



Sygn. akt IV CSKP 157/21

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 17 listopada 2021 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Jacek Grela (przewodniczący)

SSN Marcin Łochowski

SSN Tomasz Szanciło (sprawozdawca)

w sprawie z powództwa M. spółki jawnej w B.
przeciwko Gminie S.
o zapłatę,
po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w Izbie Cywilnej
w dniu 17 listopada 2021 r.,
skargi kasacyjnej strony powodowej
od wyroku Sądu Apelacyjnego w [...]
z dnia 17 października 2019 r., sygn. akt I ACa [...],

I. oddala skargę kasacyjną;

**II. zasądza od M. spółki jawnej w B. na rzecz Gminy S. kwotę
2.700 zł (dwa tysiące siedemset złotych) tytułem zwrotu kosztów
postępowania kasacyjnego.**

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 3 czerwca 2019 r. Sąd Okręgowy w B. zasądził od pozwanej Gminy S. (dalej: Gmina) na rzecz powoda M. sp. j. w B. (dalej: M.)

kwotę 120.434,08 zł wraz z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 11 stycznia 2017 r. do dnia zapłaty, oddalając powództwo w pozostałym zakresie i rozstrzygając o kosztach procesu.

Sąd Okręgowy ustalił następujący stan faktyczny:

Powód świadczy m.in. usługi w zakresie transportu lądowego. W latach 2012-2015, w wyniku przetargu publicznego, w sposób ciągły dowoził dzieci do szkół w Gminie S.. W dniu 9 czerwca 2016 r., wraz z upływem okresu realizacji umowy, pozwana zainicjowała postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem był przewóz uczniów w roku szkolnym 2016/2017 i 2017/2018. Wartość zamówienia ustalono na kwotę 20.833,33 zł miesięcznie, przez okres 20 miesięcy, tj. na sumę 416.666,60 zł netto (450.000 zł brutto). Warunkami udziału w postępowaniu było: 1/ posiadanie licencji lub zezwolenia na wykonywanie krajowego transportu drogowego osób; 2/ wykazanie określonej liczby lub wartości zamówień z zakresu zorganizowanego regularnego transportu osób; 3/ przedstawienie wykazu autobusów niezbędnych do wykonania zamówienia oraz odpowiedniej liczby kierowców i opiekunów, 4/ opłacenie polisy lub innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Kryterium oceny ofert stanowiły: cena za wykonanie całości zamówienia - 95% i czas podstawienia autobusu zastępczego w razie awarii - 5%. Termin składania ofert upływał w dniu 20 czerwca 2016 r. Do przetargu przystąpił powód oraz P. S.A. Dokumentacja ofertowa obejmowała formularz oraz wzory załączników o nr 1A, 1B, 1C i 1D do tego formularza.

Przygotowując dokumentację przetargową, Gmina omyłkowo pominęła w formularzu kryterium czasu podstawienia autobusu zastępczego w razie awarii, aczkolwiek obaj oferenci w swoich wnioskach, w pozycji „inne informacje wykonawcy”, samodzielnie odnieśli się do tego kryterium w ten sposób, że wskazali czas podstawienia pojazdu – P. na 30 minut, powód na czas poniżej 30 minut. Oferta P. opiewała na kwotę 51.722,22 zł netto (55.860 zł brutto) miesięcznie, zawierała błędy w obliczeniach wartości (nie odnosiła się do całego okresu wymaganego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia S.), obejmowała cenę jedynie za część usługi); po prawidłowym jej przeliczeniu okazało się, że

przekracza kwotę przewidzianą przez pozwaną w S.. Oferta powoda opiewała na kwotę 376.126,39 zł netto (406.216,50 zł brutto) łącznie, nie miała błędów, mieściła się w granicach zakreślonych S..

W dniu 20 czerwca 2016 r., przewidzianym na datę otwarcia ofert, powołując się na art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.; dalej p.z.p., ustawa z 2004 r.), pozwana unieważniła postępowanie przetargowe wskazując, że na druku „formularz ofertowy” nie było kryterium czasu podstawienia autobusu zastępczego w razie awarii (znaczenie 5%). Zawiadomienie o unieważnieniu zostało przesłane oferentom drogą mailową jeszcze tego samego dnia, natomiast kolejnego dnia przesyłką priorytetową. Po tej dacie obaj oferenci mieli możliwość zapoznania się z ofertami konkurentów, z czego skorzystali.

W dniu 21 czerwca 2016 r. pozwana ogłosiła kolejny przetarg nieograniczony na świadczenie usług przewozu uczniów do i ze szkół z terenu Gminy S., do którego ponownie przystąpili ci sami oferenci. Pismem z dnia 27 czerwca 2016 r. powód zwrócił się do pozwanej o unieważnienie czynności zamawiającego dokonanej w dniu 20 czerwca 2016 r., pismo pozostawiono jednak bez rozpoznania. Również w dniu 27 czerwca 2016 r. do pozwanej wpłynął wniosek o udostępnienie załączników do protokołu z postępowania poprzez wgląd w siedzibie zamawiającego. W dniu kolejnym, wspólnik powodowej spółki P. R. zapoznał się z treścią oferty złożonej przez P., co potwierdziła notatka służbowa pracownika Gminy.

Termin składania ofert w drugim przetargu upływał w dniu 30 czerwca 2016 r. Złożone zostały dwie oferty, z których korzystniejszą okazała się P. (P.), opiewająca na kwotę o 1.123,33 zł niższą od złożonej przez powoda, który złożył identyczną ofertę, jak za pierwszym razem. Formularz ofertowy został wzbogacony o pkt 2 „Czas podstawienia autobusu zastępczego w razie awarii”, który obaj oferenci wypełnili, wskazując tę samą wartość czasową (30 minut). W konsekwencji, do realizacji usług wybrano P. z uzasadnieniem zgodności oferty z S. oraz najkorzystniejszej ceny. Zawiadomienie o wyborze przesłano stronom postępowania przetargowego w dniu 24 sierpnia 2016 r. drogą mailową.

Pismem z dnia 4 lipca 2016 r. powód zwrócił się do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (UZP) z wnioskiem o przeprowadzenie kontroli postępowania przetargowego. W odpowiedzi, w dniu 17 sierpnia 2016 r., Dyrektor Departamentu Kontroli Doraźnej UZP poinformował, że wskutek podjętych czynności stwierdzono nieuzasadnione unieważnienie przetargu na usługi przewozu uczniów – działanie zamawiającego z naruszeniem art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy p.z.p., zaś wskazane okoliczności faktyczne oraz podstawa prawna unieważnienia postępowania nie kwalifikują się do sytuacji objętych normą art. 146 p.z.p. Wobec tego powód podtrzymał swoją ofertę o kolejne 90 dni i wezwał pozwaną do zawarcia umowy zgodnie z pierwszym, wygranym przetargiem, a w dniu 15 grudnia 2016 r. wystosował wezwanie do zapłaty z tytułu szkody poniesionej wskutek niezawarcia umowy, ale bezskutecznie. Pozwana poddała się natomiast samokontroli UZP, zakończonej skierowaniem do Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych stosownego wniosku o ukaranie. Nieprawomocnym orzeczeniem z dnia 9 maja 2019 r. Wójt Gminy S. został upomniany za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w związku z unieważnieniem przetargu w sposób niezgodny z prawem.

Przed Sądem Rejonowym w B., prowadzone było postępowanie sygn. akt I Co [...] z wniosku powódki o zavezwanie pozwanej do próby ugodowej, które ostatecznie nie przyniosło pożądanego rezultatu.

Na podstawie tak ustalonego stanu faktycznego Sąd Okręgowy uznał powództwo za usprawiedliwione co do zasady. Podkreślił, że powołana przez zamawiającego okoliczność w postaci braku w formularzu ofertowym zapisu dotyczącego kryterium czasu podstawienia autobusu zastępczego w razie awarii nie mogła być podstawą do unieważnienia przetargu. W związku z tym pozwana naruszyła art. 97 ust. 1 pkt 7 p.z.p., co potwierdziło wystąpienie Dyrektora Departamentu Kontroli Doraźnej UZP oraz treść zeznań Wójta Gminy, który powołał się na otrzymane upomnienie za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w związku z unieważnieniem przetargu, niezgodnie z obowiązującymi przepisami. Takie działania pozwanej spowodowały, w ocenie Sądu Okręgowego, zachwianie kondycji finansowej powoda, albowiem brak dochodu, na który liczył, podchodząc do przedmiotowego przetargu, spowodował duże trudności przy

realizacji zaciągniętych zobowiązań na rozwój działalności oraz niemożliwość podejmowania czynności w celu dalszego rozwoju. Sąd I instancji przyjął przy tym, że podstawę prawną roszczeń powoda stanowi art. 415 k.c., gdyż M. został pozbawiony realizacji przedmiotu zamówienia i poniósł szkodę w postaci utraconych korzyści. Działanie Gminy było przy tym zawinione i stanowiło przyczynę powstania szkody w majątku powód. Przetarg został unieważniony niezgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, zaś powód mógł zakładać, że jego oferta zostanie wybrana, jako że była zdecydowanie korzystniejsza aniżeli drugiego oferenta.

Oceniając wysokość dochodu utraconego przez powoda, Sąd Okręgowy oparł się na opinii biegłego sądowego, przyjmując, że wyniósł on 120.434,08 zł.

W wyniku apelacji wniesionej przez pozwaną, wyrokiem z dnia 17 października 2019 r., Sąd Apelacyjny w [...] zmienił wyrok Sądu Okręgowego i oddalił powództwo, orzekając o kosztach procesu za obie instancje.

W pierwszej kolejności Sąd II instancji zważył, że pomiędzy ustawą - Prawo zamówień publicznych a kodeksem cywilnym zachodzi relacja *lex specialis*, a więc niektóre regulacje w ustawie modyfikują rozwiązania kodeksowe lub regulują je samodzielnie. Oznacza to, że w pierwszej kolejności należy poszukiwać odpowiedzialności zamawiającego w ustawie - Prawo zamówień publicznych. Takim przepisem jest art. 93 p.z.p., w którym uregulowano wyczerpująco kwestie związane z unieważnieniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym odpowiedzialność zamawiającego w przypadku nieważnienia postępowania z przyczyn leżących po stronie zamawiającego. Uregulowana w art. 93 ust. 4 p.z.p. odpowiedzialność zamawiającego za unieważnienie postępowania o zamówienie publiczne stanowi reżim samodzielny, szczególny i wyłącza stosowanie ogólnych zasad odpowiedzialności wynikających z kodeksu cywilnego. Sąd II instancji podkreślił, że chociaż nie zachodziła przesłanka unieważnienia przetargu z art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p., to pozostaje to bez znaczenia dla rozstrzygnięcia, gdyż w art. 93 ust. 4 p.z.p. kompleksowo uregulowano odpowiedzialność zamawiającego w każdym przypadku, gdy unieważniono postępowanie z przyczyn leżących po jego stronie, niezależnie od tego, czy unieważnienie przetargu nastąpiło z winy zamawiającego, czy bez jego winy i czy było uzasadnione.

Zakres obowiązku odszkodowawczego ustawodawca ograniczył do zwrotu uzasadnionych kosztów uczestnictwa w postępowaniu, w szczególności kosztów przygotowania oferty.

W konsekwencji, zdaniem Sądu Apelacyjnego, powód mógł dochodzić odszkodowania tylko na podstawie art. 93 ust. 4 p.z.p. Nawet uznając, że w odszkodowaniu, o którym mowa w tym przepisie, mieszczą się utracone korzyści (wobec braku regulacji i odmiennej zasady wynikającej z ustawy - Prawo zamówień publicznych, do szkody określonej w art. 93 ust. 4 p.z.p. należałoby stosować ogólną zasadę z art. 361 k.c. w zw. z art. 14 ust. 1 p.z.p.), to brak jest podstaw do dochodzenia korzyści, które uczestnik postępowania uzyskałby, gdyby zawarto z nim umowę. Ustalenie zakresu szkody na gruncie tego przepisu (podobnie, jak przy art. 390 § 1 k.c.) powinno bowiem nastąpić przez porównanie stanu majątku poszkodowanego, powstałego na skutek podjęcia udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, z hipotetycznym stanem majątku, jaki istniałby, gdyby w ogóle nie przystępował do tego postępowania. Ustawodawca tylko przykładowo, w ocenie Sądu Apelacyjnego, wskazuje tu koszty przygotowania oferty. Do takich kosztów zalicza się też przykładowo koszty zakupu S., uzyskania niezbędnych zaświadczeń czy dokumentów, koszty gwarancji wadialnej itp. To odszkodowanie nie może jednak obejmować nieuzyskanych korzyści, na które powód mógłby liczyć, gdyby doszło do udzielenia jemu zamówienia publicznego i zawarcia umowy.

Skargę kasacyjną od powyższego wyroku w całości wniósł powód, zarzucając:

1) naruszenie przepisów postępowania mające istotny wpływ na treść orzeczenia:

a) art. 233 § 1 k.p.c. przez niedokonanie wszechstronnej i miarodajnej oceny materiału dowodowego w sprawie, przejawiające się w pominięciu dowodu w postaci zeznań Wójta Gminy i dowodu z dokumentu w postaci pisma Dyrektora Departamentu Kontroli Doraźnej UZP z dnia 17 sierpnia 2016 r., co miało istotny wpływ na wynik sprawy, gdyż uwzględnienie tych dowodów i ich prawidłowa ocena pozwalały na wyprowadzenie wniosku, że brak było przyczyn pozwalających na unieważnienie przetargu, a tym samym dyspozycja art. 93 ust. 4 p.z.p.

w zakresie, w jakim odnosi się do konieczności istnienia przyczyn unieważnienia postępowania, nie została wypełniona i przepis ten nie znajdował zastosowania, a w konsekwencji, że powinny znaleźć zastosowanie przepisy kodeksu cywilnego;

b) art. 327¹ § 1 pkt 1 k.p.c. przez niewyjaśnienie w sposób należyty w uzasadnieniu wyroku, co miało istotny wpływ na wynik sprawy, gdyż orzeczenie nie poddaje się w tym zakresie kontroli;

2) obrazę przepisów prawa materialnego:

a) art. 93 ust. 4 w zw. z ust. 1, 1a, 1d p.z.p. przez jego błędną wykładnię polegającą na uznaniu, że przepis ten kompleksowo reguluje odpowiedzialność zamawiającego w każdym przypadku, gdy unieważniono postępowanie z przyczyn leżących po jego stronie, niezależnie od tego, czy unieważnienie przetargu nastąpiło z winy zamawiającego, czy bez jego winy i czy było uzasadnione, w sytuacji gdy dyspozycja tego przepisu powinna być odczytywana łącznie z przesłankami pozwalającymi na unieważnienie przetargu wskazanymi w art. 93 ust. 1, 1a, 1d p.z.p., a nie interpretowana dowolnie i w oderwaniu od przyczyn uzasadniających możliwość unieważnienia przetargu, zaś w odniesieniu do stanu faktycznego zaistniałego na gruncie niniejszej sprawy przepis ten nie mógł znaleźć zastosowania, gdyż nie zaistniała jakakolwiek przyczyna uzasadniająca unieważnienie przetargu;

b) art. 93 ust. 4 w zw. z ust. 1 pkt 7 p.z.p. przez jego zastosowanie i uznanie, że powód mógł dochodzić tylko odszkodowania ograniczonego do zwrotu kosztów uczestnictwa w postępowaniu, w sytuacji gdy przepis ten dotyczy wyłącznie przypadków unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, zaś po stronie pozwanej nie zaistniała jakakolwiek, także wskazywana przez nią, przyczyna z art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p., co powoduje, że przetarg nie mógł zostać unieważniony, a art. 93 ust. 4 p.z.p. nie mógł znaleźć zastosowania, gdyż nie zaistniała jakakolwiek przyczyna uzasadniająca unieważnienie przetargu;

c) art. 93 ust. 4 w zw. z art. 14 ust. 1 p.z.p. przez jego błędną wykładnię, polegającą na uznaniu, że przepis ten kompleksowo reguluje odpowiedzialność zamawiającego i w każdym przypadku unieważnienia przez zamawiającego przetargu, chociażby bezpodstawnego, wyłącza możliwość zastosowania

w zakresie tej odpowiedzialności przepisów kodeksu cywilnego, w sytuacji gdy art. 93 ust. 4 p.z.p. nie powinien znaleźć zastosowania, gdyż nie zaistniała jakakolwiek przesłanka uzasadniająca unieważnienie przetargu, a przepis ten stanowi, że muszą istnieć przyczyny leżące po stronie zamawiającego, a w konsekwencji brak jest w przepisach p.z.p. uregulowania odnoszącego się do odpowiedzialności zamawiającego w przypadku bezpodstawnego unieważnienia przetargu, co w konsekwencji warunkuje konieczność zastosowania przepisów kodeksu cywilnego, w myśl art. 14 ust. 1 p.z.p.;

d) art. 415 w zw. z art. 361 § 2 k.c. przez ich niezastosowanie, przejawiające się w uznaniu, że norma art. 93 ust. 4 p.z.p. wyklucza możliwość zastosowania przepisów kodeksu cywilnego w zakresie odpowiedzialności pozwanej względem powoda, podczas gdy przepisy ustawy - Prawo zamówień publicznych nie zawierają regulacji odnoszących się do stanu faktycznego zaistniałego w sprawie, a w konsekwencji zastosowanie powinny znaleźć przepisy kodeksu cywilnego.

Powołując się na powyższe zarzuty, skarżący wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy Sądowi Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania i rozstrzygnięcia o kosztach procesu.

W odpowiedzi na skargę kasacyjną pozwana wniosła o jej oddalenie i zasądzenie kosztów postępowania skargowego.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Skarga kasacyjna, jako niezasadna, podlegała oddaleniu.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do zarzutów naruszenia prawa procesowego, należy wskazać, że w aktualnym stanie prawnym art. 233 § 1 k.p.c. nie może stanowić skutecznej podstawy kasacyjnej. W ramach kontroli kasacyjnej Sąd Najwyższy nie kontroluje bowiem samej oceny dowodów, a jedynie jej legalność. Skarżący może zatem zakwestionować sposób zebrania materiału dowodowego z naruszeniem przepisów regulujących postępowanie dowodowe; w takim wypadku jego obowiązkiem jest przytoczenie tych przepisów i wyjaśnienie, jaki wpływ na treść rozstrzygnięcia to naruszenia miało. Zgodnie bowiem z art. 398³ § 3 k.p.c. podstawą skargi kasacyjnej nie mogą być zarzuty dotyczące ustalenia

faktów lub oceny dowodów, a Sąd Najwyższy jest związany ustaleniami faktycznymi stanowiącymi podstawę zaskarżonego orzeczenia (art. 398¹³ § 2 *in fine* k.p.c.). Tak więc wszelkie zarzuty dotyczące oceny materiału dowodowego nie miały jakichkolwiek podstaw prawnych.

Jeżeli chodzi natomiast o art. 327¹ § 1 pkt 1 k.p.c., to zarzut został nieprawidłowo skonstruowany, gdyż ten przepis dotyczy uzasadnienia wyroku sądu I instancji, zaś do uzasadnienia sądu II instancji odnosi się art. 387 § 2¹ k.p.c. Niezależnie od tego należy jednak podkreślić, że zgodnie z art. 398³ § 1 pkt 2 k.p.c. zarzut naruszenia przepisów postępowania tylko wtedy jest skuteczny, kiedy to uchybienie mogło mieć istotny wpływ na wynik sprawy, co z reguły nie jest możliwe w przypadku błędów uzasadnienia wyroku, które jest sporządzane już po wydaniu orzeczenia, a więc jego wadliwe sporządzenie nie może mieć wpływu na treść orzeczenia. Jedynie w przypadku takich uchybień w sporządzeniu uzasadnienia wyroku, które uniemożliwiają sądowi wyższej instancji kontrolę, czy prawo materialne i procesowe zostały prawidłowo zastosowane, zarzut naruszenia omawianego przepisu może okazać się skuteczny (zob. np. wyroki SN z dnia: 18 marca 2003 r., IV CKN 1862/00, niepubl.; 28 lutego 2006 r., III CSK 149/05, niepubl.; 3 października 2012 r., II PK 64/12, niepubl.; 4 października 2012 r., I CSK 632/11, niepubl.). Ten pogląd, wyrażony na tle art. 328 § 2 w zw. z art. 391 § 1 k.p.c., w brzmieniu sprzed dnia 7 listopada 2019 r., zachowuje aktualność na tle aktualnych przepisów regulujących uzasadnienie wyroków sądów obu instancji. Taka sytuacja nie występuje jednak w rozpoznawanej sprawie, gdyż uzasadnienie wyroku Sądu II instancji zawiera wszystkie niezbędne elementy konstrukcyjne przewidziane w powołanych przepisach, a przedstawione motywy i argumenty pozwalają prześledzić i ocenić stanowisko tego Sądu. W szczególności została wskazana podstawa faktyczna rozstrzygnięcia, która nota bene nie była sporna, albowiem problem sprowadzał się do prawnej oceny zaistniałych zdarzeń, w tym możliwości zastosowania przepisów kodeksu cywilnego. Natomiast okoliczność, że skarżący nie zgadza się z wywodami Sądu Apelacyjnego, nie może stanowić podstawy takiego zarzutu.

W związku z tym podstawowe znaczenie miały zarzuty prawa materialnego dotyczące wzajemnej relacji przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych i kodeksu cywilnego, jeżeli chodzi o odpowiedzialność zamawiającego z tytułu bezpodstawnego unieważnienia przetargu.

Przyczyny unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego były wyszczególnione w art. 93 ust. 1-1d p.z.p. (podobne przyczyny zostały wymienione w art. 255-259 aktualnie obowiązującej ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych; t.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.). Bezsporne przy tym było, że nie zaszła okoliczność, na którą powołała się pozwana, unieważniając pierwszy przetarg, a mianowicie, że postępowanie było obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p.; aktualnie art. 255 ust. 1 pkt 6 ustawy z 2019 r.). Zdaniem skarżącego ten fakt uniemożliwiał zastosowanie art. 94 ust. 4 p.z.p. (aktualnie art. 261 ustawy z 2019 r.), zgodnie z którym w przypadku unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, wykonawcom, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, przysługiwało roszczenie o zwrot uzasadnionych kosztów uczestnictwa w postępowaniu, w szczególności kosztów przygotowania oferty.

Z ustawy - Prawo zamówień publicznych, zarówno tej z 2004 r., jak i z 2019 r., nie wynika wprost, w jakich okolicznościach dochodzi do unieważnienia przetargu z przyczyn leżących po stronie zamawiającego. W przepisach zawarto jedynie egzemplifikację okoliczności, w jakich może dojść do unieważnienia zamówienia publicznego, przy czym klauzule są na tyle ogólne (jak ta zawarta w art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p.), że można przyjąć, że chodzi tu o wszelkie okoliczności spowodowane przez zamawiającego, bez względu na to, czy leżały one po jego stronie, czy były od niego całkowicie niezależne. Mogą to być więc działania (zaniechania) samego zamawiającego, czy jego pełnomocników, ale również okoliczności, na które zamawiający nie miał żadnego wpływu (niezależne od niego). Z wyszczególnionych w ustawie z 2004 r. okoliczności - jako niezależne od zamawiającego – można wskazać na te wymienione w art. 93 ust. 1 pkt 1 i 5

p.z.p. Jeżeli natomiast doszło do unieważnienia zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p. (art. 255 ust. 1 pkt 6 ustawy z 2019 r.), to zwykle mamy do czynienia z przyczyną leżącą po stronie zamawiającego (i tak właśnie było w niniejszej sprawie, jak słusznie przyjął Sąd Apelacyjny).

Katalog przesłanek unieważnienia zamówienia publicznego w ustawie - Prawo zamówień publicznych (art. 93 ust. 4 ustawy z 2004 r.; art. 255 i n. ustawy z 2019 r.) jest zamknięty i nie może być traktowany rozszerzająco. W konsekwencji, zamawiający nie może unieważnić postępowania powołując się na jakąś inną przyczynę (niewymienioną w ustawie) lub w ogóle bez podania przyczyny. Co jednak istotne, dla oceny roszczeń opartych na art. 93 ust. 4 ustawy z 2004 r. (art. 261 ustawy z 2019 r.) istotne jest ustalenie, czy przyczyna unieważnienia zamówienia publicznego należy do kategorii przyczyn leżących po stronie zamawiającego, a więc czy miał on wpływ na jej powstanie, czy też przyczyna była od niego niezależna. Odpowiedzialność oparta na art. 93 ust. 4 ustawy z 2004 r. (art. 255 i n. ustawy z 2019 r.) związana jest wyłącznie ze zdarzeniem w postaci bezpodstawnego unieważnienia przez zamawiającego przetargu na zamówienie publiczne.

Wbrew wywodom zawartym w skardze kasacyjnej, odpowiedzialność oparta na powyższym przepisie dotyczy każdej sytuacji, w której do unieważnienia zamówienia publicznego dochodzi z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, bez względu na to, czy powoła się on na taką okoliczność wymienioną w ustawie - Prawo zamówień publicznych i czy ona faktycznie zaistniała (a więc w tym przypadku bez względu na to, czy postępowanie było faktycznie obciążone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego). Artykuł 93 ust. 4 ustawy z 2004 r. (art. 261 ustawy z 2019 r.) został bowiem powiązany z pozostałymi przepisami prawa zamówień publicznych, a więc należy każdorazowo badać, czy zaszła któraś z przesłanek unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i czy leżała ona po stronie zamawiającego. Jeżeli konkretna okoliczność faktycznie zaistniała z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, ponosi on odpowiedzialność na podstawie wskazanego przepisu.

Taką samą odpowiedzialność zamawiający ponosi w sytuacji, gdy powoła się na określoną przyczynę, która w realiach sprawy nie zaistniała, albowiem - niewątpliwie - występuje wówczas „przyczyna leżąca po stronie zamawiającego”, o której mowa w art. 93 ust. 4 ustawy z 2004 r. (art. 255 i n. ustawy z 2019 r.). W tym przepisie nie wyróżniono bowiem tych dwóch sytuacji; istotne jest wyłącznie, czy zamawiający będzie w stanie wykazać, że konkretna przyczyna unieważnienia postępowania o zamówienie publiczne nie leżała po jego stronie, będąc jedną z przyczyn wymienionych w ustawie. Przy czym odpowiedzialność na podstawie wskazanego przepisu jest odpowiedzialnością na zasadzie ryzyka, a więc dochodzenie roszczeń nie wymaga wykazania winy zamawiającego, aczkolwiek chodzi tu głównie o sytuacje, w których zamawiający ponosi cywilistyczną winę w unieważnieniu postępowania. Przyczyna leżąca po stronie zamawiającego nie musi być jednak związana z winą zamawiającego. Unieważniając przetarg (postępowanie o udzielenie zamówienia), zamawiający ma obowiązek wykazać, że zaistniała konkretna przyczyna takiego działania i że nie można jej zakwalifikować jako leżącą po jego stronie.

Sąd Apelacyjny prawidłowo wskazał, że nie doszło do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia z przyczyny wskazanej w art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p., a winę za jego unieważnienie ponosi wyłącznie zamawiający, co uprawniałoby do zastosowania art. 94 ust. 4 p.z.p. Przepisy kodeksu cywilnego stosuje się w sprawach zamówień publicznych jedynie wówczas, gdy przepisy ustawy - Prawo zamówień publicznych nie stanowią inaczej, np. do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia (art. 14 ust. 1 ustawy z 2004 r.; art. 8 ust. 1 ustawy z 2019 r.). W związku z tym należy wskazać na art. 361 § 2 k.c., który statuuje - jako zasadę w prawie polskim - pełną kompensację powstałej szkody, w ramach *damnum emergens* i *lucrum cessans*. Jednocześnie jednak w tym przepisie wprost wskazano, że wyjątki od tej zasady mogą wynikać z przepisu ustawy lub postanowienia umowy. Ustawodawca przewidział takie wyjątki, dopuszczając naprawienie szkody m.in. w ramach tzw. ujemnego interesu umowy. Tym terminem określa się szkodę, która powstaje w wyniku podjęcia czynności zmierzających do zawarcia umowy, ale które nie doprowadzają do jej zawarcia

z przyczyn leżących po drugiej stronie (np. art. 72 § 2, art. 387 § 2, art. 390 § 1, art. 391 k.c.). Zakres odszkodowania należnego uprawnionemu określają w tym przypadku poniesione przez niego wydatki i nakłady niezbędne do zawarcia umowy, a wyłączone są te, które pozostają w związku z realizacją samej umowy. Roszczenie odszkodowawcze nie obejmuje szkód innych niż pozostających w normalnym związku z jego przekonaniem, że dojdzie do zawarcia umowy (wyrok SN z dnia 20 marca 2002 r., V CKN 948/00, OSP 2003, nr 1, poz. 6). Wychodzi się bowiem z założenia, że nie każde negocjacje kończą się zawarciem umowy. W konsekwencji, odszkodowanie w granicach ujemnego interesu umowy nie obejmuje zysków, jakie przynieść mogło zawarcie i wykonanie negocjowanej umowy. Jako wyjątek od ograniczenia obowiązku naprawienia szkody w ramach ujemnego interesu umowy do szkody będącej *damnum emergens* wskazuje się sytuację, w której nielojalne zachowanie w trakcie procesu negocjowania umowy wyłączyło możliwość zawarcia umowy z innym podmiotem.

Analogicznie skonstruowany został art. 94 ust. 4 ustawy z 2004 r. (art. 261 ustawy z 2019 r.), albowiem ograniczono w nim odpowiedzialność odszkodowawczą zamawiającego do roszczenia o zwrot uzasadnionych kosztów uczestnictwa w tym postępowaniu, w szczególności kosztów przygotowania oferty. Jak wskazano, taka konstrukcja została dopuszczona w art. 361 § 2 k.c., stanowiąc wyjątek od zasady pełnej kompensacji szkody. Wbrew zatem wywodom zawartym w skardze kasacyjnej, nie sprzeciwia się ona założeniom odpowiedzialności odszkodowawczej podmiotu odpowiedzialnego (w tym przypadku: zamawiającego). Jest to całościowa regulacja, która powoduje, że nie mają zastosowania kodeksowe zasady naprawienia szkody. Szkoda w ramach ujemnego interesu umownego w rozumieniu art. 94 ust. 4 ustawy z 2004 r. (art. 261 ustawy z 2019 r.) obejmuje jedynie uzasadnione (niezbędne) koszty uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia, które zostało unieważnione z przyczyn leżących po stronie zamawiającego (np. koszty związane ze sporządzeniem oferty, uzyskaniem niezbędnych dokumentów i zaświadczeń, dojazdami do miejsca prowadzenia postępowania). Ich poniesienie powinien udowodnić wykonawca (art. 6 k.c.).

Reasumując, prawidłowe było stanowisko zaprezentowane przez Sąd Apelacyjny, że w art. 93 ust. 4 p.z.p. (aktualnie: art. 261 ustawy z 2019 r.) ustawodawca uregulował kompleksowo odpowiedzialność zamawiającego w każdym przypadku, gdy unieważniono postępowanie z przyczyn leżących po jego stronie, niezależnie od tego, czy unieważnienie przetargu nastąpiło z winy zamawiającego, czy bez jego winy i czy było uzasadnione. Zarzuty dotyczące prawa materialnego zawarte w skardze kasacyjnej nie mogły zatem zostać uwzględnione. W konsekwencji, wyłączone było zastosowanie art. 415 k.c. To przepisy ustawy - Prawo zamówień publicznych stanowią podstawę odpowiedzialności zamawiającego, a jedynie gdy nie zawierają one stosownej regulacji, uprawnione jest zastosowanie zasad wynikających z kodeksu cywilnego.

Mając powyższe na względzie, na podstawie art. 398¹⁴ k.p.c., orzeczono jak w punkcie I sentencji wyroku.

O kosztach postępowania kasacyjnego orzeczono na podstawie art. 98 w zw. z art. 99 k.p.c. w zw. z § 2 pkt 6 w zw. z § 10 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 3 października 2016 r. w sprawie ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego z urzędu (t.j. Dz.U. z 2019 r., poz. 68).