

**PETER TREPTE**

**PRZEWODNIK  
PO PROCEDURACH  
ZAMÓWIEŃ  
PUBLICZNYCH  
W WYBRANYCH  
KRAJACH  
UNII EUROPEJSKIEJ**



Publikacja sfinansowana ze środków Unii Europejskiej w ramach projektu Phare 2002/000-580.02.03 „Zwiększanie znajomości procedur zamówień publicznych”

WARSZAWA – KATOWICE 2006



# Spis treści

## Rozdział I

1. Wprowadzenie . . . . .	7
---------------------------	---

## Rozdział II

2. Europejskie przepisy w sprawie zamówień publicznych . . . . .	11
2.1 Dyrektywy dotyczące zamówień publicznych . . . . .	12
2.1.1 Dyrektywa klasyczna . . . . .	14
2.1.2 Dyrektywa sektorowa . . . . .	15
2.2 Zamawiający . . . . .	16
2.2.1 Publiczne instytucje zamawiające . . . . .	17
2.2.2 Podmioty prawa publicznego . . . . .	18
2.2.3 Centralne i wspólne zakupy . . . . .	18
2.2.4 Podmioty zamawiające w świetle Porozumienia w sprawie zamówień rządowych (GPA) . . . . .	19
2.2.5 Podmioty zamawiające w sektorze użyteczności publicznej . . . . .	19
2.3 Zamówienia objęte przepisami dyrektyw . . . . .	26
2.3.1 Koncesje publiczne . . . . .	27
2.3.2 Umowy ramowe . . . . .	28
2.3.3 Zamówienia na roboty budowlane . . . . .	28
2.3.4 Subsydiowane zamówienia na roboty budowlane lub usługi . . . . .	30
2.3.5 Zamówienia publiczne na dostawy . . . . .	30
2.3.6 Zamówienia publiczne na usługi . . . . .	31
2.3.7 Konkursy . . . . .	33
2.3.8 Zamówienia o charakterze mieszanym . . . . .	34
2.3.9 Zamówienia wyłączone . . . . .	35
2.3.10 Zamówienia zastrzeżone . . . . .	39
2.4 Kwoty progowe zamówień . . . . .	39
2.4.1 Metody kalkulacji . . . . .	41
2.5 Specyfikacje techniczne . . . . .	45
2.5.1 Odniesienia zabronione . . . . .	46
2.5.2 Oddziaływanie na środowisko . . . . .	47
2.5.3 Dialog techniczny . . . . .	48
2.5.4 Warianty . . . . .	49
2.6 Warunki realizacji zamówienia . . . . .	49

2.7 Informowanie o wymaganiach . . . . .	50
2.8 Wybór Wykonawców . . . . .	50
2.8.1 Forma prawna . . . . .	51
2.8.2 Dozwolone kryteria selekcji . . . . .	52
2.8.2.1 Przesłanki obowiązkowego wykluczenia . . . . .	53
2.8.2.2 Ogólne predyspozycje . . . . .	54
2.8.2.3 Kondycja ekonomiczna i finansowa . . . . .	57
2.8.2.4 Zdolność techniczna i/lub zawodowa . . . . .	58
2.8.2.5 Oficjalne wykazy oraz zarejestrowani wykonawcy w sektorze publicznym . . . . .	61
2.8.2.6 System kwalifikowania w sektorze użyteczności publicznej . . . . .	62
2.9 Dopuszczalne procedury udzielania zamówień . . . . .	64
2.9.1 Procedury otwarte i ograniczone . . . . .	67
2.9.2 Procedura negocjacyjna . . . . .	67
2.9.3 Konkursy . . . . .	73
2.9.4 Umowy ramowe w sektorze publicznym . . . . .	74
2.9.5 Dialog konkurencyjny w sektorze publicznym . . . . .	75
2.9.6 Dynamiczny system zakupów . . . . .	76
2.9.7 Aukcja elektroniczna . . . . .	78
2.9.8 Wymogi proceduralne . . . . .	80
2.9.9 Kryteria udzielania zamówień . . . . .	86
2.9.10 „Preferencje” wspólnotowe . . . . .	88

## **Rozdział III**

3. Jak najlepiej wykorzystać proces przetargowy . . . . .	90
3.1 Planowanie i przygotowania . . . . .	91
3.1.1 Profil rynkowy i badania . . . . .	93
3.1.2 Wskazywanie potencjalnych ofert . . . . .	98
3.2 Identyfikowanie potencjalnych zamówień . . . . .	104
3.3 Kwalifikowanie się do zamówień . . . . .	107
3.3.1 Rejestracja . . . . .	108
3.3.2 Kwalifikacja wstępna i kwalifikacja właściwa . . . . .	110
3.4 Składanie ofert . . . . .	112
3.4.1 Opracowanie oferty . . . . .	113
3.4.2 Elementy merytoryczne . . . . .	115
3.4.3 Składanie wspólnych ofert . . . . .	116

## Rozdział IV

4. Kwestionowanie naruszeń przepisów dotyczących zamówień. . . . .	119
4.1 Co się dzieje w przypadku niepomysłnego rozwoju wydarzeń? . . . . .	119
4.2 Egzekwowanie prawa ogółem. . . . .	120
4.2.1 Sądy krajowe. . . . .	121
4.2.2 W jaki sposób może pomóc Komisja Europejska . . . . .	125
4.3.1 Zastosowanie . . . . .	133
4.3.2 Środki tymczasowe. . . . .	134
4.3.3 Procedura uchylania decyzji . . . . .	136
4.3.4 Odszkodowanie . . . . .	138
4.3.5 Organy odwoławcze . . . . .	138
4.3.6 Mechanizm korygujący . . . . .	139
4.4 Alternatywne procedury odwoławcze dyrektywy w sprawie procedur odwoławczych . . . . .	140
4.4.1 Zniechęcające środki finansowe . . . . .	141
4.4.2 Atestacja . . . . .	141
4.4.3 Procedura pojednawcza (koncyliacja) . . . . .	143

## Rozdział V

5. Przykłady z wybranych krajów . . . . .	146
5.1 Estonia . . . . .	149
5.1.1 Ramy prawne . . . . .	149
5.1.2 Wsparcie i ogłoszenia. . . . .	150
5.1.3 Konkretnie zagadnienia proceduralne . . . . .	150
5.1.4 Procedury odwoławcze . . . . .	152
5.2 Francja . . . . .	153
5.2.1 Ramy prawne . . . . .	153
5.2.2 Wsparcie i ogłoszenia. . . . .	153
5.2.3 Konkretnie zagadnienia proceduralne . . . . .	154
5.2.4 Procedury odwoławcze . . . . .	156
5.3 Niemcy . . . . .	157
5.3.1 Ramy prawne . . . . .	157
5.3.2 Wsparcie i ogłoszenia. . . . .	160
5.3.3 Konkretnie zagadnienia proceduralne . . . . .	160
5.3.4 Procedury odwoławcze . . . . .	162
5.4 Łotwa . . . . .	163
5.4.1 Ramy prawne . . . . .	163
5.4.2 Wsparcie i ogłoszenia. . . . .	164

5.4.3	Konkretne zagadnienia proceduralne .....	164
5.4.4	Procedury odwoławcze .....	166
5.5	Litwa .....	167
5.5.1	Ramy prawne .....	167
5.5.2	Wsparcie i ogłoszenia .....	167
5.5.3	Konkretne zagadnienia proceduralne .....	167
5.5.4	Procedury odwoławcze .....	170
5.6	Słowacja .....	171
5.6.1	Ramy prawne .....	171
5.6.2	Wsparcie i ogłoszenia .....	173
5.6.3	Konkretne zagadnienia proceduralne .....	173
5.6.4	Procedury odwoławcze .....	175
5.7	Hiszpania .....	176
5.7.1	Ramy prawne .....	176
5.7.2	Wsparcie i ogłoszenia .....	176
5.7.3	Konkretne zagadnienia proceduralne .....	177
5.7.4	Procedury odwoławcze .....	178

# Rozdział I

## 1. Wprowadzenie

Celem niniejszej publikacji jest wsparcie wykonawców z Polski, którzy zdecydują się uczestniczyć w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego w innych Państwach Członkowskich Unii Europejskiej. W tym celu Rozdział II poświęcony został omówieniu obowiązujących na terenie Wspólnoty dyrektyw, które nakreślają ramy prawne zamówień publicznych we wszystkich Państwach Członkowskich. Poza omówieniem znaczenia transpozycji dyrektyw do prawa krajowego oraz następstw dla wykonawców wynikających z nieprawidłowej transpozycji lub jej braku, rozdział ten zawiera także opis wymagań określonych w dyrektywach, które są wspólne dla procedury przetargowej we wszystkich Krajach Członkowskich. Wskazano w nim również te elementy procedury, które w skutek różnego poziomu transpozycji mogą różnić się między sobą w poszczególnych przepisach krajowych.

Zamówienia to jednakże nie tylko kwestia przepisów i uregulowań. Z punktu widzenia wykonawcy, jest to, przede wszystkim kwestia prowadzenia interesów z jednostkami sektora finansów publicznych czy innymi podmiotami publicznymi. Poza przestrzeganiem przepisów wykonawca musi także wziąć pod uwagę szereg innych względów o charakterze biznesowym, które wiążą się z udziałem w przetargach. Częstość jednak samo sformalizowanie procedury udzielenia zamówienia publicznego narzuca wykonawcy wymagania, które nie występują w sektorze prywatnym, ale ich dopełnienie warunkuje sukces udziału w przetargu. Procedury zamówień publicznych stwarzają wykonawcom nowe możliwości zawierania umów, a możliwości te trzeba starać się dostrzegać i podejmować wysiłki, aby z nich skorzystać. Nawet jeżeli unijne przepisy w sprawie

zamówień publicznych i przepisy krajowe wydane w Państwach Członkowskich w wyniku ich wdrożenia są opracowane w kontekście zamówień realizowanych w skali międzynarodowej, to mają one zastosowanie w jednakowej mierze do procedur, w których uczestniczą jedynie wykonawcy krajowi. Przepisy te mają zastosowanie do wszystkich zamówień (powyżej wartości progowych) udzielanych przez podmioty publiczne w Państwach Członkowskich, niezależnie od występowania konkurencji międzynarodowej czy jej braku. Dla wykonawcy ważne jest, aby wiedzieć, w jaki sposób można wykorzystać te przepisy z korzyścią dla siebie, nawet jeżeli nie mają oni zamiaru ubiegać się o zamówienia na rynkach międzynarodowych. Dlatego też w Rozdziale III omówiono zagadnienia ogólne dotyczące składania ofert, zarówno w kategoriach komercyjnych jak i w kontekście uregulowań wspólnotowych. Celem jest tutaj wsparcie oferentów w przygotowywaniu i składaniu ofert w dowolnym Państwie Członkowskim.

Przepisy dotyczące zamówień nie mają oczywiście wartości, jeżeli nie są albo prawidłowo zastosowane przez zamawiających, albo nie są egzekwowane w przypadku, gdy nastąpiło ich naruszenie. Unia Europejska przyjęła także dyrektywy, w których wymaga się od Państw Członkowskich wprowadzenia skutecznych procedur odwoławczych umożliwiających wykonawcom podważenie decyzji zamawiających w przypadku naruszenia przez nich przepisów. Są to postanowienia istotne i często stosowane w niektórych Państwach Członkowskich z korzyścią dla wykonawców. Poza krajowymi procedurami odwoławczymi stosowanymi przed sądami krajowymi, wyspecjalizowanymi trybunałami czy organami administracyjnymi powołanymi w celu rozpatrywania skarg, Komisja Europejska dysponuje także bardziej ogólnymi uprawnieniami, stojąc na straży prawa wspólnotowego, i do jej pomocy można także się odwoływać w zakresie przestrzegania przepisów dotyczących zamówień publicznych. W Rozdziale IV zawarto opis procedury odwoławczej realizowanej na szczeblu wspólnotowym oraz wyjaśniono, w jaki sposób wykonawcy mogą powoływać się na te przepisy w celu chronienia praw nadanych im przez europejskie dyrektywy w sprawie zamówień publicznych.

Należy pamiętać, że dyrektywy unijne opisane w Rozdziale II stanowią jedynie o wspólnych przepisach, które muszą być stosowane w Państwach Członkowskich w celu zapewnienia minimalnych gwarancji równego traktowania, przejrzystości i zakazu dyskryminacji. Te wspólne przepisy muszą być przestrzegane we wszystkich Państwach Członkowskich,



a wszelkie przepisy krajowe dotyczące zamówień muszą być zgodne z postanowieniami dyrektyw. W niektórych Państwach Członkowskich, które wykształciły własne systemy, jeszcze zanim opracowane zostały dyrektywy unijne, przepisy krajowe w dalszym ciągu obowiązują równolegle z postanowieniami wprowadzonymi przez te dyrektywy. Jest tak na przykład we Francji czy Niemczech. W innych państwach, takich jak Łotwa, Litwa i Słowacja, zamówienia były uregulowane w bardzo nieznacznym stopniu przed akcesją do UE. W tych krajach postanowienia dyrektyw, transponowane do prawa krajowego, zwykle stanowią całość systemu zamówień publicznych.

Nawet jednakże i w tych krajach dyrektywy nakładają jedynie minimum wymagań, a zatem dodatkowe postanowienia zawarte są w przepisach krajowych. Mogą one dotyczyć na przykład zamówień niepodlegających zakresowi dyrektyw, tzn. o wartości poniżej wielkości progowych określonych w dyrektywach. Dodatkowe przepisy mogą także obowiązywać w zakresie zagadnień bardziej praktycznych, takich jak procedury składania ofert, wadium czy procedury otwierania ofert. Różne mogą być także sposoby wdrażania dyrektyw w różnych Państwach Członkowskich. Różnice takie występują często na przykład w obszarze selektywnej kwalifikacji. W wielu krajach kwalifikowanie dokonywane jest indywidualnie w poszczególnych zamówieniach, w innych krajach z kolei kwalifikacja ma charakter bardziej systematyczny i jest prowadzona w oparciu o sformalizowane systemy kwalifikacji i rejestry czy wykazy podmiotów gospodarczych. Różnice dotyczą także procedur odwoławczych ustanowionych w Państwach Członkowskich w celu rozpatrywania naruszeń przepisów.

Jakkolwiek dyrektywy unijne wymagają ogłaszania wszystkich zamówień na poziomie europejskim, ogłoszenia te mogą również być zamieszczane na poziomie krajowym lub lokalnym po uprzednim opublikowaniu ogłoszenia w skali ogólnoeuropejskiej. W przypadku, gdy zamówienia opiewają na kwoty poniżej wielkości progowych, Państwa Członkowskie często dopuszczają zamieszczanie ogłoszeń na poziomie krajowym lub lokalnym.

Dlatego też wykonawcy muszą orientować się w przepisach prawnych krajów, w których ubiegają się o zamówienia. Jest to ważne, jeżeli weźmie się pod uwagę różnorodność metod wdrażania dyrektyw unijnych w różnych Państwach Członkowskich, realizowane procesy i warunki praktycznego działania, przepisy mające zastosowanie do zamówień

o niższej wartości, które mogą być obiektem zainteresowania wykonawców, a także sposoby dowiadywania się o zamówieniach podlegających przepisom w sprawie zamówień, ogłaszanych na poziomie krajowym. A zatem w Rozdziale V niniejszej publikacji omówiono bardziej szczegółowo przepisy obowiązujące w pewnej węższej grupie docelowej Państw Członkowskich. Te docelowe państwa, określone na podstawie zainteresowania polskich oferentów to: Estonia, Francja, Niemcy, Łotwa, Litwa, Słowacja i Hiszpania. Każdy z tych krajów omówiony jest w odrębnych podrozdziałach, z których każdy ma podobną strukturę. W każdym z tych podrozdziałów omówione są ramy prawne oraz krajowe przepisy dotyczące zamieszczania ogłoszeń o udzielanych zamówieniach. Jest to istotne, bo chociaż zamówienia ogólnoeuropejskie są ogłaszane w Dzienniku Urzędowym, ogłoszenia o zamówieniach na mniejszą skalę (często także podlegające tym samym przepisom) są zamieszczane tylko w publikacjach lokalnych. Opisano ponadto cechy właściwe poszczególnym ramom prawnym, szczególnie, jeżeli oznaczają one nałożenie wymogów dodatkowych w stosunku do dyrektyw unijnych, a dotyczących aspektów praktycznych, takich jak wadium czy procedury otwierania ofert. Wreszcie opisany został sposób realizacji procedur odwoławczych w każdym z docelowych Państw Członkowskich, w celu ułatwienia wykonawcom, których interes prawny w pozyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, zrozumienia swoich praw i mechanizmów ich egzekwowania w kategoriach praktycznych.

# Rozdział II

## 2. Europejskie przepisy w sprawie zamówień publicznych

W tym rozdziale omówione zostaną przepisy dotyczące zamówień publicznych obowiązujące na szczeblu wspólnotowym. Przepisy te oparte są na szeregu dyrektyw dotyczących koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych, skonsolidowanych w 2004 roku w jedną dyrektywę dla sektora publicznego (2004/18/WE) i jedną dyrektywę dla sektora użyteczności publicznej (2004/17/WE). Jak wskazano we wstępie, dyrektywy te zawierają pewną bazę reguł, które muszą zostać wdrożone we wszystkich Państwach Członkowskich. Wytyczne dyrektyw należy transponować do prawa krajowego każdego Państwa Członkowskiego. Nawet, jeżeli przepisy nie zostały transponowane lub transpozycja nie została dokonana w sposób prawidłowy, doktryna skutku bezpośredniego, omówiona w Rozdz. IV, pozwala zapewnić tworzenie praw dla wykonawców na podstawie postanowień dyrektyw. Prawa te mogą oni egzekwować w sądach Państw Członkowskich z chwilą upływu terminu przewidzianego na wdrożenie wytycznych dyrektyw. A zatem, nawet jeżeli wykonawca napotyka problemy w którymkolwiek Państwie Członkowskim, ponieważ przepisy krajowe wydają się nie być zgodne z postanowieniami dyrektyw, będzie on mógł powołać się na postanowienia dyrektyw w celu egzekwowania swoich praw.

W przypadku systemu zamówień publicznych należy wziąć pod uwagę nie tylko same dyrektywy, lecz również kontekst, w jakim je przyjęto.

Przykładowo, sam Traktat ustanawia szereg fundamentalnych zasad leżących u podstaw Unii Europejskiej, które odnoszą się w równej mierze do systemu zamówień publicznych. W dziedzinie zamówień publicznych

najważniejsze spośród owych zasad to zakaz dyskryminacji ze względu na przynależność państwową, swobodny przepływ towarów, swoboda prowadzenia działalności gospodarczej oraz swoboda świadczenia usług.

Poza wspomnianymi fundamentalnymi zasadami Traktatu, źródłem pewnych ogólnych reguł prawa jest orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Jako ogólne reguły są one stosowane również w kontekście zamówień publicznych i faktycznie ETS zastosował szereg z nich w sprawach dotyczących sporów w zakresie zamówień publicznych. Najważniejsze spośród tych ogólnych zasad prawa to, w tym przypadku, równość traktowania, pewność funkcjonowania prawa, przejrzystość, wzajemne uznawanie oraz proporcjonalność.

## **2.1 Dyrektywy dotyczące zamówień publicznych**

Z racji swojego charakteru, fundamentalne zasady Traktatu oraz ogólne zasady prawa trudno odnosić do konkretnych sytuacji i są one zwykle negatywne w swojej istocie, tj. zwykle zakazują postępowania niezgodnego z przepisami, nie dając jednocześnie pozytywnych wskazówek, w jaki sposób można je stosować w konkretnych sytuacjach, których dotyczą. Uznano za konieczne wprowadzenie jednolitych procedur w całej Europie w celu zapewnienia niedyskryminującego dostępu do rynków zamówień publicznych. UE przyjęła szereg dyrektyw w zakresie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych – zarówno dla sektora publicznego, jak i sektora użyteczności publicznej, opartych na zasadach zakazu dyskryminacji i realizacji zamówień konkurencyjnych. Sektora publicznego dotyczyły trzy główne dyrektywy – o koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi (92/50/EEC z 18 czerwca 1992 r.), o koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na dostawy (93/36/EEC z 14 czerwca 1993 r.) oraz o koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (93/37/EEC z 14 czerwca 1993 r.). Wielokrotnie zmieniane, zostały w 2004 roku skonsolidowane w jedną dyrektywę dla sektora publicznego. Dyrektywa ta obejmuje jedynie przepisy proceduralne. W zakresie procedur odwoławczych przyjęto odrębną dyrektywę, którą będziemy tu określać mianem dyrektywy odwoławczej.

Uprzednio obowiązujące dyrektywy dotyczące sektora publicznego nie obejmowały zamówień udzielanych przez podmioty działające w sektorze gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji, zwanym

sektorem użyteczności publicznej. Zamówienia te są obecnie objęte ich zakresem, ale proces ich włączenia rozpoczął się później, na mocy szeregu odrębnych dyrektyw. Pierwsza dyrektywa sektorowa została przyjęta w 1990 r. (Dyrektywa 90/531) i została zmieniona Dyrektywą 93/38, którą przyjęto 14 czerwca 1993 roku (w tym samym czasie zmienione zostały dyrektywy dotyczące sektora publicznego). Od 2004 r. obowiązuje jedna dyrektywa, która ma obecnie zastosowanie do sektorów gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (zob. pkt 1.4 poniżej). Dyrektywa ta obejmuje jedynie przepisy proceduralne. W zakresie procedur odwoławczych przyjęto wytyczne uchwalonej 25 lutego 1992 roku odrębnej dyrektywy (92/13), którą będziemy tu określać mianem dyrektywy odwoławczej.

Celem dyrektyw jest zatem ujednoczenie procedur przyznawania zamówień przez wprowadzenie minimum wspólnych przepisów proceduralnych stanowiących odzwierciedlenie podstawowych zasad Traktatu, a nie ujednoczenie wszystkich krajowych przepisów w tym zakresie. Zasadniczo rzecz biorąc, owe wspólne przepisy polegają na stosowaniu tych podstawowych zasad, przede wszystkim zakazu dyskryminacji, równego traktowania i przejrzystości w odniesieniu do:

- publikacji ogłoszeń o zamówieniach publicznych;
- formułowania specyfikacji technicznych;
- wyboru procedury udzielania zamówień publicznych;
- kwalifikacji i wyboru wykonawców;
- decyzji o udzielaniu zamówień publicznych.

Dyrektywy mają jednakże zastosowanie tylko do tych planowanych zamówień, których wartość przekracza pewną kwotę progową. Obowiązek stosowania dyrektywy powstaje wówczas, gdy wartość zamówienia przekracza ustaloną postanowieniami dyrektywy kwotę progową (*Rozdział II, Sekcja 1, Art. 7 „Kwoty progowe dla zamówień publicznych” dyrektywy 2004/18 oraz Rozdział II, Sekcja 1, Art. 16 „Progi dotyczące zamówień dyrektywy 2004/17 ze zmianami wprowadzonymi przez Rozporządzenie Komisji (WE) nr 2083/2005 z dnia 19 grudnia 2005 r. zmieniające dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w odniesieniu*

*do progów ich stosowania w zakresie procedur udzielania zamówień, Dz. Urz. UE L 333/28; por. część Public 3.12.1).*

Ustawodawca wspólnotowy zdecydował, aby dyrektywy nie regulowały wszystkich zamówień publicznych w Unii, poprzestając jedynie na zamówieniach, które w najbardziej oczywisty sposób wpływać mogą na wymianę pomiędzy Państwami Członkowskimi.

Nie oznacza to, iż zamówienia publiczne poniżej wartości progowych wskazanych w dyrektywie nie podlegają zasadom Traktatu czy procedurom konkurencyjnym. Zostały one uregulowane prawem wewnętrznym każdego z Państw Członkowskich, w Polsce w ustawie z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 19, poz. 177; zm. Dz.U. 2004, Nr 96, oz. 959, Nr 116, poz. 1207, Nr 145, poz. 1537, Nr 273, poz. 2703; Dz.U. 2005, Nr 163, poz. 1362, Nr 184, poz. 1539)].

Po przyjęciu Zielonej Księgi Komisji z 1998 r., ustawodawca europejski przyjął w styczniu 2004 r. dwie nowe dyrektywy, z których jedna dotyczy sektora publicznego, a druga sektora użyteczności publicznej. Dyrektywa dotycząca sektora publicznego to dyrektywa 2004/18 ogłoszona w Dzienniku Urzędowym z dn. 30 kwietnia 2004, L134 s. 114. Dyrektywa dotycząca sektora użyteczności publicznej to dyrektywa 2004/17, ogłoszona w Dzienniku Urzędowym z dn. 30 kwietnia 2004 r., L134 s. 1.

### **2.1.1 Dyrektywa klasyczna**

Największą zmianą w nowej dyrektywie jest konsolidacja trzech wcześniejszych dyrektyw w dziedzinie procedur udzielania zamówień – odpowiednio na roboty budowlane, dostawy oraz usługi. Nowa dyrektywa jest prostsza, bardziej spójna, a także bardziej logiczna, pod względem redakcyjnym – rozpoczyna się od ogólnych definicji, zakresu obowiązywania (zasady, opis podmiotów, reguły dotyczące zamówień publicznych), przechodząc następnie do opisu kolejnych etapów samego procesu udzielania zamówień.

- Ujednolicenie dotychczasowych postanowień dało jednak ustawodawcy sposobność wprowadzenia w treści dyrektyw pewnych zmian.
- Główne zmiany w dziedzinie zamówień w sektorze publicznym to w skrócie:

- Jednoznaczne uznanie stosowania zamówień scentralizowanych;
- Jednoznaczne uznanie umów ramowych, jakkolwiek z zastrzeżeniem warunków zawartych w dyrektywie;
- Korekta wielkości progowych;
- Poprawki postanowień dotyczących specyfikacji technicznych, znośzące obowiązkowe odniesienia do standardów europejskich;
- Wprowadzenie nowej procedury dialogu konkurencyjnego w sytuacjach, w których podmioty zamawiające nie mogą określić albo środków technicznych dla swoich potrzeb, albo umownej lub finansowej konstrukcji zamówienia;
- Wprowadzenie elektronicznych mechanizmów zamówień, w tym aukcji elektronicznych, dynamicznych systemów zamówień oraz skrócenie odpowiednich limitów czasu w razie zastosowania elektronicznych form komunikacji;
- Jednoznaczne uznanie względów społecznych i środowiskowych w ustalaniu specyfikacji, przy wyborze i kryteriach udzielenia zamówienia, a także przy aplikowaniu o warunki umowy oraz jako zastrzeżenia przy dostawach od zakładów pracy chronionej;
- Wprowadzenie nowych wymogów dotyczących kwalifikacji minimalnych oraz uprzedniego ujawniania względnej wagi kryteriów wyboru i przyznawania zamówień.

### **2.1.2 Dyrektywa sektorowa**

Niektóre zmiany wprowadzone do tej nowej dyrektywy wynikają ze zmian dokonanych w dyrektywie klasycznej, jakkolwiek nie wszystkie z tych zmian zostały uwzględnione w odniesieniu do zamówień udzielanych w sektorze użyteczności publicznej. Nowa dyrektywa jest prostsza, bardziej spójna, a także bardziej logiczna pod względem redakcyjnym – rozpoczyna się od ogólnych definicji, zakresu obowiązywania (zasady, opis podmiotów, reguły dotyczące zamówień publicznych), przechodząc następnie do opisu kolejnych etapów samego procesu udzielania zamówień.

Ponadto, dyrektywa sektorowa wprowadza pewne znaczące zmiany właściwe dla działalności sektorowej. Oto niektóre z nich:

- Wyłączenie z zakresu dyrektywy podmiotów działających w sektorze telekomunikacji;
- Włączenie podmiotów działających w sektorze usług pocztowych;
- Wprowadzenie ogólnego mechanizmu, który umożliwiłoby wykluczenie podmiotów, które mogą wykazać, że działają na rynkach konkurencyjnych;
- Zmiana definicji praw szczególnych lub wyłącznych w celu dostosowania jej do orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości;
- Rozszerzenie wyłączenia przedsiębiorstw powiązanych obejmujące zamówienia na roboty budowlane i usługi.

## 2.2 Zamawiający

Dyrektywy mają zastosowanie tylko do zamawiających objętych definicją zawartą w tychże dyrektywach. Dyrektywy dotyczące zamówień publicznych miały pierwotnie obejmować zamówienia *publiczne*, to znaczy zamówienia udzielane przez *publiczne* instytucje zamawiające czy inne *publiczne* podmioty. Wraz z przyjęciem pierwszej dyrektywy sektorowej w 1990 r. stało się jednak jasne, że zobowiązane do przestrzegania zasad wspólnotowych w zakresie zamawiania towarów, robót i usług są nie tylko podmioty „publiczne”, ale także przedsiębiorstwa prywatne, które działają na podstawie praw szczególnych lub wyłącznych. W przypadku Wspólnoty niezwykle istotnym aspektem zarówno w sektorze publicznym, jak i prywatnym, jest zakres, w jakim instytucje zamawiające podlegają wpływowi Państwa, czy to przez kontrolę bezpośrednią, czy wpływ pośredni wywierany przez uprawnienia Państwa do kontroli przyznawania i stosowania praw szczególnych lub wyłącznych w odniesieniu do przedsiębiorstw prywatnych.

Podmioty objęte wspólnotowymi przepisami w sprawie zamówień należą zatem do dwóch obszernych kategorii. Na pierwszą z nich składają się podmioty, nad którymi Państwo może sprawować kontrolę bezpośred-



nią. Na drugą kategorię, określaną dla wygody mianem kategorii „sektorowej”, składają się określone *publiczne* podmioty zamawiające oraz te podmioty *prywatne*, które działają w swoich sektorach na podstawie praw szczególnych lub wyłącznych przyznanych przez Państwo Członkowskie Wspólnoty.

Należy pamiętać, że – w przeciwieństwie do dyrektywy klasycznej – publiczne instytucje zamawiające, podmioty prawa publicznego oraz inne podmioty objęte dyrektywą sektorową podlegają jej jednak tylko w zakresie, w jakim prowadzą one przynależną działalność zdefiniowaną w dyrektywie sektorowej.

### 2.2.1 Publiczne instytucje zamawiające

Instytucje zamawiające zdefiniowano jako „*Państwo, jednostki samorządu terytorialnego, podmioty prawa publicznego, związki złożone z jednej lub wielu takich jednostek, lub z jednego lub wielu podmiotów prawa publicznego*”. Definicja ta obejmuje wszystkie podmioty państwowe, a nie tylko państwową władzę wykonawczą, tzn. administrację państwową oraz władze regionalne czy lokalne. Pojęcie „Państwo” obejmuje także wszystkie podmioty, które sprawują władzę ustawodawczą, wykonawczą oraz sądowniczą – a zatem także i te organy, które w państwie federalnym (takim jak Belgia) wykonują te uprawnienia na szczeblu federalnym.

Definicja Państwa jest obszerna, a Trybunał Sprawiedliwości przyjął szczególnie funkcjonalne podejście do tego zagadnienia, zajmując się bardziej faktyczną funkcją danego podmiotu niżli formalną jego przynależnością do danej kategorii nadaną mu przez prawo wewnętrzne. Przykładowo: instytucja, której skład powołują władze i której skład i funkcje są określone w odnośnym akcie ustawodawczym, wypełniająca obowiązki wynikające z realizowanych przez nią działań oraz finansująca publiczne zamówienia na roboty budowlane, których udzielanie jest jej zadaniem – jest podmiotem, który należy do pojęcia Państwa, jakkolwiek w kategoriach formalnych nie wchodzi w skład administracji państwowej.

„Związek” instytucji zamawiających nie różni się od instytucji zamawiającej; jest to jedynie pojęcie stosowane do opisu mechanizmu, zgodnie z którym zamówienia publiczne są udzielane przez „podmioty”, które działają na zasadzie współpracy między podmiotami prawa publicznego podlegającymi Dyrektywom, takimi jak konsorcja instytucji zamawiają-

cych tworzone przez instytucje zamawiające. Oznacza to grupę instytucji zamawiających.

### 2.2.2 Podmioty prawa publicznego

Dany podmiot musi spełniać trzy warunki, aby mieścić się w zakresie tej definicji. Warunki te oznaczają, że instytucja prawa publicznego to podmiot:

- ustanowiony w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, nie mających charakteru przemysłowego, ani handlowego oraz
- posiadający osobowość prawną, oraz
- spełniający co najmniej jeden z następujących warunków:
  - jest finansowany w przeważającej części przez organy państwowe, organy samorządowe lub inne podmioty prawa publicznego;
  - zarząd podlega nadzorowi ze strony tych podmiotów;
  - ponad połowa członków organu administracyjnego, zarządzającego lub nadzorczego została wyznaczona przez państwo, jednostki samorządu terytorialnego lub inne podmioty prawa publicznego.

Każda z nowych dyrektyw zawiera załącznik, który jest listą podmiotów prawa publicznego. Jednak nawet, gdy dany podmiot nie jest uwzględniony w tym wykazie, będzie on objęty dyrektywą – jeżeli spełnia wymienione powyżej warunki.

### 2.2.3 Centralne i wspólne zakupy

W dyrektywach sformalizowano obecnie praktykę stosowaną w szeregu Państw Członkowskich, a dotyczącą zamówień scentralizowanych. W myśl dyrektywy, centralna jednostka zakupująca to „instytucja zamawiająca”, która *„nabywa dostawy i/lub usługi przeznaczone dla instytucji zamawiających lub udziela zamówień publicznych lub zawiera umowy ramowe na roboty budowlane, dostawy lub usługi przeznaczone dla instytucji zamawiających”*. Ma to zastosowanie zatem tylko do instytucji państwo-

wych, jednostek samorządu terytorialnego, podmiotów prawa publicznego lub ich związków. Przepisy te nie zwalniają zatem z tych procedur zamówień dokonanych w ramach Dyrektywy na przykład od innych jednostek, które nie mieszczą się w zakresie definicji „instytucji zamawiających”.

#### **2.2.4 Podmioty zamawiające w świetle Porozumienia w sprawie zamówień rządowych (GPA)**

W dniu 15 kwietnia 1994 r., wraz z zakończeniem Rundy Urugwajskiej, Wspólnota Europejska podpisała ze swoimi partnerami nową umowę międzynarodową, mającą na celu otwarcie rynku zamówień publicznych na bardziej efektywną konkurencję międzynarodową.

Dyrektywy wspólnotowe nowelizowano szereg razy w celu zapewnienia spójności między stosowaniem tychże dyrektyw a GPA. Ponieważ te dwa zbiory przepisów uznaje się za spójne (jeżeli nie tożsame), Komisja uważa, iż w sytuacji, gdy podlegające GPA podmioty zamawiające będą postępowały zgodnie z dyrektywą i będą ją stosowały do podmiotów gospodarczych z krajów trzecich, które są sygnatariuszami GPA, powinny one działać zgodnie z wytycznymi GPA. Postępowanie zgodne z postanowieniami dyrektywy uznaje się za wystarczające i równoważne z przestrzeganiem postanowień GPA.

#### **2.2.5 Podmioty zamawiające w sektorze użyteczności publicznej**

Definicja „podmiotu zamawiającego” w dyrektywie sektorowej jest dużo szersza niż definicja „instytucji zamawiającej” zawarta w dyrektywie klasycznej i obejmuje, poza instytucjami zamawiającymi, „przedsiębiorstwa publiczne” oraz inne podmioty działające na podstawie praw szczególnych czy wyłącznych.

Przedsiębiorstwo publiczne zdefiniowane w art. 2 ust. 1 lit. b) dyrektywy sektorowej oznacza każde przedsiębiorstwo, na które instytucje zamawiające mogą wywierać bezpośrednio lub pośrednio dominujący wpływ na mocy ich prawa własności, udziału finansowego we wspomnianym przedsiębiorstwie lub poprzez zasady określające jego działanie. Przyjmuje się występowanie dominującego wpływu ze strony władz publicznych, gdy władze te, bezpośrednio lub pośrednio, w stosunku do przedsiębiorstwa:

- posiadają większość subskrybowanego kapitału tego przedsiębiorstwa, lub
- kontrolują większość głosów przypadających na akcje wyemitowane przez to przedsiębiorstwo, lub
- mogą powoływać ponad połowę członków organu administrującego, zarządzającego lub nadzorczego tego przedsiębiorstwa.

Jedną z głównych przyczyn wyłączenia niektórych sektorów z zakresu dyrektywy klasycznej było to, że podmiotów zamawiających działających w tym sektorze nie można było po prostu określić mianem podmiotów „publicznych”. Zadanie Komisji polegało zatem na znalezieniu sposobu wyjścia poza tradycyjne rozróżnienie między podmiotami publicznymi a prywatnymi oraz przyjęciu rozwiązania odnoszącego się do sytuacji stwarzających możliwość protekcyjnych procedur zamówień niezależnie od formalno-prawnej definicji podmiotów prowadzących działalność w tych sytuacjach.

W art. 2 dyrektywy sektorowej wskazano podmioty zamawiające objęte tą regulacją oraz grupy podmiotów zamawiających należące do dwóch kategorii, to znaczy publiczne instytucje zamawiające i przedsiębiorstwa publiczne oraz przedsiębiorstwa, które działają na podstawie praw specjalnych lub wyłącznych. Artykuł 2 ust. 2 lit. b) stanowi, że dyrektywa dotyczy podmiotów zamawiających, które, w przypadku, gdy nie są instytucjami zamawiającymi lub przedsiębiorstwami publicznymi, prowadzą jako jeden z rodzajów swojej działalności któryś z rodzajów działalności wymienionych w art. 3 do 7 lub jakiegokolwiek ich połączenie *i korzystają z praw specjalnych lub wyłącznych przyznanych przez właściwy organ państwa członkowskiego*.

W art. 2 ust. 3 dyrektywy sektorowej stwierdza się, że w myśl dyrektywy szczególne lub wyłączne prawa oznaczają prawa przyznane przez właściwy organ Państwa Członkowskiego na mocy wszelkich przepisów ustawodawczych, wykonawczych lub administracyjnych, których wynikiem jest zastrzeżenie wykonywania działalności określonej w art. 3 do 7 dla jednego lub kilku podmiotów, oraz które wywierają istotny wpływ na możliwość wykonywania wspomnianej działalności przez inne podmioty.

Dyrektywa zawiera także, w załącznikach I-X, otwarty (niewyczerpujący) wykaz podmiotów w każdym z Państw Członkowskich, które uznaje się za spełniające te kryteria. Z dyrektywy wynika jasno, iż do samych Państw Członkowskich należy prowadzenie wykazów podmiotów spełniających te kryteria, oraz że w celu zapewnienia, że wykazy te są w miarę możliwości wyczerpujące, muszą one zgłaszać Komisji zmiany w takich wykazach.

Podmioty zamawiające, o ile nie są objęte wyłączeniem na mocy art. 30, podlegają dyrektywie sektorowej tylko w zakresie, w jakim prowadzą one działalność przynależną oraz tylko w odniesieniu do zamówień udzielanych w celu prowadzenia tej działalności. Przynależne rodzaje działalności omówiono kolejno poniżej.

### **Woda**

Gospodarka wodna została omówiona w dyrektywie sektorowej w artykule 4, i dotyczy podmiotów zamawiających, które dostarczają lub obsługują stałe sieci przeznaczone do świadczenia usług dla ogółu odbiorców publicznych w związku z produkcją, transportem lub dystrybucją wody pitnej. Również dostawa wody pitnej do sieci świadczących usługę na rzecz ogółu odbiorców stanowi o przynależności do tej sekcji dyrektywy. W przypadku pozostałych podmiotów zamawiających dostarczanie wody pitnej do takich sieci będzie objęte zakresem dyrektywy, jeżeli stanowi to jeden z głównych rodzajów ich działalności.

Ponadto dyrektywa obejmuje także udzielanie zamówień związanych z inżynierią wodną, nawadnianiem lub osuszaniem terenu, a także usuwaniem czy utylizacją odpadów. Ma ona zastosowanie w kontekście inżynierii wodnej, nawadniania czy osuszania terenów pod warunkiem, że ilość wody przeznaczonej na cele pitne stanowi ponad 20 procent łącznej ilości wody udostępnionej w ramach realizacji przedsięwzięć nawadniających czy osuszających.

Zamówienia na zakup wody udzielane przez podmioty wymienione w Załączniku I do dyrektywy sektorowej (produkcja, transport czy dystrybucja wody pitnej) nie są objęte jej zakresem.

## Energia

### *Energia elektryczna, gaz lub energia cieplna*

Dyrektywa ma zastosowanie do podmiotów zamawiających, które dostarczają lub eksploatują stałą sieć służącą świadczeniu usług na rzecz ogółu odbiorców w związku z wytwarzaniem, transportem lub dystrybucją energii elektrycznej, gazu lub energii cieplnej. W przypadku publicznej instytucji zamawiającej – dostawa energii elektrycznej, gazu lub energii cieplnej do sieci, które świadczą usługi na rzecz ogółu odbiorców, jest także działalnością przynależną w myśl dyrektywy.

Podobnie jak w omawianym powyżej przypadku wody, w odniesieniu do pozostałych podmiotów zamawiających, dostawy energii elektrycznej, gazu czy energii cieplnej do takich sieci objęte są zakresem dyrektywy tylko w przypadku, gdy jest to jeden z ich *podstawowych* zakresów działalności (określonych w dyrektywie).

Podobnie jak w przypadku wody (patrz wyżej), dostawy energii elektrycznej, gazu czy energii cieplnej do sieci publicznej nie będą objęte zakresem dyrektywy w odniesieniu do podmiotów zamawiających, które nie są publicznymi instytucjami zamawiającymi w przypadku, gdy produkcja ta jest jedynie produkcją uboczną jego pozostałej działalności, przy założeniu spełnienia wyżej określonych warunków.

Dyrektywa nie dotyczy zamówień udzielanych na dostawy energii elektrycznej lub paliw do produkcji energii. Wyłączenie to dotyczy zakupów paliw do produkcji energii, nie wyklucza natomiast zakupu paliw do innych celów, takich jak transport.

### *Poszukiwanie i wydobywanie złóż gazu*

Dyrektywa sektorowa dotyczy podmiotów zamawiających, które działają na danym obszarze geograficznym w celu poszukiwania i wydobywania ropy, gazu, węgla lub innych paliw stałych. Podobnie jak w przypadku sektora energetyki ogółem, dyrektywa ta nie ma zastosowania do zamówień, które podmioty zamawiające udzielają na dostawy energii lub paliw w celu produkcji energii. Ten sektor podlegał kiedyś istotnemu wyłączeniu w przypadku, gdy pozwolenia udzielano w drodze otwartej konkurencji. Samo wyłączenie nie zostało zachowane w nowej dyrektywie sekto-

rowej, jakkolwiek wyłączenia już nadane na mocy procedury zachowują ważność.

### *Wyłączenie warunkowe*

Artykuł 3 wcześniejszej dyrektywy sektorowej stanowił, że Państwa Członkowskie mogły zwracać się do Komisji o stwierdzenie, że eksploatacja obszarów geograficznych dla potrzeb poszukiwania i wydobywania ropy, gazu, węgla lub innych paliw stałych nie ma być uznawana za działalność przynależną w myśl dyrektywy. W celu uzyskania wyłączenia dane Państwo Członkowskie musiało wykazać, że w chwili zwrócenia się o pozwolenie na eksploatację danego obszaru geograficznego, inne podmioty także mogły bez ograniczeń ubiegać się o pozwolenie temu służące, na takich samych warunkach.

„Wyłączenie” było zatem udzielane z zastrzeżeniem zapewnienia otwartości i nie dyskryminującego charakteru procedur udzielania zezwoleń w Państwach Członkowskich. W tym trybie przyznano cztery takie wyłączenia: Austrii, Holandii, Niemcom oraz Zjednoczonemu Królestwu. Pierwsze wyłączenie na mocy tego przepisu przyznano zresztą Francji, ale było to wyłączenie tymczasowe na okres jednego roku. Aby pozyskać wyłączenie należało spełnić wymogi Dyrektywy 94/22/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 30 maja 1994 r. w sprawie warunków udzielania i korzystania z zezwoleń na poszukiwanie, badanie i produkcję złóż gazu, która ustanawia wspólne zasady dostępu do tych sektorów i uzupełnia inicjatywy wspólnotowe w sprawie wspólnych zasad obowiązujących w sektorze energii elektrycznej i gazu.

Po uzyskaniu wyłączenia, Państwa Członkowskie mają obowiązek zapewnić, aby podmioty, którym zezwolenia udzielono, przestrzegały zakazu dyskryminacji i zasady uczciwej konkurencji w trakcie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia, w szczególności w zakresie informacji, które udostępniane są przedsiębiorstwom, a które dotyczą zamówienia. Państwa Członkowskie muszą także zapewnić przekazywanie przez daną instytucję zamawiającą Komisji informacji dotyczących udzielania zamówień. Obowiązek ten jest także uregulowany w dyrektywie sektorowej, tak więc wykonawcy dysponują środkami odwoławczymi wobec Zamawiających, którzy naruszają powyższe wytyczne.

## Usługi transportowe

Przepisy te dotyczą nie tylko eksploatacji sieci transportowych, ale także eksploatacji urządzeń terminali transportowych.

### *Sieci transportowe*

Dyrektywa sektorowa ma zastosowanie do eksploatacji sieci realizujących usługi na rzecz ogółu odbiorców w dziedzinie transportu kolejowego, systemów zautomatyzowanych, przewozów tramwajowych, trolejbusowych, autobusowych lub kolei linowych. Przyjmuje się istnienie sieci transportowej w przypadku, gdy usługa jest realizowana w warunkach eksploatacyjnych określonych przez właściwy organ danego Państwa Członkowskiego, takich jak warunki dotyczące obsługiwanych tras, zdolność przewozowa lub częstotliwość usług.

Realizacja usług transportu autobusowego nie będzie jednak objęta zakresem dyrektywy w przypadku, gdy inne podmioty mogą świadczyć te usługi bez ograniczeń, czy to ogólnie, czy na określonym obszarze geograficznym, na tych samych warunkach jak podmioty zamawiające.

Sektor transportu podlega obecnie także ogólnej procedurze wyłączeń na mocy art. 30. Usługi transportu autobusowego niepodlegające jeszcze wyłączeniu będą musiały ubiegać się o wyraźne wyłączenie na mocy art. 30.

### *Urządzenia terminalowe*

Dyrektywa sektorowa obejmuje podmioty zamawiające, które działają na danym obszarze geograficznym w celu udostępniania portu lotniczego, morskiego lub śródlądowego lub innych urządzeń terminalowych dla przewoźników lotniczych, morskich lub śródlądowych. Nie jest jednak jasne, co oznacza udostępnianie urządzeń terminalowych. Szczególnie porty lotnicze świadczą wiele usług, przy czym nie wszystkie z nich są bezpośrednio związane z tranzytem pasażerskim. Jedyne wytyczne wydane przez Komisję w odniesieniu do tej kwestii dotyczą urządzeń w portach lotniczych.

### *Przewoźnicy korzystający z urządzeń*

Dyrektywą sektorową objęte są tylko podmioty eksploatujące urządzenia terminalowe. Dyrektywa nie dotyczy natomiast przewoźników korzysta-



jących z tych urzędzeń. Jednakże zamówienia udzielane przez przewoźników, którzy są także instytucjami zamawiającymi, dla celów dyrektywy klasycznej podlegają przepisom tejże dyrektywy.

### **Usługi pocztowe**

W nowej dyrektywie sektorowej zdefiniowano w art. 6 zakres działalności sektorowej obejmującej świadczenie usług pocztowych. Dotychczas zamówienia udzielane dla potrzeb podmiotów świadczących takie usługi na rzecz ogółu odbiorców podlegały postanowieniom dyrektyw klasycznych w zakresie, w jakim zamawiający był obowiązany stosować wytyczne dyrektyw w zakresie udzielania zamówień publicznych. Obecnie Różnica polega na tym, że zamawiający prowadzący działalność określoną w art. 6 będzie podlegał bardziej elastycznym zasadom nakreślonym w dyrektywie sektorowej. Zgodnie z wytycznymi art. 30 (procedury stwierdzające, czy dana działalność jest bezpośrednio poddana konkurencji) będzie mógł skorzystać z procedury wyłączeń, która może mieć zastosowanie w przypadku, gdy usługi pocztowe są świadczone na rynku konkurencyjnym. Zważywszy na nowatorski charakter tej zmiany, art. 71 akapit 2 dyrektywy sektorowej zezwala Państwu Członkowskiemu na skorzystanie z dodatkowego okresu na wdrożenie tych przepisów tj. od dnia 1 stycznia 2009 r. zamiast od 31 stycznia 2006 r.

### **Usunięcie usług telekomunikacyjnych z zakresu dyrektywy**

Dyrektywa 2004/17 nie ma już zastosowania do sektora telekomunikacji, albowiem, zważywszy na powodzenie inicjatywy liberalizującej usługi telekomunikacyjne we Wspólnocie, Komisja nie uważa już za konieczne regulowanie zamówień udzielanych przez podmioty działające w tym sektorze.

Z zakresu wcześniejszej dyrektywy sektorowej były także wyłączone zamówienia dotyczące telefonii głosowej, usług teleksowych, telefonii komórkowej, przywoławczej i usług satelitarnych. Wyłączenia te zostały wprowadzone, ze względu na fakt, że usługi te mogą być często świadczone tylko przez jednego usługodawcę na danym obszarze geograficznym z powodu braku efektywnej konkurencji oraz występowanie praw specjalnych lub wyłącznych. Wprowadzenie efektywnej konkurencji w sektorze telekomunikacji powoduje, że wyłączenia te nie są już uzasadnione.

Zostały one zatem usunięte i zamawianie takich usług telekomunikacyjnych mieści się obecnie w zakresie Dyrektywy.

### **Ogólny mechanizm wyłączeń**

W pierwotnej dyrektywie sektorowej przewidywano szereg wyłączeń w konkretnych sektorach, w których dane podmioty realizowały usługi na rynkach konkurencyjnych, dlatego, że taka była rzeczywistość na danym rynku lub dlatego, że konkurencja zaistniała w wyniku wprowadzenia liberalizacji rynku wspólnotowego. Zważywszy na to, że stopień liberalizacji jest różny w różnych sektorach – w nowej dyrektywie sektorowej wprowadzono obecnie bardziej ogólne postanowienie dotyczące wyłączeń, na mocy którego wyłączenia z zakresu postanowień dyrektywy udziela się zamawiającym prowadzącym działalność, która w Państwie Członkowskim, w którym jest ona realizowana, poddana jest bezpośrednio oddziaływaniu konkurencji na rynkach, do których dostęp nie jest ograniczony. Sprawdzając, czy dane rynki są konkurencyjne trzeba oczywiście brać pod uwagę zarówno sytuację prawną, jak i faktyczną występującą w danym Państwie Członkowskim oraz rozpatrywać je w ujęciu jednostkowym.

### **2.3 Zamówienia objęte przepisami dyrektyw**

Po dokonaniu ustalenia, jakie instytucje zamawiające są objęte zakresem stosowania dyrektyw, należy następnie stwierdzić, czy także zamówienia, które mają zostać udzielone, spełniają definicje zawarte w dyrektywach. Dyrektywy obejmują trzy główne rodzaje zamówień: zamówienia na roboty budowlane, dostawy i usługi (nie budowlane), w tym konkursy w dziedzinie urbanistyki i planowania przestrzennego, architektury, inżynierii lub przetwarzania danych, planu lub projektu. Zamówienia te zostały zdefiniowane w dyrektywie i zostaną kolejno omówione poniżej. Niektóre zamówienia zawierać będą często elementy jednego, bądź nawet kilku wymienionych rodzajów zamówień. Dyrektywa zawiera określone reguły służące klasyfikowaniu tego rodzaju zamówień.

Szereg zamówień zostało także w całości wyłączonych z zakresu stosowania dyrektyw (choć niekoniecznie samego Traktatu), czy to z racji ich szczególnego charakteru (tj. w przypadkach, w których stosowanie przepisów dyrektyw byłoby niewłaściwe), czy też z uwagi na fakt, iż podlegają one różnym systemom regulacji bądź administracji. Niektóre zamówienia,

tzw. nowe „zamówienia zastrzeżone”, traktowane są w sposób szczególny ze względu na tożsamość podmiotów dostarczających produkty, wykonujących roboty budowlane i świadczących usługi w ramach owych zamówień. Zamówienia te podlegają szczególnym wymogom kwalifikowalności. Nawet w przypadku braku wyłączenia przepisami dyrektyw objęte są jedynie te zamówienia, których wartość przekracza odnośną wartość pieniężną określoną w dyrektywach. Aby zapobiec kreatywnym metodom obliczania wartości udzielanych zamówień, dyrektywy formułują zasady i metody obliczania tej wartości, jak również zakaz stosowania metod zmierzających do obejścia dyrektyw poprzez dzielenie, łączenie lub scalanie zamówień w taki sposób, aby zamówienia te nie wchodziły w zakres odpowiednich przepisów.

### **2.3.1 Koncesje publiczne**

#### Koncesje

Koncesja oznacza umowę tego samego rodzaju, co umowy zdefiniowane w dyrektywie, z tą jednak różnicą, że rolę wynagrodzenia za wykonanie robót budowlanych, względnie realizację usług, stanowi albo wyłącznie prawo do korzystania z obiektu budowlanego lub usług, albo takie prawo wraz z płatnością. Koncesjonariusz często zgadza się na ryzyko operacyjne i finansowe związane ze świadczeniem usługi publicznej, w najszerszym sensie tego słowa, w zamian za szansę osiągnięcia zysku poprzez korzystanie z tej „usługi”. Przedsiębiorca budowlany osiąga zysk w formie uzgodnionej zapłaty za wykonanie zamówienia. Koncesje wykorzystuje się, na przykład, do realizowania i finansowania dużych projektów infrastrukturalnych dotyczących zwykle sieci dróg, tuneli i mostów, kiedy koncesjonariusz otrzymuje wynagrodzenie w postaci opłat pobieranych od użytkowników. Mogą one też służyć zapewnieniu eksploatacji i konserwacji (a nie budowy) urządzeń przez koncesjonariuszy w przypadkach, w których operator otrzymuje koncesję na eksploatację infrastruktury istniejącej linii kolejowej lub linii metra. Pierwsze są przykładem koncesji na roboty budowlane, drugie stanowią przykład koncesji na usługi.

Dyrektywa klasyczna omawia wyczerpująco jedynie koncesje na roboty budowlane. W świetle art. 17 dyrektywy do koncesji na usługi wytycznych dyrektywy 18/2004 nie stosuje się. Niemniej przydzielanie koncesji na usługi nie jest kwestią całkowicie nieuregulowaną. Nawet wówczas, gdy tego rodzaju zamówienia wykraczają poza zakres obowiązywania dyrektyw, in-

stytucje zamawiające pozostają związane podstawowymi postanowieniami Traktatu. W szczególności zobowiązane są przestrzegać zakazu dyskryminacji ze względu na przynależność państwową oraz obowiązku zapewnienia przejrzystości.

Koncesje publiczne na roboty budowlane podlegają określonej procedurze udzielania zamówień i są także ogłaszane. Dyrektywa stosuje określone warunki udzielania zamówień stronom trzecim. Dokonuje się rozróżnienia między obowiązkami mającymi zastosowanie do koncesjonariuszy w zależności od tego, czy są oni sami instytucjami zamawiającymi. W przypadku udzielania zamówień przez koncesjonariuszy będących instytucjami zamawiającymi muszą oni przestrzegać postanowień dyrektywy dotyczących zamówień na roboty budowlane. W przypadku udzielania zamówień przez koncesjonariuszy nie będących instytucjami zamawiającymi ma zastosowanie bardziej ograniczony zbiór przepisów, a Państwa Członkowskie muszą podjąć działania w celu zapewnienia, że w odniesieniu do zamówień robót budowlanych (ale nie dostaw czy usług), których zamierzają one udzielić stronom trzecim, takie ich zamiary są podane do publicznej wiadomości w drodze odpowiedniego ogłoszenia.

### **2.3.2 Umowy ramowe**

Umowa ramowa jest umową pomiędzy instytucją zamawiającą a jednym lub kilkoma dostawcami, przedsiębiorcami budowlanymi lub usługodawcami, zaś jej celem jest ustalenie warunków dotyczących zamówień, które zostaną udzielone w danym okresie, w szczególności w odniesieniu do cen oraz, o ile ma to zastosowanie, do przewidywanych ilości. Tego rodzaju umowy znajdują często praktyczne zastosowanie w sytuacjach, w których nabywający wykazuje stałą lub powtarzającą się potrzebę kupowania tych samych lub podobnych produktów, zatem chciałby uniknąć kosztów związanych z udzielaniem nowego zamówienia za każdym razem, gdy potrzebuje kolejnych dostaw.

Jeżeli instytucja zamawiająca postanowi zawrzeć umowę ramową na mocy przepisów dyrektywy w taki sposób, jakby była ona wiążącym zamówieniem, wówczas kolejne „zamówienia” udzielane na podstawie umowy ramowej mogą być udzielane z pominięciem konkurencji. Natomiast w przypadkach, w których nie nastąpiło zawarcie niewiążącej umowy ramowej zgodnie z przepisami dyrektywy, każde zamówienie powyżej

wartości progowej traktowane będzie jako objęte przepisami dyrektywy, a tym samym podlegające określonym w niej procedurom.

Instytucje zamawiające nie mogą nadużywać umów ramowych w celu wykluczenia, ograniczania lub zakłócania konkurencji, mimo iż nie odnoszą się one do konkretnych przypadków nadużycia oraz że okres obowiązywania umów ramowych nie może przekraczać czterech lat, z wyjątkiem szczególnych okoliczności uzasadnionych przedmiotem umowy ramowej.

### 2.3.3 Zamówienia na roboty budowlane

Zamówienia na roboty budowlane oznaczają zamówienia:

- których przedmiotem jest wykonanie bądź zarówno zaprojektowanie, jak i wykonanie prac budowlanych związanych z jedną z działalności wymienionych w odnośnym załączniku (roboty ogólnobudowlane z zakresu budownictwa, inżynierii lądowej, budowa mieszkań, biurów, szpitali i innych budowli, budowa dróg, mostów, torów kolejowych; instalacje; budowlane roboty wykończeniowe) lub
- roboty lub realizacja, dowolnymi środkami, robót zgodnych z wymogami określonymi przez instytucję zamawiającą.

Uwzględnienie możliwości włączenia prac projektowych w zakres zamówienia na wykonanie prac budowlanych oznacza, że zamówienia na „zaprojektowanie i roboty budowlane” mogą spełniać warunki definicji.

Co się tyczy drugiej części definicji – „obiekt budowlany” oznacza wynik całości robót budowlanych w zakresie budownictwa lub inżynierii lądowej i wodnej, mogący samoistnie spełniać funkcję gospodarczą lub techniczną. Definicja ta jest definicją trafną z szeregu powodów, szczególnie w kontekście realizacji robót budowlanych za pomocą dowolnych środków oraz dla potrzeb oszacowania wartości progowych i w konsekwencji zadecydowania, czy pojedyncze zapotrzebowanie na roboty budowlane nie zostało rozbite na mniejsze zamówienia w celu sprowadzenia ich wartości poniżej odpowiedniej wartości progowej.

Definicja ta obejmuje także zamówienie, w ramach którego strona podpisująca umowę nie jest *de facto* instytucją zamawiającą, lecz przedsiębior-

stwem działającym w jej imieniu jako przedstawiciel. Jest to sytuacja, która zdarza się dość często, przynajmniej w branży budowlanej, gdy przedsiębiorstwa budowlane i inżynierskie zatrudniane w roli generalnych wykonawców świadczą na rzecz instytucji zamawiającej usługi w zakresie projektowania inżynierskiego, udzielania zamówień, wykonania robót budowlanych oraz zarządzania projektem. Generalny wykonawca, zlecając roboty budowlane, zobowiązany będzie przestrzegać zasad udzielania zamówień, ponieważ będzie wykonywał roboty budowlane zgodnie z wymogami określonymi przez instytucję zamawiającą, zaś instytucja zamawiająca uzyska takie roboty „za pomocą dowolnych środków”.

Przepis dotyczący realizacji robót budowlanych za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymogami określonymi przez instytucję zamawiającą, wydaje się też obejmować inne rozwiązania popularne wśród wykonawców budowlanych, na mocy których wykonawca lub budowniczy wznosi obiekty budowlane na własnym terenie, a następnie przekazuje lub zgadza się przekazać teren wraz z zabudowaniami instytucji zamawiającej. Na pierwszy rzut oka może się to wydawać umową o nabycie nieruchomości gruntowej (rodzaj umowy wyłączonej z zakresu stosowania dyrektywy), niemniej fakt, że obiekt budowlany wznoszony jest zazwyczaj zgodnie z wymogami określonymi przez instytucję zamawiającą, pozwala włączyć tego rodzaju porozumienie w zakres definicji zamówienia na roboty budowlane.

#### **2.3.4 Subsydiowane zamówienia na roboty budowlane lub usługi**

Dyrektywa formułuje szczególne przepisy w odniesieniu do dwóch rodzajów zamówień. Po pierwsze – w odniesieniu do tych zamówień na roboty budowlane lub usługi, które są subsydiowane przez instytucje zamawiające w ponad pięćdziesięciu procentach, po drugie – w odniesieniu do zamówień związanych z zaprojektowaniem i wykonaniem robót budowlanych w ramach programu subsydiowanego budownictwa mieszkaniowego.

Kiedy określone zamówienia na roboty budowlane lub usługi są subsydiowane przez instytucje publiczne w ponad pięćdziesięciu procentach, Państwa Członkowskie muszą zapewnić, aby instytucje zamawiające przyznające tego rodzaju subsydia zadbały o przestrzeganie przepisów dyrektywy w sytuacji, w której zamówienie udzielane jest przez jeden lub więcej podmiotów innych niż one same. Obowiązek ten dotyczy tylko za-

mówień na roboty budowlane oraz zamówień na usługi związane z tymi zamówieniami na roboty, których wartość jest równa lub przekracza normalną wartość progową dla tych zamówień. W obu wypadkach dyrektywa dotyczy wyłącznie zamówień na roboty budowlane i związane z nimi usługi, realizowane w zakresie budowy szpitali, obiektów sportowych, rekreacyjnych i wypoczynkowych, budynków szkolnych i uniwersyteckich oraz budynków wykorzystywanych do celów administracyjnych.

W odniesieniu do zamówień publicznych związanych z projektowaniem i wykonywaniem robót budowlanych w ramach programu subsydiowanego budownictwa mieszkaniowego instytucje zamawiające zobowiązane są przestrzegać zestawu podstawowych procedur oraz traktować podmioty gospodarcze w sposób przejrzysty i wolny od dyskryminacji.

### **2.3.5 Zamówienia publiczne na dostawy**

„Zamówienia publiczne na dostawy” są zdefiniowane jako zamówienia publiczne, inne niż zamówienia publiczne na roboty budowlane, których przedmiotem jest kupno, dzierżawa, najem lub leasing, z opcją lub bez opcji wykupu, produktów. Dodatkowo, dostawa tego rodzaju produktów może obejmować działania związane z ich rozmieszczeniem i instalacją.

### **2.3.6 Zamówienia publiczne na usługi**

Zamówienia publiczne na usługi oznaczają zasadniczo zamówienia publiczne, inne niż zamówienia na roboty budowlane lub dostawy, których przedmiotem jest świadczenie usług, o których mowa w odnośnym załączniku. Niemniej szereg usług zostało w szczególny sposób wyłączonych, głównie ze względu na fakt, że nie mogą zostać nabyte na zasadach określonych w dyrektywie, zaś w odpowiednich załącznikach zawarto szczegółowe rozróżnienie między usługami, które można uznać za priorytetowe, a usługami określanymi mianem niepriorytetowych.

Usługi objęte dyrektywami zdefiniowano na podstawie Centralnej Klasyfikacji Produktów (CPC) Narodów Zjednoczonych, zaś wspomniane załączniki wymieniają poszczególne rodzaje usług, przypisując im zarazem odpowiednią kategorię zgodnie z nomenklaturą CPC. Stosowane są również inne klasyfikacje, jak na przykład statystyczna klasyfikacja produktów według działalności (CPA) oraz Wspólny Słownik Zamówień (CPV). Zgodnie z wytycznymi dyrektywy nomenklaturą stosowaną w systemie

zamówień publicznych jest CPV, natomiast w przypadku różnic w interpretacji między CPV i CPC, należy stosować nomenklaturę CPC.

Rozróżnienie między usługami priorytetowymi i niepriorytetowymi dokonuje się na podstawie możliwości świadczenia tego rodzaju usług poza granicami kraju, oraz fakt, że mogą one wpływać na handel między Państwami Członkowskimi. Nie znaczy to bynajmniej, że konkurencja o tego rodzaju zamówienia jest niemożliwa, czy to na płaszczyźnie lokalnej, czy krajowej, ani też że międzynarodowa konkurencja o tego rodzaju zamówienia jest nie do pomyślenia, lecz jedynie to, że charakter samych usług bądź też ich wartość sprawia, że jest ona mniej prawdopodobna.

Usługi priorytetowe podlegają szczegółowym procedurom udzielania zamówień oraz innym przepisom dyrektywy. Usługi niepriorytetowe objęte są jedynie podstawową zasadą przejrzystości, wymagającą przestrzegania przepisów dyrektywy w zakresie stosowania niedyskryminacyjnych specyfikacji technicznych oraz obowiązku opublikowania ogłoszenia o wynikach procedury udzielania zamówienia.

Usługi priorytetowe to:

1. Usługi konserwacyjne i naprawcze (CPC: 6112, 6122, 633, 886);
2. Usługi transportu lądowego<sup>1</sup>, w tym usługi samochodów opancerzonych, oraz usługi kurierskie, z wyjątkiem transportu poczty (CPC: 712 (z wyjątkiem 71235) 7512, 87304);
3. Usługi transportu lotniczego pasażerów i towarów, z wyjątkiem transportu poczty (CPC: 73 (z wyjątkiem 7321));
4. Transport poczty drogą lądową<sup>2</sup> i lotniczą (CPC: 71235, 7321);
5. Usługi telekomunikacyjne (CPC: 752);
6. Usługi finansowe: (a) usługi ubezpieczeniowe oraz (b) usługi bankowe i inwestycyjne<sup>3</sup> (CPC: z wyjątkiem 81, 812, 814);

- 
1. Z wyjątkiem usług transportu kolejowego objętych kategorią 18.
  2. Z wyjątkiem usług transportu kolejowego objętych kategorią 18.
  3. Z wyjątkiem usług finansowych związanych z emisją, sprzedażą, nabyciem lub przeniesieniem papierów wartościowych lub innych instrumentów finansowych, oraz usług banków centralnych. Wyłączeniem objęte są także: usługi związane z nabyciem lub wynajęciem, niezależnie od sposobu finansowania, gruntu, istniejących budynków lub innych nieruchomości lub też dotyczące praw z nimi związanych; niemniej jednak usługi finansowe świadczone w czasie zawierania umowy nabycia lub najmu, przed jej zawarciem lub po jej zawarciu, niezależnie od formy stanowią przedmiot niniejszej dyrektywy.



7. Usługi komputerowe i usługi z nimi związane (CPC: 84);
8. Usługi badawcze i rozwojowe<sup>4</sup> (CPC: 85);
9. Usługi w zakresie księgowości, audytu oraz prowadzenia ksiąg rachunkowych (CPC: 862);
10. Usługi badania rynku i opinii publicznej (CPC: 864);
11. Usługi konsultacyjne w zakresie zarządzania<sup>5</sup> i usługi z nimi związane (CPC: 865, 866);
12. Usługi architektoniczne, inżynieryjne i zintegrowane usługi inżynieryjne; usługi urbanistyczne, architektury krajobrazu; związane z nimi usługi konsultacji naukowych i technicznych; usługi badań i analiz technicznych (CPC: 867);
13. Usługi reklamowe (CPC: 871);
14. Usługi sprzątanía budynków i usługi zarządzania mieniem (CPC: 874, 82201 do 82206);
15. Usługi w zakresie publikowania i drukowania – wykonywane z tytułu wynagrodzenia lub umowy (CPC: 88442);
16. Usługi w zakresie odprowadzania ścieków i wywozu nieczystości; usługi sanitarne i podobne (CPC: 94);

Usługi niepriorytetowe to:

1. Usługi hotelarskie i restauracyjne (CPC: 64);
2. Usługi transportu kolejowego (CPC: 711);
3. Usługi transportu wodnego (CPC: 72);
4. Dodatkowe i pomocnicze usługi transportowe (CPC: 74);
5. Usługi prawnicze (CPC: 861);
6. Usługi rekrutacji i pozyskiwania personelu<sup>6</sup> (CPC: 872);
7. Usługi detektywistyczne i bezpieczeństwa, z wyjątkiem usług samochodów opancerzonych (CPC: 873 (z wyjątkiem 87304));
8. Usługi edukacyjne i szkoleniowe (CPC: 92);
9. Usługi społeczne i zdrowotne (CPC: 93);

---

4. Z wyjątkiem zamówień na usługi badawcze i rozwojowe innych niż te, z których korzyści przypadają wyłącznie instytucji zamawiającej do wykorzystania w prowadzeniu działalności własnej, pod warunkiem, że usługa jest w całości opłacana przez tę instytucję zamawiającą.

5. Z wyjątkiem usług arbitrażowych i polubownych.

6. Z wyjątkiem umów o pracę.

7. Z wyjątkiem umów zakupu, opracowywania, produkcji lub koprodukcji programów gotowych przez stacje nadawcze oraz umów dotyczących czasu antenowego.

10. Usługi rekreacyjne, kulturalne i sportowe (CPC: 98);

11. Inne usługi<sup>7</sup>.

Dyrektywa stosuje jednoznaczny test oparty na wartości wobec zamówień na usługi, obejmujący zarówno usługi priorytetowe, jak i niepriorytetowe. Dane zamówienie jest zamówieniem na usługi priorytetowe, jeżeli wartość usług priorytetowych w ramach tego zamówienia przekracza wartość usług niepriorytetowych. W pozostałych przypadkach będzie to zamówienie na usługi niepriorytetowe, a zatem: zamówienie, w którym udział usług niepriorytetowych jest równy lub większy pod względem wartości niż udział usług priorytetowych, będzie zamówieniem na usługi niepriorytetowe.

### **2.3.7 Konkursy**

Konkursy oznaczają procedury na płaszczyźnie krajowej, które umożliwiają instytucji zamawiającej uzyskanie planu lub projektu, wybranego przez komisję konkursową na zasadach konkurencji, z przyznaniem nagród lub bez nagród. Tego rodzaju konkursy organizuje się głównie w zakresie planowania przestrzennego (ze szczególnym uwzględnieniem sektora publicznego), architektury, inżynierii i przetwarzania danych. Korzysta się z nich często w przypadku budowy znaczących budynków użyteczności publicznej, coraz częściej też do celów projektowania infrastruktury informatycznej. Konkursy mogą poprzedzać udzielenie zamówienia na usługi lub też być przedmiotem osobnej, niezależnej procedury, ponieważ wykorzystanie wyników konkursu nie ma charakteru obligatoryjnego.

Reguły te obowiązują tylko wtedy, gdy łączna kwota nagród konkursowych oraz wynagrodzeń dla uczestników osiąga odpowiednią wartość progową. Z drugiej jednak strony – w przypadku, w którym konkursy stanowią element procedury udzielenia innych zamówień, na wartość progową złożą się zarówno wartość nagród konkursowych i wynagrodzeń, jak również wartość zamówienia na usługi, które będzie mógł otrzymać zwycięzca, jeżeli reguły konkurencji przewidują, że wynikię w rezultacie usługi należy przyznać jednemu ze zwycięzców procedury konkursowej.

### **2.3.8 Zamówienia o charakterze mieszanym**

Dyrektywa zawiera przepisy określające, w jaki sposób należy klasyfikować zamówienie zawierające elementy robót budowlanych i/lub dostaw i/

lub usług. Zamówienia zawierające elementy zarówno dostaw, jak i usług, traktowane są zasadniczo jako jeden lub drugi rodzaj zamówienia, zależnie od wartości każdego z elementów, zatem dane zamówienie traktowane będzie jako zamówienie na usługi, jeżeli wartość świadczonych usług będzie większa niż wartość dostarczanych produktów. Jeśli wartości te są równe, będzie to zamówienie na dostawy. W definicji tej nie dokonuje się rozróżnienia między usługami priorytetowymi a niepriorytetowymi, w wyniku czego zamówienie o charakterze mieszanym, w którym wartość usług niepriorytetowych przekracza wartość dostaw, należy traktować jako zamówienie na usługi niepriorytetowe. Zamówienia na dostawy, obejmujące dodatkowo działania związane z rozmieszczeniem i instalacją, definiowane są jako zamówienia na dostawy. Zasada ta zdaje się obowiązywać także wówczas, gdy wartość usług związanych z rozmieszczeniem lub instalacją przekracza samą wartość dostaw, ponieważ decyduje kryterium przedmiotu zamówienia. I tak – w przypadku zakupu dźwigu, który ma zostać ustawiony przy portowym nabrzeżu, przedmiotem zamówienia jest dostawa dźwigu, nie zaś prace związane z jego ustawieniem, nawet jeżeli są to prace o szerokim zakresie.

W przypadku robót budowlanych i usług dyrektywa nie stosuje kryterium wartości, jak to miało miejsce powyżej, lecz przyjmuje kryterium głównego przedmiotu zamówienia, w przeciwieństwie do tego, co jest jedynie dodatkowym elementem przedmiotu zamówienia. I tak – zamówienie, którego przedmiotem są usługi niedotyczące robót budowlanych (zarówno priorytetowe lub niepriorytetowe) i które to zamówienie obejmuje również działania mieszczące się w ramach definicji „robót budowlanych”, lecz mające jedynie charakter dodatkowy w stosunku do głównego przedmiotu zamówienia – należy traktować jako zamówienie na usługi.

### **2.3.9 Zamówienia wyłączone**

Niektóre zamówienia, mimo ich zgodności z definicją zamówień publicznych, są wyłączone z zakresu obowiązywania dyrektywy z szeregu innych przyczyn.

- **Częściowe wyłączenie zamówień w dziedzinie obronności**

Dyrektywa klasyczna nie dotyczy zamówień udzielanych przez instytucje zamawiające w dziedzinie obronności, w której produkty podlegają

przepisom art. 296 ust. 1 lit. b) Traktatu. Dokonuje on rozróżnienia między sprzętem o charakterze czysto militarnym a sprzętem, który choć jest wykorzystywany w kontekście obrony, nie jest sprzętem ściśle „wojskowym”, tj. obejmuje produkty tzw. podwójnego zastosowania (tj. takie, które mogą mieć zastosowanie zarówno cywilne, jak i obronne, jak np. komputery, ubrania, koce, jedzenie, środki medyczne).

Z drugiej jednak strony, zgodnie z Umową GPA, zakupy sprzętu wojskowego przez departamenty lub ministerstwa obrony są generalnie objęte wyłączeniem, z wyjątkiem określonych produktów podwójnego zastosowania wymienionych w odnośnych załącznikach. Wszystkie niewyszczególnione produkty podlegają wyłączeniu.

- **Zamówienia tajne oraz zamówienia wymagające zachowania szczególnych środków bezpieczeństwa**

Dyrektywy nie dotyczą zamówień publicznych, które są (i) określone jako tajne, lub (ii) których realizacji muszą towarzyszyć szczególne środki bezpieczeństwa zgodnie z przepisami ustawowymi, wykonawczymi i administracyjnymi obowiązującymi w danym Państwie Członkowskim, lub (iii) jeżeli wymaga tego ochrona podstawowych interesów bezpieczeństwa danego państwa.

- **Zamówienia podlegające innym regułom**

Dyrektywy nie dotyczą zamówień publicznych podlegających innym regułom proceduralnym i udzielanych:

- (i) na podstawie umowy międzynarodowej zawartej zgodnie z Traktatem EWG między Państwem Członkowskim a jednym lub wieloma krajami trzecimi, oraz obejmującej roboty budowlane, dostawy lub usługi mające na celu wspólną realizację lub eksploatację projektu przez państwa-sygnatariuszy
- (ii) przedsiębiorstwom Państwa Członkowskiego lub kraju trzeciego na podstawie zawartej umowy międzynarodowej związanej ze stacjonowaniem wojsk;
- (iii) na podstawie szczególnej procedury organizacji międzynarodowej.

### **• Zamówienia dotyczące nabycia gruntu**

Dyrektywy wyłączają zamówienia mające na celu nabycie lub dzierżawę, (bez względu na sposób finansowania), gruntu, istniejących budynków lub innych nieruchomości lub praw do nich. Jednakże wyłączenie dotyczy wyłącznie zamówień związanych z zakupem gruntu lub zabudowań.

### **• Zamówienia na usługi udzielane na podstawie praw wyłącznych**

Dyrektywy nie dotyczą zamówień publicznych na usługi udzielanych instytucjom zamawiającym lub stowarzyszeniu instytucji zamawiających na podstawie wyłącznego prawa przyznanego im zgodnie z opublikowanym przepisem ustawowym, wykonawczym lub administracyjnym, zgodnym z postanowieniami Traktatu.

### **• Szczególne zamówienia publiczne na usługi**

Z zakresu obowiązywania dyrektywy wyłączonych zostało szereg szczególnych zamówień publicznych na usługi. Należą do nich:

- materiały programowe i czasy transmisji,
- usługi arbitrażowe i pojednawcze,
- niektóre usługi finansowe, zamówienia związane z umowami o pracę oraz zamówienia dotyczące usług badawczych i rozwojowych.

### **• Wyłączenia sektorowe**

Dyrektywa sektorowa przewiduje wyłączenia w szeregu sektorów, w oparciu zasadniczo o stopień konkurencji na danych rynkach. Wyłączenia te mają zastosowanie do zakupu paliwa i energii na potrzeby produkcji energii; zakupów wody; usług transportu autobusowego oraz usług w zakresie poszukiwań i wydobywania ropy i gazu. W nowej dyrektywie sektorowej wprowadzono także nowy ogólny mechanizm wyłączeń w odniesieniu do działań poddanych oddziaływaniu konkurencji na rynkach, do których dostęp nie jest ograniczony.

### **• Sektory działalności poza Wspólnotą**

Zgodnie z art. 20 dyrektywy 2004/17 nie ma ona zastosowania do zamówień, których podmioty zamawiające udzielają w innym celu niż wykonywanie ich działalności, określonej w art. 3-7 lub w celu wykonywa-

nia takiej działalności w kraju trzecim, w warunkach niewymagających fizycznego wykorzystania sieci lub obszaru geograficznego w ramach Wspólnoty. Zamawiający ma obowiązek zawiadomić Komisję na jej żądanie o wszelkich działaniach, które uważają za wyłączone na mocy tego postanowienia, a Komisja może okresowo publikować w Dzienniku Urzędowym UE, dla celów informacyjnych, wykazy kategorii działań, które uważa za objęte tym wyłączeniem, a czyniąc to, respektuje wrażliwe aspekty handlowe, które instytucje zamawiające mogą wskazać, przekazując te informacje.

### • Wyłączenie przedsiębiorstw powiązanych

Duże „przedsiębiorstwa” często składają się z szeregu pojedynczych spółek, które wspólnie tworzą jeden podmiot gospodarczy podlegający wspólnemu kierownictwu. Usługi świadczone przez spółki powiązane są realizowane „u siebie” nawet w przypadku umowy zawartej między poszczególnymi spółkami wchodzącymi w skład grupy. Z tych przyczyn art. 23 dyrektywy sektorowej przewiduje wyłączenie niektórych transakcji w obrębie grupy. Wyłączone zamówienia to takie, które są udzielane przedsiębiorstwu powiązanemu, którego zasadniczym celem jest działanie jako centralny usługodawca wobec grupy, do której należy, a nie sprzedawanie swoich usług na zasadach komercyjnych na rynku. We wcześniejszej dyrektywie sektorowej (93/38), wyłączenie rozciągało się tylko na zamówienia na usługi, ale obecna (dyrektywa 2004/17) wyłączeniem tym obejmuje, poza zamówieniami na usługi, zamówienia na roboty budowlane i dostawy.

Wyłączenie z zastosowania przepisów dyrektywy podlega jednak dwóm warunkom:

- podmiot gospodarczy musi być przedsiębiorstwem powiązaniem z instytucją zamawiającą: przedsiębiorstwo powiązane, w rozumieniu art. 23 ust. 1 dyrektywy sektorowej to takie, którego sprawozdanie roczne jest skonsolidowane ze sprawozdaniem podmiotu zamawiającego, zgodnie z wymaganiami Siódmej dyrektywy Rady 83/349/EWG z dnia 13 czerwca 1983 r. wydanej na podstawie art. 44 ust. 2 lit. g) Traktatu w sprawie skonsolidowanych sprawozdań finansowych [27] [28] lub w przypadku podmiotów niepodlegających wyżej wymienionej dyrektywie, każde przedsiębiorstwo, w stosunku do którego podmiot zamawiający może wywierać, bez-

pośrednio lub pośrednio, dominujący wpływ w rozumieniu art. 2 ust. 1 lit. b) niniejszej dyrektywy, lub który może wywierać dominujący wpływ w stosunku do podmiotu zamawiającego lub który, wspólnie z podmiotem zamawiającym, podlega dominującemu wpływowi innego przedsiębiorstwa na podstawie prawa własności, udziału finansowego lub obowiązujących go przepisów.

- podmiot gospodarczy musi istnieć zasadniczo po to, aby świadczyć usługi na rzecz grupy i nie sprzedawać ich na otwartym rynku: ponieważ szereg takich podmiotów gospodarczych prowadzi w istocie swoją własną marginalną działalność komercyjną, w dyrektywie określa się kryteria, którymi można mierzyć akceptowalność takiej działalności komercyjnej. Wyłączenie ma zastosowanie, jeżeli co najmniej 80% średnich obrotów przedsiębiorstwa powiązanego uzyskanego w obrębie UE w ciągu poprzednich trzech lat pochodzi z realizacji robót budowlanych, dostaw lub usług na rzecz przedsiębiorstw, z którymi jest ono powiązane. „Średnie obroty” oznaczają obroty, które wynikają z realizacji robót budowlanych, dostaw lub usług, a nie ogólne lub łączne obroty przedsiębiorstwa. W przypadku, gdy więcej niż jedno przedsiębiorstwo powiązane z instytucją zamawiającą realizuje te same lub podobne usługi, dostawy lub roboty budowlane, powyższe wielkości procentowe oblicza się z uwzględnieniem obrotów łącznych pochodzących odpowiednio z realizacji usług, dostaw lub robót budowlanych przez te przedsiębiorstwa powiązane.

#### **• Zakupy w celu odsprzedaży lub najmu osobom trzecim**

Dyrektywa sektorowa wyklucza ze swojego zakresu stosowania zamówienia udzielane w celu odsprzedaży lub najmu na rzecz stron trzecich. Ma to na celu uwzględnienie zamówień, w których instytucja zamawiająca zamierza sprzedać lub wynająć sprzęt zakupiony na rynku konkurencyjnym. Przykładowo: podmioty sektorów gazowniczego i elektrycznego często sprzedają lub wynajmują sprzęt, taki jak urządzenia kuchenne lub inne sprzęty gospodarstwa domowego użytkownikom do korzystania z nich w swoich obiektach.

#### **2.3.10 Zamówienia zastrzeżone**

Dyrektywę wprowadzają nową kategorię tzw. zamówień „zastrzeżonych”, które mimo iż nie są wyłączone z zakresu obowiązywania dyrektyw,

nakładają na uczestników procedury specjalne warunki dopuszczenia. Państwa Członkowskie mogą zastrzec sobie prawo udziału w procedurach udzielania zamówień publicznych zakładom pracy chronionej lub przewidzieć możliwość realizacji takich zamówień w ramach programów pracy chronionej, w których większość zaangażowanych pracowników stanowią osoby niepełnosprawne, które ze względu na charakter lub stopień swojej niepełnosprawności nie mogą wykonywać swojej pracy w normalnych warunkach.

#### **2.4 Kwoty progowe zamówień**

Istotnym jest wprowadzenie jednolitych progów – określonych w euro. Progi zostały określone w odniesieniu do dostaw i usług oraz robót budowlanych, a także w kontekście instytucji zamawiających. W poprzednich dyrektywach kwoty te bardzo się różniły w zależności od rodzaju zamówienia, sektora, w którym podmiot działa (sektor publiczny lub inne). Nowe kwoty progowe wprowadzone na mocy dwóch nowych dyrektyw stanowią obecnie pojedynczy zestaw progów mających zastosowanie do sektora publicznego i działalności sektorowej, i które w działalności sektorowej mają zastosowanie do wszystkich instytucji zamawiających niezależnie od sektora, w którym działają.

Ze względu na unię walutową UE, kwoty progowe wyrażono w EUR, a nie w ECU, jak to miało miejsce poprzednio. Wysokość progów w walutach krajowych Państw Członkowskich, które nie przystąpiły do unii walutowej, będzie aktualizowana, co dwa lata, począwszy od 1 stycznia 2004 r. Kalkulacja opierać się będzie na średnich dziennych kursach tych walut względem EUR, przez okres 24 miesięcy, licząc do ostatniego dnia sierpnia poprzedzającego aktualizację, ze skutkiem od 1 stycznia. Zaktualizowane kwoty progowe zostaną opublikowane w miesiącu listopadzie poprzedzającym aktualizację, ze skutkiem od 1 stycznia.

Kwoty progowe ustalono na poziomach mających odzwierciedlać zamówienia, które powinny zainteresować wykonawców z innych Państw Członkowskich. Zakłada się, że zamówienia poniżej tych wartości progowych interesujące będą jedynie dla lokalnych wykonawców, zatem niewłaściwym byłoby stosować zasady udzielania zamówień publicznych obowiązujące na poziomie Wspólnoty Europejskiej, nawet jeśli tego rodzaju zamówienia podlegają postanowieniom Traktatu oraz skądinąd także przepisom prawa krajowego. Kwoty progowe przedstawia następująca



tabela (Dyrektywa 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych” Art. 16 „Progi dotyczące zamówień” oraz Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, Rozdział II, Sekcja 1, Art. 7 „Kwoty progowe dla zamówień publicznych”, ze zmianami wprowadzonymi przez Rozporządzenie Komisji (WE) Nr 2083/2005 z dnia 19 grudnia 2005 r. zmieniające dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w odniesieniu do progów ich stosowania w zakresie procedur udzielania zamówień).

	<b>Roboty budowlane</b>	<b>Dostawy, usługi i konkursy na prace projektowe</b>
Sektor publiczny	5 278 000	211 000* (137 000)**
Sektor użyteczności publicznej		422 000

\* Dotyczy (i) – instytucji zamawiających innych niż (objęte Umową GPA) centralne organy rządowe wymienione w Załączniku IV; (ii) – zamówień publicznych na dostawy produktów z zakresu obronności nie wymienionych w Załączniku V udzielanych przez (objęte Umową GPA) centralne organy rządowe wymienione w Załączniku IV; oraz (iii) – instytucji zamawiających w odniesieniu do zamówień na usługi badawczo-rozwojowe, zamówień na usługi telekomunikacyjne wymienione w pozycjach 7524-6 CPC, oraz zamówień na usługi niepriorytetowe.

\* Dotyczy zamówień na dostawy i usługi udzielanych przez (objęte Umową GPA) centralne organy rządowe wymienione w Załączniku IV oraz, w przypadku zamówień na produkty z zakresu obronności udzielanych przez instytucje zamawiające działające w dziedzinie obronności, dotyczy wyłącznie produktów uwzględnionych w Załączniku V.

### 2.4.1 Metody kalkulacji

Procedury udzielania zamówień obowiązują w przypadku, w którym wartość szacunkowa (bez podatku VAT) jest nie mniejsza niż wyżej wymienione kwoty progowe. Wartość szacunkowa musi być ważna w momencie przesłania ogłoszenia o zamówieniu, zaś w przypadkach, w których takie ogłoszenie nie jest wymagane, w chwili rozpoczęcia przez instytucję zamawiającą pro-

cedury udzielenia zamówienia. Niemniej instytucje zamawiające nie mogą umyślnie zaniżyć wartości zamówienia w celu uniknięcia zastosowania przepisów dyrektyw.

Dokonując oszacowania, należy uwzględnić szereg kwestii w celu określenia, jak skonstruowane jest oszacowanie. Są też zasady zakazujące sztucznego podziału zamówień oraz reguły pozwalające legalnie dzielić zamówienia na części. W niektórych przypadkach, w celu skalkulowania wartości szacunkowych, niektóre zamówienia będą wymagały połączenia.

### • Elementy kalkulacji

Kalkulacja łącznej wartości zamówienia wymaga uwzględnienia szeregu elementów.

#### *Opcje*

Wartość szacunkowa powinna zatem uwzględniać wartość wszelkich opcji lub wznowienia zamówienia. Klauzule dotyczące opcji mogą zatem przewidywać rozszerzenie zakresu robót budowlanych, dostaw bądź usług, lub też mogą przewidywać opcję zakupu sprzętu w wyniku zawarcia umowy dzierżawy, najmu lub leasingu. Tego rodzaju opcje winny być jednak jasno sformułowane, precyzyjne i prawnie wiążące. W takich przypadkach wartość kalkulowana będzie w oparciu o całkowitą maksymalną możliwą wartość, biorąc pod uwagę nie tylko wartość udzielanego zamówienia, ale również wartość ewentualnych rozszerzeń zakresu, wznowień oraz zakupów, które mogłyby zostać zrealizowane w wypadku skorzystania z opcji lub klauzuli wznowienia.

#### *Zamówienia na roboty budowlane*

Dokonując obliczeń dla robót budowlanych, instytucje zamawiające zobowiązane są uwzględnić w wartości szacunkowej zamówienia wartość wszelkich dostaw lub usług niezbędnych do wykonania robót budowlanych, które udostępnią przedsiębiorcy budowlanemu. Wartości dostaw lub usług, które nie są niezbędne do realizacji danego zamówienia na roboty budowlane, nie mogą być dodane do zamówienia na roboty budowlane w celu unikania zastosowania dyrektywy sektorowej do zamawiania tych dostaw lub usług.

## *Nagrody*

W przypadku, gdy instytucja zamawiająca przewiduje nagrody lub wynagrodzenia dla kandydatów lub wykonawców, powinna je uwzględnić przy obliczaniu wartości szacunkowej zamówienia.

### **• Specjalne metody kalkulacji**

Specjalne metody kalkulacji dotyczą różnego rodzaju sytuacji, w których określenie konkretnej wartości bywa niekiedy niemożliwe. Przepisy dotyczące leasingu produktów oraz zamówień o nieokreślonej cenie także przewidują istnienie zamówień na czas nieokreślony, czyli zamówień, których czas trwania początkowo nie jest znany. W takich wypadkach dyrektywa preferuje raczej ustalenie wartości w oparciu o koszty przypadające w ciągu czterech lat, niż próbę spekulatywnego oszacowania. W przypadku, gdy istnieje możliwość przedłużenia zamówienia w drodze opcji na czas określony, wartość opcji zostanie zgodnie z przepisami ujęta w łącznej wartości w sposób opisany w poprzednim rozdziale. Jeżeli opcja dotyczy czasu nieokreślonego, obowiązuje reguła szacowania wartości w oparciu o okres 4 lat.

## *Najem produktów*

W przypadku zamówień, których przedmiotem jest dzierżawa, najem lub leasing produktów, podstawa obliczenia szacunkowej wartości zamówienia zależy od tego, czy dane zamówienie udzielane jest na czas określony, czy nieokreślony. Wartość tę stanowić będzie odpowiednio:

- (i) w przypadku zamówień publicznych udzielanych na czas określony:
  - trwających nie dłużej niż 12 miesięcy: całkowita szacunkowa wartość zamówienia w okresie jego trwania;
  - przekraczających 12 miesięcy: całkowita 12-miesięczna wartość zamówienia, łącznie z szacowaną pozostałą wartością.
- (ii) w przypadku zamówień publicznych udzielanych na czas nieokreślony lub zamówień, których czas trwania nie może zostać określony: wartość miesięczna pomnożona przez 48.

## *Zamówienia na usługi*

Obliczając wartość zamówienia na usługi, instytucja zamawiająca zobowiązana jest uwzględnić całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, natomiast niekoniecznie wartość samej usługi. W odniesieniu do tego rodzaju zamówień dyrektywy nakazują uwzględnić następujące kwoty:

- w przypadku usług ubezpieczeniowych: należną składkę oraz inne rodzaje wynagrodzenia;
- w przypadku usług bankowych i innych usług finansowych: opłaty, prowizje, odsetki oraz inne rodzaje wynagrodzenia;
- w przypadku zamówień na wykonanie projektu: należne opłaty lub prowizje oraz inne rodzaje wynagrodzenia.

## *Zamówienia, które nie określają całkowitej ceny*

W przypadku zamówień na usługi, które nie określają całkowitej ceny, podstawę obliczenia szacunkowej wartości zamówienia stanowią:

- w przypadku zamówień na czas określony, gdy czas ten jest nie dłuższy niż 48 miesięcy: całkowita wartość zamówienia przez okres jego trwania
- w przypadku zamówień na czas nieokreślony lub przekraczający czterdzieści osiem miesięcy: miesięczna rata pomnożona przez 48.

### **• Sztuczne dzielenie zamówień**

Nie zezwala się na dzielenie zamówień objętych wspólnotowym systemem udzielania zamówień publicznych w celu obejścia przepisów określonych w dyrektywie poprzez, przykładowo, dzielenie dużych zamówień bądź wymagań na mniejsze części tak, aby wartość każdej lub niektórych spośród owych mniejszych części znalazła się poniżej odpowiedniej wartości progowej i, tym samym, poza zakresem stosowania dyrektyw.

Niemniej istnieją uzasadnione okoliczności, w których dzielenie zamówień jest możliwe. Dyrektywy przewidują konkretną procedurę uprawnionego podziału zamówień w przypadku, w którym pojedyncze wymaganie podzielone zostaje na szereg części. Można to uczynić, przy-

kładowo, z przyczyn technicznych (zważywszy na różne specjalizacje wymagane dla poszczególnych elementów składowych) lub też z chęci włączenia małych i średnich przedsiębiorstw poprzez zaoferowanie szeregu zamówień o niższej wartości. Niemniej przy obliczaniu wartości takiego zamówienia obowiązuje łączna wartość wspomnianych części.

#### **• Łączenie zamówień podzielonych na części**

Dyrektywy przewidują możliwość podziału na części zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi.

W przypadku zamówienia podzielonego na szereg części, z których każda jest przedmiotem odrębnego zamówienia, przy obliczaniu wartości szacunkowej zamówienia należy uwzględnić wartość każdej z tych części. W przypadku, gdy łączna wartość wszystkich części sięga wartości progowej, dyrektywy znajdują zastosowanie do każdej pojedynczej części. Instytucje zamawiające nie mają obowiązku stosowania przepisów dyrektyw do części, których szacunkowa wartość wynosi mniej niż 1 mln EUR w przypadku robót budowlanych oraz 80 000 EUR w przypadku dostaw lub usług, pod warunkiem, że łączna wartość wyłączonych części nie przekracza 20 procent łącznej wartości wszystkich części.

#### **• Łączenie zamówień w przypadku powtarzających się okresowo dostaw i usług**

W przypadku zamówień publicznych na dostawy lub usługi, powtarzające się lub podlegające odnowieniu w oznaczonym czasie, dyrektywa przewiduje dwie alternatywne metody obliczania wartości szacunkowej zamówienia. Podstawę owych metod stanowią odpowiednio:

- (a) rzeczywista łączna wartość kolejnych zamówień podobnego typu, udzielonych w ciągu poprzednich dwunastu miesięcy lub w poprzednim roku budżetowym, dostosowana, tam gdzie to możliwe, do zmian w ilości lub w wartości, które mogą się pojawić w ciągu dwunastu miesięcy następujących od udzielenia pierwszego zamówienia; albo
- (b) szacunkowa całkowita wartość zamówień udzielanych kolejno przez dwanaście miesięcy następujących po realizacji pierwszej

dostawy lub przez rok budżetowy, jeżeli jest on dłuższy niż dwa-  
naście miesięcy.

## **2.5 Specyfikacje techniczne**

Termin „specyfikacje techniczne” odnosi się do definicji tego, co zama-  
wiający chce kupić.

W przypadku dostaw – sprowadza się to do opisu charakterystyki na-  
bywanego wyrobu, a także ilości, jakości, trwałości i bezpieczeństwa.  
W przypadku usług – wymagania te dotyczą generalnie zdefiniowania  
oczekiwanych rezultatów. Podobnie jak w przypadku robót, usługi, które  
można określić przez odniesienie do „prac” do wykonania, powinny de-  
finiować zadania do realizacji oraz metody ich wykonania. Specyfikacje  
techniczne często odwołują się do konkretnych obowiązkowych standar-  
dów, które należy spełnić. Ponadto zamawiający może chcieć zdefiniować  
warunki zamówienia, aby obejmowały one projekt umowy lub ewentu-  
alne obowiązkowe warunki. W dyrektywach zawarto szereg postanowień  
mających zastosowanie do możliwych specyfikacji technicznych.

Stwierdza się tam wyraźnie, iż specyfikacje techniczne muszą umożliwić  
wykonawcom równoprawny dostęp do zamówień publicznych. Rolą dy-  
rektywy jest zapewnienie, iż zamówienie nie będzie realizowane w spo-  
sób, który w jakikolwiek sposób zakłócałby konkurencyjne działanie  
rynku. Specyfikacje techniczne oraz warunki umowy stanowią szerokie  
pole do ewentualnych manipulacji. Dyrektywy jednoznacznie definiują,  
iż Zamawiającemu nie wolno określać swoich wymogów w sposób, który  
faworyzowałby konkretny produkt, usługę czy też danego Wykonawcę.

Zamawiający mają swobodę nakreślania wymogów odnoszących się do  
charakterystyki lub funkcjonalności produktów czy usług, które mają zo-  
stać zrealizowane, lub do określonych specyfikacji technicznych. Możli-  
wość połączenia tych metod prowadzi do czterech sposobów wyrażania  
wymogów technicznych zamówienia:

- a) albo przez odniesienie do specyfikacji technicznych, określonych  
w odpowiednim załączniku oraz, w kolejności: do krajowych norm  
przenoszących normy europejskie, europejskich aprobat technicz-  
nych, wspólnych specyfikacji technicznych, norm międzynarodo-  
wych, innych systemów referencji technicznych ustanowionych

przez europejskie organy normalizacyjne lub – w przypadku ich braku – do norm krajowych, krajowych aprobat technicznych lub krajowych specyfikacji technicznych odnoszących się do projektowania, obliczania i realizacji robót, a także wykorzystania produktów. Każdemu odniesieniu muszą towarzyszyć słowa „lub równoważny”;

- b) albo w kategoriach charakterystyki czy wymogów funkcjonalnych: przy czym wymagania te mogą obejmować opis oddziaływania na środowisko. Parametry takie muszą być jednak dostatecznie precyzyjne, aby umożliwić oferentom ustalenie przedmiotu zamówienia, a instytucjom zamawiającym jego udzielenie;
- c) albo pod względem charakterystyki czy wymogów funkcjonalnych, o których mowa w lit. b), odnosząc się do specyfikacji wymienionych w lit. a) jako środka domniemanej zgodności z tą charakterystyką lub wymogami;
- d) albo przez odniesienie do specyfikacji, o których mowa w lit. a) dla niektórych cech oraz do charakterystyki i wymagań funkcjonalnych, o których mowa w lit. b) – dla innych cech.

### **2.5.1 Odniesienia zabronione**

O ile nie jest to uzasadnione przedmiotem zamówienia, dyrektywy zakazują odniesień w specyfikacjach technicznych do konkretnej marki czy źródła, konkretnego procesu, znaków towarowych, patentów, typów lub konkretnego pochodzenia czy produkcji. Poza zakazem wskazywania określonych wyrobów, uniemożliwia to także nakładanie wymogu stosowania określonych procesów, szczególnie w przypadku, gdy nie są one chronione inaczej prawami własności intelektualnej.

Zakaz ten ma zastosowanie w przypadku, gdy skutkiem odniesień jest faworyzowanie lub eliminowanie niektórych przedsiębiorstw lub produktów. To, czy zamawiający działa w dobrej wierze, można kwestionować w przypadku, gdy wydaje się, że intencją zastosowania takiej specyfikacji jest faworyzowanie lokalnego przemysłu. Dzieje się tak najprawdopodobniej, gdy materiał źródłowy nie ma żadnego naturalnego powiązania z regionem, lecz jest tam jedynie produkowany lub wytwarzany z zasto-

sowaniem surowców, które poza tym są wymienne lub możliwe do zastąpienia.

We wszystkich przypadkach takie odniesienia są dozwolone tylko na zasadzie wyjątku, kiedy nie można dostatecznie precyzyjnie i jednoznacznie opisać przedmiotu zamówienia, czy to przez odniesienie do wymienionych norm i specyfikacji, czy za pomocą charakterystyki lub wymogów funkcjonalnych. Ilekroć stosuje się jakiegokolwiek konkretne i uzasadnione odniesienie do konkretnej marki, źródła, konkretnego procesu czy znaków towarowych, patentów, typów lub konkretnego pochodzenia lub produkcji, musi być do niego dołączone określenie „lub równoważne”.

### **2.5.2 Oddziaływanie na środowisko**

Po raz pierwszy w dyrektywie wyraźnie przewiduje się uwzględnienie w systemie zamówień publicznych aspektów oddziaływania na środowisko, m.in. w odniesieniu do specyfikacji technicznych. Jest kilka sposobów ustalania wymagań z myślą o realizacji zamówień przyjaznych dla środowiska. Niezwykle istotne jest to, że dyrektywy pozwalają na uwzględnienie oddziaływania na środowisko już na etapie produkcji a nie dopiero konsumpcji. Ponadto, w dyrektywach zawarto wyraźne odniesienie do zastosowania eko-etykiet.

Dozwolone jest obecnie nakładanie w specyfikacjach wymogów w zakresie oddziaływania na środowisko, niezależnie od ich następstw finansowych, ilekroć cel, do którego osiągnięcia się dąży, jest zgodny z celami wspólnotowymi. Dzieje się tak nawet wtedy, gdy brak jest zauważalnej różnicy między tymi wyrobami a innymi wyrobami, które nie spełniają wymogów środowiskowych. Wymagania te muszą niemniej jednak spełniać pewne warunki. Muszą one być związane z przedmiotem zamówienia, nie mogą dawać nieograniczonej swobody wyboru zamawiającemu, muszą być wyraźnie wskazane w dokumentach przetargowych lub ogłoszeniu o przetargu oraz muszą być zgodne ze wszystkimi podstawowymi zasadami prawa wspólnotowego, w szczególności z zasadą zakazu dyskryminacji.

W przypadku, gdy instytucje zamawiające zdecydowały się na zdefiniowanie w swoich zamówieniach wymogów ochrony środowiska w kategoriach charakterystyki lub wymagań funkcjonalnych, w dyrektywach stwierdza się wyraźnie, iż mogą one obejmować charakterystykę oddzia-



ływania na środowisko. W dyrektywach stwierdza się w dalszym ciągu, że w takim przypadku, instytucje zamawiające mogą posłużyć się szczegółowymi specyfikacjami lub, w razie potrzeby, ich częściami, według tego, jak są one zdefiniowane przez europejskie lub (wielo)-krajowe eko-etykiety lub przez dowolną eko-etykieta, z zastrzeżeniem pewnych warunków. Wymaga się zatem, aby:

- specyfikacje te umożliwiały odpowiednie zdefiniowanie dostaw lub usług, które są przedmiotem zamówienia;
- wymagania dotyczące etykiety były opracowane na podstawie informacji naukowych;
- ekoetykiety były przyjęte z zastosowaniem procedury, w której mogą uczestniczyć wszystkie zainteresowane strony, takie jak instytucje rządowe, konsumenci, producenci, dystrybutorzy oraz organizacje ekologiczne
- były one dostępne dla wszystkich zainteresowanych.

### 2.5.3 Dialog techniczny

Ustalanie specyfikacji technicznych jest często zadaniem trudnym, szczególnie w przypadku nabywcy publicznego, który musi zakupić dowolną liczbę produktów, i który jest w dużej mierze odseparowany od sektora prywatnego. Aby upewnić się, że nabywca podejmie optymalną decyzję w odniesieniu do wyspecyfikowanej technologii, musi on mieć dostęp do informacji na jej temat. Aby uzyskać potrzebne informacje, nabywca będzie musiał się komunikować z potencjalnymi wykonawcami, ale czynienie tego w kontekście procesu przetargowego może stanowić naruszenie zasad, ponieważ w trakcie procedury generalnie nie dozwala się na dyskusje z wykonawcami.

Dyrektywy zawierają postanowienia, które dopuszczają możliwość dyskusji o specyfikacji technicznych z potencjalnymi wykonawcami przed wszczęciem każdej procedury udzielenia zamówienia. Określone jest to mianem „dialogu technicznego”. Przy zasadniczym założeniu, iż żadne dyskusje nie powinny mieć skutku ograniczania konkurencji, w preambułach do dyrektyw czytamy, iż „przed rozpoczęciem procedury udzielania zamówienia, instytucje zamawiające mogą, przy wykorzystaniu dialogu technicznego, poszukiwać lub korzystać z doradztwa, które może znaleźć zastosowanie w trakcie przygotowywania specyfikacji...”. Definicja dialogu technicznego oznacza, że dyskusje takie są dozwolone

*prima facie* (tu: bez zagłębiania się w sprawę; przyp. red.) Nie mogą one oczywiście mieć skutku ograniczenia konkurencji, a zatem nie powinny one dawać potencjalnemu wykonawcy konkurencyjnej przewagi na przykład przez ustalenie specyfikacji technicznych przez odniesienie do specyfikacji spełnianych przez jednego wykonawcę, czy to krajowego czy innego.

#### **2.5.4 Warianty**

Wykonawcy, którzy nie spełniają wymagań technicznych zamawiającego, tym samym nie spełniają wymogów ogólnych i ich oferty są zwykle odrzucane. Bywają jednak okoliczności, kiedy przyjęcie ofert w oparciu o alternatywne sposoby spełniania ustalonych wymagań bywa korzystne. Są to tak zwane oferty wariantowe, jednakże nie zawsze są one możliwe do przyjęcia dla zamawiającego.

Dyrektywy wymagają od zamawiających określenia, czy dopuszczają oferty wariantowe. Bez takiego wskazania nie zezwala się na zastosowanie wariantów. Oferty wariantowe dopuszcza się jedynie wtedy, gdy kryterium udzielenia zamówienia jest oferta najkorzystniejsza ekonomicznie. W sytuacji, w której Zamawiający dopuszcza oferty wariantowe – musi wskazać w dokumentach zamówienia minimalne wymagania do spełnienia przez warianty oraz wszelkie szczególne wymagania dotyczące ich składania. Pod uwagę mogą być brane tylko warianty spełniające wymagania minimum.

### **2.6 Warunki realizacji zamówienia**

Narzucając pewne warunki umowne, które mają zastosowanie w czasie realizacji umowy, publiczne instytucje zamawiające mogą realizować szereg różnych celów swoich kierunków działania.

Nowe dyrektywy zezwalają na zastosowanie niektórych warunków realizacji zamówienia. Stanowi ona, iż instytucje zamawiające mogą ustalić szczególne warunki dotyczące wykonania zamówienia przy założeniu, że są one zgodne z prawem wspólnotowym oraz zostały wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacjach. Warunki rządzące realizacją kontraktu mogą dotyczyć w szczególności aspektów społecznych i ochrony środowiska.

## **2.7 Informowanie o wymaganiach**

Specyfikacje techniczne, które mają zostać zastosowane, muszą zostać określone w dokumentacji przetargowej, czyli w ogłoszeniach o zamówieniu, dokumentach przetargowych. Ogłoszenie musi zawierać dane o tym, gdzie można się zwracać o dokumenty przetargowe. Dokumenty te mogą być opracowane i przekazywane także w formie elektronicznej.

W dyrektywach znajduje się konkretne odniesienie do określonych informacji, szczególnie dotyczących obowiązków związanych z podatkami, ochroną środowiska, a także przepisami o ochronie zatrudnienia oraz warunkach pracy obowiązującymi w danym Państwie Członkowskim.

W przypadku robót budowlanych lub usług, ale nie w odniesieniu do dostaw, instytucja zamawiająca może wskazać w dokumentach przetargowych lub zostać zobowiązana przez Państwo Członkowskie do określenia w dokumentach zamówienia organu lub organów, od których wykonawca może uzyskać odpowiednie informacje na temat obowiązków związanych z podatkami, ochroną środowiska, a także przepisami o ochronie zatrudnienia oraz warunkach pracy obowiązującymi w danym Państwie Członkowskim, regionie lub miejscu, w którym zamówienie ma zostać zrealizowane oraz mającymi zastosowanie wobec robót budowlanych przeprowadzanych na danym terenie lub usług świadczonych podczas realizacji zamówienia.

## **2.8 Wybór Wykonawców**

Podstawą całego systemu zamówień publicznych jest idea zakazu dyskryminacji wykonawców o różnej przynależności państwowej oraz stworzenia im jednakowych szans w ubieganiu się o zamówienia przyznawane na obszarze Wspólnoty. Instytucje zamawiające nie mogą zatem dowolnie eliminować żadnych dostawców z procedury udzielania zamówienia na zasadzie uznaniowości, szczególnie ze względu na przynależność państwową. Dyrektywa klasyczna zawiera więc szczegółowe kryteria predyspozycji i kwalifikacji, które powinny zostać zastosowane w celu wykluczenia wykonawców z procedur w przypadku niespełnienia przez nich tych kryteriów. Zastosowano również warunki odnoszące się do dowodów, które mogą być wymagane do weryfikacji kryteriów. Dyrektywa sektorowa jest jednak bardziej elastyczna i odwołuje się jedynie przykładowo do postanowień dyrektywy klasycznej.

### 2.8.1 Forma prawna

Wykonawcą może być każda osoba fizyczna lub prawna lub podmiot publiczny bądź grupa takich osób lub podmiotów, które oferują na rynku odpowiednio: wykonanie robót budowlanych i/lub obiektu budowlanego, produkty lub usługi. Oznacza to w sposób oczywisty zarówno firmy (spółki) jak i osoby indywidualne. Kandydaci lub oferenci, którzy są uprawnieni do świadczenia odnośnej usługi zgodnie z prawem Państwa Członkowskiego, w którym prowadzą działalność, nie mogą zostać odrzuceni jedynie ze względu na to, że zgodnie z prawem Państwa Członkowskiego, w którym zamówienie zostało udzielone, musieliby oni być osobami fizycznymi lub prawnymi.

W przypadku, gdy dany wykonawca jest osobą prawną, może zostać postawione mu wymaganie wskazania w ofercie lub wniosku o udział w procedurze, nazwisk i wymaganych kwalifikacji zawodowych personelu, który będzie odpowiedzialny za realizację zamówienia. Instytucja zamawiająca może także wymagać od wykonawców, aby udowodnili, że posiadają określone uprawnienia lub są członkami organizacji zawodowej w kraju swojego pochodzenia w zakresie wymaganym do realizacji danej roboty budowlanej, usługi czy też dostawy. Członkostwo w organizacji zawodowej jest często warunkiem nakładanym na osoby indywidualne pragnące wykonywać określony zawód. W przypadku, gdy wykonawca jest osobą prawną, może być od niego wymagane wykazanie przynależności jego personelu do danej organizacji.

#### **Grupy wykonawców**

Definicja „wykonawcy” zawarta w dyrektywie obejmuje „grupę osób i/lub podmiotów fizycznych lub prawnych”. Instytucje zamawiające nie mogą wymagać od tych grup przyjęcia konkretnej formy prawnej w celu złożenia oferty lub wniosku o udział w procedurze. W takiej sytuacji wykonawcy zobowiązani będą przynajmniej do ustanowienia / wyznaczenia pełnomocnika reprezentującego grupę w trakcie prowadzonego postępowania. Jednakże grupie, której udzielono zamówienia, może być postawiony taki wymóg z chwilą udzielenia tego zamówienia w zakresie, w jakim jest to niezbędne do zadawalającego wykonania umowy (umowa konsorcjum definiująca obowiązki i odpowiedzialność). Grupy spółek mogą na etapie dopuszczenia do udziału w procedurze korzystać wzajemnie ze swoich kwalifikacji. Nawet w przypadku spółki holdingowej,

która sama nie wykonuje robót, spółka holdingowa nie może zostać wykluczona z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane. Jeżeli od wykonawcy wymaga się przedstawienia jego kondycji ekonomicznej i finansowej oraz wiedzy technicznej i potencjału dla potrzeb wpisania na oficjalną listę uznanych przedsiębiorstw, może on wykazać się tymi kwalifikacjami, wykazując, że *niezależnie od charakteru jego prawnych powiązań z przedsiębiorstwami zależnymi*, ma do swojej dyspozycji zasoby takiego przedsiębiorstwa niezbędne do realizacji umów.

### 2.8.2 Dozwolone kryteria selekcji

W dyrektywie klasycznej wprowadzono całkowicie nowy przepis, który wymaga obowiązkowego wykluczenia wykonawców w przypadku, gdy uczestniczyli oni w określonej działalności przestępczej. Pozostałe przesłanki wykluczenia (z pewnymi drobnymi wyjątkami, dotyczącymi szczególnie środowiska) są w znacznej mierze niezmienione. Kwalifikacja podmiotowa jest oparta na ogólnych predyspozycjach wykonawcy, jego kondycji ekonomicznej i finansowej i/lub zdolności zawodowej. Dyrektywa sektorowa przewiduje większą elastyczność w zakresie kryteriów kwalifikacji podmiotowej niż dyrektywa klasyczna, jakkolwiek powołuje się ona wyraźnie na kryteria wymienione w dyrektywie klasycznej. Ponadto, w dyrektywie sektorowej przewiduje się utworzenie konkretnego systemu kwalifikacji, podobnego do rankingu wykonawców, który może działać na poziomie podmiotu zamawiającego. Zgodnie z warunkami określonymi w dyrektywie, ogłoszenie o istnieniu systemu kwalifikowania może także samo w sobie zostać uznane za zaproszenie do ubiegania się o zamówienie.

Podstawowa zasada jest taka, że instytucje zamawiające, które ustalają kryteria kwalifikacji w procedurach otwartych, ograniczonych i negocjacyjnych, muszą to czynić zgodnie z obiektywnymi zasadami i kryteriami, które są dostępne dla zainteresowanych wykonawców. Może to obejmować obowiązkowe i opcjonalne kryteria wyłączenia wymienione poniżej oraz, w przypadku, gdy zamawiający jest instytucją zamawiającą w rozumieniu art. 2 ust. 1 lit. a) dyrektywy sektorowej (tzn. nie przedsiębiorstwem publicznym ani podmiotem działającym na podstawie praw specjalnych lub wyłącznych), kryteria selekcji, które mają być zastosowane, powinny obejmować wymienione w art. 45 ust. 1 dyrektywy klasycznej kryteria wykluczeń.

### 2.8.2.1 Przesłanki obowiązkowego wykluczenia

Pierwsza grupa przesłanek została wprowadzona po raz pierwszy w nowej dyrektywie klasycznej jako swoista odpowiedź na rosnące zaniepokojenie następstwami przestępczości zorganizowanej zarówno w kategoriach procesu konkurencyjnego, jak i mechanizmu wprowadzania do legalnego obiegu środków pochodzących z działalności przestępczej. Dyrektywa klasyczna obejmuje także przepisy dotyczące kwestii korupcji w dziedzinie zamówień publicznych, zgodnie z którymi wykonawcy biorący udział w postępowaniu muszą zostać wykluczeni z tych procedur. Podstawą wykluczenia jest:

- a) **udział w organizacji przestępczej**, zgodnie z definicją takiej organizacji zawartą w art. 2 ust. 1 wspólnego działania Rady 98/733/WSiSW;
- b) **korupcja**, zgodnie z definicją zawartą odpowiednio w art. 3 aktu Rady z dnia 26 maja 1997r. oraz art. 3 ust. 1 wspólnego działania Rady 98/742/WSiSW;
- c) **oszustwo** w rozumieniu art. 1 Konwencji o ochronie interesów finansowych Wspólnot Europejskich;
- d) **udział w praniu pieniędzy**, zgodnie z definicją art. 1 dyrektywy Rady 91/308/EWG z dnia 10 czerwca 1991 r. w sprawie uniemożliwienia korzystania z systemu finansowego w celu prania pieniędzy.

Artykuł 45 ust. 1 dyrektywy klasycznej stanowi, iż każdy kandydat lub oferent, który został skazany prawomocnym wyrokiem znanym instytucji zamawiającej, z jednego lub więcej określonych powodów, zostaje wykluczony z udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne. Ponadto, jeżeli instytucje zamawiające mają wątpliwości co do podmiotowej sytuacji „podejrzanych” kandydatów lub oferentów, mogą także zwrócić się do właściwych organów w celu uzyskania wszelkich informacji uznanych za niezbędne, a dotyczących podmiotowej sytuacji danych kandydatów lub oferentów.

Do Państwa Członkowskiego należy określenie warunków wdrażania tych przepisów, zgodnie z prawem krajowym oraz z uwzględnieniem prawa

wspólnotowego. Pozwala to zachować elastyczność środków, które Państwa Członkowskie mogą podjąć w odniesieniu do tych działań i wymaga od nich ustalenia warunków ich stosowania. Warunki te mogą dotyczyć kwestii terminów, dowodów, poziomu dowodu, następstw skazania w odniesieniu do wykluczenia, tzn. czy oferenci zostali wykluczeni czasowo i na jaki okres, czy na stałe, czy z niektórych czy wszystkich procedur zamówień. W przepisach krajowych mogą być także przewidziane odstąpienia od wymogu obowiązkowego wykluczenia w przypadku występowania „nadrzędnych wymogów będących w interesie powszechnym”.

### **2.8.2.2 Ogólne predyspozycje**

Kolejną grupę przesłanek wykluczenia wykonawców określono w art. 45 ust. 2 i art. 46 dyrektywy klasycznej, przyczyny wymienione w dyrektywie są wyczerpujące. Jest to ważne, ponieważ w przypadku kondycji ekonomicznej i finansowej oraz w przypadku zdolności technicznych Państwa Członkowskie nie są ograniczone do środków dowodowych, a zatem kryteriów określonych w art. 47 dyrektywy. W artykule tym wyraźnie dozwala się na pozyskanie dalszych dokumentów oraz wymaga wskazania w ogłoszeniu o zamówieniu dodatkowych wybranych odniesień.

#### Przesłanki wykluczenia

Zgodnie z art. 45 ust. 2, wykonawca może zostać wykluczony z udziału w zamówieniu w przypadku, gdy:

- a) *jest w stanie upadłości lub likwidacji, jego działalność jest objęta zarządkiem sądowym, zawarł umowę z wierzycielami, zawiesił działalność gospodarczą albo znajduje się w analogicznej sytuacji, wynikającej z podobnej procedury zgodnej z krajowymi przepisami ustawowymi i wykonawczymi;*

Przepis ten dotyczy podmiotowej kondycji wykonawcy i ma na celu zapewnienie, że jest on zdolny do zarówno do działania, jak i wykonania późniejszych zobowiązań umowy. Jednakże możliwość wykonania konkretnego zamówienia przez zdolny do działania podmiot zostanie ustalona w drodze weryfikacji jego kondycji ekonomicznej i finansowej, co pozwoli upewnić się, czy jest on w stanie w sposób zadawalający zrealizować zamówienie określonej wielkości i wartości.

- b) *jest przedmiotem postępowania o ogłoszenie upadłości, o wydanie nakazu przymusowej likwidacji, o ustanowienie zarządu sądowego, postępowania układowego z wierzycielami lub innego podobnego postępowania zgodnego z krajowymi przepisami ustawowymi i wykonawczymi;*
- c) *został skazany prawomocnym wyrokiem, zgodnie z krajowymi przepisami, za przestępstwo związane z jego działalnością zawodową;*

Przestępstwo, o którym mowa, odnosi się do działalności zawodowej. Nie bierze się więc pod uwagę skazania za przestępstwo w ruchu drogowym. Jednakże to, czy dany czyn jest przestępstwem związanym z działalnością zawodową, zależy w dużej mierze od prawa obowiązującego w poszczególnych Państwach Członkowskich. Będzie to prawdopodobnie obejmowało naruszenia wymagań ustawowych w zakresie bezpieczeństwa i higieny pracy lub wykonywania obowiązków służbowych.

Dyrektywa uzupełnia listę potencjalnych przestępstw, a zatem jeżeli prawo krajowe zawiera przepisy tej treści, naruszanie przepisów w zakresie ochrony środowiska lub przepisów dotyczących niezgodnych z prawem umów w dziedzinie zamówień publicznych, które było przedmiotem prawomocnego wyroku lub decyzji mającej skutek równoważny, może zostać uznane za przestępstwo dotyczące działalności zawodowej danego wykonawcy lub poważne wykroczenie zawodowe (co należy do zakresu kolejnej podstawy wykluczenia). Brak przestrzegania krajowych przepisów wdrażających dyrektywy w sprawie równego traktowania pracowników, który był przedmiotem prawomocnego wyroku lub decyzji mającej skutek równoważny, może także zostać uznany za przestępstwo danego wykonawcy lub poważne wykroczenie zawodowe.

- d) *jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, udowodnionego dowolnymi środkami przez instytucje zamawiające;*

Przesłanka ta nie wskazuje na prawomocny wyrok sądowy, więc gdy naruszenie dotyczy przepisów prawa czy też kodeksów postępowania, niestanowiących z technicznego punktu widzenia przestępstwa, ale jest naruszeniem prawa administracyjnego lub pro-



wadzi do wszczęcia procedur dyscyplinarnych przez organizacje zawodowe, jest wystarczającym powodem do wykluczenia.

- e) *nie wypełnił zobowiązań dotyczących opłacania składek na ubezpieczenie społeczne, zgodnie z przepisami prawnymi kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, lub zgodnie z przepisami prawnymi kraju instytucji zamawiającej;*
- f) *nie wypełnił zobowiązań dotyczących płatności podatków, zgodnie z przepisami prawnymi kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, lub zgodnie z przepisami prawnymi kraju instytucji zamawiającej;*
- g) *jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji, wymaganych na mocy niniejszej sekcji dyrektywy.*

Podstawa ta wiąże się z podstawami wykluczenia wyliczonymi w tej sekcji dyrektywy. Określenie winy pozostawia się decyzji instytucji zamawiającej, która musi poinformować wykonawcę składającego ofertę o powodach jego wykluczenia. Decyzja ta może zostać zakwestionowana w przypadku, gdyby na przesłankę tę powołano się w sposób arbitralny.

Artykuł 45 ust. 3 dyrektywy klasycznej stanowi, że instytucje zamawiające muszą przyjąć niektóre dokumenty jako wystarczające dowody potwierdzające spełnienie warunków udziału. Instytucje zamawiające muszą przyjąć niektóre dokumenty jako wystarczające dowody spełnienia powyższych kryteriów. W przypadku kryteriów wskazanych powyżej w pkt. a), b) oraz c), wystarczającym dowodem będzie okazanie wyciągu z „rejestrów sądowych” danego podmiotu gospodarczego. W przypadku, gdy w danym Państwie Członkowskim nie prowadzi się takich rejestrów, wystarczy okazać równoważny dokument wydany przez właściwy organ sądowy lub administracyjny w kraju, z którego pochodzi wykonawca dowodzący, że wymogi te zostały spełnione. W przypadku wskazanym w pkt. e) oraz f) powyżej, wystarczy okazać zaświadczenie wydane przez właściwy organ wyznaczony przez dane Państwo Członkowskie. Jak już wyjaśniono, nie nakazuje się żadnych konkretnych form dowodów w przypadkach niezgodnych z prawdą oświadczeń przewidzianych w pkt. g) powyżej.

W celu udowodnienia swoich predyspozycji i kondycji handlowej, wykonawcy mogą zostać poproszeni o przedstawienie dowodów wpisów do rejestrów zawodowych lub handlowych w Państwie Członkowskim, w którym posiadają swoją siedzibę, zgodnie z wymaganiami prawa tego Państwa. Instytucje zamawiające nie mogą jednak wymagać wpisania się do żadnego rejestru handlowego przyjmującego Państwa Członkowskiego. Ponadto – o ile w swoim kraju pochodzenia wykonawcy muszą posiadać określone upoważnienie lub przynależać do określonej organizacji, aby móc świadczyć daną usługę – instytucja zamawiająca może wymagać od nich dowodu takiego uprawnienia lub członkostwa.

### **2.8.2.3 Kondycja ekonomiczna i finansowa**

Dokumenty służące dowiedzeniu kondycji finansowej i ekonomicznej dostawcy mogą generalnie być przedstawiane w jednej lub więcej następujących form:

- a) *odpowiednie zaświadczenia z banków albo, w stosownych przypadkach, dowód posiadania odpowiedniego ubezpieczenia z tytułu ryzyka zawodowego;*
- b) *bilans lub wyciągi z bilansów w przypadku, gdy opublikowanie bilansów jest wymagane na mocy prawa w kraju, w którym dany podmiot gospodarczy ma siedzibę lub miejsce zamieszkania;*
- c) *oświadczenie o łącznych obrotach przedsiębiorstwa oraz, w stosownych przypadkach, o obrotach w obszarze objętym zamówieniem za okres nie więcej niż trzech ostatnich lat budżetowych, w zależności od daty utworzenia przedsiębiorstwa lub rozpoczęcia działalności handlowej przez podmiot, w zakresie, w jakim informacje na temat tych obrotów są dostępne.*

Instytucje zamawiające muszą wskazać w ogłoszeniu lub zaproszeniu do udziału w przetargu, które z tych dokumentów wybrały oraz jakie referencje poza tymi, które wskazano w pkt. a), b) lub c), należy przedłożyć. Do Państw Członkowskich jednakże należy ustalenie wymaganego merytorycznego poziomu kondycji finansowej i ekonomicznej.

### **2.8.2.4 Zdolność techniczna i/lub zawodowa**

W art. 48 dyrektywy klasycznej określono sposoby oceny i badania kwalifikacji technicznych i/lub zawodowych wykonawców. W wymienionych odniesieniach wskazuje się tylko dowody, które należy przedstawić; do instytucji zamawiającej należy ustalenie poziomu kwalifikacji technicznych i/lub zawodowych wymaganych od wykonawców. Dowody kwalifikacji technicznych wykonawców mogą być przedstawione za pomocą jednego lub więcej wymienionych sposobów w zależności od charakteru, ilości lub znaczenia oraz wykorzystania robót budowlanych, dostaw lub usług. Wymaganie wszystkich takich „referencji” nie jest zatem konieczne; wymaga się tylko tych, które są niezbędne zamawiającemu, aby dokonać oceny. Instytucja zamawiająca musi określić, w ogłoszeniu o lub zaproszeniu do udziału w przetargu, które dokumenty chce otrzymać. Oto dokumenty wyliczone w dyrektywie:

***Tylko w przypadku robót budowlanych:***

- *wykaz robót budowlanych wykonanych w ciągu ostatnich pięciu lat wraz z zaświadczeniami zadowolającego wykonania najważniejszych robót. Zaświadczenia wskazują wartość, datę i miejsce robót, oraz określają, czy roboty zostały wykonywane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. W stosownych przypadkach, właściwy organ przedkłada takie zaświadczenie bezpośrednio instytucji zamawiającej.*

Dotychczasowe osiągnięcia to standardowy test kompetencji technicznych i może on być wykorzystany w celu dokonania oceny prawdopodobnej efektywności działania w przyszłości. Podobnie, jak w przypadku dotychczasowych osiągnięć w zakresie dostaw, o czym mowa poniżej, dokumenty te są, z definicji, kryteriami stosowanymi do wyboru wykonawcy (grupy wykonawców) a nie do udzielenia zamówienia.

***W przypadku robót budowlanych i usług:***

- *wykształcenie i kwalifikacje zawodowe usługodawcy, przedsiębiorcy budowlanego i/lub personelu zarządzającego przedsiębiorstwem, w szczególności osoby lub osób odpowiedzialnych za świadczenie usług lub kierowanie robotami budowlanymi.*
- *w odniesieniu do zamówień publicznych na roboty budowlane oraz usługi, a także wyłącznie w stosownych przypadkach, wskazanie środ-*

*ków zarządzania środowiskiem, które podmiot gospodarczy będzie mógł zastosować podczas realizacji zamówienia.*

Dyrektywa zezwala także instytucjom zamawiającym, w stosownych przypadkach, gdy charakter robót i/lub usług uzasadnia zastosowanie środków lub programów zarządzania środowiskiem podczas realizacji zamówienia publicznego, na wymaganie stosowania takich środków lub programów.

- *oświadczenie na temat wielkości średniego rocznego zatrudnienia u usługodawcy lub wykonawcy oraz liczebność kadry zarządzającej w ciągu ostatnich trzech lat.*

W odniesieniu zarówno do tego, jak i następnego, przepisu, który dotyczy narzędzi, maszyn lub urządzeń, wystarczy, jeżeli instytucja zamawiająca wie, że one istnieją, są odpowiednie oraz będą do dyspozycji w celu wykonania zamówienia.

- *oświadczenie na temat narzędzi, maszyn i urządzeń dostępnych dla usługodawcy lub wykonawcy w celu realizacji zamówienia.*

Dotyczy to sprzętu pozostającego do dyspozycji wykonawcy i umożliwia instytucji zamawiającej ustalenie, że faktycznie dysponuje zasobami innych podmiotów lub przedsiębiorstw, których nie jest właścicielem, a które są niezbędne do realizacji zamówienia.

- *wskazanie części zamówienia, której realizację usługodawca zamierza ewentualnie zlecić podwykonawcy.*

Przepis ten umożliwia jedynie wskazanie, jaka część usług ma zostać podzlecona. Nie zezwala on instytucji zamawiającej na limitowanie ani ograniczenie poziomu przewidywanej umowy o podwykonawstwo.

### ***W przypadku dostaw i usług:***

- *wykaz głównych dostaw lub usług zrealizowanych w ciągu ostatnich trzech lat, z podaniem kwot, dat wykonania oraz odbiorców, publicznych lub prywatnych. Dowody dostaw i usług należy przedstawić:*

- w przypadku, gdy odbiorcą była instytucja zamawiająca – w formie zaświadczeń wydanych lub poświadczonych przez właściwy organ;
- w przypadku, gdy odbiorcą był nabywca prywatny – w postaci zaświadczenia wystawionego przez nabywcę, a w razie braku takiego zaświadczenia – w postaci oświadczenia wykonawcy: art. 48 ust. 2 lit. a) podpunkt ii).
- opis urządzeń technicznych oraz środków zastosowanych przez dostawcę lub usługodawcę w celu zapewnienia jakości oraz opis zaplecza naukowo-badawczego przedsiębiorstwa;
- w przypadku, gdy produkty lub usługi, które mają zostać dostarczone mają charakter złożony lub, wyjątkowo, mają szczególne przeznaczenie, instytucje zamawiające lub, w ich imieniu, właściwy organ urzędowy kraju, w którym dostawca lub usługodawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, z zastrzeżeniem zgody tego organu, przeprowadza kontrolę możliwości produkcyjnych dostawcy lub możliwości technicznych usługodawcy, a w razie konieczności także dostępnych mu możliwości naukowych i badawczych, jak również środków kontroli jakości, z których będzie korzystał.

**W przypadku produktów, które mają być dostarczone:**

- próbki, opisy i/lub fotografie, których autentyczność musi zostać poświadczona na żądanie instytucji zamawiającej.
- zaświadczenia sporządzone przez uznane, właściwe urzędowe instytuty lub agencje kontroli jakości i wyraźnie potwierdzające zgodność produktów przez odniesienie do specyfikacji lub norm.

**W przypadku wszystkich zamówień:**

- wskazanie zaangażowanych pracowników technicznych lub instytucji technicznych, niezależnie od tego, czy są one częścią przedsiębiorstwa danego wykonawcy, w szczególności odpowiedzialnych za kontrolę jakości, zaś w przypadku zamówień na roboty budowlane – tych, do których wykonawca może się zwrócić w celu wykonania robót budowlanych.

### ***W przypadku usług w zakresie rozmieszczenia oraz usług instalacyjnych:***

- *w procedurach udzielania zamówień publicznych, których przedmiot stanowią dostawy wymagające wykonania prac dotyczących rozmieszczenia lub instalacji, wykonania usług i/lub realizacji robót budowlanych, zdolność podmiotów gospodarczych do wykonania usług, instalacji lub robót może być oceniana w szczególności w odniesieniu do ich umiejętności, sprawności, doświadczenia i rzetelności.*

#### **2.8.2.5 *Oficjalne wykazy oraz zarejestrowani wykonawcy w sektorze publicznym***

W wielu krajach oraz instytucjach zamawiających prowadzone są oficjalne wykazy lub, częściowo, systemy rejestracji. Celem rejestracji (która może być postrzegana jako sformalizowany system wstępnej kwalifikacji) jest wskazanie z wyprzedzeniem tych wykonawców, którzy są zdolni do realizacji niektórych rodzajów zamówień. W przypadku, gdy, jak to zwykle bywa, systemy rejestracyjne działają w celu klasyfikowania wykonawców pod względem wielkości zamówienia, którego mogą się oni podjąć w danej kategorii robót budowlanych (lub dostaw czy usług, w zależności od sytuacji), informacje wymagane do tego, aby spełnić ogólne kryteria kwalifikacji, wymagane w odniesieniu do każdej z tych kategorii i klasyfikacji (dotyczącej ogólnych możliwości, kondycji finansowej i ekonomicznej oraz zdolności technicznych), weryfikuje się na etapie rejestracji, a następnie okresowo sprawdza i aktualizuje. Kiedy ma zostać udzielone konkretne zamówienie, nie ma potrzeby wnikliwego sprawdzania tych informacji, o ile nie jest to konieczne do upewnienia się (szczególnie przy dużych przedsięwzięciach), że są one aktualne (post-kwalifikacja).

Dyrektywa klasyczna w art. 52 stanowi, że Państwa Członkowskie mogą wprowadzić urzędowe wykazy zatwierdzonych wykonawców, albo ich certyfikację przez publiczne lub prywatne instytucje certyfikacyjne, oraz że jeżeli to czynią, są zobowiązane podać Komisji oraz innym Państwom Członkowskim adres instytucji, do której należy przysyłać zgłoszenia. Sam brak wpisu na listę nie stanowi stwierdzonej ani uprawnionej podstawy do wykluczenia. Od instytucji zamawiających zawsze wymaga się uznania równoważnych certyfikatów wydanych przez instytucje działające w innych Państwach Członkowskich i muszą także przyjmować inne równoważne środki dowodowe. Dyrektywa zezwala na wykorzystanie rejestracji na oficjalnych wykazach w państwie pochodzenia wykonawcy

jako domniemanie przydatności w przyjmującym Państwie Członkowskim, w odniesieniu do wspólnych dla nich kryteriów przydatności.

W celu ułatwienia korzystania i wzmocnienia domniemanie przydatności wynikającego z rejestracji na tych listach, od Państw Członkowskich, które wprowadzają i prowadzą oficjalne wykazy uznanych wykonawców (dostawców lub usługodawców), wymaga się dostosowania ich do przepisów dyrektywy.

Ubiegając się o zamówienia, wykonawcy figurujący na takich listach lub legitymujący się odpowiednim certyfikatem mogą przedłożyć certyfikat rejestracji spełniający kryteria kwalifikacji, przynajmniej w przypadku, gdy kryteria te zostały wzięte pod uwagę w procesie rejestracji. Certyfikat ten tworzy domniemanie przydatności w odniesieniu do podmiotów gospodarczych mających miejsce zamieszkania lub siedzibę w państwie członkowskim prowadzącym oficjalny wykaz. A zatem, w odniesieniu do wykonawców wpisanych na oficjalną listę w swoim kraju pochodzenia, informacji, które można wywnioskować z wpisu na tę listę, nie można kwestionować w sposób bezzasadny.

Taki poświadczony wpis stanowi dla instytucji zamawiających innych Państw Członkowskich domniemanie przydatności odpowiadające klasyfikacji rejestracyjnej wykonawcy tylko w odniesieniu do niektórych z kryteriów opisanych w niniejszym rozdziale.

#### **2.8.2.6 System kwalifikowania w sektorze użyteczności publicznej**

System kwalifikowania jest podobny do oficjalnych wykazów czy rejestrów stosowanych w sektorze publicznym poza tym, że systemy takie są przyjmowane przez instytucje zamawiające dla ich własnych celów. Pozwalają one zaoszczędzić czas i koszty tak samo jak wykazy oficjalne, a dodatkową zaletą posiadania wykazu kwalifikowanych wykonawców, dostawców i usługodawców jest to, że instytucja zamawiająca będzie miała do swojej dyspozycji pulę potencjalnych oferentów, o których wie, że spełniają zasadnicze kryteria przydatności stawiane przez nią swoim dostawcom. Instytucja zamawiająca będzie mogła zwrócić się do nich w przypadku, gdy chce udzielić zamówienia zgodnie z procedurą negocjacyjną lub ograniczoną.

Art. 53 dyrektywy sektorowej wyraźnie dozwala instytucjom zamawiającym na tworzenie i prowadzenie systemu kwalifikowania wykonawców. Podmioty zamawiające, które utworzą i stosują taki system, zapewniają wykonawcom możliwość wnioskowania o ujęcie ich w tym systemie w dowolnym momencie. System kwalifikacji może obejmować klasyfikację wykonawców wg kategorii np. rodzaju zamówienia. Kategorie te mogą być dalej dzielone na pod-kategorie według specjalizacji w obrębie każdej kategorii. Sam system kwalifikowania może obejmować różne etapy kwalifikowania, a zatem także, w stosownych przypadkach, system klasyfikacji i kategoryzacji.

Jedną z istotnych cech systemu kwalifikowania przewidzianych w dyrektywie jest możliwość wykorzystania go jako zaproszenia do ubiegania się o zamówienie. Cel i korzyść z tego płynąca jest taka, że umożliwia to instytucji zamawiającej pominięcie normalnych zasad dotyczących ogłoszeń i wybranie wprost z listy kwalifikowanych wykonawców tych kandydatów, których chciała zaprosić do przetargu zgodnie z procedurą ograniczoną lub negocjacyjną. W istocie, zgodnie z art. 59 ust. 9 dyrektywy sektorowej, w przypadku zaproszenia do ubiegania się o zamówienie za pomocą zawiadomienia o istnieniu systemu kwalifikowania, wykonawcy uczestniczący w procedurze ograniczonej lub uczestnicy procedury negocjacyjnej muszą zostać wybrani spośród kwalifikowanych kandydatów zgodnie z takim systemem.

System kwalifikowania musi być prowadzony zgodnie z obiektywnymi kryteriami i określonymi zasadami kwalifikowania ustalonymi przez instytucję zamawiającą, a te kryteria oraz zasady muszą zostać udostępnione wykonawcom na ich żądanie. W przypadku ich aktualizacji, zaktualizowane kryteria i zasady muszą zostać podane do wiadomości wszystkich zainteresowanych wykonawców. Potencjalnie zainteresowani wykonawcy mogą zapoznać się z kryteriami i zasadami w czasie okresowego ogłoszenia systemu kwalifikowania. W celu zapewnienia, że system ten nie zostanie wykorzystany jako sposób wykluczenia wykonawców z procedur realizowanych przez daną instytucję zamawiającą, szczególnie wówczas, gdy jest on wykorzystany jako samo zaproszenie do ubiegania się o zamówienie (zob. poniżej), instytucje zamawiające, które tworzą lub prowadzą system kwalifikowania, są zobowiązane zapewnić, że wykonawcy mogą w każdej chwili zwrócić się o zakwalifikowanie.



W celu ustanowienia systemu kwalifikowania podmiot zamawiający musi opublikować ogłoszenie o istnieniu takiego systemu, ze wskazaniem jego celu oraz sposobu, w jaki można uzyskać dostęp do zasad nim rządzących. Wymagane informacje podano w Załączniku XIV. W przypadku, gdy system obowiązuje przez okres dłuższy niż trzy lata, ogłoszenie musi być publikowane corocznie, jakkolwiek podmioty gospodarcze mogą zwrócić się o zakwalifikowanie w dowolnym czasie. Jeżeli system obowiązuje przez okres krótszy niż trzy lata, wymaga się tylko wstępnego ogłoszenia.

Dyrektywa nakłada także szereg zabezpieczeń proceduralnych. Po złożeniu przez wykonawcę wniosku o kwalifikację, zwykłym wymogiem jest poinformowanie przez podmiot zamawiający wnioskodawców o swojej decyzji w kwestii kwalifikacji w ciągu sześciu miesięcy. Wnioskodawcy, którym odmówiono kwalifikacji, muszą zostać poinformowani o tej decyzji oraz o powodach odmowy jak najszybciej, a w żadnych okolicznościach nie później niż w ciągu 15 dni od daty wydania decyzji. Przyczyny muszą wynikać z kryteriów kwalifikacji podanych w ogłoszeniu (lub dokumentach uzupełniających). Kwalifikacja wykonawcy może zostać wycofana lub zakończona z powodów opartych na tych kryteriach kwalifikacji. Wykonawca powinien zostać poinformowany na piśmie o wszelkich zamiarach zakończenia kwalifikacji, na co najmniej piętnaście dni przed planowaną datą zakończenia procesu kwalifikacji wraz z uzasadnieniem proponowanego działania.

## **2.9 Dopuszczalne procedury udzielania zamówień**

Zasady dotyczące ogłoszeń i procedur udzielania zamówień są podobne zarówno w sektorze publicznym jak i sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych. Biorąc jednakże pod uwagę szczególne cechy działalności w tych sektorach, założenia sprzyjające procedurze otwartej lub ograniczonej występujące w sektorze publicznym zastępuje się tutaj bardziej elastycznym podejściem i daje się instytucjom zamawiającym swobodny wybór stosowanych przez nie procedur. Ponadto, dyrektywa klasyczna wprowadza nową procedurę dialogu konkurencyjnego, która nie jest dostępna w przypadku działalności sektorowej. Dyrektywa sektorowa także przewiduje system kwalifikowania, którego nie przewidziano *explicite* dla sektora publicznego.

Zarówno dyrektywa klasyczna jak i sektorowa zostały zaktualizowane pod względem stosowania technologii, umożliwiając obecnie komunika-

cję w formie elektronicznej, co ma istotne konsekwencje dla terminów dzięki zastosowaniu szybszych i bardziej efektywnych środków komunikacji.

Trzy zasadnicze procedury zachowane z poprzednich dyrektyw to:

- „**procedury otwarte**”, według których oferty mogą składać wszyscy zainteresowani wykonawcy;
- „**procedury ograniczone**”, zgodnie z którymi o udział może się ubiegać każdy wykonawca oraz w ramach których oferty mogą składać tylko wykonawcy, zaproszeni przez instytucję zamawiającą; oraz
- „**procedury negocjacyjne**”, w ramach których instytucje zamawiające konsultują z wykonawcami, dostawcami lub usługodawcami dokonywany przez siebie wybór oraz negocjują warunki umowy z jednym lub większą liczbą wykonawców.

Wraz z konsolidacją trzech dyrektyw dotyczących sektora publicznego, nowa dyrektywa utrzymuje także procedurę udzielenia zamówienia w odniesieniu do:

- „**konkursów**” jako procedur, które umożliwiają podmiotowi zamawiającemu uzyskanie, głównie w dziedzinie urbanistyki i planowania przestrzennego, architektury, inżynierii lub przetwarzania danych, planu lub projektu wybranego przez sąd konkursowy po przeprowadzeniu postępowaniu konkursowego z przyznaniem nagród lub bez nagród.

Po uwzględnieniu jednoznacznego obecnie odniesienia do umów ramowych w sektorze publicznym, w dyrektywie klasycznej również przewidziano możliwość zawierania:

- „**umów ramowych**”, oznaczających umowy zawarte pomiędzy jedną lub kilkoma instytucjami zamawiającymi a jednym lub kilkoma wykonawcami, których celem jest określenie warunków dotyczących zamówień, które zostaną udzielone w danym okresie, w szczególności w odniesieniu do ceny oraz, o ile ma to zastosowanie, przewidywanych ilości.

W dyrektywie klasycznej wprowadzono nową szczególną procedurę (nie została ona przewidziana dla sektora użyteczności publicznej), jest to procedura etapowa, pozwalająca na stopniowe zmniejszanie, na podstawie określonych wcześniej kryteriów liczby proponowanych rozwiązań, które zostaną poddane dyskusji. Oferty składane są dopiero po ustaleniu w drodze dialogu rozwiązania lub rozwiązań, które najbardziej odpowiadają zamawiającemu i oceniane na podstawie kryteriów określonych w ogłoszeniu lub dokumencie opisowym:

- „**dialog konkurencyjny**”, oznaczający procedurę, w której o udział ubiegać się może każdy wykonawca oraz w ramach której instytucja zamawiająca prowadzi dialog z dopuszczonymi do udziału kandydatami w celu wypracowania jednego lub większej liczby odpowiednich rozwiązań, spełniających jej wymogi, a na ich podstawie wybrani kandydaci są następnie zapraszani do składania ofert.

Uwzględniając zmiany zachodzące w dziedzinie informatyki, w dyrektywie przewidziano dwie nowe metody udzielania zamówień, które przyjmują w dużej mierze formę elektroniczną. Są to:

- „**dynamiczny system zakupów**”, oznaczający w pełni elektroniczny proces dokonywania bieżących zakupów, których cechy, jako ogólnie dostępnych na rynku, spełniają wymagania instytucji zamawiającej, i który ma ograniczony czas trwania oraz jest otwarty przez cały swój okres ważności dla każdego wykonawcy, który spełnia kryteria kwalifikacji i złożył ofertę orientacyjną zgodną ze specyfikacją;
- „**aukcje elektroniczne**”, oznaczające powtarzalny proces, obejmujący zastosowanie urządzenia elektronicznego do przedstawiania nowych, obniżanych cen lub nowych wartości dotyczących niektórych elementów ofert, realizowany po przeprowadzeniu wstępnej pełnej oceny ofert i umożliwiający ich klasyfikację za pomocą metod automatycznej oceny.

Podmioty gospodarcze składające oferty określane są mianem „oferentów”. Ci, którzy ubiegają się o zaproszenie do udziału w procedurze ograniczonej lub negocjacyjnej, lub w dialogu konkurencyjnym, zwani są „kandydatami”.

Niniejsza sekcja poświęcona jest omówieniu cech charakterystycznych każdej z procedur, a następnie ogólnych wymogów proceduralnych nałożonych przez dyrektywy. Zasada ogólna w działalności sektorowej głosi, że podmioty zamawiające mają swobodę wyboru między procedurą otwartą, ograniczoną lub negocjacyjną pod warunkiem zamieszczenia prawidłowego ogłoszenia. Niemniej jednak procedura negocjacyjna może być stosowana bez uprzedniego ogłoszenia w szeregu przypadków stanowiących odzwierciedlenie sytuacji z sektora publicznego, a omówionych poniżej.

### **2.9.1 Procedury otwarte i ograniczone**

W obu procedurach przewiduje się pełną konkurencję i obie są ogłaszane w Dzienniku Urzędowym UE. Różnica polega na tym, że procedury ograniczone realizowane są praktycznie w dwóch etapach: pierwszy z nich to w istocie etap wstępnej kwalifikacji, w którym wykonawcy w odpowiedzi na publiczne ogłoszenie składają wnioski o dopuszczenie do udziału w procedurze. Kandydaci wybrani na tym etapie proszeni są następnie o złożenie swoich ofert. W procedurze otwartej wykonawcy przedstawiają jednocześnie ofertę potwierdzającą spełnienie warunków udziału w postępowaniu, jak i merytoryczną, nawet jeżeli instytucja zamawiająca będzie rozpatrywała te dwa aspekty kolejno. W procedurze ograniczonej wyboru kandydatów zapraszanych do udziału w następnym etapie (ofertowym) dokonuje się na podstawie kryteriów obiektywnych omówionych powyżej. Celem nadrzędnym przy podejmowaniu decyzji o liczbie kandydatów zapraszanych do złożenia ofert musi być zapewnienie wystarczającej czy też rzeczywistej konkurencji. W dyrektywach stwierdza się, że musi być zaproszone minimum pięciu kandydatów, ale nie określa się żadnego górnego limitu, jakkolwiek instytucje zamawiające, jeżeli chcą, mogą w dalszym ciągu ustalać liczbę maksymalną. Zamawiający winien zaprosić kandydatów w liczbie co najmniej odpowiadającej określonej z góry liczbie minimalnej. Jednakże w przypadku, gdy liczba kandydatów spełniających kryteria kwalifikacji podmiotowej oraz minimalne wymagania w zakresie zdolności do realizacji zamówienia jest mniejsza niż liczba wskazana w ogłoszeniu, instytucja zamawiająca może kontynuować procedurę, zapraszając kandydata/ów o wymaganym potencjale, przy czym nie może ona uwzględniać innych wykonawców, którzy nie ubiegali się o udział w procedurze ani kandydatów, którzy nie spełnią warunków udziału w procedurze. W sektorze użyteczności publicznej brak jest określenia minimalnej liczby zaproszonych podmiotów.

Jeżeli instytucja zamawiająca zamierza zastosować mechanizm ustalenia względnego rankingu kandydatów w celu identyfikacji tych, których zaprosi do składania ofert, jest ona zobowiązana uprzednio wymienić ich liczbę w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach przetargowych.

### **2.9.2 Procedura negocjacyjna**

Procedura negocjacyjna jest wyjątkiem w sektorze publicznym, a w dyrektywie przewidziano sytuacje, w których zastosowanie procedury negocjacyjnej jest dozwolone. Procedura negocjacyjna może zostać zastosowana przy jednoczesnym zamieszczeniu ogłoszenia lub bez takiego ogłoszenia, w zależności od okoliczności.

W sektorze użyteczności publicznej procedura negocjacyjna może zostać zastosowana bez uzasadnienia jako jedna z trzech procedur podstawowych (otwartej, ograniczonej lub negocjacyjnej) pod warunkiem, że została ona poprzedzona ogłoszeniem.

#### **Procedura negocjacyjna z publikacją ogłoszenia w sektorze publicznym**

- (i) ***W przypadku ofert nieprawidłowych lub złożenia ofert, które są nie do przyjęcia według przepisów prawa krajowego zgodnych z dyrektywą, w odpowiedzi na procedurę otwartą lub ograniczoną lub dialog konkurencyjny o ile pierwotne warunki umowy nie zostają istotnie zmienione.***

Dotyczy to sytuacji, w których otrzymane oferty są niezgodne z wymaganiami prawa czy warunkami określonymi w specyfikacji.

- (ii) ***W wyjątkowych przypadkach, kiedy charakter robót budowlanych, dostaw czy usług lub ryzyko z tym związane nie zezwala na określenie z wyprzedzeniem ceny łącznej.***

Ta przesłanka ma zastosowanie w dwóch przypadkach: gdy (i) charakter robót budowlanych, dostaw czy usług lub (ii) ryzyko z nimi związane, nie zezwala na określenie z wyprzedzeniem ceny łącznej. Jest to prawda zwłaszcza w przypadku zamówień bazu-

jących na różnego stopnia partnerstwie publiczno-prywatnym (PPP), przy którym wyjątek ten był często stosowany.

- (iii) ***W przypadku usług, m.in. usług zaliczanych do kategorii 6 w Załączniku II A, oraz usług o charakterze intelektualnym, takich jak usługi w zakresie projektowania robót budowlanych, gdy rodzaj usług uniemożliwia na tyle precyzyjne nakreślenie specyfikacji zamówienia, aby umożliwić udzielenie zamówienia w drodze wyboru najlepszej oferty zgodnie z zasadami rządzącymi procedurami otwartymi lub ograniczonymi.***

Usługi należące do wspomnianej kategorii 6 to usługi ubezpieczeniowe, bankowe oraz inwestycyjne.

- (iv) ***W odniesieniu do zamówień publicznych na prace wykonywane wyłącznie dla celów badawczych, testowych czy rozwojowych a nie dla zysku czy po to, aby odzyskać nakłady na prace badawczo-rozwojowe.***

W przypadku dostaw zamówienia takie mogą być udzielane w drodze procedury negocjacyjnej bez ogłoszenia i omówione są one w kolejnej sekcji.

Procedurę negocjacyjną z ogłoszeniem uruchamia się w taki sam sposób jak inne procedury konkurencyjne. Momentem wszczęcia postępowania jest publikacja ogłoszenia zawierającego odniesienie do kryteriów kwalifikacji podmiotowej wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do negocjacji. Podobnie jak w przypadku procedury ograniczonej, instytucja zamawiająca nie jest zobowiązana zapraszać do negocjacji wszystkich kandydatów spełniających kryteria kwalifikacji.

W wytycznych dyrektywy znajdujemy odniesienie do liczby minimalnej dla procedury negocjacyjnej z publikacją ogłoszenia, określonej na trzech kandydatów. W przypadku, gdy liczba ta jest mniejsza od liczby minimalnej, Zamawiający może kontynuować realizację procedury, w każdym jednak przypadku liczba zaproszonych kandydatów powinna być wystarczająca, aby zapewnić prawdziwą konkurencję.

Po dokonaniu kwalifikacji podmiotowej zaproszenia do negocjacji muszą zostać wysłane jednocześnie oraz w formie pisemnej do wybranych

kandydatów. Procedura negocjacyjna może być realizowana etapowo w celu zmniejszenia liczby ofert poddanych negocjacom. Liczba ta ulega zmniejszeniu przez zastosowanie kryteriów udzielenia zamówienia określonych w ogłoszeniu lub w specyfikacjach, a instytucje zamawiające mogą ocenić relatywne korzyści ekonomiczne oferowane przez poszczególnych kandydatów na każdym etapie procedury. Na etapie końcowym ostatecznie uzyskana liczba musi zapewnić autentyczną konkurencję – o ile tylko rozwiązania lub odpowiedni kandydaci występują w wystarczającej liczbie. Zmniejszając liczbę kandydatów na kolejnych etapach, instytucje zamawiające muszą zadbać o równość traktowania wszystkich wykonawców. Nie wolno im w szczególności przekazywać informacji w sposób dyskryminujący, dający niektórym wykonawcom przewagę nad innymi.

### ***Procedura negocjacyjna bez publikacji ogłoszenia***

Zarówno w sektorze publicznym jak i w sektorze użyteczności publicznej, zamawiający mogą udzielić zamówienia w drodze procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji ogłoszenia w szeregu określonych okoliczności. Ta procedura negocjacyjna może być stosowana bez ogłoszenia w następujących przypadkach:

#### ***Dla wszystkich zamówień***

- (i) ***W przypadku, gdy nie złożono jakichkolwiek ofert lub jakichkolwiek odpowiednich ofert czy propozycji w odpowiedzi na procedurę otwartą lub ograniczoną przy założeniu, że pierwotne warunki zamówienia nie zostały znacząco zmienione oraz pod warunkiem, że sprawozdanie zostało przesłane Komisji na jej żądanie.***

Podstawa ta ma zastosowanie jednak w przypadku braku ofert lub, gdy wszystkie otrzymane oferty są nieodpowiednie i przy założeniu, że pierwotne warunki zamówienia nie zostały w sposób istotny zmienione.

- (ii) ***W przypadku, gdy z przyczyn technicznych lub artystycznych, lub z powodów związanych z ochroną praw wyłącznych, zamówienie może zostać udzielone tylko konkretnemu podmiotowi gospodarczemu.***

Dotyczy to szeregu kwestii. Po pierwsze, powodów **technicznych**, gdy konkretny wykonawca jest jedynym zdolnym do realizacji danego przedsięwzięcia z racji posiadania konkretnej fachowej wiedzy technicznej lub potencjału, niezależnie od tego, czy stanowią one przedmiot jakichkolwiek praw zastrzeżonych.

Druga podstawa zawarta w tym warunku dotyczy **praw wyłącznych**, takich, jak prawa własności intelektualnej lub własności przemysłowej. Posiadacze tych praw mogą nimi dysponować, co może oznaczać, że tylko oni mogą z nich korzystać.

Skuteczne wykorzystanie tych praw wymaga wykazania, że brak jest w istocie jakichkolwiek alternatywnych rozwiązań.

- (iii) ***O ile jest to absolutnie niezbędne, gdy z powodu niezwyklej pilności spowodowanej zdarzeniami niemożliwymi do przewidzenia przez instytucje zamawiające nie można dotrzymać terminu procedur otwartych ograniczonych lub negocjacyjnych z ogłoszeniem. Okoliczności uzasadniające niezwyklej pilność w żadnym wypadku nie mogą być przypisywane instytucji zamawiającej.***

Wszystkie warunki określone w tej przesłance muszą być spełnione, ponieważ mają one charakter łączny. Należy, zatem dowieść, że zastosowanie derogacji jest (i) bezwzględnie konieczne, gdy (ii) z powodu niezwyklej pilności (iii) spowodowanej zdarzeniami niemożliwymi do przewidzenia przez instytucje zamawiające, (iv) nie można dotrzymać terminu procedur otwartych, ograniczonych lub negocjacyjnych z ogłoszeniem oraz (v) okoliczności uzasadniające niezwyklej pilność w żadnym wypadku nie mogą być przypisywane instytucji zamawiającej.

## **Dla zamówień na dostawy**

- (iv) ***Kiedy produkty są wytwarzane wyłącznie w celu prowadzenia prac badawczych, eksperymentów, badań lub prac rozwojowych; postanowienie to nie dotyczy produkcji w ilości mającej na celu utrzymanie się na rynku na zasadach komercyjnych ani odzyskanie kosztów prac badawczo-rozwojowych.***



- (v) *W przypadku dodatkowych dostaw realizowanych przez pierwotnego dostawcę, które mają zastąpić w części normalne dostawy lub instalacje lub przedłużyć dotychczasowe dostawy lub instalacje, gdy zmiana dostawcy zobowiązywałaby instytucję zamawiającą do nabycia materiału o innych właściwościach technicznych, co spowodowałoby brak kompatybilności lub niewspółmierne trudności techniczne w zakresie jego eksploatacji i utrzymania.*
- (vi) *W przypadku dostaw notowanych i nabywanych na rynkach towarowych.*
- (vii) *W przypadku nabywania dostaw na szczególnie korzystnych warunkach, od dostawcy, który definitywnie zamyka swoją działalność lub syndyków masy upadłościowej lub likwidatorów, w związku z układem z wierzycielami lub podobną procedurą realizowaną zgodnie z krajowym prawem lub przepisami.*

Umożliwia to instytucjom zamawiającym skorzystanie z wyprzedaży zapasów w związku z trudnościami finansowymi wykonawców.

- (viii) *Tylko w sektorze użyteczności publicznej, w przypadku zakupów okazjonalnych, gdy możliwe jest nabycie dostaw, korzystając ze szczególnie korzystnej sposobności dostępnej przez bardzo krótki czas i za cenę znacząco niższą niż normalne ceny rynkowe.*

Ta przesłanka pochodzi z porozumienia GPA, gdzie obejmuje ona zarówno przypadek upadłości (powyżej) oraz inne sytuacje, szczególnie nietypowe zbycia dokonywane przez firmy, które normalnie nie są dostawcami. Nie ma ona w założeniu dotyczyć rutynowych zakupów od regularnych wykonawców.

#### **Dla zamówień na usługi**

- (ix) *Kiedy przedmiotowe zamówienie jest udzielane w drodze konkursu na prace projektowe i musi, zgodnie z odnośnymi przepisami, zostać udzielone zwycięskiemu kandydatowi lub jednemu ze zwycięskich kandydatów, przy czym w tym drugim przypadku, wszyscy zwycięscy kandydaci muszą zostać zaproszeni do udziału w negocjacjach.*

## Dla zamówień na roboty budowlane i usługi

- (x) *W odniesieniu do dodatkowych robót lub usług, które nie zostały uwzględnione w pierwotnie przewidywanym przedsięwzięciu lub w pierwotnym zamówieniu, ale które, z powodu nieprzewidzianych okoliczności, stały się niezbędne do realizacji robót budowlanych lub usług w nim opisanych, pod warunkiem, że zamówienie zostaje udzielone podmiotowi gospodarczemu wykonującemu takie roboty budowlane lub usługi.*

Poza warunkami wskazanymi powyżej, z tej przesłanki można skorzystać w dwóch sytuacjach:

- kiedy takie dodatkowe roboty budowlane lub usługi nie mogą zostać technicznie lub ekonomicznie oddzielone od pierwotnego zamówienia bez powodowania poważnych niedogodności dla instytucji zamawiających, *lub*
- kiedy takie roboty budowlane lub usługi, jakkolwiek odrębne od realizacji pierwotnego zamówienia, są bezwzględnie potrzebne do jego realizacji.

Wymóg nieprzewidywalności, który należy interpretować bardzo precyzyjnie, służy zapewnieniu, aby przesłanka nie została wykorzystana jako sposób udzielenia nowego zamówienia na roboty budowlane lub usługi pod pozorem ich uzupełnienia. Łączna wartość zamówień udzielonych na dodatkowe roboty lub usługi nie może przekraczać 50% kwoty zamówienia pierwotnego.

- (xi) *W przypadku nowych robót budowlanych lub usług (tylko nowych robót budowlanych w sektorze użyteczności publicznej), polegających na powtórzeniu podobnych robót lub usług powierzonych podmiotowi gospodarczemu, któremu te same instytucje zamawiające udzieliły pierwotnego zamówienia pod warunkiem, że te roboty lub usługi są zgodne z podstawowym przedsięwzięciem, na które zostało udzielone pierwotne zamówienie według procedury otwartej lub ograniczonej.*

W przeciwieństwie do poprzedniej przesłanki, w przedmiotowej sytuacji dodatkowe roboty lub usługi muszą być przewidziane

w pierwotnym zamówieniu udzielonym zgodnie z procedurą otwartą lub ograniczoną.

Przesłanka ta ma zastosowanie pod warunkiem, że:

- poinformowania o zamiarze udzielenia zamówienia wykonawcy już w ogłoszeniu bądź zaproszeniu w pierwszej procedurze.
- konieczności uwzględnienia przez Zamawiającego wartości szacunkowej kolejnego zamówienia przy obliczaniu wartości szacunkowej zamówienia pierwotnego.

### **2.9.3 Konkursy**

Zgodnie z brzmieniem dyrektyw „Konkursy” oznaczają te procedury, które umożliwiają instytucji zamawiającej uzyskanie planu lub projektu, wybranego przez sąd konkursowy, przede wszystkim w dziedzinie planowania przestrzennego i urbanistyki, architektury oraz inżynierii lub przetwarzania danych po przeprowadzeniu postępowania konkursowego z przyznaniem nagród lub bez nagród.

Po pierwsze, dopuszczenie uczestników do konkursów nie może być ograniczone przez odniesienie do terytorium lub części terytorium Państwa Członkowskiego.

Po drugie, w przypadku ograniczenia liczby uczestników takich konkursów, instytucje zamawiające muszą ustalić jednoznaczne i niedyskryminujące kryteria wyboru. Jeżeli wybór taki jest dokonywany, liczba zaproszonych do udziału kandydatów musi być wystarczająca do tego, aby zapewnić dostateczną czy też autentyczną konkurencję.

Trzeci warunek dotyczy sądu konkursowego, który powinien być:

- niezależny od uczestników konkursu;
- zaznajomiony z kwalifikacjami zawodowymi wymaganymi od uczestników (co najmniej trzecia część liczby członków sądu konkursowego powinna mieć te same kwalifikacje, których wymaga się od uczestników lub kwalifikacje im równoważne);
- autonomiczny w podejmowaniu decyzji.

Sąd konkursowy dokonuje oceny planów i projektów złożonych przez kandydatów anonimowo oraz wyłącznie na podstawie kryteriów wskazanych w ogłoszeniu o konkursie.

## 2.9.4 Umowy ramowe w sektorze publicznym

W celu zawarcia umowy ramowej instytucje zamawiające przestrzegają reguł dyrektywy klasycznej na wszystkich etapach, aż do udzielenia zamówienia na podstawie umowy ramowej. Strony umowy ramowej wybierane są poprzez zastosowanie kryteriów udzielania zamówień określonych zgodnie z art. 53 dyrektywy.

Dyrektywa proponuje dwie możliwości zawarcia umowy ramowej z jednym lub kilkoma wykonawcami.

W przypadku zawarcia umowy ramowej z jednym wykonawcą, zamówienia oparte na tej umowie muszą zostać udzielone zgodnie z warunkami określonymi w umowie ramowej. Jeżeli umowa ramowa jest zawarta z kilkoma wykonawcami, musi ich być co najmniej trzech (o ile są faktycznie do dyspozycji trzy podmioty, które są w stanie spełnić warunki). Zamówienia oparte na umowach ramowych zawartych z kilkoma wykonawcami mogą zostać udzielone:

- z zastosowaniem warunków określonych w umowie ramowej bez ponownego uruchamiania procedury konkurencyjnej, lub
- w przypadku gdy nie wszystkie warunki określone zostały w umowie ramowej, po ponownym poddaniu zamówienia procedurze konkurencyjnej dla stron umowy na tych samych i, jeśli to konieczne, szczegółowiej sprecyzowanych warunkach, oraz, o ile ma to zastosowanie, na innych warunkach wskazanych w specyfikacji umowy ramowej.

W tym drugim przypadku dyrektywa określa kolejne kroki postępowania, tj. Zamawiający konsultują się na piśmie z wykonawcami zdolnymi do realizacji zamówienia, następnie wyznaczają termin wystarczający, aby umożliwić złożenie ofert w odniesieniu do każdego zamówienia, uwzględniając czynniki takie, jak złożoność przedmiotu zamówienia oraz okres potrzebny do przesłania ofert. Oferty muszą zostać złożone w formie pisemnej, zaś ich treść powinna pozostać poufna aż do upływu terminu przewidzianego na odpowiedź. Instytucje zamawiające udziela-

ją zamówienia temu wykonawcy, który złożył najlepszą ofertę w świetle kryteriów udzielania zamówień określonych w specyfikacji umowy ramowej.

Udzielając zamówienia na podstawie umowy ramowej, zamawiający nie mogą w żadnym wypadku dokonywać znaczących zmian w warunkach w niej określonych, a okres obowiązywania umowy ramowej nie może przekraczać czterech lat, poza wyjątkowymi przypadkami. Instytucje zamawiające nie mogą też wykorzystywać umów ramowych w sposób niewłaściwy, aby uniemożliwić, ograniczyć lub zakłócić konkurencję.

### **2.9.5 Dialog konkurencyjny w sektorze publicznym**

W nowej dyrektywie klasycznej wprowadzono całkowicie nową procedurę zwaną „dialogiem konkurencyjnym”. Została ona zaproponowana po raz pierwszy jako kolejna odmiana procedury negocjacyjnej z ogłoszeniem, ale obecnie jest odrębną procedurą.

Procedura ta może być stosowana w przypadku szczególnie złożonych zamówień, których udzielenie w ramach procedury otwartej lub ograniczonej nie jest możliwe. Niemniej jednak rozpoczyna się ją w taki sam sposób jak normalną procedurę – przez zamieszczenie ogłoszenia, ale zamówienie zostaje udzielone (tylko) na podstawie oferty ekonomicznie najkorzystniejszej. Podobnie jak w przypadku procedury ograniczonej i negocjacyjnej, instytucje zamawiające mogą następnie wybrać (według kryteriów kwalifikacji określonych w dyrektywie klasycznej) kandydatów, z którymi będą prowadziły dialog. Kandydatów powinno być co najmniej trzech, jeżeli znalezienie odpowiednich kandydatów w tej liczbie jest możliwe.

Instytucje zamawiające podejmują dialog z wybranymi kandydatami w celu wypracowania jednego lub większej liczby odpowiednich rozwiązań, spełniających jej wymogi. W ramach dialogu mogą one omawiać wszystkie aspekty zamówienia z wybranymi kandydatami, ale zawsze zapewniając równość traktowania wszystkich wykonawców. W szczególności, nie mogą udzielać informacji w sposób dyskryminujący, który może dać niektórym wykonawcom przewagę nad innymi. Zasadnicze znaczenie ma to, że instytucje zamawiające nie mogą ujawniać innym uczestnikom proponowanych rozwiązań ani innych informacji poufnych przekazanych przez kandydata uczestniczącego w dialogu bez jego zgody.

Pod warunkiem, że procedura zostanie ogłoszona z wyprzedzeniem, instytucje zamawiające mogą założyć, że będzie ona realizowana etapami w celu zmniejszenia liczby rozwiązań omawianych na etapie dialogu przez zastosowanie kryteriów udzielenia zamówienia lub dokumentu opisowego. Instytucja zamawiająca będzie kontynuowała dialog do czasu, aż będzie mogła wskazać rozwiązanie lub rozwiązania, w razie potrzeby po ich porównaniu, które są w stanie spełnić jej potrzeby. Instytucje zamawiające zwracają się następnie do wykonawców o przedstawienie ofert ostatecznych opartych na rozwiązaniu przedstawionym podczas dialogu.

### 2.9.6 Dynamiczny system zakupów

W nowych dyrektywach Komisja Europejska starała się uwzględnić korzyści wynikające z szybkiego rozwoju elektronicznych systemów realizacji zamówień, więc poza aukcją elektroniczną, zdefiniowała dynamiczny system zakupów. Ta technika zamówień oznacza w pełni elektroniczny proces dokonywania bieżących zakupów, których cechy, jako ogólnie dostępnych na rynku, spełniają wymagania instytucji zamawiającej, i który ma ograniczony czas trwania oraz jest otwarty przez cały swój okres ważności dla każdego wykonawcy, który spełnia kryteria kwalifikacji i złożył ofertę orientacyjną zgodną ze specyfikacją. Występują tutaj zatem niektóre korzyści wynikające z umów ramowych, systemów kwalifikowania (czy też list oficjalnych dostawców) oraz elektronicznych katalogów. Nie jest to jednakże żaden z tych systemów, ale nowa samodzielna procedura.

Procedura podstawowa (oparta na procedurze otwartej) polega na tym, że:

- instytucja zamawiająca ogłasza zamiar utworzenia dynamicznego systemu zakupów z wykorzystaniem procedury otwartej (publikuje ogłoszenie o zamówieniu, zaznaczając wyraźnie, że dotyczy ono dynamicznego systemu zakupów);
- zainteresowani wykonawcy składają następnie "oferty orientacyjne" ze wskazaniem warunków, na jakich zrealizują oni zamówienie;
- wszystkie kwalifikujące się podmioty zostaną dopuszczone do systemu (a nowe podmioty mogą zostać dopuszczone w każdej chwili, zwykle w ciągu 15 dni);

- gdy instytucja zamawiająca chce złożyć zamówienie, zaprasza wykonawców do złożenia oferty orientacyjnej w terminie, który nie może być krótszy niż 15 dni od daty wysłania uproszczonego ogłoszenia;
- instytucja zamawiająca zamieszcza w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej uproszczone ogłoszenie, w którym informuje m.in. o numerze ogłoszenia mającego na celu utworzenie dynamicznego systemu zakupów). Fakt ten pozwoli zainteresowanym wykonawcom na przystąpienie do dynamicznego systemu zakupów na każdym etapie jego trwania.

System ten jest w pełni elektroniczny, dyrektywa wymaga, aby wszystkie etapy, począwszy od ustanowienia systemu, do udzielenia zamówienia, zostały zrealizowane drogą elektroniczną. Ogłoszenie o zamówieniu dotyczące systemu zawiera wszystkie niezbędne informacje dotyczące wykorzystywanego sprzętu elektronicznego oraz uzgodnień i specyfikacji dotyczących połączeń technicznych, a także adres internetowy, pod którym instytucja zamawiająca zapewnia nieograniczony, bezpośredni i pełny elektroniczny dostęp do specyfikacji i wszelkich dodatkowych dokumentów.

Dynamiczny system zakupów nie może trwać dłużej niż cztery lata, poza przypadkami wyjątkowymi, a instytucje zamawiające nie mogą korzystać z tego systemu po to, aby uniemożliwiać, ograniczać lub zakłócać konkurencję. Od zainteresowanych podmiotów i stron uczestniczących w systemie nie można pobierać jakichkolwiek opłat.

### **2.9.7 Aukcja elektroniczna**

Nie jest to nowa procedura, a jedynie mechanizm do wykorzystania w ramach procedury otwartej, ograniczonej czy negocjacyjnej z ogłoszeniem. Zasady rządzące realizacją tych procedur będą w dalszym ciągu obowiązywały po zaadaptowaniu ich do postanowień dotyczących aukcji. Aukcja elektroniczna może się odbywać z chwilą otwarcia procedury udzielania zamówienia w ramach dynamicznego systemu zakupów, a w sektorze publicznym – z chwilą wznowienia konkurencji między stronami umowy ramowej. Aby zapewnić ich działanie zgodnie z zasadami równego traktowania, zakazu dyskryminacji i przejrzystości, zastosowanie aukcji ograniczono jedynie w odniesieniu do zamówień na roboty budowlane, dostawy lub usługi, dla których specyfikacje można precyzyjnie określić.

Podstawowy mechanizm aukcji odwróconych umożliwia instytucjom zamawiającym zwracanie się do wykonawców o podawanie nowych, korzystniejszych cen, lub w przypadku wyboru na podstawie kryterium oferty najkorzystniejszej ekonomicznie także ulepszenie innych elementów oferty poza ceną. W celu zagwarantowania zgodności z zasadą przejrzystości, kryteria zastosowane w trakcie aukcji elektronicznych muszą być elementami wymiernymi (możliwymi do wyrażenia w liczbach czy procentach), nadającymi się do automatycznej oceny środkami elektronicznymi bez jakiegokolwiek interwencji instytucji zamawiającej. Z drugiej strony, aspekty, które implikują ocenę elementów niewymiernych, nie powinny być przedmiotem aukcji elektronicznych. A zatem przedmiotem aukcji elektronicznych nie powinny być np. niektóre zamówienia na roboty budowlane i niektóre zamówienia na usługi mające w swoim zakresie świadczenia o charakterze intelektualnym, takie jak prace projektowe.

Ponieważ aukcja jest mechanizmem stosowanym w ramach procedur otwartej, ograniczonej czy negocjacyjnej z ogłoszeniem, proces rozpoczyna się w zwykły sposób, od zamieszczenia ogłoszenia. Ogłoszenie musi zawierać informację o przeprowadzeniu aukcji, a w specyfikacji Zamawiający podaje dodatkowe informacje:

- a) cechy, których wartości będą przedmiotem aukcji elektronicznej, pod warunkiem że cechy te są wymierne i mogą być wyrażone w postaci liczby lub procentowej;
- b) wszelkie ograniczenia co do przedstawianych wartości, wynikające ze specyfikacji dotyczących przedmiotu zamówienia;
- c) informacje, które zostaną udostępnione oferentom w trakcie aukcji elektronicznej, oraz, o ile jest to właściwe, termin ich udostępnienia;
- d) odpowiednie informacje dotyczące przebiegu aukcji elektronicznej;
- e) warunki, na jakich oferenci będą mogli licytować, oraz, w szczególności, minimalne różnice, które, o ile ma to zastosowanie, wymagane będą podczas licytacji (wysokość postępowania);
- f) odpowiednie informacje dotyczące wykorzystywanego sprzętu elektronicznego, rozwiązań i specyfikacji technicznych w zakresie połączeń.

Przed przystąpieniem do aukcji elektronicznej instytucje zamawiające muszą dokonać pełnej wstępnej oceny ofert według ustalonych kryteriów udzielenia zamówienia oraz przypisanych im wag. Następnie wszyscy wykonawcy, którzy złożyli dopuszczalne oferty, zostaną zaproszeni jed-



nocześnie drogą elektroniczną do udziału w aukcji. Zaproszenie zawierać powinno także wszystkie istotne informacje dotyczące indywidualnego połączenia z wykorzystywanym sprzętem elektronicznym oraz datę i godzinę rozpoczęcia aukcji. Aukcja elektroniczna może odbywać się w kilku etapach, ale nie może rozpocząć się wcześniej niż w ciągu dwóch dni roboczych od daty wysłania zaproszeń.

Aukcja elektroniczna opiera się albo wyłącznie na cenach, jeżeli zamówienie jest udzielane według kryterium najniższej ceny, lub na cenach i/lub nowych wartościach cech ofert wskazanych w specyfikacji, jeżeli zamówienia udziela się na podstawie oferty ekonomicznie najkorzystniejszej. W tym drugim przypadku do zaproszenia do udziału musi być dołączony wynik pełnej oceny odnośnej oferty dokonanej według wag przypisanych poszczególnym kryteriom. W zaproszeniu należy także podać wzór matematyczny (w tym wagi) stosowany podczas aukcji elektronicznej w celu automatycznego dokonywania zmian rankingu na podstawie podawanych nowych cen i/lub nowych wartości. Po zamknięciu aukcji (zob. poniżej) zamówienia udziela się na podstawie wskazanych kryteriów.

Na każdym etapie aukcji elektronicznej instytucje zamawiające muszą umożliwić wszystkim wykonawcom ustalenie swojej pozycji w rankingu. Mogą one podawać także inne informacje dotyczące innych cen lub wartości pod warunkiem, że tak stanowią specyfikacje. Instytucje zamawiające mogą także w każdej chwili podawać liczbę uczestników danej fazy aukcji. W żadnym wypadku i na żadnym etapie aukcji jednak nie wolno im ujawniać tożsamości wykonawców.

Zamawiający kończy aukcje elektroniczne w jeden lub więcej poniższych sposobów:

- w dniu i godzinie ustalonych z góry;
- gdy instytucja zamawiająca nie otrzyma już żadnych nowych cen ani wartości spełniających wymogi w zakresie postąpienia (w takim przypadku instytucja zamawiająca wskazuje w zaproszeniu czas, który zakłada, że ma upłynąć od otrzymania ostatniego zgłoszenia do zamknięcia aukcji);
- po przeprowadzeniu określonej w zaproszeniu do udziału w aukcji liczbie etapów aukcji.

### 2.9.8 Wymogi proceduralne

Dyrektywy zawierają szereg postanowień, które mają zastosowanie do ogłoszeń oraz przekazywania informacji, co ma na celu zapewnienie przejrzystości systemu.

#### *Ogłoszenia*

W dyrektywach przewiduje się zamieszczenie szeregu ogłoszeń w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w zależności od tego, jaka procedura udzielenia zamówienia została wybrana. Zamawiający ma obowiązek publikować ogłoszenie dla procedury otwartej, ograniczonej i negocjacyjnej, dialogu konkurencyjnego, dynamicznego systemu zakupów. Zamawiający publikuje nie tylko ogłoszenie wszczynające procedurę, ale także ogłoszenie o udzieleniu zamówienia, a dla dynamicznego systemu zakupów również uproszczone ogłoszenie o zamówieniu. Poza przedstawieniem wzorów ogłoszeń (wzory ogłoszeń określa Rozporządzenie z dnia 7 września 2005 roku nr 1564/2005) w przypadkach, gdy ich zamieszczenie jest wymagane, dyrektywa daje także Zamawiającemu możliwość opublikowania ogłoszeń o zamówieniach na roboty budowlane, dostawy i usługi, które nie są objęte wymogiem publikacyjnym narzuconym przez dyrektywę, to znaczy, gdy zamówienia są poniżej wymaganych wielkości progowych.

Zamieszczenie ogłoszenia oznacza jego publikację w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub, alternatywnie, w przypadku uprzednich ogłoszeń informacyjnych, na „profilu nabywcy” instytucji zamawiającej. Urząd Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich wydaje elektroniczną wersję Dziennika Urzędowego UE, a także prowadzi elektroniczną bazę danych znaną pod nazwą Tenders Electronic Daily (TED). Ogłoszenia, w pełnym brzmieniu, publikowane są w języku Zamawiającego, natomiast streszczenie najważniejszych elementów każdego ogłoszenia jest zamieszczane w pozostałych językach urzędowych UE, przy czym tylko tekst oryginalny jest autentyczny. Tłumaczenia ogłoszeń dokonuje Urząd Oficjalnych Publikacji UE, a więc instytucje zamawiające muszą jedynie przelać stosowne ogłoszenie w oryginalnym języku.

Instytucje zamawiające muszą przysłać odpowiednie ogłoszenia jak najszybciej, drogą elektroniczną lub za pomocą innych środków. Jeżeli zastosowana jest procedura przyspieszona, ogłoszenie musi zostać przesłane

telefaksem lub drogą elektroniczną. Instytucje zamawiające, muszą być w stanie udowodnić datę wysłania ogłoszenia. Zasadą jest, iż ogłoszenie, które musi zostać opublikowane na szczeblu europejskim (w Dzienniku Urzędowym), przekazujemy w pierwszej kolejności do Dziennika Urzędowego, później kolejno do publikacji krajowych – BZP, na własną stronę internetową itd.). Żadna publikacja ogłoszenia nie powinna zawierać informacji innych niż te, które zamieszczono w Dzienniku Urzędowym UE.

Funkcja *ogłoszeń informacyjnych* jest dwojaka. Przede wszystkim, ogłoszenie może zostać zamieszczone w formie okresowego ogłoszenia informacyjnego. Takie okresowe ogłoszenie informacyjne podlega następującym warunkom:

- musi wskazywać konkretnie dostawy, roboty budowlane lub usługi, które będą przedmiotem udzielanego zamówienia;
- musi wskazywać, że zamówienie zostanie udzielone w procedurze ograniczonej lub negocjacyjnej bez dalszego zamieszczenia ogłoszenia, a zainteresowane podmioty gospodarcze zostaną poproszone o wyrażenie zainteresowania na piśmie;
- wszyscy kandydaci muszą następnie zostać zaproszeni do potwierdzenia swojego zainteresowania na podstawie szczegółowych informacji na temat danego zamówienia, przed rozpoczęciem wyboru oferentów lub uczestników negocjacji; oraz
- ogłoszenie musi zostać zamieszczone nie wcześniej niż na 12 miesięcy przed wysłaniem tego zaproszenia.

Po drugie, okresowe ogłoszenia informacyjne mogą także zostać użyte po prostu jako mechanizm wczesnego ostrzegania. Mają one w założeniu informować potencjalnych wykonawców, że zamówienie może zostać udzielone, z uwzględnieniem ewentualnie umów poniżej wartości progowej, w kategoriach towarów, które będą oni mogli dostarczyć.

Ogłoszenia te nie są obowiązkowe, ale ich zaleta dla instytucji zamawiającej polega na tym, że w przypadku zamieszczenia takiego ogłoszenia informacyjnego ulega skróceniu termin przewidziany na składanie ofert. Mogą one zostać zamieszczone w Dzienniku Urzędowym UE lub w „profilu nabywcy”. „Profil nabywcy” to nowa koncepcja witryny internetowej, w której instytucje zamawiające mogą zamieszczać informacje dotyczące

zamówień, jednakże w przypadku wykorzystania tej możliwości zawiadomienie o tym musi zostać przesłane do *Dziennika Urzędowego UE*.

W przypadku zamówień na roboty budowlane ogłoszenie informacyjne stanowi formę zawiadomienia wykonawców o zamówieniach, których instytucje zamawiające zamierzają udzielić, a których wartość jest nie mniejsza niż normalna wielkość progowa EUR 5 278 000. Ogłoszenie to należy przesłać do Urzędu Oficjalnych Publikacji WE lub zamieścić na profilu nabywcy najszybciej, jak to możliwe po podjęciu decyzji zatwierdzającej planowane roboty budowlane. W przypadku dostaw instytucje zamawiające muszą poinformować, najszybciej, jak to możliwe po rozpoczęciu swojego roku budżetowego, o planowanym zamówieniu łącznym, w rozbiciu na kategorie produktów, którego zamierzają udzielić w ciągu kolejnych 12 miesięcy w przypadku, gdy łączna wartość szacunkowa zamówienia jest nie mniejsza niż EUR 750 000. Kategorie produktów ustala instytucja zamawiająca poprzez odniesienie do nomenklatury CPV. Podobnie jak w przypadku dostaw przewidywane łączne zamówienie w każdej z kategorii usług wymienionych w Załączniku IIA, których instytucje zamawiające zamierzają udzielić w ciągu 12 miesięcy następujących po rozpoczęciu ich roku budżetowego, podlega obowiązkowi publikacji ogłoszenia informacyjnego, gdy jego szacunkowa wartość wynosi nie mniej niż EUR 750 000.

### ***Terminy***

Procedury udzielania zamówień przewidziane dyrektywami zawierają się w określonych terminach nałożonych w celu zapewnienia, by wykonawcy we wszystkich Państwach Członkowskich mieli odpowiednio dużo czasu na przygotowanie i złożenie swoich ofert. Terminy te są ustalone w zależności od złożoności zamówienia i czasu potrzebnego na opracowanie oferty, ale nie mogą być krótsze niż okresy minimalne wskazane w dyrektywach.

W przypadku procedur otwartych minimalny termin składania ofert wynosi 52 dni od daty wysłania ogłoszenia o zamówieniu. Termin biegnie od dnia, w którym przesłano ogłoszenie o zamówieniu. Jeżeli instytucja zamawiająca opublikowała uprzednio ogłoszenie informacyjne, minimalny termin składania ofert może zostać generalnie skrócony do 36 dni, ale w żadnym wypadku do okresu krótszego niż 22 dni. W przypadku sporządzenia i przekazania ogłoszeń za pomocą środków elektronicznych,

terminy składania ofert mogą zostać skrócone o 7 dni oraz o kolejne 5 dni w przypadku, gdy instytucja zamawiająca daje nieograniczony i pełny bezpośredni dostęp drogą elektroniczną do dokumentów zamówienia oraz wszelkich dokumentów dodatkowych. Łącznym skutkiem tych skróceń nie może jednak być zredukowanie tego okresu do mniej niż 15 dni.

### **W sektorze publicznym:**

W przypadku procedur ograniczonych termin minimum

- przyjmowania wniosków o dopuszczenie do udziału w procedurze wynosi 37 dni od daty, w której przesłano ogłoszenie o zamówieniu;
- przyjmowania ofert wynosi 40 dni od daty wysłania zaproszenia.

Termin biegnie od daty, w której przesłano zaproszenie do złożenia oferty. Jeżeli instytucja zamawiająca opublikowała uprzednio ogłoszenie informacyjne, termin minimalny przyjmowania ofert może zostać generalnie skrócony do 36 dni, ale w żadnym razie do czasu krótszego niż 22 dni. W przypadku sporządzenia i przekazania ogłoszeń za pomocą środków elektronicznych terminy składania ofert mogą zostać skrócone o 7 dni oraz o kolejne 5 dni w przypadku, gdy instytucja zamawiająca daje nieograniczony i pełny bezpośredni dostęp drogą elektroniczną do dokumentów umownych oraz wszelkich dokumentów dodatkowych.

W przypadku procedur negocjacyjnych z ogłoszeniem oraz dialogu konkurencyjnego termin minimum przyjmowania wniosków o udział w procedurze wynosi 37 dni od daty wysłania ogłoszenia. W przypadku sporządzenia i przekazania ogłoszeń za pomocą środków elektronicznych terminy składania ofert mogą zostać skrócone o 7 dni.

Procedura przyspieszona może zostać zastosowana w przypadku procedur ograniczonych lub negocjacyjnych z ogłoszeniem, jeżeli ze względu na pilność zamówienia powyższe terminy są niemożliwe do utrzymania. W takich przypadkach instytucje zamawiające mogą ustalić:

- termin przyjmowania wniosków o dopuszczenie do udziału w procedurze, który nie może być krótszy niż 15 dni od daty wysłania ogłoszenia lub krótszy niż 10 dni, jeżeli ogłoszenie zostało przesłane drogą elektroniczną; oraz, w przypadku procedur ograniczonych,

- termin składania ofert, który nie może być krótszy niż 10 dni od daty zaproszenia do składania ofert.

*W sektorze użyteczności publicznej:*

W przypadku procedur ograniczonych i negocjacyjnych z ogłoszeniem, termin minimum

- termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w odpowiedzi na ogłoszenie lub w odpowiedzi na zaproszenie podmiotu zamawiającego, co do zasady nie może być krótszy niż 37 dni od daty wysłania ogłoszenia lub zaproszenia, a w żadnym przypadku nie może być krótszy niż 22 dni w przypadku przesłania ogłoszenia do publikacji innymi środkami niż elektroniczne lub faksem. Jeżeli ogłoszenie zostało wysłane drogą elektroniczną lub za pomocą faksu, termin ten nie może być krótszy niż 15 dni;
- termin składania ofert może zostać ustalony w drodze porozumienia podmiotu zamawiającego i zakwalifikowanych kandydatów, pod warunkiem że wszyscy kandydaci mają tyle samo czasu na przygotowanie i złożenie ofert;
- jeżeli nie jest możliwe uzyskanie porozumienia co do terminu składania ofert, podmiot zamawiający ustala termin, który co do zasady musi wynosić co najmniej 24 dni, a w żadnym przypadku nie może być krótszy niż 10 dni od daty zaproszenia do przetargu.

Termin biegnie od daty, w której przesłano zaproszenie do złożenia oferty. W przypadku sporządzenia i przekazania ogłoszeń za pomocą środków elektronicznych, terminy składania ofert mogą zostać skrócone o 7 dni oraz, o ile nie dokonano ustaleń w drodze wzajemnego porozumienia, o kolejne 5 dni w przypadku, gdy instytucja zamawiająca daje nieograniczony i pełny bezpośredni dostęp drogą elektroniczną do dokumentów umownych oraz wszelkich dokumentów dodatkowych. Łączny skutek tych skróceń nie może jednak zredukować okresu (1) na wnioski o udział w procedurze do mniej niż 15 dni od daty wysłania zaproszenia (2) na przyjmowanie ofert, za wyjątkiem uzgodnień dokonanych za wzajemnym porozumieniem, do mniej niż 10 dni od daty zaproszenia do składania ofert.

## ***Komunikowanie***

Wraz z przyjęciem elektronicznych form komunikacji, dyrektywy dozwolają obecnie na wymianę wszelkiej korespondencji oraz informacji pocztą, telefaksem, środkami elektronicznymi, a w niektórych okolicznościach telefonicznie, lub z wykorzystaniem kombinacji tych środków, według wyboru instytucji zamawiającej.

Jednakże wybrane sposoby komunikacji muszą być ogólnie dostępne a tym samym nie stanowić ograniczenia dla dostępu podmiotów gospodarczych do procedury przetargowej.

## ***Wymogi informacyjne***

Instytucje zamawiające muszą jak najszybciej informować wykonawców o podjętych decyzjach dotyczących zawarcia umowy ramowej, przyznania zamówienia lub dopuszczenia do dynamicznego systemu zakupów, w tym o podstawach każdej decyzji o niezawarcie umowy ramowej lub nieprzyznaniu zamówienia, którego dotyczyło ogłoszenie lub o wznowieniu procedury bądź zastosowaniu dynamicznego systemu zakupów. Informacje te muszą zostać podane na piśmie w odpowiedzi na wniosek skierowany do instytucji zamawiającej.

Na żądanie oferenta instytucja zamawiająca musi jak najszybciej, a w każdym razie w okresie nie dłuższym niż 15 dni od otrzymania pisemnego wniosku, poinformować:

- każdego odrzuconego kandydata o powodach odrzucenia jego propozycji,
- każdego odrzuconego wykonawcę o powodach odrzucenia jego oferty,
- każdego wykonawcę, który złożył dopuszczalną ofertę o charakterystyce i relatywnych przewagach oferty, która została wybrana, a także nazwę wybranego wykonawcy lub stron umowy ramowej.

Instytucje zamawiające mogą zdecydować o zachowaniu pewnych informacji do własnej wiedzy, jeżeli ich ujawnienie miałyby utrudnić egzekwowanie prawa, byłoby sprzeczne z interesem publicznym, stanowiłyby uszczerbek dla uprawnionych interesów handlowych podmiotów go-

spodarczych, czy to publicznych czy prywatnych, lub mogłoby stanowić uszczerbek dla uczciwej konkurencji między nimi.

W sektorze użyteczności publicznej podmioty zamawiające, które ustanawiają i prowadzą system kwalifikowania, muszą poinformować kandydatów o swojej decyzji w kwestii kwalifikacji w ciągu sześciu miesięcy. Jeżeli podjęcie decyzji zajmie więcej niż cztery miesiące od momentu przedstawienia wniosku, wówczas podmiot zamawiający ma obowiązek poinformować kandydata w terminie dwóch miesięcy od złożenia wniosku o powodach tego przedłużenia oraz o dacie, w której jego wniosek zostanie przyjęty lub odrzucony. Wnioskodawcy, którym odmówiono kwalifikacji, muszą zostać poinformowani o tej decyzji oraz o powodach odmowy jak najszybciej, a w żadnych okolicznościach nie później niż w ciągu 15 dni od daty wydania decyzji. Każdy zamiar zakończenia kwalifikacji musi zostać podany do wiadomości podmiotu gospodarczego z wyprzedzeniem, na co najmniej 15 dni przed datą, w której kwalifikacja ma się zakończyć, wraz z uzasadnieniem proponowanych działań.

### **2.9.9 Kryteria udzielania zamówień**

Udzielając zamówienia, instytucje zamawiające mają do wyboru dwa kryteria:

- najniższej ceny, lub
- oferty ekonomicznie najkorzystniejszej.

Wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie dokonuje się na podstawie szeregu kryteriów powiązanych z przedmiotem zamówienia, wybranych przez instytucję zamawiającą. Dyrektywy nie zawierają wyczerpującego wykazu przykładów rodzajów kryteriów, które mogą być zastosowane. Jednakże wskazuje przykładowo na: jakość, cenę, wartość techniczną, cechy estetyczne i funkcjonalne, charakterystykę środowiskową (co zostało wprowadzone w nowej dyrektywie, umożliwiając tym samym zastosowanie kryteriów innych niż ekonomiczne), koszty bieżące, optymalizację kosztów, serwis posprzedażny oraz pomoc techniczną, datę zakończenia zadania, zobowiązania co do części oraz bezpieczeństwo dostaw.

Opierając udzielenie zamówienia na kryterium ekonomicznie najkorzystniejszej oferty, instytucja zamawiająca musi wskazać w ogłoszeniu lub w dokumentach dotyczących zamówienia przypisane wagi każdemu



z kryteriów wybranych w celu ustalenia oferty najkorzystniejszej ekonomicznie. Wagi te można wyrazić, liczbowo przewidując wielkości w ramach odnośnego maksymalnego przedziału. Jeżeli, zdaniem instytucji zamawiającej, ważenie nie jest możliwe z dających się wykazać powodów, instytucja zamawiająca musi wskazać kryteria w malejącym porządku ich ważności.

W przypadku, gdy oferta wydaje się być ofertą z rażąco niską ceną, podmiot zamawiający może ją odrzucić, ale dopiero po pisemnym zwróceniu się do wykonawcy o szczegółowe informacje na temat elementów składowych oferty, które uważa za istotne. Instytucja zamawiająca może wziąć pod uwagę wyjaśnienia, które są uzasadnione w kategoriach obiektywnych, w tym ekonomiczność danej metody budowania, procesu produkcyjnego lub świadczonych usług, technicznych lub wszelkich wyjątkowo korzystnych warunków, którymi dysponuje wykonawca w celu realizacji zamówienia, czy też oryginalność robót budowlanych, produktu czy usługi proponowanej w ofercie. W nowej dyrektywie dodano także dwie kolejne podstawy, czyli (1) zgodność z przepisami dotyczącymi ochrony zatrudnienia i warunków pracy obowiązujących w miejscu, w którym mają zostać zrealizowane roboty budowlane, usługi lub dostawy oraz (2) możliwość uzyskania pomocy publicznej przez wykonawcę. Instytucja zamawiająca, która stwierdzi, że oferta jest rażąco niska ze względu na fakt otrzymania przez wykonawcę pomocy publicznej, może odrzucić taką ofertę jedynie po konsultacji z danym wykonawcą, jeżeli nie jest on w stanie udowodnić w dostatecznym, wyznaczonym przez tę instytucję terminie, że pomoc ta została mu przyznana w sposób zgodny z prawem. W przypadku odrzucenia oferty w takich okolicznościach, instytucja zamawiająca powiadamia o tym fakcie Komisję.

## **2.9.10 „Preferencje” wspólnotowe**

W art. 58 dyrektywy sektorowej utrzymano preferencję przewidzianą we wcześniejszej dyrektywie na korzyść towarów pochodzących ze Wspólnoty, a w art. 59 utrzymano możliwość podjęcia działań zabezpieczających w przypadku trudności napotykanym przez wspólnotowych usługodawców w uzyskiwaniu dostępu do rynków zamówień w krajach trzecich.

Artykuł 58 dyrektywy ma zastosowanie do ofert obejmujących towary pochodzące z państw trzecich, z którymi Wspólnota nie zawarła wielostronnych lub dwustronnych umów zapewniających przedsiębiorstwom

Wspólnoty porównywalny i skuteczny dostęp do rynków tych państw. Artykuł ten nie narusza zobowiązań Wspólnoty lub poszczególnych Państw Członkowskich w stosunku do państw trzecich. Stanowi on, iż każda oferta dotycząca zamówienia na dostawy może zostać odrzucona, jeżeli udział towarów pochodzących z państw trzecich, określonych zgodnie z rozporządzeniem Rady (EWG) nr 2913/92 z dnia 12 października 1992 r. ustanawiającej Kodeks Celny Wspólnoty [30], przekracza 50% całkowitej wartości towarów objętych ofertą. Do celów niniejszego artykułu oprogramowanie wykorzystywane w wyposażeniu sieci telekomunikacyjnych uważa się za towar. Zapis dotyczy tylko i wyłącznie pochodzenia towarów i nie odnosi się do przynależności państwowej wykonawcy. Także fakt, że wykonawca jest spółką wspólnotową nie będzie miał znaczenia, jeżeli więcej niż 50% produktów pochodzi spoza UE. Pochodzenie produktu należy ustalić zgodnie z Rozporządzeniem Rady 2913/92 w sprawie wspólnej definicji towarów. Podstawową wytyczną zawartą w rozporządzeniu jest zasada, że gdy dwa lub więcej krajów jest zaangażowanych w wytwarzanie produktu, pochodzenie przyporządkowuje się temu krajowi, w którym został wykonany ostatni znaczący proces lub operacja, która jest ekonomicznie uzasadniona. Proces ten musi być dokonany w przedsiębiorstwie wyposażonym dla potrzeb danej produkcji, a efektem będzie wytworzenie nowego produktu lub produktu reprezentującego ważny etap procesu wytwarzania. Ponadto, gdy oferty są równoważne w świetle kryteriów udzielania zamówienia określonych w art. 55, preferowane są oferty, które nie mogą zostać odrzucone zgodnie z ust. 2. Do celów niniejszego artykułu ceny tych ofert uważa się za równoważne, jeżeli różnice pomiędzy nimi nie przekraczają 3%. Oferta nie powinna być jednak preferowana w stosunku do innych zgodnie z pierwszym akapitem, jeżeli jej przyjęcie zobowiązywałoby zamawiającego do nabycia materiałów różniących się od już wykorzystywanych, czego rezultatem byłyby techniczne trudności użytkowania czy utrzymania lub nieproporcjonalnie wysokie koszty.

W przypadku usług, w art. 59 wprowadzono klauzulę zabezpieczającą, która zostaje uruchomiona, gdy Komisja ustali na podstawie informacji dostarczonych przez Państwa Członkowskie lub uzyskanych z innych źródeł, że kraj trzeci, w odniesieniu do udzielania zamówień na usługi:

- nie zapewnia przedsiębiorstwom wspólnotowym skutecznego dostępu do zamówień porównywalnego z dostępem zapewnionym przez Wspólnotę przedsiębiorstwom z tego kraju („wzajemność”);

- nie zapewnia przedsiębiorstwom wspólnotowym takiego samego traktowania jak przedsiębiorstwom krajowym lub takich samych możliwości konkurencyjności jak te, z których mogą korzystać przedsiębiorstwa krajowe;
- zapewnia przedsiębiorstwom z innych krajów trzecich traktowanie bardziej korzystne niż przedsiębiorstwom wspólnotowym.

W przypadku, gdy Komisja stwierdzi występowanie którejkolwiek z powyższych sytuacji, może w każdej chwili skierować wniosek do Rady o zawieszenie lub ograniczenie udzielania zamówień na usługi:

- przedsiębiorstwom podlegającym prawu danego kraju trzeciego;
- przedsiębiorstwom powiązanych z przedsiębiorstwami wskazanymi powyżej, mających swoje siedziby we Wspólnocie, ale nie mających żadnych bezpośrednich ani efektywnych powiązań z gospodarką danego państwa członkowskiego;
- przedsiębiorstwom składającym oferty, których przedmiotem są usługi pochodzące z danego kraju trzeciego.

Komisja może zaproponować te środki ze swojej własnej inicjatywy lub na wniosek Państwa Członkowskiego. Decyzja Rady zostanie podjęta, większością kwalifikowaną, jak najszybciej po otrzymaniu wniosku Komisji. Zawieszenie lub ograniczenie będzie trwało przez okres ustalony przez Radę w decyzji zawieszającej lub ograniczającej udzielanie takich zamówień na usługi.

# Rozdział III

## 3. Jak najlepiej wykorzystać proces przetargowy

Zwieńczone sukcesem przygotowanie i złożenie oferty nie jest procesem mechanicznym polegającym na dostarczeniu standardowych dokumentów i powieleniu dotychczasowych szablonów czy wzorów, z wykorzystaniem funkcji ‘wytnij’ i ‘wklej’ w programie komputerowym. Prawdą jest, że do oferty należy dołączyć określone dokumenty wymagane przez zamawiającego, a dotyczące zwykle statusu i kwalifikacji wykonawcy, ale opracowanie oferty to dla wykonawcy sposobność, aby zabłysnąć. Może on wykazać się nie tylko spełnieniem wymogów formalnych stawianych przez zamawiającego (klienta), ale także znajomością jego potrzeb i rodzaju prowadzonej przezeń działalności w ogóle, zrozumieniem jego specyficznych wymogów (nawet, jeżeli klient nie wyraził lub nie był w stanie wyrazić tych wymagań w sposób jednoznaczny) oraz właściwą kombinacją umiejętności, środków i doświadczenia potrzebnych do spełnienia tych wymagań. Wykonawca nie tylko odpowiada na ogłoszenia w miarę ich publikowania, ale także stara się aktywnie wykorzystywać nadarzające się sposobności. Wymaga to nieustannego podejmowania inicjatywy, począwszy od planowania do realizacji umowy w terminie i w ramach założonych kosztów. Na każdym etapie tego procesu wykonawca musi działać w sposób, który pozwoli mu zwiększyć szanse na sukces. Niniejszy rozdział poświęcony jest omówieniu poszczególnych etapów procesu przetargowego oraz tkwiących w nim możliwości zwiększenia szans powodzenia wykonawców.

W sektorze prywatnym występuje mniej ograniczeń nakładanych na zamawiających, a zatem mogą oni realizować zamówienia, korzystając z szeregu elastycznych sposobów. Prywatne podmioty zamawiające mogą

naśladować instytucje zamawiające z sektora publicznego, stosując konkurencyjne procedury przetargowe, a wiadomo przecież, że procedury takie umożliwiają optymalne wydatkowanie środków w obu sektorach. Ale zamawiający z sektora prywatnego nie są ograniczeni w taki sam sposób i mogą, o ile pozwalają na to okoliczności, stosować procedury bardziej elastyczne. W sektorze publicznym z kolei, poza dążeniem władz państwowych do zapewnienia stosowania konkurencyjnych procedur przetargowych przez urzędników odpowiedzialnych za zamówienia w celu jak najlepszego wykorzystania funduszy, należy także wykazać się sprawnością i rzetelnością w wydatkowaniu publicznych pieniędzy oraz umieć się z nich rozliczyć. Podstawowym mechanizmem służącym zapewnieniu stosowania tych zasad jest przejrzystość, której istotą jest zagwarantowanie, że działania publicznej instytucji zamawiającej są zarówno znane wykonawcom i dostępne dla nich, jak również możliwe do zweryfikowania przez właściwe organy. Prowadzi to w sposób nieunikniony do pewnego sformalizowania obowiązujących procedur, co niejednokrotnie powoduje, że wypadają one mniej korzystnie w porównaniu z bardziej efektywnymi, jakkolwiek mniej przejrzystymi procedurami stosowanymi w sektorze prywatnym. Jednakże to właśnie takie sformalizowanie stwarza wykonawcom z całego terenu UE możliwość identyfikacji oraz ubiegania się o zamówienia w całej Wspólnocie. Dlatego tak ważne jest, aby uświadomić sobie praktyczne znaczenie postanowień dyrektyw dla wykonawców, jak również płynące z nich korzyści pod względem zwiększenia szans na uzyskanie zamówienia.

### **3.1 Planowanie i przygotowania**

Ubieganie się o zamówienia jest w pewnym sensie jeszcze jednym sposobem sprzedawania produktów i usług. Nie jest to jednak działanie pasywne, a dokonanie sprzedaży wymaga stanowczych przedsięwzięć. Niewątpliwie podmioty gospodarcze wolałyby czekać, aż łatwowierni nabywcy przyjdą do nich i kupią ich produkty niezależnie od tego, jaka (wygórowana) będzie ich cena wywoławcza. Był to zresztą jeden z czynników, który doprowadził do przyjęcia pierwszych wspólnotowych przepisów w zakresie zamówień publicznych. Zauważono, że jednostki państwowe kupowały nieustannie produkty i usługi od tych samych wykonawców, niejednokrotnie tylko od firm lokalnych. Nie rozpoznając rynku (szczególnie szerszego rynku europejskiego) w celu porównania cen, zwykle też płaciły wyższe ceny dyktowane przez aktualnych wykonawców, którzy mogli tym samym wykorzystywać swoją 'monopolistyczną' pozycję. Sytuacja była tym bardziej poważna w przypadku 'krajowych czempionów',

czyli firm działających w sektorach uważanych przez władze rządowe za sektory strategiczne, które były skutecznie chronione przed konkurencją, subsydiowane czy nawet otrzymywały status dostawców preferowanych. Wynikiem takich praktyk były nie tylko znaczące różnice cen na podstawowe towary, roboty budowlane i usługi na rynku wspólnotowym, ale również sztucznie zawyżane ceny.

Jednym z istotnych następstw dyrektyw jest zmuszenie zamawiających do stosowania konkurencyjnych procedur, a tym samym uzyskania cen porównawczych. Mając do dyspozycji takie konkurencyjne ceny, zamawiający mogą przekonać się, na które z oferowanych towarów i usług dyktowane są zawyżone ceny, a tym samym, przy uwzględnieniu dozwolonych aspektów jakościowych wskazanych w dyrektywach (zob. sekcja 2.10), wybrać towary i usługi wymaganej jakości, oferowane przez podmioty gospodarcze po najniższych cenach. Jednym z efektów tego procesu jest także oferowanie niższych cen przez podmioty, które z racji swojego uprzywilejowania dotąd mogły dyktować ceny zawyżone.

Europejskie podmioty gospodarcze nie mogą już liczyć na to, że jednostki państwowe ich krajów będą kupowały od nich po zawyżonych cenach. Zgodnie z wytycznymi przepisów w zakresie systemu zamówień publicznych będą się one kierowały w swoich decyzjach cenami konkurencyjnymi, a do wykonawców należało będzie wykazanie, że mogą zaproponować najlepsze ceny z uwzględnieniem określonych wymagań. Nie oznacza to, że zamówienia będą powierzane zagranicznym podmiotom gospodarczym. Dyrektywy wywarły pierwszorzędny wpływ na krajowe rynki zamówień, na których sprzyjają one konkurencji między podmiotami krajowymi i na których ceny oferowane przez te podmioty zostały obniżone w celu dostosowania ich do cen obowiązujących aktualnie na rynku. O zamówienia znacznej wartości, przyciągające konkurencję międzynarodową, konkurują podmioty gospodarcze z innych Państw Członkowskich, ale nie są one w żaden sposób preferowane. Od publicznych instytucji zamawiających wymaga się, aby przy podejmowaniu decyzji kierowały się obiektywnymi kryteriami oceny ofert – jakością, ceną, a zamówienie zostanie udzielone temu wykonawcy, który zaproponuje najlepszą ofertę. Z punktu widzenia dyrektyw to, czy zwycięski wykonawca pochodzi z kraju zamawiającego, nie ma żadnego znaczenia.

Podstawowym czynnikiem sukcesu w przetargu organizowanym zgodnie z procedurą zamówień publicznych jest zatem przekonanie zamawiające-

go, że wykonawca może spełnić postawione wymagania zamawiającego oraz dysponuje niezbędnymi umiejętnościami, środkami i doświadczeniem umożliwiającym mu terminową realizację umowy w ramach ustalonych kosztów. Kluczowe hasło to ‘perswazja’ – zadaniem wykonawcy jest przekonanie zamawiającego, że to on właśnie jest najlepszy. Musi on być aktywny i nie może jedynie używać ogólnikowych i nieuzasadnionych obietnic realizacji zadania. Procedura udzielenia zamówienia publicznego prowadzona zgodnie z przepisami dyrektyw wyposaża wykonawcę w mechanizm przekonywania zamawiającego, że to on właśnie powinien wygrać dany przetarg. Jakkolwiek pewne sformalizowanie jest złem koniecznym, proces udzielenia zamówienia jest zasadniczym sposobem, z jakiego wykonawca może skorzystać w celu dokonania sprzedaży. Należy go zatem traktować bardzo poważnie.

### **3.1.1 Profil rynkowy i badania**

Nawet, jeżeli podstawową procedurą udzielenia zamówienia w myśl dyrektyw jest procedura otwarta, nie każdą sposobność ubiegania się o zamówienie można dostrzec na podstawie ogłoszenia. Jeżeli wykonawca zwykle odpowiada na ogłoszenia, może on poza tym podejmować działania służące ustaleniu swojej pozycji na rynku i uczynieniu swojej oferty bardziej atrakcyjną dla potencjalnych klientów.

Nawet, jeżeli ogłoszenie zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym UE, w Rozdziale II wskazano, że zamawiający mogą także zamieszczać ogłoszenia w prasie krajowej pod warunkiem, że ogłoszenia krajowe nie są publikowane przed zamieszczeniem ogłoszenia na poziomie europejskim oraz że ogłoszenie krajowe nie zawiera żadnych odmiennych informacji. Jest to uzasadnione wymogiem, aby wszyscy wykonawcy (w każdym Państwie Członkowskim) mieli jednakowe szanse ubiegania się o zamówienie. Oznacza to, że wszyscy oni muszą mieć tyle samo czasu na przygotowanie i złożenie swoich ofert. Na tych samych warunkach (tzn. nie przed ukazaniem się ogłoszenia europejskiego i bez uwzględniania dodatkowych informacji), zamawiający mogą także przysyłać kopie ogłoszenia bezpośrednio do potencjalnych wykonawców, o których sądzą, że mogą być zainteresowani ubieganiem się o zamówienie. A zatem fakt, że zamawiający znają danego wykonawcę, być może z wcześniejszych realizowanych przezeń prac lub na podstawie ogólnego profilu rynkowego, może być dlań korzystny. Dzieje się tak szczególnie w przypadku, gdy

zamawiający wie, iż dany wykonawca jest zainteresowany określonym sektorem lub polem działalności.

Jak już zauważyliśmy, zachodzą także okoliczności, które uzasadniają sięgnięcie po mniej konkurencyjne procedury, a które pozwalają zamawiającym wybrać szereg kandydatów, których zaproszą oni do składania ofert. Z procedur takich można niewątpliwie skorzystać, także czyniąc z nich uprawniony użytek z korzyścią dla tych wykonawców, którzy cieszą się dobrą reputacją na danym rynku, w kręgach rządowych oraz ci, którzy z powodzeniem realizowali zamówienia na rzecz sektora publicznego lub danego zamawiającego, mają wszelkie dane ku temu, aby otrzymać takie zaproszenie na podstawie jakości działania i reputacji.

Wykonawcy specjalizujący się w określonych dziedzinach uczestniczą w targach handlowych, działają aktywnie w stowarzyszeniach branżowych, a także być może publikują artykuły w prasie fachowej. Zarówno sektor publiczny jak i prywatny korzystają z tych źródeł i sprzyja to aktywności podmiotów z obu tych środowisk. Zamawiający odpowiedzialni np. za kwestie techniczne także muszą być na bieżąco z nowymi osiągnięciami technicznymi oraz pozyskiwać informacje na temat najnowszych odkryć i innowacji w swojej dziedzinie. Urzędnicy tacy zwykle znają podmioty gospodarcze w danej branży, mające dobrą markę i cieszące się dobrą reputacją na rynku. Jeżeli proszeni są o opinię na temat rzetelnych podmiotów działających w danej dziedzinie, co w istocie ma miejsce, podmioty gospodarcze, które zaistniały na rynku, będą miały większą szansę, aby zwrócić na siebie uwagę publicznej instytucji zamawiającej. Sukces takich działań public relations zależy od ilości i jakości informacji na temat wykonawcy, którymi dysponuje potencjalny klient. Jakkolwiek dołączanie do ofert ogólnych folderów reklamowych nie jest najlepszym pomysłem, co zostanie omówione poniżej, nie ma powodu, dla którego foldery takie nie miałyby być przekazywane w ramach kampanii marketingowej o bardziej ogólnym charakterze. Jednakże wszelkie zawarte w nich informacje muszą być na bieżąco aktualizowane, być precyzyjne oraz adekwatne do uwarunkowań danego rynku. Potencjalni wykonawcy muszą także wykazać się umiejętnością zaakcentowania swoich mocnych stron.

W kategoriach bardziej bezpośrednich dla wykonawców ważna jest dbałość i utrzymywanie dobrych (i profesjonalnych) relacji z aktualnymi i potencjalnymi klientami. Nie oznacza to, że decyzje będą podejmowane



na podstawie osobistych kontaktów, ani że winni oni przekraczać pewne granice, dążąc do nawiązywania niestosownych relacji. Natomiast dobre robocze kontakty pozwolą wykonawcy zyskać reputację podmiotu profesjonalnego, sprawnie działającego i rzetelnego, a są to czynniki mające istotne znaczenie dla zamawiającego. Kontakty można utrzymywać w ramach nieformalnych i nie aranżowanych wcześniej spotkań, na przykład podczas targów handlowych czy przy okazji imprez branżowych. Mogą one mieć miejsce przy okazji składania wniosków o rejestrację lub utrzymanie na liście kwalifikowanych dostawców. Będą one także wynikały z relacji roboczych nawiązanych w ramach dotychczas realizowanych zamówień. Istotnym jest dla wykonawcy, aby zawsze umiał wykazać się atutami, które decydują o jego sukcesach w ubieganiu się o zamówienia – informując potencjalnych klientów o ulepszeniach i unowocześnieniach swoich zasobów i fachowej wiedzy, wskazując na doświadczenie nabyte w związku z realizacją nowych zleceń oraz na dodatkowe umiejętności czy nowo pozyskane kadry.

Nawet, jeżeli wykonawca nie zna zamawiającego osobiście, nie ma powodu, dla którego nie miałby podjąć pewnych działań rozpoznawczych. Działający z powodzeniem wykonawcy starają się rozpoznać potencjalnych klientów, aby wiedzieć, czego mogą oczekiwać. Zapoznanie się ze strukturą organizacyjną oraz dziedziną działalności danej firmy nie stanowi szczególnej trudności. Dotychczas realizowane przedsięwzięcia także pozwalają się zorientować w rodzaju działań, które dany klient preferuje oraz stawianych przez niego celach. Klienci nie zawsze zamawiają albo chcą nabywać sprzęt gotowy czy produkty opracowane według standardowej koncepcji czy jakości, a niejednokrotnie mają swoje własne programy, cele oraz wizję tego, co chcą osiągnąć. Wykonawcy, którzy umieją wpasować się w tę wizję i pokazać klientowi, że rozumieją jego cele, popierają i podzielają je, będą mieli daleko większe szanse na powodzenie niż ci, którzy jedynie mechanicznie odpowiadają na wymagania postawione w dokumentacji przetargowej.

Przestudiowanie dotąd realizowanych przedsięwzięć może także pozwolić zorientować się w planach na przyszłość, czy to dotyczących planowanej rozbudowy dotychczasowych inwestycji, czy ich naturalnej kontynuacji. W dyrektywach wymaga się od zamawiających publikowania ogłoszeń o zamówieniach, a monitorowanie takich ogłoszeń pozwoli wytrawnemu wykonawcy zorientować się w profilu wydatkowania środków przez tych zamawiających. Zdolność przewidzenia oczekiwań zama-

wiającego oraz tego, co prawdopodobnie będzie chciał zamówić, pozwoli wykonawcy uzyskać przewagę nad konkurencją i ewentualnie wysunąć się na czoło. Ale przewidywanie przyszłych działań zamawiających to nie tylko kwestia domysłów. Poza zamieszczaniem ogłoszeń o zamówieniach w samych dyrektywach uwzględniono mechanizm ujawniania przyszłych planów (w układzie roku budżetowego) przez podmioty zamawiające. Są to wstępne ogłoszenia informacyjne (w sektorze publicznym) oraz okresowe ogłoszenia informacyjne (w sektorze użyteczności publicznej). Funkcją *wstępnych ogłoszeń informacyjnych* jest uprzedzenie potencjalnych wykonawców o przewidywanych zamówieniach lub umowach ramowych, które zostaną wskazane w ogłoszeniach. W przypadku zamówień na roboty budowlane ogłoszenie ma na celu uprzedzenie wykonawców o zamówieniach, które przekroczą normalną wartość progową. Ogłoszenie należy przesłać do Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich lub zamieścić w profilu nabywcy najszybciej jak to możliwe po podjęciu decyzji zatwierdzającej planowane roboty. W przypadku dostaw wstępne ogłoszenie informacyjne nie dotyczy indywidualnych zamówień. Zamawiający muszą poinformować, najszybciej jak to możliwe po rozpoczęciu swojego roku budżetowego, o planowanym zamówieniu łącznym, w rozbiciu na *kategorie produktów*, którego zamierzają udzielić w ciągu kolejnych 12 miesięcy, gdy łączna wartość szacunkowa zamówienia jest nie mniejsza niż 750 000 EUR. Kategorie produktów ustala instytucja zamawiająca przez powołanie nomenklatury Wspólnego Słownika Zamówień (CPV). Podobnie jak w przypadku dostaw, przewidywane łączne zamówienie w każdej z kategorii usług wymienionych w Załączniku XVIIIA, których instytucje zamawiające zamierzają udzielić w ciągu 12 miesięcy następujących po rozpoczęciu ich roku budżetowego, podlega ogłoszeniu informacyjnemu, gdy jego szacunkowa wartość wynosi nie mniej niż 750 000 EUR.

Poza odniesieniami do CPV pojęcie *kategoria produktów* nie jest zdefiniowana. Niektóre podmioty zamawiające posługują się nim jednak w celu określenia swoich wymagań według tego, co może zostać dostarczone przez tego samego dostawcę. Przykładowo, sprzęt komputerowy, biurka, krzesła, papier i zszywacze mogą być opatrzone zupełnie innymi odniesieniami w CPV, ale są to pozycje, które może dostarczyć jeden dostawca – dostawca urządzeń biurowych. Jeżeli przyjmie się takie podejście, wstępne ogłoszenie informacyjne może zostać wykorzystane do tego, aby wskazać na występowanie zamówień o znaczącej skali. W sektorach działalności, funkcje *okresowych ogłoszeń informacyjnych* mogą być odmien-

ne. Po pierwsze, mogą one także zostać użyte po prostu jako mechanizm wczesnego ostrzegania, podobnie jak w sektorze publicznym. Mają one w założeniu informowanie potencjalnych wykonawców, że zamówienie może zostać udzielone, ewentualnie z uwzględnieniem umów poniżej wartości progowej, w kategoriach towarów, które będą oni mogli dostarczyć.

Po drugie jednakże, ogłoszenie o zamówieniu może zostać dokonane za pomocą okresowego ogłoszenia informacyjnego. W takim przypadku musi ono zawierać odniesienie konkretnie do dostaw, robot budowlanych lub usług, które będą przedmiotem udzielanego zamówienia oraz wskazywać, że zamówienie zostanie udzielone w drodze procedury ograniczonej lub negocjacyjnej bez ogłoszenia i zapraszać zainteresowane podmioty gospodarcze do wyrażenia zainteresowania na piśmie. Następnie, przed rozpoczęciem wyboru uczestników negocjacji, wszyscy kandydaci muszą zostać zaproszeni do potwierdzenia swojego zainteresowania na podstawie szczegółowych informacji na temat przedmiotowego zamówienia; ogłoszenie musi być opublikowane nie wcześniej niż 12 miesięcy przed wysłaniem zaproszenia.

Ogłoszenia te nie są obowiązkowe, ale zaletą publikowania okresowych ogłoszeń informacyjnych dla zamawiających jest skrócenie terminu przewidzianego na składanie ofert. Są one publikowane w *Dzienniku Urzędowym UE*, a także na stronach 'profilu nabywcy'. 'Profil nabywcy' to nowa koncepcja witryny internetowej, w której instytucje zamawiające mogą zamieszczać informacje dotyczące zamówień. W przypadku jego wykorzystania zawiadomienie o tym fakcie musi zostać przesłane do *Dziennika Urzędowego UE*. Dla wykonawców jest to sposobność zorientowania się, jakie zamówienia będą dostępne w ciągu roku i podjęcia odpowiednich działań w zakresie planowania.

Wprowadzenie nowej procedury dialogowej w ramach zamówień publicznych wskazuje także na występowanie przypadków, w których zamawiający nie umieją określić z wyprzedzeniem, co jest im potrzebne – dlatego, że przedsięwzięcie ma charakter innowacyjny i wymaga zastosowania nowej technologii albo dlatego, że wymagania mogą wywołać potrzebę zastosowania odmiennych technologii. W takich przypadkach wykonawcy mogą zostać zaproszeni do omówienia rozwiązań technicznych z podmiotem zamawiającym. Procedura taka jest realizowana w oparciu o ogłoszenie i chociaż na podstawie swojej reputacji, po publikacji

ogłoszenia firma może otrzymać bezpośrednie zaproszenie, cały proces jest prowadzony w kontekście ściśle określonej procedury. Jednakże wykonawcy dysponujący określoną fachową wiedzą techniczną mogą także służyć pomocą w początkowym etapie, a tym samym nawiązać dobre relacje robocze z podmiotami zamawiającymi.

Zgodnie z tym, co stwierdzono w sekcji 2.6.3, wykonawcy mogą omawiać kwestie techniczne z zamawiającymi przed uruchomieniem procedury udzielenia zamówienia. Jak już wspomniano, urzędnicy państwowi odpowiedzialni za kwestie techniczne muszą także wiedzieć o najnowszych osiągnięciach techniki, ale nawet ci najzdolniejsi nie są w stanie nadążyć za wszystkimi nowościami, szczególnie tymi, które mogą wydawać się nie mieć pierwszorzędno znaczenia. W większości przypadków dostawcy z sektora prywatnego są dużo lepiej zorientowani niż publiczne instytucje zamawiające w zakresie dostępności, potencjału, cen oraz warunków sprzedaży produktów, a także, co być może najważniejsze, w przedmiocie dostępnych technologii. Optymalna decyzja w odniesieniu do określonej technologii wymaga od zamawiającego dostępu do informacji na jej temat. W celu uzyskania potrzebnych mu informacji zamawiający będzie musiał komunikować się z potencjalnymi wykonawcami, ale czynienie tego w kontekście konkurencyjnej procedury przetargowej może stanowić naruszenie przepisów, ponieważ w trakcie realizacji procedur podstawowych zwykle nie dopuszcza się negocjacji z wykonawcami.

W preambułach do dyrektyw dopuszcza się możliwość omawiania specyfikacji technicznych z potencjalnymi wykonawcami przed rozpoczęciem realizacji danej procedury udzielania zamówienia. Określane jest to mianem 'dialogu' technicznego. Przy zasadniczym założeniu, iż żadne dyskusje nie powinny mieć skutku ograniczania konkurencji, punkty preambuł do dyrektyw stanowią, że 'przed rozpoczęciem procedury udzielania zamówienia, instytucje zamawiające mogą, przy wykorzystaniu dialogu technicznego, poszukiwać lub korzystać z doradztwa, które może znaleźć zastosowanie w trakcie przygotowywania specyfikacji...'. Definicja dialogu technicznego oznacza, że dyskusje takie są dozwolone *prima facie*. Nie mogą one oczywiście mieć skutku ograniczenia konkurencji, a zatem nie powinny one dawać żadnemu potencjalnemu oferentowi konkurencyjnej przewagi, na przykład przez ustalenie specyfikacji technicznych przez odniesienie do warunków spełnianych przez jednego oferenta, czy to krajowego, czy innego.

### 3.1.2 Wskazywanie potencjalnych ofert

Podobnie jak składanie ofert opracowanych z zastosowaniem metody ‘wytnij’ i ‘wklej’ nie jest sposobem szczególnie skutecznym, a efekt jest często odwrotny od zamierzonego, podmiotom gospodarczym nie opłaca się też składanie ofert w każdym ogłaszanym zamówieniu. Dążenie do tego, aby odpowiadać na każde ogłoszenie, może spowodować przede wszystkim, że oferta zostanie źle przygotowana, a zatem sam wykonawca poniesie odpowiedzialność za swoje niepowodzenie. Przygotowanie oferty wymaga wiele wysiłku, znacznego nakładu czasu oraz pieniędzy. Jeżeli szanse na wygranie przetargu są niewielkie, kwestią otwartą jest to, czy środków, którymi dysponuje wykonawca, nie można było lepiej wykorzystać w inny sposób. Trudno jest wskazać jednoznaczne reguły dotyczące kosztów przygotowania ofert, a wiele będzie oczywiście zależało od wysiłku włożonego w te działania i mogą one z łatwością złożyć się na dosyć pokaźny procent wartości zamówienia. Koszty rzędu 1% do 5% wartości zamówienia nie są niczym niezwykłym, przy czym oferty dotyczące zamówień na roboty budowlane wymagają więcej przygotowań pod względem badania gruntu, oględzin terenu inwestycji i prób. W przypadku zamówień dużych i szczególnie złożonych, wymagających wyszukanych uzgodnień finansowych i prawnych, takich jak duże inwestycje infrastrukturalne i partnerstwa publiczno-prywatne, koszty przygotowania oferty mogą być znacznie wyższe.

Problem kosztów składania oferty znajduje odzwierciedlenie w udostępnionych procedurach zamówień. Jakkolwiek aktualne dyrektywy nie wyrażają tego explicite, zasadność zastosowania procedury ograniczonej określono w jednej z wcześniejszych dyrektyw. Jednym z powodów preferowania procedury ograniczonej może być fakt, że może ona zostać zastosowana w celu ograniczenia kosztów składania ofert poprzez podzielenie całego procesu na dwa etapy: wstępna kwalifikacja i składanie pełnych ofert. Przygotowanie do kwalifikacji jest dużo mniej pracochłonne niż przygotowanie pełnej oferty technicznej, a dzięki rozdzieleniu tych dwóch etapów nabywca może najpierw skoncentrować się tylko na kwestii kwalifikacji. Korzyść dla zamawiającego polega na tym, że może on następnie zaprosić do składania pełnych ofert technicznych tylko tych kandydatów, którzy mają poważne szanse na uzyskanie zamówienia, nie będąc tym samym zmuszonym do dokonywania oceny dużej liczby ofert niemających realnej szansy powodzenia, ponieważ wykonawcy, którzy je złożyli, podlegają wykluczeniu. Korzyść dla wykonawców jest taka, że je-

żeli nie zostaną zakwalifikowani, oszczędzone im zostaną wydatki związane z przygotowaniem pełnej oferty technicznej.

Wytrawni wykonawcy podejmują jednakże samodzielne zabiegi tego rodzaju w odniesieniu do każdego zamówienia, stawiając po jednej stronie szanse powodzenia, a koszty złożenia oferty – z drugiej. Przygotowanie i złożenie dobrej jakości oferty w przypadku, gdy szanse na sukces są niewielkie, oznacza marnowanie środków, warto przyjąć podejście selektywne, aby efektywnie i sprawnie wydatkować swoje środki. Oznacza to potrzebę przeprowadzenia analizy kosztów i korzyści, w której uwzględnianych jest szereg czynników. Niektóre z tych czynników mogą wynikać z samego procesu udzielenia zamówienia, inne z sytuacji samego wykonawcy czy też ogólnych warunków podyktowanych konkurencją. Przykładowo, formalne procedury udzielenia zamówienia wiążą się z pewnymi kosztami. Są to ogólne koszty udziału w przetargu (czyli koszty transakcji), przy czym niektóre z nich wynikają z samego procesu przetargowego a nie z przygotowywania oferty. Koszty postępowania dotyczą zarówno zamawiającego, jak i wykonawcy. Procedury otwarte i ograniczone wiążą się ze znacznymi kosztami dla zamawiających i zwykle są stosowane tylko w przypadku zamówień o znacznej wartości, a w każdym razie do zamówień powyżej wartości progowych obowiązujących w UE. W przypadku, gdy dla tych niższych wartości procedury nie zostaną uproszczone, koszty pozostają niezmienione. W takich przypadkach możliwe jest także, iż koszty przeprowadzenia procedury będą wyższe niż płynące z niej korzyści. Przykładowo, jeżeli prawdopodobne oszczędności cenowe są niewielkie, łączny koszt zamówienia dla kasy państwowej (cena oferty + koszt przeprowadzenia procedury) będzie wyższy niżli w przypadku braku jakiejkolwiek konkurencji. Stosując te procedury, sektor publiczny może niemniej kierować się innymi pobudkami, takimi jak wymóg wykazania się przejrzystością, rzetelnością i odpowiedzialnością. W przypadku jednakże zamówień o niższej wartości spełnienie tych wymagań jest dosyć kosztowne. Koszty te mogą być uzasadnione z perspektywy zamawiającego będącego jednostką publiczną, ale dla wykonawców zagadnienie nastęrcza więcj trudności.

Koszty dopełnienia wymogów proceduralnych są często wysokie. W Państwach Członkowskich, które utrzymują wysokie koszty transakcji w odniesieniu do zamówień o niższej wartości (na przykład stosując pełne procedury otwarte lub ograniczone do zamówień o niskiej wartości), wykonawcy mogą zniechęcać się w ogóle do składania ofert. Niektóre pań-

stwa członkowskie wymagają na przykład składania oryginałów wszystkich dokumentów wskazanych w dyrektywach, niezależnie od tego, czy są one potrzebne, adekwatne czy właściwe. Poza podwyższeniem kosztu oferty (ponieważ koszty te zostaną w sposób nieunikniony uwzględnione w cenie) wywołuje to efekt zwrócenia się wykonawców ku alternatywnym rynkom, na których udział w przetargach jest mniej kosztowny i mniej uciążliwy. Jeżeli istnieją alternatywne rynki prywatne, wykonawcy mogą kierować się ku nim jako rynkom zbytu dla swoich towarów i usług. Różni zamawiający mogą stosować różne standardy, a zainteresowanie będzie tymi procedurami, które są mniej kosztowne. Sąsiadujące państwa członkowskie mogą także zrezygnować ze zbędnych formalności, a wykonawca zacznie rozglądać się za potencjalnymi zamówieniami w bardziej odległych miejscach. Bardzo istotną korzyścią dla wykonawców wynikającą z dyrektyw jest to, iż mogą oni poszukiwać i korzystać z możliwości oferowanych przez różne podmioty zamawiające w różnych Państwach Członkowskich.

Prawdopodobieństwo powodzenia jest chyba jednym z najważniejszych czynników, które należy wziąć pod uwagę. Jest to istotne zarówno z punktu widzenia wygranej w przetargu, jak i wywiązania się z umowy. Początkowy sukces, jakim jest wygranie przetargu, może szybko zmienić się w komercyjną katastrofę, jeżeli zwycięzca po prostu nie jest w stanie zrealizować zamówienia zgodnie z podjętym zobowiązaniem – w terminie oraz mieszcząc się w założonych kosztach. A zatem, jeżeli sytuacja finansowa wykonawcy jest taka, że nie dysponuje on środkami na realizację zamówienia lub jest już nadmiernie obciążony zbyt dużą liczbą innych zamówień, powinien on zastanowić się poważnie, czy w ogóle przystępować do danego przetargu. Niepowodzenie w realizacji zamówienia może mieć natychmiastowe negatywne konsekwencje dla firmy zarówno w kategoriach finansowych, jak i technicznych oraz może wywoływać bardziej długofalowe zagrożenia w postaci nadszarpniętej reputacji. Podmioty zamawiające często żądają referencji dotyczących wcześniej zrealizowanych prac i fakt, że dany oferent nie wywiązał się z wcześniejszej umowy może mu zaszkodzić. Państwa Członkowskie prowadzą niekiedy system „czarnych list”, na których umieszczają tych wykonawców, którzy nie wywiązali się z podjętych zobowiązań. Systemy takie nie penalizują firm, którym nie udało się wykonać umów z powodu okoliczności od nich niezależnych lub w wyniku zmiany sytuacji, ale pozwalają wykluczyć z ubiegania się o zamówienia publiczne, przynajmniej czasowo tych,

którzy naruszyli warunki umów lub nie wywiązali się z umów, składając oszukańcze lub nieprzemysłane oferty.

Sytuacja finansowa wykonawcy i jego potencjał może także być dlań okolicznością sprzyjającą. Może się zdarzyć, że wykonawca robót budowlanych dysponujący znacznymi zasobami ma akurat niewiele pracy w momencie ogłoszenia danego zamówienia. Nawet jeżeli zamówienie to nie jest dokładnie tym, o które by się ubiegał, jego zakres jest mniejszy niż zwykle lub inni wykonawcy zwykle konkurują o takie zamówienie z większym powodzeniem, w interesie tego oferenta może być nie tylko udział w tym przetargu, ale także przedstawienie oferty bardziej konkurencyjnej niż zwykle i opiewającej na niższą niż zwykle cenę. Wykonawca musi przecież pokrywać swoje koszty stałe (koszty personelu, sprzętu wziętego w leasing, nieruchomości), niezależnie od tego, czy pracuje, czy nie. Korzystniej jest zatem dla niego pracować, ponosząc wyższe koszty niż utrzymywać niepracującą siłę roboczą. Wówczas wykonawca może być gotów złożyć ofertę opiewającą na niską cenę po to, aby po prostu zapewnić zatrudnienie swoim pracownikom. Jakkolwiek zatem przygotowywana przezeń pierwotnie oferta mogłaby nie mieć dużych szans powodzenia, jego sytuacja finansowa i obłożenie pracą oznaczają, iż ma on (tymczasowo) dane ku temu, aby zwiększyć swoją szansę na sukces.

Decyzja tego rodzaju jest również uwarunkowana ogólną sytuacją w konkurencyjnym otoczeniu, czyli warunków rynkowych oraz występowania i jakości działania potencjalnej konkurencji, a wyniki badań rynku będą przydatne także i w tym przypadku. Wiedza o tym, kiedy składać ofertę to także wiedza o sytuacjach, w których oferty lepiej nie składać. Kiedy konkurencja jest ostra, a oferent nie może zaproponować żadnej wyraźnej nad nią przewagi, analiza kosztów i korzyści nabiera zasadniczego znaczenia.

Konkurencja to nie tylko kwestia ceny. W grę wchodzi także jakość oraz zdolność do realizacji zadania. Niektóre z wyżej wskazanych zagadnień w sposób oczywisty wpływają na zdolność do wykonania zamówienia, podobnie zresztą jak wiele innych czynników. Niewielka odległość od klienta, doskonała logistyka, dostępność transportu, warunki sprzedaży, itp. – wszystko to działa na korzyść lub niekorzyść niektórych wykonawców. Sama specyfikacja techniczna może także wyznaczać kwestie jakościowe lub techniczne dotyczące konkurencji. Jeżeli produkt danego oferenta nie spełnia w całości wymagań zamawiającego (przy założeniu



braku ich tendencyjności), składanie oferty może nie być sensownym sposobem wydatkowania środków z racji zmniejszonych szans powodzenia.

Czynniki, które należy brać pod uwagę w tej analizie kosztów i korzyści, zależą od konkretnych okoliczności. Niektóre z nich będą nieadekwatne, inne nabiorą znaczenia w odniesieniu do jednego konkretnego zamówienia czy danego zamawiającego. Niektóre nie będą wymagały namysłu ze strony oferenta, a inne można rozważyć należyście dopiero po dokonaniu dalszego badania. Oto niektóre z czynników, które być może należy wziąć pod uwagę:

- *konkurencyjne otoczenie*: jakie są szanse na wygranie przetargu; czy dana procedura jest formą testowania rynku, przy czym prawdopodobnie i tak własny dostawca uzyska zamówienie; czy zamawiający utrzymuje od dawna relacje z innymi dostawcami; czy zamówienie jest kontynuacją zamówienia udzielonego wcześniej; czy oferent wcześniej już wygrał przetarg na rzecz danego nabywcy; na ile dobrze umowa została zrealizowana i jakie są relacje z nabywcą; kim są konkurenci i jak wypadają w porównaniu z danym oferentem; ilu ich jest (wiadomo to na przykład w przypadku procedur ograniczonych); czy konkurencja korzysta z jakiegokolwiek wsparcia ze strony państwa czy subsydiów; czy oferent uzyska jakiegokolwiek wsparcie, szczególnie jeżeli zamówienie ma być realizowane za granicą;
- *na ile konkurencyjny jest cały proces*: na ile czytelna jest specyfikacja przetargowa (w razie niejasności należy zwracać się o wyjaśnienia); czy wygląda na to, że specyfikacja została opracowana tak, aby faworyzować określonych konkurentów (może to być niezgodne z prawem, ale trudne do udowodnienia); czy oferent ma dokumenty potrzebne do tego, aby złożyć ofertę; czy można je uzyskać; jak oferty będą oceniane; czy jest to czynnikiem sprzyjającym.
- *koszty przygotowania oferty*: jakie są koszty przygotowania, wydrukowania i wysłania oferty; czy oferent dysponuje personelem, który będzie pracował nad ofertą; jak się mają koszty w porównaniu z prawdopodobnym zyskiem; czy oferent poświęcił już czas na wstępną kwalifikację oraz marketing wobec klienta; czy koszty te zostałyby zmarnowane w przypadku przegranej; czy wymagane jest wadium i/lub gwarancja należytego wykonania umowy; jaki jest koszt wa-

dium lub gwarancji (czy oznacza to niemożliwe do zaakceptowania obciążenie, np. jeżeli wymagane jest poręczenie); czy, w przypadku, gdy przetarg jest rozstrzygany w innym kraju, wadium będzie możliwe do przyjęcia; czy trzeba będzie uzyskać zabezpieczenie ze strony zagranicznego banku; czy należy ponieść koszty na tłumaczenie; czy należy zlecić wykonanie odpowiednich usług czy też można skorzystać z pomocy zagranicznych współpracowników czy partnerów;

- *koszty inwestycji*: czy oferent umie precyzyjnie określić koszty inwestycji i dodatkowe okoliczności, które mogą zaistnieć w trakcie jej realizacji; czy w umowie zawarto klauzulę dotyczącą podniesienia lub zmiany ceny; czy koszty te przewyższą przewidywane zyski; czy inwestycja wywrze efekt domina w stosunku do innych zamówień, które być może są już realizowane lub planowane pod względem wpływu na kapitał i środki, które mogą zostać wykorzystane w inny sposób; czy inwestycja wymaga znaczącego wsparcia w ramach normalnej działalności firmy oferenta, czy wymaga dodatkowego nakładu czasu ze strony kadr zarządzających, na przykład w celu powołania i prowadzenia spółek typu joint venture czy innych partnerów czy podwykonawców; gdzie zamówienie ma być realizowane; czy jest to do przyjęcia; czy wymaga to jakichkolwiek dodatkowych działań (dodatkowy personel, zabezpieczenia);
- *cena*: na ile konkurencyjna może być cena danego oferenta. Czy można przebić konkurencję; czy można wykorzystać pracowników, którzy w przeciwnym razie pozostaliby bez zajęcia, czy niewykorzystywane środki; czy można skorzystać z konkretnych okazji (które dopuszczają dyrektywy); czy inni oferenci mogą być bardziej konkurencyjni z podobnych powodów; czy któryś z konkurentów korzysta z pomocy publicznej (w sposób zgodny lub niezgodny z prawem); czy konkurencja korzysta z subsydiów czy innego rodzaju wsparcia; w jakiej walucie zostanie wypłacona należność; czy wiąże się z tym jakiegokolwiek kwestie kursu wymiany walut; czy trzeba będzie skorzystać z dodatkowych usług finansowych (za granicą); czy trzeba będzie zaciągnąć pożyczki za granicą; czy wiąże się to z jakiegokolwiek presją inflacyjną; jakie są koszty ubezpieczenia;
- *doświadczenie ze współpracy z zamawiającym*: jakie oferent ma doświadczenia z dotychczasowej współpracy z zamawiającym pod względem kontaktów roboczych, zarządzania i logistyki. Czy można

przewidzieć ewentualne problemy związane z realizacją zamówienia; jakie warunki płatności oferuje zamawiający; jeżeli nie zapłaci w terminie, czy przewiduje się zapłatę odsetek; czy jest to ważny klient i wobec tego nie można mu po prostu odmówić; czy jest prestiżowe przedsięwzięcie/klient;

- *potencjał*: czy oferent jest w stanie zrealizować zamówienie w terminie i w ramach założonych kosztów; czy dysponuje on wymaganymi umiejętnościami i środkami; czy trzeba przeprowadzić dodatkowe szkolenia lub pozyskać więcej środków i zdobyć dodatkowe umiejętności.

### 3.2 Identyfikowanie potencjalnych zamówień

W dyrektywach przewiduje się publikację ogłoszeń w Dzienniku Urzędowym UE. Są to podstawowe sposoby ogłaszania konkurencyjnych procedur udzielenia zamówienia na rynku europejskim. Poza uwzględnieniem modelowych ogłoszeń w przypadkach, gdy ich publikacja jest wymagana, w dyrektywach przewiduje się także możliwość zamieszczania w Dzienniku Urzędowym UE ogłoszeń dotyczących zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi, nie podlegających wymogom w zakresie publikacji określonych w dyrektywach, to znaczy, gdy zamówienia dotyczą kwot poniżej wartości progowych. Wzory formularzy ogłoszeń ze wskazaniem wymaganych informacji zawarto w załącznikach do rozporządzenia 1564/2005. W załącznikach podano odniesienia do informacji, które muszą zostać opublikowane w ogłoszeniu, a które są wystarczające do tego, aby przedstawić potencjalnym wykonawcom dane potrzebne im do podjęcia decyzji, czy złożyć ofertę oraz gdzie i kiedy należy to zrobić.

Publikowanie wszystkich ogłoszeń oznacza zamieszczanie ich w Dzienniku Urzędowym UE wydawanym przez Urząd Oficjalnych Publikacji Europejskich w Luksemburgu. Dziennik Urzędowy jest wydawany w szeregu tomów: tom 'L' zawiera teksty legislacyjne; tom 'C' to ogłoszenia informacyjne dotyczące projektów aktów ustawodawczych oraz ogłoszenia poza-legislacyjne, a w tomie 'S' znajdują się ogłoszenia o zamówieniach. Wszystkie te tomy można zamówić w subskrypcji, łącznie lub pojedynczo. Szczegółowe informacje można uzyskać w:

Urząd Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (OPOCE)

rue Mercier 2  
L-2985 Luxembourg  
Tel: (352) 2929 -1  
Email: info-info-opoce@cec.eu.int  
Adres internetowy: <http://publications.eu.int>

Seria 'S' jest wydawana w wersji elektronicznej, niemal codziennie we wszystkich językach urzędowych Wspólnoty, a w każdej edycji publikowane są wszystkie ogłoszenia, o których mowa w dyrektywach, a także inne informacje. Obejmują one:

- zamówienia publiczne na roboty budowlane, dostawy i usługi ze wszystkich Państw Członkowskich UE;
- zamówienia sektorowe (w sektorach: wodnym, energetycznym, transportowym i telekomunikacyjnym);
- zamówienia publiczne z instytucji UE;
- zamówienia w ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju (kraje ACP);
- zamówienia w ramach programów Phare, Tacis i inne, z Europy Środkowej i Wschodniej;
- przedsięwzięcia finansowane przez Europejski Bank Inwestycyjny, Europejski Bank Centralny oraz Europejski Bank Odbudowy i Rozwoju;
- zamówienia w ramach Europejskiego Obszaru Gospodarczego (Norwegia, Islandia i Liechtenstein);
- zamówienia na mocy Porozumienia GPA
- ogłoszenia dotyczące europejskich ugrupowań interesów gospodarczych (EEIG);
- zamówienia publiczne na usługi lotnicze.

Ogłoszenia o zamówieniach publikowane są w pełnym brzmieniu w ich języku oryginalnym, a streszczenie najważniejszych elementów każdego ogłoszenia musi być opublikowane w we wszystkich językach państw członkowskich UE, przy czym tylko tekst oryginalny jest autentyczny. Tłumaczenia ogłoszeń dokonuje Urząd Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich, a więc zamawiający muszą jedynie złożyć stosowne ogłoszenie w swoim własnym języku.

Poza publikacją ogłoszeń na CD Urząd Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich prowadzi także komputerową bazę danych znaną pod

nazwą Tenders Electronic Daily ('TED'). Jest to w istocie wersja on-line tomu 'S' Dziennika Urzędowego, do której można uzyskać dostęp drogą elektroniczną. Zaletą jej jest to, że można ją przeszukiwać z wykorzystaniem określonych słów-kluczy oraz zmiennych (np. daty, kraju, rodzaju zamówienia, odniesień do CPV, itp.) i oferuje ona usługę powiadamiania. Usługi takie oferują także firmy prywatne działające na rynku europejskim.

Oto adres internetowy bazy danych TED:

<http://www.ted.publications.eu.int>

Dodatkowe informacje można także uzyskać pod adresem internetowym programu SIMAP:

<http://www.simap.eu.int>

Uwzględniając nowe elektroniczne środki komunikacji, dyrektywy stanowią również, iż wstępne i okresowe ogłoszenia informacyjne mogą być także publikowane w 'profilu nabywcy'.

Poza ogłoszeniami zamieszczanymi w Dzienniku Urzędowym UE zamawiający mają także prawo, jak już się przekonaliśmy, zamieszczać je w każdym czasopiśmie krajowym lub w prasie kraju podmiotu zamawiającego pod warunkiem, że nie nastąpi to przed datą wysłania tego samego ogłoszenia do Urzędu Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich. Data wysłania ogłoszenia powinna ponadto zostać wskazana w każdej publikacji krajowej. Kolejny istotny warunek polega na tym, że publikacja ogłoszenia o postępowaniu w prasie krajowej nie powinna zawierać informacji innych niż te, które zamieszczono w Dzienniku Urzędowym UE. Ma to na celu zapewnienie przestrzegania przepisów w zakresie zamówień poprzez zapobieganie temu, aby wykonawcy krajowi byli uprzedzani wcześniej lub uzyskiwali pełniejsze informacje na temat zamówień, które dopiero zostaną ogłoszone.

W wielu przypadkach ogłoszenia są także zamieszczane na szczeblu krajowym oraz w specjalistycznej prasie branżowej. Publikacja w Dzienniku Urzędowym UE jest gwarancją równego traktowania i braku dyskryminacji, ale wykonawcy wyszukują wiele okazji bardziej tradycyjnymi drogami, korzystając z lokalnej czy międzynarodowej prasy branżo-

wej. Niemniej jednak, zamawiający w coraz większej liczbie korzystają z Dziennika Urzędowego UE jako jedyne go sposobu zamieszczania ogłoszeń. Wykonawcy chcący w największym możliwym stopniu wykorzystać okazje zarówno w kraju, jak i za granicą, powinni zadbać o to, aby mieć dostęp i sprawdzać ogłoszenia publikowane w Dzienniku Urzędowym w trybie on-line czy off-line.

### **3.3 Kwalifikowanie się do zamówień**

Często pierwszy kontakt z zamawiającym następuje na etapie kwalifikacji podmiotowej. W przypadku procedury otwartej kwalifikacja jest częścią tego samego procesu, którym jest składanie ofert technicznych. Nawet, jeżeli etapy kwalifikacji i oceny ofert następują kolejno po sobie, z punktu widzenia wykonawcy jest to jedna czynność. Natomiast w procedurze ograniczonej kwalifikacji dokonuje się w pierwszym etapie, zanim złożone zostaną oferty techniczne. Państwa Członkowskie także niekiedy prowadzą listy wstępnie zakwalifikowanych oferentów, a proces kwalifikacji zwykle odbywa się dużo wcześniej i jest zupełnie niezależny od jakiegokolwiek konkretnego zamówienia. System ten, możliwy do przyjęcia w sektorze publicznym, został sformalizowany w postaci systemu kwalifikacji w dyrektywie sektorowej.

#### **3.3.1 Rejestracja**

Początkowo rejestracja może po prostu dotyczyć wymogu dokonania wpisu do rejestru branżowego lub zawodowego. Jest to wymóg stawiany w szeregu Państw Członkowskich. Często podmioty gospodarcze mogą być proszone o wykazanie się wpisem do odpowiedniego rejestru zawodowego lub branżowego w swoim Państwie Członkowskim, dowodząc tym samym swojej ogólnej zdolności do wykonania danego zadania oraz kondycji rynkowej. Rejestry prowadzone w Państwach Członkowskich wymieniono w Załącznikach IXA, IXB i IXC dyrektywy klasycznej.

Ten wymóg dokonania wpisu do rejestru jest zgodny z przepisami prawa wspólnotowego, na mocy których Państwu Członkowskim wolno w dalszym ciągu stosować na szczeblu krajowym przepisy dotyczące warunków prowadzenia działalności lub wykonywania zawodu w zakresie, w jakim przepisy te są zgodne z prawem wspólnotowym. Instytucje zamawiające nie mogą jednak wymagać wpisania się do żadnego rejestru handlowego przyjmującego Państwa Członkowskiego. Ponadto, oraz

w zakresie, w jakim wykonawcy muszą posiadać określone upoważnienie lub przynależć do określonej organizacji, aby móc świadczyć w swoim kraju pochodzenia daną usługę, instytucja zamawiająca może wymagać od nich dowodu takiego uprawnienia lub członkostwa.

W wielu krajach oraz instytucjach zamawiających prowadzone są oficjalne wykazy lub, częściej, systemy rejestracji. Celem rejestracji (która może być postrzegana jako sformalizowany system wstępnej kwalifikacji) jest wskazanie z wyprzedzeniem tych wykonawców, którzy są zdolni do realizacji niektórych rodzajów zamówień. Są one stosowane najczęściej w przypadku zamówień na roboty budowlane. Niedokonanie wpisu na taką listę nie jest jednak uprawnioną podstawą do wykluczenia z ubiegania się o zamówienie. Od zamawiających wymaga się zawsze uznania równoważnych certyfikatów wydanych przez organy ustanowione w innych Państwach Członkowskich oraz przyjęcia także innych równoważnych dowodów. Dyrektywa zezwala na wykorzystanie rejestracji w oficjalnych wykazach w państwie pochodzenia wykonawcy jako domniemanie posiadania predyspozycji w przyjmującym Państwie Członkowskim, w odniesieniu do wspólnych dla nich kryteriów kwalifikacji udziału w postępowaniu. Państwa Członkowskie, które wprowadzają certyfikację i prowadzą oficjalne wykazy uznanych wykonawców, mają obowiązek dostosowania wymogów do przepisów dyrektywy, to znaczy w odniesieniu do kryteriów kwalifikacji, to znaczy kondycji ekonomicznej i finansowej oraz zdolności dostawcy, określonych w dyrektywie. Szczegółowe warunki opisano bardziej szczegółowo w sekcji 2.9.3.5 powyżej.

Rozważając wpis do takich rejestrów lub wykazów, wykonawcy muszą przyjąć podejście systematyczne. Muszą oni zdecydować, które rejestry są konieczne i które dają większą szansę powodzenia. Mogą nadarzać się sposobności działania w określonych sektorach oraz mogą występować określone rejestry sektorowe, które umożliwią wykonawcy wykazanie się jego szczególnymi mocnymi stronami. Może się okazać, iż nie wymaga się wpisu do żadnego zagranicznego wykazu, ale jeżeli działają oni zagranicą lub w konkretnych Państwach Członkowskich, uzyskanie takiego wpisu może być wskazane i przydatne w krajach, których językiem władają lub w których mają dobre kontakty. Jak już wspomniano, procedury rejestracji i kwalifikacji dają wykonawcom sposobność poznania zamawiających, a w stosownych przypadkach wykonawca może zaaranżować spotkanie z właściwymi osobami, z którymi należy

się kontaktować. Powinien on także planować regularne wizyty służące podtrzymaniu takich kontaktów.

Wymagania stawiane przy wpisie do poszczególnych rejestrów mogą nie być takie same, a zatem zgłoszenia powinny być modyfikowane w miarę zmieniających się okoliczności. Należy zadbać o przedłożenie wymaganych dokumentów oraz informacji, a dostarczane informacje powinny być prawdziwe i aktualne. W przypadku dokonywania okresowej aktualizacji tych rejestrów i wykazów, co zwykle ma miejsce, wykonawca powinien postarać się zweryfikować podane informacje oraz w razie potrzeby uaktualnić je. Należy pamiętać, że w dyrektywach dopuszcza się możliwość skorzystania ze środków, umiejętności i doświadczenia innych podmiotów w procedurach kwalifikacji, więc wykonawcy mogą skorzystać z pomocy i doświadczenia swoich spółek macierzystych czy siostrzanych oraz partnerów pod warunkiem, że będą oni mogli zwrócić się do tych podmiotów w chwili realizacji ewentualnego udzielonego zamówienia.

Kwalifikacja może być szczególnie ważna w sektorze użyteczności publicznej. Jak się przekonaliśmy w sekcji 2.9.3.6, dyrektywa sektorowa wyraźnie zezwala zamawiającym na ustanowienie i prowadzenie systemu kwalifikacji podmiotów gospodarczych (w tym grup). Jedną z zasadniczych cech systemu kwalifikacji przewidzianego w dyrektywie jest to, że może on sam posłużyć jako ogłoszenie o zamówieniu. Cel i korzyść z tego płynąca jest taka, że zamawiający może pominąć normalne przepisy dotyczące zamieszczania ogłoszeń i wybrać bezpośrednio ze swojej listy zakwalifikowanych podmiotów gospodarczych tych kandydatów, których chciał zaprosić do składania ofert w ramach procedury ograniczonej lub negocjacyjnej. Kiedy bowiem ogłoszenie o zamówieniu zostaje dokonane za pomocą zawiadomienia o istnieniu systemu kwalifikowania, oferenci w procedurze ograniczonej lub uczestnicy procedury negocjacyjnej *muszą* zostać wybrani spośród kandydatów zakwalifikowanych zgodnie z takim systemem.

Ważne jest wobec tego dla wykonawców działających w sektorze użyteczności publicznej, aby wyszukiwać możliwości kwalifikowania i ubiegać się o kwalifikację w sektorach, które są dla nich najbardziej interesujące. W przypadku, gdy system kwalifikowania jest wykorzystany jako ogłoszenie o zamówieniu, niezgłoszenie się a tym samym niezakwalifikowanie się spowoduje automatyczne wykluczenie z ubiegania się o zamówienie. Wymagania związane z takimi kwalifikacjami, opisane szczegółowo



w ostatnim rozdziale, obejmują (i) doroczne publikowanie zawiadomienia w odniesieniu do każdego systemu, który obowiązuje przez czas dłuższy niż trzy lata oraz (ii) możliwość ubiegania się przez podmioty gospodarcze o zakwalifikowanie w dowolnym czasie. Od zamawiających wymaga się także informowania wykonawców, którzy nie zostali zakwalifikowani o przyczynach ich odrzucenia. Jest to dla tych wykonawców informacja potrzebna im do tego, aby mogli polepszyć swoją sytuację (w przypadku, gdy ich kwalifikacje są niedostateczne) lub poprawić swoje wnioski (gdy nie złożyli wniosku zgodnie z instrukcją). Informacje te należy traktować jako pozytywny sposób wskazywania słabości, służący nauce i ulepszeniom.

### **3.3.2 Kwalifikacja wstępna i kwalifikacja właściwa**

Jak już wspomniano, wstępna kwalifikacja jest pierwszym etapem procedury ograniczonej. Różni się ona od rejestracji, oficjalnych wykazów oraz systemów kwalifikacji w ogólności pod tym względem, że dotyczy ona konkretnego zamówienia i poprzedza złożenie oferty technicznej w ramach tego zamówienia. Kwalifikacja podmiotowa musi opierać się na kryteriach selekcji wskazanych w dyrektywach. Kryteria te podano szczegółowo w sekcji 2.9.3. W procedurach otwartych kwalifikowanie przebiega według tych samych podstaw poza tym, że nie stanowi ono osobnego etapu procedury (nawet jeżeli zamawiający rozważa kwalifikowanie przed dokonaniem oceny technicznej).

Niemniej jednak przepisy krajowe Państw Członkowskich (transponujące dyrektywy) oraz sami zamawiający często różnią się, jeżeli chodzi o stosowane kryteria. Niektóre Państwa Członkowskie na przykład wymagają zastosowania w każdym przypadku wszystkich kryteriów wskazanych w dyrektywach; inne zezwalają zamawiającym na wybór tylko tych kryteriów, które są właściwe (na przykład dla danego zamówienia lub jego wartości). Ważne jest zatem, aby uważnie przeczytać wykaz kryteriów kwalifikacyjnych, co pozwoli w pełni odnieść się do tych, które zostały ustalone w danym przypadku.

Kwalifikowanie zwykle dokonywane jest z wykorzystaniem ujednoczonych formularzy stanowiących mechanizm umożliwiający zamawiającym dokonanie konsekwentnego porównania. Tym samym zamawiającym łatwiej jest porównać kwalifikacje poszczególnych wnioskodawców na podstawie spójnej formy prezentacji danych. A zatem ważne jest, aby

wykonawca posłużył się ujednoliconymi formularzami lub nakazanymi wzorcami oraz aby postępował ściśle według instrukcji. Kreatywność ze strony wykonawcy w odniesieniu do struktury i formatu wniosku nie spowoduje, że przyznane mu zostaną dodatkowe punkty, a może nawet doprowadzić do odrzucenia jego wniosku z powodu niespełnienia wymagań. Tak czy inaczej wywoła to jedynie irytację zamawiającego, który nakazał określony format właśnie w celu ułatwienia sobie pracy przy porównaniu zgłoszeń. Utrudnienie mu tego zadania może zostać źle odebrane oraz skomplikować zamawiającemu zadanie polegające na identyfikacji potrzebnych kwalifikacji.

Zasadnicze znaczenie ma przestrzeganie instrukcji oraz przedstawianie wszystkich żądanych informacji nawet, jeżeli kuszące jest założenie, że część z tych informacji jest już znanych. Rozpatrywany będzie tylko wniosek o dopuszczenie do udziału, więc wszelkie informacje znane zamawiającemu z innego tytułu nie zostaną wzięte pod uwagę. Należy szczególnie zadbać o przedstawienie oryginałów tam, gdzie to wymagane oraz kopii, jeżeli są one dozwolone. W niektórych przypadkach kopie dokumentów są wymagane na etapie udziału w procedurze, natomiast wykonawca będzie musiał przedstawić oryginały przed podpisaniem umowy. Wykonawcy powinni zawsze powoływać się na dokładne fakty, daty czy referencje (na przykład w odniesieniu do swojego dotychczasowego doświadczenia czy zrealizowanych przedsięwzięć). Nieprecyzyjne odniesienia będą nie do przyjęcia.

Często w celu porównania kwalifikacji, zamawiający korzystają z systemu punktacji lub ważenia. Jeżeli ma to miejsce, system taki musi zostać ujawniony wykonawcom z wyprzedzeniem, zwykle w dokumentach dotyczących wstępnej kwalifikacji lub w kwestionariuszu w przypadku procedury ograniczonej lub w dokumentach przetargowych w procedurze otwartej. Ważne jest nie tylko to, aby zrozumieć ten system w celu podania odpowiednich danych. Należy również pamiętać, że jest to sposób, z którego może skorzystać wykonawca w celu zastanowienia się, jak najlepiej wykorzystać swoje mocne strony i pokonać słabości.

Niektórzy zamawiający wymagają także oświadczeń i deklaracji dotyczących konfliktu interesów oraz gwarancji braku uczestnictwa w kartelach i podejmowania innych praktyk polegających na zмовie. Muszą one zostać podpisane przez wykonawcę zgodnie z wymaganiami.

Podobnie jak w przypadku systemu kwalifikacji w sektorze użyteczności publicznej, zamawiający są zobowiązani wyjaśnić powód niezakwalifikowania lub wstępnego zakwalifikowania danego wykonawcy. Jakkolwiek niektórzy wykonawcy niekiedy nie są skłonni o to pytać, dlatego, że uważają, że i tak nie mieli szans albo nie podeszli do tego zadania poważnie (zob. wyżej, w sprawie rozważki dyktującej podejmowanie tylko najbardziej odpowiednich sposobności udziału w przetargach), zwrócenie się o wyjaśnienie powodów odrzucenia jest dla wykonawcy pouczające – zarówno pod względem tego, jak odnosić się do procedur kwalifikacji oraz w odniesieniu do ich własnych możliwości, atutów i słabych stron. Jest to także szansa na dokonanie ulepszeń. Jeżeli bowiem wyjaśnienia te zostaną dobrze spożytkowane, wykonawca może na tym skorzystać podkreślając dokonane ulepszenia przy okazji składania kolejnej oferty temu samemu zamawiającemu. W najgorszym przypadku, podanie takiego uzasadnienia może oznaczać ujawnienie błędu (przypadkowego lub zamierzonego) ze strony zamawiającego, co umożliwi wykonawcy podjęcie działań korygujących opisanych szczegółowo w Rozdz. IV.

### **3.4 Składanie ofert**

Udział w procedurach udzielenia zamówienia wiąże się z przygotowaniem i złożeniem oferty. Na przygotowanie oferty, poza jej sformułowaniem i opracowaniem od strony merytorycznej, składają się również kwestie dotyczące jej prezentacji oraz zagadnienia organizacyjne.

#### **3.4.1 Opracowanie oferty**

Nie należy zaniedbywać samego przygotowania oferty ani przygotowywać jej w pośpiechu „za pięć dwunasta”. Oferta jest dokumentem o podstawowym znaczeniu, którym wykonawca posłuży się, aby przekonać zamawiającego, że to właśnie on powinien zostać wybrany. Musi wyrażać się precyzyjnie oraz przedstawić wymagane informacje we właściwym świetle. Oferty to dokumenty mające charakter biznesowy i należy je zaprezentować w sposób profesjonalny. Osoby przygotowujące ofertę powinny wykazywać się umiejętnościami formułowania na piśmie profesjonalnej dokumentacji handlowej w sposób łatwy do czytania, jednoznaczny i zwięzły. Przygotowanie oferty to także kierowanie całym procesem, w tym racjonalny podział obowiązków związanych z jej opracowaniem. Ktoś będzie musiał odpowiadać za koordynowanie prac przygotowawczych, gromadzenie informacji, sformułowanie zawarty treści,

korektę, wydrukowanie i wysłanie oferty. Problemy na którymkolwiek etapie mogłyby mieć katastrofalne skutki dla całego przedsięwzięcia.

Oferta może zostać połączona z kwalifikowaniem, jak ma to miejsce w procedurze otwartej, lub mieć charakter samodzielny, jeżeli kwalifikowanie już zostało przeprowadzone. Oferta może być składana na różne sposoby, także etapowo w procedurze negocjacyjnej lub zgodnie z nowymi procedurami, takimi jak dialog konkurencyjny. Ponadto, w innych procedurach, takich jak umowy ramowe w sektorze publicznym, dynamiczny system zakupów i aukcje elektroniczne, działają określone mechanizmy składania ofert i kwalifikowania/rejestrowania kandydatów. W procedurach tych wymaga się odmiennego podejścia, a oferty pisemne – w przypadkach, gdy są wymagane – należy przygotować z uwzględnieniem konkretnych wymogów proceduralnych. Specyfikę poszczególnych procedur opisano szczegółowo w Rozdziale II. W kwestii przygotowywania ofert można jednakże sformułować kilka ogólnych konkluzji.

Podobnie jak w przypadku systemu kwalifikacji wykonawcy powinni starannie przeczytać zaproszenie do składania ofert wraz z załącznikami. Należy przede wszystkim dokładnie sprawdzić dokumenty w celu uzupełnienia ewentualnych brakujących stron lub usunięcia błędów. Jeżeli dokumenty są niekompletne, oferta może nie spełnić niektórych podstawowych wymagań, a gdy z kolei zamawiający nie jest świadom braków w dokumentacji przetargowej, oferta może z łatwością zostać odrzucona jako niespełniająca założonych kryteriów. Jeżeli dokumenty składające się na ofertę zostały złożone drogą elektroniczną, należy sprawdzić, czy dotarły w kompletnej formie i czy wszystkie części są czytelne. W razie wątpliwości należy się skontaktować z zamawiającym i przekazać odpowiednie informacje. Podobnie, jeżeli cokolwiek jest niejasne lub danych treści nie można prawidłowo zrozumieć, należy zwrócić się na piśmie o wytłumaczenie i objaśnienia. Odpowiedzi na takie zapytania zostaną przekazane na piśmie wszystkim wykonawcom.

Dokumenty często zawierają cenne informacje dodatkowe, które pozwalają umieścić zamówienie w określonym kontekście oraz wyjawic ogólne nastawienie oraz wizję zamawiającego. W przypadku, gdy nie przeprowadzono badania rynku (zob. powyżej), może to być jedyna szansa na to, aby dokonać oceny bardziej ogólnych założeń i celów zamawiającego oraz zorientować się, jak dane zamówienie przystaje do tych ogólnych założeń. Analiza tych celów jest niezbędna do tego, aby wykonawca mógł

w sposób należyty i kreatywny sprostać wymaganiom zamawiającego. Jak już wspomniano, punktów nie przyznaje się jedynie za powtórzenie zakresu zadań lub po prostu udzielenie odpowiedzi na pytania zamawiającego. Zamawiający szuka wykonawcy, któremu może zaufać i który podziela jego podejście. Należy przy tym pamiętać, iż nawet jeżeli dokumenty dotyczące przedmiotowego zamówienia wydają się kompletne, nie zawsze zawierają one wszystkie potrzebne informacje. Szczególnie w przypadku zamówień na roboty budowlane na przykład należy samodzielnie przeprowadzić swoje własne badania, a specyfikacja istotnych warunków zamówienia często zawierają klauzulę tej treści. Wykonawcy będą być może musieli przybyć na miejsce realizacji robót i samodzielnie dokonać oględzin terenu.

W warunkach idealnych specyfikacja istotnych warunków zamówienia powinna być efektem długotrwałego procesu badań wewnętrznych oraz decyzji, których efektem końcowym jest zbiór instrukcji określających należyte i precyzyjnie wymagania stawiane przez zamawiającego. Bardzo często jednak tak się nie dzieje. Zamawiający nie zawsze dokładnie precyzują, jakie są ich oczekiwania, a ten brak precyzji znajduje odzwierciedlenie w dokumentach. Często bywa tak, iż to wykonawcy muszą zaproponować właściwe rozwiązanie, nawet jeżeli nie jest ono tym, które sformułowano w zamówieniu. W nowych dyrektywach przewidziano pewne nowe procedury, szczególnie procedurę dialogu konkurencyjnego w sektorze publicznym, wychodzące naprzeciw sytuacjom, w których zamawiający nie mogą z przyczyn obiektywnych dostatecznie precyzyjnie wyartykułować swoich wymagań. Bywa i tak, że brak precyzji i jednoznaczności występuje także w mniej złożonych sytuacjach. Zamawiający w każdym razie stara się ustalić podejście wykonawcy do danego rozwiązania i przekonać się, czy wykonawca naprawdę rozumie jego oczekiwania. W wielu przypadkach oczekuje on, że to właśnie wykonawca zaproponuje właściwe rozwiązanie. Może to oczywiście zostać wyrażone wprost w postanowieniach, które dopuszczają złożenie ofert wariantowych, ale nieujawnione dążenie zamawiającego do uzyskania pomocy nie zawsze jest oczywiste. Nawet gdy przewiduje się realizację określonych robót budowlanych, produktów czy usług, wykonawca może być w stanie zaproponować nową konstrukcję czy metodę działania. Przykładowo, zamiar nabycia określonego sprzętu może oznaczać także pozyskanie tego sprzętu na zasadzie leasingu czy zakupu na raty. Zostało to wyraźnie przewidziane w dyrektywach w przypadku ofert wariantowych (zob. sekcja 2.6.4).

Podobnie jak w przypadku systemu kwalifikacji instrukcje zawarte w dokumentach dotyczących przedmiotowego postępowania mogą nakazywać zastosowanie konkretnych formularzy. Mają one na celu ułatwienie porównania ofert i należy zastosować się dokładnie do instrukcji. Na pytania należy odpowiadać w sposób prawidłowy i kompletny, podając prawdziwe fakty, daty i odniesienia. Dołączanie ogólnych broszur czy sprawozdań nie przysłuży się wykonawcy, ponieważ zamawiający musi szybko znaleźć potrzebne mu informacje. Nie jest on zainteresowany czytaniem obszernych a nieadekwatnych materiałów, natomiast zadaje precyzyjne pytania, na które oczekuje precyzyjnych odpowiedzi po to, aby w procesie oceny móc sformułować swoje konkluzje.

W przypadku, gdy w specyfikacji nie nakazuje się stosowania określonej struktury czy formularzy, wykonawca musi zadbać o podanie wszystkich zasadniczych danych, w tym powodu, dla którego składa ofertę (tzn. nawiązanie do specyfikacji), dlaczego uważa, że jest właściwym wykonawcą (kompetencje, umiejętności i środki), przedstawić streszczenie proponowanego podejścia technicznego, harmonogram, wyniki i zadania, które zrealizuje, ustalenia w zakresie kierowania pracą oraz cenę. Należy zawsze pamiętać o tym, aby nie pominąć kwestii zarządzania realizacją zamówienia. Oferta winna przekonać zamawiającego, że jesteśmy w stanie zrealizować podjęte zadanie.

### **3.4.2 Elementy merytoryczne**

Nie sposób przewidzieć wszystkich ewentualnych zagadnień, które trzeba podjąć w związku ze wszystkimi wymogami zamawiającego zawartymi w SIWZ. Zależy to od danego zamówienia. Niektóre mogą być krótkie i wymagają niewielkiego nakładu pracy, inne mogą mieć objętość wielu tomów i wymagać obszernych badań. Rozpatrując je, dobrze jest jednak wziąć pod uwagę niektóre z poniższych kwestii:

- podstawy i objaśnienie celów ogólnych i bezpośrednich podmiotu zamawiającego; mogą one być zawarte w załącznikach, których nie należy zaniedbywać; należy także zapoznać się z treścią umowy wchodzącej w skład SIWZ;
- wymagania formalne: formularze ofertowe, oświadczenia i certyfikaty, które należy podpisać; czy należy przedłożyć kopie czy oryginały; liczbę egzemplarzy; czy ofertę należy złożyć w formie papierowej czy

elektronicznie; adres, pod którym należy złożyć ofertę; oznakowanie oferty oraz to, czy należy ją złożyć w osobnych kopertach; data i godzina otwarcia ofert; jak należy podawać ceny (np. w formie wyszczególnienia ilości robót i cen ogółem czy w walucie, w której mają być podane ceny); czy wymagane jest wadium i/lub zabezpieczenie wykonania, okresy związania ofertą, procedury objaśnień, język oferty, wymagane ubezpieczenie;

- zakres: specyfikacje techniczne lub obowiązkowe normy, jeżeli są wymagane; zakres zadań, wyniki, terminy dostarczenia/realizacji, wymagane konkretne zasoby czy umiejętności, możliwość składania ofert wariantowych; podzlecenie, czy dopuszczalne jest tworzenie spółek joint venture oraz jakkolwiek wymóg utworzenia spółek celowych; analiza dokumentów umownych;
- wymagania merytoryczne: warunki realizacji umowy; zastrzeżenie umów; systemy zapewnienia jakości stron trzecich, systemy zarządzania środowiskiem, kryteria ochrony środowiska, kryteria oceny oraz ewentualne ważenie.

### **3.4.3 Składanie wspólnych ofert**

Występują zamówienia, które nie zawsze mogą zostać zrealizowane przez jeden podmiot gospodarczy, a niektóre podmioty nie zawsze mogą mieć możliwość realizowania zamówienia samodzielnie. Niekiedy wykonawcy muszą skorzystać z fachowej wiedzy, umiejętności i zaplecza innych podmiotów, zamawiając lub zlecając usługi lub podzlecając zadania podwykonawcom lub firmom siostrzanym. Możliwości te zostały przewidziane w sposób wyraźny w dyrektywach, w których zezwala się na ocenianie kwalifikacji wykonawców, na przykład na podstawie kwalifikacji oferty wspólnej. Niekiedy zachodzi także potrzeba budowania większej liczby powiązań, w postaci partnerstw, stowarzyszeń czy formalnych spółek typu joint venture. W niektórych przypadkach, zamawiający wymagają tworzenia nowych spółek celowych (SC), w ramach których szereg podmiotów spełnia stawiane przez nich wymagania.

Partnerstwa (formalne czy nieformalne) mają sens nie tylko ze względu na swoją wielkość (i pozostający do ich dyspozycji kapitał), ale także jako sposób oferowania nowej lub udoskonalonej kombinacji zasobów, umiejętności i doświadczenia. Za łączeniem sił kilku podmiotów kryje

się zwykle pewna logika, która musi zostać zakomunikowana zamawiającemu. Nie ma sensu przedstawianie mu długiego wykazu nazwisk z nadzieją wywarcia wrażenia liczbą zaangażowanych osób (co, jak zostanie wskazane poniżej, może być słabością). Partnerzy muszą wykazać, w jaki sposób ich partnerstwo stanowi o sile oferty, jak się wzajemnie uzupełniają oraz w jaki sposób kombinacja oferowanych przez nich zasobów pozwoli najlepiej wypełnić wymagania zamawiającego.

Zasadnicze znaczenie ma oczywiście to, aby partnerzy mogli skutecznie ze sobą współpracować. Wiąże się to z szeregiem kwestii w zakresie zarządzania, które stają się tym bardziej złożone i trudne, im większe jest partnerstwo. Nie jest mądrą rzeczą tworzenie partnerstwa jako celu samego w sobie, jakkolwiek może to być konieczne dla potrzeb pojedynczego zamówienia. Ogólnie rzecz biorąc, lepiej jest utworzyć partnerstwo tylko wówczas, gdy oferuje ono partnerom to, czego potrzebują. Partnerstwa sprawdzają się najlepiej, gdy podmioty gospodarcze działają we wzajemnie uzupełniających się dziedzinach, a partnerstwo daje im możliwość budowania strategicznych sojuszy.

W kategoriach praktycznych, jeden z partnerów musi wziąć na siebie rolę wiodącą w celu koordynacji działań (tzw. lidera). Zamawiający musi mieć jeden punkt kontaktu w razie potrzeby porozumiewania się z partnerami. Z punktu widzenia prawa należy podjąć decyzje oraz wypracować porozumienie co do odpowiedzialności za realizowane działania. W stosunku do zamawiającego partnerstwo musi podjąć odpowiedzialność solidarną i łączną, jakkolwiek strony mogą dokonywać różnych uzgodnień między sobą. W przypadku spółki celowej, odpowiedzialność ponosi ta spółka, jakkolwiek biorąc pod uwagę doraźność tworzenia takiego mechanizmu oraz prawdopodobny brak kapitału, zamawiający mogą także żądać gwarancji ze strony spółki macierzystej jako sposobu rozwiązania kwestii odpowiedzialności. Pod względem operacyjnym partnerzy muszą określić swoje role oraz ustalić, w jaki sposób podzielą się sprawiedliwie zadaniami i kosztami (oraz zyskami). W przypadku partnerstw nieformalnych kwestie te uzgadnia się w drodze porozumienia lub memorandum, natomiast utworzenie formalnej spółki typu joint venture może wiązać się z wymogiem posiadania stosownej dokumentacji prawnej. Z perspektywy przepisów prawnych partnerzy muszą mieć świadomość implikacji dla współpracy komercyjnej wynikających z prawa konkurencji. Partnerstwa mogą być sposobem na sformalizowanie zmony, a zatem zachodzi prawdopodobieństwo naruszenia przez nie europejskich



i krajowych przepisów w sprawie konkurencji. W przypadku spółek joint venture między dużymi podmiotami może nawet zachodzić konieczność zgłoszenia utworzenia takiej spółki zgodnie z przepisami dotyczącymi łączenia przedsiębiorstw.

W przypadku każdego dużego zamówienia zagranicznego podmioty gospodarcze będą usilnie poszukiwały możliwości współdziałania z lokalnymi jednostkami współpracującymi. Wynikają z tego znaczące korzyści pod względem wiedzy i zrozumienia lokalnych zwyczajów, prawa i języka. W przypadku intensywnej pracy za granicą podmioty gospodarcze być może już zbudowały sieć jednostek współpracujących. Jeżeli jednak tak się nie stało, dokonanie odpowiednich uzgodnień w krótkim czasie może być trudne. Utworzenie z powodzeniem działających partnerstw złożonych z podmiotów z różnych krajów powinno być częścią prac przygotowawczych potencjalnych oferentów, o czym mowa powyżej. Nie zaleca się tworzyć naprędce nieprzemyślanych partnerstw, nawet jeżeli ofert nie brakuje – często w przypadku dużych zamówień, wielu oferentów jest zasypywanych ofertami ze strony sprytnych lokalnych firm, które dostrzegły sposobność, jaką jest ‘międzynarodowe’ zamówienie i chcą działać jako podmioty współpracujące lub podwykonawcy. Jakkolwiek jest to przejaw inicjatywy, niektóre z tych ofert mogą się okazać być oportunistyczne czy pozbawione skrupułów. Lepiej jest dokonać takich uzgodnień z wyprzedzeniem i kierować się słusznymi racjami, takimi jak kompetencja i doświadczenie; jakość kontaktów z klientem (praca, relacje, pokrewieństwo polityczne), wzajemne uzupełnianie się, znajomość lokalnych uwarunkowań, w tym cen, umiejętność rozwiązywania lokalnych kwestii handlowych (wymagania wynikające z przepisów, banki, itp.), zdolność do wykonywania tłumaczeń pisemnych i ustnych, możliwość obniżenia kosztów, dokonywania, przyjmowania i przelewania płatności w walucie lokalnej i obcej.

# Rozdział IV

## 4. Kwestionowanie naruszeń przepisów dotyczących zamówień

### 4.1 Co się dzieje w przypadku niepomyślnego rozwoju wydarzeń?

Przepisy dotyczące zamówień publicznych omówione w niniejszej publikacji nie będą szczególnie wartościowe, jeśli instytucje zamawiające nie będą ich prawidłowo stosowały. Nieprawidłowe stosowanie tych przepisów może oczywiście wynikać z pomyłek, przeoczenia czy nieporozumienia lub być spowodowane umyślnym działaniem ze strony zamawiającego. Niezależnie od przyczyny, to wykonawca zwykle ma najlepsze dane po temu, aby wskazać ewentualne naruszenie. W przypadku, gdy wykonawcy dostrzegają problemy lub sądzą, iż dopuszczono się naruszenia, powinni zawsze w pierwszej kolejności zwrócić się do przedstawicieli instytucji zamawiającej, sygnalizując możliwość zaistnienia naruszenia. Jeżeli wynika ono z omyłki, będzie to dla instytucji zamawiającej sposobność do jej sprostowania – i tak istotnie bywa w znakomitej większości przypadków. Jeżeli jednak instytucja zamawiająca nie sprostuje pomyłki, wykonawca może podjąć dalsze działania. W dyrektywach w sprawie procedur odwoławczych przewidziano szereg środków, z których można skorzystać, czy to przed sądami krajowymi czy w postępowaniu przed specjalnymi organami odwoławczymi w przypadku, gdy takowe występują (jak np. system arbitrażu UZP w Polsce).

Nie jest to jednakże możliwość jedyna. Można także wnieść skargę do Komisji Europejskiej, która, jeżeli uzna, że naruszenie wystąpiło, może sama podjąć działania w stosunku do danego Państwa Członkowskiego. W sek-

torach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych pozostają również do dyspozycji możliwości działań pozasądowych, tzn. procedury odwoławcze, w których nie wymaga się interwencji sądowej. W dyrektywie „sektorowej”, na przykład, przewidziano procedurę pojednawczą. Jeżeli wykonawca nie chce odwoływać się do jednej z tych procedur, może także skorzystać z systemów krajowych, takich jak systemy kontroli, kierując przedmiotowe kwestie do odpowiednich organów.

W niniejszym rozdziale rozważymy różne możliwości, które proponuje ustawodawstwo wspólnotowe. Są one oparte na dwóch dyrektywach: (1) Dyrektywy 89/665 w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych w zakresie stosowania procedur odwoławczych przy udzielaniu zamówień publicznych na dostawy i roboty publiczne (Dz.U. 1898 L 395/33) oraz (2) Dyrektywy w sprawie procedur odwoławczych (w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych: Dyrektywa 92/13 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 usług pocztowych (Dz.U. 1992 L76). W momencie przygotowywania niniejszej publikacji wiadomo, że służby Komisji Europejskiej pracują nad zmianami w dyrektywie w sprawie procedur odwoławczych, ale nie złożono jeszcze oficjalnego projektu. Nie przewiduje się, iż wpłyną one znacząco na zmianę podstawowej struktury systemu, tylko ją ulepszą.

Podobnie jak w przypadku dyrektyw 2004/18 i 2004/17, celem dyrektywy w sprawie procedur odwoławczych jest wyznaczenie minimalnych kryteriów oraz zabezpieczeń w celu zapewnienia ochrony praw wynikających z dyrektywy klasycznej i sektorowej. Stało się to konieczne w świetle znacząco różniących się procedur w jurysdykcjach poszczególnych państw, co się przekłada na poważne różnice w zakresie ochrony praw podmiotów prawa wspólnotowego. W niniejszym rozdziale omawiane są tylko kryteria minimum wyznaczone przez dyrektywy w sprawie procedur odwoławczych.

## **4.2 Egzekwowanie prawa ogółem**

Egzekwowanie prawa wspólnotowego w zakresie dyrektywy w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi nie podlega wyłącznie zapisom dyrektywy

odwoławczej. Rola sądów krajowych polega na zapewnieniu stosowania prawa wspólnotowego ogółem, natomiast szczególną rolę posiada Komisja Europejska – rolę strażnika tego prawa. Obydwie te role również należy uwzględnić.

#### 4.2.1 Sądy krajowe

Wytoczne dyrektyw winny zostać transponowane do prawa krajowego, w następstwie czego powstają przepisy krajowe, na podstawie których wykonawcom przynależą się środki ochrony prawnej. Prawa i obowiązki stanowione przez prawo wspólnotowe muszą być chronione przez sądy krajowe. Do sądów krajowych wniesiono wiele spraw, które dotyczyły naruszenia dyrektyw w zakresie zamówień publicznych. Tego typu sprawy o naruszenie były rozpatrywane w ramach istniejących procedur i przepisów prawa krajowego. Jednakże to właśnie różnice w ustawodawstwie poszczególnych państw, zarówno w zakresie dostępnych procedur odwoławczych jak i ich skuteczności doprowadziły do przyjęcia dyrektywy odwoławczej, która została stworzona po to, aby nie dyskryminować wykonawców z innych Państw Członkowskich.

Jak widać, oprócz konkretnych środków egzekwowania prawa zawartych w dyrektywie odwoławczej, to Traktat – wsparty przez orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości – przewiduje, że każdy obywatel powinien mieć prawo do ochrony praw przysługujących mu na mocy prawa wspólnotowego. Wypływa to z samej natury prawa wspólnotowego poprzez tworzenie praw, na które poszczególne osoby mogą się powoływać w sądach krajowych. Efekt ten jest wzmocniony dzięki porządkującej roli, jaką pełni Komisja. Jest już utrwaloną praktyką, że prawo wspólnotowe może tworzyć uprawnienia, na które mogą się powołać jednostki (w tym firmy) przed swoimi sądami krajowymi, które mają je chronić. Przy rozważaniu znaczenia pewnych określonych działań lub osób powstaje kwestia: czy i do jakiego stopnia działania te mogą tworzyć uprawnienia poszczególnych osób i narzucać na nie zobowiązania, które można egzekwować w sądach krajowych.

Postanowień Traktatu nie stosuje się bezpośrednio w Państwach Członkowskich, chociaż mogą one mieć i skutek bezpośredni, tzn. skutkują tworzeniem praw bez dalszego ich wdrażania.

Przepisy Traktatu nie wywierają automatycznie skutku bezpośredniego i są poddawane uważnej analizie. W całym szeregu przypadków Trybunał określa warunki konieczne do nadania artykułowi Traktatu takiego skutku. Skutek bezpośredni zachodzi, jeżeli zobowiązanie narzucone na Państwa Członkowskie jest jasne i precyzyjne, bezwarunkowe oraz, w przypadku środków wykonawczych, gdy Państwa Członkowskie lub instytucje wspólnotowe nie mają marginesu swobodnego uznania. Dyrektywy są wiążące tylko w zakresie celu, który ma zostać osiągnięty i tylko dla danego Państwa Członkowskiego, do którego są adresowane, jednakże decyzję co do formy i metod ich wdrożenia pozostawia się w gestii danego Państwa. Niemniej jednak ETS również potwierdził, że dyrektywy mogą mieć skutek bezpośredni, jeżeli spełniają te same warunki precyzyjności i jasności, bezwarunkowości, przejrzystości oraz braku uznaniowości ze strony instytucji wspólnoty czy Państw Członkowskich, jak zostało to określone przez Trybunał w kontekście artykułów Traktatu.

Bezpośredni skutek dyrektyw jest jednak dwojako ograniczony. Po pierwsze, dyrektywy są obowiązujące tylko w odniesieniu do rezultatu, jaki ma zostać osiągnięty. Zawarta jest w nich data, do której ich zapisy winny zostać wdrożone. Jeśli zostanie przekroczony limit czasowy i dane Państwo Członkowskie nie zdoła przyjąć środków wykonawczych wymaganych przez dyrektywę, nie może się powoływać na to niepowodzenie we wdrażaniu zobowiązań dyrektywy, np. w przypadku sporu z indywidualnymi osobami, które działają w zgodzie z tą dyrektywą. O bezpośrednim skutku można również mówić, jeżeli po upływie daty wdrożenia Państwo Członkowskie wdrożyło dyrektywę, ale zrobiło to błędnie. W tych okolicznościach bezpośredni skutek dyrektywy będzie polegał na nadrzędności postanowień samej dyrektywy nad jej wadliwie wdrożoną wersją na szczeblu krajowym. Oznacza to, że jeżeli Państwo Członkowskie nie wdrożyło dyrektyw w sposób prawidłowy, a instytucja zamawiająca idzie w ślad nieprawidłowej implementacji, wykonawca może podnieść wynikające z tego naruszenie dyrektyw w przypadku, gdy zostanie on poszkodowany przez to naruszenie.

Drugim ograniczeniem dyrektywy jest to, iż jest ona adresowana do Państw Członkowskich. Obowiązek jej wdrożenia spoczywa na nich i na nikim więcej. Określenie „Państwo Członkowskie” obejmuje całość państwa, a co za tym idzie – wszystkie instytucje zamawiające określone w dyrektywie, dzięki czemu wykonawcy mogą się powoływać na skutek bezpośredni dyrektyw w razie sporu z instytucjami zamawiającymi zde-

finiowanymi w dyrektywie. Jednak z drugiej strony, nie może ono obejmować pewnych prywatnych instytucji zamawiających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, ponieważ niekoniecznie muszą one być „emanacjami Państwa”. A zatem w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, wykonawca powinien się upewnić, że dany sektor można uznać za część Państwa – zanim zdecyduje się podnieść kwestię naruszenia przed sądem krajowym na mocy doktryny skutku bezpośredniego.

W kontekście dyrektyw w sprawie zamówień publicznych zwracano się kilkakrotnie do Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości o rozstrzygnięcie kwestii skutku bezpośredniego. W każdym przypadku ETS był proszony o rozpatrzenie konkretnych postanowień dyrektyw w sprawie zamówień publicznych. Postanowienia muszą być rozpatrywane w kolejności, a każdy artykuł musi zostać osobno zanalizowany. Europejski Trybunał Sprawiedliwości orzekł, na przykład, że merytoryczne przepisy odnoszące się do zamieszczania ogłoszeń, przeprowadzania procedury konkurencyjnej oraz jawności procesu selekcji oraz udzielania zamówień mają na ogół skutek bezpośredni.



#### **Sprawa C-6 & 9/90 Francovich**

Sądy krajowe muszą zapewnić ochronę praw wspólnotowych w poszczególnych Państwach Członkowskich.

Zasada nadrzędności prawa wspólnotowego nad prawem krajowym oznacza, że wszystkie postanowienia prawa wspólnotowego mające skutek bezpośredni muszą mieć pierwszeństwo nad wszelkimi przepisami krajowymi, które są z nimi sprzeczne. Sądowi krajowemu powierza się zadanie zapewnienia ochrony praw wykonawców, a w mocy krajowych systemów prawnych jest, w przypadku braku przepisów wspólnotowych w tym zakresie, desygnowanie sądów lub trybunałów sprawujących jurysdykcję i określanie warunków proceduralnych rządzących procesami sądowymi, których celem jest zapewnienie ochrony praw będących wynikiem skutku bezpośredniego prawa wspólnotowego. Te proceduralne i merytoryczne warunki muszą być nie mniej korzystne od warunków odnoszących się do podobnych kwestii w prawie krajowym oraz nie

mogą powodować, że środki odwoławcze byłyby niemożliwe do osiągnięcia. Prawa przyznane jednostkom przez Traktat mają być chronione przez sądy krajowe w takim zakresie, aby wykonawca poszkodowany przez Zamawiającego, który popełnił uchybienie w przestrzeganiu prawa wspólnotowego, miał możliwość wnoszenia o odszkodowanie za doznaną krzywdę wynikłą z nieprzestrzegania tego prawa lub nawet otrzymać środki odwoławcze takie jak tymczasowe zabezpieczenie, jeżeli do tej pory nie istniała taka możliwość, która chroniłaby prawo wspólnotowe.

W celu zapewnienia spójności w całej UE, sądy krajowe są upoważnione, a w niektórych przypadkach zobowiązane, kierować pytania dotyczące obowiązywania i interpretacji przepisów wspólnotowych, które pojawiają się w trakcie postępowania sądowego, do Trybunału Sprawiedliwości. Odbywa się to na podstawie procedury zawartej w art. 234 (poprzednio art. 177) Traktatu. Ma to kluczowe znaczenie w razie sporu lub niejasności w kwestii zakresu postanowień prawa wspólnotowego i nie jest przypadkiem, że wiele spraw dotyczących zamówień publicznych to orzeczenia Trybunału wydawane w związku z zapytaniem skierowanym na podstawie art. 234 przez sąd krajowy. Zasadniczo art. 234 przyznaje Trybunałowi Sprawiedliwości jurysdykcję do wydawania orzeczeń w trybie prejudycjalnym, dotyczących interpretacji Traktatu oraz w zakresie interpretacji i obowiązywania aktów prawnych instytucji wspólnotowych.

Sąd lub trybunał krajowy jest upoważniony, a w przypadku sądu ostatniej instancji – jest on zobowiązany do zwrócenia się do Trybunału o wstępne orzeczenie, jeżeli wchodzi w grę kwestia interpretacji lub obowiązywania przepisów wniesiona przez strony lub przez sam sąd. Kierując zapytanie do Trybunału, sąd krajowy musi uwzględnić to, iż decyzja w takiej kwestii jest konieczna dla umożliwienia mu wydania orzeczenia. Pytanie lub pytania są przesyłane przez sąd zwracający się do Trybunału, ale w praktyce formułują je strony postępowania oraz ich adwokaci. Często Europejski Trybunał Sprawiedliwości dokonuje przeformułowania pytania w celu udzielenia najwłaściwszej odpowiedzi, lecz dla stron postępowania istotne jest to, aby kierować pytania, które pozwolą uzyskać potrzebne im odpowiedzi.

Znaczenie tej procedury polega na sposobie, w jaki ujednocila ona stosowanie prawa wspólnotowego. Poprzez przestrzeganie prawa oraz działanie ETS jako ostatecznego sędziego prawa wspólnotowego zapewnia ona, że prawa jednostki wynikające z Traktatu oraz środki z bezpośrednim

skutkiem przyjęte w jej ramach są w równym stopniu i jednolicie chronione w całej Wspólnocie.

Szczególne środki wprowadzone przez dyrektywy w sprawie procedur odwoławczych i te omówione poniżej nie powodują, że procedury istniejące do tej pory w różnych jurysdykcjach stają się zbędne. W dalszym ciągu mają one zastosowanie w tych przypadkach, do których nie odnosi się dyrektywy w sprawie procedur odwoławczych. Mogą one również mieć zastosowanie w sytuacji, gdy Państwa Członkowskie nieprawidłowo wdrożyły dyrektywy lub w ogóle tego nie zrobiły. Co więcej, w zamierzeniu dyrektywy w sprawie procedur odwoławczych mają jedynie sformułować warunki minimum konieczne do ochrony praw i zobowiązań wynikających z dyrektywy proceduralnej. Dotychczasowe procedury odwoławcze dostępne w jurysdykcji krajowej równie dobrze mogą zostać utrzymane, ponieważ one rzeczywiście spełniają te kryteria. Nawet jeżeli powstają nowe procedury odwoławcze jako skutek dyrektyw w sprawie procedur odwoławczych, procedury już istniejące, które się rozwinęły, mogą koegzystować z nimi i pozostać wiążącą alternatywą lub równoległym odnośnikiem.

#### **4.2.2 W jaki sposób może pomóc Komisja Europejska**

Środki egzekwowania prawa przewidziane w dyrektywie w sprawie procedur odwoławczych są częścią arsenału dostępnych środków służących zapewnieniu zgodności z dyrektywami proceduralnymi. W przypadku braku konkretnych procedur odwoławczych potrzebnych do skorygowania naruszeń procedur zamówień publicznych Komisja w przeszłości wykorzystywała (i nadal wykorzystuje) swoją tradycyjną rolę Strażnika Traktatu WE. W tym celu nadano jej na mocy Traktatu władzę nadzoru i egzekwowania przepisów prawa, którą z powodzeniem wykorzystwała w obszarze zamówień publicznych. Wiele spraw dotyczących naruszenia dyrektyw dotyczących zamówień publicznych, które wniesiono do Trybunału, było efektem działania Komisji z własnej inicjatywy, albo na podstawie skargi wniesionej przez indywidualnego oferenta. Komisja zajmuje się nie tylko sprawami, które trafiają do ETS, ale również rosnącą liczbą nieprawidłowości rozstrzyganych poza ETS. Z drugiej strony – do ograniczeń możliwości Komisji zalicza się to, że może ona przeprowadzić jedynie wysoce selektywną ocenę zastosowania procedur zamówień publicznych w państwach członkowskich. Jest mało prawdopodobne, aby ta sytuacja uległa poprawie, biorąc pod uwagę liczbę potencjalnych zamó-



wień, do których mają zastosowanie dyrektywy. Mało prawdopodobne jest również, aby Komisja przyjęła na siebie rolę „żandarma” we wszystkich przypadkach, w których doszło do naruszenia procedur. Sztandarowe sprawy dotyczące zamówień publicznych, w których Komisja była otwarcie zaangażowana, w głównej mierze odnosiły się do przypadków oczywistych naruszeń w zakresie dokumentacji przetargowej, które dawały podstawę do dyskryminacji wybranych oferentów, np. potencjalnych wykonawców z zagranicy.

Nieznaczone osiągnięcia wcześniejszych dyrektyw w zakresie procedur odwoławczych oraz doprecyzowanie zasad w późniejszych poprawkach dopełniły ostatecznego obrazu dyrektyw w sprawie procedur odwoławczych. Niemniej jednak, nawet gdy skarga nie dotrze do Trybunału, fakt jej wniesienia oraz wstępna interwencja ze strony Komisji mogą w istocie pomóc w rozstrzygnięciu sporu.

Artykuł 226 (poprzednio art. 169) Traktatu nadaje Komisji kluczową rolę w nadzorowaniu spełniania przez Państwa Członkowskie zobowiązań wynikających z Traktatu, w tym m. in. zgodności z poszczególnymi dyrektywami, takimi jak dyrektywy o zamówieniach publicznych. Jeżeli Komisja uzna, że Państwo Członkowskie nie dopełniło zobowiązań traktatowych, może ona, po uprzednim podjęciu pewnych kroków wynikających z procedury, wnieść sprawę do Trybunału Sprawiedliwości. W przypadku dyrektyw zazwyczaj oznacza to brak wdrażania lub błędne wdrożenie dyrektyw do prawa krajowego. Procedura ta jest często wykorzystywana, chociaż większość spraw jest rozwiązywana na poziomie administracyjnym, zanim Trybunał rozpocznie proces. W przypadku, gdy sprawa zostanie wniesiona do Trybunału Sprawiedliwości i zdecyduje on, że dane Państwo Członkowskie nie dopełniło swoich zobowiązań, jest ono zobowiązane przedsięwziąć środki konieczne do zastosowania się do orzeczenia. Dla kompetentnych władz Państwa Członkowskiego (w tym sądów krajowych) oznacza to zakaz stosowania przepisów krajowych jako uznanych za niezgodne z Traktatem oraz, jeżeli okoliczności tego wymagają, zobowiązanie ich do podjęcia wszelkich odpowiednich środków w celu pełnego wdrożenia prawa wspólnotowego. Procedura ta może zostać uruchomiona przez Komisję na jej wniosek lub w wyniku skargi wniesionej przez jednostkę.

Nawet, jeżeli skarga dotyczy konkretnej instytucji zamawiającej, działania Komisji będą kierowane przeciwko Państwu Członkowskiemu. Niezależ-

nie od tego, czy procedurę uruchomiono w wyniku inicjatywy Komisji, czy też ze skargi indywidualnej – jest ona generalnie taka sama.

#### **(a) Procedura wnoszenia skarg**

Istnieje szereg sposobów, jakie stosuje Komisja w celu stwierdzenia niewykonania przez Państwa Członkowskie obowiązku prawidłowego wdrożenia ustawodawstwa wspólnotowego lub ich zamierzonej odmowy przestrzegania podstawowych zasad Traktatu. Komisja kontroluje i zapewnia wykonywania prawa Wspólnoty, także w zakresie zaawansowania prac wdrażających wytyczne dyrektyw do prawa krajowego danego Państwa Członkowskiego. Występuje jednakże wiele przykładów naruszeń, o których Komisja po prostu się nie dowiaduje i w takich przypadkach jednostki i firmy, które zostały niewłaściwie potraktowane, mają pewną rolę do odegrania.

W przypadku, gdy jednostka uważa, iż Państwo Członkowskie narusza swoje obowiązki wynikające z Traktatu, może wnieść skargę do Komisji. Skarga może być nieformalna lub formalna. Firma, która czuje się poszkodowana, może chcieć pozostać anonimowa i nie życzyć sobie, aby Komisja ujawniła jej tożsamość wobec danego Państwa Członkowskiego lub agencji rządowej. Może to wynikać po prostu z obawy o naruszenie poufności w biznesie lub obawy o odwet w relacjach handlowych. W takich okolicznościach jednostka może zwrócić się do Komisji w sposób nieformalny z informacją o potencjalnych naruszeniach prawa wspólnotowego w zakresie odnośnych usług. Może tak być w przypadku, gdy naruszenia, co do których wnosi się skargę, są uogólnione i niemożliwe do „wyśledzenia”; trudniej jest natomiast, gdy wynika to z odosobnionego zdarzenia. W każdym razie procedura wnoszenia skarg prowadzi do wszczęcia postępowania przez Komisję i nie przebiega z bezpośrednim udziałem konkretnego skarżącego. Skargi nieformalne jeszcze lepiej służą wyeliminowaniu możliwości identyfikacji. Jednakże brak skarżącego, który jest znany, może pozbawić Komisję możliwości powołania się na konkretne zdarzenie. Strony wnoszące skargi nieformalne mogą zaniedbać dostarczenie Komisji wystarczających informacji i dowodów, na podstawie których prowadzone miałyby być postępowanie. Jakkolwiek procedurę prawną wszczętą w wyniku skargi prowadzi Komisja, skarżący jest generalnie informowany o jej postępach i ma tym samym możliwość przedstawiania dalszych spostrzeżeń w razie konieczności.

## **(b) Wnoszenie skarg**

Sprawy dotyczące zamówień publicznych nie podlegają ścisłym wymogom proceduralnym. Niemniej jednak doświadczenie wskazuje, iż pewne elementy powinny zostać uwzględnione w każdej skardze. Skarga powinna zawierać podstawowe informacje o skarżącym, a także fakty w danej sprawie. Najważniejszy aspekt skargi to opisanie pełnych faktów możliwie najbardziej szczegółowo. Ścisłe rzecz ujmując, do Komisji należy ustalenie oraz ściganie wszelkich naruszeń ujawnionych za pomocą faktów, a nawet jeżeli skarżący faktycznie wskazuje na ewentualne naruszenia, Komisja może nie zawsze wziąć je wszystkie pod uwagę i sama ostatecznie decyduje, jakie naruszenia będzie badała. Z tych samych powodów jednakże, dla jakich należy przedstawić szczegółowo fakty, lepiej jest pomóc Komisji w możliwie największym stopniu. Jeżeli Komisji przedstawiony zostanie pełny wykaz potencjalnych naruszeń Traktatu, jej służby będą miały lepsze dane po temu, aby badać takie zarzuty. Skarżący będzie miał więcej czasu na znalezienie i uzasadnienie naruszeń, których dopuszcza się dane Państwo Członkowskie (i będzie tym bardziej zainteresowany), mając do dyspozycji więcej informacji i środków. Rezultatem działań zamawiających władz będzie prawie niezawodnie spowodowanie strat finansowych. Sama Komisja nie może zasądzić odszkodowania jako rekompensaty za takie szkody (jakkolwiek może to uczynić sąd krajowy), ale wystąpienie takiej szkody ułatwi ustalenie powagi skargi. W niektórych bardzo poważnych sprawach Komisja może zwrócić się do Trybunału Sprawiedliwości o wydanie zarządzenia tymczasowego, jeżeli pilne działania są niezbędne do tego, aby uniknąć takiej szkody.

Dobrze jest ponadto wskazać działania proceduralne na szczeblu krajowym, mające na celu naprawienie sytuacji. Nie jest żelazną zasadą, że Komisja podejmie działania dopiero wówczas, gdy zawiodą środki krajowe, ale z pewnością jest to czynnik istotny. Często jasne staje się, że krajowe procedury administracyjne lub polityczne są niewystarczające do tego, aby chronić prawa jednostek w obliczu naruszenia prawa wspólnotowego, a niekiedy wręcz ich brakuje. W takich przypadkach, dowiedzenie nieprawidłowości w systemie krajowym może skłonić Komisję do podjęcia dalszych działań.

Każdą tego rodzaju skargę należy kierować na piśmie do Dyrekcji Generalnej ds. Rynku/Zamówień (ang. DG Market/Procurement).

### (c) **Procedura realizowana na mocy art. 226**

Z chwilą doręczenia skargi sprawa nie jest już w rękach skarżącego. Służby Komisji mogą zwrócić się do skarżącego o bliższe informacje, ale od tego etapu za prowadzenie sprawy odpowiada w całości Komisja. Skarżący nie może zmusić Komisji do działania, a wycofanie skargi na tym etapie niekoniecznie powoduje zatrzymanie procedury. Jest to oczywiście broń taktyczna w rękach potencjalnych skarżących. W przypadku złożenia skargi, służby Komisji przystępują do jej zbadania w celu ustalenia ewentualnego występowania naruszeń prawa wspólnotowego. Komisja może niemniej jednak realizować tę samą procedurę z urzędu w przypadku stwierdzenia potencjalnego naruszenia inną drogą.

Jeżeli Komisja stwierdzi występowanie naruszeń prawa wspólnotowego, podejmie formalne kroki w celu skorygowania takiej sytuacji. Zwykle korzysta ona z procedury przewidzianej w art. 226 Traktatu. Oto najważniejsze podejmowane wówczas działania:

#### • **Kontakt z władzami Państwa Członkowskiego**

Komisja kontaktuje się z władzami danego Państwa Członkowskiego, podnosząc domniemane naruszenia i zwracając się do Państwa Członkowskiego o przedstawienie jego spostrzeżeń. Czyni to w drodze formalnego zawiadomienia. W tej części procedury nie przewidziano żadnych terminów i wiele zależy od wagi, jaką przypisują danemu naruszeniu służby Komisji.

#### • **Odpowiedź ze strony Państwa Członkowskiego**

Państwo Członkowskie zwykle odpowiada na zastrzeżenia Komisji. Może się zdarzyć, że dane Państwo Członkowskie naprawi naruszenie, kładąc tym samym kres domniemaniu uchybienia wytycznym dyrektyw. Może ono jednak także bronić swojego stanowiska, twierdząc, że żadne naruszenie faktyczne ani prawne nie ma miejsca. Jeżeli skarżący ma na tyle szczęścia, że zostanie poinformowany o tych odmiennych stanowiskach (przy czym nie ma tutaj 'prawa' do informacji), może on zechcieć przedstawić dalsze uwagi. Prawdopodobna będzie jednakże sytuacja, w której skarżący musi mieć nadzieję, że dostarczył Komisji wystarczające fakty i dowody, które pozwolą odrzucić argumenty obrony. Jeżeli Komisja nie

jest usatysfakcjonowana odpowiedzią Państwa Członkowskiego, będzie prowadziła dalsze postępowanie.

#### • Uzasadniona opinia Komisji

Komisja wydaje opinię w przedmiotowej sprawie, obejmującą pełny opis faktów oraz formalne stwierdzenie naruszeń prawa wspólnotowego, co do których domniemywa się, że miały miejsce. W opinii wymaga się zaprzestania naruszeń, ale zwykle nie sugeruje się działań, jakie mają zostać podjęte. Nie ma wyznaczonego terminu między poprzednim etapem a wydaniem uzasadnionej opinii, natomiast obowiązuje termin, w którym wymaga się odpowiedzi od Państwa Członkowskiego. Wynosi on zwykle dwa miesiące.

#### • Trybunał Sprawiedliwości

Jeżeli Państwo Członkowskie nie udzieli odpowiedzi w wyznaczonym terminie, sprawa zostanie skierowana do Trybunału Sprawiedliwości w Luksemburgu. Ze względu na obciążenie Trybunału pracą, nie należy się raczej spodziewać wydania orzeczenia przed upływem 18 do 24 miesięcy. Jeżeli rezultatem końcowym jest wydanie orzeczenia niekorzystnego dla Państwa Członkowskiego; będzie ono zobowiązane zaprzestać naruszenia. Skarżący nie występuje w procedurze przed Trybunałem w jakimkolwiek charakterze, nie może być w niej reprezentowany, ani nie może przedstawiać uwag nawet jako obserwator. Udział skarżącego jest ograniczony do treści skargi.

#### (d) Środki tymczasowe

Artykuł 243 Traktatu nadaje Trybunałowi uprawnienia w zakresie nakazywania wszelkich niezbędnych środków tymczasowych we wszelkich sprawach przezeń rozpatrywanych. Biorąc pod uwagę, że zanim wydane zostanie ostateczne orzeczenie w sprawach wnoszonych do Trybunału, często mijają dwa lata, uprawnienie to jest szczególnie cenne w sprawach o pewnym stopniu pilności. Wniosek o zastosowanie środków tymczasowych kieruje strona postępowania toczącego się przez Trybunałem i musi on dotyczyć danej sprawy. A zatem w niniejszym kontekście tylko Komisja (a nie – skarżący) ma prawo wnioskować o środki tymczasowe w sprawie, która już została wniesiona do Trybunału.

Wniosek o środki tymczasowe, który może zostać wniesiony jednocześnie z wszczęciem postępowania, ale w osobnych dokumentach, zostanie rozpatrzony albo przez Przewodniczącego Trybunału, albo przez Trybunał (wnioski we wszystkich sprawach dotyczących zamówień publicznych dotąd wnoszonych były rozpatrywane przez Przewodniczącego). Wniosek zwykle doręcza się drugiej stronie, której daje się krótki czas na przedstawienie spostrzeżeń na piśmie lub ustnie. Przewodniczący może jednak, w wyjątkowych przypadkach, wydać postanowienie ex parte, zanim przedstawione zostaną spostrzeżenia strony przeciwnej.

Jedynie konkretne warunki przyznania środków tymczasowych wskazane w Regulaminie Trybunału dotyczą tego, że we wniosku o przyznanie środków tymczasowych należy „określić przedmiot postępowania, okoliczności powodujące jej pilność oraz przedstawić fakty i stan prawny stanowiący o sprawie opartej na domniemaniu faktycznym (prima facie) w odniesieniu do wnioskowanych środków tymczasowych”. Zasady rządzące przyznawaniem środków tymczasowych zostały wypracowane w orzecznictwie Trybunału. W praktyce – Trybunał oczekuje od strony ubiegającej się o środki tymczasowe wykazania, że zachodzi sprawa oparta na domniemaniu faktycznym oraz że istnieje konieczność podjęcia natychmiastowych działań w celu uniknięcia poważnych i nieodwracalnych szkód (pilność). Postanowienie zostanie wydane – chyba, że strona przeciwna może wykazać, że i ona poniosłaby poważne i nieodwracalne szkody (test równowagi interesów).

#### • **Sprawa oparta na domniemaniu faktycznym (prima facie)**

Pierwszy wymóg polega na tym, że wnioskodawca, twierdząc, iż zachodzi sprawa oparta na domniemaniu faktycznym, musi podać prawne i faktyczne jej podstawy. Nie jest to obowiązek udowodnienia, że wnioskodawca wygra sprawę w postępowaniu dowodowym, a jedynie, że jest to sprawa na pierwszy rzut oka budząca wątpliwości. Zostanie to stwierdzone w przypadku, gdy zaistniała możliwość naruszenia przepisów dyrektyw proceduralnych.

#### • **Pilność**

Przy założeniu, że można ustalić występowanie sprawy opartej na domniemaniu faktycznym, Komisja musi wykazać, że to ona poniosłaby poważną i nieodwracalną szkodę, jeżeli środki tymczasowe nie zostałyby

przyznane, co stanowi kryterium oceny pilności sprawy zwykle stosowane przez Trybunał Sprawiedliwości. Szkody, które mogą zostać wyrządzone stronie trzeciej, wydają się nie mieć odniesienia do danej sprawy. Tylko szkoda dla wnioskodawcy może zostać wykorzystana jako podstawa wniosku o przyznanie środków tymczasowych. Instytucje wspólnotowe nie tylko ponoszą szkodę jako instytucje, ale mogą także powoływać się na szkody wyrządzone interesom UE. A zatem szkoda zostałaby wyrządzona Komisji jako strażnikowi interesów Wspólnoty.

Wydawałoby się, że warunek pilności jest spełniony, ilekroć występuje zagrożenie naruszeniem prawa wspólnotowego (czy to pierwotnego, czy wtórnego), a niewypełnienie przepisów jednej z dyrektyw proceduralnych w zakresie zamówień publicznych będzie stanowiło „poważne naruszenie prawa wspólnotowego”. Takie zagrażające poważne naruszenie musi być naruszeniem niemożliwym do naprawienia i takie znaczenie wydaje się być przypisane pojęciu szkody „nieodwracalnej”.

#### • Równowaga interesów

Z chwilą wykazania, że zachodzi sprawa oparta na domniemaniu faktycznym i Komisja wykazała, że przy braku środków tymczasowych domniemane naruszenie spowodowałoby poważną i niemożliwą do naprawienia szkodę, Europejski Trybunał Sprawiedliwości rozważy, czy przyznając środki tymczasowe, wyrządzi on pozwanemu poważną i niemożliwą do naprawienia szkodę. Trybunał rozpatrzy korzyści i szkody wynikające ze środków tymczasowych dla obu stron w celu ustalenia, która ze stron poniesie najmniejszą szkodę.

### 4.3 Wspólne środki odwoławcze wynikające z dyrektyw w sprawie środków odwoławczych

Jak wskazano powyżej, przyjęcie dyrektyw w sprawie procedur odwoławczych stało się nieuchronne, kiedy uświadomiono sobie, że nie ma gwarancji na to, aby przypadki łamania przepisów dyrektyw proceduralnych były w taki sam sposób procedowane we wszystkich Państwach Członkowskich. Podstawowe przepisy dyrektyw są takie same, ale występują w nich pewne istotne różnice, które wyjaśniono poniżej. W art. 1 obu dyrektyw w sprawie procedur odwoławczych są zawarte jej cele. Mają one zapewnić, aby decyzje podjęte przez podmioty udzielające zamówień w kontekście procedur udzielania zamówienia, które podlega-

ją odpowiednim dyrektywom w zakresie zamówień publicznych, mogły być skutecznie i szybko sprawdzone w zakresie ich zgodności z prawem wspólnotowym dotyczącym zamówień publicznych. W pozostałych artykułach dyrektyw opisane są środki konieczne do osiągnięcia tych celów.

W sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, dyrektywa w sprawie środków odwoławczych przewiduje możliwość skorzystania z tych samych trzech środków odwoławczych w sądach krajowych, jak w przypadku sektora publicznego. Są to środki tymczasowe, uchylenie decyzji oraz przyznanie odszkodowania. Jednakże, o ile odszkodowanie jest zawsze dostępne, Państwa Członkowskie mają swobodę wyboru między dwoma alternatywnymi, lecz współistniejącymi systemami środków odwoławczych. Pierwszy system jest taki sam jak ten, który przewidziano w sektorze publicznym i dotyczy uprawnień do przyznawania środków tymczasowych i uchylenia decyzji. Podobnie jak w sektorze publicznym, Komisji nadano także określone uprawnienia do interwencji, poza jej uprawnieniami, które wynikają z art. 226 Traktatu. Drugi system dotyczy uprawnienia do nakładania zniechęcających płatności zamiast środków tymczasowych i uchylenia decyzji. Ponadto, w dyrektywie w sprawie środków odwoławczych dla sektora użyteczności publicznej przewidziano dwa kolejne mechanizmy, czyli system atestacji i procedurę pojednawczą.

#### **4.3.1 Zastosowanie**

Dyrektywy w sprawie procedur odwoławczych mają zastosowanie w przypadku zamówień, które podlegają dyrektywom 2004/17 oraz 2004/18. Nie będą one miały zastosowania np. do zamówień, które nie osiągnęły wartości progowych zawartych w tych dyrektywach. Procedury odwoławcze są dostępne w przypadku decyzji podjętych przez podmiot udzielający zamówień, chociaż pojęcie „decyzja” nie jest określone. Ma to ewidentnie na celu uwzględnienie specyfikacji dyskryminujących pod względem technicznym, ekonomicznym i finansowym przy domniemaniu, że decyzja została podjęta w celu włączenia tego typu nielegalnych specyfikacji. Należy zakładać, że decyzje o wykluczeniu poszczególnych wykonawców lub o udzieleniu bądź nieudzieleniu zamówień danym wykonawcom są również „decyzjami” na potrzeby dyrektyw w sprawie procedur odwoławczych. Te „decyzje” mogą być podejmowane wyłącznie na podstawie kryteriów, na jakie zezwalają obie powyższe dyrektywy. Mniej jasne jest to, czy niewłaściwie sformułowane ogłoszenia, to znaczy takie,



które pomija pewne informacje lub np. nie spełniło określonych wymagań czasowych, jest samo w sobie „decyzją” w tym kontekście. Jednakże lepsze wydaje się podejście, w którym traktuje się każdą decyzję wpływającą na prawa wykonawców jako podlegającą sprawdzeniu.



### **Sprawa C-92/00 HI**

Organy odwoławcze nie mogą być ograniczane w zakresie typu decyzji poddawanych rewizji.

Dyrektywy w sprawie procedur odwoławczych mają na celu również dostarczenie środków wobec decyzji, które naruszyły „prawo wspólnotowe w zakresie zamówień publicznych oraz przepisów krajowych wdrażających to prawo”. Sugerowałoby to, że procedury odwoławcze powinny zostać udostępnione nie tylko w przypadku złamania konkretnych postanowień dyrektyw proceduralnych, ale również w przypadku naruszeń postanowień prawa wspólnotowego ze skutkiem bezpośrednim, jakie zachodzą w obszarze zamówień publicznych. W ten sposób utrzymane jest znaczenie zasad Traktatu, które znalazły zastosowanie w przypadku zamówień publicznych.

Jak wskazano powyżej, Państwa Członkowskie muszą się upewnić, że nie zachodzi dyskryminacja między przedsiębiorstwami wnoszącymi o odszkodowanie w kontekście procedury udzielania zamówień ze względu na jakiegokolwiek rozróżnienie zawarte w dyrektywach w sprawie procedur odwoławczych między przepisami krajowymi wdrażającymi prawo wspólnotowe – a innymi krajowymi przepisami (art. 1 ust. 2). Może to być postrzegane jako określone zastosowanie zasady opracowanej w kontekście ochrony prawa wspólnotowego przez sądy krajowe, a mianowicie, że dostępne procedury odwoławcze muszą być dostępne na konkretnych i proceduralnych warunkach, które nie są mniej korzystne niż te stosowane w przypadku procedur odwoławczych w sytuacjach typowych dla danego państwa. Co więcej, oznaczałoby to, że środki przyjęte zgodnie z dyrektywami w sprawie procedur odwoławczych muszą dawać taką samą ochronę, jaką oferują przepisy krajowe, które w tym czasie się rozwinęły, sugerując przez to, że te skądinąd krajowe procedury nie mogą zapewniać mniejszej ochrony. Zgodnie z załącznikami WE do Porozu-

mienia GPA, korzyści z dyrektyw w sprawie procedur odwoławczych zostały również przeniesione na wykonawców państw sygnatariuszy GPA po to, by instytucje zamawiające, które są jednocześnie zamawiającymi dla celów GPA, musiały przyznać te same procedury odwoławcze wykonawców w przypadku naruszenia stosowanych przepisów o zamówieniach publicznych.

#### 4.3.2 Środki tymczasowe

Pierwsza procedura odwoławcza, jaka musi zostać udostępniona, to umożliwienie Państwu Członkowskiemu podjęcie, najwcześniej jak to możliwe, środków tymczasowych poprzez zawieszenie lub doprowadzenie do zawieszenia procedury udzielania zamówienia. Cel środków tymczasowych może być dwojaki:

- skorygowanie rzekomego naruszenia dyrektywy proceduralnej;
- zapobieżenie dalszej szkodzie dla danych interesów.

Środki te muszą obejmować przynajmniej dwie możliwości odwoławcze, które odzwierciedlają dwojakie cele tego środka. Są to środki mające na celu zawieszenie lub zapewnienie zawieszenia

- procedury udzielania zamówienia publicznego lub
- wdrażania wszelkich decyzji podjętych przez instytucję zamawiającą.

Ta druga procedura odwoławcza może być wykorzystana w połączeniu z procedurą uchylecia decyzji w przypadkach, kiedy decyzja została rzekomo podjęta z naruszeniem dyrektywy proceduralnej. Dostępność środków tymczasowych daje pewność w tych okolicznościach, że działanie może zostać przeprowadzone sprawnie, nawet jeżeli została podjęta decyzja. Jest to szczególnie ważne prawo w świetle faktu, że naruszenia przepisów o zamówieniach publicznych mogą zostać ujawnione dopiero na koniec procedury udzielania zamówień, kiedy decyzja już została podjęta. Prawo to może jednak zostać ograniczone. Dyrektywy w sprawie procedur odwoławczych dają Państwom Członkowskim możliwość ustalenia przepisu stanowiącego, że kiedy umowa została zawarta (w odróżnieniu od udzielenia zamówienia), jedynym dostępnym środkiem odwoławczym jest przyznanie odszkodowania osobie pokrzywdzonej przez naruszenie prawa. Z drugiej jednak strony ETS uznał, że zasada

skuteczności oznacza, iż obie powyższe procedury odwoławcze, zarówno uchylenia decyzji jak i środki tymczasowe, muszą zostać udostępnione w przypadku każdej decyzji będącej przedmiotem odwołania. Nie będzie to dotyczyło przypadku, w którym udzielenie zamówienia i zawarcie umowy następuje jednocześnie, ponieważ nie byłoby możliwości zakwestionowania udzielenia zamówienia przed zawarciem umowy. Zatem prawa danego Państwu Członkowskiemu w ramach art. 2 ust. 6 nie można wykorzystywać tak, aby ominąć procedury odwoławcze. Gwarantem tego prawa jest obowiązkowe wprowadzenie kilkudniowego okresu przerwy pomiędzy informacją o udzieleniu zamówienia a zawarciem umowy.



#### **Sprawa C-81/98 Alcatel**

Powinna istnieć możliwość poddania rewizji każdej decyzji, w tym decyzji o udzieleniu zamówienia.

Prawo do przyznawania środków zawieszających ma również znaczenie w odniesieniu do innych środków. Artykuł 2 ust. 3 stanowi, że procedury odwoławcze nie muszą pociągać za sobą automatycznego zawieszenia działań w zakresie procedur udzielania zamówień, do których się odnoszą. Samo rozstrzygnięcie, czy rzeczywiście skutkują zawieszeniem, pozostaje w gestii władz krajowych. Jeżeli naruszenie może zostać naprawione bez zakłócania przebiegu procedury, zawieszanie procedury udzielania zamówień nie zawsze będzie wskazane czy konieczne.

W udostępnieniu środka odwoławczego, jakim jest tymczasowa ochrona, Państwa Członkowskie mają swobodę w kwestii zapewnienia, że organ przyznający taki środek może mieć wzgląd na równowagę udogodnień. Mogą one brać pod uwagę prawdopodobne konsekwencje środków ze względu na wszelkie interesy, jakie mogą zostać naruszone, w tym również interes publiczny, oraz mogą zdecydować o nieprzyznawaniu takich środków w sytuacji, gdy ich negatywne skutki miałyby przesłonić korzyści. Decyzja o nieprzyznawaniu środków tymczasowych pozostanie bez uszczerbku dla jakiegokolwiek innej skargi (tzn. uchylenia czy odszkodowań). Wymagania te zostały zainspirowane stosowaną już przez Trybunał Sprawiedliwości praktyką w zakresie przyznawania środków tymczasowych, ale nie odnoszą się konkretnie do żadnej funkcjonującej procedury

krajowej. Można by przypuszczać, iż procedury krajowe będą ogólnie dostępne na podobnych warunkach w większości Państw Członkowskich. Jednak tak nie jest. Same procedury, a zwłaszcza kryteria ich skutecznego wdrażania, różnią się dość znacznie między sobą, co może powodować trudności w ich praktycznym stosowaniu. W chwili obecnej przepisy odwoławcze znalazły się w centrum uwagi Komisji, która stara się zapewnić ich skuteczne oddziaływanie w całej Wspólnocie Europejskiej.

### 4.3.3 Procedura uchylania decyzji

Procedura uchylania niezgodnych z prawem decyzji obejmuje dwa rodzaje działań. Po pierwsze, należy przewidzieć prawo do uchylenia decyzji lub zagwarantować uchylanie decyzji podjętej niezgodnie z prawem. Po drugie, obejmuje to również prawo do eliminowania specyfikacji dyskryminujących pod względem technicznym, ekonomicznym czy finansowym, zawartym w zaproszeniach do składania ofert, w dokumentach kontraktowych lub w innych dokumentach odnoszących się do procedury udzielania zamówienia. Państwa Członkowskie mogą postanowić, że przedmiotowe decyzje muszą zostać uchylone przez organ mający niezbędne uprawnienia, zanim jeszcze zostanie wniesione roszczenie o odszkodowanie na tej podstawie, iż została podjęta decyzja niezgodna z prawem. Zastosowanie powyższych uprawnień wobec umowy podpisanej wskutek udzielenia zamówienia winny określać przepisy krajowe. Jeżeli umowę zawarto w sposób niezgodny z prawem, byłyby wówczas dostępne środki łączne: uchylenie decyzji i skarga o odszkodowanie, jednakże Państwo Członkowskie może uznać, iż po podpisaniu umowy uprawnienia organów odwoławczych są ograniczone tylko i wyłącznie do przyznania odszkodowania.

Ta procedura odwoławcza może zostać wykorzystana przez wykonawców na wszystkich etapach procesu zamówień publicznych, prowadząc do udzielenia zamówienia w przypadku, gdy podjęta została bezprawna decyzja. Obejmuje to np. decyzję o wykluczeniu poszczególnych wykonawców z procedury udzielania zamówień na innych podstawach niż te dopuszczone i wymienione w dyrektywie, zastosowanie kryteriów, które są niedozwolone lub też kryteriów, których nie zamieszczono w ogłoszeniu (kryterium oferty najkorzystniejszej ekonomicznie), czy też odrzucenie oferty, która wydaje się zawierać rażąco niską cenę, nie dając wykonawcy możliwości złożenia wyjaśnienia dotyczącego elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Kolejny aspekt tej oferty jest pomyślany tak, aby umożliwić korektę dokumentów kontraktowych zawierających niezgodne z prawem specyfikacje techniczne lub inne kryteria odnoszące się do ekonomicznej lub finansowej zdolności wykonawców. Odnosi się on do wszystkich dokumentów związanych z procedurą udzielenia zamówienia, włączając w to wszelkie okresowe ogłoszenia informacyjne (w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych) oraz zawiadomienia o istnieniu systemu kwalifikowania. Ma to duże znaczenie w praktyce, bowiem pozwoli wykonawcy zakwestionować zapisy, niezgodne z prawem, na odpowiednio wczesnym etapie, aby miało to dla niego rzeczywistą wartość. Prawo do dokonywania zmian pozwoliłoby uniknąć niepraktycznego uchylania procedury w przypadku niezgodnej z prawem specyfikacji. Bez tego postanowienia prawdopodobne jest, że wykonawca musiałby oczekiwać na decyzję odrzucającą jego ofertę na podstawie niezgodnej z prawem specyfikacji, zanim będzie mógł zakwestionować ten błąd. Istotnie, podmioty zamawiające mogłyby mieć możliwość odrzucania ofert na innej podstawie, zostawiając w ten sposób specyfikację niezgodną z prawem nietkniętą. Natomiast oczekiwanie na odrzucenie oferty powoduje jednak niepotrzebne i niepraktyczne opóźnienie, które zostanie przewyciężone dzięki prawu do dokonywania zmian.

#### **4.3.4 Odszkodowanie**

Trzecią procedurą odwoławczą, która musi zostać udostępniona, jest przyznawanie odszkodowania osobie pokrzywdzonej przez naruszenie przepisów. Może się okazać, jak opisano powyżej, że będzie to jedyna procedura odwoławcza udostępniona przez Państwo Członkowskie po zawarciu umowy. Dyrektywy w sprawie procedur odwoławczych nie wnoszą więcej oprócz tego, że wymaga, aby odszkodowanie było dostępne i nie wskazuje ani łącznej sumy odszkodowania, ani podstaw do obliczania takiego odszkodowania. Kwestię tę pozostawia się sądom krajowym. W większości przypadków pozwoli to wykonawcom, którzy zostali odrzuceni w wyniku naruszenia dyrektyw, odzyskać przynajmniej poniesione koszty, jak również utracone zyski lub ich część. Aby odzyskać pełną kwotę utraconych zysków, wykonawcy będą musieli udowodnić teoretycznie, że gdyby nie nastąpiło naruszenie, uzyskaliby zamówienie. W większości przypadków (z wyłączeniem procedur opartych na podstawie kryterium najniższej ceny) wykazanie, że danemu wykonawcy z całą pewnością zostałoby udzielone zamówienie, może się okazać bardzo trudne.

### 4.3.5 Organy odwoławcze

Prawa, jakie udostępniają poszczególne Państwa Członkowskie, mogą zostać nadane odrębnym organom odpowiedzialnym za różne aspekty procedury odwoławczej. Umożliwi to pozostawienie dotychczasowych praktyk i procedur stosowanych w krajowych systemach. Mogą to być organy sądowe lub mające charakter niezależny i pozasądowy. Daje to Państwom Członkowskim możliwość utworzenia organów dysponujących prawdopodobnie większą wiedzą specjalistyczną niż np. sądy krajowe. W przypadku, gdy organ odwoławczy nie ma charakteru sądowego, musi on przedłożyć uzasadnienie swoich decyzji na piśmie. Musi również istnieć gwarancja, dzięki której wszelkie ewentualne bezprawne środki podjęte przez organ odwoławczy lub wszelkie uchybienia w wykonywaniu mu nadanych uprawnień będą mogły być przedmiotem odwołania w sądzie lub kontroli innego organu będącego sądem lub trybunałem w rozumieniu art. 234 Traktatu. Wynika to stąd, że tylko sądy i trybunały posiadają takie prawo, a w przypadku sądów i trybunałów ostatniej instancji istnieje obowiązek skierowania zapytania o interpretację do Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w celu uzyskania orzeczenia w trybie prejudycjalnym. Zatem, jeżeli organ odwoławczy nie posiada uprawnień do takiego zapytania, jego decyzje muszą pozostać do wglądu organu, który takie uprawnienia posiada. Organ taki musi być niezależny zarówno od instytucji zamawiającej, jak i organu odwoławczego.

Wskazany w dyrektywie organ odwoławczy musi spełniać wymogi w nich określone, tj. członkowie organu muszą być powoływani i odwoływani na tych samych warunkach jak sędziowie, jeżeli chodzi o urząd odpowiedzialny za ich nominację, okres kadencji oraz ich odwołanie. Przynajmniej przewodniczący składu musi mieć te same kwalifikacje zawodowe i prawne jak sędziowie. Niezależny organ podejmuje decyzje w oparciu o procedurę, w której obydwie strony są wysłuchiwane, a podejmowane decyzje będą prawnie obowiązywać na podstawie określonej przez każde Państwo Członkowskie.

### 4.3.6 Mechanizm korygujący

Artykuł 3 dyrektywy odwoławczej 89/665/EWG przewiduje konkretne zastosowanie ogólnego uprawnienia Komisji do nadzoru realizowanego wg art. 226 Traktatu i omówionego powyżej. Daje to Komisji wyraźne prawo do interweniowania w dowolnym momencie przed zawarciem

umowy. Komisja uczyni to, jeżeli uzna, że miało miejsce ewidentne naruszenie prawa wspólnotowego w zakresie zamówień publicznych w trakcie procedury udzielania zamówienia podlegającej dyrektywie klasycznej (może to nastąpić w wyniku własnego systemu monitorującego lub skargi wniesionej przez jednostkę). W obydwu przypadkach Komisja powiadamia Państwo Członkowskie oraz zamawiającego, którego sprawa dotyczy, o powodach, które doprowadziły do uznania, że wystąpiło jawne i rażące naruszenie, oraz żąda jego skorygowania.

To Państwo Członkowskie, a nie instytucja zamawiająca, ma zatem 21 dni (30 dni w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych) od daty otrzymania takiego zawiadomienia na skontaktowanie się z Komisją w następujących trzech kwestiach:

- potwierdzenia, że naruszenie zostało skorygowane;
- uzasadnionego oświadczenia wyjaśniającego, dlaczego nie naprawiono jeszcze naruszenia;
- zawiadomienia ze skutkiem zawieszenia procedury udzielania zamówień albo przez sam podmiot zamawiający, lub na podstawie środka tymczasowego, jakim jest tymczasowa ochrona, przyznanego zgodnie z prawami zawartymi w dyrektywach w sprawie procedur odwoławczych.

W przypadku, gdy Państwo Członkowskie odwoła się do drugiej alternatywy, wyjaśniając, dlaczego jeszcze nie zastosowano środków naprawczych, może się ono oprzeć na fakcie, że domniemane naruszenie jest już przedmiotem kontroli sądowej lub że decyzja organu rewizyjnego jest oceniana przez niezależny podmiot utworzony do tego celu. W takiej sytuacji Państwo Członkowskie musi poinformować Komisję o rezultatach tego postępowania natychmiast po jego zakończeniu.

Natomiast w sytuacji, gdy Państwo Członkowskie poinformowało Komisję, że procedura udzielania zamówień została zawieszona, musi ono zawiadomić Komisję o terminie, w którym uchylono zawieszenie procedury lub o rozpoczęciu nowej procedury związanej z danym zamówieniem (zarówno w całości, jak i w części). Zawiadomienie to powinno zawierać albo potwierdzenie, że domniemane naruszenie zostało skorygowane, albo dobrze umotywowane uzasadnienie, dlaczego korekty nie dokonano.

Jeżeli Państwa Członkowskie nie przestrzegają procedur, które ich dotyczą, np. przez nienadsyłanie informacji wymaganych w zawiadomieniach lub jeżeli Komisji nie satysfakcjonuje otrzymana odpowiedź, będzie ona mogła wszcząć postępowanie z art. 226 Traktatu WE. Rola Komisji pozostaje zatem bez zmian i można się do niej odwoływać, aby bronić praw oferentów, jeżeli te prawa są zagrożone bądź przez niezgodność z dyrektywą proceduralną lub niemożność obrony tych praw przez sądy krajowe. Tak więc czujność podmiotów prawa wspólnotowego pozostanie nadal ważnym czynnikiem w ochronie ich własnych praw.

#### **4.4. Alternatywne procedury odwoławcze dyrektywy w sprawie procedur odwoławczych**

Do alternatywnych procedur odwoławczych zalicza się (1) alternatywny system środków tymczasowych oraz uchylecia decyzji zwanych zniechęcającymi środkami finansowymi oraz (2) dwa dodatkowe mechanizmy, a mianowicie atestację oraz postępowanie pojednawcze.

##### **4.4.1. Zniechęcające środki finansowe**

Państwa Członkowskie dokonują wyboru między tymi systemami – albo dla wszystkich zamawiających lub dla kategorii zamawiających. Jeżeli Państwa Członkowskie zdecydują się na wybór związany z kategoriami zamawiających, musi się on opierać na określonych kryteriach obiektywnych. Pojęcie „kryteria obiektywne” nie jest definiowane w dyrektywie w sprawie procedur odwoławczych, ale obejmuje takie elementy jak: charakter instytucji zamawiających w kategoriach sektora, do jakiego należą, wielkość oraz status prawny. Na przykład Dania wcześniej optowała za tym drugim systemem w przypadku podmiotów, które prowadzą działania eksploracyjne i wydobywcze.

Drugi system z kolei polega na prawie do podjęcia, najwcześniej jak to jest możliwe, poprzez zastosowanie procedur tymczasowych, a jeśli to konieczne – ostatecznej procedury przedmiotowej, kroków (innych niż roszczenia o odszkodowania czy uchylecia) w celu skorygowania wszelkich zidentyfikowanych przypadków naruszenia prawa i zapobieżenia uszczerbkowi w zakresie interesów zaangażowanych stron. W szczególności obejmuje on prawo wydania nakazu zapłaty określonej sumy w przypadkach, gdy naruszenie nie zostało skorygowane lub mu nie zapobieżono. Kwota, która ma być zapłacona, musi być ustalona na pozio-



mie odpowiednio wysokim, aby zniechęcała instytucję zamawiającą do dalszego naruszania przepisów lub do utrzymywania sytuacji naruszenia (art. 2 ust. 6 dyrektywy 92/13). Co więcej, płatność tej kwoty można uzależnić od ostatecznej decyzji, czy naruszenie rzeczywiście miało miejsce. Ponieważ w dyrektywie nie sprecyzowano wielkości tej kwoty poza ogólnym opisem, ustalenie jej pułapu pozostawia się w gestii państw członkowskich i/lub organów rewizyjnych, które mogą określić wysokość sankcji finansowych albo na poziomie ogólnym, albo odrębnie dla każdego przypadku.

#### **4.4.2. Atestacja**

System ten został zapoczątkowany w odpowiedzi na wyrażane obawy odnoszącej się do wykonalności zawieszenia procedury czy uchylecia decyzji w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych ze względu na wpływ czynnika komercyjnego w tym sektorze. W zamierzeniu miał to być system alternatywny, który mógłby zastąpić procedury odwoławcze, zachowując jednakże możliwość stosowania tymczasowej ochrony.

System atestacji przyjęty w art. 3 dyrektywy odwoławczej nie jest alternatywą, lecz stosowaną dobrowolnie procedurą, która pozwala instytucjom zamawiającym na wykazanie zgodności z dyrektywami w sprawie zamówień publicznych. W myśl dyrektywy podmioty zamawiające mogą poddawać swoje procedury i praktyki związane z udzielaniem zamówień, które wchodzą w zakres dyrektywy 90/531/EWG okresowemu badaniu w celu uzyskania atestacji, że w danym czasie procedury i praktyki są zgodne z prawem wspólnotowym dotyczącym udzielania zamówień oraz z przepisami krajowymi wdrażającymi to prawo. Atestacja nie ma żadnych formalnych konsekwencji w postaci procedur odwoławczych, chociaż uzyskanie pozytywnej atestacji może wzbudzić domniemanie zgodności (nie chodzi tu w żadnym razie o prawnie wiążące domniemanie), co może jednak wywołać efekt stymulujący w innych obszarach. Na przykład wykazana i możliwa do wykazania zgodność może przynieść skutek zarówno na poziomie kwot sankcji finansowych, jakie organ rewizyjny będzie skłonny nałożyć, jeżeli taki system został wybrany lub może ona przeważać podczas postępowania o ochronę tymczasową lub w obliczaniu sumy odszkodowania. Należy wspomnieć, że podczas tworzenia systemu bardzo niewiele Państw Członkowskich jest gotowych na udostępnienie atestacji i zapotrzebowanie na nie wydaje się być niskie.

Przyczyn tego można się dopatrywać w jej dobrowolnej naturze i w fakcie, iż nie przedstawia ona formalnej wartości, jeśli chodzi o zapobieganie kwestionowaniu zgodności. Funkcjonuje ona jedynie w celu wykazania prawidłowego działania w przeszłości i nie może ona zwolnić instytucji zamawiającej z przestrzegania obowiązujących procedur.

Decyzja o odwołaniu się do systemu atestacji leży w gestii samej instytucji zamawiającej, a nie stanowi ona, jak początkowo proponowano, systemu wybranego przez Państwa Członkowskie jako alternatywny dla innych procedur odwoławczych. Procedura ta jest dostępna niezależnie od rodzaju stosowanego systemu rewizji. W dyrektywie nie określa się, z jaką regularnością ma się to odbywać, ani też nie pojawia się wymóg regularności. Podmioty zamawiające mogą po uzyskaniu takiej atestacji zawrzeć następujące oświadczenie w ogłoszeniu publikowanym w Dzienniku Urzędowym UE, zgodnie z art. 16-18 dyrektywy 90/531/EWG: „Podmiot zamawiający uzyskał atestację zgodnie z dyrektywą Rady 92/13/EWG, że w dniu ....., jego procedury i praktyki związane z udzielaniem zamówień były zgodne z prawem wspólnotowym oraz przepisami krajowymi wdrażającymi to prawo”. Kiedy system został już uruchomiony, osoby atestujące przedstawiają podmiotowi zamawiającemu sprawozdanie na piśmie z wyników badania. Przed dostarczeniem podmiotowi zamawiającemu atestacji, o której mowa w art. 4, upewniają się oni, że wszelkie nieprawidłowości stwierdzone w procedurach i praktykach podmiotu zamawiającego zostały skorygowane oraz że zostały podjęte środki zapewnijące, że nieprawidłowości te nie zostaną powtórzone.

Zgodnie z wytycznymi art. 6 dyrektywy odwoławczej osoby atestujące muszą być niezależne od instytucji zamawiającej i być absolutnie obiektywne podczas wykonywania obowiązków. Muszą się one również wykazać odpowiednimi kwalifikacjami zawodowymi i doświadczeniem będącymi gwarancją ich profesjonalizmu. Państwa Członkowskie mogą wskazać osoby, zawody lub instytucje, których personel powołany do przeprowadzenia atestacji w ich opinii spełnia te wymogi.

#### **4.4.3. Procedura pojednawcza (koncyliacja)**

Procedura pojednawcza przedstawiona w Rozdziale 4 dyrektywy w sprawie procedur odwoławczych jest ujęta jako dodatkowa procedura, będąca środkiem pozasądowego rozstrzygnięcia sprawy. Pozostaje ona w ewidentny sposób bez uszczerbku dla:

- (i) wszelkich działań, które Komisja lub jakiekolwiek Państwo Członkowskie mogłoby podjąć zgodnie z art. 169 lub 170 Traktatu lub zgodnie z rozdziałem 3 niniejszej dyrektywy.
- (ii) praw podmiotów występujących o zastosowanie postępowania pojednawczego, podmiotu zamawiającego lub jakiejkolwiek innego podmiotu. 06/t. 1 PL Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej 319

Zgodnie z wytycznymi art. 9 dyrektywy 92/13 *każdy podmiot, który jest lub był zainteresowany uzyskaniem określonego zamówienia objętego zakresem dyrektywy 90/531/EWG i który, w ramach postępowania o udzielenie tego zamówienia, uważa, że doznał uszczerbku lub istnieje ryzyko, że dozna uszczerbku z powodu domniemanego naruszenia prawa wspólnotowego w dziedzinie zamówień lub przepisów krajowych wdrażających to prawo, może wnioskować o zastosowanie postępowania pojednawczego przewidzianego w art. 10 i 11.* Rozpoczęcie procedury pojednawczej nie wyklucza wykorzystania postępowania sądowego, które może być wszczęte przez osobę dążącą do pojednania w przypadku, gdy nie uda się go osiągnąć. Co więcej, sam fakt, że procedura pojednawcza została uruchomiona, nie przeszkadza, aby inni sięgali do procedur odwoławczych, jeżeli mają one zastosowanie (choć w ten sposób strona trzecia może zostać wprowadzona do procedury pojednawczej). Procedura pojednawcza charakteryzuje się dobrowolnością i jeśli potencjalne strony, w tym instytucja zamawiająca, nie zgodzą się wnieść o procedurę pojednawczą, osoba dążąca do niej jest zmuszona do realizowania swego roszczenia przed sądem krajowym na drodze dostępnych procedur odwoławczych lub będzie się musiała zwrócić w tym celu do Komisji.

Aby uniknąć nadużyć w uciekaniu się do takiej procedury, stosowanie procedury pojednawczej ma być wstępnie selekcjonowane przez Komisję lub władze Państw Członkowskich. Wniosek o procedurę pojednawczą będzie zatem wnoszony do samej Komisji lub do władz krajowych wymienionych w załączniku do dyrektywy w sprawie procedur odwoławczych. Władze te przekazują wnioski do Komisji jak najszybciej to możliwe. Wniosek taki jest rozpatrywany przez Komisję. Jeżeli na podstawie wniosku Komisja uzna, że w sporze pojawiają się kwestie dotyczące niewłaściwego stosowania prawa wspólnotowego, przejdzie do kolejnego etapu procedury, pytając zainteresowany podmiot zamawiający, czy wyraża zgodę na wzięcie udziału w procedurze pojednawczej. Jeżeli podmiot zamawiający odmówi, Komisja poinformuje stronę dążącą do procedury

pojednawczej, że nie może ona zostać rozpoczęta. Wtedy osoba ubiegająca się o nią może się odwołać do procedur odwoławczych omówionych powyżej. Jeżeli natomiast instytucja zamawiająca zgodzi się poddać procedurze pojednawczej – zostanie ona uruchomiona.

Komisja proponuje, tak szybko jak to możliwe, rozjemcę z listy akredytowanych dla tego celu niezależnych osób. Lista ta opracowywana jest przez Komisję po przeprowadzeniu konsultacji z Komitetem Doradczym ds. Zamówień Publicznych lub, w przypadku podmiotów zamawiających, których działalność zdefiniowana jest w art. 2 ust. 2 lit. d) dyrektywy 90/531/EWG, po przeprowadzeniu konsultacji z Komitetem Doradczym ds. Zamówień w Sektorze Telekomunikacji. Kiedy już Komisja zaproponuje arbitra, każda ze stron procedury pojednawczej oświadcza, czy go akceptuje. Rozjemcy mogą zaprosić nie więcej niż dwie dodatkowe osoby w charakterze ekspertów doradzających w ich pracy. Strony postępowania pojednawczego i Komisja mogą odrzucić każdego eksperta zaproszonego przez rozjemców. Rozjemcy składają sprawozdanie Komisji na temat dokonanych przez siebie ustaleń i osiągniętych wyników.

Jedyny wymóg proceduralny, jaki jest stawiany arbitrom, to konieczność nadania prawa wszystkim zaangażowanym osobom do przesłuchania w formie ustnej lub pisemnej. Możliwość składania oświadczeń powinna być rozszerzona na stronę domagającą się procedury pojednawczej, podmiot zamawiający i na każdego innego wykonawcę uczestniczącego w procedurze udzielania zamówień. Zadaniem procedury pojednawczej jest dążenie do osiągnięcia porozumienia między stronami w jak najkrótszym czasie, co jest zgodne z prawem wspólnotowym. Arbitrzy ze swojej pracy i osiągniętych rezultatów sporządzają sprawozdania do Komisji.

Jeżeli strony nie zdecydują inaczej, każda z nich będzie ponosić własne koszty związane z procedurą. Strony, tzn. osoba składająca wniosek oraz podmiot zamawiający ponoszą koszty procedury po połowie. Koszty te będą obejmować np.: opłaty i wynagrodzenia arbitrów i ekspertów oraz inne drobne koszty. Strony procedury pojednawczej mają prawo do odstąpienia od procedury w każdej chwili.

# Rozdział V

## 5. Przykłady z wybranych krajów

Jak się przekonaliśmy, dyrektywy muszą zostać transponowane do prawa krajowego, stanowiąc wówczas przepisy krajowe wdrażające przepisy wspólnotowe. W samych dyrektywach wskazano terminy, w jakich muszą one wejść w życie w całej Wspólnocie, a jak stwierdzono w Rozdziale IV, nawet jeżeli dyrektywy nie zostały transponowane przez Państwa Członkowskie w określonym terminie lub transpozycja została dokonana nieprawidłowo, część ich postanowień będzie i tak miała skutek bezpośredni, co oznacza, że wykonawcy mogą się na nie powoływać w trakcie procedur odwoławczych. Termin wdrożenia zarówno dyrektywy klasycznej jak i sektorowej upłynął 31 stycznia 2006 r. Postanowienia obu dyrektyw mające skutek bezpośredni można, zatem egzekwować z upływem tego terminu niezależnie od tego, czy zostały one w pełni czy prawidłowo transponowane do prawa krajowego. Na chwilę przygotowywania niniejszego opracowania, bardzo niewielu Państw Członkowskim udało się dotrzymać tego terminu, a w większości przypadków projekty odpowiednich aktów ustawodawczych są albo jeszcze przygotowywane, albo rozpatrywane przez zgromadzenia narodowe tych państw. Z chwilą dokonania transpozycji dyrektywy do prawa krajowego, i przy założeniu, że transpozycja ta zostanie dokonana prawidłowo, postanowienia dyrektyw omawiane w niniejszej publikacji staną się częścią prawa krajowego poszczególnych Państw Członkowskich. Przepisy krajowe w zakresie systemu zamówień publicznych będą oparte na tych samych wytycznych dyrektyw 2004/17 oraz 2004/18.

Niemniej jednak przepisy dotyczące zamówień publicznych w jednym Państwie Członkowskim nie będą dokładnie takie same, jak przepisy

obowiązujące w innym. Przede wszystkim dyrektywy stanowią jedynie minimalne zabezpieczenie wymagane do tego, aby zapewnić przeprowadzenie obiektywnych i niedyskryminujących procedur zamówień w obrębie Wspólnoty. Jakkolwiek implikuje to dopełnianie w całej Wspólnocie wymogów proceduralnych określonych w dyrektywach, krajowe przepisy i uregulowania mogą i często nakładają na proces zamówień kolejne praktyczne wymagania, które mogą być stosowane przez dane Państwo Członkowskie pod warunkiem ich zgodności z prawem wspólnotowym. Przepisy wspólnotowe muszą ponadto być wdrożone na szczeblu krajowym, a działania te przebiegają różnie w różnych Państwach Członkowskich z racji obowiązywania właściwych dla nich, krajowych systemów prawnych.

Po drugie, jak już się przekonaliśmy, dyrektywy mają zastosowanie jedynie powyżej pewnych wartości progowych. Poniżej tych wartości w dalszym ciągu stosuje się zasady prawa wspólnotowego (przepisy Traktatu oraz ogólne zasady prawa wspólnotowego, w tym zasadę przejrzystości), ale nie zawierają one oczywiście szeregu przepisów nakazowych, takich jak te, które zawarto w dyrektywach. W niektórych Państwach Członkowskich krajowe przepisy dotyczące zamówień publicznych zawierają jednakże przepisy nakazowe mające zastosowanie do procedur zamówień publicznych poniżej wartości progowych. W niektórych przypadkach stosowane przepisy są niemal identyczne jak przepisy wspólnotowe opracowane z myślą o stosowaniu do zamówień o znacznej skali, powyżej wartości progowych. W innych przypadkach Państwa Członkowskie opracowały konkretne przepisy dla zamówień o niższej wartości, które wprowadzają konkurencję, a nie wiążą się z niewspółmiernymi kosztami transakcji. Oferenci są oczywiście zainteresowani zamówieniami zarówno o dużej jak i niewielkiej wartości. Dotyczy to z pewnością oferentów działających w obrębie danego państwa, ale być może także oferentów z państw sąsiednich, dla których ubieganie się o zamówienia w innych Państwach Członkowskich może oznaczać jedynie nieznaczne podwyższenie kosztów.

Wreszcie, dyrektywy w sprawie środków odwoławczych wymagają od Państw Członkowskich terminowego i skutecznego wdrożenia procedur odwoławczych, co umożliwi oferentom kwestionowanie naruszeń dyrektyw dotyczących zamówień publicznych przed sądami krajowymi lub, w przypadku, gdy organy takie zostały ustanowione, przed niezależnymi organami odwoławczymi. Zważywszy na zróżnicowanie systemów

prawnych w całej Wspólnocie, konkretne środki odwoławcze oraz sposoby wnoszenia odwołań są różne w różnych Państwach Członkowskich. W każdym systemie istnieje określone forum służące rozpatrywaniu sporów, nakładane są wymogi proceduralne, takie jak np. terminy, a rozstrzygnięcie sprawy wymaga podjęcia określonych kroków, niekiedy w różnych sądach, przy czym wszystkie te działania należy podejmować, mieszcząc się w określonych terminach.

Dlatego też w przypadku udziału w procedurach o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonych zagranicą, tak ważne jest, aby nie tylko zrozumieć merytoryczne i proceduralne prawa nadane na mocy samych dyrektyw, ale także być zorientowanym w lokalnych uwarunkowaniach. Poza znajomością języka i obyczajów danego kraju, o czym więcej w Rozdziale III, dobrze jest znać ramy prawne, w jakich realizowane są procedury zamówień, szczególnie, gdy prawo to nakłada określone dodatkowe wymogi praktyczne lub wdraża dyrektywy w określony sposób. W przypadku zainteresowania zamówieniami poniżej wartości progowych oferty muszą wiedzieć, które ewentualnie przepisy mają zastosowanie do takich zamówień. W przypadku podejrzenia naruszenia przepisów dotyczących zamówień oferty muszą wiedzieć, w jaki sposób mogą podważyć te naruszenia w danym Państwie Członkowskim. Dyrektywy w sprawie środków odwoławczych nakładają wymagania minimum, to w przepisach krajowych wskazane są odpowiednie organy zajmujące się rozstrzygnięciem sporów oraz określone są odnośne zasady proceduralne.

Pełne studium przepisów krajowych obowiązujących w każdym Państwie Członkowskim wykracza poza zakres niniejszej publikacji. Biorąc jednakże pod uwagę działalność polskich oferentów na rynkach międzynarodowych, właściwym jest wyrażenie kilku uwag ogólnych na temat wybranych Państw Członkowskich we odniesieniu do wyżej wskazanych kwestii. Zważywszy na to, w jakich krajach oferty polscy są najbardziej aktywni, przedmiotem tych uwag są następujące kraje: Estonia, Francja, Niemcy, Łotwa, Litwa, Słowacja i Hiszpania. Omówiono je kolejno poniżej. W każdym przypadku komentarz dotyczy (1) ram prawnych; (2) wsparcia oraz ogłoszeń; (3) konkretnych zagadnień proceduralnych oraz (4) procedur odwoławczych.

W czasie, gdy niniejsze opracowanie jest przygotowywane, zachodzą zmiany w krajowych przepisach ustawodawczych. Nowe dyrektywy europejskie powinny zostać wdrożone w Państwach Członkowskich do koń-

ca stycznia 2006 r., przy czym jak dotąd dokonano tego w stosunkowo niewielu Państwach Członkowskich, a w większości z nich transpozycja nastąpi w późniejszym czasie. A zatem przedstawione niniejszym uwagi oparte są na przepisach ustawodawczych obowiązujących przed styczniem 2006 r. Jednakże, ponieważ dotyczą one zagadnień (proceduralnych i merytorycznych) związanych z przepisami krajowymi, które wykraczają poza zakres dyrektyw, jak również mechanizmów praktycznych stosowanych przez Państwa Członkowskie w celu wdrożenia dyrektyw, istota tych uwag zachowa raczej aktualność po dokonaniu transpozycji dyrektyw. W przypadku jednakże, gdy oferent jest zainteresowany prowadzeniem interesów w jednym z tych Państw Członkowskich, powinien on uzyskać aktualne informacje na temat ram prawnych obowiązujących w danym czasie.

## **5.1 Estonia**

### **5.1.1 Ramy prawne**

Aktualnie obowiązująca ustawa o zamówieniach publicznych została uchwalona 19 października 2000 r. z mocą od 1 kwietnia 2001 r. Była ona nowelizowana szereg razy, przy czym znacząca nowelizacja weszła w życie w 2004 r., przed przystąpieniem Estonii do UE. Ustawa ta obejmuje w jednakowym stopniu instytucje publiczne, jak i wszystkie podmioty sektora użyteczności publicznej. Zawiera ona także postanowienia dotyczące udzielania zamówień poniżej wspólnotowych wielkości progowych oraz niektóre kwestie praktyczne, takie jak sposób składania ofert, nieobowiązkowe zabezpieczenia należytego wykonania oraz procedury otwierania ofert. W chwili przygotowywania niniejszej publikacji trwają prace nad przygotowaniem nowelizacji mającej na celu dostosowanie obowiązujących przepisów do najnowszych dyrektyw UE. Nowa ustawa zawierać będzie zapisy umożliwiające dalszy rozwój elektronicznych procedur postępowania (aukcji elektronicznych, dynamicznego systemu zakupów, katalogów elektronicznych, itd.), a jej przyjęcie spodziewane jest w roku 2006.

Estoński Urząd ds. Zamówień Publicznych (RHA), podlegający Ministerstwu Finansów, jest agendą administracji centralnej odpowiadającą za system zamówień publicznych. Do głównych zadań urzędu należą: prowadzenie Rejestru Zamówień Publicznych, nadzorowanie procedur prowadzonych przez instytucje zamawiające oraz rozpatrywanie skarg skła-



danych przez zawiedzione podmioty gospodarcze. Minister Finansów jest bezpośrednio odpowiedzialny za opracowywanie projektów aktów ustawodawczych w zakresie zamówień publicznych. Zadaniem Urzędu jest także rozstrzyganie sporów dotyczących domniemanych naruszeń przepisów ustawy o zamówieniach publicznych.

Projekt nowej ustawy daje Urzędowi Zamówień Publicznych szersze uprawnienia śledcze; przewiduje on również utworzenie mechanizmu rozstrzygania sporów przez specjalny trybunał zamówień publicznych, odrębny od Urzędu Zamówień Publicznych oraz procedurę mediacyjną Urzędu. Zadania Urzędu Zamówień Publicznych zmieniają się w taki sposób, że niewłaściwy wpływ na jego decyzje staje się mniej prawdopodobny.

### **5.1.2 Wsparcie i ogłoszenia**

Wszystkie ogłoszenia o zamówieniach (oraz bardziej szczegółowe informacje) należy zamieszczać w elektronicznym Rejestrze Zamówień Publicznych prowadzonym przez RHA. Znajduje się on pod następującym adresem:

<http://register.rha.gov.ee/index.jsp>

Estoński Rejestr jest systemem sprawnym, niezawodnym i łatwym w obsłudze dla instytucji zamawiających, jak i podmiotów gospodarczych. Wszystkie zamówienia powyżej progów ustalanych na szczeblu krajowym muszą być zamieszczane w tym rejestrze. W przypadku zamówień powyżej wielkości progowych określonych w UE zawiadomienia o nich są także umieszczane we wspólnotowym Dzienniku Urzędowym. Zawiadomienia o udzieleniu zamówień muszą także być ogłaszane w przypadku zamówień o wartości poniżej progów krajowych, powyżej kwoty 6 400 € stanowiącej wielkość progową dla wszystkich zamówień poza robotami budowlanymi, dla których wielkość ta wynosi 32 000 €.

### **5.1.3 Konkretnie zagadnienia proceduralne**

Ustawa dotyczy wszystkich zamówień, zarówno w sektorze publicznym jak i w sektorze użyteczności publicznej. Ma ona także zastosowanie do zamówień powyżej i poniżej wielkości progowych określonych w UE oraz ustanawia krajowe wartości progowe, powyżej których zastosowa-

nie mają zasadniczo te same procedury z pewnymi drobnymi uproszczeniami. W odniesieniu do różnych rodzajów zamówień obowiązują różne progi krajowe, na przykład 6 400 € dla towarów, usług i konkursów na prace projektowe, 32 000 € dla robót budowlanych w odniesieniu do podmiotów sektora publicznego, 128 000 € dla towarów i usług, 256 000 € dla robót budowlanych w przypadku podmiotów w sektorze użyteczności publicznej działalności. Jeżeli szacunkowa wartość zamówienia wynosi poniżej €12 800 rocznie na usługi lub dostawy, albo poniżej 128 000 € w odniesieniu do robót budowlanych, ustawa dopuszcza stosowanie procedury negocjacyjnej.

Jakkolwiek te same procedury mają zastosowanie do wszystkich zamówień powyżej progów krajowych, występuje szereg różnic, na przykład nieco szersza lista wyjątków (możliwość niezastosowania procedur) dotyczących zamówień poniżej wielkości progowych; tłumaczenie zaproszenia do składania ofert jest obowiązkowe w przypadku zamówień międzynarodowych. Obowiązują różne terminy składania wniosków o udział w procedurze i składania ofert (dłuższe w przypadku procedur międzynarodowych), różne minimalne liczby kandydatów zaproszonych do udziału w procedurach ograniczonych i negocjacyjnych (wyższe w przypadku procedur międzynarodowych) oraz nieco odmienne warunki stosowania procedur negocjacyjnych bez ogłoszenia. W przypadku mniejszych zamówień, gdy powszechnie stosowana jest procedura negocjacyjna bez ogłoszenia, oraz zamówień poniżej progów krajowych, ustawa przewiduje obowiązkowe stosowanie pewnych podstawowych zasad dotyczących ekonomicznego wykorzystania środków finansowych oraz preferuje pozyskanie co najmniej trzech ofert tam, gdzie to możliwe.

Procedury kwalifikacji są wzorowane ściśle na przepisach unijnych, ale w praktyce instytucje zamawiające wymagają oryginałów wszystkich możliwych dokumentów, nawet w przypadku mniejszych i bardziej rutynowych zamówień. Powoduje to, że procedura przetargowa jest dość uciążliwa i kosztowna zarówno dla oferentów jak i zamawiających. Nie prowadzi się żadnego oficjalnego wykazu zweryfikowanych ani zarejestrowanych spółek, których kwalifikacje i odpowiedzialność byłyby oficjalnie sprawdzone. Wcześniej krajowe przepisy ustawodawcze przewidywały, że firmy budowlane (zarówno krajowe jak i zagraniczne) muszą być zarejestrowane w Estonii, co stanowiło warunek wstępny udziału w procedurach przetargowych, ale po akcesji do UE wymóg ten już nie obowiązuje.

Ustawa dotyczy także pewnych zagadnień praktycznych. Zezwala na przykład zamawiającym na wymaganie wadium, które jednakże nie są poza tym obowiązkowe. Same oferty należy składać w dwóch osobnych kopertach (część techniczna i finansowa). Ceny ofertowe składa się w osobnych zapieczętowanych kopertach. Ocena techniczna jest oddzielona od aspektu finansowego. Po dokonaniu oceny technicznej otwiera się koperty zawierające ceny, a wartość finansową dodaje się do punktacji technicznej. Ten „dwu-kopertowy” system porównywania i oceny ofert przewidziano dla zamówień wszystkich rodzajów: na usługi, towary i roboty budowlane. Oferty otwierane są publicznie, przy czynności otwarcia kopert z cenami mogą być obecni wszyscy oferenci; z otwarcia kopert finansowych sporządza się protokół i przesyła go wszystkim oferentom w ciągu trzech dni roboczych.

Ustawa określa terminy składania ofert (w przypadku procedury otwartej i ograniczonej) lub wniosków o udział w procedurze (dla procedury ograniczonej i negocjacyjnej), z rozróżnieniem na zamówienia powyżej i poniżej progów wspólnotowych. Poniżej progów określonych w UE terminy ustalane są różnie dla różnych rodzajów zamówień: na roboty budowlane, usługi i dostawy, a termin najkrótszy to 14 dni. Powyżej wielkości progowych terminy są takie same dla wszystkich rodzajów zamówień.

Podobnie jak to określono w dyrektywach, można dokonać wyboru kryteriów udzielenia zamówienia od najniższej ceny do oferty najbardziej ekonomicznie korzystnej, ale w praktyce zaznacza się wyraźna tendencja kierowania się przy udzielaniu zamówień kryterium najniższej ceny. Wybraną ofertę uznaje się za przyjętą po upływie 14 dni od wydania decyzji o udzieleniu zamówienia.

#### **5.1.4 Procedury odwoławcze**

Ustawa przewiduje dwa sposoby wnoszenia skarg: (i) wniesienie protestu do RHA; lub (ii) odwołanie do sądu administracyjnego.

Skargi do Urzędu należy kierować, zanim wybrana oferta zostanie przyjęta przez instytucję zamawiającą. Muszą one zostać wniesione w ciągu siedmiu dni roboczych od daty, w której skarżący poweźmie wiedzę o naruszeniu jego praw lub wyrządzeniu szkody jego interesom. Ustawa określa wymagania w zakresie treści skargi oraz wymaga od Urzędu od-

rzucenia protestów, które m.in. nie zostały wniesione w terminie lub są niekompletne pod względem treści. Podmiot zamawiający musi zawiesić procedurę przetargową z chwilą otrzymania zawiadomienia z Urzędu dotyczącego wniesienia skargi. Urząd musi rozpatrzyć skargę w ciągu dziesięciu dni roboczych. Skargi są rozstrzygane na zasadzie wzajemnego porozumienia między osobą wnoszącą protest a podmiotem zamawiającym. W przypadku braku porozumienia lub jeżeli skarżący nie stawi się do rozpatrzenia skargi, Urząd może postanowić o odstąpieniu od jej rozpatrywania.

Odwołanie można wnieść do sądu administracyjnego po wydaniu przez Urząd decyzji rozstrzygającej skargę lub o tym, że skarga nie będzie rozpatrywana.

## **5.2 Francja**

### **5.2.1 Ramy prawne**

Aktualnie obowiązujące przepisy dotyczące zamówień publicznych zawarte są w Code des Marchés Publics (CMP) z 7 stycznia 2004 r. Obejmują one generalnie podmioty podlegające dyrektywie klasycznej. W odniesieniu do podmiotów niepublicznych objętych zakresem dyrektywy sektorowej odpowiednie przepisy zawarte są w ustawach 91-3 oraz 92-1282. Uzupełnieniem ich jest szereg dekretów oraz rozporządzeń ministerialnych. Obecnie rozważana jest propozycja nowelizacji kodeksu CMP w celu jego dostosowania do dwóch nowych dyrektyw. W chwili, gdy przygotowywane jest obecne opracowanie, projekt ten jest w dalszym ciągu omawiany. Tekst projektu oraz informacje o postępach w pracach nad nim można znaleźć w witrynie internetowej wskazanej w sekcji 5.2.2.

CMP ma zastosowanie nie tylko do zamówień powyżej unijnych wielkości progowych, ale także do zamówień poniżej tych progów, które podlegają obowiązkowi ogłoszenia. Z ogłoszeniami tymi można się także zapoznać w trybie on-line w witrynie internetowej wskazanej w sekcji 5.2.2. CMP ma także zakres szerszy niż europejskie przepisy w sprawie zamówień publicznych, które koncentrują się na procesie zamówień poprzedzającym podpisanie umowy, podczas gdy CMP zawiera także postanowienia dotyczące realizacji umów. Niektóre ze standardowych warunków, które muszą być stosowane do umów administracyjnych zawieranych przez

jednostki państwowe (w tym umów w sprawie zamówień publicznych), można także znaleźć w witrynie internetowej wskazanej w sekcji 5.2.2. Być może nieuchronna nowelizacja CMP będzie także obejmowała zmiany procedur mających zastosowanie do umów poniżej wspólnotowych wielkości progowych.

### **5.2.2 Wsparcie i ogłoszenia**

We Francji centralna agenda rządowa odpowiedzialna za zamówienia publiczne – Commission Centrale des Marchés Publics d’Etat – działa przy Ministerstwie Gospodarki i Finansów. Oto adres jej witryny internetowej:

[http://www.minefi.gouv.fr/themes/marches\\_publics/directions\\_services-daj-cmpe.php](http://www.minefi.gouv.fr/themes/marches_publics/directions_services-daj-cmpe.php)

Aktualnie obowiązujący kodeks zamówień publicznych, wraz z proponowanymi zmianami, można znaleźć pod następującym adresem internetowym:

[http://www.minefi.gouv.fr/themes/marches\\_publics/index.htm](http://www.minefi.gouv.fr/themes/marches_publics/index.htm)

Do francuskiego urzędowego biuletynu zawierającego ogłoszenia o zamówieniach publicznych można uzyskać dostęp w trybie on-line pod następującym adresem:

<http://www.journal-officiel.gouv.fr/jahia/Jahia/pid/1>

Biuletyn ten, Bulletin Officiel des Annonces des Marchés Publics (BO-AMP), zawiera ogłoszenia o wszystkich zamówieniach na towary i usługi o wartości od 90 000 € do 150 000 € w przypadku rządu centralnego oraz 230 000 € dla władz lokalnych, a także o wszystkich zamówieniach na roboty budowlane o wartości od 90 000 € do 5,9 mln €. Ogłoszenia o tych zamówieniach można także zamieszczać w innych publikacjach zawierających ogłoszenia prawne oraz w specjalistycznych czasopiśmie branżowych. BOAMP może także zawierać ogłoszenia publikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich, ale dopiero po ich zamieszczeniu w tym Dzienniku. W przypadku zamówień o wartości od 4000 € do 90 000 € zamawiający mogą wybrać dowolną formę ogłaszania, którą uznają za właściwą.

### 5.2.3 Konkretnie zagadnienia proceduralne

Jeżeli chodzi o procedury zamówień publicznych, procedura otwarta i ograniczona to mechanizmy standardowe (mieszczące się pod pojęciem *appel d'offres*). Wyjątkowo stosowane procedury negocjacyjne stanowią odzwierciedlenie procedur określonych w dyrektywach, ale CMP zawiera szczegółowy opis sposobu ich stosowania. W CMP przewidziano także procedury konkurencyjne poniżej wartości progowych obowiązujących w UE. W przypadku zamówień o wartości poniżej 4000 € nie wymaga się konkurencji ani zamieszczania ogłoszeń. W przypadku zamówień na towary i usługi o wartości od 90 000 € do 150 000 € dla rządu centralnego i 230 000 € w przypadku władz lokalnych oraz wszystkich zamówień na roboty budowlane o wartości od 90 000 € do 5,9 mln € (a także dla wszystkich zamówień o wartości poniżej 400 000 € w sektorze użyteczności publicznej), zamawiający mogą wybrać *appel d'offre*, procedurę negocjacyjną z zastosowaniem konkurencji lub dialog konkurencyjny. W przypadku tych zamówień na roboty budowlane, normalne terminy określone w dyrektywach (i powtórzone w CMP) mogą zostać skrócone do 20 dni.



Artykuł 45 francuskiego kodeksu zamówień publicznych określa rodzaje dokumentów, jakie winien przedstawić wnioskodawca. Szczegółowa lista tych dokumentów została określona w rozporządzeniu Ministra Spraw Gospodarczych z 26 lutego 2004 r. Każdy wnioskodawca musi przedłożyć następujące formularze : DC4 (wniosek), DC5 (deklaracja w trybie art. 45 o niezaleganiu z uiszczaniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne), oraz DC8 (deklaracja woli: jest to własnoręcznie podpisany przez wnioskodawcę dokument, w którym wyraża akceptację warunków przygotowania i złożenia oferty określonych przez instytucję zamawiającą (zob. art. 11).). Formularze te znaleźć można pod adresem <http://djo.journal-officiel.gouv.fr/MarchesPublics> Wnioskodawca, którego ofertę przyjęto, musi następnie wykazać, że wypełnił swe zobowiązania fiskalne oraz względem systemu ubezpieczeń społecznych, składając certyfikat, wydany przez odpowiednie władze (w przypadku przedsiębiorstw francuskich służy do tego formularz DC7). Wnioskodawcy prowadzący działalność poza terytorium Francji winni przedłożyć certyfikat wydany przez władze swego kraju. Jeżeli dane państwo nie wydaje podobnych certyfikatów, zastąpić go może oświadczenie lub wiążące oświadczenie wnioskodawcy przed odpowiednimi władzami sądowymi lub administracyjnymi, notariuszem, lub odpowiednią organizacją zawodową danego państwa (zob. art. 46 II).

Jakkolwiek nie przyjęto jeszcze przepisów ustawodawczych wdrażających nowe dyrektywy unijne, w CMP przewiduje się już zastosowanie procedury dialogu konkurencyjnego według takich samych zasad jak w dyrektywach. Reguły dotyczące przyznawania koncesji oraz partnerstw publiczno-prywatnych (PPP) zawarto jednak w osobnych przepisach ustawodawczych. CMP zawiera także już przepisy dotyczące stosowania umów ramowych w sektorze publicznym oraz centralnych i wspólnych zamówień.

W CMP określono także szereg praktycznych nakazów dotyczących procesu zamówień publicznych. Powołuje się w nim na przykład szereg stałych komisji przetargowych na różnych szczeblach hierarchii administracyjnej oraz określa ich skład. Wskazuje się także sposób składania ofert – w dwóch kopertach, z których jedna zawiera dane kwalifikacyjne, a druga – ofertę techniczną, oraz stwierdza się, że oferty nie będą otwierane publicznie. Ponieważ zgodnie z prawem francuskim umowy w ramach zamówień publicznych zawierane z organami publicznymi to umowy administracyjne, w CMP określa się wyraźnie ogólne i specjalne (administracyjne i techniczne) warunki umów (*cahiers des charges*) mające zastosowanie do takich umów. Jak już wskazano, CMP reguluje także etap realizacji umowy, w tym kwestie takie, jak zaliczki, gwarancje wykonania, klauzule dotyczące zmiany cen, warunki płatności, itp.

#### **5.2.4 Procedury odwoławcze**

Ogólnie rzecz biorąc, przepisy dotyczące zamówień są egzekwowane przez sądy administracyjne, a system ten jest realizowany na mocy ustaw 91-3 oraz 92-1282, jak również poszczególnych kodeksów administracyjnych i proceduralnych. Opracowano konkretną procedurę znaną pod nazwą *référé précontractuel* w celu rozpatrywania sporów dotyczących zamówień w przypadkach, gdy czas ma znaczenie podstawowe. Działa ponadto szereg mechanizmów kontrolnych i odwoławczych stosowanych przez Państwo Członkowskie.

Trybunały administracyjne to sądy pierwszej instancji, a odwołania od ich orzeczeń można wnosić do administracyjnych sądów odwoławczych oraz Rady Państwa. Generalnie, postępowanie może trwać półtora roku w sądzie pierwszej instancji i dłużej w instancjach odwoławczych. Z tej przyczyny opracowano konkretną procedurę w przypadku zamówień, która może zostać uruchomiona w dowolnym czasie przed podpisaniem

umowy. Zgodnie z *référé précontractuel*, trybunał administracyjny ma także uprawnienia do zawieszenia procedury zamówień i opóźnienia podpisania umowy na okres do 20 dni. Orzeczenie trybunału musi zostać wydane w tym 20-dniowym okresie. Sprawy należy wnosić niezwłocznie po wskazaniu podstaw do unieważnienia, ale w każdym razie w ciągu 2 miesięcy od przyjęcia rzekomo niezgodnego z prawem orzeczenia.

## 5.3 Niemcy

### 5.3.1 Ramy prawne

W chwili obecnej zamówienia publiczne podlegają przepisom określonym na kilku poziomach. Ustawa o zakazie ograniczania konkurencji skutecznie przenosi na niemiecki grunt prawny postanowienia dyrektyw, uzupełniając tym samym przepisy o zamówieniach publicznych (*Vergabeverordnung*) oraz bardziej szczegółowe przepisy, które dotyczą zamówień na roboty budowlane (*VOB/A*) oraz usługi (*VOL/A* i *VOF*). Ustawa ta reguluje zamówienia, których wartość przekracza wielkości progowe określone w dyrektywach UE, chociaż pozostałe przepisy stosują się także do zamówień poniżej tych wielkości progowych. Ich uzupełnienie stanowią równoważne ustawy i uregulowania przyjmowane w poszczególnych krajach związkowych. Zastosowanie różnych przepisów ma także określone implikacje w Niemczech w zakresie możliwości korzystania ze środków odwoławczych w przypadku domniemanych naruszeń przepisów (zob. sekcja 5.3.4).

Nowelizacja dyrektyw wspólnotowych stała się inspiracją dla podjęcia kompleksowej rewizji prawa zamówień publicznych w Niemczech. Projekt ustawy trafił do parlamentu w końcu 2004 r. ale na chwilę przygotowywania niniejszej publikacji nie została ona jeszcze uchwalona. Poza dokonaniem transpozycji nowych przepisów ma on na celu uproszczenie i usprawnienie obecnych przepisów przez stworzenie nowego rozporządzenia *Vergabeverordnung* ustalającego jednolity system regulacji zamówień publicznych zarówno powyżej, jak i poniżej wspólnotowych wartości progowych, przynajmniej w odniesieniu do zamówień na dostawy i usługi. Wydaje się, że zamówienia na roboty budowlane poniżej wspólnotowych wartości progowych będą w dalszym ciągu podlegały aktualnie obowiązującym przepisom (*VOB/A*). *VOL/A* i *VOF* zostaną zniesione.



Pod koniec 2005 r., uchwalono ustawę w sprawie przyspieszenia realizacji przedsięwzięć z udziałem partnerstw publiczno-prywatnych, która przewiduje zmiany w przepisach dotyczących zamówień umożliwiające stosowanie bardziej elastycznych procedur i usuwające niektóre przeszkody dla wdrażania przedsięwzięć PPP. Treść tej ustawy jest także zgodna z przepisami dotyczącymi procedury dialogu konkurencyjnego, która została następnie formalnie wprowadzona przez nową dyrektywę klasyczną.



Niemiecki rząd federalny opracował platformę elektronicznych zamówień publicznych, która obejmuje:

- informacje ogólne o zamówieniach publicznych;
- bazę danych ofert;
- możliwość zapisu dokumentów przetargowych bezpośrednio na dysku twardego komputera zainteresowanego przedsiębiorstwa oraz możliwość określenia, które przedsiębiorstwa dokonują tego zapisu. Jest to ważne wówczas, gdy instytucja zamawiająca informuje o zmianach, jakie mogą być wprowadzone w przetargu;
- funkcję składania standardowych ofert opatrzonych podpisem elektronicznym. Dopuszcza się tu jedynie dwa z 16 rodzajów podpisów elektronicznych, stosowanych w Niemczech. Jeżeli przedsiębiorstwa pragną skorzystać z tego systemu, muszą zapewnić sobie odpowiednie zasoby do obsługi podpisu elektronicznego: specjalne karty, niezbędne oprogramowanie i sprzęt;
- możliwość przyznania umowy w drodze elektronicznej, choć bez elektronicznej oceny.

Pilotażowy projekt niemieckiego rządu federalnego służy opracowaniu modelu, który spełniać będzie wszystkie wymogi prawne i wyznaczy standardy elektronicznych zamówień publicznych w Niemczech. System ten przeznaczony jest dla wszystkich niemieckich instytucji państwowych, w tym niemieckiej armii. Platforma obecnie służy wybranym ministerstwom oraz instytucjom państwowym. Większość funkcji systemu jest już w pełni dostępna. Jednak elektroniczne składanie ofert testowano jedynie w kilku przypadkach.

Przepisy istotne z punktu widzenia zamówień publicznych:

- **Ustawa o zakazie ograniczania konkurencji (ustawa kartelowa)**  
Czwarta część ustawy kartelowej zawiera przepisy określające podstawowe zasady rządzące zamówieniami publicznymi oraz opis pro-

cedur rewizyjnych leżących w gestii izby zamówień publicznych i sądów rejonowych, a dotyczących udzielania zamówień publicznych.

#### • **Wspólny Słownik Zamówień (CPV)**

Od 1 stycznia 1999 r. obowiązuje poprawiona wersja Wspólnego Słownika Zamówień (CPV), w którym – zgodnie z zaleceniami Komisji UE – ustalono opisy towarów i usług, będących przedmiotem umów. Najnowsza wersja CPV znajduje się na stronie internetowej <http://simap.eu.int/>.

Kraje Związkowe powołały zespoły rewizyjne procedur zamówień publicznych dotyczących robót budowlanych. Rozwiązanie takie przyjęły również pewne urzędy federalne, na przykład Federalne Ministerstwo Gospodarki i Pracy. W przypadku zamówień, których wartość przekracza kwoty progowe określone w przepisach europejskich, procedury przetargów publicznych podlegają ocenie trybunałów zamówień publicznych na wniosek podmiotu, którego ofertę odrzucono. Decyzje trybunałów zamówień publicznych można zaskarżyć do sądu apelacyjnego.



Podstawowe zasady, które rządzą procedurami zamówień publicznych, można wywieść z Ustawy kartelowej (zwłaszcza z § 97 i § 101 Ustawy o wolnym handlu):

- Przejrzystość (ogłaszanie przetargu, zobowiązanie do ogłoszeń, dokumentacja procedury);
- Konkurencja (swobodny udział w postępowaniu, ocena wszystkich spełniających warunki wniosków, udział pewnej liczby wnioskodawców, zakaz podejmowania działań sprzecznych z zasadami wolnej konkurencji przez oferentów oraz instytucje zamawiające);
- Równe traktowanie (równe traktowanie wszystkich wnioskodawców, zakaz dyskryminacji, zasada neutralności).

Rząd Federalny planuje wprowadzenie wstępnej procedury kwalifikacyjnej, najpierw w odniesieniu do sektora budowlanego, a następnie również i pozostałych zamówień publicznych. Procedura ta zakłada dobrowolne poddanie się ocenie kwalifikacji uprawniających do udziału w postępowaniach. Zgłaszające się przedsiębiorstwa poddane zostaną ocenie i jeśli przejdą ją z wynikiem pomyślnym, otrzymują certyfikat o określonym okresie ważności, który będzie je zwalniał z obowiązku powtarzania

szczegółowej oceny w każdym przypadku złożenia oferty w przetargu publicznym. W czasie wstępnej procedury kwalifikacyjnej oferenci zobowiązani są na przykład złożyć oświadczenie, że nie znajdują się w rejestrze korupcyjnym danego landu. Oświadczenie niezgodne z prawdą prowadzi do dyskwalifikacji. W ten sposób proces wstępnej kwalifikacji również przyczyni się do walki z korupcją – tworząc swoistą „białą listę” podmiotów gospodarczych. Główne założenia procedury wstępnej kwalifikacji są obecnie przedmiotem dyskusji grupy roboczej z udziałem przedstawicieli branży budowlanej. Wnioski posłużą do przygotowania projektów ustaw. Szereg Landów samodzielnie utworzyło rejestry korupcyjne, zaś inne zamierzają to wkrótce uczynić.

### **5.3.2 Wsparcie i ogłoszenia**

W Niemczech nie działa jeden organ ds. polityki w zakresie zamówień, ale informacje na temat przepisów ustawodawczych i polityki w tej dziedzinie można znaleźć w federalnej witrynie internetowej:

<http://www.bescha.bund.de/enid/55.html>

Z niemieckimi ogłoszeniami w sprawie zamówień można się zapoznać w trybie on-line w następującej witrynie, z możliwością jej przeszukiwania:

<http://www.evergabe-online.de/>

### **5.3.3 Konkretnie zagadnienia proceduralne**

Stosowane procedury generalnie odpowiadają procedurom określonym w dyrektywach – są to procedury: otwarta i ograniczona oraz negocjacyjna, z ogłoszeniem i bez ogłoszenia. Nie określa się żadnych konkretnych wymogów na temat sposobu stosowania procedur negocjacyjnych, ale zastosowanie mają ogólne zasady konkurencji, przejrzystości i zakazu dyskryminacji, a więc zadania muszą być opisane w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, a zamawiający mają obowiązek zadbać o to, aby istotne elementy zadań poddanych procedurom przetargowym nie zostały w zasadniczy sposób zmienione w trakcie negocjacji. W przypadku zamówień o wartości poniżej wielkości progowych zamawiający mogą także skorzystać z procedury ograniczonej bez konkurencji, którą można przeprowadzić z udziałem ograniczonej grupy spółek znanych zamawiającemu.

Aktualnie obowiązujące przepisy nie zawierają postanowień dotyczących zastosowania umów ramowych w sektorze publicznym, ale były one wykorzystywane w przypadku bardziej złożonych zamówień, na przykład z udziałem partnerstw publiczno-prywatnych. Jak już jednak wskazano, uchwalona została nowa ustawa, w której wprowadzono już procedurę dialogu konkurencyjnego. W ustawie tej rozwiązano także niektóre inne kwestie, takie jak metoda postępowania z zamówieniami mieszanymi (w taki sam sposób, jak w dyrektywach).



**Procedury postępowania i zakres ich stosowania:**

• **Procedura otwarta – przetarg publiczny**

Przetarg publiczny w zasadzie ma pierwszeństwo przed innymi procedurami zamówień publicznych. Procedura ta obowiązuje wówczas, gdy wartość zamówienia przekracza 25 000 euro.

• **Procedura ograniczona** – w tym przypadku krąg potencjalnych wnioskodawców podlega ograniczeniu ze strony instytucji zamawiającej. Wartość zamówienia nie może przekraczać 25 000 euro.

• **Procedura negocjacyjna** – w przypadku negocjacji instytucja zamawiająca może przyznać zamówienie wybranemu przez siebie wykonawcy. Wartość zamówienia nie może przekraczać 2500 euro.

W przypadku, gdy zamawiającym jest instytucja komunalna, obowiązują krajowe przepisy niemieckie, jeżeli wartość zamówienia przekracza 25 000 euro oraz nie przekracza wartości progowych przewidzianych w europejskich przepisach zamówień publicznych.

Jeżeli wartość zamówienia przekracza wartości progowe (w rozumieniu prawa UE), wówczas obowiązują europejskie przepisy o zamówieniach publicznych. Procedura ograniczona w zasadzie może mieć miejsce wówczas, gdy wartość zamówienia nie przekracza kwoty 25 000 euro. Jednak w sytuacjach wyjątkowych publiczne zaproszenie do składania ofert może dopuszczać przetarg ograniczony nawet wówczas, gdy wartość zamówienia jest wyższa niż 25 000 euro.

Zamówienie negocjowane może mieć miejsce wówczas, gdy jego wartość nie przekracza kwoty 2500 euro. Przepisy o zamówieniach publicznych dające pierwszeństwo procedurom otwartym przed innymi procedurami istnieją zarówno na poziomie federalnym, jak i poszczególnych landów. Nawet wówczas, gdy przetarg ograniczony byłby możliwy, władze mimo to – tak dalece, jak jest to możliwe – stosują procedury otwarte. Wszelkie odstępstwa od tej zasady muszą być uzasadnione i udokumentowane.

Zamawiający mają dużą swobodę przy ocenianiu kwalifikacji oferentów, ale kryteria selekcji muszą być oparte na potencjale, kompetencjach i rzetelności oferenta. Nie dopuszcza się kryteriów, które nie są bezpośrednio związane z przedmiotem zamówienia. W odniesieniu do wymagań technicznych nie dozwala się jakichkolwiek wymagań, które oznaczałyby nieuzasadnione obciążenie lub niemożliwe do przewidzenia ryzyko dla oferenta. Udzielając zamówień, zamawiający mogą wziąć pod uwagę, poza ceną, czynniki o charakterze biznesowym, takie jak serwis, niezawodność czy termin dostawy pod warunkiem, że czynniki te są powiązane z przedmiotem zamówienia. Metody określania kolejności ważności tych kryteriów muszą zostać przedstawione oferentom, a proponowana nowelizacja przewiduje, zgodnie z wymogami nakreślonymi przez dyrektywy, obowiązek podania do wiadomości oferentów wag przypisywanych poszczególnym kryteriom.

#### **5.3.4 Procedury odwoławcze**

Jedną z trudności, które kiedyś występowały w przypadku niemieckich przepisów dotyczących zamówień publicznych, polegała na tym, że nie stanowiły one praw podmiotowych na korzyść oferentów. Zgodnie z prawem niemieckim, w sądach można dochodzić tylko praw podmiotowych. W efekcie postępowania [o naruszenie prawa wspólnotowego], wniesionego przez Komisję Europejską, ustawodawca niemiecki w 1999 r. znowelizował ustawę o zakazie ograniczania konkurencji i stworzył procedury kontroli sądowej, które mogą wszczynać oferenci w przypadku naruszeń przepisów. Jednakże, jak już wspomniano, ustawa ta ma zastosowanie tylko do zamówień, których wartość przekracza unijne wielkości progowe, aby oferenci mogli skorzystać z praw podmiotowych w odniesieniu do takich zamówień. W przypadku zamówień o wartości poniżej wielkości progowych, oferenci w dalszym ciągu nie mogą wnieść sprawy do sądu, ponieważ nie mają oni żadnych praw podmiotowych. Pozwy o naruszenie przepisów dotyczących zamówień (o wartości powyżej progów UE) można obecnie kierować do specjalnego organu rewizyjnego (Vergabekammern) ustanowionego na szczeblu federalnym oraz w poszczególnych krajach związkowych oraz, w przypadku odwołania, do krajowych sądów apelacyjnych (Oberlandesgerichte).

Skargi na naruszenia przepisów należy wносить w ciągu 3 do 14 dni od chwili powzięcia przez oferentów wiedzy o nich. Jeżeli naruszenie można wskazać na podstawie samych dokumentów przetargowych, wów-

czas procedura rewizyjna musi zostać wszczęta przed upływem terminu składania ofert. Naruszenie przepisów można wskazać tylko przed podpisaniem umowy. Wniesienie wniosku o rewizję zawieszają procedurę udzielania zamówienia, a zamawiający nie może podpisać umowy przed wydaniem postanowienia przez komisję rewizyjną i przed upływem dwutygodniowego okresu wnoszenia odwołań. Jakakolwiek umowa podpisana w tym okresie zawieszenia będzie nieważna. Procedury rewizyjne trwają zwykle około 5 tygodni, a rozpatrywanie odwołań, które muszą zostać wniesione w ciągu 2 tygodni od wydania postanowienia przez organ rewizyjny, kilka miesięcy.

Sądy cywilne mogą przyznawać odszkodowania na podstawie odrębnej procedury.

## **5.4 Łotwa**

### **5.4.1 Ramy prawne**

Na aktualne ramy prawne systemu zamówień publicznych na Łotwie składają się dwie odrębne ustawy: (1) ustawa z 5 lipca 2001 r. o zamówieniach na potrzeby rządu centralnego lub władz lokalnych, z ostatnimi zmianami wprowadzonymi w 2004 r., która dotyczy podmiotów sektora publicznego oraz (2) ustawa z 4 listopada 1999 r. w sprawie robót budowlanych, dostaw, leasingu i usług na potrzeby przedsiębiorstw świadczących usługi publiczne. Uzupełnienie obu ustaw stanowią wtórne przepisy ustawodawcze, głównie rozporządzenia rządowe dotyczące kwestii takich jak procedury w zakresie otwartej czy ograniczonej konkurencji. Ustawy stanowią w dużej mierze powtórzenie postanowień dyrektyw UE, ale regulują także praktyczne aspekty procesu zamówień, w tym opcjonalne wadła, zabezpieczenia należytego wykonania, skład komisji oceniających oferty oraz publiczne otwieranie ofert.

Na Łotwie działa ponadto Biuro ds. Monitorowania Zamówień (IUB), podlegające Ministerstwu Finansów i będące agendą rządu centralnego odpowiedzialną za system zamówień publicznych. Do głównych zadań Biura należą: opracowywanie projektów przepisów, realizacja szkoleń i udzielanie wsparcia, gromadzenie informacji statystycznych oraz wydawanie zgód na wnioski o udział w procedurze negocjacyjnej. Ponadto IUB jest głównym forum administracyjnym rozpatrującym skargi składane

przez zawiedzionych kandydatów i oferentów. Od jego decyzji przysługuje odwołanie do sądu.

W chwili przygotowywania niniejszej publikacji nie wiadomo jeszcze, czy zostały przygotowane dalsze zmiany w aktualnych przepisach ustawodawczych.

#### **5.4.2 Wsparcie i ogłoszenia**

Na Łotwie działa Komisja ds. Monitorowania Zamówień, która odpowiada za politykę w zakresie zamówień. W jej witrynie internetowej można znaleźć potrzebne informacje, ale tylko w języku łotewskim:

<http://www.iub.gov.lv/>

Istnieje także witryna internetowa w języku łotewskim, przez którą można uzyskać dostęp, w trybie on-line, do ogłoszeń o zamówieniach zawartych w łotewskim dzienniku urzędowym:

[http://lv.lv/index.php?Laikraksts\\_LATVIJAS\\_VESTNESIS](http://lv.lv/index.php?Laikraksts_LATVIJAS_VESTNESIS)

Wszystkie ogłoszenia o zamówieniach należy zamieszczać w oficjalnym biuletynie, w Internecie oraz w jednej z komercyjnych gazet. IUB ma obowiązek zamieścić ogłoszenie w Internecie w ciągu 3 dni od otrzymania go od podmiotu zamawiającego. Zamieszczanie ogłoszeń w skali lokalnej jest obowiązkiem podmiotów zamawiających. Nie można zamieścić żadnego ogłoszenia w krajowej witrynie internetowej ani w gazetach, zanim nie zostanie ono opublikowane we wspólnotowym Dzienniku Urzędowym, jeżeli jest to wymagane.

#### **5.4.3 Konkretnie zagadnienia proceduralne**

Łotewska ustawa o zamówieniach publicznych przewiduje cztery główne metody ich realizacji. Trzy są wzorowane ściśle na odnośnych procedurach unijnych (otwarta, ograniczona i negocjacyjna), podczas gdy czwarta z nich, zapytanie o cenę, dotyczy mniejszych zamówień, znacznie poniżej wielkości progowych obowiązujących w UE. Procedura otwarta i ograniczona są traktowana na równi, a zamawiający może swobodnie wybierać jeden z tych sposobów, podczas gdy procedura negocjacyjna jest stosowana w wyjątkowych okolicznościach. W ustawie określono

dosyć szczegółowo sposób postępowania w przypadku procedury negocjacyjnej. Wydaje się jednak, że w praktyce procedura ograniczona jest stosowana głównie w przypadku zamówień na usługi konsultingowe.

W sektorze publicznym wszystkie przepisy ustawy stosują się w pełni do zamówień o wartości powyżej ok. 15 000 € na usługi i dostawy oraz powyżej ok. 75 000 € na roboty budowlane. Ustawa dopuszcza pewne uproszczenie w odniesieniu do następnej grupy zamówień, tzn. zamówień o wartości od 1500 € do 15 000 € na dostawy i usługi oraz w przedziale od 1500 € do 75 000 € na roboty budowlane. W tym przypadku ustawa dozwala na zastosowanie prostszych procedur (zapytanie o cenę oraz procedura negocjacyjna) zamiast regularnych procedur przetargowych, ale wszystkie inne jej postanowienia muszą zostać w pełni zastosowane. W odniesieniu do zamówień o najmniejszej wartości ustawa przewiduje niewiele obowiązków. Przy zamówieniach o szacunkowej wartości poniżej 1500 € (i poniżej 15 000 € dla prac projektowych, usług badawczych, konsultingu, zarządzania i usług projektanckich), instytucje zamawiające muszą jedynie stosować przepisy ustawy dotyczące zasad ogólnych, obliczenia wartości szacunkowej zamówienia oraz przekazywania danych do celów statystycznych. Pozostałe przepisy ustawy nie muszą być przestrzegane.

W przypadku zapytania o cenę instytucja zamawiająca wybiera (co najmniej) trzy podmioty gospodarcze, którym przesyła specyfikacje techniczne na zamawiane towary, usługi lub roboty budowlane. Sama ustawa nie przewiduje żadnych kryteriów wyboru kandydatów, a instytucja zamawiająca dokonuje ich swobodnego wyboru na podstawie kwalifikacji i rzetelności, co do których nie ma zastrzeżeń. Termin składania ofert nie może być krótszy niż pięć dni roboczych. Po złożeniu ofert komisja przetargowa sprawdza ich zgodność ze specyfikacją techniczną. Jedynym dopuszczalnym kryterium w tej procedurze wyboru najlepszej oferty jest najniższa cena. Nie można zastosować żadnych innych kryteriów jakościowych.

Sytuacja wygląda inaczej w przypadku przepisów dotyczących podmiotów z sektora użyteczności publicznej. Zgodnie z ustawą, przedsiębiorstwa świadczące usługi publiczne muszą stosować sformalizowane procedury tylko do udzielania zamówień, których wartość przekracza kwotę ok. 375 000 € dla usług i dostaw lub ok. 4 500 000 € na roboty budowlane. Poniżej wielkości progowych, podmioty zamawiające mogą swobodnie



wybierać swoich dostawców. Ponieważ ustawa nie ma zastosowania do zamówień o niższej wartości, nie przewiduje się w niej procedur uproszczonych.

Rząd opracował także pewne standardowe formularze dokumentów umów. Przykładowo, w odniesieniu do zamówień na roboty budowlane, obowiązuje Łotewska Norma LVS 283:2000 — Przepisy Ogólne w sprawie Zamówień Rządowych na Roboty Budowlane – opracowana i ogłoszona przez Łotewski Komitet Normalizacji Technicznej. Norma została przyjęta 18 września 2000 r. i zawiera ogólne warunki umów, zasady realizacji i zatwierdzania lub odstępowania od umów, przepisy dotyczące płatności, ubezpieczenia oraz ewentualnego odszkodowania. Norma obszernie i precyzyjnie reguluje prawa i obowiązki obu stron umów, a jej stosowanie jest obowiązkowe dla wszystkich instytucji publicznych.

#### **5.4.4 Procedury odwoławcze**

Pierwszą instancją w procedurach odwoławczych jest IUB. Skarga może zostać wniesiona tylko przed podpisaniem umowy. Jeżeli umowa weszła już w życie, procedura może zostać podważona tylko w sądzie, zgodnie z ogólnymi zasadami prawa cywilnego. Ustawa stanowi jednak wyraźnie, że umowa nie może zostać podpisana przed upływem dziesięciu dni roboczych od wydania decyzji o wybraniu najlepszej oferty i powiadomieniu o niej oferentów, co daje dodatkowy czas, w którym wadliwe działanie lub decyzja mogą zostać skutecznie podważone. Jeżeli skarga dotyczy dokumentacji przetargowej, może ona zostać wniesiona tylko przed upływem ostatecznego terminu składania ofert. Wnoszenie skarg jest bezpłatne dla oferenta, który nie ponosi żadnych kosztów z tym związanych.

Niezwłocznie po otrzymaniu skargi IUB zamieszcza informację o niej w Internecie. Skarga jest rozpatrywana w IUB przez Komisję ds. Rozpatrywania Skarg. W skład tej Komisji wchodzi pracownicy IUB oraz z ekspertami z zewnątrz, przy czym eksperci nie mają prawa głosu będąc raczej obserwatorami. Komisja podejmuje decyzję w ciągu miesiąca, a w bardziej złożonych przypadkach termin ten może zostać przedłużony.

Komisja zwołuje posiedzenie w celu rozpatrzenia skargi, na które powinna zaprosić skarżącego oferenta, podmiot zamawiający oraz wszyscy inni oferenci lub kandydaci, na których interesy jej decyzje mogą mieć wpływ. Komisja podejmuje decyzję po wysłuchaniu wszystkich uczestników.

Komisja może zezwolić na zawarcie umowy, jeżeli skarga została uznana za bezzasadną lub naruszenia były nieznaczne lub nie miały wpływu na wynik procedury. Uznając skargę, Komisja może zakazać podpisania umowy lub nakazać działania korekcyjne. Decyzja (wraz z wszystkimi szczegółami) zostanie niezwłocznie ogłoszona w Internecie. Od decyzji IUB można się odwołać do sądu.

## **5.5 Litwa**

### **5.5.1 Ramy prawne**

Aktualnie obowiązująca na Litwie ustawa o zamówieniach publicznych nr IX-1217 z 3 grudnia 2002 r. weszła w życie w marcu 2003 r. Została ona znowelizowana w grudniu 2003 r. Ustawa dotyczy sektora publicznego oraz sektora użyteczności publicznej, a także zawiera uproszczone procedury stosowane poniżej limitów progowych, ale występują niewielkie różnice między procedurami dotyczącymi sektora publicznego i sektora użyteczności publicznej a procedurami uproszczonymi. Ustawę uzupełnia szereg aktów prawa wtórnego dotyczących konkretnych procedur. Ustawa ma w zamierzeniu obejmować wszystkie aspekty procedury zamówień, wykraczające poza zakres dyrektyw wspólnotowych, a pod pewnymi względami jest bardzo szczegółowa. Obejmuje ona takie kwestie jak na przykład procedury otwierania ofert oraz składanie wadliw. W związku z wejściem w życie nowych dyrektyw rozpoczęto prace nad projektem nowych przepisów, ale na chwilę obecną nie przyjęto jeszcze nowelizacji. Struktura ustawy z 2003 r. jest taka jak struktura skonsolidowanych dyrektyw.

Na Litwie działa także Urząd ds. Zamówień Publicznych (Viešuju pirkimu tarnyba VPT), który jest niezależnym organem działającym przy urzędzie premiera i podlega bezpośrednio premierowi. Koordynuje on działania państwa w zakresie zamówień publicznych i nadzoruje przestrzeganie ustawy i pokrewnych aktów prawnych.

### **5.5.2 Wsparcie i ogłoszenia**

Informacje o zamówieniach publicznych na Litwie, w języku litewskim i angielskim, można znaleźć w:

<http://www.vpt.lt/index.php?lan=EN>

W odniesieniu do zamówień poniżej wielkości progowych UE ogłoszenia są zamieszczane w biuletynie urzędowym.



1 grudnia 2005 r. zgłoszono propozycję przerehabrowania Prawa Zamówień Publicznych. Projekt nowej ustawy uwzględnia zapisy Dyrektywy 2004/17/WE z 31 marca 2004 r. w kwestii procedur udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu, i usług pocztowych oraz Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31 marca 2004 r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy, i usługi, a także innych odpowiednich aktów prawa Unii Europejskiej. Projekt ustawy promuje rozwój rynku w oparciu o zasady równości, zakazu dyskryminacji, przejrzystości i racjonalnego wykorzystania środków przeznaczonych na realizację zamówień publicznych. Przyjęcie ustawy oznacza uprawomocnienie się obowiązku stosowania Wspólnego Słownika Zamówień (CPV). Ustawa stwarza również możliwość zastosowania przez instytucje zamawiające nowych procedur zamówień publicznych: dynamicznego systemu zakupów, aukcji elektronicznej, oraz dialogu konkurencyjnego. Projekt ustawy tworzy również warunki wstępne wykorzystania nowych technologii informatycznych w zamówieniach publicznych, np. w zakresie składania ofert i zawierania umów drogą elektroniczną. Ze względu na swoją specyfikę zamówienia publiczne wymagają wysokich standardów bezpieczeństwa i poufności w komunikacji elektronicznej, dlatego też określono minimalne parametry, które muszą spełniać urządzenia przeznaczone do przesyłu wniosków i ofert. W uzupełnieniu innych postanowień projekt ustawy stwarza między innymi możliwość utworzenia centralnych instytucji zamawiających, określa metody kalkulacji cen zakupu oraz wprowadza bardziej precyzyjne sposoby określania kwalifikacji wykonawców. Nowa ustawa ma wejść w życie 1 stycznia 2006 r.

### 5.5.3 Konkretny zagadnienia proceduralne

Procedury ustanowione przez ustawę są wzorowane na dyrektywach UE. W odniesieniu do procedury negocjacyjnej w ustawie zawarto szczegółowe postanowienia proceduralne, w tym dotyczące zaproszeń, weryfikacji kwalifikacji, składania ofert, oceny oraz metod prowadzenia negocjacji z kandydatami. W ustawie zawarto także wymogi w zakresie sprawozdawczości oraz przewidziano możliwość stosowania umów ramowych w sek-

torze publicznym. Określane są one mianem 'umów wstępnych' i wydają się antycypować postanowienia nowej dyrektywy klasycznej. Można je stosować w ich pierwotnym kształcie, szczególnie w odniesieniu do towarów konsumpcyjnych, nie zaliczonych do aktywów długoterminowych, a także usług bieżących, towarów lub usług, których ceny i warunki dostaw często ulegają zmianie, bieżących napraw lub prac konserwatorskich.

Do zamówień poniżej wspólnotowych wielkości progowych i do wartości 22 500 € w odniesieniu do dostaw oraz 90 200 € dla robot budowlanych, stosuje się procedury uproszczone (są to na przykład uproszczone procedury: otwarta, ograniczona i negocjacyjna). Zamówienia na usługi niepriorytetowe, wskazane w dyrektywach, są także udzielane zgodnie z procedurami uproszczonymi, niezależnie od ich wartości, jakkolwiek zastosowanie mają postanowienia dotyczące ogłoszeń o udzieleniu zamówienia i specyfikacji technicznych. Jednakże przepisy dotyczące procedur uproszczonych nawiązują szeroko do postanowień mających zastosowanie do zamówień powyżej wartości progowych i są w większości bardzo podobne. Ponadto, w przypadku jednoczesnego udzielania kilku zamówień, procedury uproszczone można zastosować do zamówień częściowych do 20% wartości zamówienia. Dla zamówień poniżej progowych wielkości UE podmioty zamawiające w sektorze użyteczności publicznej mogą określić i zatwierdzić swoje własne reguły dotyczące zamówień, jakkolwiek występuje obowiązek zamieszczania ogłoszeń o zamówieniach zgodnie z przepisami ustawy. Termin składania wniosków o udział w procedurze wynosi 7 dni od daty zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w uproszczonej procedurze ograniczonej. Termin przyjmowania ofert wynosi 14 dni dla zamówień na dostawy i usługi oraz 21 dni dla zamówień na roboty budowlane w uproszczonych procedurach ograniczonych i otwartych. W przypadku uproszczonej procedury negocjacyjnej z ogłoszeniem podmiot zamawiający może ustalić termin składania ofert wstępnych na 14 dni dla dostaw i usług oraz 21 dni dla robót budowlanych.

Poniżej wielkości progowych mających zastosowanie do procedur uproszczonych (22 500 € dla dostaw i usług oraz 90 200 € dla robót budowlanych) może zostać zastosowana 'zwykła praktyka komercyjna' zgodnie z regułami dotyczącymi zamówień zatwierdzonymi przez podmiot zamawiający. W przypadkach działania siły wyższej można także udzielać zamówień z zastosowaniem zwykłej praktyki komercyjnej. Zwykła praktyka komercyjna oznacza praktykę stosowaną przez zamawiającego

udzielającego zamówienia zgodnie z wewnętrznymi regulacjami opartymi na przepisach ustawy, na rzecz podmiotu gospodarczego, który oferuje albo najniższą cenę albo ekonomicznie najkorzystniejszą ofertę. Procedura udzielania zamówienia, zgodnie ze zwykłą praktyką komercyjną, musi zostać przeprowadzona zgodnie z zasadami zakazu dyskryminacji, równości traktowania oraz przejrzystości, a podmiot zamawiający musi zachować informacje o ofertach cenowych przedstawionych przez dostawców. Prezes urzędu (VPT) wydał zarządzenie w sprawie metodologii stosowania tej procedury. Transakcje o niskiej wartości (tzn. poniżej 27 €) mogą być realizowane ustnie lub w formie pisemnej.

Już w kryteriach udzielenia zamówienia należy wskazać wagi zastosowane do poszczególnych kryteriów i pod tym względem ustawa ta antycypuje nowe postanowienia najnowszych dyrektyw.

#### **5.5.4 Procedury odwoławcze**

Wraz z wejściem w życie ustawy rozpatrywanie skarg zostało przekazane sądom administracyjnym, a poprzednio było to w gestii doraźnie powoływanego Niezależnego Komitetu Odwoławczego złożonego z trzech członków wybieranych z listy przez skarżącego, podmioty zamawiające i VPT. Sprawy dotyczące zamówień publicznych są obecnie rozpatrywane przez sądy powszechne. Sprawy powyżej wielkości progowej 22 500 € poddane zostały właściwości pięciu sądów okręgowych, a poniżej wartości progowej – sądom rejonowym. Stosuje się Kodeks postępowania cywilnego, który wszedł w życie w styczniu 2003 r. Zgodnie z jego przepisami, sprawa powinna zostać rozpatrzona w możliwie najkrótszym czasie. Sprawy należy wносить w ciągu jednego miesiąca od odrzucenia skargi przez zamawiającego lub pojawienia się przyczyny prawnej do wniesienia sprawy do sądu. Od postanowienia sądu można wnieść odwołanie w ciągu kolejnych 30 dni.

Stosuje się system dwuetapowy. Skargi należy kierować do zamawiającego w ciągu 5 dni od daty, w której dostawca powziął lub powinien był powziąć wiedzę o naruszeniu jego uprawnionych interesów. Procedura ulega zawieszeniu do czasu podjęcia decyzji. Z upoważnienia VPT, procedura nie zostanie zawieszona, jeżeli dostawca poniósłby dużo większe straty niż straty poniesione przez dostawcę, który wniósł skargę. Podmiot zamawiający musi podjąć decyzję w ciągu 5 dni. Jeżeli nie rozpatrzy skargi w tym terminie lub jej nie oddali, dostawca może wnieść skargę do sądu.

Dostawca ma również możliwość wniesienia skargi do sądu powszechnego, nie kierując jej do zamawiającego. Sąd może zawiesić procedurę, ale generalnie sądy w nią nie ingerują: wydają zwykle wstępną opinię, dalej badając sprawę aż do wydania ostatecznego postanowienia. W sądzie można ubiegać się o odszkodowanie, jeżeli zamawiający lub dostawca nie wywiąże się ze swoich obowiązków wynikających z ustawy o zamówieniach publicznych lub innych ustaw, wykona te obowiązki nienależycie lub dopuści się czynów zabronionych na mocy ustawy o zamówieniach publicznych.

## 5.6 Słowacja

### 5.6.1 Ramy prawne

Ustawa o zamówieniach publicznych (Ustawa nr 263/1999, znowelizowana Ustawami nr 557/2001, nr 530/2002 oraz nr 523/2003) reguluje działania w zakresie zamówień na wszystkich szczeblach w kraju i dotyczy organów państwowych, regionalnych i lokalnych, w tym także przedsiębiorstw sektorowych. Dotyczy ona także takich zagadnień praktycznych



Wdrożenie zaleceń płynących z dyrektyw UE w systemie prawnym Republiki Słowackiej było jednym z szeregu warunków jej wstąpienia do Unii Europejskiej oraz integracji z europejskim i światowym systemem gospodarczym. Zgodnie z treścią Europejskiej Umowy Akcesyjnej oraz tzw. umową stowarzyszeniową między Republiką Słowacką a Wspólnotą Europejską, Republika Słowacka zobowiązana jest wspierać wolny przepływ towarów, usług, osób, i kapitału. Republika Słowacka zobowiązała się przede wszystkim do otwarcia rynku zamówień publicznych w oparciu o zasady braku dyskryminacji, wzajemność oraz równego traktowania oferentów. Tekst nowej ustawy o zamówieniach publicznych określa instrumentarium postępowań, które obejmują: przetarg nieograniczony, przetarg ograniczony, negocjacje z ogłoszeniem i negocjacje bez ogłoszenia. Urząd sprawuje nadzór nad procesem zamówień publicznych. Nowym elementem zamówień publicznych na Słowacji stało się przekazanie Urzędowi władzy orzekania w ramach procedury odwoławczej wykonawców względem działań instytucji zamawiających. Ponadto Urząd rozpatruje również odwołania od decyzji. Od 1 stycznia 2002 r. instytucje zamawiające zobowiązane są do prowadzenia działań w dziedzinie zamówień publicznych wyłączone przez osoby dysponujące niezbędnym przygotowaniem zawodowym i zarejestrowane w odpowiednim wykazie.

jak wymóg wnoszenia wadium oraz procedur otwierania ofert. Kolejna nowelizacja Ustawy weszła w życie w styczniu 2006 r., ale w chwili opracowywania niniejszej publikacji jest ona dostępna tylko w języku słowackim. Poniższe uwagi należy zatem interpretować z zastrzeżeniem wspomnianej nowelizacji.



Po roku 1990 konieczne stało się wprowadzenie nowych przepisów, które wypełniłyby lukę w ustawodawstwie dotyczącym zamówień publicznych. 1 października 1990 r. Instytut Racjonalizacji Przemysłu Budowlanego wydał „Przepisy Zamówień Budowlanych” w formie wskazówek metodologicznych, określających procedury i warunki zamówień na roboty budowlane w Republice Czeskiej. Słowacki odpowiednik tych przepisów został przyjęty przez parlament jako „Przepisy Zamówień w Budownictwie”. Następnie przyjęto szereg odrębnych przepisów, regulujących dziedzinę zamówień publicznych, w tym – rozporządzenie rządu nr 219/1992 Coll. o postępowaniu w zamówieniach dotyczących budownictwa państwowego. Definiowało ono również warunki zamówień na dostawy i usługi ze strony poszczególnych ministerstw. Zasadniczą wadą tych przepisów było to, że nie miały one mocy prawnej. Przedstawały jedynie proces zamówień publicznych w dziedzinie budownictwa; nie zawierały jednak regulacji postępowania oraz warunków dla innych wydatków sektora publicznego. Republika Słowacka była pierwszym spośród krajów Europy Wschodniej i Środkowej, który przyjął prawo zamówień publicznych, regulując prawnie procedury wydatkowania środków publicznych. Ustawa o zamówieniach publicznych na towary, usługi i roboty budowlane ukazała się w Corpus Juris pod nr 263/1993 i weszła w życie 1 stycznia 1994 r. Ustawę tę przygotowało Ministerstwo Transportu, Komunikacji i Robót Publicznych Republiki Słowackiej. Prawo to dotyczy wymogów podstawowych (tj. zakazu dyskryminacji oferentów, przejrzystości procesu, równego traktowania oferentów i ochrony wolnej konkurencji) dyktowanych przez model prawny UNCITRAL, zaoferowany podejmującym transformację ustrojową państwom przez Komisję Prawa Międzynarodowego UNO. Ustawa o zamówieniach publicznych została zastąpiona 15 kwietnia 1994 r. przez ustawę nr 81/1994 Corpus Juris Rady Narodowej Republiki Słowackiej, której dwa fragmenty zmodyfikowały progi finansowe dla przyjęcia oferty cenowej oraz zakupu bezpośredniego (z jednego źródła). Dalszym krokiem w stronę aproksymacji ustawodawstwa Republiki Słowackiej do praw i przepisów Unii Europejskiej była ustawa nr 120/1996 Corpus Juris. Ta zmiana ustawy o zamówieniach publicznych oznaczała przybliżenie do przepisów unijnych z uwzględnieniem ponad dwu lat doświadczeń, związanych ze stosowaniem uprzednich przepisów. Kryteria pierwszego poziomu aproksymacji prawa, określone w Białej Księdze, osiągnięto drogą dalszych modyfikacji tego prawa. Państwowy nadzór nad zamówieniami publicznymi od roku 1995 sprawowało Ministerstwo Budownictwa i Robót Publicznych Republiki Słowackiej. 24 lipca 1996 r. – ustawa nr 263/1993 Corpus Juris Rady Narodowej Republiki Słowackiej zastąpiona została przez ustawę nr 222/1996 Corpus Juris o strukturze administracji państwowej i zmianach niektórych ustaw. Na mocy tej ustawy nadzór państwowy przekazano nowo powstałym władzom regionalnym. Od 1 stycznia 2000 r. zamówienia publiczne w Republice reguluje ustawa nr 263/1999 Corpus Juris o zamówieniach publicznych i zmianach niektórych ustaw. Zgodnie z tą ustawą powołano nową instytucję – Urząd Zamówień Publicznych. Rozpoczął on działalność 1 stycznia 2000 r. Urząd ten jest niezależnym, centralnym organem administracji państwowej.

Urząd zamówień publicznych (UVO), utworzony 1 stycznia 2000 r. jako organ administracji centralnej, odpowiada bezpośrednio za politykę w zakresie zamówień, opracowywanie projektów aktów ustawodawczych w tej dziedzinie, w tym wtórnych przepisów ustawodawczych, oraz przedkładanie projektów aktów prawnych do zatwierdzenia rządowi, zanim zostaną one poddane obradom parlamentu. Ustawa reguluje utworzenie i kompetencje UVO oraz określa jego główne funkcje, do których należy: opracowywanie aktów prawnych, usługi doradcze, budowanie potencjału, w tym systemu kwalifikacji i akredytacji, prowadzenie wykazu przedsiębiorców oraz współpraca międzynarodowa. Jeden z wydziałów UVO zajmuje się także rozpatrywaniem skarg. W ramach zadań monitorujących w tym samym wydziale funkcjonuje także jednostka kontrolna, która może nakładać grzywny na podmioty zamawiające.

### **5.6.2 Wsparcie i ogłoszenia**

Słowacki Urząd ds. Zamówień Publicznych prowadzi witrynę internetową w języku słowackim i angielskim. W pełni aktualizowana jest jednak tylko jej wersja w języku słowackim:

<http://www.uvo.gov.sk/>

Słowacja zapewnia także dostęp w trybie on-line do ogłoszeń o zamówieniach publicznych w następującej witrynie internetowej:

<http://www.uvo.gov.sk/vestnik/ZOVO.html>

Ogłoszenia zamieszczane są w krajowym biuletynie prowadzonym przez jeden z wydziałów UVO. Biuletyn ten ukazuje się trzy razy w tygodniu, a wszystkie ogłoszenia w nim zawarte są publikowane w nim w ciągu 12 dni od ich wysłania.

### **5.6.3 Konkretnie zagadnienia proceduralne**

W aktualnie obowiązującej ustawie stwierdza się wyraźnie, iż powyżej określonych w UE progów można swobodnie wybierać między procedurą otwartą a ograniczoną. Warunki dotyczące stosowania procedur negocjacyjnych, po zmianach, są mniej więcej zgodne z warunkami nakreślonymi przez dyrektywy. W ustawie wskazanych jest ponadto szereg zamówień o niższej wartości, według zróżnicowanych wielkości progowych, które,



jak się wydaje, udzielane są w oparciu o procedury uproszczone, jakkolwiek przepisy, które mają w tym przypadku zastosowanie, są raczej podobne w odniesieniu tak do wielkości powyżej, jak i poniżej unijnych wartości progowych. Ta sama procedura stosuje się na przykład do zamówień na towary i usługi, których wartość wynosi od 6250 € do równowartości w Euro kwoty 130 000 SDR. Elastycznie traktowane są zasadniczo wymogi w zakresie publikacji ogłoszeń (brak na przykład wymogu ogłoszeń we wspólnotowym Dzienniku Urzędowym i wstępnych ogłoszeń informacyjnych), terminów i sprawozdawczości dla celów statystycznych. Wydaje się w istocie, że ustawa eliminuje obowiązek sprawozdawczości w przypadku zamówień poniżej wartości progowych. Co do innych kwestii, występują tu podobne postanowienia dotyczące specyfikacji i dokumentacji przetargowej, wymogów w zakresie wykazania zgodności z przepisami a także opcjonalnego stosowania komisji przetargowych.

Kryteria kwalifikacji określone w ustawie są zgodne z przepisami dyrektyw wspólnotowych. Wprowadzono unijny system kwalifikowania. UVO prowadzi także wykaz przedsiębiorców, stanowiący coś w rodzaju rejestru firm, przy czym Urząd nie dokonuje certyfikacji ani nie klasyfikuje tych firm. Jest to jedynie mechanizm weryfikowania ich kwalifikacji (zgodnie z przepisami ustawy) oraz rejestrowania certyfikatów i dokumentów, które firmy musiałyby w przeciwnym razie okazywać przy składaniu każdej oferty. Jest to zatem metoda promowania efektywności działania, a uwzględnieni na niej oferenci nie muszą dowodzić swojej przydatności w inny sposób, przy czym fakt, że dany oferent nie figuruje w owym wykazie, nie dyskwalifikuje go z udziału w procedurze. Celem wykazu nie jest zatem ustalanie rankingu ani klasyfikacji oferentów, ani nie służy on wykluczaniu oferentów z udziału w przetargach. W ustawie zawarto szczegółowe przepisy dotyczące procedur składania wniosków o uwzględnienie w owym wykazie.

W przypadku wszystkich zamówień powyżej wspólnotowych wielkości progowych muszą być wpłacane wadła, a poniżej wielkości progowych są one opcjonalne, przy czym nie mogą one przekraczać 5% wartości zamówienia. W ustawie określono szczegółowo sposób składania ofert oraz wskazano na publiczne otwieranie ofert, przy której to czynności mogą być obecni wszyscy oferenci.

Umowy nie mogą zostać zawarte przed upływem 10 dni od daty, w której wszyscy oferenci zostali zawiadomieni o decyzji w sprawie udzielenia za-

mówienia. Służy to pokonaniu problemów związanych z umowami podpisywanymi, zanim oferenci mają sposobność wyrażenia sprzeciwu oraz daje to oferentom dodatkowy czas.

#### **5.6.4 Procedury odwoławcze**

Ustawa przewiduje zasadniczo trójstopniowy mechanizm odwoławczy. Pierwszy szczebel to odwołanie wniesione do samego podmiotu zamawiającego, jakkolwiek w praktyce następuje to jednocześnie z procedurą wszczynaną na drugim szczeblu odwoławczym, czyli w Wydziale ds. Środków Odwoławczych UVO. Od decyzji wydanych przez ten wydział przysługuje odwołanie do Sądu Najwyższego.

Skargi można wnosić tylko na podstawie ograniczonej (ale dosyć szerokiej) liczby kwestii. Wydział UVO ds. Środków Odwoławczych pełni dwie główne funkcje „nadzorcze”. Pierwsza z nich to rozpatrywanie skarg, a druga to prowadzenie dochodzeń o charakterze rewizyjnym. Dochodzenia takie są możliwe w przypadku niedotrzymania terminów procedur odwoławczych lub gdy zarzuca się naruszenie ustawy inne niż którekolwiek z wymienionych podstaw do odwołania. Decyzję o tym, które dochodzenie będzie prowadzone, podejmuje Wydział ds. Środków Odwoławczych. Procedury (poza ścisłym przestrzeganiem terminów) oraz środki odwoławcze stosowane przez UVO w przypadku zarówno skarg jak i dochodzeń wydają się być bardzo podobne. Główna różnica polega na tym, że przynajmniej w przypadku skarg wnoszonych przed podpisaniem umowy, skargi takie wywierają automatycznie skutek zawieszający za wyjątkiem przypadków, gdy skarga zostaje wniesiona na „jakikolwiek inne działanie” instytucji zamawiającej, czyli dokładnie jednej z podstaw uzasadniających podjęcie dochodzenia przez UVO. W przypadku dochodzeń nie następuje automatyczne zawieszenie procedury, chociaż w stosownych przypadkach UVO ma uprawnienia do nałożenia środków tymczasowych. Poza tym środki odwoławcze wydają się być identyczne. Po podpisaniu umowy środki odwoławcze, z których można skorzystać, mogą się także różnić. Po wniesieniu skargi UVO może w odpowiednich okolicznościach stwierdzić naruszenie ustawy oraz ustalić, że skarżący w wyniku tego „mógł być ponieść szkodę”. Sam Urząd nie może orzekać o samym odszkodowaniu, natomiast stwierdzenie tej treści może posłużyć jako podstawa do ubiegania się o odszkodowanie w sądzie cywilnym. Po przeprowadzeniu dochodzenia UVO może skorzystać ze swoich uprawnień rewizyjnych i nałożyć grzywnę.

## **5.7 Hiszpania**

### **5.7.1 Ramy prawne**

Zamówienia publiczne w Hiszpanii są obecnie uregulowane na mocy przepisów wprowadzonych Ustawą 2/2000, która stanowiła istotną nowelizację ustawy w sprawie publicznych umów administracyjnych. Ustawa ta została ponownie znowelizowana na mocy ustawy w marcu 2005 r., w której dążono do zwiększenia przejrzystości i konkurencji w procedurach zamówień publicznych realizowanych przez fundacje i podmioty handlowe sektora publicznego. Ponadto procedury zamówień udzielanych przez podmioty z sektora użyteczności publicznej są uregulowane w Ustawie nr 48/1998.

Przepisy dotyczą procedur zamówień o wartości zarówno powyżej, jak i poniżej wspólnotowych wielkości progowych. W znacznej mierze zastosowanie mają te same procedury, jakkolwiek w przypadku zamówień niższej wartości może zostać wykorzystana procedura negocjacyjna bez ogłoszenia. Główna ustawa w sprawie zamówień publicznych składa się z dwóch głównych części: zawierającej główne przepisy organizacyjne i proceduralne, w odniesieniu do selekcji jakościowej, postanowienia dotyczące rejestracji i klasyfikacji oferentów oraz drugiej, zawierającej konkretne przepisy rządzące różnymi rodzajami umów administracyjnych zawieranych przez podmioty sektora publicznego. Większość umów zawieranych przez władze publiczne określa się mianem umów administracyjnych w ramach nakreślonych w części drugiej ustawy, jakkolwiek istnieje szereg umów podlegających prawu prywatnemu, które mogą być także zawierane przez podmioty publiczne. Procedury udzielania zamówień, tak na mocy prawa prywatnego, jak i publicznego podlegają jednakże przepisom w sprawie zamówień.

W chwili przygotowywania niniejszego opracowania nie przyjęto jeszcze przepisów mających transponować postanowienia nowych dyrektyw unijnych.

### **5.7.2 Wsparcie i ogłoszenia**

W Hiszpanii działa witryna internetowa, którą można przeszukiwać w trybie on-line w celu zapoznania się z zamówieniami publicznymi. Oto jej adres:

<http://www.administracion.es/portadas/index.html>

Wymogi dotyczące ogłoszeń mają zastosowanie do wszystkich zamówień, nawet zamówień poniżej wspólnotowych wielkości progowych. Jednakże zamówienia o najniższej wartości, nawet jeżeli wymaga się w ich przypadku zastosowania procedur konkurencyjnych, nie podlegają wymogom ich ogłaszania. A zatem zamówienie na roboty budowlane o wartości poniżej 60 000 € oraz zamówienia na towary i usługi o wartości poniżej 30 000 € nie muszą być ogłaszane.

### **5.7.3 Konkretnie zagadnienia proceduralne**

Procedury wskazane w dyrektywach mają zastosowanie do wszystkich zamówień publicznych w Hiszpanii, w tym także zamówień poniżej wspólnotowych wielkości progowych, oraz do udzielania koncesji na usługi publiczne. Koncesje na roboty budowlane nie są jednakże objęte zakresem specjalnej ustawy (Ustawy nr 13/2003). Brak jest dotąd specjalnych postanowień dotyczących umów ramowych w sektorze publicznym czy dialogu konkurencyjnego.

Jakkolwiek procedury unijne mają generalnie zastosowanie do wszystkich zamówień, prawo dopuszcza udzielanie zamówień na roboty budowlane poniżej 60 000 € oraz towary i usługi o wartości poniżej 30 000 € w drodze procedury negocjacyjnej bez ogłoszenia. Ustawa nakłada wymogi na procedury negocjacyjne zarówno z ogłoszeniem, jak i bez. Należy pozyskać, o ile możliwe, oferty od co najmniej trzech podmiotów gospodarczych, które mają kwalifikacje do tego, aby zrealizować dane zamówienie. Zaproszenia do składania ofert muszą zawierać warunki umowy oraz techniczne i ekonomiczne aspekty, które będą przedmiotem negocjacji. Cena zostanie ustalona w drodze negocjacji z podmiotem gospodarczym, który zostanie wybrany, i należy przechowywać pełną dokumentację całego procesu (w tym zaproszenia, otrzymane oferty i uzasadnienie decyzji).

W przypadku zamówień o mniejszej wartości, tzn. zamówień na roboty budowlane o wartości poniżej 30 000 € oraz zamówień na towary i usługi o wartości niższej niż 12 000 €, stosuje się niewiele wymogów proceduralnych. Zamówienia te mogą być w istocie udzielane na podstawie zlecenia zakupu zawierającego odniesienie do szacunkowej ceny. Zlecenia zakupu zastępuje także umowę. Rozporządzenie nr 1098/2001 zezwala także za-

mawiającym na łączenie szeregu zamówień o mniejszej wartości w jedno zalecenie zakupu, jeżeli zamówienia są tego samego rodzaju, a wartość progowa nie zostanie przekroczona w odniesieniu do każdego rodzaju zamówienia. A zatem szereg niewielkich zamówień można zrealizować na mocy jednego zlecenia zakupu. Niemniej jednak te mniejsze zamówienia nie mogą trwać dłużej niż rok, nie mogą być przedłużane, a ceny nie mogą ulegać zmianie.

W odniesieniu do kwalifikowania w Hiszpanii prowadzonych jest szereg wykazów rejestracyjnych i klasyfikacyjnych (*lista de clasificación*). Dotyczą one zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi. Wykazy te dzielone są na grupy i podgrupy działalności wymagające różnych poziomów kwalifikacji w oparciu o kryterium zdolności prawnej, wypłacalności i potencjału technicznego i/lub zawodowego. Od hiszpańskich podmiotów gospodarczych chcących uczestniczyć w procedurach udzielania zamówień o wartości powyżej ok. 120 000 €, wymaga się jedynie wpisu na taka listę. Podmioty gospodarcze z innych Państw Członkowskich muszą dowiedzieć, że spełniają kryteria selekcji jakościowej w inny sposób oraz na podstawie wpisu do rejestru zawodowego lub handlowego w swoim kraju pochodzenia.

W Hiszpanii działa ponadto scentralizowany system zamówień na towary, których koszt wynosi poniżej 150 000 €. Jest on stosowany głównie w celu zamawiania urządzeń komputerowych i niektórych pojazdów.

#### **5.7.4 Procedury odwoławcze**

Podobnie jak w innych krajach, w których obowiązuje prawo kontynentalne, procedury odwoławcze w Hiszpanii mają charakter administracyjny. W prawie przewidziane są dwa następujące po sobie etapy rewizji: pierwszy to rewizja administracyjna przed organem administracji publicznej. Daje ona zamawiającemu możliwość skorygowania ewentualnego błędu w procedurze. Ta formalna rewizja administracyjna musi zostać zakończona przed rozpoczęciem etapu drugiego w sądzie administracyjnym rozpatrującym spór. Etap pierwszy jest dosyć formalny i obejmuje dwa rodzaje procedur odwoławczych. Oba one muszą zostać wszczęte w ciągu jednego miesiąca od podjęcia kwestionowanej decyzji administracyjnej. Pierwsze odwołanie wnosi się od decyzji, które nie są ostateczne i jest ono rozpatrywane przez organ administracyjny, który pod względem hierarchii jest nadrzędny wobec zamawiającego. Postanowienie powinno

zostać wydane w ciągu 3 miesięcy od złożenia wniosku. Etap drugi to odwołanie od postanowień ostatecznych, rozpatrywane przez zamawiającego, który podjął decyzję. Postanowienie powinno zostać wydane w ciągu 1 miesiąca od złożenia wniosku. Ten drugi rodzaj rewizji jest dobrowolny. Oferent może wszcząć postępowanie w stosunku do ostatecznej decyzji bezpośrednio przed sądem administracyjnym. Sąd taki zwykle wydaje postanowienie w ciągu 18 miesięcy.

Wniosek o rewizję nie ma automatycznego skutku zawieszającego, przy czym dotyczy to zarówno rewizji administracyjnej jak i sądowej. Niemniej jednak na etapie administracyjnym organ administracji publicznej może nakazać zawieszenie realizacji zakwestionowanej decyzji, czy to z własnej inicjatywy, czy też na żądanie skarżącego. Podobnie sąd może nakazać zawieszenie na wniosek skarżącego.