przypadku uznania przez Izbę zasadności żądań wykonawcy może ona nałożyć na zamawiającego obowiązek odpowiedniego zachowania się, w szczególności powtórzenia, zmiany lub unieważnienia wadliwie dokonanej czynności w postępowaniu.

---

<sup>14</sup> R. Szostak, Przetarg nieograniczony na zamówienie publiczne - zagadnienia konstrukcyjne, Kraków 2005.

W przypadku roszczeń powstałych na gruncie stosunku przetargowego wykonawca ma przede wszystkim roszczenie o wykonanie czynności w postępowaniu zgodnie z treścią PZP oraz warunków określonych przez zamawiającego. Instrumentem pozwalającym wykonawcy na realizację tegoż uprawnienia jest postępowanie odwoławcze – wykonawca, korzystając z elementu skargowego, wszczyna postępowanie odwoławcze. Postępowanie to ma na celu przymuszenie zamawiającego do należytego – zgodnego z przepisami ustawy i postanowieniami dokumentacji wykonania ciężącego na nim zobowiązania – co oznacza przywrócenie stanu zgodnego z prawem lub wywołanie takiego stanu. Przenosząc rozważania teoretyczne na grunt postępowania odwoławczego, wskazać należy, że wykonawcy wnoszący odwołanie od czynności zamawiającego niezgodnej z przepisami ustawy lub czynności polegającej na zaniechaniu przeprowadzenia postępowania lub zorganizowania konkursu mogą żądać takiego zachowania się zamawiającego, które doprowadzi czynność zamawiającego do zgodnego z ustawą lub warunkami określonymi w dokumentacji postępowania. Wykonawca, wysuwając żądania odwoławcze, nie może wychodzić poza zakres żądań określonych w art. 554 ust. 3 PZP. Podkreślenia wymaga ponadto fakt, że „na gruncie KC omawiane roszczenie [o wykonanie świadczenia *in natura* – przyp. autora] ma wśród uprawnień, jakimi może dysponować wierzyciel na wypadek naruszenia zobowiązania, szczególną pozycję. Zarówno roszczenie odszkodowawcze, jak i prawo do odstąpienia od umowy powstają dopiero w razie spełnienia dodatkowych przesłanek, w tym zwłaszcza wystąpienia takich przyczyn niewykonania, za które dłużnik odpowiada. Natomiast roszczenie o spełnienie świadczenia w naturze przysługuje wierzycielowi niezależnie od tych przesłanek. Co więcej, dopóki wierzyciel ma roszczenie o świadczenie w naturze, w zasadzie nie może żądać odszkodowania za (ostateczne) niewykonanie. (...) Jak z tego wynika, roszczenie o świadczenie w naturze jest nie tylko szerzej dostępne niż inne środki kontraktowe, ale i ma względem nich pierwszeństwo. Nawiasem mówiąc, taka pozycja roszczenia o wykonanie w naturze sprawia, że dłużnik nie może bez zgody wierzyciela »wykupić się« z wykonania przez zapłatę odszkodowania, ani wierzyciel nie może mu tego całkiem swobodnie narzucić”<sup>15</sup>.

Genezy efektu postępowania odwoławczego, którym jest zabezpieczenie właściwego i rzeczywistego wykonania zobowiązania przez zamawiającego, należy upatrywać w zasadzie realnego wykonania zobowiązania. Podstawowym wyznacznikiem zasady realnego wykonania zobowiązania jest pierwszeństwo realizacji zobowiązania zgodnie z jego treścią przez dłużnika, czyli zamawiającego. Zadaniem środków korygujących jest zabezpieczenie interesów wierzycieli – wykonawców – poprzez doprowadzenie do sytuacji, w której zamawiający w sposób rzeczywisty wypełni zobowiązania proceduralne. Podstawą zaś wszczęcia postępowania odwoławczego jest wykazanie przez wykonawcę,

---

<sup>15</sup> Tomasz Pajor, Roszczenie o spełnienie świadczenia w naturze [w]: Zaciąganie i wykonywanie zobowiązań. Materiały III Ogólnopolskiego Zjazdu Cywilistów (Wrocław, 25-27.9.2008 r.), pod red. E. Gniewka, K. Górskiej i P. Machnikowskiego.

że doszło do naruszenia w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – które to naruszenie może stanowić naruszenie interesu wykonawcy oraz szkodę po jego stronie<sup>16</sup>.

Konkludując, podkreślić należy, że odwołanie pełni funkcję szczególnego środka skargowego, który ma zapewnić realne wykonanie zobowiązania proceduralnego przez zamawiającego, tj. zobowiązujące zamawiającego do spełnienia obowiązków *in natura* w sposób zgodny z przepisami PZP, warunków postępowania. Postępowanie odwoławcze ma jednocześnie przeciwdziałać powstaniu szkody po stronie wykonawców, którzy nie zostali wybrani w postępowaniu, lub zapobiec zawarciu umowy, która ze względu na wadliwie przeprowadzoną procedurę będzie podlegała unieważnieniu.

## Środki tymczasowe

Drugim instrumentem, który ma pomóc wykonawcom w dochodzeniu swoich praw w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, są środki tymczasowe. W art. 2 ust. 1 lit. a dyrektywy odwoławczej zobowiązano państwa członkowskie do wprowadzenia do krajowych systemów prawa środków obejmujących prawo do przedsięwzięcia, w możliwie najkrótszym terminie, w drodze postanowienia środków tymczasowych w celu naprawy domniemanego naruszenia lub zapobieżenia dalszym szkodom wobec podmiotów, których to dotyczy, w tym zawieszenia lub doprowadzenia do zawieszenia procedury udzielania zamówienia publicznego lub wykonania decyzji podjętych przez instytucję zamawiającą. Podstawowym zadaniem środków tymczasowych jest zapobieżenie dalszym nieprawidłowościom w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i stworzenie właściwych warunków niezbędnych do realizacji celów odwołania (środków korygujących) albo zakwestionowania wyboru oferty najkorzystniejszej.

Za A. Soltysińską wskazać należy, że: „krajowy organ odwoławczy powinien mieć kompetencję do wydania orzeczenia o zawieszeniu postępowania przetargowego w całości lub wstrzymania wykonania konkretnej decyzji. Środki te muszą być dostępne uprawnionym wykonawcom lub innym podmiotom przy pierwszej możliwej sposobności i ewentualnie w drodze odrębnego postępowania o charakterze wstępnym (szerzej na temat środków tymczasowych zob. J.M. Fernández Martín, *The EC Public Procurement Rules...*, s. 225; S. Treumer, *Enforcement of the EU Public Procurement Rules: The State of Law and Current Issues*, oraz R. Caranta, *Many Different Paths, but Are They All Leading to Effectiveness?* [w:] *Enforcement of the EU...*, eds. S. Treumer i F. Lichère). Podejmując decyzję o wprowadzeniu **środków tymczasowych**, państwa członkowskie zazwyczaj stosują formę testu »bilansowania interesów«, za pomocą którego badają potencjalne negatywne skutki, jakie mogłyby powstać dla innych podmiotów, które nie są zainteresowane wydaniem decyzji o zastosowaniu środka tymczasowego. Odmowa wydania takiego orze-

---

<sup>16</sup> Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 23.5.2011 r. w sprawie o sygnaturze KIO 966/11.

czenia może być uzasadniona tym, że negatywne skutki będą przewyższać korzyści płynące z jego przyjęcia (por. S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement...*, 1996, s. 897 in.)<sup>17</sup>.

Podstawową funkcją środków tymczasowych jest zabezpieczenie wykonawców przed szkodą związaną z nienależytym działaniem zamawiającego w postępowaniu. Jednym z instrumentów mających na celu realizację nakazu wynikającego z przepisu art. 2 ust. 1 lit. a dyrektywy odwoławczej jest art. 577 ust. 1 PZP, w którym ustanowiono zakaz zawarcia umowy o zamówienie publiczne do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze. Zawarcie umowy o zamówienie publiczne przed dniem wydania orzeczenia przez Krajową Izbę Odwoławczą stanowi podstawę do unieważnienia umowy o zamówienie publiczne. W polskiej regulacji, ustawodawca przyjął zasadę, że zakaz zawarcia umowy o zamówienie publiczne wynika z mocy samych przepisów ustawy i nie wymaga dodatkowej decyzji organu odwoławczego, a co za tym idzie zawieszenie następuje z mocy prawa (ustawowe zawieszenie zawarcia umowy).

Przepis art. 577 ust. 1 PZP ma także zastosowanie do wcześniejszych etapów postępowania, tj. w przypadku odwołania na warunki udziału w postępowaniu, w takiej sytuacji okres związania ofertą ulega zawieszeniu do czasu wydania orzeczenia przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Krajowa Izba Odwoławcza może zwolnić zamawiającego z obowiązku wstrzymania się od zawarcia umowy, co może mieć miejsce w sytuacji, gdy zamawiający wykaże zniszczenie się jednej z dwóch przesłanek określonych w art. 578 ust. 2 PZP. Należą do nich negatywne skutki wstrzymania się z zawarciem umowy dla interesu publicznego lub wnoszenie odwołania wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy. Drugą przesłanką zwolnienia z zakazu zawarcia umowy jest bardzo ważna, ponieważ w praktyce zdarzają się sytuacje, w których wykonawcy wnoszą odwołanie wyłącznie w celu uniemożliwienia zamawiającemu zawarcia umowy, pomimo że postępowanie zostało przeprowadzone zgodnie z przepisami ustawy. Przepis ten ma doniosłe znaczenie w chwili przygotowania artykułu, ponieważ ze względu na okres pandemii COVID-19 czas rozstrzygnięcia odwołań uległ wydłużeniu, a co za tym idzie - wnoszenie oczywiście bezzasadnych odwołań mogłoby paraliżować prace zamawiających, gdyby nie było instrumentu prawnego pozwalającego na zwolnienie zamawiającego z obowiązku wstrzymania się z zawarciem umowy do czasu rozstrzygnięcia postępowania odwoławczego.

---

<sup>17</sup> A. Sołtysińska [w:] H. Talago-Stawoj, A. Sołtysińska, Komentarz do dyrektywy 89/665/EWG w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane [w:] Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. III, Warszawa 2016, art. 2.

## Skarga do sądu

Na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej służy stronom i uczestnikom postępowania odwoławczego skarga do Sądu Okręgowego w Warszawie. Regulacje PZP dotyczące skargi do sądu przekraczają zakres niniejszego opracowania. Analiza przepisów PZP dotycząca kwestii skargi do sądu wymaga sformułowania dwóch postulatów *de lege ferenda*. Pierwszy to konieczność wprowadzenia do PZP przepisu, który utrzyma zakaz zawarcia umowy do czasu prawomocnego rozstrzygnięcia przez Sąd Okręgowy skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej. Wprowadzenie do ustawy takiego rozwiązania pozwoli na zabezpieczenie interesów stron postępowania odwoławczego poprzez uchronienie przed sytuacją, w której do czasu rozstrzygnięcia przez sąd umowa o zamówienie publiczne zostanie wykonana, a stwierdzenie przez sąd naruszenie przepisów PZP będzie jedynie iluzoryczne, ponieważ nie będzie miało żadnego znaczenia praktycznego dla strony postępowania skargowego. Ponadto PZP powinno zawierać przepis pozwalający na uchylenie zakazu zawarcia umowy o zamówienie publiczne na wzór regulacji art. 578 PZP.

Drugi postulat dotyczy skrócenia czasu na rozpoznanie skargi przez Sąd Okręgowy na wzór modelu niemieckiego, tj. do 2 tygodni od dnia wpływu skargi do sądu – co pozwoli na realizację postulatu szybkości postępowania w zamówieniach publicznych.

## Żądanie unieważnienia umowy

Wykonawca, który miał interes w uzyskaniu zamówienia, może wystąpić z roszczeniem o unieważnienie umowy o zamówienie publiczne, jeżeli do jej zawarcia doszło z naruszeniem PZP. Regulacja ta wynika z przepisów dyrektywy odwoławczej, do której na mocy dyrektywy 2007/66 wprowadzony został art. 2d, stanowiący podstawę prawną obligującą państwa członkowskie do wprowadzenia do porządków krajowych sankcji nieważności umowy (dyrektywa posługuje się pojęciem „nieskuteczność”). Implementacją tego przepisu jest art. 457 ust. 1 PZP, określający przypadki, w których umowa o zamówienie publiczne powinna zostać uznana za nieważną; należą do nich zawarcie umowy bez uprzedniego opublikowania właściwego ogłoszenia o zamówieniu, zawarcie umowy przed upływem okresu *standstill*. Analiza art. 457 ust. 1 PZP prowadzi do wniosku, że nieważność umowy może być spowodowana przedwczesnością jej zawarcia lub błędami zamawiającego – organizatora – popełnionymi w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Katalog podstaw do unieważniania umowy o zamówienie publiczne jest zamknięty, a co za tym idzie – w oparciu o art. 457 ust. 1 PZP<sup>18</sup> unieważniona może być tylko umowa, jeżeli ziszczyły się przesłanki określone w przepisie. Przepis ten określa pięć grup przesłanek dających podstawę do unieważnienia umowy o zamówienie publiczne.

Przesłanką stanowiącą podstawę do unieważnienia umowy, która wymaga szczegółowego omówienia, jest ta sformułowana w art. 457 ust. 1 pkt 1 PZP, zgodnie z którą: „umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia, zawarł umowę ramową lub ustanowił dynamiczny system zakupów bez uprzedniego zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia wszczynającego postępowanie lub bez wymaganego ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie, jeżeli zmiany miały znaczenie dla sporządzenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert”. Artykuł 457 ust. 1 pkt 1 PZP po jego pobieżnej analizie nie wywołuje zbyt dużych wątpliwości interpretacyjnych, jednak przeprowadzenie wykładni językowej skutkuje powstaniem kilku – co do zakresów objętych dyspozycją tego przepisu. Rozłożenie tej przesłanki na zdania w sensie logicznym prowadzi do konkluzji, że przepis ten zawiera dwie samodzielne podstawy do unieważnienia umowy, które wydzielone są znakami interpunkcyjnymi – „, ,”. Przecinek jako znak interpunkcyjny „jest zaliczany do znaków rozdzielających obok kropki i średnika. Według WSO PWN jest najczęściej używanym znakiem rozdzielającym, który może występować pojedynczo lub podwójnie”<sup>19</sup>. Podczas analizy przesłanki z pkt 1 należy pamiętać o ogólnej zasadzie wyrażonej w rozporządzeniu Prezesa RM w sprawie „Zasad techniki prawodawczej”<sup>20</sup>, zgodnie z którą zdania w ustawie redaguje się zgodnie z powszechnie przyjętymi regułami składni języka polskiego, unikając zdań wielokrotnie złożonych. Zasady gramatyczne języka polskiego stanowią, że przecinek to najczęściej używany znak rozdzielający. Przecinek może rozdzielać zdania stanowiące wyliczenie oraz zdania podrzędne i nadrzędne<sup>21</sup>.

---

<sup>18</sup> „Umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający:

- 1) z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia, zawarł umowę ramową lub ustanowił dynamiczny system zakupów bez uprzedniego zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia wszczynającego postępowanie lub bez wymaganego ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie, jeżeli zmiany miały znaczenie dla sporządzenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert;
- 2) zawarł umowę z naruszeniem art. 264 lub art. 308 ust. 2 lub 3 lub art. 421 ust. 1 lub 2 albo art. 577, jeżeli uniemożliwiło to Krajowej Izbie Odwoławczej uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy;
- 3) zawarł umowę przed upływem terminu, o którym mowa w art. 216 ust. 2;
- 4) z naruszeniem art. 314 ust. 1 pkt 3, ust. 3 i 4, art. 315 lub art. 422 ust. 2 lub 3 udzielił zamówienia objętego umową ramową;
- 5) z naruszeniem art. 323, art. 324 lub art. 391 ust. 4 lub 5 udzielił zamówienia objętego dynamicznym systemem zakupów”.

<sup>19</sup> A. Witorska, *Interpunkcja w aktach prawnych ogłaszanych w Dzienniku Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej*, s. 81.

<sup>20</sup> Rozporządzenie Prezesa RM z 20.6.2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej”, Dz.U. z 2016 r, Nr 100, poz. 908; dalej jako: ZTP.

<sup>21</sup> Nowy słownik ortograficzny PWN z zasadami interpunkcji pod red. E. Polańskiego, Warszawa 1999.

Analiza gramatyczna przesłanki z art. 457 ust. 1 pkt 1 PZP prowadzi do wniosku, że w przepisie tym ustawodawca zawarł wyliczenie, na które składa się jedno zdanie proste oraz zdanie wielokrotnie złożone, gdzie przecinek został postawiony pomiędzy zdaniem podrzędnym i nadrzędnym. Pierwsze zdanie składające się na pkt 1 to zdanie: „umowa ulega unieważnieniu, jeżeli zamawiający zawarł umowę z naruszeniem prawa”, po tym zdaniu ustawodawca postanowił znak interpunkcyjny: przecinek, który oddziela zdanie od kolejnego obejmującego swym zakresem drugą przesłankę: „umowa ulega unieważnieniu, jeżeli zamawiający zawarł umowę ramową lub ustanowił dynamiczny system zakupów bez uprzedniego zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia wszczynającego postępowanie lub bez wymaganego ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie, jeżeli zmiany miały znaczenie dla sporządzenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert”.

Literalna wykładnia przepisu prowadzi do wniosku, że w pkt 1 ustawodawca zawarł dwie podstawy do unieważnienia umowy, które są samodzielne. Ziszczenie się każdej ze wskazanych w przepisie okoliczności może skutkować unieważnieniem umowy, tj. pierwsza dotycząca udzielenia zamówienia z naruszeniem PZP, druga dotycząca pozostałych przypadków wymienionych po przecinku – związanych z naruszeniami w zakresie publikacji ogłoszeń.

Za takim rozumieniem art. 457 ust. 1 pkt 1 opowiedział się R. Szostak podczas VIII Konferencji Ogólnopolskiej Konferencji „PZP – nowe Prawo zamówień publicznych – konsekwencje i trudności wdrożeniowe”, wskazując, że prawidłowo przeprowadzona wykładnia tego przepisu prowadzi do konkluzji, że przepis pkt 1 obejmuje swym zakresem dwie grupy przesłanek, które powinny być oddzielone nie znakiem interpunkcyjnym „, ”, a „lub”.

Analizując treść art. 457 ust. 1 pkt 1 PZP, nie można jednak zakończyć na jego wykładni literalnej, ponieważ mogłoby to doprowadzić do absurdu, w którym każdy, nawet nieistotny błąd zamawiającego skutkowałby unieważnieniem umowy, co jest niezgodne z duchem tego przepisu oraz zasadą pewności obrotu. „W prawoznawstwie i w zasadzie również w orzecznictwie nie ma wątpliwości, iż w procesie wykładni w **pierwszej kolejności należy stosować reguły językowe**. Wyraźnie podkreśla to Sąd Najwyższy, który stwierdza, że »wykładnia normy prawnej wymaga dokonywania interpretacji z zastosowaniem najpierw reguł językowych, co prowadzi do przypisania normie prawnej takiego sensu, jaki jest wynikiem prawidłowego zastosowania reguł językowych, które w zasadzie uznaje się za znane wszystkim członkom określonej grupy językowej«. Natomiast reguły **systemowe i funkcjonalne uważa się za stosowalne następczo**»<sup>22</sup>.

Kolejnym krokiem, który powinien zostać wykonany podczas analizy art. 457 ust. 1 pkt 1 PZP, jest przeprowadzenie wykładni systemowej przepisu. Za G. Jędrejkiem wskazać

---

<sup>22</sup> M. Safjan (red.), System Prawa Prywatnego, Prawo cywilne – część ogólna, t. I, Warszawa 2012.

należy, że „w każdym przypadku konieczne jest przeprowadzenie wykładni systemowej polegającej na porównaniu analizowanego przepisu z innymi przepisami. Jak podkreślają Z. Radwański oraz A. Olejniczak, dyrektywy systemowe opierają się na założeniu, że poszczególne normy prawne stanowią składnik spójnego systemu prawnego; mają więc nie dopuścić do uznania norm wzajemnie niezgodnych”<sup>23</sup>.

W ramach wykładni systemowej przepisu należy wziąć pod uwagę inne przepisy danej ustawy, które mogą być pomocne w zrozumieniu danego przepisu, przy czym w pierwszej kolejności należy dokonać analizy przepisu przez pryzmat zasad systemu prawa zamówień publicznych<sup>24</sup>. Jedną z podstawowych zasad prawa zamówień publicznych jest zasada legalizmu, zgodnie z którą zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Z zasady tej płynie nakaz dla zamawiającego, aby wszystkie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego były prowadzone z poszanowaniem przepisów PZP. Jak wskazuje się w doktrynie: „umowa w sprawie zamówienia publicznego nie może zostać zawarta z innym podmiotem niż wykonawca, który uczestniczył w postępowaniu przeprowadzonym w prawidłowym trybie, został poddany kwalifikacji podmiotowej oraz złożył niepodlegającą odrzuceniu, najkorzystniejszą ofertę”<sup>25</sup>. Mając na uwadze wskazany w zdaniu poprzedzającym pogląd, należy uznać, że zawarcie umowy z wykonawcą, który został wybrany w wyniku postępowania obciążonego wadą, tj. z naruszeniem przepisów ustawy, będzie stanowiło naruszenie podstawowej zasady prawa zamówień publicznych, a co za tym idzie – nie powinna się ostać w obrocie prawnym. Podkreślić jednak należy, że unieważnienie umowy jest najdalej idącą konsekwencją błędów popełnionych przez zamawiających w postępowaniu, z uwagi na zasadę proporcjonalności nie powinno być stosowane w przypadku błahych i nieistotnych z punktu widzenia postępowania błędów czy niedociągnięć zamawiających. Z tak daleko idącą konsekwencją jak unieważnienie umowy spotkać się powinny wady postępowania, które mają wpływ na wynik danego postępowania, czyli wybór oferty najkorzystniejszej.

Za wadę, która ma wpływ na wynik postępowania, należy uznać takie naruszenie, które gdyby nie zostało popełnione, wybrany zostałby inny wykonawca, tj. ma wpływ na ranking wykonawców w postępowaniu<sup>26</sup>. Wzmocnieniem argumentacji przedstawionej powyżej jest treść art. 554 ust. 4 PZP, zgodnie z którym Krajowa Izba Odwoławcza, orze-

---

<sup>23</sup> G. Jędrejek, Wykładnia przepisów prawa cywilnego, Warszawa 2020.

<sup>24</sup> „Na podstawie tej charakterystycznej funkcji zasad w systemie rekonstruuje się stosowanie dyrektywy wykładni. Mogą one przybierać postać nakazu takiego interpretowania tekstu prawnego, by normy zeń dekodowane były zgodne znaczeniowo z brzmieniem zasad, albo – w wersji słabszej, o postaci negatywnej – zakazu dokonywania takiej wykładni, której efektem stałaby się norma o treści niezgodnej z treścią zasady. Obie dyrektywy należą do elementarnych składników wykładni systemowej i stanowią bezpośrednie przełożenie na poziom instrumentalny roli zasad w świetle hierarchicznej budowy systemu prawa. Waga zasad w tego typu wykładni nie sprowadza się jedynie do bycia narzędziem niezbędnym dla interpretatora. Zasady systemu stanowią bowiem także swoisty »kontekst systemowy« w wykładni systemowej i oddziałują wyraźnie na inne reguły mieszczące się w sferze tego rodzaju zachowań interpretacyjnych” – M. Kordela, Zasady prawa – studium teoretycznoprawne, Poznań 2012.

<sup>25</sup> M. Jaworska (red.), D. Grześkowiak-Strojek, J. Jarnicka, A. Matusiak, *op. cit.*

<sup>26</sup> Wyrok KIO z 28.1.2020 r., KIO 67/20;



kając o unieważnieniu umowy, uwzględnia wszystkie **istotne okoliczności**, w tym powagę naruszenia, zachowanie zamawiającego oraz konsekwencje unieważnienia umowy lub jej postanowienia. Jednym z elementów, które Izba musi wziąć pod uwagę, są istotne okoliczności, w tym powaga naruszenia, a co za tym idzie - wnioskując *a contrario*, okoliczności, które są nieistotne, nie powinny stanowić podstawy do unieważnienia umowy.

Artykuł 457 ust. 1 pkt 1 PZP wymaga interwencji ustawodawczej w celu usunięcia wątpliwości, jakie powstają na gruncie obecnego brzmienia tego przepisu. Do czasu wprowadzenia zmian w przepisie niezbędne będzie stosowanie wykładni funkcjonalnej.

Potwierdzeniem takiej wykładni art. 457 ust. 1 pkt 1 PZP są przepisy ustawy z 17.12.2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych<sup>27</sup>, w której wskazano zakres naruszeń PZP, określający podstawę do uznania, że czyn kierownika zamawiającego lub innej osoby działającej w jego imieniu stanowi delikt dyscyplinarny. Katalog deliktów dyscyplinarnych jest zamknięty, a ich analiza prowadzi do wniosku, że są to naruszenia mające wpływ na wynik postępowania, tj. wybór oferty najkorzystniejszej<sup>28</sup>.

Przepis ust. 1 pkt 1 PZP ulega pewnym ograniczeniom wynikającym z art. 457 ust. 2 PZP, zgodnie z którym „umowa nie podlega unieważnieniu, jeżeli w przypadku określonym w ust. 1 pkt 1 zamawiający miał uzasadnione podstawy, aby sądzić, że działa zgodnie z ustawą, a umowa została zawarta odpowiednio po upływie 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w Biuletynie Zamówień Publicznych albo po upływie 10 dni od dnia publikacji takiego ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej”. W przepisie zostały określone dwie przesłanki, które muszą zostać wykazane przez zamawiającego, aby uniknąć unieważnienia umowy, tj. zamawiający miał uzasadnione podstawy, żeby sądzić, że działa zgodnie z ustawą, a umowa została zawarta

---

<sup>27</sup> Dz.U. z 2021 r. poz. 289.

<sup>28</sup> Art. 17 ustawy z 17.12.2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych: „Naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest niezgodne z przepisami o zamówieniach publicznych:

- 1) opisanie przedmiotu zamówienia publicznego w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję;
- 2) ustalenie wartości zamówienia publicznego lub jego części lub konkursu, jeżeli miało wpływ na obowiązek stosowania przepisów o zamówieniach publicznych albo na zastosowanie przepisów dotyczących zamówienia publicznego o niższej wartości;
- 3) określenie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub wymaganych od wykonawców środków dowodowych w sposób niezwiązany z przedmiotem zamówienia lub nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia;
- 4) określenie kryteriów oceny ofert;
- 5) nieprzekazanie do publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub niezamieszczenie w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o zamówieniu, ogłoszenia o ustanowieniu systemu kwalifikowania wykonawców, ogłoszenia o sprostowaniu, zmianach lub dodatkowych informacjach odnośnie do takich ogłoszeń, ogłoszenia o udzieleniu zamówienia, ogłoszenia o wyniku postępowania lub ogłoszenia o wykonaniu umowy;
- 5a) niezamieszczenie specyfikacji warunków zamówienia lub opisu potrzeb i wymagań na stronie internetowej prowadzonego postępowania;
- 5b) łączenie zamówień albo dzielenie zamówienia na odrębne zamówienia publiczne skutkujące uniknięciem stosowania przepisów ustawy;
- 6) (*uchylony*)”.

po upływie 5 lub 10 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy we właściwym publikatorze<sup>29</sup>. Przepis ten będzie miał jednak zastosowanie tylko do drugiej przesłanki, zawartej w art. 457 ust. 1 pkt 1 PZP, tj. braku właściwego ogłoszenia. Ponadto w mojej ocenie umowa nie będzie podlegała unieważnieniu także w przypadku, gdy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wydany został wyrok Krajowej Izby Odwoławczej, w zgodzie z którym zamawiający wybrał najkorzystniejszą ofertę, gdyż w takim przypadku uzasadnione jest jego twierdzenie, jeżeli wykonawca nie wniósł skargi do sądu na orzeczenie Izby, że postępuje on zgodnie z prawem.

Sankcja nieważności umowy w przypadkach enumeratywnie wyliczonych w przepisie ma być gwarancją, dla innych podmiotów działających na właściwym rynku, przywrócenia właściwej konkurencji poprzez wzruszenie wadliwej czynności prawnej dokonanej przez nierzetelnego zamawiającego, który udziela zamówienia z pominięciem przepisów PZP lub naruszając je. Z roszczeniem o unieważnienie umowy wykonawcy mogą wystąpić w terminie 4 lat od dnia zawarcia umowy o zamówienie publiczne. Unieważnienie umowy o zamówienie publiczne może nastąpić w wyniku korzystania ze środków ochrony prawnej, a co za tym idzie – do unieważnienia umowy o zamówienie publiczne może dojść na wniosek wykonawcy złożony w odwołaniu do Krajowej Izby Odwoławczej (w przypadku ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy lub ogłoszenia o udzieleniu zamówienia w przypadku zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki lub ogłoszenia bez negocjacji), a w pozostałych przypadkach skardze do sądu.

Legitymację do wystąpienia z żądaniem unieważnienia umowy o zamówienie publiczne w przypadkach określonych w art. 457 ust. 1 PZP posiadają wykonawcy, którzy mieli interes w uzyskaniu zamówienia, oraz Prezes Urzędu Zamówień Publicznych. Z art. 459 PZP w wyniku nowelizacji usunięto wymóg badania istotności naruszenia. Za *M. Jaworską* wskazać należy: „W przypadkach wymienionych w art. 457 ust. 1 i art. 458 PZP Prezes UZP może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy lub zmiany umowy, jeżeli dokonanie przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisów PZP miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Przepisami PZP2020 usunięto wymóg dodatkowego ustalenia, że określona czynność lub jej zaniechanie miała lub mogła mieć wpływ na wynik postępowania. Wymóg ten był zbędny, zważywszy, że przypadki będące podstawą wystąpienia przez Prezesa UZP do sądu o unieważnienie umowy stanowią naruszenia przepisów PZP mające wpływ na wynik postępowania”<sup>30</sup>.

---

<sup>29</sup> „Jako okoliczność, w której umowa podlega unieważnieniu, wskazano w art. 457 ust. 1 pkt 1 projektu ustawy sytuację, gdy zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy udzielił zamówienia bez uprzedniego zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo bez uprzedniego przekazania ogłoszenia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej. Zmiana ta ma na celu objęcie zakresem przepisu przypadków tzw. bezpośredniego udzielenia zamówienia, tj. bez żadnego trybu przewidzianego ustawą, np. pod pretekstem, że podlega ono wyłączeniu spod ustawy lub stanowi nieistotną zmianę umowy” – uzasadnienie do ustawy, druk nr 3624.

<sup>30</sup> *M. Jaworska* (red.), *D. Grześkowiak-Strojek, J. Jarnicka, A. Matusiak, op. cit.*

Skutkiem prawnym stwierdzenia przez Krajową Izbę Odwoławczą lub przez sąd nieważności umowy jest skutek porównywalny ze skutkami nieważności bezwzględnej. W doktrynie prawa zamówień publicznych wskazuje się, że „na gruncie tradycji prawa polskiego preferować trzeba unieważnienie umowy z mocą *ex tunc* (wsteczną), przed wymagającym specjalnego przepisu unieważnieniem jedynie *ex nunc* (na przyszłość). Podobne skutki względem tego drugiego rozwiązania osiąga się w drodze przedwczesnego rozwiązania (wypowiedzenia) umowy. Wzruszalnością objęta jest na ogół cała czynność prawna, bez możliwości ubezskuteczenia wybranych jej postanowień (wyjątki przewiduje ustawa, np. art. 385 § 1 KC). Istotne znaczenie praktyczne ma zatem rozliczenie majątkowych następstw nieważnej umowy o zamówienie publiczne, która sama przez się nie wywołuje żadnych skutków prawnych, wynikają one z ustawy. Świadczenie spełnione w ramach takiej umowy musi być uznane za nienależne, ponieważ ten, kto je spełnił, nie był w ogóle zobowiązany (art. 410 KC). Jest to szczególnie przypadek bezpodstawnego wzbogacenia. Każda ze stron może żądać zwrotu tego, co świadczyła (w naturze), a gdyby nie było to możliwe, żądanie ogranicza się do zwrotu korzyści (art. 405 KC), zazwyczaj w postaci zwrotu pieniężnej równowartości bezpodstawnie spełnionego świadczenia, obliczanej według cen rynkowych w granicach rzeczywistego zubożenia drugiej strony. Żaden porządek prawny nie toleruje następstw nieważnych czynności prawnych, choćby zostały »prawidłowo« wykonane, nieważna umowa nie może w żadnym punkcie okazać się skuteczna. W preambule do dyrektywy 2007/66 podkreśla się (por. pkt 21), że bezpośrednim celem nieważności umowy jest, aby bezskuteczne prawa i obowiązki stron przestały być egzekwowane oraz wykonywane. Dla zwiększenia efektywności roszczeń zwrotnych przewidzieć można stosowne kary. Prawo krajowe powinno też określać zasady »odzyskiwania wszelkich kwot, które zostały zapłacone, jak i efektywnej restytucji, w tym pieniężnej, gdy niemożliwa jest restytucja naturalna«. Roszczenie o zwrot nienależnego świadczenia przedawnia się na zasadach ogólnych (art. 117 i n. KC). Świadczenie ma charakter niezależny już od chwili jego spełnienia»<sup>31</sup>.

Umowa o zamówienie publiczne może zostać unieważniona nie tylko w oparciu o przesłanki określone w art. 457 ust. 1 PZP, ale także w oparciu o art. 70<sup>5</sup> KC. Artykuł 70<sup>5</sup> § 1 KC stanowi, że: „Organizator oraz uczestnik aukcji albo przetargu może żądać unieważnienia zawartej umowy, jeżeli strona tej umowy, inny uczestnik lub osoba działająca w porozumieniu z nimi wpłynęła na wynik aukcji albo przetargu w sposób sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami. Jeżeli umowa została zawarta na cudzy rachunek, jej unieważnienia może żądać także ten, na czyj rachunek umowa została zawarta, lub dający zlecenie”. Zamawiający oraz wykonawcy biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mogą wystąpić do sądu z roszczeniem o unieważnienie umowy w oparciu o art. 70<sup>5</sup> § 1 KC. Podmiot zainteresowany unieważnieniem umowy

---

<sup>31</sup> R. Szostak, Cywilnoprawna odpowiedzialność zamawiającego – organizatora postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, PZP Nr 2/2008.

zobowiązany jest wykazać, że strona umowy lub inny uczestnik w porozumieniu z nią wpłynęli na wynik postępowania w sposób sprzeczny z prawem lub dobrym obyczajem. Za wyrokiem Sądu Najwyższego z 21.11.2003 r. wskazać należy, że: „Sprzeczne z prawem w rozumieniu art. 70<sup>4</sup> § 1 KC (obecnie art. 70<sup>5</sup> § 1 KC) są jedynie działania naruszające bezwzględnie obowiązujące normy prawa prywatnego lub publicznego”<sup>32</sup>. Ponadto zachowanie, o którym mowa, musi być przy tym objęte świadomością i zgodą strony.

Możliwość dochodzenia unieważnienia umowy w oparciu o art. 70<sup>5</sup> § 1 PZP wygasa z upływem miesiąca od dnia, w którym uprawniony dowiedział się o istnieniu przyczyny unieważnienia, nie później jednak niż z upływem roku od dnia zawarcia umowy.

## Egzekucja wyroku Krajowej Izby Odwoławczej

Krajowa Izba Odwoławcza, formułując sentencję orzeczenia, przesądza, czy unieważnia określone czynności zamawiającego niezgodne z PZP i czy jest ono tylko skuteczne, czy będzie podlegało także wykonaniu z zastosowaniem przymusu. Różnica pomiędzy tymi dwiema sytuacjami, z którymi wiążą się różne skutki prawne, sprowadza się przede wszystkim do określenia, czy Izba nakazuje zamawiającemu dokonanie określonej czynności lub zwrot orzeczonych kosztów (takie orzeczenie cechuje się wykonalnością), czy też jej orzeczenie nie będzie się nadawało do egzekucji (które będzie charakteryzowało się tylko skutecznością). Orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej może podlegać wykonaniu w drodze egzekucji; podstawę prawną dla tego działania stanowi art. 562 PZP, zgodnie z którym: „orzeczenia Izby, po stwierdzeniu przez sąd jego wykonalności, ma moc prawną na równi z wyrokiem sądu. Artykuł 781 § 2 KPC stosuje się odpowiednio”. Przepis ten stanowi, że orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej ma moc prawną na równi z wyrokiem sądu powszechnego i staje się wykonalne po nadaniu mu klauzuli wykonalności przez sąd właściwy. Zastosowanie w art. 562 PZP odwołania do art. 781 KPC pozwala na uznanie, że orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej jest tytułem egzekucyjnym, któremu sąd powszechny właściwości ogólnej dłużnika nadaje na wniosek strony klauzulę wykonalności. Takie uregulowanie kwestii wykonalności orzeczeń Izby w praktyce może prowadzić do wielu problemów, ponieważ egzekucja świadczeń niepieniężnych następuje poprzez nałożenie na podmiot zobowiązany grzywny, a co za tym idzie – nie przymusza zobowiązanego do wykonania konkretnego świadczenia oznaczonego w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej, co odbiega od konstrukcji prawnej, w której w wyniku odwołania zamawiający powinien zostać przymuszony do wykonania zobowiązania proceduralnego w zgodzie z jego treścią (*in natura*).

---

<sup>32</sup> Wyrok SN z 21.11.2003 r., V CK 12/03, Biul. SN Nr 4/2004.

## Roszczenia odszkodowawcze<sup>33</sup>

W preambule dyrektywy odszkodowawczej określone zostało zobowiązanie dla państw członkowskich, zgodnie z którym są one zobligowane do ukształtowania prawa krajowego w taki sposób, aby podmioty poszkodowane w wyniku naruszenia spowodowanego bezprawną decyzją zamawiającego mogły dochodzić naprawienia szkody spowodowanej bezprawnym działaniem.

W myśl przepisów dyrektywy odwoławczej państwa członkowskie zobowiązane są do wprowadzenia do procedur odwoławczych odpowiednich środków obejmujących prawo do przyznania odszkodowania podmiotom, które doznały uszczerbku w wyniku naruszenia, jakiego dopuścił się zamawiający. Redakcja art. 2 ust. 1 lit. c dyrektywy odwoławczej prowadzi do wniosku, że odszkodowanie z tytułu uszczerbku spowodowanego naruszeniem przez zamawiającego przepisów PZP przysługuje wszystkim podmiotom, które miały interes w uzyskaniu zamówienia publicznego, a co za tym idzie – przepis ten upoważnia do wystąpienia z żądaniem odwoławczym nie tylko przez wykonawcę, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, ale także przez innych wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu.

Podstawą do uznania, że zamawiający zobowiązany jest do wyrównania uszczerbku wykonawców biorących udział w danym postępowaniu, jest ziszczenie się ustawowej przesłanki odpowiedzialności, tj. szkoda powstała w związku z przyczynowym zachowaniem zamawiającego, polegającym na naruszeniu PZP lub określonych przez samego zamawiającego warunków postępowania, a także innych powinności zamawiającego jako organizatora przetargu, a co za tym idzie – także dobrych obyczajów. Przepisy polskiego prawa nie modyfikują zasad odpowiedzialności odszkodowawczej w przypadku odpowiedzialności zamawiających za błędy popełnione w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co otwiera drogę do dochodzenia odszkodowania w oparciu o ogólne reguły kodeksowe (art. 471 KC)<sup>34</sup>.

Jedną z sytuacji, w której po stronie wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego powstaje uprawnienie do żądania odszkodowania, jest unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z przyczyn leżących po stronie zamawiającego. Artykuł 261 PZP stanowi wyjątek od kodeksowych zasad odpowiedzialności odszkodowawczej, ponieważ odrywa ją od przyczyn, za jakie dłużnik (zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego) ponosi odpowiedzialność. Tak ukształtowany przepis zastrzega odpowiedzialność zamawiającego, obejmując swym zakresem wszelkie okoliczności, za które zamawiający odpowiada, a także te zdarzenia, w których nie można mu przypisać odpowiedzialności, w szczególności dzia-

---

<sup>33</sup> Rozważania nt. roszczeń odszkodowawczych mają charakter przeglądowy, w zakresie szczegółowej analizy odpowiedzialności zamawiającego za szkody wyrządzone wykonawcom w związku z postępowaniem, patrz R. Szostak, Odpowiedzialność organizatora przetargu za szkody wyrządzone konkurentom [w:] PiP Nr 10/2011, s. 46-58.

<sup>34</sup> R. Szostak, Przetarg nieograniczony..., *op. cit.*

łania osób trzecich biorących udział w przygotowaniu postępowania (pełnomocników zamawiającego), a także każde inne działania, które nie zawsze są zależne od zamawiającego (utrata finansowania). Odpowiedzialność zamawiającego nie została w przepisie ograniczona tylko do odpowiedzialności w stosunku do wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę, przepis pozwala na dochodzenie odszkodowania przez wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu. Odpowiedzialność zamawiającego z tego tytułu limitowana jest wysokością uzasadnionych kosztów związanych ze sporządzeniem oferty, których wysokość wykonawca zobowiązany jest wykazać.

Odpowiedzialność odszkodowawcza zamawiającego powstaje także w przypadku uchylania się przez niego od zawarcia umowy finalnej z wykonawcą, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą. Zamawiający w chwili zawiadomienia wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej składa oświadczenie o przyjęciu oferty wykonawcy, który ofertę najkorzystniejszą złożył. Z tą chwilą pomiędzy wybranym wykonawcą a zamawiającym dochodzi do zawarcia dwustronnie zobowiązującej umowy przedwstępnej, a co za tym idzie – zamawiający zobowiązany jest do zawarcia z tym wykonawcą umowy finalnej na warunkach określonych w dokumentacji postępowania oraz ofercie wykonawcy. Obowiązek zawarcia umowy staje się skuteczny z chwilą upływu terminów na złożenie odwołania na wybór oferty najkorzystniejszej. W przypadku gdy zamawiający uchyla się od obowiązku zawarcia umowy, wykonawcy służy roszczenie o jej zawarcie w oparciu o art. 70<sup>2</sup> § 3 w zw. z art. 70<sup>3</sup> § 3 zd. 2 KC lub ewentualnie prawo do żądania zapłaty podwójnego wadium, jeżeli takie zostało ustanowione.

W przypadku gdy wykonawca uchyla się od obowiązku zawarcia umowy lub nie wnosi zabezpieczenia należytego wykonania umowy, a w postępowaniu zostało ustanowione wadium, zamawiającemu służy prawo do zatrzymania wadium, a także zobowiązany jest do wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych złożonych ofert lub unieważnienia postępowania. W przypadku gdy w postępowaniu wadium nie zostało ustanowione, zamawiającemu przysługuje roszczenie odszkodowawcze, które jest ograniczone do ujemnego interesu umowy przedwstępnej.

W przypadku roszczeń odszkodowawczych w doktrynie prawa zamówień publicznych pojawiał się spór, czy dopuszczalne jest wystąpienie z roszczeniem odszkodowawczym przez wykonawcę w sytuacji, gdy doznał on szkody wskutek bezprawnego działania zamawiającego, bez uprzedniego orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej stwierdzającego bezprawność decyzji zamawiającego – organizatora przetargu. Kwestię tę rozstrzygnął 25.2.2021 r. Sąd Najwyższy<sup>35</sup>, wskazując w swojej uchwale, że dochodzenie naprawienia szkody przez wykonawcę, którego oferta nie została wybrana wskutek naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy z 29.1.2004 r. – Prawo zamówień publicznych<sup>36</sup>, nie wymaga uprzedniego stwierdzenia naruszenia przepisów tej ustawy prawomocnym orze-

---

<sup>35</sup> Uchwała SN z 25.2.2021 r., III CZP 16/20, Legalis.

<sup>36</sup> T. jedn.: Dz.U. z 2019 r., poz. 1843.

zeniem Krajowej Izby Odwoławczej lub prawomocnym orzeczeniem sądu wydanym po rozpoznaniu skargi na orzeczenie Izby. W uzasadnieniu uchwały Sąd Najwyższy wskazał, że w przepisach PZP brak jest uregulowania, które obligowałoby wykonawców do uzyskania prejudykatu w postaci wyroku Krajowej Izby Odwoławczej przed wystąpieniem na drogę postępowania sądowego, którego przedmiotem jest odszkodowanie. Jak wskazuje Sąd Najwyższy „uzależnienie skuteczności powództwa odszkodowawczego od wcześniejszego stwierdzenia niezgodności z prawem zachowania podmiotu ponoszącego odpowiedzialność odszkodowawczą jako rozwiązanie szczególnie ograniczające gwarantowane Konstytucją (art. 45 ust. 1) prawo do sądu rozumiane, jako prawo do wyroku sądowego, tj. prawo do uzyskania wiążącego rozstrzygnięcia danej sprawy przez sąd (por. wyroki Trybunału Konstytucyjnego: z 9.6.1998 r., K 28/97, OTK 1998/4/50; z 16.3.1999 r., SK 19/98, OTK 1999/3/36; z 27.5.2008 r., SK 57/06, OTK-A 2008/4/63) musi opierać się na jednoznacznej regulacji ustawowej (art. 31 ust. 3 Konstytucji RP)”<sup>37</sup>. Sąd Najwyższy wskazał jednak, że zaniechanie przez wykonawcę skorzystania ze środków ochrony prawnej w oparciu o przepisy PZP może nie być bez znaczenia dla postępowania przed sądem powszechnym przeciwko zamawiającemu o naprawienie szkody wywołanej niezgodnymi z przepisami ustawy czynnościami, lub zaniechania czynności do których był on zobowiązany. Kwestia ta może się okazać istotna podczas oceny przez sąd powszechny przesłanek cywilnoprawnej odpowiedzialności odszkodowawczej oraz ustalania wysokości szkody.

## Summary

### Types of appeals to the National Appeals Chamber

A faulty action by the contracting authority in a procedure can be rectified by corrective measures in the form of an appeal to the National Appeals Chamber (Article 505 of the PPL), the cancellation of the public procurement contract (Article 458 of the PPL) or damages (Article 472 of the Civil Code). If the contracting authority refuses to enter into the contract, the contractor has the right to demand that the contract be compulsorily entered into before the court, the return of double the security deposit, or damages (Article 704 § 2 sentence 2 of the Civil Code). All these measures are preventive by nature, i.e. they lead to the removal of irregularities in the procedure for awarding a public contract by repeating the action that is the subject of the appeal, obliging the contracting authority

---

<sup>37</sup> Uchwała SN z 25.2.2021 r., III CZP 16/20, Legalis.

to perform an action that it failed to perform, or leading to the cancellation of the procedure for awarding a public contract.

**Keywords:** appeal, complaint, action before a court, provisional measures, damages, possibility of concluding a contract, National Appeals Chamber



**Balbina Kacprzyk**

dyrektor Ośrodka Kosztorysowania Robót Budowlanych WACETOB Sp. z o.o.

**Andrzej Warwas**

prezes Warszawskiego Centrum Postępu Techniczno-Organizacyjnego Budownictwa WACETOB Sp. z o.o.

**Andrzej Borowicz**<sup>1</sup>

doktor habilitowany nauk ekonomicznych, profesor Uniwersytetu Łódzkiego

# Aktualne problemy kosztorysowania budowlanego w systemie zamówień publicznych

## Wprowadzenie

Wejście w życie od 1.1.2021 r. nowej ustawy Prawo zamówień publicznych<sup>2</sup> dało asumpt m.in. do następującego pytania: Co dalej z kosztorysowaniem w systemie zamówień publicznych? Pytanie to jest w pełni zasadne, gdyż jakość kosztorysów, zarówno inwestorskich, jak i ofertowych, wciąż pozostawia wiele do życzenia. Nasuwa się zatem potrzeba uporządkowanego przedstawienia aktualnego stanu kosztorysowania budowlanego, w tym zwłaszcza w obszarze jurysdykcyjnym ustawy Prawo zamówień publicznych (PZP). Trzy pierwsze punkty publikacji przedstawiają w ujęciu retrospektywnym genezę aktualnych problemów. Punkt czwarty natomiast omawia oczekiwania i dezyderaty wobec zmienionej wersji odpowiedniego aktu wykonawczego do nPZP na tle pewnych zaniechań o fundamentalnym charakterze, które dają się zauważyć w tej ustawie.

## Niedokończona reforma zasad kształtowania cen w budownictwie prąźródłem aktualnych trudności

Zweryfikowania wymaga hipoteza, w myśl której aktualne problemy kosztorysowania budowlanego w Polsce, w tym w obszarze zamówień publicznych, wynikają z niedokończonej reformy systemu cenowego budownictwa w naszym kraju. Wycofując się zbyt wcześnie z działań regulacyjnych oraz reformatorskich wobec tego systemu, decydenci

<sup>1</sup> Nr ORCID: 0000-0001-9040-724X.

<sup>2</sup> Dz.U. z 2019 r. poz. 2019; dalej jako: nPZP.