

**Marian Lemke, Dariusz Piasta**

**ANALIZA  
ORZECZNICTWA  
EUROPEJSKIEGO  
TRYBUNAŁU  
SPRAWIEDLIWOŚCI**

**DOTYCZĄCEGO  
ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH  
W OKRESIE  
OD 1999 DO 2005 r.**



PHARE 2003/004-379.01.02.01  
„Doskonalenie praktyk i mechanizmów kontrolnych  
dotyczących zamówień publicznych”

**URZĄD ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH**

Publikacja sfinansowana ze środków Unii Europejskiej

**Marian Lemke, Dariusz Piasta**

**ANALIZA ORZECZNICTWA  
EUROPEJSKIEGO TRYBUNAŁU  
SPRAWIEDLIWOŚCI**

**DOTYCZĄCEGO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH  
W OKRESIE OD 1999 DO 2005 r.**

PHARE 2003/004-379.01.02.01

„Doskonalenie praktyk i mechanizmów kontrolnych  
dotyczących zamówień publicznych”

**URZĄD ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH**

**Warszawa 2006**

© Copyright – Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2006

© Copyright – Marian Lemke, Dariusz Piasta

# Spis treści

## Rozdział 1.

<b>Kompetencje i zadania Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości .....</b>	<b>7</b>
1.1. Skład i organizacja Trybunału Sprawiedliwości .....	7
1.2. Akty prawne dotyczące Trybunału .....	9
1.3. Rola rzecznika generalnego .....	10
1.4. Rodzaje postępowań przed ETS .....	10
1.5. Sprawy wniesione przez Komisję w trybie art. 226 .....	11
1.6. Implementacja wyroków Trybunału – art. 228 TWE .....	13
1.7. Skarga innego państwa członkowskiego – procedura z art. 227 .....	14
1.8. Postępowanie o wydanie orzeczenia wstępnego .....	15
1.8.1. Przebieg postępowania w trybie art. 234 .....	16
1.8.2. Obowiązki orzeczenia wstępnego .....	16
1.9. Struktura orzeczenia .....	17

## Rozdział 2.

<b>Kluczowe problemy zamówień publicznych w interpretacji ETS .....</b>	<b>18</b>
2.1. Definicja podmiotów prawa publicznego .....	18
2.2. Przedmiotowy zakres obowiązywania dyrektyw .....	24
2.2.1. Wprowadzenie .....	24
2.2.2. Wyłączenia z zakresu obowiązywania dyrektyw .....	26
2.2.3. Zamówienia typu „in house” .....	28
2.3. Kwalifikacja kandydatów do udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne .....	36
2.3.1. Wprowadzenie .....	36
2.3.2. Zasady kwalifikacji do udziału w postępowaniu .....	37
2.3.3. Przesłanki wykluczenia z udziału w postępowaniu .....	39
2.3.4. Kryteria kwalifikacji a kryteria udzielenia zamówienia .....	42
2.3.5. Udział konsorcjów w postępowaniu o zamówienie publiczne .....	43
2.3.6. Podsumowanie .....	44
2.4. Kryteria oceny ofert .....	45
2.5. Wybór procedury udzielenia zamówienia publicznego .....	50
2.5.1. Wprowadzenie .....	50
2.5.2. Wcześniejsze orzecznictwo ETS dotyczące stosowania procedury negocjacyjnej .....	51
2.5.3. Przyczyny techniczne .....	53
2.5.4. Pilna potrzeba udzielenia zamówienia .....	55

2.5.5. Inne warunki zastosowania procedury negocjacyjnej .....	56
2.5.5. Podsumowanie .....	58
<b>2.6. Zasady procedur odwoławczych .....</b>	<b>59</b>
2.6.1. Wprowadzenie .....	59
2.6.2. Organizacja systemu odwoławczego .....	60
2.6.3. Czynności zamawiającego, które mogą być przedmiotem odwołania .....	61
2.6.4. Podmioty uprawnione do wnoszenia środków odwoławczych .....	67
2.6.5. Termin do wniesienia środków odwoławczych .....	71
2.6.6. Podsumowanie .....	72

### **Rozdział 3.**

#### **Szczegółowe omówienie wybranych najważniejszych wyroków wydanych**

<b>w latach 1999–2005 .....</b>	<b>75</b>
3.1. Wyrok Trybunału z 3 października 2000 roku w sprawie C-380/98 .....	75
3.2. Wyrok Trybunału z 12 grudnia 2002 roku w sprawie C-470/99 .....	80
3.3. Wyrok Trybunału z 17 września 2002 roku w sprawie C-513/99 .....	86
3.4. Wyrok Trybunału z 18 października 2001 roku w sprawie C-19/00 .....	92
3.5. Postanowienie Trybunału z 3 grudnia 2001 roku w sprawie C-59/00 .....	94
3.6. Wyrok Trybunału z 15 maja 2003 roku w sprawie C-214/00 .....	98
3.7. Wyrok Trybunału z 16 października 2003 roku w sprawie C-283/00 .....	106
3.8. Wyrok Trybunału z 27 lutego 2003 roku w sprawie C-373/00 .....	112
3.9. Wyrok Trybunału z 23 stycznia 2003 roku w sprawie C-57/01 .....	120
3.10. Wyrok Trybunału z 18 marca 2004 roku w sprawie C-314/01 .....	125
3.11. Wyrok Trybunału z 19 czerwca 2003 roku w sprawie C-315/01 .....	129
3.12. Wyrok Trybunału z 4 grudnia 2003 roku w sprawie C-448/01 .....	137
3.13. Wyrok Trybunału z 12 lutego 2004 roku w sprawie C-230/02 .....	146
3.14. Wyrok Trybunału z 7 października 2004 roku w sprawie C-247/02 .....	151
3.15. Wyrok Trybunału z 13 stycznia 2005 roku w sprawie C-84/03 .....	155
3.16. Wyrok Trybunału z 18 listopada 2004 roku w sprawie C-126/03 .....	161
3.17. Wyrok Trybunału z 3 marca 2005 roku w połączonych sprawach C-21/03 i C-34/03 .....	167
3.18. Wyrok Trybunału z dnia 13 października 2005 roku w sprawie C-458/03 .....	173

### **Rozdział 4.**

<b>Najważniejsze tezy orzecznictwa ETS dotyczącego zamówień publicznych .....</b>	<b>183</b>
---	------------

### **Rozdział 5.**

<b>Indeks tematyczny .....</b>	<b>237</b>
--------------------------------	------------

## Wstęp

Orzeczenia wydawane przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości wpływają na rozwój unijnego systemu zamówień publicznych. Oprócz podstawowych zasad prawa wspólnotowego, takich jak zasada niedyskryminacji, równego traktowania, swobody prowadzenia działalności gospodarczej oraz swobody świadczenia usług, Trybunał zastosował w swoim orzecznictwie także zasady nie zdefiniowane wprost w pierwotnym prawie UE, ale wyprowadzone z zasady niedyskryminacji (np. przejrzystości, wzajemnego uznawania itp.). Ich zastosowanie miało wpływ na kształt nowych dyrektyw dotyczących zamówień publicznych.

Trybunał zajmował się także szczegółową interpretacją głównych pojęć z zakresu zamówień publicznych: „zamówienie publiczne”, „podmiot prawa publicznego”, „potrzeby o charakterze powszechnym” itp. Interpretacje te zostały następnie uwzględnione w tekstach dyrektyw. Interpretacje Trybunału są przydatne również w odniesieniu do tych czynności zamawiających czy też tych elementów procedury zamówieniowej, które nie są uregulowane w dyrektywach lub są uregulowane jedynie pobieżnie (np. wycofanie zaproszenia do składania ofert, oferty wariantowe itp.). Trybunał torował też drogę dla kontrowersyjnych rozwiązań w zamówieniach publicznych związanych z uwzględnieniem polityki społecznej czy też ochrony środowiska naturalnego.

Niniejsza publikacja składa się z pięciu rozdziałów. W rozdziale pierwszym zostały zaprezentowane w sposób skrótowy, niezbędny dla ogólnej orientacji czytelnika, zadania i kompetencje Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Rozdział drugi zawiera omówienie orzecznictwa ETS przedstawione w układzie rzeczowym – według głównych wątków problemowych. Orzecznictwo ETS zostało wykorzystane do prezentacji szczegółowej interpretacji kluczowych pojęć i instytucji dyrektyw UE dotyczących zamówień publicznych, przede wszystkim tych, w odniesieniu do których wykładnia zawarta w ostatnich orzeczeniach ETS przyniosła istotne przełomowe rozstrzygnięcia. Rozdział trzeci to szczegółowa analiza wybranych osiemnastu wyroków ETS wydanych w latach 1999–2005. Do analizy wyroków wykorzystane zostały nie tylko teksty orzeczeń, lecz również inne dokumenty Trybunału związane z daną sprawą (stanowiska rzecznika generalnego), a także, o ile to możliwe, glosy i analizy publikowane w piśmiennictwie dotyczącym zamówień publicznych. Rozdział czwarty zawiera zestawienie w formie tabeli wszystkich wyroków ETS dotyczących zamówień

publicznych, wraz z najważniejszymi tezami ETS. Zestawienie to powinno ułatwić wyszukiwanie orzeczeń dotyczących danego problemu lub wydanych w określonym okresie. Rozdział piąty to indeks tematyczny obejmujący wszystkie części publikacji, ułatwiający znalezienie pożądaných orzeczeń oraz komentarzy autorów według słów kluczowych.

## Rozdział 1.

# Kompetencje i zadania Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości

### 1.1. Skład i organizacja Trybunału Sprawiedliwości

Trybunał Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich (ang. *Court of Justice*), zwany w dalszej części opracowania ETS lub Trybunałem, został ustanowiony jako Trybunał Sprawiedliwości Europejskiej Wspólnoty Węgla i Stali (EWWiS). EWWiS utworzono na mocy Traktatu Paryskiego, który został zawarty 18 kwietnia 1951 r. na 50 lat i wygasł 23 lipca 2002 r. W 1957 r. powstały dwie kolejne Wspólnoty:

- Wspólnota Europejska, utworzona na mocy Traktatu Rzymskiego z 25 marca 1957 r., która do czasu wejścia w życie zmieniającego go Traktatu o Unii Europejskiej z Maastricht nosiła nazwę Europejskiej Wspólnoty Gospodarczej, zaś dotyczący jej Traktat – Traktatu o Utworzeniu Europejskiej Wspólnoty Gospodarczej, oraz
- Europejska Wspólnota Energii Atomowej (EURATOM), utworzona na mocy innego traktatu podpisanego w Rzymie 25 marca 1957 r.

Wszystkie te trzy Wspólnoty, na mocy Konwencji o połączeniu niektórych instytucji, posiadały wspólne niektóre organy, w tym również Trybunał, który przyjął na siebie obowiązki specjalnego sądu powołanego przy okazji utworzenia EWWiS.

Zadaniem Trybunału jest zapewnienie przestrzegania prawa w zakresie interpretacji i stosowania Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (art. 220 TWE). Ze wspomnianego przepisu wynikają dwie podstawowe funkcje Trybunału: po pierwsze, wyegzekwowanie stosowania prawa w przypadkach, kiedy nastąpiło jego naruszenie, oraz, po drugie, rozwój i interpretacja zasad prawa wspólnotowego.

Zgodnie z art. 221 TWE w skład Trybunału wchodzi po jednym sędzim z każdego państwa członkowskiego. Sędziowie są wybierani spośród osób, których niezależność nie podlega żadnym wątpliwościom, które posiadają kwalifikacje wymagane dla sprawowania najwyższych funkcji sędziowskich w swoich krajach bądź są prawnikami o uznanym autorytecie (art. 223 Traktatu). Sędziowie są wybierani na kadencje sześciolatnie, a ich wybór może być powtórzony. Co trzy lata nastę-



puje odnowienie połowy składu Trybunału.. Sędziowie nie mogą sprawować, zgodnie z art. 4 Statutu Trybunału, żadnych urzędów administracyjnych ani politycznych. Nie mogą także angażować się w żadne inne przedsięwzięcia, zarówno odpłatne, jak i nieodpłatne, chyba że uzyskają na to zgodę Rady Unii Europejskiej. Na czele Trybunału stoi przewodniczący, wybierany przez samych sędziów bezwzględną większością głosów, w głosowaniu tajnym. Jego kadencja wynosi trzy lata. Może być wybrany ponownie. Przewodniczy obradom i posiedzeniom, a ponadto pełni funkcje organizacyjne i administracyjne.

Trybunał może obradować w pełnym składzie, w składzie wielkiej izby (którą tworzy 13 sędziów) lub w izbach składających się z trzech lub pięciu sędziów. Trybunał orzeka w składzie wielkiej izby, jeżeli zażąda tego państwo członkowskie bądź instytucja wspólnotowa będąca stroną postępowania. W pełnym składzie ETS obraduje tylko w sytuacjach wymienionych w TWE (np. art. 195 ust. 2, art. 213 ust. 2, art. 247 ust. 7). Przykładowo, w pełnym składzie ETS orzeka o dymisji członka Komisji lub Trybunału Obrachunkowego. Siedzibą Trybunału jest Luksemburg.

Z uwagi na wzrastającą liczbę spraw oraz przewlekłość postępowania toczącego się przed Trybunałem państwa członkowskie zdecydowały o powołaniu, podporządkowanego Trybunałowi, Sądu Pierwszej Instancji (dalej SPI). Nastąpiło to w wyniku zmian wprowadzonych do Traktatu przez Jednolity Akt Europejski z 1986 r. oraz decyzji Rady z 1988 r. Sąd rozpoczął swoją działalność 1 listopada 1989 r. W jego skład wchodzi po co najmniej jednym sędziem z każdego państwa członkowskiego (art. 224 TWE). Po ostatnim rozszerzeniu liczba sędziów SPI wynosi 25. Członkowie Sądu muszą dawać gwarancję niezależności oraz posiadać kwalifikacje niezbędne do wykonywania czynności sędziowskich. W Sądzie nie ma odrębnej instytucji rzeczników generalnych. Statut ETS może jednak przewidywać, że SPI będzie wspierany przez rzeczników generalnych. SPI orzeka w izbach pięcio-, trzy-, a nawet jednoosobowych. Sprawy o szczególnym znaczeniu są rozpatrywane w składzie wielkiej izby, a nawet w pełnym składzie.

Sąd otrzymał kompetencję do rozpatrywania:

- spraw pracowniczych, tj. skarg funkcjonariuszy Wspólnoty przeciwko Wspólnocie w sprawach związanych z zatrudnieniem,
- spraw wnoszonych przez jednostki: skarg wnoszonych przez podmioty gospodarcze na tle prawa konkurencji, skarg odszkodowawczych, skarg osób fizycznych lub prawnych przeciwko organom Wspólnoty.

Dalsze wzmocnienie kompetencji SPI nastąpiło wraz z wejściem w życie Traktatu Nicejskiego<sup>1</sup>. Otrzymał wówczas kompetencję do rozpatrywania (w pierwszej instancji) spraw dotyczących ważności aktów prawa wspólnotowego, spraw dotyczących roszczeń z tytułu odpowiedzialności WE, spraw dotyczących zaniechania

<sup>1</sup> KOM(2000) 6 wersja ostateczna z 18.01.2000 r.

działania przez instytucje wspólnotowe, wnoszonych przez inne podmioty niż jednostki<sup>2</sup>. W dalszej perspektywie czasowej planowane jest także przeniesienie do SPI kompetencji w zakresie niektórych rodzajów skarg wnoszonych przez państwa członkowskie przeciwko instytucjom wspólnotowym. Obecnie jest to dopuszczalne jedynie w przypadku spraw przeciwko Komisji Europejskiej<sup>3</sup>. Na mocy art. 225 ust. 3 TWE w brzmieniu nadanym przez Traktat Nicejski SPI będzie miał także kompetencję do rozpatrywania wniosków o wydanie orzeczenia wstępnego w zakresie, który zostanie dopiero szczegółowo określony w statucie ETS<sup>4</sup>.

Postępowanie toczące się przed Sądem nie odbiega od przedstawionego poniżej schematu postępowania przed Trybunałem. Siedzibą i miejscem pracy Sądu również jest Luksemburg.

Od orzeczenia Sądu przysługuje odwołanie do Trybunału. Prawo do jego wniesienia ma przede wszystkim strona, której orzeczenie nie satysfakcjonuje. Z odwołaniem mogą także wystąpić interwenienci, tj. podmioty, które przystąpiły do postępowania przed Sądem ze względu na swój interes prawny (państwa członkowskie, organy Wspólnoty, osoby fizyczne lub prawne), a także państwo członkowskie lub organ Wspólnoty, który nie przystąpił do poprzednio toczącego się postępowania. Odwołanie może być wniesione w terminie dwóch miesięcy od ogłoszenia wyroku. Podstawami do jego wniesienia mogą być: brak kompetencji Sądu do orzekania w danej sprawie, naruszenie przez Sąd przepisów proceduralnych w sposób szkodzący interesom odwołującego się, a ponadto naruszenie przez Sąd prawa Wspólnoty. W wyniku rozpatrzenia odwołania Trybunał może utrzymać w mocy zaskarżony wyrok, uchylić go i wydać nowy wyrok lub przekazać sprawę ponownie do Sądu.

## 1.2. Akty prawne dotyczące Trybunału

Trybunału dotyczą nie tylko poszczególne przepisy TWE i Traktatu EURATOM, ale także zatwierdzone w specjalnych protokołach do tych traktatów statuty. Protokół do Traktatu stanowi jego integralną część (patrz art. 311 Traktatu), tzn. ma taką samą moc prawną jak prawo pierwotne. W Statucie Trybunału określona jest szczegółowa organizacja ETS oraz najważniejsze zasady dotyczące ustnego i pisemnego postępowania przed ETS. Szczegółowe kwestie związane z po-

---

<sup>2</sup> A. Łabędzka „System instytucjonalny Unii Europejskiej”, w: „Unia Europejska. Prawo instytucjonalne i gospodarcze”, praca zbiorowa pod red. A. Łazowskiego, str. 240, Dom Wydawniczy ABC, Warszawa, 2005 r.

<sup>3</sup> Ibidem.

<sup>4</sup> M. Taborowski „Procedura orzeczeń wstępnych”, w: „Unia Europejska. Prawo instytucjonalne i gospodarcze”, praca zbiorowa pod red. A. Łazowskiego, str. 490, Dom Wydawniczy ABC, Warszawa, 2005 r.

stępowaniem przed Trybunałem regulowane są natomiast przez przepisy proceduralne – Regulamin ETS (ang. *Rules of procedures*). Regulamin precyzuje przepisy Statutu oraz reguluje w sposób szczegółowy przebieg postępowania przed ETS.

### 1.3. Rola rzecznika generalnego

Trybunał jest wspierany przez ośmiu rzeczników generalnych. Zadaniem rzecznika jest, zgodnie z art. 222 TWE, przedstawianie, z całkowitą niezależnością i bezstronnością, opinii na temat toczącej się sprawy. Opinie te mają pomóc Trybunałowi w wypełnianiu jego zadań. Przepisy dotyczące rzeczników generalnych są bardzo skąpe – zasadniczo mają wobec nich zastosowanie te same zasady, co wobec sędziów. Ze Statutu Trybunału wynika, że rzecznicy generalni nie mogą piastować żadnych politycznych ani administracyjnych urzędów. Nie mogą także angażować się w inne zarobkowe czy też nieodpłatne przedsięwzięcia, chyba że uzyskali na to zgodę Rady Unii Europejskiej. Funkcje rzeczników generalnych wynikają, przede wszystkim, z poszczególnych faz postępowania, szczególnie opisanych w Regulaminie ETS. Przykładowo, Trybunał podejmuje decyzje w sprawie przesłuchania wstępnego po wysłuchaniu rzecznika generalnego (art. 45 Regulaminu). Trybunał jest obowiązany również do jego wysłuchania, gdy podejmuje decyzje w sprawie przesłuchania świadków (art. 47).

W żadnym wypadku nie można utożsamiać roli rzecznika generalnego z tą, jaką pełni prokurator. Rolę rzecznika porównuje się zwykle do tej, jaką pełni *commissaire du gouvernement* we francuskiej Radzie Stanu. Opinia przedstawiana przez rzecznika kończy się propozycją orzeczenia w danej sprawie i, choć nie ma ona mocy wiążącej dla Trybunału, przeważnie jest przez niego uwzględniana.

Jak wynika ze statystyk Trybunału, zwiększa się odsetek spraw, w których Trybunał wydaje wyrok bez wysłuchania opinii rzecznika generalnego (35% spraw w 2004 r. i 30% w 2003 r.)<sup>5</sup>.

### 1.4. Rodzaje postępowań przed ETS

Ze względu na przedmiot postępowania toczącego się przed ETS można wyróżnić sześć rodzajów postępowań:

- a) w przedmiocie skargi na uchybienie zobowiązaniom,
- b) w przedmiocie skargi o unieważnienie,
- c) w przedmiocie skargi na bezczynność,

---

<sup>5</sup> Komunikat prasowy Trybunału nr 14/06 (<http://www.curia.europa.eu>).

- d) w przedmiocie skargi odszkodowawczej,
- e) w przedmiocie odwołania od wyroku SPI oraz
- f) w przedmiocie pytania prejudycjalnego.

W zakresie zamówień publicznych w praktyce mają najczęściej miejsce dwa typy postępowań: z tytułu niewywiązywania się przez państwo członkowskie z jego obowiązków (art. 226 TWE) oraz wnioski o udzielenie odpowiedzi na pytania prejudycjalne (wstępne) (art. 234 TWE). W związku z powyższym zostaną omówione tylko te dwa rodzaje postępowań.

## 1.5. Sprawy wniesione przez Komisję w trybie art. 226

Przepis art. 226 TWE określa przebieg postępowania, jakie może być wszczęte przez Komisję, będącą strażnikiem Traktatu, w sytuacji, kiedy uzna ona, że nastąpiło naruszenie przez państwo członkowskie prawa wspólnotowego.

Naruszenie prawa wspólnotowego przez państwo członkowskie może polegać na<sup>6</sup>:

- braku implementacji lub niepełnej implementacji dyrektywy,
- niestosowaniu lub powielaniu przepisów rozporządzenia w prawie krajowym,
- niezastosowaniu się do decyzji Komisji,
- braku stosowania prawa wspólnotowego,
- zawieraniu umów międzynarodowych naruszających prawo wspólnotowe,
- celowym ignorowaniu lub lekceważeniu prawa wspólnotowego przez sąd krajowy,
- niepoinformowaniu Komisji o środkach, za pośrednictwem których wprowadzane jest w prawie krajowym i stosowane prawo wspólnotowe.

Zanim Komisja wnieśli sprawę do Trybunału, obowiązana jest, zgodnie z art. 226 Traktatu, dać państwu, którego domniemane naruszenie prawa dotyczy, możliwość wypowiedzenia się na temat tego naruszenia. W tym celu Komisja wystosowuje do danego państwa pierwsze pismo w sprawie naruszenia (ang. *letter of formal notice*), zawierające podniesione zarzuty i wzywające adresata do ustosunkowania się do nich. Jeżeli Komisja nie jest zadowolona z odpowiedzi, sporządza umotywowaną opinię (ang. *reasoned opinion*) w sprawie, w której jest zobowiązana wyjaśnić, na czym, jej zdaniem, polega naruszenie prawa wspólnotowego. Umotywowana opinia winna, zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Trybunału, zawierać „spójny i szczegółowy opis powodów, które przekonały Komisję, że państwo nie wywiązało się z zobowiązań wynikających z Traktatu”

---

<sup>6</sup> Za A. Wentkowską „Postępowania o naruszenie prawa wspólnotowego przez państwa członkowskie”, w: „Unia Europejska. Prawo instytucjonalne i gospodarcze”, praca zbiorowa pod red. A. Łazowskiego, str. 567, Dom Wydawniczy ABC, Warszawa, 2005 r.

(orzeczenie w sprawie 274/83 Komisja przeciwko Włochom). Nie można jednak wymagać od Komisji wskazania w tej opinii, jakie kroki należy podjąć w celu wyeliminowania skutków danego naruszenia (patrz m.in. orzeczenie w sprawie C-247/89 Komisja przeciwko Republice Portugalii)<sup>7</sup>. Art. 226 TWE stanowi, że jeżeli państwo nie zastosuje się do opinii w terminie w niej wyznaczonym, Komisja może wnieść sprawę do Trybunału. Wyżej opisane postępowanie ma charakter wstępnego postępowania przedprocesowego i, jak wynika z publikowanego w niniejszym zbiorze orzecznictwa, odgrywa bardzo ważną rolę. Zgodnie bowiem z utrwalonym orzecznictwem w sprawach wniesionych w trybie art. 226 określa przedmiot postępowania, który nie może być stopniowo rozszerzany (tak m. in. w sprawie C-243/89 „Storebaelt”)<sup>8</sup>. Innymi słowy, jeżeli Komisja nie przedstawiła jakiegoś zarzutu w pierwszym piśmie w sprawie oraz w umotywowanej opinii, nie może już powoływać się na niego, pod rygorem jego nieuwzględnienia, w postępowaniu przed Trybunałem.

Postępowanie przed Trybunałem składa się z dwóch wyraźnie od siebie oddzielonych faz: pisemnej i ustnej. Rozpoczyna się wniesieniem pisemnego wniosku do Sekretariatu Trybunału bądź przez Komisję, bądź przez inne państwo członkowskie (art. 227 TWE). Wniosek jest odnotowywany w rejestrze Trybunału, a ogłoszenie o wniesieniu tego wniosku oraz o jego żądaniach publikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Rozpoczyna się wówczas pisemna faza postępowania. Wyznaczony zostaje sędzia – sprawozdawca oraz rzecznik generalny, którego zadaniem jest śledzenie przebiegu całego postępowania. Wniosek jest wysyłany również do drugiej strony postępowania, która w ciągu miesiąca powinna ustosunkować się do wysuwanych żądań. W odpowiedzi na obronę wnioskodawca może wystąpić z repliką, zaś pozwany złożyć na nią odpowiedź.

Wymiana tych dokumentów kończy pisemną fazę postępowania. Po wysłuchaniu sprawozdania sędziego-sprawozdawcy oraz opinii rzecznika generalnego przewodniczący decyduje, czy należy przeprowadzić przesłuchanie wstępne oraz czy sprawa powinna być rozpatrywana w składzie izby, czy też w pełnym składzie. Po zakończeniu ewentualnego przesłuchania wstępnego przewodniczący wyznacza datę publicznej rozprawy. W sprawozdaniu z przesłuchania wstępnego sędzia-sprawozdawca podsumowuje fakty oraz argumenty podnoszone przez strony i ewentualnie interwenientów. Sprawozdanie jest upubliczniane w języku, w jakim było przeprowadzane przesłuchanie wstępne. Następnie sprawa jest rozpatrywana na rozprawie z udziałem rzecznika generalnego. Sędziowie mogą zadawać pytania stronom postępowania. Nieco później, znowu podczas publicznego posiedzenia, rzecznik generalny przedstawia opinię zawierającą jego pogląd na prawne aspekty sprawy oraz propozycje sposobu rozstrzygnięcia. Na tym kończy się ustna faza postępowania. Następnie sędziowie obradują nad ostatecznym wyro-

<sup>7</sup> Wyrok Trybunału z 11 lipca 1991 r. (ECR 1991, str. I – 3659).

<sup>8</sup> Wyrok Trybunału z 22 września 1989 r. (ECR 1989, str. 04929).

kiem, przyjmując jako podstawę wstępny projekt przygotowany przez sędzięo-sprawozdawcę. Każdy z sędziów może zaproponować zmiany w tekście orzeczenia. Ostateczny wyrok jest odczytywany publicznie na specjalnie zwołanym posiedzeniu. Orzeczenie zawiera również decyzję dotyczącą kosztów procesowych. Samo postępowanie jest wolne od opłat sądowych, natomiast strona przegrywająca, zgodnie z art. 69 ust. 2 Regulaminu, zobowiązana jest do zwrotu kosztów poniesionych przez stronę wygrywającą w związku z postępowaniem. Koszty te obejmują głównie wynagrodzenie prawników.

Językiem postępowania może być każdy z dwudziestu urzędowych języków UE. W zasadzie wybór języka należy do powoda. W przypadku, kiedy pozwanym jest inne państwo członkowskie albo osoba prawna lub fizyczna mająca obywatelstwo innego państwa członkowskiego, językiem postępowania jest urzędowy język tego ostatniego. Jeżeli w danym państwie obowiązuje więcej niż jeden język urzędowy, wybór należy do powoda.

## 1.6. Implementacja wyroków Trybunału – art. 228 TWE

W przypadku naruszenia prawa wspólnotowego przez podmiot, za którego działanie jest odpowiedzialne dane państwo członkowskie, Trybunał wydaje orzeczenie, w którym stwierdza, że państwo nie dopełniło swoich zobowiązań wynikających z prawa wspólnotowego. Wyrok taki ma charakter deklaratoryjny. Trybunał nie może nakazać państwu **konkretnych** działań mających na celu naprawienie naruszenia. Obowiązek podjęcia kroków niezbędnych dla wykonania orzeczenia Trybunału (i usunięcia ewentualnych konsekwencji bezprawnego działania) wynika natomiast z dalszych przepisów Traktatu (art. 228). Jeśli Komisja uzna, że państwo takich kroków nie podjęło, powtarzana jest wstępna procedura z art. 226 TWE – Komisja (po umożliwieniu państwu wypowiedzenia się w danej sprawie) przedstawia umotywowaną opinię zawierającą zarzuty dotyczące niewypełnienia treści orzeczenia. Jeśli państwo nie podejmie koniecznych działań przed upływem terminu określonego przez Komisję, ta ostatnia może znowu wnieść sprawę do Trybunału, proponując we wniosku wysokość grzywny, jaką dane państwo powinno zapłacić. Wreszcie, jeżeli Trybunał zgodzi się ze stanowiskiem Komisji, może zobowiązać je do zapłacenia określonej kary pieniężnej lub ryczałtowej.

Kary przewidziane w art. 228 TWE są nakładane na wniosek Komisji, która powinna określić ich rodzaj oraz wysokość, nie jest to jednak propozycja wiążąca dla ETS. Do tej pory nie było zbyt wielu przypadków nałożenia kary – skuteczność tego narzędzia, które zmusza państwo członkowskie do zastosowania się do orzeczenia, została odkryta stosunkowo niedawno. Kary nakładane przez ETS mogą być bardzo dotkliwe. W 2000 r. Grecja została obarczona grzywną w wysokości 20 000 euro za każdy dzień niezastosowania się do wyroku wydanego

poprzednio przez ETS (w 1992 r.). W 2003 r. ETS nałożył na Hiszpanię karę ryczałtową w wysokości 624 150 euro rocznie za niewywiązywanie się z obowiązków wynikających z orzeczenia, w którym uznał wody kąpielowe w Hiszpanii za niespełniające wymogów prawa europejskiego. Najbardziej surowe, jak dotąd, kary zostały nałożone przez ETS na Francję w roku 2005:

- 57 761 250 euro za każdy sześciomiesięczny okres naruszania prawa wspólnotowego oraz
- 20 000 000 euro kary ryczałtowej.

Był to jednocześnie pierwszy przypadek, kiedy oba rodzaje kar zostały nałożone na państwo członkowskie na podstawie art. 228 TWE (w wyroku ETS podkreślił, że obie te kary mogą być zastosowane kumulatywnie). Francja jednak nie wykonywała poprzedniego orzeczenia ETS przez 14 lat.

Do tej pory nie było jeszcze przypadku nałożenia przez ETS grzywny na państwo członkowskie w zakresie zamówień publicznych, wydaje się to jednak tylko kwestią czasu. W grudniu 2004 r. Komisja Europejska wniosła skargę przeciwko RFN o niewykonanie wyroku ETS w połączonych sprawach C-20-28/01<sup>9</sup>. Problem dotyczył zamówień udzielonych przez dwie niemieckie gminy (Bockhorn i Braunschweig) z naruszeniem wspólnotowych przepisów (brak publikacji ogłoszenia o zamówieniu)<sup>10</sup>. Zdaniem Komisji implementacja wyroku ETS powinna polegać na uchyleniu umów o zamówienie publiczne zawartych z naruszeniem prawa. W swojej skardze Komisja wnioskowała o nałożenie na RFN grzywny za każdy dzień zwłoki w wykonaniu orzeczenia ETS.

## **1.7. Skarga innego państwa członkowskiego – procedura z art. 227**

Nie tylko Komisja, ale również inne państwo członkowskie może wnieść skargę do Trybunału (art. 227). Zanim to uczyni, ma obowiązek zawiadomić o tym Komisję. Tak jak w przypadku opisanej wyżej procedury z art. 226, Komisja jest obowiązana umożliwić państwu, którego domniemane naruszenie dotyczy, wypowiedzenie się w sprawie, a następnie, jeżeli nie jest zadowolona z otrzymanych wyjaśnień, wystąpić do niego z umotywowaną opinią. Jeżeli Komisja nie wystąpi z taką opinią w przeciągu trzech miesięcy od zawiadomienia jej przez inne państwo członkowskie o domniemanym naruszeniu prawa wspólnotowego, sprawa może być skierowana do Trybunału pomimo braku umotywowanej opinii.

Postępowanie w trybie art. 227 w praktyce stosowane jest bardzo rzadko. Żadne z postępowań w sprawach dotyczących zamówień publicznych nie zostało wszczęte w trybie art. 227, zaś w innych sprawach były to pojedyncze przypadki.

<sup>9</sup> Wyrok ETS z 10 kwietnia 2003 r.

<sup>10</sup> Patrz omówienie wyroku w rozdziale 2.

## 1.8. Postępowanie o wydanie orzeczenia wstępnego

Drugim podstawowym, obok skarg bezpośrednich, rodzajem postępowań toczących się przed ETS jest procedura orzeczeń wstępnych. Około połowy spraw rozpatrywanych przez ETS dotyczy wniosków o udzielenie odpowiedzi na pytania prejudycjalne<sup>11</sup>. Procedura ta jest fundamentem ścisłej i partnerskiej współpracy organów sądowych państw członkowskich z Trybunałem Sprawiedliwości. Ten ostatni, wykorzystując tę procedurę przy uwzględnieniu celów traktatowych, znacząco przyczynił się do faktycznej integracji europejskiej<sup>12</sup>.

Procedura orzeczeń wstępnych ma za zadanie zapewnienie jednolitej interpretacji prawa wspólnotowego we wszystkich państwach członkowskich UE<sup>13</sup>. Jednocześnie:

- zapobiega interpretacji prawa wspólnotowego wyłącznie w świetle reguł krajowych systemów prawnych i metod wykładni,
- dla podmiotów indywidualnych stanowi jeden ze środków ochrony prawnej przyznanych im na podstawie prawa wspólnotowego<sup>14</sup>.

W procedurze tej ETS nie ma bezpośredniej kompetencji do stwierdzania niezgodności prawa krajowego z prawem wspólnotowym. Dokonuje jednak wykładni prawa wspólnotowego, dzięki której sąd krajowy uzyskuje zwykle wskazówkę, czy prawo krajowe jest w danym zakresie zgodne, czy też sprzeczne z prawem UE.

Problemy interpretacyjne mogą się również pojawić, jeżeli państwo członkowskie nie dokonało implementacji dyrektywy w ogóle lub też uczyniło to, ale w sposób, który budzi wątpliwości. Z takimi właśnie interpretacjami prawa wspólnotowego mamy do czynienia w trybie procedury określonej w art. 234. Celem wydania orzeczenia wstępnego jest głównie zapewnienie jednolitego stosowania prawa wspólnotowego przez sądy krajowe. Jeżeli pytanie dotyczące interpretacji prawa wspólnotowego pojawi się w postępowaniu przed sądem lub trybunałem krajowym, może on zwrócić się do Trybunału z wnioskiem o wydanie orzeczenia wstępnego. Uprawnienia takiego nie posiadają strony postępowania toczącego się przed sądem krajowym.

Konieczne jest jeszcze wyjaśnienie pojęcia sądu lub trybunału, o którym mowa w art. 234 Traktatu. Kwestia uznania poszczególnych organów za sąd lub trybunał w rozumieniu art. 234 powinna być interpretowana w świetle prawa wspólnotowego, nie zaś krajowego. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału (tak m.in. w sprawie C-54/96) należy brać pod uwagę szereg elementów, w tym to,

---

<sup>11</sup> Ibidem.

<sup>12</sup> M. Taborowski, op. cit., str. 480.

<sup>13</sup> Ibidem, str. 479.

<sup>14</sup> Ibidem.



czy organ został utworzony zgodnie z prawem, czy jest to organ stały, czy jego właściwość jest obligatoryjna, czy umożliwia wypowiedzenie się stronom w sprawie oraz czy jest on niezależny od podmiotów podejmujących decyzje w sprawie udzielenia zamówienia publicznego.

### **1.8.1. Przebieg postępowania w trybie art. 234**

Postępowanie rozpoczyna się od przedłożenia przez sąd krajowy pytań dotyczących wykładni przepisów wspólnotowych. Pytania przetłumaczone na wszystkie języki wspólnotowe są udostępniane nie tylko stronom podstawowego postępowania, ale także państwom członkowskim, Komisji i, jeśli jest to konieczne, także Radzie. Ogłoszenie o postępowaniu, zawierające pytania oraz nazwy stron, publikuje się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Następnie strony postępowania głównego, państwa członkowskie oraz inne instytucje wspólnotowe mogą w ciągu dwóch miesięcy przedłożyć swoje pisemne obserwacje Trybunałowi. Dalsza część postępowania jest identyczna, jak w przypadku postępowania z art. 226.

Trybunał ma obowiązek wydać orzeczenie w sprawie interpretacji danego przepisu, chyba że została ona już wcześniej dokonana lub znaczenie tego przepisu jest oczywiste i nie pozostawia żadnej swobody interpretacyjnej. Nawet jeżeli w danej sprawie zapadło już orzeczenie Trybunału, inny sąd krajowy może wystąpić z wnioskiem dotyczącym interpretacji tego samego przepisu, licząc na inną interpretację ze strony Trybunału. Orzeczenie wydane w trybie art. 234 nosi nazwę „wstępnego”, ponieważ postępowanie w sprawie jego wydania jest dla stron jedynie etapem postępowania głównego, toczącego się przed sądem krajowym. Językiem postępowania z art. 234 jest język państwa, z którego sąd przedłożył pytania Trybunałowi. Średni czas trwania postępowania w trybie art. 234 wynosił w 2004 r. ok. 20, 4 miesiąca<sup>15</sup>.

### **1.8.2. Obowiązywanie orzeczenia wstępnego**

Orzeczenie wydane przez Trybunał w trybie art. 234 TWE skierowane jest do sądu krajowego, który zwrócił się z danym pytaniem i jest dla niego wiążące. Ponieważ celem procedury związanej z wydawaniem orzeczeń wstępnych jest zapewnienie jednolitego rozumienia i stosowania prawa wspólnotowego przez sądy krajowe, orzeczenie to powinno być respektowane również przez inne sądy krajowe. Nie rozstrzyga jednak ono o prawach i obowiązkach stron danego postępowania – dla nich istotny jest jedynie wyrok wydany przez sąd krajowy w oparciu o odpowiedź udzieloną przez Trybunał.

---

<sup>15</sup> Komunikat prasowy Trybunału nr 14/06 (<http://www.curia.europa.eu>).

## 1.9. Struktura orzeczenia

Pierwszy projekt orzeczenia, w praktyce, jest sporządzany przez sędziego-sprawozdawcę w danej sprawie, po czym następuje dyskusja wyznaczonych do danej sprawy sędziów i wreszcie ustalany jest ostateczny kształt orzeczenia. Orzeczenia zapadają większością głosów. Nie można zgłaszać zdań odrębnych, nawet jeżeli nie wszyscy sędziowie zgadzają się ze zdaniem większości.

Orzeczenie Trybunału jest, dla ułatwienia, podzielone na paragrafy. W strukturze orzeczenia można obecnie wyróżnić dwie bardzo wyraźne części. Pierwsza obejmuje podstawy orzeczenia; w tej części Trybunał przedstawia zwięźle stan faktyczny, podstawowe argumenty stron oraz ewentualnie opinie interwientów czy też pytania sądu krajowego, a następnie powody, dla których orzekł tak, a nie inaczej. Druga część natomiast obejmuje sentencję orzeczenia poprzedzoną decyzją w sprawie kosztów. Niektóre orzeczenia zawierają także na wstępie krótkie streszczenie przygotowane przez ETS, w którym zawarte są najważniejsze tezy orzeczenia. Dla zrozumienia powodów, dla których ETS wydał takie, a nie inne orzeczenie, przydatna może być także lektura opinii rzeczników generalnych.

Teksty orzeczeń wydanych przez ETS i SPI, wraz z opiniami rzeczników generalnych, są publikowane przez ETS, w każdym z języków urzędowych UE, w Zbiorze Orzeczeń Trybunału. Sentencje orzeczeń są publikowane także w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (seria „C”). Teksty wszystkich orzeczeń, wydanych do tej pory, są zamieszczane na stronie internetowej ETS (<http://www.curia.europa.eu>). W dniu wydania orzeczenie (także opinia rzecznika generalnego) jest publikowane w internecie.

Od czasu powołania SPI zmianie uległ sposób oznaczania spraw rozpatrywanych przez ETS i SPI (dla rozróżnienia). Od 1989 r. sprawy rozpatrywane przez ETS są oznaczane literą „C”, po której następuje numer sprawy oraz rok jej wniesienia (np. sprawa C-324/93, C-380/98); zaś rozpatrywane przez SPI są oznaczane literą „T” (np. T-15/04). Sprawy wniesione do ETS przed powołaniem SPI były oznaczane tylko numerem sprawy oraz rokiem jej wniesienia, np. 76/81 lub 45/87.

## Rozdział 2.

# Kluczowe problemy zamówień publicznych w interpretacji ETS

### 2.1. Definicja podmiotów prawa publicznego

Szereg orzeczeń ETS, zarówno wydanych w okresie objętym niniejszym wyborem, jak i wcześniej, dotyczy interpretacji definicji instytucji zamawiających, czyli podmiotów zobowiązanych do stosowania procedur udzielania zamówień publicznych zgodnych z dyrektywami (czyli zakresu podmiotowego dyrektyw).

Zgodnie z art. 1 (9) dyrektywy 2004/18 w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi:

„9. «Instytucje zamawiające» oznaczają państwo, jednostki samorządu terytorialnego, podmioty prawa publicznego, związki złożone z jednej lub wielu takich jednostek lub z jednego lub wielu podmiotów prawa publicznego.

«Podmiot prawa publicznego» oznacza każdy podmiot:

- a) ustanowiony w szczególnym celu zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym, które nie mają charakteru przemysłowego ani handlowego;
- b) posiadający osobowość prawną; oraz
- c) finansowany w przeważającej części przez państwo, jednostki samorządu terytorialnego lub inne podmioty prawa publicznego; albo taki, którego zarząd podlega nadzorowi ze strony tych podmiotów; albo taki, w którym ponad połowa członków organu administrującego, zarządzającego lub nadzorczego została wyznaczona przez państwo, jednostki samorządu terytorialnego lub inne podmioty prawa publicznego.

Niewyczerpujące wykazy podmiotów lub kategorii podmiotów prawa publicznego, spełniających kryteria wymienione w lit. a), b) i c) drugiego akapitu zostały wskazane w załączniku III. Państwa członkowskie okresowo powiadamiają Komisję o wszelkich zmianach w swoich wykazach”.

Identycznie brzmiące definicje zawarte były w poprzednio obowiązujących dyrektywach dotyczących koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych: 92/50, 93/26 i 93/37 (w art. 1 (b) każdej z dyrektyw). Nie ma jeszcze orzeczeń ETS dotyczących nowej dyrektywy w zakresie interpretacji pojęcia „instytucje zama-

wiające” skoro jednak tekst definicji przeniesiony został ze starych dyrektyw bez zmian, to poprzednie orzeczenia ETS (omawiane w niniejszym wyborze) zachowują pełną ważność w odniesieniu do obecnie obowiązującego stanu prawnego.

Definicja „podmiotów prawa publicznego” najwyraźniej przysparza dużo kłopotów interpretacyjnych, skoro Trybunał musiał jej poświęcić co najmniej kilka orzeczeń (zarówno ostatnio, jak i we wcześniejszym okresie).

Zgodnie z definicją podmiotem prawa publicznego w rozumieniu dyrektyw (zatem zobowiązanym do stosowania procedur udzielania zamówień publicznych) jest każda instytucja, która:

- posiada osobowość prawną,
- została ustanowiona w szczególnym celu zaspokajania potrzeb, które nie mają charakteru przemysłowego ani handlowego,
- pozostaje w szczególnej zależności od państwa, jednostki samorządu terytorialnego lub innego podmiotu prawa publicznego, polegającej na tym, że:
  - albo jest w całości lub przeważającej części finansowana przez państwo, jednostkę samorządu terytorialnego lub inny podmiot prawa publicznego,
  - albo podmioty te nadzorują jej działalność,
  - albo mianują ponad połowę członków jej władz.

Dla uznania danej instytucji za podmiot prawa publicznego w rozumieniu dyrektyw konieczne jest spełnianie warunków pierwszego i drugiego oraz co najmniej jednego z warunków określonych w punkcie trzecim.

Z wyjątkiem warunku dotyczącego posiadania osobowości prawnej, który jest oczywisty i nie wymaga interpretacji, pozostałe punkty definicji wywoływały wiele wątpliwości zamawiających i sądów krajowych i były przedmiotem wielu pytań kierowanych do ETS.

Przed wszystkim jednak Trybunał wielokrotnie wypowiadał się co do ogólnej zasady, która kierowała jego wykładnią w tej sprawie. Zdaniem Trybunału, interpretując zakres podmiotowy dyrektyw, należy mieć na względzie generalny cel unijnych dyrektyw dotyczących zamówień publicznych. Celem tym jest otwarcie krajowych rynków zamówień publicznych na konkurencję przedsiębiorców z innych krajów członkowskich oraz przeciwdziałanie jakimkolwiek formom preferencji narodowych przy udzielaniu zamówień. Zgodnie z Trybunałem ten cel ogólny byłby zagrożony przy interpretacji zawężającej (obejmującej mniej podmiotów). W opinii Trybunału pojęcia definiujące zakres podmiotowy dyrektyw powinny być interpretowane szeroko i funkcjonalnie. W zasadzie przy każdej wątpliwości ETS skłaniał się bardziej ku szerokiej interpretacji, obejmującej więcej podmiotów. Wielokrotnie również ETS analizował raczej realne funkcje i sytuację faktyczną danej instytucji niż formalny opis jej zadań. Według Trybunału interpretacja czysto formalna pozwoliłaby na łatwe obchodzenie dyrektyw, a w ten sposób podminowałaby ich skuteczność w realizacji zamierzonego celu podstawowego.

Ponadto pojęcie „podmiot prawa publicznego” jest autonomicznym pojęciem prawa wspólnotowego i powinno być interpretowane wyłącznie w kontekście prawa wspólnotowego. Może się zatem zdarzyć, że instytucja zakwalifikowana przez prawo krajowe jako podmiot prawa prywatnego będzie jednakże „podmiotem prawa publicznego” w rozumieniu dyrektywy (niektóre hiszpańskie przedsiębiorstwa państwowe).

Z orzecznictwa ETS można wywieść opis podmiotu prawa publicznego. Jest to instytucja:

- 1) nienastawiona na zysk w swojej podstawowej działalności,
- 2) zazwyczaj niemająca konkurencji ze strony innych (prywatnych) podmiotów (aczkolwiek ten warunek nie jest bezwzględny),
- 3) działająca w celu (w szczególności – założona w celu) zaspokajania potrzeb ogólnych, których nie zaspokajają komercyjne prywatne przedsiębiorstwa, działające na wolnym rynku,
- 4) albo zaspokajająca takie potrzeby, na sposób realizacji których państwo chce mieć wyłączność lub przemożny wpływ,
- 5) posiadająca osobowość prawną,
- 6) pozostająca w szczególnym, bliskim stosunku zależności od państwa (jednostki samorządu terytorialnego lub innego podmiotu prawa publicznego); przy czym ten stosunek zależności polega na finansowaniu (w całości albo w większości), albo nadzorowaniu, albo decydowaniu o składzie jej władz (co najmniej w odniesieniu do większości członków władz danej instytucji).

Wiele orzeczeń ETS szczegółowo zajmuje się poszczególnymi fragmentami definicji podmiotu prawa publicznego.

Orzeczenie w sprawie C-360/96 (Arnhem) dotyczy pojęcia: „potrzeby w interesie ogólnym, które nie mają charakteru przemysłowego ani handlowego”. Zdaniem ETS należy odróżnić potrzeby w interesie ogólnym, które mają charakter przemysłowy lub handlowy od potrzeb w interesie ogólnym, które nie mają takiego charakteru. Zatem wśród potrzeb w interesie ogólnym należy wyróżnić podkategorię potrzeb niemających charakteru przemysłowego lub handlowego. Generalnie potrzeby, które mają charakter przemysłowy lub handlowy, to te potrzeby, które są zaspokajane na rynku przez swobodnie konkurujące ze sobą (prywatne) przedsiębiorstwa (działające dla zysku). Natomiast potrzeby, które nie mają charakteru przemysłowego lub handlowego, zaspokajane są poza rynkiem, przez państwo lub jego agendy (niedziałające dla zysku). Jednakże nie jest to podział do końca ścisły. Sam fakt, że istnieje prywatne przedsiębiorstwo oferujące dany rodzaj usług (a zatem, że istnieje tu konkurencja) nie przesądza automatycznie, że dana potrzeba musi zostać uznana za potrzebę o charakterze przemysłowym lub handlowym. Przyjęcie takiego stanowiska, zdaniem ETS, prowadziłoby do wniosku, że potrzebami, które nie mają charakteru przemysłowego lub handlowego, są tylko te, których w ogóle nie realizują przedsiębiorstwa komercyjne. Ponieważ trudno sobie wyobrazić działania, których przedsiębiorstwa prywatne absolutnie

nie mogłyby realizować, przy takiej interpretacji termin ten stałby się pusty. Jak stwierdził ETS, państwo (samorząd terytorialny), tworząc podmiot prawa publicznego, decyduje się samorealizować pewne istotne dla społeczności potrzeby, lub przynajmniej mieć decydujący wpływ na sposób realizacji tych potrzeb. Zazwyczaj nie napotyka przy tym konkurencji ze strony podmiotów prywatnych (mogą one wręcz nie mieć prawa do wykonywania takiej działalności). Sama możliwość istnienia konkurencji nie powoduje automatycznie uznania danej potrzeby za mającą charakter przemysłowy lub handlowy, aczkolwiek istnienie znacznej konkurencji może sugerować, że nie jest to jednak potrzeba, o której mówi dyrektywa (a w konsekwencji, że instytucja ją realizująca nie ma obowiązku stosowania procedur udzielania zamówień publicznych). Rozróżnienie nie jest jednak do końca ściśle.

Załączniki do dyrektyw wymieniają podmioty (lub kategorie podmiotów) prawa publicznego w poszczególnych państwach członkowskich. Na listach tych znajdują się między innymi:

- banki narodowe (centralne),
- publiczne radio i telewizja,
- uniwersytety, szkoły i przedszkola publiczne,
- instytuty naukowo-badawcze,
- instytucje naukowe (narodowe akademie nauk),
- szpitale publiczne i inne instytucje publicznej służby zdrowia,
- regionalne agencje rozwoju,
- regionalne agencje turystyki,
- muzea, galerie, biblioteki publiczne, archiwa,
- państwowe (publiczne) teatry i opery,
- fundacje publiczne,
- organizacje rolnicze,
- instytucje ubezpieczenia społecznego,
- publiczne instytucje sportowe (publiczne baseny itp.),
- obserwatoria astronomiczne, geofizyczne i wulkanologiczne.

Powyższa lista nie ma charakteru wyczerpującego i decydującego. Jest tylko pomocą. Decydujące znaczenie ma sama definicja zawarta w dyrektywie. W szczególności, jeżeli dana instytucja nie została umieszczona na liście, ale spełnia warunki określone w dyrektywie, jest mimo wszystko zobowiązana do przestrzegania dyrektywy i stosowania określonych nią procedur udzielania zamówień publicznych.

ETS wielokrotnie zajmował się rozstrzyganiem, czy konkretna instytucja jest podmiotem prawa publicznego w kontekście dyrektyw dotyczących zamówień publicznych.

Zaliczył do tej kategorii (pomimo pierwotnych wątpliwości sądów krajowych) następujące instytucje:

- spółkę założoną przez fińską jednostkę samorządu terytorialnego, która miała za zadanie promocję rozwoju przemysłowego i handlowego regionu (C-18/01),

- austriackie komunalne przedsiębiorstwo pogrzebowe (C-373/00),
- hiszpańskie przedsiębiorstwo państwowe budujące więzienia (C-283/00),
- uniwersytety brytyjskie (C-380/98),
- austriackie komunalne przedsiębiorstwo oczyszczania ścieków (C-470/99),
- francuskie towarzystwo budownictwa niskoczynszowego (C-237/99),
- irlandzki zarząd lasów państwowych (C-353/96),
- holenderską miejską spółkę zajmującą się wywozem śmieci i oczyszczaniem ulic (C-360/96),
- austriacką drukarnię rządową (C – 44/96).

W oparciu o orzecznictwo ETS dotyczące pojęcia „podmiotu prawa publicznego” Adrian Brown i Martin Dischendorfer<sup>16</sup> sporządzili listę kryteriów pozwalających na uznanie danej instytucji za podmiot prawa publicznego:

Odnosnie do pojęcia potrzeb w interesie ogólnym:

- czy dana instytucja zaspokaja potrzeby, które nie są zaspokajane przez dostęp do produktów i usług oferowanych na wolnym rynku,
- czy państwo (samorząd terytorialny) samo gwarantuje zaspokojenie owych potrzeb,
- czy władze lokalne lub regionalne są z mocy prawa zobowiązane do zaspokojenia owych potrzeb,
- czy władze lokalne lub regionalne są ustawowo zobowiązane do ponoszenia kosztów realizacji owych potrzeb (przynajmniej w pewnych okolicznościach).

Odnosnie do pojęcia potrzeb niemających charakteru przemysłowego ani handlowego:

- czy dana działalność jest zastrzeżona dla pewnych kategorii osób prawnych,
- czy wykonywanie tej działalności podlega ograniczeniom terytorialnym,
- czy podjęcie tej działalności wymaga uprzedniej zgody władz państwowych,
- czy dana instytucja działa dla zysku, czy też jest instytucją non-profit,
- czy dana instytucja działa według kryteriów efektywności,
- czy dana instytucja ponosi ryzyko finansowe swojej działalności, czy też istnieje mechanizm gwarantujący wyrównywanie ewentualnych strat (przez państwo),
- czy władze państwowe (centralne lub lokalne) są uprawnione do ustalania cen maksymalnych za te usługi,
- czy instytucja działa w warunkach konkurencji, czy istnieją inne (prywatne) firmy świadczące te same usługi.

Odnosnie do pojęcia nadzoru:

- czy istnieją ograniczenia uprawnień nadzorczych ciała nadzorującego,

<sup>16</sup> Martin Dischendorfer, „The Definition of «Meeting Needs in the General Interest» and «Management Supervision» within the Meaning of the EC Procurement Directives, Case C-373/00, *Adolf Trully GmbH v Bestattung Wien GmbH*”, *Public Procurement Law Review* 2003/6, NA 128-129.

- czy uprawnienia ciała nadzorującego wykraczają poza kontrolę legalności i prawidłowości księgowości,
- czy ciało nadzorujące jest uprawnione do zawieszenia władz instytucji i wyznaczenia tymczasowego zarządcy,
- czy kontrola wykonywana jest w sposób permanentny,
- czy ciało nadzorujące jest uprawnione do narzucania danej instytucji swoich decyzji,
- czy instytucja jest zobowiązana do wdrażania zaleceń pokontrolnych wydanych przez ciało nadzorujące,
- czy nadzór wynika z praw własności,
- jeżeli instytucja jest poddana pośredniemu nadzorowi przez ciało inne niż organ właścicielski, to czy uprawnienia owego innego organu nadzorującego obejmują:
  - kontrolę pod względem rzetelności, gospodarności, efektywności czy też tylko legalności,
  - prawo kontroli i wglądu do pomieszczeń instytucji kontrolowanej,
  - przekazywanie informacji o wynikach kontroli do organu właścicielskiego.

Wreszcie, orzeczenie w sprawie C-380/98 daje szereg wytycznych dotyczących pojęcia finansowania przez państwo, jednostki samorządu terytorialnego lub inny podmiot prawa publicznego<sup>17</sup>:

- nie wszystkie sytuacje, gdy następuje przekazywanie środków publicznych danej instytucji przez państwo, samorząd terytorialny lub inny podmiot prawa publicznego, można uznać za finansowanie w rozumieniu dyrektywy,
- z finansowaniem mamy do czynienia w sytuacji, gdy środki publiczne są przekazywane danej instytucji nie w zamian za konkretne świadczenia, lecz na jej ogólne funkcjonowanie i powoduje to powstanie stosunku bliskiej zależności lub podporządkowania,
- nie jest zaś finansowaniem, w rozumieniu dyrektywy, przekazywanie środków w wyniku realizacji zawartych umów w zamian za konkretne świadczenia (czyli – gdy dana instytucja działa na zasadach komercyjnych),
- sformułowanie „finansowany w przeważającej części” w sposób oczywisty zakłada, że dana instytucja (będąca podmiotem prawa publicznego), bez utraty swego publicznoprawnego charakteru, może być również współfinansowana (finansowana w części) ze środków innych niż publiczne (np. z dochodów z własnej działalności komercyjnej),
- sformułowanie „finansowany w przeważającej części” powinno być rozumiane czyso ilościowo (a nie jakościowo) i oznacza – więcej niż połowa (więcej niż 50%),
- przy obliczaniu całości dochodu (100%), z czego ponad połowa (ponad 50%) ma pochodzić ze środków publicznych, muszą być uwzględnione wszystkie dochody, niezależnie od ich źródła (a więc również te pochodzące z działalności czysto komercyjnej),

<sup>17</sup> M. Lemke, Wprowadzenie do: „Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej”, UZP 2001, str. 35.



- kwalifikacja danego podmiotu jako podmiotu prawa publicznego następuje na podstawie analizy całorocznego budżetu (obejmującego 12 miesięcy); instytucja uznana za podmiot prawa publicznego na początku roku budżetowego pozostaje objęta zakresem obowiązywania dyrektyw przez cały okres danego roku budżetowego (12 miesięcy).

## 2.2. Przedmiotowy zakres obowiązywania dyrektyw

### 2.2.1. Wprowadzenie

Za **zamówienia publiczne** uważa się, w świetle dyrektyw dotyczących zamówień publicznych, **umowy o charakterze majątkowym zawierane pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są dostawy, usługi lub roboty budowlane**<sup>18</sup>. Dyrektywy definiują, co należy rozumieć pod pojęciem zamawiającego, wykonawcy oraz odpowiednio robót budowlanych, usług i dostaw. Ustawodawca europejski podkreślił w ten sposób znaczenie, jakie przywiązuje do prawidłowego określenia zakresu obowiązywania dyrektyw, biorąc pod uwagę ich cel<sup>19</sup>. Orzecznictwo ETS dotyczące zamawiających (zakres podmiotowy) oraz wykonawców jest omawiane w innych częściach publikacji. Ta część jest poświęcona wyłącznie analizie przedmiotowego zakresu dyrektyw dotyczących zamówień publicznych w świetle orzeczeń ETS wydanych w latach 1999–2005<sup>20</sup>.

Jednym z konstytutywnych elementów definicji zamówienia publicznego jest jego „charakter majątkowy”. W sprawie **C-399/98**<sup>21</sup> ETS stwierdził, że charakter majątkowy zamówienia publicznego polega na wynagrodzeniu przysługującym od danego podmiotu publicznego w zamian za wykonanie robót budowlanych objętych zakresem dyrektywy 93/37 (art. 1 (a)), które zostaną oddane do dyspozycji zamawiającego.

Podobnie, w sprawie **C-126/03**<sup>22</sup> ETS stwierdził, że w świetle dyrektywy 92/50 umowy o charakterze majątkowym zawierane pomiędzy usługodawcą oraz organem samorządu terytorialnego powinny być udzielane w trybie procedury otwartej, ograniczonej lub negocjacyjnej, o ile ich przedmiotem są usługi zdefiniowane w załączniku IA do dyrektywy<sup>23</sup>. Fakt, że dane zamówienie nie dotyczy działalności prowadzonej w interesie ogólnym, lecz działalności o charakterze ekonomicznym, poddanej prawom rynku, nie wyklucza zakwalifikowania tego zamów-

<sup>18</sup> Art. 1 lit. a) odpowiednio dyrektyw 92/50, 93/36, 93/37 oraz art. 1 ust. 2 lit. a) – c) dyrektywy 2004/18.

<sup>19</sup> Wyrok ETS z 12 lipca 2001 r. w sprawie C-399/98 (ECR I-5409).

<sup>20</sup> Patrz również omówienie orzeczeń ETS wydanych przed 2001 r. w: M. Lemke „Zamówienia publiczne...” oraz D. Piasta „Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej. Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości”, cz. I, UZP, 1999 r. oraz cz. II, 2000 r.

<sup>21</sup> Wyrok ETS z 12 lipca 2001 r. (ECR I-5409).

<sup>22</sup> Patrz także omówienie orzeczenia w rozdziale 3.

<sup>23</sup> Czyli tzw. usługi priorytetowe, podlegające w całości przepisom dyrektywy.

wienia jako podlegającego postanowieniom dyrektywy. Art. 1 dyrektywy nie wprowadza bowiem rozróżnienia pomiędzy zamówieniami, udzielanymi przez podmiot publiczny, mającymi na celu zaspokojenie potrzeb o charakterze powszechnym i tymi, które nie wiążą się z taką działalnością. W związku z tym, jeżeli dany podmiot sam działa jako usługodawca, a udzielane przez niego zamówienie ma na celu podzlecenie części świadczonych usług podmiotom trzecim, także podlega dyrektywom.

Zakresem dyrektyw objęte zostały także tzw. **koncesje na roboty budowlane**. Różnią się one od zamówień publicznych na roboty budowlane jedynie tym, że wynagrodzeniem za wybudowanie danego obiektu jest wyłącznie prawo do jego eksploatacji lub takie prawo wraz z płatnością<sup>24</sup>. W przeciwieństwie do zamówień publicznych, do koncesji na roboty budowlane ma zastosowanie jedynie kilka przepisów dyrektywy<sup>25</sup>. Nowa dyrektywa 2004/18 wprowadza dodatkowo pojęcie **koncesji na usługi**. Definiuje ją jako „umowę tego samego rodzaju co zamówienie publiczne na usługi, z wyjątkiem faktu, że wynagrodzenie za świadczenie usług stanowi albo wyłączne prawo do wykonywania takiej usługi i czerpania z niej zysku, albo takie prawo wraz z płatnością”<sup>26</sup>, a następnie wprost wyłącza koncesje na usługi z zakresu obowiązywania dyrektyw (art. 17).

Zgodnie z orzecznictwem ETS od koncesji na roboty budowlane lub usługi odróżnia zamówienie publiczne fakt, że wynagrodzenie jest wypłacane przez zamawiającego, nie zaś przez podmiot trzeci (tak m.in. w w omawianej niżej sprawie **C-458/03**). W przypadku koncesji na roboty budowlane wynagrodzeniem za wykonanie danego obiektu budowlanego jest prawo do jego eksploatacji (pobierania opłat od użytkowników). Podobnie w przypadku koncesji na usługi. Dla zamówienia publicznego charakterystyczna jest dwustronna relacja zamawiający – wykonawca, podczas gdy w przypadku koncesji na roboty budowlane lub usługi relacja ta jest trójstronna: zamawiający – koncesjonariusz – użytkownik<sup>27</sup>.

Nieco bardziej skomplikowany jest zakres przedmiotowy dyrektywy sektorowej. „Stara” dyrektywa sektorowa **93/38/EWG**<sup>28</sup> ma zastosowanie do zamówień na usługi, dostawy lub roboty budowlane, udzielanych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji, o ile:

- udzielane zamówienie ma związek z działalnością w jednej z czterech wyżej wymienionych dziedzin,
- jego wartość szacunkowa przekracza określone progi,
- a ponadto nie zachodzi żadna z przesłanek wyłączenia.

<sup>24</sup> Art. 1 lit. d) dyrektywy 93/37 oraz art. 1 pkt 3 dyrektywy 2004/18.

<sup>25</sup> M.in. obowiązek publikacji ogłoszenia o koncesji w Dz. Urz. UE oraz wyznaczenia pewnych minimalnych terminów składania wniosków o udzielenie koncesji.

<sup>26</sup> Art. 1 ust. 2 pkt 4.

<sup>27</sup> Patrz opinia rzecznika generalnego w sprawie C-458/03 omówiona w rozdziale 3.

<sup>28</sup> Dyrektywa dotycząca koordynacji procedur udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji.

Ta sama zasada obowiązuje w przypadku dyrektywy 2004/17, z tym, że zamiast sektora telekomunikacji zakresem tej dyrektywy jest objęty sektor usług pocztowych. W sprawie **C-462-463/03**<sup>29</sup> ETS stwierdził, że jej zastosowanie zależy od rodzaju działalności wykonywanej przez daną instytucję zamawiającą, oraz od związków między tą działalnością a zamierzonym zamówieniem. Jeśli zamawiający wykonuje działalność, o której mowa w art. 2 ust. 2 dyrektywy 93/38 (tzw. działalność sektorową) i planuje w jej ramach udzielić zamówienia na usługi, roboty budowlane lub dostawy bądź też zorganizować konkurs, przepisy tej dyrektywy znajdują zastosowanie do tego zamówienia lub konkursu. „W przeciwnym wypadku zamówienie to lub konkurs podlegają zasadom przewidzianym przez dyrektywę dotyczącą, w zależności od przypadku, udzielania zamówień na usługi, roboty budowlane lub dostawy. Wykładnię taką potwierdza wprost i w sposób wyraźny zarówno brzmienie art. 6 ust. 1 dyrektywy 93/38, zgodnie z którym dyrektywa ta nie ma zastosowania w szczególności do zamówień lub konkursów na projekty, które są udzielane lub organizowane przez instytucje zamawiające w innym celu niż prowadzenie działalności określonej w art. 2 ust. 2 tej dyrektywy, jak i treść jej trzynastego motywu, który precyzuje, iż dyrektywa ta nie powinna mieć zastosowania do działalności takiej kategorii podmiotów, które albo działają poza sektorami gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji, albo, co prawda, działają w tych sektorach, jednakże są bezpośrednio poddane siłom konkurencji na rynkach, do których dostęp jest nieograniczony”.

## 2.2.2. Wyłączenia z zakresu obowiązywania dyrektywy

Zarówno „stare” dyrektywy „klasyczne” dotyczące zamówień publicznych na usługi, dostawy i roboty budowlane, jak i nowa dyrektywa 2004/18 przewidują szereg przepisów, zgodnie z którymi udzielanie określonych zamówień publicznych może odbywać się z pominięciem procedur określonych w dyrektywach (**wyłączenia**).

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem ETS katalog wyłączeń jest zamknięty<sup>30</sup>.

Sprawa **C-252/01**<sup>31</sup> dotyczyła skargi wniesionej przez Komisję przeciwko Belgii w odniesieniu do zamówienia, którego przedmiotem było monitorowanie wybrzeża belgijskiego za pomocą fotografii lotniczej. Komisja Europejska twierdziła, że przez udzielenie tego zamówienia bez wcześniejszej publikacji zaproszenia do składania ofert zamawiający naruszył postanowienia dyrektywy 92/50. Rząd belgijski powoływał się na to, że warunkiem uzyskania zamówienia było posiadanie przez wykonawców wojskowego certyfikatu bezpieczeństwa oraz że wymóg taki mógł być uznany za specjalny wymóg bezpieczeństwa w rozumieniu dyrektywy (czyli uzasadniający niestosowanie jej procedur). Wspomniany certyfikat umożli-

<sup>29</sup> Wyrok z 16 czerwca 2005 r.

<sup>30</sup> Patrz m.in. wyroki w sprawach 199/85, C – 328/92, C – 57/94, C – 385/02.

<sup>31</sup> Wyrok z 16 października 2003 r. w sprawie Komisja przeciwko Belgii.

wiał posiadającej go firmie dostęp do tajnych danych, miejsc oraz sprzętu, a ponadto pozwalał na przetwarzane dotyczących ich informacji zgodnie z regulami bezpieczeństwa. Reguły te wymagały od firmy „ukrycia” tajnych obiektów na zdjęciach przed ich publikacją oraz przechowywania zdjęć w ściśle określonych warunkach gwarantujących bezpieczeństwo. Każda osoba nieposiadająca certyfikatu miała obowiązek przekazać zdjęcia zrobione z samolotu władzom w celu ich opracowania przed opublikowaniem. Uzyskanie certyfikatu wymagało z kolei poddania się dość skomplikowanym procedurom, które obejmowały także krąg znajomych danej osoby oraz podróże zagraniczne. Odnosząc się do skargi Komisji, ETS zauważył jedynie, że uzyskanie certyfikatu wymagało spełnienia określonych warunków proceduralnych, których zadaniem było zapewnienie, że dana firma również w przyszłości będzie spełniać warunki bezpieczeństwa. ETS zgodził się z opinią rzecznika generalnego, który stwierdził, że wyłącznie do danego państwa należy zdefiniowanie jego potrzeb związanych z bezpieczeństwem<sup>32</sup>.

ETS odrzucił również argument Komisji, według którego posiadanie certyfikatu nie jest specjalnym warunkiem bezpieczeństwa, ale jedynie warunkiem udziału w postępowaniu, a zatem podlega ocenie z punktu widzenia innych przepisów dyrektywy. W literaturze dotyczącej tego orzeczenia zwraca się przede wszystkim uwagę na fakt, że była to pierwsza udana próba powołania się w sporze przed ETS na przesłankę wymogów bezpieczeństwa<sup>33</sup>. We wcześniejszym wyroku (**C-324/93** „Evans Medical”)<sup>34</sup> ETS nie uznał argumentu, że zamówienie dotyczące dostawy diamorfiny (narkotyku) jest wyłączone z zakresu dyrektywy, ponieważ wymagało specjalnych środków bezpieczeństwa. ETS uznał wówczas, że:

- potrzeba zastosowania specjalnych środków ostrożności w celu zapobieżenia niedozwolonej dystrybucji narkotyku nie uniemożliwia zastosowania konkurencyjnej procedury udzielenia zamówienia publicznego oraz że
- możliwość zastosowania przez wykonawcę środków bezpieczeństwa może być wzięta pod uwagę jako kryterium udzielenia zamówienia.

Tymczasem w sprawie Komisja przeciwko Belgii ETS zastawał szerszą interpretację przepisu dotyczącego kwestionowanego wyłączenia. W zasadzie cała argumentacja ETS sprowadziła się do tego, że wymóg posiadania certyfikatu został uznany za specjalny środek bezpieczeństwa, a zatem spełniony został warunek dotyczący wyłączenia z zakresu dyrektywy. ETS nie pokusił się natomiast, tak jak to zrobił w „Evans Medical”, o zadanie sobie pytania, czy wspomniane środki bezpieczeństwa uniemożliwiły przeprowadzenie konkurencyjnego postępowanie o zamówienie publiczne. Co więcej, ETS nie stwierdził również, że przedmiotowe zamówienie, jakkolwiek nieobjęte zakresem dyrektywy, podlega jednak podstawowym zasadom prawa pierwotnego: za-

<sup>32</sup> Patrz opinia rzecznika Albera z 3 kwietnia 2003 r.

<sup>33</sup> Patrz S. Arrowsmith, op. cit., str. 345 oraz A. Brown „The Exemption for Contracts Accompanied by Special Security Measures: Case C-252/01 *Commission v Belgium*, Public Procurement Law Review 2 (2004), str. NA33.

<sup>34</sup> Wyrok ETS z 28 marca 1995 r. (ECR 1995 str. I – 563).

<sup>35</sup> Wyrok ETS z 7 grudnia 2000 r. (ECR 2000 str. I – 10745).

kazu dyskryminacji i przejrzystości (jak uczynił to np. w sprawie C-324/98)<sup>35</sup>.

### 2.2.3. Zamówienia typu „in house”

Jednym z kontrowersyjnych zagadnień jest prawidłowe rozróżnienie pomiędzy udzielaniem zamówień publicznych, z którymi wiąże się konieczność stosowania procedur przetargowych a zamówień, które takiemu obowiązkowi nie podlegają. Wiąże się to między innymi z problemem tzw. zamówień wewnątrz danej instytucji – ang. *in house procurement*, fr. *prestations intégrées*. Zamówienia „in house” w ścisłym tych słów znaczeniu to wszelkie operacje, w przypadku których podmiot publiczny udziela zamówienia swojej jednostce organizacyjnej pozbawionej odrębnej osobowości prawnej (zamówienie wewnątrz instytucji)<sup>36</sup>. Z kolei o zamówieniach „in house” sensu largo można mówić w pewnych sytuacjach, w których podmiot publiczny zawiera umowę z odrębnym podmiotem trzecim, który jest wprawdzie obdarzony osobowością prawną, ale jest równocześnie kontrolowany przez podmiot publiczny. O ile zamówienia „in house” sensu stricto nie są zamówieniami publicznymi, lecz transakcjami wewnątrz administracji, o tyle z zamówieniami „in house” sensu largo (inaczej zamówieniami quasi-wewnętrzными) wiąże się bardzo istotna kwestia prawidłowego odróżnienia ich od zamówień publicznych, których dotyczy obowiązek stosowania procedur przetargowych, publikacji ogłoszenia o zamówieniu itp. Po raz pierwszy problematyka ta została poruszona przez ETS w orzeczeniu wydanym w sprawie **C-107/98** „Teckal”<sup>37</sup>. Orzeczenie to dotyczyło obowiązku stosowania przez organ samorządu terytorialnego procedur udzielania zamówień publicznych w sytuacji, kiedy zawiera on umowę ze spółką utworzoną przez siebie i stanowiącą jego wyłączną własność. ETS orzekł wówczas, że dyrektywa (93/36) znajduje zastosowanie, gdy instytucja zamawiająca zamierza zawrzeć z jednostką odrębną pod względem prawnym umowę o charakterze odpłatnym, niezależnie od tego, czy jednostka ta sama jest instytucją zamawiającą. Jak zauważył ETS, instytucje publiczne, jakimi są zamawiający, mają zwykle możliwość wypełniania ciężących na nich zadań własnymi środkami, przy wykorzystaniu własnego personelu, bez potrzeby zwracania się do podmiotów trzecich. W takim przypadku oczywiście nie pojawia się problem zawarcia umowy o charakterze odpłatnym z jednostką odrębną od instytucji zamawiającej pod względem prawnym – nie ma obowiązku stosowania uregulowań wspólnotowych w zakresie zamówień publicznych. Ponadto zamawiający może nie być zobowiązany do przestrzegania przepisów o zamówieniach publicznych również w sytuacji, kiedy umowa o zamówienie publiczne jest zawierana z wykonawcą będącym podmiotem odrębnym od zamawiającego pod względem prawnym. Konieczne jest jednak, aby sprawował on nad wykonawcą kontrolę podobną do tej, jaką sprawuje nad swoimi wewnętrznymi jednostkami organizacyjnymi oraz aby wykonawca świadczył zasadniczo swoją działalność na jego rzecz. W orzeczeniu w sprawie „Teckal” ETS sformułował więc dwa warunki,

<sup>36</sup> Zobacz opinia rzecznika generalnego J. Kokott w sprawie C-458/03, paragraf 2.

<sup>37</sup> Orzeczenie z 18 listopada 1999 r.

które powinny być spełnione, aby możliwe było odstąpienie od obowiązku stosowania przepisów o zamówieniach publicznych w przypadku zawierania umowy przez podmiot publiczny z podmiotem od niego formalnie odrębnym, obdarzonym odrębną osobowością prawną:

- 1) sprawowanie przez podmiot publiczny kontroli podobnej czy też „analogicznej” (fr. *analogue*, ang. *similar*) do tej, jaką sprawuje w stosunku do swoich własnych służb oraz
- 2) wykonywanie przez kontrolowany podmiot zasadniczej części jego działalności na rzecz podmiotu kontrolującego<sup>38</sup>.

Stanowisko to zostało następnie potwierdzone przez ETS w sprawie **C-349/97**<sup>39</sup>.

We wszystkich późniejszych orzeczeniach dotyczących zamówień „in house” ETS przeprowadzał analizę, czy w konkretnym przypadku spełnione są warunki postawione w sprawie „Teckal”.

W sprawie **C-84/03**<sup>40</sup> Komisja przeciwko Hiszpanii ETS stwierdził, że przepis hiszpańskiej ustawy, który wyłącza z zakresu jej stosowania porozumienia o współpracy zawarte między jednostkami administracji publicznej a innymi podmiotami publicznymi, w tym porozumienia będące zamówieniami publicznymi w rozumieniu dyrektyw, stanowi nieprawidłową transpozycję dyrektyw dotyczących zamówień publicznych.

W 2005 r. ETS wydał cztery kolejne orzeczenia dotyczące tej materii. Pierwsze z tych orzeczeń (sprawa **C-26/03** „Stadt Halle”) dotyczyło dwóch kwestii<sup>41</sup>:

- możliwości korzystania ze środków odwoławczych w przypadku podjęcia przez zamawiającego decyzji o udzieleniu zamówienia bezpośrednio, bez przeprowadzenia przetargu, oraz
- możliwości niestosowania procedur zamówień publicznych w przypadku tzw. zamówień quasi- wewnętrznych.

Orzeczenie zostało wydane na podstawie następującego stanu faktycznego. Miasto Halle zleciło, bez przeprowadzenia przetargu, firmie RPL Lochau opracowanie projektu mającego na celu wstępne przetwarzanie, odzyskiwanie i neutralizację odpadów komunalnych. Jednocześnie miasto Halle podjęło decyzję, również bez publikacji ogłoszenia zapraszającego do składania ofert, o wszczęciu negocjacji z tą samą firmą dotyczących usuwania tych odpadów. RPL Lochau to spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, w której 75% udziałów należało do innej spółki, która z kolei stanowiła w 100% własność miasta. Pozostałe 25% udziałów w Lochau należało do innej prywatnej spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. Decyzja o podpisaniu umowy bez przeprowadzenia przetargu została zaskar-

<sup>38</sup> W angielskim tłumaczeniu orzeczenia użyto prawdopodobnie przez pomyłkę wyrazu „with” – „z”, podczas gdy tekst francuski posługuje się słowem „pour”, czyli „dla”).

<sup>39</sup> Wyrok ETS z 8 maja 2003 r. w sprawie Komisja przeciwko Hiszpanii (ECR 2003, str. I – 3851).

<sup>40</sup> Patrz szersze omówienie orzeczenia w rozdziale 3.

<sup>41</sup> Orzeczenie z 11 stycznia 2005 r.

żona do Izby ds. zamówień publicznych przez inne przedsiębiorstwo, które także było zainteresowane świadczeniem przedmiotowych usług. Miasto Halle utrzymywało, że w omawianej sytuacji nie miało miejsca udzielenia zamówienia, lecz raczej „transakcja wewnętrzna”, ponieważ przedsiębiorstwo, które otrzymało zlecenie, było kontrolowane przez zamawiającego. Izba ds. zamówień publicznych przyznała jednak rację odwołującemu się, wskazując w uzasadnieniu swojej decyzji na fakt, że wielkość udziałów prywatnych w Lochau przekraczała 10%, czyli próg, od którego, zgodnie z niemieckim prawem dotyczącym spółek z ograniczoną odpowiedzialnością, udziałowiec mniejszościowy dysponuje sporymi uprawnieniami – nie można zatem mówić o transakcji wewnętrznej. Miasto Halle odwołało się do sądu, ten zaś z kolei zwrócił się do ETS, w trybie art. 234 TWE, z pytaniem, czy zawarcie umowy podlega przepisom o zamówieniach publicznych w sytuacji, gdy jednostka samorządu terytorialnego zamierza zawrzeć umowę pisemną o charakterze odpłatnym z podmiotem formalnie od niej odrębnym – spółką, w której część udziałów należy do podmiotu prywatnego. Udzielenie odpowiedzi na to pytanie wymagało od ETS ustalenia, czy postanowienia dyrektywy o zamówieniach publicznych mają zastosowanie w sytuacji, kiedy jednostka samorządu terytorialnego zamierza zawrzeć pisemną odpłatną umowę ze spółką, w której ma większościowe udziały i którą kontroluje, ale w której część udziałów stanowi własność prywatną. Innymi słowy, czy dyrektywy mają zastosowanie do zawierania umów ze spółkami o kapitale mieszanym.

Rzecznik generalny w swojej opinii<sup>42</sup> przeprowadził analizę zmierzającą do ustalenia, czy w okolicznościach faktycznych omawianej sprawy spełnione są dwa warunki sformułowane w sprawie „Teckal”. I tak, odnosząc się do pierwszego z nich, rzecznik zauważył, że dotyczy on charakteru kontroli sprawowanej przez zamawiającego nad wykonawcą. Sformułowanie „kontrola podobna” użyte przez ETS oznacza, że nie musi to być kontrola identyczna, ale porównywalna z tą, jaka jest sprawowana w stosunku do własnych służb zamawiającego. Kontrola taka może występować nie tylko w przypadku spółek stanowiących w 100% własność zamawiającego, ale również w przypadku spółek mieszanych. Zdaniem rzecznika udział kapitału prywatnego nie wpływa negatywnie na możliwość uznania danej kontroli za spełniającą warunki ze sprawy „Teckal”. Konieczne jest jednak, aby miała ona charakter kompleksowy i nie ograniczała się do decyzji strategicznych, ale obejmowała również indywidualne decyzje w zakresie zarządzania. Co do drugiego warunku, to, zdaniem rzecznika, przy ocenie, czy działalność jest wykonywana zasadniczo na rzecz podmiotu publicznego, należy brać pod uwagę zarówno elementy ilościowe jak i jakościowe, w tym również pozycję wykonawcy na rynku, a zwłaszcza w stosunku do potencjalnych konkurentów. W konkluzjach opinii rzecznik stwierdził, że przepisy dyrektywy 92/50 powinny być interpretowane w ten sposób, że możliwość wyłączenia tego typu zamówienia z zakresu obowiązywania dyrektyw nie może zostać wykluczona przez sam fakt posiadania przez podmiot prywatny udziałów w przedsiębiorstwie, któremu zlecane jest wykonanie określonych usług.

<sup>42</sup> Zobacz opinia rzecznika generalnego Stix-Hackl z 23 września 2004 r.

ETS z kolei w swoim orzeczeniu odwołał się do głównego celu wspólnotowych przepisów w zakresie zamówień publicznych, jakim jest zagwarantowanie swobodnego przepływu usług oraz otwarcie ich na niezakłóconą konkurencję we wszystkich państwach członkowskich UE. Wynika z tego obowiązek stosowania tych przepisów zawsze, ilekroć warunki na to pozwalają. Każdy wyjątek od obowiązku stosowania przepisów dyrektywy powinien być ściśle interpretowany. Trybunał odwołał się do orzeczenia wydanego w sprawie C-107/98 „Teckal”. Zwrócił jednak uwagę, że w sprawie „Teckal” wykonawca stanowił wyłączną własność podmiotów publicznych. Tymczasem w przypadku przedsiębiorstwa, z którym została zawarta umowa w sprawie C-26/03, mniejszościowe udziały należały do podmiotu prywatnego. Zdaniem ETS fakt ten, nawet w sytuacji, kiedy większość udziałów należy do podmiotu publicznego, wyklucza możliwość sprawowania przez instytucję zamawiającą kontroli analogicznej do tej, jaką sprawuje ona nad własnymi służbami. ETS powołał się jeszcze na odmienny charakter i cel udziałów publicznych i prywatnych. Związek pomiędzy organem władzy publicznej, jakim jest instytucja zamawiająca i jej własnymi służbami jest określony względami i wymogami wykonywania zadań leżących w interesie publicznym. Tymczasem podmiot prywatny, mający udziały w spółce mieszanej, dąży do realizacji swoich własnych celów, które są odmiennej natury. Konkludując, ETS zauważył, że **udzielenie zamówienia przedsiębiorstwu o charakterze mieszanym z pominięciem zaproszenia do składania ofert stanowiłoby naruszenie wolnej i niezakłóconej konkurencji oraz zasady równego traktowania usługodawców, jaka leży u podstaw dyrektywy 92/50**. Co więcej, zawarcie umowy w ten sposób zapewniłoby przewagę przedsiębiorstwu prywatnemu mającemu udziały w takiej spółce w stosunku do jego konkurentów na rynku (którzy o zamówienie publiczne muszą ubiegać się w normalnej procedurze przetargowej). ETS udzielił więc odpowiedzi, że: **„w przypadku, gdy instytucja zamawiająca zamierza zawrzeć umowę o charakterze odpłatnym, dotyczącą usług podlegających przedmiotowemu zakresowi stosowania dyrektywy 92/50, ze spółką odrębną od niej pod względem prawnym, w której kapitale ma udział wraz z jednym lub kilkoma przedsiębiorstwami prywatnymi, procedury udzielania zamówień publicznych określone w tej dyrektywie zawsze powinny być stosowane”**. W sytuacji więc, kiedy zamówienie jest udzielane przedsiębiorstwu stanowiącemu w stosunku do zamawiającego odrębny podmiot prawny, a udziały w tym przedsiębiorstwie należą zarówno do podmiotów publicznych, jak i prywatnych, dyrektywy zamówieniowe mają, zdaniem ETS, zastosowanie, niezależnie od wielkości udziału kapitału prywatnego. Jest ona bez znaczenia dla oceny, czy zachodzi obowiązek stosowania dyrektywy. Udział kapitału prywatnego może być więc zupełnie znikomy, wręcz symboliczny, a i tak zamówienie będzie objęte zakresem przepisów o zamówieniach publicznych, gdyż nie będzie spełniony jeden z warunków określonych w sprawie „Teckal”<sup>43</sup>.

<sup>43</sup> Patrz również wyrok z 11 maja 2006 r. w sprawie C-340/04 „Carbotermo”.



Kolejne orzeczenie (sprawa C-231/03 „Coname”) dotyczyło następującej kwestii. Włoska gmina Cingia (prowincja Cremona) zawarła umowę na świadczenie usług, polegających na zarządzaniu, dystrybucji oraz utrzymaniu urządzeń do dystrybucji gazu metanowego ze spółką Padania. Udziały w tej spółce stanowiły własność prowincji Cremona oraz prawie wszystkich gmin z obszaru tej prowincji (sama gmina Cingia posiadała 0,97 % udziałów w spółce). Decyzja o zawarciu umowy została zaskarżona przez inną firmę – Coname, która twierdziła, że jej zawarcie powinno zostać poprzedzone publicznym zaproszeniem do składania ofert (notabene Coname świadczyła wspomniane usługi w okresie dwóch lat poprzedzających zawarcie umowy z Padanią). Włoski sąd zwrócił się do ETS z pytaniem, czy przepisy prawa pierwotnego (TWE), konkretnie art. 43 oraz 49 dotyczące swobody zakładania przedsiębiorstw oraz świadczenia usług, mają zastosowanie w tej sytuacji, czy też zamawiający mógł zawrzeć umowę koncesji na usługi bezpośrednio, bez potrzeby zaproszenia do składania ofert. Rzecznik generalny w swojej opinii sugerował udzielenie odpowiedzi, że z art. 43 i 49 TWE wynika obowiązek poszanowania zasady przejrzystości, jednakże przepisy te nie wykluczają bezwzględnie udzielenia zamówienia bez publikacji ogłoszenia lub wystosowania zaproszenia do składania ofert<sup>44</sup>. Sąd krajowy, oceniając, czy zachodzą warunki do odstąpienia od zasady przejrzystości, powinien, zdaniem rzecznika, zidentyfikować przedsiębiorców, którzy mogliby być potencjalnie zainteresowani danym kontraktem, biorąc pod uwagę takie czynniki, jak potencjalna konkurencja, wartość oraz przedmiot zamówienia<sup>45</sup>. ETS podkreślił, że jego orzeczenie oparte jest na założeniu, iż postępowanie toczące się przed sądem krajowym dotyczyło koncesji na usługi, nie zaś zamówienia publicznego. Zatem, ponieważ przepisy dyrektywy wspólnotowych nie dotyczą koncesji na usługi, ocena postępowania zamawiającego powinna być oparta na przepisach prawa pierwotnego (TWE), a konkretnie – **na zasadzie swobody świadczenia usług** na terenie WE. Jeżeli przedmiotowa koncesja mogła być przedmiotem zainteresowania przedsiębiorców z innych krajów UE, brak upublicznienia informacji o możliwości ubiegania się o nią świadczy o nierównym traktowaniu przedsiębiorców zagranicznych. Zostali oni pozbawieni możliwości wyrażenia swojego zainteresowania świadczeniem tych usług (złożenia oferty lub wniosku o koncesję). O ile to nierówne traktowanie nie jest uzasadnione obiektywnymi okolicznościami, jest przejawem **pośredniej dyskryminacji** ze względu na narodowość. Z informacji dostępnych z akt sprawy nie wynikało natomiast, aby przedsiębiorstwa zagraniczne miały nie być w ogóle zainteresowane świadczeniem tych usług (mogłoby dojść do tego np. w sytuacji, gdyby wartość koncesji była znikoma). ETS pozostawił sądowi krajowemu ocenę, czy udzielenie koncesji przez gminę Cingia było zgodne z zasadami przejrzystości. Równocześnie jednak podkreślił, że **zasada przejrzystości niekoniecznie wymaga zaproszenia do składania ofert, lecz zapewnienia przedsiębiorstwom zagranicznym dostępu do informacji o postępowaniu, tak aby mogły złożyć wniosek o udzielenie im**

<sup>44</sup> Patrz opinia rzecznika Stix-Hackl z 12 kwietnia 2005 r.

<sup>45</sup> Patrz pkt 105 opinii – konkluzje rzecznika.

**koncesji, jeśli są nią zainteresowane.** Sprawdzając, czy istnieją okoliczności, które mogłyby uzasadnić wspomnianą dyskryminację, ETS uznał, że udziały w wysokości 0,97%, jakie posiada gmina Cingia w spółce Padania są zbyt małe, aby usprawiedliwić jej decyzję. ETS oddalił również argument władz włoskich, które powoływały się na fakt, że małe gminy we Włoszech, inaczej niż duże miasta, nie mają wystarczających możliwości ani zasobów, aby skorzystać z własnych służb i zmuszone są korzystać z usług podmiotów takich, jak Padania, w których udziały ma więcej gmin. ETS zauważył jednak, że spółka Padania nie może być traktowana w taki sam sposób, jak struktura organizacyjna, za pomocą której gmina lub miasto zarządza usługami typu „in house”. Wynika to z faktu, że Padania jest spółką, która – chociażby potencjalnie – jest otwarta na kapitał zewnętrzny (udziałowców prywatnych). W konsekwencji, ponieważ ETS nie dopatrył się innych okoliczności uzasadniających udzielenie koncesji bezpośrednio, uznał, że przyznanie jej spółce, w której gmina posiada 0,97% udziałów, bez poszanowania zasady przejrzystości (która nie wymaga koniecznie zaproszenia do składania ofert) jest niezgodne z przepisami art. 43 i 49 TWE.

Sprawa **C-458/03** dotyczyła udzielenia zamówienia przez radę miejską w miejscowości Brixen (Włochy)<sup>46</sup>. Zamówienie, którego przedmiotem było zarządzanie publicznymi parkingami na terenie gminy, zostało udzielone bez przeprowadzenia przetargu przedsiębiorstwu stanowiącemu wyłączną własność gminy. Inne przedsiębiorstwa z obszaru gminy poskarżyły się do włoskiego sądu, wskazując, że umowa powinna zostać zawarta po przeprowadzeniu konkurencyjnego postępowania, w którym mieliby oni szansę złożyć swoje oferty. W sporze przed sądem gmina twierdziła, że zarządzanie parkingami zostało powierzone spółce kontrolowanej przez gminę, czyli de facto zamówienie nie zostało udzielone podmiotowi trzeciemu (nie podlegało zatem obowiązkowi otwarcia na konkurencję). ETS orzekł, w odpowiedzi na pytania prejudycjalne sądu krajowego, że „**postanowienia art. 43 WE i 49 WE, jak również zasady równości traktowania, niedyskryminacji i przejrzystości powinny być interpretowane w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie temu, aby organ władzy publicznej, bez ogłoszenia o zamówieniu, udzielał koncesji na świadczenie usług publicznych na rzecz spółki akcyjnej powstałej w wyniku przekształcenia specjalnego przedsiębiorstwa tego organu, której przedmiot działalności został rozszerzony na nowe ważne sektory, której kapitał musi obowiązkowo otworzyć się na kapitał zewnętrzny, której zakres działalności został rozszerzony na całe terytorium kraju i zagranicę oraz której zarząd posiada szerokie uprawnienia w zakresie zarządzania spółką i może je sprawować w sposób autonomiczny**”.

Kolejna z serii spraw typu „in house” (**C-29/04**)<sup>47</sup> dotyczyła skargi Komisji wniesionej przeciwko Austrii, z tytułu naruszenia postanowień dyrektywy 92/50. Miasto Modling założyło w 1999 r. spółkę Abfall, której zadaniem miało być

<sup>46</sup> Patrz szersze omówienie orzeczenia w rozdziale 3.

<sup>47</sup> Orzeczenie z 10 listopada 2005 r. w sprawie Komisja przeciwko Austrii.

świadczenie usług usuwania odpadów komunalnych. Spółka miała mieć wyłączność na świadczenie tych usług na podstawie umowy zawartej z miastem na czas nieograniczony. Kilka miesięcy później 49% udziałów w spółce zostało transferowanych na rzecz innej prywatnej spółki Saubermacher, zaś miasto zachowało sobie większościowy, 51-procentowy udział w spółce. Spółka Abfall rozpoczęła swoją działalność dopiero po przejściu wspomnianej części udziałów przez spółkę Saubermacher. W okresie trzech pierwszych miesięcy spółka Abfall świadczyła usługi wyłącznie na rzecz miasta, natomiast później stanowiły one 70–80% jej ogólnej działalności. Komisja Europejska uznała, że zawarcie umowy bez przeprowadzenia postępowania przetargowego, zgodnego z postanowieniami dyrektywy 92/50, było sprzeczne z wymogami tejże dyrektywy.

Rząd austriacki podważał argumentację Komisji, zwracając uwagę, że w momencie, w którym była podpisywana umowa, 100% udziałów w spółce stanowiło własność miasta. Zatem zawarcie tej umowy, odpowiadającej wymogom transakcji typu „in house”, nie podlegało zakresowi dyrektyw. Nawet po częściowej prywatyzacji spółki kontrola sprawowana przez miasto miała charakter podobny do kontroli sprawowanej w stosunku do jego własnych służb (pierwszy warunek z orzeczenia w sprawie „Teckal”)<sup>48</sup>. Ten argument był z kolei podważany przez Komisję, zdaniem której założenie spółki Abfall, posiadanej w 100% przez miasto, było jedynie etapem pośrednim na drodze do założenia spółki o charakterze mieszanym. Świadczył o tym krótki – jedynie dwutygodniowy – odstęp pomiędzy zawarciem z nią umowy i podjęciem decyzji o jej częściowej prywatyzacji. Zdaniem rzecznika generalnego Geelhoeda relacje zachodzące pomiędzy miastem a spółką Abfall nie miały charakteru relacji typu „in house”. Miasto nie mogło sprawować nad spółką kontroli analogicznej do sprawowanej nad swoimi własnymi służbami, ponieważ:

- 49% udziałów w spółce stanowiło własność podmiotu prywatnego,
- podmiot prywatny miał prawo powoływania połowy zarządu spółki,
- decyzje dotyczące organizacji i struktury spółki wymagały kwalifikowanej większości członków zgromadzenia generalnego spółki.

W konkluzji rzecznik generalny proponował udzielenie odpowiedzi, że ponieważ relacje zachodzące pomiędzy miastem a spółką nie spełniały kryteriów z orzeczenia w sprawie „Teckal”, zawarcie kwestionowanej umowy nie mogło się odbyć z pominięciem procedur przetargowych z dyrektyw.

ETS rozpoczął swoje rozważania od przypomnienia, że żadna ze stron sporu nie kwestionowała tego, że warunki do stosowania dyrektywy były co do zasady spełnione: miasto Modling było zamawiającym w rozumieniu dyrektywy, umowa miała charakter odpłatny, została zawarta z usługodawcą, jej przedmiotem były usługi wymienione w załączniku I A do dyrektywy (tzw. usługi priorytetowe),

---

<sup>48</sup> Zdaniem władz austriackich ETS, orzekając w sprawie „Teckal”, nie wymagał, aby kontrola sprawowana przez podmiot samorządu terytorialnego była identyczna, lecz jedynie podobna, porównywalna do kontroli sprawowanej nad własnymi służbami tego podmiotu.

wreszcie wartość zamówienia przekraczała próg stosowania dyrektywy. Zgodnie z orzecznictwem ETS zaproszenie do składania ofert nie jest obowiązkowe w sytuacji, kiedy spełnione są dwa warunki „Teckal”. ETS nie zgodził się z argumentem rządu austriackiego, zgodnie z którym transakcja miała miejsce w czasie, kiedy udziały w przedsiębiorstwie stanowiły wyłączną własność miasta. Zdaniem ETS datą, która powinna być brana pod uwagę przy określaniu, czy zachodzi obowiązek stosowania dyrektywy, nie jest data udzielania zamówienia. Transfer 49% udziałów w spółce Abfall miał miejsce wkrótce po powierzeniu jej świadczenia wspomnianych usług na czas nieograniczony. Co więcej, spółka ta podjęła działalność dopiero po dokonaniu transferu. Świadczyło to, zdaniem ETS, o zastosowaniu „sztucznej konstrukcji” składającej się z trzech etapów: powołania spółki, zawarcia umowy, transferu udziałów – po to, aby udzielić zamówienia z pominięciem procedury przetargowej spółce o kapitale mieszanym, w której część udziałów stanowi własność prywatną. Jak stwierdził ETS, skuteczność dyrektyw zostałaby poważnie podważona w sytuacji, gdyby ocena, czy naruszenie dyrektyw miało miejsce, dotyczyła tylko momentu zawarcia umowy, bez brania pod uwagę okoliczności, które wystąpiły niewiele później. ETS sięgnął następnie do zastosowanej już wcześniej argumentacji ze sprawy „Stadt Halle”, aby stwierdzić, że udzielenie zamówienia spółce mieszanej bez zaproszenia do składania ofert nie jest zgodne z zasadami wolnej i niezakłóconej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, ponieważ zawarcie umowy z pominięciem procedury przetargowej zapewnia przewagę nad konkurentami podmiotowi prywatnemu mającemu udziały w spółce publicznej.

W konkluzji orzeczenia ETS uznał Austrię winną niedopełniania ciężących na niej obowiązków związanych z przepisami dyrektywy 92/50.

## Podsumowanie

Z omawianych powyżej oraz w rozdziale 3. orzeczeń wynikają następujące zasady dotyczące przedmiotowego zakresu obowiązywania dyrektyw:

- wyłączenia z zakresu obowiązywania dyrektyw dotyczących zamówień publicznych mają charakter wyczerpujący (tak m.in. w sprawach 199/85, C-328/92, C-57/94, C-385/02);
- dla zamówienia publicznego konieczne jest istnienie dwóch odrębnych pod względem prawnym podmiotów: zamawiającego i wykonawcy (m.in. C-107/98 oraz C-84/03);
- procedury udzielania zamówień nie muszą być stosowane w sytuacji, kiedy zamówienie jest udzielane podmiotowi formalnie odrębnemu od zamawiającego, ale spełnione są równocześnie dwa warunki: kontrola nad wykonawcą podobna do kontroli, jaką zamawiający sprawuje nad swoimi wewnętrznymi jednostkami organizacyjnymi oraz wykonywanie działalności zasadniczo na rzecz podmiotu kontrolującego (C-107/98). Zostały one w toku dalszego orzecznictwa doprecyzowane w następujący sposób:
  - udział podmiotów prywatnych w kapitale spółki wyklucza możliwość uzna-

- nia, że organ samorządu sprawuje nad danym przedsiębiorstwem kontrolę analogiczną do sprawowanej w stosunku do swoich wewnętrznych jednostek organizacyjnych – nie jest więc zamówieniem „in house” umowa podpisana ze spółką o kapitale mieszanym („Stadt Halle” oraz C-29/04),
- nawet 100% udziałów posiadanych w danym przedsiębiorstwie przez podmiot publiczny w momencie zawarcia umowy nie jest wystarczające do uznania danego zamówienia za zamówienie typu „in house” w sytuacji, kiedy zarząd danej spółki korzysta z szerokich uprawnień, przedmiotowy oraz terytorialny zakres działalności spółki uległ znacznemu rozszerzeniu, a także w sytuacji, kiedy w krótkim czasie po zawarciu umowy spółka zostaje częściowo sprywatyzowana lub nabycie w niej udziałów w przyszłości jest chociażby potencjalnie otwarte dla podmiotów prywatnych (C-458/03 „Parking Brixen”, C-29/04 oraz C-231/03 „Coname”);
  - charakter majątkowy umowy o zamówienie publiczne przejawia się w wynagrodzeniu przysługującym od danego podmiotu publicznego w zamian za wykonanie robót budowlanych objętych zakresem dyrektywy 93/37 (art. 1 (a)), które zostaną oddane do dyspozycji zamawiającego;
  - koncesje na usługi są wyłączone z zakresu dyrektyw dotyczących zamówień publicznych, ale podlegają fundamentalnym zasadom prawa wspólnotowego: niedyskryminacji, równego traktowania, przejrzystości oraz swobody świadczenia usług (C-458/03 oraz C-231/03).

## **2.3. Kwalifikacja kandydatów do udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne**

### **2.3.1. Wprowadzenie**

Dyrektywy dotyczące zamówień publicznych przywiązują dużą wagę do prawidłowej weryfikacji (**kwalifikacji**) uczestników postępowania o zamówienia publiczne. Kwalifikacja to etap postępowania o zamówienie publiczne, na którym zamawiający sprawdza, czy dany wykonawca spełnia podmiotowe warunki określone przez zamawiającego, dotyczące np. wielkości obrotu czy też doświadczenia, i podejmuje decyzję, czy może on zostać dopuszczony do udziału w postępowaniu. Kwalifikacja umożliwia też zamawiającemu wyeliminowanie z postępowania wykonawców, którzy są niewiarygodni, np. nie wypełniają swoich obowiązków związanych z płaceniem podatków czy też składek na ubezpieczenie społeczne bądź są nierzetelni, np. nie wykonali swoich zobowiązań związanych z wcześniejszymi zamówieniami albo popełnili wykroczenia zawodowe.

Kwalifikacja w świetle prawa europejskiego (dyrektyw dotyczących zamówień publicznych) to wyłącznie ocena wykonawców pod kątem spełniania przez nich warunków podmiotowych.

Ze względu na ograniczoną objętość publikacji obszerniej omówione zostaną jedynie orzeczenia wydane w okresie 1999–2005. Wcześniejszym wyrokiem ETS poświęcone są inne dostępne publikacje dotyczące zamówień publicznych<sup>49</sup>.

### 2.3.2. Zasady kwalifikacji do udziału w postępowaniu

W omawianym okresie ETS wydał kilka wyroków dotyczących kwalifikacji wykonawców. I tak, w sprawie **C-234/03**<sup>50</sup> przedmiotem zamówienia udzielanego przez hiszpańskiego zamawiającego było „świadczenie usług terapii oddechowej w miejscu zamieszkania oraz innych wspomagających technik oddychania”<sup>51</sup> w dwóch prowincjach hiszpańskich – Caceres i Badajoz. Dokumentacja przetargowa przewidywała warunki dopuszczenia do udziału w postępowaniu (warunki kwalifikacji), które powinny być spełnione najpóźniej w momencie składania ofert. Zamawiający wymagał m.in., aby wykonawca posiadał w stolicy danej prowincji co najmniej jedno biuro dostępne publicznie, otwarte pięć razy w tygodniu przez co najmniej osiem godzin dziennie. Dokumentacja przetargowa została zaskarżona do sądu przez firmę Contse, która uważała, że zamawiający naruszył postanowienia dyrektywy 92/50 oraz przepisy TWE dotyczące swobody świadczenia usług (art. 49) oraz przedsiębiorczości (art. 43). Sąd krajowy zwrócił się do ETS z pytaniem, czy warunki udziału w postępowaniu oraz kryteria udzielania zamówienia były zgodne z postanowieniami wyżej wymienionej dyrektywy oraz TWE.

Odnosząc się do zaskarżonych warunków kwalifikacji, ETS stwierdził, że przepisy krajowe, które powodują, że wykonywanie danej działalności gospodarczej przez podmioty zagraniczne jest utrudnione lub mniej korzystne niż dla podmiotów krajowych, mogą być uznane za zgodne z TWE, o ile spełnione są cztery warunki:

- **przepisy te są stosowane w sposób niedyskryminacyjny,**
- **są uzasadnione nadrzędnym interesem publicznym,**
- **są odpowiednie dla osiągnięcia wyznaczonego celu,**
- **nie wykraczają poza to, co jest konieczne dla osiągnięcia tego celu (zasada proporcjonalności).**

Sprawdzając, czy wyżej określone warunki są spełnione, ETS zauważył, po pierwsze, że zasada równego traktowania zabrania nie tylko jawnej dyskryminacji ze względu na przynależność państwową, ale również wszelkich ukrytych form dyskryminacji, które poprzez stosowanie innych niż narodowość kryteriów różnicujących (ang. *distinguishing elements*) powodują de facto ten sam skutek. Warunek w postaci posiadania biura w stolicy prowincji jest wprawdzie stosowany do każdego przedsiębiorstwa zainteresowanego danym zamówieniem (bez róż-

<sup>49</sup> Np.: M. Lemke „Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej. Zamówienia publiczne na usługi, dostawy i roboty budowlane”, wydanie II, UZP, 2001 r. oraz D. Piasta „Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej. Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości”, UZP, cz. I, 1999 r. i cz. II, 2000 r.

<sup>50</sup> Orzeczenie ETS z 27 października 2005 r.

<sup>51</sup> Patrz tłumaczenie robocze orzeczenia na język polski dostępne na stronie [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu).

nienia – krajowego czy zagranicznego), konieczne jest jednak zbadanie, czy warunek ten może w praktyce łatwiej zostać spełniony przez przedsiębiorców hiszpańskich niż zagranicznych. Gdyby tak w istocie było, to, zdaniem ETS, wymóg ten naruszałby zasadę niedyskryminacji. Jednak o ile przepisy krajowe nie ograniczają swobody zakładania przedsiębiorstw przez podmioty zagraniczne, wymóg posiadania biura dostępnego dla klientów w stolicy prowincji, w której usługi mają być świadczone, nie stanowi w zasadzie przeszkody dla przedsiębiorców zagranicznych (każdy z nich może otworzyć biuro). Po drugie, zastosowanie takiego warunku musi być uzasadnione względami nadrzędnego interesu publicznego. W tym przypadku ETS nie miał wątpliwości, że zarówno warunki kwalifikacji, jak i kryteria udzielania zamówienia zastosowane przez zamawiającego zmierzają do lepszego zabezpieczenia życia i zdrowia pacjentów. Zgodnie z trzecim i czwartym warunkiem przepis krajowy powinien być odpowiedni dla zagwarantowania realizacji celu, któremu służy i nie powinien wykraczać poza to, co jest niezbędne do jego osiągnięcia. ETS uznał, że nawet gdyby przyjąć, że wymóg ten jest podyktowany troską o pacjentów, wymaganie posiadania biura już w chwili składania oferty było niezgodne z zasadą proporcjonalności. ETS przyznał również rację Komisji Europejskiej, która twierdziła, że istnienie takiego biura nie jest istotnym elementem świadczenia wspomnianych usług. Zamawiający wymagał bowiem w dokumentacji przetargowej również zorganizowania serwisu pomocy technicznej, dostępnego 24 godziny na dobę siedem dni w tygodniu. Ten wymóg, zdaniem ETS, zapewniał już, za pomocą środków w mniejszym stopniu ograniczających swobodę świadczenia usług, realizację celu, jakim jest ochrona życia lub zdrowia pacjentów w przypadku, gdyby wystąpiły problemy z funkcjonowaniem lub użytkowaniem sprzętu medycznego.

Jeżeli zamawiający określa kryteria kwalifikacji do udziału w postępowaniu (w tym wagę zastosowanych kryteriów), obowiązany jest podać te informacje do wiadomości uczestników postępowania (C-470/99 „Universale Bau”)<sup>52</sup>. Dyrektywa 93/37 nie zawiera przepisu wymagającego publikacji kryteriów wyboru kandydatów, którzy zostaną następnie zaproszeni do składania ofert w procedurze ograniczonej. Dyrektywy mają za zadanie jedynie koordynację krajowych procedur udzielania zamówień publicznych i nie stanowią w związku z tym kompletnego i wyczerpującego systemu prawa wspólnotowego w tej dziedzinie. Celem dyrektywy jest m.in. zniesienie ograniczeń w swobodzie prowadzenia działalności gospodarczej oraz świadczenia usług w zakresie zamówień publicznych na roboty budowlane (patrz pkt 2 i 10 preambuły do dyrektywy 93/37). **Kryteria oraz warunki, na podstawie których ma miejsce udzielenie zamówienia, powinny być w związku z tym upublicznione**<sup>53</sup>. Z zasady równego traktowania oferentów wynika obowiązek zapewnienia przejrzystości postępowania, która umożliwi sprawdzenie, czy była ona przestrzegana. Procedura udzielenia zamówienia publicznego powinna być, na każdym etapie, a zwłaszcza na etapie wyboru (kwalifikacji)

<sup>52</sup> Patrz omówienie orzeczenia w rozdziale 3.

<sup>53</sup> Tak w sprawie 31/87 („Beentjes”).

wykonawców w procedurze ograniczonej, zgodna zarówno z zasadą równego traktowania potencjalnych oferentów, jak i zasadą przejrzystości. Wszystkim uczestnikom postępowania należy umożliwić jednakowe możliwości oceny warunków, jakie mają spełniać ich wnioski lub oferty. Dyrektywa 93/37 określa więc zasady dotyczące publikacji zarówno kryteriów kwalifikacji, jak i udzielenia zamówienia. Przykładowo, w odniesieniu do procedury negocjacyjnej, art. 7 ust. 2 dyrektywy stanowi, że kandydaci powinni być wybrani zgodnie z upublicznionymi kryteriami kwalifikacji. Biorąc pod uwagę cel dyrektywy, ETS stwierdził, że w przypadku procedury ograniczonej, jeżeli zamawiający określa reguły ważenia kryteriów wyboru kandydatów, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert, obowiązany jest podać je w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentacji przetargowej.

### 2.3.3. Przesłanki wykluczenia z udziału w postępowaniu

W połączonych sprawach **C-226/04** i **C-228/04**<sup>54</sup> Trybunał po raz pierwszy wypowiedział się na temat możliwości wykluczenia z udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne usługodawców zalegających z zapłatą składek na ubezpieczenie społeczne i podatków. W 2002 r. włoskie Ministerstwo Obrony Narodowej we współpracy z Ministerstwem Gospodarki i Finansów zorganizowało przetarg na usługi restauracyjne w jednostkach i departamentach Ministerstwa Obrony. Jeden z usługodawców został wykluczony z udziału w postępowaniu na tej podstawie, że zalegał z zapłatą składek na ubezpieczenie społeczne za swoich pracowników, a drugi w związku z zaległościami dotyczącymi podatków. Wykluczone przedsiębiorstwa odwołały się od decyzji zamawiającego, domagając się jej uchylenia. Jedna z wykluczonych firm twierdziła, że uregulowała w późniejszym terminie zaległości z zapłatą składek na ubezpieczenie społeczne, druga z kolei wskazywała, że sprawa zaległości podatkowych została uregulowana w związku z objęciem tej firmy amnestią podatkową i zwolnieniem z podatku. Sąd włoski rozpatrujący odwołanie zwrócił się do ETS z następującymi pytaniami: 1) w którym momencie uznaje się, dla celów dopuszczenia do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, że usługodawca spełnił zobowiązania w zakresie zapłaty składek na ubezpieczenie społeczne oraz podatków, 2) w którym momencie usługodawca powinien dostarczyć dowody wywiązania się z tych obowiązków oraz 3) czy należy uznać, że wykonawca, który w chwili upływu terminu zgłoszenia udziału w przetargu zalega z zapłatą składek na ubezpieczenie społeczne lub podatków, bądź taki, który uzyskał od właściwych organów zgodę na rozłożenie tych składek lub podatków na raty lub też wniósł skargę administracyjną lub sądową podważającą istnienie lub wysokość swoich zobowiązań nie wypełnił, zgodnie z dyrektywą 92/50, swoich zobowiązań socjalnych lub podatkowych.

Rozpatrując tę sprawę, ETS zauważył, że dyrektywa dotycząca zamówień publicznych na usługi określa siedem enumeratywnie wyliczonych podstaw wykluczenia wykonawców z udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne, w tym –

<sup>54</sup> Wyrok ETS z 9 lutego 2006 r.



niewypełnienie zobowiązań w zakresie ubezpieczeń społecznych oraz zobowiązań podatkowych. Zastosowanie tych podstaw wykluczenia należy do uznania państw członkowskich, które mogą przewidzieć bardziej elastyczne lub mniej rygorystyczne niż dyrektywa przepisy dotyczące wykluczenia, nie mogą jednak użyć innych podstaw do wykluczenia, niż określone w dyrektywie. Dyrektywa nie definiuje pojęcia „wypełnianie zobowiązań”, może więc być ono zdefiniowane w prawie krajowym. Do państw członkowskich należy sprecyzowanie treści i zakresu zobowiązań socjalnych i podatkowych oraz sposobu ich wypełniania. Termin, w jakim wykonawcy muszą dokonać płatności podatków lub składek, powinien być określony przez państwo członkowskie i może obejmować okres od złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu do chwili poprzedzającej udzielenie zamówienia. Może to być, zdaniem ETS, np.: termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, data wysłania zaproszenia do składania ofert, termin składania ofert, termin oceny ofert przez podmiot zamawiający lub moment bezpośrednio poprzedzający udzielenie zamówienia. Zasady przejrzystości i równego traktowania wymagają, aby termin ten był określony w sposób pewny i został podany do publicznej wiadomości. Co do zasady należy uznać, że wykonawca, który spłacił całość swoich zobowiązań w tym terminie, wypełnił swoje obowiązki. W innym przypadku powinien on wykazać, w tym samym terminie, że korzysta z amnestii podatkowej lub zmniejszenia swoich zobowiązań podatkowych bądź zawarł ugodę administracyjną. Ustawodawstwo krajowe, które uznaje w takiej sytuacji, że wykonawca uregulował swoje zobowiązania, jest zgodne z prawem wspólnotowym. ETS ustosunkował się również do pytania sądu krajowego dotyczącego skutków, jakie należy wiązać z wniesieniem przez wykonawcę skargi administracyjnej lub sądowej na decyzję właściwych organów podatkowych lub odpowiedzialnych za kwestie ubezpieczeń społecznych w kontekście stwierdzenia, czy wykonawca ma uregulowaną sytuację w zakresie zobowiązań dotyczących podatków i ubezpieczeń społecznych. W tym zakresie ETS uznał, że jest to kwestia podlegająca prawu krajowemu – do krajowego porządku prawnego należy zatem określenie, czy wniesienie skargi administracyjnej lub sądowej powoduje konieczność uznania przez podmiot zamawiający, że dany wykonawca ma uregulowaną sytuację w zakresie wspomnianych wyżej zobowiązań i dopuszczenia go do postępowania przetargowego, pod warunkiem że skarga taka zostanie wniesiona z zachowaniem terminu, do którego lub w przeciągu którego wykonawcy powinni dokonać płatności zgodnie ze swoimi zobowiązaniami. Jednakże, zdaniem ETS, takie krajowe uregulowania, które pomijałyby całkowicie skutki wniesienia skargi administracyjnej lub sądowej dla możliwości wzięcia udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne, groziłyby naruszeniem podstawowych praw zainteresowanych podmiotów.

Sprawy **C-31/03** i **C-34/03** „Fabricom”<sup>55</sup> dotyczyły wykluczenia z udziału w danym postępowaniu wykonawców, którzy brali udział w pewnych czynnościach związanych z przygotowaniem tego postępowania. Zgodnie z belgijskimi przepi-

<sup>55</sup> Patrz omówienie orzeczenia w rozdziale 3.

sami w postępowaniu o zamówienie publiczne nie mogły składać ofert ani wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu osoby, którym powierzono przeprowadzenie badań, studiów lub planów związanych z robotami budowlanymi, dostawami lub usługami będącymi przedmiotem danego zamówienia. Sąd krajowy rozpatrujący odwołanie wykluczonej firmy zadał ETS pytanie, czy przepisy unijnych dyrektyw zabraniają osobie, której powierzono przygotowanie badań, eksperymentów, studiów lub planów, ubiegania się o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o zamówienie lub złożenia oferty, jeżeli nie miała ona możliwości wykazania, że uzyskane przez nią doświadczenie nie jest w stanie zakłócić uczciwej konkurencji. Trybunał stwierdził, że przepis prawa belgijskiego będący przedmiotem skargi nie pozostawia osobie wykonującej niektóre prace przygotowawcze takiej możliwości, w związku z tym, zdaniem ETS, przepis belgijski wykracza poza to, co jest konieczne do osiągnięcia celu równego traktowania oferentów. Konsekwencją stosowania wspomnianej zasady może być bowiem wykluczenie z procedury przetargowej osób, których uczestnictwo nie stanowi żadnego niebezpieczeństwa dla uczciwej konkurencji mimo ich wcześniejszego zaangażowania. Zatem przepis, zgodnie z którym bezwarunkowo nie dopuszcza się do złożenia wniosku o uczestnictwo lub oferty przez osobę, na której spoczywał obowiązek wykonania prac badawczych, eksperymentalnych, naukowych lub rozwojowych w zakresie robót budowlanych, dostaw i usług będących przedmiotem zamówienia, nie jest zgodny z przepisami unijnych dyrektyw, o ile nie pozwala wykonawcy na wykazanie, że w danym przypadku zdobyte przez niego doświadczenia nie mogą zakłócić uczciwej konkurencji.

W sprawie **C-94/99 „Arge”**<sup>56</sup> ETS wypowiedział się na temat wykluczenia z udziału w postępowaniu o zamówienie wykonawcy korzystającego z pomocy publicznej. Sprawa ta dotyczyła m.in. pytania zadanego ETS przez sąd krajowy, czy jest naruszeniem zasady równego traktowania i niedyskryminacji dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawców, których działalność jest finansowana ze środków publicznych. ETS powołał się na art. 23 oraz 29–37 dyrektywy 92/50, określające szczegółowo kryteria kwalifikacji do udziału w postępowaniu oraz kryteria udzielenia zamówienia. Żaden z tych przepisów nie przewiduje możliwości wykluczenia z udziału w postępowaniu danego wykonawcy wyłącznie z tego powodu, że korzysta on ze wsparcia w postaci publicznych subsydiów. Wprost przeciwnie, art. 1 lit c) dyrektywy dopuszcza wyraźnie udział w postępowaniu o zamówienie publiczne podmiotów, które są finansowane ze środków publicznych. Przepis ten stanowi bowiem, że oferentem w rozumieniu dyrektywy 92/50 jest usługodawca, którym może być osoba prawna lub fizyczna, włączając podmiot publiczny oferujący swoje usługi. Nie jest sprzeczny z zasadą równego traktowania udział w postępowaniu podmiotów publicznych. ETS twierdzi, że dyrektywa dopuszcza jednocześnie branie pod uwagę przez zamawiającego, jaki jest charakter pomocy publicznej dla danego wykonawcy. Jeżeli pomoc ta byłaby niezgodna z postanowieniami TWE, może on zostać wykluczony z udziału w postępowaniu. W tej sytuacji

<sup>56</sup> Wyrok z 7 grudnia 2000 r.

bowiem mogłaby powstać konieczność zwrotu otrzymanych bezprawnie środków, mająca ujemny wpływ na finansową sytuację wykonawcy i – w konsekwencji – na jego wiarygodność. ETS zgodnie ze stanowiskiem Komisji Europejskiej uznał, że w takich okolicznościach zamawiający ma prawo podjąć decyzję o wykluczeniu.

W odniesieniu do omawianej sprawy nie uznał jednak za konieczne, ani też możliwe, zdefiniowanie warunków, w jakich zamawiający byłby uprawniony lub zobowiązany do wykluczenia wykonawcy korzystającego z nielegalnej pomocy publicznej.

#### 2.3.4. Kryteria kwalifikacji a kryteria udzielenia zamówienia

Zgodnie z postanowieniami dyrektyw oraz orzecznictwem ETS rozróżnia się **sprawdzenie zdolności** wykonawcy do wykonania danego rodzaju zamówienia (kwalifikacja) oraz **wybór najkorzystniejszej oferty** (udzielenie zamówienia)<sup>57</sup>. Są to dwie odrębne operacje w ramach procedury udzielania zamówienia publicznego, podlegające odrębnym regulacjom i zasadom. W związku z tym nie należy mieszać zasad i kryteriów mających zastosowanie do kwalifikacji oraz wyboru najkorzystniejszej oferty<sup>58</sup>. Jakkolwiek dyrektywy nie zabraniają, ażeby te dwie fazy miały miejsce równocześnie, zdaniem Trybunału rządzą się one zupełnie innymi prawami. I tak, gdy chodzi o sprawdzanie odpowiedniości potencjalnego kontrahenta, to powinno się ono odbywać w oparciu o kryteria dotyczące wiarygodności, sytuacji ekonomicznej i finansowej oraz wiedzy i zdolności technicznej oferenta. Wybór najkorzystniejszej oferty powinien z kolei odbywać się wyłącznie w oparciu o kryterium najniższej ceny lub oferty najkorzystniejszej ekonomicznie. Uznanie odrębności tych dwóch faz wcale nie oznacza konieczności ich chronologicznego rozdzielenia. **Dopuszczalne jest więc wykluczenie oferenta uznanego za nieodpowiedniego, nawet jeżeli zakończyła się już formalnie faza sprawdzania oferentów i rozpoczęło postępowanie zmierzające do wyboru oferty.**

Sprawa C-315/01<sup>59</sup> dotyczyła m.in. zastosowania przez zamawiającego jako kryterium udzielenia zamówienia liczby przedłożonych przez wykonawcę referencji dotyczących poprzednio wykonanych przez niego zamówień. ETS zauważył, że zgodnie ze strukturą dyrektywy 93/36, a zwłaszcza jej Tytułu IV, ocena kwalifikacji wykonawcy do dostarczenia produktów będących przedmiotem postępowania o zamówienie publiczne oraz udzielenie zamówienia to dwie odrębne operacje w ramach procedury udzielania zamówienia. Zgodnie z art. 15 ust. 1 dyrektywy zamówienie powinno być udzielone po sprawdzeniu kwalifikacji wykonawcy. Dyrektywa nie wyklucza wprawdzie sytuacji, kiedy ocena oferenta i jego oferty mają miejsce równocześnie, ale do działań tych mają zastosowanie odrębne reguły<sup>60</sup>. Zgodnie z art. 15 ust. 1 dyrektywy ocena kwalifikacji wykonawcy odbywa się

<sup>57</sup> Patrz wyrok ETS w sprawie 31/87 „Beentjes”.

<sup>58</sup> Ibidem.

<sup>59</sup> Patrz szersze omówienie w rozdziale 3.

<sup>60</sup> Patrz orzeczenie w sprawie 31/87.

w oparciu o kryteria dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy oraz zdolności i umiejętności technicznych (zgodnie z art. 22–24 dyrektywy). Celem tych przepisów nie jest bynajmniej ograniczenie kompetencji państw członkowskich do ustalenia minimalnych poziomów, z którymi wiąże się możliwość wzięcia udziału w postępowaniu, ale określenie, jakie dokumenty lub zaświadczenia mogą być przedstawione w celu wykazania, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu. Co zaś do kryteriów udzielenia zamówienia, decyzja zamawiającego może być, zgodnie z art. 26 dyrektywy, oparta bądź na najniższej oferowanej cenie, bądź, w przypadku, kiedy zamawiający dokonuje wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, na szeregu przykładowo wymienionych kryteriów, takich jak: cena, termin dostawy, charakterystyka funkcjonalna i estetyczna, walor techniczny, usługi po sprzedaży oraz serwis techniczny. Lista kryteriów nie jest zamknięta, jednakże, zgodnie z orzecznictwem ETS, wybór zamawiającego jest ograniczony wyłącznie do kryteriów, które mają służyć wyborowi oferty najkorzystniejszej ekonomicznie<sup>61</sup>. Lista zawierająca wykaz głównych dostaw za okres trzech lat poprzedzających udzielenie zamówienia, określająca ceny, daty oraz odbiorców, została wyraźnie wymieniona w art. 23 ust. 1 lit a) dyrektyw jako jeden z dowodów na potwierdzenie zdolności technicznej dostawcy. Lista, która nie zawiera opinii odbiorców, nie może być wykorzystana do identyfikacji oferty najkorzystniejszej ekonomicznie w rozumieniu art. 26 dyrektywy, a zatem nie może stanowić kryterium udzielenia zamówienia w świetle tego przepisu. Na pytanie sądu krajowego ETS udzielił odpowiedzi, że **dyrektywa 93/36 zabrania zamawiającemu, w procedurze udzielania zamówienia publicznego na dostawy, brania pod uwagę liczby referencji dotyczących oferowanych produktów nie jako kryterium oceny kwalifikacji dostawcy, ale jako kryterium udzielenia zamówienia.**

Z prawidłowym rozróżnieniem kryteriów kwalifikacji i udzielenia zamówienia miał natomiast problem Sąd Pierwszej Instancji w sprawie T – 4/01<sup>62</sup>, gdzie uznał, najwyraźniej przez pomyłkę, że zdolność techniczna usługodawcy do wykonania zamówienia mogła być jednym z podkryteriów wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie. Wydane w tej sprawie orzeczenie jest oczywiście sprzeczne z linią orzecniczą ETS w zakresie kryteriów kwalifikacji i udzielenia zamówienia<sup>63</sup>.

### 2.3.5. Udział konsorcjów w postępowaniu o zamówienie publiczne

Dyrektywy dotyczące zamówień publicznych wyraźnie dopuszczają możliwość udziału grupy wykonawców (konsorcjum) w postępowaniu o zamówienie publiczne. Grupy wykonawców mogą składać oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Zamawiający nie mogą wymagać, aby grupy wykonawców przybrały, w celu złożenia ofert, określoną formę prawną. Może jednak

<sup>61</sup> Np. C-513/99 oraz C-19/00.

<sup>62</sup> Wyrok SPI z 25 lutego 2003 r. w sprawie T-4/02 Renco SpA przeciwko Radzie Unii Europejskiej.

<sup>63</sup> Więcej na temat orzeczenia patrz P. Braun „The Use of Qualitative Award Criteria and the Difference between Award and Qualification Criteria: A note on T-4/01”, *Public Procurement Law Review*, 5, 2003, str. NA116.

żądać, aby dana grupa, której już udzielono zamówienia, przybrała określoną formę prawną w zakresie, w jakim jest to niezbędne do „zadowalającej realizacji zamówienia”. ETS kilkakrotnie orzekał w sprawie możliwości powoływania się na zasoby członków konsorcjum dla potrzeb kwalifikacji do udziału w postępowaniu. W sprawie **C-389/92** („Ballast I”)<sup>64</sup> ETS stwierdził, że przy ocenie, czy firmy ubiegające się o przyjęcie na listę zatwierdzonych wykonawców spełniają warunki udziału w postępowaniu, w przypadku, kiedy wniosek jest składany przez głównego członka grupy, dyrektywy pozwalają na branie pod uwagę poszczególnych podmiotów wchodzących w skład grupy, nawet jeżeli posiadają one odrębną osobowość prawną. Wnioskodawca musi jednak wykazać, że faktycznie dysponuje zasobami tych podmiotów niezbędnymi do wykonania zamówienia. W sprawie **C-5/97** („Ballast II”) ETS uznał, że w sytuacji, kiedy rozpatrywany jest wniosek o rejestrację złożony przez dominującą w danej grupie osobę prawną i osoba ta wykaże, że rzeczywiście dysponuje zasobami innych podmiotów wchodzących w skład grupy, zamawiający rozpatrujący dany wniosek **ma obowiązek** uwzględnić zasoby tych podmiotów. W sprawie **C-176/98**<sup>65</sup> ETS uznał, że wykonawca może, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących sytuacji ekonomicznej, finansowej oraz zdolności technicznych, powoływać się na sytuację (zasoby) innych podmiotów, niezależnie od charakteru więzi prawnych łączących go z tymi podmiotami, pod warunkiem wszakże, że będzie w stanie wykazać, że rzeczywiście ma dostęp do ich zasobów. Ocena, czy w danym przypadku warunek ten jest spełniony, należy do sądu krajowego.

Możliwość powołania się przez wykonawcę na zasoby innych członków grupy lub zasoby innych podmiotów wynika obecnie jednoznacznie z postanowień dyrektywy 2004/18 (art. 47 ust. 3 oraz art. 48 ust. 4).

Sprawa **C – 57/01**<sup>66</sup> dotyczyła m.in. wykluczenia z udziału w postępowaniu konsorcjum, w którego składzie zaszły zmiany po upływie terminu składania ofert. ETS powołał się na art. 21 dyrektywy 93/37 – jedyny, który dotyczy konsorcjów. Przepis ten stanowi, że oferty mogą być składane przez grupy wykonawców (konsorcja) i od takich grup nie można wymagać, aby przybrały określoną formę prawną przed udzieleniem im zamówienia publicznego. Art. 21 nie zawiera wzmianki dotyczącej składu konsorcjum. W konsekwencji **dyrektywa 93/37 nie wyklucza przyjęcia przepisów krajowych, które zabraniałyby zmian w składzie grupy wykonawców biorącej udział w postępowaniu o zamówienie publiczne mających miejsce po złożeniu ofert.**

### 2.3.6. Podsumowanie

Z omawianych wyżej wyroków wynikają następujące zasady, sformułowane przez ETS w odniesieniu do kwalifikacji uczestników postępowania o zamówienie publiczne:

<sup>64</sup> Wyrok z 14 kwietnia 1994 r. (ECR 1994, str. I –1289).

<sup>65</sup> Wyrok z 2 grudnia 1999 r. (ECR 1999, str. I – 8607).

<sup>66</sup> Patrz szersze omówienie orzeczenia w rozdziale 3.

- kwalifikacja i udzielenie zamówienia to dwie oddzielne operacje w ramach procedury udzielania zamówienia publicznego, które nie muszą być chronologicznie rozdzielone, ale podlegają odrębnym regułom i zasadom (31/87 oraz C-315/01);
- kwalifikacja jest związana z oceną spełniania przez wykonawcę warunków podmiotowych, podczas gdy wybór oferty może opierać się tylko na kryterium najniższej ceny lub oferty najkorzystniejszej ekonomicznie (31/87, C-315/01, C-234/03);
- zgodnie z zasadą przejrzystości kryteria kwalifikacji powinny być upublicznione bądź w ogłoszeniu o zamówieniu, bądź w dokumentacji przetargowej (31/87 oraz C-470/99);
- przesłanki wykluczenia zawarte w dyrektywach są fakultatywne, co oznacza, że mogą, ale nie muszą być zastosowane (C-226-228/04)<sup>67</sup>;
- katalog przesłanek wykluczenia wykonawcy jest zamknięty, państwo członkowskie może wprowadzić bardziej elastyczne lub mniej rygorystyczne przepisy dotyczące wykluczenia, ale nie może stosować innych przesłanek wykluczenia (rozszerzyć katalogu tych okoliczności) niż wymienione w dyrektywie (C-226-228/04);
- celem przepisów dotyczących kwalifikacji wykonawców nie jest ograniczenie kompetencji państw członkowskich do ustalenia minimalnych poziomów, z którymi wiąże się możliwość wzięcia udziału w postępowaniu, ale określenie, jakie dokumenty lub zaświadczenia mogą być przedstawione w celu wykazania, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu;
- nie jest możliwe „automatyczne” wykluczenie z udziału w postępowaniu osoby wykonującej określone czynności związane z przygotowaniem postępowania bez umożliwienia tej osobie wykazania, że jej udział w postępowaniu nie zakłóci uczciwej konkurencji (C-31/03 i C-34/03);
- wykonawca może powoływać się na zasoby innych członków konsorcjum lub innych podmiotów, powinien jednak być w stanie wykazać, że rzeczywiście ma dostęp do zasobów, które są niezbędne do wykonania zamówienia (C-389/92, C-5/97, C-176/98 oraz C-314/01); zamawiający może (C-389/92) a nawet ma obowiązek (C-5/97) wziąć pod uwagę zasoby innych podmiotów, na które powołuje się wykonawca.

## 2.4. Kryteria oceny ofert

Wszystkie omawiane w niniejszym wyborze orzeczenia odnoszą się do dyrektyw (92/50, 93/36, 93/37, 93/38) obowiązujących przed przyjęciem ostatniego pakietu legislacyjnego. Dyrektywy te podobnie definiowały kryteria oceny ofert, które może wybrać zamawiający, aczkolwiek istniały pewne różnice w sformułowaniach.

<sup>67</sup> Nowa dyrektywa 2004/18 wprowadziła także katalog przesłanek obligatoryjnych.

I tak, dyrektywa 92/50 dotycząca koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi stanowiła: w art. 36:

„1. Bez uszczerbku dla krajowych przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych, dotyczących wynagrodzenia za określone usługi, kryteriami, na których instytucja zamawiająca się opiera, udzielając zamówień, są:

- a) w przypadku, gdy udzielenie zamówienia jest dokonywane na podstawie oferty najkorzystniejszej ekonomicznie – różne kryteria odnoszące się do zamówienia, na przykład: jakość, wartość techniczna, estetyka, użyteczność, pomoc techniczna i serwis po sprzedaży, data zrealizowania usługi, okres bądź termin realizacji usługi, cena albo
- b) wyłącznie najniższa cena.

2. W przypadku zamówień udzielanych na podstawie oferty najkorzystniejszej ekonomicznie instytucje zamawiające zamieszczają w dokumentacji zamówienia lub w ogłoszeniu o przetargu wszystkie kryteria, które zamierzają zastosować, w miarę możliwości, w kolejności przyznanego im znaczenia”.

Art. 26 dyrektywy 93/36 dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na dostawy:

„1. Kryteriami, na których opiera się zamawiająca instytucja, udzielając zamówień, są:

- a) albo wyłącznie najniższa cena;
- b) albo, gdy udzielenie zamówienia jest dokonywane na podstawie oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, różne kryteria, zgodnie z danym zamówieniem, na przykład: cena, czas realizacji dostawy, koszty bieżące, opłacalność, jakość, estetyka, funkcjonalność, wartość techniczna, serwis po sprzedaży i pomoc techniczna.

2. W przypadku określonym w ust. 1 lit. b) instytucja zamawiająca zamieszcza w dokumentach zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu wszystkie kryteria, które zamierza zastosować, w miarę możliwości, w kolejności przyznanego im znaczenia”.

Dyrektywa 93/37 dotycząca koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (art. 30):

„1. Kryteriami, na podstawie których instytucja zamawiająca udziela zamówienia, są:

- a) albo wyłącznie najniższa cena,
- b) albo, w przypadku, gdy udzielenie zamówienia jest dokonywane na podstawie oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, różne kryteria odnoszące się do zamówienia, na przykład: cena, termin realizacji, koszty bieżące, opłacalność, wartość techniczna.

2. W przypadku określonym w ust. 1 lit. b) instytucje zamawiające zamieszcza w dokumentach zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu wszystkie kryteria, które zamierzają zastosować, w miarę możliwości, w kolejności przyznanego im znaczenia”.

Jak widać, wszystkie dyrektywy przewidywały dwa główne kryteria: najniższa cena bądź oferta najkorzystniejsza ekonomicznie. Poszczególne dyrektywy wymieniały różne subkryteria służące identyfikacji oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, i tu właśnie istniały różnice w sformułowaniach dotyczących usług, dostaw i robót budowlanych. Różnice te jednak nie były zasadnicze.

Przyjęta w marcu 2004 r. nowa dyrektywa 2004/18 w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi reguluje temat kryteriów udzielenia zamówienia (oceny ofert) w art. 53<sup>68</sup>:

„1. Bez uszczerbku dla krajowych przepisów ustawowych, wykonawczych lub administracyjnych dotyczących wynagradzania z tytułu niektórych usług, kryteriami, na podstawie których instytucje zamawiające udzielają zamówień publicznych, są:

a) w przypadku, gdy zamówienia udziela się na podstawie oferty najkorzystniejszej ekonomicznie z punktu widzenia instytucji zamawiającej, różne kryteria odnoszące się do danego zamówienia publicznego, przykładowo: jakość, cena, wartość techniczna, właściwości estetyczne i funkcjonalne, aspekty ochrony środowiska [proekologiczne], koszty użytkowania, rentowność, serwis posprzedażny oraz pomoc techniczna, termin dostarczenia bądź czas dostarczenia lub realizacji; albo:

b) wyłącznie najniższa cena.

2. Bez uszczerbku dla akapitu trzeciego, w przypadku, o którym mowa w ust. 1 lit. a), instytucja zamawiająca określa w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia albo, w przypadku dialogu konkurencyjnego, w dokumencie opisowym wagę przypisaną każdemu z kryteriów wybranych w celu ustalenia oferty najkorzystniejszej ekonomicznie.

Wagi te mogą być wyrażone za pomocą przedziału z odpowiednią rozpiętością maksymalną.

Jeżeli w opinii instytucji zamawiającej przedstawienie wag nie jest możliwe z oczywistych przyczyn, instytucja zamawiająca wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia albo, w przypadku dialogu konkurencyjnego, w dokumencie opisowym kryteria w kolejności od najważniejszego do najmniej ważnego”.

W stosunku do poprzednio obowiązującego stanu prawnego widoczne są trzy różnice.

Po pierwsze, kryteria udzielania zamówień zostały ujednoczone, obecnie przewidziane są jednakowe dla każdego rodzaju zamówień. Jak jednak stwierdzono wcześniej, poprzednie różnice nie były istotne, stąd też ta zmiana nie jest zbyt wielka.

---

<sup>68</sup> Identyczne postanowienia zawarte są w art. 55 dyrektywy 2004/17 koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych.



Po drugie, zwiększono obowiązki zamawiającego odnośnie do publikacji informacji o kryteriach, które będzie stosował. Poprzednio w ogłoszeniu publikowało się informację o kryteriach, podając kolejność przyznanego im znaczenia (i to tylko w miarę możliwości). Nie było obowiązku publikacji informacji o wadze przypisanej poszczególnym kryteriom. Zatem dla oferenta informacja o samych kryteriach mogła nie być wystarczająca. Jeśli podano (zgodnie z wymogami dyrektyw 92/50, 93/36 i 93/37), że stosowane będą dwa kryteria w następującej kolejności: cena, jakość – mogło to równie dobrze znaczyć, że drugie w kolejności kryterium (jakość) ma 49% albo 5% znaczenia (wagi). A to przecież ogromna różnica. Taki sposób publikacji informacji o kryteriach oceny ofert nie gwarantował więc wystarczająco przejrzystości procedury. Jak zaś wielokrotnie stwierdzał ETS, dla przestrzegania zasady równego traktowania oferentów (podstawowa zasada płynąca wprost z Traktatu, będąca kamieniem węgielnym dyrektyw dotyczących zamówień) niezbędne jest zagwarantowanie przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie więc z linią orzecniczą ETS nowa dyrektywa wzmacnia przejrzystość postępowania, wymagając publikacji większej liczby informacji o stosowanych kryteriach: nie tylko o ich kolejności, ale również o wadze (procentowej) im przypisanej. Jednak również nowa dyrektywa pozostawia furtkę, pozwalając zamawiającemu uniknąć podania dokładnej informacji o wadze przypisanej poszczególnym kryteriom.

Trzecia zmiana jest najważniejsza i, co istotne w kontekście niniejszej publikacji, jest bezpośrednią konsekwencją orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Dotyczy wprowadzenia kryterium odnoszącego się do ochrony środowiska naturalnego. Przełomowym w tej kwestii było orzeczenie w sprawie **C-513/99** z 2002 roku. Sprawa dotyczyła ogłoszonego przez miasto Helsinki przetargu na usługi transportu autobusowego. Zamawiającemu szczególnie zależało na tym, by eksploatacja autobusów jak najmniej szkodziła środowisku. Zatem wśród kryteriów oceny ofert umieścił kryterium z tym związane: dodatkowe punkty przyznawane miały być tym ofertom, które proponowały autobusy o niskiej emisji gazów szkodliwych i niskim poziomie hałasu. Wyniki przetargu zaskarżyła firma, która wprawdzie przedłożyła najtańszą ofertę, ale przegrała z ofertą droższą, lecz spełniającą podwyższone wymagania proekologiczne. Firma ta przedstawiła zarzut, że kryteria związane z ochroną środowiska, jako niewymienione przez dyrektywę, nie mogą służyć jako kryteria wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie.

W swoim orzeczeniu w tej sprawie ETS stwierdził, co następuje: po pierwsze, kryteria wymienione w dyrektywie nie stanowią zamkniętego katalogu. Jest to tylko lista przykładowa. Po drugie, nie wszystkie kryteria służące do wyboru najkorzystniejszej oferty muszą mieć charakter czysto ekonomiczny. Sama dyrektywa wprost wymienia estetykę, czyli kryterium, które z całą pewnością go nie ma. Nie można wykluczyć a priori, że zamawiający, dokonując wyboru najlepszej oferty, będzie brał pod uwagę również inne istotne czynniki, niekoniecznie o charakterze ekonomicznym.

Jak wynika z Traktatu (po zmianach wprowadzonych w Maastricht i Amsterdamie), obowiązkiem Unii i jej państw członkowskich jest uwzględnienie polityki proekologicznej. Zatem, konkluduje ETS, art. 36 (1) dyrektywy 92/50 (sprawa C-513/99 dotyczyła interpretacji dyrektywy koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych na usługi, lecz to stwierdzenie odnosi się odpowiednio do innych dyrektyw) nie zabrania stosowania kryteriów odnoszących się do ochrony środowiska przy wyborze oferty najkorzystniejszej ekonomicznie.

Nie znaczy to jednak, że uwzględnione może być dowolne kryterium proekologiczne. Wybór podlega pewnym ograniczeniom.

Po pierwsze, kryterium musi być związane z przedmiotem zamówienia. Celem stosowania kryterium oceny ofert jest wybór oferty najkorzystniejszej, zatem wszystkie kryteria muszą być nakierowane na identyfikację tej oferty, która jest najlepsza.

Po drugie, wybierając najkorzystniejszą ofertę, zamawiający musi opierać swoją decyzję na obiektywnych przesłankach. Niedozwolone byłoby takie kryterium, które dawałoby zamawiającemu nieograniczoną swobodę (arbitralnego) wyboru.

Po trzecie, kryteria oceny ofert muszą być stosowane zgodnie z wymogami procedury udzielania zamówienia określonej w dyrektywie. Znaczy to w szczególności, że powinny być podane zawczasu do wiadomości potencjalnym oferentom – w ogłoszeniu i w dokumentach przetargowych, żeby wszyscy byli ich świadomi podczas przygotowywania swoich ofert.

Po czwarte wreszcie, kryteria oceny ofert muszą być zgodne z podstawowymi zasadami prawa wspólnotowego, w szczególności z zasadą swobody świadczenia usług i zasadą niedyskryminacji.

ETS dopuścił więc wprost stosowanie kryteriów proekologicznych, następnie tym śladem poszedł unijny ustawodawca, dopisując takie kryteria do katalogu zawartego w nowych dyrektywach 2004/18 i 2004/17.

Przy okazji ETS sformułował cztery fundamentalne zasady, które muszą być przestrzegane przy określaniu kryteriów służących identyfikacji oferty najkorzystniejszej ekonomicznie:

- kryterium musi być związane z przedmiotem zamówienia,
- przesłanki wyboru muszą być obiektywne (wybór nie może być dowolny i obiektywny),
- kryteria muszą być podane do wiadomości na początku postępowania,
- kryteria muszą być zgodne z podstawowymi zasadami prawa wspólnotowego.

Przy innych okazjach (w szczególności sprawa C-448/01 i C-247/02) ETS dodał jeszcze inne warunki dotyczące wyboru kryteriów oceny ofert:

- zamawiający ma swobodę (acz nie nieograniczoną) doboru kryteriów oceny ofert, nie jest związany przykładami zamieszczonymi w dyrektywie;
- przyjęte kryteria mają gwarantować przejrzystość i obiektywność procedury udzielenia zamówienia;

- kryteria nie mogą ograniczać konkurencji i wprowadzać nieuzasadnionych preferencji dla określonych grup dostawców (towarów);
- przyjęte przez zamawiającego kryteria nie muszą koniecznie odnosić się wyłącznie do bezpośrednio ekonomicznie wymiernych (finansowych) aspektów ofert, pod warunkiem jednak, że:
  - są związane z przedmiotem zamówienia,
  - nie przyznają zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru oferty (nie zakładają arbitralnego wyboru),
  - są wskazane w dokumentacji przetargowej i w ogłoszeniu o przetargu,
  - są zgodne z całością prawa europejskiego, w szczególności z zasadą niedyskryminacji;
- zamawiający dysponuje nie tylko swobodą określenia kryteriów oceny ofert, lecz również swobodą określenia ich wagi (znaczenia), pod warunkiem że wagi przypisane poszczególnym kryteriom służą identyfikacji (wyborowi) oferty najkorzystniejszej w świetle przyjętych kryteriów;
- odnośnie do każdego kryterium zamawiający musi określić (i podać do wiadomości oferentom w dokumentacji przetargowej), w jaki sposób będzie weryfikował prawdziwość informacji zawartych w ofercie, inaczej mówiąc: odnośnie do każdego wprowadzonego kryterium zamawiający musi być w stanie i musi mieć zamiar sprawdzać, na ile poszczególne oferty rzeczywiście spełniają wymagania, do których odnosi się dane kryterium (na ile są wiarygodne pod tym względem);
- każde kryterium (i opis jego stosowania) musi być sformułowane jednoznacznie i precyzyjnie, tak żeby każdy poprawnie/należycie poinformowany oferent (ang. *reasonable well informed tenderer*), który dołoży należytej staranności, mógł interpretować je w jednakowy sposób;
- każde kryterium oceny ofert musi odnosić się do danego przedmiotu zamówienia (być z nim związane);
- kryteria oceny ofert nie podlegają zmianie w toku postępowania, przez cały czas trwania procedury powinny być interpretowane przez zamawiającego w jednakowy sposób;
- jeżeli w toku procedury odwoławczej któreś z kryteriów zostaje uchylone jako bezprawne, to złożone oferty nie mogą być oceniane tylko pod względem pozostałych kryteriów i całość procedury musi zostać unieważniona.

## 2.5. Wybór procedury udzielenia zamówienia publicznego

### 2.5.1. Wprowadzenie

Zgodnie z unijnymi dyrektywami dotyczącymi zamówień publicznych podstawowymi trybami udzielania zamówień są procedury otwarta i ograniczona. Z procedur tych zamawiający może skorzystać zawsze, bez potrzeby spełnienia określonych warunków czy też występowania określonych okoliczności. Dyrektywy po-

zwalają również na zastosowanie procedury negocjacyjnej, ale tylko wtedy, kiedy spełnione są przesłanki określone w ich postanowieniach<sup>69</sup>. Zasady dotyczące wyboru procedury udzielania zamówienia publicznego zawarte w „starych” dyrektywach dotyczących zamówień publicznych<sup>70</sup> zostały powtórzone w nowej dyrektywie klasycznej (2004/18)<sup>71</sup>. Zgodnie z art. 28 nowej dyrektywy zamawiający, udzielając zamówienia, powinni skorzystać z procedury otwartej lub ograniczonej. W sytuacjach określonych w art. 28 mogą zastosować procedurę dialogu konkurencyjnego, zaś o ile spełniona jest któraś z przesłanek wymienionych w art. 30 lub 31 – także procedurę negocjacyjną, odpowiednio: z wcześniejszą publikacją ogłoszenia lub bez. Z kolei w przypadku zamówień sektorowych objętych zakresem dyrektywy 2004/17<sup>72</sup> zamawiający mogą swobodnie wybierać pomiędzy procedurą otwartą, ograniczoną lub negocjacyjną, pod warunkiem wszakże opublikowania zaproszenia do składania ofert. Udzielenie zamówienia bez publikacji ogłoszenia jest możliwe w sytuacjach, które odpowiadają przesłankom do zastosowania procedury negocjacyjnej bez ogłoszenia, wymienionym w dyrektywie klasycznej.

### 2.5.2. Wcześniejsze orzecznictwo ETS dotyczące stosowania procedury negocjacyjnej

Problematyka udzielania zamówień publicznych przez zamawiających naruszających wspomniane wyżej zasady, czyli korzystających z procedury negocjacyjnej, chociaż nie były spełnione warunki określone w dyrektywie, jest obecna w szeregu orzeczeń Trybunału<sup>73</sup>. Wszystkie omawiane niżej orzeczenia zostały wydane na gruncie poprzednio obowiązującego stanu prawnego (tj. bądź dyrektyw wydanych w latach 70., bądź dyrektywy z pierwszej połowy lat 90.). Ponieważ termin na wdrożenie nowych dyrektyw upłynął stosunkowo niedawno (31 stycznia 2006 r.), Trybunał nie miał jeszcze okazji orzekać w sprawach zamówień publicznych na podstawie nowego stanu prawnego. Biorąc pod uwagę jednak, że w zakresie wyboru procedur zaszły praktycznie niewielkie zmiany, niżej omawiane orzeczenia są w dalszym ciągu aktualne. I tak, w sprawie **199/85**<sup>74</sup> Komisja przeciwko Republice Włoskiej ETS stwierdził, że jedynymi sytuacjami, w których dopuszczalna jest procedura negocjacyjna, są te wyraźnie wymienione w tekście

<sup>69</sup> Patrz omówienie przesłanek w: M. Lemke „Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej. Dyrektywy dotyczące zamówień publicznych na usługi, dostawy i roboty budowlane”, wydanie drugie, UZP, 2001 r.

<sup>70</sup> Nieobowiązujące już dyrektywy 92/50, 93/36 oraz 93/37.

<sup>71</sup> Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy lub usługi.

<sup>72</sup> Dyrektywa 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31 marca 2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych.

<sup>73</sup> Patrz szersze omówienie orzeczeń wydanych przed 2000 r. w: M. Lemke, op. cit., oraz D. Piasta „Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej. Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości dotyczące zamówień publicznych”, UZP, cz. I, 1999 r. oraz cz. II, 2000 r.

<sup>74</sup> Wyrok ETS z 10 marca 1987 r. (ECR 1987, str. 1039).

dyrektywy. Ponieważ są to wyjątki od zasady stosowania bardziej konkurencyjnych procedur (otwartej, ograniczonej), powinny być interpretowane ściśle, a ciężar dowodu, że rzeczywiście zaszły okoliczności pozwalające na skorzystanie z tej procedury, spoczywa na zamawiającym. W sprawie **C-328/92** Komisja przeciwko Hiszpanii<sup>75</sup> ETS powtórzył, że odstępianie od stosowania postanowień dyrektywy jest dopuszczalne tylko w wyraźnie określonych w niej sytuacjach wyjątkowych. Żadne z wyłączeń przewidzianych w dyrektywie nie dotyczy określonego rodzaju produktu (na gruncie przepisów hiszpańskich obowiązek przeprowadzenia przetargu nie dotyczył nabywania określonych środków medycznych). Sam fakt, iż środki medyczne są chronione prawami wyłącznymi, nie wystarczy do stosowania procedury negocjacyjnej. Konieczne jest jeszcze, by były wytwarzane lub dostarczane wyłącznie przez jednego, określonego dostawcę. Jak stwierdził Trybunał, nawet przyjęcie, że na określone lekarstwo mogłoby nagle powstać zwiększone zapotrzebowanie, nie uzasadnia założenia a priori, że każdorazowy zakup lekarstw wymaga skorzystania z procedury negocjacyjnej. Z kolei w sprawie **C-24/91** Komisja przeciw Hiszpanii ETS uznał, że systematyczny wzrost liczby studentów uniwersytetu, jako zjawisko występujące od kilku lat, nie jest okolicznością, której nie można było przewidzieć, nie usprawiedliwia zatem zastosowania procedury negocjacyjnej do udzielenia zamówienia na rozbudowę akademika z uwagi na pilny charakter sprawy<sup>76</sup>. Sprawa **C-107/92**<sup>77</sup> Komisja przeciwko Republice Włoskiej dotyczyła z kolei stosowania procedury negocjacyjnej przy zamówieniu na budowę zapory przeciwlawinowej w Alpach. ETS przypomniał, że wedle obowiązującej wówczas dyrektywy 71/305 od obowiązku publikacji ogłoszenia można odstąpić jedynie, gdyby spełnione były równocześnie trzy przesłanki: wyjątkowo pilny charakter sprawy, wystąpienie zdarzenia, którego zamawiający nie mógł przewidzieć oraz związek przyczynowy między tym zdarzeniem a pilnym charakterem sprawy. Ponieważ od decyzji o budowie do rozpoczęcia prac upłynęły trzy miesiące, ETS uznał, że nie zostały spełnione wszystkie wyżej określone warunki, a zatem nie było podstaw do skorzystania z procedury negocjacyjnej bez publikacji ogłoszenia. Zamawiający mógł natomiast przeprowadzić postępowanie według procedury przyspieszonej. Wreszcie w sprawie **C-318/94** Komisja przeciwko Republice Federalnej Niemiec<sup>78</sup> ETS stwierdził, że odmowa organu uprawnionego do wyrażenia wiążącej opinii w danej kwestii nie jest okolicznością, której nie można było przewidzieć, nie usprawiedliwia zatem zastosowania procedury negocjacyjnej bez wcześniejszego opublikowania ogłoszenia.

Problemowi prawidłowego wyboru procedury udzielania zamówień publicznych poświęconych zostało także kilka orzeczeń wydanych w okresie objętym zakresem niniejszego opracowania, czyli w latach 1999–2005.

<sup>75</sup> Wyrok ETS z 3 maja 1994 r. (ECR 1994, str. I – 1569).

<sup>76</sup> Wyrok ETS z 18 marca 1992 r. (ECR 1992, str. I – 1989).

<sup>77</sup> Wyrok ETS z 2 sierpnia 1993 r. (ECR 1993, str. I – 4655).

<sup>78</sup> Wyrok ETS z 28 marca 1996 r. (ECR 1996, str. I – 1949).

### 2.5.3. Przyczyny techniczne

W połączonych sprawach **C-20/01** i **C-28/01** Komisja przeciwko RFN Trybunał dokonał interpretacji pojęcia „przyczyny techniczne” uzasadniającej skorzystanie przez zamawiającego z procedury negocjacyjnej bez publikacji ogłoszenia<sup>79</sup>. Sprawa dotyczyła udzielenia zamówienia na gromadzenie oraz usuwanie nieczystości, które zostało udzielone, bez publikacji ogłoszenia, przez niemiecką gminę Bronckorn i miasto Braunschweig. Komisja uznała to za naruszenie postanowień dyrektywy i wniosła sprawę do Trybunału. ETS uznał, że zgodnie z art. 11 ust. 3 dyrektywy 92/50, który upoważnia zamawiających do odstąpienia od ogólnej zasady wymagającej publikacji ogłoszenia, wymienione w nim przyczyny powinny być interpretowane ściśle, zaś ciężar dowodu, że takie okoliczności miały miejsce, spoczywa na zamawiającym. Art. 11 ust. 3 lit. (b)<sup>80</sup>, na który powoływały się niemieckie władze, ma zastosowanie tylko wtedy, kiedy można udowodnić, że z przyczyn technicznych lub artystycznych bądź z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych jest tylko jeden wykonawca rzeczywiście zdolny do świadczenia danych usług. Ponieważ żadne przyczyny artystyczne, ani też związane z ochroną praw wyłącznych nie zostały przywołane przez rząd niemiecki, wystarczyło sprawdzić, czy okoliczności, na które powoływały się władze niemieckie, stanowiły „przyczyny techniczne” w rozumieniu wspomnianego przepisu. Zdaniem ETS zamawiający może brać pod uwagę kryteria związane z ochroną środowiska na różnych etapach postępowania o zamówienie publiczne, jednakże prowadzone przez niego postępowanie musi być zgodne z podstawowymi zasadami prawa wspólnotowego, a w szczególności z zasadą niedyskryminacji. Ryzyko naruszenia tej zasady jest większe, jeżeli zamawiający decyduje się udzielić zamówienia bez przeprowadzenia konkurencyjnego postępowania. ETS, z uwagi na brak przekonujących dowodów dostarczonych przez władze niemieckie, nie uznał wyboru metody przetwarzania odpadów za przyczynę techniczną uzasadniającą udzielenie zamówienia jednemu konkretnemu usługodawcy. Zamawiający nie wykazał też, że konieczność transportu odpadów na dłuższym dystansie stanowi zagrożenie dla środowiska naturalnego lub zdrowia ludzi. Trybunał uznał więc, że RFN naruszyła postanowienia dyrektywy.

Biorąc pod uwagę linię orzecniczą ETS, nie jest zaskakujący wyrok, jaki został wydany w sprawie **C-394/02**<sup>81</sup>. Przedmiotem zamówienia była m.in. instalacja systemu pasów transmisyjnych do transportu popiołów pomiędzy elektrocie-

<sup>79</sup> Zarówno „stare”, jak i nowa dyrektywa pozwalają na zastosowanie procedury negocjacyjnej bez publikacji ogłoszenia, jeżeli z przyczyn technicznych, artystycznych lub związanych z ochroną praw wyłącznych zamówienie może być wykonane tylko przez jednego określonego wykonawcę.

<sup>80</sup> Dotyczący m.in. przyczyn technicznych powodujących konieczność udzielenia zamówienia określoneemu wykonawcy.

<sup>81</sup> A. Brown „Grounds for Failing to Advertise a contract for a Contact for a Conveyor-Belt System: A Note on Case C-294/02, *Commission v Greece*”, *Public Procurement Law Review* 5 (2005), str. NA111.

plownią Megalopolis i kopalnią Thokna. Elektrownia państwowa DEI podjęła decyzję o udzieleniu tego zamówienia w procedurze negocjacyjnej i zaprosiła do złożenia ofert dwie firmy: Koch/Metka oraz Dosco. Ta ostatnia wycofała się jednak z udziału w postępowaniu. Po kilkumiesięcznych negocjacjach zamówienie zostało udzielone firmie Koch/Metka. Komisja Europejska uznała, że doszło do naruszenia postanowień dyrektywy 93/38 i wniosła sprawę do ETS. W swojej obronie władze greckie wysunęły kilka argumentów:

- brak interesu prawnego Komisji do interwencji w sprawie, biorąc pod uwagę dalece zaawansowane wykonanie zamówienia (w 85%) oraz
- niedostatecznie precyzyjnie umotywowana opinia Komisji (brak wskazania działań, jakie powinny zostać podjęte przez Grecję),
- brak podjęcia przez Komisję działań w ramach tzw. mechanizmu naprawczego przewidzianego w dyrektywach odwoławczych 89/665 i 92/13.

Argumenty te zostały oddalone przez ETS, który uznał, że:

- „skarga o stwierdzenie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego jest niedopuszczalna, jeżeli w dniu upływu terminu określonego w uzasadnionej opinii sporna umowa nie wywołuje już żadnych skutków”, tymczasem przedmiotowa umowa była jeszcze w fazie realizacji (prace wykonane „tylko” w 85%),
- wprawdzie lepiej byłoby, gdyby Komisja zastosowała mechanizm interwencji bezpośredniej, przewidziany w dyrektywach odwoławczych, jednakże „procedura taka stanowi środek o charakterze prewencyjnym, który nie może ani uchylać, ani zastępować uprawnień Komisji wynikających z art. 226 WE” oraz że „Komisja ma wyłączne kompetencje w decydowaniu o tym, czy należy wszcząć postępowanie w trybie art. 226”, zaś wybór pomiędzy tymi dwiema procedurami podlega jej swobodnemu uznaniu.

Odnosząc się do meritum sprawy, władze greckie nie kwestionowały, że zamówienie było objęte, co do zasady, zakresem dyrektywy sektorowej, jednakże opublikowanie ogłoszenia o zamówieniu nie było w tym przypadku konieczne, ponieważ z przyczyn technicznych firma Koch/Metka była jedyną zdolną do wykonania zamówienia<sup>82</sup>, a ponadto zachodziła pilna potrzeba jego udzielenia<sup>83</sup>.

Podobnie jak we wcześniejszych orzeczeniach ETS stwierdził, że wszelkie wyjątki od stosowania postanowień dyrektywy muszą być ściśle interpretowane, a na władzach greckich spoczywa obowiązek wykazania, że zaszły okoliczności uzasadniające odstępstwo. W zakresie „przyczyn technicznych” ETS uznał, że władze greckie nie wykazały przekonująco, że wyłącznie firma Koch/Metka była

<sup>82</sup> Art. 20 (2) (c) dyrektywy 93/38 – z przyczyn technicznych, artystycznych lub z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych zamówienie może zostać udzielone tylko określönemu wykonawcy.

<sup>83</sup> Art. 20 (2) (d) – zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia, której nie można było wcześniej przewidzieć, a która nie wynika z przyczyn zależnych od zamawiającego, która sprawia, że nie można zachować terminów przewidzianych w odniesieniu do procedury otwartej, ograniczonej lub negocjacyjnej z publikacją ogłoszenia.

zdolna do zrealizowania przedmiotowego zamówienia i że absolutnie konieczne było powierzenie temu właśnie konsorcjum wykonania prac objętych zamówieniem. Władze greckie powoływały się na trudności techniczne związane z właściwościami popiołu, który miał być transportowany, niestabilnym podłożem oraz koniecznością podłączenia nowego pasa transmisyjnego do poprzednio zainstalowanego. W tym zakresie ETS stwierdził, że istnienie tych trudności nie uzasadnia uznania konsorcjum Koch/Metka za jedyne przedsiębiorstwo w UE zdolne do wykonania zamówienia. Fakt, że zamawiający zaprosił do składania ofert także firmę Dosco, dowodzi, że również ona mogła być uznana za zdolną do wykonania przedmiotowych prac. Co więcej, w przeszłości zamawiający udzielił już podobnego zamówienia, stosując konkurencyjną procedurę. Co się zaś tyczy nadzwyczajnie pilnej potrzeby udzielenia zamówienia, ETS wskazał na konieczność wystąpienia trzech kumulatywnych warunków uzasadniających skorzystanie z art. 20 (2) (d): nieprzewidziane zdarzenie, pilna potrzeba uniemożliwiająca przestrzeganie terminów przewidzianych w innych procedurach oraz związek przyczynowy pomiędzy nieprzewidzianym zdarzeniem i wynikającą z niego pilną potrzebą udzielenia zamówienia. Nieprzewidzianym zdarzeniem, na które powoływali się Grecy, było wyznaczenie przez właściwy organ państwowy (Ministerstwo Środowiska, Zagospodarowania Przestrzennego i Robót Publicznych) nieprzekraczalnych terminów wykonania tych prac. Zdaniem ETS konieczność przestrzegania określonych terminów nie może być uważana za okoliczność „świadcząca o wyjątkowo pilnym charakterze sprawy, wynikającym z zaistnienia zdarzenia, którego nie można było przewidzieć”. „Fakt, iż organ, którego zadaniem jest zatwierdzenie danego projektu, może nakładać terminy, stanowi przewidywalny element procedury zatwierdzania tego projektu”. ETS zauważył również, że DEI miał możliwość wszczęcia postępowania o zamówienie publiczne wraz z publikacją ogłoszenia o zamówieniu „od samego początku postępowania dotyczącego oceny skutków wywieranych na środowisko, tj. około trzy lata przed upływem wyznaczonych terminów”. Argumenty rządu greckiego nie przekonały zatem ETS, który przyznał rację Komisji, uznając Grecję za winną naruszenia postanowień dyrektywy z uwagi na udzielenie zamówienia bez opublikowania ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym WE<sup>84</sup>.

#### **2.5.4. Pilna potrzeba udzielenia zamówienia**

W sprawie **C-126/03** (omawianej szerzej w rozdziale 3.) ETS uznał, że RFN uchybiła zobowiązaniom, wynikającym z prawa europejskiego, ponieważ miasto Monachium udzieliło zamówienia dotyczącego transportu odpadów bez publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym WE, czyli z naruszeniem zasad proceduralnych ustalonych w art. 8 dyrektywy 92/50 w związku z art. 11 ust. 1 tej dyrektywy. Zdaniem ETS stosowanie art. 11 ust. 3 lit. d) jest uzależnione od

<sup>84</sup> Wyrok z 2 czerwca 2005 r. w sprawie C-394/02 Komisja przeciwko Grecji, dostępny w wersji polskiej na stronie internetowej ETS <http://www.curia.europa.eu>.



kumulatywnego spełnienia trzech warunków. Zakłada ono wystąpienie nieprzewidzianego zdarzenia o charakterze wyjątkowo pilnym, niedającego się pogodzić z terminami wymaganymi w ramach innych procedur oraz związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy nieprzewidzianym zdarzeniem a wyjątkową pilnością. W omawianej sprawie miasto Monachium mogło przeprowadzić przyspieszoną procedurę ograniczoną, a zgodnie z utrwalonym orzecznictwem ETS zamawiający nie może powoływać się na pilną potrzebę udzielenia zamówienia jako przesłankę do odstąpienia od publikacji ogłoszenia o zamówieniu w sytuacji, kiedy jest dość czasu na zastosowanie procedury przyspieszonej<sup>85</sup>. Nie jest również podstawą do odstąpienia od publikacji ogłoszenia o zamówieniu publicznym fakt, że zamawiający, który sam zamierza być wykonawcą zamówienia udzielanego przez inny podmiot, ma udzielić zamówienia swojemu podwykonawcy w ramach realizacji swojej oferty. Na pilną potrzebę udzielenia zamówienia jako przesłankę zastosowania procedury negocjacyjnej bez publikacji ogłoszenia powoływały się władze greckie w sprawie C-394/02 (szerzej omawianej w pkt 2.5.3.) oraz włoskie w sprawie C-385/02 (patrz pkt 2.5.5.). W obu przypadkach ETS nie uznał argumentacji pozwanych państw i uznał je winnymi niedopełnienia zobowiązań wynikających z prawa wspólnotowego.

### 2.5.5. Inne warunki zastosowania procedury negocjacyjnej

W sprawie C-385/02<sup>86</sup> Komisja wniosła skargę przeciwko administracji włoskiej z powodu udzielenia zamówienia na roboty budowlane obejmujące wykończenie budowy zbiornika retencyjnego na wody powodziowe w procedurze negocjacyjnej, bez publikacji ogłoszenia o zamówieniu. Władze włoskie twierdziły, że w latach 1981–1990 zamawiający udzielił, przestrzegając postanowień dyrektyw, zamówień publicznych na opracowanie projektu i przeprowadzenie prac w częściach, w miarę dostępności odpowiednich środków. Ogłoszenia dotyczące tych zamówień zawierały postanowienia pozwalające zamawiającemu na udzielenie kolejnych części zamówienia temu samemu wykonawcy. Zdaniem rządu włoskiego celem tych postanowień było zapewnienie kompatybilności wymogów technicznych dotyczących wykonania całości robót. Przeprowadzenie robót budowlanych w ramach odrębnych części przez różnych wykonawców stwarzałoby, zdaniem rządu włoskiego, problem braku spójności wykonania tych robót, a w efekcie – trudności z ustaleniem odpowiedzialności za ewentualne szkody. Trybunał nie zgodził się z tym uzasadnieniem. Swoją argumentację opierał na następujących podstawach:

- dyrektywa, która przewiduje wyjątki od zasady wymagającej publikacji ogłoszenia o danym zamówieniu, powinna być ściśle interpretowana, zaś ciężar udowodnienia, że zachodzą okoliczności uzasadniające odstąpienie od publikacji, spoczywa na osobie powołującej się na nie;

<sup>85</sup> Np. sprawa C-24/91.

<sup>86</sup> Wyrok z 14 września 2004 r. Komisja przeciwko Republice Włoskiej.

- ponieważ administracja włoska powołuje się na przyczyny techniczne, ma obowiązek wykazania, że przyczyny te uzasadniają powierzenie wykonania danych robót wykonawcy, któremu zostało już wcześniej udzielone zamówienie;
- konieczność zapewnienia tej samej jakości prac w przypadku tak skomplikowanego zamówienia, jakim jest ochrona danego obszaru przed powodzią, jest ważną przyczyną techniczną, jednakże rząd włoski nie wykazał, że dane roboty muszą być zlecone konkretnemu wykonawcy.

ETS odrzucił także drugi argument administracji włoskiej, że zastosowanie procedury negocjacyjnej bez publikacji ogłoszenia było konieczne, ponieważ udzielenie zamówienia stało się bardzo pilne ze względu na niebezpieczeństwo powodzi w sytuacji, kiedy prace nie zostałyby zakończone. ETS zauważył w odpowiedzi, że zgodnie z dyrektywą zamawiający nie może powoływać się na okoliczności uzasadniające pilną potrzebę udzielenia zamówienia, jeżeli sam jest za nie odpowiedzialny. Warunek „niespodziewanego zdarzenia” nie został spełniony, ponieważ oryginalne zamówienie zostało udzielone jeszcze w latach 80. Co więcej, od samego początku zamawiający zakładał, że zamówienie będzie wykonywane w częściach, w miarę jak staną się dostępne wymagane środki finansowe. Wreszcie, art. 7 (3) e) dotyczący nowego zamówienia, którego przedmiotem są podobne roboty budowlane, udzielanego wykonawcy wcześniejszego zamówienia, nie mógł mieć zastosowania. Udzielenie na tej podstawie zamówienia w procedurze negocjacyjnej jest możliwe tylko w ciągu trzech lat, licząc od zawarcia oryginalnej umowy (władze włoskie niesłusznie twierdziły, że termin ten liczy się nie od tego momentu, ale od zakończenia prac). Ponieważ zastosowanie procedury negocjacyjnej nie było w tym przypadku uzasadnione, ETS uznał, że włoski rząd nie dopełnił swoich obowiązków wynikających z dyrektywy.

W sprawie C-84/03<sup>87</sup> zaskarżone przez Komisję do ETS przepisy hiszpańskiej ustawy stanowiły, że procedurę negocjacyjną bez uprzedniego ogłoszenia można zastosować, jeżeli nie udało się udzielić zamówienia w trybie procedury otwartej lub ograniczonej albo jeżeli kandydaci nie zostali dopuszczeni do złożenia oferty. Nie mogą być w tym wypadku zmienione początkowe warunki zamówienia, z wyjątkiem ceny, którą można podnieść maksymalnie o 10%. Z kolei w odniesieniu do zamówień na dostawy ustawa stanowiła, że procedurę negocjacyjną bez uprzedniego ogłoszenia można zastosować w postępowaniach dotyczących zamówień na towary, których jednorodny charakter uznano za niezbędny dla wspólnego użytkowania przez całą administrację, o ile wybór rodzaju towaru został dokonany uprzednio i całkowicie niezależnie w drodze przetargu, zgodnie z przepisami ustawy. Trybunał zauważył, że przepisy hiszpańskiej ustawy dodały nowy warunek, nieprzewidziany przez dyrektywę. Co do drugiej przesłanki ETS stwierdził, że sytuacja określona w ustawie hiszpańskiej nie odpowiada żadnej z sytuacji wskazanych w dyrektywie. Tymczasem wdrażając przepisy dotyczące przesłanek uzasadniających skorzystanie

<sup>87</sup> Patrz szersze omówienie w rozdziale 3.

z procedury negocjacyjnej, państwa członkowskie nie mogą dodawać nowych warunków lub doprecyzowywać ich tak, aby skorzystanie z tej procedury stało się dla zamawiającego łatwiejsze niż skorzystanie z procedur podstawowych<sup>88</sup>. Trybunał uznał Hiszpanię za winną naruszenia obowiązków wynikających z prawa wspólnotowego poprzez nieprawidłowe wdrożenie postanowień dyrektywy.

Sprawa C-340/02<sup>89</sup> dotyczyła udzielenia zamówienia w procedurze negocjacyjnej zwycięzcy konkursu na projekt. ETS uznał, że art. 11 (3) lit. c) dyrektywy 92/50, dopuszczający odstępianie od bardziej konkurencyjnych procedur otwartej i ograniczonej podczas udzielania zamówienia „w następstwie konkursu na projekt” zwycięzcy lub jednemu ze zwycięzców, podlega ścisłej interpretacji. Wyrażenie „w następstwie konkursu” w brzmieniu art. 11 ust. 3 lit. c) dyrektywy oznacza, że „powinien istnieć bezpośredni związek funkcjonalny pomiędzy konkursem i danym zamówieniem”. Jeżeli „konkurs, o którym mowa, dotyczył pierwszego etapu [zamówienia] i był organizowany w celu udzielenia zamówienia w ramach tego etapu, zamówienie w ramach drugiego etapu nie może zostać uznane za następstwo tego konkursu”.

## 2.5.6. Podsumowanie

Z omawianych orzeczeń wynika, że ETS sformułował jak dotąd następujące zasady dotyczące udzielania zamówień w procedurze negocjacyjnej:

- jedynymi sytuacjami, w których dopuszczalne jest zastosowanie procedury negocjacyjnej, są sytuacje określone w dyrektywach dotyczących zamówień publicznych, co oznacza, że lista przesłanek jest zamknięta (m.in. 199/85, C-328/92, C-57/94, C-385/02);
- wszystkie przesłanki do zastosowania procedury negocjacyjnej mają charakter wyjątków od podstawowej zasady, którą jest stosowanie bardziej konkurencyjnej procedury otwartej lub ograniczonej i w związku z tym podlegają ścisłej interpretacji (m.in. 199/85, C-57/94, C-385/02);
- ciężar udowodnienia, że zachodzą przesłanki uzasadniające zastosowanie procedury negocjacyjnej, spoczywa na podmiocie powołującym się na te okoliczności (m.in. C-199/85, C-394/02, C-385/02);
- przyczyny techniczne uzasadniają udzielenie zamówienia bez publikacji ogłoszenia, jeżeli jest tylko jeden określony wykonawca zdolny do zrealizowania danego zamówienia (m.in. C-20/01, C-394/02);
- w przypadku, kiedy zamówienie jest udzielane w procedurze negocjacyjnej zwycięzcy lub jednemu ze zwycięzców konkursu na projekt, pomiędzy konkursem a udzielanym zamówieniem musi istnieć bezpośredni funkcjonalny związek (C-340/02);

<sup>88</sup> Patrz także M. Dischendorfer „Issues under the EC Procurement Directives: A Note on Case C – 84/03, *Commission v Spain*”, *Public Procurement Law Review*, 3 (2005), str. NA78.

<sup>89</sup> Wyrok z 14 października 2004 r. w sprawie Komisja przeciwko Francji.

- konieczność zachowania określonych terminów przewidzianych przez inny organ państwowy lub uzyskania zgody określonego organu, która jest normalnym elementem procedury nie uzasadnia pilnej potrzeby udzielenia zamówienia, a zatem nie stanowi podstawy do udzielenia zamówienia bez publikacji ogłoszenia (C-318/94, C-394/02);
- udzielenie zamówienia bez publikacji ogłoszenia z uwagi na pilną potrzebę jego zrealizowania zależy od trzech kumulatywnych warunków: wystąpienia nieprzewidzianego zdarzenia o charakterze wyjątkowo pilnym, niedającego się pogodzić z terminami wymaganymi w ramach innych procedur oraz istnienia związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy tym zdarzeniem a wyjątkowo pilną potrzebą udzielenia zamówienia (m.in. C-107/92, C-318/94, C-126/03);
- udzielenie zamówienia bez publikacji ogłoszenia nie jest dopuszczalne w sytuacji, kiedy jest dość czasu, aby zachować terminy przewidziane dla procedury przyspieszonej (m.in. C-107/92);
- zamawiający nie może powoływać się na okoliczności, za wystąpienie których jest odpowiedzialny (C-385/02);
- państwa członkowskie, wdrażając do prawa krajowego przesłanki uzasadniające odstępianie od stosowania postanowień dyrektyw, nie mogą dodawać nowych warunków ani uszczegółwiać tych przesłanek w taki sposób, który ułatwiałby zamawiającym odstępianie od stosowania bardziej rygorystycznych procedur udzielania zamówień publicznych (C-84/03).

## 2.6. Zasady procedur odwoławczych

### 2.6.1. Wprowadzenie

Bardzo ważnym elementem reżimu dotyczącego zamówień publicznych w Unii są **środki odwoławcze** przysługujące wykonawcom, którzy uważają, że zostali pokrzywdzeni przez zamawiającego, który podjął decyzję z naruszeniem prawa. Środkom odwoławczym (procedurom odwoławczym) poświęcone są dwie dyrektywy: dyrektywa Rady **89/665/EWG** dotycząca koordynacji przepisów prawnych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane oraz dyrektywa Rady **92/13/EWG** dotycząca koordynacji przepisów prawnych i administracyjnych odnoszących się do stosowania zasad Wspólnoty w zakresie procedur udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji. Każdy z dwóch unijnych reżimów zamówień publicznych ma „swoją” dyrektywę odwoławczą: zamówień klasycznych (wcześniej 92/50, 93/36, 93/37, a obecnie 2004/18) dotyczy dyrektywa 89/665, zaś sektorowych (wcześniej dyrektywa 93/38, a obecnie 2004/17) dotyczy dyrektywa 92/13. Dyrektywy odwoławcze mają zastosowanie wyłącznie do naruszeń przepisów dyrektyw regulujących procedury udzielania zamówień publicznych lub przepisów krajowych, implementujących postanowienia tych dyrektyw. Nie są więc

objęte zakresem dyrektyw odwoławczych zamówienia, które ze względu na swoją wartość lub inne wyłączenia nie podlegają postanowieniom dyrektyw dotyczących procedur udzielania zamówień publicznych. Cechą charakterystyczną dyrektyw odwoławczych jest to, że określają one jedynie minimalne warunki dotyczące możliwości odwoływania się przez wykonawców od decyzji zamawiających, jakie muszą spełniać odpowiednie procedury wyznaczone w porządkach prawnych poszczególnych państw Unii. Problematyce organizacji systemu odwoławczego oraz stosowaniu środków i procedur odwoławczych zostało poświęconych stosunkowo najwięcej orzeczeń ETS dotyczących zamówień publicznych. Ze względu na zakres publikacji poniżej oraz w rozdziale 3. obszerniej omówione zostaną jedynie orzeczenia wydane w latach 1999–2005. Wcześniejszym wyrokiem ETS poświęcone są inne dostępne publikacje<sup>90</sup>.

## 2.6.2. Organizacja systemu odwoławczego

Szczegóły dotyczące sposobu organizacji systemu odwoławczego są pozostawione do samodzielnego uregulowania przez poszczególne państwa Unii Europejskiej. Zgodnie z orzecznictwem Trybunału (m. in. **C-54/96**)<sup>91</sup>, decyzje o wyznaczeniu organu odpowiedzialnego za rozpatrywanie odwołań i określenie jego właściwości nie są objęte zakresem prawa wspólnotowego i stanowią suwerenną decyzję państw członkowskich<sup>92</sup>.

Zgodnie z art. 2 ust. 2 dyrektywy uprawnienia, jakie powinny przysługiwać organom odwoławczym, mogą być przyznane odrębnym organom, odpowiedzialnym za poszczególne aspekty procedury odwoławczej. Możliwość podziału uprawnień określonych w dyrektywie pomiędzy różne sądy została jednoznacznie potwierdzona przez Trybunał w sprawie **C-315/01**<sup>93</sup>. W orzeczeniu tym Trybunał stwierdził, że zgodne z dyrektywą jest rozwiązanie, w którym jeden sąd jest odpowiedzialny za stwierdzenie naruszenia prawa przez zamawiającego, stanowiące podstawę do przyznania przez inny sąd odszkodowania wykonawcy.

W praktyce państwa członkowskie mogą wybierać pomiędzy dwoma modelami organizacji systemu odwoławczego<sup>94</sup>:

1. system jednostopniowy, w którym rozpatrywanie odwołań w sprawach zamówień publicznych podlega w całości organom sądowym,
2. system dwustopniowy, w którym rozpatrywanie odwołań jest przekazane, w pierwszej instancji, organom niebędącym sądami.

<sup>90</sup> Np.: M. Lemke „Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej. Procedury odwoławcze w świetle dyrektyw”, wydanie II, UZP, 2000 r.

<sup>91</sup> Wyrok z 17 września 1997 r. w sprawie C-54/96 („Dorsch Consult”).

<sup>92</sup> M. Lemke, op. cit., str. 20.

<sup>93</sup> Patrz szersze omówienie orzeczenia w rozdziale 3.

<sup>94</sup> M. Lemke, op. cit., str. 20–21.

Jeżeli jednak państwo członkowskie wybierze model drugi, w którym odwołanie jest rozpatrywane w pierwszej instancji przez organy odwoławcze niemające charakteru sądowego, spełnione muszą być warunki określone w art. 2 ust. 8 dyrektywy (patrz wyrok w sprawie **C-103/97**)<sup>95</sup>. I tak, decyzje tych organów powinny być zawsze uzasadnione na piśmie. Ponadto konieczne są przepisy gwarantujące możliwość odwołania się od wszelkich ewentualnych bezprawnych środków podjętych przez organ odwoławczy i w przypadku wszelkich uchybień w wykonywaniu nadanych mu uprawnień. Odwołania te mają być rozpatrywane przez sąd lub inny organ będący sądem lub trybunałem w rozumieniu art. 234 TWE i niezależny zarówno od instytucji zamawiającej, jak i organu odwoławczego. Członkowie tego niezależnego organu powinni być powoływani i odwoływani na takich samych warunkach, jak sędziowie, jeżeli chodzi o urząd odpowiedzialny za ich nominację, okres kadencji oraz odwołanie. Przynajmniej jego przewodniczący musi mieć takie same kwalifikacje zawodowe i prawne, jak sędziowie. Niezależny organ powinien podejmować decyzje po przeprowadzeniu postępowania, w którym wysłuchane są obie strony, a decyzje te są prawnie wiążące w sposób określony przez każde państwo członkowskie.

### 2.6.3. Czynności zamawiającego, które mogą być przedmiotem odwołania

Dyrektywy odwoławcze wymagają, aby w poszczególnych państwach członkowskich istniała możliwość efektywnego i szybkiego rozpatrywania odwołań od **decyzji** zamawiających. Przedmiotem odwołania może być **zarzut naruszenia prawa krajowego wdrażającego prawo wspólnotowe lub prawa wspólnotowego w sytuacji, kiedy nie dokonano implementacji lub jest ona nieprawidłowa**. Dyrektywy odwoławcze wymagają, aby przedmiotem odwołania były bezprawne decyzje podjęte przez zamawiających, w tym dyskryminujące specyfikacje techniczne, ekonomiczne lub finansowe zawarte w zaproszeniu do przetargu, dokumentacji przetargowej lub w jakimkolwiek innym dokumencie związanym z procedurą udzielenia zamówienia<sup>96</sup>. Dyrektywy nie definiują pojęcia „**decyzja**” zamawiającego. W doktrynie oraz orzecznictwie ETS<sup>97</sup> przyjmuje się, że celem ustawodawcy unijnego było objęcie zakresem tego pojęcia wszelkich czynności podejmowanych przez zamawiającego w trakcie postępowania o zamówienie publiczne, i to zarówno decyzji sensu stricto, jak np. decyzja o wykluczeniu wykonawcy z udziału w postępowaniu czy też o odrzuceniu oferty, ale również zapisów zawartych w dokumentacji przetargowej lub sformułowań użytych w ogłoszeniu o zamówieniu.

Art. 2 ust. 1 lit. b) dyrektywy 89/665 wymienia decyzje objęte zakresem środków odwoławczych jedynie w sposób **przykładowy**.

<sup>95</sup> Wyrok Trybunału z 4 lutego 1999 r. (ECR 1999, str. I – 551).

<sup>96</sup> Art. 2 ust. 1 lit. b) dyrektywy 89/665.

<sup>97</sup> Np. wyrok w sprawie C-81/98 „Alcatel”.

W literaturze podaje się następujące przykłady decyzji, które mogą być przedmiotem odwołania<sup>98</sup>:

- zaproszenie do składania ofert,
- decyzja o odrzuceniu wniosku o dopuszczenie do postępowania,
- decyzja o niewybraniu danego wykonawcy,
- decyzja o odrzuceniu oferty,
- postanowienia dokumentacji przetargowej,
- decyzja o wycofaniu zaproszenia do składania ofert.

W sprawie C-81/98 („Alcatel”)<sup>99</sup> ETS stwierdził, że pojęcie decyzji zamawiających, które podlegają zaskarżeniu, powinno być rozumiane tak szeroko, jak to tylko możliwe. Każde ograniczenie w tym zakresie prowadziłoby do mniejszej ochrony prawnej wykonawców. W opinii ETS zakresem środków odwoławczych powinny być objęte wszystkie bezprawne decyzje zamawiających, włączając decyzje o udzieleniu zamówienia. Zgodnie z austriackimi przepisami wykonawcy byli informowani o udzieleniu zamówienia przez zamawiającego dopiero po podpisaniu przez niego umowy z wybranym wykonawcą. Jedynym środkiem dostępnym wykonawcom, którzy uważali, że zamawiający naruszył prawo, było dochodzenie od zamawiającego odszkodowania. Sąd austriacki zwrócił się do ETS z pytaniem, czy zgodnie z wymaganiami dyrektywy 89/665 decyzja zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty powinna być objęta zakresem środków odwoławczych jeszcze przed podpisaniem przez niego umowy w sprawie zamówienia publicznego. ETS zauważył, że dyrektywa nie definiuje wprawdzie pojęcia „decyzje zamawiających, które podlegają zaskarżeniu”, równocześnie jednak nie sugeruje w żaden sposób, aby intencją ustawodawcy europejskiego było wyłączenie z zakresu procedur odwoławczych decyzji o udzieleniu zamówienia. Z postanowień dyrektywy jasno wynika, że zakresem procedur odwoławczych są objęte decyzje zamawiających, które naruszają przepisy prawa wspólnotowego lub prawa krajowego wdrażającego prawo europejskie. W tym zakresie postanowienia dyrektywy nie przewidują żadnych ograniczeń co do natury oraz treści takich decyzji. Rząd austriacki w swojej interwencji twierdził, że dyrektywa wprowadza rozróżnienie pomiędzy decyzją o udzieleniu zamówienia oraz zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego, równocześnie jednak nie określa czasu, jaki powinien upłynąć pomiędzy tymi dwiema czynnościami. ETS uznał jednak ten argument za nieistotny – fakt, że dyrektywa nie zawiera przepisu w tym zakresie, nie uzasadnia interpretacji wyłączającej decyzje zamawiających o udzieleniu zamówienia z zakresu procedur odwoławczych.

Wydanie przez ETS orzeczenia w sprawie „Alcatel” spowodowało konieczność zmiany przepisów o zamówieniach publicznych w krajach UE, w których

<sup>98</sup> W. Timmermans i M. Gelders „Standstill Obligations in European and Belgian Public Procurement Law”, *Public Procurement Law Review* 6, 2005, str. 265.

<sup>99</sup> Wyrok z 28 października 1999 r. (ECR, str. I – 7671).

prawo nie przewidywało dotychczas minimalnego odstępu czasu (ang. *standstill*) pomiędzy podjęciem decyzji o udzieleniu zamówienia a podpisaniem umowy, jak chociażby w Austrii czy też W. Brytanii<sup>100</sup>.

W literaturze dotyczącej tego orzeczenia zwraca się uwagę na dwie opcje możliwe do zastosowania w zamówieniach publicznych<sup>101</sup>:

- 1) zniesienie ograniczeń czasowych dotyczących uchylenia decyzji o udzieleniu zamówienia, tak aby było to możliwe również po zawarciu umowy. Przy takim rozwiązaniu do uznania zamawiającego należałoby, czy podpisze umowę, nie czekając na ewentualne skargi oferentów, licząc się wszakże z ryzykiem, że może powstać konieczność unieważnienia zawartej już umowy;
- 2) wprowadzenie obowiązku zastosowania tzw. *standstill*, czyli minimalnego okresu, jaki musi upłynąć pomiędzy notyfikowaniem wykonawcom decyzji zamawiającego o udzieleniu zamówienia i podpisaniem umowy. Przy tej opcji przepisy krajowe musiałyby nałożyć na zamawiających obowiązek informowania uczestników postępowania o udzielaniu zamówienia, a następnie odczekania do upływu wspomnianego terminu.

Wydaje się, że wybór pomiędzy pierwszą a drugą opcją nie jest już jednak możliwy po wydaniu przez Trybunał wyroku w sprawie C-212/02<sup>102</sup>. W orzeczeniu tym ETS potwierdził istnienie dwóch obowiązków: poinformowania wykonawców o decyzji o udzieleniu zamówienia przez zamawiającego oraz zapewnienia pewnego minimalnego terminu pomiędzy tą informacją a podpisaniem umowy z oferentem. Celem tego wymogu jest umożliwienie wykonawcom, którzy nie zgadzają się z podjętą przez zamawiającego decyzją, skorzystania z przysługujących im środków odwoławczych. ETS uznał za niezgodne z prawem wspólnotowym austriackie przepisy o zamówieniach publicznych, które nie nakładały na zamawiającego obowiązku poinformowania wykonawców o podjęciu takiej decyzji. Komisja Europejska, która wniosła skargę, twierdziła, że odwołanie od decyzji o udzieleniu zamówienia jest w Austrii niemożliwe z dwóch powodów: 1) decyzja o udzieleniu zamówienia oraz podpisanie umowy w sprawie zamówienia mają miejsce równocześnie, a zatem zainteresowani nie mają możliwości wystąpienia o unieważnienie takiej decyzji lub zapobieżenia podpisaniu umowy oraz 2) decyzja o udzieleniu zamówienia, co do zasady, jest podawana jedynie do wiadomości oferenta, którego oferta została wybrana. Władze austriackie w swojej

---

<sup>100</sup> Patrz uzasadniona opinia Komisji adresowana do W. Brytanii w 2004 r. Uzasadnione opinie dotyczące niezgodności przepisów odwoławczych z dyrektywą zostały również skierowane do Belgii, Irlandii, Hiszpanii, Finlandii, a także Danii.

<sup>101</sup> S. Arrowsmith „The Law of Public...”, str. 1428.

<sup>102</sup> Tak W. Timmermann i M. Gelders „Standstill Obligations...”, str. 269; inne stanowisko zajęli S. Arrowsmith i M. Dischedorfer w „Case C-212/05, *Commission v Austria*: The requirement for the effective remedies to challenge an award decision”, *Public Procurement Law Review* 6, 2004, str. NA165, zdaniem których orzeczenie to odnosiło się do specyfiki systemu odwoławczego w Austrii i niekoniecznie wynika z niego ogólny obowiązek wprowadzenia klauzuli *standstill*.



obronie powoływały się na to, że przepisy obowiązujące w Austrii nie zabraniały zamawiającym informowania o podjęciu decyzji, nie zachodziła zatem konieczność wdrożenia odpowiedniego przepisu dyrektywy. ETS uznał jednak, po pierwsze, że z zasady ochrony prawnej wynika obowiązek poinformowania wykonawców o decyzji dotyczącej udzielenia zamówienia. Fakt, że udzielenie takiej informacji nie jest zabronione, nie zwalnia władz austriackich z obowiązku przyjęcia przepisów zgodnych z dyrektywami 89/665 i 92/13. Państwo członkowskie nie może twierdzić na takiej podstawie, że wdrożyło prawidłowo postanowienia dyrektyw. Kwestionowane przepisy pozostawiały swobodnemu uznaniu zamawiającego, czy poinformuje o podjęciu ostatecznej decyzji, tymczasem celem dyrektyw jest właśnie ochrona oferentów przed arbitralnością decyzji zamawiających. Po drugie, ochrona prawna wymaga, aby oferenci, których oferty nie zostały wybrane, mieli wystarczająco dużo czasu na przeanalizowanie, czy decyzja zamawiającego jest zgodna z prawem. W konsekwencji, pomiędzy poinformowaniem przegranych oferentów o udzieleniu zamówienia a podpisaniem umowy musi upłynąć „rozsądny okres”, aby mieli oni możliwość zaskarżenia decyzji przed podpisaniem umowy. Ten obowiązek musi wynikać z powszechnie obowiązujących przepisów, sama praktyka czy też instrukcja administracyjna nie wystarczą. ETS nie określił, o jak długi okres chodzi. Rzecznik Mischo w sprawie C-81/98 zauważył jednak, że jedna sekunda odstępu pomiędzy tymi dwiema czynnościami wyklucza skuteczność dyrektywy odwoławczej<sup>103</sup>. Jego zdaniem pomiędzy notyfikowaniem decyzji o udzieleniu zamówienia i podpisaniem umowy z wybranym wykonawcą musi upłynąć „rozsądny okres”. W 2003 r. Komisja Europejska zakończyła postępowanie przeciwko Luksemburgowi po przyjęciu w tym kraju przepisów wprowadzających 15-dniowe *standstill*, co może oznaczać, że taki termin jest uznawany przez Komisję za wystarczający<sup>104</sup>.

Zgodnie z innym wyrokiem, w sytuacji, kiedy **zaproszenie do składania ofert** zawiera postanowienia, które są niezgodne z prawem wspólnotowym, prawo państwa członkowskiego powinno przewidywać możliwość zaskarżenia tych postanowień w ramach procedur przewidzianych w dyrektywie 89/665 (**C-314/01**, pkt 50)<sup>105</sup>.

Zakresem zaskarżenia powinny być też objęte decyzje zamawiających o **unieważnieniu postępowania** o zamówienie publiczne (wycofaniu zaproszenia do składania ofert). Wynika to z wyroku ETS wydanego w sprawie **C-92/00**<sup>106</sup> w związku z decyzją austriackiego ministerstwa federalnego o wycofaniu zaproszenia do składania ofert. Władze austriackie twierdziły, że nie jest to „decyzja” w rozumieniu dyrektywy 89/665 (czyli nie jest objęta zakresem postępowania odwoławczego). Argumentacja ta była oparta na brzmieniu art. 2 ust. 1 lit. (b)

<sup>103</sup> Patrz opinia rzecznika z 10 czerwca 1999, pkt 60–61.

<sup>104</sup> Komunikat prasowy IP/03/1415 z 20 października 2003 r.

<sup>105</sup> Patrz szersze omówienie orzeczenia w rozdziale 3.

<sup>106</sup> Wyrok z 18 czerwca 2002 r. (ECR, str. I – 5553).

dyrektywy 89/665, który – zdaniem władz austriackich – dotyczy wyłącznie tych decyzji zamawiających, które są podejmowane w trakcie postępowania o zamówienie publiczne. Tymczasem decyzja o wycofaniu zaproszenia do składania ofert kończy postępowanie o zamówienie publiczne. W opinii administracji austriackiej w przypadku, kiedy tego rodzaju decyzja jest podjęta niezgodnie z prawem, przepisy krajowe dotyczące zamówień publicznych powinny jedynie umożliwiać wykonawcom dochodzenie od zamawiającego odszkodowania za poniesione przez nich straty (koszty przygotowania oferty). ETS zauważył natomiast, że jedynym postanowieniem dyrektyw odnoszącym się do kwestii unieważnienia postępowania jest art. 12 ust. 2 (92/50), który stanowi m.in., że w przypadku, kiedy zamawiający wycofują zaproszenie do składania ofert powinni poinformować kandydatów lub oferentów, tak szybko, jak to możliwe, o powodach podjęcia takiej decyzji. Z przepisu tego nie wynika ogólny obowiązek zamawiającego doprowadzenia postępowania do końca (zawarcia umowy). Nawet jeżeli jednak nie ma przepisów określających materialne lub formalne powody dla podjęcia takiej decyzji, objęta jest ona zakresem podstawowych zasad prawa wspólnotowego, a w szczególności przepisów TWE dotyczących swobody prowadzenia działalności gospodarczej i świadczenia usług. Obowiązek poinformowania o powodach unieważnienia postępowania o zamówienie publiczne wynika, zdaniem ETS, z potrzeby zapewnienia pewnego minimalnego poziomu przejrzystości w zamówieniach publicznych podlegających prawu europejskiemu oraz z zasady równego traktowania wykonawców. Nawet jeżeli dyrektywa 92/50 nie określa szczegółów proceduralnych wycofania zaproszenia do składania ofert, od zamawiającego wymaga się, aby podejmując taką decyzję, respektował fundamentalne zasady prawa wspólnotowego, a w szczególności zasadę niedyskryminacji ze względu na narodowość wykonawcy. Ponieważ decyzja o wycofaniu zaproszenia do składania ofert jest objęta zakresem przepisów prawa wspólnotowego, została również objęta zakresem dyrektywy 89/665. Biorąc pod uwagę powyższe, ETS stwierdził, że:

decyzja o unieważnieniu postępowania o zamówienie publiczne (wycofaniu zaproszenia do składania ofert) powinna być objęta zakresem środków odwoławczych przysługujących wykonawcom zgodnie z wymogami dyrektywy 89/665.

Podobnie, sprawa **C-15/04**<sup>107</sup> dotyczyła możliwości zaskarżenia decyzji o unieważnieniu przez zamawiającego postępowania o zamówienie publiczne. Sąd krajowy zwrócił się do ETS z pytaniem, czy przepisy dyrektywy 89/665 są na tyle precyzyjne, aby podmiot prywatny mógł powołać się na nie bezpośrednio w sytuacji, kiedy występuje o unieważnienie decyzji zamawiającego o wycofaniu zaproszenia do składania ofert. Przepisy prawa austriackiego nie pozwalały organowi rozpatrującej-

<sup>107</sup> Wyrok z 2 czerwca 2005 r.

mu odwołanie na unieważnienie tego rodzaju decyzji. ETS, odwołując się do orzeczenia wydanego w sprawie C-92/00, przypomniał, że przepisy prawa krajowego, które nie pozwalają oferentowi na zaskarżenie i uchylenie decyzji zamawiającego o wycofaniu zaproszenia do składania ofert w sytuacji, kiedy taka decyzja narusza przepisy prawa wspólnotowego, nie spełniają wymogów dyrektywy 89/665. Sąd krajowy, który otrzymuje wniosek oferenta o uchylenie wspomnianej decyzji zamawiającego, staje przed dylematem: czy i w jakich okolicznościach, zgodnie z prawem wspólnotowym, wymagane jest uwzględnienie takiego wniosku. Zdaniem ETS sąd lub trybunał, zgodnie z przepisami prawa krajowego odpowiedzialny za rozpatrywanie odwołań dotyczących zamówień publicznych, jest zobowiązany do zaniechania stosowania tych przepisów prawa krajowego, które są niezgodne z dyrektywą. Stosowanie przepisów krajowych uniemożliwiających uchylenie decyzji zamawiającego o wycofaniu zaproszenia do składania ofert uniemożliwia realizację obowiązków wynikających z przepisów art. 1 ust. 1 i 2 ust. 1 lit. b) dyrektywy 89/665. Innymi słowy, **wspomniane przepisy dyrektywy mają skutek bezpośredni i zastępują niezgodne z nimi postanowienia prawa krajowego.**

W sprawie C-26/03 „Stadt Halle” dwa pytania zadane przez sąd krajowy dotyczyły tego, od jakiego etapu postępowania o zamówienie publiczne powinna być zapewniona, w ustawodawstwie krajowym, możliwość skorzystania przez wykonawców z procedur i środków odwoławczych. ETS zwrócił uwagę na fakt, że konieczne jest najpierw przeanalizowanie pojęcia „decyzje podjęte przez zamawiających” (art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665). Ponieważ nie jest ono zdefiniowane w tej dyrektywie, konieczne jest odwołanie się do brzmienia innych przepisów dyrektyw oraz do celu dyrektywy odwoławczej, jakim jest zapewnienie szybkiej i efektywnej kontroli sądowej. Ponieważ przepis art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665 mówi o decyzjach podejmowanych przez zamawiających w trakcie postępowań o zamówienie publiczne, każda decyzja zamawiającego, która podlega przepisom wspólnotowego prawa zamówień publicznych i która może je naruszyć, powinna być przedmiotem kontroli sądowej, o której mowa w dyrektywie. ETS powołał się na przykład podany przez art. 2 ust. 1 lit. b): postanowienia dotyczące specyfikacji technicznych zawarte w zaproszeniu do składania ofert lub w dokumentach przetargowych. Zdaniem ETS są to decyzje podejmowane przez zamawiających jeszcze przed formalnym wszczęciem postępowania o zamówienie. Zgodnie z przytaczanym artykułem procedury odwoławcze przewidziane w poszczególnych krajach członkowskich powinny przewidywać możliwość uchylenia ich, jeżeli zostały przyjęte z naruszeniem prawa dotyczącego zamówień publicznych. Skoro te decyzje mogą być przedmiotem postępowania odwoławczego, odwołanie powinno być możliwe również w stosunku do innych decyzji wstępnych. Tak szerokie rozumienie zakresu decyzji zamawiających, które podlegają odwołaniom, jest wsparte przez dotychczasową linię orzeczniczą ETS<sup>108</sup>. Odwołując się do niej,

---

<sup>108</sup> C-81/98, C-92/00.

ETS uznał, że kontrola przewidziana w dyrektywie 89/665 powinna być możliwa również w stosunku do decyzji podejmowanych poza „formalną procedurą udzielenia zamówienia”. Zaskarżeniu może również podlegać decyzja zamawiającego „zmierająca do ustalenia, czy zamówienie publiczne podlega zakresowi stosowania właściwych uregulowań wspólnotowych”.

Zakresem środków odwoławczych nie muszą być jednak objęte tzw. akty proceduralne podejmowane przez zamawiających, które ani bezpośrednio, ani pośrednio nie rozstrzygają w przedmiocie sprawy, nie uniemożliwiają kontynuowania postępowania, nie uniemożliwiają obrony, ani też nie powodują nieodwracalnej szkody dla uzasadnionych (ang. *legitimate*) praw lub interesów zainteresowanych podmiotów (C-214/00)<sup>109</sup>. ETS uznał, że hiszpański system odwoławczy, który ogranicza możliwość zaskarżenia niektórych czynności zamawiającego, spełnia wymogi dyrektywy 89/665.

#### 2.6.4. Podmioty uprawnione do wnoszenia środków odwoławczych

Zgodnie z art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665 oraz art. 1 ust. 3 dyrektywy 92/13 prawo do wniesienia odwołania powinno przysługiwać „**co najmniej każdemu podmiotowi, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia publicznego na dostawy lub roboty budowlane, w przypadku, gdy taki podmiot doznał uszczerbku lub zagraża mu doznanie uszczerbku w wyniku domniemanego naruszenia przepisów**”<sup>110</sup>. Jest to tzw. czynna legitymacja procesowa. Państwa członkowskie nie mogą nadawać pojęciu „interes w uzyskaniu danego zamówienia” takiego znaczenia, które pozbawiłoby wspomnianą dyrektywę zamierzonego skutku (fr. *effet utile*)<sup>111</sup>. Nie można więc uznać np., że wykonawca, który uczestniczył w postępowaniu o zamówienie publiczne, stracił interes w uzyskaniu zamówienia, ponieważ przed skorzystaniem ze środków odwoławczych przewidzianych w dyrektywie nie zwrócił się do komisji odpowiedzialnej za postępowanie rozjemcze.

Zgodnie z orzecznictwem ETS środki odwoławcze powinny być również dostępne wykonawcy, który był zainteresowany danym zamówieniem, ale nie wziął udziału w postępowaniu na skutek zastosowania przez zamawiającego dyskryminacyjnych warunków udziału w postępowaniu – ale pod pewnymi warunkami. Stanowisko takie zajął ETS w sprawie C-230/02<sup>112</sup>. Postępowanie przedsiębiorcy, który nie domaga się zmiany dokumentacji przetargowej sprzecznej, jego zdaniem,

<sup>109</sup> Patrz szersze omówienie orzeczenia w rozdziale 3.

<sup>110</sup> Zgodnie z art. 41 dyrektywy 92/50 zakresem dyrektywy odwoławczej objęte są także zamówienia publiczne na usługi.

<sup>111</sup> Orzeczenie ETS z 19 czerwca 2003 r. w sprawie C-410/01 (ECR 2003, str. I – 6413), pkt 32–35 oraz orzeczenie z 12 lutego 2004 r. w sprawie C-230/02 „Grossman Air Service”, pkt 40.

<sup>112</sup> Patrz omówienie orzeczenia w rozdziale 3.

z zasadą równego traktowania wykonawców (i wykluczającej go praktycznie z udziału w postępowaniu, gdyż nie jest w stanie spełnić jej warunków), ale czeka ze złożeniem protestu na informację o wyborze oferty, nie jest zgodne z celem dyrektywy, jakim jest szybkość i efektywność. Może, bez uzasadnionych powodów, opóźnić rozpoczęcie procedury odwoławczej, która (gdyby nie wcześniejszy brak reakcji wykonawcy) mogłaby się zacząć bezpośrednio po doręczeniu dokumentacji przetargowej zainteresowanym. Biorąc pod uwagę powyższe, ETS stwierdził, że nie jest sprzeczna z postanowieniami dyrektyw odmowa uznania przez zamawiającego wykonawcy, który nie uczestniczył w postępowaniu o zamówienie, za mającego interes w uzyskaniu danego zamówienia.

Sprawa C-129/04 dotyczyła zdolności do wniesienia odwołania od decyzji zamawiających przez indywidualnych członków konsorcjum<sup>113</sup>. Zamawiający – FOREM – opublikował ogłoszenie o zamówieniu publicznym na zaprojektowanie i budowę swojej siedziby w Liège (Belgia). W odpowiedzi na zaproszenie zostało złożonych pięć ofert, z czego dwie przez konsorcja. FOREM wybrał ofertę konsorcjum CIDP – BP. Od tej decyzji odwołały się dwie inne firmy, które złożyły ofertę jako konsorcjum – Espace Trianon i Sofibail, domagając się unieważnienia decyzji zamawiającego. Aby mieć jednak pewność co do tego, czy przepisy prawa europejskiego zezwalają na wnoszenie odwołań przez poszczególnych członków konsorcjum, Rada Państwa zdecydowała się wystąpić do ETS w trybie pytań wstępnych. Dotyczyły one przede wszystkim tego, czy zgodnie z dyrektywą 89/665 przepisy prawa krajowego mogą wymagać, aby w przypadku konsorcjum, które złożyło ofertę w postępowaniu o zamówienie publiczne wspólnie, także odwołanie od decyzji zamawiającego było wniesione przez konsorcjum, nie zaś przez jego indywidualnych członków. Zdaniem Komisji Europejskiej, a także Espace Trianon i Sofibail, przepisy krajowe, które zabraniają członkom konsorcjum wniesienia odwołań indywidualnie, lecz wymagają złożenia ich przez całe konsorcjum, są niezgodne z postanowieniami wspomnianej dyrektywy. Według nich efektywna ochrona prawna wymaga, aby wszyscy członkowie konsorcjum zachowali indywidualne prawo do wniesienia odwołania. Zdaniem rzecznika Stix-Hackl<sup>114</sup> wspomniane ograniczenie nie jest sprzeczne z postanowieniami dyrektywy 89/665, która co do zasady wymaga od państw członkowskich, aby środki odwoławcze były dostępne wykonawcom, którzy faktycznie uczestniczyli w postępowaniu o zamówienie publiczne. Wyjątkiem od tej zasady jest sytuacja, kiedy wykonawca jest pozbawiony możliwości uczestniczenia w postępowaniu, np. na skutek dyskryminacyjnych wymogów przewidzianych przez zamawiającego w dokumentacji przetargowej<sup>115</sup>. Zdaniem rzecznika z postanowień dyrektywy 89/665 można wnioskować, że prawo do wnoszenia środków odwoławczych przysługuje konsorcjum jako takiemu, nie zaś jego poszczególnym członkom. To, że w niektórych państwach

<sup>113</sup> Orzeczenie z 8 września 2005 r. w sprawie C-129/04.

<sup>114</sup> Patrz opinia rzecznika generalnego z 15 marca 2005 r.

<sup>115</sup> Patrz orzeczenie ETS w sprawie C-230/02 „Grosmann”.

członkowskich również indywidualni uczestnicy konsorcjum są uprawnieni do wnoszenia odwołań, nie zmienia interpretacji dyrektywy, która takiego uprawnienia nie wymaga. Rzecznik sugerował w konkluzji swojej opinii udzielenie odpowiedzi, że przepisy dyrektywy nie stoją na przeszkodzie, aby postanowienia prawa krajowego ograniczały prawo do wniesienia odwołania – w przypadku konsorcjum – do konsorcjum jako całości.

Zdaniem ETS art. 1 ust. 3 dyrektywy odnosi się do osoby, która w konkretnym postępowaniu wykazała zainteresowanie danym zamówieniem. W omawianej sytuacji ofertę złożyło konsorcjum, nie zaś jego poszczególni członkowie. Gdyby zamówienie zostało mu udzielone, to konsorcjum jako całość podpisywałoby umowę i byłoby zobowiązane do wykonania prac będących przedmiotem zamówienia. W omawianej sprawie nic nie stało na przeszkodzie, aby wszyscy członkowie konsorcjum wnieśli odwołanie wspólnie. Przepisy krajowe, które wymagają, aby wniosek o unieważnienie decyzji zamawiającego został wniesiony wspólnie przez wszystkich członków konsorcjum, w niczym nie ograniczają zdolności wykonawcy do wniesienia odwołania (co byłoby sprzeczne z postanowieniami dyrektywy 89/665). Co więcej, jak zauważył ETS, belgijskie prawo umożliwia konsorcjum, w dowolnym czasie, uregulowanie kwestii jego reprezentacji przy wnoszeniu odwołania, przed jego złożeniem, bez żadnych większych formalności, jedynie poprzez wewnętrzne porozumienie pomiędzy członkami. ETS oddalił również argument Komisji, według której z przepisu belgijskiego można wnioskować, że konieczne jest przybranie przez konsorcjum określonej formy prawnej. To z kolei jest niezgodne z postanowieniami dyrektywy 93/37 dotyczącej robót budowlanych. ETS zauważył, że przepis belgijski nie wymaga wcale przybrania przez konsorcjum określonej formy prawnej, lecz jedynie zapewnienia, że w postępowaniu odwoławczym jest ono reprezentowane zgodnie z regułami dotyczącymi tej formy prawnej, wybranej do złożenia oferty przez członków konsorcjum. ETS stwierdził w sentencji orzeczenia, że przepisy dyrektywy 89/665

nie zabraniają ustawodawcy krajowemu wprowadzenia wymogu, zgodnie z którym członkowie konsorcjum mogą wnieść odwołanie jedynie wspólnie, nie zaś indywidualnie, jako poszczególni przedsiębiorcy wchodzący w skład konsorcjum.

W sprawie **C-249/01**<sup>116</sup> ETS orzekł, że zgodne z prawem europejskim jest wymaganie od osoby korzystającej ze środków odwoławczych, aby wykazała, że jej interes został naruszony (lub że jej to zagraża) na skutek niezgodnego z prawem postępowania zamawiającego. Sprawa ta została wniesiona przez sąd krajowy, który wystąpił do ETS z pytaniem, czy zamawiający może odmówić prawa

<sup>116</sup> Wyrok z 19 czerwca 2003 r. (ECR, str. I – 6319).

do wniesienia odwołania wykonawcy, powołującemu się na bezprawność postępowania zamawiającego, który nie uznał jego oferty za najlepszą, ponieważ powinna być odrzucona we wcześniejszej fazie postępowania, z innych powodów. Nie miało zatem miejsca naruszenie interesów wykonawcy. Odpowiadając na to pytanie, ETS stwierdził, że dyrektywa 89/665 wymaga od państw członkowskich zagwarantowania, że bezprawne decyzje zamawiających podlegają procedurom odwoławczym, które powinny być tak szybkie, jak to możliwe. Wspomniany cel dyrektywy byłby naruszony, gdyby organ odpowiedzialny za rozpatrywanie odwołań mógł pozbawić wykonawcę prawa do skorzystania ze środków odwoławczych na tej podstawie, że zamawiający popełnił błąd, nie eliminując wcześniej jego oferty. ETS nie miał wątpliwości, że decyzja zamawiającego o odrzuceniu danej oferty podlega zaskarżeniu w świetle wspomnianej dyrektywy. Jeżeli zatem oferta zostałaby wykluczona na wcześniejszym etapie postępowania, poprzedzającym wybór oferty najkorzystniejszej, oferent byłby uprawniony do zaskarżenia tej decyzji zamawiającego. Jeśli organ odwoławczy pozbawiłby prawa do odwołania oferenta, którego oferta na skutek pomyłki zamawiającego nie została odrzucona, pozbawiłby tego wykonawcę prawa do sądowej kontroli decyzji, którą uważa za bezprawną. Odebrana zostałaby mu też szansa podważenia podstaw pozbawienia go możliwości zaskarżenia organu, który uznaje, że nie doszło do naruszenia interesów oferenta.

Konkludując, ETS stwierdził, że

dyrektywa 89/665 nie pozwala na pozbawienie wykonawcy dostępu do środków i procedur odwoławczych, za pomocą których kwestionuje on słuszność decyzji zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej na tej podstawie, że jego oferta powinna poprzednio zostać odrzucona.

W sprawie **C-410/01**<sup>117</sup> Trybunał uznał, że nie można uważać, że stracił interes w uzyskaniu zamówienia wykonawca, który przed wszczęciem postępowania odwoławczego określonego w dyrektywie nie wniósł sprawy do komisji rozjemczej, której istnienia nie wymagają postanowienia dyrektywy odwoławczej. Dyrektywa 89/665 pozwala państwom członkowskim na określenie szczegółów dotyczących umożliwienia skorzystania ze środków odwoławczych osobom, które są lub były zainteresowane uzyskaniem danego zamówienia, a których interes jest lub może być naruszony na skutek niezgodnego z prawem postępowania zamawiającego. Równocześnie jednak państwa członkowskie nie mogą nadawać pojęciu „interes w uzyskaniu zamówienia” zbyt wąskiego znaczenia, które pozbawiłoby dyrektywę 89/665 praktycznej skuteczności. Konsekwencją wymogu wniesienia sprawy do komisji rozjemczej jest bowiem opóźnienie zastosowania właściwych procedur odwoławczych, przewidzianych w dyrektywie. Co więcej, komisja rozjemcza nie ma żadnych uprawnień, które zgod-

<sup>117</sup> Wyrok z 19 czerwca 2003 r. (ECR 2003, str. I – 6413).

nie z dyrektywą powinny być przyznane organom odpowiedzialnym za rozpatrywanie odwołań. Wymóg wniesienia sprawy do komisji nie gwarantuje zatem skutecznego zastosowania dyrektywy 89/665 w prawie krajowym.

Prawo do wniesienia środków odwoławczych powinno przysługiwać także grupom wykonawców w zakresie, w jakim decyzja zamawiającego dotyczy praw tej grupy wynikających z prawa wspólnotowego (**C-57/01**)<sup>118</sup>.

## 2.6.5. Termin do wniesienia środków odwoławczych

Dyrektywy odwoławcze, w przeciwieństwie do, chociażby, Porozumienia w sprawie zamówień rządowych (GPA)<sup>119</sup> czy też przepisów krajowych państw członkowskich UE, nie zawierają żadnego przepisu określającego minimalny termin, jaki powinien przysługiwać wykonawcom do wniesienia odwołania od decyzji zamawiających. Kwestia ta była przedmiotem rozważań ETS w kilku sprawach dotyczących zamówień publicznych. I tak, w sprawie **C-470/99** („Universale – Bau”)<sup>120</sup> ETS stwierdził, że dyrektywa 89/665 nie zabrania ustawodawcom krajowym wprowadzenia zasady, że odwołania od decyzji zamawiających muszą być wniesione w określonym terminie oraz że wszelkie zarzuty dotyczące naruszenia prawa przez zamawiającego muszą być podniesione w tym samym terminie. Skutkiem takiego ograniczenia jest, że po upływie wspomnianego terminu nie jest już możliwe wnoszenie odwołania od decyzji zamawiającego. Termin powinien być jednak „rozsądny” (ang. *reasonable*). Za rozsądne zostały uznane w omawianej sprawie m.in. 14-dniowy termin do zaskarżenia odmowy dopuszczenia do udziału w postępowaniu, dwutygodniowy termin na zaskarżenie postanowień zaproszenia do składania ofert oraz 14-dniowy termin na zaskarżenie decyzji o udzielaniu zamówienia, liczony od momentu opublikowania ogłoszenia o udzieleniu zamówienia (6 tygodni w przypadku, kiedy ogłoszenie nie zostało opublikowane). ETS zauważył także, że ustanowienie ograniczeń czasowych (terminów) do korzystania ze środków zaskarżenia w stosunku do decyzji zamawiającego jest kompetencją ustawodawcy krajowego, jednakże terminy te nie mogą naruszać efektywności dyrektywy 89/665, której celem jest zapewnienie, że wszelkie decyzje zamawiającego mogą być przedmiotem efektywnego postępowania odwoławczego, tak szybkiego, jak to możliwe. Ustanowienie rozsądnych terminów do zainicjowania postępowania odwoławczego spełnia, co do zasady, wymóg efektywności dyrektywy, ponieważ stanowi wdrożenie fundamentalnej zasady pewności prawnej.

Stanowisko to zostało potwierdzone w kolejnym orzeczeniu ETS (**C-327/00** „**Santex**”)<sup>121</sup>. ETS stwierdził jednak, że ograniczenia czasowe do skorzystania ze środków zaskarżenia naruszają zasadę efektywności dyrektywy, jeżeli, biorąc pod

<sup>118</sup> Wyrok z 23 czerwca 2003 r. (ECR 2003, str. I – 1091) – patrz szersze omówienie w rozdziale 3.

<sup>119</sup> Patrz art. XX GPA.

<sup>120</sup> ECR 2002, str. I – 11617.

<sup>121</sup> Wyrok Trybunału z 27 lutego 2003 r.



uwagę okoliczności danej sprawy, skorzystanie z możliwości odwołania jest niemożliwe lub poważnie utrudnione. Naruszenia tej zasady ETS dopatrywał się w okolicznościach faktycznych rozpatrywanej sprawy. Sprawa dotyczyła zaskarżenia warunku kwalifikacji zawartego w ogłoszeniu o zamówieniu, który, zdaniem jednego z wykonawców, był dyskryminujący, gdyż preferował określoną grupę wykonawców realizujących wcześniej zamówienie na rzecz danego zamawiającego. Zamawiający najpierw dał do zrozumienia wykonawcom, że warunku tego nie zastosuje w praktyce, potem jednak odrzucił ofertę wykonawcy niespełniającego tego wymogu. Równocześnie upłynął 60-dniowy, przewidziany prawem krajowym, termin do zaskarżenia postanowień zawartych w ogłoszeniu o zamówieniu. ETS uznał, że termin 60-dniowy, ograniczający możliwość skorzystania ze środków odwoławczych, jest, co do zasady, rozsądny, biorąc pod uwagę zarówno cel dyrektywy, jak i zasadę pewności prawnej. Termin, który biegnie od dnia, w którym wykonawca dowiedział się lub mógł się dowiedzieć o określonej czynności zamawiającego naruszającej prawa tego wykonawcy, jest także zgodny z zasadą efektywności dyrektywy. Termin ten sam w sobie nie uniemożliwia ani nie ogranicza poważnie możliwości skorzystania z praw wynikających z przepisów wspólnotowych. Jednakże, biorąc pod uwagę okoliczności sprawy (wprowadzające wykonawców w błąd zachowanie zamawiającego), termin ten nie powinien zostać zastosowany z uwagi na niepewność prawną tym spowodowaną. Z orzeczenia wynika więc, że terminy do korzystania ze środków odwoławczych powinny być wydłużone, jeżeli zamawiający poprzez swoje zachowanie skłonił (ang. *induce*) wykonawcę do powstrzymania się od skorzystania z przysługujących mu środków odwoławczych we właściwym czasie, przez co uniemożliwił lub poważnie utrudnił realizację praw przysługujących wykonawcom na podstawie prawa wspólnotowego.

## 2.6.6. Podsumowanie

W swoich orzeczeniach ETS sformułował następujące zasady dotyczące systemów, środków oraz procedur odwoławczych:

- dyrektywy odwoławcze określają wyłącznie minimalne warunki, jakim muszą odpowiadać przepisy krajowe dotyczące zaskarżania decyzji zamawiających podejmowanych w postępowaniu o zamówienie publiczne (m.in. C-54/96, C-315/01 oraz C-327/01);
- organizacja systemu odwoławczego należy do uznania państwa członkowskiego (m.in. C-54/96, C-03/97); państwo członkowskie może dokonać podziału uprawnień do rozpatrywania środków zaskarżenia pomiędzy różne sądy; zgodne z dyrektywą jest rozwiązanie, w którym jeden sąd jest odpowiedzialny za stwierdzenie naruszenia prawa przez zamawiającego, stanowiące podstawę do przyznania odszkodowania wykonawcy przez inny sąd (C-315/01);
- prawo do wniesienia środków odwoławczych powinno przysługiwać co najmniej każdemu podmiotowi, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia publicznego na dostawy lub roboty budowlane, w przypadku, gdy ta-

ki podmiot został poszkodowany lub może zostać poszkodowany w wyniku naruszenia przepisów przez zamawiającego (m.in. C-249/01);

- zgodne z prawem europejskim jest wymaganie od osoby korzystającej ze środków odwoławczych, aby wykazała, że jej interes został naruszony (lub że grozi jej naruszenie takiego interesu) na skutek niezgodnego z prawem postępowania zamawiającego (C-249/01);
- środki odwoławcze powinny być również dostępne wykonawcy, który był zainteresowany danym zamówieniem, ale nie wziął udziału w postępowaniu na skutek zastosowania przez zamawiającego dyskryminacyjnych warunków udziału w postępowaniu (C-230/02);
- państwa członkowskie nie mogą nadawać pojęciu „interes w uzyskaniu zamówienia” zbyt wąskiego znaczenia, które pozbawiłoby dyrektywę 89/665 praktycznej skuteczności; nie można uważać, że stracił interes w uzyskaniu zamówienia wykonawca, który przed wszczęciem postępowania odwoławczego, określonego w dyrektywie, nie wniósł sprawy do komisji rozjemczej, której istnienia nie wymagają postanowienia dyrektywy odwoławczej (C-410/01);
- dyrektywa odwoławcza nie pozwala na pozbawienie wykonawcy dostępu do środków i procedur odwoławczych, za pomocą których kwestionuje on słuszność decyzji zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej, na tej podstawie, że jego oferta powinna poprzednio zostać odrzucona (C-249/01);
- dyrektywy odwoławcze obejmują jedynie naruszenia prawa wspólnotowego dotyczącego zamówień publicznych lub prawa krajowego wdrażającego prawo wspólnotowe;
- środki odwoławcze powinny dotyczyć wszelkich czynności podejmowanych przez zamawiającego w trakcie postępowania o zamówienie publiczne i to zarówno decyzji sensu stricto, jak np. decyzja o wykluczeniu wykonawcy z udziału w postępowaniu czy też o odrzuceniu oferty, ale również zapisów zawartych w dokumentacji przetargowej lub sformułowań użytych w ogłoszeniu o zamówieniu (C-81/98);
- zakresem środków odwoławczych powinny być objęte również pewne decyzje zamawiających podjęte przed formalnym wszczęciem postępowania o zamówienie publiczne (np. decyzja o nieopublikowaniu ogłoszenia); możliwość skorzystania z tych środków nie zależy od osiągnięcia przez postępowanie określonego etapu; środki odwoławcze nie muszą obejmować „czysto wewnętrznych działań” zamawiającego – np. oszacowania zamówienia (C-26/03);
- odwołanie może dotyczyć także decyzji zamawiającego o wycofaniu zaproszenia do składania ofert (C-92/00 oraz C-15/01) oraz postanowień zaproszenia do składania ofert (C-314/01);
- zakresem środków odwoławczych nie muszą być jednak objęte tzw. akty proceduralne podejmowane przez zamawiających, które ani bezpośrednio, ani pośrednio nie rozstrzygają w przedmiocie sprawy, nie uniemożliwiają kontynuowania postępowania, nie uniemożliwiają obrony, ani też nie powodują nieodwracalnej szkody dla uzasadnionych (ang. *legitimate*) praw lub interesów zainteresowanych podmiotów (C-214/00);

- dyrektywy nie określają terminów do wniesienia środków odwoławczych – terminy te mogą być określone w prawie krajowym, muszą być jednak „rozsądne” (C-470/99);
- ograniczenia czasowe do skorzystania ze środków zaskarżenia naruszają zasadę efektywności dyrektywy odwoławczej, jeżeli, biorąc pod uwagę okoliczności danej sprawy, skorzystanie z możliwości odwołania jest niemożliwe lub poważnie utrudnione (C-327/00);
- zamawiający jest obowiązany poinformować wykonawców uczestniczących w postępowaniu o zamówienie publiczne o podjętej przez siebie decyzji, tak aby umożliwić im ewentualne odwołanie od tej decyzji (C-81/98, C-212/02);
- prawo do wniesienia środków odwoławczych powinno przysługiwać także grupom wykonawców w zakresie, w jakim decyzja zamawiającego dotyczy praw tej grupy wynikających z prawa wspólnotowego (C-57/01);
- w przypadku konsorcjów państwo członkowskie może przyznać prawo do skorzystania ze środków zaskarżenia wyłącznie konsorcjum jako całości, pozabiając tego prawa jego indywidualnych członków (C-129/04).

## **Rozdział 3.**

# **Szczegółowe omówienie wybranych najważniejszych wyroków wydanych w latach 1999–2005**

### **3.1. Wyrok Trybunału z 3 października 2000 roku w sprawie C-380/98**

Wyrok wydany został w trybie art. 234 TWE na wniosek angielskiego Sądu Najwyższego. Sprawa dotyczyła tego, w jakim zakresie brytyjskie uniwersytety zobowiązane są do stosowania procedur udzielania zamówień publicznych określonych dyrektywami, a konkretniej: interpretacji pojęcia podmiotów prawa publicznego na gruncie dyrektyw 92/50, 93/36, 93/37.

#### **Stan faktyczny**

W połowie lat dziewięćdziesiątych ubiegłego wieku brytyjskie uniwersytety zbuntowały się przeciwko bezwyjątkowemu traktowaniu ich jako podmioty prawa publicznego, zobowiązane każdorazowo do stosowania unijnych procedur udzielania zamówień publicznych (powyżej progów).

Zgodnie z art. 1 (b) dyrektyw 92/50, 93/36 i 93/37 podmiotem prawa publicznego (w konsekwencji – zamawiającym w rozumieniu dyrektyw) jest każdy podmiot, który:

- a) ustanowiony został w szczególnym celu zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym, które nie mają charakteru przemysłowego ani handlowego,
- b) posiada osobowość prawną i
- c) i dodatkowo spełnia co najmniej jeden z trzech poniższych warunków:
  - a. w przeważającej części jest finansowany przez państwo (lub jednostki samorządu terytorialnego, lub inne podmioty prawa publicznego),
  - b. albo którego zarząd podlega nadzorowi ze strony tych podmiotów,
  - c. albo w którym ponad połowa członków organu administrującego, zarządzającego lub nadzorczego, została wyznaczona przez państwo, jednostki samorządu terytorialnego lub inne podmioty prawa publicznego.

Bezsporne jest, że brytyjskie uniwersytety spełniają dwa pierwsze warunki – posiadają osobowość prawną i zostały ustanowione w celu zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym, niemających charakteru przemysłowego ani handlowego (trudno chyba o lepszy przykład instytucji założonej w celu zaspokajania takich potrzeb niż uniwersytety i szkoły wyższe). Bezsporne jest również to, że samorządne i autonomiczne uniwersytety brytyjskie nie spełniają dwóch ostatnich warunków punktu trzeciego – państwo brytyjskie nie ma żadnego wpływu na obsadę ich kierownictwa ani nie nadzoruje ich działalności. Przedmiotem sporu natomiast było to, na ile fakt częściowego tylko finansowania ich działalności ze środków publicznych skutkuje koniecznością stosowania przez nie unijnych procedur udzielania zamówień.

Brytyjskie uniwersytety otrzymują środki finansowe z różnych źródeł:

- środki finansowe (granty) rozdzielane przez Rady Szkolnictwa Wyższego i Agencję Kształcenia Nauczycieli (instytucje te są bez wątpienia zamawiającymi w rozumieniu dyrektyw). Środki te rozdzielane są na programy badawcze, uniwersytety same decydują o sposobie ich wykorzystania;
- środki rozdzielane przez Rady Badań Naukowych (również będące zamawiającymi, zobowiązanymi do stosowania procedur zamówień publicznych). W odróżnieniu od grantów przekazywanych przez Rady Szkolnictwa Wyższego, granty rozdzielane przez Rady Badań Naukowych przyznawane są nie uczelni jako takiej, tylko indywidualnym uczonym na realizację ich projektów. Jeżeli w trakcie trwania projektu beneficjent zmienia uczelnię, środki „podążają” za nim do nowego miejsca pracy;
- opłaty za badania i inne usługi zamawiane przez różnorakie instytucje (zarówno rządowe, samorządowe jak i prywatne [biznes]);
- opłaty za naukę (czesne) wnoszone bezpośrednio przez studentów, bądź też jako stypendia fundowane im przez władze lokalne (i wtedy przekazywane przez te władze bezpośrednio do uniwersytetów);
- inne środki, takie jak darowizny czy spadki.

W opinii Komitetu Rektorów Uniwersytetów Wielkiej Brytanii taki sposób finansowania nie upoważnia do automatycznego zakwalifikowania uniwersytetów jako podmiotów prawa publicznego. Tymczasem w aneksie będącym załącznikiem do dyrektyw w części dotyczącej Wielkiej Brytanii zamieszczono pozycję „uniwersytety”, co znaczyło, że musiały one stosować dyrektywy w każdej sytuacji. Zatem w 1995 r. Komitet Rektorów wystąpił do Ministerstwa Skarbu o spowodowanie zmiany stosownego zapisu. Brytyjski rząd skierował wniosek do Komisji Europejskiej o zmianę aneksu i zastąpienie dotychczasowego tekstu słowami: „uniwersytety w zakresie, w jakim finansowane są w przeważającej części przez innych zamawiających”. Przyjęcie tej zmiany znacznie ograniczyłoby zakres stosowania unijnych procedur udzielania zamówień. Do czasu rozpatrywania sprawy przez Trybunał Komisja nie ustosunkowała się jednak do wniosku brytyjskiego. Uczelnie nie były zadowolone ze stanowiska rządu, uznając je za dalece niewystarczające. W listopadzie 1996 r. Uniwersytet Cambridge zaskarżył decyzję rządu do Sądu

Najwyższego, domagając się usunięcia uniwersytetów z listy podmiotów zobowiązanych do stosowania dyrektyw. Sąd zaś uznał, że dla rozpatrzenia sprawy niezbędna jest interpretacja prawa europejskiego przez Trybunał Sprawiedliwości. W lipcu 1998 r. zwrócił się do ETS z następującymi pytaniami:

- 1) Czy używany przez art. 1 dyrektyw 92/50, 93/36 i 93/37 zwrot „finansowane w przeważającej części przez państwo, jednostki samorządu terytorialnego lub inne podmioty prawa publicznego” obejmuje:
  - a) granty przyznawane na realizację projektów naukowo-badawczych,
  - b) wynagrodzenia wypłacane przez zamawiających za realizację usług, obejmujących prace naukowo-badawcze, wykonywane dla konkretnych instytucji publicznych,
  - c) wynagrodzenia wypłacane przez zamawiających za realizację innych usług (takich jak doradztwo lub organizacja konferencji),
  - d) stypendia przekazywane przez władze lokalne uniwersytetom na pokrycie kosztów czesnego konkretnych studentów?
- 2) Jakie jest znaczenie zwrotu „w przeważającej części” użytego w art. 1 dyrektyw (tj. o jaki procent chodzi)?
- 3) Jeżeli zwrot „w przeważającej części” jest zdefiniowany w procentach, to czy odnosi się do środków pozyskanych na działalność naukowo-badawczą, czy też powinno się uwzględnić również środki pozyskane w związku z działalnością komercyjną?
- 4) Jaki okres powinien być brany pod uwagę dla rozstrzygnięcia, czy uniwersytet jest podmiotem prawa publicznego i w jaki sposób powinny być uwzględniane (przewidywalne) zmiany zachodzące w danym okresie?

## Pytanie pierwsze

Dotyczyło tego, które ze źródeł finansowania uniwersytetu mogą kwalifikować go jako podmiot prawa publicznego.

Jak przypomniał Trybunał, wszystkie trzy kryteria wymienione w dyrektywach w trzecim warunku definicji podmiotu prawa publicznego odzwierciedlają bliską zależność instytucji od państwa, jednostki samorządu terytorialnego lub innego podmiotu prawa publicznego. Nie wszystkie płatności pochodzące od tych jednostek mają taki charakter. Nie wszystkie płatności przekazywane z instytucji publicznych są finansowaniem ze środków publicznych w rozumieniu dyrektyw. W szczególności nie mają takiego charakteru te płatności, które są wynagrodzeniem za konkretne usługi. Gdyby przyjąć, że wszystkie takie płatności tworzą stosunek bliskiej zależności, to, jak argumentował Rzecznik Generalny, wszystkie (prywatne) podmioty wykonujące zamówienia na rzecz państwa musiałyby zostać uznane za podmioty zależne od państwa. Jednak tak nie jest – w przypadku wykonywania zadań na podstawie umowy o konkretne świadczenia mamy do czynienia nie ze stosunkiem bliskiej zależności pomiędzy instytucjami (podległości), lecz ze świadczeniem cywilnoprawnym – więzią polegającą na zależności świadczenia jednej strony od świadczenia drugiej strony (do ut des). Stosując to kryterium

rozróżnienia, Rzecznik, a w ślad za nim ETS, uznali, że te środki, które uniwersytet otrzymuje od instytucji publicznych na podstawie komercyjnej (np. wynagrodzenie za doradztwo, organizację konferencji, usługi obejmujące prace badawcze dla instytucji publicznych – czyli wymienione w pkt b) i c) pytania) nie są finansowaniem ze środków publicznych w rozumieniu dyrektyw. Instytucja publiczna przekazując te środki w zamian za wykonanie konkretnych usług, działa we własnym interesie, w ramach działalności komercyjnej.

Inaczej natomiast jest w sytuacjach określonych w punktach a) i d) pytania (granty przyznawane na realizację projektów naukowo-badawczych i stypendia na pokrycie części konkretnych studentów). Te płatności służą wsparciu uniwersytetu jako całości (lub jego pracowników), w oderwaniu od interesu ekonomicznego instytucji finansującej. Takie finansowanie, zdaniem ETS, jest „finansowaniem przez państwo i jednostki samorządu terytorialnego” w rozumieniu dyrektyw i pozwala na zakwalifikowanie danego uniwersytetu jako podmiotu prawa publicznego.

## Pytanie drugie

Zasadniczo dotyczyło tego, jakie jest znaczenie zwrotu „finansowany w przeważającej części” w definicji podmiotu prawa publicznego w dyrektywach.

W opinii Komisji Europejskiej oraz innych uczestników postępowania przed ETS (rządy: holenderski, brytyjski, francuski i austriacki) zwrot ten powinien być interpretowany w kategoriach ilościowych i znaczy po prostu „ponad 50%”. Z kolei, według Uniwersytetu Cambridge przepis ten powinien być interpretowany nie według kryteriów czysto ilościowych, lecz według kryteriów jakościowych. Znaczyłoby to, że uwzględnia się tylko taki sposób finansowania, który daje instytucji finansującej wpływ (kontrolę) na decyzje dotyczące wydatkowania tych środków (tzn. na finansowane z nich zamówienia). Jeżeli ten punkt widzenia nie zostałby uznany, to wnioskodawca (Uniwersytet Cambridge) proponował przyjęcie, że przeważająca część oznacza ponad 75% (zatem gdy udział ten jest dominujący).

ETS bez żadnych wahań odrzucił interpretację zaproponowaną przez Cambridge jako całkowicie pozbawioną podstaw w tekście dyrektyw. Jak stwierdził, w normalnym potocznym użyciu zwrot ten oznacza po prostu „ponad połowę”. Dodatkowo, przywołał per analogiam inną część art. 1 (b) dyrektyw, gdzie jednym z warunków uznania danej instytucji za podmiot prawa publicznego jest to, by **ponad połowa** członków organu administrującego, zarządzającego lub nadzorczego została wyznaczona przez państwo, jednostki samorządu terytorialnego lub inne podmioty prawa publicznego.

## Pytanie trzecie

Jest blisko związane z poprzednimi, a dotyczy tego, jakie dochody powinny być uwzględniane przy obliczaniu udziału środków publicznych w finansowaniu uniwersytetu: czy tylko te uzyskiwane w związku z działalnością naukowo-badawczą, czy również te, które pozyskane zostały przez działalność komercyjną.

Bez wchodzenia w szczegółowe rozważania Trybunał zadecydował, że należy brać pod uwagę całość dochodów (a więc również te, które zostały uzyskane w związku z działalnością komercyjną). Zwrot „finansowany w przeważającej części” od razu zakłada, że instytucja może być finansowana również z innych źródeł, bez utraty statusu podmiotu prawa publicznego. Zatem przy obliczaniu całości dochodu (100%), z których „ponad 50%” ma pochodzić ze środków publicznych, muszą być uwzględnione wszystkie dochody, niezależnie od ich charakteru.

## Pytanie czwarte

Sąd krajowy docieka, jaki okres należy brać pod uwagę przy obliczaniu dochodów uniwersytetu dla oceny, czy podlega on dyrektywom (czy jest podmiotem prawa publicznego). Problem dotyczy w szczególności tego, w jaki w sposób należy uwzględnić zmiany w strukturze dochodów. Pytanie jest istotne, ponieważ zmiany w źródłach dochodów mogą spowodować, że udział środków publicznych może przekroczyć próg 50% w jedną lub w drugą stronę i wówczas może zmienić się kwalifikacja instytucji z punktu widzenia definicji podmiotu prawa publicznego (a w konsekwencji zaniknie lub powstanie obowiązek stosowania procedur udzielania zamówień publicznych).

Trybunał najpierw stwierdza, że dyrektywy nie zawierają żadnych przepisów odnoszących się wprost do tej kwestii. Zatem ETS, wnosząc przez analogię, odwołuje się do innych przepisów tych samych dyrektyw. I tak, przepisy dotyczące publikacji wstępnych ogłoszeń informacyjnych (art. 15 ust. 1 dyrektywy 92/50 i art. 9 ust. 1 dyrektywy 93/36) stanowią, że tak szybko, jak to jest możliwe, po rozpoczęciu roku budżetowego, zamawiający są zobowiązani do podania do wiadomości zamówień, których zamierzają udzielić w ciągu następnych 12 miesięcy. Z tego przepisu wynika, że zamawiający zachowuje swój status instytucji podległej dyrektywom przez 12 miesięcy, licząc od początku roku budżetowego. Ta sama zasada, zdaniem ETS, powinna mieć zastosowanie w omawianej sytuacji dla oceny, czy dany uniwersytet jest objęty zakresem dyrektyw dotyczących zamówień publicznych. Zatem decyzja, czy dana instytucja jest podmiotem prawa publicznego, powinna być podjęta na podstawie analizy całorocznego budżetu. Instytucja uznana za podmiot prawa publicznego na początku roku budżetowego pozostaje objęta zakresem obowiązywania dyrektyw przez cały okres roku budżetowego (12 miesięcy).

Odpowiadając na drugą część czwartego pytania (jak uwzględnić zmiany w strukturze budżetowania w ciągu roku), ETS stwierdził, co następuje. Analiza budżetu powinna być oparta na podstawie danych dostępnych w momencie jej przeprowadzania (czyli z początku roku budżetowego), nawet jeśli są to dane tylko tymczasowe.

Dla oferentów szczególnie ważne jest natomiast stwierdzenie ETS, że instytucja uznana za podległą dyrektywom w momencie rozpoczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zobowiązana do doprowadzenia tego



postępowania do końca zgodnie z wymaganiami dyrektyw, niezależnie od ewentualnych zmian w strukturze dochodów (i od ewentualnej utraty statusu podmiotu prawa publicznego).

### **3.2. Wyrok Trybunału z dnia 12 grudnia 2002 roku w sprawie C-470/99**

Orzeczenie zostało wydane w odpowiedzi na zapytania prejudycjalne, skierowane w trybie art. 234 TWE do ETS przez regionalny organ odwoławczy do spraw zamówień publicznych w Wiedniu (Vergabekontrollsenat des Landes Wien). Pytania dotyczyły interpretacji dyrektywy 93/37 w sprawie procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane oraz dyrektywy odwoławczej 89/665.

#### **Stan faktyczny**

W Biuletynie Zamówień Publicznych miasta Wiednia (Amstatblatt der Stadt Wien) z 17 marca 1999 r. zakłady oczyszczania miasta (Entsorgungsbetriebe Simmering GesmbH – ESB) ogłosiły przetarg ograniczony na rozbudowę oczyszczalni ścieków w Wiedniu. Po pierwszym etapie jedna z firm, która nie została zakwalifikowana do dalszego udziału w postępowaniu, wniosła odwołanie do organu odwoławczego. Podczas postępowania odwoławczego powstała wątpliwość, czy ESB w ogóle jest instytucją zamawiającą w rozumieniu dyrektyw i czy wobec tego podlega przepisom o zamówieniach publicznych.

ESB to przedsiębiorstwo komunalne założone w 1976 r. Pierwotnie przedmiotem działalności przedsiębiorstwa było wytwarzanie i obsługa urządzeń do oczyszczania ścieków (przemysłowych). Miasto jest jednym z udziałowców firmy, pozostali udziałowcy to inne przedsiębiorstwa komunalne. Przedsiębiorstwo początkowo działało na zasadach w pełni komercyjnych, nie otrzymywało żadnego wsparcia ani gwarancji ze strony miasta. Konkurowało na wolnym rynku z prywatnymi przedsiębiorstwami oferującymi podobne produkty i usługi. W 1985 r. ESB zawarło z miastem umowę, na mocy której przejęło zarządzanie główną oczyszczalnią ścieków w Wiedniu (od 1 stycznia 1986 r.). Za te usługi miasto wypłacało stałe wynagrodzenie. Umowa została przedłużona w lipcu 1996 r.

Z chwilą podpisania umowy w 1985 r., zasadniczo zmieniła się sytuacja firmy. Wykonywana przez nią od tego momentu główna działalność (zarządzanie komunalną oczyszczalnią ścieków) należy niewątpliwie do kategorii „zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym”. Jak wynika z akt sprawy, działalność ta nie ma charakteru przemysłowego ani handlowego, nie jest wykonywana dla zysku, a miasto ponosi pełne koszty (firma nie ponosi żadnego ryzyka finansowego w związku z tą działalnością).

Zatem w chwili ogłaszania przetargu firma zaspokaja potrzeby w interesie ogólnym, które nie mają charakteru przemysłowego ani handlowego, posiada osobowość prawną, jest finansowana przez jednostkę samorządu terytorialnego.

Austriacki organ odwoławczy miał wątpliwości, czy należy uznać ESB za podmiot prawa publicznego w rozumieniu dyrektywy 93/37, a zatem za instytucję zamawiającą zobowiązaną do przestrzegania procedur udzielania zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 1 (b) dyrektywy 93/37:

„podmiot prawa publicznego” oznacza każdy podmiot:

- ustanowiony w szczególnym celu zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym, które nie mają charakteru przemysłowego lub handlowego,
- posiadający osobowość prawną oraz
- finansowany w przeważającej części przez państwo, jednostki samorządu terytorialnego lub przez inne podmioty prawa publicznego; lub jeżeli jego zarząd podlega nadzorowi ze strony tych instytucji; lub jeżeli ponad połowę składu jego organu administracji, zarządu lub nadzoru stanowią osoby mianowane przez państwo, jednostki samorządu terytorialnego lub przez inne podmioty prawa publicznego.

Nie ulega wątpliwości, że w czasie ogłoszenia przetargu ESB spełniała wszystkie trzy powyższe warunki, równocześnie nie ma wątpliwości, że w chwili założenia firmy warunek pierwszy nie był spełniony (firma wykonywała wówczas działalność o charakterze czysto komercyjnym). Pytanie, czy zatem powinna stosować dyrektywę dotyczącą zamówień publicznych.

Sąd austriacki zwrócił się do ETS o rozstrzygnięcie swoich wątpliwości, przedkładając następujące pytania:

- 1) Czy dana osoba prawna jest instytucją zamawiającą w rozumieniu art. 1 (b) dyrektywy 93/37, nawet jeżeli nie została ustanowiona w szczególnym celu zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym, które nie mają charakteru przemysłowego ani handlowego, ale obecnie zaspokaja takie potrzeby?
- 2) Jeśli Entsorgungsbetriebe Simmering GesmbH nie jest instytucją zamawiającą w rozumieniu dyrektyw, to czy zlecenie jej przez miasto Wiedeń rozbudowy oczyszczalni ścieków jest zamówieniem publicznym na roboty budowlane w rozumieniu dyrektywy 93/37?
- 3) Jeżeli odpowiedź na pytanie pierwsze lub drugie jest pozytywna, to czy dyrektywa 89/665 wyklucza krajowe przepisy, które ustanawiają termin odwołania od decyzji zamawiającego, tak że po upływie tego terminu dana decyzja nie może już być podważona w trakcie trwania procedury udzielania zamówienia?
- 4) Jeżeli odpowiedź na pytanie pierwsze lub drugie jest pozytywna, to czy wystarczające jest, że zamawiający stwierdzi, że wnioski o udział w postępowaniu

niu będą oceniane zgodnie z metodologią określoną w dodatkowym (późniejszym) dokumencie, czy też kryteria oceny muszą być podane od razu w dokumentacji przetargowej?

## Pytanie pierwsze

Dla nikogo nie ulegało wątpliwości, że od 1986 r., od momentu przejścia zarządzania miejską oczyszczalnią ścieków, przedsiębiorstwo ESB zaspokaja potrzeby w interesie ogólnym, które nie mają charakteru przemysłowego ani handlowego. Spełnia warunek drugi i trzeci określony w definicji podmiotu prawa publicznego (firma posiada osobowość prawną oraz jest finansowana przez jednostkę samorządu terytorialnego). Przedmiotem debaty przed ETS było, czy można uznać ESB za podmiot zobowiązany do stosowania dyrektyw, skoro stosowny fragment art. 1 (b) dyrektywy 93/37 mówi o instytucji **ustanowionej** w szczególnym celu zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym, które nie mają charakteru przemysłowego ani handlowego. ESB zaś została założona w celu zaspokajania potrzeb o charakterze handlowym i dopiero 10 lat po swoim powstaniu podjęła działalność, o której mowa w definicji podmiotów prawa publicznego.

Strony przedłożyły Trybunałowi rozbieżne opinie w tej kwestii.

ESB przekonywało, że nie może zostać uznane za podmiot prawa publicznego w rozumieniu dyrektywy. Ta wyraźnie stanowi, że jedyną decydującą okolicznością jest działalność podjęta w chwili utworzenia („ustanowiony w szczególnym celu...”). To, że później firma podjęła dodatkowo działalność, niemającą charakteru przemysłowego ani handlowego, nie ma dla sprawy znaczenia, zwłaszcza, że przedsiębiorstwo kontynuuje działalność handlową. Stanowisko to zostało wsparte przez Komisję Europejską.

Przeciwnie stanowisko zajęły rządy austriacki i holenderski. Twierdziły, że pod uwagę powinna być brana obecnie prowadzona działalność, nie zaś wyłącznie działalność wykonywana na początku istnienia przedsiębiorstwa. Powołując się na orzecznictwo ETS, argumentowały, że pojęcie „podmiot prawa publicznego” musi być interpretowane funkcjonalnie (por. sprawa C-353/96). Wywodziły, że odmienna interpretacja umożliwiałaby łatwe obchodzenie dyrektyw przez powierzenie wykonywania działalności o charakterze ogólnym nie nowo tworzącym w tym celu instytucjom (które musiałby stosować dyrektywy), lecz istniejącym już podmiotom komercyjnym.

Odnosząc się do tego pytania, Trybunał przypominał, że pojęcie „podmiot prawa publicznego” powinno być interpretowane w świetle głównego celu dyrektywy 93/37, jakim jest usunięcie barier w handlu wewnątrz Wspólnoty i otwarcie krajowych rynków zamówień publicznych na konkurencję przedsiębiorców z innych państw członkowskich. Pojęcie „podmiot prawa publicznego” powinno być interpretowane w sposób funkcjonalny.

Trybunał przywołał swoje orzeczenie z 1998 r. w sprawie C-44/96 (Mannesmann). W sprawie tamtej uznał, że jeśli dany podmiot (w tamtym przypadku – drukarnia państwowa drukująca druki urzędowe) został pierwotnie ustanowiony w celu zaspokajania potrzeb o charakterze ogólnym, które nie mają charakteru przemysłowego lub handlowego, a następnie podjął działalność komercyjną, nie zmienia to jego statusu jako podmiotu prawa publicznego, skoro dalej prowadzi również działalność, dla której został pierwotnie ustanowiony (niemającą charakteru handlowego). Zatem dla oceny, czy dany podmiot spełnia warunek określony w definicji, decydujące jest, jaką działalność wykonuje w chwili obecnej. Trybunał zgodził się z poglądem, że odmienna interpretacja umożliwiłaby łatwe obchodzenie przepisów. Dodał, że dla uznania danego podmiotu za spełniającego powyższy warunek nie ma znaczenia, czy ta zmiana (podjęcie działalności o charakterze niekomercyjnym) została odzwierciedlona w statucie firmy. Nie można, zdaniem ETS, ograniczać się do analizy wyłącznie formalnoprawnej.

Zgodnie z podejściem funkcjonalnym istotne są okoliczności faktyczne (rzeczywiście wykonywana działalność), nie zaś wyłącznie prawne (zadania określone w statucie lub umowie spółki).

Skoro na pytanie pierwsze udzielono odpowiedzi pozytywnej, zbędne stało się rozpatrywanie drugiego pytania i ETS w ogóle się tym nie zajmował.

### **Pytanie trzecie**

Dotyczy ograniczeń czasowych w możliwości zgłaszania protestów w trakcie trwania procedury o udzielenie zamówienia. Zgodnie z przepisami austriackimi protest dotyczący zapisów zawartych w dokumentacji mógł być wniesiony tylko w ciągu dwóch tygodni od zapoznania się z dokumentacją, nie później niż na tydzień przed upływem terminu składania ofert (lub wniosków o udział w postępowaniu). Sąd austriacki miał wątpliwości, czy to ograniczenie jest zgodne z dyrektywą 89/665.

Firma, która złożyła protest w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia, uważała, że termin jest zbyt krótki. Twierdziła, że w szczególności firmy zagraniczne mogą nie mieć możliwości przygotowania protestu w tak krótkim czasie. W jej konkretnym przypadku złożyła protest dotyczący specyfikacji dopiero wtedy, gdy jej wniosek o udział w postępowaniu został odrzucony przez zamawiającego, a było to już po upływie dwutygodniowego terminu od zapoznania się z dokumentacją. W opinii protestującej firmy zauważenie błędu w dokumentacji przetargowej było możliwe dopiero po analizie oceny decyzji zamawiającego o odrzuceniu jej wniosku.

Dla odmiany zamawiający, broniąc dwutygodniowego terminu na wnoszenie protestu, wskazywał na główne cele dyrektywy odwoławczej: zapewnienie efektywnego i możliwie szybkiego postępowania odwoławczego (art. 1 (1)). Dwutygodniowy termin na wnoszenie protestu jest zgodny z postulatem szybkości postępowania odwoławczego.

Uczestniczące w postępowaniu przed ETS rządy austriacki i holenderski oraz Komisja Europejska podkreślały, że sama dyrektywa 89/665 nie określa żadnych szczególnych terminów na wnoszenie środków odwoławczych. Zatem doprecyzowanie ich pozostawione jest suwerennej decyzji państw członkowskich. Rząd austriacki podkreślał, iż tak krótki termin służy przyspieszeniu procedur odwoławczych i ma przeciwdziałać nadużywaniu prawa do odwołania dla nieuzasadnionego przeciągania procedur zamówień publicznych.

Trybunał uznał, że kwestionowane austriackie przepisy nie są sprzeczne z dyrektywą 89/665.

Powtórzył argument, że sama dyrektywa 89/665 określa tylko minimalne warunki, jakie muszą spełniać środki ochrony prawnej w zamówieniach publicznych. Nie zawiera natomiast żadnych przepisów dotyczących terminów, w których środki odwoławcze mogą być wnoszone. Wobec powyższego państwa członkowskie dysponują swobodą określenia takich terminów. Jednakże, w opinii Trybunału, mimo że dyrektywa nie wypowiada się wprost na ten temat, to jednak z ogólnych zasad prawa europejskiego można wyprowadzić warunki, które muszą być respektowane przez ustawodawcę krajowego przy określaniu terminów na wnoszenie środków odwoławczych:

- uprawnienia dostawców zagranicznych ubiegających się o zamówienia na podstawie przepisów zgodnych z dyrektywami nie mogą być mniej korzystne niż uprawnienia dostawców krajowych ubiegających się o zamówienia na podstawie przepisów krajowych,
- ograniczenia czasowe w korzystaniu ze środków odwoławczych (tzn. terminy na ich wnoszenie) muszą być rozsądne, tak by w praktyce nie uniemożliwiały (bądź nie utrudniały znacznie) korzystania z tych środków.

Tak więc, mimo że dyrektywa 89/665 nie określa terminów wnoszenia środków odwoławczych w procedurach zamówień publicznych i państwa członkowskie mają swobodę wprowadzenia takich ograniczeń (terminów, po upływie których nie można wnosić protestów), to jednak taka decyzja krajowego ustawodawcy podlega ocenie w świetle ogólnych zasad prawa wspólnotowego. Termin zbyt krótki może być uznany za praktyczne ograniczenie w korzystaniu z uprawnień przyznanych przez prawo europejskie. Terminu dwutygodniowego Trybunał nie uznał jednak za zbyt krótki.

ETS przypomniał, że głównym celem dyrektywy odwoławczej 89/665 jest wzmocnienie mechanizmów gwarantujących skuteczne stosowanie dyrektyw określających procedury udzielania zamówień publicznych (w tym czasie: dyrektywy 92/50, 93/36, 93/37). Cel ten byłby zagrożony, gdyby uczestnicy postępowania mieli nieograniczoną możliwość podnoszenia na dowolnym etapie protestów, zmuszając w ten sposób zamawiającego do rozpoczynania całej procedury od początku (w przypadku uwzględnienia protestu). ETS poparł więc w ten sposób wprowadzanie ograniczeń czasowych we wnoszeniu środków odwoławczych, mimo że taka możliwość nie jest przewidziana przez dyrektywę.

## Pytanie czwarte

Czwarty problem dotyczy tego, czy zamawiający zobowiązany jest podać szczegółową metodologię kwalifikacji kandydatów do postępowania w ogłoszeniu o przetargu i w dokumentacji przetargowej, czy też może podać te informacje w osobnym, późniejszym dokumencie.

Podczas rozprawy przed ETS firma, która wszczęła procedurę odwoławczą, argumentowała, że nieuwajnienie w dokumentacji przetargowej metodologii stosowania kryteriów kwalifikacji jest sprzeczne z zasadą przejrzystości i obiektywności i może prowadzić do arbitralności w ich stosowaniu. Dokładnie przeciwne stanowisko zajęły zamawiający (ESB) i rząd austriacki. Według nich, wystarczające jest podanie w dokumentacji przetargowej, jakie kryteria będą stosowane przy kwalifikacji (oraz ich kolejność ważności), zaś ich szczegółowy opis (dokładną wagę oraz opis ich stosowania) wyjaśnić w osobnym, późniejszym dokumencie.

Trybunał rozpoczął analizę od stwierdzenia, że problem nie jest wprost regulowany przez dyrektywę 93/37 (ani przez pozostałe dyrektywy dotyczące procedur udzielania zamówień publicznych).

ETS przypomina, że celem dyrektyw jest koordynacja (tylko pewnych aspektów) procedur udzielania zamówień publicznych w krajach członkowskich, nie zaś stworzenie pełnego opisu tych procedur.

Dla udzielenia odpowiedzi na pytanie sądu austriackiego Trybunał stosuje wykładnię celowościową oraz wykładnię przez analogię.

Celem dyrektyw koordynujących procedury udzielania zamówień jest zniesienie ograniczeń dla swobody świadczeń usług we wszystkich krajach Wspólnoty (w tym przypadku – swobody świadczenia usług budowlanych) oraz otwarcie rynków na konkurencję przedsiębiorców z innych krajów członkowskich. Dla osiągnięcia tego celu niezbędne jest zagwarantowanie publicznego dostępu do informacji o warunkach i kryteriach udzielenia każdego zamówienia publicznego. Zasada równego traktowania, będąca podwaliną dyrektyw dotyczących zamówień publicznych, nakłada obowiązek prowadzenia postępowania w sposób przejrzysty. Postulat przejrzystości wymaga zapewnienia publicznego dostępu do tych informacji, tak by umożliwić rzeczywiste otwarcie postępowania na konkurencję oraz następnie weryfikację obiektywności postępowania.

Dyrektywa szczegółowo reguluje, w jaki sposób mają być publikowane kryteria oceny ofert (w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w dokumentacji przetargowej – art. 13 (2) i 30 (2) dyrektywy 93/37). Dyrektywa nie określa równie szczegółowo sposobu publikacji w odniesieniu do kryteriów kwalifikacji, jednak stwierdza, że owe kryteria muszą być opublikowane (art. 7 (2)). Trybunał, podkreślając identyczność przesłanek w obu przypadkach (zagwarantowanie przejrzystości postępowania i równego traktowania), orzekł, że kryteria kwalifikacji muszą być publikowane w identyczny sposób, jak kryteria oceny oferty (w ogłoszeniu o postępowaniu oraz w dokumentacji przetargowej). Tylko taka interpretacja, zdaniem Trybunału, pozostaje w zgodzie z głównymi celami dyrektyw dotyczących zamówień publicznych.

### **3.3. Wyrok Trybunału z 17 września 2002 roku w sprawie C-513/99**

Wyrok został wydany po wniesieniu przez sąd fiński zapytania prejudycjalnego w trybie art. 234 TWE. Zapytanie dotyczyło interpretacji dyrektyw 92/50 i 93/38, a w szczególności kwestii dopuszczalnych kryteriów oceny ofert.

#### **Stan faktyczny**

Stan faktyczny omawianej sprawy przedstawiał się następująco.

We wrześniu 1997 r. miasto Helsinki opublikowało w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich ogłoszenie o przetargu na obsługę miejskiej sieci autobusowej. Oferta najkorzystniejsza ekonomicznie miała zostać wybrana na podstawie trzech kryteriów: cena, jakość autobusów, jakość zarządzania operatorem i stosowanie przezeń zarządzania proekologicznego.

Kryterium ceny miało wagę 86%. Oferta najtańsza (koszt roczny) otrzymała 86 pkt, a pozostałe punkty według wzoru: cena najtańsza podzielona przez cenę oferty ocenianej, razy 86. Kryterium oceny jakości preferowało autobusy przyjazne dla środowiska: dodatkowe punkty przyznawane były autobusom o niskim poziomie emisji gazów szkodliwych (+2,5 pkt w przypadku autobusów wydzielających poniżej 4g/kWh tlenu azotu, +3,5 pkt przy emisji poniżej 2g/kWh) i +3,5 pkt w przypadku hałasu zewnętrznego wytwarzanego przez autobus poniżej poziomu 77dB. W odniesieniu do jakości zarządzania dodatkowe punkty przewidziane były za przedstawienie certyfikatów proekologicznego zarządzania firmą.

Omawiana sprawa dotyczyła jednej z części zamówienia (nr 6). W terminie złożono osiem ofert na tę część, m.in. ofertę firmy HKL i ofertę z dwoma wariantami firmy Swibus Finland Oy Ab (później jej nazwa została zmieniona na Concordia Bus Finland Oy Ab). Komisja przetargowa za najkorzystniejszą uznała ofertę firmy HKL. Jednakże najtańsza była oferta firmy Concordia. Jej drugi wariant otrzymał 86 pkt (maksimum), a pierwszy 81,44 pkt, podczas gdy HKL w kryterium ceny otrzymało 85,75 pkt. Obie firmy otrzymały maksimum punktów za certyfikaty potwierdzające proekologiczne zarządzanie. Przy niewielkiej różnicy cenowej o zwycięstwie drugiej firmy zadecydowały punkty przyznawane w drugiej kategorii, dotyczącej niskiej szkodliwości autobusów dla środowiska naturalnego: HKL otrzymało tu najwięcej punktów (2,94), ponieważ poziom emisji szkodliwych spalin był poniżej 2g/kWh, a poziom hałasu poniżej 77dB. Wynikało to z tego, że HKL zaproponowała autobusy napędzane gazem. Concordia nie otrzymała dodatkowych punktów, ponieważ jej autobusy (używające tradycyjnego paliwa) nie spełniały warunków dotyczących emisji gazu i hałasu. W rezultacie, po zsumowaniu punktów z wszystkich trzech kryteriów, najkorzystniejsza okazała się oferta firmy HKL.

Firma HKL to przedsiębiorstw komunalne miasta Helsinki, utworzone dla obsługi miejskiej sieci autobusowej. Firma podlega miejskiemu wydziałowi komunikacji.

Wynik przetargu został oprotestowany przez firmę Concordia. Podniosła ona zarzut, że przyznanie dodatkowych punktów za niski poziom emisji gazów i hałasu było nieuczciwe i dyskryminujące, jako że tylko jedna firma (właśnie HKL) była w stanie zaoferować autobusy spełniające te wyśrubowane warunki proekologiczne. Organ odwoławczy pierwszej instancji oddalił odwołanie, uznając, że zamawiający ma prawo preferować autobusy mniej szkodliwe w eksploatacji dla środowiska naturalnego. Każdy oferent miał możliwość nabyć i zaoferować takie autobusy, jako że kryteria oceny ofert były w szczególności znane wcześniej. Concordia, konsekwentnie nie zgadzając się z tym werdyktem, odwołała się do sądu drugiej instancji. Podtrzymała swoje dotychczasowe argumenty o dyskryminacyjnym charakterze kwestionowanych kryteriów oceny ofert. Dodatkowo podniosła, że takie kryteria nie mogły być stosowane, jako że nie są bezpośrednio związane z przedmiotem zamówienia.

Sąd drugiej instancji wstrzymał się z wyrokiem do czasu wydania przez ETS interpretacji przepisów unijnych dotyczących procedur udzielania zamówień publicznych.

Pytania skierowane w tej sprawie do Trybunału brzmiały następująco:

- 1) Czy przepisy dyrektywy 93/38, dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji, w szczególności art. 2 (1)(a), (2)(c), i (4), powinny być interpretowane w ten sposób, że wynika z nich, że dyrektywa ta ma zastosowanie, jeżeli miasto udziela zamówienia na obsługę miejskiej sieci autobusowej, w sytuacji, gdy:
  - miasto jest odpowiedzialne za planowanie, rozwój, wdrażanie, organizację i nadzór transportu publicznego na swoim terenie,
  - dla realizacji tych funkcji miasto posiada wydzieloną jednostkę – wydział komunikacji i podporządkowane mu przedsiębiorstwo komunalne,
  - w ramach wydziału komunikacji funkcjonuje jednostka planistyczna opracowująca trasy komunikacyjne,
  - w ramach wydziału komunikacji znajduje się (ekonomicznie odrębny) podmiot, który realizuje usługi transportu autobusowego i bierze udział w związanych z tym przetargach?
- 2) Czy europejskie przepisy dotyczące procedur udzielania zamówień publicznych (w szczególności art. 36 (1) dyrektywy 92/50, dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi lub równobrzmiący art. 34 (1) dyrektywy 93/38) powinny być interpretowane w ten sposób, że udzielając zamówienia na obsługę transportu miejskiego, zamawiający może, pośród innych kryteriów wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, wziąć pod uwagę niski poziom emisji gazów szkodliwych i hałasu? W pytaniu sąd krajowy doprecyzował, że sposób zastosowania tego kryterium był wskazany



uprzednio w ogłoszeniu o przetargu. Polegał na tym, że przyznawano dodatkowe punkty tej ofercie, która proponowała autobusy emitujące gazy szkodliwe i hałas poniżej pewnego, określonego poziomu.

- 3) Jeżeli odpowiedź na powyższe pytanie jest pozytywna, to czy w świetle przepisów wspólnotowych dotyczących zamówień publicznych przyznanie dodatkowych punktów za niską emisję szkodliwych gazów i hałasu jest niedopuszczalne, jeżeli z góry wiadomo, że przedsiębiorstwo miejskie obsługujące trasy autobusowe posiada autobusy spełniające te warunki, podczas gdy dysponuje nimi jedynie niewiele innych podmiotów operujących na rynku?

Odpowiadając na te pytania, Trybunał odwrócił ich kolejność, zajmując się najpierw pytaniem drugim i trzecim, a na końcu dopiero pytaniem pierwszym.

## Pytanie drugie

Dotyczy tego, czy art. 36 (1) dyrektywy 92/50 dopuszcza, w przypadku zamówienia na usługi transportu autobusowego, aby zamawiający przy wyborze oferty najkorzystniejszej ekonomicznie stosował takie kryteria oceny ofert, jak w omawianej sprawie (tzn. przyznawał punkty za niski poziom emisji gazów szkodliwych i hałasu przy eksploatacji autobusów).

Przypomnijmy, iż art. 36 (1) dyrektywy 92/50, dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi, następująco definiuje kryteria udzielenia zamówienia (wyboru najlepszej oferty):

1. Bez uszczerbku dla krajowych przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych dotyczących wynagrodzenia za określone usługi, kryteriami, na których opiera się instytucja zamawiająca, udzielając zamówień, są:

- a) w przypadku, gdy udzielenie zamówienia jest dokonywane na podstawie oferty najkorzystniejszej ekonomicznie – różne kryteria odnoszące się do zamówienia, na przykład: jakość, wartość techniczna, estetyka, użyteczność, pomoc techniczna i serwis po sprzedaży, data zrealizowania usługi, okres bądź termin realizacji usługi, cena albo
- b) wyłącznie najniższa cena.

Kryteria związane z ochroną środowiska nie były wymienione w powyższym katalogu (w obecnie obowiązującej dyrektywie 2004/18 aspekty ochrony środowiska są wprost wymienione w katalogu kryteriów oceny ofert w art. 53). Omawiane orzeczenie ma więc charakter bardziej historyczny, jednak sposób argumentacji stron i samego Trybunału jest interesujący i wart omówienia.

Firma odwołująca się w niniejszym postępowaniu (Concordia) całkowicie zakwestionowała legalność kryteriów odnoszących się do ochrony środowiska. W jej opinii, zgodnie z tekstem dyrektywy, wszystkie kryteria muszą mieć charakter

ekonomiczny. Jeżeli miasto zamierza realizować politykę proekologiczną, powinno do tego użyć innych narzędzi niż procedury zamówień publicznych.

Z kolei wszyscy inni uczestnicy postępowania twierdzili, że jest dopuszczalne wprowadzenie takich kryteriów w postępowaniu prowadzonym na podstawie dyrektywy 92/50. Wszyscy wskazywali na to, że lista kryteriów zawarta w dyrektywie jest tylko listą przykładową, a nie zamkniętym katalogiem. Polityka proekologiczna jest wymieniona wśród celów Unii Europejskiej, zatem uwzględnienie kryteriów związanych z ochroną środowiska jest jak najbardziej prawomocne. Dodatkowo podano różne uzasadnienia szczegółowe.

Władze miasta Helsinki, popierane w tym zakresie przez rząd fiński, twierdziły, że obniżenie poziomu emisji szkodliwych gazów leży w interesie miasta i jego mieszkańców. Władze miasta, odpowiedzialne za ochronę środowiska na swoim terenie, odniosłyby bezpośrednie korzyści ekonomiczne poprzez oszczędności w budżecie (w szczególności w części dotyczącej ochrony zdrowia, która stanowi około 50% całości budżetu miejskiego). Czynniki, które nawet w niewielkim stopniu obniżają zanieczyszczenia środowiska, mogą w istotnym stopniu obniżyć wydatki na ochronę zdrowia.

Rząd grecki dodał, że wybór kryteriów udzielenia zamówienia jest uznaniową decyzją zamawiającego, przy założeniu, że wybór ten nie jest całkowicie arbitralny, że wybrane kryteria nie są sprzeczne z zasadami prawa wspólnotowego, w szczególności z podstawowymi zasadami swobodnego przepływu towarów, swobodą świadczenia usług i zakazem dyskryminacji ze względu na narodowość.

W opinii rządu holenderskiego kryteria wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie muszą mieć zawsze charakter ekonomiczny. Jednak wymóg ten jest spełniony w niniejszej sprawie, skoro ten sam podmiot (miasto Helsinki) jest zamawiającym, udzielającym zamówienia na usługi transportu autobusowego, i jednocześnie jest finansowo odpowiedzialny za ochronę środowiska na swoim terenie.

Rząd austriacki utrzymywał, iż z dyrektyw wynikają dwa istotne ograniczenia dotyczące swobody wyboru kryteriów oceny ofert. Po pierwsze, kryteria te muszą być związane z przedmiotem zamówienia i muszą umożliwiać ocenę, która z przedłożonych ofert jest najkorzystniejsza ekonomicznie dla zamawiającego. Po drugie, kryteria muszą dostarczać obiektywnych przesłanek wyboru, nie mogą zaś zawierać elementów umożliwiających dowolny, arbitralny wybór.

Podobnie w opinii rządu szwedzkiego – wybór kryteriów jest ograniczony tylko tym, aby odnosiły się one do przedmiotu zamówienia i dawały możliwość identyfikacji oferty najkorzystniejszej ekonomicznie. Kryteria te muszą być zgodne z prawem europejskim, w szczególności z podstawowymi zasadami traktatowymi odnoszącymi się do swobody przepływu towarów i usług.

W opinii Komisji Europejskiej kryteria stosowane do wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie muszą spełniać cztery następujące warunki:

- być obiektywne,

- możliwe do zastosowania w odniesieniu do wszystkich ofert,
- ściśle odnosić się do celu zamówienia,
- wiązać się z korzyściami ekonomicznymi instytucji zamawiającej.

Trybunał zważył, co następuje.

Po pierwsze, kryteria wymienione w dyrektywie nie stanowią zamkniętego katalogu. Jest to tylko lista przykładowa. Po drugie, nie wszystkie kryteria służące do wyboru oferty najkorzystniejszej muszą mieć charakter czysto ekonomiczny. Sama dyrektywa wprost wymienia estetykę, czyli kryterium, które z całą pewnością nie jest natury czysto ekonomicznej. Nie można wykluczyć a priori, że zamawiający, dokonując wyboru najlepszej oferty będzie brał pod uwagę również inne istotne czynniki, niekoniecznie o charakterze czysto ekonomicznym.

Jak wynika z Traktatu (po zmianach wprowadzonych w Maastricht i Amsterdamie), obowiązkiem Unii i jej państw członkowskich jest uwzględnienie polityki proekologicznej. Zatem, konkluduje ETS, art. 36 (1) dyrektywy 92/50 nie zabrania stosowania kryteriów odnoszących się do ochrony środowiska przy wyborze oferty najkorzystniejszej ekonomicznie.

Nie znaczy to jednak, że uwzględnione może być dowolne kryterium proekologiczne. Wybór podlega pewnym ograniczeniom.

Po pierwsze, kryterium musi być związane z przedmiotem zamówienia. Celem stosowania kryterium oceny ofert jest wybór oferty najkorzystniejszej, zatem wszystkie kryteria muszą być nakierowane na identyfikację tej oferty, która jest najlepsza.

Po drugie, wybierając najkorzystniejszą ofertę, zamawiający musi opierać swoją decyzję na obiektywnych przesłankach. Niedozwolone byłoby takie kryterium, które dawałoby zamawiającemu nieograniczoną swobodę (arbitralnego) wyboru.

Po trzecie, kryteria oceny ofert muszą być stosowane zgodnie z wymogami procedury udzielania zamówienia określonej w dyrektywie. Znaczący to w szczególności, że powinny być podane zawczasu do wiadomości potencjalnym oferentom – w ogłoszeniu i w dokumentach przetargowych, tak żeby wszyscy oferenci byli ich świadomi podczas przygotowywania swoich ofert.

Po czwarte wreszcie, kryteria oceny ofert muszą być zgodne z podstawowymi zasadami prawa wspólnotowego, w szczególności z zasadą swobody świadczenia usług i z zasadą niedyskryminacji.

ETS ocenił kwestionowane w niniejszym postępowaniu konkretne kryterium oceny ofert w świetle czterech powyższych warunków ogólnych.

Po pierwsze, kwestia poziomu emisji gazów szkodliwych i hałasu podczas eksploatacji autobusów jest z całą pewnością związana z przedmiotowym zamówieniem (obsługa miejskiej sieci autobusowej).

Po drugie, przyznawanie dodatkowych punktów za spełnianie wymiernych wymogów proekologicznych jest obiektywne i nie daje zamawiającemu możliwości swobodnego, nieograniczonego wyboru oferty.

Po trzecie, kryteria te były prawidłowo opisane w ogłoszeniu o przetargu i w dokumentacji przetargowej.

Po czwarte, problem, czy kryterium to nie narusza zasady niedyskryminacji, jest przedmiotem osobnego, trzeciego pytania.

### **Pytanie trzecie**

Zasadniczo chodzi w nim o to, czy zasada równego traktowania zabrania, by zamawiający ustanowił takie kryteria oceny ofert, które mogą być spełnione tylko przez niewiele podmiotów na rynku, w tym przez przedsiębiorstwo należące do zamawiającego.

Trybunał, szukając odpowiedzi na to pytanie, wziął pod uwagę przede wszystkim to, że w niniejszej sprawie kryteria oceny ofert były obiektywne i zastosowane jednakowo wobec wszystkich oferentów. Kwestionowane kryterium było w oczywisty sposób związane z przedmiotem zamówienia. Zatem, w opinii ETS, w tych konkretnych warunkach, sam fakt, że było ono spełnione przez niewiele przedsiębiorstw, w tym przez firmę należącą do zamawiającego, nie dyskwalifikuje tego kryterium (nie jest to naruszenie zasady równego traktowania). Jak w trakcie rozprawy podkreślił przedstawiciel rządu szwedzkiego, nic nie stało na przeszkodzie, by również inni oferenci nabyli na użytek tego zamówienia autobusy spełniające podwyższone normy ekologiczne – autobusy takie są powszechnie dostępne na rynku.

### **Pytanie pierwsze**

ETS przeformułował je w ten sposób, że uznał, iż jest to pytanie o to, czy odpowiedź na drugie i trzecie pytanie byłaby inna, gdyby postępowanie prowadzono pod rządami dyrektywy 93/38 dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach użyteczności publicznej (a nie – dyrektywy 92/50). Na tak postawione pytanie ETS udziela odpowiedzi negatywnej, podkreślając, że skoro przepisy obu dyrektyw w części dotyczącej kryteriów udzielenia zamówienia są równobrzmiące, to muszą być identycznie interpretowane.

Interesujące, że rzecznik generalny zupełnie inaczej zrozmiał to pytanie. Uznał mianowicie, że chodzi w nim o to, czy w omawianej sytuacji zastosowanie ma dyrektywa 93/38 (to znaczy, czy uznać miasto za podmiot działający w sektorze użyteczności publicznej) czy też dyrektywa 92/50. Na tak postawione pytanie odpowiedział, że dyrektywa 93/38 nie ma zastosowania – zamawiający powinien udzielić zamówienia na podstawie dyrektywy 92/50, dotyczącej udzielania zamówień publicznych na usługi przez podmioty sektora publicznego.

### 3.4. Wyrok Trybunału z 18 października 2001 roku w sprawie C-19/00

Orzeczenie to wydane zostało w trybie art. 234 TWE, w odpowiedzi na pytanie prejudycjalne irlandzkiego Sądu Najwyższego. Pytanie dotyczyło interpretacji dyrektywy 71/305 koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane. Przepis art. 29 ust. 1 i 2, którego dotyczy orzeczenie, w prawie niezmięnionej postaci przeniesiony został do dyrektywy 93/37, a następnie do obecnie obowiązującej dyrektywy 2004/18, dlatego też omawiane orzeczenie ETS, mimo iż dotyczy dawnego stanu prawnego, jest nadal aktualne.

#### Stan faktyczny

W lutym 1992 r. rada miejska irlandzkiego miasta Mayo ogłosiła przetarg na modernizację i rozbudowę systemu oczyszczania ścieków i dostarczania wody. Kontrakt miał być rozliczany według cen jednostkowych poszczególnych komponentów. Zgodnie z ogłoszeniem miał być przyznany oferentowi, który przedstawi ofertę najkorzystniejszą ekonomicznie pod względem ceny i wartości technicznej. Oferenci mieli podać w ofertach ceny jednostkowe poszczególnych elementów. Tam, gdzie nie było podanych cen jednostkowych (cena = zero), miano przyjąć, że ich cena uwzględniona jest w cenie innych elementów. Wybór najkorzystniejszej oferty miał nastąpić na podstawie rekomendacji konsultanta, który miał przeanalizować trzy najtańsze oferty, porównując podane ceny z własnymi szacunkami, by upewnić się, że ceny oferentów nie są zaniżone.

Ogółem przedłożono 24 oferty. Do dokładnej analizy wybrane zostały trzy najtańsze, złożone odpowiednio przez firmy: SIAC (5,378,528 IEP), Mulcair (5,508,919 IEP), Pierce Consulting Ltd. (5,623,966 IEP). Jak wynikało z opinii konsultanta, wszystkie te trzy oferty były równoważne pod względem technicznym. Konsultant natomiast zgłosił zastrzeżenia do strony finansowej oferty firmy SIAC:

- aż 27,5% elementów (w tym również elementy kluczowe dla wykonania zadania) nie miało podanej ceny jednostkowej (podczas gdy w ofercie firmy Mulcair tylko 18% elementów miało cenę równą zero), co w poważnym stopniu mogłoby utrudnić właściwe zarządzanie kontraktem (rozliczanie kontraktu),
- przy obliczaniu ceny końcowej SIAC odjął kwotę 90,000 IEP od sumy poszczególnych cen jednostkowych, do czego nie upoważniała dokumentacja przetargowa i co utrudniłoby obliczenie realnej ceny kontraktu.

Konsultant uznał, że oferta firmy Mulcair jest lepiej zbilansowana i w końcowym rozrachunku może być tańsza niż oferta firmy SIAC. Trzecia oferta (Pierce Consulting Ltd.) była bez wątpienia najdroższa. We wnioskach końcowych konsultant rekomendował przyjęcie oferty firmy Mulcair. Tak też się stało – miasto Mayo zawarło umowę z tą firmą.

Przegrana firma SIAC, nie zgadzając się z decyzją zamawiającego, wszczęła postępowanie odwoławcze. W pierwszej instancji odwołanie zostało odrzucone. Firma odwołała się do Sądu Najwyższego. SIAC twierdziła konsekwentnie, że to ich oferta powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Skoro wszystkie trzy analizowane oferty zostały uznane za równoważne pod względem technicznym, to jedynym elementem, który mógł być brany pod uwagę przy wyborze, była cena. Cena końcowa zaoferowana przez SIAC była zaś najniższa. Zdaniem SIAC, dokonując analizy kosztorysu ofertowego, zamiast po prostu porównać ceny końcowe, zamawiający zastosował kryteria oceny odmienne od uprzednio ogłoszonych, naruszając tym samym zasady przejrzystości, przewidywalności procedury i równego traktowania oferentów. Natomiast zdaniem sądu pierwszej instancji zamawiający skorzystał ze swobody uznania w ramach ogłoszonych wcześniej kryteriów, opierając się na profesjonalnej ocenie konsultanta. Podstawą porównania były nie ceny końcowe podane przez oferentów, tylko cena oszacowana przez konsultanta, którą faktycznie zamawiający zapłaci za wykonanie umowy (w przypadku umowy rozliczanej na podstawie cen jednostkowych te dwie kwoty mogą być rozbieżne; taka rozbieżność w przypadku oferty SIAC była głównym zarzutem przeciwko tej firmie).

Irlandzki Sąd Najwyższy zdecydował się wystąpić do Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z zapytaniem dotyczącym interpretacji tej sytuacji w świetle prawa europejskiego. Pytanie zostało sformułowane następująco:

Czy zamawiający, udzielając zamówienia zgodnie z dyrektywą 71/305, gdzie jako kryterium wyboru oferty wskazał „cenę uznaną za najkorzystniejszą w odniesieniu do kosztów i wartości technicznej”, w sytuacji, gdy złożone oferty są równoważne pod względem technicznym (a różnice cenowe pomiędzy nimi nie są znaczne), jest zobowiązany do wybrania oferty z najniższą ceną ofertową, czy też może wybrać ofertę drugą pod względem ceny, w odniesieniu do której jednak profesjonalny konsultant stwierdza, że najprawdopodobniej będzie tańsza w realizacji niż oferta z podaną najniższą ceną?

Spór pomiędzy stronami dotyczy zatem tego, czy cena będąca podstawą wyboru to cena końcowa podana w ofercie, czy też realna cena wykonania umowy.

Trybunał nie odnosił się do konkretnego sporu, przedstawił natomiast rozważania dotyczące interpretacji przedmiotowego przepisu dyrektywy.

Rozpoczął, jak zazwyczaj, od przypomnienia podstawowych celów i pryncypów europejskich dyrektyw dotyczących zamówień publicznych. Celem koordynacji na poziomie prawa europejskiego procedur udzielania zamówień publicznych jest zniesienie barier dla swobodnego przepływu towarów i usług pomiędzy krajami członkowskimi i ochrona interesów tych przedsiębiorców, którzy chcą oferować swoje produkty w innych krajach Wspólnoty. Jak to sformułował w swojej opinii w tej sprawie rzecznik generalny: Głównym celem regulacji procedur udzielania zamówień publicznych jest zagwarantowanie, by środki publiczne były wydatkowane w sposób uczciwy i efektywny, na podstawie poważnej

oceny, bez faworyzowania kogokolwiek czy udzielania zamówień na zasadzie „coś za coś” (quid pro quo) czy to ze względów politycznych, czy finansowych. Warunkiem realizacji tego celu jest zasada równego traktowania oferentów, która jest kamieniem węgielnym dyrektyw. Zasada ta wymaga m.in., by oferenci byli traktowani jednakowo zarówno na etapie sporządzania, jak i oceny ich ofert. Kryteria oceny ofert podane w dyrektywie nie stanowią zamkniętego i wyczerpującego katalogu. Dyrektywa pozostawia zamawiającemu swobodę wyboru kryteriów oceny ofert, pod warunkiem że służyć one będą rzeczywiście identyfikacji oferty najkorzystniejszej ekonomicznie. Dodatkowo, kryterium oceny ofert nie może pozostawiać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru. Natomiast, odnosząc się do konkretów niniejszej sprawy, Trybunał stwierdził, że sama okoliczność, iż kryterium oceny odnosi się do elementu faktycznego, który precyzyjnie będzie znany dopiero po zakończeniu realizacji umowy (a nie w chwili wyboru oferty), nie może być uznana za równoznaczną z przyznaniem zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru. Oczywiście możliwość zastosowania takiego kryterium zależy od tego, czy odpowiednio wcześniej (w ogłoszeniu i w dokumentacji przetargowej) było podane do wiadomości uczestnikom postępowania w taki sposób, aby każdy poprawnie/należycie poinformowany oferent (ang. *reasonably well informed tenderer*), który dołoży należytej staranności, mógł interpretować je w jednakowy sposób.

Postulat przejrzystości wymaga również, by sam zamawiający w toku całej procedury interpretował kryteria oceny ofert w taki sam sposób. Odwołanie się do opinii konsultanta na temat okoliczności faktycznych, które dokładnie znane będą dopiero w przyszłości (faktyczna cena realizacji umowy), jest, zdaniem Trybunału, co do zasady zgodne z postulatem przejrzystości.

W oparciu o powyższe rozważania Trybunał wydał następującą opinię:

Art. 29 ust. 1 i 2 dyrektywy 71/305 musi być rozumiany w ten sposób, że nie zabrania zamawiającemu (który zastosował kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie) wybrania oferty, która, w opinii eksperta, będzie najtańsza w realizacji (cena wykonawcza będzie najniższa), przy założeniu, że spełnione są podstawowe warunki równego traktowania oferentów, przejrzystości i obiektywności postępowania, a w szczególności, że:

- to kryterium oceny zostało jednoznacznie określone w ogłoszeniu o przetargu i/lub dokumentacji przetargowej,
- opinia eksperta spełnia wymogi profesjonalizmu i bierze pod uwagę wszystkie istotne elementy ofert.

### **3.5. Postanowienie Trybunału z 3 grudnia 2001 roku w sprawie C-59/00**

Sprawa wniesiona została przed Trybunał przez duński sąd regionalny (Vestre Landsret) w trybie art. 234 TWE (zapytanie wstępne). Dotyczyła interpretacji

art. 12 (ex 6) i 28 (ex 30) TWE w odniesieniu do procedur udzielania zamówień publicznych o wartości poniżej progów określonych w dyrektywach (a więc takich, do których dyrektywy się nie stosują).

## Stan faktyczny

Wiosną 1997 r. duński zarząd budynków komunalnych w miejscowości Spottrup ogłosił przetarg nieograniczony na budowę 20 segmentów mieszkalnych. Wartość szacunkowa całego kontraktu wynosiła 9 643 000 duńskich koron, a zatem poniżej progu 5 000 000 euro określonego w dyrektywie 93/37, dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane. Przepisy dyrektywy nie miały więc zastosowania do niniejszego postępowania.

Jeden z zapisów specyfikacji technicznej wymagał, by całość stolarki okiennej pochodziła od określonego, wskazanego duńskiego producenta. Przetarg został wygrany przez duńską firmę Vestergaard, która w ofercie zaproponowała okna innego producenta (niemieckiego). Oferowane okna niemieckie były tańsze od wymaganych duńskich. Podczas wykonywania prac zamawiający konsekwentnie jednak domagał się instalacji okien duńskich, zgodnie z pierwotną specyfikacją. Wykonawca zainstalował okna duńskie, zgodnie z życzeniem zamawiającego. Zażądał jednak wyrównania różnicy cen (okna niemieckie, które oferował, byłyby tańsze). Wykonawca zgłosił roszczenie o wypłatę kwoty 23,743 duńskich marek (różnica cen między oknami duńskimi, które w końcu zainstalował, a niemieckimi, które zaproponował w swojej ofercie). Roszczenie zostało odrzucone przez zamawiającego.

W tej sytuacji Vestergaard zwrócił się do duńskiego organu odwoławczego w sprawach zamówień publicznych (Klagenavnet for Udbud) o uznanie, że taki sposób określenia warunków zamówienia był niezgodny z art. 12 i 28 TWE. Do sprawy przyłączyło się duńskie Ministerstwo Budownictwa. W opinii ministerstwa postępowanie od początku toczyło się niezgodnie z wytycznymi (wydanymi przez Ministerstwo Budownictwa) dotyczącymi prowadzenia postępowań w sprawie zamówień publicznych o wartościach podprogowych. Zgodnie ze stanowiskiem ministerstwa, nawet jeśli postępowanie dotyczy zamówienia o wartości poniżej progów określonych w dyrektywach i dyrektywy nie mają zastosowania, oferty muszą być wybierane w oparciu o obiektywne kryteria, a postępowanie musi być prowadzone w sposób niedyskryminujący dostawców z innych krajów członkowskich. Wynikający z Traktatu Rzymskiego zakaz dyskryminacji ze względu na narodowość musi być respektowany w każdym postępowaniu, niezależnie od wartości zamówienia, a więc również tam, gdzie dyrektywy nie mają zastosowania (zamówienia podprogowe).

Organ odwoławczy nie zgodził się jednak ze stanowiskiem powoda i ministerstwa. Uznał, że ze względu na niewielką wartość zamówienie nie ma znaczenia dla handlu transgranicznego w obrębie Wspólnoty. Koszty stosowania przepisów dy-



rektyw odnośnie do specyfikacji technicznych (które zabraniają wskazywania marki producenta) byłyby zbyt wysokie i niewspółmierne do wartości zamówienia. W opinii organu odwoławczego z zawartego w Traktacie zakazu dyskryminacji i zasady swobodnego przepływu towarów nie wynika bezpośrednio zakaz stosowania nazwy producenta przy opisie przedmiotu zamówienia (analogiczny do zakazu zawartego w dyrektywach).

Vestegaard odwołał się od tej decyzji do sądu powszechnego. Ten zaś, uznając, że dla rozstrzygnięcia sprawy niezbędna jest interpretacja prawa wspólnotowego, skierował do Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości następujące pytania:

- 1) Czy instytucja publiczna, zapraszając do składania ofert w postępowaniu o roboty budowlane, nieobjętym dyrektywą 93/37 (z racji wartości poniżej progu określonego w dyrektywie), może wskazać w dokumentach przetargowych konieczność zastosowania wyrobów określonego duńskiego producenta w sytuacji, gdy takiemu określeniu nie towarzyszy zwrot „lub równoważne”?
- 2) Czy instytucja publiczna, zapraszając do składania ofert w postępowaniu o roboty budowlane, nieobjętym dyrektywą 93/37 (z racji wartości poniżej progu określonego w dyrektywie), może wskazać w dokumentach przetargowych konieczność zastosowania wyrobów określonego producenta w sytuacji, gdy takiemu określeniu nie towarzyszy zwrot „lub równoważne”?
- 3) Jeśli odpowiedź na pytanie pierwsze i drugie jest negatywna, to czy takie wskazanie określonego (duńskiego) producenta może być uznane za naruszenie art. 12 lub 28 TWE?

### **Stanowisko Trybunału**

Trybunał rozpatrzył owe trzy pytania łącznie – uznawszy je za jedno:

Czy wskazanie w dokumentach przetargowych w postępowaniu o wartości poniżej progów określonych w dyrektywach konkretnego producenta, o ile nie towarzyszy temu zwrot „lub równoważne”, jest sprzeczne z podstawowymi zasadami prawa wspólnotowego, w szczególności art. 12 (ex 6) i 28 (ex 30) TWE?

Trybunał zaczął od stwierdzenia, że z faktu, iż szczegółowe dyrektywy wspólnotowe obejmują tylko zamówienia o dużej wartości, powyżej progów, nie wynika, iż małe zamówienia podprogowe są całkowicie wyłączone z prawa wspólnotowego. Nawet jeśli nie są objęte dyrektywami, sposób ich udzielania musi być zgodny z podstawowymi zasadami Traktatu.

Zatem, bez względu na to, czy podlegają dyrektywom, sposób określenia przedmiotu zamówienia w przypadku zamówień o małej wartości musi być oceniony w kontekście Traktatu, w tym przede wszystkim w kontekście zasady swobodnego przepływu towarów (art. 28 (30) TWE).

W świetle powyższego, zakaz określenia przedmiotu zamówienia przez wskazanie konkretnego producenta (bez użycia zwrotu „lub równoważne”) służy ochronie traktatowej zasady swobody przepływu towarów. Naruszenie tego zakazu (tzn. pominięcie zwrotu „lub równoważne”) zniechęca innych dostawców (być może z innych krajów członkowskich), oferujących produkty podobne (równoważne), i w konsekwencji utrudnia swobodny przepływ towarów wewnątrz Wspólnoty (utrudnia handel pomiędzy krajami członkowskimi).

Trybunał powołał się przy tym na swoje orzeczenia w podobnych sprawach: C-45/87 (Dundalk), C-359/93 (UNIX). Za bez znaczenia uznał fakt, że odnosiły się one do zamówień o dużej wartości, objętych dyrektywami, skoro zakaz ten wywiedziony jest bezpośrednio z Traktatu. Odnosi się więc w jednakowym stopniu do wszystkich zamówień publicznych udzielanych przez instytucje państw członkowskich, niezależnie od tego, czy podlegają dyrektywom, czy nie.

W konkluzji Trybunał stwierdził, że art. 28 (30) TWE zabrania przy udzielaniu zamówień publicznych określania przedmiotu zamówienia przez wskazywanie producenta, o ile nie towarzyszy temu zwrot „lub równoważne”. Zakaz ten dotyczy wszystkich zamówień publicznych, niezależnie od faktu, czy są objęte dyrektywami.

Stwierdziwszy powyższe, Trybunał uznał za zbędne rozpatrywanie zarzutu o niezgodność z art. 12 (ex 6) TWE (naruszenie zasady niedyskryminacji).

## **Komentarz**

Trybunał odwoływał się w tym orzeczeniu wielokrotnie do swoich poprzednich orzeczeń wydanych w podobny sprawach.

W orzeczeniu z 1988 roku w sprawie C-45/87 (Dundalk) ETS za bezprawne uznał zawarte w specyfikacji warunków zamówienia wymaganie, by oferowane produkty posiadały certyfikat zgodności z normami kraju zamawiającego (Irlandii), a produkty posiadające tylko certyfikat zgodności z normami (zgodnymi ze standardami międzynarodowymi ISO) innego kraju członkowskiego (w tym przypadku Hiszpanii) byłyby odrzucone bez zbadania, czy są „produktami równoważnymi”.

Z kolei w sprawie C-359/93 (UNIX) Trybunał uznał, że określenie w specyfikacji warunków zamówienia konkretnego typu zamawianego systemu operacyjnego komputerów (UNIX) bez dodania zwrotu „lub równoważne” jest sprzeczne z dyrektywą i narusza traktatową zasadę swobodnego przepływu towarów wewnątrz Wspólnoty.

Niniejsze orzeczenie nie powinno być zaskoczeniem, skoro zgodne jest z ustaloną od dawna linią orzeczniczą ETS. Istotna różnica w porównaniu z poprzednimi sprawami polega na tym, że tamte dotyczyły zamówień o wartości powyżej progów regulowanych dyrektywami. Ta zaś dotyczy zamówień o małej wartości, gdzie dyrektywy nie mają zastosowania. Jednak w poprzednich sprawach ETS

odwoływał się wprost do Traktatu, traktując dyrektywy jako uszczegółowienie wyrażonej w nim ogólnej zasady (swobodnego przepływu towarów). Jako wywieziony bezpośrednio z Traktatu, zakaz wskazywania nazwy producenta (o ile nie towarzyszy jej klauzula „lub równoważne”) odnosi się więc do wszystkich zamówień publicznych, niezależnie od ich wartości.

### 3.6. Wyrok Trybunału z 15 maja 2003 roku w sprawie C-214/00

Wyrok<sup>122</sup> został wydany w trybie art. 226 TWE, w związku ze skargą Komisji Europejskiej przeciwko Hiszpanii, dotyczącą zarzutów niezgodności hiszpańskich przepisów w dziedzinie zamówień publicznych z prawem europejskim.

#### Stan faktyczny

W 2003 r. Komisja Europejska wniosła do Trybunału skargę przeciwko Hiszpanii, zarzucając jej nieprawidłowe wdrożenie do prawa krajowego, to jest do ustawy o zamówieniach publicznych<sup>123</sup> oraz ustawy dotyczącej procedur administracyjnych<sup>124</sup>, postanowień dyrektyw 93/36/EWG, 93/37/EWG oraz 92/50/EWG, a także dyrektywy odwoławczej 89/665/EWG. Komisja Europejska zwracała uwagę, że hiszpańskie przepisy:

- nie obejmują zakresem procedur odwoławczych przewidzianych przez dyrektywę 89/665 decyzji, podejmowanych przez wszystkich zamawiających, zdefiniowanych w przepisach dyrektyw dotyczących zamówień publicznych. Nie dotyczą mianowicie podlegających prawu prywatnemu spółek handlowych, mających osobowość prawną, ustanowionych w celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, kontrolowanych przez instytucje publiczne lub inne podmioty prawa publicznego;
- nie umożliwiają odwoływania się od wszystkich decyzji podjętych przez podmioty zamawiające, w szczególności od decyzji o charakterze proceduralnym, oraz
- nie przewidują możliwości zastosowania wszystkich typów odpowiednich środków tymczasowych, które zgodnie z dyrektywą 89/665 mogą być zastosowane w stosunku do decyzji podejmowanych przez zamawiających.

Zakres stosowania obowiązującej wówczas w Hiszpanii ustawy o zamówieniach publicznych był określony w jej art. 1. Obejmowała ona wszystkie jednostki administracji publicznej, zarówno centralnej, jak i autonomicznej, regionalnej oraz lokalnej. Obowiązek stosowania ustawy obejmował również samodzielne

<sup>122</sup> ECR 2003, str. I – 04667.

<sup>123</sup> Ley 13/95 de Contratos de las Administraciones Públicas.

<sup>124</sup> Ley 30/92 Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

jednostki organizacyjne, a także inne podmioty prawa publicznego mające osobowość prawną, powiązane z jednostką administracji publicznej i zależne od niej, o ile spełniały następujące warunki:

- zostały ustanowione w szczególnym celu zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym, które nie mają charakteru przemysłowego lub handlowego;
  - są finansowane w przeważającej części przez jednostki administracji publicznej albo przez inne podmioty prawa publicznego;
- lub
- zarządzanie nimi podlega nadzorowi ze strony tych ostatnich podmiotów lub
  - ponad połowę składu ich organów administracyjnych, zarządu lub rady nadzorczej stanowią osoby mianowane przez jednostki administracji publicznej bądź przez inne podmioty prawa publicznego.

Spółki handlowe, w których (bezpośrednio lub pośrednio) miały udziały większościowe jednostki administracji publicznej (lub ich samodzielne jednostki organizacyjne) albo podmioty prawa publicznego, były zobowiązane jedynie do przestrzegania przy udzielaniu zamówień zasad przejrzystości i konkurencji – i to tylko w sytuacji, kiedy przestrzeganie tych zasad było możliwe do pogodzenia z działalnością prowadzoną przez spółkę.

W odniesieniu do środków odwoławczych dostępnych wykonawcom ustawa o procedurach administracyjnych stanowiła, że wykonawcom przysługują odwołania w stosunku do decyzji, które bezpośrednio lub pośrednio rozstrzygają w przedmiocie sprawy, uniemożliwiają kontynuowanie postępowania, uniemożliwiają obronę lub powodują nieodwracalną szkodę dla uzasadnionych (ang. *legitimate*) praw lub interesów zainteresowanych podmiotów. Co do zasady, wniesienie odwołania nie powodowało, zgodnie z tymi przepisami, zawieszenia toczącego się postępowania. Organ rozpatrujący odwołanie mógł jednak, z własnej inicjatywy lub na wniosek odwołującego się, zawiesić postępowanie, jeżeli spełnione były określone w ustawie warunki.

## Zarzuty Komisji

**Pierwszy zarzut** dotyczył zbyt wąskiego, zdaniem Komisji, podmiotowego zakresu stosowania ustawy o zamówieniach publicznych, który nie pokrywał się z zakresem dyrektyw 93/36, 93/37 oraz 92/50. Według Komisji państwa członkowskie, wdrażając postanowienia dyrektyw do swojego porządku prawnego, mają obowiązek respektowania terminów i definicji w nich zawartych w celu zapewnienia jednolitej interpretacji i stosowania prawa wspólnotowego. Władze hiszpańskie powinny zatem nadać pojęciu „podmiot prawa publicznego” to samo znaczenie, co w przywoływanych wyżej dyrektywach<sup>125</sup>. Ustawa hiszpańska miała, w ocenie Komisji, zastosowanie wyłącznie do podmiotów prawa publicznego

<sup>125</sup> Art. 1 lit b) tych dyrektyw.

w rozumieniu hiszpańskiego systemu prawnego, podczas gdy dla definicji „podmiotu prawa publicznego” przyjętej w dyrektywach forma prawna podmiotu jest bez znaczenia. Ustawa hiszpańska wyłączała z zakresu jej obowiązywania podmioty podlegające prawu prywatnemu i, zdaniem Komisji, naruszało to postanowienia dyrektyw zamówieniowych, a także dyrektywy odwoławczej. Konsekwencją tego wyłączenia było pozbawienie wykonawców możliwości skorzystania ze środków odwoławczych w stosunku do działań podejmowanych przez takie podmioty.

**Drugi zarzut** dotyczył niezgodnego z dyrektywą 89/665 ograniczenia przez hiszpańskie przepisy zakresu procedur odwoławczych poprzez wykluczenie możliwości odwoływania się od niektórych bezprawnych decyzji zamawiających. Zdaniem Komisji ww. przepisy ograniczają możliwość zaskarżenia decyzji proceduralnych, czyli tych, które nie rozstrzygają w przedmiocie postępowania. Komisja, powołując się na orzecznictwo hiszpańskiego Sądu Najwyższego, podała dwa przykłady: żądanie przez podmiot zamawiający przedłożenia dodatkowych dokumentów przez wykonawcę oraz niewiążąca dla zamawiającego propozycja komisji przetargowej dotycząca wyboru najkorzystniejszej oferty. Obie decyzje nie były, zdaniem Komisji, zaskarżalne w świetle cytowanych przepisów odwoławczych. Tymczasem, zgodnie z orzecznictwem ETS, dyrektywa odwoławcza nie przewiduje żadnego ograniczenia w tym względzie<sup>126</sup>. Wyłączając zatem z zakresu zaskarżenia określone decyzje podejmowane w postępowaniu o zamówienie publiczne, hiszpańskie władze naruszyły postanowienia dyrektywy 89/665. Na poparcie tego stanowiska Komisja powołała się na przepisy art. 1 ust. 1, art. 2 ust. 1 lit b) oraz art. 8 dyrektywy 89/665, zgodnie z którymi możliwość zaskarżenia powinna dotyczyć wszystkich bezprawnych środków zastosowanych przez zamawiającego.

**Trzeci zarzut** komisji dotyczył tego, że przepisy hiszpańskie, wdrażając art. 2 ust. 1 lit. a) dyrektywy 89/665, nie zapewniają możliwości zastosowania przyspieszonej procedury (ang. *urgent procedure*). Jest to procedura niezależna od wniesienia odwołania, której celem jest zawieszenie postępowania o zamówienie publiczne lub wstrzymanie wdrożenia danej decyzji podjętej przez podmioty zamawiające (czyli podjęcie tzw. środków tymczasowych). Zdaniem Komisji przepisy hiszpańskie nie pozwalają, poza pewnymi wyjątkowymi sytuacjami, określonymi w ustawie, na zastosowanie środków tymczasowych (takich jak np. zawieszenie postępowania o zamówienie publiczne) w sytuacji, kiedy wykonawca wniósł odwołanie niedotyczące meritum sprawy.

## Stanowisko Hiszpanii

Według Hiszpanii zarzut dotyczący zakresu obowiązywania ustawy był nieuzasadniony. Komisja zarzucała jej bowiem naruszenie dyrektywy 89/665, podczas gdy w swojej skardze odnosiła się do zakresu podmiotowego określonego w in-

<sup>126</sup> Patrz orzeczenie w sprawie C-81/98.

nych dyrektywach<sup>127</sup>. W rzeczywistości przedmiotem skargi było naruszenie dyrektyw dotyczących procedur udzielania zamówień publicznych: 93/3, 93/37 oraz 92/50, nie zaś dyrektywy odwoławczej<sup>128</sup>. Ta ostatnia nie zawiera bowiem reguł dotyczących procedur udzielania zamówień publicznych i nie określa zakresu stosowania pozostałych dyrektyw. Postanowienia dyrektywy odwoławczej mają zastosowanie dopiero na późniejszym etapie postępowania, w sytuacji, kiedy zasady określone w dyrektywach proceduralnych są naruszone. Ponieważ skarga zawierała inny zarzut niż ten, którego dotyczyła zawarta w niej argumentacja, powinna zostać oddalona przez Trybunał.

Zdaniem Komisji ten argument nie był uzasadniony, ponieważ zakres dyrektywy 89/665 jest określony właśnie przez odesłanie do postanowień dyrektyw proceduralnych (92/50, 93/36 oraz 93/37). Jest to podyktowane wyłącznie względami praktycznymi – chodzi o uniknięcie powtórzeń, które miałyby miejsce, gdyby pojęcie podmiotów zamawiających było definiowane ponownie.

Co do meritum pierwszego zarzutu rząd hiszpański stwierdził, że pojęcie „podmiot prawa publicznego” nie jest rozumiane jednolicie we wszystkich państwach członkowskich, nie jest zatem możliwe znalezienie rozwiązania, które mogłoby mieć ogólne zastosowanie. Dla ustalenia, czy dany podmiot powinien być uznany za podmiot prawa publicznego, konieczne jest przeprowadzenie szczegółowej analizy w celu sprawdzenia, czy spełnione są wszystkie określone przez dyrektywy warunki. Zdaniem władz hiszpańskich dyrektywy 93/36, 93/37 i 92/50 nie obejmują spółek handlowych kontrolowanych przez władze publiczne. Na poparcie tej argumentacji rząd hiszpański powołał się na przepisy dyrektywy 93/38<sup>129</sup>, która dokonuje rozróżnienia między pojęciem „podmiotu prawa publicznego”, identycznym we wszystkich dyrektywach dotyczących procedur udzielania zamówień publicznych, a pojęciem „przedsiębiorstwa publicznego”, którego definicja odpowiada definicji publicznej spółki handlowej, zawartej w ustawie hiszpańskiej. Równocześnie rząd hiszpański zwracał uwagę na to, że wyznaczenie zakresu pojęcia „podmiotu prawa publicznego” wymaga uprzedniego zdefiniowania pojęć „potrzeb w interesie ogólnym” oraz, przede wszystkim, „charakteru przemysłowego lub handlowego” tych potrzeb.

Co do zarzutu dotyczącego ograniczenia zakresu środków odwoławczych rząd hiszpański stwierdził, że stanowisko Komisji oparte jest na błędnym rozumieniu pojęcia „akt proceduralny”. Zdaniem Hiszpanii akt proceduralny nie może wyrządzić szkody zainteresowanej stronie, ponieważ poprzedza on jedynie podjęcie decyzji,

<sup>127</sup> Czyli dyrektyw 92/50, 93/36 oraz 93/37.

<sup>128</sup> Naruszenie przez Hiszpanię postanowień dyrektyw „proceduralnych” było przedmiotem innej skargi Komisji – patrz omówienie wyroku w sprawie C-84/03.

<sup>129</sup> Dyrektywa dotycząca koordynacji procedur udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorze gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji.

kóra może być korzystna lub niekorzystna dla zainteresowanego. Jest tylko częścią procedury zainicjowanej w celu podjęcia decyzji rozstrzygającej o prawach strony. Ograniczenie wprowadzone przez prawo hiszpańskie ma jedynie na celu uniknięcie paraliżu systemu odwoławczego przez nadmierne wykorzystywanie możliwości zaskarżenia przez strony czynności podejmowanych przez instytucje publiczne.

Odnosząc się do trzeciego zarzutu, rząd hiszpański nie kwestionował, że zarówno przepisy dotyczące postępowań administracyjnych, jak i reguły odnoszące się do administracyjnych postępowań odwoławczych stanowią, że zastosowanie środka tymczasowego jest uzależnione od wcześniejszego wniesienia odwołania. Zgodnie z tymi przepisami nie jest możliwe złożenie wniosku o zastosowanie środka tymczasowego, jeżeli odwołanie nie zostało wniesione.

## Opinia rzecznika

Rzecznik Léger w swojej opinii<sup>130</sup> uznał za uzasadnione wszystkie trzy zarzuty podniesione przez Komisję. Jak wynika z dalszej analizy wyroku, ETS podzielił argumentację rzecznika dotyczącą dwóch, spośród trzech, zarzutów Komisji. Poniżej zostanie więc przedstawiona tylko część opinii, odnosząca się do zarzutu, który został przez Trybunał oddalony. Trybunał nie zgodził się z wnioskami rzecznika dotyczącymi braku możliwości zaskarżenia tzw. aktów proceduralnych. Rzecznik przypomniał, że art. 2 ust. 1 lit b) dyrektywy nie definiuje bezprawnych decyzji zamawiającego, które mogą być przedmiotem zaskarżenia. Ogranicza się jedynie do stwierdzenia, że bezprawne decyzje obejmują m.in. dyskryminujące specyfikacje techniczne, ekonomiczne lub finansowe zawarte w zaproszeniu do składania ofert, dokumentacji przetargowej lub każdym innym dokumencie dotyczącym danego zamówienia. Zdaniem rzecznika możliwość złożenia odwołania od decyzji zamawiającego jest istotna w każdym momencie trwania postępowania, szczególnie na etapie, kiedy naruszenie przepisów wspólnotowych może jeszcze zostać naprawione. Ma zagwarantować efektywne i prawidłowe ich zastosowanie w toku całego postępowania. Taki jest cel dyrektywy odwoławczej i tak wynika z jej art. 1 i 2.

Przepisy hiszpańskie pozbawiają jednak wykonawcę możliwości skorzystania ze środków tymczasowych, których celem byłoby naprawienie danego naruszenia lub zapobieżenie powstaniu szkody w przyszłości<sup>131</sup>. Wymóg, aby wykonawca, składając wniosek o zastosowanie środka tymczasowego, udowodnił wyrządzenie szkody, jest warunkiem nieprzewidzianym przez dyrektywę odwoławczą i sprzecznym z nią<sup>132</sup>. Rzecznik sugerował udzielenie przez Trybunał odpowiedzi, że Hiszpania nie wypełniła swoich obowiązków wynikających z dyrektywy 89/665, a więc zarzut Komisji w tym zakresie powinien zostać uwzględniony<sup>133</sup>.

<sup>130</sup> Patrz opinia rzecznika z 13 czerwca 2002 r. (ECR 2003, str. I – 04667).

<sup>131</sup> Patrz pkt 85–92 opinii rzecznika.

<sup>132</sup> Patrz pkt 91 opinii rzecznika.

<sup>133</sup> Patrz konkluzje rzecznika, pkt 117 opinii.

## Wyrok Trybunału

### Pierwszy zarzut

ETS stwierdził, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem pojęcie „podmiot prawa publicznego” jest pojęciem z zakresu prawa wspólnotowego, któremu trzeba nadać wykładnię autonomiczną i jednolitą w całej Wspólnocie. Jest zdefiniowane jedynie poprzez trzy kumulatywne warunki wymienione w art. 1 lit. b (drugi akapit) dyrektyw 93/36, 93/37 oraz 92/50. Zatem, w celu rozstrzygnięcia kwestii ewentualnego uznania podmiotu prawa prywatnego za podmiot prawa publicznego w rozumieniu ww. dyrektyw, należy zbadać jedynie, czy podmiot ten spełnia łącznie te trzy warunki. Z tego punktu widzenia prywatnoprawny charakter danego podmiotu nie stanowi wystarczającego kryterium mogącego wykluczyć uznanie go za instytucję zamawiającą. Wykładnia ta nie oznacza pominięcia kwestii przymysłowego lub handlowego charakteru potrzeb w interesie ogólnym zaspokajanych przez ów podmiot – musi być ona brana pod uwagę podczas oceny, czy spełniony został pierwszy warunek wskazany w dyrektywie. Efektywność dyrektywy zostałaby jednak naruszona, gdyby podmioty spełniające wszystkie trzy warunki zostały wyłączone z zakresu jej obowiązywania tylko na tej podstawie, że zgodnie z przepisami krajowymi forma prawna oraz reguły dotyczące działalności tych podmiotów podlegają prawu prywatnemu<sup>134</sup>.

Trybunał uznał zarzut Komisji za uzasadniony, a Hiszpanię winną naruszenia postanowień dyrektyw dotyczących procedur udzielania zamówień publicznych poprzez „automatyczne” wyłączenie z zakresu ustawy o zamówieniach publicznych spółek prawa prywatnego.

### Drugi zarzut

ETS zauważył, że pojęcie decyzji podjętej przez zamawiającego, które pojawia się w art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665, nie jest przez nią zdefiniowane. Kwestia zatem, czy dyrektywa wymaga, aby możliwość zaskarżenia dotyczyła również czynności proceduralnych, powinna być przeanalizowana w świetle celów dyrektywy, przy zapewnieniu nienaruszalności jej efektywności. Celem dyrektywy, jak zauważył ETS, jest zapewnienie, żeby we wszystkich państwach członkowskich istniały procedury pozwalające na uchylenie decyzji zamawiających, które zostały podjęte z naruszeniem prawa wspólnotowego dotyczącego zamówień publicznych lub wdrażającego go prawa krajowego. Zgodnie z dyrektywą procedury odwoławcze powinny być przeprowadzone efektywnie i tak szybko, jak to możliwe oraz powinny być dostępne dla wszystkich podmiotów, które mają lub miały interes w uzyskaniu danego zamówienia, który jest, lub może być, naruszony na skutek bezprawnego działania zamawiającego, naruszającego prawo wspólnotowe lub

---

<sup>134</sup> Pkt 56 wyroku.



prawo krajowe je wdrażające<sup>135</sup>. Przepisy hiszpańskie umożliwiają nie tylko zaskarżenie przez zainteresowane podmioty decyzji ostatecznych (ang. *definitive acts*), ale także czynności proceduralnych, które uniemożliwiają obronę lub powodują nieodwracalną szkodę dla uzasadnionych (ang. *legitimate*) praw lub interesów. Komisja nie wykazała, zdaniem ETS, że przepisy hiszpańskie nie zapewniają dostatecznej ochrony prawnej dla podmiotów, które ponoszą szkodę na skutek naruszenia prawa wspólnotowego lub prawa krajowego wdrażającego prawo wspólnotowe. W konsekwencji zarzut Komisji został przez ETS oddalony.

### Trzeci zarzut

Odnosząc się do trzeciego zarzutu, ETS uznał, że zgodnie z pkt 5 preambuły do dyrektywy 89/665 krótki czas trwania procedur udzielania zamówień publicznych wymaga, aby naruszenia prawa wspólnotowego dotyczącego zamówień publicznych lub prawa krajowego wdrażającego prawo europejskie były szybko rozpatrywane<sup>136</sup>. Art. 1 ust. 1 lit. b) dyrektywy wymaga od państw członkowskich, aby upoważniły organy odpowiedzialne za rozpatrywanie odwołań do stosowania, najszybciej jak to możliwe, środków tymczasowych w celu naprawy naruszenia lub zapobieżenia dalszym szkodom dla zainteresowanego. Środki te powinny obejmować też zawieszenie postępowania o zamówienie publiczne lub wdrożenie decyzji zamawiającego. ETS powołał się na orzeczenie wydane w sprawie **C-236/95** Komisja przeciwko Grecji<sup>137</sup>. W orzeczeniu tym ETS stwierdził, że zgodnie z art. 2 dyrektywy odwoławczej państwa członkowskie mają ogólny obowiązek upoważnienia organów odwoławczych do podjęcia, i to niezależnie od wcześniejszych działań, środków tymczasowych obejmujących zawieszenie lub zapewnienie zawieszenia danego postępowania o zamówienie publiczne<sup>138</sup>. Wprawdzie system hiszpański przewiduje możliwość zastosowania tzw. pozytywnych środków tymczasowych, nie jest to jednak wystarczające dla efektywnego naprawienia wszelkich naruszeń, które mogły zostać popełnione przez zamawiających. Warunkiem zastosowania takich środków, wymaganym w hiszpańskich przepisach, jest bowiem wniesienie odwołania dotyczącego meritum sprawy. Biorąc to pod uwagę, Trybunał uznał, że przepisy hiszpańskie w tym zakresie nie są zgodne z postanowieniami dyrektywy 89/665.

Trybunał w sentencji wyroku uznał, że Hiszpania nie dopełniła swoich obowiązków wynikających z dyrektywy 89/665, poprzez:

<sup>135</sup> Art. 1 ust. 1 i 3 dyrektywy 89/665.

<sup>136</sup> „Z uwagi na krótki czas trwania procedur właściwe organy odwoławcze muszą, m.in., być upoważnione do podjęcia środków tymczasowych mających na celu zawieszenie takich procedur lub wykonania jakichkolwiek decyzji podejmowanych przez instytucję zamawiającą; krótki czas trwania procedur oznacza, że wszelkie naruszenia, o których mowa powyżej, muszą być eliminowane w trybie pilnym” (pkt 5 preambuły do dyrektywy).

<sup>137</sup> Wyrok z 19 września 1996 r. (ECR 1996, str. I – 4459).

<sup>138</sup> Pkt 11 wyroku.

- nieobjęcie zakresem procedur odwoławczych określonych przez dyrektywę 89/665 decyzji podejmowanych przez wszystkich zamawiających, określonych w przepisach dyrektyw dotyczących zamówień publicznych, w szczególności podlegających prawu prywatnemu spółek handlowych mających osobowość prawną, ustanowionych w celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, nie mających charakteru przemysłowego ani handlowego oraz kontrolowanych przez instytucje publiczne lub inne podmioty prawa publicznego, oraz
- nieuwzględnienie możliwości zastosowania wszystkich typów odpowiednich środków tymczasowych, które mogą być zastosowane w stosunku do decyzji podejmowanych przez zamawiających.

Trybunał oddalił natomiast zarzut Komisji dotyczący nieumożliwienia przez hiszpańskie przepisy odwoływania się od wszystkich decyzji podjętych przez podmioty zamawiające, w szczególności od decyzji o charakterze proceduralnym. W tym zakresie Trybunał nie dopatrył się naruszenia wymogów dyrektywy odwoławczej.

## Komentarz

W omawianym wyżej orzeczeniu warto zwrócić uwagę na kilka spraw. Po pierwsze, ETS potwierdził, że pojęcie „podmiot prawa publicznego” jest autonomicznym pojęciem z zakresu prawa wspólnotowego, które powinno być jednolicie rozumiane we wszystkich państwach UE. Ocena, czy dany podmiot jest osobą prawa publicznego, powinna być dokonywana wyłącznie w oparciu o trzy kumulatywne kryteria określone w dyrektywach dotyczących procedur udzielania zamówień publicznych<sup>139</sup>. W praktyce często może mieć miejsce sytuacja, że podmiot prywatny nie będzie spełniał któregoś z tych kryteriów i nie będzie musiał przestrzegać procedur udzielania zamówień publicznych. „Automatyczne” wyłączenie podmiotów prywatnych, jakie miało miejsce na gruncie przepisów hiszpańskich, jest jednak sprzeczne z wymogami dyrektyw.

Po drugie, w przypadku oddalonego przez Trybunał zarzutu dotyczącego wyłączenia z zakresu zaskarżenia „aktów proceduralnych” ETS zgodził się z argumentem władz hiszpańskich, że Komisja nie wzięła pod uwagę ogólnego kontekstu hiszpańskiego systemu ochrony prawnej.

Wreszcie po trzecie, z wydanego orzeczenia wynika brak akceptacji dla takich przepisów krajowych, które wpływałyby ujemnie na szybkie zastosowanie środków tymczasowych. Czas ma ogromne znaczenie w sytuacjach, kiedy wykonawca domaga się zawieszenia postępowania o zamówienie publiczne, zanim zawarcie umowy stanie się faktem dokonanym. Zdaniem ETS wymóg, aby zastosowanie środka tymczasowego w postaci zawieszenia postępowania było uzależnione od wniesienia odwołania co do meritum sprawy, może ujemnie wpłynąć na szybkość postępowania odwoławczego.

<sup>139</sup> Patrz szerzej w rozdziale 2. niniejszej publikacji.

### **3.7. Wyrok Trybunału z 16 października 2003 roku w sprawie C-283/00**

Wyrok został wydany w sprawie wniesionej przez Komisję Europejską przeciwko Hiszpanii w związku z przetargiem ogłoszonym przez Sociedad Estatal de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios SA (SIEPSA). Komisja uznała, że hiszpańskie przepisy dotyczące zamówień publicznych są niezgodne z dyrektywą 93/37 dotyczącą koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane.

#### **Stan prawny i faktyczny**

W istocie rzeczy wyrok dotyczył interpretacji przepisów określających zakres podmiotowy stosowania dyrektyw koordynujących procedury udzielania zamówień publicznych (definicji instytucji zamawiających), a dokładniej pojęcia „podmiot prawa publicznego”.

Zgodnie z definicją z art. 1 (b) dyrektywy 93/37 instytucje zamawiające oznaczają państwo, jednostki samorządu terytorialnego, podmioty prawa publicznego, związki zawarte przez co najmniej jedną taką jednostkę lub podmiot prawa publicznego.

Dyrektywy nie zawierają definicji pojęć „państwo” i „jednostki samorządu terytorialnego”. Zawierają natomiast definicję podmiotów prawa publicznego:

„Podmiot prawa publicznego” oznacza każdy podmiot:

- ustanowiony w szczególnym celu zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym, które nie mają charakteru przemysłowego lub handlowego, oraz
- posiadający osobowość prawną, oraz
- finansowany w przeważającej części przez państwo, jednostki samorządu terytorialnego lub przez inne podmioty prawa publicznego; lub jeżeli jego zarząd podlega nadzorowi ze strony tych instytucji; lub jeżeli ponad połowę składu jego organu administracji, zarządu lub rady nadzorczej stanowią osoby mianowane przez państwo, jednostki samorządu terytorialnego lub przez inne podmioty prawa publicznego (art. 1 b) dyrektywy 93/37).

Identyczne definicje zawierają pozostałe dyrektywy dotyczące koordynacji udzielania zamówień publicznych: na dostawy (93/36) i usługi (92/50); w identycznym brzmieniu definicja ta została przeniesiona do nowej dyrektywy 2004/18 koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (art. 1 ust. 9)).

W krajowym systemie prawnym Hiszpanii dyrektywy zamówień publicznych zostały wdrożone ustawą 13/1995 z 18 maja 1995 r. o zamówieniach publicznych (Ley 13/1995 de Contractos de las Administraciones Publicas).

Artykuł 1 ust. 2 i 3 tej ustawy stanowią, że:

2. W rozumieniu niniejszej ustawy instytucjami organami władzy publicznej są:

- a) organy centralnej administracji państwowej,
- b) organy autonomicznych jednostek samorządu terytorialnego,
- c) instytucje jednostek samorządu terytorialnego.

3. Niniejsza ustawa stosuje się również do udzielania zamówień przez niezależne instytucje oraz przez inne podmioty prawa publicznego, posiadające osobowość prawną, związane z lub kontrolowane przez organy władzy publicznej, jeżeli spełniają następujące warunki:

- a) ustanowione zostały w szczególnym celu zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym, które nie mają charakteru handlowego lub przemysłowego,
- b) takie, które wykonują działalność, finansowaną, w większości, przez organy władzy publicznej lub inne podmioty prawa publicznego lub takie, których władze są poddane nadzorowi organów władzy publicznej lub innych podmiotów prawa publicznego, lub takie, w których większość członków ich organu administrującego, zarządzającego lub nadzorczego została powołana przez organy władzy publicznej lub inne podmioty prawa publicznego.

Na pierwszy rzut oka obie definicje podmiotów prawa publicznego są tożsame, jednak, zdaniem Komisji, prawo hiszpańskie nie uwzględniało wszystkich podmiotów objętych dyrektywą – zakres podmiotowy ustawy hiszpańskiej Komisja uznała za zbyt wąski w stosunku do dyrektyw.

## **Przedmiot sporu**

Spór dotyczył przetargu ogłoszonego przez Sociedad Estatal de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios SA (SIEPSA).

SIEPSA jest przedsiębiorstwem państwowym utworzonym decyzją Rady Ministrów z 21 lutego 1992 r. w formie publicznej spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. Początkowo powołana została na osiem lat, następnie (w 1999 r.) przedłużono jej trwanie na czas nieokreślony. Jedynym właścicielem przedsiębiorstwa jest państwo hiszpańskie. Zgodnie ze statutem firma jest zarządzana przez ośmioosobową radę dyrektorów (powoływanych na wniosek ministerstw: sprawiedliwości, gospodarki i finansów). Przedmiotem działalności spółki miała być budowa nowych więzień (na zlecenie Ministerstwa Sprawiedliwości).

W kwietniu 1997 r. SIEPSA ogłosiła przetarg nieograniczony na budowę nowego więzienia w Segovii. Ogłoszenie o przetargu zostało opublikowane wyłącznie w gazecie „El Pais”.

We wrześniu tego samego roku Komisja Europejska zwróciła uwagę rządowi hiszpańskiemu, że przetarg prowadzony jest niezgodnie z dyrektywami europejskimi dotyczącymi koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych. W odpowiedzi rząd hiszpański utrzymywał, że przedsiębiorstwa państwowe, takie jak SIEPSA, nie mieszczą się w zakresie podmiotowym dyrektyw dotyczących zamówień publicznych (nie są podmiotami prawa publicznego w rozumieniu dyrektyw) z dwóch powodów. Po pierwsze, zgodnie z hiszpańskim systemem prawnym, państwowe przedsiębiorstwa podlegają prawu prywatnemu (a nie publicznemu), po drugie zaś, SIEPSA została ustanowiona w celu zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym, które mają charakter handlowy. Dodatkowo rząd hiszpański wskazał, że publikując ogłoszenie o przetargu w ogólnokrajowym dzienniku, SIEPSA prowadzi postępowanie w sposób gwarantujący jawność i przejrzystość. Nie zgadzając się z tym stanowiskiem, Komisja skierowała sprawę do Trybunału.

### Stanowiska stron

Komisja Europejska zarzucała, że w niniejszym postępowaniu naruszono szereg przepisów dyrektywy 93/37, m.in.:

- ogłoszenie nie zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich, mimo że wartość zamówienia przekraczała kwotę 5 mln ECU (naruszenie art. 11 (2), (7) i (11));
- termin składania ofert wynosił tylko 35 dni (zamiast 52) (naruszenie art. 12 (1));
- wśród kryteriów oceny ofert wymieniono jakość zespołu wyznaczonego do wykonywania prac, podczas gdy, zdaniem Komisji, takie kryterium może być tylko kryterium kwalifikacji (selekcji) kandydatów, nie zaś oceny ofert (naruszenie art. 18, 27 i 30 (1));
- zapis, że oferty z rażąco niską ceną (które będą tańsze o więcej niż 10% od średniej cen oferowanych) będą miały proporcjonalnie obniżoną punktację (naruszenie art. 30 (4)).

Rząd hiszpański nie przeczył, że postępowanie toczy się niezgodnie z dyrektywą. Nie odnosząc się jednak w ogóle do szczegółowych zarzutów sformułowanych przez Komisję, wywodził, że to postępowanie w ogóle nie podlega dyrektywie.

W opinii rządu Hiszpanii zawarte w dyrektywie pojęcie „podmiot prawa publicznego” w ogóle nie obejmuje komercyjnych przedsiębiorstw pozostających pod publiczną kontrolą (takich jak SIEPSA). Wiele takich przedsiębiorstw, mimo iż pozostaje pod kontrolą państwa, funkcjonuje na wolnym rynku, zmaga się z konkurencją i ich celem jest generowanie zysku (dokładnie tak samo, jak w przypadku przedsiębiorstw prywatnych). W opinii Hiszpanii nie było intencją ustawodawcy unijnego objęcie tych przedsiębiorstw dyrektywami, których celem jest koordynacja procedur udzielania zamówień przez podmioty sektora publicznego. Dodatkowo tę interpretację wspiera, zdaniem Hiszpanii, dyrektywa sektorowa 93/38, która wyraża-

nie rozróżnia podmioty prawa publicznego od przedsiębiorstw publicznych<sup>140</sup>. Przedsiębiorstwa publiczne nie podlegają dyrektywom sektora publicznego – podlegają dyrektywom sektorowym, o ile wykonują jedną z działalności zaliczonych do sektora użyteczności publicznej. Dokładniej rzecz biorąc, SIEPSA spełnia drugi i trzeci warunek definicji zawartej w art. 1 b) dyrektywy 93/37 – posiada osobowość prawną i pozostaje pod wpływem państwa (zarząd firmy jest mianowany przez organy władzy publicznej). Nie spełnia natomiast warunku pierwszego – nie zaspokaja potrzeb w interesie ogólnym, które nie mają charakteru przemysłowego lub handlowego, potrzeby te bowiem mają charakter handlowy. SIEPSA nie mieści się również w żadnej kategorii podmiotów prawa publicznego wymienionych w załączniku do dyrektywy. Nie podlega hiszpańskiej ustawie o zamówieniach publicznych 13/1995, bowiem z art. 1 tej ustawy wynika wyraźnie, iż nie odnosi się ona do komercyjnych przedsiębiorstw państwowych. W rozumieniu przepisów hiszpańskich SIEPSA jest podmiotem prawa prywatnego i, jako taka, nie może być uznana za podmiot prawa publicznego. Rozróżnienie to nie jest czysto abstrakcyjne, oddaje bowiem naturę działalności przedsiębiorstw państwowych, które funkcjonują w warunkach rynkowych, poddane są konkurencji, a ich celem jest generowanie zysku.

Co oczywiste, całkiem przeciwne stanowisko podczas rozprawy zaprezentowała Komisja Europejska. Jej zdaniem SIEPSA spełnia wszystkie warunki, by zostać uznana za podmiot prawa publicznego w rozumieniu dyrektywy 93/37.

Na wstępie jednak Komisja argumentuje, że klasyfikacja podmiotów przyjęta przez prawo hiszpańskie jest dla sprawy bez znaczenia. Pojęcia określające zakres podmiotowy dyrektywy są autonomicznymi pojęciami prawa europejskiego, bez żadnych odniesień do systemów prawnych krajów członkowskich, powinny zatem być interpretowane wyłącznie na gruncie prawa wspólnotowego. Jeśli hiszpańska ustawa 13/1995 o zamówieniach publicznych nie uwzględnia podmiotów takich, jak SIEPSA, świadczy to tylko i wyłącznie o tym, że hiszpańskie przepisy są niewłaściwą transpozycją dyrektyw, a nie o tym, że SIEPSA jest zwolniona ze stosowania procedur zamówień publicznych.

Zdaniem Komisji również przywołana dyrektywa 93/38 nie ma znaczenia dla właściwej interpretacji pojęcia podmioty prawa publicznego, używanego przez dyrektywę 93/37. Dyrektywa sektorowa bowiem rozszerza reżim zamówień publicznych na podmioty działające w sektorach użyteczności publicznej, a nie dostarcza wykładni pojęć używanych w dyrektywach klasycznych.

<sup>140</sup> Art. 1 2) dyrektywy 93/38: „przedsiębiorstwem publicznym” jest każde przedsiębiorstwo, na które instytucje publiczne mogą wywierać bezpośrednio bądź pośrednio dominujący wpływ poprzez bycie właścicielem, zaangażowanie finansowe lub poprzez zasady określające jego działanie. Domyślnie ma się istnienie dominującego wpływu ze strony instytucji publicznych wobec przedsiębiorstwa, jeżeli instytucje te, bezpośrednio lub pośrednio:

- posiadają większość kapitału udziałowego tego przedsiębiorstwa lub
- kontrolują większość głosów przypadających na akcje emitowane przez to przedsiębiorstwo, lub
- mogą powoływać ponad połowę składu organu administracji, zarządu lub nadzoru tego przedsiębiorstwa.

Również argument, że przedsiębiorstwa państwowe nie są umieszczone na liście podmiotów prawa publicznego w rozumieniu dyrektywy (aneks I), jest bez znaczenia. Owe listy mają tylko charakter pomocniczy i fakt nieumieszczenia danego podmiotu na liście nie oznacza automatycznie braku potrzeby stosowania przezeń procedur udzielania zamówień publicznych określonych dyrektywą.

W opinii Komisji SIEPSA nie funkcjonuje na takich samych zasadach i w takich samych warunkach, jak przedsiębiorstwa prywatne, jej działalność nie jest zaspokajaniem potrzeb o charakterze handlowym. Rezultaty jej działania (wybudowane więzienia) nie są oferowane na sprzedaż na wolnym rynku. Działa raczej jako agenda państwa, wykonując zadania jak najbardziej właściwe dla państwa (w interesie ogólnym, niemające charakteru handlowego lub przemysłowego) – budowa i zarządzanie więzieniami.

### **Stanowisko Trybunału**

Trybunał w zasadzie w całości podzielił argumenty Komisji.

Odrzucił stanowisko rządu Hiszpanii, sprowadzające się do tego, iż przedsiębiorstwa państwowe w świetle prawa hiszpańskiego są osobami prawa prywatnego, a zatem nie mogą być uznane za podmioty prawa publicznego w rozumieniu dyrektyw wspólnotowych. Terminy używane przez dyrektywy są pojęciami prawa wspólnotowego i powinny być interpretowane wyłącznie na jego gruncie (bez odnoszenia się do znaczenia nadanego tym lub podobnym terminom przez prawo krajowe). Wprowadzenie pojęcia podmiotów prawa publicznego w dyrektywach służy wyłącznie ocenie, czy dany podmiot podlega dyrektywom. Definicja ta nie odwołuje się do tego, czy dany podmiot podlega prawu publicznemu, czy prywatnemu. Odwołuje się jedynie do rodzaju działalności i ewentualnej zależności od administracji publicznej. To, że dany podmiot w krajowym systemie prawnym zaklasyfikowany jest jako podmiot prawa prywatnego, samo z siebie nie stoi na przeszkodzie, by uznać go za instytucję zamawiającą na gruncie dyrektyw (podmiot prawa publicznego w specyficznym znaczeniu nadanym przez dyrektywy zamówieniowe). Dla takiej oceny należy każdorazowo zbadać spełnianie trzech warunków określonych przez art. 1 b) dyrektywy 93/37.

W ślad za swoimi innymi wyrokami (C-373/00 Truley) Trybunał powtórzył, że nieumieszczenie danego podmiotu na liście podmiotów zobowiązanych do stosowania procedur zamówień publicznych samo przez się nie jest przesądzające. Listy, będące załącznikami do dyrektyw, nie są wyczerpujące i nie mają charakteru przesądzającego. Nie są one pełne, ich dokładność zależy od staranności danego kraju członkowskiego. Jeżeli dany podmiot nie jest umieszczony na liście, jego prawna i faktyczna sytuacja musi być oceniona w świetle trzech warunków sformułowanych bezpośrednio w dyrektywie.

Trybunał nie miał wątpliwości, że cel działalności przedsiębiorstwa SIEPSA – budowa i zarządzanie więzieniami państwowymi, to zaspokajanie potrzeby w interesie ogólnym, niemającej charakteru przemysłowego lub handlowego. Taka działalność jest jak najbardziej wypełnianiem funkcji właściwych dla administracji państwowej – to działania, które państwo podejmuje dla ochrony porządku publicznego. Jest to zaspokajanie potrzeby, która nie może być zaspokojona przez prywatne przedsiębiorstwa (nie ma rynku na takie usługi). Fakt, że SIEPSA może przy tej okazji generować zyski, jest dla oceny jej statusu w tym kontekście bez znaczenia. Zresztą, SIEPSA nie ponosi w pełni ryzyka finansowego swojej działalności. Jej ewentualne straty są pokrywane z budżetu państwa. SIEPSA nie funkcjonuje więc dokładnie tak, jak przedsiębiorstwo prywatne (które samo ponosi całe ryzyko).

Trybunał uznał, że SIEPSA została ustanowiona w szczególnym celu zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym, które nie mają charakteru przemysłowego lub handlowego. Nie ulega wątpliwości, że dwa pozostałe warunki, określone w art. 1 b) dyrektywy, są w tym przypadku spełnione. Nie było to nawet przedmiotem sporu. W konsekwencji więc Trybunał uznał, że w kontekście dyrektyw dotyczących zamówień publicznych SIEPSA musi być traktowana jako podmiot prawa publicznego i w konsekwencji powinna udzielać swoich zamówień na roboty budowlane zgodnie z procedurami określonymi przez dyrektywę 93/37. Aczkolwiek nie było to przedmiotem sprawy, jest oczywiste, że ta sama interpretacja dotyczy dyrektywy 93/36 dotyczącej dostaw i dyrektywy 92/50 dotyczącej usług.

## **Komentarz**

Omawiany wyrok jest jednym z wielu poświęconych koncepcji podmiotów prawa publicznego na gruncie dyrektyw dotyczących zamówień publicznych. W sporej części Trybunał powtarzał stanowisko zawarte w innych orzeczeniach (np. sprawa C-214/00).

Ciekawa kwestia, która nie była dyskutowana w innych sprawach, dotyczy ryzyka finansowego działalności podmiotu prawa publicznego.

W tej sprawie Trybunał odrzucił argumentację rządu hiszpańskiego, że SIEPSA nie może być uznana za podmiot prawa publicznego m.in. dlatego, że działa dla zysku – a więc zaspokajają potrzeby o charakterze handlowym. Trybunał wskazał na fakt, że państwo jest gwarantem przedsiębiorstwa SIEPSA. W przypadku wystąpienia strat są one pokrywane z budżetu państwa. W opinii Trybunału to, że SIEPSA działa dla zysku, jest nieistotne wobec tego, że nie ponosi prawdziwego ryzyka finansowego swojej działalności. Nie działa na takich samych zasadach, jak przedsiębiorstwa prywatne, nie może więc być uznana za przedsiębiorstwo zaspokajające potrzeby o charakterze handlowym.



### 3.8. Wyrok Trybunału z 27 lutego 2003 roku w sprawie C-373/00

Wyrok niniejszy stanowi odpowiedź na pytania wstępne dotyczące interpretacji dyrektywy 93/36, zadane w trybie art. 234 TWE przez organ odwoławczy w sprawach zamówień publicznych dla regionu Wiedeń (VKS – Vergabekontrollsenat des Landes Wien). VKS zadał trzy pytania w związku ze skargą wniesioną przez firmę Adolf Truley GmbH (Truley) w toku postępowania o zamówienie publiczne prowadzonego przez Bestattung Wien GmbH.

#### Stan faktyczny

Bestattung Wien GmbH (BW) jest przedsiębiorstwem prowadzącym działalność w zakresie usług pogrzebowych na terenie miasta Wiedeń. Jest jedną z sześciu jednostek zależnych przedsiębiorstwa Wiener Stadtwerke Holding AG, które z kolei jest jednostką zależną miasta Wiedeń. BW powstało w grudniu 1998 r. w wyniku podziału i „prywatyzacji” jednostki komunalnej Wiener Bestattung (pozbawionej osobowości prawnej).

Wkrótce po swoim utworzeniu BW ogłosiło przetarg na dostawę elementów wyposażenia trumien. Ogłoszenie o przetargu zostało opublikowane w Amtlicher Lieferanzeiger (oficjalnym biuletynie publikującym ogłoszenia o zamówieniach publicznych na dostawy) oraz w Biuletynie Zamówień Publicznych miasta Wiedeń (Amstblatt der Stadt Wien). Firma Truley jako jedyna złożyła ofertę zgodną z dokumentacją przetargową. Przetarg został jednak unieważniony ze względu na zbyt wysoką cenę oferty. Decyzja o unieważnieniu postępowania została przez firmę Truley zaskarżona do organu odwoławczego (VKS). W toku postępowania odwoławczego Bestattung Wien podniosło, że jako firma posiadająca osobowość prawną i całkowicie niezależna od władz lokalnych miasta Wiedeń nie podlega dyrektywom dotyczącym zamówień publicznych. Z kolei skarżąca się firma Truley domagała się uznania, że Bestattung Wien jest instytucją zamawiającą w świetle dyrektyw, wskazując na jej bliskie związki z administracją lokalną (miasto Wiedeń posiada całość udziałów przedsiębiorstwa Wiener Stadtwerke Holding AG, które z kolei jest właścicielem całości udziałów rzeczowego przedsiębiorstwa Bestattung Wien GmbH).

W związku z tym, że dla rozstrzygnięcia tej sprawy niezbędna była interpretacja definicji instytucji zamawiającej zawartej w art. 1 (b) dyrektywy 93/36, austriacki organ odwoławczy skierował do Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości trzy następujące pytania:

- 1) Czy prawidłowa jest taka interpretacja zwrotu „potrzeby w interesie ogólnym” użytego w art. 1 (b) dyrektywy 93/36, wedle której:
  - a) definicja potrzeb w interesie ogólnym powinna być wywiedziona z krajowego systemu prawnego danego państwa członkowskiego?

- b) fakt, iż obowiązki władz lokalnych lub regionalnych są w danym zakresie pomocnicze jest sam w sobie wystarczający dla uznania istnienia potrzeby w interesie ogólnym?
- 2) Czy dla interpretacji wymogu, że dane potrzeby nie mają charakteru przemysłowego ani handlowego
- rozstrzygającym warunkiem jest istnienie znaczącej konkurencji oraz
  - czy przesądzające znaczenie mają okoliczności prawne, czy faktyczne?
- 3) Czy warunek określony w art. 1 (b) dyrektywy, że zarząd podmiotu prawa publicznego podlega nadzorowi ze strony państwa lub jednostek samorządu terytorialnego, jest również spełniony w sytuacji zwykłej kontroli, wykonywanej przez Biuro Kontroli miasta Wiedeń?

Wszystkie pytania dotyczyły zatem interpretacji definicji podmiotów prawa publicznego, czyli podmiotów niebędących organami państwa lub jednostek samorządu terytorialnego, które również są instytucjami zobowiązanymi do stosowania procedur udzielania zamówień publicznych określonych dyrektywami (są instytucjami zamawiającymi w rozumieniu dyrektyw).

Zgodnie z art. 1 (b) dyrektywy 93/36:

„podmiot prawa publicznego” oznacza każdy podmiot:

- ustanowiony w szczególnym celu zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym, które nie mają charakteru przemysłowego lub handlowego oraz
- posiadający osobowość prawną, oraz
- finansowany w przeważającej części przez państwo, jednostki samorządu terytorialnego lub przez inne podmioty prawa publicznego; lub jeżeli jego zarząd podlega nadzorowi ze strony tych instytucji; lub jeżeli ponad połowę składu jego organu administracji, zarządu lub nadzoru stanowią osoby mianowane przez państwo, jednostki samorządu terytorialnego lub przez inne podmioty prawa publicznego”.

Ta stara definicja zawarta w dyrektywach dotyczących zamówień publicznych z początku lat dziewięćdziesiątych została bez żadnych zmian przeniesiona do nowej dyrektywy 2004/18. Tak więc omawiany wyrok, mimo że wydany w oparciu o poprzedni stan prawny, zachowuje w pełni aktualność również w odniesieniu do obecnie obowiązującej dyrektywy z 2004 r.

### **Pytanie pierwsze, część pierwsza**

Pierwsza część pierwszego pytania dotyczyła tego, czy pojęcie „potrzeby w interesie ogólnym” użyte w pierwszej części art. 1 (b) dyrektywy 93/36 należy interpretować w świetle prawa wspólnotowego, czy też w świetle krajowych systemów prawnych poszczególnych państw członkowskich.

W trakcie rozprawy przed Trybunałem uczestnicy postępowania przedstawili różne poglądy w tej kwestii.

Zdaniem rządu austriackiego oraz firmy Truley pojęcie to powinno być interpretowane wyłącznie w kontekście prawa wspólnotowego, niezależnie od rozwiązań przyjętych w krajowych systemach prawnych państw członkowskich. Skoro celem europejskich dyrektyw dotyczących zamówień publicznych jest koordynacja procedur udzielania zamówień w skali całej Wspólnoty i otwarcie dostępu do zamówień publicznych dla przedsiębiorstw z całej Wspólnoty, to podstawowe pojęcia, definiujące zakres obowiązywania dyrektyw muszą być interpretowane w sposób jednolity w całej Wspólnocie, bez żadnych odniesień do przepisów krajowych. Nie do przyjęcia jest bowiem, by ta sama działalność była w jednym kraju uznawana za spełniającą potrzeby w interesie ogólnym, a w innym nie. Takie same podmioty, prowadzące identyczną działalność, w jednym kraju byłyby objęte dyrektywami, a w innym nie. Podstawowy cel dyrektyw (koordynacja procedur udzielania zamówień publicznych we Wspólnocie) zostałby w ten sposób podważony.

Generalnie zgadzając się z tym, że używane w dyrektywach regulujących procedury zamówień publicznych pojęcie „potrzeby w interesie ogólnym” należy do prawa wspólnotowego, rząd francuski wskazał, że jego interpretacja w odniesieniu do indywidualnych przypadków należy raczej do kompetencji państw członkowskich. Powołał się przy tym na to, że celem dyrektyw jest koordynacja, a nie harmonizacja procedur udzielania zamówień. Dodatkowo, fakt, że w załącznikach do dyrektyw państwa członkowskie przedstawiają listy instytucji krajowych uznanych za podmioty prawa publicznego, sugeruje, że to państwa członkowskie suwerennie decydują, które instytucje są podmiotami prawa publicznego (jako realizujące potrzeby w interesie ogólnym). Zatem omawiane pojęcie nie może być interpretowane w oderwaniu od prawa krajowego.

Z kolei Komisja Europejska twierdziła, że pojęcie potrzeb w interesie ogólnym musi być interpretowane wyłącznie na gruncie prawa krajowego. Komisja odwoływała się do wcześniejszych wyroków Trybunału (sprawy C-44/96 Mannesmann, C-360/96 BFI Holding), gdzie Trybunał wskazał, że tworząc instytucje prawa publicznego, państwo decyduje się (z przyczyn związanych z interesem ogólnym) pewne potrzeby zaspokajając samodzielnie lub mieć decydujący wpływ na sposób zaspokajania tych potrzeb.

## **Stanowisko Trybunału**

Trybunał podkreślił, po pierwsze, że sama dyrektywa 93/36 nie zawiera definicji pojęcia potrzeb w interesie ogólnym. Dyrektywa stwierdza tylko, że takie potrzeby nie mogą mieć charakteru przemysłowego ani handlowego.

Po drugie zaś, jak wynika z całości artykułu 1 (b) dyrektywy 93/36, to, że dana instytucja zaspokaja potrzeby w interesie ogólnym, jest warunkiem koniecz-

nym, acz nie wystarczającym do uznania ją za instytucję zamawiającą w rozumieniu dyrektywy (tzn. zobowiązaną do stosowania procedur udzielania zamówień określonych dyrektywą).

Z kolei konieczność jednakowego stosowania prawa wspólnotowego w krajach członkowskich oraz zasady równości wymagają, by pojęcia prawa wspólnotowego określające zakres jego stosowania były interpretowane wyłącznie na gruncie prawa wspólnotowego, o ile przepisy wspólnotowe nie odsyłają wyraźnie do norm krajowych.

W opinii Trybunału fakt istnienia aneksów, w których władze państw członkowskich prezentują listy podmiotów prawa publicznego ze swojego terenu jest dla sprawy bez znaczenia. Listy owe mają bowiem wyłącznie pomocniczy charakter, nie zawierają definicji pojęcia, a tylko (przykładowy) wykaz instytucji. Listy te nie są wyczerpujące, decydujące znaczenie ma definicja zawarta w dyrektywie, a nie fakt wymienienia na liście stanowiącej załącznik do dyrektywy (nieumieszczenie na liście nie przesądza jeszcze o braku obowiązku stosowania dyrektywy, jeżeli dana instytucja podlega definicji podanej w dyrektywie).

W odpowiedzi na część pierwszą pytania pierwszego Trybunał stwierdził, że używane przez dyrektywę 93/36 pojęcie potrzeby w interesie ogólnym jest autonomicznym pojęciem prawa wspólnotowego (zatem nie powinno być interpretowane w świetle prawa krajowego). Przyjęcie możliwości interpretacji tego pojęcia w relacji do systemów prawnych poszczególnych państw członkowskich mogłoby prowadzić do tego, że każde państwo nada temu terminowi odmienne znaczenia. To zaś sprawiłoby, że krąg podmiotów podlegających dyrektywom byłby różny w każdym kraju. Podważyłoby to główny cel dyrektyw – koordynację procedur udzielania zamówień w skali całej Wspólnoty.

## **Pytanie pierwsze, część druga**

Sąd austriacki pyta, czy przedsiębiorstwo pogrzebowe zaspokaja potrzeby w interesie ogólnym. Dokładniej, czy warunek ten jest spełniony w sytuacji, gdy ma obowiązek zorganizować pogrzeb i pokryć jego koszty tylko w przypadku, gdy przez okres pięciu dni nie zrobi tego ktoś inny. Zatem jego obowiązki w tym zakresie mają charakter wyłącznie pomocniczy.

Rząd austriacki i firma Truley twierdziły, że utrzymanie cmentarzy i organizacja pogrzebów są usługami świadczonymi w interesie publicznym (są na przykład wprost wskazane w załączniku wymieniającym instytucje prawa publicznego w Niemczech). Właściwa organizacja pochówku zmarłych ma na celu m.in. ochronę przed epidemiami.

Z kolei inny aspekt sprawy wskazała pozwana instytucja zamawiająca BW. Twierdziła ona, że tylko niektóre usługi związane z pogrzebem mogą być uznane za spełniające potrzeby ogólne (usługi pogrzebowe w wąskim sensie: chowanie i ekshumacja ciał, utrzymanie cmentarzy i krematoriów). Natomiast większość usług świadczonych przez przedsiębiorcę pogrzebowego (wydawanie świadectw

zgonu, druk nekrologów, transport ciał) nie może być uznana za potrzeby w interesie ogólnym (są to usługi pogrzebowe w szerokim sensie). Skoro tylko drobna część usług świadczonych przez BW mieści się w kategorii potrzeb ogólnych, to w konsekwencji instytucja jako całość nie może być uznana za spełniającą potrzeby ogólne (czyli nie podlega dyrektywie).

## Stanowisko Trybunału

Trybunał w całości odrzucił argumentację zamawiającego. Uznał, że również usługi pogrzebowe w szerokim sensie (np. wydawanie świadectw zgonu) są związane z potrzebami ogólnymi, skoro państwo utrzymuje wpływ i kontrolę nad tą działalnością. Trybunał uznał rozróżnienie pomiędzy usługami pogrzebowymi w wąskim i w szerokim sensie za sztuczne.

Co ważniejsze, Trybunał wyraził opinię, że nawet gdyby przyjąć argumentację zamawiającego, to jest ona bez znaczenia dla sprawy. Nawet jeśli tylko niewielka część działalności danej instytucji związana jest z zaspokajaniem potrzeb w interesie ogólnym, to i tak dana instytucja powinna być uznana za ustanowioną w szczególnym celu zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym. Sytuacja prawna zamawiającego w tym względzie jest niezależna od wielkości udziału działalności związanej z potrzebami ogólnymi w całości działalności danej instytucji.

## Pytanie drugie

Sąd krajowy docieka, czy działalność zamawiającego przedsiębiorcy pogrzebowego spełnia warunek działania w szczególnym celu zaspokojenia potrzeb w interesie ogólnym, które nie mają charakteru przemysłowego ani handlowego. Jak wynika z okoliczności sprawy, w Austrii działa ponad 500 firm pogrzebowych, jednakże na lokalnym rynku w Wiedniu nie ma rzeczywistej konkurencji (BW jest monopolistą). Sąd austriacki pyta zatem, czy istnienie rzeczywistej konkurencji (wiele firm świadczących dane usługi) jest okolicznością, która przesądza, że nie mamy do czynienia z potrzebą w interesie ogólnym (zatem z zaspokajaniem potrzeb w interesie ogólnym mielibyśmy do czynienia wyłącznie w wypadku monopolistów). Dodatkowo rozstrzygnięcia wymaga, czy pod uwagę bierze się okoliczności faktyczne, czy prawne.

Odnosząc się do tej kwestii, Trybunał najpierw przywołał swoją opinię wyrażoną w sprawie C-360/96 BFI, że brak konkurencji nie jest okolicznością przesądzającą o tym, czy dana instytucja jest podmiotem prawa publicznego. Z orzeczenia tego w szczególności wynika, że należy odróżnić potrzeby w interesie ogólnym mające charakter przemysłowy lub handlowy od potrzeb w interesie ogólnym niemających takiego charakteru. Generalnie rzecz biorąc, potrzeby o charakterze przemysłowym lub handlowym zaspokajane są na rynku przez konkurujące ze sobą przedsiębiorstwa. Jednakże sam fakt, że na danym rynku istnieje konkurencja, nie przesądza automatycznie, że nie można danej potrzeby uznać za potrzebę w interesie ogólnym niemającą charakteru handlowego lub przemysłowego. Jeżeli daną

potrzebę może również zaspokajać prywatne przedsiębiorstwo działające dla zysku, to nie znaczy automatycznie, że musi być ona uznana za potrzebę o charakterze przemysłowym lub handlowym. Przyjęcie takiego stanowiska oznaczałoby, że potrzebami w interesie ogólnym niemającymi charakteru handlowego lub przemysłowego są tylko takie, których w żadnym wypadku nie mogą zaspokajać przedsiębiorstwa prywatne. Ponieważ zaś, jak stwierdził Trybunał, trudno sobie wyobrazić działalność, której w żadnej sytuacji nie mogłyby podjąć przedsiębiorstwa prywatne, to przy takiej interpretacji termin „potrzeby w interesie ogólnym niemające charakteru handlowego lub przemysłowego” stałby się pusty.

Jednakże istnienie konkurencji nie jest całkowicie bez znaczenia dla oceny, czy dana instytucja jest podmiotem prawa publicznego (czy zaspokaja potrzeby w interesie ogólnym niemające charakteru handlowego lub przemysłowego). Istnienie znaczącej konkurencji (wiele firm wykonujących tę samą działalność) może być wskazówką, że mamy do czynienia z potrzebą o charakterze handlowym lub przemysłowym.

Natomiast w odniesieniu do konkretnej sytuacji austriackiej komunalnej firmy pogrzebowej ocena, czy spełniony jest ten warunek, pozwalający uznać firmę za podmiot prawa publicznego, należy do sądu krajowego. Analizując sytuację tej firmy, sąd powinien wziąć pod uwagę wszystkie okoliczności prawne i faktyczne.

Trybunał wskazał, jakie okoliczności są istotne w tej sprawie. Z jednej strony wykonywanie usług pogrzebowych nie jest zarezerwowane dla określonego typu osób prawnych, nie podlega też żadnym ograniczeniom terytorialnym. Z drugiej jednak, podjęcie takiej działalności wymaga uprzedniego zezwolenia, władze ustalają ceny maksymalne, a samorząd terytorialny (w pewnych sytuacjach) ponosi koszty usług pogrzebowych.

## Pytanie trzecie

Dotyczy interpretacji pojęcia nadzoru używanego w art. 1 (b) dyrektywy 93/36.

Dla uznania, że dany podmiot jest podmiotem prawa publicznego, zgodnie z art. 1 (b) niezbędne jest spełnienie następujących warunków:

- 1) instytucja ustanowiona została w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze ogólnym, które nie mają charakteru przemysłowego lub handlowego,  
i
- 2) posiada osobowość prawną oraz
- 3) spełnia jeden trzech poniższych warunków:
  - a. jest finansowana w przeważającej części przez państwo, jednostki samorządu terytorialnego lub inne podmioty prawa publicznego albo
  - b. zarząd instytucji podlega nadzorowi ze strony tych podmiotów, albo
  - c. ponad połowa członków organu administracyjnego, zarządzającego lub nadzorczego została wyznaczona przez państwo, jednostki samorządu terytorialnego lub inne podmioty prawa publicznego.

Dana instytucja jest podmiotem prawa publicznego, jeżeli spełnia łącznie warunki 1) i 2) oraz co najmniej jeden z warunków 3 a) – 3 c).

Jak to określił Trybunał w orzeczeniu w sprawie C-380/98, każdy z trzech warunków wymienionych w punkcie 3. opisuje bliską zależność podmiotu prawa publicznego od (nadzorującej lub finansującej) instytucji państwowej, jednostki samorządu terytorialnego lub innego podmiotu prawa publicznego.

W odniesieniu do konkretnego pytania dotyczącego nadzoru (warunek 3 b)) Trybunał uważa, że sprawowanie nadzoru musi prowadzić do podobnej zależności, jak wtedy, gdy państwo lub samorząd terytorialny finansują dany podmiot (3 a)) lub powołują jego władze (3 c)). Warunek ten jest spełniony wówczas, gdy nadzorująca instytucja ma wpływ na decyzje podejmowane przez podmiot prawa publicznego w zakresie udzielanych przezeń zamówień publicznych. Warunek ten nie byłby spełniony, gdyby organ kontrolujący był uprawniony jedynie do zwykłej kontroli (bez wpływu na podejmowane decyzje).

Jednakże, jak zauważył rzecznik generalny, w tej konkretnej sprawie mamy do czynienia z czymś więcej niż zwykła kontrola. Po pierwsze, miasto Wiedeń sprawuje nadzór właścicielski, będąc jedynym udziałowcem rzeczonyj firmy pogrzebowej (za pośrednictwem spółki matki – Wiener Stadtwerke Holding AG). Po drugie, uprawnienia kontrolne Biura Kontroli są dość szerokie, biuro ma wgląd do pomieszczeń firmy, ma prawo informować o wynikach władze samorządowej, które są, za pośrednictwem innej firmy, właścicielem przedsiębiorstwa pogrzebowego. Biuro Kontroli nie tylko sprawdza księgi rachunkowe (kontrola samej legalności wydatków), ale ma również prawo do kontroli pod względem rzetelności, gospodarności, efektywności. Zatem jego uprawnienia względem komunalnej firmy pogrzebowej przekraczają zakres zwykłej kontroli.

W świetle powyższego Trybunał uznał, że sprawowanie zwykłej kontroli nie spełnia warunku nadzoru, o którym mówi art. 1 b) dyrektywy 93/36. Warunek ten jednak jest spełniony w tej określonej sytuacji, gdy kontrola dokonywana jest pod względem rzetelności, gospodarności, efektywności, a organ kontrolny ma prawo wglądu w pomieszczenia firmy i gdy o wynikach kontroli na bieżąco informuje właściciela – jednostkę samorządu terytorialnego.

## Komentarz

Omawiany wyrok jest kolejnym, w którym Trybunał zajmował się analizą koncepcji podmiotów prawa publicznego zobowiązanych do przestrzegania procedur udzielania zamówień określonych dyrektywami.

W oparciu o ten i inne wyroki dotyczące tego problemu Adrian Brown i Martin Dischendorfer<sup>141</sup> sporządzili listę kryteriów pozwalających na uznanie danej instytucji za podmiot prawa publicznego:

---

<sup>141</sup> Martin Dischendorfer „The Definition of «Meeting Leeds in the General Interest» and «Management Supervision» within the Meaning of the EC Procurement Directives, Case C-373/00, *Adolf Trully GmbH v Bestattung Wien GmbH*”, Public Procurement Law Review 2003/6, NA 128-129.

Oдноśnie do pojęcia potrzeb w interesie ogólnym:

- czy dana instytucja zaspokaja potrzeby, które nie są realizowane przez dostęp do produktów i usług oferowanych na wolnym rynku,
- czy państwo (samorząd terytorialny) samo gwarantuje realizację owych potrzeb,
- czy władze lokalne lub regionalne są z mocy prawa zobowiązane do realizacji owych potrzeb,
- czy władze lokalne lub regionalne są ustawowo zobowiązane do ponoszenia kosztów realizacji owych potrzeb (przynajmniej w pewnych okolicznościach).

Oдноśnie do pojęcia potrzeb niemających charakteru przemysłowego ani handlowego:

- czy ta działalność jest zastrzeżona dla pewnych kategorii osób prawnych,
- czy wykonywanie tej działalności podlega ograniczeniom terytorialnym,
- czy podjęcie tej działalności wymaga uprzedniej zgody władz państwowych,
- czy dana instytucja działa dla zysku, czy też jest instytucją non-profit,
- czy dana instytucja działa według kryteriów efektywności,
- czy dana instytucja ponosi ryzyko finansowe swojej działalności, czy też istnieje mechanizm gwarantujący wyrównywanie ewentualnych strat (przez państwo),
- czy władze państwowe (centralne lub lokalne) są uprawnione do ustalania cen maksymalnych za te usługi,
- czy instytucja działa w warunkach konkurencji, czy istnieją inne (prywatne) firmy świadczące te same usługi.

Oдноśnie do pojęcia nadzoru:

- czy istnieją ograniczenia uprawnień nadzorczych ciała nadzorującego,
- czy uprawnienia ciała nadzorującego wykraczają poza kontrolę legalności i prawidłowości księgowości,
- czy ciało nadzorujące jest uprawnione do zawieszenia władz instytucji i wyznaczenia tymczasowego zarządcy,
- czy kontrola wykonywana jest w sposób permanentny,
- czy ciało nadzorujące jest uprawnione do narzucania danej instytucji swoich decyzji,
- czy instytucja jest zobowiązana do wdrażania zaleceń pokontrolnych wydanych przez ciało nadzorujące,
- czy nadzór wynika z praw własności,
- jeżeli instytucja jest poddana pośredniemu nadzorowi przez ciało inne niż organ właścicielski, to czy uprawnienia owego innego organu nadzorującego obejmują:
  - kontrolę pod względem rzetelności, gospodarności, efektywności czy też tylko legalności,
  - prawo kontroli i wglądu do pomieszczeń instytucji kontrolowanej,
  - przekazywanie informacji o wynikach kontroli do organu właścicielskiego.



### 3.9. Wyrok Trybunału z 23 stycznia 2003 roku w sprawie C-57/01

Wyrok<sup>142</sup> został wydany w trybie art. 234 TWE w odpowiedzi na pytania zadane przez grecki sąd. Pytania te dotyczyły zasadniczo dopuszczalności zmiany w składzie konsorcjum w trakcie postępowania o zamówienie publiczne oraz wpływu takiej zmiany na możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej.

#### Stan faktyczny

Przedmiotem postępowania prowadzonego przez greckiego zamawiającego było zaprojektowanie, budowa, finansowanie oraz obsługa metra w Salonikach. Zamówienie miało być udzielone w procedurze ograniczonej, składającej się z sześciu etapów: preselekcja kandydatów, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert, złożenie ofert przez wybranych kandydatów, ocena ofert technicznych, ocena ofert finansowych, negocjacje pomiędzy zamawiającym i tymczasowo wybranym oferentem oraz podpisanie umowy. Dokumentacja przetargowa stanowiła, że konsorcja mogą wziąć udział w pierwszej fazie postępowania oraz że na dalszych etapach możliwe jest rozszerzenie składu danego konsorcjum, pod warunkiem że jego nowy członek nie był poprzednio uczestnikiem innego konsorcjum biorącego udział we wcześniejszej fazie postępowania. Poszerzenie składu konsorcjum było możliwe jednak tylko do upływu terminu składania ofert. W przetargu oferty zgłosiło osiem konsorcjów, w tym również Metro Makedoniko. Skład tego konsorcjum uległ kilkakrotnym zmianom w trakcie postępowania. Ostatnia zmiana miała miejsce już po zawiadomieniu przez zamawiającego, że konsorcjum zostało tymczasowo wybrane na wykonawcę zamówienia. Po otrzymaniu informacji o zmianie składu zamawiający uznał, że Metro Makedoniko nie spełniło warunków udziału w przetargu, zakończył negocjacje z nim i zaprosił do negocjacji drugiego w kolejności oferenta. Od tej decyzji konsorcjum odwołało się do sądu, ten zaś wystąpił do ETS z pytaniem, czy pozbawienie prawa do udziału w postępowaniu konsorcjum, w którego składzie zaszły zmiany już po złożeniu oferty i wyborze tego konsorcjum na tymczasowego wykonawcę zamówienia, jest zgodne z postanowieniami dyrektyw 93/37 oraz 89/665.

#### Stanowisko stron oraz interwenientów

W przedłożonych w trakcie postępowania obserwacjach konsorcjum Metro Makedoniko prezentowało pogląd, że wszystkie zmiany w składzie konsorcjum były zgodne z warunkami postępowania. Dodanie nowego podmiotu do konsorcjum było zgodne z warunkami określonymi przez zamawiającego. Z kolei wycofanie jednego z członków było konsekwencją dotyczących go zmian organizacyjnych – został przejęty przez inną firmę, która została jego sukcesorem prawnym.

<sup>142</sup> ECR 2003, str. I – 01091.

Wreszcie ostatnia zmiana była wynikiem tego, że jeden z członków konsorcjum został zmuszony, na skutek zmian w swoim statusie prawnym, do opuszczenia konsorcjum. Metro Makedoniko podkreślało, że tego typu zmiany są typowe dla zamówień publicznych na roboty budowlane. Konsorcjum sugerowało odpowiedź na pytanie sądu krajowego, że zmiana w składzie konsorcjum, biorącego udział w postępowaniu o zamówienie publiczne lub koncesję na roboty budowlane, która ma miejsce po złożeniu ofert i tymczasowym wyborze wykonawcy, nie może skutkować utratą przez to konsorcjum jego statusu oferenta. Ani konsorcjum, ani jego członkowie nie mogą być uznani za podmioty, które przestały interesować się uzyskaniem zamówienia – nie mogą zatem być pozbawieni prawa do skorzystania ze środków zaskarżenia przysługujących im w świetle prawa wspólnotowego (czyli dyrektywy 89/665).

Rząd grecki utrzymywał, że ani dyrektywa 93/37, ani dyrektywa 89/665 nie odnoszą się do zmian w składzie konsorcjum. Zmiana taka nie powinna być możliwa podczas negocjacji z oferentem, który został wybrany tymczasowo na wykonawcę danego zamówienia. Wynika to, zdaniem rządu greckiego, z faktu, że przedmiotem negocjacji na tym etapie są ostateczne warunki wykonania zamówienia, nie zaś osoba wykonawcy, która nie podlega już negocjacom. Ponieważ prawo wspólnotowe pomija ten problem, dopuszczalność zmiany w składzie konsorcjum podlega wyłącznie ocenie z punktu widzenia prawa krajowego, które nie pozwala na taką zmianę.

Rząd austriacki z kolei utrzymywał, że postanowienia dyrektywy 93/37 nie wykluczają zmiany w składzie konsorcjum po złożeniu ofert. W świetle dyrektywy konsorcjum, w którym zaszły zmiany, nie traci prawa do udziału w postępowaniu i uzyskania zamówienia.

Zdaniem Komisji pierwsze z pytań zadanych przez sąd krajowy wymagałoby od Trybunału interpretacji prawa krajowego, do czego on nie jest upoważniony. Pytanie to należałoby, według Komisji, przeformułować w ten sposób, aby składało się z trzech części:

- Czy dyrektywa 93/37 zawiera przepisy zabraniające lub pozwalające na zmiany w składzie konsorcjum, które złożyło już ofertę; czy przepisy krajowe i zamawiający w dokumentacji przetargowej mogą stanowić, że takie zmiany są niedopuszczalne,
- Czy postanowienia prawa wspólnotowego pozwalają zamawiającemu na prowadzenie negocjacji z wykonawcą, którego skład uległ zmianie w sposób niezgodny z przepisami prawnymi oraz warunkami przetargu, oraz
- Czy zmiana w składzie konsorcjum, dokonana niezgodnie z wymienionymi wyżej przepisami, ma wpływ na możliwość skorzystania przez takie konsorcjum ze środków odwoławczych.

Zdaniem Komisji dyrektywa 93/37 nie zawiera żadnych regulacji dotyczących bezpośrednio zmian w składzie konsorcjum. Brak jest zatem przepisu, który wymagałby od zamawiającego określonego postępowania w przypadku wystąpienia takich zmian. Kwestia ta może zostać więc uregulowana bądź przez przepisy krajowe, bądź przez samego zamawiającego. Co do drugiej części py-

tania Komisja uznała, że zamawiający naruszyłby zasadę równego traktowania oferentów, gdyby dopuścił odstępianie od warunków i wymogów, określonych dla danego postępowania, przez jednego wykonawcę bez zapewnienia także innym takiej możliwości. W konsekwencji, zdaniem Komisji, przepisy wspólnotowe nie pozwalają zamawiającemu na kontynuowanie negocjacji z wykonawcą (konsorcjum), którego skład uległ zmianie. Jeśli chodzi o ostatnią część pytania, Komisja zauważyła, że przepisy dyrektywy 89/665 dotyczą jedynie odwołań od tych decyzji zamawiającego, które naruszają prawo wspólnotowe lub prawo krajowe wdrażające prawo wspólnotowe. Dyrektywa nie wymaga natomiast, aby środki odwoławcze przysługiwały w stosunku do decyzji naruszających pozostałe przepisy prawa krajowego.

## Opinia rzecznika

Rzecznik Stix-Hackl<sup>143</sup> podkreśliła w swojej opinii, że dyrektywy dotyczące zamówień publicznych nie stanowią wyczerpującego zbioru przepisów regulujących udzielanie zamówień publicznych. W dyrektywie 93/37 jest tylko jeden przepis dotyczący konsorcjów (art. 21). Stanowi on jedynie, że: po pierwsze – konsorcja mogą brać udział w postępowaniach o zamówienia publiczne oraz, po drugie: zamawiający nie może wymagać od konsorcjum przybrania określonej formy prawnej w celu złożenia oferty. Pozostałe aspekty udziału konsorcjów w zamówieniach publicznych, a w szczególności ich skład, nie są objęte zakresem dyrektywy. W takim przypadku zarówno państwa członkowskie, jak i bezpośrednio sami zamawiający mają pewną swobodę w określaniu reguł udziału konsorcjów w procedurach zamówieniowych. Swobodę tę ograniczają jednak ogólne zasady wypływające z dyrektyw: równego traktowania wykonawców, przejrzystości, efektywności i wzajemności, zakaz dyskryminacji wykonawców. Zdaniem rzecznika zasada równego traktowania wykonawców zostałaby naruszona w sytuacji, kiedy zamawiający odstąpiłby jednostronnie od określonych przez siebie reguł, dotyczących składu konsorcjów, np. gdyby prowadził negocjacje z oferentem niespełniającym warunków określonych w dokumentacji przetargowej. W tym przypadku naruszenie prawa wspólnotowego jest konsekwencją naruszenia prawa krajowego. Zakaz dyskryminacji, określony w art. 1 (2) dyrektywy odwoławczej, na który powołało się Metro Make-doniko, nie miał, zdaniem rzecznika, zastosowania w omawianej sprawie. Ponieważ brak jest przepisów wspólnotowych dotyczących zmian w składzie konsorcjów, kwestie te mogą być uregulowane przez państwa członkowskie, przy przestrzeganiu zasady proporcjonalności oraz efektywności. Dyrektywa odwoławcza i określone przez nią środki ochrony prawnej mają zastosowanie tylko w odniesieniu do zamówień publicznych objętych zakresem dyrektyw zamówieniowych. Środki określone w dyrektywie odwoławczej nie mają jednak zastosowania do decyzji podjętych w związku ze składem konsorcjów, które wynikają wyłącznie z prawa krajowego.

<sup>143</sup> Opinia rzecznika Ch. Stix-Hackl z 11 lipca 2002 r., ECR 2003, str. I – 01091.

wego. Podstawą określonej decyzji zamawiającego jest wyłącznie przepis krajowy. Na poparcie tej interpretacji rzecznik przytoczył art. 1 dyrektywy 89/665, zgodnie z którym ma ona zastosowanie wyłącznie w przypadku naruszenia prawa wspólnotowego dotyczącego zamówień publicznych lub prawa krajowego wdrażającego prawo wspólnotowe. Ustawodawca krajowy może oczywiście stanowić, że jej postanowienia będą miały zastosowanie także w przypadku naruszenia przepisów prawa krajowego (np. zmian w składzie konsorcjów). Rzecznik zakończył swoją opinię konkluzją, że **postanowienia dyrektywy dotyczącej robót budowlanych nie zabraniają przyjęcia przepisów nie dopuszczających zmian w składzie konsorcjów po złożeniu oferty, dyrektywa odwoławcza zaś nie ma zastosowania do takich decyzji dotyczących zmian w składzie konsorcjum, jak te, które są przedmiotem postępowania przed sądem krajowym**<sup>144</sup>.

## Odpowiedzi Trybunału

ETS podkreślił na wstępie, że zgodnie z procedurą określoną w art. 234 TWE nie jest on upoważniony do wypowiedzania się na temat interpretacji przepisów krajowych czy też ich zgodności z prawem wspólnotowym. Może jednak przedstawić sądowi krajowemu interpretację prawa wspólnotowego, która pomoże rozstrzygnąć dany problem prawny. Co więcej, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, w przypadku, kiedy pytania sądu krajowego są sformułowane w sposób niejasny, ETS może wyodrębnić z informacji podanych przez sąd krajowy oraz z dokumentów dostępnych w głównym postępowaniu te kwestie dotyczące prawa wspólnotowego, które wymagają interpretacji, biorąc pod uwagę przedmiot postępowania toczącego się przed sądem krajowym. ETS zaproponował więc przeformułowanie pytań zadanych przez sąd krajowy w następujący sposób:

- Czy dyrektywa 93/37 wyklucza przepisy krajowe zabraniające zmian w składzie konsorcjum biorącego udział w danym postępowaniu o zamówienie publiczne, które mają miejsce już po złożeniu ofert? oraz
- Czy, i w jakim zakresie, dyrektywa 89/665 umożliwia skorzystanie ze środków odwoławczych przez takie konsorcjum?

## Pytanie pierwsze

Jedynym przepisem dyrektywy 93/37, który dotyczy konsorcjów, jest art. 21. Stanowi on, że oferty mogą być składane przez grupy wykonawców (konsorcja) oraz że od takich grup nie można wymagać, aby przybrały określoną formę prawną przed udzieleniem im zamówienia publicznego. W przypadku, gdyby jednak przedmiotem postępowania nie było udzielenie zamówienia publicznego, lecz koncesji na roboty budowlane, art. 21 dyrektywy nie miałby zastosowania. Jak zauważył ETS, art. 21 nie zawiera wzmianki dotyczącej składu konsorcjum.

---

<sup>144</sup> Patrz konkluzje rzecznika pkt 82 i 83 opinii.

W konsekwencji, ETS udzielił sądowi krajowemu odpowiedzi, że **dyrektywa 93/37 nie wyklucza przepisów krajowych, które zabraniają zmian w składzie grupy wykonawców biorącej udział w postępowaniu o zamówienie publiczne, które mają miejsce po złożeniu ofert.**

## Pytanie drugie

Jak podkreślił ETS, dyrektywa odwoławcza 89/665 wymaga od państw członkowskich UE zapewnienia, że decyzje zamawiających, dotyczące zamówień publicznych objętych zakresem dyrektyw wspólnotowych, mogą być przedmiotem procedur odwoławczych, tak efektywnych i szybkich, jak to możliwe, jeżeli naruszają prawo wspólnotowe lub prawo krajowe je wdrażające. Środki odwoławcze powinny być zatem dostępne co najmniej dla każdego podmiotu, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia, jeżeli jest on lub może być naruszony przez bezprawne zachowanie zamawiającego. Biorąc powyższe pod uwagę, ETS stwierdził, że udzielenie odpowiedzi na drugie pytanie wymaga przeanalizowania, czy środki odwoławcze przewidziane przez dyrektywę przysługują takiemu podmiotowi, jak wspomniane konsorcjum.

Pod pojęciem „decyzja” w rozumieniu dyrektywy 89/665 mieszczą się wszystkie postanowienia zamawiających, objęte zakresem wspólnotowych przepisów dotyczących zamówień publicznych Nawet w przypadku, kiedy – tak jak w rozpatrywanej sprawie – dyrektywy nie zawierają przepisu mającego bezpośrednie zastosowanie, powinny być stosowane ogólne zasady prawa wspólnotowego, a w szczególności zasada równego traktowania wykonawców. W badanej sprawie zamawiający uznał, iż konsorcjum naruszyło zasadnicze warunki udziału w postępowaniu. Decyzja ta objęta jest również zakresem dyrektywy 89/665.

Do ustalenia przez sąd krajowy ETS pozostawił natomiast kwestię, czy konsorcjum Metro Makedoniko może być uznawane za podmiot, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz czy interes ten został naruszony przez decyzję zamawiającego wykluczającą go z dalszego udziału w postępowaniu. W konsekwencji ETS stwierdził, że o ile decyzja zamawiającego ma negatywny wpływ na prawa przysługujące konsorcjum, zgodnie z postanowieniami prawa wspólnotowego, konsorcjum takie powinno mieć możliwość skorzystania ze środków odwoławczych przysługujących zgodnie z dyrektywą 89/665. ETS udzielił następującej odpowiedzi na pytania sądu krajowego:

- **dyrektywa 93/37 nie wyklucza przepisów krajowych, które zabraniają zmiany w składzie grupy wykonawców biorącej udział w postępowaniu o zamówienie publiczne, która ma miejsce po złożeniu ofert, oraz**
- **w przypadku, kiedy decyzja zamawiającego narusza prawa konsorcjum przyznane mu postanowieniami prawa wspólnotowego dotyczącego zamówień publicznych, konsorcjum takie powinno mieć możliwość skorzystania ze środków przysługujących zgodnie z dyrektywą 89/665.**

### 3.10. Wyrok Trybunału z 18 marca 2004 roku w sprawie C – 314/01

Wyrok<sup>145</sup> został wydany w trybie art. 234 TWE w odpowiedzi na pytania prejudycjalne zadane przez sąd austriacki, dotyczące interpretacji postanowień dyrektywy 92/50 oraz 89/665.

#### Stan faktyczny

Wątpliwości dotyczące interpretacji postanowień prawa wspólnotowego pojawiły się w postępowaniu toczącym się pomiędzy Centralnym Stowarzyszeniem Austriackich Instytucji Ubezpieczenia Społecznego (zwanego dalej „Stowarzyszeniem”) i firmami Siemens i ARGE Telekom. Stowarzyszenie opublikowało w 1999 r. w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich zaproszenie do składania ofert w dwustopniowym postępowaniu, dotyczącym zamówienia na projekt oraz wdrożenie systemów elektronicznych opartych na kartach chipowych. Zamówienie to obejmowało dostawę oraz dystrybucję tych kart na terenie Austrii, instalację, a także utrzymanie terminali oraz świadczenie innych usług związanych z funkcjonowaniem systemu. Jedno z postanowień dokumentacji przetargowej przewidywało, że wykonawca zamówienia może podzlecić podmiotom trzecim (podwykonawcom) maksymalnie 30% wartości głównego kontraktu. Określone części zamówienia nie mogły być w ogóle przedmiotem podwykonawstwa. W odpowiedzi na ogłoszenie złożyły swoje oferty cztery konsorcja. Trzy spośród nich zaproponowały jako dostawcę kart tę samą firmę – **Austria Card**. Czwarte konsorcjum zgłosiło zupełnie innego dostawcę. Oferta tego ostatniego konsorcjum została wybrana przez zamawiającego. Konsorcja, których oferty nie zostały wybrane, odwołały się do sądu, domagając się anulowania decyzji zamawiającego. Sąd oddalił odwołanie, uznając, że oferty powinny zostać odrzucone z uwagi na udział w konsorcjach tego samego dostawcy. Zdaniem sądu sytuacja taka mogła prowadzić do wypaczenia konkurencji w postępowaniu poprzez przepływ informacji oraz negocjacje dotyczące zawartości poszczególnych ofert. Wyrok został jednak oddalony przez austriacki sąd konstytucyjny, który uznał, że sąd niższej instancji, rozpatrując odwołanie, naruszył konstytucyjne prawa konsorcjów. Przed wydaniem orzeczenia powinien zwrócić się do ETS z pytaniami o interpretację.

Sąd krajowy (federalny urząd ds. zamówień publicznych – BVA), który otrzymał po raz kolejny odwołania konsorcjów, zdecydował się wystąpić do ETS z czterema pytaniami. Dotyczyły one zgodności austriackich przepisów z postanowieniami dyrektywy odwoławczej. Pytania te, podobnie zresztą jak w przypadku kilku innych omawianych w niniejszej publikacji orzeczeń, związane były ze specyficznymi rozwiązaniami przewidzianymi przez austriacki system zamówień publicznych.

<sup>145</sup> ECR 2004, str. I – 02549.

Jedno z nich dotyczyło zgodności z dyrektywami zakazu podwykonawstwa w zamówieniach publicznych. Można je streścić w następujący sposób:

- Czy umowa w sprawie zamówienia publicznego objętego zakresem dyrektywy 92/50 i 89/665 powinna być uznana za nieważną, jeżeli na przebieg postępowania o zamówienie publiczne ma wpływ postanowienie zawarte w zaproszeniu do składania ofert, niezgodne z prawem wspólnotowym, a prawo krajowe uznaje umowy sprzeczne z prawem za nieważne<sup>146</sup>?

Pytanie to zostało oparte na założeniu, że postanowienie dokumentacji przetargowej, które zabrania podwykonawstwa, jest niezgodne z dyrektywą 92/50, biorąc pod uwagę orzeczenie wydane w sprawie C-176/98<sup>147</sup>.

## Stanowisko stron oraz interwenientów

Komisja Europejska w swojej interwencji zwracała uwagę na to, że dyrektywa 92/50 nie zabrania wykluczenia lub ograniczenia możliwości wykorzystania podwykonawców do wykonania zasadniczych części zamówienia w sytuacji, kiedy zamawiający nie jest w stanie ocenić ich technicznych i finansowych możliwości na tym etapie postępowania, kiedy dokonuje wyboru najkorzystniejszej oferty.

## Opinia rzecznika

Rzecznik przedstawiając swoją opinię<sup>148</sup>, zauważył, że zarówno stan faktyczny, jak i proceduralny dotyczący tego problemu jest bardzo złożony i zachodzą poważne wątpliwości, czy zadane pytania w ogólne powinny być uznane za dopuszczalne przez ETS. Ponieważ spór w głównym postępowaniu stał się z czasem bezprzedmiotowy, pytania stały się całkowicie lub częściowo hipotetyczne. Przeprowadzwszy długą analizę pytań zadanych przez sąd krajowy, rzecznik zaproponował uznanie trzech spośród czterech z nich za niedopuszczalne.

Na pytanie dotyczące podwykonawstwa zaproponował natomiast udzielenie następującej odpowiedzi:

- jeżeli umowa o zamówienie publiczne jest zawarta po przeprowadzeniu postępowania przewidującego wymóg niezgodny z prawem wspólnotowym, ważność i ewentualne uchylenie zawartej umowy powinno być ocenione w świetle obowiązującego prawa krajowego.

## Odpowiedź Trybunału

Zgadzając się ze stanowiskiem rzecznika, ETS odmówił odpowiedzi na trzy zadane mu pytania i odpowiedział wyłącznie na pytanie związane z podwyko-

<sup>146</sup> M. Dischendorfer „Case C-314/01, Siemens, Prohibiting Subcontracting Under the EC Public Procurement Directives”, *Public Procurement Law Review* 5, 2004, str. NA132.

<sup>147</sup> Wyrok ETS z 2 grudnia 1999 r. w sprawie C-176/98 „Holst Italia”.

<sup>148</sup> Patrz opinia rzecznika generalnego Geelhoeda z 20 listopada 2003 r. (ECR 2004, str. I – 02549).

nawstwem. ETS rozpoczął swoje rozważania od uwagi, że sąd krajowy, występując z tym pytaniem, założył, że zaproszenie do składania ofert, które zabrania podwykonawstwa zasadniczych części zamówienia, jest sprzeczne z dyrektywą 92/50. Następnie przypomniał odpowiednie przepisy zawarte w dyrektywie 92/50. I tak, art. 25 stanowi, że wykonawca może podzlecić część zamówienia podmiotom trzecim oraz że zamawiający może zażądać od wykonawców wskazania w ich ofertach, jaką część zamówienia zamierzają podzlecić. Co więcej, w odniesieniu do kryteriów kwalifikacji do udziału w postępowaniu, art. 32 ust. 2 lit. c) i h) dyrektywy 92/50 wyraźnie przewiduje możliwość wykazania przez wykonawcę jego zdolności technicznej poprzez:

- wskazanie zaangażowanych techników lub podmiotów technicznych, niezależnie do tego, czy należą oni bezpośrednio do wykonawcy, lub
- wskazanie części zamówienia, którą wykonawca zamierza podzlecić.

ETS powołał się następnie na swoje orzeczenie wydane w sprawie C-176/98. W wyroku tym stwierdził, że biorąc pod uwagę treść oraz cel dyrektywy 92/50 wykonawca nie może zostać wykluczony z udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne wyłącznie na tej podstawie, że proponuje, w celu wykonania danego zamówienia, użycie zasobów, które nie są jego własnością, ale należą do innych podmiotów. Oznacza to, że usługodawca, który sam nie spełnia minimalnych warunków wymaganych dla wzięcia udziału w postępowaniu, może polegać na możliwościach innych podmiotów, z których zasobów zamierza skorzystać po udzieleniu mu zamówienia. Spoczywa jednak na nim obowiązek wykazania, że zasoby te są mu dostępne.

ETS uznał jednak, że orzeczenie wydane w sprawie C-176/98 nie ma zastosowania w tym przypadku. Zgodził się ze stanowiskiem Komisji, stwierdzając, że „dyrektywa 92/52 nie zabrania wykluczenia lub ograniczenia możliwości wykorzystania podwykonawców do wykonania zasadniczych części zamówienia w sytuacji, kiedy zamawiający nie jest w stanie ocenić ich technicznych i finansowych możliwości na tym etapie postępowania, kiedy dokonuje wyboru wykonawcy, który przedstawił najkorzystniejszą ofertę”<sup>149</sup>.

Następnie ETS stwierdził, iż „wydaje się, że pkt 1.8 zaproszenia do składania ofert nie odnosi się do etapu oceny oraz wyboru oferty w postępowaniu o zamówienie publiczne, ale do etapu wykonywania zamówienia i ma na celu uniknięcie sytuacji, w której wykonanie zasadniczych części zamówienia zostanie powierzone podmiotom, których zdolności technicznych oraz finansowych zamawiający nie był w stanie zweryfikować w momencie wyboru wykonawcy”. ETS pozostawił ocenie sądu krajowego, czy taka sytuacja rzeczywiście ma miejsce w omawianej sprawie.

Odnosząc się do meritum pytania, ETS zauważył, że gdyby rzeczywiście zaproszenie do składania ofert w sposób sprzeczny z prawem wspólnotowym zabraniało skorzystania z podwykonawstwa, państwo członkowskie miałyby obowiązek

<sup>149</sup> Tłumaczenie własne oparte na francuskiej wersji wyroku. W wersji ang. wyroku użyte zostało sformułowanie „the lowest tenderer”, co jest oczywiście błędne.



podjąć wszelkie niezbędne środki dla zapewnienia, że decyzje zamawiającego niezgodne z prawem europejskim będą podlegać postępowaniu odwoławczemu. W przypadku, kiedy zaproszenie do składania ofert jest niezgodne z prawem wspólnotowym, krajowy system prawny powinien umożliwiać powoływanie się na tę sprzeczność w postępowaniu odwoławczym określonym w dyrektywie 89/665.

## Komentarz

Odpowiadając na pytanie sądu krajowego dotyczące ogólnego zakazu podwykonawstwa, ETS dokonał rozróżnienia pomiędzy oceną i wyborem oferty oraz wykonaniem zamówienia. Zamiast jednak wyjaśnić, kiedy możliwy jest zakaz podwykonawstwa w odniesieniu do każdej z tych faz, powtórzył za Komisją, że zamawiający może wykluczyć lub ograniczyć możliwość wykorzystania podwykonawców zasadniczych części zamówienia w sytuacji, kiedy nie jest w stanie ocenić ich technicznych i finansowych możliwości, dokonując wyboru najkorzystniejszej oferty.

Zdaniem ETS sporny przepis zaproszenia do składania ofert miał na celu uniknięcie sytuacji, w której wykonanie zasadniczych części zamówienia zostanie powierzone podmiotom, których zdolności technicznych oraz finansowych zamawiający nie był w stanie zweryfikować. M. Dischendorfer zwraca jednak uwagę, że postanowienie to zostało wprowadzone do zaproszenia dla podkreślenia odpowiedzialności dostawcy kart, w celu zagwarantowania należytego wykonania zamówienia, nie zaś dlatego, że zamawiający nie był w stanie zweryfikować zdolności podwykonawców w momencie, kiedy dokonywał oceny ofert<sup>150</sup>. ETS słusznie zauważył, że kwestionowany przepis zaproszenia nie odnosi się do etapu oceny oraz wyboru oferty w postępowaniu o zamówienie publiczne, ale do etapu wykonywania zamówienia. Jeżeli jednak tak jest, to nie mogą mieć zastosowania postanowienia dyrektywy 92/50 związane z podwykonawstwem – dotyczą one bowiem etapu oceny i wyboru ofert.

W konsekwencji omawiany zakaz (ograniczenie) podwykonawstwa nie może być oparty na wspomnianych przepisach dyrektywy (niemożność oceny przez zamawiającego odpowiedniości podwykonawców). Jeżeli zamawiający dopuszcza podwykonawstwo na etapie składania ofert i pozwala oferentowi powoływać się na zasoby podwykonawców – powinien również umożliwić wykorzystanie tych zasobów do wykonania zamówienia. Zakaz podwykonawstwa na etapie realizacji zamówienia nie jest przewidziany w dyrektywach. Dyrektywy nie określają zatem żadnych warunków ograniczających lub zabraniających zastosowania takiego zakazu<sup>151</sup>.

Zdaniem S. Arrowsmith z wydanego przez ETS wyroku wynika ogólna zasada, że zamawiający ma obowiązek ocenić, w odniesieniu do każdego stanu faktycznego, czy podwykonawcy są odpowiedni, zamiast wprowadzania ogólnego

<sup>150</sup> M. Dischendorfer „Case C-314/01...”, str. NA139.

<sup>151</sup> Ibidem.

zakazu podwykonawstwa<sup>152</sup>. Zamawiający może przecież żądać od oferentów podania informacji o proponowanych podwykonawcach, może ocenić ich sytuację ekonomiczną i finansową.

Natomiast zdaniem M. Dischendorfera zamawiający może wprowadzić zakaz zlecenia przez wybranego wykonawcę części zamówienia na etapie wykonania. Ograniczenie to musi być jednak zgodne z podstawowymi zasadami prawa wspólnotowego: swobodnego przepływu towarów i swobody świadczenia usług oraz zakazem dyskryminacji<sup>153</sup>.

Również A. Sołtysińska podkreśla, że dopuszczalność ograniczenia lub wykluczenia podwykonawstwa zależy od etapu postępowania o zamówienie publiczne i może dotyczyć fazy realizacji zamówienia<sup>154</sup>.

Wspólne dla wszystkich komentatorów jest poczucie niedosytu, jakie pozostawia wspomniany wyrok ETS – nie została wykorzystana doskonała okazja do usystematyzowania reguł dotyczących podwykonawstwa w zamówieniach publicznych.

### **3.11. Wyrok Trybunału z 19 czerwca 2003 roku w sprawie C-315/01**

#### **Stan faktyczny**

Wyrok<sup>155</sup> został wydany przez Trybunał w trybie art. 234 TWE w odpowiedzi na pytania prejudycjalne zadane przez Bundesvergabeamt (austriacki federalny urząd (sąd) ds. zamówień publicznych), dalej w skrócie BVA. Pytania te dotyczyły interpretacji kilku postanowień dyrektywy odwoławczej 89/665 oraz dyrektywy 93/36<sup>156</sup>, w szczególności dopuszczalności rozpoznania z urzędu przez organ odwoławczy naruszenia prawa przez zamawiającego, na które nie zwrócił uwagi odwołujący się oferent, a także prawidłowego stosowania kryteriów kwalifikacji oraz udzielenia zamówienia. Spór toczący się przed Bundesvergabeamt dotyczył zamówienia udzielanego przez Urząd ds. Autostrad na dostawę maszyny do oczyszczania (zamiatarki) autostrady biegnącej przez austriackie Alpy. W 2002 r. opublikowane zostało zaproszenie do składania ofert w procedurze otwartej na dostawę nowej, gotowej do użycia maszyny. W postępowaniu zostało złożonych pięć ofert. Najniższą cenę zaproponowała firma GAT, ale oferta tej firmy została odrzucona przez zamawiającego, który udzielił zamówienia jej konkurentowi, oferującemu zamiatarkę po znacznie wyższej cenie. Decyzję o odrzuceniu oferty GAT zamawiający uzasadniał tym, że:

<sup>152</sup> S. Arrowsmith „The Law...”, str. 779.

<sup>153</sup> M. Dischendorfer „Case C – 314/01...”, str. NA139

<sup>154</sup> A. Sołtysińska „Podwykonawstwo w zamówieniach publicznych”, Prawo zamówień publicznych nr 2, 2004.

<sup>155</sup> ECR 2003, str. I – 06351.

<sup>156</sup> Dyrektywa dotycząca koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na dostawy.

- oferta ta nie spełniała warunków określonych w zaproszeniu do składania ofert, ponieważ oferowana przez GAT maszyna mogła działać w temperaturze nie niższej niż 0 °C, podczas gdy zamawiający wymagał, aby było to co najmniej – 5 °C,
- oferent nie umożliwił, tak jak tego wymagała dokumentacja przetargowa, inspekcji oferowanego sprzętu w promieniu 300 km od siedziby zamawiającego,
- cena proponowana przez GAT była, zdaniem zamawiającego, podejrzanie niska oraz
- oferent nie przedstawił satysfakcjonujących wyjaśnień dotyczących mechanizmu czyszczenia reflektorów zmiatarki.

GAT odwołał się od decyzji zamawiającego do Bundesvergabebamt, twierdząc, że jego oferta została odrzucona niesłusznie. Swoje odwołanie uzasadniał w następujący sposób:

- opis techniczny mechanizmu czyszczenia reflektorów zmiatarki był, w opinii ekspertów, wystarczający,
- zamawiający został zaproszony do odwiedzenia fabryki GAT,
- wymóg, aby sprzęt był udostępniony do inspekcji w promieniu 300 km od siedziby zamawiającego, naruszał prawo europejskie, ponieważ stanowił pośrednią dyskryminację, a ponadto mógł być użyty nie jako kryterium udzielenia zamówienia, ale wyłącznie jako kryterium kwalifikacji,
- podstawowa wersja oferowanej zmiatarki działała wprawdzie jedynie w temperaturze nie niższej niż 0 °C, ale GAT przewidział też opcję dodatkową – zmiatarkę spełniającą wymóg zamawiającego,
- GAT był także w stanie wyjaśnić, dlaczego oferowana przez niego cena jest tak korzystna.

BVA zawiesił postępowanie w sprawie odwołania i wystąpił do ETS z pytaniami, które mogą być streszczone w następujący sposób:

- 1a) Czy, zgodnie z art. 2 ust. 8 dyrektywy 89/665 lub innym przepisem prawa wspólnotowego, organ odwoławczy może brać pod uwagę, z urzędu, i niezależnie od stanowisk stron postępowania, okoliczności, które uważa za istotne dla rozstrzygnięcia sporu?
- 1b) Czy, zgodnie z art. 2 ust. 1 lit. c) dyrektywy 89/665 lub innym przepisem prawa wspólnotowego, organ odwoławczy może oddalić wnioski oferenta, pośrednio zmierzającego do uzyskania odszkodowania, z tego względu, że procedura udzielenia zamówienia została już poprzednio naruszona przez bezprawną decyzję zamawiającego, inną niż decyzja kwestionowana przez odwołującego się, więc w konsekwencji interes wykonawcy nie jest naruszony przez decyzję, od której się odwołuje?
- 2) tylko w sytuacji, kiedy odpowiedź na pytanie 1a jest odmowna: Czy, zgodnie z dyrektywą 93/36, zamawiający może brać pod uwagę referencje, dotyczące oferowanych produktów nie jako kryterium kwalifikacji, ale jako kryterium udzielenia zamówienia, w taki sposób, że referencje ocenione przez niego negatywnie wpływają na gorszą ocenę oferty (a nie na wykluczenie jej z udziału w postępowaniu)?

- 3) tylko w sytuacji, kiedy odpowiedź na pytania 1a i 2 jest negatywna: Czy zgodne z dyrektywą 93/36 oraz z zasadą niedyskryminacji jest ocenianie referencji jedynie na podstawie ich liczby, bez wnikania, jakie były opinie użytkowników, oraz dopuszczenie jedynie referencji z tej części Alp, które znajdują się w UE?
- 4) Czy jest zgodne z prawem wspólnotowym oraz z zasadą równego traktowania przyznawanie punktów tylko tym ofertom, które gwarantują zamawiającemu inspekcję oferowanego sprzętu w promieniu 300 km od miejsca dostawy sprzętu? oraz
- 5) tylko w sytuacji, kiedy odpowiedź na pytanie drugie jest twierdząca, zaś na pytania trzecie i czwarte odmowna: czy odwołujący się oferent jest uprawniony do odszkodowania jedynie w sytuacji, kiedy jest w stanie dowieść, że gdyby zamawiający nie zastosował niezgodnego z prawem kryterium, jego oferta byłaby najlepsza?

## Stanowiska interwientów

W toczącym się przed ETS postępowaniu swoje opinie wyraziło dwóch interwientów: Komisja Europejska oraz rząd austriacki. Kwestią, którą podnieśli, była sama możliwość zadania przez BVA pytań Trybunałowi. Komisja zakwestionowała uprawnienie BVA do wystąpienia do ETS z pytaniami prejudycjalnymi, z uwagi na to, że decyzje tego organu nie podlegają egzekucji. Zwróciła też uwagę na wyrok ETS, w którym stwierdził on, że sąd lub trybunał krajowy jest uprawniony do wystąpienia z pytaniem w trybie art. 234 tylko w sytuacji, kiedy dotyczy ono postępowania toczącego się przed tym sądem, które ma doprowadzić do wydania przez niego wiążącej decyzji<sup>157</sup>. Tymczasem decyzje BVA nie podlegają egzekucji w rozumieniu austriackiej ustawy o zamówieniach publicznych. Rząd austriacki z kolei uważał, że dwa spośród zadanych pytań nie powinny być rozpatrywane przez ETS, ponieważ zostały zadane w związku z postępowaniem, które wg ustawy austriackiej nie jest procedurą odwoławczą w rozumieniu dyrektywy 89/665. Ustawodawca austriacki skorzystał bowiem z uprawnień nadanych mu przez tę dyrektywę i ograniczył kompetencje organu odwoławczego po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego wyłącznie do przyznania odszkodowania odwołującemu się. BVA jest wprawdzie uprawniony do rozpatrywania odwołań, ale nie do przyznawania odszkodowań (jest to bowiem kompetencja sądu powszechnego). Po zawarciu umowy BVA może jedynie stwierdzić naruszenie prawa przez zamawiającego. Kompetencja ta została mu przyznana dla uproszczenia postępowania odwoławczego. Postępowanie w sprawie odszkodowania musi natomiast być poprzedzone tym stwierdzeniem.

W sprawie dopuszczalności rozpatrywania przez organ odwoławczy z urzędu kwestii bezprawnych działań zamawiającego, na które nie zwrócił uwagi odwołujący się, zarówno Komisja, jak i rząd austriacki wyraziły opinię, że dyrektywa 89/665 nie wymaga, aby procedury odwoławcze przez nią określone były oparte wyłącznie na żądaniach stron. Nie pozbawia zatem organu odwoławczego prawa do rozpatrywania kwestii z urzędu.

<sup>157</sup> Wyrok w sprawie C-134/97.

Obaj interwenienci byli również zdania, że dyrektywa zabrania organom odwoławczym oddalenia odwołania wykonawcy, ubiegającego się pośrednio o uzyskanie odszkodowania, wyłącznie na tej podstawie, że procedura udzielenia zamówienia została naruszona na skutek innej niż kwestionowana decyzji zamawiającego. Zdaniem Komisji dyrektywa wymaga, aby środki odwoławcze w niej przewidziane były dostępne dla wszystkich podmiotów, które mają lub miały interes w uzyskaniu danego zamówienia, i które były lub mogą być poszkodowane na skutek naruszenia prawa przez zamawiającego. Dotyczy to zarówno odwołań bezpośrednio od decyzji zamawiającego, jak i wniosków o odszkodowania, ponieważ przepis dotyczący odszkodowań nie przewiduje w tym zakresie żadnego ograniczenia. Z kolei zdaniem rządu austriackiego zgoda na oddalenie odwołania w takiej sytuacji oznaczałaby w praktyce, że w każdym postępowaniu odwoławczym odwołujący się musiałby zwrócić uwagę na każde naruszenie prawa przez zamawiającego, w przeciwnym razie mógłby stracić prawo do odszkodowania. Sąd mógłby bowiem oddalić jego odwołanie na tej podstawie, że postępowanie zamawiającego i tak było bezprawne w związku z naruszeniem prawa przez niego niepodniesionym.

Co do pytania dotyczącego referencji – zarówno Komisja, jak i rząd austriacki uważały, że wymóg ten ma bardziej charakter kryterium kwalifikacji aniżeli udzielenia zamówienia. Zgodnie ze strukturą dyrektywy 93/36 referencje przedłożone przez oferenta mogą być rozpatrywane tylko na potrzeby oceny, czy spełnia on warunki udziału w postępowaniu. Jeśli chodzi o ograniczenie zastosowane przez zamawiającego, zgodnie z którym oferent może przedłożyć jedynie referencje pochodzące z obszaru Alp leżącego na terytorium UE, obaj interwenienci uznali je za dyskryminujące. Zdaniem Austrii kryterium takie faworyzuje oferentów mających siedzibę blisko zamawiającego, czyli – w praktyce – z tego samego kraju, co zamawiający, lub mających siedzibę blisko granicy.

## Opinia rzecznika

Rzecznik Geelhoed<sup>158</sup> nie podzielił opinii Komisji i rządu austriackiego w kwestii dopuszczalności pytań zadanych przez sąd krajowy. Nie miał żadnych wątpliwości co do tego, że BVA jest sądem lub trybunałem w rozumieniu art. 234 TWE, czyli może występować z pytaniami prejudycjalnymi do ETS. BVA występował już bowiem wielokrotnie do ETS z pytaniami wstępnymi w trybie art. 234 TWE i za każdym razem Trybunał uznawał jego uprawnienia<sup>159</sup>. Rzecznik uznał wszystkie pytania za dopuszczalne i zasugerował ETS odpowiedź na każde z nich.

Nie zachodzi potrzeba szczegółowego omawiania stanowiska rzecznika, ponieważ ETS podzielił je w swoim wyroku. Część opinii rzecznika, dotycząca pytania nr 5, na które ETS nie odpowiedział, zostanie przedstawiona w komentarzu do orzeczenia.

<sup>158</sup> Patrz opinia rzecznika z 10 października 2002 r. (ECR 2003, str. I – 06351)

<sup>159</sup> Patrz np. wyroki w sprawach C-44/96, C-76/97, C-111/97, C-324/98 czy też C-94/99.

## Odpowiedzi Trybunału

### Dopuszczalność zadanych pytań

Trybunał uznał tylko jedno z zadanych pytań za niedopuszczalne – pytanie piąte dotyczące warunków, na jakich oferent może wystąpić o przyznanie mu odszkodowania. Ponieważ, zgodnie z przepisami austriackimi, BVA nie jest uprawniony do przyznania odszkodowania – Trybunał uznał, że nie jest on też uprawniony do wystąpienia do ETS z pytaniem dotyczącym odszkodowania.

### Pytania 1a i 1b

Odpowiadając na pytania dotyczące możliwości rozszerzenia przez organ odwoławczy zakresu rozpatrywanych naruszeń (pytania 1a i 1b), Trybunał zauważył, że: „celem dyrektywy 89/665 jest wzmocnienie istniejących już mechanizmów, zarówno na poziomie wspólnotowym, jak i krajowym, które zapewniają efektywne wdrożenie dyrektyw dotyczących zamówień publicznych, szczególnie na tym etapie postępowania, kiedy dane naruszenie ich postanowień może być wciąż naprawione”. W związku z tym dyrektywa 89/665 wymaga od państw członkowskich zapewnienia, że bezprawne decyzje zamawiających mogą być przedmiotem efektywnej i tak szybkiej, jak to możliwe, procedury odwoławczej. Dyrektywa określa jednak jedynie minimalne warunki, jakie powinny być spełnione przez systemy poszczególnych państw członkowskich w zakresie procedur odwoławczych. W związku z tym, państwo członkowskie może samo zdecydować, czy i w jakich okolicznościach organ odwoławczy może z własnej inicjatywy podnieść kwestie bezprawności, które nie zostały poruszone przez stronę wnoszącą odwołanie. Żaden z przepisów dyrektywy nie zabrania takiego rozwiązania. Nie jest ono sprzeczne także z celem dyrektywy, którym jest zapewnienie przestrzegania przepisów dyrektyw dzięki szybkim i efektywnym procedurom odwoławczym. Organ rozpatrujący odwołanie może z własnej inicjatywy podnieść kwestie naruszenia prawa w trakcie postępowania o zamówienie publiczne, bez czekania, aż uczyni to odwołujący się. Dopuszczalność decyzji sądu o oddaleniu odwołania, w sytuacji opisanej w pytaniu 1b (procedura udzielenia zamówienia była bezprawna w związku z naruszeniem prawa podniesionym z urzędu przez sąd, innym niż wskazane przez wykonawcę), nie wynika, zdaniem ETS, bezpośrednio z postanowień dyrektywy 89/665. Jednakże zgodnie z utrwalonym orzecnictwem art. 1 ust. 1 tej dyrektywy ma zastosowanie do wszelkich decyzji podejmowanych przez zamawiających, które podlegają regulacji dyrektyw dotyczących zamówień publicznych. W tym zakresie dyrektywa nie przewiduje żadnych ograniczeń. Wśród mechanizmów przez nią przewidzianych jest także procedura ubiegania się o odszkodowanie przez poszkodowanego wykonawcę, która powinna być dostępna dla każdego poszkodowanego (art. 1 ust. 1 lit. c)). Wynika z tego, że wykonawca poszkodowany przez decyzję zamawiającego podjętą niezgodnie z prawem nie może być pozbawiony prawa do odszkodowania na tej podstawie, że procedura udzielania zamówień

wienia była i tak bezprawna, biorąc pod uwagę inne naruszenie prawa, na które zwrócił uwagę, z urzędu, organ odwoławczy. Konkluzja taka jest, zdaniem ETS, tym bardziej oczywista w sytuacji, kiedy dane państwo członkowskie, korzystając z możliwości wynikających z dyrektyw 89/665, wprowadza ograniczenie, zgodnie z którym po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego organ odwoławczy może przyznać wyłącznie odszkodowanie.

Na zadane pytania ETS odpowiedział więc w następujący sposób:

- **dyrektywa odwoławcza nie zabrania sądowi rozpatrującemu odwołanie podniesienia z urzędu kwestii bezprawności zachowania zamawiającego, na które nie zwrócił uwagi odwołujący się, domagający się odszkodowania na innej podstawie;**
- **organ odwoławczy nie może oddalić odwołania na tej podstawie, że na skutek naruszenia, podniesionego z własnej inicjatywy przez sąd, procedura udzielania zamówienia była bezprawna i wykonawca i tak poniósłby szkodę, nawet gdyby podnoszone przez niego inne naruszenie nie miało miejsca.**

## Pytanie drugie

Zadając to pytanie, BVA zmierzał zasadniczo do ustalenia, czy zgodne z dyrektywą jest traktowanie przez zamawiającego liczby przedłożonych przez oferenta referencji jako kryterium udzielenia zamówienia, nie zaś jako kryterium kwalifikacji. ETS zaczął swoje rozważania od przypomnienia, że zgodnie ze strukturą dyrektywy 93/36, a zwłaszcza jej Tytułu IV, ocena kwalifikacji wykonawcy do dostarczenia produktów będących przedmiotem postępowania o zamówienie publiczne oraz udzielenie tego zamówienia – to dwie odrębne operacje w ramach procedury udzielania zamówienia. Zgodnie z art. 15 ust. 1 dyrektywy zamówienie powinno być udzielone po sprawdzeniu kwalifikacji wykonawcy. Dyrektywa nie wyklucza wprawdzie sytuacji, kiedy ocena oferenta i jego oferty mają miejsce równocześnie, ale do działań tych mają zastosowanie odrębne reguły<sup>160</sup>. Zgodnie z art. 15 ust. 1 dyrektywy ocena kwalifikacji wykonawcy odbywa się w oparciu o kryteria dotyczące jego sytuacji ekonomicznej i finansowej oraz zdolności i umiejętności technicznych (zgodnie z art. 22–24 dyrektywy). Celem tych przepisów nie jest bynajmniej ograniczenie kompetencji państw członkowskich do ustalenia minimalnych poziomów, z którymi wiąże się możliwość wzięcia udziału w postępowaniu, ale określenie, jakie dokumenty lub zaświadczenia mogą być przedstawione w celu wykazania, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu. Z kolei decyzja zamawiającego o udzieleniu zamówienia może być, zgodnie z art. 26 dyrektywy, oparta bądź na najniższej oferowanej cenie, bądź, w przypadku kiedy zamawiający dokonuje wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, na szeregu kryteriów, przykładowo wymienionych, takich jak: cena, termin dostawy, charakterystyka funkcjonalna i estetyczna, walor techniczny, usługi po sprzedaży oraz serwis techniczny. Lista tych kryteriów nie jest za-

<sup>160</sup> Patrz orzeczenie w sprawie 31/87 „Beentjes”.

mknięta, jednakże, zgodnie z orzecznictwem ETS, wybór zamawiającego jest ograniczony wyłącznie do kryteriów, które mają służyć wyłonieniu oferty najkorzystniejszej ekonomicznie<sup>161</sup>. Lista zawierająca wykaz głównych dostaw w okresie trzech lat poprzedzających udzielenie zamówienia, zawierająca ceny, daty oraz odbiorców, została wyraźnie wymieniona w art. 23 ust. 1 lit a) dyrektywy jako jeden z dowodów na potwierdzenie zdolności technicznej dostawcy. Taka lista, jaka była wymagana przez zamawiającego w omawianej sprawie, niezawierająca opinii odbiorców, nie może być wykorzystana do identyfikacji oferty najkorzystniejszej ekonomicznie w rozumieniu art. 26 dyrektywy. W konsekwencji, nie może być także kryterium udzielenia zamówienia w rozumieniu tegoż przepisu. Na pytanie sądu krajowego ETS udzielił następującej odpowiedzi:

- **dyrektywa 93/36 zabrania zamawiającemu, w procedurze udzielania zamówienia publicznego na dostawy, na branie pod uwagę liczby referencji dotyczących oferowanych produktów nie jako kryterium oceny kwalifikacji dostawcy, ale jako kryterium udzielenia zamówienia.**

### Pytanie trzecie

Na to pytanie ETS nie odpowiedział, ponieważ udzielona przez niego odpowiedź na pytanie drugie była negatywna.

### Pytanie czwarte

Zadając to pytanie BVA zmierzał zasadniczo do ustalenia, czy zgodnie z prawem wspólnotowym oraz z zasadą równego traktowania jest przyznawanie punktów tylko tym ofertom, które gwarantują zamawiającemu inspekcję oferowanego sprzętu w promieniu 300 km od miejsca dostawy. ETS uznał, że takie kryterium **nie może być kryterium udzielenia zamówienia w rozumieniu dyrektywy**. Wniosek ten został oparty na następujących argumentach:

- zgodnie z art. 23 ust. 1 lit. d) dyrektywy zamawiający może żądać dostarczenia próbek, opisów i/lub zdjęć oferowanych produktów wyłącznie jako dowodu technicznych kwalifikacji dostawcy;
- kryterium związane z inspekcją oferowanych produktów nie może służyć identyfikacji oferty najkorzystniejszej ekonomicznie w rozumieniu dyrektywy, nie może zatem być kryterium udzielenia zamówienia;
- w związku z powyższym nie jest konieczne rozpatrywanie, czy tak sformułowane kryterium jest zgodne z zasadą równego traktowania uczestników postępowania<sup>162</sup>.

<sup>161</sup> Np. wyroki w sprawach C-513/99 oraz C-19/00.

<sup>162</sup> Zagadnienie to zostało poruszone w opinii rzecznika, który uznał, że kryterium to faworyzuje tych dostawców, którzy mają swoje siedziby blisko siedziby zamawiającego, czyli w praktyce oferentów z tego samego kraju co zamawiający; kryterium to narusza zatem zasadę niedyskryminacji ze względu na pochodzenie produktów lub usług oraz narodowość wykonawcy (patrz pkt 67 opinii).



## Komentarz

Omawiane wyżej orzeczenie w sporej części dotyczy specyfiki austriackiego systemu odwoławczego<sup>163</sup>. Niemniej jednak jest ono interesujące z uwagi na co najmniej dwa zagadnienia<sup>164</sup>:

- rozróżnienie pomiędzy kryteriami kwalifikacji i kryteriami udzielenia zamówienia oraz
- konsekwencje zastosowania sprzecznego z prawem kryterium udzielenia zamówienia w kontekście dochodzenia przez wykonawcę odszkodowania.

Jeśli chodzi o pierwszy problem, ETS potwierdził swoje wcześniejsze orzecznictwo, zgodnie z którym kryteria kwalifikacji odnoszą się do właściwości wykonawcy, podczas gdy kryteria udzielania zamówienia dotyczą wyłącznie cech oferowanego produktu, usługi lub roboty budowlanej<sup>165</sup>. Z wydanego wyroku wynika jednak, że wymóg dotyczący referencji może być zastosowany, w zależności od tego, jakie informacje chce uzyskać zamawiający, bądź jako kryterium kwalifikacji, bądź jako kryterium udzielenia zamówienia<sup>166</sup>. I tak, referencje, których wyłącznym celem jest wykazanie zdolności wykonawcy do zrealizowania danego zamówienia, mogą być wykorzystane tylko jako kryterium kwalifikacji, decydujące o tym, czy zostanie on dopuszczony do udziału w postępowaniu. Jeżeli jednak celem referencji jest dostarczenie zamawiającemu informacji o produktach lub usługach oferowanych w przeszłości przez wykonawcę, może to być wykorzystane wyłącznie jako kryterium udzielenia zamówienia, ponieważ odnosi się do przedmiotu zamówienia, nie zaś do jego wykonawcy. Jak wynika z orzeczenia, zamawiający narusza przepisy prawa europejskiego, jeżeli stosuje kryterium kwalifikacji jako kryterium udzielenia zamówienia i odwrotnie.

Co zaś do odszkodowania, ETS niestety nie wypowiedział się na ten temat, uznając pytanie nr 5 za niedopuszczalne. Kwestia ta była natomiast przedmiotem rozważań rzecznika. Rzecznik zauważył, że dyrektywa 89/665, w przeciwieństwie do dyrektywy 92/13, milczy na temat warunków, jakie powinny być spełnione dla uzyskania odszkodowania przez wykonawcę. Zgodnie z art. 2 ust. 1 lit d) dyrektywy 92/13 w sytuacji, kiedy odwołujący się domaga się odszkodowania obejmującego koszty przygotowania oferty lub udziału w postępowaniu, ma obowiązek wykazać jedynie naruszenie prawa przez zamawiającego i to, że miał rzeczywistą szansę uzyskania zamówienia, gdyby ono nie nastąpiło. Ponieważ nie ma takiego warunku w dyrektywie 89/665, ustawodawca krajowy może zdefiniować te warunki

<sup>163</sup> Podobnie jak np. wyroki w sprawach C-249/01 oraz C-314/01.

<sup>164</sup> M. Dischendorfer „The Classification of Selection Criteria and the Legality of Ex Officio Interventions of Review Bodies in Review Procedures under the EC Directives on Public Procurement: the GAT Case”, *Public Procurement Law Review* 2, 2004, str. NA39.

<sup>165</sup> Patrz szersze omówienie orzecznictwa ETS w zakresie kryteriów kwalifikacji i udzielenia zamówienia w rozdziale 2.

<sup>166</sup> M. Dischendorfer „The Classification...”, str. NA43.

samodzielnie, uwzględniając jednak podstawowe zasady prawa wspólnotowego, głównie niedyskryminację oraz efektywność. Oznacza to, że ustawodawca krajowy, określając takie warunki, nie może sprawić, że uzyskanie odszkodowania będzie nadmiernie utrudnione lub w praktyce niemożliwe. Zdaniem rzecznika z dyrektywy 89/665 nie wynika, aby prawo do odszkodowania przysługiwało tylko wykonawcy, który może dowieść, że jego oferta byłaby najlepsza, gdyby nie sprzeczne z prawem kryterium udzielenia zamówienia. Gdyby prawo do odszkodowania było uzależnione od spełnienia tego warunku, uzyskanie odszkodowania byłoby w praktyce niemożliwe lub poważnie ograniczone<sup>167</sup>. Z opinii rzecznika mogłoby wynikać, że dyrektywa 89/665 powinna być, w zakresie związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy zastosowaniem bezprawnego kryterium a wyrządzeniem szkody wykonawcy, interpretowana mniej restrykcyjnie aniżeli dyrektywa 92/13. Warto jednak zwrócić uwagę na okoliczności sprawy – firma GAT domagała się odszkodowania obejmującego jedynie koszty przygotowania oferty, nie zaś utracony zysk czy też inne koszty. Zwrócił zresztą na to uwagę rzecznik, pisząc, że sprzeczny z celem dyrektywy jest system odwoławczy, w którym oferenci są w praktyce pozbawieni możliwości dochodzenia odszkodowania **obejmującego koszty przygotowania oferty**. Tak czy inaczej, ponieważ ETS nie odpowiedział na przedmiotowe pytanie, kwestia ta jest nadal otwarta. Pozostaje jedynie mieć nadzieję, że z pytaniem tym wystąpi w przyszłości inny sąd krajowy (niekoniecznie austriacki), a ETS uzna jego pytanie za dopuszczalne.

### 3.12. Wyrok Trybunału z 4 grudnia 2003 roku w sprawie C-448/01

#### Stan faktyczny

Wyrok ten został wydany przez Trybunał w trybie art. 234 TWE (zapytanie prejudycjalne) w odpowiedzi na pytania austriackiego Urzędu (Sądu) Zamówień Publicznych (Bundesvergabeamt) dotyczące interpretacji postanowień dyrektywy 93/36 koordynującej procedury zamówień publicznych na dostawę i dyrektywy 89/665 koordynującej procedury odwoławcze w sektorze publicznym. Pytania zostały zgłoszone w związku z rozpatrywaniem sporu pomiędzy konsorcjum EVN AG i Wienstrom GmbH (oferentem) i Republiką Austrii (jako zamawiającym).

Wyrok został wydany w oparciu o następujący stan faktyczny.

Na początku 2001 r. ogłoszony został przetarg na dostawę prądu do wszystkich biur administracji federalnej w prowincji Karyntia. Umowa miała obejmować okres od początku stycznia 2002 r. do końca grudnia 2003 r. Zużycie prądu na ten okres oszacowano na 22,5 GWh. Całość dostarczanej energii elektrycznej miała

---

<sup>167</sup> Pkt 65 opinii.

być wyprodukowana z uwzględnieniem wymogów ochrony środowiska (ze źródeł odnawialnych). Stosowne ogłoszenie o przetargu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich z 27 marca 2001 r.

Zgodnie z warunkami przetargu określonymi w ogłoszeniu w postępowaniu miała być wybrana oferta najkorzystniejsza ekonomicznie, z uwzględnieniem czynnika związanego z ochroną środowiska. Podano dwa kryteria wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie: cena jednostkowa 1 kWh (waga 55%) oraz produkcja energii elektrycznej z odnawialnych źródeł energii (45%). Dokumentacja przetargowa nie wymagała, by oferenci dołączali do oferty jakiegokolwiek potwierdzenia, że energia na potrzeby kontraktu wytwarzana będzie w sposób ekologiczny (ze względów technicznych nie jest możliwe zidentyfikowanie technologii zastosowanej do produkcji prądu). Jednakże wymagano dołączenia potwierdzenia, że w ciągu ostatnich dwóch lat oferent wyprodukował i/lub dostarczył dla dowolnych klientów co najmniej 22,5 GWh prądu wytworzonego ze źródeł odnawialnych (odpowiednik szacowanej wielkości bieżącego zamówienia). Oferty nie spełniające tego wymogu miałyby być odrzucone.

W wyznaczonym terminie złożone zostały cztery oferty:

- konsorcjum KELAG z ceną 0,44 ATS/kWh, z referencjami potwierdzającymi wyprodukowanie 3406 GWh prądu ze źródeł odnawialnych,
- firmy Energie Oberosterreich AG z ceną 0,4191 ATS/kWh, z tabelą dotyczącą wykorzystania proekologicznych źródeł prądu (5280 GWh rocznie),
- firmy BEWAG z ceną 0,465 ATS/kWh; dokumenty wykazywały produkcję ze źródeł odnawialnych w skali 449 GWh rocznie,
- oraz (odwołującego się później) konsorcjum EVN AG i Wienstrom GmbH z ceną 0,52 ATS/kWh; załączone dokumenty nie wskazywały, ile wyprodukowanej energii elektrycznej pochodziło ze źródeł odnawialnych, stwierdzały jedynie ogólnie, że produkcja proekologiczna w latach 1999–2000 wielokrotnie przekraczała wielkość obecnego zamówienia.

Za najlepszą w obu kryteriach uznana została oferta konsorcjum KELAG. Natomiast oferta konsorcjum EVN AG i Wienstrom GmbH uzyskała najmniejszą liczbę punktów w obu kryteriach z racji tego, że była najdroższa oraz że, w przeciwieństwie do pozostałych ofert, nie zawierała szczegółowego zestawienia produkcji proekologicznej.

Po otrzymaniu informacji o wynikach przetargu konsorcjum EVN AG i Wienstrom GmbH odwołało się do Federalnej Komisji Odwoławczej Zamówień Publicznych (Bundesvergabekontrollkommission), żądając wszczęcia procedury concyliacyjnej. Jednak Komisja odrzuciła odwołanie, uznając, że odwołujący się i tak nie ma żadnych szans na wygranie przetargu i uzyskanie zamówienia.

Konsorcjum wniosło zatem odwołanie do federalnego Urzędu Zamówień Publicznych Bundesvergabeamt, domagając się, m.in., anulowania kryterium dotyczącego proekologicznego sposobu produkcji energii i, w następstwie, unieważnienia postępowania w całości.

W trakcie rozpatrywania odwołania sąd austriacki uznał, że dla właściwego rozpoznania sprawy niezbędne jest uzyskanie wiążącej wykładni przepisów prawa europejskiego dotyczącego procedur udzielania zamówień publicznych i zwrócił się do Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z następującymi pytaniami:

- 1) Czy przepisy prawa europejskiego dotyczące zamówień publicznych, w szczególności postanowienia art. 26 dyrektywy 93/36, dopuszczają ustanowienie w przetargu dotyczącym dostaw energii elektrycznej kryterium oceny ofert (o wadze 45%), które wymaga od oferenta podania, jaka część dostarczanej energii pochodzi ze źródeł odnawialnych? Kryterium to nie odnosi się do planowanych dostaw objętych przedmiotowym zamówieniem (tylko do dostaw wcześniejszych), nie określono również kręgu odbiorców, dla których dostawy są brane pod uwagę. Zgodnie z tym kryterium najwyższa liczba punktów przyznana miała być temu oferentowi, który wskaże najwyższą wielkość dostaw (energii produkowanej proekologicznie), przy czym uwzględnia się (uprzednie) dostawy wyłącznie w takim zakresie, w jakim przekraczały wielkość dostaw planowanych w zakresie objętym obecnym postępowaniem;
- 2) Czy przepisy prawa europejskiego dotyczące zamówień publicznych, w szczególności art. 2 (1) (b) dyrektywy 89/665, dopuszczają, by uchylene bezprawnej decyzji podjętej w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego było uzależnione od udowodnienia, że dana decyzja miała wpływ na ostateczny wynik postępowania?
- 3) Czy, jeśli przepisy prawa europejskiego dotyczące zamówień publicznych, w szczególności art. 26 dyrektywy 93/36, dopuszczają, by uchylene bezprawnej decyzji podjętej w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przewidzianym przez art. 1 dyrektywy 89/665 było uzależnione od udowodnienia, że dana decyzja miała wpływ na ostateczny wynik postępowania, to czy taki dowód musi być przeprowadzony przez organ odwoławczy poprzez sprawdzenie, czy ponowna ocena ofert, bez uwzględnienia uchylonego bezprawnego kryterium, prowadzi do odmiennego wyniku postępowania (różnego rankingu ofert)?
- 4) Czy przepisy prawa europejskiego dotyczące zamówień publicznych, w szczególności art. 26 dyrektywy 93/36, wymagają, by zamawiający unieważnił postępowanie w całości, jeżeli w toku postępowania odwoławczego, prowadzonego w trybie przewidzianym przez art. 1 dyrektywy 89/665, okaże się, że jedno z kryteriów oceny ofert jest bezprawne?

### **Pytanie pierwsze – kryteria oceny ofert**

Przystępując do rozpatrywania pierwszego pytania, ETS wyodrębnił w nim dwie (w pewnym sensie niezależne) kwestie, uznając, że zadając to pytanie, sąd austriacki:

- 1) po pierwsze, zmierzał do ustalenia czy ustawodawstwo europejskie w zakresie zamówień publicznych dopuszcza, by zamawiający wprowadził kryterium oceny ofert odnoszące się do wymogu, aby dostarczana energia elektryczna produkowana była ze źródeł odnawialnych i

2) po drugie, przy założeniu, że odpowiedź na pierwszą część pierwszego pytania jest pozytywna, wnosił o interpretację wymagań prawa europejskiego odnośnie do praktycznego stosowania takiego kryterium, tak jak zostało ono opisane przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu.

Zatem druga część pytania dotyczy zgodności z prawem europejskim konkretnego kryterium oceny ofert, które w omawianym przetargu:

- a) miało wagę 45%,
- b) nie zostało opatrzone szczegółowym opisem, który pozwalałby na dokładną weryfikację informacji zawartych w ofertach,
- c) nie określało, jakiego okresu dotyczy,
- d) wymagało od oferentów podania, ile energii elektrycznej wyprodukowanej ze źródeł odnawialnych dostarczyli do niezdefiniowanej grupy odbiorców i przyznawało maksimum punktów temu oferentowi, który podał największą ilość.

### **Pytanie pierwsze, część pierwsza. Dopuszczalność kryterium proekologicznego**

Trybunał odpowiedział na to pytanie twierdząco.

W odniesieniu do pierwszej części sąd austriacki wskazał na niejasność zwrotu „oferta najkorzystniejsza ekonomicznie” użytego w art. 26 dyrektywy 93/36. W związku z tym sąd miał wątpliwość, czy prawo wspólnotowe zezwala na wprowadzenie kryterium dotyczącego korzyści, którym nie można obiektywnie przypisać bezpośredniej wartości ekonomicznej, których (bezpośrednich) skutków finansowych nie można zmierzyć (jak w tym przypadku – wpływu na ochronę środowiska). Odpowiadając na to pytanie, ETS odwołał się do swojego wcześniejszego orzeczenia w sprawie C-513/99 (Concordia Bus Finland). Trybunał stwierdził w nim, że z przepisu art. 36 (1) (a) dyrektywy 92/50 nie wynika nakaz, by wszystkie kryteria oceny ofert stosowane przez zamawiającego przy wyborze oferty najkorzystniejszej ekonomicznie odnosiły się wyłącznie do walorów wymiernych ekonomicznie (miały czysto ekonomiczny charakter). W sprawie C-513/99 Trybunał uznał za dopuszczalne stosowanie kryteriów ekologicznych, przy których nie da się określić bezpośredniej wymiernej korzyści ekonomicznej (finansowej) dla zamawiającego (a tylko ogólny wpływ na ochronę środowiska). W obecnej sprawie Trybunał podtrzymał swoje poprzednie stanowisko, powtarzając również (sformułowane przy okazji rozpatrywania sprawy C-513/99) warunki dodatkowe, które spełniać muszą kryteria wyboru oferty dotyczące wpływu na ochronę środowiska:

- kryteria te muszą być związane z przedmiotem zamówienia,
- kryteria te nie mogą przyznawać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru oferty (nie mogą zakładać arbitralnego wyboru<sup>168</sup>),

<sup>168</sup> Por. orzeczenie w sprawie C-31/87 (Beentjes) p. 37.

- muszą być wprost wskazane w dokumentach przetargowych i w ogłoszeniu o przetargu,
- muszą być zgodne z całością prawa europejskiego, w szczególności nie mogą naruszać zasady niedyskryminacji.

W konsekwencji Trybunał uznał, że w świetle europejskich regulacji zamówień publicznych dopuszczalne jest stosowanie kryterium, odnoszącego się do proekologicznego sposobu produkcji energii elektrycznej, jakie zostało zastosowane w omawianej sprawie.

## Komentarz

Po pierwsze, stwierdzić należy, że orzeczenie w tym zakresie odnosi się do nieaktualnego już stanu prawnego. Obowiązująca w owym czasie dyrektywa 93/36 wymieniała różne kryteria zgodne z danym zamówieniem, na przykład: cena, czas realizacji dostawy, koszty bieżące, opłacalność, jakość, estetyka, funkcjonalność, wartość techniczna, serwis po sprzedaży i pomoc techniczna (art. 26 (1) (b)). Wśród owych kryteriów nie było żadnego odnoszącego się do wpływu na ochronę środowiska. Jednakże, jak wyraźnie wynikało z brzmienia przepisu, powyższe wyliczenie kryteriów miało wyłącznie charakter przykładowy (nie była to lista zamknięta) i zamawiający mogli definiować również kryteria wyboru oferty inne niż tylko wprost wymienione w dyrektywie. Nie było natomiast jasne, jak daleko sięgała swoboda zamawiającego przy ustalaniu takich kryteriów, stąd kwestia ta stała się przedmiotem rozważań Trybunału. W chwili obecnej sama kwestia dopuszczalności kryteriów proekologicznych nie może już budzić żadnych wątpliwości. Aktualnie obowiązująca dyrektywa 2004/18 wprost wymienia również aspekty związane z ochroną środowiska wśród dopuszczalnych kryteriów wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie (art. 53 (1) (a)). Warto zauważyć, że prawodawca, poszerzając w ten sposób katalog dopuszczalnych kryteriów wyboru oferty, podążył drogą wytyczoną wcześniej przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości.

## Pytanie pierwsze, część druga. Pierwszy problem. Waga kryterium 45%

Wątpliwość sądu austriackiego w tym zakresie sprowadza się w zasadzie do tego, czy kryterium, które nie odnosi się do bezpośrednio wymiernych korzyści ekonomicznych (ochrona środowiska), może mieć aż tak duże znaczenie dla wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie (45% przypisanej wagi).

Trybunał, odwołując się ponownie do swoich wcześniejszych orzeczeń (sprawa C-31/87 Beentjes, C-513/99 Concordia Bus Finland), powtórzył, że zamawiający dysponuje swobodą określenia kryteriów oceny ofert, pod warunkiem że kryteria te:

- służą identyfikacji oferty najkorzystniejszej ekonomicznie,
- nie przyznają zamawiającemu prawa arbitralnego wyboru oferty,
- muszą być określone zgodnie z zasadami procedury (podane do wiadomości w ogłoszeniu i dokumentacji przetargowej),
- są zgodne z całością prawa wspólnotowego (nie naruszają zasady niedyskryminacji).

Jak wyraźnie wskazał Trybunał, powyższa swoboda doboru kryteriów oceny ofert obejmuje również (z tymi samymi zastrzeżeniami) swobodę określania ich znaczenia (wagi). Waga poszczególnych kryteriów powinna być określona w sposób umożliwiający identyfikację oferty najkorzystniejszej w świetle przyjętych kryteriów. Skoro promocja korzystania z odnawialnych źródeł energii jest zgodna z polityką Unii, nie ma żadnych przeciwwskazań, by temu kryterium przypisać aż tak dużą wagę, bez względu na fakt, że nie jest ono mierzalne w kategoriach finansowych.

Z powyższego stanowiska Trybunału wynika, że mimo iż w praktyce najczęściej najważniejszym kryterium jest cena, w świetle prawa europejskiego możliwe jest przypisywanie również innym kryteriom oceny dużego znaczenia (zapewne nawet większego niż kryterium ceny), o ile jest to uzasadnione specyfiką zamówienia.

### **Pytanie pierwsze, część druga. Drugi problem. Brak wymagań umożliwiających weryfikację informacji zawartych w ofertach**

Sąd austriacki nie był pewny, czy kryterium odnoszące się do produkcji energii w sposób proekologiczny jest prawomocne w świetle prawa europejskiego również dlatego, że w odniesieniu do tego kryterium zamawiający nie żądał przedstawienia żadnych dowodów, że dostarczany prąd faktycznie został wyprodukowany ze źródeł odnawialnych. Jak przyznał sam zamawiający, nie ma technicznej możliwości określenia źródła pochodzenia dostarczanego prądu (a tym samym potwierdzenia, że został on wyprodukowany w określony sposób). Nie ma zatem możliwości zweryfikowania, czy podane w ofercie informacje, będące podstawą do przyznania punktów w danym kryterium, są prawdziwe. Zamawiający zatem nie zamierzał weryfikować informacji podanych przez oferentów, tylko wprost przyjąć je za podstawę oceny oferty.

Analizując ten problem, Trybunał odwołał się do zasady równego traktowania oferentów. Z zasady tej wynika m.in., że oferenci muszą być równo traktowani (być w jednakowej pozycji, posiadać jednakową wiedzę na temat wymagań zamawiającego) zarówno wtedy, gdy sporządzają swoje oferty, jak i wtedy, gdy te oferty są oceniane przez zamawiającego. Mówiąc dokładniej, znaczy to, po pierwsze, że w trakcie oceny ofert kryteria oceny muszą być stosowane w sposób obiektywny i jednakowo w odniesieniu do wszystkich ofert (SIAC Construction p. 34, 44). Po drugie zaś, z zasady równego traktowania wynika postulat przejrzystości (transparentności). Przejrzystość procedury ma umożliwić sprawdzenie (również w trybie procedur odwoławczych), czy zasada równego traktowania była faktycznie respektowana w danym postępowaniu. Dokonanie w sposób przejrzysty obiektywnej oceny ofert należy do zamawiającego, który opiera się na informacjach dostarczonych przez oferentów. W opinii Trybunału jest zatem oczywiste, że narusza się zasadę równego traktowania, gdy zamawiający określa jakieś kryterium oceny ofert, a następnie nie zamierza lub nie jest w stanie zweryfikować dostarczonych przez oferentów informacji odnoszących się do tego kryterium. Użycie takiego kryterium nie gwarantuje bowiem przejrzystości i obiektywności procedury.

Zgodnie ze stanowiskiem Trybunału kryterium oceny ofert, które nie zostało w dokumentacji przetargowej opatrzone szczegółowym opisem i uzupełnione żądaniem przedstawienia dowodów, które pozwalałyby na weryfikację, jest sprzeczne z zasadami wspólnotowego prawa zamówień publicznych. Zamawiający musi zawsze określić, w jaki sposób dane kryterium będzie stosowane i żądać od oferentów dostarczenia dokumentów (dowodów), które pozwolą na przejrzystą i obiektywną ocenę ofert. Prawidłowość oceny ofert (stosowania kryteriów oceny ofert) może podlegać zewnętrznej kontroli (tryb odwoławczy, audyt) i zamawiający musi być w stanie obronić swoją decyzję, wykazując jej obiektywność.

### **Pytanie pierwsze, część druga. Trzeci problem. Brak określenia terminu, do którego odnosi się dany warunek (dostawy energii wyprodukowanej w sposób proekologiczny)**

W odniesieniu do tej części kryterium sformułowanego w przedmiotowym postępowaniu sąd austriacki miał wątpliwości, czy brak określenia terminu dotyczącego dostarczania proekologicznie wyprodukowanej energii nie jest sprzeczny z europejskim prawem zamówień publicznych. W szczególności – czy nie jest sprzeczny z zasadą przejrzystości i z zasadą porównywalności ofert.

Omawiając tę kwestię, Trybunał powtórzył warunki, jakie spełniać muszą kryteria oceny ofert, by zagwarantowana została zasada przejrzystości i równego traktowania oferentów – zarówno na etapie przygotowywania, jak i na etapie oceny ofert. Jak to ujęto w omawianym orzeczeniu, zawarte w dokumentach przetargowych i w ogłoszeniu kryteria oceny ofert muszą być sformułowane w taki sposób, aby każdy poprawnie/należycie poinformowany oferent (ang. *reasonably well informd tenderer*), który dołoży należytej staranności, mógł interpretować je w jednakowy sposób.

W konsekwencji, pominięcie w omawianym postępowaniu określenia okresu, do którego odnosi się kryterium, wprowadzało niejednoznaczność i mogło być różnie interpretowane przez poszczególnych oferentów. Zatem ten aspekt kryterium oceny ofert mógł być niezgodny z prawem europejskim, aczkolwiek ocenę ostateczną Trybunał pozostawił sądowi krajowemu.

### **Pytanie pierwsze, część druga. Czwarty problem**

Dotyczy tego, że ustalone przez zamawiającego kryterium dostaw proekologicznych odnosiło się do ogółu dostaw prądu realizowanych przez oferentów, a nie do dostaw będących przedmiotem zamówienia. Austriacki Urząd Zamówień Publicznych miał wątpliwości, czy tak sformułowane kryterium odnosi się do **danego** zamówienia publicznego, jak tego wymaga art. 26 dyrektywy 93/36.



W opinii Trybunału tak sformułowane kryterium nie odnosi się bezpośrednio do przedmiotu zamówienia, tylko do ogółu dostaw realizowanych dla innych klientów. Z tego względu jest wprost sprzeczne z wymogami dyrektyw. Jak dodatkowo wskazał w swej opinii rzecznik generalny Mischo (a Trybunał przychylił się do jego opinii w tym zakresie), przyjęcie takiego kryterium wprowadza nieuzasadnione preferencje dla dużych dostawców, których potencjał (a zatem wielkość zrealizowanych dostaw) wielokrotnie przekracza skalę niniejszego zamówienia, dyskryminując natomiast dostawców mniejszych, którzy również byłiby w stanie je zrealizować. To z kolei powoduje ograniczenie konkurencji, co jest sprzeczne z podstawowym celem dyrektyw dotyczących zamówień publicznych, którym jest otwarcie procedur udzielania zamówień publicznych na większą konkurencję.

## Pozostałe pytania

Trybunał odmówił udzielenia odpowiedzi na drugie i trzecie pytanie ze względów proceduralnych.

Bez rozpatrywania meritum sprawy sąd przytoczył tezy swojego orzecznictwa dotyczące dopuszczalności zadawania pytań przez sądy krajowe w trybie art. 234 TWE. Zgodnie ze stanowiskiem ETS może on odmówić udzielenia odpowiedzi na pytanie sądu krajowego, jeżeli:

- a) jest oczywiste, że interpretacja prawa europejskiego, której domaga się pytający sąd krajowy, nie ma związku ze stanem faktycznym rozpatrywanej sprawy albo
- b) problem jest hipotetyczny, albo
- c) Europejski Trybunał nie posiada wystarczającej wiedzy na temat stanu faktycznego i prawnego, by udzielić przydatnej odpowiedzi.

Trybunał uznał, że problemy zawarte w pytaniu drugim i trzecim są hipotetyczne i że sąd austriacki nie wykazał wystarczającego związku tych pytań z głównym przedmiotem postępowania.

W zasadzie szkoda, że Trybunał, bez dokładniejszego uzasadnienia, odmówił udzielenia odpowiedzi na te pytania. Są one bowiem interesujące i zasadne. Co ciekawe, rzecznik generalny nie uznał przedstawionych problemów za hipotetyczne i w swojej opinii zaproponował i uzasadnił stanowisko, jakie według niego powinien zająć Trybunał.

W odniesieniu do pytania drugiego, według rzecznika nie jest niezgodne z prawem europejskim uzależnienie możliwości uchylecia bezprawnej decyzji od oceny jej wpływu na końcowy wynik postępowania.

Natomiast niedopuszczalne, jego zdaniem, jest dokonywanie (przez organ odwoławczy – w celu sprawdzenia wpływu bezprawego kryterium na wynik końcowy postępowania) ponownej oceny złożonych już ofert z zastosowaniem

wszystkich kryteriów, z wyjątkiem tego, które uznano za bezprawne (pytanie trzecie). Prowadziłoby to do naruszenia zasady przejrzystości procedury i zasady równego traktowania oferentów.

Czwarte z pytań zadanych przez sąd austriacki dotyczyło tego, czy w przypadku uchylecia jednego z kryteriów oceny z racji jego sprzeczności z prawem całość postępowania należy unieważnić.

Trybunał ponownie przywołał zasadę przejrzystości procedury i zasadę równego traktowania oferentów, które m.in. wymagają, by zamawiający w taki sam sposób interpretował kryteria w toku całego postępowania o udzielenie zamówienia. Kryteria nie mogą być zmieniane w trakcie postępowania. Jeżeli więc jedno z kryteriów zostało uchylone przez organ odwoławczy jako bezprawne, to ta procedura nie może już być kontynuowana i musi zostać unieważniona. W przeciwnym przypadku (kontynuacji i ponownej oceny złożonych już ofert w oparciu o pozostałe kryteria) oferty byłyby oceniane według innego zestawu kryteriów niż ten, który był brany pod uwagę przez oferentów, gdy je przygotowywali.

### **Kryteria oceny ofert – podsumowanie i komentarz**

Omawiany wyrok jest najobszerniejszym komentarzem Trybunału do kwestii kryteriów oceny ofert (przy wyborze oferty najkorzystniejszej ekonomicznie).

Z jednej strony, podkreśla dużą swobodę, jaką dysponuje zamawiający przy ich ustalaniu (i przy ustalaniu sposobu ich stosowania), z drugiej – z ogólnych zasad wspólnotowego prawa zamówień publicznych wywodzi szereg wytycznych, które muszą być brane pod uwagę przy definiowaniu kryteriów.

Zgodnie ze stanowiskiem Trybunału zawartym w niniejszym orzeczeniu:

- kryteria oceny ofert wymienione w dyrektywach mają wyłącznie charakter przykładowy, zamawiający może przyjąć również inne kryteria dla wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie;
- przyjęte kryteria powinny gwarantować przejrzystość i obiektywność procedury udzielania zamówienia oraz zasadę równego traktowania (powinny być stosowane jednakowo do wszystkich oferentów);
- przyjęte kryteria nie mogą ograniczać konkurencji i wprowadzać nieuzasadnionych preferencji dla określonych grup dostawców (np. dla dużych firm);
- przyjęte przez zamawiającego kryteria nie muszą koniecznie odnosić się wyłącznie do bezpośrednio ekonomicznie wymiernych (finansowych) aspektów ofert, pod warunkiem jednak, że:
  - są związane z przedmiotem zamówienia,
  - nie przyznają zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru oferty (nie zakładają arbitralnego wyboru),
  - są wskazane w dokumentacji przetargowej i w ogłoszeniu o przetargu,
  - są zgodne z całością prawa europejskiego, w szczególności z zasadą niedyskryminacji;

- zamawiający dysponuje nie tylko swobodą określenia kryteriów oceny ofert, lecz również swobodą określenia ich wagi (znaczenia), pod warunkiem że wagi przypisane poszczególnym kryteriom służą identyfikacji (wyborowi) oferty najkorzystniejszej w świetle przyjętych kryteriów;
- odnośnie do każdego kryterium zamawiający musi określić (i podać do wiadomości oferentom w dokumentacji przetargowej), w jaki sposób będzie weryfikował prawdziwość informacji zawartych w ofercie, inaczej mówiąc – odnośnie do każdego wprowadzonego kryterium zamawiający musi być w stanie i musi mieć zamiar sprawdzać, na ile poszczególne oferty rzeczywiście spełniają wymagania, do których odnosi się dane kryterium (na ile oferty są wiarygodne pod tym względem);
- każde kryterium (i opis jego stosowania) musi być sformułowane jednoznacznie i precyzyjnie, tak żeby każdy poprawnie/należycie poinformowany oferent (ang. *reasonably well informed tenderer*), który dołoży należytej staranności, mógł interpretować je w jednakowy sposób;
- każde kryterium oceny ofert musi odnosić się do danego przedmiotu zamówienia (być z nim związane);
- kryteria oceny ofert nie podlegają zmianie w toku postępowania, przez cały czas trwania procedury powinny być interpretowane przez zamawiającego w jednakowy sposób;
- jeżeli w toku procedury odwoławczej któreś z kryteriów zostaje uchylone jako bezprawne, to złożone oferty nie mogą być oceniane tylko pod względem pozostałych kryteriów i wtedy całość procedury musi być unieważniona.

### 3.13. Wyrok Trybunału z 12 lutego 2004 roku w sprawie C-230/02

Wyrok został wydany w trybie art. 234 TWE w odpowiedzi na pytania prejudycjalne zasadne przez sąd austriacki.

#### Stan faktyczny

Przedmiotem zamówienia było świadczenie na rzecz austriackiego rządu federalnego i jego delegatur pozarozkładowych usług pasażerskiego transportu lotniczego. W odpowiedzi na zaproszenie do składania ofert firma Grossman złożyła ofertę, ale postępowanie zostało unieważnione przez zamawiającego. W kolejnym przetargu firma Grossman zgłosiła się wprawdzie po nową dokumentację przetargową, ostatecznie oferty jednak nie złożyła. Zamawiający wybrał ofertę najkorzystniejszą i zawiadomił Grossmanna o swoim zamiarze podpisania z wybranym wykonawcą umowy w sprawie zamówienia publicznego. Grossmann złożył protest, twierdząc, że dokumentacja przetargowa została przygotowana w sposób faworyzujący konkretnego wykonawcę. Protest Grossmana został oddalony, ponieważ nie złożył on oferty w postępowaniu przetargowym, zatem nie wy-

kazał interesu prawnego w uzyskaniu tego zamówienia. Od tej decyzji Grossmann odwołał się następnie do sądu krajowego, ten zaś zwrócił się do ETS, w trybie art. 234 TWE z trzema pytaniami:

- 1) Czy zgodnie z art. 1 dyrektywy 89/665 środki odwoławcze powinny być dostępne dla każdego wykonawcy, który złożył ofertę lub wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu? W przypadku, kiedy odpowiedź na to pytanie była by negatywna, dwa dalsze pytania:
- 2) Czy wspomniany przepis dyrektywy powinien być rozumiany w ten sposób, że dane przedsiębiorstwo ma interes w uzyskaniu zamówienia tylko w sytuacji, kiedy oprócz złożenia oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału podjęło wszelkie środki dostępne w prawie krajowym w celu zapobieżenia udzieleniu zamówienia innemu wykonawcy? oraz
- 3) Czy art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665 w związku z jej art. 2 ust. 1 powinien być interpretowany w ten sposób, że wykonawca powinien mieć zapewnioną możliwość odwołania w procedurze udzielania zamówienia publicznego, którą uważa za bezprawną lub dyskryminującą, również w sytuacji, kiedy nie jest w stanie wykonać wszystkich usług będących przedmiotem zamówienia i z tego powodu nie składa w ogóle oferty w postępowaniu o zamówienie publiczne?

### **Stanowisko Grossmanna i Komisji**

Grossman twierdził, że zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu w taki sposób, że jedynie przedsiębiorstwa oferujące regularny przewóz lotniczy były w stanie w całości je spełnić. Złożenie przez niego oferty nie miało zatem sensu, skoro i tak nie miał szans uzyskania kontraktu.

Zdaniem Komisji, która przedłożyła swoje pisemne obserwacje, państwa członkowskie nie mają obowiązku zapewniania możliwości skorzystania ze środków odwoławczych wszystkim wykonawcom zainteresowanym uzyskaniem danego zamówienia. Mogą bowiem wymagać, aby wykonawca, który chce z nich skorzystać, wykazał, że jego interes został naruszony lub zachodzi niebezpieczeństwo jego naruszenia. Udział w postępowaniu o zamówienie publiczne może stanowić warunek, który, zgodnie z art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665, powinien być spełniony przez osobę, która chce wykazać, że jej interesy ucierpiały na skutek niezgodnej z prawem decyzji zamawiającego<sup>169</sup>. Zdaniem Komisji wykonawca, który w ogóle nie złożył oferty w postępowaniu o zamówienie publiczne, może mieć problem z udowodnieniem, że ma interes w uchyleniu decyzji zamawiającego o udzieleniu zamówienia innemu wykonawcy. Z drugiej strony, wykonawca, który nie składa oferty w postępowaniu o zamówienie publiczne, ponieważ dokumentacja przetargowa stanowiąca podstawę do przygotowania oferty zawiera dyskryminujące wymogi, których nie jest w stanie spełnić, może bezpośrednio

<sup>169</sup> Patrz wyrok w sprawie C-249/01 „Hacker Miller” (WCR 2001, str. I – 6319).

zaskarżyć postanowienia dokumentacji jeszcze przed zakończeniem postępowania. Od wykonawcy, którego interesy są naruszone poprzez wymogi specyfikacji, nie można oczekiwać, aby złożył ofertę, chociaż nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, a więc nie ma szans na uzyskanie danego zamówienia. Jednocześnie jednak procedury odwoławcze, wymagane zgodnie z postanowieniami dyrektywy 89/665, powinny umożliwiać uchYLENIE bezprawnych decyzji zamawiającego, włączając dyskryminujące warunki udziału w postępowaniu. Zgodnie z wymaganiami dyrektywy wykonawca powinien mieć możliwość zaskarżenia dokumentacji przetargowej bezpośrednio, bez konieczności czekania na zakończenie danego postępowania o zamówienie publiczne.

## Opinia rzecznika

Opinia rzecznika Geelhoeda jest stosunkowo krótka (6 stron), gdyż uznał on, że biorąc pod uwagę dotychczasowe orzecznictwo ETS, nie jest konieczne przeprowadzenie pogłębionej analizy<sup>170</sup>. Jego zdaniem środki odwoławcze przewidziane w dyrektywie 89/665 powinny przysługiwać każdemu podmiotowi, który złożył ofertę w postępowaniu o zamówienie publiczne lub wziął udział w tym postępowaniu (np. złożył wniosek o kwalifikację). Wykonawca, który ma interes w uzyskaniu danego zamówienia, powinien mieć możliwość zaskarżenia bezpośrednio postanowień dokumentacji przetargowej, które w jego ocenie są bezprawne lub dyskryminacyjne. Możliwość skorzystania ze środków odwoławczych powinna dotyczyć także osób, które są w stanie udowodnić, że złożyłyby ofertę w postępowaniu o zamówienie publiczne, gdyby nie dyskryminujące postanowienia dokumentacji przetargowej. Rzecznik sugerował udzielenie następującej odpowiedzi na zadane pytania:

- 1) przepisy dyrektyw odwoławczej 89/665 wymagają, aby środki odwoławcze w niej przewidziane były dostępne każdemu podmiotowi, który złożył ofertę lub uczestniczył w postępowaniu o zamówienie publiczne,
- 2) nieprawidłowa jest interpretacja przepisów dyrektywy odwoławczej, według której dany podmiot nie miał interesu w uzyskaniu zamówienia, jeżeli nie wniósł sprawy do komisji rozjemczej przed wszczęciem postępowania odwoławczego, określonego w dyrektywie, oraz
- 3) przepisy dyrektywy odwoławczej powinny być interpretowane w ten sposób, że wykonawca, który ma interes w uzyskaniu zamówienia, powinien mieć możliwość bezpośredniego zaskarżenia tych postanowień dokumentacji przetargowej, które uważa za bezprawne lub dyskryminujące; możliwość ta przysługuje również wykonawcy, który jest w stanie wykazać, że gdyby nie dyskryminacyjne postanowienia dokumentacji przetargowej, złożyłby ofertę.

---

<sup>170</sup> Patrz opinia z 16 października 2003 r.

## Wyrok Trybunału

### Odpowiedź na pytanie pierwsze i trzecie

ETS przeformułował pytania sądu krajowego i przeanalizował pytanie pierwsze i trzecie łącznie. Podstawowy problem został ujęty w taki sposób: czy prawidłowa jest interpretacja postanowień dyrektywy 89/665 a, w szczególności jej art. 1 ust. 3 oraz art. 2 ust. 1 lit. b), według której: podmiot, który ani nie uczestniczył w postępowaniu o zamówienie publiczne, ani nie odwołał się od zaproszenia do składania ofert przed udzieleniem zamówienia, nie ma już interesu w uzyskaniu danego zamówienia, a w konsekwencji – prawa do skorzystania ze środków odwoławczych przewidzianych w dyrektywie. ETS zbadał następnie oddzielnie dwie podstawy pozbawienia prawa do odwołania. Co do braku udziału w postępowaniu – zgodnie z art. 1 ust. 3 dyrektywy państwa członkowskie mają obowiązek zapewnienia, że prawo to będzie przysługiwać co najmniej każdej osobie, która ma lub miała interes w uzyskaniu danego zamówienia i która poniosła lub może ponieść szkodę na skutek naruszenia prawa wspólnotowego dotyczącego zamówień lub prawa krajowego je wdrażającego. Wynika z tego, zdaniem ETS, że, co do zasady, udział w postępowaniu jest warunkiem uznania, że dana osoba miała lub ma interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz że sprzeczna z prawem decyzja zamawiającego wyrządza jej szkodę. Wykonawca, który w ogóle nie złożył oferty w postępowaniu o zamówienie publiczne, może mieć problem z udowodnieniem, że ma interes w podważeniu tej decyzji lub że doznał szkody na jej skutek. ETS zauważył jednak następnie, że w przypadku, kiedy wykonawca nie złożył w ogóle oferty na skutek dyskryminujących postanowień zawartych w specyfikacji zamówienia lub dokumentacji przetargowej, uniemożliwiających świadczenie przez niego wymaganych przez zamawiającego usług, może zaskarżyć te postanowienia bezpośrednio, jeszcze przed zakończeniem postępowania przetargowego. Wniosek ten został oparty na dwóch podstawach:

- 1) nie można wymagać od przedsiębiorstwa, które jest poszkodowane na skutek bezprawnych wymogów zamawiającego, pozbawiających go szansy uzyskania zamówienia, udziału w postępowaniu jako warunku do zaskarżenia tych wymogów oraz
- 2) z brzmienia art. 2 ust. 1 lit. b) dyrektywy 89/665 jasno wynika, że postępowanie odwoławcze powinno dotyczyć bezprawnych decyzji zamawiających, w tym także dyskryminujących specyfikacji technicznych, ekonomicznych lub finansowych; zainteresowany wykonawca powinien mieć możliwość zaskarżenia takich specyfikacji bezpośrednio, bez czekania na zakończenie postępowania przetargowego.

ETS podkreślił, że celem dyrektywy 89/665 jest zapewnienie efektywnego stosowania postanowień prawa wspólnotowego dotyczącego zamówień publicznych. Dyrektywa wymaga więc, aby decyzje zamawiającego mogły być przedmiotem procedury odwoławczej tak szybkiej, jak to możliwe. Postępowanie przedsiębiorcy, który nie domaga się zmiany dokumentacji przetargowej, jego zdaniem

sprzecznej z zasadą równego traktowania wykonawców (i wykluczającej go praktycznie z udziału w postępowaniu, gdyż nie jest w stanie spełnić tych warunków), ale czeka na decyzję zamawiającego o wyborze oferty, nie jest zgodne z celem dyrektywy, jakim jest szybkość i efektywność. Wspomniane zachowanie wykonawcy może, bez uzasadnionych powodów, opóźnić rozpoczęcie procedury odwoławczej, która mogłaby się zacząć bezpośrednio po doręczeniu zainteresowanym wykonawcom dokumentacji przetargowej. Biorąc pod uwagę powyższe, ETS w odpowiedzi na pierwsze i trzecie pytanie stwierdził, że odmowa uznania wykonawcy, który nie uczestniczył w postępowaniu o zamówienie, za mającego interes w uzyskaniu danego zamówienia nie jest sprzeczna z postanowieniami dyrektywy.

### **Odpowiedź na pytanie drugie**

Drugie pytanie sądu krajowego dotyczyło tego, czy można uznać, że podmiot, który uczestniczył w postępowaniu o zamówienie publiczne, nie ma już interesu w uzyskaniu zamówienia, jeżeli przed wszczęciem postępowania odwoławczego, o którym mowa w dyrektywie 89/665, nie wykorzystał wszystkich środków przewidzianych prawem krajowym. W kontekście austriackiego systemu odwoławczego oznaczało to konieczność wniesienia sprawy najpierw do Federalnej Komisji Rozjemczej ds. Zamówień Publicznych („B – VKK”). ETS odpowiedział bardzo zwięźle, cytując wyrok wydany w sprawie C – 410/01<sup>172</sup>, w którym orzekł, że dyrektywa 89/665 zabrania uznania osoby, która uczestniczyła w postępowaniu przetargowym, za nieposiadającą interesu w uzyskaniu danego zamówienia na tej podstawie, że przed wszczęciem postępowania odwoławczego, określonego w dyrektywie 89/665, nie wniosła sprawy do komisji rozjemczej, takiej jak „B – VKK”.

### **Komentarz**

Odpowiedź na pierwsze dwa pytania nie jest w niczym zaskakująca, skoro argumentacja ETS oparta została na jego dotychczasowej linii orzeczniczej (C – 249/01 oraz C – 410/01). Dziwić może jedynie to, że ETS w ogóle odpowiedział na drugie pytanie, które nie miało związku z omawianą sprawą. Problem dotyczył wykonawcy, który uczestniczył w postępowaniu o zamówienie publiczne, natomiast nie wykorzystał wszystkich krajowych środków odwoławczych, tymczasem w przedmiotowej sprawie Grossmann nie brał w ogóle udziału w postępowaniu. Co do trzeciego pytania ETS uznał, że reguła, zgodnie z którą interes w uzyskaniu zamówienia przejawia się w udziale w postępowaniu (złożeniu oferty, wniosku itd.), nie ma zastosowania, jeżeli udział w postępowaniu jest pozbawiony sensu, gdyż dany wykonawca, nie spełniając dyskryminacyjnych wymogów określonych przez zamawiającego, nie ma szans uzyskania zamówienia<sup>173</sup>. W takiej sytuacji wykonawca po-

<sup>172</sup> Wyrok z 14 czerwca 2003 r. (ECR 2003 str. I – 6319)

<sup>173</sup> Patrz także M. Dischendorfer „Challenging Discriminatory Technical Specifications under the Remedies Directives: The Grossmann Case”, *Public Procurement Law Review* 4, 2004, NA98.

winien mieć otwartą drogę do zaskarżenia tych wymogów bezpośrednio, bez potrzeby udziału w przetargu. Droga ta jest otwarta jednak tylko w sytuacji, kiedy wykonawca wykorzysta możliwość zaskarżenia bezprawnych specyfikacji przy pierwszej nadarzającej się okazji (bezpośrednio po zapoznaniu się z ich treścią), a nie dopiero po podjęciu przez zamawiającego decyzji o udzieleniu zamówienia. Zgodnie z orzeczeniem ETS wykonawcy postępujący tak, jak Grossmann w omawianej sprawie, muszą się liczyć z uznaniem ich za nieposiadających interesu w uzyskaniu zamówienia, czyli niemających czynnej legitymacji do wniesienia odwołania.

### **3.14. Wyrok Trybunału z 7 października 2004 roku w sprawie C-247/02**

Wyrok ten został wydany w trybie art. 234 TWE (pytanie prejudycjalne) w odpowiedzi na pytanie zadane przez włoski sąd administracyjny Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia.

#### **Stan faktyczny**

W grudniu 1989 r. miasto Brescia we Włoszech zatwierdziło projekt budowy podziemnego parkingu. Parking miał być wybudowany i następnie zarządzany na podstawie koncesji. W lutym 1991 r. wyłoniono koncesjonariusza – została nim spółka Sintesi. Zgodnie z umową koncesyjną główny wykonawca robót budowlanych miał być wybrany w trybie przetargu ograniczonego, po ogłoszeniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich, zgodnie z przepisami dotyczącymi procedur udzielania zamówień publicznych.

22 kwietnia 1999 r. Sintesi opublikowała stosowne ogłoszenie, zapraszając do udziału w przetargu, gdzie głównymi kryteriami wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie były: cena, walory techniczne oraz czas wykonania robót. Po etapie wstępnej kwalifikacji zamawiający wystosował do zakwalifikowanych firm zaproszenie do składania ofert. Jedną z zaproszonych firm, Proverra e Carrassi SpA, odmówiła złożenia oferty, twierdząc, że procedura prowadzona jest niezgodnie z przepisami (nie wnosząc jednak w tym momencie żadnych środków odwoławczych).

W maju 2000 roku Sintesi wybrała ofertę innej firmy jako najkorzystniejszą ekonomicznie w świetle ustalonych wcześniej kryteriów. Decyzja o wyborze oferty została zaskarżona przez Proverra. W grudniu 2000 r. organ odwoławczy uznał, że postępowanie było prowadzone niezgodnie z włoską ustawą 109/1994 z 11 lutego 1994 r. o zamówieniach publicznych na roboty budowlane. Zgodnie bowiem z włoskimi przepisami w postępowaniu o udzielenie zamówienia na roboty budowlane prowadzonym w trybie procedury otwartej lub ograniczonej jedynym dopuszczalnym kryterium było kryterium najniższej ceny.



Z kolei od tej decyzji odwołała się Sintesi, zarzucając niezgodność z art. 30 (1) dyrektywy 93/37. Przepis ten stanowił, że:

Kryteriami, na podstawie których instytucja zamawiająca udziela zamówienia, są:

- (a) albo wyłącznie najniższa cena,
- (b) albo, w przypadku, gdy udzielenie zamówienia jest dokonywane na podstawie oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, różne kryteria odnoszące się do zamówienia, na przykład: cena, czas wykonania, koszty bieżące, opłacalność, wartość techniczna<sup>174</sup>.

W opinii firmy Sintesi włoskie przepisy w tym zakresie były niezgodne z dyrektywą, dlatego że wykluczały możliwość zastosowania kryterium oferty najkorzystniejszej ekonomicznie. Dyrektywa natomiast traktowała oba kryteria równorzędnie.

Rozpatrując tę sprawę, sąd włoski (Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia) uznał, że dla jej rozstrzygnięcia niezbędna jest interpretacja prawa europejskiego (kwestia zgodności przywołanych przepisów krajowych) i zdecydował się wystąpić do Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w trybie art. 234 TWE z następującymi pytaniami wstępnymi:

- 1) Czy przepis art. 30 ust. 1 dyrektywy [...], pozostawiając instytucjom zamawiającym swobodny wybór kryteriów udzielania zamówienia między najniższą ceną i najkorzystniejszą ofertą, stanowi zastosowanie zasady wolnej konkurencji, usankcjonowanej w art. 85 Traktatu WE (obecnie art. 81 WE), która wymaga, aby wszelkie oferty złożone w ramach przetargu ogłoszonego na poziomie wspólnego rynku były ocenione w sposób, który nie uniemożliwia, nie ogranicza ani nie zakłóca konkurencji pomiędzy nimi?
- 2) W konsekwencji – czy art. 21 ust. 1 ustawy nr 109 z dnia 11 lutego 1994 r., pozbawiający instytucje zamawiające możliwości wyboru kryterium oferty najkorzystniejszej ekonomicznie oraz nakładający w sposób generalny obowiązek stosowania kryterium najniższej ceny, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego, jest sprzeczny z art. 30 ust. 1 dyrektywy [...]?

Trybunał postanowił oba pytania rozpatrzyć łącznie.

## Uwagi przedłożone Trybunałowi

Zdaniem firmy Sintesi art. 30 (1) dyrektywy stanowi urzeczywistnienie zasady swobodnej konkurencji. Pozostawia zamawiającemu wolny wybór kryterium udzielenia zamówienia (najniższa cena lub oferta najkorzystniejsza ekonomicz-

---

<sup>174</sup> Polskie tłumaczenie dyrektywy 93/37 opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich jest w tym miejscu niezgodne z innymi wersjami językowymi i wymienia inne kryteria, niż tekst pierwotny dyrektywy.

nie), przez co pozwala na wybór oferty najlepszej w świetle kryteriów dostosowanych do specyfiki zamówienia. Ograniczenie możliwości wyboru przez obowiązkowe narzucenie kryterium najniższej ceny (jak to czyni przepis art. 21 ust. 1 włoskiej ustawy 109/1994) pozbawiłoby zamawiającego możliwości analizy innych niż cena aspektów ofert, więc mogłoby być przeszkodą dla wyboru rzeczywiście najlepszej oferty, a zatem byłoby sprzeczne z zasadą swobodnej konkurencji wyrażoną w art. 81 TWE.

Spółka Provera oraz rząd włoski twierdziły, że uchwalenie ustawy 109/1994 miało w szczególności na celu przeciwdziałanie korupcji w sektorze zamówień publicznych na roboty budowlane przez wprowadzenie w pełni przejrzystych procedur i likwidację marginesu dyskrecjonalnej oceny ofert. W ich opinii z brzmienia art. 30 dyrektywy nie wynika, że zamawiający ma całkowicie swobodny wybór kryterium udzielenia zamówienia. Dyrektywa wymienia jedynie dwa kryteria, które mogą być zastosowane, nie precyzując, w jakich okolicznościach należy ich użyć. Podobne stanowisko zajęły w zgłoszonych uwagach rządu grecki i austriacki.

Komisja Europejska również uważa, że dyrektywa nie preferuje żadnego z dwóch dopuszczalnych kryteriów. Jej zdaniem przepis art. 30 ma na celu jedynie zapobieżenie sytuacji, by zamawiający stosował jakieś inne kryteria niż te dwa explicite wskazane w dyrektywie. Według Komisji dla zachowania konkurencji pozostaje bez znaczenia, które z nich jest zastosowane, pod warunkiem, by owo kryterium było jasno wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu i dokumentach przetargowych oraz stosowane w sposób obiektywny i bez dyskryminacji. Wybór kryterium należy albo każdorazowo do zamawiającego, w zależności od indywidualnych cech danego zamówienia, albo do ustawodawcy krajowego, który może przesądzić o stosowaniu jednego z kryteriów w odniesieniu do danego rodzaju zamówień. Wybór ustawodawcy włoskiego, mający na celu zapewnienie większej przejrzystości procedur, nie jest, zdaniem Komisji, sprzeczny z tekstem dyrektywy.

Odmienne stanowisko w tym względzie zajęła rzecznik generalny Stix-Hackl. W jej opinii kluczowym problemem w zadanym pytaniu jest to, czy dyrektywa daje państwu członkowskiemu prawo do narzucenia wszystkim zamawiającym jednego kryterium w odniesieniu do abstrakcyjnie określonego rodzaju zamówienia, bez względu na jego specyfikę, i ograniczenia w ten sposób ich swobody wyboru. Rzecznik analizując tekst dyrektywy, rozróżnia dwa rodzaje norm: (1) adresowane do państw członkowskich (dające im upoważnienie do ogólnego ograniczania swobody decyzji zamawiających) oraz (2) adresowane do zamawiających (decyzja pozostawiona jest zamawiającemu). Przykładem normy adresowanej bezpośrednio do zamawiających jest art. 19 dyrektywy 93/37, który pozwala im na swobodne uznanie, czy będą akceptować oferty wariantowe oraz pozwala określić minimalne wymagania, jakie muszą spełniać warianty. Przykładem normy adresowanej do państw członkowskich jest art. 23 (1), który pozwala państwom członkowskim na zobowiązanie zamawiających do podawania pewnych informacji w dokumentach

przetargowych. Jednakże, zdaniem rzecznika, w odniesieniu do dyskutowanej kwestii wyboru kryteriów oceny ofert dyrektywa nie upoważnia państw członkowskich do narzucenia jednego kryterium i do ograniczania przez to swobody decyzji zamawiających (art. 30 nie zawiera upoważnienia analogicznego do zawartego w art. 23 (1)). Dodatkowo, rzecznik podkreśla, że oba kryteria udzielenia zamówienia są traktowane przez dyrektywę jako równorzędne. Ta równorzędność byłaby naruszona, gdyby ustawodawca krajowy narzucił w sposób abstrakcyjny obowiązek stosowania tylko jednego z nich. Taka odgórna decyzja mogłaby ponadto naruszyć zasadę swobodnej konkurencji, ponieważ uniemożliwiłaby wybór kryterium najbardziej odpowiedniego dla zagwarantowania rzeczywistej konkurencji w odniesieniu do konkretnego zamówienia, w relacji do jego specyfiki.

## Stanowisko Trybunału

Trybunał rozpoczął od przypomnienia, iż celem dyrektyw koordynujących procedury udzielania zamówień publicznych jest rozwój rzeczywistej konkurencji w tej dziedzinie. Dyrektywa dąży zatem do takiego sposobu zorganizowania procedury udzielania zamówień, by zamawiający był w stanie dokonać porównania różnych ofert i wyboru najlepszej z nich w oparciu o obiektywne kryteria. Ustalanie przez ustawodawcę w sposób ogólny i abstrakcyjny jednego kryterium wyboru oferty dla całej kategorii zamówień pozbawia zamawiających możliwości potraktowania konkretnych zamówień w sposób indywidualny, z uwzględnieniem ich charakteru i cech szczególnych. Uniemożliwia ustanowienie dla każdego zamówienia kryterium najważniejszego dla zapewnienia wolnej konkurencji i zagwarantowania w ten sposób wyboru najlepszej oferty w danej sytuacji. Z tego zaś wynika, iż przepis art. 30 (1) dyrektywy 93/37 powinien być interpretowany w ten sposób, że zabrania on wprowadzania przepisów krajowych, które w sposób abstrakcyjny i generalny nakładają obowiązek stosowania wyłącznie jednego kryterium, jakim jest najniższa cena.

## Komentarz

Sposób argumentacji Trybunału przypomina wyrok wydany niespełna rok wcześniej w sprawie C-448/01 (EVN). Również w tamtym przypadku Trybunał podkreślał, że zamawiający dysponuje dużą swobodą wyboru kryteriów oceny ofert oraz swobodą określenia wagi (znaczenia) poszczególnych kryteriów. Zamawiający nie jest związany szczegółowymi kryteriami podanymi przez dyrektywę<sup>175</sup>. Może wybrać on również inne kryteria szczegółowe (podane w dyrektywie mają charakter tylko przykładowy), jeżeli spełnione są określone warunki:

- kryteria gwarantują przejrzystość i obiektywność procedury;
- przyjęte kryteria nie ograniczają konkurencji i nie wprowadzają nieuzasadnionych preferencji dla określonych grup oferentów;

<sup>175</sup> W odniesieniu do głównego kryterium – oferty najkorzystniejszej ekonomicznie – art. 30 (1) dyrektywy 93/37 i analogiczny przepis art. 53 (1) obecnie obowiązującej dyrektywy 2004/18.

- kryteria są związane z przedmiotem zamówienia;
- nie przyznają zamawiającemu nieograniczonej swobody arbitralnego wyboru oferty;
- kryteria są podane do wiadomości na początku postępowania – w ogłoszeniu o przetargu oraz w dokumentacji przetargowej, są opisane w sposób jednoznaczny i precyzyjny, podany jest również sposób ich stosowania oraz wymagane dokumenty, na podstawie których zamawiający będzie dokonywać oceny oferty;
- kryteria są zgodne z całością prawa europejskiego, w szczególności respektują zasadę równego traktowania i niedyskryminacji.

### **3.15. Wyrok Trybunału z 13 stycznia 2005 roku w sprawie C – 84/03**

Wyrok został wydany w trybie art. 226 TWE w związku ze skargą wniesioną przez Komisję Europejską przeciwko Hiszpanii.

#### **Stan faktyczny**

W 2003 r. Komisja wniosła do Trybunału skargę przeciwko Hiszpanii, zarzucając jej nieprawidłowe wdrożenie do prawa krajowego<sup>176</sup> postanowień dyrektywy 93/36/EWG dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na dostawę oraz dyrektywy 93/37/EWG dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane. Komisja Europejska zakwestionowała następujące przepisy hiszpańskiej ustawy:

- wyłączenie z zakresu stosowania ustawy o zamówieniach publicznych podmiotów prawa prywatnego spełniających warunki wymienione w art. 1 lit. b) dyrektyw<sup>177</sup>,
- wyłączenie z zakresu stosowania ustawy porozumień o współpracy zawartych pomiędzy jednostkami administracji publicznej a innymi podmiotami publicznymi, w tym porozumień będących zamówieniami publicznymi w rozumieniu dyrektywy, oraz
- umożliwienie zastosowania procedury negocjacyjnej w dwóch przypadkach nieprzewidzianych w dyrektywie.

#### **Kwestionowane przepisy**

Zakres stosowania obowiązującej wówczas w Hiszpanii ustawy o zamówieniach publicznych był określony w jej art. 1. Obejmował on wszystkie jednostki administracji publicznej, zarówno centralnej, jak i autonomicznej oraz lokalnej.

<sup>176</sup> Ley de Contractos de las Administraciones Publicas – ustawa o zamówieniach publicznych z 2000 r.

<sup>177</sup> Patrz również omawiane w niniejszej publikacji orzeczenie w sprawie C-214/00.

Obowiązek stosowania ustawy dotyczył także samodzielnych jednostek organizacyjnych oraz innych podmiotów prawa publicznego mających osobowość prawną, powiązanych z jednostką administracji publicznej i zależnych od niej, o ile spełniały następujące warunki:

- a) zostały ustanowione w szczególnym celu zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym, które nie mają charakteru przemysłowego lub handlowego;
- b) są finansowane w przeważającej części przez jednostki administracji publicznej lub przez inne podmioty prawa publicznego, lub zarządzanie nimi podlega nadzorowi ze strony tych ostatnich, lub ponad połowę składu ich organów administracji, zarządu lub rady nadzorczej stanowią osoby mianowane przez jednostki administracji publicznej albo przez inne podmioty prawa publicznego.

Z kolei spółki handlowe, w których jednostki administracji publicznej, ich samodzielne jednostki organizacyjne albo podmioty prawa publicznego miały, bezpośrednio lub pośrednio, udziały większościowe, były obowiązane jedynie do przestrzegania przy udzielaniu zamówień zasad przejrzystości i konkurencji, i to o ile możliwe było pogodzenie przestrzegania tych zasad z prowadzoną działalnością.

Zgodnie z innym przepisem z zakresu obowiązywania ustawy wyłączone zostały porozumienia o współpracy między państwową administracją ogólną a jednostkami ubezpieczeń społecznych, wspólnotami autonomicznymi, jednostkami lokalnymi, ich samodzielnymi jednostkami organizacyjnymi i wszelkimi podmiotami publicznymi, a także wzajemne porozumienia między tymi jednostkami.

Jeśli chodzi o kwestionowane zasady stosowania procedury negocjacyjnej, dwa przepisy ustawy stanowiły, że można skorzystać z tej procedury bez uprzedniego ogłoszenia, jeżeli zamawiającemu nie udało się udzielić zamówienia w trybie procedury otwartej lub ograniczonej lub jeżeli kandydaci nie zostali dopuszczeni do złożenia oferty, o ile nie zostały zmienione początkowe warunki zamówienia, z wyjątkiem ceny, którą można podnieść maksymalnie o 10%. Z kolei w odniesieniu do zamówień na dostawy ustawa stanowiła, że procedurę negocjacyjną bez uprzedniego ogłoszenia można zastosować w postępowaniach dotyczących zamówień na towary, których jednorodny charakter uznano za niezbędny, aby mogły być wspólnie użytkowane przez całą administrację<sup>178</sup>. Zastosowanie procedury negocjacyjnej było dopuszczalne, o ile wybór rodzaju towaru został dokonany uprzednio i całkowicie niezależnie w drodze przetargu.

## Zarzuty Komisji

Pierwszy zarzut dotyczył zbyt wąskiego podmiotowego zakresu stosowania ustawy, który nie pokrywał się z zakresem dyrektyw 93/36 i 93/37. Zdaniem Komisji miała ona zastosowanie wyłącznie do podmiotów prawa publicznego w rozu-

<sup>178</sup> Polska wersja wyroku dostępna na stronie internetowej ETS – <http://www.curia.europa.eu>.

mieniu hiszpańskiego systemu prawnego. Tymczasem dla definicji „podmiotu prawa publicznego” przyjętej w obu dyrektywach forma prawna podmiotu jest bez znaczenia. W swojej skardze Komisja powoływała się na wyrok ETS w sprawie C-44/96 „Mannesmann”<sup>179</sup>, gdzie Trybunał uznał, że przez „podmioty prawa publicznego” należy rozumieć wszystkie podmioty, które spełniają łącznie trzy warunki wymienione w art. 1 lit. b) drugi akapit dyrektywy 93/37. Z kolei, zgodnie z wyrokami ETS w sprawie 31/87 „Beentjes”<sup>180</sup> oraz w sprawie C-360/96 „BFI Holding”<sup>181</sup>, pojęciu instytucji zamawiającej zdefiniowanemu w art. 1 dyrektyw 93/36 i 93/37 należy nadać wykładnię funkcjonalną. Zdaniem Komisji pojęcie osoby prawa publicznego jest pojęciem z zakresu prawa wspólnotowego, które powinno być jednolicie rozumiane w całej UE. Drugi zarzut Komisji dotyczył **wyłączenia z zakresu stosowania ujednoliconej ustawy porozumień o współpracy zawartych między podmiotami prawa publicznego**. Według Komisji takie wyłączenie o charakterze ogólnym (nieprzewidziane notabene w żadnej z dyrektyw) stanowi nieprawidłowe wdrożenie dyrektyw 93/36 i 93/37, ponieważ niektóre z wyłączonych porozumień mogą mieć charakter zamówień publicznych, które z kolei podlegają zakresowi tychże dyrektyw. Komisja powołała się na definicję zamówienia zawartą w art. 1 lit. a) dyrektyw 93/36 i 93/37 oraz orzecznictwo Trybunału, zgodnie z którym ustalenie, czy rzeczywiście ma miejsce udzielenie zamówienia, publicznego wymaga zbadania, czy jest zawierana pomiędzy dwiema oddzielnymi osobami umowa<sup>182</sup>. Zdaniem Komisji można uznać, że niektóre porozumienia o współpracy między jednostkami administracji mogą stanowić zamówienia w rozumieniu dyrektyw 93/36 i 93/37.

Trzeci zarzut Komisji dotyczył dopuszczenia przez ustawę **zastosowania procedury negocjacyjnej w dwóch przypadkach nieprzewidzianych w dyrektywach 93/36 i 93/37**, a mianowicie podczas udzielania zamówień w następstwie postępowań uznanych za bezskuteczne oraz w przypadku udzielania zamówień na dostawę towarów jednorodnych. Jeśli chodzi o pierwszą z tych sytuacji, Komisja twierdziła, że postanowienia dopuszczające podniesienie początkowej ceny oferty, nawet tylko o 10% w stosunku do ceny oferowanej w uprzedniej procedurze otwartej lub ograniczonej, są sprzeczne z dyrektywami, ponieważ zezwalają na istotną zmianę początkowych warunków zamówienia. Lista przypadków, w których można stosować procedurę negocjacyjną, ma w dyrektywach charakter zamknięty. Zdaniem Komisji wykładnia pojęcia zmiany o charakterze nieistotnym powinna mieć charakter zawężający. Drugi z kwestionowanych warunków dotyczył zamawiania towarów, których jednorodny charakter uznano za niezbędny, aby mogły być wspólnie użytkowane przez całą administrację. Zastosowanie tej procedury było dopuszczalne, o ile wybór rodzaju towaru został dokonany uprzednio i całkowicie niezależnie w drodze przetargu. Również i ten warunek, zdaniem Komisji, nie jest znany dyrektywom unijnym.

<sup>179</sup> Wyrok z 15 stycznia 1998 r.

<sup>180</sup> Wyrok z 20 września 1988 r.

<sup>181</sup> Wyrok z 10 listopada 1998 r.

<sup>182</sup> Wyrok z 18 listopada 1999 r. w sprawie C-107/98 „Teckal”

## Stanowisko Hiszpanii

Odnosząc się do pierwszego zarzutu, rząd hiszpański powołał się na literalną wykładnię pojęcia „podmiotu prawa publicznego”. Jego zdaniem dyrektywy 93/36 i 93/37 nie obejmują spółek handlowych kontrolowanych przez władze publiczne. Na poparcie tej argumentacji rząd hiszpański powołał się na przepisy dyrektywy 93/38<sup>183</sup>, która wprowadza rozróżnienie między pojęciem „podmiotu prawa publicznego”, identycznym we wszystkich dyrektywach dotyczących zamówień publicznych, a pojęciem „przedsiębiorstwa publicznego”, którego definicja odpowiada definicji publicznej spółki handlowej. Równocześnie rząd hiszpański zwracał uwagę na to, że wyznaczenie zakresu pojęcia „podmiotu prawa publicznego” wymaga uprzedniego zdefiniowania pojęć „potrzeb w interesie ogólnym” oraz „charakteru przemysłowego lub handlowego” tych potrzeb. Nie jest możliwe zastosowanie rozwiązań o charakterze ogólnym. Co do drugiego zarzutu administracja hiszpańska utrzymywała, że wspomniane porozumienia są dla podmiotów prawa publicznego zwykłym sposobem regulowania wzajemnych stosunków. Stosunki zachodzące pomiędzy tymi podmiotami pozostają poza właściwym obszarem zamówień publicznych. Hiszpania kwestionowała również możliwość zastosowania w drodze analogii orzeczenia wydanego przez ETS w sprawie „Teckal”, ponieważ orzeczenie to zostało wydane w odniesieniu do dyrektywy dotyczącej usług i nie jest właściwe jego ogólne stosowanie w odniesieniu do wszystkich zamówień.

Co do trzeciego zarzutu rząd hiszpański winił z kolei Komisję za brak wskazania, jaką zmianę ceny można uważać za nieistotną, a jaka staje się istotną zmianą początkowych warunków zamówienia. Dla celów pewności prawnej hiszpański ustawodawca, zamiast użyć występującego w dyrektywie niejasnego sformułowania „zmiana początkowych warunków zamówienia w sposób nieistotny” opisał ten przypadek w sposób jednoznaczny. Ten argument został zakwestionowany przez Komisję, która twierdziła, że działalność ustawodawcy krajowego zmierzająca do sprecyzowania pojęć używanych przez dyrektywę nie może prowadzić do zawężenia zakresu jej stosowania, sprzecznego z intencją ustawodawcy unijnego.

Odnośnie do towarów o charakterze jednorodnym rząd hiszpański utrzymywał, że przetargi mające na celu wybór rodzaju towaru mają charakter zamówień ramowych. Przetargi te nie różnią się niczym od zamówień udzielanych w trybie porozumień lub umów ramowych przewidzianych w innym przepisie ujednoliconej ustawy, do którego Komisja nie zgłosiła uwag. Wynika z tego, że przepis ten jest zgodny z dyrektywami dotyczącymi zamówień publicznych. W odpowiedzi na ten argument Komisja stwierdziła, że umowy ramowe nie podlegają przepisom dyrektywy 93/36.

<sup>183</sup> Dyrektywa dotycząca koordynacji procedur udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorze gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji.

## Stanowisko rzecznika

Wyrok Trybunału nie został poprzedzony opinią rzecznika generalnego. Po wysłuchaniu rzecznik generalnej Kokott, ETS podjął decyzję o rozstrzygnięciu sprawy bez opinii rzecznika. Nie była ona konieczna prawdopodobnie dlatego, że z rozpatrywaną sprawą nie wiązały się nowe zagadnienia prawne, zaś dla wydania wyroku wystarczające było wykorzystanie dotychczasowego orzecznictwa ETS.

## Wyrok Trybunału

### Pierwszy zarzut

ETS stwierdził, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem pojęcie „podmiot prawa publicznego”, jest pojęciem z zakresu prawa wspólnotowego, któremu trzeba nadać wykładnię autonomiczną i jednolitą w całej Wspólnocie. Pojęcie to jest zdefiniowane jedynie poprzez trzy warunki o charakterze łącznym wymienione w art. 1 lit. b) drugi akapit dyrektyw 93/36 i 93/37. Zatem, w celu rozstrzygnięcia kwestii ewentualnego uznania podmiotu prawa prywatnego za podmiot prawa publicznego w rozumieniu dyrektyw 93/36 i 93/37 należy zbadać jedynie, czy podmiot ten spełnia łącznie trzy warunki wymienione we wspomnianych przepisach dyrektyw. Prywatnoprawny charakter danego podmiotu nie stanowi kryterium, mogącego samodzielnie wykluczyć uznanie go za instytucję zamawiającą w rozumieniu tychże dyrektyw. Nie oznacza to oczywiście pominięcia przemysłowego lub handlowego charakteru potrzeb powszechnych zaspokajanych przez ów podmiot, gdyż kwestia ta musi być brana pod uwagę w celu określenia, czy spełnia on jeden z warunków uznania go za „osobę prawa publicznego”. Zdaniem ETS wniosku tego nie podważa także brak bezpośredniego odniesienia w dyrektywach 93/36 i 93/37 do szczególnej kategorii „przedsiębiorstw publicznych”, choć stosuje je dyrektywa 93/38. ETS stwierdził więc, że ustawodawca hiszpański dokonał nieprawidłowego wdrożenia dyrektyw w zakresie definicji osób prawa publicznego, ponieważ wyłączył z zakresu stosowania ustawy podmioty prawa prywatnego, podczas gdy mogą one spełniać warunki wymienione w art. 1 lit. b) dyrektywy.

### Drugi zarzut

ETS podkreślił, że **zamówienie publiczne na dostawy lub roboty budowlane ma miejsce wtedy, gdy istnieje umowa o charakterze odpłatnym, zawarta na piśmie między dostawcą lub wykonawcą a instytucją zamawiającą w rozumieniu art. 1 lit. b) tychże dyrektyw, mająca za przedmiot zakup towarów lub wykonanie robót budowlanych.** Powołując się na orzeczenie w sprawie „Teckal”, ETS stwierdził, że zgodnie z art. 1 lit. a) dyrektywy 93/36 wystarczy w zasadzie, by zamówienie zostało złożone przez jednostkę samorządu terytorialnego osobie oddzielnej, w sensie prawnym, od tej jednostki. Obowiązek przeprowadzenia postępowania



przewidzianego w dyrektywie nie zachodzi jednak w sytuacji, gdy jednostka samorządu terytorialnego sprawuje nad tą osobą kontrolę podobną do kontroli nad własnymi służbami i jednocześnie osoba ta wykonuje zasadniczo zadania na rzecz danej jednostki<sup>184</sup>. Definicja przyjęta w tym orzeczeniu ma zastosowanie również do porozumień między jednostkami administracji. W konsekwencji, przepis ustawy, który generalnie wyłącza z zakresu jej stosowania porozumienia między jednostkami administracji publicznej, ich jednostkami organizacyjnymi i, ogólnie, między podmiotami prawa publicznego niemającymi charakteru handlowego, niezależnie od rodzaju tych porozumień, stanowi nieprawidłową transpozycję dyrektyw 93/36 i 93/37.

### Trzeci zarzut

Odnosząc się do trzeciego zarzutu, ETS przypomniał, że procedura negocjacyjna ma charakter wyjątkowy i może być stosowana jedynie w przypadkach wyczerpująco wymienionych w dyrektywie. Art. 6 ust. 3 lit. a) dyrektywy 93/36 i art. 7 ust. 3 lit. a) dyrektywy 93/37 wymieniają wyłączne przypadki, w których można stosować procedurę negocjacyjną bez uprzedniej publikacji ogłoszenia. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem odstępstwa od zasad mających na celu zapewnienie skuteczności przepisów dotyczących zamówień publicznych należy interpretować ściśle<sup>185</sup>. Państwowemu członkowskim nie wolno dopuszczać stosowania procedury negocjacyjnej w przypadkach nieprzewidzianych w dyrektywach 93/36 i 93/37 ani dodawać nowych warunków, w sposób, który powodowałby ułatwienie stosowania takiej procedury, gdyż prowadziłoby to do pozbawienia dyrektyw ich efektywności. Dopuszczając stosowanie procedury negocjacyjnej w sytuacji, gdy zamówienie nie zostało udzielone w drodze procedury otwartej lub ograniczonej, albo gdy kandydaci nie zostali dopuszczeni do składania ofert, o ile nie zostały zmienione początkowe warunki zamówienia, z wyjątkiem ceny, którą można podnieść maksymalnie o 10%, ustawa hiszpańska przewiduje warunek dodatkowy w stosunku do przepisów dyrektyw 93/36 i 93/37. Możliwość zmiany ceny nawet o 10% nie można, w opinii ETS, uznać za zmianę początkowych warunków zamówienia w sposób nieistotny, o której mowa w dyrektywach. W konsekwencji również i w tym przypadku miało miejsce nieprawidłowe wdrożenie przepisów dyrektyw. Co do udzielania zamówień na dostawy towarów jednorodnych ETS zauważył, że procedura negocjacyjna może być stosowana wyłącznie w przypadkach określonych enumeratywnie w art. 6 ust. 2 i 3 dyrektywy 93/36. Tymczasem przepis wprowadzony przez ustawodawcę hiszpańskiego nie odpowiada ani przypadkowi opisanemu w art. 6 ust. 2, ani żadnej z pięciu sytuacji wymienionych w ustępie 3 tego artykułu, w których dopuszczone jest zastosowanie procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu. Co więcej, warunki te nie obejmują zawierania „umowy ramowej”. Również i w tym

<sup>184</sup> Patrz rozważania dotyczące tego i innych orzeczeń w zakresie zamówień typu „in house” w rozdziale 3.

<sup>185</sup> Patrz szerzej zasady wyboru procedury w rozdziale 2.

przypadku ETS uznał, że ustawa hiszpańska jest sprzeczna z postanowieniami dyrektyw. Wdrażając przepisy dotyczące przesłanek uzasadniających skorzystanie z procedury negocjacyjnej, państwa członkowskie nie mogą dodawać nowych warunków lub doprecyzowywać ich w taki sposób, aby skorzystanie z procedury negocjacyjnej stało się łatwiejsze dla zamawiającego<sup>186</sup>.

ETS zgodził się więc z Komisją w odniesieniu do wszystkich zarzutów podniesionych w skardze. Rząd hiszpański został uznany winnym niedopełnienia obowiązków wynikających z dyrektywy poprzez nieprawidłowe wdrożenie wspomnianych wyżej przepisów.

### **3.16. Wyrok Trybunału z 18 listopada 2004 roku w sprawie C-126/03**

Wyrok<sup>187</sup> został wydany w związku ze skargą wniesioną w trybie art. 226 TWE przez Komisję Europejską przeciwko Republice Federalnej Niemiec.

#### **Stan faktyczny**

W 1997 r. spółka AWG Donau-Wald zajmująca się w Niemczech usuwaniem odpadów opublikowała ogłoszenie dotyczące usuwania nieczystości w regionie Donauwald. Miasto Monachium, eksploatujące zarówno elektrownię, jak i spalarnię odpadów, w odpowiedzi na to ogłoszenie złożyło ofertę. Ponieważ miasto nie było w stanie samo zapewnić transportu odpadów do spalarni, wskazało w swojej ofercie jako wykonawcę tych usług spółkę „Rethmann”. Miasto Monachium uzyskało następnie zamówienie, o które się ubiegało i podpisało z firmą Rethmann umowę podwykonawczą. Jej zawarcie nie zostało jednak poprzedzone publikacją zaproszenia do składania ofert. Komisja Europejska uznała, że doszło w ten sposób do naruszenia przepisów dyrektywy 92/50<sup>188</sup> i wniosła skargę do Trybunału, domagając się uznania przez ETS, że Republika Federalna Niemiec uchybiła swoim zobowiązaniom wynikającym z tejże dyrektywy. W skardze Komisja podniosła tylko jeden zarzut – naruszenie art. 8 w związku z art. 11 ust. 1 dyrektywy 92/50. Komisja utrzymywała, że umowa zawarta pomiędzy Monachium a spółką Rethmann dotyczyła świadczenia usług wymienionych w załączniku IA do dyrektywy (czyli podlegających w całości przepisom dyrektywy), umowa miała charakter majątkowy, jej wartość przekraczała próg obowiązywania dyrektywy, a zatem była zamówieniem publicznym na usługi w rozumieniu dyrektywy 92/50. W konsekwencji zaproszenie do składania ofert powinno zostać opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE.

<sup>186</sup> Patrz także M. Dischendorfer „Issues under the EC Procurement Directives: A Note on Case C-84/03, Commission v Spain”, *Public Procurement Law Review*, 3, (2005), str. NA78.

<sup>187</sup> ECR 2004, str. I – 11197.

<sup>188</sup> Dyrektywa dotycząca koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi.

## Stanowisko rządu niemieckiego

Rząd niemiecki twierdził, że nie doszło do naruszenia postanowień dyrektywy 92/50, ponieważ nie miała ona w ogóle zastosowania. Miasto Monachium powinno być, co prawda, zasadniczo uznane za „instytucję zamawiającą” w rozumieniu dyrektywy 92/50, zaś zawarcie umowy, której wartość przekracza próg określony w dyrektywie, odpowiadało definicji zamówień publicznych na usługi w jej rozumieniu, jednakże przepisy tejże dyrektywy nie musiały być w tym przypadku przestrzegane. Na poparcie tego stanowiska przedstawione zostały następujące argumenty:

- miasto Monachium nie było, w przypadku spornego zamówienia, podmiotem zamawiającym w rozumieniu dyrektywy, lecz usługodawcą, który zlecał część uzyskanego zamówienia podwykonawcy;
- sporna umowa nie miała charakteru zamówienia publicznego, ponieważ nie odnosiła się do działalności prowadzonej w ogólnym interesie miasta, ale dotyczyła niezależnej działalności o charakterze gospodarczym, wyodrębnionej i podlegającej regułom konkurencji;
- do sfinansowania zamówienia nie zostały wykorzystane publiczne środki miasta Monachium;
- jako zamówienie udzielone w celu odsprzedaży podmiotom trzecim, sporne zamówienie wyłączone jest z zakresu stosowania dyrektywy 92/50, na mocy jej art. 1 lit. a) ppkt ii) w związku z art. 7 dyrektywy sektorowej 93/38/EWG, koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji oraz że
- w praktyce niemożliwe było przestrzeganie postanowień dyrektyw, ponieważ miasto Monachium musiało podać nazwę podwykonawcy w momencie składania ofert w głównym postępowaniu, w celu wykazania, że spełnia warunki dotyczące zdolności technicznej do wykonania zamówienia.

## Opinia rzecznika

Zdaniem rzecznika Geelhoeda<sup>189</sup> zasadnicze pytanie w tej sprawie dotyczyło tego, czy miasto Monachium powinno być uznane za instytucję zamawiającą. Jeśli tak, to czy powinno ono ogłosić przetarg na usługi transportowe, czy też, jak twierdził rząd niemiecki, ponieważ działało na rynku jako usługodawca, zadania zleczone podwykonawcy nie musiały być przedmiotem konkurencyjnego postępowania przetargowego. Swoje rozważania rzecznik rozpoczął od stwierdzenia, że miasto Monachium jest jednostką samorządu terytorialnego. Jest więc, co do zasady, instytucją zamawiającą w rozumieniu art. 1 lit. b) dyrektywy 92/50, który uznaje za instytucje zamawiające organy państwa, jednostki samorządu terytorialnego, pod-

<sup>189</sup> Opinia rzecznika z 24 czerwca 2004 r. (ECR 2004, str. I – 11197).

mioty prawa publicznego, związki zawarte przez co najmniej jedną taką jednostkę lub podmiot prawa publicznego. Zgodnie z utrwalonym orzecnictwem ETS<sup>190</sup> uznanie danego podmiotu za instytucję zamawiającą pociąga za sobą obowiązek zastosowania dyrektywy 92/50, niezależnie od przedmiotu przetargu. Przedmiot ten nie musi być koniecznym związany z zadaniami wykonywanymi przez zamawiającego w ogólnym interesie, lecz może także dotyczyć działalności pozbawionej publicznego charakteru. Bez znaczenia pozostaje również fakt, że instytucja zamawiająca występuje w charakterze oferenta. Rzecznik odwołał się następnie do przepisów i orzecznictwa dotyczącego podmiotów prawa publicznego. Zgodnie z tym orzecnictwem dany podmiot jest podmiotem prawa publicznego, jeśli spełnia trzy następujące kumulatywne warunki: został powołany w szczególnym celu zaspokajania potrzeb interesu ogólnego innych niż handlowe, posiada osobowość prawną oraz jest ściśle uzależniony od państwa, jednostki samorządu terytorialnego lub innego podmiotu prawa publicznego. Jeżeli dany podmiot spełnia te warunki, jest podmiotem prawa publicznego, więc jest zamawiającym w rozumieniu dyrektywy, zobowiązany do przestrzegania jej postanowień, niezależnie od tego, czy usługi będące przedmiotem udzielanego zamówienia obejmują zadania wykonywane w interesie ogólnym, czy też wykonywane są w oparciu o zasady rynkowe. Art. 1 lit. b) dyrektywy<sup>191</sup> nie dokonuje rozróżnienia między zamówieniami publicznymi na prace budowlane, związanymi z zaspokajaniem potrzeb interesu ogólnego, a zamówieniami, które nie mają takiego charakteru. W rozważanym przypadku nie jest zatem istotne, że dana działalność nie wiąże się z zadaniami wykonywanymi w interesie ogólnym, ani że instytucja zamawiająca nie korzysta ze środków publicznych. Z dyrektywy wynika, że podmioty objęte jej zakresem zobowiązane są do przeprowadzenia procedury udzielania zamówień zgodnie z jej przepisami. Jest tak nawet wówczas, gdy sama instytucja zamawiająca działa na rynku jako usługodawca, zlecając jednocześnie podwykonawstwo części zadań podmiotowi trzeciemu. Nie jest przy tym wykluczone, że przy wyborze podwykonawcy podmiot publiczny będzie się kierował przesłankami innymi niż ekonomiczne lub że na pewnym etapie realizacji tych zadań użyte zostaną środki publiczne. Rzecznik zgodził się z poglądem Komisji, według którego miasto Monachium, jeśli chciało świadczyć usługi podmiotom trzecim w oparciu o zwykłe zasady rynkowe, mogło utworzyć niezależną prawnie spółkę. Jeżeli spółka taka realizowałaby cel zarobkowy, ponosiła ryzyko strat związanych z prowadzoną działalnością i nie wykonywała żadnych zadań w interesie ogólnym, nie byłaby uznana za podmiot zamawiający w rozumieniu dyrektywy. Jak stwierdził rzecznik „podmiot, który prowadzi działalność w celach zarobkowych i sam ponosi ryzyko związane z prowadzoną działalnością, nie przystępuje zazwyczaj do procedury udzielania zamówień w nieuzasadnionych gospodarczo warunkach”<sup>192</sup>.

<sup>190</sup> Np. wyroki z 18 listopada 1999 r. w sprawie C-107/98 Teckal, Rec., str. I 1821 oraz z 12 lipca 2001 r. w sprawie C-399/98 Ordine degli Architetti i in., ECR, str. I 5409.

<sup>191</sup> Zgodnie z orzeczeniem ETS w sprawie C-44/96 „Mannensmann”.

<sup>192</sup> Pkt 32 opinii.

W konkluzji rzecznik zaproponował ETS udzielenie odpowiedzi, że Republika Federalna Niemiec uchybiła swoim zobowiązaniom wynikającym z art. 8 w związku z art. 11 ust. 1 dyrektywy Rady 92/50/EWG.

## Wyrok Trybunału

ETS nie został przekonany przez argumenty rządu niemieckiego. Na wstępie zauważył, że zgodnie z art. 1 lit. b) dyrektywy 92/50 jednostka samorządu terytorialnego jest instytucją zamawiającą. Art. 1 lit. a) przedmiotowej dyrektywy, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, nie przewiduje rozróżnienia pomiędzy zamówieniami udzielanymi w celu wykonania zadań zmierzających do zaspokojenia potrzeb o charakterze powszechnym oraz zamówieniami niemającymi z takimi potrzebami związku. Odnosząc się do argumentu, że udzielane zamówienie dotyczyło działalności gospodarczej, a nie działalności o charakterze użyteczności publicznej, ETS uznał, że nie ma znaczenia fakt, iż instytucja zamawiająca zamierzała występować sama jako usługodawca oraz zleciła część zadań podwykonawcom. Nie można bowiem wykluczyć, że decyzja instytucji zamawiającej w sprawie wyboru podmiotu trzeciego oparta zostanie na przesłankach innych, niż gospodarcze. W konsekwencji, niezależnie od tego, jaki byłby rodzaj i kontekst spornego zamówienia, stanowi ono „zamówienie publiczne” w rozumieniu art. 1 lit. a) dyrektywy. Miasto Monachium jest zatem zamawiającym w rozumieniu dyrektywy również w odniesieniu do zadań, które podzleciło jako potencjalny wykonawca zamówienia publicznego.

Następny argument dotyczył braku angażowania w sporną działalność publicznych środków miasta Monachium. ETS stwierdził, że wykorzystanie środków publicznych nie jest elementem decydującym dla uznania, bądź nie, danego zamówienia za zamówienie publiczne w rozumieniu art. 8 i 11 dyrektywy 92/50.

Kolejny argument rządu niemieckiego sugerował wyłączenie przedmiotowego zamówienia z zakresu stosowania dyrektywy 92/50 na mocy jej art. 1 lit. a) ii) w związku z art. 7 dyrektywy 93/38/EWG (zamówienie udzielone w celu odsprzedaży podmiotom trzecim). Został on oddalony przez ETS na tej podstawie, że wyjątek przewidziany w art. 7 dyrektywy sektorowej znajduje zastosowanie jedynie wówczas, gdy dane zamówienie objęte jest zakresem tejże dyrektywy. Ponieważ jednak przedmiotowe zamówienie nie wiąże się z rodzajami działalności, o których mowa w art. 2 ust. 2 dyrektywy sektorowej, wyjątek przewidziany w art. 7 nie mógł znaleźć zastosowania w niniejszej sprawie.

Według innego argumentu rządu niemieckiego udzielenie spornego zamówienia zgodnie z postanowieniami dyrektywy 92/50 byłoby w praktyce niemożliwe, ponieważ składając ofertę w odpowiedzi na zaproszenie ogłoszone przez AWG Donau-Wald, miasto Monachium musiało podać nazwę podwykonawcy w celu wykazania swej zdolności technicznej (czyli na tym etapie musiał on być już wybrany). ETS zauważył jednak, że to na usługodawcy zamierzającym powołać się na zdolność techniczną innych podmiotów, z którymi jest bezpośrednio lub pośrednio związany, ciąży obowiązek wykazania, że może on rzeczywiście dysponować ich zasobami.

Co do argumentu, że zamówienie mogło, na mocy art. 11 ust. 3 lit. d) dyrektywy 92/50, zostać udzielone w drodze procedury negocjacyjnej, bez uprzedniego opublikowania ogłoszenia o zamówieniu, ETS zauważył, że art. 11 ust. 3 dyrektywy 92/50 podlega ścisłej wykładni. Obowiązek wykazania rzeczywistego wystąpienia wyjątkowych okoliczności uzasadniających zastosowanie procedury negocjacyjnej ciąży na podmiocie, który pragnie z niej skorzystać. Stosowanie wspomnianego art. 11 ust. 3 lit. d) jest uzależnione od kumulatywnego spełnienia trzech warunków: wystąpienia nieprzewidzianego zdarzenia o charakterze wyjątkowo pilnym, niedającego się pogodzić z terminami wymaganymi w ramach innych procedur oraz związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy nieprzewidzianym zdarzeniem a wyjątkowo pilną potrzebą udzielenia zamówienia. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem zastosowanie procedury negocjacyjnej nie jest dopuszczalne w sytuacji, kiedy zamawiający ma dość czasu, aby skorzystać z procedury przyspieszonej<sup>193</sup>. W omawianej sprawie miasto Monachium mogło przeprowadzić przyspieszoną procedurę ograniczoną pomiędzy ogłoszeniem zaproszenia do składania ofert a złożeniem przez nie oferty.

W sentencji wyroku ETS stwierdził, że: „ze względu na fakt, że miasto Monachium udzieliło zamówienia odnoszącego się do transportu odpadów między punktami odprowadzania nieczystości w regionie Donauwald a elektrociepłownią Monachium Północ, z naruszeniem zasad proceduralnych, ustalonych w art. 8 dyrektywy Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r., odnoszącej się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi, w związku z art. 11 ust. 1 tej dyrektywy, Republika Federalna Niemiec uchybiła zobowiązaniom, które na niej ciążyą na mocy wspomnianej dyrektywy”.

## Komentarz

Omawiane powyżej orzeczenie jest o tyle ciekawe, że dotyczyło dość szczególnej sytuacji, w której organ samorządu terytorialnego (Monachium) działał nie jako nabywca (podmiot zamawiający), ale jako usługodawca (przedsiębiorca)<sup>194</sup>. ETS uznał, że postanowienia dyrektywy powinny być przestrzegane w sytuacji, kiedy podmiot publiczny, objęty zakresem dyrektywy klasycznej, udziela zamówienia, prowadząc działalność gospodarczą (ubiegając się jako usługodawca o zamówienie publiczne). Przed wydaniem tego wyroku można było mieć wątpliwości, czy ciąży na nim ten obowiązek, wątpliwości te zostały jednak przez ETS rozwiane. W praktyce jednak mogą pojawić się problemy ze spełnieniem tego wymogu ze względu na brak pewności co do wyniku postępowania przetargowego. W przypadku zastosowania reguły, zgodnie z którą zamawiający (jednocześnie oferent w „głównym” postępowaniu) powinien opublikować zaproszenie do

<sup>193</sup> Patrz np. wyrok z 18 marca 1992 r. w sprawie C-24/91 Komisja przeciwko Hiszpanii.

<sup>194</sup> M. Dischendorfer, M. Fruhmann „Contracting Authorities as Service Providers under the EC Public Procurement Directives: A Note on Case C-126/03, *Commission v Germany*”, *Public Procurement Law Review*, 3, 2005, str. NA 80.

składania ofert dla swoich podwykonawców pomiędzy odebraniem „swojego” zaproszenia do składania ofert i złożeniem własnej oferty – zamówienie udzielane przez taki podmiot miałyby charakter warunkowy. Podwykonawca uzyskałby zamówienie tylko w sytuacji, kiedy podmiot publiczny wygra przetarg dotyczący podstawowego zamówienia.

Z realizacją tego orzeczenia wiążą się także inne problemy praktyczne, z których musi zdawać sobie sprawę podmiot publiczny ubiegający się o zamówienie, które chce zrealizować, korzystając z pomocy podwykonawców:

- w odpowiedzi na opublikowane przez siebie zaproszenie dotyczące podwykonawstwa podmiot publiczny może nie uzyskać żadnych ofert lub otrzymać wyłącznie oferty nieprawidłowe; powtórzenie procedury może nie być możliwe z uwagi na brak czasu, i podmiot ten musiałby wycofać się z ubiegania o „podstawowe” zamówienie,
- podobnie w sytuacji, kiedy otrzymane oferty są zgodne z wymogami określonymi przez zamawiającego, ale nie mogą zostać przyjęte, gdyż są zbyt drogie i w konsekwencji nie dają szansy uzyskania głównego zamówienia.

W literaturze zwraca się uwagę na następujące rozwiązania, jakie mogą wziąć pod uwagę podmioty publiczne działające jako usługodawcy w sytuacji, kiedy chcą uniknąć konieczności przestrzegania dyrektywy<sup>195</sup>:

- zamawiający może ubiegać się o zamówienie za pośrednictwem prawnie odrębnego podmiotu zależnego – jak sugerował w swojej opinii rzecznik generalny<sup>196</sup>, miasto Monachium mogło ustanowić odrębny podmiot (spółkę), który prowadziłby działalność zarobkową i ponosiłby ryzyko strat z nią związanych oraz nie wykonywałby działalności o charakterze publicznym; w sytuacji, kiedy byłyby spełnione te warunki, utworzona spółka nie byłaby zamawiającym w rozumieniu dyrektyw i nie musiałaby przestrzegać procedur w nich określonych; wadą takiego rozwiązania jest jednak to, że jest ono atrakcyjne jedynie dla podmiotów, które są zainteresowane prowadzeniem na dłuższą metę działalności gospodarczej i ubieganiem się o zamówienia publiczne<sup>197</sup>;
- inne możliwe rozwiązanie to powołanie ad hoc konsorcjum, niemającego osobowości prawnej, z wybranym podwykonawcą, zamiast zatrudniania go na podstawie umowy podwykonawczej; nie jest jednak jasne, czy biorąc pod uwagę rygorystyczną i funkcjonalną wykładnię ETS, umowa w sprawie powołania konsorcjum czy też usługi świadczone w ramach konsorcjum nie zostałyby uznane przez ETS za objęte zakresem dyrektywy; w omawianej również w niniejszej publikacji sprawie C-84/03 ETS uznał porozumienia pomiędzy podmiotami publicznymi za niepodlegające wyłączeniu z zakresu dyrektywy. Dość prawdopodobne jest, że uznałby za podlegające dyrektywie również konsorcja utworzone przez podmioty publiczne. Nawet gdyby jednak tak się nie stało, nie można wykluczyć uznania usług świadczonych zamawiającemu

<sup>195</sup> Ibidem, str. NA83.

<sup>196</sup> Patrz pkt 32 opinii rzecznika.

<sup>197</sup> Patrz również wyrok ETS w sprawie C-18/01.

przez konsorcjum za podlegające postanowieniom dyrektywy, zwłaszcza w sytuacji, kiedy członkowie konsorcjum będą solidarnie odpowiedzialni za wykonanie zamówienia.

Tak czy inaczej – konsekwencją wydanego przez ETS orzeczenia może być rezygnacja przez podmioty publiczne z udziału w procedurach przetargowych po stronie wykonawców w sytuacji, kiedy nie da się uniknąć konieczności poddania się wymogom proceduralnym dyrektywy<sup>198</sup>.

### **3.17. Wyrok Trybunału z 3 marca 2005 roku w połączonych sprawach C-21/03 i C-34/03**

Wyrok<sup>199</sup> został wydany przez ETS w trybie art. 234 TWE (pytania prejudycjalne) w odpowiedzi na pytania dotyczące zgodności belgijskich przepisów w zakresie zamówień publicznych<sup>200</sup> z unijnymi dyrektywami dotyczącymi zamówień publicznych.

#### **Stan faktyczny**

Zgodnie z belgijskimi przepisami w postępowaniu o zamówienie publiczne nie mogły składać ofert ani wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu osoby, którym powierzono przeprowadzenie badań, studiów lub planów związanych z robotami budowlanymi, dostawami lub usługami będącymi przedmiotem danego zamówienia. Przedsiębiorstwo powiązane z którąś z takich osób mogło uczestniczyć w postępowaniu lub złożyć ofertę tylko pod warunkiem udowodnienia, że nie uzyskało niezgodnie z zasadami uczciwej konkurencji przewagi, która mogłaby prowadzić do zakłócenia warunków równej konkurencji. Jedna z firm, która regularnie uczestniczy w zamówieniach publicznych (Fabricom), zaskarżyła przepis do belgijskiej Rady Stanu, uznając go za naruszenie zasady równego traktowania oferentów, zasady skuteczności środków odwoławczych (dyrektywa 92/13 oraz 89/665), zasady proporcjonalności oraz swobody prowadzenia działalności gospodarczej. Rada Stanu rozpatrując skargę Fabricomu, zwróciła się do ETS z trzema pytaniami:

- 1) Czy przepisy dyrektywy 93/38 [...], w szczególności jej art. 4 ust. 2 oraz dyrektywy 98/4 [...] w związku z zasadą proporcjonalności, wolnością handlu i przemysłu oraz z poszanowaniem prawa własności, zagwarantowanym w szczególności przez Protokół nr 1 z dnia 20 marca 1952 r. do Konwencji

---

<sup>198</sup> NA84.

<sup>199</sup> Polska wersja wyroku dostępna na internetowej stronie ETS <http://www.curia.europa.eu>.

<sup>200</sup> Dekret królewski z 25 marca 1999 r. zmieniający dekret królewski z 8 stycznia 1996 r. w sprawie zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi oraz koncesji na roboty budowlane.



o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, stoją na przeszkodzie niedopuszczeniu do złożenia wniosku o uczestnictwo lub złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane, dostawy lub usługi przez osobę, na której spoczywał obowiązek wykonania prac o celach badawczych, eksperymentalnych, naukowych lub rozwojowych w zakresie tych robót budowlanych, dostaw i usług, bez umożliwienia tej osobie wykazania, że w danym przypadku zdobyte przez nią doświadczenia nie mogły zniekształcić konkurencji?

2) Czy odpowiedź udzielona na poprzednie pytanie byłaby inna w przypadku, gdyby wyżej wymienione dyrektywy, w powiązaniu z tymi samymi zasadami, wolnościami oraz przepisami, były interpretowane jako dotyczące wyłącznie przedsiębiorstw prywatnych lub wykonujących świadczenia odpłatnie?

3) Czy dyrektywa 92/13 [...], w szczególności jej art. 1 i art. 2, może być interpretowana w ten sposób, że jednostka zamawiająca może, aż do zakończenia procedury rozpatrywania ofert, odmówić uczestnictwa w postępowaniu lub złożenia oferty przedsiębiorstwu powiązanemu z osobą, na której spoczywał obowiązek wykonania prac o celach badawczych, eksperymentalnych, naukowych lub rozwojowych w zakresie tych robót budowlanych, dostaw i usług, kiedy przesłuchane w tym względzie przez instytucję zamawiającą przedsiębiorstwo twierdzi, że z tego tytułu nie odniosło nieuzasadnionej korzyści mogącej zniekształcić normalne warunki konkurencji?

Sąd krajowy chciał w ten sposób uzyskać odpowiedź na pytanie, czy przepisy unijnych dyrektyw dotyczących zamówień publicznych (dyrektywy 92/50, 93/36, 93/37 oraz 97/52) nie pozwalają na przyjęcie przepisów krajowych zabraniających składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne przez osobę, której powierzono zostało zadanie przygotowania badań, eksperymentów, studiów lub planów z nim związanych, bez umożliwienia danej osobie wykazania, że doświadczenie, jakie dzięki temu uzyskała, nie jest w stanie zakłócić uczciwej konkurencji.

## Stanowisko Fabricomu i opinia Komisji Europejskiej

**Firma Fabricom** twierdziła, że postanowienia belgijskie są sprzeczne z zasadami prawa wspólnotowego, a w szczególności z zasadą niedyskryminacji oferentów. Zasada ta, zdaniem Fabricomu ma zastosowanie do wszystkich oferentów, włączając również tych, którzy brali udział we wstępnej fazie postępowania o udzielenie zamówienia. Oferenci ci powinni być, zdaniem firmy, wykluczeni z udziału w postępowaniu tylko wtedy, kiedy z okoliczności faktycznych jednoznacznie wynika, że poprzez swój udział we wstępnej fazie postępowania uzyskali nad pozostałymi oferentami przewagę, która prowadzi do zakłócenia uczciwej konkurencji. Fabricom, wspierany przez rządy **austriacki** i **fiński**, twierdził, że uniemożliwienie mu udziału w postępowaniu o zamówienie publicznie nie jest obiektywnie uzasadnione, a wspomniany przepis jest nadmiernie restrykcyjny. Równe trakto-

wanie wszystkich oferentów może być zapewnione również wtedy, gdy istnieje procedura, w której ocenia się w każdym konkretnym przypadku, czy dana osoba uzyskała w opisany sposób przewagę w stosunku do konkurentów.

Komisja Europejska zwracała z kolei uwagę, że celem przepisów belgijskich było zapobieżenie wypaczaniu uczciwej konkurencji w sytuacji, kiedy osoba, która uczestniczyła w przygotowaniu postępowania o zamówienie publiczne, składa następnie w tym samym postępowaniu ofertę, wykorzystując informacje, jakie uzyskała dzięki udziałowi w pracach przygotowawczych. Co więcej, osoba ta, będąc zainteresowana udziałem w danym postępowaniu, może w taki sposób wpłynąć na kształt dokumentacji przetargowej, żeby stał się dla niej korzystny.

## Opinia rzecznika generalnego

Rzecznik generalny Léger w swojej opinii<sup>201</sup> sugerował odpowiedź, że przepisy dyrektyw nie stoją na przeszkodzie, aby przepisy prawa krajowego wykluczały co do zasady i bezwarunkowo z udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne osoby, które brały udział w przygotowaniu tego postępowania<sup>202</sup>. Rzecznik podkreślił, że celem dyrektyw jest rozwój efektywnej konkurencji w zamówieniach publicznych. Konkurencja ta jest możliwa jedynie w sytuacji, kiedy wszyscy wykonawcy są traktowani na równych prawach przez zamawiającego. Dyrektywy nie zawierają wprawdzie przepisu pozwalającego na wykluczenie z udziału w postępowaniu wykonawcy, który brał udział w przygotowaniu zamówienia publicznego, zawierają natomiast listę kryteriów selekcji wykonawców. Zdaniem rzecznika państwa członkowskie, wdrażając postanowienia dyrektyw do swoich porządków prawnych, mogą przewidzieć także inne, niż zawarte w dyrektywach, podstawy do wykluczenia z udziału w procedurze zamówieniowej. Musi być jedynie zachowany warunek, że przepisy krajowe będą służyć realizacji celów dyrektywy (czyli rozwojowi efektywnej konkurencji)<sup>203</sup>. Przepis pozbawiający możliwości udziału w postępowaniu wykonawców, którzy uczestniczyli w jego przygotowaniu, zapobiega konfliktowi interesów oraz dyskryminacji oferentów, a także umożliwia uczciwą konkurencję<sup>204</sup>. Jest zatem zgodny z celem dyrektywy. Nie ogranicza wolności wyboru wykonawcy, który znając opisane ograniczenia, może sam zdecydować, czy wziąć udział w pracach przygotowawczych, czy też złożyć ofertę we właściwym postępowaniu. Rzecznik zgodził się z Komisją Europejską, która prezentowała stanowisko, że belgijski przepis nie narusza prawa europejskiego.

Warto zwrócić uwagę na fakt, że firma Fabricom złożyła wcześniej wniosek do Komisji o wszczęcie postępowania przeciwko Belgii z tytułu naruszenia prawa wspólnotowego, Komisja nie znalazła jednak wówczas podstaw, aby wszcząć postępowanie<sup>205</sup>.

<sup>201</sup> Opinia rzecznika generalnego z 11 listopada 2004 r.

<sup>202</sup> Patrz konkluzje opinii rzecznika generalnego.

<sup>203</sup> Patrz par. 32 opinii.

<sup>204</sup> Patrz par. 39–41 opinii rzecznika.

<sup>205</sup> Patrz przypis 12 do opinii rzecznika generalnego.

## Odpowiedzi Trybunału

Trybunał nie zgodził się z opinią rzecznika. Udzielając odpowiedzi na zadane pytania, ETS zauważył na wstępie, że celem dyrektyw jest wsparcie rozwoju rzeczywistej konkurencji w zakresie zamówień publicznych. Realizacji tego celu służy, wprowadzony przez dyrektywy, wymóg równego traktowania uczestników postępowania o zamówienie publiczne. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału zasada równego traktowania oznacza, że podobne sytuacje nie mogą być traktowane odmiennie, zaś różne sytuacje nie powinny być traktowane identycznie, chyba że ta różnica w traktowaniu (lub jej brak) jest obiektywnie uzasadniona<sup>206</sup>. Osoba, która uczestniczyła w przygotowaniu planów, studiów itd. znajduje się w innej sytuacji niż podmiot, który nie wykonywał takich prac. Poprzez udział w pracach przygotowawczych osoba ta mogła bowiem uzyskać pewne informacje dotyczące konkretnego postępowania o zamówienie publiczne. Uzyskuje więc przewagę nad konkurencją i może wykorzystać uzyskane informacje, przygotowując ofertę w danym postępowaniu. Tymczasem, zgodnie z zasadą równego traktowania, wszyscy oferenci powinni mieć równe szanse przy przygotowywaniu swoich ofert. Co więcej, osoba przygotowująca pewne dokumenty na potrzeby postępowania może się również znajdować w sytuacji konfliktu interesów, ponieważ przewidując czy nawet tylko zastanawiając się nad ubieganiem się o dane zamówienie publiczne, mogła wpłynąć na jego warunki, aby uczynić je bardziej korzystnymi dla siebie. Sytuacja taka może prowadzić do wypaczenia uczciwej konkurencji w zamówieniach publicznych. Po takiej argumentacji Trybunału czytelnik mógłby spodziewać się, że w konkluzjach orzeczenia Trybunał zgodzi się z opinią rzecznika i również uzna przepisy belgijskie za zgodne z wymogami prawa europejskiego. Tymczasem Trybunał w dalszej części orzeczenia stwierdza, że przepis będący przedmiotem zaskarżenia nie pozostawia osobie wykonującej niektóre prace przygotowawcze żadnej możliwości wykazania, że w jej szczególnym przypadku nie wystąpiła sytuacja, o której wcześniej mowa. Zdaniem Trybunału przepis belgijski wykracza poza to, co jest konieczne do osiągnięcia celu równego traktowania oferentów (czyli nie jest zgodny z zasadą proporcjonalności). Konsekwencją stosowania go może być bowiem wykluczenie osób wykonujących niektóre prace przygotowawcze z procedury przetargowej pomimo tego, że ich uczestnictwo nie stanowi żadnego niebezpieczeństwa dla konkurencji między oferentami. Konkludując, Trybunał stwierdził, że przepis, zgodnie z którym nie dopuszcza się do złożenia wniosku o uczestnictwo lub złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane, dostawy lub usługi przez osobę, na której spoczywał obowiązek wykonania prac o celach badawczych, eksperymentalnych, naukowych lub rozwojowych w zakresie tych robót budowlanych, dostaw i usług, bez umożliwienia tej osobie wykazania, że w danym przypadku zdobyte przez nią doświadczenia nie mogły zniekształcić konkurencji – nie jest zgodny z przepisami unijnych dyrektyw.

<sup>206</sup> Np. wyroki w sprawach C-210/03 i C-434/02.

Na zadane przez sąd krajowy pytania ETS udzielił następującej odpowiedzi:

„1) Dyrektywa Rady 92/50/EWG z 18 czerwca 1992 r. odnosząca się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi, zmieniona dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 97/52/WE z 13 października 1997 r., w szczególności jej artykuł 3 ust. 2, dyrektywa Rady 93/36/EWG z 14 czerwca 1993 r. koordynująca procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy, zmieniona dyrektywą 97/52, w szczególności jej art. 5 ust. 7, dyrektywa Rady 93/37/EWG z 14 czerwca 1993 r. dotycząca koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, zmieniona dyrektywą 97/52, w szczególności jej art. 6 ust. 6, jak również dyrektywa Rady 93/38/EWG z 14 czerwca 1993 r. koordynująca procedury udzielania zamówień publicznych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji, zmieniona dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 98/4/WE z 16 lutego 1998 r., w szczególności jej art. 4 ust. 2, stoją na przeszkodzie zasadzie przewidzianej w art. 26 dekretu królewskiego z 25 marca 1999 r., zmieniającego dekret królewski z 10 stycznia 1996 r. oraz art. 32 dekretu królewskiego z 25 marca 1999 r., zmieniającego dekret królewski z 8 stycznia 1996 r., zgodnie z którą nie dopuszcza się do złożenia wniosku o uczestnictwo lub złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane, dostawy lub usługi przez osobę, na której spoczywał obowiązek wykonania prac o celach badawczych, eksperymentalnych, naukowych lub rozwojowych w zakresie tych robót budowlanych, dostaw i usług, bez umożliwienia tej osobie wykazania, że w danym przypadku zdobyte przez nią doświadczenia nie mogły zniekształcić konkurencji.

2) Dyrektywa Rady 89/665/EWG z 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, w szczególności jej art. 2 ust. 5 lit. a) oraz art. 5, jak również dyrektywa Rady 92/13/EWG z 25 lutego 1992 r. koordynująca przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne odnoszące się do stosowania przepisów wspólnotowych w procedurach zamówień publicznych podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji, w szczególności jej art. 1 i 2, stoją na przeszkodzie temu, aby jednostka zamawiająca mogła, aż do zakończenia procedury rozpatrywania ofert, odmówić uczestnictwa w postępowaniu lub złożenia oferty przedsiębiorstwu powiązanemu z osobą, na której spoczywał obowiązek wykonania prac o celach badawczych, eksperymentalnych, naukowych lub rozwojowych w zakresie robót publicznych, dostaw lub usług, kiedy przesłuchane w tym względzie przez instytucję zamawiającą przedsiębiorstwo twierdzi, że z tego tytułu nie odniosło nieuzasadnionej korzyści, mogącej zniekształcić normalne warunki konkurencji”.

## Komentarz

Wydane orzeczenie było pierwszym, w którym ETS wypowiedział się na temat zgodności z prawem wspólnotowym przepisów wykluczających z udziału w postępowaniu podmioty, które wykonywały wcześniej pewne czynności związane z przygotowaniem postępowania. Zarówno dyrektywy obowiązujące w momencie, kiedy sprawa trafiła do ETS<sup>207</sup>, jak też dyrektywy przyjęte w okresie późniejszym<sup>208</sup> zawierają katalog przesłanek, w oparciu o które zamawiający może pozbawić określonych wykonawców prawa do udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne. Zgodnie z orzecznictwem ETS katalog tych przesłanek jest zamknięty<sup>209</sup>. Żadna z tych przesłanek nie odnosi się do sytuacji przewidzianej w prawie belgijskim. Równocześnie jednak zamawiający są obowiązani do przestrzegania podstawowej zasady leżącej u podstaw wspólnotowego systemu zamówień publicznych, a mianowicie zasady równego traktowania wykonawców. Co więcej, zgodnie z pkt 10 preambuły do dyrektywy 97/52<sup>210</sup> oraz pkt 13 preambuły do dyrektywy 98/4<sup>211</sup> zamawiający mogą korzystać z pomocy w przygotowaniu zamówienia publicznego, pod warunkiem że pomoc ta nie zakłóca konkurencji pomiędzy wykonawcami<sup>212</sup>. Postanowienia te zostały wprowadzone, aby dostosować prawo europejskie do wymogów Porozumienia w sprawie zamówień rządowych (GPA)<sup>213</sup>. Zgodnie z art. VI: 4 GPA „Podmioty zamawiające nie mogą zwracać się o udzielenie lub przyjmować, w sposób mogący wpłynąć negatywnie na konkurencję, usług doradczych celem przygotowania specyfikacji dla danego zamówienia od przedsiębiorcy, który może być zainteresowany uzyskaniem danego zamówienia<sup>214</sup>”. Przepis GPA nie został jednak wdrożony bezpośrednio do dyrektyw, a jego nieco „zmiękczone” wersja pojawiała się wyłącznie w preambułach do dyrektyw nowelizacyjnych (oraz obecnie w dyrektywie 2004/18). Wydane przez ETS orzeczenie, jakkolwiek dotyczy bezpośrednio przepisów belgijskich, nie pozostało także bez wpływu na polskie przepisy odnośnie do zamówień publicznych. Art. 24 ust. 2 ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych przewidywał wykluczenie z udziału w postępowaniu oferentów, którzy wykonywali czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania lub posługiwali się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu takich czynności. Wyjątek dotyczył autorów miejscowych planów zagospodarowania przestrzennego, jeżeli przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego byłyby prace projektowe wynikające

<sup>207</sup> Dyrektywy 93/36, 93/37 oraz 92/50.

<sup>208</sup> Dyrektywy 2004/17 oraz 2004/18.

<sup>209</sup> Tak orzekł ETS np. w sprawie C-226-228/04 – patrz omówienie w rozdziale 2. „Kwalifikacja do udziału w postępowaniu”.

<sup>210</sup> Dyrektywa zmieniająca dyrektywy 92/50, 93/36 oraz 93/37.

<sup>211</sup> Dyrektywa zmieniająca dyrektywę 93/38.

<sup>212</sup> Ich odpowiednikiem jest pkt 8 w nowej dyrektywie 2004/18.

<sup>213</sup> Umowa międzynarodowa dotycząca zamówień publicznych, której stronami są m.in. Wspólnota Europejska, Szwajcaria, USA, Kanada, Japonia, Korea Płd.

<sup>214</sup> Więcej na temat ograniczenia w: S. Arrowsmith „Government Procurement in the WTO”, Kluwer Law Intranational, Hague, 2003, str. 322–323.

z planów przez nich sporządzonych. Polski przepis (podobnie jak przepis belgijski, którego dotyczył wyrok) bezwzględnie nakazywał wykluczenie z udziału w postępowaniu określonych wykonawców i nie zawierał mechanizmu weryfikacji, czy udział w postępowaniu osoby odpowiedzialnej za pewne prace przygotowawcze stanowi zakłócenie zasady uczciwej konkurencji pomiędzy oferentami. W związku z wydaniem wyroku przez ETS konieczna stała się nowelizacja polskiego prawa w tym zakresie<sup>215</sup>.

### **3.18. Wyrok Trybunału z 13 października 2005 roku w sprawie C-458/03**

Wyrok<sup>216</sup> został wydany w trybie art. 234 TWE w odpowiedzi na dwa pytania prejudycjalne zadane przez włoski sąd.

#### **Stan faktyczny**

Gmina Brixen w północnych Włoszech była właścicielem przedsiębiorstwa „Stadwerke Brixen” (dalej w skrócie SB). W październiku 2001 r. gmina Brixen przekształciła SB w spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością i przyznała jej zarządowi szerokie uprawnienia. Zgodnie ze statutem spółki jej działalność została rozszerzona o zarządzanie parkingami miejskimi, garażami oraz związaną z tym działalność o zasięgu zarówno lokalnym, jak i regionalnym oraz międzynarodowym. W grudniu 2002 r. gmina i SB zawarły umowę, zgodnie z którą gmina powierzyła spółce zarządzanie parkingami miejskimi przez okres dziewięć lat. W ramach wynagrodzenia za świadczenie usług spółka została uprawniona do pobierania od użytkowników parkingów opłat, których część miała być przekazywana miastu. Inna firma – „Parking Brixen”, która prowadziła na obszarze gminy podobną działalność – wniosła skargę do sądu, kwestionując tryb zawarcia umowy z SB (bez przetargu). Zdaniem „Parking Brixen” umowa powinna zostać zawarta po przeprowadzeniu konkurencyjnego postępowania, w którym również inni przedsiębiorcy mieliby szansę złożyć swoje oferty. W sporze przed sądem gmina Brixen broniła się, że nie miała obowiązku przeprowadzenia konkurencyjnego postępowania, ponieważ zarządzanie parkingami zostało powierzone spółce kontrolowanej przez gminę, czyli że de facto zamówienie nie zostało udzielone podmiotowi trzeciemu. Sąd krajowy zawiesił postępowanie i zwrócił się do ETS z następującymi pytaniami:

- 1) Czy udzielenie zamówienia na zarządzanie spornymi płatnymi parkingami publicznymi stanowi zamówienie publiczne na usługi w rozumieniu dyrektywy 92/50/EWG, czy też jest raczej udzieleniem koncesji na świadczenie usług pu-

<sup>215</sup> Patrz art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych w brzmieniu nadanym przez ustawę z 7 kwietnia 2006 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

<sup>216</sup> Wyrok w języku polskim dostępny na stronie internetowej ETS: <http://www.curia.europa.eu>.

blicznych, która podlega zasadom konkurencji Wspólnoty Europejskiej, w tym w szczególności zasadzie równego traktowania i przejrzystości?

- 2) przy założeniu, że mamy istotnie do czynienia z koncesją na świadczenie usług obejmującą zarządzanie lokalnymi usługami publicznymi: Czy udzielenie zamówienia na zarządzanie płatnymi parkingami publicznymi, które może się odbyć bez publikacji ogłoszenia o zamówieniu<sup>217</sup>, pozostaje w zgodzie z prawem wspólnotowym w tym konkretnym przypadku? Koncesję udzielono spółce akcyjnej powstałej w trybie art. 115 dekretu nr 267/2000 wskutek przekształcenia przedsiębiorstwa specjalnego gminy. Całość kapitału akcyjnego przedsiębiorstwa jest własnością tej gminy w chwili udzielenia zamówienia, lecz zarząd spółki posiada szerokie uprawnienia, obejmujące całość czynności zwykłego zarządu do wysokości 5 milionów euro. Czy pozostaje to w zgodzie z zasadami swobodnego świadczenia usług, wolnej konkurencji i niedyskryminacji oraz z obowiązkiem równego traktowania i przejrzystości, jak również z zasadą proporcjonalności?

Te dość złożone pytania można streścić w następujący sposób: 1) czy powierzenie zarządzania publicznymi płatnymi parkingami było w rozpatrywanym przypadku udzieleniem zamówienia na usługi objętym postanowieniami dyrektywy 92/50, czy też udzieleniem koncesji na usługi publiczne oraz 2) czy – jeżeli rozpatrywany jest drugi wariant – udzielenie koncesji bez publicznego zaproszenia do składania ofert jest zgodne z prawem wspólnotowym.

## Pytanie pierwsze

### Stanowisko stron i opinia rzecznika

**Spółka „Parking Brixen”**, rządy austriacki oraz włoski, a także **Komisja Europejska** wyraziły opinię, że umowa zawarta pomiędzy gminą i SB dotyczyła koncesji na świadczenie usług. Identyczne stanowisko zajęła również w swojej opinii rzecznik generalny Kokott<sup>218</sup>, która zwróciła uwagę na fakt, że dla koncesji charakterystyczna jest **trójstronna relacja**: zamawiający – koncesjonariusz – beneficjent usługi, tymczasem w przypadku zamówienia publicznego ta relacja ma charakter jedynie **dwustronny**: zamawiający – wykonawca. W przypadku zamówienia publicznego wynagrodzenie wykonawcy jest wypłacane bezpośrednio przez zamawiającego, podczas gdy w przypadku koncesji koncesjonariusz ponosi ryzyko związane ze świadczeniem usług i jest wynagradzany przez podmioty trzecie korzystające z danych usług<sup>219</sup>. W części wyroku, która dotyczy pierwszego pytania, ETS podzielił stanowisko rzecznika, pominiemy więc bardziej szczegółowe omówienie tego fragmentu jego opinii.

<sup>217</sup> Zgodnie z art. 44 ust. 6 lit. b) ustawy regionalnej nr 1 z 4 stycznia 1993 r., zmienionym przez art. 10 ustawy regionalnej nr 10 z 23 października 1998 r. oraz zgodnie z art. 88 ust. 6 lit. a) i b) jednolitego tekstu przepisów regulujących organizację gmin.

<sup>218</sup> Patrz opinia rzecznika generalnego z 1 marca 2005 r.

<sup>219</sup> Pkt 28–33 opinii rzecznika generalnego.

## Odpowiedź Trybunału na pierwsze pytanie

Odpowiadając na pierwsze pytanie, ETS zauważył najpierw, że zgodnie z preambułą do dyrektywy 92/50 ma ona zastosowanie do umów o charakterze majątkowym zawieranych na piśmie pomiędzy usługodawcą i zamawiającym. Na tej podstawie ETS doszedł do wniosku, że dla uznania danej umowy za zamówienie publiczne konieczne jest, aby usługodawca otrzymywał wynagrodzenie bezpośrednio od zamawiającego. W omawianym przypadku wynagrodzenie usługodawcy pochodziło nie od instytucji publicznej, lecz od podmiotów trzecich (użytkowników parkingów). Taka metoda wynagrodzenia oznacza, zdaniem ETS, że usługodawca bierze na siebie ryzyko zarządzania przedmiotowymi usługami, co jest charakterystyczne dla koncesji. Dlatego też, konkludował ETS, w tym przypadku mamy do czynienia nie z zamówieniem publicznym na usługi, ale z koncesją na usługi. Konsekwencje tego rozróżnienia są bardzo istotne, ponieważ koncesje na usługi są wyłączone z zakresu dyrektywy dotyczących zamówień publicznych. Obowiązująca wówczas dyrektywa 92/50 w ogóle nie zawierała przepisów dotyczących koncesji. Z kolei przyjęta 31 marca 2004 r. nowa dyrektywa dotycząca zamówień publicznych na usługi, dostawy i roboty budowlane definiuje koncesję na usługi jako „umowę tego samego rodzaju, jak zamówienie publiczne na usługi, z wyjątkiem faktu, że wynagrodzenie za świadczenie usług stanowi albo wyłącznie prawo do wykonywania takiej usługi i czerpania z niej zysku, albo takie prawo wraz z płatnością”<sup>220</sup> i wprost wyłącza koncesje na usługi z zakresu dyrektywy (art. 17).

Odpowiadając na pierwsze pytanie, ETS stwierdził, że „udzielenie przez organ władzy publicznej zamówienia na zarządzanie płatnym parkingiem publicznym usługodawcy, w zamian za co ów usługodawca otrzymuje wynagrodzenie w postaci opłat uiszczanych przez osoby trzecie z tytułu korzystania z tego parkingu, stanowi koncesję na świadczenie usług publicznych, do której nie ma zastosowania dyrektywa Rady 92/50/EWG z 18 czerwca 1992 r. odnosząca się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi”.

## Pytanie drugie

### Stanowisko stron i opinia rzecznika

W swojej obronie władze włoskie posłużyły się argumentem, że postanowienia TWE dotyczące swobody świadczenia usług i niedyskryminacji nie mają zastosowania w przypadku, kiedy mamy do czynienia z sytuacją czysto krajową (ang. *purely internal*), a w omawianej sprawie zarówno zamawiający, jak i koncesjonariusz mieli swoje siedziby we Włoszech. Kolejny argument wysunięty przez władze włoskie dotyczył zależności spółki gminnej od władz gminy (czyli występowania zamówienia typu „in house”). Brak niezależności miał, zdaniem tych władz, powodować, że nie miały zastosowania przepisy TWE.

<sup>220</sup> Art. 1 ust. 2 pkt 4.



## Opinia rzecznika

Odnosząc się do drugiego pytania zadanego przez sąd krajowy, rzecznik przypomniał, że udzielanie koncesji na usługi, jakkolwiek niepodlegające postanowieniom dyrektyw dotyczących zamówień publicznych, powinno odbywać się z zachowaniem zasad wynikających z TWE, takich jak zasada niedyskryminacji oraz przejrzystości. Równocześnie jednak koncesje na usługi mogą korzystać ze stosowanego do zamówień publicznych wyłączenia typu „in house”, o którym mowa w wyroku wydanym w sprawie C-107/98 „Teckal”<sup>221</sup>. Przypomnijmy, że w wyroku tym ETS sformułował dwa warunki, które muszą być spełnione równocześnie:

- 1) zamawiający (organ lokalny) sprawuje nad wykonawcą kontrolę podobną do tej, jaką sprawuje nad swoimi własnymi jednostkami organizacyjnymi (departamentami, wydziałami itp.) – tzw. pierwszy warunek „Teckal”  
oraz
- 2) w tym samym czasie wykonawca realizuje zasadniczą część swojej działalności na rzecz kontrolującego go podmiotu lokalnego – tzw. drugi warunek „Teckal”.

Warunki te dotyczyły bezpośrednio zamówień publicznych, jednakże rzecznik uznał, że mają one zastosowanie również do koncesji. W przeciwnym bowiem razie umowy objęte wyłączeniem zakresem postanowień Traktatu podlegałyby surowszym regulacjom niż kontrakty objęte zakresem dyrektyw dotyczących zamówień publicznych. Rzecznik skoncentrował się następnie na szczegółowej analizie, czy fakty związane z działalnością SB uniemożliwiają zastosowanie wyłączenia określonego w sprawie „Teckal”.

### Fakt 1. – możliwość kupienia udziałów w SB przez podmioty trzecie

Czy fakt, że udziały SB mają zostać w przyszłości udostępnione zainteresowanym podmiotom trzecim, oznacza, że nie jest spełniony pierwszy warunek ze sprawy „Teckal”?

Zdaniem rzecznika przyszłe wydarzenia mogą być brane pod uwagę, o ile można je przewidzieć w momencie, kiedy dana umowa jest zawierana. Prawo włoskie przewidywało obowiązek wystawienia na sprzedaż udziałów w spółce w określonym terminie (2 lata). Sama sprzedaż udziałów zależała jednak od szeregu innych czynników. Niemożliwe było zagwarantowanie, że ktokolwiek będzie zainteresowany ich kupnem na oferowanych warunkach. Do czasu sprzedaży udziałów SB nie była spółką o charakterze mieszanym (publiczno-prywatnym). Gmina nie miała zatem obowiązku brania pod uwagę interesów prywatnych w momencie udzielania SB koncesji na przedmiotowe usługi<sup>222</sup>. Zdaniem rzecznika generalnego, w sytuacji, kiedy zamawiający jest wyłącznym udziałowcem w założonej przez

<sup>221</sup> Patrz również omówienie zakresu obowiązywania dyrektyw w rozdziale 2.

<sup>222</sup> Inaczej niż w C-26/03 „Stadt Halle”, gdzie wykonawca był spółką z (mniejszościowymi) udziałami prywatnymi.

siebie spółce, interesy zarówno zamawiającego, jak i spółki są w normalnych okolicznościach zbieżne, nawet jeżeli jest to spółka akcyjna lub z ograniczoną odpowiedzialnością<sup>223</sup>. Nie zmienia tego nawet okoliczność, że w przyszłości podmioty trzecie mają mieć możliwość nabycia udziałów w spółce<sup>224</sup>. Zobowiązanie do sprzedaży w przyszłości przez gminę udziałów w spółce samo w sobie nie wykluczało możliwości sprawowania przez gminę kontroli nad spółką, podobnej do kontroli nad własnymi służbami. Nie można więc było uznać na tej podstawie, że nie jest spełniony pierwszy warunek „Teckal”.

## **Fakt 2. – Szerokie uprawnienia zarządu SB**

Rzecznik wprowadził rozróżnienie pomiędzy uprawnieniami spółki zależnej w kontaktach z podmiotami trzecimi oraz w relacji do podmiotu założycielskiego. Fakt, że spółka zależna ma szerokie uprawnienia w stosunkach zewnętrznych, nie wyklucza możliwości kontrolowania jej przez podmiot założycielski w sposób podobny do kontroli sprawowanej w stosunku do jego własnych jednostek organizacyjnych. W opinii rzecznika decydujące są wewnętrzne relacje pomiędzy kontrolującym i kontrolowanym. Kontrola, jaką sprawuje dany podmiot nad swoimi jednostkami organizacyjnymi, przejawia się w uprawnieniu do wydawania wiążących instrukcji oraz nadzoru, nawet jeżeli uprawnienia te w praktyce są wykonywane wyjątkowo. Gdyby przyjąć wymóg, aby dany podmiot miał te same kompetencje w zakresie decyzyjnym, jakie ma w stosunku do swoich wydziałów, warunki ze sprawy „Teckal” w praktyce nigdy nie mogłyby zostać spełnione w odniesieniu do relacji gmina – spółka gminna. Co więcej, zdaniem rzecznika, ETS używając w sprawie „Teckal” sformułowania „podobna kontrola”, dał wyraźnie do zrozumienia, że nie musi to być kontrola identyczna. Warunek ten nie jest spełniony jedynie w sytuacji, kiedy dany podmiot nie jest jedynym udziałowcem w spółce zależnej<sup>225</sup>. Fakt, że SB korzysta z szerokich uprawnień w zakresie zarządu, sam w sobie nie jest wystarczający do uznania, że nie został spełniony warunek „Teckal”.

## **Fakt 3. – Szeroki zakres działalności spółki**

Rzecznik ocenił również, czy szeroki zakres działalności spółki wynikający z jej statutu oznacza, że spółka przestała wykonywać zasadniczą część swojej działalności na rzecz gminy. W takim wypadku nie zostałby spełniony drugi warunek ze sprawy „Teckal”. Rzecznik uznał, że postanowienia zawarte w statucie spółki nie są decydujące, ponieważ nie odzwierciedlają obecnego charakteru jej działalności, a jedynie określają działania, jakie może ona podejmować w przyszłości. Zdaniem rzecznika należy brać pod uwagę jedynie działalność spółki prowadzoną

<sup>223</sup> Patrz pkt 52 opinii.

<sup>224</sup> Ibidem.

<sup>225</sup> Jak w cyt. sprawie C-26/03 „Stadt Halle”.

w okresie, kiedy była zawierana umowa. W konkluzji rzecznik stwierdził, że fakt rozszerzenia zakresu działalności spółki poza granice gminy przewidziany w jej statucie sam w sobie nie jest wystarczający do uznania, że nie wykonuje ona działalności zasadniczo na rzecz gminy. Zatem nie można uznać, że nie jest spełniony drugi warunek ze sprawy „Teckal”.

### Konkluzje rzecznika

W konkluzjach opinii rzecznik sugerował udzielenie odpowiedzi, że gmina, powierzając bez przeprowadzenia przetargu zarządzanie płatnym parkingiem publicznym spółce, której jest jedynym udziałowcem, nie narusza przepisów art. 43 i 49 TWE, o ile gmina ta sprawuje w stosunku do spółki kontrolę podobną do kontroli nad własnymi służbami, a ponadto spółka wykonuje zasadniczą część swojej działalności na rzecz gminy<sup>226</sup>. Jeżeli chodzi o pierwszy z tych dwóch warunków, to, zdaniem rzecznika, ani zobowiązanie gminy do przeprowadzenia, w określonym terminie, prywatyzacji spółki, ani też fakt, że władze spółki korzystają z szerokich uprawnień w zakresie zarządu nie wyklucza możliwości uznania, że gmina sprawuje taką kontrolę. Co do drugiego warunku – na ocenę, czy działalność spółki jest zasadniczo świadczona na rzecz gminy, nie ma wpływu fakt, że zakres dopuszczalnej działalności spółki uległ znaczącemu rozszerzeniu, zarówno przedmiotowemu, jak i geograficznemu. Znaczenie ma jedynie działalność, która jest rzeczywiście wykonywana przez spółkę.

### Odpowiedź Trybunału na drugie pytanie

Odpowiadając na drugie pytanie, ETS podkreślił, że wyłączenie koncesji na usługi z zakresu dyrektyw dotyczących zamówień publicznych nie zwalnia zamawiających z obowiązku przestrzegania podstawowych zasad TWE. Zasady, które mają zastosowanie w tym przypadku, to:

- zakaz dyskryminacji ze względu na narodowość wykonawcy (art. 12 TWE),
- zakaz ograniczania swobody zakładania przedsiębiorstw przez obywateli krajów członkowskich UE (art. 43 TWE),
- swoboda świadczenia usług na terenie Wspólnoty Europejskiej (art. 49 TWE).

Zdaniem ETS z zasad równego traktowania oraz niedyskryminacji ze względu na narodowość wynika obowiązek zapewnienia przejrzystości postępowania, która umożliwi ich przestrzeganie. Dla spełnienia tego obowiązku konieczne jest, aby podmiot udzielający koncesji zapewnił, dla dobra potencjalnych koncesjonariuszy, taki poziom przejrzystości, który umożliwi otwarcie na konkurencję ze strony usługodawców z innych krajów UE oraz kontrolę bezstronności (podmiotów publicznych) w postępowaniu<sup>227</sup>. ETS kontynuował swoją argumentację, stwierdza-

<sup>226</sup> Patrz konkluzje rzecznika zawarte w pkt 87 opinii.

<sup>227</sup> Patrz również orzeczenie ETS w sprawie C-324/98 „Teleaustria”.

jąc, że zadaniem udzielającego koncesję jest ocenić, czy stosowanie przepisów dotyczących zaproszenia do konkurencji (publikacji ogłoszenia), właściwych dla zamówienia publicznego, jest odpowiednie w odniesieniu do konkretnej koncesji na usługi. Ocena ta podlega kontroli sądowej. Zupełny brak zaproszenia do konkurencji jest sprzeczny z wymaganiami TWE. W omawianej sprawie możliwe było, że przedsiębiorcy z innych państw członkowskich UE będą zainteresowani świadczeniem przedmiotowych usług. Brak informacji o możliwości ubiegania się o koncesję sprawił jednak, że byli oni, przynajmniej potencjalnie, dyskryminowani w dostępie do ich świadczenia.

Odnosząc się do argumentu władz włoskich dotyczącego kontroli, ETS przeanalizował, czy kontrola sprawowana przez podmiot udzielający koncesji nad koncesjonariuszem jest podobna do kontroli, jaką sprawuje on w stosunku do swoich własnych służb. ETS przyjrzał się w pierwszej kolejności przepisom prawnym powołującym do życia spółkę, a następnie okolicznościom faktycznym. Zauważył więc, że spółka została poddana prawom rynku poprzez:

- przekształcenie ze specjalnego przedsiębiorstwa (ang. *special vehicle*) gminy w spółkę akcyjną;
- rozszerzenie przedmiotu działalności spółki i rozpoczęcie działalności w nowych sektorach, m.in. przewozu osób i towarów, informatyki oraz telekomunikacji;
- obowiązkowe otwarcie się spółki na kapitał zewnętrzny, co powinno nastąpić w stosunkowo krótkiej perspektywie czasowej;
- rozszerzenie terytorialnego zakresu działalności na całe Włochy i zagranicę oraz
- przyznanie zarządowi spółki znacznych uprawnień, praktycznie bez żadnej kontroli ze strony gminy, w zakresie zarządzania spółką.

ETS podkreślił również, że – jak wynikało z obserwacji przedłożonych przez włoski sąd – kontrola sprawowana przez gminę nad spółką ograniczała się do środków, jakie przysługują udziałowcom większościowym w danym przedsiębiorstwie. W opinii tegoż sądu znacznie osłabiałoby to relacje zależności pomiędzy gminą a spółką. Na tej podstawie ETS wyciągnął wniosek, że w sytuacji, kiedy przedsiębiorstwo otrzymujące koncesję cieszy się takim poziomem niezależności, jak w omawianym przypadku, nie jest możliwe, aby podmiot udzielający koncesji wykonywał nad nim kontrolę podobną do kontroli, jaką sprawuje w stosunku do swoich własnych służb.

ETS nie zgodził się zatem z wnioskami wyciągniętymi przez rzecznika generalnego i orzekł w sentencji orzeczenia, że:

**„postanowienia art. 43 WE i 49 WE, jak również zasady równości traktowania, niedyskryminacji i przejrzystości, powinny być interpretowane w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie temu, aby organ władzy publicznej, bez ogłoszenia o zamówieniu, udzielał koncesji na świadczenie usług publicznych na rzecz spółki akcyjnej powstałej w wyniku przekształcenia specjalnego przedsiębiorstwa tego organu, której przedmiot działalności został rozszerzony na nowe ważne sektory, której kapitał musi**

**obowiązkowo otworzyć się na kapitał zewnętrzny, której zakres działalności został rozszerzony na całe terytorium kraju i zagranicę oraz której zarząd posiada szerokie uprawnienia w zakresie zarządzania spółką i może je sprawować w sposób autonomiczny”.**

## Komentarz

W tej części orzeczenia, która dotyczyła analizy, czy przedmiotowa umowa była koncesją, czy też zamówieniem publicznym ETS potwierdził jedynie stanowisko, jakie zajął we wcześniejszych wyrokach<sup>228</sup>. Wyrok w sprawie C-458/03 nie wnosi w tym zakresie nic nowego. Znacznie ciekawsze są rozważania ETS dotyczące drugiego pytania. Odnoszą się bowiem do dwóch dość kontrowersyjnych zagadnień europejskiego prawa zamówień publicznych: 1) obowiązków zamawiających związanych z otwarciem na konkurencję zamówień nieobjętych zakresem dyrektyw dotyczących zamówień publicznych oraz 2) zakresu wyłączenia związanego z zamówieniami typu „in house”.

ETS, zgadzając się z opinią rzecznika, przypomniał, że w przypadku koncesji na usługi, które są wprawdzie wyłączone z zakresu obowiązywania dyrektyw dotyczących zamówień publicznych, zamawiający mają jednak obowiązek przestrzegania podstawowych zasad prawa TWE, w szczególności zasady niedyskryminacji ze względu na narodowość<sup>229</sup>. Co więcej, zasada równego traktowania wykonawców, która wynika z postanowień TWE zawartych w art. 43 (swoboda przedsiębiorczości) i 49 (swoboda świadczenia usług), powinna być stosowana do koncesji na usługi nawet w sytuacji, kiedy nie zachodzi dyskryminacja ze względu na narodowość. ETS stwierdził, że z zasady równego traktowania wykonawców wynika „obowiązek przejrzystości, który (...), wymaga zagwarantowania wszystkim potencjalnym oferentom odpowiedniego poziomu upublicznienia, otwierającego drogę konkurencji w zakresie ubiegania się o koncesję oraz gwarantującego bezstronność jej udzielania”. Do podmiotów zamawiających należy dokonanie „pod kontrolą właściwego organu sądowiczego, oceny stosowności sposobu ogłoszenia pod kątem szczególnych cech koncesji na świadczenie spornych usług publicznych. Niemniej jednak całkowity brak ogłoszenia w przypadku udzielania koncesji na świadczenie usług publicznych, jak miało to miejsce w sprawie głównej, nie jest zgodny ani z wymogami art. 43 WE i 49 WE, ani z zasadami równego traktowania, niedyskryminacji i przejrzystości”. Ani ETS w wyroku, ani rzecznik w swojej opinii nie dali żadnych dalszych wskazówek dotyczących szczegółów publikacji ogłoszenia lub zaproszenia do składania ofert w przypadku koncesji<sup>230</sup>.

<sup>228</sup> Patrz chociażby omawiany w rozdziale 2. publikacji wyrok ETS w sprawie C-26/03.

<sup>229</sup> Patrz również C-324/98 „Teleaustria”.

<sup>230</sup> Analizę taką przeprowadziła rzecznik generalny Stix-Hackl w sprawie C-231/03; patrz także A. Brown „Transparency Obligations Under the EC Treaty in Relation to Public Contracts that Fall Outside the Procurement Directives: A note on C-231/03”, *Public Procurement Law Review* 6, 2005, str. NA153.

Milczenie to oznacza wprawdzie większą swobodę podmiotów publicznych przy ocenie „stosowności sposobu ogłoszenia”, równocześnie może jednak wywołać niepewność, kiedy i w jakich warunkach zaproszenie do składania ofert musi być publikowane, aby spełnione były warunki wynikające z TWE<sup>231</sup>.

Szczególnie interesująca część wyroku dotyczy oceny, czy koncesja na usługi może nie być objęta obowiązkiem publikacji z uwagi na wyłączenie dotyczące zamówień typu „in house”. ETS, podobnie jak rzecznik, doszedł do wniosku, że warunki wynikające z orzeczenia w sprawie „Teckal” mają zastosowanie również do koncesji na usługi, które są wprawdzie całkowicie wyłączone z zakresu dyrektyw dotyczących zamówień publicznych, ale podlegają postanowieniom TWE. Rzecznik oraz ETS doszli jednak do przeciwstawnych wniosków, oceniając, czy w określonym stanie faktycznym rzeczywiście spełnione były warunki przewidziane w sprawie „Teckal”. Rzecznik opowiedział się za w miarę szeroką interpretacją wyłączenia zastosowanego w tej sprawie, twierdząc, że omawiane wyżej fakty dotyczące działalności SB same w sobie nie były wystarczające, aby wykluczyć spełnienie warunków określonych w sprawie „Teckal”. ETS w swoich konkluzjach przyjął bardzo wąską interpretację wyłączenia typu „in house”. Zdaniem ETS zamawiający musi mieć możliwość korzystania z bardzo szerokiego zakresu kontroli w stosunku do spółki zależnej, aby umowa zawierana pomiędzy tymi dwoma podmiotami mogła zostać zakwalifikowana jako umowa typu „in house” lub „wewnętrzna”, tym samym nie podlega obowiązkowi otwarcia na konkurencję. W omawianej w innym miejscu niniejszej publikacji sprawie „Stadt Halle”<sup>232</sup> ETS wykluczył możliwość powołania się na to wyłączenie w sytuacji, kiedy zamówienie jest udzielane spółce o kapitale mieszanym publiczno-prywatnym, niezależnie od wielkości udziałów podmiotów prywatnych. W sprawie „Parking Brixen” ETS poszedł jeszcze dalej, uznając, że również w przypadku zamówienia udzielanego spółce stanowiącej wyłączną własność zamawiającego mogą nie być spełnione warunki, o których mowa w sprawie „Teckal”. Wyłączenie to nie ma zastosowania w sytuacji, kiedy fakty dotyczące działalności spółki wskazują na jej szeroki zakres niezależności od podmiotu zamawiającego. ETS wskazał na pięć okoliczności, na podstawie których doszedł do wniosku, że warunki te nie były spełnione. Nie jest jednak jasne, czy wszystkie te okoliczności muszą wystąpić równocześnie, aby dana spółka została uznana za na tyle niezależną od zamawiającego, aby nie można było mówić o zamówieniu typu „in house”. Konsekwencje tego orzeczenia mogą być daleko idące. Rygorystyczne stanowisko ETS może zmusić podmioty publiczne do prowadzenia konkurencyjnego postępowania przetargowego, które z kolei może prowadzić do wymuszonej prywatyzacji danych usług publicznych<sup>233</sup>. Zda-

<sup>231</sup> A. Brown „The Application of the EC Treaty to A Services Concession Awarded by a Public Authority to a Wholly Owned Subsidiary: Case C-458/03, Parking Brixen”, Public Procurement Law Review 2, 2006, str. NA40.

<sup>232</sup> Patrz omówienie orzeczenia w rozdziale 2.

<sup>233</sup> A. Brown „The Application...”.

niem komentatorów taka prywatyzacja nie jest objęta zakresem celów, dla których zostały przyjęte dyrektywy dotyczące zamówień publicznych<sup>234</sup>. Orzeczenie to może także utrudnić prywatyzację w sytuacji, kiedy podmioty publiczne będą chciały sprzedać prywatnym przedsiębiorcom udziały w posiadanej przez siebie spółce. Aby taka spółka była atrakcyjna dla inwestorów, czasami konieczne jest zlecenie jej prowadzenia za wynagrodzeniem określonej działalności na rzecz podmiotu założycielskiego, by mogła przetrwać na rynku. Posunięcie takie bez przeprowadzenia konkurencyjnego postępowania przetargowego, w którym mogliby wziąć udział także inni przedsiębiorcy, może być bardzo trudne, biorąc pod uwagę konkluzje ETS. Z kolei bez gwarancji, że jeszcze przez jakiś czas dana spółka będzie traktowana preferencyjnie przez organ założycielski, podmioty prywatne mogą nie być w ogóle zainteresowane nabyciem w niej udziałów<sup>235</sup>.

---

<sup>234</sup> Ibidem.

<sup>235</sup> Ibidem.

## Rozdział 4.

### Najważniejsze tezy orzecznictwa ETS dotyczącego zamówień publicznych

#### Najważniejsze tezy orzecznictwa ETS

Nr sprawy	Strony	Tematy – słowa kluczowe	Tezy
10/76 Wyrok ETS z 22 września 1976 r. Opinia rzecznika Reischla z 13 lipca 1976 r. European Court reports 1976, str. 01359	Komisja Europejska przeciwko Włochom	Zamówienia publiczne na roboty budowlane – dyrektywa 71/305	Włochy nie wdrożyły w terminie postanowień dyrektywy 71/305/EWG (zamówienia publiczne na roboty budowlane).
133/80 Wyrok ETS z 17 lutego 1981 r. Opinia rzecznika Reischla z 28 stycznia 1981 r. European Court reports 1981, str. 00457	Komisja Europejska przeciwko Włochom	Niewdrożenie dyrektywy – zamówienia publiczne na dostawy – dyrektywa 77/62	Włochy nie wdrożyły w terminie postanowień dyrektywy 77/62/EWG (zamówienia publiczne na dostawy).
76/81 Wyrok ETS z 10 lutego 1982 r. Opinia rzecznika Reischla z 13 stycznia 1982 r. European Court reports 1982, str. 00417	SA Transporoute et travaux przeciwko Ministère de Travaux publics	Swoboda świadczenia usług – art. 26 dyrektywy 71/305 – rażąco niskie oferty	Katalog dokumentów na potwierdzenie zdolności technicznej wykonawcy określony w dyrektywie jest zamknięty; zamawiający przed odrzuceniem rażąco niskiej oferty jest obowiązany zwrócić się na piśmie do oferenta o wyjaśnienie szczegółów dotyczących oferty – „automatyczne” odrzucenie oferty bez jej weryfikacji jest niedopuszczalne.



<p>72/83 Wyrok ETS z 10 lipca 1984 r. Opinia rzecznika Słynna z 10 kwietnia 1984 r. European Court reports 1982, str. 00417</p>	<p>Campus Oil Limited i inni przeciwko Minister for Industry and Energy i innym</p>	<p>Swobodny przepływ towarów</p>	<p>Krajowe przepisy, zgodnie z którymi wszyscy importerzy są obowiązani kupować określoną ilość ropy od rafinerii położonych na terytorium kraju, stanowią środek o skutku podobnym do ograniczeń ilościowych importu (sprzeczny z Traktatem).</p>
<p>274/83 Wyrok ETS z 28 marca 1985 r. Opinia rzecznika Lenza z 13 lutego 1985 r. European Court reports 1985, str. 01077</p>	<p>Komisja Europejska przeciwko Włochom</p>	<p>Procedury udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane – kryteria udzielenia zamówienia – oferta najkorzystniejsza ekonomicznie</p>	<p>W przypadku kryterium oferty najkorzystniejszej ekonomicz- nie zamawiający ma swobodę wyboru kryteriów jakościowych i ilościowych, które zależą od przedmiotu zamówienia i nie musi ograniczać się wyłącznie do ilościowego kryterium śred- niej ceny podanej w ofertach.</p>
<p>199/85 Wyrok ETS z 10 marca 1987 r. Opinia rzecznika Lenza z 13 stycznia 1987 r. European Court reports 1987, str. 01039</p>	<p>Komisja Europejska przeciwko Włochom</p>	<p>Procedury udzielania zamówień – wyjątki od reguł wspólnotowych – nieopublikowanie ogłoszenia o zamówieniu</p>	<p>Przepisy dyrektyw pozwalające na nieopublikowanie ogłoszenia o zamówieniu powinny być inter- pretowane ściśle; ciężar dowodu spoczywa na zamawiającym.</p>

<p>27/86, 28/86 i 29/86 Wyrok ETS z 9 lipca 1987 r. Opinia rzecznika Mischo z 11 czerwca 1987 r. European Court reports 1987, str. 03347</p>	<p>SA Constructions et entreprises industrielles (CEI) i inni przeciwko Société coopérative „Association intercommunale pour les autoroutes des Ardennes” i innym</p>	<p>Sytuacja ekonomiczna i finansowa oferenta – urzędowe listy zatwierdzonych wykonawców</p>	<p>Katalog dokumentów i zaświadczeń, jakich może żądać zamawiający na potwierdzenie przez oferenta jego sytuacji finansowej i ekonomicznej, jest otwarty; dopuszczalne jest żądanie od oferenta przedstawienia informacji o łącznej wartości wykonywanych przez niego robót budowlanych. Ustalenie limitu wartości, po przekroczeniu którego oferta będzie odrzucona, nie jest sprzeczne z dyrektywami. Celem dyrektywy nie jest wyczerpujące uregulowanie procedur udzielania zamówień publicznych, lecz koordynacja krajowych przepisów. Przepisy dyrektywy nie zabraniają wymagania od wykonawcy, zarejestrowanego w innym kraju członkowskim na liście zatwierdzonych wykonawców, przedstawienia dowodu, że posiada on określone środki, zatrudnia określoną liczbę pracowników, nawet jeżeli w kraju, w którym został zarejestrowany na takiej liście, sklasyfikowany został na miejscu umożliwiającym mu ubieganie się o zamówienie porównywalnej wartości.</p>
--	---	---	---

<p>31/87 Wyrok ETS z 20 września 1988 r. Opinia rzecznika Darmona z 4 maja 1988 r. European Court reports 1988, str. 04635</p>	<p>Gebroeders Beentjes przeciwko Holandii</p>	<p>Zamówienia na roboty budowlane – definicja zamawiającego – wymóg zatrudnienia bezrobotnych – odrzucenie oferty z przyczyn niewymienionych wprost w dyrektywie</p>	<p>Termin „organ państwowy” należy interpretować w kategoriach funkcjonalnych, biorąc pod uwagę cel dyrektywy, którym jest zapewnienie swobody prowadzenia działalności gospodarczej. Organ, którego skład i funkcje są określone przez władze ustawodawcze i który wymaga zgody władz na mianowanie swoich członków, wypełnianie obowiązków wynikających ze swoich uprawnień oraz finansowanie zamówień publicznych na roboty budowlane, których udzielanie należy do jego obowiązków, powinien być uważany za mieszczący się w definicji organu państwowego w rozumieniu art. 1 dyrektywy 71/305. Kwalifikacja oferentów i wybór oferty to dwie odrębne fazy postępowania, nie należy mieszać zasad i kryteriów mających do nich zastosowanie. Wymóg zatrudnienia długotrwałych bezrobotnych, aczkolwiek niewymieniony wprost w dyrektywie, jest dopuszczalny; wymóg ten nie może jednak naruszać zasady niedyskryminacji ze względu na narodowość. Podmioty prywatne mogą się powoływać w sporach przed sądami krajowymi bezpośrednio na te przepisy dyrektywy, które wydają się dostatecznie precyzyjne i bezwarunkowe – przepisami takimi są przepisy dotyczące publikacji ogłoszeń i kwalifikacji.</p>
--	---	--	--

<p>45/87 Wyrok ETS z 22 września 1988 r. Opinia rzecznika Darmona z 13 marca 1987 r. European Court reports 1988, str. 04929</p>	<p>Komisja Europejska przeciwko Irlandii</p>	<p>Art. 30 Traktatu EWG – zamówienia publiczne na roboty budowlane</p>	<p>Wymóg, aby użyte materiały posiadały certyfikat zgodności z krajową normą techniczną, jest niezgodny z art. 30 Traktatu (obecnie art. 28).</p>
<p>103/88 Wyrok ETS z 22 czerwca 1989 r. Opinia rzecznika Lenza z 25 kwietnia 1989 r. European Court reports 1989, str. 01839</p>	<p>Fratelli Costanzo SpA przeciwko Comune di Milano</p>	<p>Oferty rażąco niskie</p>	<p>Automatyczne odrzucenie rażąco niskiej oferty bez przeprowadzenia jej weryfikacji i bez umożliwienia oferentowi złożenia wyjaśnień dotyczących jej treści jest niezgodne z dyrektywą.</p>
<p>3/88 Wyrok ETS z 5 grudnia 1989 r. Opinia rzecznika Mischo z 4 października 1989 r. European Court reports 1989, str. 04035</p>	<p>Komisja Europejska przeciwko Włochom</p>	<p>Swoboda prowadzenia działalności gospodarczej – swoboda świadczenia usług</p>	<p>Zasada równego traktowania zabrania nie tylko jawnej dyskryminacji ze względu na narodowość, lecz również ukrytych form dyskryminacji, które poprzez zastosowanie innych kryteriów rozróżnienia prowadzą do tych samych skutków. Państwo członkowskie, które wymaga, żeby tylko przedsiębiorstwa, w których wszystkie lub większościowe udziały pozostają bezpośrednio lub pośrednio w posiadaniu publicznym bądź państwa, mogły zawierać umowy na opracowywanie systemów przetwarzania danych dla potrzeb władz publicznych, narusza postanowienia Traktatu i dyrektywy 77/62.</p>

<p>21/88 Wyrok ETS z 20 marca 1990 r. Opinia rzecznika Lenza z 28 listopada 1989 r. European Court reports 1990, str. I-00889</p>	<p>Du Pont de Nemours Italiana SpA przeciwko Unità sanitaria locale N° 2 di Carrara</p>	<p>Zamówienia publiczne na dostawy – rezerwowanie 30% zamówienia dla przedsiębiorstw mających siedzibę w Mezzogiorno</p>	<p>Przepisy krajowe, na mocy których część zamówień publicznych na dostawy rezerwuje się dla przedsiębiorstw działających w określonych regionach terytorium danego państwa, są niezgodne z Traktatem (dawniej art. 30, obecnie art. 28).</p>
<p>C-113/89 Wyrok ETS z 27 marca 1990 r. Opinia rzecznika Van Gervena z 28 listopada 1989 r. European Court reports 1990, str. I-01417</p>	<p>Rush Portuguesa Lda przeciwko Office national d'immigration</p>	<p>Swobodny przepływ usług</p>	<p>Przedsiębiorstwo mające siedzibę w jednym państwie członkowskim, świadczące usługi w innym państwie członkowskim, może na czas wykonywania zamówienia przenieść swoich pracowników do państwa, w którym ma być wykonywane zamówienie. Do pracowników wykonawcy nie mają w takim przypadku zastosowania wymogi dotyczące pozwolenia na pracę lub obowiązek rekrutacji na obszarze wykonywania zamówienia.</p>
<p>C-295/89 Wyrok ETS z 18 czerwca 1991 r. Opinia rzecznika Lenza z 30 kwietnia 1991 r. European Court reports 1991, str. I-02967</p>	<p>Impresa Donà Alfonso di Donà Alfonso &amp; Figli przeciwko Consorzio per lo sviluppo industriale del comune di Monfalcone, Regione Friuli- Venezia Giulia, Impresa Luigi Tacchino SpA i Impresa Carlutti Costruttori SRL</p>	<p>Zamówienia publiczne na roboty budowlane – oferty rażąco niskie</p>	<p>Art. 29 ust. 5 dyrektywy 71/305 zakazuje państwom członkowskim wprowadzania przepisów, które wymagają automatycznego odrzucenia ofert wg kryterium arytmetycznego, zobowiązuje natomiast zamawiającego do zastosowania procedury analizy ofert, przewidzianej w tej dyrektywie, która daje oferentowi sposobność przedstawienia wyjaśnień.</p>

<p>C-247/89 Wyrok ETS z 11 lipca 1991 r. Opinia rzecznika Lenza z 13 marca 1991 r. European Court reports 1991, str. I-03659</p>	<p>Komisja Europejska przeciwko Portugalii</p>	<p>Nieopublikowanie ogłoszenia o zamówieniu</p>	<p>Umotywowana opinia przedstawiona przez Komisję podczas postępowania wstępnego powinna zawierać spójny i szczegółowy opis faktów, które przekonały Komisję, że dane państwo nie wywiązało się z wykonania zobowiązań wynikających z Traktatu, ale nie można od niej wymagać, by wskazywała, jakie kroki należy uczynić w celu wyeliminowania kwestionowanego postępowania.</p>
<p>C-351/88 Wyrok ETS z 11 lipca 1991 r. Opinia rzecznika Lenza z 26 czerwca 1991 r. European Court reports 1991, str. I-03641</p>	<p>Laboratori Bruneau Srl przeciwko Unità sanitaria locale RM/24 di Monterotondo</p>	<p>Zamówienia publiczne na dostawy – rezerwowanie 30% zamówienia dla przedsiębiorstw mających siedzibę w Mezzogiorno</p>	<p>Przepisy krajowe rezerwujące część zamówień publicznych na dostawy dla przedsiębiorstw działających w określonych regionach terytorium danego państwa są niezgodne z Traktatem.</p>
<p>C-24/91 Wyrok ETS z 18 marca 1992 r. Opinia rzecznika Lenza z 6 lutego 1992 r. European Court reports 1992, str. I-01989</p>	<p>Komisja Europejska przeciwko Hiszpanii</p>	<p>Publikacja ogłoszeń o zamówieniach publicznych – derogacja</p>	<p>Art. 9 pkt (d) dyrektywy 71/305 zezwała, w wyjątkowych okolicznościach, na odstąpienie od ogólnych zasad dotyczących publikacji ogłoszeń. Przepis ten jednak nie ma zastosowania, o ile zamawiający mają wystarczająco dużo czasu, aby zastosować procedurę przyspieszoną, określoną w art. 15 dyrektywy.</p>

<p>C-362/90 Wyrok ETS z 31 marca 1992 r. Opinia rzecznika Lenza z 26 lutego 1992 r. European Court reports 1992, str. I-02353</p>	<p>Komisja Europejska przeciwko Włochom</p>	<p>Zamówienia publiczne na dostawy – skarga o naruszenie prawa wspólnotowego – umotywowana opinia</p>	<p>Skarga o naruszenie prawa europejskiego (art. 226 TWE) może być wniesiona do ETS tylko wtedy, jeżeli państwo członkowskie nie zastosowało się do umotywowanej opinii w terminie określonym przez Komisję.</p>
<p>C-360/89 Wyrok ETS z 3 czerwca 1992 r. Opinia rzecznika Lenza z 26 lutego 1992 r. European Court reports 1992, str. I-03401</p>	<p>Komisja Europejska przeciwko Włochom</p>	<p>Swoboda świadczenia usług – zamówienia publiczne</p>	<p>Państwo członkowskie rezerwujące wykonanie robót budowlanych dla przedsiębiorców, których siedziby znajdują się w rejonach, w których prace te mają być wykonywane i przyznające pierwszeństwo konsorcjom składającym się z przedsiębiorstw działających głównie w tym rejonie narusza przepisy Traktatu i dyrektywy 71/305.</p>
<p>C-243/89 Wyrok ETS z 22 czerwca 1993 r. Opinia rzecznika Tesauro z 17 listopada 1992 r. European Court reports 1993, str. I-03353</p>	<p>Komisja Europejska przeciwko Danii</p>	<p>Zamówienia publiczne na roboty budowlane</p>	<p>Wymóg wykorzystania krajowych surowców, dóbr i materiałów oraz krajowej siły roboczej i sprzętu oraz prowadzenie negocjacji z wybranymi oferentami na podstawie oferty niezgodnej z warunkami przetargowymi, są sprzeczne z Traktatem oraz dyrektywą 71/305.</p>

<p>C-107/92 Wyrok ETS z 2 sierpnia 1993 r. Opinia rzecznika Gulmanna z 2 maja 1993 r. European Court reports 1993, str. I-04655</p>	<p>Komisja Europejska przeciwko Włochom</p>	<p>Wyłączenia ze stosowania dyrektyw – procedura przyspieszona</p>	<p>Art. 9 pkt (d) dyrektywy 71/305 zezwala, w wyjątkowych okolicznościach, na odejście od ogólnych zasad dotyczących publikacji ogłoszeń. Przepis ten jednak nie ma zastosowania, o ile zamawiający mają wystarczająco dużo czasu, aby zastosować procedurę przyspieszoną, określoną w art. 15 dyrektywy.</p>
<p>C-71/92 Wyrok ETS z 17 listopada 1993 r. Opinia rzecznika Gulmanna z 30 czerwca 1993 r. European Court reports 1993, str. I-05923</p>	<p>Komisja Europejska przeciwko Hiszpanii</p>	<p>Zamówienia publiczne na roboty budowlane i dostawy</p>	<p>Państwo członkowskie narusza dyrektywy 71/305 i 77/62, jeżeli: wyłącza z zakresu krajowych przepisów o zamówieniach publicznych umowy zawierane przez władze administracyjne z osobami prywatnymi, dotyczące towarów lub praw, którymi obrót jest ograniczony przez przepisy prawne, lub produktów objętych kontrolą, monopolem lub zakazanych, a takie wyłączenie nie stanowi wyjątku wyraźnie dozwolonego dyrektywą 77/62; wyłącza z zakresu stosowania przepisów o zamówieniach publicznych zamówienia nieobjęte wyłączeniem przez przepisy dyrektywy; dopuszcza udzielenie zamówienia z wolnej ręki w przypadkach innych niż wyraźnie przewidziane w dyrektywach lub ucieka się do stosowania procedur negocjacyjnych podlegających warunkom mniej surowym niż przewidziane w przywołanych dyrektywach; przewiduje metody wykazywania zdolności oferentów, które nie są</p>



			<p>przewidziane w przedmiotowych dyrektywach; nakazuje przedsiębiorstwom z innych państw członkowskich, które wybrały jeden ze sposobów udowodnienia kwalifikacji, przewidziany dyrektywą 71/305, zastosowanie się do warunków nieprzewidzianych w tejże dyrektywie; nie uznaje, zaświadczeń o zdolności przedsiębiorstw wydanych przez władze innych państw członkowskich; zwalnia z obowiązku przedstawiania zabezpieczenia jedynie przedsiębiorstwa, których zdolność jest poświadczona poprzez ich wpis na listy kwalifikacyjne tego kraju; nie uwzględnia, w przypadku specyfikacji technicznych, określonych w zamówieniach na dostawę hierarchii standardów, określonej w dyrektywie 77/62.</p>
<p>C-296/92 Wyrok ETS z 12 stycznia 1994 r. Opinia rzecznika Gulmanna z 18 listopada 1993 r. European Court reports 1994, str. I-00001</p>	<p>Komisja Europejska przeciwko Włochom</p>	<p>Niewypełnienie obowiązków przez państwo członkowskie – zamówienia publiczne na roboty budowlane</p>	<p>Skarga do ETS nie może zawierać innych zarzutów niż te sformułowane w umotywowanej opinii.</p>

<p>C-389/92 Wyrok ETS z 14 kwietnia 1994 r. Opinia rzecznika Lenza z 9 grudnia 1993 r. European Court reports 1994, str. I-01289</p>	<p>Ballast Nedam Grop przeciwko Belgii</p>	<p>Swoboda świadczenia usług – rejestracja wykonawców</p>	<p>Dyrektywy pozwalają, przy ocenie spełniania przez wykonawcę określonych wymogów, na uwzględnianie zasobów należących do innych podmiotów, pod warunkiem że wykonawca wykaże, że faktycznie rozporządza zasobami tych firm niezbędnymi do wykonania robót budowlanych.</p>
<p>C-331/92 Wyrok ETS z 19 kwietnia 1994 r. Opinia rzecznika z 9 grudnia 1993 r. European Court reports 1994, str. I-01329</p>	<p>Gestión Hotelera Internacional SA przeciwko Comunidad Autónoma de Canarias, Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria i Gran Casino de Las Palmas SA</p>	<p>Definicja robót budowlanych</p>	<p>Zamówienie mieszane dotyczące zarówno wykonania robót budowlanych, jak i przekazania własności nie jest objęte dyrektywą 71/305, o ile wykonanie takich robót ma charakter incydentalny w stosunku do nabycia własności. Rozstrzygnięcie, czy wykonanie robót budowlanych jest incydentalne w stosunku do głównego celu zamówienia leży w gestii sądu krajowego.</p>
<p>C-272/91 Wyrok ETS z 26 kwietnia 1994 r. Opinia rzecznika Gulmanna z 14 lipca 1993 r. European Court reports 1994, str. I-01409</p>	<p>Komisja Europejska przeciwko Włochom</p>	<p>Koncesje na system informatyczny dla loterii</p>	<p>Państwo członkowskie narusza przepisy Traktatu, jeżeli ogranicza uczestnictwo w przetargu na koncesję na system komputerowy obsługujący loterię do podmiotów, w których większość kapitału jest w posiadaniu sektora publicznego.</p>

<p>C-328/92 Wyrok ETS z 3 maja 1994 r. Opinia rzecznika Lenza z 8 marca 1994 r. European Court reports 1994, str. I-01569</p>	<p>Komisja Europejska przeciwko Hiszpanii</p>	<p>Odstąpienie od stosowania przepisów dyrektywy – produkty farmaceutyczne</p>	<p>Aby można było odwołać się do art. 6 ust. 1 pkt (b) i pkt (d), nie wystarczy, by środki farmaceutyczne i specjalistyczne produkty medyczne były chronione prawami wyłącznymi. Muszą to być produkty, które są wytwarzane lub dostarczane tylko przez jednego określonego dostawcę. Ten wymóg jest spełniony jedynie w przypadku środków farmaceutycznych i specjalistycznych produktów medycznych, dla których nie ma konkurencji na rynku.</p>
<p>C-359/93 Wyrok ETS z 24 stycznia 1995 r. Opinia rzecznika Tesauro z 17 listopada 1994 r. European Court reports 1995, str. I-00157</p>	<p>Komisja Europejska przeciwko Holandii</p>	<p>Ogłoszenia o zamówieniach publicznych – specyfikacje techniczne</p>	<p>Zamawiający ma obowiązek podania w ogłoszeniu o zamówieniu informacji o dacie i miejscu otwarcia ofert, oraz o osobach, które mogą w tym uczestniczyć. Wskazaniu konkretnego znaku towarowego w opisie przedmiotu zamówienia powinno towarzyszyć sformułowanie „lub równoważny”.</p>
<p>C-324/93 Wyrok ETS z 28 marca 1995 r. Opinia rzecznika Lenza z 4 października 1994 r European Court reports 1995, str. I-00563</p>	<p>Królowa przeciwko Secretary of State for home department, ex Parte Evans Medical Ltd i Macfarlan Smith Ltd</p>	<p>Swobodny przepływ towarów – import diamorfiny</p>	<p>Pewność dostaw może być stosowana w celu określenia najkorzystniejszej ekonomicznie oferty, pod warunkiem że zostanie wyraźnie wskazana przez zamawiającego.</p>

<p>C-79/94 Wyroki ETS z 4 maja 1995 r. Opinia rzecznika Lenza z 16 lutego 1995 r. European Court reports 1995, str. I-01071</p>	<p>Komisja Europejska przeciwko Grecji</p>	<p>Zamówienia ramowe – mundury dla greckiej armii</p>	<p>Państwo członkowskie nie może wyłączać zawarcia umowy dotyczącej zamówienia publicznego z zakresu stosowania przepisów określonych w dyrektywie 77/62, argumentując, że ta umowa stanowi jedynie umowę ramową, w ramach której udzielać się będzie wielu zamówień, a wartość żadnego z nich nie przekroczy progów określonych w pierwszym akapicie art. 5 ust 1 lit. a) tej dyrektywy. Państwo członkowskie nie może także korzystać z wyłączenia, które przewiduje art. 6 ust. 4 lit. c) dyrektywy, twierdząc, że dostawcy otrzymujący zamówienie byli jedynymi, którzy wyrazili zainteresowanie tym zamówieniem.</p>
<p>C-57/94 Wyroki ETS z 18 maja 1995 r. Opinia rzecznika Elmera z 28 marca 1995 r. European Court reports 1995, str. I-01249</p>	<p>Komisja Europejska przeciwko Włochom</p>	<p>Procedury udzielania zamówień publicznych – dyrektywa 71/305 – wyjątki od stosowania dyrektywy – ciężar dowodu</p>	<p>Zgodnie z art. 9 pkt b dyrektywy państwo członkowskie musi, w celu uzasadnienia skorzystania z procedury udzielenia zamówienia z wolnej ręki na dane roboty budowlane, nie tylko wykazać istnienie przyczyn technicznych w rozumieniu tego przepisu, ale także dowieść, że z przyczyn technicznych bezwzględnie konieczne było udzielenie danego zamówienia określonego przedsiębiorstwu.</p>

<p>C-433/93 Wyroki ETS z 11 sierpnia 1995 r. Opinia rzecznika Elmera z 11 maja 1995 r. European Court reports 1995, str. I-02303</p>	<p>Komisja Europejska przeciwko RFN</p>	<p>Prawidłowe wdrożenie dyrektywy – bezpośrednia skuteczność postanowień dyrektywy</p>	<p>Dla prawidłowego wdrożenia dyrektyw nie jest konieczne, aby jej przepisy były przeniesione bezpośrednio do krajowego porządku prawnego; ogólny kontekst prawny może, w zależności od treści dyrektywy, być wystarczający, pod warunkiem jednak, że przepisy te są na tyle precyzyjne i przejrzyste, że ilekroć dyrektywa przyznaje jakimś osobom prawa podmiotowe, osoby te mogą się na nie powoływać przed sądami krajowymi; zasady administracyjne, które nie przyznają żadnych praw osobom prywatnym, nie są wystarczające dla prawidłowego wdrożenia dyrektywy; osoby fizyczne mogą się powoływać bezpośrednio na przepisy dyrektyw tylko wówczas, gdy państwo członkowskie w ogóle nie podjęło kroków w celu jej wdrożenia lub też uczyniło to w sposób nieprawidłowy.</p>
--	---	--	--

<p>C-143/94 Wyrok ETS z 26 października 1995 r. Opinia rzecznika Lenza z 29 czerwca 1995 r. European Court reports 1995, str. I-03633</p>	<p>Furlanis Costruzioni Generali SpA przeciwko Azienda Nazionale Autonoma Strade (ANAS)</p>	<p>Dyrektywy 71/305 I 89/440 – nienormalnie niskie oferty</p>	<p>W procedurze pytań prejudycjalnych to sądy krajowe określają, mając na uwadze szczególne cechy każdego przypadku, zarówno potrzebę wydania orzeczenia wstępnego, umożliwiającego im wydanie wyroku, jak i znaczenie zagadnień przedstawionych przez nie Trybunałowi. Wniosek o wydanie orzeczenia wstępnego złożony przez sąd krajowy może być odrzucony, jeżeli jest oczywiste, że poszukiwanie właściwej interpretacji przepisów prawnych Wspólnoty przez ten sąd nie ma związku z faktycznym charakterem sprawy lub przedmiotem postępowania głównego.</p>
<p>C-392/93 Wyrok ETS z 26 marca 1996 r. Opinia rzecznika Tesauro z 28 listopada 1995 r. European Court reports 1996, str. I-01631</p>	<p>Królowa przeciwko H. M. Treasury, ex parte British Telecommuni- cations plc</p>	<p>Dyrektywa 90/351 – telekomunikacja – wdrożenie dyrektywy do prawa krajowego</p>	<p>Wdrażając postanowienia dyrektywy sektorowej 90/531, państwo członkowskie nie może zdefiniować usług telekomunikacyjnych wyłączonych z jej zakresu na mocy art. 8 ust. 1, gdyż kompetencja ta należy do samych zamawiających.</p>

<p>C-318/94 Wyrok ETS z 28 marca 1996 r. European Court reports 1996, str. I-01949</p>	<p>Komisja Europejska przeciwko RFN</p>	<p>Zamówienia publiczne na roboty budowlane – nieopublikowanie ogłoszenia o zamówieniu</p>	<p>Fakt, iż pewien organ państwa członkowskiego, który jest obowiązany, w procedurze ustalonej w prawie wewnętrznym państwa, zatwierdzić projekt, może, przed upływem okresu przewidzianego dla tych celów, wnieść zastrzeżenia, nie może stanowić nieprzewidzianej okoliczności. Państwo członkowskie, którego właściwe władze zdecydowały się nie udzielać zamówienia publicznego na wykonanie robót na drodze procedury otwartej z powodu opóźnienia wynikającego z faktu, iż pewien organ nie zatwierdził pierwotnych planów prac i udzielił zamówień publicznych na część w drodze procedury negocjacyjnej bez uprzedniego opublikowania ogłoszenia o zamówieniu, nie dotrzymują zobowiązań wynikających z dyrektywy.</p>
<p>C-87/94 Wyrok ETS z 25 kwietnia 1996 r. Opinia rzecznika Lenza z 12 września 1995 r. European Court reports 1996, str. I-02043</p>	<p>Komisja Europejska przeciwko Belgii</p>	<p>Zamówienia publiczne – sektor transportu – dyrektywa 90/531</p>	<p>Zamawiający sektorowi dysponują pewną swobodą wyboru procedury udzielenia zamówienia, ale jeśli już opublikują zaproszenie do składania ofert zgodnie z jedną, konkretną procedurą, powinni przestrzegać jej warunków aż do ostatecznego udzielenia zamówienia.</p>

<p>C-234/95 Wyrok ETS z 2 maja 1996 r. Opinia rzecznika La Pergola z 2 maja 1996 r. European Court reports 1996, str. I-02415</p>	<p>Komisja Europejska przeciwko Francji</p>	<p>Niedopełnienie przez państwo członkowskie obowiązków wynikających z dyrektywy 92/50</p>	<p>Francja nie wdrożyła na czas dyrektywy 92/50 (zamówienia publiczne na usługi).</p>
<p>C-253/95 Wyrok ETS z 2 maja 1996 r. Opinia rzecznika La Pergola z 14 marca 1996 r. European Court reports 1996, str. I-02423</p>	<p>Komisja Europejska przeciwko RFN</p>	<p>Niedopełnienie przez państwo członkowskie obowiązków wynikających z dyrektywy 92/50</p>	<p>RFN nie wdrożyła na czas dyrektywy 92/50 (zamówienia publiczne na usługi).</p>
<p>C-43/97 Wyrok ETS z 17 lipca 1997 r. Opinia rzecznika Lenza z 12 czerwca 1997 r. European Court reports 1997, str. I-04671</p>	<p>Komisja Europejska przeciwko Włochom</p>	<p>Niewdrożenie dyrektywy w wyznaczonym terminie</p>	<p>Włochy nie wdrożyły na czas dyrektywy 93/36.</p>



<p>C-311/96 Wyrok ETS z 29 maja 1997 r. Opinia rzecznika Lenza z 6 marca 1997 r. European Court reports 1997, str. I-02939</p>	<p>Komisja Europejska przeciwko Francji</p>	<p>Dyrektywa 89/665 – niewdrożenie w wyznaczonym terminie</p>	<p>Francja nie wdrożyła w wyznaczonym terminie dyrektywy 93/36. Stosowanie jedynie administracyjnych procedur, które z natury ulegają zmianom wprowadzanym przez władze publiczne oraz które nie są wystarczająco upublicznianie, nie może być traktowane jako właściwe wykonanie obowiązków państw członkowskich wynikających z dyrektywy.</p>
<p>C-54/96 Wyrok ETS z 17 września 1997 r. Opinia rzecznika Tesauro z 15 maja 1997 r. European Court reports 1997, str. I-04961</p>	<p>Dorsch Consult Ingenieur- gesellschaft mbH przeciwko Bundesbaue- gesellschaft Berlin mbH</p>	<p>Krajowy sąd lub trybunał w rozumieniu art. 177 (234) TWE – procedury udzielania zamówienia publicznego na usługi – Krajowy organ odwoławczy</p>	<p>Ocena, czy dany organ zwracający się o orzeczenie wstępne do ETS to sąd lub trybunał w rozumieniu art. 234 TWE, podlega wyłącznie prawu wspólnotowemu; należy wziąć pod uwagę szereg czynników, takich jak to, czy został utworzony zgodnie z prawem, czy ma charakter stały, czy jego właściwość jest obligatoryjna, czy tryb postępowania przed nim ma charakter kontrydiktoryjny, czy stosuje przepisy ustawowe i czy jest niezależny.</p>
<p>C-236/95 Wyrok ETS z 19 września 1997 r. Opinia rzecznika Legera z 20 czerwca 1996 r. European Court reports 1996, str. I-04459</p>	<p>Komisja Europejska przeciwko Grecji</p>	<p>Niewdrożenie dyrektywy w wyznaczonym terminie</p>	<p>Grecja nie wdrożyła na czas dyrektywy 89/665.</p>

<p>C-304/96 Wyrok ETS z 16 października 1997 r. Opinia rzecznika Lenza z 29 maja 1997 r. European Court reports 1997, str. I-05685</p>	<p>Hera SpA przeciwko Unità sanitaria locale n° 3 - genovese (USL) and Impresa Romagnoli SpA</p>	<p>Zamówienia publiczne na roboty budowlane – oferty nienormalnie niskie</p>	<p>Automatyczne odrzucenie rażąco niskiej oferty bez przeprowadzenia jej weryfikacji i bez umożliwienia oferentowi złożenia wyjaśnień dotyczących jej treści jest niezgodne z dyrektywą.</p>
<p>C-341/96 Wyrok ETS z 16 grudnia 1997 r. Opinia rzecznika Legera z 23 października 1997 r. European Court reports 1997, str. I-07271</p>	<p>Komisja Europejska przeciwko RFN</p>	<p>Niewdrożenie dyrektywy w wyznaczonym terminie</p>	<p>Niemcy nie wdrożyły na czas dyrektywy 93/36.</p>
<p>C-44/96 Wyrok ETS z 15 stycznia 1998 r. Opinia rzecznika Legera z 16 września 1997 r. European Court reports 1998, str. I-00073</p>	<p>Mannesmann Anlagenbau Austria AG and Others przeciwko Strohal Rotationsdruck GesmbH</p>	<p>Zamówienia publiczne na roboty budowlane – osoba prawa publicznego</p>	<p>Jeśli dany podmiot został pierwotnie ustanowiony w celu zaspokajania potrzeb o charakterze ogólnym, które nie mają charakteru przemysłowego lub handlowego, a następnie podjął działalność komercyjną, to nie zmienia to jego statusu jako podmiotu prawa publicznego, skoro dalej prowadzi również działalność, dla której został pierwotnie ustanowiony (niemającą charakteru handlowego).</p>

<p>C-323/96 Wyrok ETS z 17 września 1998 r. Opinia rzecznika Albera z 19 marca 1998 r. European Court reports 1998, str. I-05063</p>	<p>Komisja Europejska przeciwko Belgii</p>	<p>Zamówienia publiczne na roboty budowlane – nieopublikowanie ogłoszenia o zamówieniu publicznym</p>	<p>Pojęcie organu państwowego jako zamawiającego obejmuje wszelkie organy, które sprawują władzę ustawodawczą, wykonawczą lub sądowniczą. Państwo członkowskie nie może powoływać się na przepisy i praktyki krajowe, aby uzasadnić niewypełnienie zobowiązań i terminów wynikających z dyrektywy.</p>
<p>C-76/97 Wyrok ETS z 24 września 1998 r. Opinia rzecznika Fenelly z 2 kwietnia 1998 r. European Court reports 1998, str. I-05357</p>	<p>Walter Tögel przeciwko Nie- derösterreichi- sche Gebiets- krankenkasse</p>	<p>Zamówienia publiczne – bezpośredni skutek dyrektywy niewdrożonej do prawa krajowego – klasyfikacja usług</p>	<p>Ani art. 1 ust. 1 i 2, art. 2 ust. 1, ani żaden inny przepis dyrektywy 89/665 nie może być interpretowany w taki sposób, aby oznaczał, że jeżeli dyrektywa 92/50 nie została wdrożona do prawa krajowego przed upływem wyznaczonego terminu, to odwołania dotyczące procedur związanych z udzieleniem zamówienia na usługi mogą być kierowane także do organów odwoławczych działających w państwach członkowskich i kompetentnych w sprawach odwołań dotyczących dostaw i robót budowlanych.</p>

<p>C –111/97 Wyrok ETS z 24 września 1998 r. Opinia rzecznika Fenelly z 2 kwietnia 1998 r. European Court reports 1998, str. I-05411</p>	<p>EvoBus Austria GmbH przeciw- ko Niederös- terreichische Verkehrsorgani- sations GmbH (Növog)</p>	<p>Zamówienia sektorowe – skutek dyrektywy, która nie została wdrożona do prawa krajowego</p>	<p>Art. 1 ust. 1–3, art. 2 ust. 1 oraz 7–9 i pozostałe przepisy dyrektywy Rady 92/13 nie mogą być interpretowane w taki sposób, że przy braku wdrożenia dyrektywy przed końcem okresu na to wyznaczonego organy odwoławcze państw członkowskich, kompetentne w sprawie zamówień publicznych na roboty budowlane i dostawy, mogą także rozpatrywać odwołania dotyczące udzielania zamówień publicznych w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji.</p>
<p>C – 360/96 Wyrok ETS z 10 listopada 1998 r. Opinia rzecznika La Pergola z 19 lutego 1998 r. European Court reports 1998, str. I-06821</p>	<p>Gemeente Arnhem and Gemeente Rheden przeciwko BFI Holding BV</p>	<p>Zamówienia publiczne na usługi – definicja zamawiającego – podmiot prawa publicznego</p>	<p>Brak konkurencji nie jest okolicznością przesądzającą o tym, czy dana instytucja jest podmiotem prawa publicznego; należy odróżnić potrzeby w interesie ogólnym mające charakter przemysłowy lub handlowy od potrzeb w interesie ogólnym niemających charakteru handlowego lub przemysłowego. Generalnie rzecz biorąc, potrzeby o charakterze przemysłowym lub handlowym zaspokajane są na rynku przez konkurujące ze sobą przedsiębiorstwa. Jednakże sam fakt, że na danym rynku istnieje konkurencja, nie przesądza automatycznie, że nie można danej potrzeby uznać za potrzebę w interesie ogólnym niemającą charakteru handlowego lub przemysłowego.</p>

<p>C-306/97 Wyrok ETS z 17 grudnia 1998 r. Opinia rzecznika Albera z 16 lipca 1998 r. European Court reports 1998, str. I-08761</p>	<p>Connemara Machine Turf Co. Ltd przeciwko Coillte Teoranta</p>	<p>Zamówienia publiczne na dostawy – definicja zamawiającego</p>	<p>Podmiot wyposażony w osobowość prawną, który nie udziela zamówień publicznych w imieniu państwa lub organu samorządu terytorialnego, jest osobą prawa publicznego, o ile państwo może wywierać, co najmniej w sposób pośredni, kontrolę nad udzielaniem zamówień publicznych przez ten podmiot.</p>
<p>C-353/96 Wyrok ETS z 17 grudnia 1998 r. Opinia rzecznika Albera z 16 lipca 1998 r. European Court reports 1998, str. I-08565</p>	<p>Komisja Europejska przeciwko Irlandii</p>	<p>Zamówienia publiczne na dostawy – definicja zamawiającego</p>	<p>Jw.</p>
<p>C-103/97 Wyrok ETS z 4 lutego 1999 r. Opinia rzecznika Saggio z 24 września 1998 r. European Court reports 1999, str. I-00551</p>	<p>Josef Köllens- perger GmbH &amp; Co. KG i Atzwanger AG przeciwko Gemeindever- band Bezirks- krankenhaus Schwaz</p>	<p>Krajowy sąd lub trybunał w rozumieniu art. 177 (234) TWE – procedury udzielania zamówień publicznych – organ odpowiedzialny za rozpatrywanie odwołań</p>	<p>W celu określenia, czy organ zwracający się z wnioskiem o wydanie orzeczenia wstępnego jest sądem bądź trybunałem w rozumieniu art. 177 Traktatu, co jest przedmiotem wyłącznie prawa wspólnotowego, uwzględnić należy szereg czynników, takich jak to, czy organ został powołany na mocy prawa, czy jest organem stałym, czy jego jurysdykcja jest obowiązkowa, czy postępowanie przed nim toczy się między stronami, czy stosuje on przepisy prawa oraz czy jest on niezależny.</p>

<p>C-258/97 Wyrok ETS z 4 marca 1999 r. Opinia rzecznika Saggio z 1 października 1998 r European Court reports 1999, str. I-01405</p>	<p>Hospital Ingenieure Krankenhaus-Planungs-Gesellschaft mbH (HI) przeciwko Landeskrankenanstalten-Betriebsgesellschaft</p>	<p>Zamówienia publiczne – skutek dyrektywy niewdrożonej do prawa krajowego</p>	<p>Ani art. 2 ust. 8, ani innych postanowień dyrektywy 89/665 nie można interpretować w taki sposób, że jeżeli dyrektywa 92/50 nie została wdrożona do końca przewidzianego dla tego celu terminu, organy odwoławcze w państwach członkowskich, do których jurysdykcji należą odwołania w dziedzinie zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane, mogą rozpatrywać także odwołania dotyczące postępowania o udzielenie zamówienia na świadczenie usług.</p>
<p>C-225/97 Wyrok ETS z 19 maja 1999 r. Opinia rzecznika La Pergola z 19 stycznia 1999 r. European Court reports 1999, str. I-03011</p>	<p>Komisja Europejska przeciwko Francji</p>	<p>Swoboda świadczenia usług – procedury udzielania zamówień publicznych – zamówienia sektorowe</p>	<p>Francja nie wdrożyła w wyznaczonym terminie postanowień dyrektywy 92/13 (atestacja i koncyliacja).</p>
<p>C-108/98 Wyrok ETS z 9 września 1999 r. Opinia rzecznika Albera z 18 marca 1999 r. European Court reports 1999, str. I-05219</p>	<p>RI.San przeciwko commune di Ischia</p>	<p>Swoboda przedsiębiorczości – swoboda świadczenia usług – organizacja systemu usuwania odpadów</p>	<p>Możliwość odstąpienia od stosowania przepisów TWE dotyczących swobody działalności gospodarczej oraz świadczenia usług nie ma zastosowania w sytuacji, kiedy wszystkie zdarzenia mają miejsce na terytorium państwa członkowskiego i brak jest związku z sytuacjami przewidzianymi przez prawo wspólnotowe w zakresie swobody działalności gospodarczej oraz świadczenia usług.</p>

<p>C-27/98 Wyroki ETS z 9 września 1999 r. Opinia rzecznika Albera z 18 marca 1999 r. European Court reports 1999, str. I-05697</p>	<p>Metalmecanica Fracasso SpA przeciwko Amt der Salzburger Landesregie- rung für den Bundesminister für wirtschaftli- che Angelegen- heiten</p>	<p>Zamówienia publiczne na roboty budowlane – zamówienie udzielone wykonawcy, który jako jedyny został uznany za spełniającego warunki zamawiającego</p>	<p>Zamawiający nie ma obowiązku udzielenia zamówienia jednemu wykonawcy, który spełnia warunki udziału w postępowaniu – zamawiający może unieważnić postępowanie, w którym została złożona tylko jedna prawidłowa oferta.</p>
<p>C-328/96 Wyroki ETS z 28 października 1999 r. Opinia rzecznika Albera z 19 stycznia 1999 r. European Court reports 1999, str. I-07479.</p>	<p>Komisja Europejska przeciwko Austrii</p>	<p>Nieopublikowanie ogłoszenia o zamówieniu publicznym</p>	<p>Wskazanie konkretnego znaku towarowego bez towarzyszącego sformułowania „lub równoważny” stanowi naruszenie przepisów dyrektyw oraz przepisów TWE dotyczących swobodnego przepływu towarów; za działanie zamawiającego ponosi odpowiedzialności całe państwo.</p>

<p>C-81/98 Wyrok ETS z 28 października 1999 r. Opinia rzecznika Mischo z 10 listopada 1999 r. European Court reports 1999, str. I-07671</p>	<p>Alcatel Austria i inni przeciwko Bundesminister- ium für Wissenschaft und Verkehr</p>	<p>Dyrektywy odwoławcze – środki odwoławcze – decyzje podlegające zaskarżeniu</p>	<p>Pojęcie decyzji zamawiających, które podlegają zaskarżeniu, powinno być rozumiane tak szeroko, jak to tylko możliwe. Każde ograniczenie w tym zakresie prowadziłoby do mniejszej ochrony prawnej wykonawców. Zakresem środków odwoławczych powinny być objęte wszystkie bezprawne decyzje zamawiających, włączając decyzje o udzieleniu zamówienia. Dyrektywa nie definiuje wprawdzie pojęcia „decyzje zamawiających, które podlegają zaskarżeniu”, równocześnie jednak nic w dyrektywie nie wskazuje, aby intencją ustawodawcy europejskiego było wyłączenie z zakresu procedur odwoławczych takich decyzji o udzieleniu zamówienia.</p>
<p>C-107/98 Wyrok ETS z 18 listopada 1999 r. Opinia rzecznika Albera z 18 marca 1999 r. European Court reports 1999, str. I-08121</p>	<p>Teckal Srl przeciwko Comune di Viano i Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia</p>	<p>Zamówienia publiczne na usługi i dostawy – udzielenie zamówienia przez podmiot lokalny konsorcjum, którego ten podmiot jest uczestnikiem</p>	<p>Dla obowiązywania dyrektywy (93/36) wystarczającym jest, co do zasady, aby zamówienie zostało zawarte między jednostką samorządu terytorialnego a podmiotem prawnie od niej odrębnym. Nie jest tak jedynie w przypadku, gdy jednostka samorządu terytorialnego sprawuje nad danym podmiotem kontrolę analogiczną do tej, jaką sprawuje nad własnymi służbami, gdy jednocześnie podmiot ten wykonuje większą część swej działalności wspólnie z jednostką lub jednostkami samorządu terytorialnego, w których dyspozycji pozostaje.</p>



<p>C-275/98 Wyrok ETS z 18 listopada 1999 r. Opinia rzecznika Albera z 8 lipca 1999 r. European Court reports 1999, str. I-08291</p>	<p>Unitron Scan- dinavia A/S and 3-S A/S, Dan- ske Svineprodu- centers Service- selskab przeci- wko Ministeriet for Fřdevarer, Landbrug og Fiskeri</p>	<p>Zamówienia publiczne na dostawy – dyrektywa 93/36 – udzielenie zamówienia przez inny podmiot niż zamawiający</p>	<p>Art. 2(2) dyrektywy 93/36 wymaga od zamawiającego, który przyznaje podmiotowi innemu niż zamawiający specjalne lub wyłączne prawa świadczenia usług publicznych wymaganych przez zamawiającego, wymagania od takiego podmiotu, w zakresie zamówień na dostawy, jakich udziela on osobom trzecim w zakresie prowadzonej przez niego działalności, aby przestrzegał zasady niedyskryminacji ze względu narodowość; nie jest natomiast konieczne aby podmiot ten przestrzegał procedur przewi- dzianych w dyrektywie 93/36.</p>
<p>C-176/98 Wyrok ETS z 2 grudnia 1999 r. Opinia rzecznika Legera z 23 września 1999 r. European Court reports 1999, str. I-08607</p>	<p>Holst Italia SpA przeciwko Comune di Cagliari</p>	<p>Dyrektywa 92/50 – zamówienia publiczne na usługi – możliwość powoływania się przez wykonawcę na zasoby innego podmiotu</p>	<p>Wykonawca, który sam nie spełnia wymogów zamawiającego, może powoływać się na sytuację innych podmiotów, z którymi wspólnie zamierza wykonać zamówienie.</p>
<p>C-380/98 Wyrok ETS z 3 października 2000 r. Opinia rzecznika Albera z 11 maja 2000 r. European Court reports 2000, str. I-08035</p>	<p>Królowa przeciwko H.M. Treasury, ex parte the University of Cambridge</p>	<p>Definicja zamawiającego – podmiot prawa publicznego – finansowanie w przeważającej części</p>	<p>Sformułowanie „finansowane w przeważającej części” oznacza, że dana instytucja może być finansowana w części ze środków innych niż publiczne, co nie musi pociągać za sobą automatycznie utraty przez dany podmiot charakteru publicznego. Sformułowanie „w przeważającej części” powinno być rozumiane w kategoriach czysto ilościowych (więcej niż 50%), a nie jakościowych.</p>

<p>C-16/98 Wyrok ETS z 5 października 2000 r. Opinia rzecznika Jacobsa z 24 lutego 2000 r. European Court reports 2000, str. I-08315</p>	<p>Komisja przeciwko Francji</p>	<p>Zamówienia sektorowe – definicja obiektu budowlanego</p>	<p>W celu określenia czy wykonanie danego obiektu budowlanego nie zostało sztucznie podzielone na części, powinno być ono ocenione w świetle ekonomicznej i technicznej funkcji, jaką ma spełniać rezultat robót budowlanych.</p>
<p>C-337/98 Wyrok ETS z 5 października 2000 r. Opinia rzecznika Jacobsa z 23 marca 2000 r. European Court reports 2000, str. I-08377</p>	<p>Komisja przeciwko Francji</p>	<p>Zastosowanie procedury negocjacyjnej bez publikacji ogłoszenia</p>	<p>Prawo wspólnotowe dotyczące zamówień publicznych nie wymaga, aby zamawiający w danym państwie członkowskim musiał interweniować, na wniosek danego podmiotu, w istniejące stosunki prawne ustanowione na czas nieokreślony lub na kilka lat, jeżeli zaistniały one przed upływem terminu na wdrożenie wspomnianej dyrektywy. Ta ogólna zasada ma zastosowanie na wszystkich etapach postępowania, które zostało zakończone przed upływem terminu na wdrożenie dyrektywy, ale stanowią część procedury, która zakończyła się już po tej dacie. Przepisy dyrektyw 93/38 nie mają zastosowania do decyzji zamawiającego o wyborze procedury udzielenia zamówienia podjętej przed upływem terminu na wdrożenie tejże dyrektywy.</p>

<p>C-94/99 Wyrok ETS z 7 grudnia 2000 r. Opinia rzecznika Légera z 15 czerwca 2000 r. European Court reports 2000, str. I-11037</p>	<p>ARGE Gewässerschutz przeciwko Bun- desministerium für Land- und Forstwirtschaft</p>	<p>Dyrektywa 92/50 – zamówienie publiczne na usługi – równe traktowanie wykonawców</p>	<p>Dyrektywa nie przewiduje moż- liwości wykluczenia z udziału w postępowaniu danego wykonawcy wyłącznie z tego powodu, że korzysta on ze wsparcia w postaci publicznych subsydiów; nie jest sprzeczne z zasadą równego traktowania dopuszczenie do udziału w postępowaniu podmiotów pub- licznych; dyrektywa dopuszcza branie pod uwagę przez zama- wiającego faktu korzystania przez wykonawców z pomocy publicz- nej, zwłaszcza w sytuacji, kiedy jest to pomoc niezgodna z postanowieniami TWE, i wy- kluczenia z udziału w postępowa- niu wykonawcy korzystającego z niedozwolonej pomocy.</p>
<p>C-324/98 Wyrok ETS z 7 grudnia 2000 r. Opinia rzecznika Fennelly z 18 maja 2000 r. European Court reports 2000, str. I-10745</p>	<p>Teleaustria Verlags GmbH and Telefonadress GmbH przeciwko Telekom Austria AG</p>	<p>Dyrektywa 93/38 – koncesje na usługi – zasada przejrzystości</p>	<p>Fakt, że niektóre zamówienia są wyłączone z zakresu obowiązania dyrektyw dotyczących zamówień publicznych, nie zwalnia zamawiającego z obowiązku respektowania podstawowych zasad prawa pierwotnego, w szczególności zasady niedyskryminacji. Ta ostan- nia wymaga przestrzegania wymogu przejrzystości w trakcie postępowania. Dla wypełnienia tego obowiązku konieczne jest, dla dobra potencjalnych oferentów, informowanie przez zamawiającego o udzielanych zamówieniach, tak aby rynek usług był otwarty na konkurencję międzynarodową i mógł być przedmiotem ewentualnego postępowania odwoławczego.</p>

<p>C-225/98 Wyrok ETS z 26 września 2000 r. Opinia rzecznika Albera z 14 marca 2000 r. European Court reports 2000, str. I-07445</p>	<p>Komisja przeciwko Francji</p>	<p>Procedury udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane – warunek związany ze zwalczaniem bezrobocia – kryteria udzielenia zamówienia</p>	<p>Zamawiający mogą udzielić zamówienia, uzależniając decyzję o wyborze oferty od spełniania przez oferenta warunku związanego ze zwalczaniem bezrobocia, o ile warunek ten jest zgodny z podstawowymi zasadami prawa europejskiego; zastosowanie tego warunku musi być zgodne z przepisami dyrektyw dotyczących procedur udzielania zamówień (w tym przypadku dyrektywy 93/37 o robotach budowlanych), ale tylko w sytuacji, kiedy zamawiający musi dokonać wyboru między dwiema lub większą liczbą równoważnych ekonomicznie ofert; zastosowanie tego warunku nie może prowadzić do bezpośredniej lub pośredniej dyskryminacji oferentów pochodzących z innych krajów unijnych oraz warunek ten musi być wyraźnie wspomniany w ogłoszeniu o zamówieniu publicznym, tak żeby potencjalni oferenci byli świadomi jego zastosowania.</p>
--	--	--	---

<p>C-237/99 Wyrok ETS z 1 lutego 2001 r. Opinia rzecznika Mischo z 19 października 2000 r. European Court reports 2001, str. I-00939</p>	<p>Komisja przeciwko Francji</p>	<p>Dyrektywa 93/37 – zamówienia publiczne na roboty budowlane – definicja zamawiającego</p>	<p>Zgodnie z art. 1(b), drugi akapit dyrektywy 93/37, podmiot prawa publicznego to podmiot ustanowiony w szczególnym celu zaspokajania potrzeb w interesie powszechnym, niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, obdarzony osobowością prawną i blisko uzależniony od państwa, organów lokalnych lub regionalnych, lub innych osób prawa publicznego. Towarzystwa budownictwa niskoczynszowego, które powinny zaspokajać potrzeby o charakterze powszechnym niemające charakteru przemysłowego ani handlowego, mające osobowość prawną, których zarząd podlega nadzorowi ze strony organów publicznych mogących wywierać wpływ na decyzje towarzystw w zakresie zamówień publicznych, spełniają 3 kumulatywne kryteria charakteryzujące osoby prawa publicznego określone w dyrektywie i są zamawiającymi w rozumieniu dyrektywy.</p>
<p>C-97/00 Wyrok ETS z 8 marca 2001 r. Opinia rzecznika Mischo z 14 grudnia 2000 r. European Court reports 2001, str. I-02053</p>	<p>Komisja przeciwko Francji</p>	<p>Niewdrożenie dyrektywy</p>	<p>Francja nie wdrożyła na czas dyrektywy 97/52.</p>

<p>C-223/99 and C-260/ Wyrok ETS z 10 maja 2001 r. Opinia rzecznika Albera z 30 stycznia 2001 r. European Court reports 2001, str. I-03605</p>	<p>Agorà Srl and Excelsior Snc di Pedrotti Bruna &amp; C. przeciwko Ente Autonomo Fiera Internazionale di Milano and Ciftat Soc. coop. arl.</p>	<p>Zamówienia publiczne na usługi – definicja zamawiającego – osoba prawa publicznego</p>	<p>Nie jest osobą prawa publicznego w rozumieniu dyrektyw podmiot, który zajmuje się organizacją wystaw, targów i innych podobnych imprez, nawet jeżeli jego działalność nie jest nastawiona na zysk, ale jest zarządzany zgodnie z kryteriami efektywności, wydajności oraz opłacalności, a ponadto działa w konkurencyjnym środowisku.</p>
<p>C-439/00 Wyrok ETS z 21 czerwca 2001 r. Opinia rzecznika Mischo z 2 maja 2001 r. European Court reports 2001, str. I-04835</p>	<p>Komisja przeciwko Francji</p>	<p>Niewdrożenie dyrektywy</p>	<p>Francja nie wdrożyła na czas dyrektywy 98/04.</p>
<p>C-399/98 Wyrok ETS z 12 lipca 2001 r. Opinia rzecznika Légera z 7 grudnia 2000 r. European Court reports 2001, str. I-05409</p>	<p>Leopoldo Freyrie przeciwko Comune di Milano, and Pirelli SpA, Milano Centrale Servizi SpA and Fondazione Teatro alla Scala</p>	<p>Procedury udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane – dyrektywa 93/37 – istnienie zamówienia publicznego</p>	<p>Charakter majątkowy zamówienia publicznego polega na wynagrodzeniu przysługującym od danego podmiotu publicznego w zamian za wykonanie robót budowlanych objętych zakresem dyrektywy 93/37 (art. 1 (a)), które zostaną oddane do dyspozycji zamawiającego.</p>

<p>C-19/00 Wyrok ETS z 18 października 2001 r. Opinia rzecznika Jacobsa z 10 maja 2001 r. European Court reports 2001, str. I-07725</p>	<p>SIAC Construction Ltd przeciwko County Council County z Mayo</p>	<p>Zamówienia publiczne na roboty budowlane – kryteria udzielenia zamówienia – oferta najkorzystniejsza ekonomicznie</p>	<p>Zasada równego traktowania wymaga m.in., by oferenci byli traktowani jednakowo zarówno na etapie sporządzania, jak i oceny ich ofert. Kryteria oceny ofert podane w dyrektywie nie stanowią zamkniętego i wyczerpującego katalogu. Dyrektywa pozostawia zamawiającemu swobodę wyboru kryteriów oceny ofert, pod warunkiem że te kryteria służyć będą rzeczywiście identyfikacji oferty najkorzystniejszej ekonomicznie. Dodatkowo, kryterium oceny ofert nie może pozostawiać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru.</p>
<p>C-285/99 i C-286/99 Wyrok ETS z 27 listopada 2001 r. Opinia rzecznika Colomer z 5 czerwca 2001 r. European Court reports 2001, str. I-09233</p>	<p>Impresa Lombardini SpA - Impresa Generalnegoe di Costruzioni przeciwko ANAS - Ente nazionale per le strade i Societa Italiana per Condotte d'Acqua SpA (C-285/99) i Impresa Ing. Mantovani SpA przeciwko ANAS - Ente nazionale per le strade and Ditta Paolo Bregoli (C-286/99)</p>	<p>Zamówienia publiczne na roboty budowlane – oferty nienormalnie niskie</p>	<p>Niezgodne z art. 30(4) dyrektywy 93/37 są przepisy krajowe oraz praktyka administracyjna państwa członkowskiego, zgodnie z którą zamawiający może odrzucić jako nienormalnie niskie oferty proponujące większy upust niż próg określony przez zamawiającego, bez umożliwienia wykonawcy złożenia wyjaśnień dotyczących zapropnowanej ceny.</p>

<p>C-59/00 Postanowienie ETS z 3 grudnia 2001 r.</p> <p>European Court reports 2001, str. I-09505</p>	<p>Bent Moustén Vestergaard przeciwko Spøttrup Boligselskab</p>	<p>Zamówienia publiczne na roboty budowlane – zamówienia o wartości nie- przekraczającej progów z dyrektyw – swobodny przepływ towarów</p>	<p>Z faktu, że dyrektywy wspólnotowe obejmują tylko zamówienia o dużej wartości, powyżej progów, nie wynika, iż małe zamówienia podprogowe są całkowicie wyłączone z prawa wspólnotowego. Nawet jeśli nie są objęte dyrektywami, sposób ich udzielania musi być zgodny z podstawowymi zasadami Traktatu; bez względu na to, czy podlegają dyrektywom, sposób określenia przedmiotu zamówienia w przypadku zamówień o małej wartości musi być oceniony w kontekście Traktatu, w tym przede wszystkim w kontekście zasady swobody przepływu towarów (art. 28 (30) TWE). Zakaz określenia przedmiotu zamówienia przez wskazanie konkretnego producenta (bez użycia słów „lub równoważne”) służy ochronie traktatowej zasady swobody przepływu towarów.</p>
<p>C-92/00 Wyrok ETS z 18 czerwca 2002 r. Opinia rzecznika Tiziano z 28 czerwca 2001 r. European Court reports 2002, str. I-05553</p>	<p>HI Hospital In- genieure Kran- kenhaustechnik Planungs- Gesellschaft m.b.H. przeciw- ko Magistrat der Stadt Wien - Wiener Kran- kenanstalten- verbund</p>	<p>Dyrektywy odwoławcze – procedury odwoławcze – wycofanie zaproszenia do składania ofert</p>	<p>Środki odwoławcze przewidziane w dyrektywie 89/665 przysługują również od decyzji zamawiającego o wycofaniu zaproszenia do składania ofert.</p>



<p>C-513/99 Wyrok ETS z 17 września 2002 r. Opinia rzecznika Mischo z 13 grudnia 2001 r. European Court reports 2002, str. I-07213</p>	<p>Concordia Bus Finland Oy Ab, dawniej Stagecoach Finland Oy Ab, przeciwko Helsingin kaupunki and HKL- Bussiliikenne</p>	<p>Oferta najkorzystniejsza ekonomicznie – procedury udziałania zamówień publicznych na usługi – kryteria związane z ochroną środowiska</p>	<p>Przyjęte przez zamawiającego kryteria nie muszą koniecz- nie odnosić się wyłącznie do bezpo- średnio ekonomicznie wymier- nych (finansowych) aspektów ofert, pod warunkiem jednak, że:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• są związane z przedmiotem zamówienia,</li> <li>• nie przyznają zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru oferty (nie zakładają arbitralnego wyboru),</li> <li>• są wskazane w dokumentacji przetargowej i w ogłoszeniu o przetargu,</li> <li>• są zgodne z całością prawa europejskiego, w szczególności z zasadą niedyskryminacji.</li> </ul>
<p>C-411/00 Wyrok ETS z 14 listopada 2002 r. Opinia rzecznika Mischo z 18 kwietnia 2002 r. European Court reports 2002, str. I-10567</p>	<p>Felix Swoboda GmbH przeciwko Österreichische Nationalbank</p>	<p>Zamówienie dotyczące równocześnie usług z załącznika IA i IB dyrektyw 92/50</p>	<p>W przypadku, kiedy przedmiotem zamówienia są zarówno usługi z załącznika IA jak i IB dyrek- tywy 92/50, a wartość usług wymienionych w załączniku IB przewyższa wartość usług wymienionych w załączniku IA zamawiający nie ma obowiązku oddzielenia usług z załącznika IB i udzielenia oddzielnych zamówień.</p>
<p>C-470/99 Wyrok ETS z 12 grudnia 2002 r. Opinia rzecznika Albera z 8 listopada 2001 r. European Court reports 2002, str. I-11617</p>	<p>Universale-Bau AG, Bieterge- meinschaft: 1) Hintereg- ger &amp; Söhne Bauges.m.b.H. Salzburg, 2) ÖSTÜ-STET- TIN Hoch- und Tiefbau GmbH przeciwko Ent- sorgungsbetriebe Simmering GmbH</p>	<p>Zamówienia publiczne na roboty budowlane – definicja zamawiającego – podmiot prawa publicznego</p>	<p>Pojęcie „podmiot prawa publicznego” powinno być interpretowane w sposób funkcjonalny w świetle głównego celu dyrektywy 93/37, jakim jest usunięcie barier w handlu wewnątrz Wspólnoty i otwarcie krajowych rynków zamówień publicznych na konkurencję przedsiębiorców z innych państw członkowskich.</p>

<p>C-57/01 Wyrok ETS z 23 stycznia 2003 r. European Court reports 2003, str. I-01091</p>	<p>Makedoniko Metro i Michaniki AE przeciwko Elliniko Dimosio</p>	<p>Konsorcjum składające ofertę – zmiana składu konsorcjum</p>	<p>Przepisy krajowe mogą zabronić zmiany w składzie konsorcjum po upływie terminu składania ofert.</p>
<p>C-327/00 Wyrok ETS z 27 lutego 2003 r. Opinia rzecznika Albera z 7 lutego 2002 r. European Court reports 2003, str. I-01877</p>	<p>Santex SpA przeciwko Unità Socio Sanitaria Locale n. 42 di Pavia i Sca Mölnlycke SpA, Artsana SpA i Fater SpA</p>	<p>Dyrektywa 89/665 – procedury odwoławcze</p>	<p>Ograniczenia czasowe do skorzystania ze środków zaskarżenia naruszają zasadę efektywności dyrektywy, jeżeli, biorąc pod uwagę okoliczności danej sprawy, skorzystanie z możliwości odwołania jest niemożliwe lub poważnie utrudnione.</p>
<p>C-373/00 Wyrok ETS z 27 lutego 2003 r. Opinia rzecznika Albera z 21 marca 2002 r. European Court reports 2003, str. I-01931</p>	<p>Adolf Truley GmbH przeciwko Bestattung Wien GmbH</p>	<p>Podmiot zamawiający – osoba prawa publicznego – działalność w interesie powszechnym</p>	<p>Używane przez dyrektywę 93/36 pojęcie potrzeby w interesie ogólnym jest autonomicznym pojęciem prawa wspólnotowego; brak konkurencji nie jest okolicznością przesądzającą o tym, czy dana instytucja jest podmiotem prawa publicznego; sam fakt, że na danym rynku istnieje konkurencja, nie przesądza automatycznie, że nie można danej potrzeby uznać za potrzebę w interesie ogólnym, niemającą charakteru handlowego lub przemysłowego.</p>

<p>C-214/00 Wyrok ETS z 15 maja 2003 r. European Court reports 2003, str. I-04667</p>	<p>Komisja Europejska przeciwko Hiszpanii</p>	<p>Dyrektywa 89/665 – pojęcie osoby prawa publicznego – decyzje zaskarżalne</p>	<p>Pojęcie decyzji podjętej przez zamawiającego, które pojawia się w art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665, nie jest przez nią zdefiniowane. Kwestia, czy dyrektywa wymaga, aby możliwość zaskarżenia dotyczyła również czynności proceduralnych, powinna być przeanalizowana w świetle celów dyrektywy, przy zapewnieniu nienaruszalności jej efektywności.</p>
<p>C-18/01 Wyrok ETS z 22 maja 2003 r. Opinia rzecznika Albera z 11 lipca 2002 r. European Court reports 2003, str. I-05321</p>	<p>Arkkitehtuuri- toimisto Riitta Korhonen Oy, Arkkitehtoi- misto Pentti Toivanen Oy i Rakennuttaja- toimisto Vilho Tervomaa przeciwko Varkauden Taitotalo Oy</p>	<p>Dyrektywa 92/50 – zamówienia publiczne na usługi – podmiot prawa publicznego – definicja zamawiającego – spółka utworzona przez organ regionalny lub lokalny w celu promocji działalności gospodarczej na obszarze tego organu</p>	<p>Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, utworzona, stanowiąca własność i zarządzana przez organ regionalny lub lokalny, spełnia potrzeby o charakterze powszechnym w rozumieniu art. 1(b) dyrektywy 92/50, jeżeli zamawia usługi w celu promocji rozwoju działalności gospodarczej na terytorium tego regionalnego lub lokalnego organu. Dla oceny, czy potrzeby nie mają charakteru przemysłowego lub handlowego, sąd krajowy powinien wziąć pod uwagę okoliczności, które przeważały w momencie ustanowienia spółki oraz warunki, w jakich wykonuje swoją działalność, biorąc pod uwagę w szczególności fakt, że jej głównym celem nie jest osiąganie zysku oraz że nie ponosi ona ryzyka związanego z tą działalnością oraz z finansowaniem tej działalności.</p>

<p>C-249/01 Wyrok ETS z 19 czerwca 2003 r. Opinia rzecznika z 25 lutego 2003 r. European Court reports 2003, str. I-06319</p>	<p>Werner Hacker- müller prze- ciwko Bundes- immobiliengesellschaft mbH (BIG) et Wiener Entwicklungsgesellschaft mbH für den Donauraum AG (WED</p>	<p>Dyrektywa 89/665 – procedury odwoławcze – osoby, którym powinno przysługiwać prawo do złożenia odwołania</p>	<p>Zgodne z prawem europejskim jest wymaganie od osoby korzystającej ze środków odwoławczych, aby wykazała, że zamawiający naruszył interes tej osoby (lub że grozi jej naruszenie takiego interesu) na skutek niezgodnego z prawem postępowania zamawiającego.</p>
<p>C-315/01 Wyrok ETS z 19 czerwca 2003 r. Opinia rzecznika Geelhoeda z 10 października 2002 r. European Court reports 2003, str. I-06351</p>	<p>Gesellschaft für Abfallentsor- gungs-Technik GmbH (GAT) przeciwko Österreichische Autobahnen i Schnellstraßen AG (ÖSAG).</p>	<p>Dyrektywa 89/665 – dyrektywa 93/36 – procedury udzielania zamówień publicznych – kryteria kwalifikacji i udzielenia zamówienia</p>	<p>Dyrektywa 93/36 zabrania zamawiającemu, w procedurze udzielania zamówienia publicznego na dostawy, na branie pod uwagę liczby referencji dotyczących oferowanych produktów nie jako kryterium oceny kwalifikacji dostawcy, ale jako kryterium udzielenia zamówienia.</p>
<p>C-410/01 Wyrok ETS z 19 czerwca 2003 r. Opinia rzecznika Mischo z 25 lutego 2003 r. European Court reports 2003, str. I-06413</p>	<p>Fritsch, Chiari &amp; Partner, Ziviltechniker GmbH i inni przeciwko Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs- AG (Asfinag)</p>	<p>Dyrektywa 89/665 – osoby, które powinny móc skorzystać ze środków zaskarżenia – definicja interesu w uzyskaniu zamówienia</p>	<p>Nie można uważać, że stracił interes w uzyskaniu zamówienia wykonawca, który przed wszczęciem postępowania odwoławczego określonego w dyrektywie nie wniósł sprawy do komisji rozjemczej, której istnienia nie wymagają postanowienia dyrektywy odwoławczej.</p>

<p>C-424/01 Postanowienie ETS z 9 kwietnia 2003 r. European Court reports 2003, str. I-03249</p>	<p>CS Communications &amp; Systems Austria GmbH przeciwko Allgemeine Unfallversicherungsanstalt</p>	<p>Dyrektywa 89/665 – środki odwoławcze – środki tymczasowe – branie pod uwagę szans uchylecia bezprawnej decyzji zamawiającego</p>	<p>Art. 2 dyrektywy 89/665 nie zabrania państwom członkowskim stanowić, że w przypadku, kiedy organ odpowiedzialny za rozpatrywanie środków odwoławczych decyduje o zastosowaniu środków tymczasowych, jest on obowiązany lub upoważniony do wzięcia pod uwagę szans uchylecia decyzji zamawiającego na tej podstawie, że jest ona bezprawna, o ile przepisy krajowe dotyczące stosowania środków nie są mniej korzystne niż dotyczące podobnych krajowych środków oraz nie umożliwiają lub poważnie utrudniają dochodzenie praw przyznanych przez prawo wspólnotowe.</p>
<p>C-20/01 i C-28/01 Wyrok ETS z 10 kwietnia 2003 r. European Court reports 2003, str. I-03609</p>	<p>Komisja Europejska przeciwko RFN</p>	<p>Dyrektywa 92/50 – zastosowanie procedury negocjacyjnej bez publikacji ogłoszenia</p>	<p>Zamawiający może brać pod uwagę kryteria związane z ochroną środowiska na różnych etapach postępowania o zamówienie publiczne, jednakże prowadzone przez niego postępowanie musi być zgodne z podstawowymi zasadami prawa wspólnotowego, a w szczególności z zasadą niedyskryminacji.</p>
<p>C-252/01 Wyrok ETS z 16 października 2003 r. Opinia rzecznika Albera z 3 kwietnia 2003 r. European Court reports 2003, str. I-11859</p>	<p>Komisja Europejska przeciwko Belgii</p>	<p>Dyrektywa 92/50 – procedury udzielania zamówień – odnowienie umowy na obserwacje belgijskiego wybrzeża za pomocą fotografii lotniczej</p>	<p>Wyłącznie do uznania danego państwa należy zdefiniowanie jego potrzeb związanych z bezpieczeństwem.</p>

<p>C-283/00 Wyrok ETS z 16 października 2003 r. European Court reports 2003, str. I-11697</p>	<p>Komisja Europejska przeciwko Hiszpanii</p>	<p>Dyrektywa 93/37 – podmiot zamawiający – podmiot prawa publicznego</p>	<p>Terminy używane przez dyrektywy są pojęciami prawa wspólnotowego i powinny być interpretowane wyłącznie na jego gruncie. Wprowadzenie pojęcia podmiotów prawa publicznego w dyrektywach służy wyłącznie ocenie, czy dany podmiot podlega dyrektywom. Definicja ta nie odwołuje się do tego, czy dany podmiot podlega prawu publicznemu, czy prywatnemu.</p>
<p>C-421/01 Wyrok ETS z 16 października 2003 r. Opinia rzecznika Albera z 10 kwietnia 2003 r. European Court reports 2003, str. I-11941</p>	<p>Traunfellner GmbH i Österreichische Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs- AG</p>	<p>Dyrektywa 93/37 – zamówienia publiczne na roboty budowlane – pojęcie wariantu</p>	<p>Obowiązek określenia minimalnych wymogów, które muszą być spełnione w przypadku dopuszczenia przez zamawiającego wariantów nie jest spełniony, jeżeli dokumentacja przetargowa zawiera jedynie odesłanie do przepisów krajowych, wymagających, aby oferta alternatywna zapewniła wykonanie obiektu budowlanego jakościowo odpowiadającego temu, co do którego zamawiający zaprosił do składania ofert; art. 30 dyrektywy 93/37 może być stosowany tylko do wariantów, które zostały prawidłowo dopuszczone przez zamawiającego na podstawie art. 19 dyrektywy.</p>

<p>C-448/01 Wyrok ETS z 4 grudnia 2003 r. Opinia rzecznika Mischo z 27 lutego 2003 r. European Court reports 2003, str. I-14527</p>	<p>EVN AG i Wienstrom GmbH przeciwko Austrii</p>	<p>Dyrektywa 93/36 – kryteria udzielenia zamówienia – oferta najkorzystniejsza ekonomicznie</p>	<p>Kryteria oceny ofert wymienione w dyrektywach mają wyłącznie charakter przykładowy, zamawiający może przyjąć również inne kryteria dla wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie. Przyjęte kryteria powinny gwarantować przejrzystość i obiektywność procedury udzielania zamówienia oraz powinny gwarantować zasadę równego traktowania. Zamawiający dysponuje nie tylko swobodą określenia kryteriów oceny ofert, lecz również swobodą określenia ich wagi (znaczenia), pod warunkiem że wagi przypisane poszczególnym kryteriom służą identyfikacji (wyborowi) oferty najkorzystniejszej w świetle przyjętych kryteriów. Odnośnie do każdego kryterium zamawiający musi określić (i podać do wiadomości oferentom w dokumentacji przetargowej), w jaki sposób będzie weryfikował prawdziwość informacji zawartych w ofercie w tym zakresie.</p>
---	--	---	---

<p>C-230/02 Wyroki ETS z 12 lutego 2004 r. Opinia rzecznika Geelhoeda z 16 października 2003 r. European Court reports 2004, str. I-01829</p>	<p>Grossman Air Service i inni przeciwko Austrii</p>	<p>Dyrektywa 89/665 – procedury odwoławcze – osoby, którym powinno przysługiwać prawo do złożenia odwołania</p>	<p>Postępowanie przedsiębiorcy, który nie domaga się zmiany dokumentacji przetargowej sprzecznej, jego zdaniem, z zasadą równego traktowania wykonawców (i wykluczającej go praktycznie z udziału w postępowaniu, gdyż nie jest w stanie spełnić tych warunków), ale czeka na informacje od zamawiającego o wyborze oferty, nie jest zgodne z celem dyrektywy, jakim jest szybkość i efektywność. Wspomniane zachowanie wykonawcy może, bez uzasadnionych powodów, opóźnić rozpoczęcie procedury odwoławczej, która (gdyby nie wcześniejszy brak reakcji wykonawcy) mogłaby się zacząć bezpośrednio po doręczeniu dokumentacji przetargowej zainteresowanym wykonawcom. Odmowa przez zamawiającego uznania wykonawcy, który nie uczestniczył w postępowaniu o zamówienie, za mającego interes w uzyskaniu danego zamówienia, nie jest sprzeczna z postanowieniami dyrektyw.</p>
---	--	---	---



<p>C-314/01 Wyroki ETS z 18 marca 2004 r. Opinia rzecznika generalnego Geelhoeda z 20 listopada 2003 r. European Court reports 2004, str. I-02549</p>	<p>Siemens AG Österreich i ARGE Telekom &amp; Partner przeciwko Hauptverband der Österreichi- schen Sozial- versicherungs- träger</p>	<p>Orzeczenie wstępne – zamówienia publiczne – dyrektywa 89/665/EEC – procedura odwoławcza – skutki decyzji unieważniającej postępowanie – ograniczenia dopuszczalności podwykonawstwa</p>	<p>Dyrektywa 92/52 nie wyłącza możliwości wykluczenia lub ograniczenia możliwości wykorzystania podwykonawców do wykonania zasadniczych części zamówienia w sytuacji, kiedy zamawiający nie jest w stanie ocenić technicznych i finansowych możliwości podwykonawców na tym etapie postępowania, kiedy ocenia i dokonuje wyboru wykonawcy, który przedstawił najkorzystniejszą ofertę. Gdyby rzeczywiście zaproszenie do składania ofert było sprzeczne z prawem wspólnotowym z tego względu, że zabronione jest skorzystanie z podwykonawstwa (niezgodnie z prawem europejskim), państwo członkowskie miało obowiązek podjąć wszelkie niezbędne środki dla zapewnienia, że decyzje zamawiającego sprzeczne z prawem wspólnotowym podlegają postępowaniu odwoławczemu.</p>
<p>C-212/02 Wyroki ETS z 24 czerwca 2004 r. niepublikowany</p>	<p>Komisja Europejska przeciwko Austrii</p>	<p>Dyrektywy 89/665 i 92/13 – procedury odwoławcze</p>	<p>Z dyrektyw wynika obowiązek poinformowania wykonawców o decyzji o udzieleniu zamówienia oraz zapewnienia pewnego minimalnego terminu pomiędzy poinformowaniem wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty a podpisaniem umowy z oferentem, którego oferta jest wybrana.</p>

<p>C-385/02 Wyrok ETS z 14 września 2004 r. Opinia rzecznika Kokotta z 29 kwietnia 2004 r. European Court reports 2004, str. I-08121</p>	<p>Komisja Europejska przeciwko Włochom</p>	<p>Zamówienia publiczne na roboty budowlane – przesłanki stosowania procedury negocjacyjnej</p>	<p>Potrzeba zagwarantowania ciągłości robót objętych skomplikowanymi projektami, których przedmiotem jest zabezpieczenie przeciwpowodziowe określonego obszaru, stanowi wymóg techniczny, któremu należy przyznać istotne znaczenie; samo jednak twierdzenie o złożonym i delikatnym charakterze całości robót nie jest wystarczające dla wykazania, iż ich wykonanie może zostać powierzone tylko jednemu i temu samemu przedsiębiorcy, w szczególności wtedy, gdy roboty te zostały podzielone na części, które miały być wykonywane przez okres wielu lat.</p>
<p>C – 247/02 Wyrok ETS z 7 października 2004 r. Opinia rzecznika Stix-Hackl z 1 lipca 2004 r. European Court reports 2004, str. I-09215</p>	<p>Sintesi SpA przeciwko Autorita per la Vigilanza sui Lavori Pubblici</p>	<p>Zamówienia publiczne na roboty budowlane – kryterium udzielenia zamówienia publicznego – przepisy krajowe, które dopuszczają tylko kryterium najniższej ceny w procedurze otwartej i ograniczonej</p>	<p>Przepis art. 30 (1) dyrektywy 93/37 zabrania wprowadzania przepisów krajowych, które w sposób abstrakcyjny i generalny nakładają obowiązek stosowania wyłącznie jednego kryterium, jakim jest najniższa cena.</p>

<p>C-275/03 Wyrok ETS z 14 października 2004 r.</p> <p>Niepubliko- wany</p>	<p>Komisja Europejska przeciwko Portugalii</p>	<p>Uchybienie zobowiązaniom państwa członkowskiego – dyrektywa 89/665 – procedury odwoławcze – niepełna transpozycja</p>	<p>Portugalia uchybiła swoim obo- wiązkom wynikającym z dyrektywy 89/665 poprzez nieuchylenie dekre- tu uzależniającego przyznanie od- szkodowania osobom, które ponio- sły uszczerbek na skutek naruszenia wspólnotowego prawa dotyczącego zamówień publicznych lub prawa krajowego od obowiązku udowod- nienia winy lub niedbalstwa.</p>
<p>C-126/03 Wyrok ETS z 18 listopada 2004 r. Opinia rzecznika Geelhoeda z 24 czerwca 2004 r. European Court reports 2004, str. I-11197</p>	<p>Komisja Europejska przeciwko RFN</p>	<p>Stosowanie procedury negocjacyjnej w przypadkach nieprzewidzia- nych w dyrekty- wie</p>	<p>Nie jest podstawą do odstąpienia od publikacji ogłoszenia o zamówieniu publicznym fakt, że zamawiający udziela zamówienia, ponieważ sam zamierza być wykonawcą zamówienia udzielanego przez inny podmiot.</p>
<p>C-84/03 Wyrok ETS z 13 stycznia 2005 r. Bez opinii rzecznika. European Court reports 2005, str. I-00139</p>	<p>Komisja Europejska przeciwko Hiszpanii</p>	<p>Uchybienie zobo- wiązaniom państwa członkowskiego – dyrektywy 93/36 i 93/37 – procedura udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane – pojęcie instytucji zamawiającej – porozumienie pomiędzy organami administracji rządowej – pojęcie zamówienia publicznego – stoso- wanie procedury negocjacyjnej w przypadkach nieprzewidzianych w dyrektywie</p>	<p>Wdrażając przepisy dotyczące przesłanek uzasadniających skorzystanie z procedury negocjacyjnej, państwa członkowskie nie mogą dodawać nowych warunków lub doprecyzować je w taki sposób, aby skorzystanie z procedury negocjacyjnej stało się łatwiejsze dla zamawiającego.</p>

<p>C-26/03 Wyrok ETS z 11 stycznia 2005 r. Opinia rzecznika Stix-Hackl z 23 września 2004 r. European Court reports 2005, str. I-00001</p>	<p>Stadt Halle, RPL Recycling- park Lochau GmbH prze- ciwko Arbeits- gemeinschaft Thermische Res- abfall</p>	<p>Dyrektywa 92/50 – zamówienia publiczne na usługi – udzielenie zamówienia bez publikacji ogłoszenia – udzielenie za- mówienia przed- siębiorstwu o kapitale mie- szanym – ochro- na sądowa – dy- rektywa 89/665</p>	<p>Obowiązek państw członkowskich zapewnienia efektywnych i możliwie szybkich postępowań odwoławczych od decyzji podjętych przez zamawiających obejmuje również decyzje podjęte poza formalną procedurą udzielania zamówienia i przed formalnym zaproszeniem do ubiegania się o zamówienie. Obejmuje w szczególności decyzję dotyczącą tego, czy zamówienie podlega przedmiotowemu i podmiotowemu zakresowi dyrektywy. Procedury udzielania zamówień w dyrektywie powinny być stosowane, jeżeli podmiot zamawiający zamierza zawrzeć umowę o charakterze odpłatnym, dotyczącą usług objętych zakresem dyrektywy, ze spółką odrębną od niego pod względem prawnym, w której kapitale ma udział wraz z jednym lub kilkoma przedsiębiorstwami prywatnymi.</p>
<p>C-414/03 Wyrok ETS z 3 marca 2005 r. Bez opinii rzecznika. Nie- publikowany</p>	<p>Komisja Europejska przeciwko RFN</p>	<p>Uchybienie przez państwo członkowskie jego zobowiązaniom – art. 8 dyrektywy 92/50 – procedura udzielenia zamówienia publicznego na usługi – wywóz śmieci w Dolnej Saksonii</p>	<p>Zamawiający udzielił zamówienia w procedurze negocjacyjnej niezgodnie z postanowieniami dyrektywy.</p>

<p>C-21/03 i C-34/03 Wyrok ETS z 3 marca 2005 r. Opinia rzecznika Legera z 11 listopada 2005 r. European Court reports 2005, str. I-01559</p>	<p>Fabricom SA przeciwko Belgii</p>	<p>Zamówienia publiczne – sektor gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji – zakaz udziału w procedurze składania ofert wobec osoby, która brała udział w pracach przygotowawczych</p>	<p>Przepis, zgodnie z którym nie dopuszcza się złożenia oferty lub wniosku o udział w postępowaniu przez osobę, na której spoczywał obowiązek wykonania prac badawczych, eksperymentalnych, naukowych lub rozwojowych, związanych z przygotowaniem zamówienia bez umożliwienia tej osobie wykazania, że w danym przypadku nabyte przez nią doświadczenie nie wypaczy konkurencji, nie jest zgodny z postanowieniami dyrektyw 93/37 i 93/38.</p>
<p>C-394/02 Wyrok ETS z 2 czerwca 2005 r. Opinia rzecznika Jacobsa z 24 lutego 2005 r. European Court reports 2005, str. I-04713</p>	<p>Komisja Europejska przeciwko Grecji</p>	<p>Uchybienie przez państwo członkowskie jego zobowiązaniom – dyrektywa 93/38 – nie- opublikowanie ogłoszenia o zamówieniu – przyczyny techniczne – nieprzewidziane wydarzenie – nadzwyczajnie pilna potrzeba</p>	<p>Możliwość zastosowania art. 20 (2) (d) dyrektywy 93/38 zależy od kumulatywnego spełnienia trzech przesłanek: zaistnienia wydarzenia, którego nie można było przewidzieć, wyjątkowo pilnego charakteru sprawy, który nie daje się pogodzić z terminami wiążącymi się z zaproszeniem do ubiegania się o zamówienie oraz istnienia związku przyczynowo- -skutkowego między owym nieprzewidywalnym wydarzeniem a wynikającym z niego wyjątkowo pilnym charakterem sprawy. Konieczność wykonania określonych robót w terminach zakreślonych przez organ właściwy do przeprowadzenia oceny skutków projektu na środowisko naturalne nie może zostać uznana za świadcząca o wyjątkowo pilnym charakterze sprawy wynikającym z zaistnienia wydarzenia, którego nie można było przewidzieć.</p>

<p>C-15/04 Wyrok ETS z 2 czerwca 2005 r. Opinia rzecznika Stix-Hackl z 16 grudnia 2004 r. European Court reports 2005, str. I-04855</p>	<p>Koppensteiner GmbH przeciwko Bundesmmobi- liengesellschaft mbH</p>	<p>Dyrektywa 89/665 – procedury odwoławcze – decyzja o wycofaniu zaproszenia do składania ofert po otwarciu ofert – ochrona sądowa – zasada efektywności</p>	<p>Środki odwoławcze przysługują również od decyzji zamawiającego o wycofaniu zaproszenia do składania ofert.</p>
<p>C-462/03 i C-463/03 Wyrok ETS z 16 czerwca 2005 r. Bez opinii rzecznika. European Court reports 2005, str. I-05397</p>	<p>Strabag AG I Kostman GmbH przeciwko Ostereichische Bundesbahnen</p>	<p>Dyrektywa 93/38 – sektory gospo- darki wodnej, energetyki, trans- portu i telekomunikacji – roboty związane z infrastrukturą kolejową</p>	<p>Jeżeli podmiot zamawiający wyko- nujący jedną z czynności wskaza- nych konkretnie w dyrektywie 93/38 zamierza, wykonując tę działalność, udzielić zamówienia na dostawy, usługi lub roboty budowlane lub zorganizowa- wać konkurs na projekt, zamówie- nie to lub konkurs jest objęte zakre- sem wspomnianej dyrektywy.</p>
<p>C-231/03 Wyrok ETS z 21 lipca 2005 r. Opinia rzecznika Stix-Hackl z 12 kwietnia 2005 r. European Court reports 2005, str. I-07287</p>	<p>Conorzio Aziende Metane (Coname) przeciwko Comune di Cingia de'Botti</p>	<p>Art. 43, 49 i 81 TWE – koncesja na zarządzanie publicznymi usługami dystrybucji gazu</p>	<p>Udzielenie bezpośrednio przez gminę koncesji spółce z więk- szościowym udziałem publicz- nym, w której gmina posiada 0,97% udziałów, jest niezgodne z postanowieniami art. 43 I 49 TWE, jeżeli nie jest zgodne z wymogami dotyczącymi przej- rzystości. Zasady dotyczące przejrzystości niekoniecznie wymagają w tym przypadku przeprowadzenia postępowania przetargowego, lecz umożliwie- nia przedsiębiorstwom mającym siedziby w innych państwach członkowskich uzyskania infor- macji o udzielanej koncesji, tak aby, jeżeli są nią zainteresowane, były w stanie wyrazić swoje zain- teresowanie jej uzyskaniem.</p>

<p>C-129/04 Wyrok ETS z 8 września 2005 r. Opinia rzecznika Stix-Hackl z 15 marca 2005 r. European Court reports 2005, str. I-07805</p>	<p>Espace Trianon SA, Societé wallonne de location – financement SA (Sofibail) przeciwko FOREM</p>	<p>Udzielanie zamówień publicznych – dyrektywa 89/665 – procedury odwoławcze – grupy wykonawców – legitymacja czynna członka grupy wykonawców – zakaz krajowy</p>	<p>Prawo krajowe może wymagać, aby w przypadku konsorcjum prawo wniesienia odwołania przysługiwało nie poszczególnym członkom konsorcjum, ale konsorcjum jako całości.</p>
<p>C-29/04 Wyrok ETS z 10 listopada 2005 r. Opinia rzecznika Geelhoeda z 21 kwietnia 2005 r. European Court reports 2005, str. I-09705</p>	<p>Komisja Europejska przeciwko Austrii</p>	<p>Uchybienie przez państwo członkowskie jego obowiązkom – art. 8, 11 (1) i 15 (2) dyrektywy 92/50 – procedura udzielenia zamówień publicznych na usługi – zamówienie dotyczące usuwania odpadów – brak postępowania przetargowego</p>	<p>Udzielenie zamówienia publicznego przedsiębiorstwu z kapitałem mieszanym z pominięciem postępowania przetargowego stanowiłoby naruszenie wolnej i niezakłóconej konkurencji oraz zasady równego traktowania zainteresowanych, o których mowa w dyrektywie 92/50, w szczególności dlatego, że taka procedura dawałaby przedsiębiorstwu prywatnemu obecnemu w kapitale tego przedsiębiorstwa przewagę w stosunku do jego konkurentów.</p>

<p>C-458/03 Wyrok ETS z 13 października 2005 r. Opinia rzecznika Kokotta z 1 marca 2005 r. European Court reports 2005, str. I-08612</p>	<p>Parking Brixen GmbH przeciwko Gemeinde Brixen i Stadwerke Brixen AG</p>	<p>Zamówienia publiczne – procedura udzielania zamówień publicznych – koncesja na świadczenie usług – zarządzanie płatnym parkingiem publicznym</p>	<p>Udzielenie przez organ władzy publicznej usługodawcy zamówienia na zarządzanie płatnym parkingiem publicznym, w zamian za co usługodawca otrzymuje wynagrodzenie w postaci opłat uiszczanych przez osoby trzecie z tytułu korzystania z tego parkingu, stanowi koncesję na świadczenie usług publicznych, do której nie ma zastosowania dyrektywa 92/50. Niezgodne z art. 43 TWE i 49 TWE, jak również z zasadami równości traktowania, niedyskryminacji i przejrzystości, jest udzielenie przez organ publiczny bez publikacji ogłoszenia koncesji na świadczenie usług publicznych na rzecz powstałej w wyniku przekształcenia specjalnego przedsiębiorstwa tego organu spółki akcyjnej, której przedmiot działalności został rozszerzony na nowe ważne sektory, której kapitał musi obowiązkowo otworzyć się na kapitał zewnętrzny, której zakres działalności został rozszerzony na całe terytorium kraju i zagranicę oraz której zarząd posiada szerokie uprawnienia w zakresie zarządzania spółką, które może sprawować w sposób autonomiczny.</p>
--	--	---	---



<p>C-264/03 Wyrok ETS z 20 października 2005 r. Opinia rzecznika Maduro z 24 listopada 2004 r. European Court reports 2005, str. I-08831</p>	<p>Komisja Europejska przeciwko Francji</p>	<p>Uchybienie zobowiązaniom państwa członkowskiego – zamówienia publiczne na usługi – dyrektywa 92/50 – swoboda świadczenia usług – pełnomocnictwo do pełnienia funkcji inwestora zastępczego – osoby, którym można powierzyć pełnienie funkcji inwestora zastępczego</p>	<p>Francja, która zastrzegła pełnienie funkcji inwestora zastępczego dla zamkniętego katalogu osób prawa francuskiego uchyliła zobowiązaniom, które ciążą na niej na mocy dyrektyw 92/50 oraz na mocy art. 49 TWE (swoboda świadczenia usług).</p>
<p>C-525/03 Wyrok ETS z 27 października 2005 r. Opinia rzecznika Jacobsa z 2 czerwca 2005 r. European Court reports 2005, str. I-09405</p>	<p>Komisja Europejska przeciwko Włochom</p>	<p>Uchybienie obowiązkom przez państwo członkowskie – przepisy krajowe, które przestają obowiązywać przed upływem terminu wskazano w uzasadnionej opinii</p>	<p>Kwestia, czy państwo członkowskie uchybiło swoim obowiązkom, powinna być rozpatrywana w związku z sytuacją, jaka występowała w państwie członkowskim w momencie upływu terminu wskazanego w uzasadnionej opinii.</p>

<p>C-187/04 i C-188/04 Wyrok ETS z 27 października 2005 r. Bez opinii rzecznika. Nie- publikowany</p>	<p>Komisja Europejska przeciwko Włochom</p>	<p>Uchybienie przez państwo członkowskie jego zobowiązaniom – dyrektywa 93/37 – zamówienia publiczne na roboty budowlane – koncesje na roboty budowlane – reguły dotyczące publikacji</p>	<p>Zamawiający nie dopełnił obowiązku publikacji ogłoszenia o koncesji na roboty budowlane niezgodnie z postanowieniami dyrektywy 93/37.</p>
<p>C-234/03 Wyrok ETS z 27 października 2005 r. Bez opinii rzecznika. European Court reports 2005, str. I-09315</p>	<p>Contse i inni przeciwko Ingesa</p>	<p>Swoboda przed- siębiorczości – swoboda świad- czenia usług – dyrektywa 92/50 – zamówienia publiczne na usługi – zasada niedys- kryminacji – usługi zdrowotne terapii oddechowej w miejscu zamieszkania – przesłanki dopuszczenia – kryteria oceny</p>	<p>Niezgodne z art. 49 TWE jest zawarcie przez zamawiającego w dokumentacji zamówienia na świadczenie usług zdrowotnych terapii oddechowej w miejscu zamieszkania i innych wspomagających technik oddechowych, po pierwsze: przesłanki dopuszczenia, która zobowiązuje przedsiębiorstwo oferenta do posiadania w chwili składania oferty biura dostępnego dla klientów w stolicy prowincji, w której mają być świadczone te usługi i, po drugie: kryteriów oceny ofert, które uwzględniają, poprzez przyznanie dodatkowych punktów, istnienie w chwili złożenia oferty zakładów produkujących tlen, uzdatniających i napełniających butle tlenem, usytuowanych w odległości mniejszej niż 1000 km od tej prowincji.</p>

<p>C-226/04 i C-228/04 Wyrok ETS z 9 lutego 2006 r.</p> <p>Opinia rzecznika Maduro z 8 września 2005 r. Nie- publikowany</p>	<p>La Cascina Soc. coop. arl, Zilch Srl (C-226/04) przeciwko Ministero della Difesa, Ministero dell'Economia e delle Finanze, Pedus Service, Cooperativa Italiana di Ristorazione soc. coop. arl (CIR), Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (INAIL), i Consorzio G. f. M. (C-228/04) przeciwko Ministero della Difesa, La Cascina Soc. coop. Arl.</p>	<p>Zamówienia publiczne na usługi – dyrektywa 92/50 – opłacanie składek na ubezpieczenia społeczne i podatków</p>	<p>Nie jest sprzeczny z dyrektywą przepis krajowy, zgodnie z którym usługodawca, który w chwili upływu terminu do złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przetargowym nie wypełnił swoich zobowiązań w zakresie składek na ubezpieczenie społeczne oraz podatków poprzez dokonanie płatności w całości, może uregulować swoją sytuację w terminie późniejszym. Może tego dokonać na podstawie przyjętych przez państwo instrumentów amnestii podatkowej lub zmniejszenia zobowiązań podatkowych, lub na podstawie ugody administracyjnej mającej na celu rozłożenie na raty lub zmniejszenie zadłużenia, lub poprzez wniesienie skargi administracyjnej lub sądowej. Warunkiem jest, że udowodni w terminie określonym przez krajową regulację lub krajową praktykę administracyjną skorzystanie z takich instrumentów, takiej ugody lub wniesienie takiej skargi w tym terminie.</p>
--	--	---	--

<p>C-340/04 Wyrok ETS z 11 maja 2006 r. Opinia rzecznika Stix-Hackl z 12 stycznia 2006 r. Nie- publikowany</p>	<p>Carbotermo SpA, Consorzio Alisei przeciwko Comune di Busto Arsizio, AGESP SpA,</p>	<p>Dyrektywa 93/96/ EWG – zamówienia publiczne na dostawy – udzielenie zamówienia bez przetargu – udzielenie zamówienia na rzecz przedsię- biorstwa, którego instytucja zamawiająca jest akcjonariuszem</p>	<p>Niezgodne z dyrektywą jest udzielenie w sposób bezpośredni zamówienia na dostawy i usługi, którego przeważającą wartość stanowią dostawy, spółce akcyjnej, której zarząd posiada szerokie kompetencje do prowadzenia spraw spółki i może wykonywać je w sposób samodzielny i której kapitał zakładowy jest aktualnie objęty w całości przez inną spółkę akcyjną, której większościamiw akcjonariuszem jest z kolei instytucja zamawiająca. Przy ocenie, czy przedsiębiorstwo wykonywało swoją działalność w przeważającym zakresie na rzecz kontrolującej go jednostki samorządu terytorialnego, dla celów określenia, czy dyrektywa 93/96 znajdzie zastosowanie, należy uwzględnić wszelką działalność wykonywaną przez to przedsiębiorstwo na podstawie zamówienia udzielonego mu przez instytucję zamawiającą, niezależnie od tego, kto płaci wynagrodzenie za wykonywanie tej działalności – sama instytucja zamawiająca czy też beneficjenci świadczonych usług – oraz bez względu na obszar, na którym działalność ta jest wykonywana.</p>
--	---	---	---



## **Rozdział 5.**

### **Indeks tematyczny**

Dyrektywy dotyczące zamówień publicznych:

- zakres – 2.2.1.
- wyłączenia – 2.2.2.

Dyrektywy odwoławcze:

- zakres obowiązywania – 2.6.1.

Instytucje zamawiające:

- podmioty prawa publicznego – 2.1., 3.1., 3.2.

Koncesje:

- koncesja a zamówienie publiczne – 2.2.1.

Koncesje na usługi:

- definicja – 2.2.1.
- wyłączenie z dyrektyw – 2.2.1.
- zasady traktatowe – 3.18.

Kryteria udzielania zamówień:

- wybór kryteriów – 2.4.
- najniższa cena – 3.14.
- oferta najkorzystniejsza ekonomicznie – 3.3., 3.12.
- kryteria wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie – 3.12., 3.13.
- kryteria ekologiczne – 3.3., 3.12.

Kwalifikacja wykonawców:

- zasady – 2.3.1., 3.11.
- kryteria – 2.3.3.
- kryteria kwalifikacji a kryteria udzielenia zamówienia – 3.11.

Procedury udzielania zamówień:

- procedura otwarta i ograniczona – 2.5.
- procedury negocjacyjne – 2.5.

- konkurs – 2.5.4.
- wybór procedury – 2.5.

#### Procedura negocjacyjna:

- przesłanki – 2.5.1.
- przyczyny techniczne, artystyczne lub ochrona praw wyłącznych – 2.5.3.
- pilna potrzeba udzielenia zamówienia – 2.5.1., 2.5.2.

#### Procedury odwoławcze:

- wymogi – 2.6.2.

#### Środki odwoławcze:

- decyzje zaskarżalne – 2.6.3.
- osoby uprawnione do wnoszenia środków odwoławczych – 2.6.4., 3.13.
- interes w uzyskaniu zamówienia – 2.6.4., 3.13.
- środki tymczasowe – 3.6.
- terminy wnoszenia środków odwoławczych – 2.6.5.

#### System odwoławczy:

- organizacja – 2.6.2.
- wymogi – 2.6.2.

#### Wykluczenie z udziału w postępowaniu:

- przesłanki – 2.3.1.

#### Zamówienie publiczne:

- definicja – 2.2.
- zamówienie „in house” – 2.2.3.







