

**Włodzimierz Dzierżanowski**

Uczelnia Łazarskiego

ORCID: 0000-0003-2632-3329

wdzierzanowski@grupasienna.pl

## **Zawarcie umowy o zamówienie publiczne przed rozstrzygnięciem odwołania oraz skargi na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej**

### **Wstęp**

Ustawa z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych<sup>1</sup> (dalej jako Pzp) przewiduje zasady powstrzymania się przez zamawiającego od zawarcia umowy mimo wyboru oferty najkorzystniejszej. Zakaz taki, utrzymujący się przez pewien określony w ustawie czas, jest regułą w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia i może być zniesiony jedynie w okolicznościach przewidzianych prawem. Zasady dopuszczalności zawarcia umowy ukształtowano odrębnie dla okresu przed orzeczeniem Krajowej Izby Odwoławczej (dalej jako KIO), odrębnie zaś dla czasu po wyroku lub postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze, ale przed uzyskaniem pewności o braku skargi na takie orzeczenie lub rozpatrzeniu skargi przez sąd zamówień publicznych. Pzp określa konsekwencje zawarcia umowy przed upływem terminu na wniesienie odwołania i wydaniem orzeczenia przez KIO, gdyby przedwczesne zawarcie umowy uniemożliwiło uwzględnienie odwołania, jednakże nie ustanawia konsekwencji naruszenia zakazu zawarcia umowy w przypadku stwierdzenia przez KIO niezasadności wniesionego odwołania. Nie zawiera także przepisów o skutkach zawarcia umowy po orzeczeniu KIO, a przed wyrokiem sądu w postępowaniu ze skargi na orzeczenie KIO. W tym zakresie właściwe będą przepisy Kodeksu cywilnego oraz Kodeksu postępowania cywilnego. Ich stosowanie jest przedmiotem kontrowersji orzeczniczych, a skutki zawarcia umowy przed ostatecznym ustaleniem wyniku postępowania w przypadku wniesienia skargi na wyrok KIO objawiają się w postaci roszczeń odszkodowawczych, pomniejszenia finansowania ze środków UE, jeśli były przeznaczone

---

<sup>1</sup> T.j. Dz.U. z 2024 r., poz. 1320.

na finansowanie zamówienia. Powstająca *ex lege* dopuszczalność zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem sporu nie buduje także zaufania do państwa.

## Zawarcie umowy przed orzeczeniem KIO

Zgodnie z art. 264 Pzp umowy nie można zawrzeć przed upływem terminów na wniesienie środka ochrony prawnej (odwołania do KIO) i jest to powielenie w ustawie krajowej reguły *standstill* ustalonej w dyrektywach odwoławczych UE<sup>2</sup>. Klauzula ta ma na celu zapobieżenie powstania skutku w postaci udzielenia zamówienia przed momentem, do którego wykonawcy, którzy uznają decyzję zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej za błędną, nie zdecydują w przyznanym im ustawowym terminie, czy zaskarżyć taką decyzję zamawiającego<sup>3</sup>. Ponadto zgodnie z art. 17 ust. 2 pkt 4 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych<sup>4</sup> naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest zawarcie umowy przed ogłoszeniem orzeczenia przez KIO, z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych.

Przepis art. 264 Pzp uzupełniany jest sankcją unieważnienia umowy ustanowioną w art. 457 ust. 1 pkt 2 Pzp, jeżeli umowa zostanie zawarta przed upływem okresu *standstill*, rozumianego jako czas na rozstrzygnięcie odwołania, co uniemożliwiłoby KIO uwzględnienie odwołania. Sankcja powstaje więc wyłącznie wówczas, gdy po przedwcześnie zawartej, wbrew art. 264 Pzp umowie, wyrok KIO (gdyby nie zawarta niezgodnie z prawem umowa) uwzględniałby odwołanie i nakazywał zmianę decyzji zamawiającego. Jeśli jednak mimo przedwczesnego zawarcia umowy odwołanie nie wpłynęłoby do Prezesa KIO lub pomimo wpłynięcia zostałoby oddalone, to chociaż przedwczesne zawarcie umowy zawsze będzie stanowić naruszenie prawa, skutkiem takiego naruszenia nie będzie względna nieważność (unieważnienie) umowy.

Aby umożliwić legalne (a nie oparte o przedstawioną wyżej ryzykowną konstrukcję prawną) zawieranie umowy przed wniesieniem odwołania (a na-

<sup>2</sup> Dyrektywa 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. Urz. UE L 395 z 30.12.1989, s. 33 ze zm.); dyrektywa Rady 92/13/EWG z dnia 25 lutego 1992 r. koordynująca przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne odnoszące się do stosowania przepisów wspólnotowych w procedurach zamówień publicznych podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (Dz. Urz. UE L 76 z 23.3.1992, s. 14 ze zm.); dyrektywa 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniająca dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych (Dz. Urz. UE L 335 z 20.12.2007, s. 31).

<sup>3</sup> Zob. M. Sieradzka (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2022.

<sup>4</sup> T.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 289 ze zm.

wet dalej – przed ogłoszeniem orzeczenia KIO) stosownie do treści art. 578 ust. 2 Pzp, KIO może uchylić zakaz zawarcia umowy, jeżeli: 1) niezawarcie umowy mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego, przewyższające korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia; 2) zamawiający uprawdopodobnił, że odwołanie wnoszone jest wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy. Możliwość uchylenia zakazu zawarcia umowy przed wydaniem przez KIO orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze jest wyjątkiem od zasady, że w przypadku wniesienia odwołania zamawiający nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez KIO wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.

Przyczyny niemożności zawarcia umowy w odpowiednim terminie nie mogą jednak obciążać zamawiającego. Mimo że przepis nie zawiera wprost takiego wymogu, KIO konsekwentnie wskazuje np. że „zbyt późne wszczęcie postępowania nie może usprawiedliwiać skorzystania z wyjątkowej, na gruncie Pzp instytucji, jaką jest możliwość zawarcia umowy za zgodą Krajowej Izby Odwoławczej przed rozpoznaniem odwołania”<sup>5</sup>.

Wykazanie wystąpienia przesłanki z art. 578 ust. 2 pkt 1 Pzp konieczne jest do uprawdopodobnienia (nie udowodnienia), że brak umowy i konieczność wstrzymania się z jej zawarciem do ogłoszenia przez KIO orzeczenia mogłoby godzić w interes publiczny, w stopniu przewyższającym korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. „Uprawdopodobnienie oznacza uzasadnienie zgłoszonych twierdzeń (...), dające przekonanie o ich prawdopodobieństwie, będące wynikiem postępowania zmierzającego do poznania rzeczywistości, ale bez zachowania szczegółowych przepisów o postępowaniu dowodowym”<sup>6</sup>.

Interes publiczny w ujęciu istotnym z punktu widzenia zamówień publicznych to zapewnienie „korzyści służących ogółowi uzyskiwane w zakresie zadań ciążących na administracji rządowej oraz samorządowej, realizowanych w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych, związanych np. z ochroną zdrowia, oświaty, kultury, porządku publicznego”<sup>7</sup>.

W orzecznictwie podkreśla się również, że „interes publiczny odnosi się w swej istocie do spraw związanych z funkcjonowaniem państwa oraz innych ciał publicznych jako pewnej całości, szczególnie z funkcjonowaniem podsta-

<sup>5</sup> Postanowienie KIO z 25 stycznia 2022 r., sygn. akt KIO/W 2/22.

<sup>6</sup> Wyrok SO w Szczecinie z 23 października 2015 r., sygn. akt VIII Gz 133/15.

<sup>7</sup> Wyrok KIO z 3 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 912/20, aprobujący pogląd TK wyrażony w uchwale z 12 marca 1997 r., sygn. akt W 8/96.

wowej struktury państwa”<sup>8</sup>. Ochrona interesu publicznego to zatem ochrona wartości, które są wspólne i istotne dla danej społeczności. Funkcją interesu publicznego w stosowaniu prawa jest wyposażenie decydującego o konkretnym rozstrzygnięciu wiążącym się z takim interesem w możliwość reagowania na sytuacji faktycznie doniosłe prawnie, społecznie i gospodarczo, niemieszczące się w ramach oceny typowych jednostkowych stanów faktycznych<sup>9</sup>. W przypadku decyzji KIO o możliwości zawarcia przed rozstrzygnięciem sporu umowy pomiędzy zamawiającym (reprezentującym co do zasady interes ogólny) a wykonawcą, który działa we własnym, indywidualnym interesie gospodarczym, mimo że prawo do zawarcia tej umowy rości sobie także inny wykonawca, istotny jest pogląd, iż interes indywidualny z interesem publicznym niekoniecznie stoją w sprzeczności, a ochrona interesów indywidualnych także leży w interesie publicznym<sup>10</sup>, w tym poprzez zapewnienie skutecznego prawa do sądu i rozstrzygnięcia sporu wykonawcy z zamawiającym w takiej procedurze, która pozwala korzystać z rezultatu orzeczenia poprzez zawarcie umowy o zamówienie.

Prymat interesu publicznego nad respektowaniem interesu prywatnego wykonawcy, dochodzącego swych praw w postępowaniu odwoławczym, w każdym przypadku będzie zależeć od kontekstu, w jakim jest ten, kto na ów prymat się powołuje. Nie można *a priori* przyjąć, że interes publiczny zawsze jest istotniejszy.

Druga z przesłanek uzasadniająca uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ogłoszeniem orzeczenia KIO, czyli nadużywanie prawa do wnoszenia środków ochrony prawnej, jest emanacją kodeksowej zasady z art. 5 Kodeksu cywilnego<sup>11</sup>, dotyczącej braku ochrony dla korzystania z prawa w sposób sprzeczny z jego przeznaczeniem. Może mieć zastosowanie w sytuacji uporczywego wnoszenia odwołań podlegających odrzuceniu ze względu na formalną niedopuszczalność, a także wówczas, gdy podmiot uporczywie wnosi odwołania mimo braku interesu w uzyskaniu zamówienia.

## Rozwiązania prawne w niektórych krajach UE

W UE brak jest wspólnego, a nawet dominującego rozwiązania co do dopuszczalności zawarcia umowy o zamówienie publiczne przed ostatecznym rozstrzygnięciem sporu o to, z którym wykonawcą taka umowa winna być

<sup>8</sup> Wyrok WSA w Warszawie z 13 lipca 2010 r., sygn. akt II SA/Wa 488/10.

<sup>9</sup> Zob. J. Marczevska, *Interes publiczny*, [w:] W. Dzierżanowski, M. Sieradzka, P. Szustakiewicz (red.), *Leksykon zamówień publicznych*, Warszawa 2018.

<sup>10</sup> Zob. M. Wieloński, *Realizacja interesu publicznego w zamówieniach publicznych*, Warszawa 2012.

<sup>11</sup> Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz.U z 2024 r., poz. 1061 ze zm.).

zawarta. O ile wspólny dla wszystkich krajów UE jest okres *standstill*, tj. konieczność powstrzymania się od zawarcia umowy do upływu terminu na wniesienie środka zaskarżenia, to już co do konieczności powstrzymania się z zawarciem umowy do wydania orzeczenia przez właściwy organ rozwiązania są zróżnicowane. Ponadto nie we wszystkich krajach UE rozstrzyganie odwołania jest dwuinstancyjne; tym samym nie występuje kwestia prawa zawarcia umowy po orzeczeniu pierwszej instancji a przed rozstrzygnięciem środka zaskarżenia takiego orzeczenia. Zawieszenie prawa zawarcia umowy w czasie między orzeczeniem pierwszo- i drugoinstancyjnym w różnej formie przewidują np. ustawodawstwa estońskie, niemieckie (zawieszenie czasowe na pierwsze dni po orzeczeniu pierwszoinstancyjnym celem skorzystania z prawa do ustanowienia na wniosek wykonawcy zabezpieczenia trwałego aż do wyroku apelacyjnego). W części państw – np. na Malcie i na Słowacji zawarcia umowy aż do ostatecznego rozstrzygnięcia sporu przez drugą instancję orzecniczą powstaje z mocy prawa. Z kolei np. we Włoszech to organ odwoławczy pierwszej instancji może (ale nie musi) orzec o zakazie zawarcia umowy aż do końca postępowania (w tym przed drugą instancją). Całkowicie odmienne rozwiązanie przyjęto w Austrii, gdzie bez zakazu ustanowionego przez sąd (pierwszej instancji) umowę można zawrzeć przed orzeczeniem tego sądu co do istoty<sup>12</sup>.

### **Zawarcie umowy przed rozstrzygnięciem skargi – kwestie podstawowe**

Zgodnie z art. 577 Pzp zamawiający nie może zawrzeć umowy przed ogłoszeniem orzeczenia o rozstrzygnięciu odwołania przez KIO. Zakaz zawarcia umowy uchylany jest więc ogłoszeniem wyroku KIO niezależnie od tego, czy wyrok ten zostanie zaskarżony, czy też nie.

Powyższe potwierdza np. postanowienie KIO<sup>13</sup>, wskazujące, że „(...) zgodnie z obowiązującymi przepisami z chwilą ogłoszenia przez KIO orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze ustawa Pzp łączy zakończenie okresu *standstill*, a tym samym przestaje obowiązywać zakaz zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wniesienie skargi do sądu okręgowego na orzeczenie KIO nie uchyla możliwości zawarcia umowy. Zawarcie umowy nie tamuje zaś rozpoznania skargi. (...) ogłoszenie orzeczenia KIO otwiera możliwość zawarcia umowy, a jednocześnie jej zawarcie nie wstrzymuje rozpoznania skargi na orzeczenie KIO (...). Zawarcie umowy po upływie okresu *standstill* należy bowiem uznać za okoliczność dopuszczoną w ustawie (...). W takiej

<sup>12</sup> Na podstawie: P. Bogdanowicz, W. Hartung, A. Szymańska, *Funkcjonowanie środków ochrony prawnej w krajach UE. Kluczowe wnioski*, Warszawa 2017 oraz W. Dzierżanowski, *Prawo do sądu w zamówieniach publicznych*, Warszawa 2018.

<sup>13</sup> Postanowienie KIO z 11 czerwca 2012 r., sygn. akt KIO 1059/12, KIO 1067/12.

sytuacji orzeczenie sądu może stanowić podstawę do dochodzenia przez odwołującego odszkodowania na zasadach ogólnych kodeksu cywilnego (...)

Z punktu widzenia szybkości środków ochrony prawnej postulowanej w dyrektywie odwoławczej oraz szybkości realizacji zamówienia rozwiązanie to ma istotne zalety, gdyż procedury sądowe nie wstrzymują inwestycji. Należy jednak wskazać, że rozpatrzenie skargi przez sąd w praktyce zajmuje ok. 2 miesiące. Nie jest to więc zwłoka szczególnie istotna, a więc warto rozważyć wprowadzenie obowiązku wstrzymania się z zawarciem umowy do rozpatrzenia skargi. W przypadku uwzględnienia skargi przez sąd i orzeczenia, że wybrany wykonawca nie jest tym, który złożył ofertę najkorzystniejszą po zawarciu umowy, dochodzi bowiem do sprzeczności z zasadą, iż zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Prawo zawarcia umowy po ogłoszeniu orzeczenia nie oznacza takiego obowiązku. O ile istnieje stan związania ofertą wykonawcy, którego oferta została wybrana, czas na zawarcie umowy bez żadnych negatywnych konsekwencji dla zamawiającego mieści się w terminie związania ofertą. Jeżeli stan związania ofertą wygasa, to zamawiający, nie zawierając umowy przed wygaśnięciem, ryzykuje odmową zawarcia umowy ze strony wybranego wykonawcy.

Jednocześnie – niezależnie od tego, czy istnieje stan związania ofertą, czy nie – wybrany wykonawca może żądać od zamawiającego zawarcia umowy, kierując doń pismo z wyznaczonym samodzielnie terminem zawarcia umowy w oparciu o art. 455 Kodeksu cywilnego (wezwanie do spełnienia zobowiązania). Zawarcie umowy jest obowiązkiem zamawiającego mimo braku ustawowego lub poprzez wskazanie w SWZ terminu maksymalnego na jej zawarcie. Niezastosowanie się przez zamawiającego do żądania zawarcia umowy może być bowiem zniesione jedynie wyrokiem sądu w oparciu o powództwo z art. 64 w zw. z 70<sup>3</sup> § 3 i 70<sup>2</sup> § 3 Kodeksu cywilnego. Wyrok wskutek takiego powództwa nie zapadnie jednak z racji faktycznych terminów sądowych wcześniej niż rozstrzygnięcie ewentualne skargi na wyrok KIO.

Powyższe oznacza, że w sytuacji, w której zamawiający nie zdecyduje się na zawarcie umowy przed rozstrzygnięciem skargi, wykonawca w praktyce nie jest w stanie przymusić zamawiającego do zawarcia umowy. Jednakże wykonawca, którego wybór jako prawidłowy potwierdza wyrok KIO, może odmówić zawarcia umowy i jeśli w oczekiwaniu na rozpatrzenie skargi wniesionej przez konkurencyjnego wykonawcę upłynie termin związania ofertami, nie ryzykuje żadną sankcją.

W sytuacji, w której zamawiający zdecydowałby się na zawarcie umowy przed wniesieniem i rozpatrzeniem skargi, a także przed rozpatrzeniem ewentualnego wniosku o jej zabezpieczenie, konsekwencje będą kształtować się odmiennie w zależności od tego, czy skarga zostanie uwzględniona, czy też będzie oddalona oraz czy nie ustanowiono zabezpieczenia w postaci zakazu zawarcia umowy.

## Zabezpieczenie powództwa

Doktryna wskazuje na dopuszczalność wniosku o zabezpieczenie powództwa w przypadku skargi na orzeczenie KIO. „Ustawodawca przyjął bowiem, że przepisy k.p.c. mają zastosowanie nie tylko do samej skargi do sądu na orzeczenie KIO, ale szerzej, bo w postępowaniu toczącym się wskutek jej wniesienia. Przesłanki stosowania przepisów o postępowaniu zabezpieczającym określone są art. 730 § 1 k.p.c., a wynika z niego, że udzielenie zabezpieczenia według zasad określonych w k.p.c. jest dopuszczalne w każdej sprawie cywilnej podlegającej rozpoznaniu przez sąd lub sąd polubowny. Te przesłanki niewątpliwie są spełnione w odniesieniu do spraw mających podstawę w p.z.p.”<sup>14</sup>.

W orzecznictwie ocena dopuszczalności ustanowienia zabezpieczenia powództwa w związku z wniesieniem skargi na orzeczenie KIO budzi jednak wątpliwości. Pogląd aprobujący dopuszczalność zabezpieczenia wyraził np. Sąd Okręgowy w Krakowie w postanowieniu z 5 listopada 2009 r., sygn. akt XII Ga 350/09, wskazując, że „co do zasady wnioski o zabezpieczenie w sprawie ze skargi od orzeczenia KIO jest dopuszczalny”; podobnie Sądy Okręgowe w Łodzi (sygn. akt XII Ga 1094/16, sygn. akt III Ca 1650/18) czy w Lublinie (sygn. akt IX GCo 90/13; sygn. akt IX Ga 581/17). Podobnie argumentuje się w literaturze<sup>15</sup>. Odmiennie jednak np. Sąd Okręgowy w Warszawie w kilku sprawach o sygn. akt: XXIII Ga 983/17, XXIII Ga 1547/17, XXIII GCo 42/17, XXIII GCo 59/16, XXIII GCo 82/16, argumentując, że „w postępowaniu toczącym się wskutek wniesienia skargi stosuje się odpowiednio przepisy Kodeksu postępowania cywilnego o apelacji, jeżeli przepisy rozdziału 3 nie stanowią inaczej. Z tych względów, mając na uwadze, iż postępowanie apelacyjne zostało uregulowane w kodeksie postępowania cywilnego w części pierwszej, tytule VI, dziale V (od art. 367 k.p.c.), a postępowanie zabezpieczające w części drugiej Kodeksu (od art. 730 k.p.c.) brak jest podstaw, aby w postępowaniu o udzielenie zabezpieczenia w postępowaniu wywołanym złożeniem skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej orzekać na podstawie przepisów innych, niż dotyczących postępowania apelacyjnego”.

Pogląd Sądu Okręgowego w Warszawie wyrażony we wskazanych orzeczeniach abstrahuje przy tym od literalnego brzmienia przepisu Pzp (obecnie art. 579 ust. 2), zgodnie z którym w postępowaniu toczącym się wskutek wniesienia skargi stosuje się odpowiednio przepisy Kodeksu postępowania cywilnego o apelacji. Sąd przyjmował, że zwrot „w postępowaniu toczącym się wskutek wniesienia skargi” obejmuje także postępowanie wskutek wniesienia

<sup>14</sup> M. Romańska, *Skarga do sądu na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej w systemie środków zaskarżenia. Kontrola instancyjna orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej*, [w:] M. Stręciwilk, M. Rakowska (red.), *X-lecie funkcjonowania Krajowej Izby Odwoławczej*, Warszawa 2017, s. 65.

<sup>15</sup> Np. Ł. Jaźwiński, *Zabezpieczenie powództwa*, [w:] W. Dzierżanowski, M. Sieradzka, P. Szustakiewicz (red.), op. cit., s. 431.

powództwa o zabezpieczenie roszczenia. To jednak zgodnie z Kodeksem postępowania cywilnego jest odrębnie uregulowane postępowanie zabezpieczające. Wydaje się więc, że ocena sądu co do tego, jak zakreślać „postępowanie w sprawie wniesienia skargi”, była zbyt restrykcyjna. Obecnie Sąd Okręgowy w Warszawie, wykonując funkcję sądu zamówień publicznych o ogólnokrajowej kognicji w rozstrzyganiu skarg na orzeczenia KIO, modyfikuje ten pogląd. Przykładowo postanowieniem z 23 lutego 2021 r., sygn. akt XXIII Zo 3/21 sąd oddalił wniosek o udzielenie zabezpieczenia, którego domagał się jeden z wykonawców postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Oddalenie tego wniosku (a nie odrzucenie) oznacza, że sąd rozpoznał merytorycznie sprawę, uznając wniosek za dopuszczalny.

Pogląd o dopuszczalności wniosku o zabezpieczenie powództwa poprzez zakaz zawarcia umowy o zamówienie publiczne przed rozpatrzeniem skargi na orzeczenie KIO przez sąd znajduje swoje oparcie nie tylko w przepisach rangi proceduralnej, ale przede wszystkim w konstytucyjnym prawie do sądu ustalonym w jej art. 45. Sądowa faza sporu wskutek zaskarżenia orzeczenia KIO musi respektować zasadę, że dostęp do sądu to nie tylko uprawnienie formalne, ale przede wszystkim prawo do skutecznej ochrony swych praw. Przyjęcie *a priori* braku możliwości zabezpieczenia roszczenia w takie uprawnienie godzi w sposób oczywisty<sup>16</sup>.

Sam wniosek o zabezpieczenie skargi poprzez wydanie postanowienia o zakazie zawarcia umowy nie konstituuje takiego zakazu. Zawarcie umowy przed wydaniem postanowienia w sprawie zabezpieczenia powództwa przez sąd nie będzie naruszeniem prawa. Trzeba jednak zweryfikować, czy sąd ustaliłby w postępowaniu zabezpieczającym zakaz wykonywania umowy zawartej, gdyby taki wniosek złożono (o ustanowienie zabezpieczenia poprzez zakaz zawarcia umowy, a także zakaz jej wykonywania). Sąd nie powinien ustanawiać zabezpieczenia ponad żądanie z wniosku o zabezpieczenie (art. 738 Kodeksu postępowania cywilnego) – wniosek więc musiałby być rozszerzony na ustalenie zakazu wykonywania umowy, aby taki efekt osiągnąć. Brak jest formalnych przeszkód, by w ten sposób wniosek sformułować.

Zakazane, co oczywiste, będzie natomiast zawarcie umowy, gdyby sąd taki zakaz ustanowił. Ponieważ zamawiający naturalnie nie jest stroną w postępowaniu zabezpieczającym (zamawiający nie musi składać wniosku o zakaz zawierania umowy mogąc po prostu wstrzymać się od jej zawarcia), nie otrzyma więc z sądu informacji o tym, gdyby wniosek o zabezpieczenie został oddalony. Jedynie uwzględnienie tego wniosku spowoduje, że takie postanowienie sądu zamawiający uzyska.

---

<sup>16</sup> G. Matejczuk, *Postępowanie zabezpieczające na gruncie nowego Pzp*, <https://prawobiznesu.com/postepowanie-zabezpieczajace-na-gruncie-nowego-pzp/> (data dostępu: 1.03.2025).

## **Skutki zawarcia umowy przed orzeczeniem sądu**

Oddalenie lub odrzucenie skargi oznacza, że jakiegokolwiek negatywne konsekwencje zawarcia umowy i jej realizacji nie powstaną. Jeśli jednak skarga zostanie wniesiona i uwzględniona – zamawiający musi wziąć pod uwagę następujące kwestie. Po pierwsze, sąd, orzekając w postępowaniu skargowym, będzie działał w sytuacji, w której umowa została zawarta w okolicznościach dopuszczonych ustawą, co nie ulega najmniejszej wątpliwości w świetle art. 577 Pzp. Tym samym bez znaczenia pozostaje, że jednym z żądań skarżącej będzie (niestety częste w praktyce) to, by sąd nakazał unieważnienie umowy, o ile zostanie zawarta przed rozpatrzeniem skargi. Zakładając prawidłowy wyrok sądu, takie rozstrzygnięcie jest niemożliwe. Z praktyki sądu zamówień publicznych widać, że tego typu orzeczenia nie zapadają w przypadkach zawarcia umowy w okolicznościach zgodnych z prawem. Zgodnie z art. 588 ust. 2 w zw. z art. 554 ust. 3 pkt 3 Pzp sąd nie może orzec o unieważnieniu umowy (nawet w zakresie części niewykonanej), jeśli została zawarta w okolicznościach dopuszczonych ustawą. Może orzec jedynie o tym, że doszło do naruszenia ustawy w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Po drugie, z tych samych przyczyn, tj. zawarcia umowy w okolicznościach dopuszczonych ustawą, sąd nie może orzec o nałożeniu na zamawiającego kary finansowej, o której mowa w art. 554 ust. 3 pkt 2 lit. c w zw. z art. 563–565 Pzp.

Do jednej z tych dwóch sankcji mogłoby dojść tylko w sytuacji niezgodnego z prawem orzeczenia sądu. Jednak warto zwrócić uwagę, że gdyby takie orzeczenie zapadło, to od wyroku sądu nie przysługuje apelacja, mimo iż rozpatrzenie skargi nie dotyczy zaskarżenia rozstrzygnięcia sądu niższej instancji i w świetle zasady dwuinstancyjności postępowań sądowych prawo do apelacji mogłoby wydawać się konieczne. Co prawda Sąd Najwyższy przesądził, że KIO jest „organem powołanym do rozstrzygania sporów mających cechy spraw w rozumieniu art. 45 ust. 1 Konstytucji”<sup>17</sup>, to jednak nie oznacza, że KIO jest sądem – zgodnie z orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego sądem w znaczeniu art. 177–178 Konstytucji RP nie jest, a kontrola sądowa nad działalnością organu niesądowego nie wymaga dwuinstancyjności<sup>18</sup>.

Orzeczenie sądu w postępowaniu skargowym będzie więc prawomocne. Możliwe jest co prawda wniesienie kasacji do Sądu Najwyższego, jednakże samo wniesienie kasacji nie wstrzymuje wykonania orzeczenia. Można jedynie złożyć wniosek o wstrzymanie wykonalności zgodnie z art. 388 Kodeksu postępowania cywilnego. Sąd może – ale nie musi – wstrzymać wykonalność.

Konsekwencją orzeczenia sądu w sprawie skargi na wyrok KIO, którą wnosi wykonawca, a skutek skargi zapada wyrok niekorzystny dla zama-

---

<sup>17</sup> Uchwała SN z 17 listopada 2017 r., sygn. akt III CZP 58/17.

<sup>18</sup> Wyrok TK z 13 czerwca 2006 r., sygn. akt SK 54/04.

wiającego wskazujący, że umowa zawarta z konkurentem skarżącego, uprawnia skarżącego do roszczenia odszkodowawczego. Byłoby to odszkodowanie za utracone korzyści (pozbawienie szansy na zawarcie umowy i osiągnięcie korzyści z jej wykonania). Na takie prawo wskazuje zarówno Trybunał Sprawiedliwości UE<sup>19</sup> (dalej jako TSUE), jak i polski Sąd Najwyższy<sup>20</sup>. Jest to roszczenie odszkodowawcze, kierowane do zamawiającego. TSUE wskazał przy tym, że roszczenie może dotyczyć odszkodowania z tytułu utraty szans na dalszy udział w postępowaniu. W prawie krajowym (polskim) konieczne będzie rozstrzygnięcie, czy oznacza to znane przepisom prawa cywilnego roszczenie o utracone korzyści (art. 361 § 2 Kodeksu cywilnego), czy jest to pojęcie szersze, wiążące prawo odszkodowania nie tyle z szansą na uzyskanie zamówienia i osiągnięcie korzyści, co samą szansą na dalszy udział i korzyścią potencjalną (niepewną), polegającą choćby na teoretycznej wygranej. Ponieważ orzecznictwo TSUE posługuje się w wielu przypadkach konstrukcją prawną „potencjalnej szkody”<sup>21</sup>, oznaczającej nie tyle szkodę, ile zagrożenie wystąpieniem, nie można wykluczyć, że TSUE na takie rozumienie prawa do odszkodowania (za taką szkodę) wskazywał. Wydaje się jednak, że istotny problem w przypadku takiego sporu odszkodowawczego stanowiłoby nie samo wykazanie ewentualnej szkody, a ustalenie jej wysokości niezbędne dla uzyskania odszkodowania.

Sąd Najwyższy zwraca z kolei uwagę, że roszczenie odszkodowawcze może być kierowane do zamawiającego także bez skorzystania ze środków ochrony prawnej ustalonych w Pzp. „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«”. Sąd podkreślił, że polski ustawodawca nie zawarł w Pzp przepisu transponującego art. 2 ust. 6 cytowanej dyrektywy odwoławczej. Tym samym droga do roszczenia odszkodowawczego nie otwiera się dopiero po orzeczeniu sądu zamówień publicznych w sprawie skargi, jednakże staje się łatwiejsze, gdyż po

<sup>19</sup> Wyrok TSUE z 6 czerwca 2024 r., sygn. akt C-547/22.

<sup>20</sup> Uchwała SN z 25 lutego 2021 r., sygn. akt III CZP 16/20.

<sup>21</sup> Np. wyrok TSUE z 14 lipca 2016 r. w sprawie C-406/14, dotyczącej rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2021/1060 z dnia 24 czerwca 2021 r., ustanawiające wspólne przepisy dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego Plus, Funduszu Spójności, Funduszu na rzecz Sprawiedliwej Transformacji i Europejskiego Funduszu Morskiego, Rybackiego i Akwakultury, a także przepisy finansowe na potrzeby tych funduszy oraz na potrzeby Funduszu Azylu, Migracji i Integracji, Funduszu Bezpieczeństwa Wewnętrznego i Instrumentu Wsparcia Finansowego na rzecz Zarządzania Granicami i Polityki Wizowej (Dz.U. L 231 z 30.6.2021, s. 159–706).

wyroku sądu zamówień publicznych, przesądzającym co do istoty o prawie wykonawcy do zawarcia umowy, w sprawie odszkodowawczej pozostaje jedynie wykazanie wysokości poniesionej szkody. W ocenie autora wyrok sądu zamówień publicznych (wykorzystanie przez wykonawcę środków ochrony prawnej) pozwala także uniknąć wykonawcy wnoszącemu roszczenie odszkodowawcze, że nie dopuścił się zaniechania skorzystania z tych środków, co mogłoby być uznane za zawinione przyczynienie się do powstania szkody.

Roszczenia odszkodowawcze wobec zamawiającego są wyjątkiem. W historii zamówień publicznych wydarzyło się to dotychczas kilkukrotnie, a więc jest to znikoma, śladowa wręcz liczba. Wydaje się, że powodowane jest to nie tyle brakiem szans na uzyskanie odszkodowania co do istoty, lecz niezmiernie trudnym postępowaniem dowodowym odnośnie do wysokości odszkodowania. Skarżący musiałby bowiem udowodnić (a nie zadeklarować), jakie osiągnąłby zyski z wykonania umowy (czyli jakie poniósłby koszty, które pomniejszyłyby cenę ofertową). Wykazanie tego w praktyce jest bardzo trudno wykonalne. Co więcej, sąd zapewne miarkowałby odszkodowanie, biorąc pod uwagę, że jest to jednak przysporzenie uzyskane bez pracy nad wykonaniem umowy. Skali miarkowania nie sposób przewidzieć.

W ocenie autora nie można też całkiem pominąć ryzyka zaskarżenia ważności umowy przez odwołującego. Taką ewentualną podstawą mógłby być art. 70<sup>5</sup> Kodeksu cywilnego, który stanowi, że uczestnik przetargu może „żądać unieważnienia zawartej umowy, jeżeli strona tej umowy, inny uczestnik lub osoba działająca w porozumieniu z nimi wpłynęła na wynik przetargu w sposób sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami”. Uprawnienie do żądania unieważnienia umowy wygasa z upływem miesiąca od dnia, w którym uprawniony dowiedział się o istnieniu przyczyny unieważnienia. W praktyce oznacza to miesiąc od ogłoszenia wyroku w sprawie ze skargi na wyrok KIO uwzględniającej żądania skarżącego. Należy zwrócić uwagę, że umowa taka, do czasu zakończenia sporu wywołanego ewentualnym powództwem o unieważnienie umowy, korzysta z domniemania ważności i może być wykonywana.

W przypadku ewentualnego roszczenia odszkodowawczego wykonawcy wobec zamawiającego, który zawarł umowę z innym wykonawcą wskutek orzeczenia KIO uchylonego przez sąd, zamawiający mogłaby rozważać ewentualność wskazania, że roszczenie to powinno być kierowane wobec Skarbu Państwa. To wskutek wyroku organu państwowego (KIO) zamawiający zawarł legalnie umowę, a wyrok ten (w ocenie sądu zamówień publicznych) okazał się nieprawidłowy. Tym samym można argumentować, że szkoda wykonawcy, tj. korzyści utracone ze względu na zawarcie przez zamawiającego umowy z innym wykonawcą, wynika z wyroku KIO, a nie działania zamawiającego. Byłaby to jednak argumentacja nieprawidłowa. Przytaczane wcześniej orzeczenia Sądu Najwyższego i TSUE wskazują na roszczenie odszkodowawcze wobec zamawiającego, a nie wobec państwa. Bardziej prawdopodobne jest, że zama-

wiający – po ewentualnej przegranej w procesie odszkodowawczym z wykonawcą – mógłby na podstawie art. 417 Kodeksu cywilnego wnieść powództwo przeciw Skarbowi Państwa o odszkodowanie za wydanie przez KIO wadliwego orzeczenia, które spowodowało szkodę po stronie zamawiającego, czyli konieczność zapłaty odszkodowania wykonawcy, z którym nie zawarł umowy, choć w ocenie sądu zamówień publicznych to właśnie z nim powinien ją zawrzeć. Jednakże, jak wskazuje Sąd Apelacyjny w Katowicach<sup>22</sup>, konieczne byłoby wówczas wykazanie, że orzeczenie KIO, z tytułu którego powstała odpowiedzialność odszkodowawcza Skarbu Państwa, to orzeczenie wydane w wyniku szczególnie rażąco błędnej wykładni lub niewłaściwego zastosowania prawa, które jest oczywiste i nie wymaga głębszej analizy prawnej.

## Podsumowanie

Stan prawa, w którym sąd, uchylając orzeczenie KIO, może orzec jedynie o naruszeniu prawa, jeśli umowa została zawarta, a jednocześnie może orzec o obowiązku powtórzenia czynności lub ich unieważnieniu, jeśli umowy po orzeczeniu KIO nie zawarto, raczej skłania do zawierania umów bez odczekania na wyrok sądu. Taka konstrukcja prawna budzi istotne wątpliwości co do tego, czy zapewni skuteczne dochodzenie swoich praw przed sądem (czy gwarantuje rzeczywiste prawo do sądu) i może skłaniać do rezygnacji z korzystania z drogi sądowej, która w praktyce daje wyłącznie potwierdzenie, że skarżący orzeczenie KIO wykonawca winien był uzyskać zamówienie. Po przytoczonych orzeczeniach TSUE i Sądu Najwyższego, zapewniających prawo do roszczenia odszkodowawczego bez konieczności skorzystania z prawa do odwołania i skargi, zasadniczym celem zaskarżania wyroków KIO może być oczekiwanie, że zamawiający wstrzyma się w takim przypadku od zawarcia umowy. Niestety nie istnieją statystyki, które mogłyby potwierdzić trafność takiego oczekiwania. Można zasadnie podejrzewać, że taki stan prawny będzie raczej prowadził w odmiennym kierunku, tj. powodował pośpiech w zawieraniu umów, by zdążyć przed wyrokiem sądu rozstrzygającym skargę lub poprzedzającym wyrok postanowieniem o zabezpieczeniu powództwa. Ryzyko zawarcia tej umowy jest niewielkie (by nie powiedzieć żadne, skoro wyrok w postępowaniu wywołanym skargą nie jest konieczny dla roszczenia odszkodowawczego) i ogranicza się do konieczności zaakceptowania negatywnej oceny sądu wobec czynności zamawiającego. Ewentualne odczekanie z zawarciem umowy do wydania wyroku wywołuje konsekwencje w praktyce znacznie bardziej dokuczliwe, jeśli wyrok ten będzie niekorzystny dla zamawiającego, tj. uchylający wybór najkorzystniejszej oferty. Jest to przed wszystkim konieczność dodatkowej pracy przy

---

<sup>22</sup> Wyrok SA w Katowicach z 14 lipca 2016 r., sygn. akt I Aca 183/16.

ponownym dokonywaniu czynności w toku wyboru oferty, oddalenie czasu zawarcia umowy i uzyskania efektu wykonania zamówienia. Dążenie do osiągnięcia korzyści praktycznych stoi więc w naturalnej opozycji wobec fundamentu państwa demokratycznego, jakim jest szacunek dla prawa i taki sposób tworzenia przepisów, który ten szacunek buduje.

Więcej argumentów za odczekaniem z zawarciem umowy do rozstrzygnięcia skargi przez sąd pojawia się jedynie w przypadku zamówień współfinansowanych ze środków UE. Ewentualne uchylenie wyroku KIO, który stał się podstawą zawarcia umowy, a więc uznanie sądu o niezgodności wyboru oferty najkorzystniejszej z prawem, może bowiem być podstawą zmniejszenia finansowania ze środków UE. Zgodnie z art. 103 ust. 1 rozporządzenia 1060/2021<sup>23</sup> państwa członkowskie chronią budżet UE i stosują korekty finansowe poprzez anulowanie całości lub części wsparcia z funduszy na rzecz operacji lub programu, jeśli wydatek jest nieprawidłowy. Zgodnie z art. 2 pkt 31 rozporządzenia „nieprawidłowość” oznacza każde naruszenie mającego zastosowanie prawa, wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego, które ma lub może mieć szkodliwy wpływ na budżet UE poprzez obciążenie go nieuzasadnionym wydatkiem (art. 2 pkt 31). Orzecznictwo sądów administracyjnych, rozstrzygających o zasadności zastosowania korekty finansowej, wskazuje przy tym na to, że nawet brak faktycznego, negatywnego skutku finansowego dla budżetu UE, przy mającym miejsce naruszeniu prawa, powoduje konieczność przyjęcia, że skutek taki mógł nastąpić i w świetle przepisu stanowiącego, że korekta nakładana jest, gdy naruszenie prawa „może mieć szkodliwy wpływ na budżet” – zmniejszenie finansowania jest niezbędne zawsze po stwierdzeniu naruszenia przepisów o zamówieniach publicznych, wdrażanych z dyrektyw UE<sup>24</sup>. W tym kontekście zawarcie umowy po korzystnym dla zamawiającego orzeczeniu KIO, mimo że dopuszczalne prawem, po uchyleniu orzeczenia KIO przez sąd zamówień publicznych będzie skutkować ustalonym w prawomocnym orzeczeniu sądu przesądzeniem o naruszeniu prawa przez zamawiającego w procedurze udzielania zamówienia. Powstanie więc nieprawidłowość w rozumieniu rozporządzenia 1060/2021 i ryzyko korekty finansowej nakładanej przez instytucje zarządzające programami UE. Tym samym, mimo zawarcia umowy w warunkach dopuszczonych prawem, zamawiający poniesie na podstawie odrębnego przepisu prawa negatywne konsekwencje zawarcia umowy. To kolejna budząca wątpliwości konstrukcja prawna, powodująca brak pewności, że mimo działania w zaufaniu do organu orzekającego, jakim jest KIO, z przyzwoleniem ustawodawcy nie powstanie dla stosującego prawo negatywny skutek finansowy. Konieczna jest ingerencja ustawowa znosząca ten stan niepewności.

<sup>23</sup> Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2021/1060 z dnia 24 czerwca 2021 r.

<sup>24</sup> Wyrok WSA w Kielcach z 29 sierpnia 2019 r., sygn. akt I SA/Ke 249/19.

## Wykaz literatury

- Bogdanowicz P., Hartung W., Szymańska A., *Funkcjonowanie środków ochrony prawnej w krajach UE. Kluczowe wnioski*, Stowarzyszenie Prawa Zamówień Publicznych, Warszawa 2017.
- Dzierżanowski W., *Prawo do sądu w zamówieniach publicznych*, Wolters Kluwer, Warszawa 2018.
- Jaźwiński Ł., *Zabezpieczenie powództwa*, [w:] W Dzierżanowski, M. Sieradzka, P. Szustakiewicz (red.), *Leksykon zamówień publicznych*, Wolters Kluwer, Warszawa 2018.
- Marczewska J., *Interes publiczny*, [w:] W. Dzierżanowski, M. Sieradzka, P. Szustakiewicz (red.), *Leksykon zamówień publicznych*, Wolters Kluwer, Warszawa 2018.
- Matejczuk G., *Postępowanie zabezpieczające na gruncie nowego Pzp*, <https://prawobiznesu.com/postepowanie-zabezpieczajace-na-gruncie-nowego-pzp/>.
- Romańska M., *Skarga do sądu na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej w systemie środków zaskarżenia. Kontrola instancyjna orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej*, [w:] M. Stręciwilk, M. Rakowska (red.), *X-lecie funkcjonowania Krajowej Izby Odwoławczej*, UZP, Warszawa 2017.
- Sieradzka M. (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2022.
- Wieloński M., *Realizacja interesu publicznego w zamówieniach publicznych*, Wyd. Dziennikarstwa i Nauk Politycznych UW, Warszawa 2012.

## Summary

### Conclusion of the public procurement contract before the appeal examining and the complaint against the judgment of the National Appeals Chamber

**Keywords:** public procurement law, public procurement contract, standstill period, compensation for tenderer excluded from a procurement procedure.

The article discusses the possibility of concluding a public procurement contract after the selection of the most advantageous bid, but before the issuance of a ruling of the National Appeals Chamber deciding on an appeal negating the correctness of this choice, as well as before the judgment of the court examining the complaint against the judgment of the National Appeals Chamber. It raises the issues of admissibility of the exemption from the obligation to refrain from concluding a contract before the ruling of the National Appeals Chamber and the right to secure for claim in complaint proceedings. It also indicates the consequences of a contract concluding before the National Appeals Chamber issues its ruling and before the court issues its judgment, distinguishing them into those that arise when the contract is concluded under conditions permitted by law and contrary to the law. In the article, I would

like to point out that when creating the provisions on concluding public procurement contracts and determining the permissible moment of their conclusion, the legislator had in mind two not fully possible reconciliations of the directive. The directive on the fast decisions as to the correctness of the selection of the contractor with whom the contract will be concluded and the commencement of its performance, and the directive on the supervision of such selection by authorised state authorities, including court supervision. The adopted legal structure results in the fact that the speed of concluding contracts gains primacy. In practice, supervision over compliance with the law has been limited to a single-instance decision in such cases by the National Appeals Chamber. The court's ruling in the case brought by the appeal against the judgment of the National Appeals Chamber is rather a legal assessment that has no practical effect, which must raise doubts considering the principles of a State governed by the rule of law.

