



Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
ANTHONY'EGO MICHAELA COLLINSA
przedstawiona w dniu 7 grudnia 2023 r.¹

Sprawa C-547/22

INGSTEEL spol. s. r. o.
przeciwko
Úrad pre verejné obstarávanie

[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Okresný súd Bratislava II
(sąd rejonowy Bratysława II, Słowacja)]

Odesłanie prejudycjalne – Zamówienia publiczne – Postępowania odwoławcze – Dyrektywa
89/665/EWG – Odpowiedzialność pozaumowna państw członkowskich – Skarga odrzuconego
oferenta o odszkodowanie za naruszenie prawa Unii – Ustalenie wysokości –
Utracone korzyści – Utrata szansy

I. Wprowadzenie

1. Czy prawo Unii wymaga od państw członkowskich uwzględnienia roszczenia o odszkodowanie z tytułu utraty szansy przez oferenta wykluczonego niezgodnie z prawem z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli postępowanie to zostało zakończone i zawarto umowę z wybranym oferentem? Odpowiedź na to pytanie wymaga od Trybunału Sprawiedliwości ustalenia, czy prawo państw członkowskich reguluje przyznanie odszkodowania, o którym mowa w art. 2 ust. 1 lit. c) dyrektywy Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane². W przypadku odpowiedzi twierdzącej Trybunał powinien zbadać konsekwencje wymogu, aby prawo to było zgodne z zasadą skuteczności

¹ Język oryginału: angielski.

² Dz.U. 1989, L 395, s. 33, zmienionej dyrektywą 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. (Dz.U. 2007, L 335, s. 31) i dyrektywą 2014/23/UE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 lutego 2014 r. (Dz.U. 2014, L 94, s. 1).

II. Ramy prawne

A. Prawo Unii

2. Zgodnie z preambułą dyrektywy 89/665:

„w przypadku niektórych państw członkowskich brak skutecznych środków odwoławczych lub ich nieefektywność powstrzymuje przedsiębiorstwa wspólnotowe od przystępowania do przetargów w państwie członkowskim, w którym ustanowiona jest instytucja zamawiająca; wobec tego państwa członkowskie, których to dotyczy, muszą doprowadzić do poprawy tej sytuacji;

[...]

należy koniecznie zagwarantować istnienie, we wszystkich państwach członkowskich, odpowiednich procedur umożliwiających uchylenie bezprawnych decyzji oraz przyznanie odszkodowania podmiotom poszkodowanym w wyniku naruszenia”.

3. Zgodnie z art. 1 ust. 1 akapit czwarty dyrektywy 89/665:

„Państwa członkowskie przyjmują niezbędne środki, aby zapewnić – w odniesieniu do zamówień objętych zakresem stosowania dyrektywy 2014/24/UE lub dyrektywy 2014/23/UE – możliwość skutecznego [...] odwołania od decyzji podjętych przez instytucje zamawiające [...]”.

4. Artykuł 1 ust. 3 dyrektywy 89/665 stanowi:

„Państwa członkowskie zapewniają dostępność procedur odwoławczych, w ramach szczegółowych przepisów, które państwa członkowskie mogą ustanowić, przynajmniej dla każdego podmiotu, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia i który poniósł szkodę lub może ponieść szkodę w wyniku domniemanego naruszenia”.

5. Zgodnie z art. 2 ust. 1 dyrektywy 89/665:

„Państwa członkowskie zapewniają wprowadzenie do procedur odwoławczych określonych w art. 1 odpowiednich środków obejmujących prawo do:

[...]

c) przyznania odszkodowania podmiotom, które doznały uszczerbku w wyniku naruszenia”.

B. Prawo słowackie

6. Paragraf 3 ust. 1 lit. a) Zákon č. 514/2003 Z. z. o zodpovednosti za škodu spôsobenú pri výkone verejnej moci (ustawy nr 514/2003 o odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przy wykonywaniu władzy publicznej; zwanej dalej „ustawą nr 514/2003”) stanowi, że państwo odpowiada za szkodę wyrządzoną przez organy władzy publicznej przez wydanie niezgodnej z prawem decyzji.

7. Zgodnie z § 5 ust. 1 ustawy nr 514/2003 strona postępowania, która poniosła szkodę w wyniku niezgodnej z prawem decyzji wydanej w ramach tego postępowania, ma prawo do odszkodowania.

8. Paragraf 17 ust. 1 ustawy nr 514/2003 stanowi, że naprawieniu podlega rzeczywista szkoda i utracone korzyści, chyba że przepisy szczególne stanowią inaczej.

9. Zgodnie z § 442 ust. 1 Zákon č. 40/1964 Zb. Občiansky zákonník (ustawy nr 40/1964 – kodeks cywilny; zwanej dalej „kodeksem cywilnym”) w ramach skarg o odszkodowanie naprawieniu podlega rzeczywista szkoda i utracone korzyści.

10. Zákon č. 25/2006 Z. z. o verejnom obstarávaní (ustawa nr 25/2006 o zamówieniach publicznych) nie wydaje się zawierać żadnych przepisów szczególnych regulujących skargi o odszkodowanie związane z udzielaniem zamówień publicznych.

III. Postępowanie główne, wnioski o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym i postępowanie przed Trybunałem

11. W 2013 r. słowacki związek piłki nożnej ogłosił przetarg na udzielenie zamówienia na budowę, restrukturyzację i modernizację stadionów piłki nożnej. INGSTEEL spol s.r.o. (zwana dalej „Ingsteel”), spółka działająca w sektorze budownictwa, wzięła udział w tym postępowaniu. Słowacki związek piłki nożnej wykluczył Ingsteel z tego postępowania ze względu na to, że nie spełniała ona ekonomicznych i finansowych wymogów przetargu. Ingsteel wszczął postępowanie w celu podważenia zgodności z prawem tej decyzji, w ramach którego Najvyšší súd Slovenskej republiky (sąd najwyższy Republiki Słowackiej) zwrócił się do Trybunału z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym.

12. W wyroku z dnia 13 lipca 2017 r., Ingsteel i Metrostav (C-76/16, EU:C:2017:549), Trybunał stwierdził, że dyrektywę 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi³ należy interpretować w ten sposób, że w przypadku gdy ogłoszenie o przetargu wymaga przedstawienia zaświadczenia z banku, który zobowiązuje się w nim do przyznania pożyczki oferentowi, a banki, do których wystąpił oferent, odmawiają wydania takiego zaświadczenia, oferent może być uprawniony do wykazania swojej sytuacji ekonomicznej i finansowej za pomocą innych odpowiednich środków. W świetle wyroku Trybunału, Najvyšší súd Slovenskej republiky (sąd najwyższy Republiki Słowackiej) orzekł, że decyzja o wykluczeniu Ingsteel z przetargu była niezgodna z prawem i uchylił ją. Następnie przekazał sprawę Úrad pre verejné obstarávanie (urzędowi zamówień publicznych, Słowacja) w celu podjęcia odpowiednich środków.

13. Jako że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało zakończone, a instytucja zamawiająca zawarła umowę ramową z wybranym oferentem, Ingsteel wniósł skargę przeciwko Úrad pre verejné obstarávanie (urzędowi zamówień publicznych), w której domagał się między innymi odszkodowania za utratę szansy wygrania przetargu. Spółka ta podniosła, że utrata szansy i utracone korzyści stanowią dwa odrębne roszczenia. Wydaje się, że w prawie słowackim standard dowodowy wymagany do wykazania, że szkoda jest wystarczająco przewidywalna, jest niższy w przypadku roszczeń o odszkodowanie za utratę szansy niż w przypadku roszczeń o odszkodowanie za utracone korzyści.

14. Úrad pre verejné obstarávanie (urząd zamówień publicznych) jest zdania, że roszczenie Ingsteel o odszkodowanie jest hipotetyczne. Nie było bowiem żadnej gwarancji, że Ingsteel zostanie wybranym oferentem lub, gdyby spółka ta została wybrana, że instytucja zamawiająca zawrze z nią umowę.

³ Dz.U. 2004, L 134, s. 114.

15. Okresný súd Bratislava II (sąd rejonowy Bratysława II, Słowacja) zastanawia się, czy dyrektywa 89/665 zobowiązuje go do uwzględnienia roszczenia o odszkodowanie za utratę szansy przez oferenta, w sytuacji gdy sąd uchylił decyzję o wykluczeniu go z postępowania, które doprowadziło do udzielenia zamówienia publicznego i instytucja zamawiająca zawarła umowę z innym oferentem. Sąd ten postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału Sprawiedliwości z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

- „1) Czy praktyka sądu krajowego rozpatrującego spór, którego przedmiotem jest roszczenie o naprawienie szkody wyrządzonej oferentowi niezgodnie z prawem wykluczonemu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stosownie do której odmawia się przyznania odszkodowania z tytułu utraconej szansy jest zgodna z art. 2 ust. 1 lit. c) w związku z art. 2 ust. 6 i 7 [dyrektywy 89/665]?
- 2) Czy praktyka sądu krajowego rozpatrującego spór, którego przedmiotem jest roszczenie o naprawienie szkody wyrządzonej oferentowi niezgodnie z prawem wykluczonemu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stosownie do której częścią roszczenia odszkodowawczego nie jest roszczenie z tytułu utraconych korzyści spowodowanych udaremnieniem możliwości udziału w zamówieniu publicznym, jest zgodna z art. 2 ust. 1 lit. c) w związku z art. 2 ust. 6 i 7 [dyrektywy 89/665]?”.

16. Uwagi na piśmie przedstawiły Úrad pre verejné obstarávanie (urząd zamówień publicznych), rządy czeski, francuski i słowacki oraz Komisja Europejska. Na rozprawie w dniu 20 września 2023 r. rządy czeski i austriacki oraz Komisja przedstawiły swoje stanowiska ustnie oraz odpowiedziały na pytania Trybunału.

IV. Ocena

A. W przedmiocie dopuszczalności

17. Úrad pre verejné obstarávanie (urząd zamówień publicznych) wskazuje na dwa powody, dla których Trybunał powinien uznać wnioski o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym za niedopuszczalne. Po pierwsze, jako że Ingsteel uczestniczył w postępowaniu wspólnie ze spółką Metrostav a.s., która nie jest stroną postępowania przed sądem odsyłającym, nie ma ona czynnej legitymacji procesowej do dochodzenia odszkodowania. Po drugie, jako że Ingsteel początkowo domagał się odszkodowania za utracone korzyści, a nie za utratę szansy, spółka ta nie może dochodzić tego na tym etapie postępowania przed sądem odsyłającym.

18. Rząd słowacki ma również wątpliwości co do dopuszczalności pytań w zakresie, w jakim sąd odsyłający wydaje się pytać Trybunał Sprawiedliwości o to, czy roszczenie Ingsteel o odszkodowanie powinno zostać uwzględnione. Zarówno Úrad pre verejné obstarávanie (urząd zamówień publicznych), jak i rząd słowacki wskazują, że wyłącznie do sądu odsyłającego należy rozstrzygnięcie w przedmiocie zasadności roszczenia Ingsteel.

19. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem w ramach współpracy, którą ustanawia art. 267 TFUE, jedynie do sądu krajowego, przed którym zawisł spór i na którym spoczywa odpowiedzialność za przyszły wyrok, należy, przy uwzględnieniu okoliczności konkretnej sprawy, zarówno ocena, czy dla wydania wyroku jest niezbędne uzyskanie orzeczenia prejudycjalnego, jak również ocena znaczenia pytań, z którymi zwraca się on do Trybunału. Jeśli postawione pytania dotyczą

wykładni prawa Unii, Trybunał jest w zasadzie zobowiązany do wydania orzeczenia⁴. Odmowa wydania przez Trybunał Sprawiedliwości orzeczenia w przedmiocie zadanego przez sąd krajowy pytania jest możliwa tylko wtedy, gdy jest oczywiste, że wykładnia prawa Unii, o którą wniesiono, nie ma żadnego związku ze stanem faktycznym lub z przedmiotem postępowania głównego, gdy problem jest natury hipotetycznej bądź gdy Trybunał nie dysponuje informacjami w zakresie stanu faktycznego lub prawnego niezbędnymi do udzielenia użytecznej odpowiedzi na postawione mu pytania⁵.

20. Pytania sądu odsyłającego dotyczą wykładni art. 2 ust. 1 lit. c) dyrektywy 89/665. Okoliczności faktyczne niniejszej sprawy wskazują, że podniesione w postanowieniu odsyłającym wątpliwości co do dopuszczalności wniesienia skargi o odszkodowanie za utratę szansy na zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego nie wydają się hipotetyczne. Do sądu odsyłającego należy ustalenie, czy zgodnie z prawem krajowym Ingsteel ma czynną legitymację procesową do wniesienia skargi o odszkodowanie za utratę szansy i jakie, jeśli w ogóle, konsekwencje mogą wynikać ze sposobu, w jaki dochodziła ona swoich roszczeń. Z tych względów proponuję, aby Trybunał oddalił zastrzeżenia co do dopuszczalności pytań prejudycjalnych.

B. Co do istoty

1. Uwagi stron

21. Úrad pre verejné obstarávanie (urząd zamówień publicznych) oraz rządy austriacki, czeski, francuski i słowacki wskazują, że określenie kryteriów oceny szkód, które wynikają z naruszenia prawa Unii w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego należy do wewnętrznego porządku prawnego każdego państwa członkowskiego. Strony te przyznają również, że takie przepisy krajowe muszą być zgodne z zasadami równoważności i skuteczności. Jako że dyrektywa 89/665 przewiduje jedynie minimalną harmonizację, nie zawiera ona żadnych wskazówek co do kryteriów, które sądy krajowe powinny uwzględnić przy dokonywaniu tej oceny. Wynika z tego, że dyrektywa 89/665 nie zobowiązuje państw członkowskich do zapewnienia środka prawnego służącego naprawieniu szkody z tytułu utraty szansy na uzyskanie zamówienia publicznego.

22. Rząd czeski sugeruje, że pojęcie szkody w rozumieniu dyrektywy 89/665 nie jest autonomicznym pojęciem prawa Unii. Rząd francuski podziela tę tezę. Wskazuje on, że to podejście jest zgodne z orzecznictwem dotyczącym odpowiedzialności pozaumownej państw członkowskich za naruszenie prawa Unii, zgodnie z którym prawo każdego państwa członkowskiego określa zakres odszkodowania oraz zasady dotyczące oceny jakiegokolwiek szkody spowodowanej takim naruszeniem.

23. Úrad pre verejné obstarávanie (urząd zamówień publicznych) zgadza się z Ingsteel co do tego, że utracone korzyści i utrata szansy są odrębnymi pojęciami, przy czym to drugie polega na utracie szansy na uzyskanie zamówienia publicznego⁶. Wskazuje on, że zgodnie z prawem słowackim na rzecz oferenta wykluczonego niezgodnie z prawem, który może wykazać, że miał realną i wystarczająco wysoką szansę na uzyskanie zamówienia publicznego, może zostać przyznane odszkodowanie za utratę tej szansy. Z kolei rząd czeski i rząd słowacki uważają, że utratę szansy

⁴ Zobacz wyrok z dnia 13 stycznia 2022 r., Regione Puglia (C-110/20, EU:C:2022:5), pkt 23 i przytoczone tam orzecznictwo.

⁵ Ibidem, pkt 24 i przytoczone tam orzecznictwo.

⁶ Zobacz podobnie wyroki: z dnia 21 maja 2008 r., Belfass/Rada (T-495/04, EU:T:2008:160), pkt 124; z dnia 20 września 2011 r., Evropaiki Dynamiki/EBI (T-461/08, EU:T:2011:494), pkt 210; z dnia 28 lutego 2018 r., Vakakis kai Synergates/Komisja (T-292/15, EU:T:2018:103), pkt 187.

można uznać za rodzaj utraconych korzyści. Główna różnica między tymi dwoma pojęciami leży w standardzie dowodowym wymaganym do ustalenia istnienia szkody i odszkodowania, które może zostać przyznane.

24. Rządy austriacki, czeski i słowacki podnoszą, że chociaż orzecznictwo dotyczące odpowiedzialności pozaumownej Unii w dziedzinie zamówień publicznych może dostarczyć kilku wskazówek, to nie może ono zostać przeniesione na grunt stosowania dyrektywy 89/665. O ile sądy Unii przyznawały w niektórych przypadkach odszkodowania za utratę szansy oferentom, których instytucje Unii niezgodnie z prawem wykluczyły z postępowań o udzielenie zamówienia, o tyle sądy te w większości postępowań oddalały takie roszczenia, uznając, że w celu przyznania odszkodowania każda utrata szansy musi być rzeczywista, a nie hipotetyczna.

25. Komisja wskazuje, że chociaż art. 2 ust. 1 lit. c) dyrektywy 89/665 wymaga, aby państwa członkowskie zapewniły przyznanie odszkodowania podmiotom, które doznały uszczerbku w wyniku naruszenia przepisów Unii dotyczących zamówień publicznych, to nie zawiera on szczegółowych warunków spełnienia tego wymogu. Jako że dyrektywa 89/665 przewiduje minimalną harmonizację, państwa członkowskie zachowują swobodę w zakresie zapewnienia wyższego poziomu ochrony podmiotom poszkodowanym w wyniku naruszenia przepisów o zamówieniach publicznych. Do każdego państwa członkowskiego, zgodnie z zasadą autonomii proceduralnej, należy określenie szczegółowych przepisów dotyczących środków prawnych zmierzających do zapewnienia ochrony uprawnień, jakie jednostki wywodzą z prawa Unii, z zastrzeżeniem, że przepisy te muszą być zgodne z zasadami równowagi i skuteczności. Jako że dyrektywa 89/665 zmierza do zapewnienia istnienia skutecznych postępowań odwoławczych w celu zagwarantowania poszanowania zasad leżących u podstaw przepisów dotyczących zamówień publicznych i, docelowo, rynku wewnętrznego, zasada skuteczności jest kluczowa dla rozstrzygnięcia niniejszego odesłania prejudycjalnego.

26. Zdaniem Komisji, skoro instytucja zamawiająca zawarła umowę ramową z innym oferentem, w postępowaniu przed sądem odsyłającym nie jest już możliwe skorygowanie niezgodności z prawem, która dotknęła procedurę udzielania zamówienia. W tych okolicznościach przyznanie odszkodowania stanowi jedyny skuteczny środek prawny dostępny dla oferenta, który poniósł straty z powodu tej niezgodności z prawem. Prawo krajowe, które nie przewiduje możliwości dochodzenia odszkodowania za utratę szansy uzyskania zamówienia z powodu tej niezgodności z prawem, pozbawia Ingsteel dostępu do skutecznego środka prawnego, co jest sprzeczne z dyrektywą 89/665.

2. Ocena

27. Strony postępowania przed Trybunałem są zgodne co do tego, że na pytania przedstawione przez sąd odsyłający należy udzielić jednej odpowiedzi. Jako że sugestia ta jest uzasadniona, proponuję, aby Trybunał przeformułował pytania sądu odsyłającego tak, aby dotyczyły one tego, czy sprzeczne z art. 2 ust. 1 lit. c) dyrektywy 89/665 jest przyjęcie przez sąd krajowy praktyki, w której oferent wykluczony niezgodnie z prawem z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zostaje pozbawiony możliwości dochodzenia odszkodowania za utratę szansy uzyskania tego zamówienia. Mimo że sąd odsyłający zwraca się do Trybunału o dokonanie wykładni art. 2 ust. 1 lit. c) dyrektywy 89/665 w związku z art. 2 ust. 6 i 7 tej dyrektywy, to postanowienie odsyłające nie wskazuje, jaki, i czy w ogóle, wpływ na odpowiedź na zadane pytania mają te ostatnie przepisy. W postanowieniu odsyłającym nie wskazano również, czy Republika Słowacka skorzystała z możliwości przewidzianej w art. 2 ust. 6 dyrektywy 89/665, zgodnie z którą sąd musi uchylić decyzję, której zarzuca się niezgodność z prawem, przed

wystąpieniem o przyznanie odszkodowania⁷. Artykuł 2 ust. 7 dyrektywy 89/665, który stanowi, że prawo krajowe określa skutki korzystania z uprawnień, o których mowa w art. 2 ust. 1, w odniesieniu do umowy zawartej po udzieleniu zamówienia, wydaje się mieć drugorzędne znaczenie⁸. Żadna ze stron, które przedstawiły uwagi na piśmie lub uwagi ustne przed Trybunałem, nie odniosła się do art. 2 ust. 6 lub 7 dyrektywy 89/665 ani nie przedstawiła żadnego argumentu, w którym by się na niego powołała. Jestem zatem zdania, że przeformułowane pytanie nie traci na znaczeniu z powodu pominięcia tych przepisów.

28. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału z wymogu jednolitego stosowania prawa Unii wynika zwykle że, z wyjątkiem sytuacji, w których przepis prawa Unii opisuje pojęcie prawne poprzez odesłanie do prawa państw członkowskich, pojęciu temu należy nadać autonomiczną i jednolitą wykładnię. Wykładnia ta powinna być dokonywana z uwzględnieniem brzmienia danego przepisu, kontekstu, w jakim się pojawia, oraz celu, do jakiego zmierza regulacja, której część ten przepis stanowi⁹.

29. Należy podkreślić, że takie podejście nie jest stosowane we wszystkich przypadkach. Kilka państw członkowskich twierdzi, że pojęcie szkody w rozumieniu dyrektywy 89/665 nie jest autonomicznym pojęciem prawa Unii. Zgadzam się z tym stwierdzeniem z następujących powodów.

30. Artykuł 2 ust. 1 lit. c) dyrektywy 89/665 wyraźnie stanowi, że państwa członkowskie są zobowiązane do zapewnienia, aby procedury odwoławcze obejmowały prawo do przyznania odszkodowania podmiotom, które doznały uszczerbku w wyniku naruszenia. Nie określa ten przepis, na czym polega szkoda, ani nie dostarcza wskazówek, w jaki sposób można ją oszacować¹⁰. Nie wymienia też warunków, na jakich instytucja zamawiająca może być zobowiązana do zapłaty odszkodowania, ani nie wskazuje, jak można obliczyć to odszkodowanie¹¹.

31. Kontekst, w jakim pojawia się art. 2 ust. 1 lit. c) dyrektywy 89/665, zawiera preambułę, zgodnie z którą państwa członkowskie muszą doprowadzić do poprawy sytuacji w razie braku lub nieefektywności środków odwoławczych dostępnych w ich porządkach prawnych. Artykuł 1 ust. 1 akapit czwarty tej dyrektywy stanowi, że państwa członkowskie przyjmują niezbędne środki dla zapewnienia, że od decyzji podjętych przez instytucje zamawiające przysługują skuteczne środki odwoławcze. Artykuł 1 ust. 3 dyrektywy 89/665 stanowi, że państwa członkowskie zapewniają dostępność procedur odwoławczych, zgodnie ze szczegółowymi przepisami, które państwa członkowskie mogą ustanowić. Przepisy te świadczą o tym, że dyrektywa 89/665 wprowadza system minimalnej harmonizacji, w ramach którego państwa członkowskie są odpowiedzialne za formę i charakter środków odwoławczych, jakie muszą być dostępne w ramach kontroli udzielania zamówień publicznych¹². Strony, które przedstawiły uwagi, są

⁷ Z postanowienia odsyłającego wynika, że Najvyšší súd Slovenskej republiky (sąd najwyższy Republiki Słowackiej) uchylił decyzję o wykluczeniu Ingsteela z rozpatrywanego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

⁸ Z wyjątkiem przypadków, o których mowa w art. 2d, 2e oraz 2f dyrektywy 89/665, które nie mają znaczenia dla niniejszej sprawy: wyrok z dnia 11 września 2014 r., Fastweb (C-19/13, EU:C:2014:2194), pkt 52. Zobacz też opinia rzecznika generalnego M. Camposa Sáncheza-Bordony w sprawie Ingsteel i Metrostav (C-76/16, EU:C:2017:226), pkt 69.

⁹ Wyrok z dnia 25 października 2018 r., Anodiki Services EPE (C-260/17, EU:C:2018:864), pkt 25 i przytoczone tam orzecznictwo.

¹⁰ Opinia rzecznika generalnego P. Cruza Villalóna w sprawie Combinatie Spijker Infrabouw/De Jonge Konstruktie i in. (C-568/08, EU:C:2010:515), pkt 106.

¹¹ Zobacz podobnie wyrok z dnia 9 grudnia 2010 r., Combinatie Spijker Infrabouw/De Jonge Konstruktie i in. (C-568/08, EU:C:2010:751), pkt 86.

¹² Zobacz podobnie wyroki: z dnia 21 października 2010 r., Symvoulio Apochetefseon Lefkosias (C-570/08, EU:C:2010:621), pkt 37; z dnia 26 marca 2020 r., Hungeod i in. (C-496/18 i C-497/18, EU:C:2020:240), pkt 73; oraz opinia rzecznika generalnego M. Bobeka w sprawie Marina del Mediterráneo i in. (C-391/15, EU:C:2016:651), pkt 38.

zgodne co do tego, że orzecznictwo potwierdza taki wniosek¹³. Dyrektywa 89/665 wymaga zatem, aby państwa członkowskie zapewniły pewne środki odwoławcze, które muszą być skuteczne, ale nie wskazuje, o jakie środki chodzi¹⁴.

32. Jeśli chodzi o cele dyrektywy 89/665, to zawarty w niej art. 1 ust. 1 w związku z jej preambułą wskazuje, że dyrektywa ta zmierza do zapewnienia dostępności skutecznych procedur odwoławczych od decyzji w sprawie zamówień publicznych. Osoby poszkodowane w wyniku naruszenia przepisów krajowych implementujących dyrektywy Unii w dziedzinie zamówień publicznych muszą mieć dostęp do skutecznych środków odwoławczych w prawie krajowym, tak aby zapewnić wymierny skutek otwarciu postępowań o udzielanie zamówień publicznych na ogólnounijną konkurencję.

33. Wynika z tego, że przyznanie odszkodowania w rozumieniu dyrektywy 89/665 nie jest z założenia autonomicznym i jednolitym pojęciem prawa Unii, tylko raczej pojęciem definiowanym przez prawa państw członkowskich. Dyrektywa 89/665 kładzie nacisk na rezultat, jaki ten proces ma osiągnąć, a nie na treść przepisów, które mają zostać przyjęte, która niewątpliwie będzie się różnić w zależności od państwa członkowskiego. W tym kontekście zwracam uwagę na to, że prawodawca Unii powstrzymał się od zmiany art. 2 ust. 1 dyrektywy 89/665¹⁵. Ponadto orzecznictwo nie zmierzało do określenia żadnych szczegółowych kryteriów ustalenia istnienia szkody i jej oceny w kontekście naruszeń przepisów regulujących udzielanie zamówień publicznych.

34. W braku odpowiednich przepisów prawa Unii, to do porządku prawnego każdego państwa członkowskiego należy ustalenie kryteriów, na podstawie których należy oceniać szkodę spowodowaną naruszeniem prawa Unii podczas postępowań o udzielenie zamówień publicznych¹⁶. Jak, moim zdaniem, słusznie wskazały niektóre strony postępowania w przedmiocie niniejszego wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, kwestie te są objęte zakresem autonomii proceduralnej państw członkowskich¹⁷. Z utrwalonego orzecznictwa wynika, że szczegółowe zasady postępowania w sprawach mających na celu zapewnienie ochrony uprawnień podmiotów prawa wynikających z prawa Unii nie mogą być mniej korzystne niż w przypadku podobnych postępowań o charakterze wewnętrznym (zasada równoważności) i nie mogą powodować w praktyce, że korzystanie z uprawnień wynikających z prawa Unii stanie się niemożliwe lub nadmiernie utrudnione (zasada skuteczności)¹⁸.

35. Dwa dodatkowe względy przemawiają za tym, że ocena odszkodowań przyznawanych na podstawie art. 2 ust. 1 lit. c) dyrektywy 89/665 powinna być rozpatrywana w ramach autonomii proceduralnej państw członkowskich. Po pierwsze, autonomia ta jest praktycznym wyrazem zasady pomocniczości wyrażonej w art. 5 TUE, zgodnie z którym w dziedzinach, które nie należą do jej wyłącznej kompetencji, Unia Europejska podejmuje działania tylko wówczas i tylko w takim zakresie, w jakim cele zamierzonego działania nie mogą zostać osiągnięte w sposób wystarczający

¹³ Zobacz podobnie wyroki: z dnia 30 września 2010 r., Strabag i in. (C-314/09, EU:C:2010:567), pkt 33; z dnia 7 sierpnia 2018 r., Hochtief (C-300/17, EU:C:2018:635), pkt 35.

¹⁴ Wyrok z dnia 18 czerwca 2002 r., HI (C-92/00, EU:C:2002:379), pkt 58. Zobacz także analogicznie wyrok z dnia 11 lipca 1985 r., Foreningen af Arbejdsledere i Danmark (105/84, EU:C:1985:331), pkt 26, w którym Trybunał orzekł, że pojęcie zawarte w dyrektywie wprowadzającej częściową harmonizację nie może stanowić autonomicznego pojęcia prawa Unii, ponieważ dyrektywa ta nie ma na celu ustanowienia jednolitego poziomu ochrony na podstawie wspólnych kryteriów.

¹⁵ Zobacz dyrektywa 2007/66 i dyrektywa 2014/23.

¹⁶ Wyrok z dnia 9 grudnia 2010 r., Combinatie Spijker Infrabouw/De Jonge Konstruktie i in. (C-568/08, EU:C:2010:751), pkt 90.

¹⁷ Wyrok z dnia 30 września 2010 r., Strabag i in. (C-314/09, EU:C:2010:567), pkt 34.

¹⁸ Wyroki: z dnia 9 grudnia 2010 r., Combinatie Spijker Infrabouw/De Jonge Konstruktie i in. (C-568/08, EU:C:2010:751), pkt 91 i przytoczone tam orzecznictwo; z dnia 26 listopada 2015 r., MedEval (C-166/14, EU:C:2015:779), pkt 37.

przez państwa członkowskie. Artykuł 19 ust. 1 akapit drugi TUE, który stanowi, że państwa członkowskie ustanawiają środki niezbędne do zapewnienia skutecznej ochrony prawnej w dziedzinach objętych prawem Unii, pośrednio potwierdza znaczenie tej zasady. Po drugie, tradycje prawne, postępowania i środki odwoławcze mogą się znacznie różnić w zależności od państwa członkowskiego. Na obecnym etapie rozwoju prawa Unii trudno jest wyobrazić sobie jednolity system środków odwoławczych, który funkcjonowałby w równie skuteczny sposób we wszystkich państwach członkowskich w dziedzinie zamówień publicznych¹⁹. Nie wydaje mi się zatem zaskakujące, że – jak wskazano w pkt 33 niniejszej opinii – prawodawca Unii do chwili obecnej nie starał się stworzyć takiego systemu.

36. W uwagach na piśmie i uwagach ustnych Komisja odwołała się do wyroków Trybunału EFTA w sprawach Fosen-Linjen I²⁰ i Fosen-Linjen II²¹, które dotyczyły charakteru odszkodowania na gruncie dyrektywy 89/665 w kontekście roszczenia o utracę korzyści. Trybunał EFTA orzekł, że o ile procedury odwoławcze, o których mowa w dyrektywie 89/665, powinny być tak ujednoczone jak to tylko możliwe dla wszystkich przedsiębiorstw na rynku wewnętrznym, o tyle nie muszą one być ani jednorodne, ani identyczne, skoro dyrektywa 89/665 przewiduje minimalną harmonizację²². Wskazał on, że przyznanie odszkodowania ma trzy cele: (i) zrekompensowanie poniesionych strat; (ii) przywrócenie zaufania w skuteczność obowiązujących ram prawnych; oraz (iii) zniechęcenie instytucji zamawiających do działań niezgodnych z prawem, a tym samym poprawa przestrzegania przepisów²³. Jako że dyrektywa 89/665 nie przewiduje warunków przyznania odszkodowania, do porządku prawnego każdego państwa EOG należy, co do zasady, ustalenie kryteriów, na podstawie których można by dokonać oceny szkody wyrządzonej przez naruszenie prawa w dziedzinie zamówień publicznych²⁴. W tym kontekście porządek prawny każdego państwa EOG musi wprowadzać przepisy regulujące związek przyczynowy i ciężar dowodu²⁵. Te przepisy krajowe muszą być zawsze zgodne z zasadami równoważności i skuteczności²⁶. O ile jest bardziej pożądane, aby naruszenia prawa w dziedzinie zamówień publicznych były korygowane przed zawarciem umowy o zamówienie publiczne, o tyle w niektórych przypadkach przyznanie odszkodowania stanowi jedyny sposób naprawienia takich naruszeń²⁷. Z tych względów, mimo że dyrektywa 89/665 nie wymienia konkretnych elementów szkody, Trybunał EFTA zinterpretował ją w ten sposób, że zobowiązuje ona państwa EOG do umożliwienia dochodzenia odszkodowania za utracę korzyści podmiotom poszkodowanym w wyniku naruszenia prawa zamówień publicznych w ramach postępowania o udzielenie

¹⁹ Okoliczność ta może częściowo wyjaśniać, dlaczego zasady udzielania zamówień publicznych zawarte w rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i Rady (UE, Euratom) 2018/1046 z dnia 18 lipca 2018 r. w sprawie zasad finansowych mających zastosowanie do budżetu ogólnego Unii, zmieniającym rozporządzenia (UE) nr 1296/2013, (UE) nr 1301/2013, (UE) nr 1303/2013, (UE) nr 1304/2013, (UE) nr 1309/2013, (UE) nr 1316/2013, (UE) nr 223/2014 i (UE) nr 283/2014 oraz decyzję nr 541/2014/UE, a także uchylającym rozporządzenie (UE, Euratom) nr 966/2012 (Dz.U. 2018, L 193, s. 1, zwanym dalej „rozporządzeniem finansowym”) nie są identyczne z przepisami dyrektywy 89/665. Zobacz podobnie wyrok z dnia 23 maja 2014 r., *European Dynamics Luxembourg/EBC* (T-553/11, EU:T:2014:275), pkt 110, w którym Sąd orzekł, że system ustanowiony w dyrektywie 89/665 nie może być zastosowany przez analogię do zamówień publicznych udzielanych przez instytucje Unii.

²⁰ Wyrok Trybunału EFTA z dnia 31 października 2017 r., *Fosen-Linjen/AtB* (E-16/16, *EFTA Court Report 2017*, zwany dalej „wyrokiem Fosen-Linjen I”), pkt 90.

²¹ Wyrok Trybunału EFTA z dnia 1 sierpnia 2019 r., *Fosen-Linjen/AtB* (E-7/18, *EFTA Court Report 2019*; zwany dalej „wyrokiem Fosen-Linjen II”).

²² Zobacz podobnie wyroki Trybunału EFTA: z dnia 31 października 2017 r., *Fosen-Linjen/AtB* (E-16/16, *EFTA Court Report 2017*), pkt 67; z dnia 1 sierpnia 2019 r., *Fosen-Linjen/AtB* (E-7/18, *EFTA Court Report 2019*), pkt 109.

²³ Wyrok Trybunału EFTA z dnia 31 października 2017 r., *Fosen-Linjen/AtB* (E-16/16, *EFTA Court Report 2017*), pkt 76.

²⁴ *Ibidem*, pkt 69, 70.

²⁵ Zobacz podobnie *ibidem*, pkt 89, 108.

²⁶ Wyroki Trybunału EFTA: z dnia 31 października 2017 r., *Fosen-Linjen/AtB* (E-16/16, *EFTA Court Report 2017*), pkt 70; z dnia 1 sierpnia 2019 r., *Fosen-Linjen/AtB* (E-7/18, *EFTA Court Report 2019*), pkt 114.

²⁷ Wyrok Trybunału EFTA z dnia 31 października 2017 r., *Fosen-Linjen/AtB* (E-16/16, *EFTA Court Report 2017*), pkt 73.

zamówienia²⁸. Wyroki te wskazują, że funkcjonowanie zasady skuteczności może wymagać zapobiegania temu, aby prawo państwa członkowskiego wyłączało roszczenia z tytułu określonych elementów szkody *in limine*.

37. Jako że Trybunał orzekł, że art. 2 ust. 1 lit. c) dyrektywy 89/665 stanowi urzeczywistnienie zasady odpowiedzialności państwa za szkody wyrządzone jednostkom poprzez naruszenie prawa Unii, które można mu przypisać, a która to zasada jest nieodłączną częścią systemu prawnego Unii²⁹, konieczne jest też, jak zasugerował rząd francuski w uwagach na piśmie, przeanalizowanie orzecznictwa Trybunału dotyczącego ogólnych warunków, na jakich państwa członkowskie ponoszą odpowiedzialność pozaumowną za naruszenie prawa Unii.

38. Od wydania przełomowego wyroku *Francovich* bezsporne jest, że jednostki poszkodowane w wyniku naruszenia prawa Unii przez państwo członkowskie lub podmiot działający w jego imieniu mają prawo do uzyskania naprawienia szkody, o ile spełnią trzy przesłanki: (i) naruszony przepis prawa Unii ma na celu przyznanie uprawnień tym jednostkom; (ii) naruszenie tego przepisu jest wystarczająco istotne oraz (iii) istnieje bezpośredni związek przyczynowy między tym naruszeniem a podnoszoną szkodą³⁰. W wyroku tym Trybunał orzekł również, że chociaż prawo jednostek do uzyskania naprawienia szkody wynika bezpośrednio z prawa Unii, to państwo członkowskie dokonuje naprawienia skutków wszelkich strat i szkód spowodowanych jego naruszeniem poprzez odniesienie do dotyczących odpowiedzialności przepisów prawa krajowego³¹. Do prawa państw członkowskich należy określenie materialnych i formalnych przesłanek naprawienia szkody, zawsze z zastrzeżeniem poszanowania zasady skuteczności³².

39. W wyroku *Brasserie du pêcheur* Trybunał dokonał dalszej analizy kryteriów dotyczących naprawienia szkody³³. Orzekł on, że prawo Unii nie narzuca konkretnych kryteriów w odniesieniu do poszczególnych elementów szkody, które wskazały sądy odsyłające³⁴ i które powinny być przedmiotem prawa krajowego, z zastrzeżeniem poszanowania zasad

²⁸ Wyroki Trybunału EFTA: z dnia 31 października 2017 r., *Fosen-Linjen/AtB* (E-16/16, *EFTA Court Report 2017*), pkt 90; z dnia 1 sierpnia 2019 r., *Fosen-Linjen/AtB* (E-7/18, *EFTA Court Report 2019*), pkt 115, 116.

²⁹ Wyrok z dnia 9 grudnia 2010 r., *Combinatie Spijker Infrabouw-De Jonge Konstruktie* i in. (C-568/08, EU:C:2010:751), pkt 87.

³⁰ Wyroki: z dnia 19 listopada 1991 r., *Francovich* i in. (C-6/90 i C-9/90, EU:C:1991:428, zwany dalej „wyrokiem *Francovich*”), pkt 40; z dnia 5 marca 1996 r., *Brasserie du pêcheur* i *Factortame* (C-46/93 i C-48/93, EU:C:1996:79, zwany dalej „wyrokiem *Brasserie du pêcheur*”), pkt 51.

³¹ Wyrok z dnia 19 listopada 1991 r., *Francovich* i in. (C-6/90 i C-9/90, EU:C:1991:428), pkt 42. Zobacz także wyroki: z dnia 5 marca 1996 r., *Brasserie du pêcheur* i *Factortame* (C-46/93 i C-48/93, EU:C:1996:79), pkt 67; z dnia 30 września 2003 r., *Köbler* (C-224/01, EU:C:2003:513), pkt 58; z dnia 13 marca 2007 r., *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation* (C-524/04, EU:C:2007:161), pkt 123.

³² Wyrok z dnia 19 listopada 1991 r., *Francovich* i in. (C-6/90 i C-9/90, EU:C:1991:428), pkt 43. Zobacz także podobnie wyrok z dnia 17 kwietnia 2007 r., *AGM-COS.MET* (C-470/03, EU:C:2007:213), pkt 89; opinia rzecznika generalnego L. A. Geelhoeda w sprawie *GAT* (C-315/01, EU:C:2002:573), pkt 64.

³³ Wyrok z dnia 5 marca 1996 r., *Brasserie du pêcheur* i *Factortame* (C-46/93 i C-48/93, EU:C:1996:79), pkt 81.

³⁴ Sąd krajowy wyraźnie wskazał wydatki, utracony zysk, utracony przychód i straty spowodowane sprzedażą poniżej wartości w tym kontekście (*ibidem*, pkt 14).

równoważności i skuteczności³⁵. Trybunał wskazał ponadto, że prawo Unii nie dopuszcza całkowitego wykluczenia utraconych korzyści jako elementu szkody, ponieważ takie wyłączenie byłoby sprzeczne z zasadą skuteczności³⁶. W innej sprawie dotyczącej odpowiedzialności pozaumownej państw członkowskich za naruszenie prawa Unii rzecznik generalny P. Léger zasugerował, że szkoda podlegająca naprawieniu może polegać nie tylko na utraconych korzyściach, ale również na utracie szansy, o ile ta ostatnia stanowi wystarczająco pewną konsekwencję zarzucanego naruszenia³⁷. W dziedzinie prawa pracy Trybunał orzekł, że prawo do dochodzenia odszkodowania z tytułu utraty szansy może być wystarczające do usunięcia skutków naruszenia prawa Unii i być zgodne z zasadą skuteczności³⁸. Uwagi te wskazują na to, że zakres autonomii proceduralnej państw członkowskich nie jest nieograniczony, ponieważ Trybunał może określić szczególne obowiązki, aby zapewnić, że jednostki poszkodowane w wyniku naruszenia prawa Unii otrzymują minimalny standard ochrony.

40. Rządy austriacki, czeski i słowacki podnoszą, że orzecznictwo sądów Unii dotyczące utraty szansy jako konsekwencji naruszeń dotyczących udzielania zamówień publicznych przez instytucje Unii nie może być automatycznie zastosowane do okoliczności, w których zostało przedstawione niniejsze odesłanie prejudycjalne. Zgadzam się z tym stanowiskiem. Pomijając przyczynę takiego stanu rzeczy, przepisy dotyczące środków odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych przez instytucje Unii oraz przepisy regulujące udzielanie zamówień publicznych przez instytucje zamawiające różnią się od siebie³⁹. Mimo że Sąd orzekł, że oferent niezgodnie z prawem wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez instytucję Unii może żądać odszkodowania z tytułu utraty szansy⁴⁰, to

³⁵ Ibidem, pkt 83, 84, 88.

W przedmiocie odpowiedzialności pozaumownej państw członkowskich za naruszenie prawa Unii doktryna wydaje się jednomyślnie uznawać, że o ile prawo Unii ustanawia prawo do naprawienia szkody, o tyle dokładna treść wszelkich środków prawnych jest przedmiotem systemów prawnych państw członkowskich, z zastrzeżeniem poszanowania zasad równoważności i skuteczności. Zauważono również, że nie dążąc do zdefiniowania pojęcia szkody, Trybunał pozostawił tę kwestię prawu krajowemu. Zobacz W. Van Gerven, *Of rights, remedies and procedures*, *Common Market Law Review*, vol. 37, issue 3, 2000, s. 511–512. Zobacz też H. Christ, *Compensation for damage: The non-contractual liability of Member States and EU institutions for breaches of EU law*, w: *Europeanization Through Private Law Instruments*, (eds) V. Colcelli, R. Arnold, Regensburg, Universitätsverlag Regensburg 2016, s. 213; A. Biondi, M. Farley, *The right to damages in European law*, Kluwer Law International 2009, s. 76–83; K. Gutman, *Liability for breach of EU law by the Union, Member States and individuals: damages, enforcement and effective judicial protection*, w: *Research handbook on EU institutional law*, (eds) A. Lazowski, S. Blockmans, Edward Elgar Law 2016, s. 460.

Różni autorzy w przedmiocie szkody w dziedzinie zamówień publicznych uważają zgodnie, że definicję szkody najlepiej pozostawić prawom państw członkowskich na podstawie zasady krajowej autonomii proceduralnej, z zastrzeżeniem poszanowania zasad skuteczności i równoważności. Zobacz S. Treumer, *Basis and conditions for a damages claim for breach of the EU public procurement rules*, w: D. Fairgrieve, F. Lichère, *Public procurement law: damages as an effective remedy*, Hart 2011, s. 150. Zobacz też R. Caranta, *Damages for breaches of EU public procurement law: issues of causation and recoverable losses*, w: D. Fairgrieve, F. Lichère, *Public procurement law: damages as an effective remedy*, Hart 2011, s. 167–184; H. Schebesta, *Damages in EU public procurement law*, Springer International Publishing Switzerland 2016, s. 52–60.

³⁶ Wyrok z dnia 5 marca 1996 r., *Brasserie du pêcheur i Factortame (C-46/93 i C-48/93, EU:C:1996:79)*, pkt 87. Zobacz także wyrok z dnia 17 kwietnia 2007 r., *AGM-COS.MET (C-470/03, EU:C:2007:213)*, pkt 89. Trybunał doszedł do tego samego wniosku w odniesieniu do odpowiedzialności pozaumownej jednostek z tytułu naruszenia prawa Unii (wyrok z dnia 13 lipca 2006 r., *Manfredi i in.*, od C-295/04 do C-298/04, EU:C:2006:461), pkt 95, 96.

Zdaniem niektórych autorów orzecznictwo Trybunału dotyczące odpowiedzialności pozaumownej państw członkowskich odzwierciedla delikatną równowagę (i napięcie) między jednością a różnorodnością poprzez wzajemne oddziaływanie między krajową autonomią proceduralną a zasadami równoważności i skuteczności. Zobacz K. Gutman, *Liability for breach of EU law by the Union, Member States and individuals: damages, enforcement and effective judicial protection*, w: *Research handbook on EU institutional law*, (eds) A. Lazowski, S. Blockmans, Edward Elgar Law 2016, s. 465.

³⁷ Opinia rzecznika generalnego P. Légera w sprawie *Hedley Lomas (C-5/94, EU:C:1995:193)*, pkt 183.

³⁸ Wyrok z dnia 7 marca 2018 r., *Santoro (C-494/16, EU:C:2018:166)*, pkt 50.

³⁹ Zobacz podobnie wyroki: z dnia 21 maja 2008 r., *Belfass/Rada (T-495/04, EU:T:2008:160)*, pkt 43; z dnia 3 marca 2011 r., *Evropaiki Dynamiki/Komisja (T-589/08, EU:T:2011:73)*, pkt 22, 23; z dnia 12 lipca 2012 r., *Evropaiki Dynamiki/Frontex (T-476/07, EU:T:2012:366)*, pkt 39–41.

⁴⁰ Zobacz na przykład wyroki: z dnia 20 września 2011 r., *Evropaiki Dynamiki/EBI (T-461/08, EU:T:2011:494)*, pkt 66; z dnia 28 lutego 2018 r., *Vakakis kai Synergates/Komisja (T-292/15, EU:T:2018:103)*, pkt 186–193; z dnia 14 grudnia 2018 r., *East West Consulting/Komisja (T-298/16, EU:T:2018:967)*, pkt 176; z dnia 12 lutego 2019 r., *Vakakis kai Synergates/Komisja (T-292/15, EU:T:2019:84)*, pkt 53.

orzecznictwo to dotyczy odpowiedzialności pozaumownej Unii, a nie państw członkowskich⁴¹. Należy pamiętać, że rola, jaką w takich okolicznościach odgrywają sądy Unii, jest podobna do roli sądów państw członkowskich podczas stosowania odpowiednich krajowych przepisów proceduralnych. To właśnie w tym szczególnym kontekście prawo Unii powinno regulować wszystkie aspekty prawa w dziedzinie udzielania zamówień publicznych przez instytucje Unii, w tym kwestię możliwej odpowiedzialności pozaumownej. Orzecznictwo dotyczące odszkodowań za naruszenia prawa w dziedzinie udzielania zamówień publicznych przez instytucje Unii wskazuje zasadniczo, że utracone korzyści i utrata szansy są odrębnymi pojęciami. Podczas gdy utracone korzyści są oceniane poprzez odniesienie do odszkodowania za utratę zamówienia, utrata szansy obejmuje odszkodowanie za utraconą szansę uzyskania zamówienia⁴². Pojęcie utraty szansy wydaje się być również rozpoznawane w ramach skarg o odszkodowanie w kontekście regulaminu pracowniczego Unii i odpowiedzialności pozaumownej Unii⁴³.

41. Zarówno z brzmienia art. 2 ust. 1 lit. c) dyrektywy 89/665, jak i z celu, do którego zmierza ta dyrektywa, rozumianych w kontekście ogólnych zasad regulujących odpowiedzialność pozaumowną państw członkowskich za naruszenie prawa Unii, wynika, że do prawa państw członkowskich należy określenie elementów szkody, na podstawie których oferent niezgodnie z prawem wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego może dochodzić odszkodowania, pod warunkiem że te przepisy krajowe są zgodne z zasadami równoważności i skuteczności.

42. Materiał, którym dysponuje Trybunał, nie wskazuje na to, żeby w niniejszej sprawie doszło do jakiegokolwiek naruszenia zasady równoważności. Pozostaje pytanie, czy wykładnia sądowa przepisów krajowych, które nie przewidują przyznania odszkodowania z tytułu utraty szansy, jest zgodna z zasadą skuteczności, o której mowa w pkt 34 niniejszej opinii. W tym kontekście ani skuteczność dyrektywy 89/665, ani uprawnienia, jakie przyznaje ona jednostkom, nie mogą być podważane⁴⁴. Trybunał orzekł, że przepisy krajowe, które uzależniają przyznanie odszkodowania od udowodnienia winy lub umyślnego działania instytucji zamawiających, naruszają dyrektywę 89/665, ponieważ przepisy te naruszają pełną skuteczność polityki Unii Europejskiej w dziedzinie zamówień publicznych⁴⁵.

43. W sytuacji gdy oferent uzyska orzeczenie sądu stwierdzające, że został niezgodnie z prawem wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a instytucja zamawiająca udzieliła tego zamówienia innemu oferentowi, wyłączenie możliwości dochodzenia odszkodowania za utratę szansy uzyskania tego zamówienia wydawałoby się naruszać zasadę skuteczności. Sytuacja taka byłaby niezgodna z celem dyrektywy 89/665, jakim jest zagwarantowanie skutecznych środków odwoławczych od decyzji instytucji zamawiających wydanych z naruszeniem prawa Unii, jako że poszkodowany w ten sposób podmiot zostałby pozbawiony dodatkowego środka prawnego, o którym mowa w art. 2 ust. 1 dyrektywy 89/665,

⁴¹ Rozporządzenie finansowe reguluje udzielanie zamówień publicznych przez instytucje Unii. Nie ma ono zastosowania do udzielania zamówień publicznych przez instytucje zamawiające państw członkowskich, które są w istocie regulowane przez dyrektywę 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. 2004, L 134, s. 114).

⁴² Wyrok z dnia 28 lutego 2018 r., *Vakakis kai Synergates/Komisja* (T-292/15, EU:T:2018:103), pkt 188.

⁴³ W kontekście spraw z zakresu służby publicznej zob. wyroki: z dnia 21 lutego 2008 r., *Komisja/Girardot* (C-348/06 P, EU:C:2008:107), pkt 55; z dnia 27 października 1994 r., *C/Komisja* (T-47/93, EU:T:1994:262), pkt 54, 55. Zobacz także opinia rzecznika generalnego P. Cruza Villalóna w sprawie *Giordano/Komisja* (C-611/12 P, EU:C:2014:195), która wyjaśnia, że pojęcie utraty szansy na gruncie prawa do odszkodowania jest związane z pojawieniem się „teorii ryzyka”, która pozwala na obliczenie stopnia prawdopodobieństwa przyszłych zdarzeń. W przedmiocie ogólnej odpowiedzialności pozaumownej Unii z tytułu naruszenia prawa Unii zob. wyrok z dnia 8 maja 2007 r., *Citymo/Komisja* (T-271/04, EU:T:2007:128), pkt 180–182.

⁴⁴ Zobacz podobnie wyrok z dnia 7 sierpnia 2018 r., *Hochtief* (C-300/17, EU:C:2018:635), pkt 38.

⁴⁵ Wyrok z dnia 10 stycznia 2008 r., *Komisja/Portugalia* (C-70/06, EU:C:2008:3), pkt 42.

a mianowicie odszkodowania. To do prawa państw członkowskich należy określenie warunków dochodzenia takiego odszkodowania, w tym ciężaru dowodu i standardu dowodowego, związku przyczynowego oraz obliczenia możliwej do zasądzenia kwoty⁴⁶.

44. Paragraf 442 ust. 1 kodeksu cywilnego stanowi, że w postępowaniu o odszkodowanie naprawieniu podlega rzeczywista szkoda i utracone korzyści. Postanowienie odsyłające wydaje się sugerować, że orzecznictwo sądów krajowych nie przewiduje przyznania odszkodowania z tytułu utraty szansy uzyskania zamówienia publicznego. Na rozprawie rząd słowacki podniósł, że zgodnie z prawem krajowym utrata szansy stanowi część pojęcia utraconych korzyści, które mogą być podstawą do przyznania odszkodowania, pod warunkiem że poszkodowany podmiot może wykazać, iż miał bardzo duże szanse na uzyskanie zamówienia publicznego.

45. Jako że sąd odsyłający jest wyłącznie właściwy do dokonywania wykładni i stosowania przepisów krajowych, do niego należy dokonanie w miarę możliwości wykładni przepisów regulujących roszczenia odszkodowawcze w sposób zapewniający poszanowanie zasady skuteczności. Stosując prawo krajowe, sąd krajowy musi, na tyle, na ile to możliwe, wyklądać je zgodnie z prawem Unii. Wykładnia taka podlega określonym ograniczeniom, w szczególności zakazowi wykładni *contra legem* prawa krajowego. W przypadku gdy sąd krajowy nie jest w stanie dokonać takiej wykładni, musi on w pełni stosować prawo Unii, tak aby chronić prawa, które przyznaje ono jednostkom, w razie potrzeby odstępując od stosowania jakiegokolwiek przepisu w zakresie, w jakim prowadziłoby to do rezultatu sprzecznego z prawem Unii, pod warunkiem, że dany przepis prawa Unii ma skutek bezpośredni⁴⁷. W tym kontekście Trybunał już orzekł, że wymóg dokonywania wykładni zgodnej z prawem Unii może obejmować konieczność zmiany utrwalonego orzecznictwa przez sądy krajowe, jeżeli opiera się ono na wykładni prawa krajowego, której nie da się pogodzić z prawem Unii⁴⁸.

V. Wnioski

46. Proponuję, aby na pytania prejudycjalne przedstawione przez Okresný súd Bratislava II (sąd rejonowy Bratysława II, Słowacja) Trybunał udzielił następującej odpowiedzi:

Artykuł 2 ust. 1 lit. c) dyrektywy Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane należy interpretować w ten sposób, że:

do prawa państw członkowskich należy określenie warunków, na jakich sąd krajowy może orzekać w przedmiocie uregulowanego w tej dyrektywie roszczenia o odszkodowanie wniesionego przez oferenta niezgodnie z prawem wykluczonego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Warunki te obejmują ciężar dowodu i standard dowodowy, związek przyczynowy oraz obliczenie wysokości możliwej do zasądzenia kwoty. Regulujące je prawo państw członkowskich musi być zgodne z zasadami równoważności i skuteczności. Zasada skuteczności

⁴⁶ Według H. Schebesty teoria utraty szansy mogłaby stanowić rozwiązanie powracającego problemu hipotetycznego charakteru strat odrzuconego oferenta. H. Schebesta, *Damages in EU public procurement law*, Springer International Publishing Switzerland 2016, s. 205.

⁴⁷ Zobacz podobnie wyroki: z dnia 27 lutego 2003 r., Santex (C-327/00, EU:C:2003:109), pkt 62–64; z dnia 11 października 2007 r., Lämmerzahl (C-241/06, EU:C:2007:597), pkt 62, 63. Zobacz także wyrok z dnia 24 czerwca 2019 r., Popławski (C-573/17, EU:C:2019:530), pkt 55, 61, 62.

⁴⁸ Wyrok z dnia 24 czerwca 2019 r., Popławski (C-573/17, EU:C:2019:530), pkt 78.

zakłada, że sąd krajowy nie może powoływać się na praktykę uniemożliwiającą dochodzenie przez oferenta niezgodnie z prawem wykluczonego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego odszkodowania za utratę szansy na uzyskanie tego zamówienia.