

Sprawa C-274/21**Streszczenie wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym na podstawie art. 98 § 1 regulaminu Trybunału Sprawiedliwości****Data wpływu:**

28 kwietnia 2021 r.

Oznaczenie sądu odsyłającego:

Bundesverwaltungsgericht (Austria)

Data wydania postanowienia o wystąpieniu z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym:

22 kwietnia 2021 r.

Skarżący:

EPIC Financial Consulting Ges.m.b.H.

Druga strona postępowania:

Republika Austrii

Bundesbeschaffung GmbH

Przedmiot postępowania głównego

Postępowanie w przedmiocie wydania zarządzenia tymczasowego w ramach odwołania od jednej lub więcej decyzji w postępowaniu o udzielenie zamówienia

Przedmiot i podstawa prawna odesłania prejudycjalnego

Wykładnia dyrektywy 89/665/EWG i rozporządzenia (UE) nr 1215/2012; zgodność z prawem Unii przepisów krajowych dotyczących opłat sądowych w postępowaniu przed Bundesverwaltungsgericht (federalnym sądem administracyjnym, zwanym dalej także „BVwG”) w przedmiocie wydawania zarządzeń tymczasowych oraz skutków nieuiszczenia tych opłat; art. 267 TFUE

Pytania prejudycjalne

1. Czy przewidziane w art. 2 ust. 1 lit. a) dyrektywy 89/665/EWG w brzmieniu nadanym dyrektywą 2014/23/UE postępowanie w przedmiocie wydania zarządzenia tymczasowego, które w Austrii jest przewidziane również przed Bundesverwaltungsgericht (federalnym sądem administracyjnym) i w którym to postępowaniu możliwe jest również np. uzyskanie tymczasowego zakazu zawierania umów ramowych lub zawierania umów dostawy, stanowi spór dotyczący sprawy cywilnej i handlowej w rozumieniu art. 1 ust. 1 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1215/2012 z dnia 12 grudnia 2012 r. w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wykonywania w sprawach cywilnych i handlowych (zwanego dalej „rozporządzeniem w sprawie jurysdykcji”)? Czy takie postępowanie w przedmiocie wydania zarządzenia tymczasowego, o którym mowa w poprzednim pytaniu, stanowi przynajmniej sprawę cywilną w rozumieniu art. 81 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE)? Czy postępowanie w przedmiocie wydania zarządzenia tymczasowego na podstawie art. 2 ust. 1 lit. a) dyrektywy 89/665/EWG w brzmieniu nadanym dyrektywą 2014/23/UE jest postępowaniem o zastosowanie środków tymczasowych na podstawie art. 35 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1215/2012 z dnia 12 grudnia 2012 r. w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wykonywania w sprawach cywilnych i handlowych („rozporządzenia w sprawie jurysdykcji”)?

2. Czy zasadę równoważności, przy uwzględnieniu pozostałych przepisów prawa Unii, należy interpretować w ten sposób, że przyznaje ona jednostkom prawa podmiotowe wobec państwa członkowskiego i stoi na przeszkodzie stosowaniu austriackich przepisów krajowych, zgodnie z którymi sąd – przed rozstrzygnięciem wniosku o wydanie zarządzenia tymczasowego przewidzianego w art. 2 ust. 1 lit. a) dyrektywy 89/665/EWG w brzmieniu nadanym dyrektywą 2014/23/UE – musi ustalić rodzaj postępowania o udzielenie zamówienia i (szacunkową) wartość zamówienia oraz sumę podlegających odrębnemu zaskarżeniu decyzji, które zaskarżono w ramach określonych postępowań, względnie ewentualnie również etap danego postępowania o udzielenie zamówienia, aby następnie wydać ewentualnie za pośrednictwem przewodniczącego właściwej izby orzekającej sądu zarządzenie w sprawie uzupełnienia braków poprzez dopłatę do wniesionej opłaty, a w przypadku nieuiszczenia opłaty nałożyć te opłaty procesowe przez izbę orzekającą sądu właściwą w sprawie wniosku o wszczęcie postępowania odwoławczego – przed lub najpóźniej w tym samym momencie, kiedy nastąpiło odrzucenie wniosku o wydanie zarządzenia tymczasowego z powodu nieuiszczenia dodatkowej opłaty, gdyż w przeciwnym wypadku roszczenie o opłaty wygaśnie, gdy w (pozostałych) sprawach cywilnych w Austrii jest inaczej, jak np. w przypadku powództw o odszkodowanie lub zaniechanie z tytułu naruszenia konkurencji, gdzie nieuiszczenie opłat nie stanowi przeszkody dla rozstrzygnięcia powiązanego wniosku o wydanie zarządzenia tymczasowego, niezależnie od kwestii należnych w jakimkolwiek zakresie opłat sądowych, nieuiszczenie opłat ryczałtowych nie stanowi także zasadniczo przeszkody dla rozstrzygnięcia wniosku o wydanie

zarządzenia tymczasowego złożonego w sprawie cywilnej oddzielnie od pozwu; a także dla porównania nieuiszczenie w Austrii opłat od odwołania od decyzji administracyjnych czy też opłat od skargi lub rewizji do trybunału konstytucyjnego lub trybunału administracyjnego, stanowiących środki odwoławcze przeciwko orzeczeniom sądów administracyjnych, nie prowadzi do odrzucenia danego środka odwoławczego z powodu nieuiszczenia opłat i przykładowo nie prowadzi też do tego, że wnioski o zawieszenie w tych postępowaniach ze skargi czy rewizji podlegają koniecznie odrzuceniu?

2.1. Czy zasadę równoważności, przy uwzględnieniu pozostałych przepisów prawa Unii, należy interpretować w ten sposób, że stoi ona na przeszkodzie stosowaniu austriackich przepisów krajowych, zgodnie z którymi przed rozstrzygnięciem wniosku w sprawie wydania zarządzenia tymczasowego, tak jak w przypadku przewidzianym w art. 2 ust. 1 lit. a) dyrektywy 89/665/EWG w brzmieniu nadanym dyrektywą 2014/23/UE, przewodniczący izby orzekającej jako jedyny sędzia wydaje zarządzenie w sprawie uzupełnienia opłat z powodu nieuiszczenia wystarczającej kwoty opłaty ryczałtowej i ten sędzia musi odrzucić wniosek o wydanie zarządzenia tymczasowego z powodu braku uiszczenia opłaty, gdy w przypadku powództw cywilnych w Austrii, w razie wniosku o wydanie zarządzenia tymczasowego składanego razem z pozwem nie są zgodnie z Gerichtsgebührengesetz (ustawą o kosztach sądowych) należne żadne dodatkowe ryczałtowe opłaty sądowe oprócz opłaty od pozwu w pierwszej instancji i również w przypadku wniosków o zawieszenie wykonania decyzji, które zostały złożone łącznie z odwołaniem od decyzji do sądu administracyjnego lub łącznie z rewizją od decyzji do trybunału administracyjnego, względnie ze skargą na decyzję do trybunału konstytucyjnego i które funkcjonalnie mają taki sam lub podobny cel w zakresie ochrony prawnej, jak wniosek o wydanie zarządzenia tymczasowego, nie są należne żadne odrębne opłaty za te akcesoryjne wnioski o zawieszenie wykonania?

3. Czy wymóg zawarty w art. 2 ust. 1 lit. a) dyrektywy Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (Dz.U. L 395 z dnia 30.12.1989, s. 33), w brzmieniu nadanym dyrektywą 2014/24/UE,

przedsięwzięcia, w możliwie najkrótszym terminie, w drodze postanowienia, środków tymczasowych w celu naprawy domniemanego naruszenia lub zapobieżenia dalszym szkodom wobec podmiotów, których to dotyczy,

należy, przy uwzględnieniu pozostałych przepisów prawa Unii, interpretować w ten sposób, że ten wymóg niezwłoczności przyznaje prawo podmiotowe do niezwłocznego rozstrzygnięcia wniosku o wydanie zarządzenia tymczasowego i stoi on na przeszkodzie stosowaniu austriackich przepisów krajowych, zgodnie z którymi, sąd nawet w przypadku nietransparentnych postępowań o udzielenie zamówień publicznych, w każdym przypadku przed rozstrzygnięciem wniosku

o wydanie zarządzenia tymczasowego, mającym na celu uniemożliwienie dalszych zamówień publicznych przez instytucję zamawiającą musi ustalić, nawet przy braku znaczenia dla rozstrzygnięcia, rodzaj postępowania o udzielenie zamówienia i (szacunkową) wartość zamówienia oraz sumę podlegających odrębnemu zaskarżeniu decyzji, które zaskarżono lub które mogą zostać zaskarżone w ramach określonych postępowań, względnie ewentualnie również etap danego postępowania o udzielenie zamówienia, aby następnie, ewentualnie wydać za pośrednictwem przewodniczącego właściwej izby orzekającej sądu zarządzenie w sprawie uzupełnienia braków poprzez dopłatę do wniesionej opłaty, a w przypadku nieuiszczenia opłaty nałożyć na skarżącego opłaty procesowe przez izbę orzekającą sądu właściwą w sprawie rozstrzygnięcia wniosku o wszczęcie postępowania odwoławczego – przed lub najpóźniej w tym samym momencie, kiedy nastąpiło odrzucenie wniosku o wydanie zarządzenia tymczasowego z powodu nieuiszczenia dodatkowej opłaty – gdyż w przeciwnym wypadku roszczenie o opłaty wobec skarżącego wygaśnie?

4. Czy prawo do rzetelnego procesu przed sądem zgodnie z art. 47 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej [(2012/C 326/02)DE 26.10.2012 Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej C 326/391], przy uwzględnieniu pozostałych przepisów prawa Unii, należy interpretować w ten sposób, że przyznaje ono jednostkom prawa podmiotowe i stoi na przeszkodzie stosowaniu austriackich przepisów krajowych, zgodnie z którymi sąd musi, nawet przy braku znaczenia dla rozstrzygnięcia i nawet w przypadku nietransparentnych postępowań o udzielenie zamówień publicznych przed rozstrzygnięciem wniosku w sprawie wydania zarządzenia tymczasowego, mającym na celu uniemożliwienie dalszych zamówień publicznych przez instytucję zamawiającą ustalić rodzaj postępowania o udzielenie zamówienia i (szacunkową) wartość zamówienia oraz sumę podlegających odrębnemu zaskarżeniu decyzji, które zaskarżono w ramach określonych postępowań, względnie ewentualnie również etap danego postępowania o udzielenie zamówienia, aby następnie, ewentualnie wydać za pośrednictwem przewodniczącego właściwej izby orzekającej sądu zarządzenie w sprawie uzupełnienia braków poprzez dopłatę do wniesionej opłaty, a w przypadku nieuiszczenia opłaty nałożyć na skarżącego opłaty procesowe przez izbę orzekającą sądu właściwą w sprawie rozstrzygnięcia wniosku o wszczęcie postępowania odwoławczego – przed lub najpóźniej w tym samym momencie, kiedy nastąpiło odrzucenie wniosku o wydanie zarządzenia tymczasowego z powodu nieuiszczenia dodatkowej opłaty – gdyż w przeciwnym wypadku roszczenie o opłaty wygaśnie?

5. Czy zasadę równoważności, przy uwzględnieniu pozostałych przepisów prawa Unii, należy interpretować w ten sposób, że przyznaje ona jednostkom prawa podmiotowe w stosunku do państwa członkowskiego i stoi na przeszkodzie stosowaniu austriackich przepisów krajowych, zgodnie z którymi w przypadku nieuiszczenia ryczałtowych opłat za wniosek o wydanie zarządzenia tymczasowego w rozumieniu dyrektywy 89/665/EWG w obowiązującym brzmieniu (jedyne) izba orzekająca sądu administracyjnego jako organ właściwy do rozstrzygnięcia może nałożyć opłaty ryczałtowe (z konsekwentnie

wynikającym z tego ograniczeniem ochrony prawnej dla strony zobowiązanej do uiszczenia opłat), jeżeli w przypadku opłaty od pozwu, opłaty od wniosku o wydanie zarządzenia tymczasowego i opłaty od środka odwoławczego w postępowaniu przed sądem cywilnym są one, w razie braku uiszczenia, nakładane decyzją zgodnie z Gerichtliches Einbringungsgesetz (ustawą o wnoszeniu opłat sądowych), a opłaty od przewidzianych w prawie administracyjnym środków odwoławczych w postaci skargi do sądu administracyjnego lub do trybunału konstytucyjnego, względnie w postaci rewizji do trybunału administracyjnego, w przypadku nieuiszczenia tych opłat, są co do zasady nakładane w drodze decyzji organu właściwego w sprawach opłat, od której (to znaczy od decyzji o nałożeniu opłat) zawsze można wnieść środek odwoławczy do sądu administracyjnego, a następnie od niego rewizję do trybunału administracyjnego lub skargę do trybunału konstytucyjnego?

6. Czy art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665/EWG w brzmieniu nadanym dyrektywą 2014/23/UE w świetle innych przepisów prawa Unii należy interpretować w ten sposób, że zawarcie umowy ramowej z jednym wykonawcą zgodnie z art. 33 ust. 3 dyrektywy 2014/24/UE stanowi zawarcie umowy zgodnie z art. 2a ust. 2 dyrektywy 89/665/EWG w brzmieniu nadanym dyrektywą 2014/23/UE?

6.1. Czy sformułowanie zawarte w art. 33 ust. 3 dyrektywy 2014/24/UE: „zamówienia oparte na takiej umowie [ramowej]” należy interpretować w ten sposób, że zamówienie oparte na umowie ramowej występuje wówczas, gdy instytucja zamawiająca udziela pojedynczego zamówienia z wyraźnym odniesieniem do zawartej umowy ramowej? Czy też cytowany fragment „zamówienia oparte na takiej umowie [ramowej]” należy interpretować w ten sposób, że nie chodzi już o zamówienie oparte na pierwotnie zawartej umowie ramowej, jeżeli ogólna liczba zamówień umowy ramowej w rozumieniu wyroku Trybunału w sprawie C-216/17, pkt 64, została już wyczerpana?

7. Czy prawo do rzetelnego procesu przed sądem zgodnie z art. 47 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej [(2012/C 326/02)DE 26.10.2012 Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej C 326/391], przy uwzględnieniu pozostałych przepisów prawa Unii, należy interpretować w ten sposób, że stoi ono na przeszkodzie stosowaniu przepisu, zgodnie z którym instytucja zamawiająca wskazana w sporze dotyczącym zamówień publicznych powinna w postępowaniu o wydanie zarządzenia tymczasowego udzielić wszystkich wymaganych informacji i przedstawić wszystkie wymagane dokumenty – w każdym razie z możliwością wydania w przeciwnym wypadku na jej niekorzyść zaocznego orzeczenia – jeżeli członkowie jej organów lub pracownicy tej instytucji zamawiającej, którzy są zobowiązani do udzielenia tych informacji w imieniu instytucji zamawiającej, są w ten sposób niekiedy narażeni na ryzyko, że będą musieli ewentualnie nawet sami ponieść przez to odpowiedzialność karną na skutek udzielenia informacji lub przedstawienia dokumentów?

8. Czy wymóg zawarty w art. 1 ust. 1 dyrektywy Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych

i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (Dz. Urz. UE L 395 z dnia 30.12.1989, s. 33), w brzmieniu nadanym dyrektywą 2014/24/UE, by

procedury odwoławcze w zakresie udzielania zamówień publicznych były przeprowadzane możliwie skutecznie,

zważywszy dodatkowo na prawo do skutecznego środka prawnego, o którym mowa w art. 47 karty, przy uwzględnieniu pozostałych przepisów prawa Unii, należy interpretować w ten sposób, że przepisy te przyznają prawa podmiotowe i stoją na przeszkodzie stosowaniu przepisów krajowych, zgodnie z którymi na poszukującym ochrony prawnej skarżącym ubiegającym się o wydanie zarządzenia tymczasowego spoczywa obowiązek wskazania we wniosku o wydanie zarządzenia tymczasowego konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia i konkretnej decyzji instytucji zamawiającej, nawet jeśli skarżący ten w przypadku postępowania o udzielenie zamówienia bez uprzedniej publikacji nie będzie co do zasady wiedział, ile nietransparentnych postępowań o udzielenie zamówień przeprowadziła instytucja zamawiająca i ile decyzji o udzieleniu zamówienia zostało już wydanych w ramach nietransparentnych postępowań o udzielenie zamówień?

9. Czy wymóg rzetelnego procesu przed sądem, o którym mowa w art. 47 karty, przy uwzględnieniu pozostałych przepisów prawa Unii, należy interpretować w ten sposób, że przepis ten przyznaje prawa podmiotowe i stoi na przeszkodzie stosowaniu przepisów krajowych, zgodnie z którymi na poszukującym ochrony prawnej skarżącym spoczywa obowiązek wskazania we wniosku o wydanie zarządzenia tymczasowego konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia i konkretnej oddzielnie zaskarżalnej, a także zaskarżonej decyzji instytucji zamawiającej, nawet jeśli skarżący ten w przypadku nietransparentnego dla niego postępowania o udzielenie zamówienia bez uprzedniej publikacji nie może co do zasady wiedzieć, ile nietransparentnych postępowań o udzielenie zamówień przeprowadziła instytucja zamawiająca i ile decyzji o udzieleniu zamówienia zostało już wydanych w ramach nietransparentnych postępowań o udzielenie zamówień?

10. Czy wymóg rzetelnego procesu przed sądem, o którym mowa w art. 47 karty, przy uwzględnieniu innych przepisów prawa Unii, należy interpretować w ten sposób, że przepis ten przyznaje prawa podmiotowe i stoi na przeszkodzie stosowaniu przepisów krajowych, zgodnie z którymi na poszukującym ochrony prawnej skarżącym ubiegającym się o wydanie zarządzenia tymczasowego spoczywa obowiązek uiszczenia ryczałtowych opłat w wysokości, której nie może on wcześniej przewidzieć, ponieważ skarżący ten w przypadku nietransparentnego dla niego postępowania o udzielenie zamówienia bez uprzedniej publikacji nie może co do zasady wiedzieć, czy instytucja zamawiająca przeprowadziła, a jeśli tak, to ewentualnie ile nietransparentnych postępowań o udzielenie zamówień, o jakiej szacunkowej wartości zamówienia, a także nie

będzie co do zasady wiedział, ile odrębnie zaskarżalnych decyzji o udzieleniu zamówienia zostało już wydanych w ramach nietransparentnych postępowań o udzielenie zamówień?

Powołane przepisy wspólnotowe

Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE), w szczególności art. 81 ust. 1

Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1215/2012 z dnia 12 grudnia 2012 r. w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wykonywania w sprawach cywilnych i handlowych („rozporządzenie w sprawie jurysdykcji”), w szczególności art. 1 ust. 1, art. 35

Dyrektywa 89/665/EWG, w brzmieniu nadanym dyrektywą 2014/23/UE, w szczególności art. 1 ust. 1, art. 2 ust. 1 lit. a) i art. 2a ust. 2

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE, w szczególności art. 33 ust. 3

Karta praw podstawowych Unii Europejskiej, w szczególności art. 47

Powołane przepisy krajowe

BundesvergabeGesetz 2018 (federalna ustawa o zamówieniach publicznych z 2018 r.), BGBl I 2018/65 (zwana dalej „BVergG”), w szczególności § 2, § 31, §46, § 142 i nast., § 334, § 336, § 340 i nast., § 344, § 350, § 353, § 354, § 356, § 382.

Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz (ustawa o postępowaniu administracyjnym, zwana dalej „AVG”), w szczególności § 49 i § 51

BVwG-Pauschalgebührenverordnung Vergabe 2018 – rozporządzenie wykonawcze o opłatach ryczałtowych do federalnej ustawy o zamówieniach publicznych z 2018 r. – BVwG-PauschGebV Vergabe 2018, BGBl II 2018/212 (zwane dalej „rozporządzeniem o opłatach ryczałtowych”).

Powołane przepisy BVergG i rozporządzenia o opłatach ryczałtowych można podsumować w następujący sposób:

– wnioski o wszczęcie postępowania odwoławczego przed udzieleniem zamówienia, za pomocą których można stwierdzić nieważność, czyli w rozumieniu dyrektywy 89/665/EWG w obowiązującym brzmieniu uchylić, odrębnie zaskarżalne decyzje instytucji zamawiającej, zakładają, że zamówienie nie zostało jeszcze udzielone w ramach postępowania o udzielenie zamówienia.

Po udzieleniu zamówienia możliwe jest jedynie wniesienie powództwa o ustalenie.

– wnioski o wszczęcie postępowania odwoławczego mogą dotyczyć wyłącznie stwierdzenia nieważności odrębnie zaskarżalnej decyzji, przy czym kwestię tego, co stanowi odrębnie zaskarżalną decyzję, należy ustalać w zależności od rodzaju postępowania o udzielenie zamówienia określonego w odpowiednim katalogu zawartym w § 2 pkt 15 lit. a) BVergG.

– bezpośrednio udzielane zamówienia, o których mowa w § 46 BVergG, są obecnie dopuszczalne – na podstawie rozporządzenia określającego ich wysokość - jedynie do wysokości 100 000 EUR.

– wydanie zarządzenia tymczasowego, przewidzianego w § 350 i nast. BVergG (w prawie Unii w art. 2 dyrektywy 89/665/EWG w brzmieniu nadanym dyrektywą 2014/23/UE), jest dopuszczalne tylko w celu zabezpieczenia wniosków o wszczęcie postępowania odwoławczego, które są skierowane przeciwko odrębnie zaskarżalnym decyzjom wydanym w konkretnych postępowaniach o udzielenie zamówień. Po udzieleniu zamówienia wydanie zarządzenia tymczasowego na podstawie § 351 BVergG jest niedopuszczalne.

– paragraf 344 ust. 1 oraz § 350 ust. 2 BVergG stanowią, że skarżący musi wskazać postępowanie o udzielenie zamówienia oraz zaskarżone decyzje instytucji zamawiającej wydane w tym postępowaniu, przy czym decyzje te muszą być odrębnie zaskarżalne zgodnie z katalogiem zawartym w § 2 pkt 15 BVergG.

– jak wynika z § 344 ust. 1 i 2 oraz § 350 ust. 2 BVergG, wniosek o wszczęcie postępowania odwoławczego oraz wniosek o wydanie zarządzenia tymczasowego, składany w celu zabezpieczenia tego pierwszego wniosku, muszą być zasadniczo zawsze składane w odniesieniu do jednej i tej samej decyzji instytucji zamawiającej.

– w przypadku wniosków o wszczęcie postępowania odwoławczego dotyczących bezpośrednio udzielonego zamówienia, opłata ryczałtowa w wysokości 324 EUR jest należna za każde postępowanie o bezpośrednie udzielenie zamówienia i za każdą oddzielnie zaskarżoną decyzję. Za dodatkowo złożony wniosek o wydanie zarządzenia tymczasowego należy uiścić dodatkowe 50% tej opłaty, tj. 486 EUR (od każdego bezpośrednio udzielonego zamówienia).

Zwięzłe przedstawienie stanu faktycznego i przebiegu postępowania

- 1 Jesienią 2020 r. uczestnicy postępowania zawarli (co najmniej) 15 umów ramowych na dostawę testów antygenowych do wykrywania Covid-19, każda w procedurze negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji. Te umowy ramowe zostały zawarte każdorazowo z jednym wykonawcą (art. 33 ust. 3 dyrektywy 2014/24/UE).

- 2 W dniu 1 grudnia 2020 r. skarżący złożył do sądu odsyłającego pismo procesowe, w którym zarzucił uczestnikom postępowania, że w sposób nietransparentny zawarli 21 umów ramowych o wartości zamówienia 3 mln EUR każda w celu zamówienia testów antygenowych na obecność Covid-19. To oraz poszczególne zamówienia dokonywane w związku z tymi umowami ramowymi miały naruszyć interes skarżącego w sposób sprzeczny z prawem o zamówieniach publicznych.
- 3 Skarżący zwrócił się do BVwG o wszczęcie postępowania odwoławczego w sprawie legalności wybranego trybu postępowania, względnie postępowań o udzielenie zamówień, zaproszeń do składania ofert w ramach procedur negocjacyjnych bez uprzedniej publikacji, jak również dalszych planowanych zaproszeń czy wezwań do ubiegania się o zamówienie na podstawie umów ramowych zawartych z Bundesbeschaffung GmbH (zwaną dalej „BBG”) oraz o stwierdzenie nieważności różnych decyzji uczestników postępowania.
- 4 W dniu 1 grudnia 2020 r. skarżący złożył dodatkowo wniosek o wydanie zarządzenia tymczasowego, zgodnie z którym BVwG miał zakazać uczestnikom postępowania kontynuowania postępowania, względnie postępowań o udzielenie zamówień oraz zawierania umów na dostawy w drodze bezpośrednio udzielanych zamówień, jak również zaproszeń lub wezwań do ubiegania się o zamówienia na podstawie umów ramowych zawartych z BBG, a dotyczących dostawy testów antygenowych oraz przeprowadzania procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji w zakresie dostawy testów antygenowych na czas trwania postępowania odwoławczego.
- 5 Jeszcze w dniu 1 grudnia 2020 r. BVwG wydał zarządzenie w sprawie uzupełnienia braków, ponieważ na podstawie pism procesowych nie było jasne, o stwierdzenie nieważności których konkretnych, odrębnie zaskarżalnych decyzji, z których postępowań o udzielenie zamówień publicznych wnosi skarżący i w odniesieniu do których konkretnych postępowań o udzielenie zamówień publicznych skarżący wnosi o wydanie zarządzenia tymczasowego o określonej treści.
- 6 W piśmie z dnia 7 grudnia 2020 r. skarżący stwierdził, że kwestionuje tylko jedną odrębnie zaskarżalną decyzję uczestników postępowania w odniesieniu do jednego postępowania o udzielenie zamówienia, a mianowicie decyzję w sprawie wyboru postępowania o udzielenie zamówienia na zamówienie dodatkowych „testów na obecność antygeny SARS-Cov-2 (Covid-19)” w celu przeprowadzenia masowych testów w Austrii.
- 7 W piśmie z dnia 9 grudnia 2020 r. skarżący wyjaśnił, że jego wniosek o wszczęcie postępowania odwoławczego nie jest skierowany przeciwko umowom ramowym zawartym przez BBG, lecz przeciwko niezgodnemu z prawem wezwaniu przez Republikę Austrii, ponieważ umowy ramowe zawarte przez BBG były ograniczone do kwoty zamówień w wysokości 3 mln EUR. Wezwanie przekraczające tę wartość stanowiło zatem bezpośrednio udzielenie zamówienia, niedopuszczalne w świetle prawa zamówień publicznych. Skarżący wymienił trzy

przedsiębiorstwa, w odniesieniu do których skarżący zaskarżył odpowiednią decyzję o udzieleniu zamówienia lub dalsze wezwanie na podstawie umowy ramowej.

- 8 BVwG zwrócił się do skarżącego o przedstawienie stanowiska dotyczącego należnych opłat ryczałtowych. Skarżący oświadczył, że nie zaskarżył zawarcia 21 umów ramowych przez BBG, lecz bezpośrednie udzielenie zamówienia przez Republikę Austrii na dostarczenie kolejnych (przypuszczalnie dwóch) milionów testów antygenowych SARS-Cov-2 (Covid-19). Zdaniem skarżącego jest całkowicie wykluczone, by należna opłata miała być obliczana na podstawie całkowitej wartości 21 umów ramowych. Należy uwzględnić jedynie wartość dokonanych lub zamierzonych zamówień.
- 9 Skarżący zwrócił się do sądu odsyłającego o szczegółowe ustalenie, jakie postępowania o udzielenie zamówienia i jakie zaskarżalne decyzje instytucji zamawiającej zostały przeprowadzone, względnie wydane, chociaż zgodnie z BVergG ciężar dowodu w odniesieniu do wskazania postępowania, względnie postępowań o udzielenia zamówień i odpowiedniej zaskarżonej decyzji instytucji zamawiającej obciąża skarżącego.
- 10 W piśmie z dnia 5 stycznia 2021 r. skarżący wyjaśnił, że chodzi mu obecnie – choć nie wynikało to ze wszczynającego postępowanie pisma z dnia 1 grudnia 2020 r. - wyłącznie o wezwania na podstawie umów ramowych skierowane do przedsiębiorstw S i I w okresie od dnia 20 listopada 2020 r. Skarżący założył przy tym, że przekroczona została dopuszczalna wielkość wezwań wynikająca z umów ramowych z S i I. Skarżący kilkakrotnie stwierdził, że w tym względzie chciał zaskarżyć wezwania przekraczające szacunkową wartość zamówienia wynikającą z odpowiedniej umowy ramowej jako stanowiące „bezpośrednie udzielenie zamówienia” (w rozumieniu terminologii krajowej ustawy BVergG). To, czy skarżący mógł obiektywnie mieć ewentualnie na myśli procedury negocjacyjne bez uprzedniej publikacji w rozumieniu orzecznictwa krajowego, pozostaje nadal do ustalenia przez BVwG.
- 11 W przedmiocie zakazu samooskarżania, stan faktyczny należy skonkretyzować w ten sposób, że zgodnie z artykułem prasowym, członkowie rządu federalnego (w rozumieniu § 80 kodeksu postępowania karnego) zostali najwyraźniej oskarżeni. Złożenie zawiadomienia o popełnieniu przestępstwa zostało potwierdzone przez właściwą prokuraturę, a w związku z tym jest możliwe, że w przyszłości może dojść do wszczęcia postępowania karnego.

Istotne argumenty stron w postępowaniu głównym

- 12 Skarżący zarzuca brak przejrzystości udzielenia zamówienia, ponieważ nie wiadomo, czy w celu zawarcia przedmiotowej umowy BBG przeprowadziła poszczególne odrębne postępowania o udzielenie zamówień bez uprzedniej publikacji z jednym przedsiębiorstwem, czy też jedno postępowanie ze wszystkimi przedsiębiorstwami. Wobec powyższego BBG była zobowiązana,

przy opisie trybu postępowania o udzielenie zamówienia, do uwzględnienia również ewentualnych procedur negocjacyjnych bez uprzedniej publikacji, a tym samym ewentualnych zaproszeń do ubiegania się o zamówienie na podstawie istniejących umów ramowych. Jak zostało to szczegółowo przedstawione we wniosku o wszczęcie postępowania odwoławczego, zaskarżona przez skarżącego decyzja jest de facto jedną konkretną decyzją uczestników postępowania, a mianowicie decyzją o nieformalnym zleceniu (bez żadnej podstawy w prawie zamówień publicznych) kilku milionów sztuk testów antygenowych SARS-Cov-2 (Covid-19).

- 13 Ze względu na rażące naruszenie wymogu przejrzystości wynikającego z prawa zamówień publicznych, ani ogłoszenie, ani dokumenty dotyczące postępowania o udzielenie zamówienia nie były dostępne dla skarżącego. W tym wypadku chodziło raczej o formę bezpośredniego udzielenia zamówienia rzędu wielu milionów, które z formalnego punktu widzenia nie powinno pozostać utajnione, względnie nie powinno być możliwe, by je utajnić.
- 14 Dla celów dochodzenia skutecznej ochrony prawnej nie musi być znana konkretna nazwa trybu postępowania o udzielenie zamówienia. W przypadku zamówienia na towar – o wartości stanowiącej siedmiocyfrową kwotę - bez ogłoszenia, bez innych wiarygodnych informacji dostępnych skarżącemu (jak np. dokumentacja przetargowa) i jedynie na podstawie stanu wiedzy opartego na informacjach medialnych, ciężar konkretnego oznaczenia trybu postępowania o udzielenie zamówienia nie mógł w żadnym wypadku spoczywać na skarżącym. W omawianym przypadku byłoby to równoznaczne z uniemożliwieniem skutecznej ochrony prawnej – w szczególności ze względu na rażące naruszenie wymogu przejrzystości.
- 15 Interpretacja przepisów BVergG 2018, zgodnie z którą skarżący byłby zobowiązany do wskazania dokładnej liczby i nazwy trybu postępowania, względnie postępowań o udzielenie zamówień, jak również oznaczenia decyzji uczestnika postępowania, które podlegają odrębnemu zaskarżeniu, bez możliwości zapoznania się z nimi z powodu braku przejrzystości po stronie tego uczestnika, byłaby sprzeczna z wymogami skutecznej ochrony prawnej ustanowionymi przez Trybunał w jego utrwalonym orzecznictwie.
- 16 Uczestnicy postępowania kwestionują legitymację skarżącego do złożenia wniosku i wnoszą o oddalenie wniosków o wydanie zarządzenia tymczasowego lub ewentualnie o odrzucenie ich.
- 17 Zgodnie z jednoznacznym brzmieniem § 344 BVergG 2018 ustawy, zgodnie z którym wniosek złożony na podstawie § 342 ust.1 BVergG 2018 musi w każdym przypadku zawierać oznaczenie odpowiedniego postępowania o udzielenie zamówienia, jak również zaskarżonej decyzji, która podlega odrębnemu zaskarżeniu, sam skarżący jest zobowiązany do dokładnego oznaczenia zaskarżonej decyzji już we wniosku, dlatego też zgodnie z orzecznictwem Verwaltungsgerichtshof (trybunału administracyjnego) BVwG

w żadnym przypadku nie jest zobowiązany do zbadania stanu faktycznego sprawy.

- 18 Zdaniem uczestników postępowania, wnioski skarżącego są nieuzasadnione i nie służą egzekwowaniu prawa podmiotowego oferenta. W związku z tym są one niedopuszczalne.

Zwięzłe przedstawienie uzasadnienia odesłania prejudycjalnego

- 19 W niniejszej sprawie BVwG ma do czynienia z sytuacją, w której skarżący w sposób zróżnicowany określił przedmiot zaskarżenia, jak również żądanie zabezpieczenia.
- 20 Opłaty ryczałtowe są wnoszone w Austrii w zależności od liczby zaskarżonych decyzji wydanych w konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz w zależności od postępowania o udzielenie zamówienia, które jest przedmiotem wniosku o wszczęcie postępowania odwoławczego i wniosku o wydanie zarządzenia tymczasowego.
- 21 Zgodnie z krajowym rozumieniem tego rozporządzenia o opłatach ryczałtowych, przedstawionym w orzecznictwie trybunału konstytucyjnego, BVwG nie może ani uwzględnić, oddalić czy odrzucić wniosku o wszczęcie postępowania odwoławczego ani wniosku o wydanie zarządzenia tymczasowego, ani też nie może umorzyć danego postępowania po cofnięciu danego wniosku o udzielenie ochrony prawnej, zanim nie zostaną zapłacone, względnie nałożone postanowieniem należne ryczałtowe opłaty. Jest tak dlatego, że po rozstrzygnięciu wniosku o udzielenie ochrony prawnej nie można już nałożyć każdorazowo należnych opłat ryczałtowych. Uiszczenie pełnej kwoty opłat stanowi zatem warunek wydania orzeczenia co do istoty sprawy.
- 22 Gdyby należne opłaty nie zostały nałożone, można by uznać, że urzędnicy sądowi bezprawnie i w sposób zawiniony wyrządzili skarbowi państwa szkodę majątkową.
- 23 Regulacje dotyczące takiego wygaśnięcia, względnie przedawnienia [roszczeń o zapłatę] kosztów sądowych, które są ograniczone czasem trwania postępowania, są - poza tym przypadkiem - obce austriackiemu federalnemu systemowi prawnemu. W pozostałych przypadkach obowiązują zasadniczo znacznie dłuższe terminy, w trakcie których można żądać opłat (np. 5 lat w sprawach cywilnych lub 3 lata przy wniesieniu rewizji skargi do trybunału administracyjnego).
- 24 W związku z tym, w szczególności w przypadku nietransparentnych zamówień publicznych, takich jak rozpatrywane w niniejszej sprawie, przed nałożeniem opłat konieczne jest przeprowadzenie bardzo szczegółowego badania stanu faktycznego, które czasami nie byłoby nawet konieczne do rozstrzygnięcia samych wniosków o ochronę prawną.

- 25 Skarżący może nawet, w przypadku takich nietransparentnych dla niego transakcji dotyczących zamówień publicznych, nie wiedzieć niekiedy wcale w momencie składania wniosku o ochronę prawną (kiedy to powstaje obowiązek uiszczenia opłat), ile ostatecznie będzie musiał zapłacić ryczałtowych opłat sądowych, w zależności od tego, ile bezpośrednio udzielonych zamówień lub procedur negocjacyjnych bez uprzedniej publikacji rzeczywiście miało miejsce i ile wydano odrębnie zaskarżalnych decyzji.
- 26 Zgodnie z przepisami o opłatach BVwG musi ponadto również ustalić, czy skarżący, ewentualnie poprzez jedno- lub kilkakrotną zmianę swoich wniosków o ochronę prawną, wycofał niektóre wnioski, co mogłoby prowadzić do późniejszego obniżenia opłaty ryczałtowej każdorazowo o 25% za każdy wniosek o ochronę prawną podlegający opłacie. Ewentualnie należy również ustalić, czy w rzeczywistości zostały złożone nowe, dodatkowe wnioski o ochronę prawną.
- 27 Zgodnie z orzecznictwem trybunału administracyjnego nie chodzi tu (przede wszystkim) o wskazanie przez skarżącego trybu postępowania o udzielenie zamówienia, ale raczej o merytoryczną treść wniosku, ponieważ to ona decyduje o nakładzie pracy w postępowaniu i o ewentualnej korzyści.
- 28 W przypadku zaskarżenia w związku z zamówieniami na dostawy (np. testów antygenowych) o szacunkowej wartości zamówienia wynoszącej trzy miliony w przypadku każdej umowy ramowej, przy trzech zaskarżonych decyzjach wraz z wnioskami o wydanie zarządzenia tymczasowego złożonymi u centralnych instytucji zamawiających, takich jak Republika Austrii oraz 21 domniemanych sprawach dotyczących umów ramowych, ryczałtowe opłaty wyniosłyby 1 061 424 EUR.
- 29 Skarżący uiszczył dotychczas 486 EUR tytułem opłat ryczałtowych.
- 30 W przypadku nietransparentnego udzielania zamówień i przy zgodnym z zasadą ostrożności procesowej przedstawieniu np. 21 postępowań o udzielenie zamówień i trzech zaskarżonych i podlegających odrębnemu zaskarżeniu decyzji wydanych w tych postępowaniach oraz wartości zamówienia ponad dwudziestokrotnie przekraczającej górną granicę progu dla zamówień na dostawy, strona taka jak skarżący może zostać skonfrontowana z dodatkowym roszczeniem o ryczałtową opłatę rzędu kilku milionów poprzez zarządzenie w sprawie uzupełnienia opłat, którego niekoniecznie musiała się wcześniej spodziewać.
- 31 Zgodnie z orzecznictwem trybunału konstytucyjnego w sprawie V 64/2019, BVwG musi obecnie najpierw – z powodu nieuiszczenia całości opłaty – wydać zarządzenie w sprawie uzupełnienia opłat, a następnie, w przypadku braku zapłaty żądanych dodatkowo opłat ryczałtowych, nałożyć te opłaty w celu skierowania ich do egzekucji, zanim np. opisane w przykładzie wnioski o wszczęcie postępowania odwoławczego i wnioski o wydanie zarządzenia tymczasowego będą mogły zostać rozpatrzone.

- 32 Wyjaśniono przy tym, że zgodnie z brzmieniem krajowej ustawy obowiązek uiszczania opłat nie wygasa nawet wtedy, gdy wnioski o wszczęcie postępowania odwoławczego i wnioski o wydanie zarządzenia tymczasowego zostaną odrzucone z powodu nieuiszczenia opłat.
- 33 Zgodnie z BVergG tylko odrębnie zaskarżalne decyzje z konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia mogą zostać uchylone w rozumieniu dyrektywy 89/665/EWG w brzmieniu nadanym dyrektywą 2014/23/UE oraz uznane za nieważne w rozumieniu terminologii użytej w BVergG.
- 34 W niniejszym przypadku w grę wchodzi zatem *wybór bezpośredniego udzielenia zamówienia* podjęty w tej procedurze bezpośredniego udzielenia zamówienia na podstawie BVergG albo decyzje instytucji zamawiającej wymienione w § 2 nr 15 lit. a) odnoszące się do i wydane w procedurze negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji w celu zawarcia umowy ramowej z jednym wykonawcą/przedsiębiorcą.
- 35 W związku z tym skarżący musi wskazać tryb postępowania o udzielenie zamówienia i odrębnie zaskarżalną decyzję w swoim wniosku o wszczęcie postępowania odwoławczego i w powiązonym z nim wniosku o wydanie zarządzenia tymczasowego. W przypadku kilku „zakwestionowanych” postępowań o udzielenie zamówień musi być jasne, która oddzielnie zaskarżalna decyzja z którego postępowania o udzielenie zamówienia jest kwestionowana.
- 36 W przypadku umowy ramowej zawartej z jednym wykonawcą/przedsiębiorcą w procedurze negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji, ostatnią decyzją, która jest zaskarżalna w tym zakresie przez konkurentów wybranego wykonawcy, jest decyzja, z którym wykonawcą ma zostać zawarta umowa ramowa.
- 37 W związku z tym w przypadku nietransparentnego udzielenia zamówienia osoba poszukująca ochrony prawnej na podstawie dyrektywy 89/665/EWG, w brzmieniu nadanym dyrektywą 2014/23/UE, dysponuje jedynie specyficznym dla prawa zamówień publicznych środkiem odwoławczym w postaci wniosku o ustalenie.
- 38 Jeżeli rzeczywiście postępowanie dowodowe wykaże, że mamy do czynienia z bezpośrednio udzielanymi zamówieniami w rozumieniu § 31 ust. 11 BVergG, to jedynie wybór postępowania o bezpośrednio udzielenie zamówienia może zostać zakwestionowany w drodze wniosku o wszczęcie postępowania odwoławczego.
- 39 W związku z wnioskami o wszczęcie postępowania odwoławczego BVwG zadaje sobie najpierw pytanie, czy ochrona prawna, przy której istnieją takie obowiązki w zakresie oznaczania postępowania o udzielenie zamówienia we wnioskach o wszczęcie postępowania odwoławczego i o wydanie zarządzenia tymczasowego przy postępowaniach o udzielenie zamówień, które nie są transparentne dla skarżących, jest równoważna, skuteczna i sprawiedliwa.
- 40 Jeżeli te obowiązki w zakresie oznaczania nie znajdują pokrycia w prawie Unii i w związku z tym są nieważne, względnie należy je uznać za nieistniejące, można by uznać, że BVwG powinien z urzędu być uprawniony do badania

i unieważniania w tym zakresie możliwych do zidentyfikowania decyzji o udzieleniu zamówienia wydanych w ramach określonych postępowań o udzielenie zamówień, które mogłyby zostać uchylone przed udzieleniem zamówienia. Jeżeli natomiast przedmiotowe obowiązki w zakresie oznaczania są zgodne z prawem Unii, to BVwG powinien odrzucić wnioski z powodu braku odpowiedniego oznaczenia ewentualnie po wezwaniu do uzupełnienia.

W przedmiocie zasady równoważności i zasady skuteczności

- 41 Zgodnie z wyrażonym tu poglądem, materialne prawo zamówień publicznych jako ogół norm, które normują przede wszystkim przedumowne obowiązki w zakresie sposobu postępowania przez zamawiających związanych prawem zamówień publicznych i przez wykonawców zainteresowanych realizacją świadczeń, jest jako prawo dotyczące zawierania umów szczególną gałęzią prawa cywilnego i tym samym stosuje się do niego rozporządzenie w sprawie jurysdykcji.
- 42 W art. 25 rozporządzenia w sprawie jurysdykcji przewidziano, iż jurysdykcja może być ustalona umową zawartą w tym zakresie. Austriacki trybunał administracyjny wykluczył w zakresie prawa zamówień publicznych możliwość zawarcia umowy jurysdykcyjnej na podstawie krajowego prawa procesowego. Można by z tego wywnioskować, że prawo zamówień publicznych unormowane w Austrii w BVergG nie jest prawem cywilnym.
- 43 Cywilnoprawny charakter materialnego prawa zamówień publicznych (pierwsze pytanie prejudycjalne) jest w związku z zasadą równoważności pytaniem wstępnym do kolejnych pytań prejudycjalnych.
- 44 W każdym razie niemiecki Bundesverwaltungsgericht (federalny sąd administracyjny) wychodzi z założenia – na podstawie porównania prawa różnych krajów - że prawo zamówień publicznych należy przyporządkować do prawa cywilnego (BVerwG 02.05.2007, BVerwG 6 B 10.07 z dalszymi odesłaniami).
- 45 Możliwości zawierania umów mogą być bardzo ograniczone w czasie za pomocą zarządzeń tymczasowych, przewidzianych w dyrektywie 89/665/EWG w jej obowiązującym brzmieniu, a także w krajowej ustawie BVergG, z tego względu wyraża się tu opinię, że postępowanie w sprawie wydania zarządzenia tymczasowego na podstawie art.2 ust.1 lit.a) dyrektywy 89/665/EWG w brzmieniu zmienionym dyrektywą 2014/23/UE jest również postępowaniem dotyczącym roszczeń cywilnoprawnych w rozumieniu ETPC 15.10.2009, 15BSW 17056/06 *Micaleff/Malta*.
- 46 Zasada równoważności w prawie Unii wymaga, aby egzekwowanie praw przyznanych przez prawo Unii nie było bezzasadnie trudniejsze niż egzekwowanie praw wynikających z krajowego porządku prawnego.

- 47 W związku z tym prawo Unii poprzez zasadę równoważności zakazuje dyskryminacji proceduralnej w dochodzeniu praw wynikających z prawa Unii w porównaniu z zasadami proceduralnymi, zgodnie z którymi dochodzone są prawa powstałe wyłącznie na podstawie prawa krajowego.
- 48 W sporach cywilnych, które rozpoczynają się powództwem w pierwszej instancji przed sądem rejonowym lub okręgowym, należne są ryczałtowe opłaty sądowe w zależności od kwoty sporu, którą powód, będący w porównywalnej sytuacji co skarżący w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, z reguły zna z góry. Powód wie zatem, jakich opłat musi się spodziewać.
- 49 Podczas gdy zgodnie z BVergG wnioski o wydanie zarządzenia tymczasowego na podstawie § 340 ust. 1 pkt 4 podlega opłacie ryczałtowej w wysokości 50% opłat należnych w przypadku wniosku o wszczęcie postępowania odwoławczego, nawet jeżeli wniosek o wydanie zarządzenia tymczasowego składany jest łącznie z wnioskami odwoławczymi wszczynającymi postępowanie, to w austriackich sądach cywilnych nie uiszcza się oddzielnej opłaty ryczałtowej za takie składane razem z pozwem wnioski o wydanie zarządzenia tymczasowego, a opłaty są zasadniczo należne od pozwu.
- 50 Decydująca wydaje się tu jednak okoliczność, że w przypadku wynikających z Gerichtsgebührengesetz (ustawy o kosztach sądowych) opłat ryczałtowych od pozwów i wniosków o wydanie zarządzenia tymczasowego, uiszczone już opłaty nie są warunkiem wstępnym do rozpoznania sprawy co do istoty i że poprzez takie rozpoznanie państwo nie traci swojego roszczenia o wniesienie opłat.
- 51 W przeciwieństwie do wynikających z BVergG opłat ryczałtowych, ryczałtowe opłaty sądowe w przypadku braku zapłaty nakłada się decyzją administracyjną, co nie ma żadnego innego wpływu na rozstrzygnięcie powództwa lub wniosku o wydanie zarządzenia tymczasowego.
- 52 W związku z tym przeciwko decyzji o nałożeniu opłat można wnieść do BVwG, jako sądu posiadającego pełną kognicję, środek odwoławczy w postaci skargi. Odnośne decyzje BVwG dotyczące opłat mogą być następnie jeszcze zaskarżone na drodze rewizji do trybunału administracyjnego lub skargi do trybunału konstytucyjnego.
- 53 Pod tym względem wydaje się, że skarżący ubiegający się przed BVwG o wszczęcie postępowania odwoławczego lub wydanie zarządzenia tymczasowego, którzy realizują procedury ochrony prawnej na podstawie prawa Unii zgodnie z dyrektywą 89/665/EWG w brzmieniu nadanym dyrektywą 2014/23/UE, są w kilkakrotnie gorszej sytuacji niż [ci realizujący swoje prawa na podstawie] wyłącznie krajowej procedury ochrony prawnej.
- 54 Inaczej niż w postępowaniu cywilnym, za wniosek o wydanie zarządzenia tymczasowego składany do BVwG zasadniczo w powiązaniu z wnioskiem o wszczęcie postępowania odwoławczego należy zawsze uiścić dodatkowe opłaty ryczałtowe.

- 55 Wniosek o wszczęcie postępowania odwoławczego i wniosek o wydanie zarządzenia tymczasowego zostaną odrzucone na podstawie BVergG, jeżeli skarżący nie uiszcza opłat ryczałtowych w należytym w opinii sądu wysokości, zgodnie z zarządzeniem w sprawie uzupełnienia opłat. Skarżący traci prawo materialne do rozpoznania swoich roszczeń o ochronę prawną już w momencie nieuiszczenia opłat [w terminie]. Wniosek o wszczęcie postępowania odwoławczego lub wniosek o wydanie zarządzenia tymczasowego na podstawie BVergG nie może również - przed nałożeniem opłat - zostać odrzucony z przyczyn innych niż nieuiszczenie tych opłat, nawet jeżeli w tym względzie byłby on już gotowy do rozstrzygnięcia. W szczególności instytucje zamawiające, przeciwko którym są skierowane wnioski o wydanie zarządzeń tymczasowych o wynikającym z ustawy skutku zawieszającym, mogą ewentualnie odczuć negatywne skutki faktu, że kwestia opłat musi – pod rygorem potencjalnej odpowiedzialności sędziego za nienależone opłaty – zostać rozstrzygnięta w pierwszej kolejności, zanim możliwe będzie rozstrzygnięcie wniosków o wydanie zarządzenia tymczasowego.
- 56 Jeżeli BVwG, jako organ sądowy, nałoży opłaty ryczałtowe zgodnie z BVergG, skarżący nie ma prawa do odwołania się do sądu administracyjnego posiadającego pełną kognicję, jak ma to miejsce w innym przypadku, lecz posiada jedynie prawo do wniesienia rewizji do trybunału administracyjnego, gdzie kwestie oceny dowodów mogą być podejmowane jedynie w bardzo ograniczonym zakresie, lub prawo do wniesienia skargi do trybunału konstytucyjnego, którą co do zasady można złożyć jedynie z powodu zastosowania niezgodnych z prawem, generalnych i abstrakcyjnych norm lub z powodu niekonstytucyjnego zastosowania prawa w indywidualnych przypadkach.
- 57 Bez uszczerbku dla wyrażonego tu poglądu, że system opłat za powództwa sądowe w sprawach cywilnych i związane z nimi wnioski o wydanie zarządzenia tymczasowego oraz system opłat za wnioski o wszczęcie postępowania odwoławczego, wnioski o ustalenie i o wydanie zarządzenia tymczasowego muszą być ukształtowane jednakowo korzystnie w rozumieniu wynikającej z prawa Unii zasady równowagi, to należy – celem dalszego porównania prawnego – przedstawić także system opłat w związku ze skargami na decyzje administracyjne do sądów administracyjnych, rewizjami do trybunału administracyjnego i skargami od orzeczeń sądu administracyjnego do trybunału konstytucyjnego.
- 58 Również i w tym przypadku wnoszone są opłaty. Jeśli w przypadku skarg na decyzje do sądu administracyjnego lub w przypadku skarg do trybunału konstytucyjnego lub w przypadku rewizji do sądu administracyjnego składane są wnioski o przyznanie (lub uchylenie) skutku zawieszającego, które niekiedy spełniają tę samą funkcję co zarządzenia tymczasowe, to – zgodnie z dotychczasową jednolitą opinią sądu administracyjnego – takie wnioski, które są składane razem ze skargą lub rewizją, nie podlegają dodatkowej opłacie ryczałtowej jako wnioski akcesoryjne.

- 59 W żadnym z przedstawionych powyżej systemów opłat w dziedzinie prawa administracyjnego uiszczenie opłaty nie jest warunkiem dopuszczalności merytorycznego rozpoznania danego środka odwoławczego.
- 60 Jeżeli opłaty od jakiegokolwiek z tych trzech wyżej wymienionych rodzajów środków odwoławczych nie zostaną uiszczone, właściwy urząd skarbowy nałoży te opłaty w drodze decyzji. Osoba zobowiązana do uiszczenia opłat ma następnie prawo do złożenia skargi do Bundesfinanzgericht (federalnego sądu do spraw finansowych) jako sądu posiadającego pełną kognicję; od orzeczeń Bundesfinanzgericht (federalnego sądu do spraw finansowych) przysługuje następnie prawo do wniesienia rewizji do trybunału administracyjnego lub skargi do trybunału konstytucyjnego.
- 61 Zgodnie z wynikającą z prawa Unii zasadą skuteczności lub efektywności, przepisy krajowe nie mogą czynić wykonywania praw przyznanych przez prawo Unii w dziedzinie zamówień publicznych praktycznie niemożliwym lub nadmiernie utrudnionym. Ten wymóg skutecznej możliwości dochodzenia praw jest również uwzględniony w art. 1 dyrektywy 89/665/EWG w brzmieniu nadanym dyrektywą 2014/23/UE oraz w art. 47 karty.
- 62 Dyrektywa 89/665/EWG, w brzmieniu nadanym dyrektywą 2014/23/UE, ma na celu zapewnienie szybkich i skutecznych postępowań odwoławczych, które mogą prowadzić do uchylecia decyzji o udzieleniu zamówienia. Zarządzenia tymczasowe oparte na niniejszej dyrektywie mają na celu umożliwienie jak najszybszego podjęcia środków tymczasowych w związku z głównymi wnioskami o wszczęcie postępowania odwoławczego i o stwierdzenie nieważności.
- 63 Zgodnie z art. 1 ust. 1 tej dyrektywy, umowy ramowe są również zamówieniami w rozumieniu dyrektywy.
- 64 Bezwarunkowe i dostatecznie konkretne przepisy tej dyrektywy prowadzą niekiedy do powstania praw podmiotowych dla jednostek, tak np. Trybunał w sprawie C-391/15.
- 65 W tym względzie BVwG jest zdania, że w prawie Unii istnieje prawo podmiotowe, zgodnie z którym wnioski o wszczęcie postępowania odwoławczego i o wydanie zarządzenia tymczasowego należy rozstrzygać możliwie szybko i niezależnie od kwestii związanych z ryczałtowymi opłatami sądowymi.
- 66 W odniesieniu do krajowego systemu opłat, stworzonego specjalnie w celu ochrony prawnej w zakresie zamówień publicznych, BVwG stawia pytanie, czy system taki może być zgodny z prawem Unii, skuteczny, sprawiedliwy, równoważny i mieć na celu szybkie rozstrzygnięcie sprawy, jeżeli w przypadku nietransparentnych postępowań o udzielenie zamówień, w momencie składania wniosku powstaje dług z tytułu opłaty sądowej, którego wysokość może nawet wcale nie być znana w tym momencie składania wniosku.

- 67 Innymi słowy powstaje pytanie, czy jest to w szczególności równoważne, skuteczne i sprawiedliwe lub mające na celu szybkie rozstrzygnięcie wniosku o wszczęcie postępowania odwoławczego, względnie o wydanie zarządzenia tymczasowego, jeżeli BVwG, nawet w przypadku gdy sprawa takiego wniosku jest potencjalnie gotowa do rozstrzygnięcia, musi jednak najpierw podjąć ustalenia na innym poziomie, ile decyzji zamawiającego wydanych w ramach ilu postępowań o udzielenie zamówień i kiedy zostało zaskarżonych przez skarżącego w momencie wszczęcia postępowania zgodnie z obiektywnie deklarowanym zamiarem strony we wniosku o wszczęcie postępowania odwoławczego wraz z powiązaniem z nim wnioskiem o wydanie zarządzenia tymczasowego oraz ile wniosków o wszczęcie postępowania odwoławczego wraz z powiązaniem wnioskami o wydanie zarządzenia tymczasowego skarżący następnie jeszcze podtrzymał, w tym przypadku np. w dniu 5 stycznia 2021 r.

W przedmiocie poszczególnych pytań prejudycjalnych

- 68 Z punktu widzenia BVwG należy najpierw wyjaśnić stan prawny w zakresie prawa Unii i bezpośrednią skuteczność tego prawa, w tym brak możliwości zastosowania sprzecznych z nim przepisów krajowych, zanim na podstawie ustalonego stanu prawnego można będzie przeprowadzić dalsze, mniej lub bardziej szczegółowe ustalenia faktyczne dotyczące odpowiedniego, specyficznego dla danego przypadku stanu prawnego.
- 69 **W przedmiocie pytania pierwszego:** Jeżeli materialne prawo zamówień publicznych stanowi szczególną część prawa cywilnego, to zasada równoważności w prawie Unii wydaje się wymagać, aby dochodzenie praw przez skarżącego nie było uregulowane w prawie zamówień publicznych w sposób mniej korzystny dla skarżącego niż w przypadku innych wyłącznie krajowych przepisów prawa cywilnego.
- 70 Proponuje się odpowiedzieć na te pytania w ten sposób, że materialne prawo zamówień publicznych jako suma norm nakładających przedumowne prawa i obowiązki w trakcie przygotowywania zawarcia umowy jest dziedziną prawa cywilnego na równi z innymi przepisami dotyczącymi zawierania umów; oraz że nałożenie środków tymczasowych, o których mowa w art. 2 ust. 1 lit. a) dyrektywy 89/665/EWG w brzmieniu nadanym dyrektywą 2014/23/UE następuje również w postępowaniu z zakresu prawa cywilnego, ale co najmniej w postępowaniu, o którym mowa w art. 35 rozporządzenia w sprawie jurysdykcji.
- 71 **W przedmiocie pytania drugiego:** W pytaniu tym zostało zakwestionowane, czy zasada równoważności w prawie Unii wraz z innymi przepisami tego prawa prowadzi do tego, że opisany powyżej krajowy system opłat nie znajduje zastosowania.
- 72 Jeżeli Trybunał odpowie na pytanie w ten sposób, że prawo Unii prowadzi do tego, iż wniosek o wydanie zarządzenia tymczasowego oraz inne środki odwoławcze mające na celu udzielenie indywidualnej ochrony prawnej mogą

zostać w Austrii rozstrzygnięte niezależnie od kwestii opłaty ryczałtowej i wniesienia tej opłaty ryczałtowej, to BVwG mógłby w takim przypadku uznać czynności wymagane do ustalenia opłaty za pomocnicze i zgodnie z zasadą ekonomii procesowej rozstrzygnąć złożony wniosek lub wnioski o wydanie zarządzenia tymczasowego, w zależności od wyniku badania, prawdopodobnie bardzo szybko, bez konieczności uprzedniego przeprowadzania obszernych badań dotyczących liczby postępowań o udzielenie zamówień.

- 73 **W przedmiocie pytania drugiego ustęp pierwszy:** W kontekście przede wszystkim zasady równoważności w prawie Unii zostało postawione pytanie, czy zgodnie z prawem Unii wniosek o wydanie zarządzenia tymczasowego może podlegać odrębnej opłacie ryczałtowej, jeżeli jest składany w połączeniu z wnioskiem o wszczęcie postępowania odwoławczego, podczas gdy w innych dziedzinach prawa cywilnego powiązane z powództwem wnioski o wydanie zarządzenia tymczasowego nie pociągają za sobą dodatkowej opłaty obok opłaty od pozwu, a w dziedzinie prawa administracyjnego powiązane ze środkiem odwoławczym wnioski o nadanie skutku zawieszającego nie pociągają za sobą dodatkowej opłaty.
- 74 Innymi słowy, gdyby Trybunał orzekł, że skarżący, ubiegając się o wszczęcie postępowania odwoławczego, nie musi uiszczać żadnych dodatkowych opłat za wnioski o wydanie zarządzenia tymczasowego składane wraz z wnioskiem o wszczęcie postępowania odwoławczego, gdyż inaczej byłby pod względem proceduralnym dyskryminowany w porównaniu z innymi podmiotami wnoszącymi w Austrii środki odwoławcze, to wniosek skarżącego o wydanie zarządzenia tymczasowego mógłby zostać rozstrzygnięty znacznie szybciej, a w szczególności bez konieczności przeprowadzania badania dotyczącego opłat.
- 75 **W przedmiocie pytania trzeciego:** W pytaniu tym zostało zakwestionowane, czy na gruncie prawa Unii, w szczególności w kontekście wymogu szybkości wynikającego z art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665/EWG w brzmieniu nadanym dyrektywą 2014/23/UE lub wymogu niezwłoczności wynikającego z art. 2 ust. 1 lit. a) tej dyrektywy niedopuszczalne jest uzależnienie szybkości rozstrzygnięcia wniosku o wszczęcie postępowania odwoławczego, względnie wniosku o wydanie zarządzenia tymczasowego od tego, czy należne od takiego wniosku opłaty sądowe zostały już uiszczone lub też - po wydaniu zarządzenia w sprawie uzupełnienia opłat – zostaną uiszczone pod rygorem odrzucenia wniosku w przypadku braku uiszczenia opłat, w przypadku gdy wniosek ten mógłby ewentualnie zostać bardzo szybko rozstrzygnięty, niezależnie od kwestii opłat. Proponuje się odpowiedzieć na to pytanie w ten sposób, że jest to niedopuszczalne.
- 76 **W przedmiocie pytania czwartego:** Zgodnie z wyrażoną tu opinią, niesprawiedliwa dla wszystkich stron postępowania jest sytuacja, w której sąd, tak jak tutaj, musi przeprowadzić obszerne badanie w sprawie okoliczności faktycznych istotnych dla ustalenia wysokości opłat w przypadku nietransparentnego udzielenia zamówienia i ewentualnie musi wydać zarządzenie

w sprawie uzupełnienia opłat, a następnie, w razie potrzeby, musi odrzucić wnioski o wszczęcie postępowania odwoławczego lub wnioski o wydanie zarządzenia tymczasowego z powodu braku odpowiedniej opłaty. Gdyby taki system opłat był niedopuszczalny w świetle prawa Unii, a tym samym nie mógł być stosowany na poziomie krajowym, to BVwG mógłby ewentualnie znacznie szybciej rozstrzygnąć niniejsze wnioski.

- 77 **W przedmiocie pytania piątego:** Zasadniczo od decyzji organu administracyjnego o nałożeniu opłat sądowych przysługuje prawo do wniesienia skargi do sądu administracyjnego posiadającego pełną kognicję. Natomiast w przypadku szczególnych opłat sądowych na gruncie prawa zamówień publicznych zgodnie z BVergG w przypadku wniosków o wszczęcie postępowania odwoławczego, wniosków o ustalenie i wniosków o wydanie zarządzenia tymczasowego, po wydaniu w pierwszej instancji decyzji w sprawie opłat przysługuje jedynie środek odwoławczy od tej decyzji o nałożeniu opłat do trybunału konstytucyjnego i sądu administracyjnego, przy czym te dwa najwyższe sądy nie przeprowadzają kompleksowej kontroli (por. powyżej pkt 57).
- 78 Dla porównania, w przypadku opłat sądowych od pozwów w postępowaniu cywilnym lub od środków odwoławczych w prawie administracyjnym wydawana jest decyzja administracyjna o nałożeniu opłaty, przeciwko której zawsze może być wniesiona skarga do właściwego sądu administracyjnego, a następnie od tego rozstrzygnięcia rewizja do trybunału administracyjnego lub skarga do trybunału konstytucyjnego.
- 79 Zgodnie z wyrażoną tu opinią taka wynikająca z BVergG krajowa regulacja dotycząca opłat sądowych za ochronę prawną w zakresie zamówień publicznych, która dyskryminuje tę ochronę prawną, jest zasadniczo niedopuszczalna na gruncie prawa Unii, zwłaszcza jeśli weźmie się pod uwagę, że wniesienie tych opłat sądowych, w przeciwieństwie do innych opłat sądowych, stanowi wręcz warunek wydania orzeczenia co do istoty sprawy.
- 80 **W przedmiocie pytania szóstego:** W pytaniu tym chodzi o to, czy w szczególności w świetle art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665/EWG w brzmieniu nadanym dyrektywą 2014/23/UE zawarcie umowy ramowej z jednym wykonawcą jest z punktu widzenia instytucji zamawiającej zawarciem umowy na podstawie ww. dyrektywy, a tym samym udzieleniem zamówienia na podstawie prawa krajowego.
- 81 Jeżeli na to pytanie zostanie udzielona odpowiedź twierdząca, to w przypadku kontynuowania postępowania wyjaśniającego przez BVwG jest zgodnie z wymogami prawa Unii jasne, że od tego momentu dopuszczalne są na gruncie prawa krajowego jedynie wnioski o ustalenie na podstawie § 334 BVergG, a wnioski o wydanie zarządzenia tymczasowego należy odrzucić wyłącznie z tego powodu, że nastąpiło już „udzielenie zamówienia”.

- 82 Proponuje się, odpowiedzieć na te dwa pytania w ten sposób, że zawarcie umowy ramowej z jednym wykonawcą stanowi zawarcie umowy lub udzielenie zamówienia, ponieważ art. 1 wspomnianej dyrektywy wyraźnie przewiduje takie znaczenie.
- 83 **W przedmiocie pytania szóstego ustęp pierwszy:** Pytanie to ma na celu wyjaśnienie, czy zgodnie z prawem Unii zamówienia odwołujące się do umowy ramowej są oparte na tej umowie ramowej również wtedy, gdy ogólna liczba zamówień umowy ramowej w rozumieniu wyroku Trybunału w sprawie C-216/17 została już przekroczona. W przypadku potwierdzenia tego, należałoby przyjąć zgodnie z prawem krajowym, przy odpowiednich wynikach postępowania wyjaśniającego, że również zamówienia przekraczające tę ogólną liczbę mogą być kwestionowane jedynie w drodze wniosku o ustalenie, bez możliwości wydania zarządzenia tymczasowego w tym zakresie, ponieważ zostały złożone po zawarciu umowy ramowej.
- 84 Jeżeli natomiast Trybunał doszedłby do wniosku, że zamówienia indywidualne nie opierają się już na pierwotnej umowie ramowej po przekroczeniu ogólnej liczby zamówień umowy ramowej, to należałoby w takim przypadku zbadać, czy nowe zamówienia indywidualne są (były) zamówieniami udzielanymi bezpośrednio w rozumieniu prawa krajowego, albo miały być lub zostały udzielone jako zamówienia na dostawy w ramach nietransparentnego postępowania o udzielenie zamówienia, czy też należy je oceniać jako zamówienia indywidualne na podstawie nowej, kolejnej umowy ramowej zawartej w nietransparentnej procedurze. W związku z tym nadal możliwe jest w tym zakresie składanie nowych wniosków o wszczęcie postępowania odwoławczego przed udzieleniem zamówienia, względnie dotyczących ich wniosków o wydanie zarządzenia tymczasowego. W zależności od tego należy ocenić, czy wobec takich nowych zamówień dopuszczalne są wnioski o wszczęcie postępowania odwoławczego, o ustalenie czy o wydanie zarządzenia tymczasowego.
- 85 Przez wzgląd na ekonomię procesową proponuje się, aby na oba pytania odpowiedzieć w ten sposób, że zamówienia udzielone z powołaniem się na umowę ramową są oparte na tej umowie ramowej, nawet jeśli ogólna liczba zamówień umowy ramowej została już przekroczona.
- 86 **W przedmiocie pytania siódmego:** Pytanie to dotyczy kwestii obowiązku informowania w kontekście zakazu samooskarżania.
- 87 Znajdujący tu zastosowanie § 49 ust. 1 pkt 1 AVG reguluje prawo do odmowy zeznań dla świadka, zgodnie z którym świadek może odmówić odpowiedzi na pytania, jeżeli zeznanie mogłoby skutkować dla świadka lub osoby mu bliskiej bezpośrednią szkodą majątkową lub narażać świadka lub osobę mu bliską na odpowiedzialność karną lub hańbę.

- 88 Zgodnie z § 51 AVG prawo do odmowy zeznań przysługuje również stronom postępowania, przy czym jednakże strony nie mają prawa do odmowy zeznań ze względu na szkodę majątkową.
- 89 Zgodnie z § 336 BVergG sąd może według swojego uznania wydać orzeczenie zaoczne na podstawie twierdzeń strony postępowania, jeżeli druga ze stron postępowania nie dostarczy informacji lub nie przedłoży żądanych dokumentów.
- 90 W przypadku opisanym w § 336 BVergG nie przysługuje jednak prawo do odmowy zeznań ani prawo do odmowy udzielenia informacji, tak jak to jest w przypadku § 49 ust. 1 pkt 1 AVG.
- 91 W opinii BVwG może to naruszać zakaz samooskarżania się, gdyby członkowie organów lub pracownicy zamawiającego musieli udzielać informacji i podawać dane w celu uniknięcia ryzyka wydania orzeczenia zaocznego, nawet jeżeli mogłoby to prowadzić do ujawnienia faktów, które mogłyby następnie zostać wykorzystane przeciwko tym członkom organów i pracownikom na gruncie prawa karnego (lub przepisów o odpowiedzialności odszkodowawczej).
- 92 Gdyby natomiast nie było takiej możliwości wydania orzeczenia zaocznego w przypadku nieudzielenia informacji lub nieprzedłożenia dokumentów, ograniczyłoby to skuteczność ochrony prawnej w zakresie zamówień publicznych.
- 93 Z punktu widzenia praw podstawowych proponuje się odpowiedzieć na to pytanie w ten sposób, że obowiązki informacyjne i w zakresie przedkładania dokumentów nie istnieją w zakresie, w jakim stwarzałyby dla osób fizycznych, działających w imieniu instytucji zamawiającej, obowiązek dostarczania dowodów przeciwko sobie.
- 94 **W przedmiocie pytań ósmego i dziewiątego:** W pytaniach tych kwestionuje się wystarczającą skuteczność i sprawiedliwość przepisów krajowych w przypadku postępowania o udzielenie zamówienia, które nie jest transparentne dla skarżącego.
- 95 Wydaje się co najmniej realne i możliwe, że skarżący w chwili składania pisma wszczynającego postępowanie nie wiedział, ile postępowań o udzielenie zamówień, jakiego rodzaju (bezpośrednio udzielane zamówienia, procedura negocjacyjna bez uprzedniej publikacji) prowadzą lub prowadzili uczestnicy postępowania oraz ile odrębnie zaskarżalnych decyzji uczestnicy postępowania podjęli już w postępowaniu lub postępowaniach o udzielenie zamówień.
- 96 W ten sposób skarżący mógł zostać obciążony, bez jakiegokolwiek przejrzystości w tym zakresie, ciężarem dowodu w zakresie wskazania konkretnych postępowań o udzielenie zamówień i odrębnie zaskarżalnych decyzji. W związku z tym skarżący przedstawił niesprecyzowane twierdzenia co do tych procedur.
- 97 Z drugiej strony każdy powód w austriackim procesie cywilnym musi również w ramach spoczywającego na nim ciężaru dowodu przedstawić fakty stanowiące

podstawę roszczenia i w braku odmiennych przepisów ustawowych dotyczących ciężaru dowodu ponosi również zgodnie z ogólną zasadą obiektywny ciężar dowodu, jeżeli przedstawione na jego rzecz fakty stanowiące podstawę roszczenia nie mogą zostać udowodnione lub mogą zostać udowodnione jedynie w części.

- 98 Tego rodzaju ryzyko związane z ciężarem dowodu w aspekcie obiektywnym i subiektywnym wydaje się być zatem zasadniczo immanentną cechą austriackiego systemu prawnego, w szczególności w dziedzinie prawa cywilnego (np. w prawie dotyczącym odpowiedzialności odszkodowawczej i prawie konkurencji).
- 99 Jeżeli zgodnie z BVergG warunkiem dopuszczalności wniosku o wszczęcie postępowania odwoławczego i wniosku o wydanie zarządzenia tymczasowego jest wskazanie konkretnie zaskarżonych odrębnie zaskarżalnych decyzji wydanych w konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia, pod rygorem odrzucenia wniosku po wydaniu zarządzenia w sprawie uzupełnienia braków, to dla osoby poszukującej ochrony prawnej jest czasami bardzo trudne lub wręcz niemożliwe ustalenie z wystarczającą pewnością, w szczególności w odpowiednim terminie przed udzieleniem zamówienia, ile odrębnie zaskarżalnych decyzji zostało już wydanych w ilu postępowaniach o udzielenie zamówień.
- 100 Jeżeli jednak porówna się ten brak przejrzystości po stronie osób poszukujących ochrony prawnej z innymi systemami ochrony prawnej, a w szczególności z powództwami przed austriackimi sądami cywilnymi, to z porównania wynika, iż w przypadku tych powództw na powoździe poszukującym ochrony prawnej spoczywa najpierw subiektywny, a następnie także obiektywny ciężar dowodu, tj. ryzyko, że fakty stanowiące podstawę roszczenia nie będą mogły zostać udowodnione.
- 101 Na tle tego wyniku porównania różnych procedur proponuje się zatem odpowiedzieć na powyższe pytania w ten sposób, że takie obowiązki w zakresie wskazania nie sprawiają, że system ochrony prawnej wynikający z BVergG jest sam w sobie nieskuteczny czy niesprawiedliwy w rozumieniu prawa Unii.
- 102 **W przedmiocie pytania dziesiątego:** W pytaniu tym zostało zakwestionowane, czy prawo do rzetelnego procesu sądowego, o którym mowa w art. 47 karty, pozwala na zastosowanie – w przypadku postępowań o udzielenie zamówień, które nie są transparentne dla osób poszukujących ochrony prawnej – takiego systemu opłat sądowych, w przypadku którego wysokość opłat sądowych, które ostatecznie należy uiścić, zależy od szacunkowej wartości zamówienia, od liczby przeprowadzonych postępowań o udzielenie zamówień o określonej wartości zamówienia oraz od liczby zaskarżonych odrębnie zaskarżalnych decyzji.
- 103 Zgodnie z wyrażoną tu opinią, brak przejrzystości dla skarżącego prowadzi w niniejszej sprawie do tego, że niesprawiedliwe wydaje się wymaganie uiszczenia opłat ryczałtowych za wnioski o wszczęcie postępowania odwoławczego i wnioski o wydanie zarządzenia tymczasowego od każdej

odrębnie zaskarżalnej decyzji wydanej w każdym konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia, gdy sąd w ramach swoich kompetencji ustali, ile odrębnie zaskarżalnych decyzji z ilu postępowań o udzielenie zamówień i o jakiej o szacunkowej wartości zamówienia chciał zakwestionować skarżący. Niesprawiedliwe dlatego, iż dla porównania osoby poszukujące ochrony prawnej w sądzie cywilnym zazwyczaj już w momencie składania pozwu łącznie ze związanym z nim wnioskiem o wydanie zarządzenia tymczasowego, wiedzą, ile będą musiały zapłacić tytułem opłat sądowych. W systemie opłat sądowych zgodnie z § 340 BVergG osoby poszukujące ochrony prawnej mogą w niektórych okolicznościach liczyć się ze znacznymi „niespodziankami w zakresie opłat”.

- 104 W przypadku udzielenia na pytania ósme i dziewiąte odpowiedzi, że zgodnie z prawem Unii obowiązek wskazania zaskarżonej decyzji i odnośnego postępowania o udzielenie zamówienia odpada już w przypadku wniosków dotyczących zakwestionowanych nietransparentnych zamówień, jednakże wtedy kwota opłat należnych zgodnie z § 340 BVergG i rozporządzeniem o opłatach ryczałtowych ma zostać określona dopiero w trakcie postępowania odwoławczego i postępowania w sprawie wydania zarządzenia tymczasowego na podstawie możliwych do ustalenia postępowań o udzielenie zamówień z określoną szacunkową wartością zamówienia oraz na podstawie liczby decyzji, które należy uchylić, nieprzejrzystość kwoty opłat przy składaniu wniosku stałaby się jeszcze bardziej jaskrawa.
- 105 Proponuje się zatem udzielenie odpowiedzi na to pytanie w ten sposób, że sytuację, w której przepisy dotyczące opłat nakładają na skarżącego obowiązek uiszczenia opłat, których nie mógł on przewidzieć w chwili składania wniosku ze względu na brak przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia, należy uznać za niesprawiedliwą na gruncie prawa Unii, a zatem krajowe przepisy dotyczące opłat nie powinny mieć zastosowania.