

Odszkodowanie w zamówieniach publicznych

I. Wprowadzenie

- 1) Raport Stowarzyszenia Prawa Zamówień Publicznych (dalej: „SPZP”), dostępny pod linkiem: <http://www.stowarzyszeniepzp.pl/images/2017PDF/Funkcjonowanie-rodkw-ochrony-prawnej-w-krajach-UE-Kluczowe-wnioski.pdf>, zwraca uwagę na brak w polskim ustawodawstwie ścieżki odszkodowawczej dla wykonawców poszkodowanych bezprawnym działaniem zamawiającego.
- 2) Prezentacja na temat systemu odwoławczego w Polsce i innych krajach Unii Europejskiej, którą dr Aleksandra Sołtysińska przedstawiła podczas [debaty zorganizowanej przez SPZP w dniu 28 września 2017 r.](http://www.stowarzyszeniepzp.pl/images/2017PDF/System-odwoawczy-w-Polsce-i-w-UE.pdf) dostępna pod linkiem: <http://www.stowarzyszeniepzp.pl/images/2017PDF/System-odwoawczy-w-Polsce-i-w-UE.pdf>, wskazuje, iż:
 - (i) oprócz art. 93 ust 4 ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej: „pzp”) brak w zasadzie jasnych podstaw prawnych dla roszczenia wykonawcy o odszkodowanie, a te które są dotyczą sytuacji unieważnienia postępowania, czyli nie obejmują naruszenia prawa - pzp przez zamawiającego oraz ograniczają odszkodowanie do kosztów uczestnictwa w przetargu,
 - (ii) próba adaptowania zasad ogólnych wynikających z kodeksu cywilnego na potrzeby formułowania roszczenia o odszkodowanie w związku z naruszeniem przez zamawiającego pzp nie doprowadzi do satysfakcjonujących rezultatów, ponieważ:
 - a) roszczenie takie mogłoby być formułowane wyłącznie wtedy, gdy dochodzi do nawiązania tzw. porozumienia przetargowego - odpowiedzialność kontraktowa;
 - b) taki model nie obejmuje jednak sytuacji, w których naruszenie pzp polega na udzieleniu zamówienia bez stosowania ustawy i wątpliwe jest, czy tego rodzaju sytuacje mogłyby być rozpatrywane jako delikt zamawiającego;
 - c) nie do pogodzenia z prawem europejskim jest przesłanka zawinienia, przewidziana w kodeksie cywilnym (por. wyroki TSUE: C-134/09, C-568/08, C-70/06, z których wynika, że roszczenia odszkodowawcze w zamówieniach publicznych nie mogą być uzależnione od przesłanki zawinienia po stronie zamawiającego);
 - d) istnieje brak pewności co do prawa po stronie organów orzekających: sądy powszechne rozpatrujące sprawy odszkodowań orzecznictwo



- czasem wymagają wyroku KIO stwierdzającego bezprawność działania, a czasem nie, nie ma też pewności co do właściwości organu w sprawie unieważnienia umowy.
- 3) Dyrektywa Rady z dnia 21 grudnia 1989 r. nr 89/665/EWG w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (Dz.U.U.E.L.1989.395.33 ze zmianami), dalej: „dyrektywa odwoławcza” stanowi, iż *należy koniecznie zagwarantować istnienie, we wszystkich Państwach Członkowskich, odpowiednich procedur umożliwiających uchylenie bezprawnych decyzji oraz przyznanie odszkodowania podmiotom poszkodowanym w wyniku naruszenia.*
 - 4) Dyrektywa odwoławcza uznaje, że brak tego rodzaju środków lub ich nieefektywność stanowi barierę w dostępie do europejskiego rynku zamówień publicznych.
 - 5) Powyższe wskazuje na konieczność zmian w polskim prawie w celu wprowadzenia dedykowanej regulacji w zakresie implementacji dyrektywy odwoławczej, w ramach której uregulowane zostanie podstawa, procedura, przesłanki odszkodowania za naruszenie przez zamawiającego pzp.

II. Koncepcja Nowego Prawa Zamówień Publicznych i projekt nowej ustawy

W Koncepcji proponowano wprowadzenie obowiązku zapłaty odszkodowania w stałej wysokości za szkodę wyrządzoną przez zamawiającego wykonawcy, którego oferta nie została wybrana, w przypadku gdy sąd zmieni wyrok KIO na korzyść wykonawcy, a doszło już do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego z innym wykonawcą, w związku z czym roszczenie wykonawcy o zawarcie z nim umowy stało się bezprzedmiotowe.

O odszkodowaniu i jego wysokości orzekałby sąd właściwy do rozpoznawania skarg na orzeczenia KIO przy okazji rozpoznawania takiej skargi.

(str. 87 Koncepcji i nast.)

Wskazywano, że podobny do planowanego model automatycznego odszkodowania (ryczałt) funkcjonuje w prawie belgijskim.

W projekcie ustawy pzp regulacja taka się nie pojawia. Zachowano wyłącznie zapis w art. 287 tożsamy z regulacją obecnie ujętą w art. 93 ust. 4.

III. Podstawowe założenia nowej regulacji

Roszczenie o odszkodowanie przysługujące wykonawcy:



- (i) narzędzie zagwarantowania efektywności pzp – doprowadzenie do efektu, jaki miałby nastąpić, gdyby naruszenia prawa nie było,
- (ii) odszkodowanie przysługuje wykonawcy poszkodowanemu w dostępie do zamówienia bezprawną czynnością zamawiającego: (i) w toku przetargu, (ii) wobec udzielenia zamówienia z pominięciem ustawy,
- (iii) środek dostępny w sytuacji, kiedy unieważnienie umowy i powrót zamówienia na rynek nie są możliwe/celowe, w tym sensie roszczenie odszkodowawcze stanowi alternatywę dla roszczenia wykonawcy o wyeliminowanie niezgodnej z prawem czynności,
- (iv) regulacja w zakresie odszkodowania mogłaby zaistnieć w Rozdziale 2, Działu IX „Środki ochrony prawnej”, w nowym Oddziale 13 pt. „Odszkodowanie za naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy”.

IV. Wstępne propozycje uregulowania

1) Zasada ogólna:

Art. Xxx. Zamawiający, który wyrządził wykonawcy szkodę na skutek udzielenia zamówienia niezgodnie z przepisami ustawy, zobowiązany jest do jej naprawienia na zasadach określonych w ustawie.

ALBO:

Art. Xxx. Wykonawcy przysługuje, na zasadach określonych w ustawie, roszczenie przeciwko zamawiającemu o naprawienie szkody wyrządzonej na skutek bezprawnego udzielenia zamówienia.

2) Roszczenia przysługujące wykonawcy

- a) roszczenie o odszkodowanie w pełnej wysokości
 - (i) przysługuje wykonawcy, który wykaże, że **na pewno** uzyskałby zamówienie, gdyby do naruszenia prawa nie doszło (taki podmiot w danym postępowaniu może być tylko jeden)
 - (ii) rozstrzygane przed sądem okręgowym w postępowaniu skargowym od wyroku KIO
 - (iii) Sąd okręgowy dokonuje oceny okoliczności warunkujących stwierdzenie możliwości/pewności uzyskania zamówienia przez wykonawcę występującego o odszkodowanie, w tym ocenia oferty w zakresie dowodów i okoliczności podnoszonych przez przeciwników skargi, które miałyby świadczyć o niemożliwości uzyskania zamówienia przez wykonawcę występującego o odszkodowanie.



- b) roszczenie o odszkodowanie w wysokości ryczałtowej
 - (i) przysługuje wykonawcy, który wykaże, że **na pewno** uzyskałby zamówienie, gdyby do naruszenia prawa nie doszło (taki podmiot w danym postępowaniu może być tylko jeden)
 - (ii) rozstrzygane przed sądem okręgowym w postępowaniu skargowym od wyroku KIO
 - (iii) Sąd okręgowy dokonuje oceny okoliczności warunkujących stwierdzenie możliwości/pewności uzyskania zamówienia przez wykonawcę występującego o odszkodowanie, w tym ocenia oferty w zakresie dowodów i okoliczności podnoszonych przez przeciwników skargi, które miałyby świadczyć o niemożliwości uzyskania zamówienia przez wykonawcę występującego o odszkodowanie.
 - (iv) możliwość dochodzenia odszkodowania uzupełniającego w postępowaniu przed sądem powszechnym na zasadach ogólnych¹
- c) roszczenie o odszkodowanie w zakresie zwrotu kosztów postępowania
 - (i) jeśli wykonawca wykaże, że **miał szansę** w uzyskaniu zamówienia (brał udział w postępowaniu i nie został wykluczony ani jego oferta/wniosek odrzucona, ani nie byłby wykluczony, a jego oferta/wniosek odrzucona – takich podmiotów może być w danym postępowaniu kilka)
 - (ii) rozstrzygane przed sądem okręgowym w postępowaniu skargowym od wyroku KIO
 - (iii) SO dokonuje oceny dokumentacji postępowania odnośnie braku podstaw wykluczenia i odrzucenia oferty/wniosku w zakresie w jakim okoliczności takie zostaną podniesione przez przeciwników skargi.
- d) roszczenie o odszkodowanie w związku z bezprawnym udzieleniem zamówienia z pominięciem ustawy lub obowiązku publikacji ogłoszenia
 - (i) jeśli wykonawca wykaże, że miał realną szansę na uzyskanie zamówienia, wysokość szkody i związek przyczynowy
 - (ii) dochodzone na zasadach ogólnych.²

3) Zasady ogólne

Ilekcroć w pzp jest mowa o odpowiedzialności na zasadach ogólnych, oznacza to odwołanie do zasad odpowiedzialności odszkodowawczej wynikających z kc, z zastrzeżeniem, że:

- a) odpowiedzialność zamawiającego wynika z naruszenia prawa i jest niezależna od winy zamawiającego oraz od rozmiaru naruszenia prawa (stopnia naruszenia prawa)
- b) orzeczenia KIO/SO stwierdzające naruszenie prawa mają charakter prejudykatu w ew. postępowaniu przed sądem powszechnym

¹ Zasady ogólne, o których mowa w pzp, nie są tożsame z zasadami ogólnymi, jakie obecnie wynikają z KC.

² Zasady ogólne, o których mowa w pzp nie są tożsame z zasadami ogólnymi, jakie obecnie wynikają z KC



- c) jeśli roszczenie o odszkodowanie zgłaszane jest po raz pierwszy do sądu powszechnego, ten sąd ustala, czy miało miejsce naruszenie prawa przez zamawiającego
- d) w pozostałym zakresie mają zastosowanie zasady odpowiedzialności odszkodowawczej z kc, tj. zasady ustalenia szkody, zasady wykazania związku przyczynowego, kwestia przyczynienia się do powstania szkody, itp.

4) Zakres odszkodowania

- 1) TSUE jednoznacznie wypowiada się za koniecznością objęcia odszkodowaniem w związku z utratą zamówienia na skutek naruszenia pzp zarówno straty jak i utraconych korzyści.
- 2) Oznacza to, że ograniczenie odszkodowania dla wykonawcy, który wykaże pewność uzyskania zamówienia, do ujemnego interesu umownego byłoby niezgodne z dyrektywą odwoławczą.
- 3) Odszkodowanie takie nie powinno swoim zakresem obejmować jednocześnie kosztów uczestnictwa w przetargu, bowiem te musiałby być przez wygranego wykonawcę i tak poniesione a poza tym zwyczajowo ujęte są w cenie oferty.
- 4) Wyjątkiem, w którym istnieje uzasadnienie do ograniczenia odszkodowania do kosztów uczestnictwa w przetargu, jest sytuacja, w której wykonawca traci nawet niewielką szansę uzyskania zamówienia na skutek naruszenia prawa (roszczenie nr 2.c).
- 5) W przypadku odszkodowania w związku z udzieleniem zamówienia z pominięciem ustawy/obowiązku publikacji, brak jest podstaw do ograniczenia jego zakresu, ale możliwość jego uzyskania będzie zależała od możliwości wykazania przez wykonawcę realnej szansy uzyskania zamówienia.
- 6) W przypadku przyjęcia wariantu odszkodowania ryczałtowego, musi ono spełniać wymogi dyrektywy odwoławczej, tj. dotyczyć naprawienia szkody w zakresie utraconych korzyści.
- 7) W takiej sytuacji proponujemy przyjęcie rozwiązania funkcjonującego w Belgii, tj. regulacji Art. 16 ustawy *Judicial Protection with regard to Public Procurement Act* z dnia 17 czerwca 2013 i przyjęcie wartości odszkodowania ryczałtowego w wysokości 10% wartości oferty wykonawcy, który dochodzi odszkodowania (względnie 10% kwoty udzielonego zamówienia)

5) Procedura:

Wariant, w którym wykonawca uczestniczył w przetargu:

- 1) wykonawca składa odwołanie do KIO żądając unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej
- 2) KIO oddala/odrzuca odwołanie,



- 3) wykonawca składa skargę do SO, w której wnosi o uchylenie/zmianę wyroku KIO, żądając:
 - (i) ustanowienia zakazu zawarcia umowy do czasu rozstrzygnięcia,
 - (ii) unieważnienia umowy, jeśli doszło do jej zawarcia, alternatywnie
 - (iii) odszkodowania przewidywanego w przepisach ustawy,
- 4) SO wyrokiem uwzględnia skargę na orzeczenie KIO:
 - (i) jeśli nie ustanowiono zabezpieczenia w postaci zakazu zawarcia umowy i do zawarcia umowy doszło, unieważnia umowę - zamówienie wraca na rynek
 - (ii) jeśli odmawia unieważnienia umowy („nadrzędna przyczyna”) lub brak jest podstaw do unieważnienia umowy - orzeka o odszkodowaniu

Wariant, w którym wykonawca nie uczestniczył w przetargu – ponieważ procedury przetargowej w ogóle nie przeprowadzono:

- 1) wykonawca składa odwołanie do KIO od czynności zawarcia umowy (termin: 6 miesięcy od daty zawarcia) i żąda unieważnienia umowy,
- 2) KIO uwzględnia odwołanie w całości – zamówienie wraca na rynek
- 3) KIO orzeka:
 - (i) uwzględnia odwołanie w części dot. naruszenia PZP, ale odmawia unieważnienia z uwagi na „nadrzędne przyczyny”,
 - (ii) oddala odwołanie

wtedy wykonawca kwestionuje rozstrzygnięcie skargą do SO wnosząc o unieważnienie umowy i alternatywnie wnosząc o odszkodowanie

- (iii) SO uwzględniając skargę orzeka:
 - unieważnia umowę – zamówienie wraca na rynek
 - o odszkodowaniu

Wariant, w którym wykonawca nie uczestniczył w przetargu – bowiem przetargu nie było, a o zawarciu umowy dowiedział się po upływie terminu 6 miesięcy i nie ma możliwości żądania unieważnienia umowy:

- 1) wykonawca w terminie 1 roku od dnia, w którym powziął wiadomość o zawarciu umowy lub mógł taką wiadomość powziąć, wnosi pozew o odszkodowanie do sądu powszechnego.

Wariant, w którym naruszenie prawa przez zamawiającego zostaje stwierdzone w wyniku przeprowadzenia postępowania kasacyjnego od wyroku sądu okręgowego.

- 1) wykonawca w terminie 1 roku od prawomocnego stwierdzenia naruszenia prawa przez zamawiającego wnosi pozew o odszkodowanie do sądu powszechnego.