

UCHWAŁA

Dnia 25 lutego 2021 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Marta Romańska (przewodniczący)

SSN Krzysztof Strzelczyk (sprawozdawca)

SSN Maria Szulc

w sprawie z powództwa B. K.
przeciwko Skarbowi Państwa - Komendzie Głównej (...)
o zapłatę,
po rozstrzygnięciu w Izbie Cywilnej na posiedzeniu niejawnym
w dniu 25 lutego 2021 r.,
zagadnienia prawnego przedstawionego
przez Sąd Apelacyjny w (...)
postanowieniem z dnia 6 grudnia 2019 r., sygn. akt I ACa (...),

" Czy dochodzenie naprawienia szkody przez wykonawcę, którego oferta nie została wybrana wskutek naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2019 r., poz. 1843) 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?"

podjął uchwałę:

Dochodzenie naprawienia szkody przez wykonawcę, którego oferta nie została wybrana wskutek naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2019 r., poz. 1843) 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.

UZASADNIENIE

B. K. wystąpiła przeciwko Skarbowi Państwa - Komendantowi Głównemu (...) w W. o zapłatę kwoty 107.569 złotych tytułem odszkodowania za szkodę wyrządzoną na skutek bezprawnych działań i zaniechań w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Sąd Okręgowy w W. wyrokiem z dnia 17 października 2018 r. uwzględnił powództwo. Ustalił, że w 2017 r. było prowadzone postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiocie zorganizowania i przeprowadzenia kursów zawodowych. W wyznaczonym terminie wpłynęły trzy oferty w tym oferta powódki. Komisja przetargowa najwyżej oceniła najdroższą ofertę Z. w W.. Zamawiający unieważnił postępowanie, ponieważ przeznaczył na realizację zamówienia niższą kwotę. Uwzględnił też wniesione przez powódkę odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej w W. co doprowadziło do umorzenia postępowania odwoławczego. Po unieważnieniu dotychczasowego postępowania zamawiający wezwał oferentów do złożenia dodatkowych wyjaśnień a następnie wykluczył z postępowania Centrum P. spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością i ostatecznie w dniu 20 marca 2017 r. komisja przetargowa dokonała ponownej oceny ofert przyznając powódce 75 punktów zaś Z. 76,5 punktów. W dniu 31 marca 2017 r. powódka wniosła po raz drugi odwołanie, które wkrótce cofnęła w związku z czym Krajowa Izba Odwoławcza w dniu 3 kwietnia 2017 r. umorzyła postępowanie.

Zdaniem Sądu Okręgowego, przewidziane w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych tj. Dz.U.219.1843 - dalej jako Prawo zamówień publicznych albo p.z.p.) środki pozwalają na korygowanie niezgodnych z prawem czynności zamawiającego lub zaniechanie czynności, do której zamawiający był zobowiązany. Powódka dochodząc roszczenia odszkodowawczego powinna przedstawić prejudykat w postaci orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej (KIO) lub sądu rozstrzygającego skargę na orzeczenie tego organu.

Przy rozpoznaniu apelacji powódki wniesionej od orzeczenia Sądu pierwszej instancji powstało zagadnienie prawne sformułowane w postanowieniu Sądu

Apelacyjnego w (...) z dnia 6 grudnia 2019 r. odnośnie do konieczności uprzedniego stwierdzenia naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Sąd Apelacyjny podkreślił, że polski porządek prawny prawa zamówień publicznych został ukształtowany w wykonaniu dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2007/66/WE z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającej dyrektywę Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych. W art. 2 ust. 6 dyrektywy 89/665/EWG dopuszczono możliwość ustalenia, 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 z niezbędnym zagwarantowaniem, by wszelkie ewentualne bezprawne środki podjęte przez organ odwoławczy lub wszelkie uchybienia w wykonywaniu nadanych mu uprawnień mogły być przedmiotem kontroli sądowej. Jednak w ustawie Prawo zamówień publicznych, nie zawarto rozwiązań dotyczących roszczeń odszkodowawczych. Jedynie w art. 93 ust. 4 p.z.p. przewidziano niezależną od winy odpowiedzialność za uszczerbki wywołane unieważnieniem postępowania z przyczyn leżących po stronie zamawiającego. Wobec tego niezbędne jest sięgnięcie do instrumentów cywilnoprawnych, co potwierdzają postanowienia art. 14 i 139 ust. 1 p.z.p.

Z przepisów kodeksu cywilnego trudno natomiast wyprowadzić uzasadnienie do wymagania stwierdzenia w odrębnym postępowaniu wadliwości zachowania zamawiającego. Również ustawa Prawo zamówień publicznych nie formułuje wprost wymogu uzyskania - przed dochodzeniem roszczenia odszkodowawczego - rozstrzygnięcia co do naruszenia przez zamawiającego przepisów tej ustawy.

Sąd Apelacyjny wskazał, że chociaż przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych zawiera instrumenty odwoławcze zapewniające szybką korektę uchybień popełnianych przez zamawiającego, to jednak nie eliminują wszystkich postaci szkody. Poza tym, art. 180 ust. 2 p.z.p. ogranicza dopuszczalność podważania czynności zamawiającego w sprawach o mniejszej wartości zamówienia.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego, można dostrzec argumenty na rzecz innego kierunku wykładni. Przesłanki zastosowania przewidzianych w ustawie Prawo zamówień publicznych środków ochrony prawnej zostały oznaczone obiektywnie rozumianym interesem w uzyskaniu konkretnego zamówienia, dodatkowo kwalifikowanym doznaną lub potencjalną szkodą, będącą następstwem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Jakkolwiek skorzystanie ze środków prawnych w celu wzruszenia czynności zamawiającego jest co do zasady uprawnieniem wykonawcy, to nie można zaakceptować założenia, że nie podejmuje on działań, które mogłyby zapobiec szkodzie, a następnie dochodzi odszkodowania.

Odnosząc się do kierunku rozstrzygnięcia przedstawionego zagadnienia prawnego pozwany Skarb Państwa reprezentowany przez Komendanta Głównego (...) zastępowany przez Prokuratorię Generalną Rzeczypospolitej Polskiej opowiedział się za uzależnieniem dochodzenia naprawienia szkody przez wykonawcę, którego oferta nie została wybrana na skutek naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych od uprzedniego stwierdzenia naruszenia przepisów tej ustawy prawomocnym orzeczeniem Krajowej Izby Odwoławczej lub prawomocnym orzeczeniem sądu wydanym po rozpoznaniu skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej. W uzasadnieniu tego stanowiska podniesiono, że wprowadzenie przepisów prawa krajowego nie wskazują wprost na wymóg uzyskania prejudykatu, to jednak sposób ukształtowania środków ochrony prawnej w Dziale VI ustawy Prawo zamówień publicznych i przyjęte rozwiązania systemowe wskazują na powinność uzyskania prejudykatu.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Sąd Apelacyjny w (...) przedstawiając Sądowi Najwyższemu zagadnienie prawne nie wyjaśnił, jaki wpływ na wynik sprawy ma rozstrzygnięcie tego zagadnienia, czy wymóg uzyskania orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej (lub sądu) stanowi materialnoprawną przesłankę odpowiedzialności odszkodowawczej zamawiającego, czy też jest to zagadnienie tzw. czasowej niedopuszczalności drogi sądowej. Z odpowiedzią na te pytania łączy się odmienny skutek w zakresie rodzaju rozstrzygnięcia. Argumenty Sądu Apelacyjnego odwołujące się między

innymi do treści art. 192 ust. 3 pkt 3 p.z.p. zdają się wskazywać, iż wątpliwości wiążą się z możliwością traktowania orzeczenia KIO jako prejudykatu dla „innego postępowania,” w tym procesie odszkodowawczego przeciwko zamawiającemu.

Nie mniej jednak, odnosząc się do kwestii „czasowej niedopuszczalności drogi sądowej” niezależnie od tego, czy zgodnie z dominującym w piśmiennictwie poglądem przyjąć, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego ma charakter cywilnoprawny z uwagi na nawiązanie pomiędzy zamawiającym a wykonawcami tzw. umowy przetargowej, a umowy zawierane w ramach zamówień publicznych mają charakter obligacyjny albo też gdyby odpowiedzialność zamawiającego można oprzeć na odpowiedzialności deliktowej trzeba uznać, że sprawy o odszkodowanie za naruszenie przepisów Prawa zamówień publicznych w relacjach pomiędzy zamawiającym a wykonawcą są sprawami ze stosunków z zakresu prawa cywilnego w rozumieniu art. 1 k.p.c. Potwierdzają to odesłania do kodeksu cywilnego zawarte w art. 14 i 139 p.z.p.

Konsekwencją takiej kwalifikacji żądania uczestnika postępowania przetargowego o odszkodowanie za naruszenie procedury przetargowej jest istnienie w tej sprawie domniemania drogi sądowej. Z art. 2 § 1 i 3 k.p.c. wynika, że każda sprawa cywilna w znaczeniu materialnym, o jakiej mowa w art. 1 k.p.c. - podlega rozpoznaniu przez sądy powszechne, Sąd Najwyższy lub przez sąd szczególny, chyba że przepis szczególny przekazuje ją do właściwości innych organów.

Niedopuszczalność drogi sądowej może mieć charakter stały lub czasowy w zależności od tego, czy może ustąpić, czy nie. W piśmiennictwie wyróżnia się też względną niedopuszczalność drogi sądowej którą odnosi się do sytuacji, gdy osoba uprawniona ma możliwość wyboru drogi, na której chce zrealizować swoje prawo podmiotowe, pomiędzy drogą sądową a drogą postępowania przed innym organem (zob. uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 7 lutego 2014 r., III CZP 113/13, OSNC 2014/11/114).

Czasowa niedopuszczalność drogi sądowej zachodzi wówczas, gdy istnieje przepis szczególny uzależniający wniesienie pozwu do sądu od podjęcia pewnych czynności bądź wyczerpania określonego trybu o charakterze reklamacyjnym,

mediacyjnym, administracyjnym, wewnątrzspółdzielczym (por. m.in. niepubl. postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 18 października 2002 r. V CK 252/02 , z dnia 30 marca 2011 r., III CZP 3/11, OSNC 2011/12/138). Regulacje prawne wymagające wszczęcie osobnej procedury, której wyczerpanie stanowi warunek dopuszczający wystąpienie na drogę postępowania sądowego przewidziane są w wielu obecnie obowiązujących ustawach np. art. 476 § 2, art. 842 k.p.c., czy art. 97 § 21 i art. 112 § 2 k.p., art. 78 ust. 2, 79 i 80 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami (jedn. tekst Dz.U.2020.1990), art. 107 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (jedn. tekst Dz.U.2019.2460 ze zm.), art. 151 ustawy z dnia 9 czerwca 2011 r. Prawo geologiczne i górnicze (jedn. tekst Dz.U.2020.1064), art. 186 ustawy z dnia Prawo wodne (jedn. tekst Dz.U.2020.310 ze zm.), art. 131 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r., Prawo ochrony środowiska (jedn. tekst Dz.U.2020.1219 ze zm.).

Wszystkie wymienione przepisy w sposób wyraźny warunkują możliwość wystąpienia na drogę postępowania sądowego uprzednim wyczerpaniem postępowania administracyjnego albo reklamacyjnego. Czasowej niedopuszczalności drogi sądowej jako rozwiązania wyjątkowego nie można wyklądać rozszerzająco, nie można jej domniemywać. Regulacje procesowe ustaw szczególnych muszą w tym zakresie zawierać wyraźne postanowienia (art. 2 § 3 k.p.c.).

Takiego przepisu szczególnego Prawo zamówień publicznych w zakresie roszczeń odszkodowawczych nie zawiera. Do właściwości samej Krajowej Izby Odwoławczej nie należy też orzekanie o odszkodowaniach, w tym także z tytułu szkód wyrządzonych wykonawcom przez zamawiającego w przypadku unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z przyczyn leżących po stronie zamawiającego opisanych w art. 93 ust. 4 p.z.p.

Art. 179 p.z.p., określa krąg podmiotów uprawnionych do skorzystania z przewidzianych w ustawie środków ochrony prawnej, czyli odwołania od czynności zamawiającego do Krajowej Izby Odwoławczej i skargi do sądu na orzeczenie Izby. Nie zawiera jednak żadnych postanowień dotyczących trybu dochodzenia roszczeń odszkodowawczych. Nieuzasadnione jest też poszukiwanie podstawy prawnej

czasowego wyłączenia drogi sądowej w sprawach o odszkodowanie za naruszenie procedur przewidzianych w Prawie zamówień publicznych w przepisach kodeksu postępowania cywilnego o sądzie polubownym, które zgodnie z art. 185 ust. 7 p.z.p. mają tylko odpowiednie zastosowanie i to jedynie do postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą. Wobec tego poza zakresem odesłania pozostają postanowienia art. 1165 § 1 k.p.c., które nie odnoszą się do Krajowej Izby Odwoławczej i prowadzonego przez ten organ postępowania odwoławczego.

Wobec braku jednoznacznej regulacji ustawowej wyłączającej, choćby czasowo, dopuszczalność drogi sądowej nie ma podstaw do odrzucenia pozwu na podstawie art. 199 § 1 k.p.c. o odszkodowanie przeciwko zamawiającemu wytoczonego przez wykonawcę, chociażby ten nie wykorzystał przysługujących w ustawie Prawo zamówień publicznych środków ochrony prawnej w związku z naruszeniem przez zamawiającego przepisów tej ustawy. Z drugiej strony trzeba mieć na względzie, że wyprowadzenie jedynie w drodze wykładni sądowej wymagania wyczerpania procedur przed KIO, jako warunku wystąpienia na drogę postępowania sądowego o odszkodowanie przeciwko zamawiającemu, ograniczałoby konstytucyjnie gwarantowanego wykorzystania prawa do sądu (art. 45 ust. 1 zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP).

Pogląd ten, uzasadniony na gruncie konstrukcji czasowej niedopuszczalności drogi sądowej, pozostaje aktualny także w odniesieniu do wprowadzenia w drodze wykładni sądowej, wobec braku jednoznacznej regulacji ustawowej, wymagania uzyskania przez wykonawcę prejudykatu w postaci orzeczenia KIO (lub orzeczenia sądu art. 198a p.z.p.) stwierdzającego naruszenie przez zamawiającego przepisów Prawa zamówień publicznych, jako przesłanki materialnoprawnej odpowiedzialności warunkującej skuteczne dochodzenie roszczenia odszkodowawczego przeciwko zamawiającemu.

Uzależnienie skuteczności powództwa odszkodowawczego od wcześniejszego stwierdzenia w innym postępowaniu niezgodności z prawem zachowania podmiotu ponoszącego odpowiedzialność odszkodowawczą jako rozwiązanie szczególne 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 dnia 9 czerwca 1998 r., sygn. K 28/97, OTK 1998/4/50; z dnia 16 marca 1999 r., sygn. SK 19/98, OTK 1999/3/36; z dnia 27 maja 2008 r., sygn. SK 57/06, OTK-A 2008/4/63) musi opierać się na jednoznacznej regulacji ustawowej (art. 31 ust. 3 Konstytucji RP).

Przykładem takiej regulacji jest art. 417¹ k.c., który stanowi *lex specialis* względem art. 417 k.c. i obejmuje szczególne przypadki wyrządzenia szkody przy wykonywaniu władzy publicznej, a mianowicie szkody wynikłej z wydania aktu normatywnego, prawomocnego orzeczenia albo ostatecznej decyzji oraz szkody wyrządzonej przez zaniechanie wydania tych aktów, orzeczeń albo decyzji. Przepis ten w odróżnieniu do art. 417 k.c., wprowadza wymóg uzyskania określonego w przepisach szczególnych prejudykatu, a więc orzeczenia przesądzającego o niezgodności z prawem danego zachowania władzy publicznej. Rola tego prejudykatu polega na tym, że niedopuszczalne jest przed jego wydaniem zasądzenie odszkodowania za szkodę spowodowaną deliktem władzy publicznej. W odniesieniu do szkody wynikłej z wydania aktu normatywnego niezgodnego z Konstytucją RP, ratyfikowaną umową międzynarodową lub ustawą (szkody wynikłej z bezprawia legislacyjnego) realizacja roszczenia odszkodowawczego może nastąpić dopiero po stwierdzeniu powyższej niezgodności w trybie określonym w art. 188 Konstytucji RP, który przewiduje kompetencję Trybunału Konstytucyjnego do orzekania o zgodności aktów normatywnych z aktami wyższego rzędu, oraz w art. 3 § 2 pkt 5 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (t.j. Dz.U.2019.2325), który ustanawia kompetencję sądów administracyjnych do wydawania takich orzeczeń w odniesieniu do aktów prawa miejscowego. Za prejudykaty otwierające drogę do uzyskania odszkodowania za bezprawie legislacyjne zalicza się także prawomocne akty organów nadzorczych wydawane w odniesieniu do prawa miejscowego. Ich podstawę prawną stanowią: art. 61 ustawy z 23.01.2009 r. o wojewodzie i administracji rządowej w województwie (jedn. tekst Dz.U. z 2019 r. poz. 1464), art. 91 ustawy z 8.03.1990 r. o samorządzie gminnym (jedn. tekst Dz.U. z 2020 r. 713 ze zm.), art. 79 ustawy z 5.06.1998 r. o samorządzie powiatowym (jedn. tekst Dz.U.

z 2020.920 ze zm.) oraz art. 82 ustawy z 5.06.1998 r. o samorządzie województwa (jedn. tekst Dz.U.2020.1668).

Poza tym, zgodnie z art. 417¹ § 2 k.c., naprawienia szkody wynikłej z wydania prawomocnego orzeczenia lub ostatecznej decyzji można żądać dopiero po stwierdzeniu we właściwym postępowaniu ich niezgodności z prawem, chyba że przepisy odrębne stanowią inaczej. Obowiązek uzyskania prejudykatu odnosi się zatem jedynie do prawomocnych orzeczeń wydawanych przez sądy i ostatecznych decyzji pochodzących od organów administracji. Szczególnym przewidzianym do tego środkiem jest skarga o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia (art. 424¹-424¹² k.p.c.).

Gdyby zatem wolą ustawodawcy było wprowadzenie podobnych ograniczeń do dochodzenia roszczeń o charakterze cywilnym opartych na naruszeniu przepisów dotyczących zamówień publicznych lub postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, to wola ta, podobnie jak w odniesieniu do wskazanych wyżej wypadków wyrządzenia szkód przy wykonywaniu władzy publicznej, powinna być wyrażona w drodze podobnego jednoznacznego przepisu szczególnego rangi ustawowej.

Przy rozstrzyganiu przedstawionego zagadnienia prawnego trzeba mieć też na względzie, że ustawa Prawo zamówień publicznych służy m.in. implementacji dyrektyw unijnych z zakresu zamówień publicznych. Art. 2 ust. 6 dyrektywy 89/665/EWG zmienionej dyrektywą 2007/66WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. stanowi: „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”.

Wykładni tego przepisu dyrektywy dokonał TS UE w wyroku z dnia 7 sierpnia 2018 r., (sygn.akt C-300/17, Hochtief AG , 27, por. także wyrok TSUE z dnia 1 lutego 2016 r., C-166/14, MedEval) w którym rozstrzygnięto pytania prejudycjalne Sądu Najwyższego Węgier zmierzające do ustalenia, czy art. 2 ust. 6 dyrektywy 89/665 należy interpretować w ten sposób, że 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 w sprawie udzielenia 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. Pytanie wiązało się z treścią art. 350 węgierskiej ustawy o zamówieniach publicznych z 2003 r., według którego: „Możliwość dochodzenia roszczenia o charakterze cywilnym opartego na naruszeniu przepisów dotyczących zamówień publicznych lub postępowań o udzielenie zamówienia publicznego jest uzależniona od spełnienia przesłanki, by komisja arbitrażowa do spraw zamówień publicznych w ostatecznej decyzji lub - w ramach kontroli sądowej decyzji komisji arbitrażowej - sąd w prawomocnym orzeczeniu stwierdziły, że nastąpiło naruszenie przepisów”.

W wymienionym wyroku TS UE przypominał, że zgodnie z art. 2 ust. 6 dyrektywy 89/665 państwa członkowskie mogą przewidzieć, iż 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. W konsekwencji z samego brzmienia tego przepisu wynika, że państwa członkowskie dysponują, co do zasady, uprawnieniem przyjęcia krajowego przepisu proceduralnego takiego jak art. 350 ustawy o zamówieniach publicznych, który uzależnia możliwość dochodzenia roszczenia cywilnego, opartego na naruszeniu przepisów dotyczących zamówień publicznych, od spełnienia przesłanki, by komisja arbitrażowa taka jak w postępowaniu głównym w drodze ostatecznej decyzji lub - w ramach kontroli sądowej decyzji wydanej przez taką komisję arbitrażową - sąd w drodze prawomocnego orzeczenia stwierdziły, że nastąpiło naruszenie tych przepisów. Trybunał podkreślił, że wielokrotnie orzekał, iż dyrektywa 89/665 ustanawia jedynie minimalne warunki, jakie muszą spełniać procedury odwoławcze ustanowione w krajowych porządkach prawnych w celu zapewnienia poszanowania prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych (zob. w szczególności wyrok z dnia 15 września 2016 r., *Star Storage i in.*, C-439/14 i C-488/14, EU:C:2016:688, pkt 42 i przytoczone tam orzecznictwo).

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, 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. Swoboda ta nie jest jednak nieograniczona i pozostaje uzależniona od przesłanki, aby skarga o stwierdzenie nieważności poprzedzająca jakiekolwiek powództwo o odszkodowanie była skuteczna. 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.*, C-439/14 i C-488/14, EU:C:2016:688, pkt 46). Oceniając w ten sposób węgierskie uregulowanie, 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, Trybunał uznał, że nie pozbawia ono danego oferenta prawa do skutecznego środka prawnego. W konsekwencji Trybunał odpowiadając na pytania prejudycjalne Sądu Najwyższego Węgier (*Kúria*) orzekł, że art. 2 ust. 6 dyrektywy 89a/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”.

Należy zauważyć, że polski ustawodawca nie zawarł w ustawie Prawo zamówień publicznych odpowiednika art. 350 węgierskiej ustawy o zamówieniach publicznych. Takie rozwiązanie, które byłoby zgodne z prawem unijnym, nie jest elementem polskiego porządku prawnego. Stanowi to, w powiązaniu ze wskazanym powyżej ograniczeniem konstytucyjnym istotny argument za brakiem wymogu, aby przed rozpoczęciem sporu o odszkodowanie uzyskać stwierdzenie naruszenia przepisów tej ustawy prawomocnym orzeczeniem Krajowej Izby Odwoławczej lub prawomocnym orzeczeniem sądu wydanym po rozpoznaniu skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej.

Konkluzja ta nie oznacza jednak, iż zaniechanie przez wykonawcę skorzystania z systemu środków ochrony prawnej z ustawy Prawo zamówień publicznych nie ma żadnego znaczenia w postępowaniu przed sądem powszechnym przeciwko zamawiającemu o naprawienie szkody wywołanej niezgodnymi z przepisami tej ustawy czynnościami podjętymi przez niego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub zaniechaniami czynności, do których zamawiający był zobowiązany. Kwestia ta może okazać się istotna w związku z oceną przesłanek cywilnoprawnej odpowiedzialności odszkodowawczej jak i ustaleniem wysokości szkody.

W związku z tą oceną warto zwrócić uwagę na wyrok niemieckiego Trybunału Federalnego z 17 września 2019 r. (sygn. X ZR 124/1823), w którym dopuszczono możliwość dochodzenia odszkodowania za wadliwe zastosowanie przepisów o zamówieniach publicznych bez uprzedniego podniesienia zarzutu naruszenia przepisów o zamówieniach publicznych w postępowaniu kontrolnym. Rozstrzygnięcie takie zapadło, mimo, że prawo niemieckie przewiduje w § 179 GWB³¹, związanie w procesie odszkodowawczym uprzednim rozstrzygnięciem zapadłym w postępowaniu odwoławczym. W wyroku podniesiono jednak, że w prawie niemieckim brak jest - dopuszczalnego z perspektywy prawa unijnego (tj. dyrektywy 89/665/EWG) - rozwiązania wykluczającego możliwość dochodzenia odszkodowania w takim przypadku. W tym samym orzeczeniu pozostawiono jako otwartą kwestię uznania braku skorzystania z drogi odwoławczej za zawinione przyczynienie się do powstania szkody.

Z tych wszystkich względów Sąd Najwyższy podjął uchwałę jak wyżej.

ke