

Sprawa C-303/22**Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym****Data wpływu:**

9 maja 2022 r.

Oznaczenie sądu odsyłającego:

Krajský soud v Brně (Republika Czeska)

Data wydania postanowienia o wystąpieniu z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym:

5 maja 2022 r.

Strona skarżąca:

CROSS Zlín a.s.

Strona przeciwna:

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže

POSTANOWIENIE

Krajský soud v Brně (sąd okręgowy w Brnie, Republika Czeska) [...] w sprawie
strony skarżące: **CROSS Zlín, a. s.**

[...]

przeciwko

stronie przeciwnej: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**

[...]

przy udziale: **Statutární město Brno**

[...]

w przedmiocie skargi na decyzję prezesa strony przeciwnej z dnia 9 listopada
2020 r., nr sprawy ÚOHS- 34854/2020/321/ZSř,

postanowił, co następuje:

I. Trybunałowi Sprawiedliwości Unii Europejskiej przedkłada się następujące pytanie prejudycjalne:

Czy czeska regulacja prawna, która umożliwia instytucji zamawiającej zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego przed wniesieniem skargi do sądu właściwego do badania zgodności z prawem decyzji w przedmiocie wykluczenia oferenta, wydanej w drugiej instancji przez Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (urząd ochrony konkurencji gospodarczej, Republika Czeska), pozostaje w zgodzie z art. 2 ust. 3 i art. 2a ust. 2 dyrektywy 89/665/EWG interpretowanych w świetle art. 47 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej?

II. [...]

Uzasadnienie:

I. Przedmiot postępowania

- 1 W niniejszej sprawie instytucja zamawiająca Statutární město Brno (statutarne miasto Brno, Republika Czeska) wszczęła w dniu 27 września 2019 r. postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego o udzielenie zamówienia publicznego pn. „ROZŠÍŘENÍ FUNKCÍ DOPRAVNÍ ÚSTŘEDNÝ SSZ” (rozbudowa funkcji centrali kontroli ruchu systemu sygnalizacji świetlnej), co zostało opublikowane w Věstník veřejných zakázek (dzienniku zamówień publicznych) pod nr Z2019–034002 i Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2019/S 190–461538. Przedmiotem zamówienia publicznego miała być rozbudowa istniejącej centrali kontroli ruchu oraz świadczenie usług polegających na podłączeniu całej sygnalizacji świetlnej instytucji zamawiającej do tej centrali, połączeniu centrali kontroli ruchu z systemem DIC 2 Brno, połączeniu centrali kontroli ruchu z miejskim systemem kamer, zapewnieniu wsparcia technicznego, przeszkoleniu obsługi oraz świadczeniu bieżącego serwisu. Szacunkowa wartość zamówienia publicznego wynosiła 13 805 000 CZK bez podatku od wartości dodanej.
- 2 W wyznaczonym terminie instytucja zamawiająca otrzymała dwie oferty dotyczące zamówienia publicznego, tj. ofertę strony skarżącej CROSS Zlín, a. s. z najniższą oferowaną ceną oraz ofertę Siemens Mobility, s. r. o. z drugą najniższą oferowaną ceną. Zgodnie z dokumentacją przetargową korzyść ekonomiczna ofert miała być oceniana według kryterium najniższej ceny ofertowej. Zawiadomieniem z dnia 6 kwietnia 2020 r. instytucja zamawiająca wykluczyła spółkę CROSS Zlín z postępowania z powodu niespełnienia warunków udziału w przetargu. Następnie w dniu 7 kwietnia 2020 r. wybrano jako wykonawcę spółkę Siemens Mobility. Spółka CROSS Zlín złożyła protest na zawiadomienie o wykluczeniu oferty, który instytucja zamawiająca oddaliła decyzją z dnia 4 maja 2020 r. Następnie spółka CROSS Zlín złożyła do Úřad pro ochranu hospodářské

soutěže (urzędu ochrony konkurencji gospodarczej, zwanego dalej „Urzędem”) odwołanie od czynności instytucji zamawiającej i zażądała uchylenia zawiadomienia o jej wykluczeniu i o wyborze jako wykonawcy spółki Siemens Mobility. W postępowaniu administracyjnym toczącym się przed Urzędem w dniu 3 lipca 2020 r. zastosowano z urzędu środek tymczasowy polegający na zakazaniu instytucji zamawiającej zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego do czasu prawomocnego zakończenia postępowania administracyjnego. Decyzją z dnia 5 sierpnia 2020 r. Urząd oddalił odwołanie. Spółka CROSS Zlín wniosła administracyjny środek odwoławczy (rozklad) od decyzji wydanej w pierwszej instancji, który prezes Urzędu oddalił decyzją z dnia 9 listopada 2020 r., jednocześnie utrzymując w mocy decyzję wydaną w pierwszej instancji; decyzja prezesa Urzędu stała się prawomocna w dniu 13 listopada 2020 r. W dniu 18 listopada 2020 r. instytucja zamawiająca zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego z wybranym oferentem.

- 3 W dniu 13 stycznia 2021 r. strona skarżąca CROSS Zlín wniosła skargę na decyzję prezesa strony przeciwnej do Krajský soud v Brně (sądu okręgowego w Brnie). Jednocześnie ze złożoną skargą strona skarżąca wniosła o nadanie skardze skutku suspensywnego i zastosowanie środka tymczasowego polegającego na zakazaniu instytucji zamawiającej zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, ewentualnie zakazaniu wykonywania tej umowy. Postanowieniem z dnia 11 lutego 2021 r. sąd oddalił wniosek o nadanie skardze skutku suspensywnego i zastosowanie środka tymczasowego, co uzasadnił w ten sposób, że skoro umowa została już zawarta, to bezprzedmiotowe jest zakazywanie instytucji zamawiającej zawarcia umowy. Nawet jeżeli skarga została by uwzględniona i sąd uchyliłby decyzję prezesa strony przeciwnej, to po zwróceniu mu sprawy Urząd umorzyłby postępowanie z powołaniem się na § 257 lit. j) zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (ustawy nr 134/2016 o udzielaniu zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawą nr 134/2016”) i samą sprawą już by się nie zajmował. Zdaniem sądu nie można było również zakazać instytucji zamawiającej wykonywania tej umowy, ponieważ nie było żadnej przeszkody prawnej, która uniemożliwiałaby zawarcie umowy w tamtym czasie (po uprawomocnieniu się decyzji prezesa Urzędu).
- 4 Pismem z dnia 28 marca 2022 r. sąd poinformował uczestników postępowania, że rozważa złożenie wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym i wyznaczył im termin na ustosunkowanie się do zamiaru podjęcia tej czynności. Strona przeciwna poinformowała sąd w dniu 8 kwietnia 2022 r., że szczegółowo ustosunkuje się do tego zamiaru dopiero w postępowaniu w przedmiocie pytania prejudycjalnego, jeżeli takie zostanie wszczęte. Strona skarżąca w stanowisku z dnia 26 kwietnia 2022 r. zwróciła uwagę, że składając wniosek o zastosowanie środka tymczasowego, bezskutecznie starała się zapobiec zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego po uprawomocnieniu się decyzji strony przeciwnej. Zawieranie umów w sprawie zamówień publicznych po uprawomocnieniu się decyzji strony przeciwnej jest utrwaloną praktyką instytucji zamawiających, która narusza prawa wykluczonego oferenta do skutecznej ochrony prawnej i sprawiedliwego procesu. Strona skarżąca nie sprzeciwiła się

więc złożeniu wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym. Podniosła jednak, że problem ten byłby możliwy do rozwiązania, gdyby w postępowaniu odwoławczym dotyczącym czynności instytucji zamawiającej strona przeciwna zastosowała środek tymczasowy do czasu upływu terminu na wniesienie skargi do sądu administracyjnego. [...]

II. Mające zastosowanie przepisy prawa Unii i prawa krajowego

- 5 Zgodnie z art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665/EWG państwa członkowskie zapewniają dostępność procedur odwoławczych, w ramach szczegółowych przepisów, które państwa te mogą ustanowić, przynajmniej dla każdego podmiotu, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia publicznego i który poniósł szkodę lub może ponieść szkodę w wyniku domniemanego naruszenia.
- 6 Z art. 2 ust. 3 dyrektywy 89/665/EWG wynika nadto, że w sytuacji, gdy organ pierwszej instancji, który jest niezależny od instytucji zamawiającej, rozpatruje odwołanie od decyzji o udzieleniu zamówienia, państwa członkowskie zapewniają, aby instytucja zamawiająca nie mogła zawrzeć umowy przed podjęciem przez organ odwoławczy decyzji w sprawie wniosku o zastosowanie środków tymczasowych lub w przedmiocie odwołania. Zawieszenie wygasa nie wcześniej niż okres zawieszenia typu standstill, o którym mowa w art. 2a ust. 2 i art. 2d ust. 4 i 5.
- 7 Artykuł 2a ust. 1 dyrektywy 89/665/EWG stanowi, że przez przyjęcie koniecznych przepisów uwzględniających minimalne warunki określone w ust. 2 niniejszego artykułu i w art. 2c państwa członkowskie zapewniają, aby podmioty, o których mowa w art. 1 ust. 3, dysponowały czasem wystarczającym na skuteczne odwołania od decyzji o udzieleniu zamówienia podjętych przez instytucje zamawiające.
- 8 Zgodnie z art. 2a ust. 2 dyrektywy 89/665/EWG zawarcie umowy w następstwie decyzji o udzieleniu zamówienia objętego zakresem zastosowania dyrektywy 2014/24/UE lub dyrektywy 2014/23/UE nie może nastąpić przed upływem okresu co najmniej 10 dni kalendarzowych ze skutkiem od dnia następującego po dniu, w którym decyzja o udzieleniu zamówienia została wysłana zainteresowanym oferentom i kandydatom, jeśli korzystano z faksu lub środków elektronicznych, lub – jeśli korzystano z innych środków komunikacji – przed upływem okresu albo co najmniej 15 dni kalendarzowych ze skutkiem od dnia następującego po dniu, w którym decyzja o udzieleniu zamówienia została wysłana zainteresowanym oferentom i kandydatom, albo co najmniej 10 dni kalendarzowych ze skutkiem od dnia następującego po dniu otrzymania decyzji o udzieleniu zamówienia. Oferentów uważa się za zainteresowanych, jeśli nie zostali jeszcze ostatecznie wykluczeni. Wykluczenie ma charakter ostateczny, jeśli zainteresowani oferenci zostali o nim powiadomieni i jeżeli zostało ono uznane za zgodne z prawem przez niezależny organ odwoławczy lub nie może już podlegać procedurze odwołania.

- 9 Zgodnie z art. 47 ust. 2 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej, zwanej dalej „kartą praw podstawowych”, każdy ma prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia jego sprawy w rozsądnym terminie przez niezawisły i bezstronny sąd ustanowiony uprzednio na mocy ustawy. Każdy ma możliwość uzyskania porady prawnej, skorzystania z pomocy obrońcy i przedstawiciela.
- 10 Ochrona przed nieprawidłowymi czynnościami instytucji zamawiającej została uregulowana w przepisach krajowych w części 13 ustawy nr 134/2016. Protest przeciwko czynności instytucji zamawiającej można wnieść w terminie 15 dni od dnia, w którym skarżący dowiedział się o naruszeniu prawa przez instytucję zamawiającą (§§ 241 i 242 ustawy).
- 11 Zgodnie z § 245 ust. 1 ustawy nr 134/2016 instytucja zamawiająca przesyła skarżącemu w terminie 15 dni od dnia doręczenia protestu decyzję w przedmiocie jego rozpoznania. W decyzji wskazuje, czy uwzględnia protest, czy go oddala; elementem składowym decyzji musi być uzasadnienie, w którym instytucja zamawiająca szczegółowo i w sposób zrozumiały wypowie się odnośnie do wszystkich okoliczności podniesionych przez skarżącego w proteście. Jeżeli instytucja zamawiająca uwzględnia protest, to jednocześnie wskazuje w decyzji, jakie środki naprawcze podejmie.
- 12 Z § 245 ust. 4 ustawy nr 134/2016 wynika kolejno, że jeżeli instytucja zamawiająca oddala protest, to w decyzji w przedmiocie protestu poucza skarżącego o możliwości złożenia w Urzędzie w terminie przewidzianym w § 251 ust. 2 odwołania od czynności instytucji zamawiającej oraz o obowiązku doręczenia instytucji zamawiającej odpisu tego odwołania w tym samym terminie.
- 13 Paragraf 246 ust. 1 ustawy nr 134/2016 stanowi, że instytucja zamawiająca nie może zawrzeć umowy z wykonawcą: a) przed upływem terminu do wniesienia protestu na decyzję o wykluczeniu uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, o wyborze wykonawcy albo na czynność dobrowolnego ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy, b) do czasu doręczenia decyzji w przedmiocie protestu skarżących, jeżeli protest został złożony, c) przed upływem terminu na złożenie odwołania od czynności instytucji zamawiającej, jeżeli oddaliła ona złożony protest, d) w terminie 60 dni od dnia wszczęcia postępowania w przedmiocie odwołania od czynności instytucji zamawiającej, jeżeli odwołanie zostało wniesione w terminie; instytucja zamawiająca może jednak zawrzeć umowę przed upływem tego terminu, jeżeli Urząd oddalił odwołanie albo postępowanie administracyjne w przedmiocie odwołania zostało umorzone, a decyzja w tej sprawie stała się ostateczna. Nadto zgodnie z ust. 2 tego paragrafu instytucja zamawiająca nie może zawrzeć umowy z wykonawcą w terminie 60 dni od dnia wszczęcia postępowania w przedmiocie kontroli czynności instytucji zamawiającej, jeżeli Urząd wszczął takie postępowanie z urzędu; instytucja zamawiająca może jednak zawrzeć umowę także przed upływem tego terminu, jeżeli postępowanie administracyjne zostało umorzone, a decyzja w tej sprawie stała się ostateczna.

- 14 Z § 254 ust. 1 ustawy nr 134/2016 wynika, że wniosek o zakazanie wykonywania umowy w sprawie zamówienia publicznego może złożyć oferent, który twierdzi, że instytucja zamawiająca zawarła umowę: a) bez uprzedniego ogłoszenia [...], b) mimo zakazu jej zawarcia wynikającego z tej ustawy lub środków tymczasowych, c) dokonując czynności poza postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, [...], lub d) dokonując czynności zgodnie z § 135 ust. 3 lub § 141 ust. 4 [...].
- 15 Paragraf 264 ust. 1 ustawy nr 134/2016 stanowi, że w postępowaniu wszczętym na wniosek zgodnie z § 254 Urząd zakazuje instytucji zamawiającej wykonywania umowy, jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego albo umowa ramowa została zawarta w sposób określony w § 254 ust. 1. Przyjmuje się, że umowa, której wykonywania Urząd zakazał, jest od początku nieważna, bez konieczności prowadzenia postępowania zgodnie z ust. 3. Ustęp 2 cytowanej regulacji stanowi dalej, że umowa w sprawie zamówienia publicznego staje się nieważna z powodu naruszenia tej ustawy wyłącznie w przypadkach, gdy Urząd zakaze jej wykonywania zgodnie z ust. 1. Nie ma to wpływu na nieważność z innych przyczyn.
- 16 Zgodnie z § 257 lit. j) ustawy nr 134/2016 Urząd umarza wszczęte postępowanie postanowieniem, jeżeli w trakcie postępowania administracyjnego instytucja zamawiająca zawarła umowę na wykonanie przedmiotu rozpatrywanego zamówienia publicznego.
- 17 Zgodnie z § 61 zákon č. 500/2004 Sb., správní řád (ustawy nr 500/2004, kodeks postępowania administracyjnego, zwanej dalej „ustawą 500/2004”) w toku postępowania organ administracyjny może z urzędu lub na wniosek uczestnika zastosować w drodze decyzji środek tymczasowy, jeżeli jest to konieczne do tymczasowego unormowania sytuacji uczestników postępowania [...]. Środek tymczasowy może mieć za przedmiot nakazanie uczestnikowi lub innej osobie uczynienia czegoś, powstrzymania się od czegoś lub znoszenia czegoś, a także zajęcie rzeczy, która może służyć jako dowód, lub rzeczy, która może być przedmiotem egzekucji (ust. 1). Rozstrzygnięcie w sprawie wniosku uczestnika o zastosowanie środka tymczasowego musi zapaść w ciągu 10 dni. Decyzja jest podawana do wiadomości wyłącznie temu, kogo dotyczy, ewentualnie także innemu uczestnikowi, który wystąpił z wnioskiem o jej wydanie. Odwołanie od decyzji o zastosowaniu środka tymczasowego nie ma skutku suspensywnego; może je wnieść tylko uczestnik, któremu decyzję podaje się do wiadomości (ust. 2). Organ administracyjny uchyla środek tymczasowy w drodze decyzji niezwłocznie po ustaniu przyczyny, dla której został on zastosowany. Jeżeli tego nie uczyni, środek tymczasowy upada w dniu, w którym decyzja w danej sprawie stała się wykonalna lub zaczęła wywoływać inne skutki prawne (ust. 3).
- 18 Z § 38 zákon č. 150/2002 Sb., soudní řád správní (ustawy nr 150/2002, kodeks postępowania sądowoadministracyjnego, zwanej dalej „ustawą nr 150/2002”) wynika, że jeżeli zostało złożone odwołanie i konieczne jest tymczasowe unormowanie relacji uczestników z powodu grożącej poważnej szkody, sąd może

na wniosek zastosować w drodze postanowienia środek tymczasowy, którym nakaże uczestnikom uczynienie czegoś, powstrzymanie się od czegoś lub znoszenie czegoś. Z tych samych powodów sąd może nałożyć taki obowiązek również na osobę trzecią, jeżeli można tego od niej zasadnie wymagać (ust. 1). W razie potrzeby sąd żąda od pozostałych uczestników zajęcia stanowiska w przedmiocie wniosku o zastosowanie środka tymczasowego (ust. 2). Sąd rozstrzyga w przedmiocie wniosku o zastosowanie środka tymczasowego bez zbędnej zwłoki; jeżeli nie występuje zagrożenie związane z dłuższym rozpoznaniem wniosku, sąd wydaje rozstrzygnięcie w terminie 30 dni od dnia jego złożenia. Postanowienie w przedmiocie wniosku o zastosowanie środka tymczasowego zawsze wymaga uzasadnienia (ust. 3). Sąd może uchylić lub zmienić postanowienie w przedmiocie środka tymczasowego, jeżeli zmieniają się okoliczności, nawet bez wniosku. Środek tymczasowy upada najpóźniej w dniu, w którym orzeczenie sądu kończące postępowanie stało się wykonalne (ust. 4).

- 19 Zgodnie z § 72 ust. 1 ustawy nr 150/2002 skarga może zostać wniesiona w ciągu dwóch miesięcy od dnia, w którym decyzja została podana do wiadomości strony skarżącej poprzez doręczenie jej odpisu lub w inny sposób przewidziany przez ustawę, chyba że ustawa szczególna przewiduje inny termin.
- 20 Z przepisu § 78 ust. 1 ustawy nr 150/2002 wynika, że jeżeli skarga jest zasadna, sąd uchyla zaskarżoną decyzję z powodu jej niezgodności z prawem lub naruszeń proceduralnych. Sąd uchyla zaskarżoną decyzję z powodu jej niezgodności z prawem również wtedy, gdy stwierdzi, że organ administracyjny przekroczył wynikające z ustawy granice uznania administracyjnego lub nadużył go. Ustęp 4 stanowi dalej, że uchylając decyzję sąd jednocześnie stwierdza, że sprawa zostaje przekazana stronie przeciwnej do dalszego prowadzenia.

III. Analiza przedkładanego pytania prejudycjalnego

- 21 W niniejszej sprawie sąd ma wątpliwości co do tego, czy czeska regulacja prawna, która umożliwia instytucji zamawiającej zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego przed wszczęciem sądowej kontroli decyzji Urzędu w przedmiocie środka odwoławczego (rozklad), ewentualnie zanim sąd zdoła rozstrzygnąć o zastosowaniu środka tymczasowego zakazującego instytucji zamawiającej zawarcia umowy do czasu uprawomocnienia się rozstrzygnięcia w przedmiocie skargi, jest zgodna z wymogami dyrektywy 89/665/EWG oraz z wymogiem zapewnienia efektywnej kontroli sądowej wynikającym z art. 47 karty praw podstawowych.
- 22 Jeżeli w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dojdzie do wykluczenia oferenta, tak jak to miało miejsce w niniejszej sprawie, to przez czas trwania postępowania w przedmiocie odwołania wykluczonego oferenta przed Urzędem obowiązuje 60-dniowy termin blokujący, w trakcie biegu którego nie jest dopuszczalne zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego [§ 246 ust. 1 lit. d) ustawy 134/2016]. Urząd może wydłużyć ten termin stosując środek

tymczasowy zgodnie z § 61 ustawy nr 500/2004, polegający na zakazaniu instytucji zamawiającej zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego do czasu uprawomocnienia się decyzji Urzędu w przedmiocie odwołania. Zastosowany środek tymczasowy upada przy tym najpóźniej wraz z uprawomocnieniem się decyzji prezesa Urzędu w przedmiocie środka odwoławczego (rozklad). Po uprawomocnieniu się decyzji prezesa Urzędu w przedmiocie środka odwoławczego (rozklad) nie ma już przeszkód ku temu, żeby instytucja zamawiająca zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. W związku z tym często dochodzi do sytuacji, w których instytucja zamawiająca zawiera umowę w sprawie zamówienia publicznego zanim do sądu zostanie wniesiona skarga na decyzję prezesa Urzędu w przedmiocie środka odwoławczego (rozklad). Skargę do sądu administracyjnego można wnieść w terminie dwóch miesięcy od dnia doręczenia skarżącemu decyzji administracyjnej wydanej w drugiej instancji (§ 72 ust. 1 ustawy nr 150/2002) i można ją połączyć z wnioskiem o zastosowanie środka tymczasowego polegającego na zakazaniu instytucji zamawiającej zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego przez okres trwania postępowania przed sądem. Nie jest dopuszczalne złożenie wniosku o zastosowanie środka tymczasowego przed złożeniem skargi (§ 38 ustawy nr 150/2002).

- 23 Jeżeli przed złożeniem skargi połączonej z wnioskiem o zastosowanie środka tymczasowego dojdzie do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, to zgodnie z utrwalonym orzecznictwem sąd nie zarządza już zastosowania środka tymczasowego, ponieważ w takiej sytuacji nie występuje już potrzeba tymczasowego unormowania relacji uczestników postępowania [zob. np. postanowienie Krajský soud v Brně (sądu okręgowego w Brnie) z dnia 26 listopada 2020 r., numer sprawy 30 Af 66/2020–88]. W razie uznania, że Urząd w sposób nieprawidłowy ocenił zgodność z prawem wykluczenia oferenta, sąd uchyla decyzję Urzędu z powodu jej niezgodności z prawem i zwraca mu sprawę do dalszego prowadzenia (§ 78 ust. 1 i 4 ustawy nr 150/2002). Jeżeli jednak wcześniej doszło już do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, to Urząd po zwróceniu mu sprawy przez sąd do dalszego prowadzenia nie kontroluje ponownie zasadności odwołania od czynności instytucji zamawiającej stosownie do stanowiska sądu, ale umarza postępowanie odwoławcze w oparciu o § 257 lit. j) ustawy nr 134/2016. Może więc zaistnieć sytuacja, w której sąd przychylił się do argumentacji wykluczonego oferenta, że czynność instytucji zamawiającej polegająca na jego wykluczeniu była niezgodna z prawem i uchyla decyzję wydaną w drugiej instancji przez Urząd z powodu jej niezgodności z prawem, a mimo to wykluczony oferent nie będzie mieć już szansy na uzyskanie zamówienia publicznego, ponieważ w międzyczasie, między uprawomocnieniem się decyzji Urzędu w przedmiocie środka odwoławczego (rozklad) a ewentualnym rozstrzygnięciem sądu w przedmiocie zastosowania środka tymczasowego na czas trwania postępowania sądowego, doszło do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zgodnie z czeskim prawem taki oferent uprawniony jest więc jedynie do tego, by w postępowaniu przed sądem cywilnym zgodnie z zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád (ustawą nr 99/1963, kodeks postępowania cywilnego) domagać się naprawienia szkody

spowodowanej niezgodną z prawem czynnością instytucji zamawiającej. Jednakże w postępowaniu o naprawienie szkody oferent, który został wykluczony z postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego niezgodnie z prawem, uzyska korzystne dla siebie rozstrzygnięcie jedynie wtedy, gdy wykaże: 1) niezgodne z prawem zachowanie instytucji zamawiającej, 2) powstanie szkody, 3) związek przyczynowy między niezgodnym z prawem zachowaniem sprawcy szkody a powstaniem szkody, a w stosownych przypadkach także 4) winę po stronie sprawcy szkody zgodnie z § 2911 zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník (ustawy nr 89/2012, kodeks cywilny) (jednakże, powołując się na wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, zwanego dalej „TSUE”, z dnia 30 października 2010 r., Strabag i in., C-314/09, ECLI:EU:C:2010:567, stwierdzić należy, że w przypadku naprawienia szkody wywołanej naruszeniem prawa zamówień publicznych instytucja zamawiająca będzie ponosić odpowiedzialność za taką szkodę a limine). W praktyce wykazanie przez oferenta, który został wykluczony z postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego niezgodnie z prawem, rzeczywistej szkody oraz związku przyczynowego między niezgodnym z prawem zachowaniem instytucji zamawiającej a powstaniem szkody bywa utrudnione. Nie jest bowiem wystarczające wykazanie jedynie możliwości powstania szkody w wyniku niezgodnej z prawem czynności instytucji zamawiającej, ale faktyczne powstanie szkody i związek przyczynowy muszą być wykazane w sposób pewny.

- 24 Czeskie przepisy prawne uznają Urząd za „organ odwoławczy” w rozumieniu dyrektywy 89/665/EWG. Świadczy o tym również regulacja zawarta w § 246 ustawy nr 134/2016, gdzie określono, w jakich terminach zabronione jest zawarcie przez instytucję zamawiającą umowy w toku postępowania przed Urzędem. Jednakże Urzędu nie można uznać za niezawisły i bezstronny sąd ustanowiony na mocy ustawy w rozumieniu art. 47 karty praw podstawowych.
- 25 TSUE w wyroku z dnia 21 grudnia 2021 r., Randstad Italia, C-497/20, ECLI:EU:C:2021:1037, pkt 73, wyjaśnił, że art. 2a ust. 2 dyrektywy 89/665/EWG musi być interpretowany w świetle art. 47 akapit drugi karty praw podstawowych. Zdaniem TSUE w tych okolicznościach do celów ustalenia, czy wykluczenie oferenta stało się ostateczne, wyrażenie „niezależny organ odwoławczy” w rozumieniu art. 2a ust. 2 dyrektywy 89/665/EWG należy rozumieć w ten sposób, że odnosi się ono do niezawisłego i bezstronnego sądu ustanowionego uprzednio na mocy ustawy w rozumieniu art. 47 karty praw podstawowych.
- 26 Wniosek o konieczności dokonywania wykładni pojęcia „niezależny organ odwoławczy” w świetle art. 47 kart praw podstawowych płynie również z wyroku TSUE z dnia 15 września 2016 r., Star Storage, C-439/14 i C-488/14, ECLI:EU:C:2016:688, który dotyczył wykładni zarówno dyrektywy 89/665/EWG, jak i dyrektywy Rady 92/13/EWG koordynującej 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. W pkt 41 tego wyroku wskazano, że celem dyrektyw jest zapewnienie „by we

wszystkich państwach członkowskich istniały skuteczne środki prawne służące zagwarantowaniu skutecznego stosowania uregulowań Unii w dziedzinie udzielania zamówień publicznych, w szczególności na etapie, na którym naruszenia mogą być jeszcze skorygowane”. Zdaniem TSUE „kandydatom i oferentom, których prawa zostały naruszone przez decyzje instytucji zamawiającej, państwa członkowskie muszą gwarantować poszanowanie prawa do skutecznego środka prawnego i dostępu do bezstronnego sądu, ustanowionych na mocy art. 47 karty” (zob. pkt 46).

- 27 Jeżeli miałyby obowiązywać zasada, że „niezależnym organem odwoławczym” zgodnie z art. 2a ust. 2, ewentualnie art. 2 ust. 3 dyrektywy 89/665/EWG musi być niezawisły sąd, to czeska regulacja prawna umożliwiająca zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego zaraz po uprawomocnieniu się decyzji prezesa Urzędu w przedmiocie środka odwoławczego (rozklad), a więc przed wszczęciem postępowania przed sądem ustanowionym na mocy ustawy zgodnie z art. 47 karty praw podstawowych, byłaby sprzeczna z art. 2a ust. 2 dyrektywy 89/665/EWG i nie zapewniałaby oferentom ubiegającym się o udzielenie zamówienia publicznego, którzy zostali wykluczeni z postępowania w tym przedmiocie, skutecznej kontroli sądowej. Wymóg zapewnienia skutecznej ochrony sądowej wyrażony w art. 47 karty praw podstawowych znajduje potwierdzenie tak w pkt 57–58 wyżej cytowanego wyroku *Randstad*, jak i np. w wyroku TSUE z dnia 17 lipca 2014 r., *Sánchez Morcillo i Abril García*, C-169/14, ECLI:EU:C:2014:2099, pkt 35–36.
- 28 Ocena zgodności krajowej regulacji prawnej z wymogami dyrektywy 89/665/EWG ma decydujące znaczenie dla przebiegu sądowej kontroli zgodności z prawem decyzji zaskarżonej skargą. Jeżeli TSUE stwierdziłoby, że czeski ustawodawca nie wdrożył dyrektywy w wystarczającym zakresie, to zdaniem sądu w przypadku stwierdzenia niezgodności z prawem zaskarżonej decyzji powinien on w swoim wyroku związać Urząd wiążącym poglądem prawnym, co doprowadziłoby do odstąpienia przez Urząd od stosowania przepisów prawa krajowego, które doprowadziły do tego naruszenia (zob. wyrok TSUE z dnia 18 maja 2021 r., *Asociația „Forumul Judecătorilor din România”*, C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 i C-397/19, ECLI:EU:C:2021:393, pkt 250–251). W niniejszej sprawie jedyną rozsądną konsekwencją, respektującą zasadę skuteczności kontroli sądowej, wydawałoby się to, żeby Urząd po tym, jak w postępowaniu sądowym dojdzie do uchylecia jego decyzji z powodu jej niezgodności z prawem i zwrotu sprawy do dalszego prowadzenia, nie stosował regulacji dotyczącej możliwości umorzenia postępowania wobec zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego zgodnie z § 257 lit. j) ustawy 134/2016, ale żeby uznał umowę zawartą przed złożeniem skargi za nieważną i zakazał jej wykonywania, stosując przez analogię § 254 ust. 1 lit. b) w związku z § 264 ust. 1 i 2 ustawy 134/2016. Następnie Urząd powinien ponownie skontrolować zgodność z prawem wykluczenia oferenta stosownie do wiążącego go poglądu prawnego sądu. Tym sposobem oferent zachowałby szansę na wygraną w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

IV. Wnioski

29 [...]

30 [...]

31 [...]

[...]

DOKUMENT ROBOCZY