RZECZPOSPOLITA POLSKA
PROKURATOR GENERALNY

Warszawa, dnia 27 marca 2013 r.

TRYBUNAŁ KONSTYTUCYJNY
KANCELARIA
wpł. dnia 29. 03. 2013
L.dz. ..... L. zał. .....

PG VIII TK 89/12
SK 48/12

TRYBUNAŁ KONSTYTUCYJNY

W związku ze skargą konstytucyjną B B , R C i P C o stwierdzenie, że:

1. art. 394^1 § 1 pkt 2 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. Nr 43, poz. 296 ze zm.) w związku z art. 194 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 19, poz. 177 ze zm.), w brzmieniu obowiązującym w dniu 26 stycznia 2010 r., rozumiany w ten sposób, że zakres pojęcia „postanowienie sądu drugiej instancji co do kosztów procesu, które nie były przedmiotem rozstrzygnięcia sądu pierwszej instancji" nie obejmuje rozstrzygnięcia sądu okręgowego w przedmiocie zwolnienia od kosztów sądowych, wydanego po rozpatrzeniu wniosku o zwolnienie od kosztów sądowych, złożonego wraz ze skargą na postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej, działającej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych, a więc nie przewiduje możliwości zaskarżenia postanowienia sądu okręgowego w przedmiocie zwolnienia od kosztów sądowych (odmowie zwolnienia od kosztów sądowych), jest niezgodny z art. 45 ust. 1, art. 77 ust. 2,

art. 78 w związku z art. 176 ust. 1, art. 31 ust. 3 oraz art. 32 ust. 1 Konstytucji;

2. art. 34 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 167, poz. 1398 ze zm.), w brzmieniu obowiązującym po nowelizacji ustawą z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591), w zakresie, w jakim przepis ten wprowadza wymóg uiszczenia opłaty sądowej od skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej w takiej wysokości, która może uniemożliwić wniesienie tego środka zaskarżenia oraz rozpatrzenie sprawy przez sąd powszechny, jest niezgodny z art. 45 ust. 1, art. 77 ust. 2, art. 78 w związku z art. 176 ust. 1, art. 31 ust. 3 oraz art. 32 ust. 1 Konstytucji

– na podstawie art. 33 w związku z art. 52 ust. 1 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. Nr 102, poz. 643 ze zm.) –

przedstawiam następujące stanowisko:

1) **art. 34 ust. 2 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z 2010 r. Nr 90, poz. 594 ze zm.) jest zgodny z art. 45 ust. 1 w związku z art. 77 ust. 2 oraz z art. 78 ust. 1 Konstytucji oraz nie jest niezgodny z art. 176 ust. 1 Konstytucji;**
2) **w pozostałym zakresie postępowanie podlega umorzeniu na podstawie art. 39 ust. 1 pkt 1 ustawy o Trybunale Konstytucyjnym – ze względu na niedopuszczalność wydania wyroku.**

UZASADNIENIE

B B , R C , P C wnieśli o stwierdzenie, że:

1. art. 394^1 § 1 pkt 2 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. Nr 43, poz. 296 ze zm.) w związku z art. 194 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 19, poz. 177 ze zm.), w brzmieniu obowiązującym w dniu 26 stycznia 2010 r., rozumiany w ten sposób, że zakres pojęcia „postanowienie sądu drugiej instancji co do kosztów procesu, które nie były przedmiotem rozstrzygnięcia sądu pierwszej instancji" nie obejmuje rozstrzygnięcia sądu okręgowego w przedmiocie zwolnienia od kosztów sądowych, wydanego po rozpatrzeniu wniosku o zwolnienie od kosztów sądowych, złożonego wraz ze skargą na postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej, działającej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych, a więc nie przewiduje możliwości zaskarżenia postanowienia sądu okręgowego w przedmiocie zwolnienia od kosztów sądowych (odmowie zwolnienia od kosztów sądowych), jest niezgodny z art. 45 ust. 1, art. 77 ust. 2, art. 78 w związku z art. 176 ust. 1, art. 31 ust. 3 oraz art. 32 ust. 1 Konstytucji;

2. art. 34 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 167, poz. 1398 ze zm.), w brzmieniu obowiązującym po nowelizacji ustawą z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591), w zakresie, w jakim przepis ten wprowadza wymóg uiszczenia opłaty sądowej od skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej

w takiej wysokości, która może uniemożliwić wniesienie tego środka zaskarżenia oraz rozpatrzenie sprawy przez sąd powszechny, jest niezgodny z art. 45 ust. 1, art. 77 ust. 2, art. 78 w związku z art. 176 ust. 1, art. 31 ust. 3 oraz art. 32 ust. 1 Konstytucji.

Skarga konstytucyjna została wniesiona na tle następującego stanu faktycznego.

B B , R C i P C , prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą K s.c. , uczestniczyli w konkursie na opracowanie projektu siedziby M w G . W dniu września 2010 r. Skarżący, jako uczestnicy konkursu, wnieśli protest wobec czynności M , żądając unieważnienia czynności zatwierdzenia rozstrzygnięcia Sądu Konkursowego i całego konkursu.

W dniu września 2010 r. M wydało rozstrzygnięcie oddalające protest. Wobec powyższego Skarżący wnieśli do Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: „KIO") odwołanie od tego rozstrzygnięcia.

Postanowieniem z dnia października 2010 r., sygn. akt , KIO odrzuciła odwołanie Skarżących, uznając, że nie został dochowany dziesięciodniowy termin do wniesienia odwołania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 19, poz. 177 ze zm.; dalej: „p.z.p."), Skarżący wnieśli do Sądu Okręgowego w G , za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, skargę na postanowienie KIO w przedmiocie odrzucenia odwołania. Ponadto, Skarżący złożyli wniosek o zwolnienie od kosztów sądowych przenoszących kwotę zł.

Postanowieniem z dnia grudnia 2010 r., sygn. akt , Sąd Okręgowy w G oddalił wniosek Skarżących o zwolnienie od kosztów sądowych. Orzeczenie to nie zawierało uzasadnienia.

Skarżący złożyli na to postanowienie zażalenie do Sądu Najwyższego, za pośrednictwem Sądu Okręgowego w G , a jednocześnie złożyli wniosek o sporządzenie uzasadnienia orzeczenia z dnia grudnia 2010 r. W dniu grudnia 2010 r. Sąd Okręgowy w G odrzucił zażalenie Skarżących i nie nadał mu dalszego biegu, zaś w przedmiocie wniosku o sporządzenie uzasadnienia – odmówił jego sporządzenia.

Sąd Okręgowy w G , w dniach grudnia 2010 r. i stycznia 2011 r., wezwał Skarżących do uiszczenia opłaty od wniesionej skargi na postanowienie KIO w kwocie zł (nie uwzględniając faktu, że Skarżący uiścili wcześniej opłatę w części opiewającej na kwotę zł).

W dniu stycznia 2011 r. Skarżący wnieśli do Sądu Najwyższego (zarówno bezpośrednio, jak i za pośrednictwem Sądu Okręgowego w G) zażalenie na postanowienie z dnia grudnia 2010 r. w przedmiocie odrzucenia zażalenia.

W dniu stycznia 2011 r. Sąd Okręgowy G odrzucił zażalenie Skarżących, na podstawie art. 394^1 § 2 i 3 w związku z art. 398^{21}, art. 397 § 2 i art. 373 k.p.c.

Wobec tego, że Skarżący nie uiścili opłaty, Sąd Okręgowy w G , postanowieniem z dnia stycznia 2011 r., odrzucił skargę na postanowienie KIO oraz zasądził od Skarżących kwotę zł na rzecz M tytułem zwrotu kosztów postępowania. Postanowienie to, w części odrzucającej skargę, jest prawomocne. W części rozstrzygającej o kosztach postępowania zostało natomiast zaskarżone przez Skarżących, zażaleniem do Sądu Najwyższego. Do

chwili sporządzenia skargi konstytucyjnej nie zapadło w tym przedmiocie rozstrzygnięcie. Sąd Najwyższy, postanowieniem z dnia sierpnia 2011 r., sygn. , oddalił zażalenie już po jej wniesieniu.

Uzasadniając zarzuty przedstawione wobec art. 394^1 § 1 pkt 2 k.p.c. w związku z art. 194 ust. 2 p.z.p., w brzmieniu obowiązującym w dniu 26 stycznia 2011 r., rozumianego w ten sposób, że w pojęciu „postanowienie sądu drugiej instancji co do kosztów procesu, które nie były przedmiotem rozstrzygnięcia sądu pierwszej instancji", nie mieści się rozstrzygnięcie w przedmiocie zwolnienia od kosztów sądowych, wydanego na skutek rozpatrzenia wniosku o zwolnienie od kosztów procesu wniesionego wraz ze skargą na postanowienie KIO przy Prezesie UZP – Skarżący w pierwszej kolejności wskazali, że regulacja ta narusza prawo do sądu, wyrażone w art. 45 ust. 1 i art. 77 ust. 2 Konstytucji. Istnieje bowiem związek pomiędzy zwolnieniem (lub brakiem takiego zwolnienia) a prawem do sądu. Przejawia się on w tym, że ustawodawca ma obowiązek zapewnić obywatelowi możliwość skorzystania z konstytucyjnego prawa do sądu, również wtedy, gdy nie jest on w stanie ponieść ciężaru wymaganych kosztów sądowych. W sprawie Skarżących ich prawo do sądu zostało naruszone przez niedopuszczenie wniesienia przez nich środka odwoławczego i wydanie przez sąd orzeczenia, które nie podlega jakiejkolwiek kontroli, mogącej zapobiec arbitralności i dowolności rozstrzygnięć.

Naruszenia art. 78 i art. 176 ust. 1 Konstytucji przez zaskarżone przepisy art. 394^1§ 1 pkt 2 k.p.c. w związku z art. 194 ust. 2 p.z.p. Skarżący upatrują w uniemożliwieniu zaskarżenia orzeczenia sądu w przedmiocie wniosku o zwolnienie od kosztów sądowych. Jakkolwiek postępowanie przed sądem okręgowym, rozpoznającym skargę na orzeczenie KIO, ma – w sensie materialnoprawnym – charakter drugoinstancyjny, jednak w istocie sąd ten jest sądem pierwszej instancji. I choć konstytucyjna gwarancja dwuinstancyjności

nie wymaga istnienia środków odwoławczych od rozstrzygnięć zapadłych w drugiej instancji, to postanowienie sądu okręgowego w przedmiocie zwolnienia od kosztów sądowych (oddalające wniosek) jest materialnie pierwszym orzeczeniem w tym zakresie, zatem dotyczy go zasada dwuinstancyjności postępowania sądowego. Dodatkowo, jak podkreślają Skarżący, za dopuszczalnością zażalenia na postanowienie sądu okręgowego w przedmiocie zwolnienia od kosztów sądowych od skargi na orzeczenie KIO przemawia zasada sprawiedliwości proceduralnej, której elementem jest postulat zapobiegania arbitralności orzeczeń.

Ponadto, wskutek zastosowania zaskarżonych przepisów art. 394^1§ 1 pkt 2 k.p.c. w związku z art. 194 ust. 2 p.z.p., naruszono prawo Skarżących do równego traktowania (art. 32 ust. 1 Konstytucji) oraz zakaz ograniczania konstytucyjnych praw i wolności w sposób naruszający ich istotę (art. 31 ust. 3 ustawy zasadniczej). Skarżący znaleźli się bowiem w sytuacji gorszej niż podmioty uczestniczące w postępowaniu sądowym prowadzonym na zasadach ogólnych.

W skardze konstytucyjnej, wnosząc o stwierdzenie niekonstytucyjności przepisów art. 394^1§ 1 pkt 2 k.p.c. w związku z art. 194 ust. 2 p.z.p., rozumianych, jak w jej *petitum*, postawiono również tezę, że niekonstytucyjność ta jest wynikiem wykładni zastosowanej w sprawie, na kanwie której wywiedziono skargę konstytucyjną.

Uzasadniając zarzuty postawione przepisom art. 394^1§ 1 pkt 2 k.p.c. w związku z art. 194 ust. 2 p.z.p., Skarżący obszernie powołali się na orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego, w szczególności na ustalenia zawarte w wyroku z dnia 27 marca 2007 r., w sprawie o sygn. SK 3/05 (OTK ZU nr 3/A/2007, poz. 32), w którym za niekonstytucyjną uznano regulację

nieprzewidującą możliwości zaskarżenia postanowienia sądu drugiej instancji w przedmiocie kosztów procesu zasądzonych przez ten sąd po raz pierwszy.

W odniesieniu do zaskarżonego przepisu art. 34 u.k.s.c., Skarżący wskazali, że wprowadza on wymóg uiszczenia opłaty sądowej od skargi na orzeczenie KIO w takiej wysokości, która całkowicie wyłącza, w niektórych przypadkach, możliwość skutecznego wniesienia tego środka zaskarżenia oraz rozpatrzenia sprawy przez sąd powszechny. Zaskarżony przepis składa się z dwóch ustępów, których przedmioty normowania pozostają do siebie w stosunku alternatywy rozłącznej. Sąd Okręgowy w G zastosował w sprawie Skarżących ustęp 2 artykułu 34 u.k.s.c., podczas gdy, w ocenie Skarżących, prawidłowo powinien zastosować jego ustęp 1. To upoważnia, wedle Skarżących, do zakwestionowania, w trybie skargi konstytucyjnej, całego artykułu 34 u.k.s.c. na podstawie tych samych wzorców, jakie przedstawiono wobec art. 394^1§ 1 pkt 2 k.p.c. w związku z art. 194 ust. 2 p.z.p.

Z zagadnieniem dostępności do sądu oraz odpowiedniego ukształtowania procedury sądowej, pozwalającym każdemu na rzeczywiste dochodzenie swych praw, łączy się kwestia kosztów sądowych w sytuacji określenia ich w wygórowanej wysokości, bowiem zbyt wysokie koszty postępowania stanowią istotne ograniczenie dostępu do sądu. Opłaty sądowe, wynikające z art. 34 u.k.s.c., są – zdaniem Skarżących – rażąco wysokie. W przypadku opłat, o których mowa w art. 34 ust. 1 u.k.s.c., opłata ta ma charakter stały i – uwzględniając treść § 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – wynosi od 37 500 zł do 100 000 zł, zaś w odniesieniu do art. 34 ust. 2 u.k.s.c. – ma charakter stosunkowy i wynosi 5 % wartości przedmiotu zamówienia w postępowaniu, którego skarga dotyczy, jednak nie więcej niż 5 000 000 zł. Powołując się na poglądy piśmiennictwa, Skarżący

stwierdzili, że ustanowienie tak wysokich opłat sądowych w wielu wypadkach całkowicie uniemożliwi zaskarżenie orzeczeń KIO do sądu.

Skarżący zwrócili uwagę, że według art. 34 u.k.s.c. w poprzednim brzmieniu, opłata sądowa w sprawach zamówień publicznych miała w każdym przypadku charakter stały i wynosiła zawsze 3 000 zł, a mimo to budziła zastrzeżenia w literaturze przedmiotu oraz w orzecznictwie Sądu Najwyższego.

Skarżący wskazali, że zaskarżony przepis art. 34 u.k.s.c. prowadzi do naruszenia zasady dwuinstancyjności oraz zaskarżalności rozstrzygnięć zapadłych w pierwszej instancji, bowiem rzeczywista dostępność strony do postępowania drugoinstancyjnego, jest ograniczona barierą kosztową. Nie kwestionując faktu, że elementem ryzyka związanego z prowadzeniem działalności gospodarczej jest potencjalna konieczność ponoszenia kosztów sądowych, Skarżący zauważyli jednak, iż obowiązek gromadzenia odpowiednich środków finansowych na poczet ryzyk związanych z prowadzeniem działalności gospodarczej powinien być dostosowany do rozmiarów i rodzaju prowadzonej działalności. Tymczasem bariera kosztowa, jaka jest wynikiem regulacji zawartej w art. 34 u.k.s.c., zdaje się sugerować przyjęcie przez ustawodawcę nieuprawnionego założenia, że z procedury sądowej związanej z postępowaniem w sprawie zamówień publicznych korzystać będą wyłącznie duże podmioty, dysponujące odpowiednimi rezerwami środków finansowych.

Nawiązując do orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, Skarżący stwierdzili, że ustawodawca powinien ustalić koszty postępowania sądowego na możliwie najniższym poziomie, zapewniającym sprawne postępowanie sądowe. Nie powinny one przekraczać rzeczywistych kosztów postępowania, a ponadto niezbędne jest stworzenie odpowiednich rozwiązań prawnych zapewniających dostęp do sądu osobom mniej zamożnym.

Odniesienie się do merytorycznych zarzutów zawartych w skardze konstytucyjnej, należy poprzedzić analizą szeregu zagadnień formalnoprawnych, co pozwoli zarówno na identyfikację rzeczywistego przedmiotu zaskarżenia, jak i – ewentualnie – na rozstrzygnięcie kwestii dopuszczalności wyrokowania w przedmiotowej skardze.

W zakresie pierwszego zarzutu przedstawionego wobec art. 394^1 §1 pkt 2 k.p.c. w związku z art. 194 ust. 2 p.z.p., w brzmieniu obowiązującym w dniu 26 stycznia 2010 r., w rozumieniu wskazanym w *petitum* skargi konstytucyjnej, analizy wymaga:

– kwestia rzeczywistego przedmiotu kontroli;

– problem zmiany brzmienia art. 394^1 k.p.c. – już po złożeniu skargi w Trybunale Konstytucyjnym, co rodzi konieczność oceny, czy dokonana zmiana ma wpływ na treść zakwestionowanej regulacji, a konkretnie – czy można mówić o utracie mocy obowiązującej kwestionowanego przepisu (w świetle art. 39 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. Nr 102, poz. 643, ze zm.; dalej: ustawa o TK);

– fakt, iż art. 394^1 § 1 pkt 2 k.p.c. był już przedmiotem badania w postępowaniu przed Trybunałem Konstytucyjnym, co wymaga przeanalizowania kwestii zasadności kontynuacji niniejszego postępowania.

W odniesieniu do zaskarżonego przepisu art. 34 u.k.s.c. sprecyzowania wymaga rzeczywisty przedmiot kontroli, a także określenie tego przedmiotu w *petitum* skargi konstytucyjnej w formie zakresowej.

Ustalenia wymaga przede wszystkim rzeczywisty przedmiot kontroli, w zakresie punktu pierwszego *petitum* skargi konstytucyjnej. Przedmiotem jej jest przepis art. 394^1 § 1 pkt 2 k.p.c. w związku z art. 194 ust. 2 p.z.p. rozumiany w ten sposób, że zakres pojęcia „postanowienie sądu drugiej instancji co do kosztów procesu, które nie były przedmiotem rozstrzygnięcia sądu pierwszej instancji" nie obejmuje rozstrzygnięcia sądu okręgowego w przedmiocie zwolnienia od kosztów sądowych, wydanego po rozpatrzeniu wniosku o zwolnienie od kosztów sądowych, złożonego wraz ze skargą na postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej, działającej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych, a więc nie przewiduje możliwości zaskarżenia postanowienia sądu okręgowego w przedmiocie zwolnienia od kosztów sądowych (odmowie zwolnienia od kosztów sądowych). Wbrew jednak dosłownemu brzmieniu pkt 1 *petitum* skargi konstytucyjnej, które może sugerować, iż – w przekonaniu Skarżących – rozstrzygnięcie co do konstytucyjności kwestionowanych przepisów winno mieć postać tzw. wyroku interpretacyjnego, za rzeczywisty przedmiot kontroli uznać należy pominięcie ustawodawcze.

W literaturze wskazuje się, że wyrok interpretacyjny jest orzeczeniem, które w sentencji nadaje przepisowi określone rozumienie w celu przypisania mu atrybutu konstytucyjności lub niekonstytucyjności. Interpretacja w tym znaczeniu służy odkodowaniu konstytucyjnie poprawnej normy prawa oraz pozwala pozostawić ją w systemie prawnym, bez derogacji całego przepisu (*vide* – Małgorzata Tulej, *Orzecznictwo interpretacyjne Trybunału Konstytucyjnego a reguły wykładni prawa*, Wydawnictwo Difin, Warszawa 2012, s. 130 – 131). Orzecznictwo interpretacyjne w sposób bezpośredni koresponduje z metodą wykładni ustaw w zgodzie z Konstytucją, odnoszącą się do domniemania konstytucyjności tychże ustaw, pod warunkiem wszakże, iż pozwalają na to reguły wykładni odniesione do brzmienia właściwych

przepisów (*vide* – wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 5 stycznia 1999 r., sygn. K. 27/98, OTK ZU nr 1/1999, poz. 1). Skarżący w uzasadnieniu skargi konstytucyjnej powołują się wprawdzie na zasadę prymatu wykładni zgodnej z Konstytucją, wskazując, że metoda ta może znaleźć zastosowanie wówczas, gdy zapewni ona w praktyce zgodne z Konstytucją rozumienie i stosowanie przepisu prawa, jednak twierdzenia tego, wypowiedzianego niejako abstrakcyjnie, nie skonkretyzowano, w szczególności przez bezpośrednie odniesienie go do zaskarżonych przepisów. Skarga konstytucyjna nie zawiera żadnej argumentacji dowodzącej, iż – korzystając z dopuszczalnych metod wykładni – możliwe jest takie rozumienie przepisu art. 394^1 § 1 pkt 2 k.p.c., w tym użytego w nim pojęcia „co do kosztów procesu, które nie były przedmiotem rozstrzygnięcia sądu pierwszej instancji", by przyjąć, że zaskarżona regulacja, interpretowana w zgodzie z Konstytucją, dopuszcza możliwość wniesienia zażalenia na postanowienie wydane przez sąd okręgowy w przedmiocie zwolnienia od kosztów sądowych, w sprawie rozpoznawanej przez ten sąd w związku ze złożeniem skargi na postanowienie KIO działającej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych. Należy w tym miejscu zaznaczyć, że Sąd Najwyższy w wielu swych orzeczeniach podkreślał, że art. 394^1 § 1 pkt 2 k.p.c., jako rozszerzający krąg wyjątków od zasady niedopuszczalności zażalenia do Sądu Najwyższego na postanowienia sądu drugiej instancji inne, niż kończące postępowanie w sprawie, podlega ścisłej interpretacji (*vide* – postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 7 października 2011 r., sygn. II CZ 45/11, LEX nr 1129101, por. także postanowienia Sądu Najwyższego: z dnia 12 maja 2011 r., sygn. III CZ 22/11, LEX nr 846593; z dnia 14 kwietnia 2011 r., sygn. IV CZ 4/11, LEX nr 1111025 oraz z dnia 11 marca 2011 r., sygn. CZ 187/10, LEX nr 784919). Na tym tle Sąd Najwyższy wyraźnie akcentuje też konieczność odnotowania istotnej różnicy pomiędzy „kosztami sądowymi" a „kosztami procesu". Koszty procesu, w ujęciu przepisów postępowania, są bowiem instytucją procesową, uregulowaną w tytule V Księgi Pierwszej

Kodeksu postępowania cywilnego. Stanowią one, zgodnie z definicją zawartą przede wszystkim w art. 98 § 1 k.p.c., koszty niezbędne do celowego dochodzenia praw i celowej obrony, które strona przegrywająca sprawę obowiązana jest zwrócić przeciwnikowi na jego żądanie. Postanowienie co do kosztów procesu jest więc rozstrzygnięciem o uprawnieniu jednej strony do zwrotu od drugiej strony poniesionych przez stronę i stronie należnych kosztów. Postanowieniem co do kosztów procesu, w rozumieniu art. 394^1 § 1 pkt 2 k.p.c., jest więc rozstrzygnięcie o kosztach „między stronami". Koszty sądowe dotyczą natomiast relacji między stroną (uczestnikiem postępowania) a sądem jako organem władzy sądowniczej państwa, udzielającej ochrony na ustawowo ukształtowanych warunkach odpłatności. Warunki te określone są w ustawie o kosztach sądowych w sprawach cywilnych, w której określono także warunki zwolnienia strony od kosztów sądowych. Rozstrzygnięcie sądu co do zwolnienia od kosztów sądowych, ma odrębną podstawę, odrębną strukturę podmiotową oraz specyficzną funkcję – wykluczające zaliczenie do kategorii postanowień „co do kosztów procesu" (*vide* – postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 23 marca 2010 r., sygn. II PZ 4/10, LEX nr 688681; por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 13 stycznia 2010 r., sygn. II CZ 81/09, LEX nr 677772). Poprzez nawiązanie do poglądów judykatury, Skarżący zdają się okoliczność tę dostrzegać. Dlatego też za przesądzającą dla faktycznego zidentyfikowania przedmiotu zaskarżenia w skardze konstytucyjnej, należy uznać przedstawioną przez nich tezę, iż rozstrzygnięcie o kosztach procesu oraz rozstrzygnięcie w przedmiocie zwolnienia od kosztów sądowych mają odmienny charakter, choć cechują się one istotnym podobieństwem. Niekonstytucyjność zaskarżonego unormowania, zawartego w art. 394^1 § 1 pkt 2 k.p.c., tkwi zatem nie tyle w jego niezgodnej z Konstytucją wykładni, lecz w pominięciu ustawodawczym. Skoro bowiem ustawodawca dopuścił możliwość zaskarżenia postanowienia sądu drugiej instancji w przedmiocie kosztów procesu, usuwając w ten sposób stan niezgodności z Konstytucją, to – ze względu na podobieństwo

tej materii do zwolnienia od kosztów sądowych – winien to samo uczynić w zakresie zwolnienia od kosztów sądowych. W konsekwencji, doprowadzenie do stanu zgodności z Konstytucją zaskarżonej regulacji mogłoby nastąpić poprzez jej uzupełnienie o takie elementy normatywne, które są konieczne z punktu widzenia ustawy zasadniczej. Tak należy – jak się wydaje – rozumieć sens przytoczonego i podkreślonego przez Skarżących poglądu, wyrażonego w zdaniu odrębnym sędziego Trybunału Konstytucyjnego do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 31 marca 2009 r., sygn. SK 19/08 (OTK ZU nr 3/A/2009, poz. 29), w myśl którego treść wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 27 marca 2007 r., sygn. SK 3/05, w którym uznano niekonstytucyjność art. 393^{18} § 2 k.p.c. (stanowiącego odpowiednik art. 394^{1} § 2 k.p.c.) w zakresie, w jakim uniemożliwia zaskarżenie postanowienia w przedmiocie kosztów procesu zasądzonych po raz pierwszy przez sąd drugiej instancji, powinien mieć także zastosowanie do instytucji zwolnienia od kosztów postępowania, jako cechującej się istotnym podobieństwem do kwestii kosztów postępowania.

Taka identyfikacja przedmiotu zaskarżenia nie stoi na przeszkodzie merytorycznemu badaniu zgodności art. 394^{1} § 1 pkt 2 k.p.c. w związku z art. 194 ust. 2 p.z.p., zgodnie bowiem z utrwaloną linią orzeczniczą Trybunału Konstytucyjnego, dopuszczalna jest ocena konstytucyjności aktu normatywnego również z tego punktu widzenia, czy w jego przepisach nie brakuje unormowań, bez których, ze względu na naturę objętej tym aktem regulacji, mogą powstać wątpliwości natury konstytucyjnej (*vide* – postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 29 listopada 2010 r., sygn. P 45/09, OTK ZU nr 9/A/2010, poz. 125). Należy oczywiście zastrzec, że takie uzupełnienie mogłoby nastąpić w wyniku interwencji ustawodawcy, bowiem wyrok Trybunału Konstytucyjnego, o ile oparty byłby również na założeniu istnienia niekonstytucyjnego pominięcia ustawodawczego, nie może prowadzić do „uzupełniania" obowiązującego stanu prawnego o rozwiązania pożądane

z punktu widzenia inicjatora postępowania, ponieważ wykraczałoby to poza konstytucyjną rolę Trybunału Konstytucyjnego jako „negatywnego ustawodawcy" i naruszałoby zasadę podziału władz (*vide* – wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 13 listopada 2007 r., sygn. P 42/06, OTK ZU nr 10/A/2007, poz. 123). Tym niemniej, kontrola sprawowana przez Trybunał Konstytucyjny w przypadku pominięcia ustawodawczego jest istotnym instrumentem badania konstytucyjności prawa, jak również narzędziem metodologicznym służącym rozpoznawaniu problemu konstytucyjnego (*vide* – wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 16 listopada 2010 r., sygn. K 2/10, OTK ZU nr 9/A/2010, poz. 102).

W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego wskazuje się, że inicjator kontroli konstytucyjności winien wskazać konkretną normę, której uzupełnienie powinno doprowadzić do sanacji stanu niekonstytucyjności, oraz że niewystarczające jest kwestionowanie wielu przepisów, które łącznie tworzą reżim jakiejś instytucji prawnej, bez wskazania, która norma jest dotknięta pominięciem ustawodawczym (*vide* – postanowienie z dnia 13 kwietnia 2010 r., sygn. P 35/09, OTK ZU nr 4/A/2010, poz. 39). Z istotą zarzutu pominięcia prawodawczego łączą się często trudności z jednoznacznym wskazaniem przepisu lub przepisów, z którymi ma on być powiązany (jest to widoczne choćby w dotychczasowym orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego w odniesieniu do konstytucyjnego problemu braku zaskarżalności niektórych orzeczeń sądu drugiej instancji, który wiązano z art. 394^1 § 1 lub 2 k.p.c.). Wynika to przede wszystkim z tego, że zarzut pominięcia ustawodawczego wiąże się zwykle z zarzutem dyskryminacji, tj. gdy ustawodawca unormował jakąś sferę stosunków społecznych, ale uczynił to w sposób niepełny, naruszając zarazem konstytucyjną zasadę równości. Zarzut niepełnej regulacji winien w takiej sytuacji uwzględniać charakter (naturę) i treść przepisu, do którego jest skierowany, a zatem wskazywać na pewien związek pomiędzy

kwestionowanym – jako zawierającym niepełną regulację – przepisem prawa a brakującą w nim – konieczną ze względu na wymogi Konstytucji – treścią (*vide* – wyroki: z dnia 17 kwietnia 2007 r., sygn. SK 20/05, OTK ZU nr 4/A/2007, poz. 38 i z dnia 19 maja 2011 r., sygn. SK 9/08, OTK ZU nr 4/A/2011, poz. 34). Obowiązek precyzyjnego wskazania konkretnej normy, której uzupełnienie powinno doprowadzić do sanacji stanu niekonstytucyjności, musi być w pewnym sensie łagodzony przez uwzględnienie ograniczonych możliwości skarżących co do jednoznacznego wskazania przepisu o zbyt wąskim zakresie regulacji, w szczególności gdy materia, objęta skargą konstytucyjną, podlegała licznym nowelizacjom utrudniającym identyfikację przepisu dotkniętego pominięciem prawodawczym. W wyroku z dnia 31 października 2012 r., w sprawie SK 20/11, Trybunał Konstytucyjny podkreślił, że choć problemem podniesionym w rozpatrywanej wówczas skardze był brak zaskarżalności określonego postanowienia sądu drugiej instancji, a katalog tych postanowień wynika z całego art. 394^1 § 1 k.p.c., to wskazanie przepisu art. 394^1 § 1 pkt 2 k.p.c., jako zbyt wąskiego treściowo, można uznać za prawidłowe z punktu widzenia przesłanek warunkujących rozpoznanie skargi konstytucyjnej, gdyż ten właśnie przepis odnosi się do orzekania o kosztach procesu, a zatem do problematyki podobnej (choć nie tożsamej) z regulacją pominiętą: przyznawaniem kosztów pomocy prawnej udzielonej z urzędu. Trybunał Konstytucyjny podkreślił wówczas również, iż orzekanie o pominięciach prawodawczych jest kompetencją, którą należy postrzegać w kategoriach wyjątku, gdyż w sprawach dotyczących zakresu unormowania przepisów, Trybunał Konstytucyjny wychodzi poza tradycyjną rolę ustawodawcy negatywnego, ingerując w działalność prawotwórczą organów tworzących prawo. Nie jest więc jego rolą decydowanie co do wprowadzenia brakującej materii w konkretny ustęp, punkt czy tiret, gdyż jest to zadaniem prawodawcy (*vide* – OTK ZU nr 9/A/2012, poz. 110).

Kwestia prawidłowego wskazania przepisu prawa, z którym skarga konstytucyjna łączy zarzut pominięcia ustawodawczego, wiąże się ze zmianami stanu prawnego, jakie nastąpiły już po zainicjowaniu kontroli konstytucyjności w przedmiotowej sprawie. Wskutek zmian ustawodawczych nie istnieje już bowiem stan prawny, do którego odnosiły się zarzuty Skarżących. Przepis art. 394^1 § 1 k.p.c. w dniu wniesienia skargi konstytucyjnej stanowił, że zażalenie do Sądu Najwyższego przysługuje na postanowienie sądu drugiej instancji:

1) odrzucające skargę kasacyjną oraz skargę o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia;

2) co do kosztów procesu, które nie były przedmiotem rozstrzygnięcia sądu pierwszej instancji.

Wskazane brzmienie przepisu art. 394^1 § 1 k.p.c. ustalił art. 1 ustawy z dnia 19 marca 2009 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. Nr 69, poz. 592), stanowiącej implementację wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 27 marca 2007 r., sygn. SK 3/05 (OTK ZU nr 3/A/2007, poz. 32), zgodnie z którym przepis art. 393^{18} § 2 k.p.c., w brzmieniu obowiązującym do czasu jego uchylenia przez art. 1 pkt 11 ustawy z dnia 22 grudnia 2004 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych (Dz. U. z 2005 r. Nr 13, poz. 98), w zakresie, w jakim uniemożliwia zaskarżenie postanowienia w przedmiocie kosztów procesu zasądzonych po raz pierwszy przez sąd drugiej instancji, jest niezgodny z art. 78 w związku z art. 176 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej (*vide – uzasadnienie senackiego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego*, druk sejmowy VI Kadencji nr 1228).

Przepis art. 394^1 § 1 k.p.c. zmienił swoje otoczenie normatywne z dniem 20 lipca 2011 r., tj. wraz z wejściem w życie ustawy z dnia 28 kwietnia 2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. Nr 138, poz. 806). Na mocy art. 1 pkt 2 tej nowelizacji do k.p.c. dodano art. 394^2, w którym

enumeratywnie wskazano postanowienia sądu drugiej instancji, od których służy zażalenie do innego równorzędnego składu tego sądu (oddalające wniosek o wyłączenie sędziego, w przedmiocie skazania świadka, biegłego, strony, jej pełnomocnika oraz osoby trzeciej na grzywnę, zarządzenia przymusowego sprowadzenia i aresztowania świadka oraz odmowy zwolnienia świadka i biegłego od grzywny i świadka od przymusowego sprowadzenia, z wyjątkiem postanowień wydanych w wyniku rozpoznania zażalenia na postanowienie sądu pierwszej instancji). Dla kwestionowanego w skardze konstytucyjnej pominięcia prawodawczego zmiana ta nie ma bezpośredniego znaczenia. Istotniejsze są natomiast kolejne zmiany art. 394^1 § 1 oraz art. 394^2 k.p.c., wprowadzone ustawą z dnia 16 września 2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz o zmianie innych ustaw (Dz. U. Nr 233, poz. 1381). W brzemieniu ustalonym przez tę drugą nowelizację (i obowiązującym obecnie) przepis art. 394^1 § 1 k.p.c., stanowiąc, że „zażalenie do Sądu Najwyższego przysługuje na postanowienie sądu drugiej instancji odrzucające skargę kasacyjną oraz na postanowienie sądu drugiej lub pierwszej instancji odrzucające skargę o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia", nie przewiduje już zaskarżenia zażaleniem postanowień sądu drugiej instancji co do kosztów procesu, które nie były przedmiotem rozstrzygnięcia sądu pierwszej instancji. Jednocześnie, na podstawie art. 1 pkt 40 ustawy z 16 września 2011 r., rozszerzono zakres zastosowania art. 394^2 k.p.c. poprzez umożliwienie wniesienia zażalenia także na postanowienia sądu drugiej instancji w przedmiocie zwrotu kosztów procesu do innego składu tego sądu. Obecnie więc norma, której zarzucono pominięcie ustawodawcze, jest wysłowiona w przepisie art. 394^2 k.p.c.

Zgodnie z art. 39 ust. 1 pkt 3 ustawy o Trybunale Konstytucyjnym, Trybunał umarza postępowanie, jeżeli akt normatywny w zakwestionowanym zakresie utracił moc obowiązującą przed wydaniem orzeczenia. Należy jednak

przypomnieć, że z art. 39 ust. 3 ustawy o Trybunale Konstytucyjnym wynika, iż przepisu art. 39 ust. 1 pkt 3 nie stosuje się, jeżeli wydanie orzeczenia o akcie normatywnym, który utracił moc obowiązującą przed wydaniem orzeczenia, jest konieczne dla ochrony konstytucyjnych wolności i praw. Przesłanką zastosowania art. 39 ust. 3 ustawy o Trybunale Konstytucyjnym, a więc podjęcia kontroli konstytucyjności przepisu już nieobowiązującego, jest stwierdzenie konieczności takiej kontroli dla ochrony konstytucyjnych praw i wolności. Przesłanka uzasadniająca kontrolę konstytucyjności zaskarżonego przepisu, który utracił powszechną moc obowiązywania, wynika więc z ustalenia, że zachodzi związek pomiędzy zaskarżoną regulacją a ochroną konstytucyjnych praw i wolności.

W świetle orzecznictwa Trybunału związek taki zachodzi wówczas, gdy spełnione są równocześnie trzy przesłanki, a mianowicie:

– po pierwsze, przepis będący przedmiotem oceny konstytucyjnej zawiera treści normatywne odnoszące się do sfery praw i wolności konstytucyjnie chronionych;

– po drugie, nie istnieje żaden alternatywny instrument prawny (poza ewentualnym uznaniem przepisu za niekonstytucyjny), który mógłby spowodować zmianę sytuacji prawnej ukształtowanej definitywnie, zanim ów przepis utracił moc obowiązującą;

– po trzecie, ewentualne uznanie danego przepisu za niekonstytucyjny stanowić będzie skuteczny środek ochrony praw naruszonych obowiązywaniem kwestionowanej regulacji prawnej (*vide* – wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 21 maja 2001 r., sygn. SK 15/00, OTK ZU nr 4/2001, poz. 85).

Oceniając – z tego punktu widzenia – dopuszczalność orzekania w przedmiotowej sprawie, należy uznać, że istnieją przesłanki do zastosowania art. 39 ust. 3 ustawy o Trybunale Konstytucyjnym.

Uznanie, że nie zachodzą przesłanki do umorzenia postępowania ze względu na niedopuszczalność wydania wyroku (utrata mocy obowiązującej), nie przesądza ostatecznie o dopuszczalności merytorycznej kontroli zaskarżonego przepisu. Trzeba bowiem przypomnieć, że art. 394^1 § 1 pkt 2 k.p.c. podlegał już kontroli Trybunału Konstytucyjnego. Należy zatem rozważyć, czy nie zachodzi przesłanka umorzenia postępowania na podstawie art. 39 ust. 1 pkt 1 ustawy o Trybunale Konstytucyjnym ze względu na zbędność orzekania.

Zagadnienie zaskarżalności postanowień sądu drugiej instancji w postępowaniu cywilnym było przedmiotem wielu rozstrzygnięć Trybunału Konstytucyjnego. Z reguły, jako przedmiot kontroli wskazywano w nich przepis art. 394^1 § 2 k.p.c. (lub odpowiadający mu treścią obowiązujący poprzednio art. 393^{18} § 2 k.p.c.), choć – co należy podkreślić – istotą badanych wówczas zarzutów były pominięcia ustawodawcze. Rozstrzygnięcia Trybunału Konstytucyjnego miały zwykle charakter zakresowy, odnoszący się do określonego stosowania przepisu art. 394^1 § 2 k.p.c., czy – ujmując rzecz precyzyjniej – do obszaru, jaki unormowanie to w swej dyspozycji pomija. W szczególności, orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego dotyczyły kwestii braku zaskarżalności rozstrzygnięć wydawanych przez sąd drugiej instancji w przedmiocie kosztów procesu, zwolnienia od kosztów sądowych, odrzucenia skargi o wznowienia postępowania w sprawach, w których nie przysługuje skarga kasacyjna, oraz oddalenia wniosku o wyłączenie sędziego (*vide* – wyroki: z dnia 31 marca 2009 r., sygn. SK 19/08, OTK ZU nr 3/A/2009, poz. 29; z dnia 12 stycznia 2010 r., sygn. SK 2/09, OTK ZU nr 1/A/2010, poz. 1; z dnia 9 lutego 2010 r., sygn. SK 10/09, OTK ZU nr 2/A/2010, poz. 10 oraz z dnia 2 czerwca 2010 r., sygn. SK 38/09, OTK ZU nr 5/A/2010, poz. 46). Ze względu na fakt, iż przedmiotem powołanych rozstrzygnięć był przepis art. 394^1 § 2 k.p.c., nie stanowią one przeszkody do rozpoznania skargi konstytucyjnej w

przedmiotowej sprawie. Zgodnie bowiem z przyjmowanym w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego rozumieniem zasady *ne bis in idem*, znajdzie ona zastosowanie tylko wówczas, jeżeli te same przepisy (nie normy prawne o tej samej treści) zostały już wcześniej zakwestionowane w oparciu o te same zarzuty (*vide* – postanowienie z dnia 3 października 2001 r., sygn. SK 3/01, OTK ZU nr 7/2001, poz. 218).

Z kolei wyrokiem z dnia 30 października 2012 r., w sprawie o sygn. SK 20/11, Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że art. 394^1 § 1 pkt 2 k.p.c., w brzmieniu obowiązującym do 2 maja 2012 r., w zakresie, w jakim nie przewidywał zażalenia na postanowienie sądu drugiej instancji oddalające wniosek pełnomocnika ustanowionego z urzędu o przyznanie od Skarbu Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej w postępowaniu przed sądem drugiej instancji, jest niezgodny z art. 45 ust. 1 i art. 176 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji (OTK ZU nr 9/A/2012, poz. 110). Również ten wyrok nie stanowi przeszkody w rozpoznaniu przedmiotowej skargi. Choć przedmiotem rozstrzygnięcia Trybunału Konstytucyjnego był przepis 394^1 § 1 pkt 2 k.p.c., to jednak stwierdzenie jego niekonstytucyjności dotyczyło zakresu stosowania, który nie jest tożsamy z zakresem zaskarżenia objętym przedmiotową skargą konstytucyjną.

W kontekście analizowanego zagadnienia szczególnej uwagi wymaga wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 31 marca 2009 r., w sprawie o sygn. SK 19/08. Wyrokiem tym uznano, że art. 394^1 § 2 k.p.c. jest zgodny z art. 45 ust. 1 i art. 78 w związku z art. 176 ust. 1 Konstytucji. Orzeczenie to, odmiennie niż pozostałe z powołanych wyroków, nie ma charakteru zakresowego. Tym niemniej należy zauważyć, iż przedmiotem zaskarżenia był w nim przepis art. 394^1 § 2 k.p.c. „w zakresie, w jakim uniemożliwia zaskarżenie postanowienia o odmowie zwolnienia od kosztów sądowych wydanego po raz pierwszy przez sąd

drugiej instancji". Analiza uzasadnienia wyroku wskazuje natomiast, że problemem konstytucyjnym, jaki poddano wówczas badaniu, był brak zaskarżalności postanowienia sądu drugiej instancji w przedmiocie odmowy zwolnienia od kosztów sądowych. O ile zatem brak tożsamości przedmiotu zaskarżenia w sprawie SK 19/08 i w sprawie przedmiotowej skargi konstytucyjnej wyklucza umorzenie postępowania ze względu na przesłankę *ne bis in idem*, o tyle bardzo zbliżony (czy niemal identyczny) problem konstytucyjny wskazuje na adekwatność ustaleń Trybunału Konstytucyjnego, poczynionych w powołanym wyroku, w odniesieniu do sprawy Skarżących.

Dodatkowo wskazać trzeba, że również przepis art. 194 ust. 2 p.z.p., wskazany w skardze konstytucyjnej jako przepis związkowy z art. 394^1 § 1 pkt 2 k.p.c., podlegał nowelizacji. Zgodnie z ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) przepis art. 194 p.z.p. otrzymał nowe brzmienie:

„Art. 194. Izba, stwierdzając naruszenie przepisu art. 94 ust. 1 i 2 albo art. 183 ust. 1, które nie było połączone z naruszeniem innego przepisu ustawy, nakłada na zamawiającego karę finansową w wysokości do 5 % wartości wynagrodzenia wykonawcy przewidzianego w zawartej umowie, biorąc pod uwagę wszystkie istotne okoliczności dotyczące udzielenia zamówienia.".

Obecna treść normatywna zawarta w art. 194 p.z.p. jest obojętna w świetle zarzutów skargi konstytucyjnej, natomiast dotychczasowe unormowanie art. 194 zostało „przeniesione" do dodanego art. 198a w brzmieniu:

„Art. 198a. 1. Na orzeczenie Izby stronom oraz uczestnikom postępowania odwoławczego przysługuje skarga do sądu.

3. W postępowaniu toczącym się wskutek wniesienia skargi stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks

postępowania cywilnego o apelacji, jeżeli przepisy niniejszego rozdziału nie stanowią inaczej.”.

Zmiany ustawodawcze, dotyczące zaskarżonego przepisu art. 194 ust. 2 p.z.p., nie są – w świetle art. 39 ust. 1 pkt 3 ustawy o Trybunale Konstytucyjnym – istotne z punktu widzenia dopuszczalności kontroli konstytucyjności, gdyż mimo utraty mocy tego przepisu, w brzmieniu obowiązującym w dniu 26 stycznia 2010 r., poddanie go konstytucyjnej ocenie służy ochronie konstytucyjnych wolności i praw.

W odniesieniu do zaskarżonego przepisu art. 34 u.k.s.c., należy stwierdzić, że składa się on z dwóch ustępów o następującym brzmieniu:

„Art. 34. 1. Od skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych pobiera się opłatę stałą w wysokości pięciokrotności wpisu wniesionego od odwołania w sprawie, której dotyczy skarga, z zastrzeżeniem ust. 2.

2. Jeżeli skarga, o której mowa w ust. 1, dotyczy czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego podjętych po otwarciu ofert, pobiera się opłatę stosunkową w wysokości 5 % wartości przedmiotu zamówienia w postępowaniu, którego skarga dotyczy, jednak nie więcej niż 5 000 000 złotych.”.

W sprawie Skarżących zastosowanie znalazł ustęp 2 artykułu 34 u.k.s.c., co wynika wprost z uzasadnienia postanowienia Sadu Okręgowego w G z dnia stycznia 2011 r. Zdaniem Skarżących dokonana przez sąd subsumcja jest nieprawidłowa, bowiem – ich zdaniem – zastosować należało w rzeczywistości przepis ustępu 1 artykułu 34 u.k.s.c. Jednak błędna, wedle Skarżących, kwalifikacja stanu faktycznego w ich sprawie, skutkująca przyjęciem niewłaściwej podstawy określenia wysokości należnych od Skarżących kosztów sądowych, nie upoważnia do przedstawienia do kontroli

konstytucyjności – w trybie skargi konstytucyjnej – przepisu art. 34 ust. 1 u.k.s.c., który nie był podstawą rozstrzygnięcia w ich sprawie. Nadałoby to bowiem kontroli konstytucyjności charakter abstrakcyjny. Z tego względu postępowanie w zakresie zaskarżonego przepisu art. 34 ust.1 u.k.s.c. podlega umorzeniu ze względu na niedopuszczalność orzekania.

W odniesieniu zaś do zakresowego określenia przedmiotu zaskarżenia art. 34 ust. 2 u.k.s.c. należy przyjąć, że sformułowanie użyte w *petitum* skargi konstytucyjnej obejmuje w istocie całość treści normatywnej, jaką wysławia zakwestionowany przepis.

Ostatnią kwestią, wymagającą analizy w kontekście obu zaskarżonych regulacji, jest prawidłowe wskazanie orzeczeń sądowych, z którymi wiąże się naruszenie konstytucyjnych praw i wolności Skarżących.

Zgodnie z art. 79 Konstytucji, skarga konstytucyjna może dotyczyć wyłącznie aktu normatywnego, na podstawie którego sąd lub organ administracji publicznej orzekł ostatecznie o wolnościach, prawach lub obowiązkach skarżącego określonych w Konstytucji. Stosownie do treści tego przepisu, rozpoznając wniesioną skargę, Trybunał Konstytucyjny jest obowiązany w każdym przypadku ustalić, czy na podstawie zaskarżonych przepisów sąd lub organ administracji publicznej orzekł ostatecznie o konstytucyjnych wolnościach, prawach lub obowiązkach skarżącego.

Między normą będącą przedmiotem kontroli w postępowaniu przed Trybunałem Konstytucyjnym a podstawą prawną ostatecznego orzeczenia musi zatem istnieć związek. Związek ten nie kształtuje się identycznie we wszystkich wypadkach skargi konstytucyjnej. Jest on najściślejszy, gdy zarzut niekonstytucyjności dotyczy przepisów ustawy albo innego aktu normatywnego

wprost powołanych w sentencji ostatecznego orzeczenia. Tego rodzaju sytuacje są typowe i należą do najczęstszych na tle praktyki Trybunału.

Skarżący wskazują na postanowienie Sądu Okręgowego z dnia stycznia 2011 r., sygn. , o odrzuceniu skargi na postanowienie KIO w Warszawie z dnia października 2010 r., jako orzeczenie, z którym wiążą naruszenie swoich konstytucyjnych praw i wolności. Z jego uzasadnienia wynika, że podstawą tego rozstrzygnięcia był przepis art. 198e ust. 1 p.z.p., zgodnie z którym sąd, na posiedzeniu niejawnym, odrzuca skargę wniesioną po upływie terminu lub niedopuszczalną z innych przyczyn, jak również skargę, której braków strona nie uzupełniła w terminie. Ze względu na to, iż w sprawie Skarżących owa niedopuszczalność skargi, skutkująca jej odrzuceniem, wynikała z faktu jej nieopłacenia (nieuiszczenia opłaty sądowej w wymaganej prawem wysokości), bez wątpienia sąd, konstruując indywidualną normę prawną w sprawie Skarżących, zastosował przepis określający wysokość opłaty sądowej – art. 34 ust. 2 u.k.s.c. Należy zatem przyjąć, że w odniesieniu do tego przepisu istnieje, wymagany przez art. 79 Konstytucji, związek między orzeczeniem z dnia stycznia 2011 r. a przedmiotem kontroli konstytucyjności.

Wątpliwości może natomiast budzić istnienie takiego związku pomiędzy powołanym orzeczeniem z dnia stycznia 2011 r. a drugim przedmiotem zaskarżenia: art. 394^1 § 1 pkt 2 k.p.c. w związku z art. 194 ust. 2 p.z.p. w brzmieniu obowiązującym w dniu stycznia 2010 r.

Jest to szczególnie widoczne, gdy porówna się zakresy zaskarżenia sprecyzowane w *petitum* skargi konstytucyjnej w odniesieniu do obu, odrębnie zakwestionowanych, unormowań. W przypadku art. 394^1 § 1 pkt 2 k.p.c. w związku z art. 194 ust. 2 p.z.p. kwestionowany jest, wynikający z tych przepisów, brak zaskarżalności postanowienia sądu drugiej instancji (będącego – jak twierdzą Skarżący – „materialnie pierwszoinstancyjnym" rozstrzygnięciem) w przedmiocie zwolnienia od kosztów sądowych.

W przypadku zaś kwestionowanego przepisu art. 34 u.k.s.c. przedmiotem konstytucyjnych wątpliwości Skarżących jest ograniczenie, przez ustanowienie bariery nadmiernie wygórowanych kosztów sądowych, prawa do zaskarżenia orzeczenia KIO, czyli realnej możliwości skorzystania ze środka zaskarżenia w postaci skargi do sądu na postanowienie KIO. Innymi słowy, w przypadku zaskarżonego przepisu art. 394^1 § 1 pkt 2 k.p.c. związku z art. 194 ust. 2 p.z.p., Skarżący kwestionują brak zaskarżalności postanowienia sądu drugiej instancji o odmowie zwolnienia od kosztów sądowych a nie fakt, iż odmowa ta spowodowała zamknięcie drogi do skutecznego rozpatrzenia skargi na postanowienie KIO. Uzasadnienie skargi konstytucyjnej w tym zakresie, zwłaszcza gdy weźmie się pod uwagę dobór argumentacji, zaczerpniętej z orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, nie pozwala na przyjęcie założenia, że Skarżący utożsamiają ograniczenie prawa do zaskarżenia postanowień sądu drugiej instancji w przedmiocie odmowy zwolnienia od kosztów sądowych z zamknięciem drogi do zaskarżania merytorycznych orzeczeń wydanych w pierwszej instancji (por. wyrok z dnia 1 lutego 2005 r., sygn. SK 62/03, OTK ZU nr 2/A/2005, poz. 11, w którym Trybunał Konstytucyjny dokonał wyraźnego rozgraniczenia co do podobnej kwestii; podobnie postanowienie z dnia 29 grudnia 2003 r., sygn. Ts 137/03, OTK ZU nr 2/B/2003, poz. 134).

Dlatego też orzeczeniem, z którym wiążą się w istocie zarzuty Skarżących sformułowane wobec art. 394^1 § 1 pkt 2 k.p.c. w związku z art. 194 ust. 2 p.z.p., jest postanowienie Sądu Okręgowego w G z dnia grudnia 2010 r. o odrzuceniu zażalenia Skarżących na postanowienie o odmowie zwolnienia od kosztów sądowych a w odniesieniu do art. 34 ust. 2 u.k.s.c., jest to postanowienie tegoż Sądu z dnia stycznia 2011 r. o odrzuceniu skargi na postanowienie KIO, z powodu jej nieopłacenia. Postanowienia Sądu Okręgowego w G z dnia stycznia 2011 r. nie można zatem traktować jako ostatecznego orzeczenia wydanego na podstawie art. 394^1 § 1 pkt 2 k.p.c. w związku z art. 194 ust. 2 p.z.p. Ostatecznym orzeczeniem wydanym na

podstawie tego przepisu jest postanowienie z dnia grudnia 2010 r., odrzucające zażalenie na postanowienie o zwolnieniu od kosztów sądowych. Z kolei z innych powodów nie jest nim postanowienie z dnia stycznia 2011 r. o odrzuceniu zażalenia na postanowienie o odrzuceniu zażalenia na postanowienie o odmowie zwolnienia od kosztów sądowych, albowiem data jego doręczenia nie ma już znaczenia dla dochowania trzymiesięcznego terminu do wniesienia skargi konstytucyjnej.

W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego utrwalone jest stanowisko, że dla zbadania zgodności z Konstytucją przepisów zamykających drogę sądową bądź wykluczających dopuszczalność wniesienia do sądu określonego środka prawnego konieczne jest uprzednie uzyskanie orzeczenia w przedmiocie odrzucenia niedopuszczalnego z mocy prawa środka. Dopiero dysponując takim orzeczeniem, skarżący może dochodzić stwierdzenia naruszenia prawa do sądu (*vide* – postanowienia: z dnia 29 stycznia 2013 r., sygn. SK 36/12, postanowienie jeszcze nie opublikowane w OTK, dostępne na stronie internetowej www.trybunal.gov.pl.; z dnia 15 grudnia 2009 r., sygn. Ts 173/08, OTK ZU nr 1/B/2010, poz. 25 i z dnia 19 marca 2010 r. sygn. Ts 157/09; por. także M. Wiącek, *Formalne przesłanki skargi konstytucyjnej w świetle orzecznictwa TK*, Państwo i Prawo, nr 9/2011, s. 20 – 34; Lech Jamróz, *Skarga konstytucyjna. Wstępne rozpoznanie*, Wydawnictwo Temida 2, Białystok 2011, s. 95 – 103). Z drugiej jednak strony w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego podkreśla się także, iż w pojęciu wyczerpania drogi prawnej nie mieszczą się próby wnoszenia przez skarżących środków prawnych, które w świetle obowiązującego prawa im nie przysługują, w szczególności środki nieprzewidziane w prawie obowiązującym. Dodatkowo należy podkreślić, że próby takie nie mają też wpływu na bieg trzymiesięcznego terminu do wniesienia skargi konstytucyjnej (*vide* – postanowienie Trybunału Konstytucyjnego: z dnia 19 czerwca2012 r., sygn. SK 37/08, OTK ZU nr 6/A/2012, poz. 69; z dnia 30 listopada 2011 r., sygn. SK 16/10, OTK ZU nr

9/A/2011, poz. 111; z dnia 16 marca 2005 r., sygn. SK 41/03, OTK ZU nr 3/A/2005, poz. 31; z dnia 5 lutego 2007 r., sygn. Ts 11606, OTK ZU nr 1/B/2007, poz. 51 i z dnia 15 czerwca 2011 r., sygn. Ts 194/09, OTK ZU nr 6/B/2011, poz. 422).

W konsekwencji należy uznać, że postanowienie Sądu Okręgowego w G z dnia stycznia 2011 r. o odrzuceniu zażalenia na postanowienie o odrzuceniu zażalenia na postanowienie o odmowie zwolnienia od kosztów sądowych nie ma wpływu na bieg terminu do wniesienia skargi konstytucyjnej, gdyż wywołane zostało zażaleniem, które – w świetle obowiązujących przepisów – Skarżącym nie przysługiwało. Rozstrzygnięcie zawarte w tym postanowieniu nie odnosiło się przy tym – ściśle rzecz biorąc – do kwestii dopuszczalności zażalenia na postanowienie o odmowie zwolnienia od kosztów sądowych, lecz do kwestii dopuszczalności zażalenia na postanowienie, wydane przez sąd drugiej instancji, o odrzuceniu niedopuszczalnego środka zaskarżenia. W podobnym stanie faktycznym Trybunał Konstytucyjny, w postanowieniu z dnia 11 października 2011 r., sygn. Ts116/06 (OTK ZU nr 1/B/2011, poz. 50), odmówił nadania biegu skardze konstytucyjnej, której przedmiotem kontroli usiłowano uczynić przepis art. 401 pkt 2 k.p.c., uznając, że skarżący uchybił trzymiesięcznemu terminowi do wniesienia skargi konstytucyjnej, którego początek należy wiązać z postanowieniem Sądu Najwyższego o odrzuceniu skargi o wznowienie postępowania a nie z późniejszym postanowieniem o odrzuceniu zażalenia na to postanowienie.

W przedmiotowej sprawie nie został spełniony warunek wniesienia skargi konstytucyjnej w ciągu 3 miesięcy od doręczenia skarżącemu prawomocnego wyroku, ostatecznej decyzji lub innego ostatecznego rozstrzygnięcia (art. 46 ust. 1 ustawy o Trybunale Konstytucyjnym). W uzasadnieniu skargi konstytucyjnej, którą wniesiono w dniu 2 maja 2011 r., brak jest wskazania w jakim terminie postanowienie Sądu Okręgowego w G z dnia grudnia 2010 r. zostało doręczone Skarżącym. Z dołączonego jednak do skargi konstytucyjnej pisma,

zatytułowanego „zażalenie Skarżących na postanowienie Sądu Okręgowego w G Wydział Gospodarczy Odwoławczy z dnia grudnia 2010 r., sygn. akt , doręczone Skarżącym w dniu 3 stycznia 2011 r.", wynika data tego doręczenia. Pismo zawierające zażalenie nosi datę 10 stycznia 2011 r. a postanowienie, które zapadło w następstwie złożenia tego środka, wydano w dniu stycznia 2011 r. Na podstawie powyższych ustaleń można przyjąć, że skarga konstytucyjna, w zakresie zaskarżonego przepisu art. 394^1 § 1 pkt 2 k.p.c. w związku z art. 194 ust. 2 p.z.p., wniesiona została z przekroczeniem trzymiesięcznego terminu. W takiej zaś sytuacji postępowanie we wskazanym zakresie podlega umorzeniu na podstawie art. 39 ust. 1 pkt 1 ustawy o Trybunale Konstytucyjnym, z powodu niedopuszczalności orzekania.

Przechodząc do merytorycznej analizy zaskarżonego przepisu art. 34 ust. 2 u.k.s.c., należy na wstępie zaznaczyć, że ustawa o kosztach sądowych w sprawach cywilnych normuje ogół zagadnień związanych z wysokością, zasadami i trybem pobierania oraz zwrotu tych kosztów w sprawach cywilnych, a także z zasadami zwalniania od kosztów sądowych oraz ich umarzania, rozkładania na raty i odraczania terminu zapłaty należności sądowych (art. 1). Co do zasady koszty sądowe obowiązana jest uiścić strona wnosząca do sądu pismo podlegające opłacie (art. 2).

Opłaty sądowe dzielą się na stałe, stosunkowe i podstawowe. Opłatę stałą pobiera się w sprawach o prawa niemajątkowe oraz w niektórych (wskazanych w ustawie) sprawach o prawa majątkowe, w wysokości niezależnej od wartości przedmiotu sporu lub wartości przedmiotu zaskarżenia; nie może ona być niższa niż 30 zł, ani wyższa niż 5 tys. zł (art. 12). Opłaty stałe *sensu stricto* mają przede wszystkim na celu uproszczenie wyznaczania ich wysokości. Dlatego są stosowane głównie w sprawach nieskomplikowanych i drobnych. Opłatę stosunkową pobiera się w sprawach o prawa majątkowe, i wynosi ona 5%

wartości przedmiotu sporu lub przedmiotu zaskarżenia (jednak nie mniej niż 30 zł i nie więcej niż 100 tys. zł – art. 13). Z kolei opłatę podstawową pobiera się w sprawach, w których przepisy nie przewidują opłaty stałej, stosunkowej ani tymczasowej; wynosi ona 30 zł (art. 14).

Kwestia opłaty od skargi na orzeczenie KIO przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych w sprawach zamówień publicznych regulowana jest w przepisie art. 34 u.k.s.c., który w brzmieniu pierwotnym przewidywał opłatę stałą w wysokości 3 000 zł. Przepis ten powielał konstrukcję przewidywaną przez uprzednio obowiązujące rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 17 grudnia 1996 r. w sprawie określenia wysokości wpisów w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 154, poz. 753 ze zm.), które w § 18 ust. 5 przewidywało, że „wpis stały w kwocie 3 000 zł pobiera się od skargi na orzeczenie zespołu arbitrów w sprawach o zamówienie publiczne". Tego też przepisu dotyczyła powołana przez Skarżących uchwała Sądu Najwyższego z dnia 8 grudnia 2005 r. (OSNC 11/2006, poz.182), zawierająca krytykę unormowania, które – w świetle wykładni językowej – dopuszczało możliwość, by wysokość wpisu przewyższała wartość przedmiotu skargi, zwłaszcza wtedy, gdy jest nim kwestia uboczna. Uprzedzając dalsze rozważania można w tym miejscu jedynie zauważyć, że przedmiotem negatywnej oceny rozwiązania zawartego w § 18 ust. 5 powołanego rozporządzenia nie była w istocie wysokość wpisu, lecz jego charakter – jako wpisu stałego a nie stosunkowego.

Obecne brzmienie art. 34 u.k.s.c. otrzymał na mocy ustawy z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591). Wskutek tej zmiany koszt dostępu do sądu został znacznie podwyższony. Przed nowelizacją opłata od skargi na orzeczenie KIO była stała i wynosiła 3 000 zł, w przypadku zatem najmniejszych zamówień podlegających ustawie wynosiła ok. 5 % ich wartości. Można więc przyjąć, że odpowiadała wysokości opłaty w

zwykłej sprawie cywilnej (por. art. 13 ust. 1 u.k.s.c.). W przypadku największych zamówień publicznych była ona z pewnością bardzo niska (*vide* – Grzegorz Lang, *Koszty środków prawnych w prawie zamówień publicznych w świetle zasady prawa do sądu i zasady skutecznej ochrony sądowej*, Europejski Przegląd Sądowy, z. 9 z 2012, s. 13).

Uzasadniając konieczność zmiany w zakresie regulacji dotyczących kosztów sądowych w postępowaniu w sprawach zamówień publicznych, projektodawca powołanej ustawy podkreślił, że „dotychczasowe uregulowanie nie jest uzasadnione oraz może relatywnie zachęcać do wnoszenia skarg w postępowaniach o udzielenie zamówień o znacznych wartościach" (*uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych*, druk sejmowy VI kadencji, nr 2154).

W obecnym brzmieniu art. 34 u.k.s.c. przewiduje, że od skargi na orzeczenie KIO pobiera się opłatę stałą w wysokości pięciokrotności wpisu wniesionego od odwołania w sprawie, której dotyczy skarga (ust. 1), jednak jeżeli skarga dotyczy czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, podjętych po otwarciu ofert, pobiera się opłatę stosunkową w wysokości 5 % wartości przedmiotu zamówienia w postępowaniu, którego skarga dotyczy, jednak nie więcej niż 5 000 000 zł (ust. 2).

Należy w tym miejscu przypomnieć, iż zgodnie z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), wpis od odwołania wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ma charakter stały i wynosi 7 500 zł lub 15 000 zł, w zależności od tego, czy wartość zamówienia przekracza kwoty, od których uzależniony jest obowiązek przekazywania Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich

ogłoszeń o zamówieniach (w przypadku zamówień dotyczących robót budowlanych kwoty te wynoszą odpowiednio 10 000 zł i 20 000 zł).

Uwzględniając treść wskazanych unormowań, można przyjąć, że w świetle art. 34 ust.1 u.k.s.c. opłata sądowa od skargi na orzeczenie KIO wynosi 37 500 zł lub 75 000 zł albo – w przypadku zamówień na roboty budowlane – 50 000 zł lub 100 000 zł.

Zmiana przepisu art. 34 u.k.s.c. podzieliła opłaty w zależności od etapu postępowania, na którym zamawiający podjął czynność lub dopuścił się zaniechania. Od skarg na czynności podjęte do otwarcia ofert pobiera się opłatę w wysokości 5 – krotności wpisu wniesionego od odwołania do KIO w sprawie, której dotyczy skarga (tzn. 37 500 – 100 000 zł). W piśmiennictwie podkreśla się, że już na tym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dostęp do sądu jest ograniczony wysokimi kosztami skierowania sprawy do sądu. Dotyczy to w szczególności mniejszych zamówień publicznych, o które najczęściej ubiegają się przecież mali i średni przedsiębiorcy. Przykładowo, przy zamówieniu na roboty budowlane o wartości 60 000 zł wysokość opłaty od skargi np. na czynność wykluczenia wykonawcy wynosi 50 000 zł (5 – krotność wpisu w wysokości 10 000 zł). To oznacza opłatę w wysokości 83,33% wartości zamówienia. Jeżeli dodać do tego koszt wpisu od odwołania, to same opłaty wyniosą 100% wartości zamówienia (*vide* – Grzegorz Lang, *ibidem*, s. 15). Jeżeli skarga dotyczy czynności podjętych po otwarciu ofert, to pobiera się opłatę stosunkową w wysokości 5% wartości przedmiotu zamówienia w postępowaniu, którego skarga dotyczy, jednak nie więcej niż 5 mln zł. W przeciwieństwie zatem do opłaty w „zwykłych" sprawach cywilnych, w obszarze zamówień publicznych nie obowiązuje pułap 100 000 zł.

W tym miejscu należy zauważyć, że argumentacja przedstawiona w skardze konstytucyjnej dotyczy obu ustępów art. 34 u.k.s.c., ze szczególnym jednak naciskiem położonym na jego ustęp 1, choć – jak wskazano wyżej – nie może być przedmiotem kontroli konstytucyjności zainicjowanej przez

Skarżących, gdyż przepis ten nie był podstawą rozstrzygnięcia Sądu Okręgowego w G z dnia stycznia 2011 r. W stosunku do ustępu 2 artykułu 34 u.k.s.c. Skarżący podkreślili natomiast, iż jego dotkliwość przejawia się przede wszystkim w maksymalnym pułapie opłaty stosunkowej, jaki przewiduje zaskarżony przepis. Kwota 5 000 000 zł znacząco bowiem przewyższa kwotę 100 000 zł, która stanowi maksymalną wysokość opłaty stosunkowej pobieranej w sprawach o prawa majątkowe (art. 13 ust. 1 u.k.s.c.). Tymczasem w sprawie Skarżących opłata sądowa od skargi na postanowienie KIO została określona w wysokości zł, co oznacza, że problem określenia poziomu maksymalnej dopuszczalnej wysokości opłaty stosunkowej jawi się – w okolicznościach leżących u podstaw skargi konstytucyjnej – jako abstrakcyjny. Niezależnie od tego, czy opłata sądowa zostałaby w sprawie Skarżących określona na podstawie zaskarżonego przepisu art. 34 ust. 2 u.k.s.c., czy według reguł wynikających z art. 13 ust. 1 u.k.s.c. – jej wysokość byłaby identyczna. Porównanie opłaty od skargi na orzeczenie KIO do opłaty od pozwu w „zwykłej" sprawie cywilnej wskazuje zatem, że obecna opłata od skargi jest równa opłacie od pozwu, gdy wartość zamówienia i wartość przedmiotu sporu nie przekracza 2 mln zł. Dopiero powyżej tej wartości opłata od pozwu nadal wynosi 100 000 zł, a jej stosunek do wartości przedmiotu sporu spada poniżej 5%. Opłata od skargi spada natomiast poniżej 5% dopiero przy zamówieniach o wartości 100 mln zł.

Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie wypowiadał się w sprawie rozmaitych przepisów dotyczących kosztów w sprawach cywilnych. Przepisy o kosztach oceniał przede wszystkim pod kątem zgodności z przepisem art. 45 ust. 1 Konstytucji RP, który gwarantuje prawo do sądu, oraz art. 77 ust. 2 czy art. 78 Konstytucji RP.

Prawo do sądu to jedno z podmiotowych praw podstawowych jednostki i jedna z fundamentalnych gwarancji praworządności w demokratycznym państwie prawa. Prawo do sądu, wedle utrwalonego orzecznictwa Trybunału obejmuje: 1) prawo dostępu do sądu; 2) prawo do właściwej procedury przed sądem; 3) prawo do wiążącego rozstrzygnięcia sprawy oraz 4) prawo do odpowiedniego ukształtowania ustroju i pozycji organów rozpoznających sprawy. Konstytucyjne prawo do sądu ma aspekt pozytywny – zawiera bowiem dyrektywy zobowiązujące ustawodawcę do należytego ukształtowania systemu wymiaru sprawiedliwości w wymiarze instytucjonalnym i proceduralnym oraz zapewnienia jego efektywnego funkcjonowania. Negatywny aspekt prawa do sądu wyraża się w zakazie zamykania lub nadmiernego ograniczania dostępu do wymiaru sprawiedliwości (art. 45 ust. 1 w związku z art. 77 ust. 2 Konstytucji). Ponieważ fundamentalnym założeniem Konstytucji jest jej aksjologiczna i teleologiczna spójność, dlatego dyrektywa zakazująca zamykania drogi sądowej musi być uwzględniania w procesie wykładni ogólnej zasady prawa do sądu (art. 45 ust. 1 Konstytucji). Jak podkreślał już Trybunał Konstytucyjny, różne usytuowanie art. 45 ust. 1 i art. 77 ust. 2 w systematyce konstytucyjnej sztucznie rozdziela więź tych postanowień, a art. 77 ust. 2 reguluje jedynie jeden z aspektów normowanych w art. 45 ust. 1 Konstytucji (*vide* – wyrok z 10 maja 2000 r., K. 21/99, OTK ZU nr 4/2000, poz. 109).

Konstytucyjne prawo do sądu nie jest absolutne, lecz podobnie jak inne prawa konstytucyjne podlega ograniczeniom, a te podlegają ocenie z punktu widzenia art. 31 ust. 3 Konstytucji, który wyznacza granice swobody regulacyjnej państwa. Ustawodawca, ograniczając sądową ochronę konstytucyjnych praw i wolności, uwzględniać musi fundamentalne znaczenie prawa do sądu i jego centralne usytuowanie w systemie gwarancji formalnych demokratycznego państwa prawa. Z zasady demokratycznego państwa prawnego i zasady legalizmu wynika dyrektywa zakazująca zawężającej wykładni prawa do sądu. Dyrektywa ta została wyraźnie wysłowiona przez

ustawodawcę konstytucyjnego w art. 77 ust. 2 Konstytucji, który ustanawia kategoryczny zakaz zamykania drogi do sądu. Oznacza to, że konieczność ochrony w demokratycznym państwie prawa nawet wysoko cenionych wartości, takich jak: bezpieczeństwo państwa, porządek publiczny, ochrona środowiska, zdrowia i moralności publicznej, wolności i praw innych osób, nie może uzasadniać zamknięcia drogi sądowej do ochrony konstytucyjnych praw i wolności, może natomiast co najwyżej uzasadniać pewne (a więc znajdujące usprawiedliwienie w konstytucyjnie aprobowanym marginesie swobody regulacyjnej legislatora) ograniczenia ochrony sądowej (*vide* – wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 10 maja 2000 r., *ibidem*).

W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego przyjęto także pogląd, że – choć nie istnieje konstytucyjne prawo do nieodpłatnego wymiaru sprawiedliwości – to jednak regulacje dotyczące kosztów procesu, w tym zasad ich ponoszenia, mogą stanowić ograniczenie prawa do sądu, a w konsekwencji powinny odpowiadać wymogom proporcjonalności (*vide* – wyroki Trybunału Konstytucyjnego: z dnia 30 marca 2004 r., sygn. SK 14/03, OTK ZU nr 3/A/2004, poz. 23 i z dnia 17 listopada 2008 r., sygn. SK 33/07, OTK ZU nr 9/A/2008, poz. 154).

Koszty sądowe są tradycyjnie uznanym instrumentem polityki państwa służącym do regulowania relacji stosunków stron procesowych oraz – w szerszym ujęciu – stymulowania decyzji jednostek co do sposobu prowadzenia swoich interesów i doboru środków ich ochrony. Koszty postępowania służą osiągnięciu należytej sprawności organizacyjnej i orzeczniczej sądów oraz selekcji roszczeń szykanujących i oczywiście niezasadnych od roszczeń uzasadnionych, służących ochronie praw i wolności jednostki. Koszty sądowe spełniają liczne funkcje: społeczne, fiskalne, a także służebne wobec wymiaru sprawiedliwości. Funkcja społeczna oznacza wpływ, jaki koszty postępowania wywierają na życie społeczne w sensie pozytywnym (ograniczenie pieniactwa, szykanowania przeciwnika, minimalizacja zachęt do ochrony fikcyjnych

interesów i chęci niesłusznego wzbogacenia się kosztem przeciwnika itp.), jak i negatywnym (np. utrudnienie dostępu do wymiaru sprawiedliwości, zaburzenia funkcjonowania zasady faktycznej równości uczestników postępowania). Funkcje fiskalne polegają na uzyskaniu częściowego przynajmniej zwrotu kosztów funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości. W wypadkach skrajnych realizacja tej funkcji może przerodzić się w nadmierny fiskalizm, stanowiący zagrożenie prawa do sądu. Funkcje służebne wobec wymiaru sprawiedliwości przejawiają się przede wszystkim wpływem kosztów na zachowania stron w trakcie procesu (*vide* – wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 września 2004 r., sygn. P 4/04, OTK ZU nr 8/A/2004, poz. 81).

Problematyka wysokości opłat sądowych jest nierozerwalnie związana z zapewnieniem właściwej równowagi między interesem państwa, w uzyskaniu częściowego zwrotu wydatków na sprawowanie wymiaru sprawiedliwości, a interesem podmiotów dochodzących swych praw na drodze sądowej. Wysokość zaś opłat sądowych – pozostając w ścisłym związku z przedmiotem postępowania i nie utrudniając ochrony praw obywateli – może być uzasadniona nakładami na konkretne postępowanie. W zależności bowiem od stopnia jego zawiłości, różny jest stopień zaangażowania aparatu państwowego.

System kosztów sądowych nie może wreszcie pozostawać oderwany od określonej polityki państwa. W konsekwencji regulacja kosztów może prowadzić do ułatwień (np. procesach o alimenty czy renty) lub utrudnień w niektórych rodzajach spraw (np. do zmiany sytuacji rodziny), jest to bowiem element relacji między państwem a obywatelami, którzy dochodzą swoich roszczeń na drodze sądowej (*vide* – wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 21 lipca 2008 r., sygn. P 49/07, OTK ZU nr 6/A/2008, poz. 108). Aby koszty postępowania prawidłowo służyły założonym funkcjom, kryteria ich kształtowania muszą zatem być tak dobrane, aby miały wpływ na zachowania społeczne podmiotu wnoszącego pozew lub apelację (*vide* – wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 16 grudnia 2008 r., sygn. P 17/07, OTK ZU nr

10/A/2008, poz. 179). Ustawodawca, regulując koszty postępowania sądowego, musi zatem starannie wyważyć rozmaite dobra jednostkowe i ogólnospołeczne. Ustawa nie może ustanawiać nadmiernych ograniczeń dostępu, lecz jednocześnie musi uwzględnić usprawiedliwione interesy ogólnospołeczne w sprawnym funkcjonowaniu sądów, stworzyć odpowiedni system pokrywania kosztów sprawnego funkcjonowania sądów i wprowadzić niezbędne mechanizmy zabezpieczające przed nadużywaniem prawa do sądu poprzez podejmowanie prób dochodzenia na drodze sądowej roszczeń oczywiście bezzasadnych (*vide* – wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 września 2006 r., sygn. SK 21/05, OTK ZU nr 8/A/2006, poz. 103).

W kontekście zarzutów przedstawionych w skardze konstytucyjnej wobec przepisu art. 34 ust. 2 u.k.s.c., trudno jednoznacznie stwierdzić, czy Skarżący kwestionują przyjętą w zaskarżonej regulacji metodę określenia opłaty sądowej jako stosunkowej a nie stałej. Bez wątpienia ich sprzeciw budzi wskazanie maksymalnego pułapu tej opłaty w wysokości 5 000 000 zł, choć – jak już o tym była mowa – opłata sądowa ustalona w ich sprawie nie przekroczyła kwoty 100 000 zł, która stanowi maksymalny pułap opłaty stosunkowej (także od apelacji) w „zwykłych" sprawach o prawa majątkowe (art. 13 u.k.s.c.). Tym niemniej stan faktyczny sprawy, na tle której wniesiono skargę konstytucyjną, w szczególności fakt, iż Skarżący domagali się zwolnienia od kosztów sądowych, pozwala na przyjęcie, że zastosowany przez ustawodawcę model stosunkowej opłaty sądowej wraz z określeniem, że wynosi ona 5 % wartości zamówienia publicznego, stanowi – w przekonaniu Skarżących – barierę ograniczającą ich prawo do sądu. W tym kontekście należy jednak zauważyć, że sam wybór charakteru opłaty sądowej (stosunkowa czy stała), czy jej ustanowienie na określonym poziomie, nie oznacza jeszcze naruszenia gwarantowanego konstytucyjnie prawa do sądu. Zasadniczo bowiem wybór metody ustalania opłaty sądowej w sprawach cywilnych należy do ustawodawcy. W tym zakresie ustawodawca niewątpliwie korzysta – w granicach porządku konstytucyjnego –

ze znacznej swobody, samo zaś przekonanie o poprawności innej metody, odrzuconej przez ustawodawcę, nie oznacza niezgodności z Konstytucją obowiązujących przepisów (*vide* – wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 16 grudnia 2003 r., sygn. SK 34/03, OTK ZU nr 9/A/2003, poz. 102).

Odpowiedź na pytanie o konstytucyjność konkretnego uregulowania wymaga zatem wzięcia pod uwagę łącznie: wysokości opłaty w świetle jej funkcji systemowej; potrzeb zarówno wymiaru sprawiedliwości, jak i potrzeb społecznych; stadium procesu, na którym wymóg jej uiszczenia jest stosowany oraz możliwości i zakresu uzyskania ewentualnego zwolnienia z obowiązku jej wniesienia.

Należy podkreślić, że w odniesieniu do zamówień publicznych na pierwszy plan wybija się funkcja służebna kształtowania zachowań wykonawców oraz selekcji roszczeń szykanujących i oczywiście niezasadnych od roszczeń uzasadnionych. Istotnym problemem w systemie zamówień publicznych jest bowiem spowolnianie postępowań wskutek oczywiście nieuzasadnionych odwołań niektórych wykonawców. W tym kontekście zastanawiać musi fragment uzasadnienia skargi konstytucyjnej, w którym Skarżący zauważają, że „nie mając raczej szans na zajęcie pierwszego miejsca w Konkursie, dostrzegając jednak rażące uchybienia w tym postępowaniu podjęli przewidziane ustawą – Prawo zamówień publicznych działania zmierzające do weryfikacji ich zarzutów przez KIO, a następnie przez sąd powszechny" (uzasadnienie skargi konstytucyjnej, s. 22). Powstrzymując się przed próbą wyprowadzania z tego stwierdzenia daleko idących wniosków, nie można jednak przy tej okazji nie zauważyć, że wytaczanie powództw, czy składanie środków odwoławczych łączyć się winno z zamiarem ochrony swoich praw. W przeciwnym wypadku należałoby to uznać za wykorzystanie tych uprawnień w sposób sprzeczny z celem, jakim one służą (*vide* – Maciej Grzegorz Plebanek, *Nadużycie praw procesowych w postępowaniu cywilnym*, Wydawnictwo LEX a Wolters Kluwer business, Warszawa 2012, s. 127).

Należy również pamiętać o tym, iż zamówienia publiczne wiążą się z wydatkowaniem środków publicznych. Uzyskanie takiego zamówienia przez konkretny podmiot, wyłoniony w procedurze konkursowej, której istota polega przecież na dokonaniu najlepszego wyboru, rodzi po stronie zamawiającego uzasadnione oczekiwanie, że realizacja zamówienia przebiegnie sprawnie i w sposób optymalny. Z tego punktu widzenia nie jest więc bez znaczenia to, czy podmiot ubiegający się o uzyskanie zamówienia publicznego, ze względów organizacyjnych, jest w stanie zagwarantować realizację zamówienia publicznego, którego skalę wyznacza jego wartość. Dlatego też potencjalna konieczność ponoszenia kosztów sądowych, jako element ryzyka związanego z prowadzoną działalnością gospodarczą, powinna – jak się wydaje – uwzględniać również wskazaną specyfikę, wynikającą z zamówień publicznych. Ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej jest bowiem w tym przypadku dodatkowo spotęgowane konkursowym trybem uzyskiwania zamówień publicznych, co wymaga niekiedy poniesienia przez podmiot ubiegający się o takie zamówienie pewnych, niemałych niekiedy, kosztów i nakładów, bez gwarancji uzyskania zamówienia.

Nadmiernym uproszczeniem, nieuwzględniającym specyfiki postępowań w sprawach o udzielenie zamówienia publicznego, jest również – wypowiedziana w skardze konstytucyjnej – teza, że wysokość kosztów sądowych winna być dostosowana do rozmiarów działalności gospodarczej, ujmowanej niejako abstrakcyjnie, w oderwaniu od przedmiotu postępowania. Przeciwnie, wysokość opłaty, określonej w art. 34 ust. 2 u.k.s.c., winna być dostosowana do wartości zamówienia publicznego, i postulat ten zaskarżona regulacja spełnia.

W świetle powyższych ustaleń uznać należy, iż przepis art. 34 ust. 2 u.k.s.c. jest zgodny z art. 45 ust. 1 w związku z art. 77 ust. 2 Konstytucji.

W skardze konstytucyjnej powołano, poza wskazanymi wyżej wzorcami kontroli, także art. 78 ust. 1 w związku z art. 176 ust. 1, art. 31 ust. 3 oraz art. 32 ust. 1 Konstytucji.

W odniesieniu do wzorca z art. 78 ust. 1 w związku z art. 176 ust. 1 ustawy zasadniczej należy przypomnieć, że z przepisów tych wywodzona jest gwarancja kontroli orzeczeń wydanych w pierwszej instancji. Pierwszy z powołanych przepisów daje stronie prawo do zaskarżenia orzeczeń i decyzji wydanych w pierwszej instancji, drugi zaś wprowadza zasadę dwuinstancyjnego postępowania sądowego. Na tle powołanych przepisów ustawy zasadniczej nie ulega wątpliwości istnienie (w sprawach od początku do końca podlegających kognicji sądownictwa) konstytucyjnego prawa do kontroli instancyjnej orzeczeń sądowych wydanych w pierwszej instancji (*vide* – wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 20 maja 2008 r., sygn. P 18/07, OTK ZU nr 4/A/2008, poz. 61, s. 607).

Już na tle tej ogólnej charakterystyki powołanego wzorca kontroli, można wyrazić wątpliwość co do adekwatności w przedmiotowej skardze konstytucyjnej wzorca kontroli z art. 176 ust. 1 Konstytucji.

W doktrynie prawa zamówień publicznych dominuje przekonanie, że skarga jest typowym środkiem odwoławczym, na co wskazuje daleko idące podobieństwo tego środka do apelacji. Skargę na orzeczenie KIO upodabnia do apelacji nade wszystko to, iż wystarczającą przyczyną do wniesienia skargi jest już sama niezgodność zaskarżanego orzeczenia z żądaniem strony (tzw. zasada *gravamen*). Wszelkie nadzwyczajne środki odwoławcze na gruncie procedury cywilnej (skarga o wznowienie postępowania, skarga o uchylenie wyroku sądu polubownego) opierają się na ściśle limitowanych przesłankach, nacechowanych badaniem legalności orzeczenia, a nie prawidłowości rozstrzygnięcia (osądzanie wyroku, a nie sprawy). Z tych przyczyn orzeczenia wydawane na skutek środków nadzwyczajnych mają charakter kasatoryjny, czyli eliminujący

nieprawidłowe orzeczenie, natomiast nie mają charakteru reformatoryjnego, czyli wzruszającego orzeczenie i rozstrzygającego spór co do meritum, co jest właściwe dla zwyczajnych środków odwoławczych. Tymczasem przepisy regulujące skargę na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej jednoznacznie wskazują, że sąd okręgowy stanowi drugą instancję merytoryczną, w której następuje ponowne badanie sprawy, rozpoznawanej przez skład orzekający. Jeśli sąd uzna skargę za dopuszczalną, to wydaje orzeczenie merytoryczne, w którym uwzględnia albo oddala odwołanie, czyli bada zasadność odwołania, jak sąd drugiej instancji. Biorąc pod uwagę zakres wyrokowania sądu wydającego orzeczenie w postępowaniu ze skargi, celem skargi, podobnie jak przy apelacji, jest ponowne merytoryczne rozpoznanie sprawy w zakresie żądań zgłoszonych w odwołaniu. Skarga pełni więc rolę drugiej instancji merytorycznej. Jednocześnie merytoryczny charakter skargi nie wyklucza zarazem funkcji kontrolnej, jaką środek ten spełnia. Sąd okręgowy, rozpoznając sprawę na skutek skargi, dokonuje pełnej kontroli prawidłowości postępowania i wydania rozstrzygnięcia przez KIO. Nie zmienia to jednakże faktu, iż orzeczenie zapadające w postępowaniu ze skargi to orzeczenie merytoryczne (*vide* – Włodzimierz Dzierżanowski, Jerzy Jerzykowski, Małgorzata Stachowiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX nr 8671).

W doktrynie sformułowano również mniej stanowczy pogląd, iż skarga do sądu – na tle przepisów p.z.p. – ma charakter zwykłego środka ochrony prawnej, składanego w toku instancyjnym. Inaczej należy ją jednak traktować od strony procedury cywilnej i postępowania przed sądami. Na tym tle skargę należałoby uznać za środek nadzwyczajny, choć odmienny od skargi o uchylenie wyroku sądu polubownego, przewidzianej w art. 1205 – 1211 k.p.c. (do postępowania odwoławczego przed KIO stosuje się odpowiednio przepisy k.p.c. o sądzie polubownym, jeżeli p.z.p. nie stanowi inaczej – art. 185 ust. 7 p.z.p.). Skarga jest rozpatrywana przez sąd okręgowy, który jednak nie jest sądem drugiej instancji, pomimo to, że postępowanie przed nim toczy się według przepisów

o apelacji. Inaczej niż w przypadku wyroku KIO, od wyroku sądu polubownego nie przysługuje odwołanie, a jedynie skarga o uchylenie wyroku. W przypadku skargi do sądu na orzeczenie KIO, ma ona charakter odwołania. Jednak pomimo braku prawomocności, orzeczenie KIO jest wykonalne, o czym decyduje art. 183 p.z.p., zaś z innych przepisów p.z.p. nie wynika, by skarga do sądu miała charakter suspensywny – wstrzymujący wykonalność orzeczenia KIO (*vide* – Jerzy Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Wydawnictwo C.H.Beck, Warszawa 2012, teza 2 i 3 do art. 198a, s. 572). Teza ta, oparta w istocie na zaakcentowaniu pewnych odmienności skargi na orzeczenie KIO od „zwykłej" apelacji (dodatkowo można tu wskazać również na wyłączenie stosowania art. 386 § 4 k.p.c., tj. brak uprawnienia sądu do uchylenia orzeczenia KIO i przekazaniu sprawy do ponownego rozpoznania), nie jest podzielana w orzecznictwie. Wskazać tu można choćby na uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 6 listopada 2002 r., sygn. III CZP 68/02 (OSP 3/2004, poz. 35), w której przyjęto, że skarga jest zwyczajnym środkiem odwoławczym, czy – nawiązując do nowszych wypowiedzi Sądu Najwyższego – na postanowienie z dnia 14 maja 2010 r., sygn. II CZ 108/09 (LEX nr 1130295), w którym uznano, że postępowanie ze skargi zostało uznane za równoznaczne z postępowaniem sądowym w drugiej instancji.

Przywołać należy również stanowisko zajęte w tej kwestii przez Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 13 czerwca 2006 r., w sprawie SK 54/04, w którym podkreślono, że „postępowanie w sprawie protestów wobec czynności podjętych przez zamawiającego w toku postępowania o zamówienie publiczne, jest postępowaniem szczególnym ze względu na materię rozpatrywanych spraw. Spory między zamawiającym a podmiotami uczestniczącymi w postępowaniu o zamówienie publiczne (dostawcami i wykonawcami) rozstrzygane są w pierwszej instancji przez organ *quasi* – sądowy (działający na gruncie kodeksu postępowania cywilnego), co pozwala na wykorzystanie specjalistycznej wiedzy arbitrów i uwolnienie sądów powszechnych od przytłaczającej ilości spraw,

jakie przyszłoby im rozpatrywać w pierwszej instancji. Jednakże, w drugiej instancji, spór między stronami w sprawach protestów wobec czynności podjętych przez zamawiającego w toku postępowania o zamówienie publiczne, rozpatrywany jest przez [s]ąd [o]kręgowy, a więc sąd powszechny sprawujący wymiar sprawiedliwości. Przepisy ustawy o zamówieniach publicznych w szczególny sposób regulują instancyjność postępowania w sprawach sporów dotyczących protestów wobec czynności zamawiającego oraz tryb zaskarżania wyroków zespołu arbitrów. Konstytucja w art. 78 upoważnia jednak ustawodawcę do określania trybu zaskarżania orzeczeń (i decyzji) wydanych w pierwszej instancji. Ustawa jest zatem – jak stwierdził Trybunał w wyroku z 2 kwietnia 2001 r., sygn. SK 10/00 (OTK ZU nr 3/2001, poz. 52) – właściwa do ukształtowania postępowania w przedmiocie zaskarżania rozstrzygnięć pierwszej instancji" (OTK ZU nr 6/A/2006, poz. 62). W postępowaniu ze skargi na orzeczenie KIO [w świetle poprzednio obowiązującej ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (Dz. U. z 2002 Nr 72 poz. 664 ze zm.): zespołu arbitrów – przyp. wł.] „w konsekwencji odpowiedniego stosowania przepisów kodeksu postępowania cywilnego o apelacji, do postępowania toczącego się przed Sądem Okręgowym wskutek wniesienia skargi (...) – Sąd Okręgowy spełnia zarówno funkcję drugiej instancji, jak i funkcję kontrolną wobec wyroku zespołu arbitrów. Postępowanie przed Sądem Okręgowym nie jest więc samoistnie rozpoczynającym się postępowaniem, lecz przedłużeniem postępowania dotyczącego rozstrzygnięcia sporu, które toczyło się przed zespołem arbitrów" (*ibidem*).

Powyższe ustalenia pozwalają uznać, że wzorzec kontroli z art. 176 ust. 1 Konstytucji jest nieadekwatny. Zgodnie bowiem z orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego, wymóg dwuinstancyjnego postępowania obejmuje jedynie sprawy przekazane ustawami do właściwości sądów, tzn. rozpatrywanych przez sądy „od początku do końca". Należy odróżnić z jednej strony ogólne prawo do sądu i warunki do niego się odnoszące, wynikające z art. 45 ust. 1 Konstytucji,

umiejscowionego w rozdziale II i pomyślane jako instrument gwarancji wolności i praw osobistych, a – z drugiej strony – zasadę dwuinstancyjności postępowania sądowego, określoną w art. 176 ust. 1 ustawy zasadniczej, zamieszczoną w rozdziale VIII Konstytucji. Treść art. 176 ust. 1 Konstytucji wyraża zasadę dwuinstancyjności postępowania sądowego, ale – skoro przepis ten został umieszczony w rozdziale o sądach – dotyczy tylko spraw przekazanych ustawami do właściwości sądów, tzn. rozpoznawanych przez sądy od początku do końca (*vide* – Monika Michalska – Marciniak, *Zasada instancyjności w postępowaniu cywilnym*, Wydawnictwo LexisNexis, Warszawa, s. 169). W świetle treści normatywnych art. 176 ust. 1 Konstytucji, utrwalonych w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, należy zatem uznać, że skoro skargi na orzeczenia KIO w postępowaniu o zamówienia publiczne nie są rozstrzygane w pierwszej instancji w postępowaniu sądowym, lecz dopiero w instancji drugiej, przed sądem sprawującym zarazem funkcje kontrolne wobec postępowania w pierwszej instancji, które toczyło się przed KIO, to zaskarżony przepis art. 34 ust. 2 u.k.s.c. nie może być przedmiotem kontroli w świetle zasady dwuinstancyjności postępowania sądowego i wyrażającego ją przepisu art. 176 ust. 1 Konstytucji.

W odniesieniu zaś do wzorca kontroli z art. 78 ust. 1 ustawy zasadniczej, gwarantującego prawa do zaskarżenia orzeczeń i decyzji wydanych w pierwszej instancji, należy uznać, że jest on wzorcem adekwatnym.

Postępowanie przed sądem okręgowym, w wyniku skargi wniesionej na orzeczenie KIO, jest – jak to wynika z powołanego wyroku Trybunału Konstytucyjnego w sprawie SK 54/04 – postępowaniem w drugiej instancji, realizującym „prawo do zaskarżania orzeczeń i decyzji wydanych w pierwszej instancji", o którym mowa w art. 78 Konstytucji.

Materialną treścią prawa do zaskarżenia jest stworzenie stronom możliwości uruchomienia procedury służącej weryfikacji pierwszoinstancyjnego rozstrzygnięcia. Określenie trybu zaskarżenia należy do ustawodawcy,

a Konstytucja pozostawiła mu w tym zakresie margines swobody. Ogólne sformułowanie „zaskarżenie" pozwala na objęcie jego zakresem różnych, specyficznych dla danej procedury, środków, których wspólną cechą jest umożliwienie stronie uruchomienia weryfikacji podjętego w pierwszej instancji orzeczenia lub decyzji. W wyroku z dnia 12 czerwca 2002 r. sygn. P. 13/01, Trybunał Konstytucyjny podkreślił jednakże, iż konstytucyjna kwalifikacja konkretnych środków zaskarżenia, pozostawionych przez prawodawcę do dyspozycji strony, uwzględniać musi całokształt unormowań determinujących przebieg danego postępowania. W szczególności konieczne jest zarówno odniesienie do rodzaju sprawy rozstrzyganej w danym postępowaniu, struktury i charakteru organów podejmujących rozstrzygnięcie, jak i wreszcie konsekwencji oddziaływania innych zasad i norm konstytucyjnych, w szczególności zaś konstytucyjnej zasady prawa do sądu (*vide* – OTK ZU nr 4/A/2002, poz. 42). O ile więc ustawodawcy pozostawiono swobodę co do ukształtowania szczegółów trybu zaskarżenia, to jednocześnie środek o takim charakterze powinien spełniać wymagania dostępności (jego uruchomienie powinno zależeć od woli strony i nie może być poddawane nadmiernym rygorom, bowiem prawo do zaskarżenia pierwszoinstancyjnego rozstrzygnięcia może być naruszone zarówno bezpośrednio – przez wyłączenie możliwości jego wniesienia – jak i pośrednio, przez ustanowienie takich warunków formalnych lub fiskalnych, które czynność tę czyniłyby nadmiernie utrudnioną) oraz efektywności, stwarzając realną możliwość oceny pierwszoinstancyjnego rozstrzygnięcia i dokonania jego uchylenia bądź zmiany (*vide* – Leszek Garlicki, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, tom V, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2007, teza 7 do art. 78).

Przedmiotem badania Trybunału Konstytucyjnego wielokrotnie były przepisy – zaskarżone z powodu ich niezgodności z art. 78 Konstytucji – które w sposób szczególny regulowały instancyjne stadia postępowania oraz tryb zaskarżania rozstrzygnięć wydanych w pierwszej instancji. W uzasadnieniu

wyroku z 12 maja 2003 r., sygn. SK 38/02 (OTK ZU nr 5A/2003, poz. 38), Trybunał Konstytucyjny podkreślił, że zawierające się w art. 45 ust. 1 Konstytucji „dwa prawa do sądu", pojmowane jako prawo do sądowego wymiaru sprawiedliwości, a więc merytorycznego rozstrzygnięcia, oraz prawo do sądowej kontroli aktów godzących w konstytucyjnie gwarantowane wolności (prawa) jednostki, to dwie funkcje działania sądów, które wynikają z tego, czy w danej kategorii spraw sądy merytorycznie rozstrzygają czy też kontrolują działalność organów władzy publicznej, chroniąc jednostkę przed arbitralnością tej władzy.

Jak już wskazano, postępowanie toczące się przed sądem, wskutek wniesienia skargi na orzeczenie KIO, ze względu na odpowiednie stosowanie przepisów k.p.c. o apelacji, spełnia funkcję drugiej instancji, ale jednocześnie pełni rolę kontrolną wobec orzeczenia KIO, stanowiąc przez to realizację prawa do sądu. Z tego względu należy uznać, że przedstawiona argumentacja, wskazująca, iż zaskarżony przepis art. 34 ust. 2 u.k.s.c. nie narusza art. 45 ust. 1 Konstytucji pozostaje aktualna również co do wzorca z art. 78 ust. 1 Konstytucji, prowadząc do wniosku o zgodności zaskarżonej regulacji z art. 78 ust. 1 Konstytucji.

W odniesieniu do wzorców kontroli z art. 31 ust. 3 i art. 32 ust. 1 Konstytucji, należy wskazać, że powołane one zostały jako samodzielne wzorce kontroli, mimo że przepisy te nie są samoistnymi źródłami praw podmiotowych jednostki lecz jedynie wyznaczają standardy kreowania przez prawodawcę wolności i praw (art. 32 ust. 1 Konstytucji) oraz przesłanki ich ograniczenia (art. 31 ust. 3 Konstytucji). W tym zakresie skarga konstytucyjna nie spełnia wymogów formalnych.

Ponadto, argumentacja zawarta w skardze konstytucyjnej w odniesieniu do powołanych wzorców kontroli, ogranicza się *de facto* do wymienienia poszczególnych przepisów Konstytucji oraz postawienia zarzutu niezgodności

z postanowieniami konstytucyjnymi zakwestionowanego przepisu u.k.s.c., co nie spełnia warunków określonych w art. 47 ust. 1 pkt 2 ustawy o Trybunale Konstytucyjnym.

W zakresie wzorców z art. 31 ust. 3 i art. 32 ust. 1 Konstytucji postanowienie podlega zatem umorzeniu na podstawie art. 39 ust. 1 pkt 1 ustawy o Trybunale Konstytucyjnym, ze względu na niedopuszczalność wydania wyroku.

Mając na uwadze powyższe, wnoszę jak na wstępie.

z upoważnienia
Prokuratora Generalnego
Robert Hernand
Zastępca Prokuratora Generalnego