

KOMUNIKAT WYJAŚNIAJĄCY KOMISJI

dotyczący prawa wspólnotowego obowiązującego w dziedzinie udzielania zamówień, które nie są lub są jedynie częściowo objęte dyrektywami w sprawie zamówień publicznych

(2006/C 179/02)

WPROWADZENIE

Wspólnota Europejska przyjęła ostatnio nowe dyrektywy dotyczące udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi ⁽¹⁾. Ustanowiono w nich szczegółowe przepisy w sprawie procedur przetargowych opartych na zasadzie konkurencyjności na poziomie całej UE.

Jednakże dyrektywy w sprawie zamówień publicznych nie mają zastosowania do wszystkich zamówień publicznych. Wciąż istnieje wiele rodzajów zamówień, które nie są lub są jedynie częściowo objęte przepisami zawartymi w tych dyrektywach, np.:

- Zamówienia opiewające na kwoty nieprzekraczające wartości progowych, od których zastosowanie mają dyrektywy w sprawie zamówień publicznych ⁽²⁾;
- Zamówienia na usługi wskazane w załączniku II B do dyrektywy 2004/18/WE oraz w załączniku XVII B do dyrektywy 2004/17/WE, opiewające na kwoty przekraczające wartości progowe, od których zastosowanie mają wymienione dyrektywy.

Te zamówienia oferują znaczące możliwości dla przedsiębiorstw działających na rynku wewnętrznym, w szczególności dla MŚP i nowopowstałych firm. Jednocześnie otwarte i oparte na zasadzie konkurencyjności sposoby udzielania zamówień umożliwiają administracjom publicznym wzbudzanie większego zainteresowania wśród potencjalnych oferentów takimi zamówieniami i wybieranie bardziej wartościowych ofert. Zapewnienie najefektywniejszego wykorzystania pieniędzy publicznych jest szczególnie istotne ze względu na problemy budżetowe napotymane w wielu państwach członkowskich. Nie należy również zapominać, że przejrzyste procedury udzielania zamówień są najlepszym środkiem w walce z korupcją i protekcją.

Obecnie tego rodzaju zamówienia są często udzielane lokalnym oferentom bez dopuszczania jakiegokolwiek konkurencji. Europejski Trybunał Sprawiedliwości (ETS) potwierdził w swoim orzecznictwie, że postanowienia traktatu WE dotyczące rynku wewnętrznego mają również zastosowanie do zamówień nieobjętych zakresem dyrektyw w sprawie zamówień publicznych. Przy różnych okazjach państwa członkowskie i zainteresowane strony zwracały się do Komisji o wytyczne w sprawie stosowania podstawowych zasad wynikających z tego orzecznictwa.

Niniejszy komunikat wyjaśniający dotyczy dwóch wyżej wymienionych grup zamówień, które nie są lub są jedynie częściowo objęte dyrektywami w sprawie zamówień publicznych ⁽³⁾. Komisja przedstawia jedynie własne rozumienie orzecznictwa ETS i określa najlepsze praktyki wspierające państwa członkowskie w czerpaniu pełnych korzyści z rynku wewnętrznego. Niniejszy komunikat nie ustanawia żadnych nowych przepisów prawnych. Należy zauważyć, że w każdym przypadku ostateczna wykładnia prawa wspólnotowego leży w kompetencji ETS.

1. PODSTAWA PRAWNA**1.1. Przepisy i zasady określone w traktacie WE**

Podmioty zamawiające ⁽⁴⁾ pochodzące z państw członkowskich są zobowiązane do przestrzegania **postanowień i zasad zawartych w traktacie WE** w każdym przypadku gdy zawierają umowy w ramach zamówień publicznych objęte zakresem tego traktatu. Wymienione zasady obejmują **swobodny przepływ towarów** (art. 28 traktatu WE), **prawo przedsiębiorczości** (art. 43), **swobodę świadczenia usług** (art. 49), **niedyskryminację i równe traktowanie, przejrzystość, proporcjonalność i wzajemne uznawanie**.

⁽¹⁾ Dyrektywa 2004/18/WE, Dz.U. L 134 z 30.4.2004, str. 114 i dyrektywa 2004/17/WE, Dz.U. L 134 z 30.4.2004, str. 1 („dyrektywy w sprawie zamówień publicznych”).

⁽²⁾ Wartości progowe są ustalone w art. 7 dyrektywy 2004/18/WE i art. 16 dyrektywy 2004/17/WE.

⁽³⁾ Trzecią grupę zamówień, które nie są lub są jedynie częściowo objęte tymi dyrektywami, stanowią koncesje. Zob. art. 17 dyrektywy 2004/18/WE i art. 18 dyrektywy 2004/17/WE w odniesieniu do koncesji na usługi oraz art. 56 do 65 dyrektywy 2004/18/WE i art. 18 dyrektywy 2004/17/WE w odniesieniu do koncesji na roboty budowlane. Jednakże zamówienia te nie są omawiane w niniejszym komunikacie, ponieważ będą one objęte działaniami następczymi podjętymi w związku z Zieloną księgą nt. partnerstwa publiczno-prywatnego.

⁽⁴⁾ W niniejszym komunikacie termin „podmiot zamawiający” obejmuje instytucje zamawiające w rozumieniu art. 1 ust. 9 dyrektywy 2004/18/WE i podmioty zamawiające w rozumieniu art. 2 dyrektywy 2004/17/WE.

1.2. Podstawowe normy dotyczące udzielania zamówień

ETS opracował **zbiór podstawowych norm dotyczących udzielania zamówień**, które są **bezpośrednio zaczerpnięte z postanowień i zasad zawartych w traktacie WE**. Zasady równego traktowania i niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową pociągają za sobą **obowiązek przejrzystości**, który zgodnie z orzecznictwem ETS ⁽¹⁾ „polega na zagwarantowaniu wszystkim potencjalnym oferentom **odpowiedniego poziomu upublicznienia informacji umożliwiającego rynkowi usług otwarcie na konkurencję oraz kontrolę bezstronności procedur przetargowych**” ⁽²⁾.

Wymienione normy mają zastosowanie do udzielania koncesji na usługi, do zamówień opiewających na kwoty nieprzekraczające wartości progowych ⁽³⁾ i do zamówień na usługi wskazane w załączniku II B do dyrektywy 2004/18/WE i załączniku XVII B do dyrektywy 2004/17/WE w zakresie kwestii nieobjętych przez wskazane dyrektywy ⁽⁴⁾. ETS stwierdził wyraźnie, że „**choć niektóre zamówienia są wyłączone z zakresu dyrektyw wspólnotowych w sprawie zamówień publicznych, instytucje zamawiające, które zawierają takie umowy są niemniej jednak zobowiązane do przestrzegania podstawowych postanowień zawartych w traktacie WE**” ⁽⁵⁾.

1.3. Znaczenie dla rynku wewnętrznego

Normy zaczerpnięte z traktatu WE mają zastosowanie wyłącznie do zamówień, które są wystarczająco powiązane z funkcjonowaniem rynku wewnętrznego. W tym zakresie ETS potwierdził, że w konkretnych przypadkach „z powodu szczególnych okoliczności, na przykład **niewielkiego znaczenia gospodarczego**” **podmioty gospodarcze z siedzibą w innych państwach członkowskich nie byłyby zainteresowane** udzielaniem zamówieniem. W takich przypadkach „skutki dla swobód podstawowych należałoby uznać za zbyt nieokreślone i pośrednie”, by uzasadniały stosowanie norm zaczerpniętych z pierwotnego prawa wspólnotowego ⁽⁶⁾.

Poszczególne podmioty zamawiające są odpowiedzialne za wskazanie, czy zamówienie, które ma być udzielone, może budzić zainteresowanie podmiotów gospodarczych z innych państw członkowskich. Według Komisji, taka decyzja musi zostać oparta na **ocenie konkretnych okoliczności odnoszących się do danego przypadku**, takich jak przedmiot zamówienia, jego szacowana wartość, specyfika danego sektora (rozmiar i struktura rynku, praktyki handlowe, itd.) oraz geograficzna lokalizacja miejsca wykonania zamówienia.

Jeżeli podmiot zamawiający uzna, że dane zamówienie jest istotne dla rynku wewnętrznego, jego udzielenie musi być zgodne z podstawowymi normami zaczerpniętymi z prawa wspólnotowego.

W momencie, gdy Komisja zda sobie sprawę z potencjalnego naruszenia podstawowych norm dotyczących udzielania zamówień publicznych nieobjętych dyrektywami w sprawie zamówień publicznych, **dokona ona oceny znaczenia danego zamówienia dla rynku wewnętrznego w zależności od okoliczności każdego indywidualnego przypadku**. Postępowanie w sprawie naruszenia przepisów prawa na mocy art. 226 traktatu WE zostanie wszczęte wyłącznie w przypadkach, gdy uzna to za **stosowne ze względu na ciężar naruszenia i jego wpływ na rynek wewnętrzny**.

2. PODSTAWOWE NORMY DOTYCZĄCE UDZIELANIA ZAMÓWIEŃ MAJĄCYCH ZNACZENIE DLA RYNKU WEWNĘTRZNEGO

2.1. Upublicznieheadinnie informacji

2.1.1. Obowiązek zagwarantowania odpowiedniego upublicznienia informacji

Zgodnie z ETS ⁽⁷⁾, zasady równego traktowania i niedyskryminacji pociągają za sobą **obowiązek przejrzystości**, który polega na zagwarantowaniu wszystkim potencjalnym oferentom odpowiedniego **poziomu upublicznienia informacji umożliwiającego rynkowi otwarcie na konkurencję**.

Obowiązek przejrzystości oznacza, iż **przedsiębiorstwo z siedzibą w innym państwie członkowskim ma dostęp do odpowiednich informacji odnoszących się do zamówienia przed jego udzieleniem** i w konsekwencji **jest w stanie wyrazić swoje ewentualne zainteresowanie** otrzymaniem takiego zamówienia ⁽⁸⁾.

⁽¹⁾ Sprawy C-324/98 [2000] Zb. Orz. str. I-10745, pkt 62, C-231/03 *Coname*, wyrok z dnia 21.7.2005, pkt 16 do 19 i C-458/03 *Parking Brixen*, wyrok z dnia 13.10.2005, pkt 49.

⁽²⁾ Sprawa *Telaustria*, pkt 62 i sprawa *Parking Brixen*, pkt 49 (podkreślenia dodane).

⁽³⁾ Zob. sprawy C-59/00 *Bent Moustén Vestergaard* [2001] Zb. Orz. str. I-9505, pkt 20 i C-264/03 *Komisja przeciwko Francji*, wyrok z dnia 20.10.2005, pkt 32 i 33.

⁽⁴⁾ Sprawa C-234/03 *Contse*, wyrok z dnia 27.10.2005, pkt 47 do 49. Dyrektywy w sprawie zamówień publicznych zapewniają jedynie ograniczony zestaw przepisów w odniesieniu do tych zamówień. Zob. art. 21 dyrektywy 2004/18/WE i art. 32 dyrektywy 2004/17/WE.

⁽⁵⁾ Sprawa *Bent Moustén Vestergaard*, pkt 20 (podkreślenia dodane).

⁽⁶⁾ Sprawa *Coname*, pkt 20 (podkreślenia dodane).

⁽⁷⁾ Sprawa *Telaustria*, pkt 62 i sprawa *Parking Brixen*, pkt 49.

⁽⁸⁾ Sprawa *Coname*, pkt 21.

Według Komisji praktyka kontaktowania się z licznymi potencjalnymi oferentami nie jest wystarczająca w tym zakresie, nawet jeżeli podmiot zamawiający zwraca się do przedsiębiorstw z innych państw członkowskich lub próbuje nawiązać kontakt z wszystkimi potencjalnymi dostawcami. Stosując tego rodzaju selektywne podejście nie można wykluczyć dyskryminacji względem potencjalnych oferentów z innych państw członkowskich, w szczególności nowych uczestników rynku. To samo odnosi się do wszystkich form „biernej” publikacji, w przypadku której podmiot zamawiający nie upublicznia informacji w sposób aktywny, lecz udziela odpowiedzi na pytania wnioskodawców, którzy sami dowiedzieli się o planowanym udzieleniu zamówienia. Podobnie, zwykle odniesienie do pojawiających się w mediach doniesieniach, debat parlamentarnych lub politycznych lub wydarzeń takich jak kongresy jako źródła informacji nie stanowi odpowiedniego upublicznienia.

Dlatego też jedynym sposobem na spełnienie wymogów ustanowionych przez ETS jest **publikacja wystarczająco dostępnego ogłoszenia przed udzieleniem zamówienia**. Takie ogłoszenie powinno być **opublikowane przez podmiot zamawiający w celu otwarcia udzielania zamówień na konkurencję**.

2.1.2. Środki upubliczniania informacji

Decyzja o wyborze najwłaściwszych środków upubliczniania informacji o zamówieniach należy do podmiotów zamawiających. W trakcie dokonywania wyboru powinny one kierować się oceną **znaczenia zamówienia w kategoriach rynku wewnętrznego**, w szczególności w świetle jego przedmiotu, wartości i zwyczajowych praktyk przyjętych w danym sektorze.

Im większe jest znaczenie danego zamówienia dla potencjalnych oferentów z innych państw członkowskich, tym szerszy powinien być zakres upubliczniania. W szczególności w przypadku zamówień na usługi wskazane w załączniku II B do dyrektywy 2004/18/WE i załączniku XVII B dyrektywy 2004/17/WE opiewających na kwoty przekraczające wartości progowe, od których zastosowanie mają wymienione dyrektywy, zasada odpowiedniej przejrzystości nakłada zwykle wymóg publikacji w środkach przekazu o szerokim zasięgu.

Odpowiednie i powszechnie stosowane środki publikacji obejmują:

— Internet

Ogólna dostępność i łatwość wykorzystania Internetu sprawia, iż ogłoszenia o zamówieniach na stronach internetowych stają się o wiele bardziej dostępne, w szczególności dla przedsiębiorstw z innych państw członkowskich oraz MŚP poszukujących zamówień opiewających na niewielkie kwoty. Internet oferuje wiele możliwości w zakresie upubliczniania zamówień publicznych.

Ogłoszenia na **stronach internetowych podmiotu zamawiającego** są elastyczne i efektywne pod względem kosztów. Powinny one być przedstawione w sposób zwracający uwagę potencjalnych oferentów na daną informację. Podmioty zamawiające mogą również rozważyć publikację informacji na temat przyszłego udzielania zamówień nieobjętych dyrektywami w sprawie zamówień publicznych w ramach swojego **profilu nabywcy** dostępnego w Internecie ⁽¹⁾.

Portale internetowe stworzone specjalnie w celu zamieszczania ogłoszeń o zamówieniach charakteryzują się dużą widocznością i mogą oferować zaawansowane opcje wyszukiwania. W tym zakresie najlepszym rozwiązaniem jest utworzenie specjalnej platformy dla zamówień o niskiej wartości z katalogiem obejmującym ogłoszenia o zamówieniach i możliwością otrzymywania powiadomień pocztą elektroniczną. Taka praktyka najlepiej wykorzystuje internetowe możliwości w celu zwiększenia przejrzystości i efektywności ⁽²⁾.

— Krajowe dzienniki urzędowe, krajowe dzienniki specjalizujące się w ogłoszeniach o zamówieniach publicznych, gazety o zasięgu krajowym lub regionalnym lub publikacje specjalistyczne.

— Lokalne środki publikacji

Podmioty zamawiające mogą wykorzystać lokalne środki publikacji takie jak lokalne gazety, biuletyny informacji miejskiej lub nawet tablice ogłoszeń. Jednakże takie środki gwarantują wyłącznie lokalną publikację, która może być odpowiednia w szczególnych przypadkach, takich jak zamówienia opiewające na niewielkie kwoty skierowane wyłącznie na rynek lokalny.

— Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej/TED (Tenders Electronic Daily)

Publikacja w Dzienniku Urzędowym nie jest obowiązkowa, może jednak stanowić interesującą opcję, w szczególności w odniesieniu do zamówień opiewających na wysokie kwoty.

⁽¹⁾ Zob. załącznik VIII do dyrektywy 2004/18/WE i załącznik XX do dyrektywy 2004/17/WE.

⁽²⁾ Zob. na przykład nowopowstały w Zjednoczonym Królestwie portal dla zamówień o niskiej wartości, www.supply2.gov.uk

2.1.3. Treść ogłoszenia

ETS wyraźnie stwierdził, że wymóg przejrzystości nie nakłada konieczności obowiązku opublikowania oficjalnego zaproszenia do składania ofert ⁽¹⁾. Ogłoszenie może zatem być ograniczone do krótkiego opisu **podstawowych informacji dotyczących zamówienia, które ma być udzielone oraz sposobów jego udzielenia** wraz z zaproszeniem do skontaktowania się z podmiotem zamawiającym. Jeżeli jest to konieczne, może ono być uzupełnione dodatkowymi informacjami udostępnianymi w Internecie lub też na wniosek złożony u podmiotu zamawiającego.

Ogłoszenie i dodatkowa dokumentacja powinna zawierać tyle informacji, ile **racjonalnie potrzeba przedsiębiorstwu z innego państwa członkowskiego do podjęcia decyzji** o wyrażeniu zainteresowania otrzymaniem zamówienia.

Jak wskazano poniżej, w pkt 2.2.2, podmiot zamawiający może podjąć środki zmierzające ku ograniczeniu liczby wnioskodawców zaproszonych do złożenia oferty. W takim przypadku, podmiot zamawiający powinien dostarczyć odpowiednie informacje dotyczące mechanizmów stosowanych podczas wyboru wnioskodawców, którzy zostali dopuszczeni do ostatniego etapu selekcji.

2.1.4. Procedury bez uprzedniej publikacji ogłoszenia

Dyrektywy w sprawie zamówień publicznych zawierają konkretne odstępstwa umożliwiające, pod pewnymi warunkami, zastosowanie procedur bez uprzedniej publikacji ogłoszenia ⁽²⁾. Najważniejsze przypadki dotyczą wystąpienia **pilnej konieczności** spowodowanej nieprzewidywalnymi wydarzeniami oraz zamówień, które z przyczyn technicznych bądź artystycznych lub związanych z ochroną praw wyłącznych mogą zostać **wykonane jedynie przez określony podmiot gospodarczy**.

Według Komisji odpowiednie odstępstwa mogą mieć zastosowanie do udzielania zamówień nieobjętych tymi dyrektywami. Dlatego też podmioty zamawiające mogą udzielać takich zamówień bez uprzedniej publikacji ogłoszenia, pod warunkiem, że spełniają one warunki ustanowione we wskazanych dyrektywach w odniesieniu do jednego z odstępstw ⁽³⁾.

2.2. Udzielenie zamówienia

2.2.1. Zasady

ETS stwierdził w wyroku w sprawie *Telaustria*, że obowiązek przejrzystości polega na zagwarantowaniu wszystkim potencjalnym oferentom odpowiedniego poziomu upublicznienia informacji umożliwiającego rynkowi otwarcie na konkurencję oraz kontrolę **bezstronności procedur przetargowych**. Zagwarantowanie uczciwych i bezstronnych procedur jest koniecznym następstwem obowiązku zapewnienia przejrzystości upublicznienia informacji.

Wynika z tego, że zamówienie musi być udzielone zgodnie z **postanowieniami i zasadami zawartymi w traktacie WE** tak, aby zapewnić uczciwe warunki konkurencji wszystkim podmiotom gospodarczym, wyrażającym zainteresowanie zamówieniem ⁽⁴⁾. W praktyce, najpełniejsze osiągnięcie takich rezultatów zapewniają:

— Niedyskryminacyjny opis przedmiotu zamówienia

Opis cech charakterystycznych produktu lub usługi nie powinien odnosić się do określonego wyrobu lub źródła, szczególnych sposobów postępowania lub znaków towarowych, patentów, rodzajów lub specyficznego pochodzenia, chyba że takie odniesienie jest uzasadnione przedmiotem zamówienia i towarzyszą mu słowa „lub równoważne” ⁽⁵⁾. W każdym przypadku zaleca się wykorzystanie ogólnego opisu dotyczącego wykonania lub zastosowania.

⁽¹⁾ Sprawa *Coname*, pkt 21.

⁽²⁾ Artykuł 31 dyrektywy 2004/18/WE i art. 40 ust. 3 dyrektywy 2004/17/WE.

⁽³⁾ Zob. Opinia rzecznika generalnego Jacobsa w sprawie C-525/03 *Komisja przeciwko Włochom*, pkt 46 do 48.

⁽⁴⁾ Zob. sprawa C-470/99 *Universale-Bau AG* [2002] Zb. Orz. str. I-11617, pkt 93.

⁽⁵⁾ Zob. sprawa *Bent Mousten Vestergaard*, pkt 21 do 24 i komunikat wyjaśniający Komisji w sprawie ułatwiania dostępu produktom do rynków innych państw członkowskich, Dz.U. C 265 z 4.11.2003, str. 2. Zamówienia na usługi wskazane w załączniku II B do dyrektywy 2004/18/WE i w załączniku XVII B do dyrektywy 2004/17/WE muszą być zgodne z przepisami w sprawie specyfikacji technicznych określonymi w art. 23 dyrektywy 2004/18/WE i w art. 34 dyrektywy 2004/17/WE jeżeli opiewają na kwoty przekraczające wartości progowe, od których zastosowanie mają wymienione dyrektywy. Specyfikacje techniczne dotyczące takich zamówień muszą być określone przed wyborem wykonawcy i muszą zostać przekazane lub udostępnione potencjalnym oferentom za pomocą środków, które zapewniają przejrzystość i równe traktowanie wszystkich potencjalnych oferentów, zob. Opinia rzecznika generalnego Jacobsa w sprawie C-174/03 *Impresa Portuale di Cagliari*, pkt 76 do 78.

— Równy dostęp dla podmiotów gospodarczych ze wszystkich państw członkowskich

Podmioty zamawiające nie powinny nakładać **wymogów powodujących bezpośrednią lub pośrednią dyskryminacją** względem potencjalnych oferentów w innych państwach członkowskich, takich jak wymóg aby przedsiębiorstwa zainteresowane zamówieniem musiały posiadać siedzibę w tym samym państwie członkowskim lub regionie co podmiot zamawiający ⁽¹⁾.

— Wzajemne uznawanie dyplomów, świadectw i innych dokumentów potwierdzających posiadanie kwalifikacji

Jeżeli wymaga się od wnioskodawców lub oferentów przedłożenia świadectw, dyplomów lub innych form pisemnych dowodów, dokumenty z innych państw członkowskich dające równoważną gwarancję muszą być akceptowane zgodnie z zasadą wzajemnego uznawania dyplomów, świadectw i innych dokumentów potwierdzających posiadanie kwalifikacji.

— Odpowiednie terminy

Terminy dotyczące wyrażenia zainteresowania i złożenia ofert powinny umożliwić przedsiębiorstwom z innych państw członkowskich dokonanie wnikliwej oceny oraz przygotowanie oferty.

— Przejrzyste i obiektywne podejście

Wszyscy uczestnicy muszą być w stanie zapoznać się z obowiązującym przepisami z wyprzedzeniem oraz muszą być pewni, że przepisy te stosują się w ten sam sposób do wszystkich.

2.2.2. Ograniczenie liczby wnioskodawców zaproszonych do składania ofert

Podmioty zamawiające mogą podjąć środki w celu ograniczenia liczby wnioskodawców do właściwego poziomu, pod warunkiem, że dokonują tego w **sposób przejrzysty i niedyskryminacyjny**. Przykładowo mogą wykorzystać **obiektywne czynniki**, takie jak doświadczenie wnioskodawców w danym sektorze, rozmiar i infrastruktura przedsiębiorstwa, techniczne i zawodowe zdolności lub inne czynniki. Mogą nawet odwołać się do **losowania** jako jedynego mechanizmu selekcji lub w połączeniu z innymi kryteriami. W każdym przypadku **liczba wnioskodawców, którzy zostali dopuszczeni do ostatniego etapu selekcji** powinna uwzględniać potrzebę zapewnienia odpowiedniego poziomu konkurencji.

Podmioty zamawiające mogą również rozważyć zastosowanie **systemów kwalifikacyjnych**, w przypadku których **wykaz zakwalifikowanych podmiotów gospodarczych** jest sporządzany w drodze wystarczająco upublicznionej, przejrzystej i otwartej procedury. Na późniejszym etapie, w celu udzielenia konkretnych zamówień objętych zakresem tego systemu, podmiot zamawiający może w sposób niedyskryminujący wybrać podmioty gospodarcze, które zostaną zaproszone do złożenia oferty, z wykazu zakwalifikowanych podmiotów gospodarczych (np: poprzez wybór w kolejności z listy).

2.2.3. Decyzja o udzieleniu zamówienia

Ważnym jest aby ostateczna decyzja o udzieleniu zamówienia była zgodna z zasadami proceduralnymi ustanowionymi na samym początku oraz aby **w pełni przestrzegano zasad niedyskryminacji i równego traktowania**. Ma to szczególne znaczenie w przypadku procedur, w których przewidziano negocjacje z oferentami dopuszczonymi do ostatniego etapu selekcji. Wymienione negocjacje powinny być zorganizowane w sposób dający wszystkim oferentom dostęp do tych samych informacji i wykluczający nieuzasadnione uprzywilejowanie konkretnego oferenta.

2.3. Ochrona sądowa

2.3.1. Zasady

W wyroku w sprawie *Teleaustria* ETS podkreślił znaczenie możliwości **dokonania kontroli bezstronności procedur przetargowych**. Brak odpowiedniego mechanizmu kontroli uniemożliwia skuteczne zagwarantowanie zgodności z podstawowymi normami sprawiedliwości i przejrzystości.

⁽¹⁾ Jednakże na oferenta, którego ofertę wybrano, może zostać nałożony wymóg stworzenia określonej infrastruktury handlowej w miejscu wykonania, jeżeli jest to uzasadnione szczególnymi okolicznościami zamówienia.

2.3.2. Dyrektywy w sprawie procedur odwoławczych

Dyrektywy w sprawie procedur odwoławczych ⁽¹⁾ obejmują jedynie zamówienia, które wchodzą w zakres dyrektyw w sprawie zamówień publicznych ⁽²⁾. Oznacza to, że w obecnym kontekście mają one zastosowanie wyłącznie do zamówień na usługi wskazanych w załączniku II B dyrektywy 2004/18/WE oraz w załączniku XVII B dyrektywy 2004/17/WE opiewających na kwoty przekraczające wartości progowe, od których zastosowanie mają wymienione dyrektywy. Procedury odwoławcze dotyczące takich zamówień muszą być zgodne z dyrektywami w sprawie procedur odwoławczych i odpowiednim orzecznictwem. Wymienione zasady pozostają niezmienione w ostatnio przyjętym wniosku dotyczącym dyrektywy w sprawie procedur odwoławczych ⁽³⁾.

2.3.3. Normy podstawowe zaczerpnięte z pierwotnego prawa wspólnotowego

W odniesieniu do zamówień opiewających na kwoty nieprzekraczające wartości progowych, od których zastosowanie mają dyrektywy w sprawie zamówień publicznych, należy zaznaczyć, że zgodnie z orzecznictwem ETS ⁽⁴⁾ osoby fizyczne mają prawo do **skutecznej ochrony sądowej praw, które są zagwarantowane we wspólnotowym porządku prawnym**. Prawo do takiej ochrony stanowi jedną z ogólnych zasad prawnych wypływających z tradycji konstytucyjnych wspólnych dla państw członkowskich. W przypadku braku właściwych przepisów prawa wspólnotowego, państwa członkowskie odpowiadają za ustanowienie niezbędnych zasad i procedur gwarantujących skuteczną ochronę sądową.

Aby spełnić wymóg skutecznej ochrony sądowej, należy przynajmniej w odniesieniu do **decyzji wywierających niekorzystne skutki dla kandydata, który jest lub byłby zainteresowany otrzymaniem zamówienia**, takich jak decyzje o wykluczeniu wnioskodawcy lub oferenta, dokonać kontroli mającej na celu ustalenie ewentualnych naruszeń podstawowych norm zaczerpniętych z pierwotnego prawa wspólnotowego. W celu umożliwienia skutecznego wykonania prawa do takiej kontroli, podmioty zamawiające powinny określić motywy decyzji, która może stać się przedmiotem odwołania, w danej decyzji lub, na wniosek, w późniejszej komunikacie ⁽⁵⁾.

Zgodnie z orzecznictwem dotyczącym ochrony sądowej, dostępne **środki odwoławcze** nie mogą być mniej skuteczne niż te, które mają zastosowanie do podobnych działań opartych na prawie krajowym (zasada równoważności) i nie mogą uniemożliwiać w praktyce lub nadmiernie utrudniać otrzymania ochrony sądowej (zasada skuteczności) ⁽⁶⁾.

⁽¹⁾ Dyrektywa 89/665/EWG, Dz.U. L 395 z 30.12.1989, str. 33 i dyrektywa 92/13/EWG, Dz.U. L 76 z 23.3.1992, str. 14.

⁽²⁾ Zob. art. 72 dyrektywy 2004/17 i art. 81 ust. 3 dyrektywy 2004/18.

⁽³⁾ Wniosek Komisji dotyczący dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady zmieniającej dyrektywę Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych dotyczących udzielania zamówień publicznych, COM(2006) 195 wersja ostateczna.

⁽⁴⁾ Zob. sprawa C-50/00 *Unión de Pequeños Agricultores* [2002] Zb. Orz. str. I-6677, pkt 39 i sprawa 222/86 *Heylens* [1987] Zb. Orz. str. 4097, pkt 14.

⁽⁵⁾ Zob. sprawa *Heylens*, pkt 15.

⁽⁶⁾ Zob. w odniesieniu do tej zasady, sprawy C-46/93 i C-48/93 *Brasserie du Pêcheur* [1996] Zb. Orz. str. I-1029, pkt 83 i sprawa C-327/00 *Santex* [2003] Zb. Orz. str. I-1877, pkt 55.