

Z problematyki przedumownej odpowiedzialności odszkodowawczej w zamówieniach publicznych Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z 25.2.2021 r., III CZP 16/20

ŻANETA URBANIAK

Sąd Najwyższy w uchwale z 25.2.2021 r. rozstrzygnął bardzo ważną dla systemu zamówień publicznych kwestię, dotyczącą możliwości wystąpienia z roszczeniem odszkodowawczym w przypadku, gdy wykonawca nie skorzystał ze środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie z 29.1.2004 r. – Prawo zamówień publicznych¹.

Zarys stanu faktycznego sprawy

Sąd Apelacyjny w Warszawie na mocy postanowienia z 6.12.2019 r. przedstawił do rozstrzygnięcia przez Sąd Najwyższy pytanie prawne, „czy dochodzenie naprawienia szkody przez wykonawcę, którego oferta nie została wybrana wskutek naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy z 29.1.2004 r. – Prawo zamówień publicznych², nie wymaga uprzedniego stwierdzenia naruszenia przepisów tej ustawy prawomocnym orzeczeniem Krajowej Izby Odwoławczej lub prawomocnym orzeczeniem sądu wydanym po rozpoznaniu skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej”.

Sąd Apelacyjny zadał pytanie prawne w wyniku wniesienia przez powódkę B.K. apelacji od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie w sprawie I C 1181/17, w której Sąd Okręgowy w Warszawie oddalił powództwo.

Powódka pozwem z 13.11.2017 r. wniosła o zasądzenie odszkodowania od Skarbu Państwa – Komendanta Głównego Ochotniczych Hufców Pracy – za szkodę wyrządzoną powódce na skutek bezprawnych działań i zaniechań pozwanego w postępowaniu ¹⁵⁶ o udzielenie zamówienia publicznego. Podstawą roszczenia powódki było twierdzenie, że zamawiający wyrządził jej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego szkodę, odrzucając jej ofertę bez podstawy faktycznej i prawnej, pomimo wydania wcześniejszego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w tym postępowaniu. Powódka wniosła drugie odwołanie, jednak w wyniku twierdzeń arbitra zgłoszonych na posiedzeniu cofnęła je.

Powódka wystąpiła z roszczeniem o odszkodowanie w oparciu o art. 471 KC. Powołała się także na dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady z 11.12.2007 r. zmieniającą dyrektywę Rady 89/655/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie zamówień publicznych³, wskazując, że dyrektywa odwoławcza przewiduje dla państw członkowskich obowiązek wprowadzenia do krajowego porządku prawnego prawa do dochodzenia odszkodowania w przypadku, gdy w wyniku działania lub zaniechania zamawiającego (jego wadliwej decyzji) wykonawca doznałby uszczerbku. W przypadku gdy roszczenie odszkodowawcze powinno zostać poprzedzone uzyskaniem prejudykatu w postaci wyroku właściwego organu, winno to zostać wyrażone jednoznacznie w przepisach państwa członkowskiego.

Powódka podniosła, że wobec nieimplementowania niniejszej dyrektywy przez państwo polskie, niespełnienie warunku uzyskania stosownego prejudykatu, nie wyłącza możliwości wystąpienia przez nią o odszkodowanie na zasadach ogólnych. Dochodzona przez powódkę od pozwanego kwota stanowi sumę wydatków poniesionych w związku z jej udziałem w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz utraconych korzyści w postaci zysku, który mogła uzyskać, gdyby jej oferta została wybrana w toku tego postępowania.

Sąd I instancji oddalił powództwo, wskazując, że ZamPublU zawiera szczególną regulację dotyczącą środków ochrony prawnej, tj. ustawodawca przewidział odrębny tryb kontroli decyzji zamawiającego przez specjalnie powołany do tego organ – Krajową Izbę Odwoławczą. Dopiero od rozstrzygnięcia tego organu stronie postępowania

¹ Wyrok wydany na gruncie ustawy z 2004 r. pozostaje aktualny w sprawach rozpoznawanych w oparciu o przepisy ustawy z 11.9.2019 r. – Prawo zamówień publicznych.

² Ustawa z 29.1.2004 r. – Prawo zamówień publicznych, t. jedn.: Dz.U. z 2019 r., poz. 1843, dalej jako: ZamPublU.

³ Dalej jako: dyrektywa odwoławcza.

odwoławczego będzie przysługiwała skarga do sądu okręgowego. Należy zatem stwierdzić, że sąd powszechny nie jest władny oceniać prawidłowości decyzji podejmowanych przez zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia, czego pośrednio domagała się powódka.

Od wyroku sądu I instancji powódka wniosła apelację do Sądu Apelacyjnego w Warszawie. Podczas rozpoznawania apelacji powódki przez Sąd Apelacyjny w Warszawie powstało zagadnienie prawne, czy dochodzenie naprawienia szkody przez wykonawcę, którego oferta nie została wybrana wskutek naruszenia przez zamawiającego przepisów ZamPublU, wymaga uprzedniego stwierdzenia naruszenia przepisów tej ustawy prawomocnym orzeczeniem Krajowej Izby Odwoławczej lub prawomocnym wyrokiem sądu wydanym po rozpoznaniu skargi od orzeczenia Izby. ^[157]

Sąd Apelacyjny wskazał, że polski system zamówień publicznych został ukształtowany w związku z implementacją dyrektywy odwoławczej, w której w art. 2 ust. 6 dopuszczono swobodę dla państwa członkowskiego w ukształtowaniu procedury związanej z dochodzeniem roszczeń odszkodowawczych w przypadku wadliwych decyzji zamawiającego. Artykuł 2 ust. 6 dyrektywy odwoławczej stanowi, że: „Państwa członkowskie mogą przewidzieć, że w przypadku gdy wystąpiono z roszczeniem o odszkodowanie w związku z bezprawnie podjętą decyzją, przedmiotowa decyzja musi być uprzednio uchylona przez organ mający niezbędne uprawnienia”. Przepisy ZamPublU zawierały rozdział dotyczący środków ochrony prawnej, jednak nie dotyczył on kwestii dochodzenia odszkodowania z tytułu naruszenia przepisów przez zamawiających. Co więcej, w ZamPublU nie sformułowano wymogu uzyskania przed dochodzeniem roszczenia odszkodowawczego rozstrzygnięcia co do naruszenia przez zamawiającego przepisów prawa w formie prejudykatu (orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej lub sądu czy też wcześniejszego unieważnienia umowy o zamówienie publiczne).

Stanowisko Sądu Najwyższego

Według uchwały SN z 25.2.2021 r. dochodzenie naprawienia szkody przez wykonawcę, którego oferta nie została wybrana na skutek naruszenia przez zamawiającego ZamPublU, nie wymaga uprzedniego stwierdzenia naruszenia przepisów tejże ustawy prawomocnym orzeczeniem Krajowej Izby Odwoławczej lub prawomocnym orzeczeniem sądu wydanym po rozpoznaniu skargi na orzeczenie Izby.

Zdaniem Sądu Najwyższego sąd apelacyjny nie ustalił dostatecznie, czy wymóg uzyskania orzeczenia Izby stanowi materialnoprawną przesłankę odpowiedzialności odszkodowawczej zamawiającego, czy jest to zagadnienie tzw. czasowej niedopuszczalności drogi sądowej.

Sąd Najwyższy w pierwszej kolejności rozstrzygnął kwestię „czasowej niedopuszczalności drogi sądowej”. Wskazał, że sprawy z zakresu prawa zamówień publicznych mają charakter spraw cywilnych w rozumieniu art. 1 KPC, co potwierdza odwołanie w przepisach ZamPublU do KC. Konsekwencją takiej kwalifikacji żądania uczestnika postępowania przetargowego o odszkodowanie z tytułu naruszenia przepisów ZamPublU jest istnienie w sprawie domniemania drogi sądowej. Zgodnie bowiem z art. 2 § 1 KPC „do rozpoznawania spraw cywilnych powołane są sądy powszechne, o ile sprawy te nie należą do właściwości sądów szczególnych, oraz Sąd Najwyższy”. W § 3 tego przepisu ustawodawca wskazał, że „nie są rozpoznawane w postępowaniu sądowym sprawy cywilne, jeżeli przepisy szczególne przekazują je do właściwości innych organów”.

Unormowania ZamPublU nie zawierają przepisu, który przekazywałby sprawy z zakresu roszczeń odszkodowawczych pod kognicję Krajowej Izby Odwoławczej. Do właściwości Izby nie należy orzekanie w żadnych sprawach związanych z roszczeniami odszkodowawczymi, w tym również z tytułu szkód wyrządzonych wykonawcom przez zamawiających ^[158] w przypadku unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, o którym mowa w art. 93 ust. 4 ZamPublU. W uzasadnieniu uchwały Sąd Najwyższy podniósł, że wobec braku jednoznacznej ustawowej regulacji wyłączającej dopuszczalność drogi sądowej w przypadku roszczenia o odszkodowanie w postępowaniu cywilnym przeciwko zamawiającemu, wszczętemu przez wykonawcę, chociażby ten nie wyczerpał przysługujących mu w oparciu o ZamPublU środków ochrony prawnej, w związku z naruszeniem przez zamawiającego przepisów tej ustawy – nie ma podstaw do odrzucenia pozwu na podstawie art. 199 § 1 KPC. Wprowadzenie w drodze wykładni sądowej wymagania wyczerpania przez wykonawcę procedur określonych w przepisach ZamPublU jako warunku wystąpienia na drogę sądową postępowania sądowego o odszkodowanie przeciwko zamawiającemu stanowiłoby ograniczenie prawa do sądu, które gwarantuje obywatelom Konstytucja RP.

Zdaniem Sądu Najwyższego niedopuszczalne jest ponadto wywodzenie w drodze wykładni sądowej, w przypadku braku jednoznacznej regulacji ustawowej, zobowiązania do uzyskania prejudykatu w postaci orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej stwierdzającego naruszenie przez zamawiającego przepisów ZamPublU jako przesłanki materialnoprawnej odpowiedzialności warunkującej skuteczne dochodzenie roszczenia odszkodowawczego przeciwko zamawiającemu.

Ocena dopuszczalności drogi sądowej

Należy podzielić stanowisko i argumentację przedstawione w uchwale SN z 25.2.2021 r. W pierwszej kolejności wskazać należy, że pomimo iż uchwała została wydana w oparciu o przepisy ZamPublU, zachowuje aktualność na gruncie ustawy z 11.9.2019 r. – Prawo zamówień publicznych⁴. Przepisy ZamPublU przesądzały w sposób jednoznaczny, jakie podmioty mogą wnieść odwołanie od decyzji zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W art. 180 określony został zakres czynności, jakie mogą się stać przedmiotem postępowania odwoławczego. Żaden przepis ZamPublU nie zawierał jednoznacznej regulacji ustawowej, która oddawałaby spory związane z roszczeniami odszkodowawczymi pod kognicję Krajowej Izby Odwoławczej.

W art. 45 ust. 1 Konstytucji RP ustanowiona została zasada, że „każdy ma prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd”, w art. 31 ust. 3 zaś, że „ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw”. Literalna wykładani przepisów prowadzi do konkluzji, że każdemu ¹⁵⁹obywatelowi przysługuje prawo do sądu, które może zostać ograniczone wyłącznie w drodze właściwej ustawy. Jakiegokolwiek ograniczenie tego prawa w postaci konieczności uzyskania prejudykatu powinno zostać ustanowione w drodze ustawowej. Przykładem takich ograniczeń jest w szczególności art. 417¹ KC, który uzależnia możliwość wystąpienia z roszczeniem odszkodowawczym z tytułu wyrządzenia szkody przy wykonywaniu władzy publicznej, w tym szkody wynikłej z wydania wadliwego aktu normatywnego, prawomocnego orzeczenia lub ostatecznej decyzji oraz szkody spowodowanej zaniechaniem przy wydawaniu tych aktów, orzeczeń lub decyzji. Artykuł 417¹ KC jednoznacznie przewiduje, że podstawą do wystąpienia z roszczeniem odszkodowawczym jest uzyskanie właściwego prejudykatu, co może dopiero stanowić podstawę do roszczenia odszkodowawczego⁵.

Sprawy z zakresu zamówień publicznych stanowią sprawy cywilne w rozumieniu art. 1 KPC. 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”⁶.

Za R. Szostakiem wskazać należy: „Cywilnoprawny, a nie administracyjnoprawny charakter procedury o udzielenie zamówienia publicznego wynika stąd, że zamawiający-organizator nie działa w ramach *imperium*, lecz wyłącznie w granicach *dominium*, z pominięciem władztwa administracyjnego, na zasadzie równorzędności stron, przy poszanowaniu autonomicznej woli jednostki. W konsekwencji czynności przetargowe podlegają kwalifikacji według prawa cywilnego (art. 14 PrZamPubl), choć w niektórych krajach pozostały jeszcze pewne relikty przeszłości, zwłaszcza w postaci »zatwierdzenia« wyboru oferenta w trybie administracyjnym. Na gruncie prawa polskiego podstawą więzi przedkontraktowej są ustalone z góry przez zamawiającego warunki zamówienia, akceptowane przez konkurentów przystępujących do przetargu. Kształtują one nie tylko wymagania ¹⁶⁰i przebieg samej procedury, lecz także postanowienia planowanej umowy, do których poszczególni konkurenci dostosowują treść swoich ofert pod rygorem ich odrzucenia. W szczególności w świetle ogólnego art. 701 § 4 KC organizator przetargu od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty według ogłoszenia (zaproszenia) są obowiązani postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, a także z warunkami przetargu. Porozumienie

⁴ Dalej jako: PrZamPubl.

⁵ Patrz m.in. Kodeks cywilny, t. I, Komentarz – art. 1–449¹⁰, pod red. K. Pietrzykowskiego: „Regulacje zawarte w art. 417¹ § 1–3 prowadzą więc do ograniczenia zakresu stosowania art. 417 w ten sposób, że nie każda niezgodność z prawem aktu normatywnego, orzeczenia lub decyzji może stanowić podstawę odpowiedzialności odszkodowawczej, lecz jedynie ta niezgodność, która została uprzednio ustalona we właściwym postępowaniu” (por. J. Kremis, W. Dubis [w:] W. Gniewek, P. Machnikowski, Komentarz KC 2017, s. 842 i n., a także w odniesieniu do art. 417¹ § 1 zob. wyr. SA w Warszawie z 9.2.2017r., I ACa 2286/15, Legalis).

⁶ K. Gajda-Roszczyńska [w:] A. Góra-Błaszczkowska (red.), Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz art. 1–729, t. I, Warszawa 2016.

proceduralne określa zatem – na podobieństwo *pacti de forma* – drogę (wymogi) prowadzącą do zawarcia umowy docelowej. Działanie przepisów ustawy ma tu jedynie wymiar uzupełniający (art. 56 KC)⁷.

W związku z tym do roszczeń odszkodowawczych powstałych na gruncie ZamPubIU zastosowanie ma art. 2 § 1 i 3 KPC. Zgodnie z art. 2 § 1 KPC do rozpoznawania spraw cywilnych powołane są sądy powszechne, jeżeli sprawa nie należy do właściwości sądów szczególnych, oraz Sąd Najwyższy.

Sądem szczególnym w rozumieniu art. 2 § 1 KPC jest Krajowa Izba Odwoławcza, co zostało potwierdzone w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego⁸, który w wyroku z 13.6.2006 r. wskazał, że zespół arbitrów (stan prawny obowiązujący w 2006 r.) jest organem quasi-sądowym, powołanym do rozstrzygania spraw z zakresu ZamPubIU, który jest w postępowaniu odwoławczym organem I instancji, od którego decyzji służy skarga do sądu okręgowego. Podobne stanowisko zajął Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, który wskazał, że „Krajowa Izba Odwoławcza, która jest organem ustanowionym na podstawie ustawy – Prawo zamówień publicznych, mającym wyłączną właściwość [161] do rozpoznawania w pierwszej instancji sporów wykonawców z instytucjami zamawiającymi, i którego funkcjonowanie regulują art. 172–198 wspomnianej ustawy, jest sądem w rozumieniu art. 267 TFUE, gdy wykonuje swoje kompetencje objęte zakresem wymienionych przepisów, co ma miejsce w ramach postępowania głównego”⁹.

Okoliczność, że Krajowa Izba Odwoławcza jest organem powołanym do rozpoznawania spraw z zakresu prawa zamówień publicznych o quasi-sądowym charakterze, nie pozostawia wątpliwości. Wskazać jednak także należy, że kognicja Izby została ograniczona do spraw, których przedmiotem są niezgodne z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjęte w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub zaniechanie czynności, do której zamawiający był zobowiązany.

Roszczenia odszkodowawcze związane z wadliwą decyzją zamawiającego nie mieszczą się w katalogu spraw oddanych pod kognicję Krajowej Izby Odwoławczej. Odpowiedzialność odszkodowawcza w doktrynie prawa cywilnego definiowana jest jako „ujemne następstwa zachowania dłużnika naruszającego więź obligacyjną, mieszczą się w ogólnym pojęciu odpowiedzialności (zob. *A. Stelmachowski*, *Zarys*, s. 210 i 212–213). Przy czym, szczególną rolę w zakresie regulowania następstw niewywiązania się dłużnika z ciężącego na nim długu albo nienależytego wypełnienia obowiązku świadczenia przyznaje się tzw. odpowiedzialności kontraktowej. To tradycyjnie używane określenie, chociaż niezbyt precyzyjne, ujmuje w sobie odpowiedzialność odszkodowawczą, której źródłem jest niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania wskutek okoliczności obciążających dłużnika (art. 471 KC). Wraz z reżimem odpowiedzialności deliktowej tworzą one zasadniczy zrąb cywilnej odpowiedzialności odszkodowawczej, nie wykluczając się wzajemnie. Wręcz przeciwnie, istnieje tu wiele punktów stycznych (zob. *J. Dąbrowa* [w:] *SPC*, t. 3, cz. 1/1981, s. 761), a art. 361–363 KC dotyczące istotnych przesłanek odpowiedzialności odszkodowawczej mają niewątpliwie zastosowanie do obu tych reżimów”¹⁰. „Podstawą do uznania, że zamawiający zobowiązany jest do wyrównania uszczerbku wykonawców biorących udział w danym postępowaniu

⁷ *R. Szostak*, Odpowiedzialność organizatora przetargu za szkody wyrządzone konkurentom [w:] *PiP* Nr 10/2011 s. 46–53.

⁸ „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 zaskarżenia 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 przyszłoby 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 sposób regulują instancyjność postępowania w sprawach sporów dotyczących protestów wobec czynności zamawiającego oraz tryb zaskarżenia wyroków zespołu arbitrów. Konstytucja w art. 78 upoważnia jednak ustawodawcę do określania trybu zaskarżenia 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 zaskarżenia rozstrzygnięć pierwszej instancji”; zob. wyrok TK z 13.6.2006 r., SK-54/04.

⁹ Por. wyrok TSUE z 13.12.2012 r., C-465/11, ECLI:EU:C:2012:801.

¹⁰ *E. Gniewek, P. Machnikowski*, Kodeks cywilny. Komentarz, Warszawa 2021.

niu, jest ziszczenie się ustawowej przesłanki odpowiedzialności, tj. szkoda powstała w związku z przyczynowym zachowaniem zamawiającego, polegającym na naruszeniu PrZamPubl 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)¹¹. W konsekwencji odpowiedzialność odszkodowawcza zamawiającego z tytułu naruszenia przepisów ZamPublU i PrZamPubl nie mieści się w katalogu spraw, w których właściwa jest Krajowa Izba Odwoławcza, a co za tym idzie ¹⁶² – w ZamPublU i PrZamPubl nie ma przepisu szczególnego, który oddawałby sprawy z tego zakresu pod kognicję Izby.

Wracając do przepisu art. 2 KPC, stwierdzić należy, że tylko w przypadku, gdy przepisy szczególne przekazują określony katalog spraw do właściwości sądów szczególnych, nie są one rozpoznawane przez sądy powszechne. Przepis art. 2 § 3 KPC reguluje kwestię czasowej niedopuszczalności drogi sądowej, co „oznacza – zależnie od jej rodzaju – konieczność albo możliwość przeprowadzenia innego postępowania przed skierowaniem sprawy na drogę sądową (drogę postępowania cywilnego). Konieczność przeprowadzenia innego postępowania, poprzedzającego postępowanie cywilne, pojawia się w przypadku czasowej niedopuszczalności drogi sądowej. Dopiero bezskuteczne wyczerpanie drogi innego postępowania otwiera przed zainteresowanym drogę sądową (zamkniętą wcześniej na czas innego postępowania). Czasowa niedopuszczalność drogi sądowej z pewnością przyczynia się do ograniczenia liczby spraw trafiających na drogę sądową, w wielu wypadkach udaje się bowiem załatwić sprawę w postępowaniu poprzedzającym postępowanie sądowe”¹².

Mając na uwadze powyższe, jeżeli ZamPublU nie przewiduje konieczności uzyskania orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej lub sądu, to nie ma podstaw prawnych do uzależnienia możliwości wystąpienia z roszczeniem odszkodowawczym od uprzedniego uzyskania takiego prejudykatu. Wskazać ponadto należy, że gdyby wola ustawodawcy było wymaganie uzyskania orzeczenia Izby przed wystąpieniem na drogę postępowania cywilnego w oparciu o naruszenie przez zamawiającego przepisów ZamPublU, wola ta powinna zostać sprecyzowana w ZamPublU w postaci jednoznacznego przepisu rangi ustawowej, którego obecna regulacja nie zawiera.

Wymogi wynikające z dyrektywy odwoławczej

Przepisy ZamPublU i PrZamPubl w zakresie środków ochrony prawnej stanowią implementację do polskiego systemu prawnego postanowień dyrektywy odwoławczej, która w art. 2 ust. 6 wskazuje, że „państwa członkowskie mogą przewidzieć, że w przypadku gdy wystąpiono z roszczeniem o odszkodowanie w związku z bezprawnie podjętą decyzją, przedmiotowa decyzja musi być uprzednio uchylona przez organ mający niezbędne uprawnienia”.

Literalna wykładnia przepisu prowadzi do wniosku, że każde z państw członkowskich ma swobodę w podjęciu decyzji, czy wprowadzi do swojego porządku prawnego konieczność uzyskania prejudykatu, który będzie warunkował możliwość wystąpienia z roszczeniem odszkodowawczym¹³. ¹⁶³

Dyrektywa odwoławcza ustanawia jedynie minimalne warunki, jakie muszą spełniać procedury odwoławcze, pozostawiając państwu członkowskiemu swobodę decyzji co do kształtu procedury odwoławczej. Stanowisko to zostało potwierdzone w orzecznictwie TSUE, który w wyroku z 7.8.2018 r. stwierdził, że art. 2 ust. 6 dyrektywy odwoławczej nie stoi na przeszkodzie, aby państwo członkowskie uzależniło skuteczność dochodzenia roszczenia odszkodowawczego od uprzedniego uzyskania decyzji komisji arbitrażowej. Wnioskując *a contrario*, jeżeli państwo członkowskie nie przewidziało takiej okoliczności, to nie ma podstaw prawnych ani faktycznych, aby wykonawca dochodzący naprawienia szkody zobowiązany był do uzyskania jakiegokolwiek prejudykatu¹⁴.

¹¹ Ż. Urbaniak, Charakter żądań odwoławczych [w:] PZP Nr 2/2021.

¹² M. Muliński [w:] A. Góra-Błaszczkowska (red.), Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz art. 1–729, t. I, Warszawa 2016.

¹³ Wyrok TSUE z 15.9.2016 r., C-439/14, Legalis.

¹⁴ „Artykuł 2 ust. 6 dyrektywy 89/665 ogranicza się zatem do ustanowienia możliwości uzależnienia przez państwa członkowskie wytoczenia powództwa o odszkodowanie od uchylecia zaskarżonej decyzji przez właściwy w tym zakresie sąd, bez podania jakichkolwiek wskazówek co do warunków lub ograniczeń, z jakimi, w razie potrzeby, wiązałyby się transpozycja lub wdrożenie tego przepisu.

Wynika stąd, jak zauważył zasadniczo rzecznik generalny w pkt 39 opinii, że państwa członkowskie dysponują swobodą w zakresie określenia warunków, w jakich przepisy krajowe transponujące art. 2 ust. 6 dyrektywy 89/665 powinny być stosowane w ich porządkach prawnych, jak i ograniczeń, wyjątków i odstępstw, z którymi, w razie potrzeby, stosowanie to może się wiązać.

Za R. Szostakiem wskazać należy: „według nowego art. 2 ust. 1 pkt c dyrektywy 89/665, państwo członkowskie powinno wprowadzić w ramach procedur odwoławczych odpowiednie środki zapewniające odszkodowanie każdemu podmiotowi, który doznał uszczerbku w wyniku naruszenia prawa przez zamawiającego. Można jednak uzależnić prawo do odszkodowania od uprzedniego zweryfikowania uchybienia zamawiającego i jego skorygowania w wyniku orzeczenia organu odwoławczego (w Polsce – Krajowej Izby Odwoławczej), a tym bardziej uzależnić odszkodowanie od uprzedniego unieważnienia umowy finalnej, o ile doszło ^[164] do jej zawarcia”¹⁵. Jednak obowiązek uzyskania wcześniejszej decyzji lub unieważnienia umowy finalnej powinny zostać określone w akcie prawnym rangi ustawowej. Brak takiej podstawy prawnej powoduje, że wykonawca nie ma obowiązku uzyskania prejudykatu.

Polski ustawodawca nie wprowadził do ZamPublU czy PrZamPubl regulacji, która nakładałaby na wykonawców obowiązek uzyskania orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej lub sądu przed wystąpieniem z roszczeniem odszkodowawczym z tytułu naruszenia przez zamawiającego przepisów ZamPublU, w wyniku czego wykonawca doznał szkody. Dlatego też nie ma podstaw prawnych, aby w drodze wykładni sądowej wprowadzić obowiązek uzyskania właściwej ostatecznej decyzji Krajowej Izby Odwoławczej lub wyroku sądu czy też unieważnienia umowy o zamówienie publiczne, które stanowiłyby podstawę do wystąpienia z roszczeniem odszkodowawczym z tytułu naruszenia ZamPublU lub PrZamPubl. Stanowisko to jest uzasadnione konstytucyjnym prawem do sądu, o którym mowa w art. 45 ust. 1 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP oraz art. 1 i 2 § 3 KPC, które nie mogą doznać ograniczenia w drodze wykładni sądowej przepisów ZamPublU i PrZamPubl. Dlatego też wykonawca może wystąpić z roszczeniem odszkodowawczym w związku z naruszeniem ZamPublU i PrZamPubl przez zamawiającego, a zaniechanie w uzyskaniu prejudykatu nie stanowi podstawy do odrzucenia pozwu w oparciu o art. 199 § 1 KPC.

Kwestia przesłanek odpowiedzialności odszkodowawczej oraz podstawy prawnej żądania odszkodowawczego będzie przedmiotem osobnej glosy, po wydaniu prawomocnego wyroku w sprawie zawisłej przed Sądem Apelacyjnym w Warszawie.

Summary

Problems of pre-contractual liability for damages in public procurement Commentary to the resolution of the Supreme Court of 25 February 2021, case file No. III CZP 16/20

In its resolution of 25 February 2021, the Supreme Court resolved a very important issue for the public procurement system concerning the possibility of claiming damages in the event that the contractor did not use the legal protection measures provided for in the Public Procurement Law of 29 January 2004. ^[165]

Prawdą jest, że – jak Trybunał orzekał wielokrotnie – do państw członkowskich należy, w przypadku określania zasad regulujących procedury odwoławcze, których celem jest zapewnienie ochrony uprawnień przyznanych przez prawo Unii kandydatom i oferentom poszkodowanym wskutek decyzji instytucji zamawiających, czuwać nad tym, by nie doszło do naruszenia ani skuteczności dyrektywy 89/665, ani praw przyznanych jednostkom przez prawo Unii (zob. podobnie wyrok z 15.9.2016 r., *Star Storage i in.*, C439/14 i C488/14, EU:C:2016:688, pkt 43, 44).

Trybunał orzekł w tym względzie, że możliwość przyznana państwom członkowskim na mocy art. 2 ust. 6 dyrektywy 89/665 nie jest nieograniczona i pozostaje uzależniona od przesłanki, aby skarga o stwierdzenie nieważności poprzedzająca jakiegokolwiek powództwo o odszkodowanie była skuteczna (zob. podobnie wyrok z dnia 26 listopada 2015 r., *MedEval*, C166/14, EU:C:2015:779, pkt 36–44). W szczególności zgodnie z art. 47 akapity pierwszy i drugi Karty praw podstawowych Unii Europejskiej (zwanej dalej »kartą«) do państw członkowskich należy zapewnienie pełnego poszanowania prawa do skutecznego środka prawnego i dostępu do bezstronnego sądu (zob. podobnie wyrok z dnia 15 września 2016 r., *Star Storage i in.*, C439/14 i C488/14, EU:C:2016:688, pkt 46).

W niniejszej sprawie należy stwierdzić, że krajowe uregulowanie proceduralne, które uzależnia możliwość dochodzenia roszczenia cywilnego, opartego na naruszeniu przepisów dotyczących zamówień publicznych lub postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, od spełnienia przesłanki, by naruszenie zostało uprzednio stwierdzone w sposób ostateczny, nie pozbawia danego oferenta prawa do skutecznego środka prawnego.

W konsekwencji na dwa pierwsze pytania sądu odsyłającego należy odpowiedzieć, że art. 2 ust. 6 dyrektywy 89/665 należy interpretować w ten sposób, że nie stoi on na przeszkodzie obowiązywaniu krajowego uregulowania proceduralnego takiego jak rozpatrywane w postępowaniu głównym, które uzależnia możliwość dochodzenia roszczenia cywilnego, opartego na naruszeniu przepisów dotyczących zamówień publicznych i postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, od spełnienia przesłanki, by komisja arbitrażowa w drodze ostatecznej decyzji lub – w ramach kontroli sądowej decyzji owej komisji arbitrażowej – sąd w drodze prawomocnego orzeczenia stwierdziły, że nastąpiło naruszenie tych przepisów”; zob. wyrok TSUE z 7.8.2019 r., C-300/17, MoP Nr 20/2018, s. 1086.

¹⁵ R. Szostak, Odpowiedzialność organizatora przetargu za szkody wyrządzone konkurentom [w:] PiP Nr 10/2011, s. 46–53.