Ryszard Szostak

O potrzebie usprawnienia odpowiedzialności organizatora przetargu za szkody wyrządzone konkurentom ubiegającym się o zamówienie publiczne

I

Postępowanie przetargowe[1] rozgrywa się w ramach wielostronnego z założenia stosunku cywilnoprawnego o charakterze ofertowo-eliminacyjnym. Wybór oferty najkorzystniejszej połączony jest jednak z jej przyjęciem, w wyniku którego powstaje odrębny stosunek dwustronny, zmierzający do zawarcia umowy finalnej. W ramach postępowania

[1] Według Ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. nr 113/2010, poz. 759, dalej: „Pzp") podstawowym sposobem udzielenia zamówienia publicznego jest tryb przetargowy, pozostałe procedury mają zastosowanie wyjątkowe, ale ponieważ większość z nich wywodzi się z tradycyjnego przetargu pisemnego – w znacznym zakresie odzwierciedlają one przetargowe elementy konstrukcyjne. Dotyczy to zwłaszcza trybu tzw. zapytania o cenę (art. 69 Pzp) oraz trzech procedur negocjacyjno-przetargowych (por. art. 54, 60a i 61 Pzp). Od modelu przetargowego odbiega jednak, rzadko organizowany, konkurs na dzieło projektowe z wykorzystaniem publicznego przyrzeczenia nagrody (art. 110 Pzp), licytacja elektroniczna w ujęciu kodeksowej aukcji (art. 74 Pzp) i udzielenie zamówienia z wolnej ręki (art. 66 Pzp), polegające na przeprowadzeniu niewiążących negocjacji. Dlatego, nie licząc trzech ostatnich trybów, w praktyce operuje się nieco uproszczonym pojęciem „procedur przetargowych".

eliminacyjnego[2] przewiduje się dwie fazy proceduralne. W pierwszej kolejności powinna się odbyć selekcja konkurentów, z punktu widzenia ich wiarygodności, zwłaszcza zdolności do należytego wykonania zamówienia (możliwe są wykluczenia – 24 Pzp), natomiast na dalszym planie pozostają: kwalifikacja ofert przetargowych (każda sprzeczność oferty z prawem lub warunkami zamówienia uzasadnia jej odrzucenie na podstawie art. 89 Pzp) oraz wartościująca ich ocena, przeprowadzona w oparciu o zobiektywizowane kryteria umożliwiające sprawiedliwy wybór oferty najkorzystniejszej (por. art. 53 dyrektywy 2004/18/WE). Podstawą więzi przedkontraktowej są ustalone z góry przez zamawiającego warunki zamówienia, akceptowane następnie przez konkurentów przystępujących do przetargu[3]. Kształtują one nie tylko wymagania i przebieg samej procedury, ale i postanowienia planowanej umowy, do których poszczególni konkurenci dostosowują treść swoich ofert pod rygorem odrzucenia[4]. W świetle ogólnego art. 70^1 § 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 warunków przetargu. Poszczególne czynności postępowania nabierają zatem wymiaru powinnościowo-obligacyjnego. Zapadają według z góry zdeterminowanej kolejności, w określonej treści, przepisanej formie, niekiedy nawet w oznaczonym miejscu i czasie. Zamawiają-

[2] Właściwość ta nabrała szczególnego znaczenia na gruncie dyrektyw Parlamentu Europejskiego i Rady z 31 marca 2004 r., a mianowicie: 2004/18/WE w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi oraz 2004/17/WE w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz.Urz. UE L-134, 30.04.2004).

[3] Por. zwłaszcza Z. Radwański [w:] *System prawa prywatnego*, t. 2 , *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2002, s. 363, J. Rajski, *Aukcja i przetarg w ujęciu znowelizowanych przepisów kodeksu cywilnego*, „Przegląd Prawa Handlowego" 2003, nr 5, s. 8, R. Szostak, *Przetarg nieograniczony na zamówienie publiczne – zagadnienia konstrukcyjne*, Kraków 2005, s. 140 oraz M. Krajewski [w:] *System prawa prywatnego*, t. 5, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, red. E. Łętowska, Warszawa 2006, s. 794 i n.

[4] W literaturze przedmiotu ofertę przetargową rozpatruje się w kategoriach tzw. oferty wywołanej. Por. zwłaszcza A. Całus, *Prawo cywilne i handlowe państw obcych*, Warszawa 1985, s. 283, oraz M. Boratyńska, *Przetarg w prawie polskim (zagadnienia cywilistyczne)*, Warszawa 2004, s. 127.

cy-organizator powinien czuwać nad porządkiem i formalnościami prowadzonej procedury. Każdorazowo jest obowiązany do usunięcia uchybienia, a nawet zastosowania swoistej sankcji w postaci wykluczenia niesumiennego konkurenta z postępowania lub odrzucenia jego oferty. Z kolei zainteresowanym konkurentom służy możność zaczepienia wadliwej czynności organizatorskiej zamawiającego w trybie publiczno-skargowym.

Obligacyjny charakter stosunku przetargowego upraszcza wyraźnie przesłanki odpowiedzialności odszkodowawczej, zwłaszcza organizatora za naruszenie ustalonych wymagań procedowania, realizowanej w ramach reżimu kontraktowego, bardziej dogodnego dla poszkodowanego w porównaniu z reżimem deliktowym nasuwającym się w braku porozumienia przedkontraktowego[5]. Ubiegający się o zamówienie konkurenci są obowiązani przestrzegać wyznaczonych ramami porozumienia przetargowego warunków konkurencji. Dodatkowy oblig wynika jednak z zastrzeżenia powinności ustanowienia stosownego wadium, którego zaniechanie może być podważane przez pozostałych oferentów, w imię wielostronnego charakteru procedury.

Organizatorskie funkcje przypisane zamawiającemu sprawiają, że zasadniczą rolę odgrywa właśnie jego odpowiedzialność majątkowa z tytułu popełnionych uchybień proceduralnych. Wzajemne roszczenia konkurentów, a także ich odpowiedzialność za szkody wyrządzone zamawiającemu schodzi na dalszy plan, tym bardziej że zamawiający jako organizator może od razu wykluczyć z ubiegania się o zamówienie niewiarygodnego wykonawcę lub oferenta uchylającego się od wniesienia wadium (art. 26 Pzp) albo zdyskwalifikować ofertę, złożoną w warunkach nieuczciwej konkurencji lub dumpingu (art. 89 ust. 1 Pzp). Przeciwko zaś zamawiającemu ubiegający się o zamówienie wykonawca dysponuje kilkoma żądaniami, a mianowicie co do: a) skorygowania uchybienia w trybie odwoławczym (art. 179 Pzp), b) unie-

[5] Por. R. Szostak, *Przetarg na zamówienie publiczne – zagadnienia konstrukcyjne*, Kraków 2005, s. 135 i n. oraz K. Horubski, *Odpowiedzialność odszkodowawcza za naruszenie reguł udzielania zamówień publicznych*, „Przegląd Prawa Handlowego" 2008, nr 1, s. 44 i n.

ważnienia umowy finalnej zawartej w wyniku naruszenia wymagań proceduralnych (art. 146 Pzp), c) stosownego odszkodowania (art. 471 kc), a w razie uchylenia się zamawiającego od zawarcia umowy może ponadto domagać się: d) przymusowego jej zawarcia przed sądem albo podwójnego wadium bądź odszkodowania (art. 70^4 § 2 zd. 2 kc).

II

Obecnie zasadnicze znaczenie ma jednak żądanie skorygowania wadliwej czynności postępowania lub czynności zaniechanej, do której zamawiający był zobowiązany, aby ze względu na ekonomikę proceduralną dalej idące odszkodowanie, czy nawet roszczenie o unieważnienie umowy finalnej, stało się zbędne. Podstawowe żądanie korekcyjne może być dochodzone w trybie publiczno-procesowym przed Krajową Izbą Odwoławczą (KIO) na zasadach art. 184 i n. Pzp. Równorzędność stron w układzie: zamawiający – wykonawcy ubiegający się o zamówienie przesądza o tym, że sprawa jest cywilna i nie traci tego charakteru wskutek przekazania jej do właściwości organu pozasądowego[6]. Odwołanie zaś pełni rolę szczególnego środka skargowego, zapewniającego realne wykonanie zobowiązania proceduralnego przez zamawiającego-organizatora (art. 354 kc)[7]. Chodzi bowiem o żądanie prawidłowego spełnienia obowiązków przetargowych *in natura*, aby nie dopuścić do szkody po stronie konkurenta, czy też do zawarcia wadliwej umowy finalnej podlegającej unieważnieniu. Nie bez znaczenia jest też ochrona interesu publicznego, który wyraża się koniecznością sprawiedliwego rozstrzygnięcia przetargu i zawarcia niewadliwej umowy finalnej.

[6] J. Gudowski, *Komentarz do kodeksu postępowania cywilnego. Część pierwsza: postępowanie rozpoznawcze*, t. 2, Warszawa 1999, s. 12, R. Szostak, *Rozstrzyganie sporów przedumownych wynikających z uchybień popełnianych przy udzielaniu zamówień publicznych*, „Przegląd Sądowy" 2007, nr 3, s. 72 i n., K. Horubski, *Publiczno- i prywatnoprawne elementy zamówień publicznych*, „Państwo i Prawo" 2009, nr 7, s. 75 i n.

[7] O realnym zaspokajaniu roszczenia według prawa polskiego zob. F. Zoll [w:] *System prawa prywatnego*, t. 6: *Prawo zobowiązań – część ogólna. Suplement*, red. A. Olejniczak, Warszawa 2010, s. 83 i n.

Zapobiegawcza funkcja odwołania znajduje oparcie w ogólnym art. 477 § 1 kc, w świetle którego w razie zwłoki dłużnika wierzyciel może żądać, niezależnie od realnego wykonania zobowiązania, naprawienia szkody wynikłej ze zwłoki. Dlatego właśnie w przypadku uznania zarzutów odwołania, zamawiający według art. 186 ust. 2 Pzp wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności postępowania, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Podobnie uwzględniając odwołanie, Izba może nakazać zamawiającemu wykonanie zaniechanej lub powtórzenie zakwestionowanej czynności proceduralnej, a nawet jej unieważnienie – jeśli jest wadliwa (art. 192 ust. 2 Pzp).

Wymuszone w trybie odwoławczym realne wykonanie powinności przetargowych, w połączeniu z ustawowym zakazem zawarcia umowy aż do czasu rozstrzygnięcia sprawy przez KIO (art. 183 Pzp), zapobiega wprawdzie szkodom, ale ich w zupełności nie wyklucza. Stosunkowo często uchybienia wyrządzające szkodę w ogóle nie są podważane w trybie odwoławczym, zazwyczaj wskutek spóźnionego ich ujawnienia. Z drugiej strony niektóre uchybienia organizatorskie mogą wyrządzać szkodę od razu, tak że nawet bezzwłoczne ich podważenie w trybie odwoławczym nie może zapobiec uszczerbkom majątkowym, np. w wypadku udzielenia błędnej informacji, niedopuszczenia do zapoznania się z protokołem postępowania lub spóźnionego zawiadomienia o wyniku przetargu. Poza tym w razie unieważnienia postępowania z przyczyn po stronie zamawiającego, przetarg ulega zamknięciu bez względu na to, czy ktokolwiek wniósł odwołanie, natomiast wszystkim konkurentom, którzy złożyli prawidłowe oferty należy się wtedy odszkodowanie w oparciu o szczególny art. 93 ust. 4 Pzp.

III

Zaniechanie w polskim prawie odrębnej regulacji odpowiedzialności odszkodowawczej zamawiającego uzasadnia *de lege lata* zastosowanie reżimu kodeksowego, operującego przesłanką winy domniemanej

(art. 471 kc), z wyjątkiem przypadku odszkodowania z tytułu unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (art. 93 ust. 4 Pzp). W znacznym stopniu odbiega to od wymagań dyrektyw Rady: 89/665/EWG z 21 grudnia 1989 r. w sprawie procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych[8] oraz 92/13/EWG z 25 lutego 1992 r. o stosowaniu przepisów wspólnotowych w procedurach zamówień publicznych udzielanych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji[9], niedawno gruntownie zmodernizowanych dyrektywą 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 11 grudnia 2007 r. w sprawie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych[10]. W szczególności widoczny jest brak dostatecznej implementacji dyspozycji art. 2 ust. 1 pkt c dyrektywy 89/665 w ujęciu nadanym jej przez orzecznictwo ETS (por. poniżej), co najmniej w zakresie uzależnienia roszczenia odszkodowawczego od przesłanki winy. Postulować trzeba zatem rychłe uregulowanie tej odpowiedzialności na zasadzie ryzyka, w zgodzie z wymaganiami europejskimi, bezpośrednio w prawie zamówień publicznych[11], bez żadnych wyłączeń[12], najlepiej na wzór unormowania z art. 93 ust. 4 Pzp.

Także odpowiedzialność zamawiającego z tytułu uchylenia się od obowiązku zawarcia umowy finalnej (odszkodowawcza lub wadialna) konsekwentnie powinno się uwolnić od przesłanki winy, skoro postę-

[8] Dz.Urz., L-395 z 30.12.1989, s. 33 ze zm.

[9] Dz.Urz., L-76 z 23.03.1992, s. 14 ze zm.

[10] Dz.Urz., L-335 z 20.12.2007, s. 31.

[11] W myśl § 126 niemieckiej Gesetz gegen Wettbewerbsbeschrankungen (BGBl. I. 2005, nr 44, s. 2114) niezależne od winy roszczenie odszkodowawcze z tytułu nadużycia zaufania (w rozumieniu § 242 i 3112 BGB) przysługuje w związku z naruszeniem prawa przez zamawiającego wyłącznie temu wykonawcy, który miał realną szansę na otrzymanie przybicia, jakiej został pozbawiony w wyniku uchybienia popełnionego przez zamawiającego. Odszkodowanie ogranicza się do zwrotu kosztów przygotowania oferty lub uczestnictwa w postępowaniu. Nie wyklucza to dochodzenia innych roszczeń odszkodowawczych na zasadach ogólnych.

[12] Trudno zgodzić się, z wyrażanym niekiedy w praktyce, poglądem wskazującym na potrzebę przyznania roszczeń odszkodowawczych jedynie wykonawcom, którzy skorzystali w terminie z odwołania zmierzającego do usunięcia in natura szkodliwego uchybienia popełnionego przez zamawiającego-organizatora przetargu.

powanie o udzielenie zamówienia ulega zamknięciu dopiero z chwilą podpisania umowy. W świetle art. 93 ust. 4 Pzp zamawiający odpowiada za szkodę wyrządzoną konkurentom z jakichkolwiek przyczyn leżących po jego stronie, do których zalicza się zdarzenia od niego zależne (zawinione i niezawinione), jak i zależne od jego pomocników (pracowników), a nawet zdarzenia od niego bezpośrednio niezależne, byleby związane były z jego działalnością, np. utratę pokrycia finansowego wskutek cofnięcia promesy dotacyjnej.

Uogólnienia wymaga ponadto przesłanka tzw. normatywnego związku przyczynowego, obecnie uwzględniana jedynie w ramach następstw unieważnienia postępowania z przyczyn leżących po stronie zamawiającego. Chodzi o oderwanie odpowiedzialności odszkodowawczej zamawiającego od nieznanej dyrektywom europejskim zasady przyczynowości adekwatnej, aby naprawienia szkody mógł żądać nie tylko ten, kto miał rzeczywistą szansę na uzyskanie zamówienia, lecz także i ten, kto w ogóle pozbawiony był takiej szansy, a koszty uczestnictwa w przetargu i tak poniósłby nadaremnie, nawet gdyby zamawiający prawidłowo prowadził postępowanie. Związek normatywny dopuszcza się wyjątkowo, gdy ustawa łączy obowiązek naprawienia szkody wprost z określonym zdarzeniem, bez względu na towarzyszące temu okoliczności, jak np. w ramach odpowiedzialności prowadzącego hotel (art. 846 § 1 kc)[13].

Wobec zaś nadal niejasnego stanowiska prawa i orzecznictwa europejskiego w odniesieniu do zakresu odszkodowania obciążającego zamawiającego, za dopuszczalne w zasadzie uznać należy jego zamknięcie w granicach ujemnego interesu umowy[14], podobnie jak w niemieckim

[13] Por. o tym A. Koch, *Związek przyczynowy jako podstawa odpowiedzialności odszkodowawczej w prawie polskim*, Warszawa 1975, s. 72 i n., T. Dybowski, *System prawa cywilnego*, t. III/1: *Prawo zobowiązań – część ogólna*, red. E. Łętowska, Ossolineum 1981, s. 271–272 oraz M. Kaliński, *System prawa prywatnego*, t. 6: *Prawo zobowiązań – część ogólna*, red. A. Olejniczak, Warszawa 2009, s. 123–124.

[14] W aktualnym stanie prawa polskiego jest to pogląd dominujący w odniesieniu do wszystkich sytuacji przedumownych, zwłaszcza objętych art. 72§ 2, 103§3, 387§2 i 390§1 kc. Por. J. Górski: Przygotowanie umowy w świetle kodeksu zobowiązań, Poznań 1938, s. 49, Z. Radwański, *op. cit*., s. 68, R. Szostak, *Przetarg…*, *op. cit*., s. 173, a także wyrok Sądu Najwyższego z 21 listopada 2003 r. (CK-12/03), z aprobującą glosą R. Szostaka, „Rejent" 2005, nr 3, s. 107 i n.

prawie zamówień publicznych[15]. Z tego punktu widzenia liczy się stan majątkowy, w jakim poszkodowany znajdowałby się, gdyby w ogóle nie wdawał się w wadliwie prowadzony przetarg. Odszkodowanie nie może więc przewyższać kosztów uczestnictwa w postępowaniu, zwłaszcza zgromadzenia koniecznych dokumentów, ustanowienia wadium, dokonania oględzin miejsca realizacji planowanej umowy, a przede wszystkim wydatków poniesionych na przygotowanie oferty. Jednakże w wypadku bezpodstawnego niewybrania oferty (wyboru innej) lub uchylenia się zamawiającego od obowiązku zawarcia umowy z najlepszym wykonawcą, dochodzi w istocie do pozbawienia tego wykonawcy zamówienia publicznego. *De lege ferenda* mogłoby to uzasadniać żądanie odszkodowania w granicach dodatniego interesu umownego, obejmującego utracony zysk transakcyjny[16]. W tym wypadku roszczenie odszkodowawcze należałoby uzależnić od uprzedniego unieważnienia umowy bezpodstawnie zawartej z innym oferentem, celem jednoznacznego potwierdzenia naruszenia prawa przez zamawiającego[17].

IV

Według nowego art. 2 ust. 1 pkt c dyrektywy 89/665 państwo członkowskie powinno wprowadzić w ramach procedur odwoławczych odpowiednie środki zapewniające odszkodowanie każdemu pod-

[15] Por. uwagi w przypisie 14.

[16] Na tle kodeksowego stanu normatywnego pogląd taki wyrazili A. Łupszak-Zając, P. Machnikowski, *Nowa regulacja zawarcia umowy w trybie przetargowym*, „Przegląd Prawa Handlowego" 2003, nr 9, s. 13, natomiast na gruncie postanowień dyrektyw odwoławczych rozważa go A. Sołtysińska, *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej*, Kraków 2004, s. 274–275, powołując się na rozwiązania przyjęte w kilku krajach zachodnioeuropejskich.

[17] Wobec chwiejności poglądów co do zakresu kompensaty świadczeń niemożliwych do zwrotu z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia wymagalnych wskutek unieważnienia umowy, pożądane jest ustawowe zastrzeżenie, usprawiedliwione ochroną interesu publicznego, według którego zamawiający powinien mieć prawo do żądania zwrotu co najmniej tej części ceny (wynagrodzenia), która obejmowała zysk transakcyjny niedoszłego wykonawcy. W efekcie w razie wypłaty pełnego odszkodowania innemu wykonawcy, poszkodowanemu wadliwym wyborem oferty, zamawiający nie popadnie w rażącą stratę.

miotowi, który doznał uszczerbku w wyniku naruszenia prawa przez zamawiającego. Można jednak uwarunkować prawo do odszkodowania od uprzedniego zweryfikowania uchybienia zamawiającego i jego skorygowania w wyniku orzeczenia organu odwoławczego (w Polsce KIO), a tym bardziej uzależnić odszkodowanie od uprzedniego unieważnienia umowy finalnej, o ile doszło do jej zawarcia. Postanowienie art. 2 ust. 1 pkt c dyrektywy nie przesądza jednak wprost ani o przesłankach odpowiedzialności, ani też o granicach samego odszkodowania[18]. Dalej idące rozwiązanie przewiduje funkcjonująca już prawie 20 lat w sferze tzw. zamówień sektorowych dyrektywa 92/13, która – obok analogicznych dyspozycji – zastrzega dodatkowo w art. 2 ust. 7 konieczność dopuszczenia ułatwienia dowodowego, postanawiając, że „w przypadku roszczenia odszkodowawczego obejmującego zwrot kosztów przygotowania oferty lub uczestniczenia w procedurze udzielenia zamówienia, od osoby występującej z roszczeniem należy wymagać jedynie udowodnienia naruszenia prawa (…) oraz tego, że miała ona rzeczywistą szansę uzyskania zamówienia, która w wyniku naruszenia została zagrożona"[19]. Atrakcyjność tego rozwiązania – wobec niejasnego brzmienia art. 2 ust. 1 pkt c dyrektywy 89/665 co do przesłanek odszkodowania – na tle tendencji do wzmocnienia ochrony uzasadnionego zaufania do warunków i wyniku przetargu, przyczyniła się do jego implementacji w niektórych krajach bez jakichkolwiek ograniczeń sektorowych, w odniesieniu do wszystkich rodzajów zamówień publicznych (np. w Niemczech i częściowo Austrii).

[18] W doktrynie zaznaczył się pogląd, odwołujący się do analogicznych reguł odpowiedzialności traktatowej państwa za naruszenie prawa wspólnotowego, że roszczenia odszkodowawcze przeciwko zamawiającemu powinny być oparte na zasadzie winy. Por. A. Arrowsmith, *Law od Public and Utilites Procurement*, London 1996, s. 148, oraz A. Sołtysińska, *op. cit.*, s. 273.

[19] W pierwszej wersji projektu ogólnej dyrektywy 89/665 przygotowanego przez Komisję Europejską przewidziano podobną dyspozycję z jeszcze bardziej poszerzonymi granicami odszkodowania, które miało obejmować nie tylko zwrot kosztów uczestnictwa w postępowaniu, ale także i utracone korzyści. Parlament Europejski wypowiedział się jednak za skreśleniem tej dyspozycji, jako zbyt radykalnej, a także w obawie przed praktycznymi trudnościami przy szacowaniu utraconych korzyści. Por. M. Lemke, *Zamówienie publiczne w Unii Europejskiej – procedury odwoławcze w świetle dyrektyw*, Warszawa 2000, s. 19.

Zaostrzający kierunek wykładni, lakonicznego art. 2 ust. 1 pkt c dyrektywy 89/665, prezentuje także orzecznictwo europejskie. W wyroku ETS z 14 października 2004 r. (C-275/03, Komisja/Portugalia)[20] za sprzeczne z zasadami dyrektywy 89/665 uznano przepisy portugalskiego dekretu nr 48051 z 21 listopada 1967 r. o zamówieniach publicznych, który uzależniał odszkodowawczą odpowiedzialność zamawiającego za uchybienia proceduralne od udowodnienia mu winy. Dopatrzono się sprzeczności zwłaszcza z wymogami równości, przejrzystości i efektywnej ochrony interesów konkurentów przy udzielaniu zamówień publicznych. Podkreślono jednocześnie, że w dyspozycji art. 2 ust. 1c brak wskazania uzależniającego roszczenie odszkodowawcze od przesłanki winy. W rezultacie zdaniem Trybunału konieczność udowodnienia winy zamawiającemu może powstrzymywać przedsiębiorców wspólnotowych od przystępowania do przetargów organizowanych z uwzględnieniem takiego ograniczenia. Z uwagi na brak reakcji ze strony władz Portugalii w marcu 2005 r. Komisja Europejska wezwała je do stosowanej zmiany prawa, a wobec dalszej zwłoki w uchyleniu zakwestionowanych przepisów, Komisja skutecznie wniosła o ukaranie Portugalii tzw. karą okresową w związku z naruszeniem art. 228 TWE[21].

Warunki odpowiedzialności odszkodowawczej zamawiającego były też przedmiotem rozstrzygnięcia zawartego w wyroku ETS z 19 czerwca 2003 r. (C-315/01, GAT/Osterreichsche Autobahnen)[22], w którym powołując się na wynikającą z dyrektywy 89/665 konieczność zapewnienia szybkiej i skutecznej ochrony interesów konkurentów ubiegających się o zamówienia publiczne, Trybunał wyraził zapatrywanie, że odszkodowanie powinno być dostępne dla każdego poszkodowanego, bez względu na indywidualne okoliczności. Stąd poszkodowany wadliwym zachowaniem zamawiającego nie może być pozbawiony pra-

[20] Dotychczas niepublikowany w zbiorze urzędowym.

[21] Szerzej o tego rodzaju sankcji zob. zwłaszcza J. Łacny, *Okresowe kary pieniężne, ryczałty i korekty finansowe nakładane na państwa członkowskie za naruszenia prawa UE*, Warszawa 2010, s. 23 i n.

[22] „European Court Reports" 2003, I-06351.

wa do odszkodowania, nawet wtedy, gdy procedura udzielenia zamówienia była i tak bezprawna, biorąc pod uwagę inne naruszenie prawa (uwzględnione z urzędu przez organ odwoławczy). W szczególności, gdy państwo członkowskie, korzystając z możliwości wynikających z dyrektywy, wprowadziło ograniczenie w dostępie do środków korygujących, zgodnie z którym po zawarciu umowy o zamówienie publiczne organ odwoławczy może przyznać wyłącznie odszkodowanie.

Najważniejsze znaczenie ma jednak wyrok Trybunału UE z 30 września 2010 r. (C-314/09, St. Graz/StrabagAG)[23] dotyczący zamówienia drogowego udzielonego przez austriackie miasto Graz. Trybunał w odpowiedzi na pytanie prejudycjalne sądu krajowego wyraził pogląd, że z brzmienia art. 2 ust. 1, 5 i 6, a także z szóstego motywu dyrektywy 89/665 w żaden sposób nie wynika, iż naruszenie przepisów prawa zamówień publicznych mogące stanowić podstawę roszczenia o zasądzenie odszkodowania i odsetek na rzecz podmiotu, który doznał uszczerbku, musi posiadać jakieś cechy szczególne, takie jak przykładowo związek przyczynowy z dowiedzioną lub zakładaną winą po stronie instytucji zamawiającej czy też brak podstaw do zwolnienia od odpowiedzialności na zasadzie ryzyka[24]. Chodziło o dopuszczalność zastosowania ogólnego § 1298 ABGB, zgodnie z którym ciężar dowodu niezawinionego niewykonania zobowiązania spoczywa na osobie, która powołuje się na brak winy (odwrócenie ciężaru dowodu – wina domniemana), a także § 1299 ABGB stanowiącego, że kto sprawuje

[23] Por. wyrok ETS z 10 stycznia 2008 r. (C-70/06, Komisja/ Portugalia), http://eur-lex.europa.

[24] W 1999 r. m. Graz udzieliło zamówienia budowlanego na rzecz Held & Franck Ban GrubH, natomiast spółka Strabag wniosła odwołanie do Krajowej Izby Kontroli, które zostało oddalone. Wskutek późniejszego uwzględnienie skargi w trybie sądowym umowa o to zamówienie została wprawdzie unieważniona, lecz wobec jej wykonania po stronie Strabag AG doszło do uszczerbku majątkowego. Orzekający w przedmiocie roszczenia odszkodowawczego wyższy sąd krajowy wystąpił do Trybunału z pytaniem „czy przepisy art. 1 ust. 1 oraz art. 2 ust. 1c dyrektywy 89/665 stoją na przeszkodzie uregulowaniu krajowemu, zgodnie z którym roszczenia odszkodowawcze z tytułu naruszenia przez zamawiającego wspólnotowego prawa zamówień publicznych są uzależnione od spełnienia przesłanki zawinienia, także wtedy, gdy uregulowanie to stosowane jest w ten sposób, że co do zasady domniemuje się winę organu zamawiającego i wyklucza możliwość powołania się przez niego na brak indywidualnych umiejętności i tym samym na brak subiektywnego zawinienia?”.

urząd, prowadzi działalność artystyczną, zawodową lub rzemieślniczą albo też przyjmuje dobrowolne zlecenie, którego wykonanie wymaga umiejętności artystycznych albo nadzwyczajnej staranności, daje tym samym rękojmię, że jest w stanie dołożyć koniecznej staranności lub że posiada wymagane umiejętności i odpowiada za brak tych umiejętności. Na gruncie bowiem austriackiego i niemieckiego prawa zamówień publicznych przyjęto koncepcję kontraktowej odpowiedzialności odszkodowawczej zamawiającego za uchybienia organizatorskie, adekwatną do umownej natury stosunku przetargowego[25]. Stosownie do poprzednio obowiązującego w Austrii § 181 Bundesvergabeset[26], a także w świetle przepisów krajów związkowych (komentowana sprawa objęta była prawem Styrii) warunkiem odpowiedzialności odszkodowawczej zamawiającego było „zawinione naruszenie ustawy" (w rozumieniu kodeksowym), a rozmiar roszczenia odszkodowawczego łączono „ze zwrotem kosztów przygotowania oferty i uczestnictwa w postępowaniu", które ulegało jednak wyłączeniu, jeśli „poszkodowany nie miałby realnej szansy na uzyskanie zamówienie". Pomimo jednoznacznego stanowiska ETS powyższe unormowania zostały jednak powtórzone w § 338 aktualnie obowiązującej ustawie federalnej z 31 stycznia 2006 r. o zamówieniach publicznych[27].

Według Trybunału odszkodowawcza odpowiedzialność zamawiającego nie może być uzależniona od winy ani nawet od jakichkolwiek innych okoliczności egzoneracyjnych ograniczających zasadę ryzyka, z uwagi na podstawowy cel dyrektywy 89/665 w postaci efektywnej ochrony interesów konkurentów. Zastrzeżenie budzi jednak stanowisko wyrażone ubocznie w uzasadnieniu powyższego wyroku, że z przepisów dyrektywy 89/665 nie wynika, aby przesłanką roszczenia odszkodowawczego był związek przyczynowy. Wprawdzie nie został on wskazany ani wykluczony *expressis verbis* w tej dyrektywie, ale wynika z samej istoty odpowiedzialności zamawiającego za naruszenie prawa.

[25] Por. A. Machnicka, *Przedkontraktowe porozumienia – umowa o negocjacje i list intencyjny. Studium prawno porównawcze*, Warszawa 2007, s. 95 i n.
[26] BGBl. I. 2002, Nr 99.
[27] BGBl. I. 2006, Nr 17, zm. 2010, Nr 15.

Poza tym związek przyczynowy wyznacza granice odszkodowania, zgodnie z odwieczną zasadą, że zobowiązany ponosi odpowiedzialność tylko za szkodę stanowiącą następstwo jego zachowania. Istotne jest zatem jego dopuszczenie lub odrzucenie na rzecz innej podstawy odpowiedzialności. Być może Trybunał miał na uwadze tzw. związek normatywny, zachodzący pomiędzy uchybieniem a szkodą, stąd „odciął się" od tradycyjnej zasady przyczynowości adekwatnej.

W uzasadnieniu komentowanego orzeczenia nie poruszono jednak problemu dopuszczalnej redukcji odszkodowania do granic ujemnego interesu umownego, ponieważ kwestia ta w ogóle nie były przedmiotem sprawy. Zabrakło też określenia samego reżimu odpowiedzialności: kontraktowy czy deliktowy. Odnotować tu jednak trzeba doniosłe spostrzeżenie Trybunału, że dyrektywa 89/665 ustanawia jedynie minimalne warunki odpowiedzialności, natomiast prawo krajowe powinno zawierać szczegółowe rozwiązania, zwłaszcza określać środki zapewniające „skuteczne zasądzenie odszkodowania wraz z odsetkami każdemu kto doznał uszczerbku w wyniku naruszenia prawa zamówień publicznych". Zgodnie z przewodnią ideą wyroku z 30 września 2010 r. przy interpretacji dyrektywy 89/665 w zakresie warunków odszkodowawczej odpowiedzialności zamawiającego za uchybienia proceduralne trzeba kierować się skutecznością tej odpowiedzialności, która właśnie dlatego nie może być uzależniona od przesłanki winy, nawet domniemanej.

Dotychczasowe zapatrywanie Trybunał skorygował nieco w uzasadnieniu wyroku z 13 września 2011 r. (T-8/09)[28], podnosząc, że zasadność skargi odszkodowawczej zależy od trzech przesłanek: bezprawności uchybienia zamawiającego, rzeczywistej szkody oraz związku przyczynowego między zarzucanym uchybieniem a szkodą. Jeśli jedna z tych okoliczności nie jest spełniona, skarga zasługuje na odrzucenie bez konieczności badania pozostałych przesłanek. Nie wyjaśnił jednak charakteru związku przyczynowego ani rozmiarów należnego odszkodowania.

[28] Por. eur-lex.europa.eu/lexUriServ=Celex:62009T.

W wyroku z 9 grudnia 2010 r. (C-568/08, Combinatie Spijker)[29] Trybunał UE doprecyzował częściowo swój pogląd, stwierdzając, że warunkiem roszczenia odszkodowawczego jest, aby naruszenie prawa przez zamawiającego było istotne i pozostawało w bezpośrednim związku przyczynowym ze szkodą. Wobec braku europejskiej regulacji kryteriów ustalania i szacowania szkody wynikłej z tego naruszenia, należy kierować się wewnętrznym porządkiem krajowym, jednak z zachowaniem zasad równoważności i skuteczności. Zdaniem Trybunału (pkt 91) ochrona poszkodowanego w związku z naruszeniem przez zamawiającego wymagań wspólnotowego prawa zamówień publicznych nie może być mniej korzystna niż w wypadku podobnych żądań opartych wyłącznie na prawie krajowym. Przepisy regulujące zaś sposób ustalenia szkody i zakres odszkodowania nie mogą powodować w praktyce, że realne korzystanie z uprawnień przez poszkodowanego stanie się niemożliwe lub nadmiernie utrudnione.

V

Oderwanie odpowiedzialności odszkodowawczej zamawiającego-organizatora od przesłanki winy w przytoczonych rozstrzygnięciach Trybunału UE pozostaje w zgodzie z europejskimi tendencjami rozwojowymi prawa kontraktowego. W szczególności według art. 74 i n. konwencji wiedeńskiej NZ z 11 kwietnia 1980 r. o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów[30] dłużnik odpowiada w zasadzie za każdą szkodę wyrządzoną wierzycielowi w wyniku naruszenia zobowiązania, o ile nie udowodni, że uchybienie nastąpiło z powodów od niego niezależnych i że nie można było rozsądnie oczekiwać wzięcia pod uwagę tych przeszkód w chwili zawarcia umowy lub uniknięcia lub przezwyciężenia ich następstw (art. 79). Podobnie w świetle art. 9.501

[29] Dotychczas niepublikowane w zbiorze urzędowym.
[30] Dz. U. 1997, Nr 4, poz. 286.

PECL[31] można żądać naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania umownego przez dłużnika, jeśli nie zdoła on wykazać, że naruszenie to było następstwem przeszkody pozostającej poza jego kontrolą, której nie mógł on przewidzieć ani jej zapobiec. Związek między szkodą a naruszeniem zobowiązania jest okolicznością dorozumiewaną. W konsekwencji dłużnik odpowiada za szkodę wynikłą z naruszenia powinności umownych, jeśli mógł ją przewidzieć w chwili zawarcia umowy, jako prawdopodobne następstwo nienależytego wykonania zobowiązania. Zbliżone rozwiązanie zawiera ponadto art. 3.401 europejskich zasad Aquis[32].

Od dawna bowiem w doktrynie utrzymuje się krytyka rozwiązania uzależniającego kontraktową odpowiedzialność odszkodowawczą na zasadach ogólnych od przesłanki winy, nawet domniemanej (art. 472 kc), w rezultacie której zmierza się do obiektywizacji samego pojęcia winy[33]. Tymczasem zwycięża bardziej radykalny kierunek, odrywający analizowaną odpowiedzialność od przesłanki winy, uzależniając ją – na wzór prawa anglosaskiego – od samego złamania warunków umowy (*breach of contract*)[34]. Za obiektywizacją odpowiedzialności odszkodowawczej przemawiają zatem nie tylko względy integracyjne, ale i rodzime trudności interpretacyjne wyrosłe na gruncie art. 471–472 kc. Nie bez znaczenia jest też ogólna potrzeba zaostrzenia odpowiedzialności dłużnika-wykonawcy w warunkach szybkiego obrotu gospodarczego. W zakresie odpowiedzialności za uchybienia popełniane w toku procedury udzielenia zamówienia publicznego potrzeba jej zaostrzenia wynika wprost z organizatorskiej roli zamawiającego zajmującego z tego tytułu uprzywilejowaną pozycję w wielostronnym z założenia stosunku obligacyjno-proceduralnym.

[31] Principles of European Contract Law 2000.

[32] Zasady obowiązującego europejskiego prawa umów 2007.

[33] Por. zwłaszcza uwagi M. Sośniaka, *Elementy zawodowe w odpowiedzialności odszkodowawczej*, „Palestra" 1964, nr 9, s. 4 i n., W. Czachórskiego, *Zasady i funkcje odpowiedzialności cywilnej według kodeksu cywilnego – ich ewolucja. Studia z prawa zobowiązań*, Warszawa–Poznań 1979, s. 29 i n., J. Rezler, *O odpowiedzialności kontraktowej w jej stosunku do odpowiedzialności deliktowej – inaczej*, „Palestra" 1987, nr 10–11, s. 86 i n. oraz M. Krajewski, *Niezachowanie należytej staranności – problem bezprawności czy winy*, „Państwo i Prawo" 1997, nr 10, s. 42 i n.

[34] Por. więcej o tym A. Całus, *op. cit.*, s. 397 i n.

Do czasu zreformowania podstaw odpowiedzialności dłużnika za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania w wymiarze uniwersalnym, na mocy nowego kodeksu cywilnego, powinno się uregulować w prawie zamówień publicznych szczególne jej przesłanki, najlepiej odwołując się do projektowanego unormowania kodeksowego skutków naruszenia zobowiązania[35]. Zgodnie z tym założeniem, poszkodowany może domagać się naprawienia szkody wynikłej z naruszenia zobowiązania, chyba że do naruszenia doszło z przyczyn leżących poza kontrolą dłużnika, których skutkom nie można było zapobiec, nawet przy dochowaniu należytej staranności. Poszkodowany ma prawo do żądania naprawienia szkody wynikłej z zachowania osoby, za pomocą której dłużnik spełnia swoje zobowiązanie (np. pracownik) lub której powierza jego wykonanie (np. zastępca), chyba że naruszenie powinności wynikło z przyczyn leżących poza kontrolą tej osoby, których skutkom nie można było zapobiec nawet przy dochowaniu należytej staranności. Nowe pojęcie „przyczyn leżących poza kontrolą dłużnika" projektodawcy łączą z okolicznościami leżącymi poza normalnym ryzykiem jego działalności[36]. Tradycyjną przesłankę żądania odszkodowawczego w postaci odwołania się do adekwatnego związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy naruszeniem zobowiązania a szkodą, proponuje się zastąpić „przewidywalnością szkody", na wzór rozwiązań francusko-anglosaskich (por. art. 1150 kc fr.), a także w zgodzie z europejskimi tendencjami rozwojowymi (por. art. 9.503 PECl). Dlatego według projektu nowego kodeksu dłużnik nie będzie odpowiadał za szkodę, której w chwili zawarcia umowy nie przewidział i nie mógł przewidzieć jako skutku naruszenia zobowiązania. Z jednej strony rozwiązanie to zmierza do pełnego urzeczywistnienia kompensacyjnej funkcji odszkodowania (powinno wyrażać się kwotą pozwalającą poszkodowanemu tak dalece, jak to możliwe, znaleźć się

[35] Por. art. 18 wstępnego projektu (pn. naprawienie szkody) z komentarzem U. Walczak [w:] *Wykonanie i skutki niewykonania zobowiązań*, oprac. pod kier. J. Pisulińskiego i F. Zolla, red. M. Pecyna, Kraków 2009, s. 426 i n.

[36] Por. U. Walczak, *op. cit.*, s. 435, która odwołuje się do komentarza do art. 3.100 Common Frame of Reference.

w sytuacji, w jakiej byłby, gdyby zobowiązanie zostało należycie wykonane), z drugiej zaś motywuje kontrahentów do wzajemnego informowania się o nietypowych ryzykach, wiążących się z naruszeniem zobowiązania, zwłaszcza w zakresie utraconych korzyści[37].

Ostatecznie można zgodzić się z poglądem o potrzebie ustawowego ograniczenia rozmiarów odszkodowania za uchybienia popełniane przez organizatora przetargu do tradycyjnych granic ujemnego interesu umowy, przy założeniu, że tak właśnie „ryczałtuje się" zwykła przewidywalność szkody w warunkach typowego organizatora postępowania o udzielenie zamówienia. Problem ten wymaga pogłębionej dyskusji co do zdolności przewidywania przez organizatora szkód, jakie może on wyrządzić uczestnikom postępowania przedumownego. Ponadto, podobnie jak na gruncie prawa niemieckiego[38], konieczne jednak wydaje się jasne stanowisko ustawodawcy w odniesieniu do tego, w jakim stopniu sąd orzekający o odszkodowaniu powinien być związany uprzednimi ustaleniami KIO lub sądu skargowego (weryfikującego orzeczenie KIO) co do kwalifikacji prawnej uchybień popełnionych przez zamawiającego w toku postępowania przetargowego.

[37] *Ibidem*, s. 449.

[38] Por. § 124 niemieckiej Gesetz gegen Wettbewerbsbeschrankungen, powołanej w przypisie 11.