

ANALIZA ORZECZNICTWA
EUROPEJSKIEGO TRYBUNAŁU
SPRAWIEDLIWOŚCI

w zakresie zamówień publicznych

w latach 2006 - 2008

Warszawa 2008

**Analiza orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości
w zakresie zamówień publicznych w latach 2006 - 2008**

Wybór i opracowanie

Zespół w składzie:

Artur Kowalski

Marta Wosiecka

Magdalena Koralewska-Zielińska

pod kierunkiem *Wojciecha Hartunga*

Warszawa 2008

ISBN: 978-83-88686-02-3

©Urząd Zamówień Publicznych

SPIS TREŚCI

EUROPEJSKI TRYBUNAŁ SPRAWIEDLIWOŚCI	5
Wprowadzenie.....	5
1.1 Skład i organizacja Trybunału Sprawiedliwości.....	5
1.2 Akty prawne dotyczące Trybunału	7
1.3 Rola Rzecznika Generalnego.....	8
2. Rodzaje postępowań przed ETS	8
2.1 Sprawy wniesione przez Komisję w trybie art. 226	8
2.1.1 Przebieg postępowania z art. 226	9
2.1.2 Implementacja wyroków Trybunału – art. 228 TWE	10
2.1.3 Środki tymczasowe	11
2.1.4 Skarga innego Państwa Członkowskiego - procedura z art. 227 ...	12
2.2 Postępowanie o wydanie orzeczenia wstępnego	12
2.2.1 Przebieg postępowania w trybie art. 234	13
2.2.2 Obowiązywanie orzeczenia wstępnego	14
3. Struktura orzeczenia	14

ORZECZNICTWO

EUROPEJSKIEGO TRYBUNAŁU SPRAWIEDLIWOŚCI W ZAKRESIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH	15
Orzeczenie z dnia 9 lutego 2006 r. w sprawach połączonych C-226/04 i C-228/04 <i>La Cascina et Zilch</i>	17
Orzeczenie z dnia 6 kwietnia 2006 r. w sprawie C-410/04 <i>ANAV</i>	27
Orzeczenie z dnia 11 maja 2006 r. w sprawie C-340/04 <i>Carbotermo</i>	33
Orzeczenie z dnia 18 stycznia 2007 r. w sprawie C-220/05 <i>Auroux</i>	45
Orzeczenie z dnia 19 kwietnia 2007 r. w sprawie C-295/05 <i>Tragsa</i>	59
Orzeczenie z dnia 26 kwietnia 2007 r. w sprawie C-195/04 <i>Komisja przeciwko Finlandii</i>	73
Orzeczenie z dnia 14 czerwca 2007 r. w sprawie C-6/05 <i>Medipac</i>	79
Orzeczenie z dnia 18 lipca 2007 r. w sprawie C-503/04 <i>Komisja przeciwko Niemcom</i>	93
Orzeczenie z dnia 18 lipca 2007 r. w sprawie C-382/05 <i>Komisja przeciwko Włochom</i>	101
Orzeczenie z dnia 13 września 2007 r. w sprawie C-260/04 <i>Komisja przeciwko Włochom</i>	109

Orzeczenie z dnia 4 października 2007 r. w sprawie C-492/06 <i>Consortio Elisoccorso</i>	117
Orzeczenie z dnia 11 października 2007 r. w sprawie C-237/05 <i>Komisja przeciwko Grecji</i>	123
Orzeczenie z dnia 11 października 2007 r. w sprawie C-241/06 <i>Lämmerzahl</i>	139
Orzeczenie z dnia 13 listopada 2007 r. w sprawie C-507/03 <i>Komisja przeciwko Irlandii</i>	141
Orzeczenie z dnia 13 grudnia 2007 r. w sprawie C-337/06 <i>Bayerischer Rundfunk</i>	147
Orzeczenie z dnia 18 grudnia 2007 r. w sprawie C-532/03 <i>Komisja przeciwko Irlandii</i>	161
Orzeczenie z dnia 18 grudnia 2007 r. w sprawie C-220/06 <i>Asociación Profesional</i>	167
Orzeczenie z dnia 18 grudnia 2007 r. w sprawie C-357/06 <i>Frigerio Luigi</i>	181
Orzeczenie z dnia 24 stycznia 2008 r. w sprawie C-532/06 <i>Lianakis</i>	189
Orzeczenie z dnia 14 lutego 2008 r. w sprawie C-450/06 <i>Varec</i>	197
Orzeczenie z dnia 3 kwietnia 2008 r. w sprawie C-346/06 <i>Dirk Rüffert</i>	207
Orzeczenie z dnia 3 kwietnia 2008 r. w sprawie C-444/06 <i>Komisja przeciwko Hiszpanii</i>	217
Orzeczenie z dnia 8 kwietnia 2008 r. w sprawie C-337/05 <i>Komisja przeciwko Włochom</i>	227
Orzeczenie z dnia 10 kwietnia 2008 r. w sprawie C-393/06 <i>Ing. Aigner</i>	237
Orzeczenie z dnia 15 maja 2008 r. w sprawach połączonych C-147/06 i C-148/06 <i>SECAP</i>	249
Orzeczenie z dnia 21 maja 2008 r. w sprawie T-495/04 <i>Belfass przeciwko Radzie</i>	259
Orzeczenie z dnia 19 czerwca 2008 r. w sprawie C-454/06 <i>pressetext Nachrichtenagentur</i>	279
Orzeczenie z dnia 17 lipca 2008 r. w sprawie C-347/06 <i>ASM Brescia</i>	293
Orzeczenie z dnia 2 października 2008 r. w sprawie C-157/06 <i>Komisja przeciwko Włochom</i>	305
Orzeczenie z dnia 13 listopada 2008 r. w sprawie C-324/07 <i>Coditel Brabant</i>	313

Indeks alfabetyczny 323

Indeks tematyczny 326

Europejski Trybunał Sprawiedliwości

Wprowadzenie

Orzeczenia wydawane przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości mają kluczowe znaczenie dla rozwoju unijnego systemu zamówień publicznych. I tak, Trybunał zastosował w swoim orzecznictwie do zamówień publicznych udzielanych w UE podstawowe zasady prawa wspólnotowego, takie jak zasada niedyskryminacji, równego traktowania, swobody prowadzenia działalności gospodarczej oraz swobody świadczenia usług. Do listy tych zasad Trybunał dodał także zasady, które nie są wprost zdefiniowane w pierwotnym prawie UE, ale które zostały przez Trybunał wprowadzone z zasady niedyskryminacji (np. zasada przejrzystości, wzajemnego uznawania itp.). Zastosowanie tych zasad do zamówień publicznych w UE zostało później potwierdzone przez nowe dyrektywy dotyczące zamówień publicznych.

W latach 2006-2008 Trybunał zajmował się szczegółową interpretacją niektórych pojęć z zakresu zamówień publicznych: “zamówienie publiczne”, “podmiot prawa publicznego”, “potrzeby w interesie ogólnym”, koncesje na usługi itp. Trybunał rozwijał także zapoczątkowane wyrokiem z dnia 18 listopada 1999 r. w sprawie C-107/98 *Teckal* orzecznictwo dotyczące zamówień udzielanych podmiotom wewnętrznym (*in house*). Trybunał poświęcił również dużo uwagi innym wyłączeniom spod obowiązku stosowania przepisów wspólnotowych w dziedzinie zamówień publicznych, w tym wyłączeniu przewidzianemu w art. 296 Traktatu, przy jednoczesnym silnym podkreśleniu zasady ścisłej interpretacji wyjątków.

1.1 Skład i organizacja Trybunału Sprawiedliwości

Trybunał Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich (ang. *Court of Justice*), zwany w dalszej części opracowania Trybunałem, został ustanowiony jako Trybunał Sprawiedliwości Europejskiej Wspólnoty Węgla i Stali (EWWiS). EWWiS została utworzona na mocy Traktatu Paryskiego, który został zawarty 18 kwietnia 1951 r. na 50 lat i wygasł w 2003 r. W 1957r. powstały dwie kolejne Wspólnoty:

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

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

Zgodnie z art. 220 Traktatu zadaniem Trybunału jest zapewnienie przestrzegania prawa w zakresie interpretacji i stosowania Traktatu. Ze wspomnianego przepisu wynikają dwie podstawowe funkcje Trybunału: po pierwsze wyegzekwowanie stosowania prawa w przypadkach, kiedy nastąpiło jego naruszenie, oraz po drugie, rozwój i interpretacja zasad prawa wspólnotowego. Powyższe funkcje pełnione są przez Trybunał również w zakresie zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 221 TWE w skład Trybunału wchodzi po jednym sędzim z każdego państwa członkowskiego. Sędziowie są wybierani spośród osób, których niezależność nie podlega żadnym wątpliwościom, które posiadają kwalifikacje wymagane dla sprawowania najwyższych funkcji sędziowskich w swoich krajach bądź są prawnikami o uznanym autorytecie (art. 223 Traktatu).

Sędziowie są wybierani na kadencje sześcioletnie, ich wybór może być powtórzony. Co trzy lata następuje odnowienie połowy składu Trybunału. Na czele Trybunału stoi przewodniczący wybierany przez samych sędziów na 3 - letnią kadencję. Sędziowie nie mogą sprawować, zgodnie z art. 4 Statutu Trybunału, żadnych urzędów administracyjnych ani politycznych. Nie mogą także angażować się w żadne inne przedsięwzięcia zarówno odpłatne jak i nieodpłatne, chyba, że uzyskają na to zgodę Rady Unii Europejskiej. Przewodniczący Trybunału jest wybierany przez wszystkich sędziów bezwzględną większością głosów w głosowaniu tajnym. Jego kadencja wynosi trzy lata, ale może być wybrany ponownie. Przewodniczący przewodniczy obradom i posiedzeniom, a ponadto pełni funkcje organizacyjne i administracyjne.

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

Z uwagi na wzrastającą liczbę spraw oraz przewlekłość postępowania toczącego się przed Trybunałem Państwa Członkowskie zdecydowały o powołaniu, podporządkowanego Trybunałowi, Sądu Pierwszej Instancji (dalej SPI). Nastąpiło to w wyniku zmian wprowadzonych do Traktatu przez Jednolity Akt Europejski z 1986 r. oraz decyzji Rady z 1988 r. Sąd rozpoczął swoją działalność 1 listopada 1989 r. W skład Sądu wchodzi po co najmniej jednym sędzim z każdego państwa członkowskiego (art. 224 TWE). Liczbę sędziów ma określić Statut ETS, po ostatnim rozszerzeniu liczba sędziów SPI wynosi 27. Członkowie Sądu muszą dawać gwarancję niezależności oraz posiadać kwalifikacje niezbędne do wykonywania czynności sędziowskich. W sądzie nie ma odrębnej instytucji rzeczników generalnych. Statut ETS może jednak przewidywać, że SPI będzie wspierany przez rzeczników generalnych. SPI orzeka w izbach pięć, trzy a nawet jednoosobowych. Sprawy o szczególnym znaczeniu są rozpatrywane w składzie wielkiej izby, a nawet w pełnym składzie.

Początkowo Sąd otrzymał kompetencję do rozpatrywania:

- Spraw pracowniczych tj. skarg funkcjonariuszy Wspólnoty przeciwko Wspólnotom w sprawach związanych z zatrudnieniem¹,
- Spraw wnoszonych przez jednostki: skarg wnoszonych przez podmioty gospodarcze na tle prawa konkurencji, skarg odszkodowawczych, skarg osób fizycznych lub prawnych przeciwko organom Wspólnoty.

¹ Na mocy decyzji Rady z dnia 2 listopada 2004 r. ustanawiającej Sąd do spraw Służby Publicznej Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE L 333 z 9.11.2004, str. 7) sprawy pracownicze funkcjonariuszy leżą w kompetencji składającego się z siedmiu sędziów, mianowanych przez Radę na okres sześciu lat (z możliwością ponownego mianowania) Sądu do spraw Służby Publicznej. Od jego orzeczeń można w terminie dwóch miesięcy wnieść odwołanie do Sądu Pierwszej Instancji. Postępowanie przed Sądem jest uregulowane postanowieniami Statutu Trybunału, w szczególności postanowieniami zawartymi w załączniku I do statutu oraz regulaminem postępowania, który wszedł w życie w dniu 1 listopada 2007 r.

Dalsze wzmocnienie kompetencji SPI nastąpiło wraz z wejściem w życie Traktatu Nicejskiego². SPI otrzymał wówczas kompetencję do rozpatrywania (w pierwszej instancji) spraw dotyczących ważności aktów prawa wspólnotowego, spraw dotyczących roszczeń z tytułu odpowiedzialności WE, spraw dotyczących zaniechania działania przez instytucje wspólnotowe wnoszonych przez inne podmioty niż jednostki³. SPI otrzymał również kompetencje w zakresie niektórych rodzajów skarg wnoszonych przez państwa członkowskie przeciwko instytucjom wspólnotowym. Obecnie jest to dopuszczalne w przypadku spraw przeciwko Komisji Europejskiej, a także skarg wniesionych przez państwa członkowskie przeciwko Radzie, dotyczących aktów z dziedziny pomocy państwa, handlowych środków ochronnych oraz aktów, za pomocą których korzysta ona z uprawnień wykonawczych. Na mocy art. 225 ust. 3 TWE w brzmieniu nadanym przez Traktat Nicejski SPI będzie miał także kompetencję do rozpatrywania wniosków o wydanie orzeczenia wstępnego w zakresie, który zostanie dopiero szczegółowo określony w statucie TS⁴.

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

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

1.2 Akty prawne dotyczące Trybunału

Trybunału dotyczą nie tylko poszczególne przepisy TWE też Traktatu EURATOM, ale także zatwierdzone w specjalnych protokołach do tych traktatów statuty. Protokół do Traktatu stanowi jego integralną część (patrz art. 311 Traktatu), tzn. że ma taką samą moc prawną jak prawo pierwotne. W Statucie Trybunału określona jest szczegółowa organizacja ETS oraz najważniejsze zasady dotyczące ustnego i pisemnego postępowania przed ETS. Szczegółowe kwestie związane z postępowaniem przed Trybunałem regulowane są natomiast przez przepisy proceduralne – Regulamin ETS (ang. *Rules of procedures*). Regulamin precyzuje przepisy Statutu oraz reguluje w sposób szczegółowy przebieg postępowania przed ETS.

² Traktat o zmianie TWE, który wszedł w życie 1 lutego 2003 r.

³ A. Łabędzka „System instytucjonalny Unii Europejskiej” w „Unia Europejska. Prawo instytucjonalne i gospodarcze”, praca zbiorowa pod red. A. Łazowskiego, str. 240, Dom Wydawniczy ABC, Warszawa, 2005 r.

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

1.3 Rola Rzecznika Generalnego

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

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

Jak wynika ze statystyk Trybunału, zwiększa się odsetek spraw, w których Trybunał wydaje wyrok, bez wysłuchania opinii rzecznika generalnego (43 % spraw w 2007 r. i 33 % w roku 2006)⁵.

2. Rodzaje postępowań przed ETS

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

- a) w przedmiocie skargi na uchybienie zobowiązaniom,
- b) w przedmiocie skargi o unieważnienie,
- c) w przedmiocie skargi na bezczynność,
- d) w przedmiocie skargi odszkodowawczej,
- e) w przedmiocie odwołania od wyroku SPI, oraz
- f) w przedmiocie pytania prejudycjalnego

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

2.1 Sprawy wniesione przez Komisję w trybie art. 226

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

⁵ Komunikat prasowy Trybunału nr 14/08 z dnia 7 marca 2008 r. (<http://www.curia.europa.eu>).

Naruszenie prawa wspólnotowego przez państwo członkowskie może polegać na⁶:

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

Komisja, zanim wnieśli sprawę do Trybunału, obowiązana jest, zgodnie z art. 226 Traktatu, dać Państwu, którego domniemane naruszenie prawa dotyczy, możliwość wypowiedzenia się na temat tego naruszenia. W tym celu Komisja wystosowuje do danego państwa pierwsze pismo w sprawie naruszenia (ang. *letter of formal notice*), zawierające zarzuty i wzywające adresata do ustosunkowania się do podniesionych zarzutów. Jeżeli Komisja nie jest zadowolona z odpowiedzi sporządza umotywowaną opinię (ang. *reasoned opinion*) w sprawie, w której jest obowiązana wyjaśnić, na czym jej zdaniem polega naruszenie prawa wspólnotowego. Umotywowana opinia winna, zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Trybunału, zawierać „spójny i szczegółowy opis powodów, które przekonały Komisję, że Państwo nie wywiązało się z zobowiązań wynikających z Traktatu” (orzeczenie w sprawie 274/83 Komisja przeciwko Włochom {1985} ECR 1077). Nie można jednak wymagać od Komisji wskazania w umotywowanej opinii, jakie kroki należy podjąć w celu wyeliminowania skutków danego naruszenia (patrz m. in. orzeczenie w sprawie C-247/89 Komisja przeciwko Republice Portugalii)⁷. Dalej art. 226 stanowi, że jeżeli Państwo nie stosuje się do opinii w terminie na niej wyznaczonym, Komisja może wnieść sprawę do Trybunału. Wyżej opisane postępowanie ma charakter wstępnego postępowania przedprocesowego i jak wynika również z publikowanego w niniejszym zbiorze orzecznictwa, odgrywa bardzo ważną rolę. Zgodnie bowiem z utrwalonym orzecznictwem, w sprawach wniesionych w trybie art. 226 wstępne postępowanie określa przedmiot postępowania, który nie może być stopniowo rozszerzany (tak m. in. w sprawie C- 243/89 „Storebaelt”)⁸. Innymi słowy, jeżeli Komisja nie przedstawiła jakiegoś zarzutu w pierwszym piśmie w sprawie oraz w umotywowanej opinii nie może już powoływać się na niego, pod rygorem jego nieuwzględnienia, w postępowaniu przed Trybunałem.

2.1.1 Przebieg postępowania z art. 226

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

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

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

⁸ Wyrok Trybunału z 22 września 1989 r. (ECR 1989, str. 04929).

Wymiana tych dokumentów kończy pisemną fazę postępowania. Po wysłuchaniu sprawozdania sędziego - sprawozdawcy oraz opinii rzecznika generalnego, Przewodniczący decyduje, czy należy przeprowadzić przesłuchanie wstępne oraz czy sprawa powinna być rozpatrywana w składzie Izby czy też w pełnym składzie. Po zakończeniu ewentualnego przesłuchania wstępnego przewodniczący wyznacza datę publicznej rozprawy. W sprawozdaniu z przesłuchania wstępnego sędziego - sprawozdawca podsumowuje fakty oraz argumenty podnoszone przez strony i ewentualnie interwenientów. Sprawozdanie jest upubliczniane w języku, w jakim było przeprowadzane przesłuchanie wstępne. Następnie sprawa jest rozpatrywana na rozprawie z udziałem rzecznika generalnego. Sędziowie mogą zadawać pytania stronom postępowania. Nieco później, znowu podczas publicznego posiedzenia, Rzecznik generalny przedstawia opinię, zawierającą jego pogląd na prawne aspekty sprawy oraz propozycje sposobu rozstrzygnięcia. Przedstawienie opinii kończy ustną fazę postępowania. Następnie sędziowie obradują, biorąc jako podstawę tych obrad, wstępny projekt wyroku przygotowany przez sędziego - sprawozdawcę. Każdy z sędziów może zaproponować zmiany w tekście orzeczenia. Ostateczny wyrok jest odczytywany publicznie, na specjalnie zwołanym posiedzeniu. Wyrok zawiera również decyzję dotyczącą kosztów procesowych. Samo postępowanie jest wolne od opłat sądowych, natomiast strona przegrywająca, zgodnie z art. 69 ust. 2 Regulaminu, zobowiązana jest do zwrócenia stronie wygrywającej kosztów poniesionych przez nią w związku z postępowaniem. Koszty te obejmują głównie wynagrodzenie prawników.

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

2.1.2 Implementacja wyroków Trybunału – art. 228 TWE

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

Kary przewidziane w art. 228 TWE są nakładane na wniosek Komisji, która powinna określić rodzaj oraz wysokość kary. ETS nie jest jednak związany tymi propozycjami. Jak do tej pory nie było zbyt wiele przypadków nałożenia kary przez ETS – skuteczność tego narzędzia, które zmusza państwo członkowskie do zastosowania się do orzeczenia ETS została odkryta stosunkowo niedawno. Kary nakładane przez ETS mogą być bardzo dotkliwe. W 2000 r. Grecja została ukarana grzywną w wysokości 20.000 euro za każdy

dzień nie zastosowania się do wyroku wydanego poprzednio przez ETS (w 1992 r.). W 2003 r. ETS nałożył na Hiszpanię karę ryczałtową w wysokości 624.150 euro rocznie za nie wywiązywanie się z obowiązków wynikających z orzeczenia ETS, w którym ETS uznał wody kąpielowe w Hiszpanii za niespełniające wymogów prawa europejskiego. Najbardziej surowe jak do tej pory kary zostały nałożone przez ETS na Francję w roku 2005:

- 57.761.250 euro za każdy sześciomiesięczny okres naruszania prawa wspólnotowego, oraz
- 20.000.000 euro kary ryczałtowej.

W odniesieniu do tej ostatniej kary warto zwrócić uwagę, że był to pierwszy przypadek kiedy oba rodzaje kar zostały nałożone na państwo członkowskie na podstawie art. 228 TWE (w wyroku ETS podkreślił, że obie te kary mogą być zastosowane kumulatywnie), Francja jednak nie wykonywała poprzedniego orzeczenia ETS przez 14 lat.

Do tej pory nie było jeszcze przypadku nałożenia przez ETS grzywny na państwo członkowskie w zakresie zamówień publicznych, wydaje się to jednak tylko kwestią czasu. W grudniu 2004 r. Komisja Europejska wniosła skargę przeciwko RFN o niewykonanie wyroku ETS w połączonych sprawach C – 20-28/01⁹. Sprawa ta dotyczyła zamówień udzielonych przez dwie niemieckie gminy (Bockhorn i Brunzswik) naruszeniem wspólnotowych przepisów (brak publikacji ogłoszenia o zamówieniu). Zdaniem Komisji implementacja wyroku ETS powinna polegać na uchyleniu umów o zamówienie publiczne zawartych z naruszeniem prawa. W swojej skardze Komisja wniosła o nałożenie na RFN grzywny za każdy dzień zwłoki w wykonaniu orzeczenia ETS. Jednak przed wydaniem wyroku w tej sprawie¹⁰ obie umowy zostały rozwiązane i nałożenie kar finansowych stało się nieuzasadnione.

2.1.3 Środki tymczasowe

Należy zwrócić uwagę, że pomiędzy wszczęciem postępowania z art. 226 a wydaniem orzeczenia przez Trybunał może upłynąć sporo czasu. Średni czas trwania postępowania w trybie art. 226 wynosił w 2007 r. ok. 18 miesięcy¹¹. Nic dziwnego zatem, że może powstać potrzeba skorzystania z pewnych środków tymczasowych, np. zawieszenia postępowania o udzielenie zamówienia, celem których byłoby zachowanie status quo, dopóki nie zostanie wydane ostateczne orzeczenie Trybunału. Art. 243 Traktatu pozwala Trybunałowi na zastosowanie, w przypadku postępowania toczącego się w trybie art. 226 środków tymczasowych. Bardziej szczegółowe zasady ich stosowania określone są w art. 83 - 88 Regulaminu. Z wnioskiem o zastosowanie takiego środka może wystąpić tylko strona postępowania toczącego się przed Trybunałem, zaś wniosek może dotyczyć tylko danej sprawy. W kwestii zastosowania środka decyzję podejmuje zwykle Przewodniczący, lecz może on także przekazać wniosek do rozpoznania przez Trybunał. Przewodniczący, otrzymawszy stosowny wniosek, informuje o nim drugą stronę postępowania oraz wyznacza jej określony termin do przedstawienia opinii w sprawie. Charakterystyczne, że stosowanie środka tymczasowego jest możliwe dopiero w momencie, w którym sprawa trafi do Trybunału, nie zaś na wcześniejszych etapach postępowania. Tymczasem pomiędzy przedstawieniem przez Komisję pierwszego pisma w sprawie, a skierowaniem sprawy do Trybunału może upłynąć sporo czasu. W praktyce zastosowanie takiego środka może polegać na zawieszeniu postępowania o udzielenie zamówienia. Problem jednak powstaje w sytuacji, kiedy zamówienie zostało już udzielone, choć jak wynika z zarządzenia Przewodniczącego w sprawie C-272/91R środek tymczasowy może być zastosowany nawet po zawarciu umowy z wybranym wykonawcą.

⁹ Wyrok ETS z 10 kwietnia 2003 r.

¹⁰ Orzeczenie z dnia 18 lipca 2007 r. w sprawie C-503/04 Komisja przeciwko Niemcom

¹¹ Komunikat prasowy Trybunału nr 14/08 z dnia 7 marca 2008 r. (<http://www.curia.europa.eu>).

2.1.4 Skarga innego Państwa Członkowskiego - procedura z art. 227

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

Postępowanie w trybie art. 227 nie odgrywa w praktyce żadnej roli. Żadne z postępowań w sprawach dotyczących zamówień publicznych nie zostało wszczęte w trybie art. 227, zaś w innych sprawach były to pojedyncze przypadki.

2.2 Postępowanie o wydanie orzeczenia wstępnego

Drugim, podstawowym obok skarg bezpośrednich, rodzajem postępowań toczących się przed TS jest procedura orzeczeń wstępnych. Około połowy spraw rozpatrywanych przez TS dotyczy wniosków o udzielenie odpowiedzi na pytania prejudycjalne. Procedura ta jest fundamentem ścisłej i partnerskiej współpracy organów sądowych państw członkowskich z Trybunałem Sprawiedliwości. Ten ostatni, wykorzystując tę procedurę, przy uwzględnieniu celów traktatowych, znacząco przyczynił się do faktycznej integracji europejskiej¹².

Trybunał orzeka w formie orzeczenia wstępnego:

- 1) w przedmiocie interpretacji Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską,
- 2) w przedmiocie ważności i wykładni aktów instytucji wspólnotowych oraz Europejskiego Banku Centralnego,
- 3) w przedmiocie interpretacji statutów organów utworzonych przez Radę, o ile statuty te przewidują taką możliwość.

Procedura orzeczeń wstępnych ma za zadanie zapewnienie jednolitej interpretacji prawa wspólnotowego we wszystkich państwach członkowskich UE¹³. Znaczenie tej procedury polega także na:

- zapobieżeniu interpretacji prawa wspólnotowego wyłącznie w świetle reguł krajowych systemów prawnych i metod wykładni,
- dla podmiotów indywidualnych stanowi jeden ze środków ochrony prawnej przyznanych im na podstawie prawa wspólnotowego¹⁴.

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

Kwestie związane z interpretacją prawa wspólnotowego mogą pojawić się podczas postępowania toczącego się przed sądami krajowymi w poszczególnych państwach członkowskich. W szczególności może to dotyczyć poszczególnych przepisów Traktatu, jak chociażby w sprawie Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Irlandii

¹² M. Taborowski, op. cit, str. 480.

¹³ Ibidem, str. 479.

¹⁴ Ibidem.

(45/87 „Dundalk”), kiedy Trybunał uznał, że doszło do naruszenia art. 30 (obecnie art. 28) Traktatu poprzez postawienie warunku, by materiały użyte do wykonania zamówienia posiadały certyfikat zgodności ze standardami kraju zamawiającego. Problemy interpretacyjne mogą się również pojawić, jeżeli państwo członkowskie nie dokonało implementacji dyrektywy w ogóle lub też uczyniło to, ale w sposób, który budzi pewne wątpliwości. Z takimi właśnie interpretacjami prawa wspólnotowego mamy do czynienia w trybie procedury określonej w art. 234. Celem wydania orzeczenia wstępnego jest głównie zapewnienie jednolitego stosowania prawa wspólnotowego przez sądy krajowe. Jeżeli pytanie dotyczące interpretacji prawa wspólnotowego pojawi się w postępowaniu przed sądem lub trybunałem krajowym, sąd lub trybunał może zwrócić się do Trybunału z wnioskiem o wydanie orzeczenia wstępnego. Uprawnienia takiego nie posiadają strony postępowania toczącego się przed sądem krajowym. W sytuacji, kiedy osoba prywatna jest zdania, że nastąpiło naruszenie prawa wspólnotowego pozostaje jej dochodzenie naprawienia tego naruszenia w postępowaniu przed sądem krajowym. Wiąże się z tym kwestia bezpośredniego skutku postanowień prawa wspólnotowego. Zgodnie z ustalonym orzecznictwem Trybunału, osoby prywatne mogą powoływać się na przepisy Traktatu, w sytuacji, kiedy dane postanowienie ma bezpośredni skutek. Aby przepis mógł być stosowany bezpośrednio muszą być spełnione dwie przesłanki: przepis ten musi być bezwarunkowy oraz dostatecznie precyzyjny, aby można było wymusić jego stosowanie w postępowaniu przed sądami krajowymi.

Na koniec konieczne jest jeszcze wyjaśnienie pojęcia sądu lub trybunału z art. 234 Traktatu. Kwestia uznania poszczególnych organów za sąd lub trybunał w rozumieniu art. 234 powinna być interpretowana w świetle prawa wspólnotowego nie zaś prawa krajowego. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału (tak m. in. w sprawie C – 54/96) należy brać pod uwagę szereg elementów, w tym to czy organ został utworzony zgodnie z prawem, czy jest to organ stały, czy jego właściwość jest obligatoryjna, czy umożliwia wypowiedzenie się stronom w sprawie oraz czy jest on niezależny od podmiotów podejmujących decyzje w sprawie udzielenia zamówienia publicznego. Należy także podkreślić, że sądem lub trybunałem w rozumieniu art. 234 jest organ, od którego orzeczenia nie przysługuje środek odwoławczy zgodnie z prawem krajowym.

2.2.1 Przebieg postępowania w trybie art. 234

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

Trybunał ma obowiązek wydać orzeczenie w sprawie interpretacji, chyba że interpretacji danego przepisu już wcześniej dokonano lub znaczenie tego przepisu jest oczywiste i nie pozostawia żadnej swobody w interpretacji. Nawet jeżeli w danej sprawie zapadło już orzeczenie Trybunału inny sąd krajowy może wystąpić z wnioskiem dotyczącym interpretacji tego samego przepisu, licząc na inną interpretację ze strony Trybunału. Orzeczenie wydane w trybie art. 234 nosi nazwę “wstępnego” ponieważ postępowanie w sprawie jego wydania, jest dla stron jedynie etapem postępowania głównego toczącego się przed sądem krajowym.

W przypadku postępowania z art. 234 językiem tego postępowania jest język państwa, którego sąd przedłożył pytania Trybunałowi.

Średni czas trwania postępowania w trybie art. 234 w 2007 r. wynosił 19,3 miesiąca. Z analizy porównawczej wynika, że w 2007 r. średni czas trwania postępowania w sprawach prejudycjalnych był najniższy od 1995 r.¹⁵

2.2.2 Obowiązki orzeczenia wstępnego

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

3. Struktura orzeczenia

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

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

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

Od czasu powołania SPI zmianie uległ sposób oznaczania spraw rozpatrywanych przez ETS i SPI (na potrzeby rozróżnienia spraw rozpatrywanych przez ETS i SPI). Od 1989 r. sprawy rozpatrywane przez ETS są oznaczane literą "C" po której następuje nr sprawy oraz rok jej wniesienia (np. sprawa C - 324/93, C - 380/98); te zaś rozpatrywane przez SPI są oznaczane literą "T", (np. T - 15/04).¹⁶ Sprawy wniesione do ETS przed powołaniem SPI były oznaczane tylko nr sprawy oraz rokiem jej wniesienia np. 76/81 lub 45/87.

Dariusz Piasta
Wiceprezes Urzędu Zamówień Publicznych

¹⁵ Komunikat prasowy Trybunału nr 14/08 z dnia 7 marca 2008 r. (<http://www.curia.europa.eu>).

¹⁶ Sprawy rozpatrywane przez Sąd do spraw Służby Publicznej oznaczane są literą F.

**Orzecznictwo Europejskiego
Trybunału Sprawiedliwości**

**w zakresie zamówień
publicznych**

**Orzeczenie z dnia 9 lutego 2006 r. w sprawach połączonych
C-226/04 i C-228/04 *La Cascina et Zilch***

**WYROK TRYBUNAŁU (pierwsza izba)
z dnia 9 lutego 2006 r. (*)**

Zamówienia publiczne na usługi – Dyrektywa 92/50/EWG – Artykuł 29 akapit pierwszy lit. e) i f) – Zobowiązania usługodawców – Opłacanie składek na ubezpieczenie społeczne i podatków

W sprawach połączonych C-226/04 i C-228/04

mających za przedmiot wnioski o wydanie, na podstawie art. 234 WE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożone przez Tribunale amministrativo regionale del Lazio (Włochy) postanowieniami z dnia 22 kwietnia 2004 r., które wpłynęły do Trybunału w dniu 2 czerwca 2004 r., w postępowaniach:

La Cascina Soc. coop. arl,

Zilch Srl (C-226/04)

przeciwko

Ministero della Difesa,

Ministero dell’Economia e delle Finanze,

Pedus Service,

Cooperativa Italiana di Ristorazione soc. coop. arl (CIR),

Istituto nazionale per l’assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (INAIL),

i

Consorzio G. f. M. (C-228/04)

przeciwko

Ministero della Difesa,

La Cascina Soc. coop. arl,

TRYBUNAŁ (pierwsza izba),

w składzie: P. Jann, prezes izby, K. Schiemann, N. Colneric, K. Lenaerts i E. Juhász (sprawozdawca), sędziowie,

rzecznik generalny: M. Poiares Maduro,

sekretarz: L. Hewlett, główny administrator,

uwzględniając procedurę pisemną i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 30 czerwca 2005 r.,

rozważywszy uwagi przedstawione:

- w imieniu La Cascina Soc. coop. arl i Zilch Srl przez D. Grossiego, G. Romana-Cesarea i D. Cusmana, avvocati,

- w imieniu rządu włoskiego przez I. M. Braguglię, działającego w charakterze pełnomocnika, wspieranego przez D. Del Gaiza, avvocato dello Stato,
- w imieniu rządu austriackiego przez M. Fruhmanna, działającego w charakterze pełnomocnika,
- w imieniu Komisji Wspólnot Europejskich przez A. Aresu i K. Wiednera, działających w charakterze pełnomocników,

po zapoznaniu się z opinią rzecznika generalnego na posiedzeniu w dniu 8 września 2005 r., wydaje następujący

Wyrok

1. Wnioski o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczą wykładni art. 29 akapit pierwszy lit. e) i f) dyrektywy Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnoszącej się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi (Dz.U. L 209 str. 1, zwanej dalej „dyrektywą”).
2. Wnioski te zostały złożone w ramach sporów zawisłych pomiędzy spółkami La Cascina Soc. coop. arl (zwaną dalej „La Cascina”) i Zilch Srl (zwaną dalej „Zilch”) oraz consorzio G. f. M. (zwanym dalej „G. f. M.”) a włoskim ministerstwem obrony i włoskim ministerstwem gospodarki i finansów, jako instytucją zamawiającą, w przedmiocie – po pierwsze – wykluczenia tych przedsiębiorstw z udziału w postępowaniu przetargowym na usługi oraz – po drugie – zgodności z art. 29 dyrektywy stanowiącego jego odpowiednik przepisu włoskiej regulacji, która zapewnia transpozycję tej dyrektywy do prawa krajowego.

Ramy prawne

Uregulowania wspólnotowe

3. Z motywów drugiego i trzeciego dyrektywy wynika, że została ona przyjęta w ramach środków „mających na celu stopniowe ustanowienie rynku wewnętrznego” oraz że w związku z tym służy ona „koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi”.
4. Motyw dwudziesty dyrektywy stanowi, że „[...] w celu wyeliminowania praktyk ogólnie ograniczających konkurencję oraz ograniczających w szczególności udział w zamówieniach obywateli innych państw członkowskich niezbędna jest poprawa dostępu usługodawców do procedur udzielania zamówień”.
5. W duchu otwarcia zamówień publicznych na jak najszerszą konkurencję art. 13 ust. 5 dyrektywy przewiduje w dziedzinie organizacji konkursów na projekt, że „[w] każdym przypadku liczba kandydatów zaproszonych do składania ofert jest wystarczająca do zapewnienia rzeczywistej konkurencji”. Podobnie, jeśli chodzi o procedurę ograniczoną, art. 27 ust. 2 akapit drugi tej dyrektywy stanowi, że „[w] każdym przypadku liczba kandydatów zaproszonych do składania ofert jest wystarczająca do zapewnienia rzeczywistej konkurencji”.
6. Artykuł 29 dyrektywy, zawarty w rozdziale 2 tytułu VI „Kryteria wyboru jakościowego”, przewiduje:
 - „Z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego usługodawcę:
 - a) który jest w stanie upadłości lub likwidacji, którego działalność jest objęta zarządem sądowym, który zawarł umowę z wierzycielami, zawiesił działalność gospodarczą albo znajduje się w analogicznej sytuacji, wynikającej z podobnej procedury zgodnej z krajowymi przepisami ustawowymi i wykonawczymi;

- b) który jest przedmiotem postępowania o ogłoszenie upadłości, o wydanie nakazu przymusowej likwidacji, o ustanowienie zarządu sądowego, postępowania układowego z wierzycielami lub innego podobnego postępowania zgodnego z krajowymi przepisami ustawowymi i wykonawczymi;
- c) który został skazany prawomocnym wyrokiem za przestępstwo związane z jego działalnością zawodową;
- d) który jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, udowodnionego za pomocą jakichkolwiek środków przez instytucje zamawiające;
- e) który nie wypełnia zobowiązań dotyczących opłacania składek na ubezpieczenie społeczne, zgodnie z przepisami prawnymi kraju, w którym ma siedzibę [...], lub zgodnie z przepisami prawnymi kraju instytucji zamawiającej;
- f) który nie wypełnia zobowiązań dotyczących płatności podatków, zgodnie z przepisami prawnymi kraju instytucji zamawiającej;
- g) który jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji, które mogą być wymagane na mocy niniejszego rozdziału.

W przypadku gdy instytucja zamawiająca zobowiązuje usługodawcę do udowodnienia, że nie stosuje się do niego żaden z przypadków wymienionych w lit. a), b), c), e) lub f), przyjmuje za wystarczający dowód:

- [...]
- w przypadku lit. e) lub f) – zaświadczenie wydane przez właściwe organy państwa członkowskiego, którego to dotyczy.

[...]

Państwa członkowskie wyznaczają, w terminie określonym w art. 44, organy i podmioty właściwe do wydawania takich dokumentów lub zaświadczeń i niezwłocznie powiadamiają o tym inne państwa członkowskie oraz Komisję”.

Uregulowania krajowe

7. Dyrektywa została przetransponowana do prawa włoskiego dekretem ustawodawczym nr 157 z dnia 17 marca 1995 r. (GURI nr 104 z dnia 6 maja 1995 r., zwanym dalej „dekretem nr 157/1995”).
8. Artykuł 12 lit. d) i e) tego dekretu w brzmieniu wynikającym z zastępującego go art. 10 dekretu ustawodawczego nr 65 z dnia 25 lutego 2000 r. (GURI nr 70 z dnia 24 marca 2000 r., zwany dalej „art. 12 dekretu nr 157/1995”), który zapewnia transpozycję do prawa krajowego art. 29 dyrektywy, stanowi:

„[...] z udziału w zamówieniach publicznych wykluczeni są kandydaci:

k którzy mają nieuregulowane zobowiązania w zakresie płatności składek na ubezpieczenie społeczne pracowników, zgodnie z włoskimi przepisami prawnymi lub przepisami kraju, w którym mają siedzibę;

k którzy mają nieuregulowane zobowiązania w zakresie płatności podatków, zgodnie z włoskimi przepisami prawnymi lub przepisami kraju, w którym mają siedzibę”.

Postępowania przed sądem krajowym i pytania prejudycjalne

9. W grudniu 2002 r. włoskie ministerstwo obrony w porozumieniu z ministerstwem gospodarki i finansów zamieściło w *Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana* oraz w *Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich* ogłoszenie o ograniczonym i przyspieszonym przetargu w celu udzielenia zamówienia publicznego na usługi

restauracyjne w jednostkach i departamentach ministerstwa obrony znajdujących się na terytorium całego kraju. Termin do złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w przetargu został wyznaczony na dzień 15 stycznia 2003 r., a termin do składania ofert na dzień 3 marca 2003 r.

10. Przetarg ten składał się z szesnastu części. W odniesieniu do każdej z nich przewidziane było inne roczne wynagrodzenie oraz specyficzny obszar realizacji i szczególny zakres świadczeń.
11. Do przetargu zgłosiły się między innymi La Cascina i Zilch jako tymczasowe konsorcjum przedsiębiorstw – w odniesieniu do większości z szesnastu części – oraz G. f. M. wyłącznie w odniesieniu do części nr 7.
12. W dniu 4 grudnia 2003 r. instytucja zamawiająca podjęła decyzję o wykluczeniu z postępowania La Cascina i G. f. M. z powodu nieuregulowanych zobowiązań w zakresie płatności składek na ubezpieczenie społeczne pracowników, jak również Zilch, z powodu nieuregulowanych zobowiązań w zakresie płatności podatków.
13. Te trzy podmioty, których dotyczy postępowanie, wniosły do sądu krajowego o uchylenie tej decyzji. W szczególności La Cascina i G. f. M. podnosiły, że zapłata składek na ubezpieczenie społeczne została uregulowana później. Zilch ze swojej strony twierdziła, że część żądanego podatku była przedmiotem ulgi podatkowej oraz – odnośnie do pozostałej części należnego podatku – że była ona objęta „amnestią podatkową” zgodnie z podatkowym instrumentem legalizującym uchwalonym przez ustawodawcę krajowego w 2002 r., na podstawie którego przysługiwało jej prawo do zapłaty podatku w ratach.
14. Instytucja zamawiająca twierdziła natomiast, że późniejsze uregulowanie nie oznacza, iż skarżące przedsiębiorstwa w momencie upływu terminu do składania wniosku o dopuszczenie do udziału w przetargu, tj. w dniu 15 stycznia 2003 r. miały uregulowaną sytuację w zakresie swoich zobowiązań.
15. Sąd krajowy stwierdza różnicę w sformułowaniu art. 29 dyrektywy i art. 12 dekretu nr 157/1995. Tak więc, podczas gdy przepis wspólnotowy przewiduje możliwość wykluczenia z udziału w zamówieniu usługodawcy, który „nie wypełnił” swoich zobowiązań, to przepis krajowy wyklucza tego usługodawcę, który „ma nieuregulowane” swoje zobowiązania.
16. Sąd ten w konsekwencji zadaje sobie pytanie, czy będący przedmiotem postępowania przepis krajowy nie ma charakteru bardziej liberalnego i nie daje więcej swobody organom krajowym oraz odwołuje się w tym względzie do rozbieżności interpretacji występujących w rozstrzygnięciach sądów włoskich wydanych w tej dziedzinie. Niektóre sądy uznają bowiem uregulowanie w terminie późniejszym, tj. po upływie końcowego terminu do złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w zamówieniu, w dwóch rodzajach sytuacji:
 - w przypadku gdy zainteresowane podmioty zakwestionowały zasadność swoich zobowiązań przed właściwymi krajowymi organami administracyjnymi lub sądowymi,
 - w przypadku gdy rzeczywiście uchybiwszy swoim zobowiązaniom, skorzystały z instrumentów obniżających zobowiązania podatkowe wydanych przez państwo, które zezwoliło im na późniejsze uregulowanie ich sytuacji w dziedzinie podatków i ubezpieczenia społecznego, lub z instrumentów amnestii podatkowej.
17. Zważywszy, że taka interpretacja mogłaby doprowadzić do nierównego traktowania usługodawców oraz do paraliżu postępowania w sprawie udzielenia zamówienia, Tribunale amministrativo regionale del Lazio postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

- „1) Czy ww. przepisy omawianej dyrektywy należy interpretować w ten sposób, że tam, gdzie ustawodawca wspólnotowy używa sformułowań »który nie wypełnia zobowiązań dotyczących opłacania składek na ubezpieczenie społeczne, zgodnie z przepisami prawnymi kraju, w którym ma siedzibę, lub zgodnie z przepisami prawnymi kraju instytucji zamawiającej« jak również »który nie wypełnia zobowiązań dotyczących płatności podatków, zgodnie z przepisami prawnymi kraju instytucji zamawiającej«, odnoszą się one wyłącznie do wypełnienia tych zobowiązań przez zainteresowany podmiot w chwili upływu terminu do złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w przetargu (lub w każdym razie w okresie poprzedzającym udzielenie zamówienia) poprzez dokonanie całkowitej i terminowej płatności?
- 2) Czy w konsekwencji, włoskie przepisy wykonawcze (tj. art. 12 lit. d) i e) dekretu ustawodawczego nr 157 z dnia 17 marca 1995 r.), które odmiennie od wyżej cytowanego przepisu wspólnotowego pozwalają na wykluczenie z udziału w zamówieniach publicznych podmiotów, które »mają niuregulowane zobowiązania w zakresie płatności składek na ubezpieczenie społeczne pracowników, zgodnie z włoskimi przepisami prawnymi lub przepisami kraju, w którym mają siedzibę«, lub »mają niuregulowane zobowiązania w zakresie płatności podatków, zgodnie z włoskimi przepisami prawnymi lub przepisami kraju, w którym mają siedzibę« należy interpretować z wyłącznym odniesieniem do – stwierdzonego we wskazanym powyżej terminie (tj. terminie do złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w przetargu lub okresie bezpośrednio poprzedzającym udzielenie zamówienia, również o charakterze nieostatecznym) – niewykonania tych zobowiązań, z wyłączeniem możliwości uwzględnienia jakiegokolwiek późniejszego »uregulowania« zobowiązań przez takie podmioty?
- 3) Czy też – odmiennie – (w przypadku gdy w świetle wskazań zawartych w pytaniu 2, przepisy krajowe zostałyby uznane za niezgodne z przesłankami i celem przepisów wspólnotowych) można uznać, że ustawodawca krajowy, w świetle ciężących na nim obowiązków w zakresie wprowadzenia przepisów wspólnotowych wyrażonych w omawianej dyrektywie, może dopuścić do udziału w zamówieniach publicznych również podmioty, które pomimo braku »uregulowania« ciężących na nich zobowiązań w chwili upływu terminu zgłoszenia udziału w rzeczonych zamówieniach, są w stanie udowodnić zdolność do uregulowania zobowiązań (i to, że podjęły działania w tym kierunku) przed udzieleniem zamówienia?
- 4) Jeżeli dopuszczalna jest wykładnia wskazana w pytaniu 3 i w konsekwencji mogą być wprowadzone bardziej elastyczne przepisy, niż te które wynikałyby z rygorystycznego rozumienia przyjętego przez ustawodawcę wspólnotowego pojęcia »wypełnienie zobowiązań«, czy taka regulacja nie pozostaje w sprzeczności z podstawowymi zasadami prawa wspólnotowego, takimi jak zasada równego traktowania wszystkich obywateli Unii, jak również – wyłącznie w zakresie dotyczącym zamówień publicznych – gwarancji równych warunków dla wszystkich, którzy złożyli wniosek o dopuszczenie do udziału w takim zamówieniu?».

W przedmiocie pytań prejudycjalnych

18. Na wstępie należy zaznaczyć, że zgodne z postanowieniami tytułu II dyrektywy stosowanie jej przepisów jest uzależnione od zakwalifikowania danych usług. Jednakże to zakwalifikowanie, ponieważ wymaga dokonania oceny stanu faktycznego, należy do sądu krajowego; Trybunał dokona zatem wykładni przepisów dyrektywy powołanych we wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym. Z wniosku tego wynika ponadto, że dotyczy on procedury ograniczonej w rozumieniu dyrektywy.

19. Sąd krajowy poprzez swoje pytania zamierza zasadniczo dowiedzieć się, po pierwsze, czy art. 29 akapit pierwszy lit. e) i f) dyrektywy należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie przepisowi krajowemu, który odnosi się do sytuacji usługodawcy, który „ma nieuregulowane” zobowiązania socjalne lub podatkowe. Po drugie, zastanawia się, w którym momencie usługodawca ma obowiązek przedstawienia dowodu wypełnienia tych zobowiązań. Po trzecie, zadaje sobie pytanie, czy usługodawcę, który albo jest w zwłoce z opłacaniem składek lub podatków albo uzyskał zezwolenie właściwych władz na opłacenie tych składek lub podatków w ratach, czy też wniósł skargę administracyjną lub sądową podważającą istnienie lub wysokość swoich zobowiązań dotyczących ubezpieczenia społecznego lub zobowiązań podatkowych należy uznać za podmiot, który nie wypełnił swoich zobowiązań socjalnych lub podatkowych w rozumieniu art. 29 akapit pierwszy lit. e) i f) dyrektywy.
20. W celu udzielenia należytej odpowiedzi na te pytania należy na początku zaznaczyć, że dyrektywy wspólnotowe dotyczące zamówień publicznych mają na celu koordynację krajowych procedur w tej dziedzinie. Jeśli chodzi w szczególności o zamówienia publiczne na usługi, motyw trzeci dyrektywy stanowi, że cele zdefiniowane w motywach pierwszym i drugim „[...] wymagają koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi”.
21. W kontekście koordynacji, art. 29 dyrektywy przewiduje siedem podstaw wykluczenia kandydatów z udziału w zamówieniu, które odnoszą się do ich uczciwości zawodowej, wypłacalności, wiarygodności. Przepis ten pozostawia zastosowanie tych wszystkich przypadków wykluczenia do oceny państw członkowskich, o czym świadczy wyrażenie „z udziału w zamówieniu można wykluczyć [...]”, które znajduje się na początku tego przepisu i wyraźnie odsyła w lit. e) i f) do przepisów krajowych.
22. W ten sposób, jak zasadnie zauważa Komisja Wspólnot Europejskich, rozważany przepis sam określa wyłączne granice uprawnień państw członkowskich w tym znaczeniu, że nie mogą one ustanawiać innych przypadków wykluczenia niż przypadki tam wskazane. To uprawnienie państw członkowskich jest również ograniczone przez ogólne zasady przejrzystości i równego traktowania (zob. w szczególności wyroki z dnia 12 grudnia 2002 r. w sprawie C-470/99 *Universale-Bau i in.*, Rec. str. I-11617, pkt 91 i 92 oraz z dnia 16 października 2003 r. w sprawie C-421/01 *Traunfellner*, Rec. str. I-11941, pkt 29).
23. Artykuł 29 dyrektywy w konsekwencji nie ma na celu jednolitego stosowania na szczeblu wspólnotowym wymienionych tam podstaw wykluczenia, ponieważ państwa członkowskie mają prawo do niestosowania w ogóle tych podstaw wykluczenia, decydując się na możliwie jak najszerszy udział w postępowaniach w sprawie udzielania zamówień publicznych lub też na włączenie ich do przepisów krajowych z różnym stopniem surowości, który może się zmieniać w zależności od sprawy, w oparciu o krajowe względy porządku prawnego, gospodarczego lub społecznego. W ramach tego państwa członkowskie mają prawo do złagodzenia lub do uelastycznienia kryteriów ustanowionych w art. 29 dyrektywy.
24. Po pierwsze, jeśli chodzi o kwestię, czy art. 29 akapit pierwszy lit. e) i f) dyrektywy należy interpretować w ten sposób, że stoi na przeszkodzie przepisowi krajowemu, odnoszącemu się do sytuacji usługodawcy, który „ma nieuregulowane” zobowiązania socjalne lub podatkowe, przepis ten daje państwom członkowskim uprawnienie do wykluczenia każdego kandydata, „który nie wypełnia zobowiązań” dotyczących opłacania składek na ubezpieczenie społeczne oraz płatności podatków „zgodnie z [krajowymi] przepisami prawnymi”.
25. Przepis ten nie zawiera definicji pojęcia „nie wypełnić swoich zobowiązań”. Biorąc pod uwagę rozważania zawarte w pkt 23 niniejszego wyroku, autorzy dyrektywy nie zamierzali nadać temu pojęciu autonomicznej wspólnotowej kwalifikacji, lecz odesłali w tym względzie do przepisów krajowych. Zatem to przepisy krajowe mają szczegółowo określić treść i zakres danych obowiązków jak również przesłanek ich spełnienia.

26. Ustawodawca włoski skorzystał z uprawnienia, jakie przyznaje mu art. 29 akapit pierwszy lit. e) i f) dyrektywy, wprowadzając w art. 12 lit. d) i e) dekretu ustawodawczego nr 157/1995 te dwie podstawy wykluczenia. Sąd krajowy zwraca się jednak po pierwsze, z pytaniem, czy poprzez użycie zwrotu „którzy mają nieuregulowane zobowiązania [...]”, przepis ten nie ma charakteru bardziej liberalnego i czy nie daje on więcej swobody organom krajowym w porównaniu ze sformułowaniem użytym w art. 29 lit. e) i f) dyrektywy.
27. W tym względzie należy zaznaczyć, że jak słusznie zauważają zainteresowani, którzy przedstawili uwagi przed Trybunałem, sformułowania „nie wypełnić” swoich zobowiązań lub „mieć nieuregulowane” zobowiązania używane są bez rozróżnienia w różnych dyrektywach wspólnotowych z dziedziny zamówień publicznych. Tak jest np. w art. 24 lit. e) i f) dyrektywy Rady 93/37/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (Dz.U. L 199, str. 54), w art. 20 ust. 1 lit. e) i f) dyrektywy Rady 93/36/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. dotyczącej koordynacji procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy (Dz.U. L 199, str. 1), a także w przypadku art. 45 ust. 2 lit. e) i f) dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. L 134, str. 114), która weszła w życie w dniu 31 stycznia 2006 r. Nie istnieje zatem jakkolwiek różnica między tymi dwoma sformułowaniami.
28. Na gruncie tych właśnie rozważań należy dokonać analizy różnych sytuacji, do których odwołuje się sąd krajowy.
29. Po drugie, sąd krajowy zwraca się z pytaniem, czy dla wypełnienia swoich zobowiązań w zakresie składek na ubezpieczenie społeczne i podatków usługodawca powinien „w chwili upływu terminu do złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w przetargu lub w każdym razie w okresie poprzedzającym udzielenie zamówienia” dokonać „całkowitej i terminowej” płatności.
30. W celu określenia momentu, do którego należy się odnieść dla dokonania oceny czy kandydat wypełnił swoje zobowiązania, zważywszy że art. 29 akapit pierwszy lit. e) i f) dyrektywy odsyła do przepisów prawnych państw członkowskich dla określenia treści pojęcia „wypełnić swoje zobowiązania” oraz że ustawodawca wspólnotowy nie zmierzał do jednolitego stosowania tego artykułu we Wspólnocie, logicznie należy uznać, że to samo odesłanie do przepisów krajowych obowiązuje jeśli chodzi o określenie tego momentu.
31. Do krajowych przepisów należy zatem określenie terminu, do którego lub w przeciągu którego zainteresowani powinni dokonać płatności odpowiadających ich zobowiązaniom lub też – jeśli chodzi o inne sytuacje uwzględnione przez sąd krajowy i które zostały omówione w pkt 34-39 niniejszego wyroku – udowodnić spełnienie przesłanek późniejszego uregulowania. Terminem tym może być w szczególności data upływu terminu do złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w zamówieniu, data nadania przesyłki z zaproszeniem do złożenia oferty, data upływu terminu do złożenia ofert kandydatów, data dokonania oceny ofert przez instytucję zamawiającą, czy nawet moment bezpośrednio poprzedzający udzielenie zamówienia.
32. Należy jednak sprecyzować, że obowiązujące we wszystkich procedurach udzielania zamówień publicznych zasady przejrzystości i równego traktowania, w myśl których przesłanki materialne i formalne dotyczące udziału w zamówieniu powinny być z góry określone, stawiają wymóg jasnego określenia terminu i podania go do publicznej wiadomości, tak aby zainteresowani mogli dokładnie poznać wymogi procedury oraz uzyskać pewność, że takie same wymogi obowiązują wszystkich konkurentów. Termin ten mogą określać przepisy krajowe lub jego określenie może zostać w nich powierzone instytucjom zamawiającym.

33. Tak więc za kandydata, który wypełnił swoje zobowiązania uważa się tego, kto w terminie, o którym mowa powyżej w pkt 31, dokonał całkowitej płatności z tytułu jego zadłużenia w zakresie ubezpieczenia społecznego i podatków, z zastrzeżeniem omówionych w pkt 34-39 niniejszego wyroku przypadków późniejszego uregulowania albo wniesienia skargi administracyjnej lub sądowej. Zwykle rozpoczęcie dokonywania płatności w danym momencie, dowód poświadczający zamiar płatności czy też dowód zdolności finansowej do uregulowania, które nastąpi po tym momencie nie są wystarczające, gdyż naruszałaby zasadę równego traktowania kandydatów.
34. Po trzecie, wniosek sądu krajowego dotyczy zasadniczo kwestii czy za zgodną z art. 29 akapit pierwszy lit. e) i f) dyrektywy można uznać krajową regulację lub praktykę administracyjną, która w celu dopuszczenia usługodawców do postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego przyznaje im możliwość późniejszego uregulowania ich sytuacji w dziedzinie podatków lub ubezpieczenia społecznego na podstawie przyjętych przez dane państwo członkowskie instrumentów obniżających zobowiązania podatkowe albo amnestii podatkowej lub na podstawie ugody administracyjnej mającej na celu rozłożenie na raty lub zmniejszenie zadłużenia.
35. Należy zaznaczyć w tym względzie, że jak słusznie zauważa rzecznik generalny w pkt 29 swojej opinii, kwota i wymagalność zobowiązań w dziedzinie podatków i ubezpieczenia społecznego są zdefiniowane w prawie krajowym. Tak samo do prawa krajowego należy również, jak podkreślono już powyżej w pkt 25, określenie treści i zakresu pojęcia „wypełnić swoje zobowiązania”. Ponadto terminem decydującym w tym względzie jest termin określony w przepisach krajowych, jak wyjaśniono w pkt 31 niniejszego wyroku.
36. Zatem krajowa regulacja lub praktyka administracyjna, zgodnie z którymi w przypadku instrumentów obniżających zobowiązania podatkowe albo amnestii podatkowej lub wskutek ugody administracyjnej dani kandydaci są uznani za podmioty mające uregulowaną sytuację w zakresie ich zobowiązań w celu dopuszczenia ich do postępowania w sprawie udzielenia zamówienia jest zgodna z art. 29 akapit pierwszy lit. e) i f) dyrektywy pod warunkiem, że zainteresowani w terminie, o którym mowa w pkt 31 niniejszego wyroku, przedstawią dowód skorzystania z instrumentu obniżenia zobowiązań podatkowych albo z amnestii podatkowej lub z ugody administracyjnej dotyczącej ich zadłużenia.
37. W końcu wnioski sądu krajowego dotyczy skutków, jakie należy wiązać z wniesieniem przez kandydata skargi administracyjnej lub sądowej na decyzję właściwych organów podatkowych lub do spraw ubezpieczeń społecznych dla stwierdzenia, czy kandydat ten ma uregulowaną sytuację w zakresie zobowiązań w celu dopuszczenia go do postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego.
38. Należy uznać, że odesłanie w art. 29 akapit pierwszy lit. e) i f) dyrektywy do prawa krajowego zachowuje ważność także w tej kwestii. Niemniej jednak skutki wniesienia skargi administracyjnej lub sądowej są ściśle związane z wykonywaniem i poszanowaniem fundamentalnych praw w zakresie ochrony sądowej, których przestrzeganie zapewnia również wspólnotowy porządek prawny. Krajowe uregulowania, które pomijałyby całkowicie skutki wniesienia skargi administracyjnej lub sądowej dla możliwości wzięcia udziału w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia, groziłyby naruszeniem podstawowych praw zainteresowanych podmiotów.
39. Do krajowego porządku prawnego należy zatem – przy uwzględnieniu tego ograniczenia – określenie, czy wniesienie skargi administracyjnej lub sądowej pociąga za sobą skutki, które zobowiązują instytucję zamawiającą do uznania, że dany kandydat ma uregulowaną sytuację w zakresie zobowiązań, do czasu wydania ostatecznej decyzji, w celu dopuszczenia go do postępowania w sprawie udzielenia zamówienia, pod warunkiem, że skarga taka zostanie wniesiona z zachowaniem terminu, o którym mowa w pkt 31 niniejszego wyroku.

40. Na przedstawione pytania należy zatem udzielić odpowiedzi, że art. 29 akapit pierwszy lit. e) i f) dyrektywy nie stoi na przeszkodzie krajowej regulacji lub krajowej praktyce administracyjnej, zgodnie z którymi usługodawca, który w chwili upływu terminu do złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w zamówieniu nie wypełnił swoich zobowiązań w zakresie składek na ubezpieczenie społeczne oraz podatków poprzez dokonanie odpowiednich płatności w całości, może uregulować swoją sytuację w terminie późniejszym

- na podstawie przyjętych przez państwo instrumentów amnestii podatkowej lub obniżenia zobowiązań podatkowych, lub
- na podstawie ugody administracyjnej mającej na celu rozłożenie na raty lub zmniejszenie zadłużenia, lub
- poprzez wniesienie skargi administracyjnej lub sądowej,

pod warunkiem, że udowodni w terminie określonym przez krajową regulację lub krajową praktykę administracyjną skorzystanie z takich instrumentów, takiej ugody lub wniesienie takiej skargi w tym terminie.

W przedmiocie kosztów

41. Dla stron postępowania przed sądem krajowym niniejsze postępowanie ma charakter incydentalny, dotyczy bowiem kwestii podniesionej przed tym sądem; do niego zatem należy rozstrzygnięcie o kosztach. Koszty poniesione w związku z przedstawieniem uwag Trybunałowi, inne niż poniesione przez strony postępowania przed sądem krajowym, nie podlegają zwrotowi.

Z powyższych względów Trybunał (pierwsza izba) orzeka, co następuje:

Artykuł 29 akapit pierwszy lit. e) i f) dyrektywy Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnoszącej się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi nie stoi na przeszkodzie krajowej regulacji lub krajowej praktyce administracyjnej, zgodnie z którymi usługodawca, który w chwili upływu terminu do złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w zamówieniu nie wypełnił swoich zobowiązań w zakresie składek na ubezpieczenie społeczne oraz podatków poprzez dokonanie odpowiednich płatności w całości, może uregulować swoją sytuację w terminie późniejszym

- **na podstawie przyjętych przez państwo instrumentów amnestii podatkowej lub obniżenia zobowiązań podatkowych, lub**
- **na podstawie ugody administracyjnej mającej na celu rozłożenie na raty lub zmniejszenie zadłużenia, lub**
- **poprzez wniesienie skargi administracyjnej lub sądowej,**

pod warunkiem, że udowodni w terminie określonym przez krajową regulację lub krajową praktykę administracyjną skorzystanie z takich instrumentów, takiej ugody lub wniesienie takiej skargi w tym terminie.

Podpisy

* Język postępowania: włoski.

Orzeczenie z dnia 6 kwietnia 2006 r. w sprawie C-410/04 ANAV

WYROK TRYBUNAŁU (pierwsza izba) z dnia 6 kwietnia 2006 r.(*)

Swoboda świadczenia usług – Usługi z zakresu lokalnego transportu publicznego – Udzielenie zamówienia bez przeprowadzenia przetargu – Udzielenie zamówienia przez organ publiczny na rzecz przedsiębiorstwa, w której kapitale posiada on udział

W sprawie C-410/04

mającej za przedmiot wnioszek o wydanie, na podstawie art. 234 WE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Tribunale amministrativo regionale per la Puglia (Włochy) postanowieniem z dnia 22 lipca 2004 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 27 września 2004 r., w postępowaniu:

Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (ANAV)

przeciwko

Comune di Bari,

AMTAB Servizio SpA,

TRYBUNAŁ (pierwsza izba),

w składzie: P. Jann, prezes izby, J.N. Cunha Rodrigues (sprawozdawca), K. Lenaerts, M. Ilešič i E. Levits, sędziowie,

rzecznik generalny: L.A. Geelhoed,

sekretarz: M. Ferreira, główny administrator,

uwzględniając procedurę pisemną i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 27 października 2005 r.,

rozważywszy uwagi przedstawione:

- w imieniu Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (ANAV) przez C. Colapinta, avvocato,
- w imieniu Comune di Bari przez R. Verna, B. Capruzzi i R. Cioffi, avvocati,
- w imieniu AMTAB Servizio SpA przez G. Notarnicolę i V. Caputiego Jambrenghiego, avvocati,
- w imieniu rządu włoskiego przez I.M. Braguglię, działającego w charakterze pełnomocnika, wspieranego przez G. Fienga, avvocato dello Stato,
- w imieniu rządu niemieckiego przez C. Schulze-Bahr, działającą w charakterze pełnomocnika,
- w imieniu rządu austriackiego przez M. Fruhmanna, działającego w charakterze pełnomocnika,
- w imieniu rządu polskiego przez T. Nowakowskiego, działającego w charakterze pełnomocnika,
- w imieniu Komisji Wspólnot Europejskich przez X. Lewisa i D. Recchię, działających w charakterze pełnomocników,

po zapoznaniu się z opinią rzecznika generalnego na posiedzeniu w dniu 12 stycznia 2006 r., wydaje następujący

Wyrok

1. Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni art. 43, 49 i 86 WE.
2. Wniosek ten został przedłożony w ramach sporu między Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (zwanego dalej „ANAV”) a Comune di Bari (gminą Bari) i AMTAB Servizio SpA (zwanego dalej „AMTB Servizio”) w przedmiocie udzielenia tej ostatniej zamówienia na usługi z zakresu transportu publicznego na terenie wspomnianej gminy.

Ramy prawne

Uregulowania wspólnotowe

3. Artykuł 43 WE stanowi:

„Ograniczenia swobody przedsiębiorczości obywateli jednego Państwa Członkowskiego na terytorium innego Państwa Członkowskiego są zakazane w ramach poniższych postanowień. [...]

Z zastrzeżeniem postanowień rozdziału dotyczącego kapitału, swoboda przedsiębiorczości obejmuje podejmowanie i wykonywanie działalności prowadzonej na własny rachunek, jak również zakładanie i zarządzanie przedsiębiorstwami, a zwłaszcza spółkami w rozumieniu artykułu 48 akapit drugi, na warunkach określonych przez ustawodawstwo państwa przyjmującego dla własnych obywateli”.

4. Artykuł 46 WE stanowi:

„1. Postanowienia niniejszego rozdziału oraz środki podjęte na ich podstawie nie przesądzają o zastosowaniu przepisów ustawowych, wykonawczych lub administracyjnych przewidujących szczególne traktowanie cudzoziemców, uzasadnione względami porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego lub zdrowia publicznego.

2. Rada, stanowiąc zgodnie z procedurą określoną w artykule 251, uchwała dyrektywy w celu koordynacji powyższych postanowień”.

5. Artykuł 49 akapit pierwszy WE przewiduje:

„W ramach poniższych postanowień ograniczenia w swobodnym świadczeniu usług wewnątrz Wspólnoty są zakazane w odniesieniu do obywateli Państw Członkowskich mających swe przedsiębiorstwo w państwie Wspólnoty innym niż państwo odbiorcy świadczenia”.

6. Artykuł 86 ust. 1 WE stanowi:

„Państwa Członkowskie w odniesieniu do przedsiębiorstw publicznych i przedsiębiorstw, którym przyznają prawa specjalne lub wyłączne, nie wprowadzają ani nie utrzymują żadnego środka sprzecznego z normami niniejszego Traktatu, w szczególności z normami przewidzianymi w artykułach 12 oraz 81–89”.

Uregulowania krajowe

7. Jeśli chodzi o ustawodawstwo włoskie, art. 113 Decreto Legislativo nr 267 w sprawie ogłoszenia jednolitego tekstu ustaw w sprawie organizacji jednostek samorządu terytorialnego z dnia 18 sierpnia 2000 r. (dodatek zwykły do GURI nr 227 z dnia 28 września 2000 r., zwanego dalej „Decreto Legislativo nr 267/2000”) został zmieniony przez art. 14 Decreto Legge nr 269 w sprawie przepisów o charakterze doraźnym przyjętych w celu wspierania rozwoju i skorygowania funkcjonowania finansów publicznych z dnia 30 września 2003 r. (dodatek zwykły do GURI nr 229 z dnia 2 października 2003 r., zwanego dalej „Decreto Legge nr 269/2003”). W nowym brzmieniu art. 113 ust. 5 Decreto Legislativo nr 267/2000 przewiduje:

„Świadczenie usług ma miejsce zgodnie z uregulowaniami sektorowymi i z poszanowaniem prawa Unii Europejskiej, przy czym zamówienie publiczne jest udzielane:

- a) spółkom kapitałowym wyłoniomym w drodze przetargu publicznego;
- b) spółkom o kapitale mieszanym publiczno-prywatnym, w których prywatny wspólnik jest wyłoniomym w drodze przetargu publicznego gwarantującego przestrzeganie uregulowań krajowych i wspólnotowych z zakresu konkurencji zgodnie z wytycznymi wydanymi przez właściwe władze w formie przepisów szczególnych i okólników;
- c) spółkom należącym w pełni do Skarbu Państwa, pod warunkiem że organ lub organy publiczne posiadające udział w kapitale sprawują nad danym podmiotem kontrolę analogiczną do tej, jaką sprawują nad własnymi służbami, i spółka ta prowadzi swoją podstawową działalność wspólnie z organem lub organami publicznymi, które posiadają w niej udziały”.

Postępowanie przed sądem krajowym i pytanie prejudycjalne

8. Zgodnie z postanowieniem odsyłającym AMTAB Servizio jest spółką akcyjną, w której całość kapitału zakładowego posiada Comune di Bari i której działalność ogranicza się jedynie do świadczenia usług z zakresu transportu publicznego na terenie tej gminy. Wspomniana spółka podlega w pełni kontroli Comune di Bari.
9. W postanowieniu tym wskazano, że zgodnie ze statutem ANAV reprezentuje przedsiębiorstwa świadczące krajowe i międzynarodowe usługi z zakresu przewozów pasażerskich oraz prowadzące działalność związaną z transportem i do jego obowiązków należy między innymi nadzorowanie właściwego funkcjonowania usług publicznych z zakresu transportu miejskiego i podmiejskiego w interesie spółek świadczących takie usługi.
10. Decyzją z dnia 17 lipca 2003 r. Comune di Bari wszczęła procedurę przetargu publicznego w celu udzielenia zamówienia na usługi z zakresu transportu publicznego na terenie tej gminy.
11. W następstwie zmiany art. 113 ust. 5 Decreto Legislativo nr 267/2000 przez art. 14 Decreto Legge nr 269/2003 Comune di Bari, decyzją z dnia 9 października 2003 r., odstąpiła od tej procedury przetargu.
12. Decyzją z dnia 18 grudnia 2003r. wspomniana gmina zleciła wykonywanie tych usług bezpośrednio AMTAB Servizio na okres od dnia 1 stycznia 2004 r. do dnia 31 grudnia 2012 r.
13. Skargą notyfikowaną w dniu 1 marca 2004 r. i wniesioną do Tribunale amministrativo regionale per la Puglia w dniu 9 marca 2004 r. ANAV wniósł o uchylenie wspomnianej decyzji oraz wszystkich aktów powiązanych z nią lub wydanych na jej podstawie, podnosząc, że stanowią one naruszenie prawa wspólnotowego, a w szczególności art. 3, 16, 43, 49, 50, 51, 70–72, 81, 82, 86 i 87 WE.
14. Po zapoznaniu się z tą argumentacją Tribunale amministrativo regionale per la Puglia postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującym pytaniem prejudycjalnym:

„Czy art. 113 ust. 5 Decreto Legislativo nr 267/2000 w brzmieniu zmienionym przez art. 14 Decreto Legge nr 269/2003 jest zgodny z prawem wspólnotowym, w szczególności z obowiązkiem przejrzystości i wolnej konkurencji, o których mowa w art. 43, 49 i 86 WE, w zakresie w jakim nie nakłada on żadnego ograniczenia na administrację publiczną w kwestii swobodnego wyboru spośród różnorodnych form udzielania zamówień na usługi publiczne, a w szczególności wyboru między udzielaniem zamówień na usługi publiczne w trybie przetargu publicznego a bezpośrednim udzieleniem zamówienia spółce całkowicie kontrolowanej przez Skarb Państwa?”.

W przedmiocie pytania prejudycjalnego

15. W pytaniu sąd krajowy zmierza w istocie do ustalenia, czy prawo wspólnotowe, a w szczególności obowiązek przejrzystości i wolnej konkurencji, o których mowa w art. 43, 49 i 86 WE, stoi na przeszkodzie istnieniu przepisów prawa krajowego, takich jak będące przedmiotem postępowania przed sądem krajowym, które nie nakładają na organ publiczny żadnego ograniczenia w kwestii swobodnego wyboru spośród różnorodnych form udzielania zamówień na usługi publiczne, a w szczególności między procedurą przetargu publicznego a bezpośrednim udzieleniem zamówienia spółce, w której organ ten posiada całość kapitału.
16. Z akt postępowania przed sądem krajowym wynika, że usługi z zakresu transportu publicznego na terytorium Comune di Bari są odpłatne, przynajmniej w części, poprzez zakup biletów przez osoby z nich korzystające. Taki system odpłatności charakteryzuje koncesję na świadczenie usług publicznych (wyrok z dnia 13 października 2005 r. w sprawie C-458/03 Parking Brixen, dotychczas nieopublikowany w Zbiorze, pkt 40).
17. Bezsporne jest, że koncesje na świadczenie usług publicznych są wyłączone z zakresu stosowania dyrektywy Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnoszącej się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi (Dz.U. L 209, str. 1) (ww. wyrok w sprawie Parking Brixen, pkt 42). Dyrektywa ta została zastąpiona dyrektywą 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. L 134, str. 114), której art. 17 przewiduje wyraźnie, że nie stosuje się jej do koncesji na usługi.
18. Mimo że umowy koncesyjne na świadczenie usług publicznych są wyłączone z zakresu stosowania dyrektywy 92/50, zastąpionej dyrektywą 2004/18, organy władzy publicznej udzielające koncesji są niemniej zobowiązane do przestrzegania podstawowych zasad traktatu WE ogólnie, a w szczególności zasady niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową (zob. podobnie wyrok z dnia 7 grudnia 2000 r. w sprawie C-324/98 Telaustria i Telefonadress, Rec. str. I-10745, pkt 60, wyrok z dnia 21 lipca 2005 r. w sprawie C-231/03 Coname, dotychczas nieopublikowany w Zbiorze, pkt 16, oraz ww. wyrok w sprawie Parking Brixen, pkt 46).
19. Szczegółowe postanowienia traktatu znajdujące zastosowanie do koncesji na świadczenie usług publicznych zawarte są w szczególności w art. 43 i 49 WE (ww. wyrok w sprawie Parking Brixen, pkt 47).
20. Poza zasadą niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową do koncesji na świadczenie usług publicznych winna mieć również zastosowanie zasada równości traktowania oferentów, nawet w przypadku braku dyskryminacji ze względu na przynależność państwową (ww. wyrok w sprawie Parking Brixen, pkt 48).
21. Zasady równości traktowania i niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową pociągają za sobą między innymi obowiązek przejrzystości, który pozwala organowi władzy publicznej udzielającemu koncesji na upewnienie się, że zasady te są przestrzegane. Ten obowiązek przejrzystości, który ciąży na wspomnianym organie, polega na zagwarantowaniu wszystkim potencjalnym oferentom odpowiedniego poziomu jawności, umożliwiającego otwarcie na konkurencję procesu udzielania koncesji na usługi i kontrolę bezstronności postępowań przetargowych (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Telaustria i Telefonadress, pkt 61 i 62, oraz ww. wyrok w sprawie Parking Brixen, pkt 49).
22. Co do zasady całkowity brak postępowania przetargowego w przypadku udzielenia koncesji na świadczenie usług publicznych, takich jak będące przedmiotem postępowania przed sądem krajowym, nie jest zgodny ani z wymogami art. 43 i 49 WE, ani też z zasadami równości traktowania, niedyskryminacji i przejrzystości (ww. wyrok w sprawie Parking Brixen, pkt 50).

23. Ponadto z art. 86 ust. 1 WE wynika, że państwa członkowskie nie mogą utrzymywać w mocy przepisów krajowych, które zezwalają na udzielenie koncesji na świadczenie usług publicznych bez przeprowadzenia postępowania przetargowego, ponieważ takie udzielenie narusza postanowienia art. 43 WE lub art. 49 WE, lub zasady równości traktowania, niedyskryminacji i przejrzystości (ww. wyrok w sprawie Parking Brixen, pkt 52).
24. Jednakże w dziedzinie koncesji na świadczenie usług publicznych stosowanie norm wyrażonych w art. 12, 43 i 49 WE, jak również zasad ogólnych, których stanowią one szczególny wyraz, jest wyłączone, jeśli kontrola sprawowana przez organ publiczny udzielający koncesji nad podmiotem, który uzyskał koncesję, jest analogiczna do tej, jaką sprawuje on nad własnymi służbami, a zarazem podmiot ten prowadzi swoją podstawową działalność wspólnie z organem, który posiada w nim udziały (ww. wyrok w sprawie Parking Brixen, pkt 62).
25. Przepisy krajowe, które dosłownie oddają treść przesłanek wskazanych w poprzednim punkcie, jak to ma miejsce w przypadku art. 113 ust. 5 Decreto Legislativo nr 267/2000, zmienionego przez Decreto Legge nr 269/2003, są co do zasady zgodne z prawem wspólnotowym, przy czym należy podkreślić, że wykładnia tych przepisów winna być dokonywana również w zgodzie z wymogami prawa wspólnotowego.
26. Należy wskazać, że ponieważ mamy tutaj do czynienia z odstępstwem od ogólnych zasad prawa wspólnotowego, dwie przesłanki wymienione w pkt 24 niniejszego wyroku podlegają wykładni zawężającej i na podmiocie, który zamierza z niego skorzystać, spoczywa ciężar udowodnienia rzeczywistego występowania nadzwyczajnych okoliczności uzasadniających to odstępstwo (zob. wyrok z dnia 11 stycznia 2005 r. w sprawie C-26/03 Stadt Halle i RPL Lochau, Zb.Orz. str. I-1, pkt 46, oraz ww. wyrok w sprawie Parking Brixen, pkt 63).
27. Zgodnie z przedłożonymi Trybunałowi na piśmie uwagami AMTAB Servizio Comune di Bari zdecydowała w dniu 27 grudnia 2002 r. o dokonaniu przeniesienia własności 80% udziałów posiadanych przez nią w kapitale tej spółki i w tym celu w dniu 21 maja 2004 r. wydała decyzję o wszczęciu postępowania przetargowego, aby wyłonić większościowego wspólnika prywatnego. Informacja ta została potwierdzona przez ANAV podczas rozprawy przed Trybunałem.
28. Niemniej jednak w trakcie tej rozprawy Comune di Bari podniosła, że zdecydowała się ona nie odstępować swych udziałów w kapitale AMTAB Servizio. W dniu 13 stycznia 2005 r. zdecydowała się ona nie wykonać swej uprzedniej decyzji i nie prywatyzować tej spółki. Decyzja ta nie została załączona do akt postępowania przed sądem krajowym, ponieważ została wydana po wydaniu postanowienia odsyłającego.
29. W takim przypadku to do sądu krajowego, a nie do Trybunału, należy rozpoznanie kwestii, czy Comune di Bari zamierza umożliwić nabycie kapitału AMTAB Servizio udziałowcom prywatnym. Jednakże w celu udzielenia temu sądowi informacji użytecznych dla rozstrzygnięcia zawisłego przed nim sporu, należy dokonać następujących uściśleń.
30. Jeśli w okresie obowiązywania umowy będącej przedmiotem postępowania przed sądem krajowym kapitał AMTAB Servizio zostanie odprzedany udziałowcom prywatnym, to skutkiem dokonania tego będzie udzielenie koncesji na świadczenie usług publicznych spółce o kapitale mieszanym z pominięciem procedury przetargu, co stanowi naruszenie celów, do których osiągnięcia zmierza prawo wspólnotowe (zob. podobnie wyrok z dnia 10 listopada 2005 r. w sprawie C-29/04 Komisja przeciwko Austrii, dotychczas nieopublikowany w Zbiorze, pkt 48).

31. W istocie nawet mniejszościowy udział przedsiębiorstwa prywatnego w kapitale spółki, w której udział posiada również organ publiczny udzielający koncesji, wyłącza w każdym razie to, że ten organ publiczny może sprawować nad taką spółką kontrolę analogiczną do tej, jaką sprawuje nad własnymi służbami (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Stadt Halle i RPL Lochau, pkt 49).
32. W konsekwencji skoro spółka, której przyznano koncesję, jest spółką otwartą, choćby w części, na udział kapitału prywatnego, to okoliczność ta sprawia, że nie można jej uznać za „wewnętrzzną” strukturę świadczącą usługi publiczne w imieniu jednostki samorządu terytorialnego posiadającej w niej udziały (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Coname, pkt 26).
33. Mając na uwadze powyższe rozważania, na przedłożone pytanie należy odpowiedzieć w ten sposób, że art. 43, 49 i 86 WE oraz zasady równości traktowania, niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową i przejrzystości nie stoją na przeszkodzie istnieniu przepisów prawa krajowego, które pozwalają organowi publicznemu na bezpośrednie udzielenie zamówienia na świadczenie usług publicznych spółce, w której posiada on całość kapitału, pod warunkiem że organ publiczny sprawuje nad tą spółką kontrolę analogiczną do tej, jaką sprawuje nad własnymi służbami, i spółka ta prowadzi swoją podstawową działalność wspólnie z organem, który posiada w niej udziały.

W przedmiocie kosztów

34. Dla stron postępowania przed sądem krajowym niniejsze postępowanie ma charakter incydentalny, dotyczy bowiem kwestii podniesionej przed tym sądem; do niego zatem należy rozstrzygnięcie o kosztach. Koszty poniesione w związku z przedstawieniem uwag Trybunałowi, inne niż poniesione przez strony postępowania przed sądem krajowym, nie podlegają zwrotowi.

Z powyższych względów Trybunał (pierwsza izba) orzeka, co następuje:

Artykuły 43, 49 i 86 WE oraz zasady równości traktowania, niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową i przejrzystości nie stoją na przeszkodzie istnieniu przepisów prawa krajowego, które pozwalają organowi publicznemu na bezpośrednie udzielenie zamówienia na świadczenie usług publicznych spółce, w której posiada on całość kapitału, pod warunkiem że organ publiczny sprawuje nad tą spółką kontrolę analogiczną do tej, jaką sprawuje nad własnymi służbami, i spółka ta prowadzi swoją podstawową działalność wspólnie z organem, który posiada w niej udziały.

Podpisy

Orzeczenie z dnia 11 maja 2006 r. w sprawie C-340/04 *Carbotermo*

WYROK TRYBUNAŁU (pierwsza izba) z dnia 11 maja 2006 r. (*)

Dyrektywa 93/36/EWG – Zamówienia publiczne na dostawy – Udzielenie zamówienia bez przetargu – Udzielenie zamówienia na rzecz przedsiębiorstwa, którego instytucja zamawiająca jest akcjonariuszem

W sprawie C-340/04

mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 234 WE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (Włochy) postanowieniem z dnia 27 maja 2004 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 9 sierpnia 2004 r., w postępowaniu:

Carbotermo SpA,

Consorzio Alisei,

przeciwko

Comune di Busto Arsizio,

AGESP SpA,

przy udziale:

Associazione Nazionale Imprese Gestione servizi tecnici integrati (AGESI),

TRYBUNAŁ (pierwsza izba),

w składzie: P. Jann, prezes izby, K. Schiemann, N. Colneric, J. N. Cunha Rodrigues (sprawozdawca) i E. Levits, sędziowie,

rzecznik generalny: C. Stix-Hackl,

sekretarz: C. Strömholm, administrator,

uwzględniając procedurę pisemną i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 10 listopada 2005 r.,

rozważywszy uwagi przedstawione:

- w imieniu Carbotermo SpA przez A. Sansone i P. Sansonego, avvocati,
- w imieniu Consorzio Alisei wraz z AGESI przez B. Becchiego i L. Grillo, avvocati,
- w imieniu le Comune di Busto Arsizio przez C. Caputo, avvocatessa,
- w imieniu AGESP SpA przez A. Sciumègo i D. Tassana Mazzocca, avvocati,
- w imieniu rządu włoskiego przez I. M. Braguglię, działającego w charakterze pełnomocnika oraz przez G. Fienga, avvocato dello Stato,
- w imieniu rządu niemieckiego przez W.-D. Plessinga, działającego w charakterze pełnomocnika,
- w imieniu rządu austriackiego przez M. Fruhmanna, działającego w charakterze pełnomocnika,
- w imieniu rządu polskiego przez T. Nowakowskiego, działającego w charakterze pełnomocnika,

- w imieniu rządu Zjednoczonego Królestwa przez M. Hoskinsa, działającego w charakterze pełnomocnika,
- w imieniu Komisji Wspólnot Europejskich przez X. Lewisa i D. Recchia, działających w charakterze pełnomocników,

po zapoznaniu się z opinią rzecznika generalnego na posiedzeniu w dniu 12 stycznia 2006 r., wydaje następujący

Wyrok

1. Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni dyrektywy Rady 93/36/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy (Dz.U. L 199, str. 1).
2. Wniosek ten został złożony w ramach sporu pomiędzy przedsiębiorstwami Carbotermo SpA (zwaną dalej „Carbotermo”) i Consorzio Alisei a Comune di Busto Arsizio (zwaną dalej „gminą Busto Arsizio”) i przedsiębiorstwem AGESP SpA (zwanym dalej „AGESP”), dotyczącego udzielenia temu ostatniemu zamówienia na dostawę paliw, a także na usługi polegające na konserwacji oraz dostosowaniu do wymogów technicznych i prawnych urządzeń grzewczych w budynkach należących do tej gminy.

Ramy prawne

Uregulowanie wspólnotowe

3. Artykuł 1 lit. a) i b) dyrektywy 93/36 stanowi:

„Dla celów niniejszej dyrektywy:

- a) »zamówieniami publicznymi na dostawy« są: umowy o charakterze odpłatnym, zawierane na piśmie między dostawcą (osobą fizyczną lub prawną) a jedną z instytucji zamawiających, określonych w lit. b) poniżej, których przedmiotem jest kupno, leasing, dzierżawa, najem lub kupno na raty, z opcją lub bez opcji zakupu towarów. Dostawa tych produktów może ponadto obejmować czynności montażu i instalacji;
- b) »instytucjami zamawiającymi« są: Państwo, jednostki samorządu terytorialnego, podmioty prawa publicznego lub związki zawarte przez co najmniej jedną taką jednostkę lub podmiot prawa publicznego;

»podmiot prawa publicznego« oznacza każdy podmiot:

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

[...]”

4. Artykuł 6 tej dyrektywy przewiduje:

„1. Przy udzielaniu zamówień publicznych na dostawy instytucje zamawiające stosują [...] [procedury otwarte, procedury ograniczone i procedury negocjacyjne] w przypadkach wskazanych poniżej.

2. Instytucje zamawiające mogą udzielać zamówień na dostawy w procedurze negocjacyjnej, jeżeli [...]
3. Instytucje zamawiające mogą udzielać zamówień publicznych na dostawy w procedurze negocjacyjnej, bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o przetargu, w następujących przypadkach:
[...]
4. We wszystkich innych przypadkach, instytucje zamawiające udzielają zamówień na dostawy w procedurze otwartej lub ograniczonej”.
5. Artykuł 1 pkt 3 dyrektywy Rady 93/38/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r., koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (Dz.U. L 199, str. 84), stanowi:

„W rozumieniu niniejszej dyrektywy:

[...]

- 3) »przedsiębiorstwem powiązaniem« jest każde przedsiębiorstwo, którego roczne sprawozdania finansowe są skonsolidowane ze sprawozdaniami podmiotu zamawiającego, zgodnie z wymogami siódmej dyrektywy Rady 83/349/EWG z dnia 13 czerwca 1983 r., wydanej na podstawie art. 54 ust. 3 lit. g) traktatu EWG w sprawie skonsolidowanych sprawozdań finansowych [...] [Dz.U. L 193, str. 1], lub w przypadku podmiotów, które nie podlegają tej dyrektywie, każde przedsiębiorstwo, na które podmiot zamawiający może wywierać, bezpośrednio lub pośrednio, dominujący wpływ w rozumieniu ust. 2, lub przedsiębiorstwo, które może wywierać dominujący wpływ na podmiot zamawiający, lub które wspólnie z podmiotem zamawiającym podlega dominującemu wpływowi innego przedsiębiorstwa z uwagi na własność, zaangażowanie finansowe lub reguły określające jego działanie”. [tłumaczenie nieoficjalne]
6. Artykuł 13 powołanej dyrektywy stanowi:
 - „1. Niniejsza dyrektywa nie ma zastosowania do zamówień na usługi, które:
 - a) podmiot zamawiający udziela przedsiębiorstwu powiązanemu;
 - b) są udzielane przez wspólne przedsiębiorstwo utworzone przez pewną liczbę podmiotów zamawiających w celu prowadzenia odpowiedniej działalności w rozumieniu art. 2 ust. 2 jednemu z tych podmiotów zamawiających lub przedsiębiorstwu powiązanemu z jednym z tych podmiotów zamawiających, pod warunkiem że nie mniej niż 80% przeciętnych przychodów tego przedsiębiorstwa, pochodzących z usług wykonywanych na terenie Wspólnoty w okresie poprzedzających trzech lat, pochodzi ze świadczenia takich usług przedsiębiorstwom powiązanym.Jeżeli więcej niż jedno powiązane z podmiotem zamawiającym przedsiębiorstwo świadczy takie same lub podobne usługi, należy brać pod uwagę całkowity przychód pochodzący ze świadczenia usług przez te przedsiębiorstwa.
 2. Podmioty zamawiające są zobowiązane przekazywać Komisji, na jej wniosek, następujące informacje dotyczące stosowania przepisów ust. 1:
 - nazwę przedsiębiorstw,
 - charakter i wartość zamówień na usługi,
 - dowody, jakie Komisja uzna za niezbędne do wykazania, iż stosunki pomiędzy przedsiębiorstwem, któremu udzielono zamówienia, a podmiotem zamawiającym są zgodne z wymogami niniejszego artykułu”.

7. Wyrokiem nr 5316 z dnia 18 września 2003 r. Consiglio di Stato orzekła, że jednostka samorządu terytorialnego miała prawo udzielić zamówienia na dostawę bez przetargu w sytuacji, gdy sprawowała nad dostawcą kontrolę analogiczną do tej, którą sprawuje nad własnymi służbami i gdy dostawca wykonywał swoją działalność w przeważającym zakresie na rzecz kontrolującej go jednostki.

Postępowanie przed sądem krajowym i pytania prejudycjalne

8. Carbotermo jest przedsiębiorstwem specjalizującym się w realizacji zamówień na dostawę energii i obsługę systemów ogrzewania, zarówno na rzecz klientów z sektora publicznego, jak i prywatnego.
9. Consorzio Alisei jest przedsiębiorstwem zajmującym się dostarczaniem produktów energetycznych i świadczeniem usług związanych z klimatyzacją i ogrzewaniem budynków.
10. AGESP Holding SpA (zwana dalej „AGESP Holding”) jest spółką akcyjną utworzoną na podstawie uchwały z dnia 24 września 1997 r. w drodze przekształcenia Azienda per la Gestione dei Servizi Pubblici stanowiącego specjalne przedsiębiorstwo gminy Busto Arsizio. Udział gminy Busto Arsizio w kapitale zakładowym AGESP Holding wynosi obecnie 99,98%. Pozostałymi akcjonariuszami są gminy Castellanza, Dairago, Fagnano Olona, Gorla Minore, Marnate i Olgiate Olona, z których każda posiada po jednej akcji.
11. Zgodnie z art. 2 statutu AGESP Holding przedmiot jej działalności obejmuje wykonywanie usługi użyteczności publicznej w sektorach: gazowniczym, wodociągowym, utrzymania czystości, transportowym, parkingowym, łaźni publicznych, aptek, energii elektrycznej i ogrzewania, usług pogrzebowych oraz sygnalizacji drogowej.
12. Artykuł 6 statutu stanowi:
„[...] Większość akcji jest zastrzeżona dla [gminy Busto Arsizio].
[...]
Oprócz [gminy Busto Arsizio] do spółki mogą przystępować w charakterze akcjonariuszy inne lokalne jednostki publiczne (prowincje, gminy i ich związki), instytucje gospodarcze i finansowe, związki terytorialne i branżowe, jak również obywatele występujący jako osoby prywatne zgadzające się z celami statutowymi [...]”.
13. Artykuł 7 statutu precyzuje:
„Żaden akcjonariusz będący osobą prywatną nie może posiadać więcej niż 10% ogólnego kapitału zakładowego spółki [...]”.
14. Zgodnie z art. 18 statutu AGESP Holding sprawy spółki prowadzi zarząd.
15. Zgodnie z art. 26 statutu:
„Zarządowi przysługują pełne kompetencje do prowadzenia spraw z zakresu zwykłych czynności spółki, jak i spraw przekraczających ten zakres, z możliwością dokonywania wszelkich czynności, które uzna za niezbędne dla realizacji celu spółki, z wyjątkiem jedynie takich czynności, które statut lub ustawa wyraźnie zastrzega do kompetencji walnego zgromadzenia [...]”.
16. AGESP jest spółką akcyjną utworzoną w dniu 12 lipca 2000 r. przez AGESP Holding, której kapitał zakładowy należy w 100% do AGESP Holding.
17. Zgodnie z art. 3 statutu AGESP w wersji zmienionej w związku z rozszerzeniem przedmiotu działalności spółki, który przedłożono sądowi krajowemu, przedmiotem działalności tej spółki jest wykonywanie czynności związanych z usługami użyteczności

publicznej w sektorze gazowniczym, wodociągowym, utrzymania czystości, transportowym, parkingowym, energii elektrycznej, ogrzewania, klimatyzacji, informatycznym i telekomunikacyjnym, obsługi instalacji podziemnych, oświetleniowym, jak również świadczenie różnorodnych usług na rzecz spółek powiązanych.

18. Artykuł 7 statutu AGESP stanowi:

„Żaden z akcjonariuszy, z wyjątkiem spółki dominującej AGESP Holding [...], nie może posiadać akcji o wartości przekraczającej jedną dziesiątą kapitału zakładowego spółki [...].”

19. Na podstawie art. 17 statutu sprawy AGESP prowadzi zarząd.

20. W tym zakresie art. 19 statutu precyzuje:

„Zarządowi przysługują pełne kompetencje, bez żadnych ograniczeń, do prowadzenia spraw z zakresu zwykłych czynności spółki, jak i spraw przekraczających ten zakres”.

21. W dniu 22 września 2003 r. gmina Busto Arsizio ogłosiła przetarg na dostawę paliw, a także na konserwację oraz dostosowanie do wymogów technicznych i prawnych urządzeń grzewczych w budynkach komunalnych. Zamówienie, którego łączną wartość oszacowano na kwotę 8 450 000 EUR powiększoną o podatek od wartości dodanej (VAT), obejmowało dostawę paliwa (w 4/5 oleju opałowego, a 1/5 metanu) na kwotę 5 700 000 EUR, konserwację urządzeń grzewczych na kwotę 1 000 000 EUR oraz dostosowanie do wymogów technicznych i prawnych tych urządzeń na kwotę 1 750 000 EUR.

22. Carbotermo złożyła ofertę w dniu 22 listopada 2003 r. Consorzio Alisei przygotowała ofertę, lecz jej nie złożyła w przepisany terminie.

23. W dniu 21 listopada 2003 r. gmina Busto Arsizio, wobec wyroku Consiglio di Stato nr 5316, wspomnianego w punkcie 7 niniejszego wyroku, postanowiła zawiesić procedurę przetargową do dnia 10 grudnia 2003 r.

24. Uchwałą z dnia 10 grudnia 2003 r. gmina Busto Arsizio odwołała przetarg, zastrzegając sobie możliwość udzielenia zamówienia bezpośrednio spółce AGESP.

25. Uchwałą z dnia 18 grudnia 2003 r. gmina Busto Arsizio udzieliła rozważanego zamówienia bezpośrednio spółce AGESP. Uchwała ta została uzasadniona tym, że AGESP spełniała obie przesłanki udzielenia zamówienia publicznego bez przetargu określone w orzecznictwie wspólnotowym i krajowym, czyli aby jednostka samorządu terytorialnego sprawowała nad podmiotem, któremu udzieliła zamówienia, kontrolę analogiczną do tej, którą sprawuje nad własnymi służbami i aby podmiot ten wykonywał swoją działalność w przeważającym zakresie na rzecz kontrolującej go jednostki. Preambuła tej uchwały potwierdza, po pierwsze, że stosunek zależności pomiędzy AGESP a gminą Busto Arsizio wynika z faktu, że ta ostatnia posiada 99,98% kapitału zakładowego spółki AGESP Holding, która z kolei posiada 100% kapitału zakładowego spółki AGESP. Po drugie, preambuła stwierdza, że największą część przychodów AGESP wynika z czynności zleconych jej w ramach zamówień udzielanych bezpośrednio przez gminę Busto Arsizio.

26. W dniu 23 stycznia 2004 r. AGESP opublikowała ogłoszenie o przetargu w ramach procedury przyspieszonej na dostawę oleju opałowego, a w dniu 27 lutego 2004 r. udzieliła tego zamówienia przedsiębiorstwu Pezzoli Petroli Srl. W dniach 28 kwietnia, 18 maja, 30 czerwca i 2 września 2004 r. AGESP udzieliła innym przedsiębiorcom zamówień obejmujących przetwarzanie metanu, dostosowanie do wymogów technicznych, dostosowanie do norm oraz instalację systemu zdalnej kontroli i obsługi urządzeń grzewczych w różnych budynkach komunalnych. Wśród przedsiębiorstw, którym udzielono tych zamówień nie było ani Carbotermo, ani Consorzio Alisei.

27. Carbotermo i Consorzio Alisei zaskarżyły uchwały o zawieszeniu procedury przetargowej i o udzieleniu zamówienia AGESP do Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia.
28. W postępowaniu przed tym sądem oba przedsiębiorstwa podniosły, że nie zostały spełnione przesłanki pozwalające na uznanie, że dyrektywa 93/36/EWG nie znajduje zastosowania. Po pierwsze, gmina Busto Arsizio nie sprawowała w stosunku do AGESP żadnej kontroli, ponieważ gmina ta posiada akcje AGESP jedynie za pośrednictwem spółki holdingowej, w której posiada akcje obejmujące 99,98% kapitału zakładowego i ponieważ AGESP przysługuje pełna samodzielność właściwa spółce akcyjnej prawa prywatnego. Po drugie, AGESP nie wykonywała swojej działalności w przeważającym zakresie na rzecz gminy Busto Arsizio, gdyż dzięki tej gminie osiąga znacznie poniżej 80% swoich przychodów, co stanowi kryterium, które należy przyjąć przez analogię do art. 13 dyrektywy 93/38.
29. W odpowiedzi gmina Busto Arsizio oraz AGESP stwierdziły, że w tym przypadku bezpośrednie udzielenie zamówienia było dozwolone, gdyż gmina Busto Arsizio kontrolowała AGESP przez fakt posiadania akcji tej spółki, a AGESP wykonywała swoją działalność w przeważającym zakresie na rzecz tej gminy. W tym zakresie AGESP wyjaśniła, że ponad 28% jej przychodów, osiągniętych na obszarze gminy Busto Arsizio, odnosi się do usług świadczonych bezpośrednio na rzecz gminy oraz że przychód osiągany na obszarze tej gminy stanowi 65,59% jej całkowitego przychodu.
30. W tych okolicznościach Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:
- „1) Czy zgodne z dyrektywą 93/36 [...] jest bezpośrednie udzielenie zamówienia na dostawę paliw i ciepła dla urzędów grzewczych w budynkach będących własnością lub znajdujących się w zarządzie gminy, oraz na związaną z tym obsługę, kontrolę i konserwację (z przewagą wartości dostawy), spółce akcyjnej, której cały kapitał zakładowy znajduje się w danej chwili w posiadaniu innej spółki akcyjnej, której z kolei większościovym akcjonariuszem (99,98%) jest gmina udzielająca zamówienia, to jest spółce (AGESP), której bezpośrednim akcjonariuszem nie jest podmiot publiczny, lecz inna spółka (AGESP Holding), której kapitał w 99,98% jest obecnie w posiadaniu administracji publicznej?
- 2) Czy przesłankę wykonywania przez przedsiębiorstwo, któremu bezpośrednio udzielono zamówienia publicznego, przeważającej części działalności na rzecz kontrolującej go jednostki samorządu terytorialnego, należy oceniać w świetle art. 13 dyrektywy 93/38 [...] i czy można uznać, że została ona spełniona w przypadku, w którym wymienione przedsiębiorstwo uzyskuje większość swoich przychodów od kontrolującej go jednostki samorządu terytorialnego lub z tytułu działalności wykonywanej na obszarze właściwości tej jednostki?”

W przedmiocie pytań prejudycjalnych

W przedmiocie pytania pierwszego

31. Zgodnie z wcześniejszym orzecznictwem Trybunału, jeśli przedmiotem zamówienia jest dostawa towarów w rozumieniu dyrektywy 93/36 oraz świadczenie usług w rozumieniu dyrektywy Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi (Dz.U. L 209, str. 1), to jest ono objęte zakresem dyrektywy 93/96 w przypadku gdy wartość towarów będących przedmiotem zamówienia jest większa od wartości usług (wyrok z dnia 18 listopada 1999 r. w sprawie C-107/98 Teckal, Rec. p. I-8121, pkt 38). Zamówienie, takie jak to, którego dotyczy postępowanie przed sądem krajowym, gdzie wartość towarów jest większa od wartości zamówionych usług, objęte jest zatem zakresem dyrektywy 93/36, jak to zresztą stwierdził sąd krajowy.

32. Istnienie umowy w rozumieniu art. 1 lit. a) dyrektywy 93/36 zakłada istnienie porozumienia pomiędzy dwoma odrębnymi podmiotami (ww. wyrok w sprawie Teckal, pkt 49).
33. Zgodnie z art. 1 lit. a) tej dyrektywy wystarczy w zasadzie, by umowa została zawarta pomiędzy jednostką samorządu terytorialnego a podmiotem od niej odrębnym pod względem prawnym. Odmierna sytuacja może mieć miejsce jedynie wtedy, gdy jednostka samorządu terytorialnego sprawuje nad tym podmiotem kontrolę, podobną do sprawowanej nad własnymi służbami i gdy jednocześnie podmiot ten wykonuje swoją działalność w przeważającym zakresie na rzecz jednostki lub jednostek samorządu terytorialnego, którym podlega (ww. wyrok w sprawie Teckal, pkt 50).
34. Z postanowienia odsyłającego i z akt sprawy wynika, że obecnie instytucja zamawiająca posiada 99,98% kapitału zakładowego AGESP Holding, a pozostałe 0,02% znajduje się w posiadaniu innych jednostek samorządu terytorialnego. Zgodnie ze statutem AGESP Holding, akcjonariusze prywatni mogą obejmować kapitał zakładowy tej spółki z dwoma zastrzeżeniami: po pierwsze, większościowy pakiet akcji przypadają ma gminie Busto Arsizio, po drugie, żaden akcjonariusz prywatny nie może posiadać akcji o wartości przekraczającej jedną dziesiątą kapitału zakładowego spółki.
35. Z kolei AGESP Holding posiada aktualnie 100% kapitału zakładowego AGESP. Zgodnie ze statutem tej ostatniej spółki akcjonariusze prywatni mogą obejmować jej kapitał zakładowy, z zastrzeżeniem, że żaden z akcjonariuszy, z wyjątkiem AGESP Holding, nie może posiadać więcej niż jedną dziesiątą.
36. Ocena, czy instytucja zamawiająca sprawuje kontrolę analogiczną do sprawowanej nad własnymi służbami, musi być dokonywana z uwzględnieniem całokształtu przepisów prawnych oraz istotnych okoliczności. Z analizy sprawy musi wynikać, że spółka, której udzielono zamówienia jest poddana kontroli, która umożliwi instytucji zamawiającej wywieranie wpływu na decyzje podejmowane przez tę spółkę. Musi tu chodzić o możliwość wywierania decydującego wpływu zarówno na cele strategiczne, jak i na ważne decyzje (zob. wyrok z dnia 13 października 2005 r. w sprawie C-458/03 Parking Brixen, Zb.Orz. str. I-8612, pkt 65).
37. Okoliczność, że instytucja zamawiająca posiada, sama lub wraz z innymi instytucjami publicznymi, całość kapitału zakładowego spółki, której udzielono zamówienia, wydaje się wskazywać – jednakże w sposób nieprzesądający – że instytucja zamawiająca sprawuje nad tą spółką kontrolę analogiczną do sprawowanej nad własnymi służbami, w rozumieniu pkt 50 wyżej wspomnianego wyroku w sprawie Teckal.
38. Z akt sprawy wynika, że statuty AGESP Holding i AGESP przyznają zarządowi każdej z tych spółek pełne kompetencje do prowadzenia spraw z zakresu zwykłych czynności spółki, jak i spraw przekraczających ten zakres. Statuty te nie zastrzegają na rzecz gminy Busto Arsizio żadnych kompetencji nadzorczych, czy też szczególnego prawa głosu w celu ograniczenia swobody działania przyznanej zarządom spółek. Kontrola sprawowana przez gminę Busto Arsizio nad oboma tymi spółkami sprowadza się zasadniczo do swobody, jaką prawo spółek przyznaje większości akcjonariuszy, co w sposób znaczący ogranicza jej możliwości wywierania wpływu na podejmowane przez nie decyzje.
39. Ponadto ewentualny wpływ gminy Busto Arsizio na decyzje AGESP wywierany jest za pośrednictwem spółki holdingowej. Tego rodzaju pośrednictwo może, w zależności od okoliczności sprawy, osłabić jakkolwiek kontrolę sprawowaną przez instytucję zamawiającą nad spółką akcyjną jedynie z tytułu posiadania części jej kapitału zakładowego.

40. Z powyższego wynika – z zastrzeżeniem przeprowadzenia badania przez sąd orzekający co do istoty sprawy – że w tego rodzaju okolicznościach instytucja zamawiająca nie sprawuje nad spółką, której udzieliła omawianego zamówienia publicznego, kontroli analogicznej do sprawowanej nad swoimi własnymi służbami.
41. Artykuł 6 dyrektywy 93/36 stawia wymóg, aby instytucje zamawiające udzielające zamówień publicznych stosowały procedurę otwartą lub procedurę ograniczoną, chyba że zachodzi jeden z wyjątkowych przypadków wymienionych w sposób wyczerpujący w ust. 2 i 3 powołanego artykułu. Z postanowienia odsyłającego nie wynika, że zamówienie, którego dotyczy postępowanie przed sądem krajowym, objęte jest zakresem któregoś z tych przypadków.
42. Z tego wynika, że dyrektywa 93/36 stoi na przeszkodzie bezpośredniemu udzielaniu zamówień publicznych w okolicznościach, takich jak występujące w postępowaniu przed sądem krajowym.
43. Rząd włoski, wbrew takiemu wnioskowi, zarzuca, że okoliczność, iż AGESP ma obowiązek stosować procedurę przetargu publicznego w celu nabycia oleju opałowego dowodzi, że gmina Busto Arsizio, AGESP Holding i AGESP należy uznać jako tworzące łącznie jeden „podmiot prawa publicznego” w rozumieniu art. 1 lit. b) dyrektywy 93/36, który jest zobowiązany do udzielania zamówień publicznych na dostawy zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie przepisami wspólnotowymi i krajowymi.
44. Z powyższym argumentem nie można się zgodzić. Po pierwsze, gmina Busto Arsizio objęta jest zakresem pojęcia „jednostki samorządu terytorialnego”, a nie „podmiotu prawa publicznego” w rozumieniu powołanego przepisu. Po drugie, gmina Busto Arsizio, AGESP Holding i AGESP stanowią odrębne osoby prawne.
45. Ponadto, jak stwierdził Trybunał w pkt 43 wyżej wspomnianego wyroku w sprawie Teckal, jedynymi dopuszczalnymi wyjątkami od stosowania dyrektywy 93/36 są te, które zostały w niej wyraźnie i w sposób wyczerpujący wskazane.
46. Dyrektywa 93/36 nie zawiera przepisu porównywalnego do art. 6 dyrektywy 92/50, który pod pewnymi warunkami wyklucza z zakresu jej stosowania zamówienia publiczne udzielane instytucjom zamawiającym (ww. wyrok w sprawie Teckal, pkt 44).
47. W konsekwencji, na pierwsze pytanie należy odpowiedzieć, że dyrektywa 93/36 stoi na przeszkodzie udzieleniu w sposób bezpośredni zamówienia na dostawy i usługi, którego przeważającą wartość stanowią dostawy, spółce akcyjnej, której zarząd posiada szerokie kompetencje do prowadzenia spraw spółki i może wykonywać je w sposób samodzielny, i której kapitał zakładowy jest aktualnie objęty w całości przez inną spółkę akcyjną, której większościowym akcjonariuszem jest z kolei instytucja zamawiająca.

W przedmiocie pytania drugiego

48. Drugie pytanie składa się z dwóch części.
49. Po pierwsze, sąd krajowy zmierza do ustalenia, czy przesłankę wykonywania przez przedsiębiorstwo, któremu bezpośrednio udzielono zamówienia publicznego, przeważającej części działalności na rzecz kontrolującej go jednostki samorządu terytorialnego, należy oceniać w świetle art. 13 dyrektywy 93/38. Po drugie, sąd zwraca się z pytaniem, czy można uznać, że przesłanka ta została spełniona w przypadku, w którym przedsiębiorstwo uzyskuje większość swoich przychodów od kontrolującej go jednostki samorządu terytorialnego lub z tytułu działalności wykonywanej na obszarze właściwości tej jednostki.

Pierwsza część pytania drugiego

50. Z postanowienia odsyłającego wynika, że zamówienie, którego dotyczy postępowanie przed sądem krajowym, objęte jest zakresem dyrektywy 93/36.
51. Chodzi zatem o ustalenie, czy wyjątek przewidziany w art. 13 dyrektywy 93/38 może być stosowany w drodze analogii w dziedzinie objętej zakresem zastosowania dyrektywy 93/36.
52. Wyjątek przewidziany we wspomnianym art. 13 dotyczy jedynie zamówień na usługi, z wyłączeniem zamówień na dostawy.
53. Artykuł 13 dyrektywy 93/38 obejmuje podmioty, w szczególności wspólne przedsiębiorstwa i przedsiębiorstwa, których roczne sprawozdania finansowe są skonsolidowane, których sposób funkcjonowania różni się od sposobu funkcjonowania instytucji zamawiających objętych zakresem dyrektywy 93/36.
54. Ponadto powołany przepis zawiera procedurę notyfikacji Komisji, której nie można przenieść na grunt dyrektywy 93/36 z powodu braku podstawy prawnej.
55. Ponieważ wyjątki należy interpretować w sposób ścisły, nie można rozszerzać stosowania art. 13 dyrektywy 93/38 na dziedzinę objętą zakresem zastosowania dyrektywy 93/36.
56. Powyższy wniosek znajduje potwierdzenie w fakcie, że w czasie reformy dyrektyw dotyczących zamówień publicznych w 2004 r. prawodawca wspólnotowy, zachowując wspomniany wyjątek w art. 23 dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz.U. L 134, str. 1), zdecydował się na niewprowadzenie analogicznego wyjątku do dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. L 134, str. 114), która zastąpiła dyrektywę 93/36.
57. W związku z powyższym, na pierwszą część drugiego pytania należy odpowiedzieć, że związanej z niestosowaniem dyrektywy 93/36 przesłanki wykonywania przez przedsiębiorstwo, któremu bezpośrednio udzielono zamówienia publicznego, działalności w przeważającym zakresie na rzecz kontrolującej go jednostki samorządu terytorialnego, nie należy oceniać w świetle art. 13 dyrektywy 93/38.
- Druga część pytania drugiego
58. Przypomnieć należy, że głównym celem uregulowań wspólnotowych w zakresie zamówień publicznych jest swobodny przepływ towarów i usług, jak również otwarcie na niezakłóconą konkurencję we wszystkich państwach członkowskich (zob. podobnie, wyrok z dnia 11 stycznia 2005 r. w sprawie C-26/03 Stadt Halle i RPL Lochau, Rec. str. I-1, pkt 44).
59. Określone w powołanym powyżej wyroku w sprawie Teckal przesłanki uznania, że dyrektywa 93/36 nie znajduje zastosowania w stosunku do zamówień udzielanych przez jednostkę samorządu terytorialnego odrębnej od niej osobie prawnej, zgodnie z którymi jednostka samorządu terytorialnego musi sprawować nad tą osobą kontrolę analogiczną do sprawowanej nad swoimi własnymi służbami, a osoba ta musi wykonywać swoją działalność w przeważającym zakresie na rzecz kontrolującej ją jednostki lub jednostek, mają na celu między innymi unikanie zakłócania konkurencji.
60. Wymóg wykonywania przez daną osobę prawną działalności w przeważającym zakresie na rzecz kontrolującej ją jednostki lub jednostek samorządu terytorialnego ma w szczególności na celu zapewnienie, aby dyrektywa 93/36 znajdowała zastosowanie również w przypadku gdy przedsiębiorstwo kontrolowane przez jedną lub więcej jednostek działa aktywnie na rynku, a tym samym może znaleźć się w stosunku konkurencji z innymi przedsiębiorstwami.

61. W istocie przedsiębiorstwo nie musi być pozbawione swobody działania przez sam fakt, że kontrolująca go jednostka samorządu terytorialnego sprawuje nadzór nad decyzjami go dotyczącymi, jeśli przedsiębiorstwo to może jeszcze wykonywać znaczną część swojej działalności gospodarczej na rzecz innych podmiotów.
62. Konieczne jest ponadto, aby usługi tego przedsiębiorstwa świadczone były przede wszystkim dla kontrolującej go jednostki samorządu terytorialnego. W tych granicach wydaje się uzasadnionym, aby przedsiębiorstwo to nie było objęte ograniczeniami dyrektywy 93/36, które podyktowane są troską o zachowanie konkurencji, co w tym przypadku nie ma racji bytu.
63. Przy zastosowaniu tych zasad można uznać, że przedsiębiorstwo wykonuje swoją działalność w przeważającym zakresie na rzecz kontrolującej go jednostki w rozumieniu wspomnianego powyżej wyroku w sprawie Teckal, tylko jeżeli działalność tego przedsiębiorstwa poświęcona jest głównie tej jednostce, a ewentualna pozostała działalność ma charakter marginalny.
64. Dla dokonania oceny, czy tak jest w niniejszym przypadku, sąd właściwy musi wziąć pod uwagę wszystkie okoliczności sprawy, mające zarówno charakter jakościowy, jak i ilościowy.
65. Jeśli chodzi o kwestię, czy w tym kontekście należy uwzględnić tylko przychód uzyskany od kontrolującej jednostki samorządu terytorialnego, czy też przychód uzyskany z tytułu działalności wykonywanej na obszarze jej właściwości, to należy uznać, że decydujący charakter ma przychód uzyskany przez przedsiębiorstwo dzięki decyzjom jednostki kontrolującej o udzieleniu mu zamówień, obejmujący przychód uzyskany od beneficjentów usług w wykonaniu tych decyzji.
66. W istocie uwzględnić należy wszelką działalność przedsiębiorstwa, któremu instytucja zamawiająca udzieliła zamówienia wykonywaną przez to przedsiębiorstwo w ramach zamówienia i to niezależnie, czy na rzecz samej instytucji zamawiającej, czy na rzecz beneficjentów usług.
67. Nie ma znaczenia, kto płaci wynagrodzenie temu przedsiębiorstwu – jednostka samorządu terytorialnego sprawująca kontrolę, czy też osoby trzecie będące beneficjentami usług świadczonych na podstawie koncesji lub innych stosunków prawnych nawiązanych przez tę jednostkę. Również bez znaczenia jest, na jakim obszarze usługi te są świadczone.
68. Biorąc pod uwagę, że w sprawie w postępowaniu przed sądem krajowym kapitał zakładowy przedsiębiorstwa, któremu udzielono zamówienia, objęty jest przez kilka jednostek samorządu terytorialnego, istotne może być zbadanie, czy działalność, którą należy wziąć pod uwagę, to działalność wykonywana przez to przedsiębiorstwo na rzecz wszystkich kontrolujących go jednostek, czy tylko działalność wykonywana na rzecz jednostki występującej w tej sprawie w charakterze instytucji zamawiającej.
69. W tym zakresie należy przypomnieć, że Trybunał stwierdził, iż podmiot odrębny pod względem prawnym musi wykonywać przeważającą część swojej działalności na rzecz „kontrolującej go jednostki lub jednostek” (ww. wyrok w sprawie Teckal, pkt 50). Trybunał wziął pod uwagę zatem możliwość, że przewidziany wyjątek znajdzie zastosowanie nie tylko w przypadku gdy taka osoba prawna kontrolowana jest przez jedną jednostkę, lecz również, w przypadku gdy kontrola sprawowana jest przez kilka z nich.
70. W przypadku gdy kilka jednostek samorządu terytorialnego kontroluje jedno przedsiębiorstwo, przesłanka dotycząca przeważającej części jego działalności może zostać spełniona, jeśli przedsiębiorstwo to wykonuje swoją działalność w przeważającym zakresie zarówno na rzecz jednej lub kilku z tych jednostek, jak i na rzecz wszystkich ich łącznie.

71. W konsekwencji, w przypadku przedsiębiorstwa kontrolowanego przez kilka jednostek samorządu terytorialnego działalnością, którą należy wziąć pod uwagę, jest działalność wykonywana na rzecz wszystkich tych jednostek łącznie.
72. Z powyższego wynika, że na drugą część pytania drugiego należy odpowiedzieć, że przy ocenie, czy przedsiębiorstwo wykonywało swoją działalność w przeważającym zakresie na rzecz kontrolującej go jednostki samorządu terytorialnego, dla celów określenia, czy dyrektywa 93/36 znajdzie zastosowanie, należy uwzględnić wszelką działalność wykonywaną przez to przedsiębiorstwo na podstawie zamówienia udzielonego mu przez instytucję zamawiającą, niezależnie od tego, kto płaci wynagrodzenie za wykonywanie tej działalności – sama instytucja zamawiająca, czy też beneficjenci świadczonych usług – oraz bez względu na obszar, na którym działalność ta jest wykonywana.

W przedmiocie kosztów

73. Dla stron postępowania przed sądem krajowym niniejsze postępowanie ma charakter incydentalny, dotyczy bowiem kwestii podniesionej przed tym sądem; do niego zatem należy rozstrzygnięcie o kosztach. Koszty poniesione w związku z przedstawieniem uwag Trybunałowi, inne niż poniesione przez strony postępowania przed sądem krajowym, nie podlegają zwrotowi.

Z powyższych względów Trybunał (pierwsza izba) orzeka, co następuje:

- 1) **Dyrektywa Rady 93/36/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynująca procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy stoi na przeszkodzie udzieleniu zamówienia w sposób bezpośredni na dostawy i usługi, którego przeważającą wartość stanowią dostawy, spółce akcyjnej, której zarząd posiada szerokie kompetencje do prowadzenia spraw spółki i może wykonywać je w sposób samodzielny, i której kapitał zakładowy jest aktualnie objęty w całości przez inną spółkę akcyjną, której większościovym akcjonariuszem jest z kolei instytucja zamawiająca.**
- 2) **Związanę z niestosowaniem dyrektywy 93/36 przesłanki wykonywania przez przedsiębiorstwo, któremu bezpośrednio udzielono zamówienia publicznego, działalności w przeważającym zakresie na rzecz kontrolującej go jednostki samorządu terytorialnego, nie należy oceniać w świetle art. 13 dyrektywy Rady 93/38/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji.**
- 3) **Przy ocenie, czy przedsiębiorstwo wykonywało swoją działalność w przeważającym zakresie na rzecz kontrolującej go jednostki samorządu terytorialnego, dla celów określenia, czy dyrektywa 93/36 znajdzie zastosowanie, należy uwzględnić wszelką działalność wykonywaną przez to przedsiębiorstwo na podstawie zamówienia udzielonego mu przez instytucję zamawiającą, niezależnie od tego, kto płaci wynagrodzenie za wykonywanie tej działalności – sama instytucja zamawiająca, czy też beneficjenci świadczonych usług – oraz bez względu na obszar, na którym działalność ta jest wykonywana.**

Podpisy

* Język postępowania: włoski.

Orzeczenie z dnia 18 stycznia 2007 r. w sprawie C-220/05 *Auroux*

WYROK TRYBUNAŁU (pierwsza izba) z dnia 18 stycznia 2007 r. (*)

Zamówienia publiczne – Dyrektywa 93/37/WE – Udzielenie zamówienia bez przetargu – Porozumienie w sprawie wykonania operacji zagospodarowania zawarte między dwoma instytucjami zamawiającymi – Pojęcie „zamówienia publicznego na roboty budowlane” i „objektu budowlanego” – Sposób obliczania wartości zamówienia

W sprawie C-220/05

mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 234 WE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez tribunal administratif de Lyon (Francja) postanowieniem z dnia 7 kwietnia 2005 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 19 maja 2005 r., w postępowaniu:

Jean Auroux i in.

przeciwko

Commune de Roanne,

przy udziale:

Société d'équipement du département de la Loire (SEDL),

TRYBUNAŁ (pierwsza izba),

w składzie: P. Jann, prezes izby, K. Lenaerts, E. Juhász (sprawozdawca), J. N. Cunha Rodrigues i M. Ilešič, sędziowie,

rzecznik generalny: J. Kokott,

sekretarz: L. Hewlett, główny administrator,

uwzględniając procedurę pisemną i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 27 kwietnia 2006 r.,

rozważywszy uwagi przedstawione:

- w imieniu J. Auroux i in., przez J. Antoine, avocat,
- w imieniu commune de Roanne, przez P. Petita i C. Xaviera, avocats,
- w imieniu rządu francuskiego, przez G. de Berguesa i J.-C. Niolleta, działających w charakterze pełnomocników,
- w imieniu rządu litewskiego, przez D. Kriauciūnasa, działającego w charakterze pełnomocnika,
- w imieniu rządu austriackiego, przez M. Fruhmanna, działającego w charakterze pełnomocnika,
- w imieniu rządu polskiego, przez T. Nowakowskiego, działającego w charakterze pełnomocnika,
- w imieniu Komisji Wspólnot Europejskich, przez X. Lewisa, działającego w charakterze pełnomocnika,

po zapoznaniu się z opinią rzecznika generalnego na posiedzeniu w dniu 15 czerwca 2006 r., wydaje następujący

Wyrok

1. Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni dyrektywy Rady 93/37/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (Dz.U. L 199, str. 54) zmienionej przez dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 97/52/WE z dnia 13 października 1997 r. (Dz.U. L 328, str. 1, dalej zwanej „dyrektywą”).
2. Wniosek ten został złożony w ramach wniesionej przez Jeana Auroux i ośmiu innych skarżących (dalej zwanych „skarżącymi w sprawie głównej”) skargi o stwierdzenie nieważności uchwały rady gminy Roanne (conseil municipal de la commune de Roanne) z dnia 28 października 2002 r. upoważniającej mera tej gminy do podpisania z Société d'équipement du département de la Loire (zwaną dalej „SEDL”) zamówienia na wykonanie w Roanne parku rozrywki.

Ramy prawne

Prawo wspólnotowe

3. Zgodnie z brzmieniem drugiego motywu dyrektywy „jednoczesne osiągnięcie swobody przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług w stosunku do zamówień publicznych na roboty budowlane, udzielonych w państwach członkowskich w imieniu państwa lub jednostek samorządu terytorialnego, lub innych podmiotów prawa publicznego, zakłada nie tylko zniesienie ograniczeń, ale także koordynację krajowych procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane”.
4. Z szóstego motywu dyrektywy wynika, że zamówienia na roboty budowlane o wartości mniejszej niż 5.000.000 ECU mogą być wyłączone z konkurencji, jak przewidziano w niniejszej dyrektywie i właściwe jest zapewnienie wyłączenia ich z działań koordynujących.
5. Zgodnie z dziesiątym motywem dyrektywy, „w celu zapewnienia rozwoju rzeczywistej konkurencji w dziedzinie zamówień publicznych, niezbędne jest, aby ogłoszenia o zamówieniach, sporządzane przez instytucje zamawiające z państw członkowskich, były ogłaszane w całej Wspólnocie”. W tym samym motywie czytamy ponadto, że „informacje zawarte w tych ogłoszeniach muszą umożliwiać wykonawcom mającym swoje przedsiębiorstwo we Wspólnocie ocenę, czy są zainteresowani przewidzianymi zamówieniami”.
6. Artykuł 1 lit. od a) do d) stanowi:

„Do celów niniejszej dyrektywy:

- a) »zamówieniami publicznymi na roboty budowlane« są umowy o charakterze odpłatnym, zawierane na piśmie między wykonawcą a instytucją zamawiającą, określoną w lit. b), których przedmiotem jest albo wykonanie, albo zarówno wykonanie jak i zaprojektowanie robót budowlanych, związanych z jedną z działalności określonych w załączniku II lub obiektu budowlanego, określonego poniżej w lit. c), albo wykonanie, za pomocą jakichkolwiek środków, obiektu budowlanego odpowiadającego wymogom określonym przez instytucję zamawiającą;
- b) »instytucje zamawiające« oznaczają państwo, jednostki samorządu terytorialnego, podmioty prawa publicznego, związki zawarte przez co najmniej jedną taką jednostkę lub podmiot prawa publicznego.
[...]
- c) »obiekt budowlany« oznacza wynik całości robót budowlanych w zakresie budownictwa lub inżynierii lądowej i wodnej, który może samoistnie spełniać funkcję gospodarczą lub techniczną;

- d) »koncesja na roboty budowlane« jest zamówieniem, tego samego typu, jak to wskazane w lit. a) z wyjątkiem faktu, że wynagrodzeniem za roboty budowlane, które mają być wykonane, jest albo wyłącznie prawo do eksploatacji obiektu budowlanego, albo takie prawo wraz z płatnością».
7. „Działalności[ami] określonych[mi] w załączniku II”, o których mowa w art. 1 lit. a) dyrektywy, są działalności budowy i inżynierii cywilnej odpowiadające klasie 50 ogólnej klasyfikacji działalności gospodarczej we Wspólnocie Europejskiej. Wśród działalności tych została wyraźnie wymieniona kategoria obejmująca budowę budynku.
8. Artykuł 6 dyrektywy stanowi:
- „1. Niniejsza dyrektywa ma zastosowanie do:
- a) zamówień publicznych na roboty budowlane, których wartość szacunkowa bez podatku VAT wynosi nie mniej niż równowartość w ecu [EUR] 5000000 specjalnych praw ciągnięcia (SRD);
 - b) zamówień publicznych na roboty budowlane, określonych w art. 2 ust. 1, których wartość szacunkowa bez podatku VAT wynosi nie mniej niż 5000000 ECU [EUR].
- [...]
3. W przypadku gdy obiekt budowlany jest podzielony na kilka części, z których każda stanowi przedmiot odrębnego zamówienia, wartość każdej z tych części jest uwzględniana przy obliczaniu wartości, określonej w ust. 1. W przypadku gdy łączna wartość części jest nie mniejsza niż wartość określona w ust. 1, przepis tego ustępu ma zastosowanie do wszystkich części. Instytucje zamawiające mogą odstąpić od stosowania przepisu ust. 1 w odniesieniu do tych części, których szacunkowa wartość, bez podatku VAT, jest mniejsza niż 1000000 ECU, pod warunkiem, że całkowita wartość szacunkowa tych części nie przekracza 20 % całkowitej wartości wszystkich części.
 4. Żaden obiekt budowlany ani żadne zamówienie, nie mogą być dzielone z zamiarem uniknięcia stosowania niniejszej dyrektywy.
 5. Przy obliczaniu wartości określonych w ust. 1 oraz w art. 7, uwzględniana jest nie tylko wartość zamówienia publicznego na roboty budowlane, lecz także szacunkowa wartość dostaw, potrzebnych do wykonania robót budowlanych, udostępnionych wykonawcy przez instytucje zamawiające.
 6. Instytucje zamawiające zapewniają, że wszyscy dostawcy traktowani będą w niedyskryminujący sposób”.

Prawo krajowe

9. W chwili zdarzeń art. L. 300-4 code de l'urbanisme (kodeksu ubranistyki) w brzmieniu określonym w art. 8 ustawy (loi) nr 2000-1208 z dnia 13 grudnia 2000 r. (JORF z dnia 14 grudnia 2000 r., str. 19777) stanowił:

„Skarb państwa, samorzady terytorialne lub ich organy publiczne mogą powierzyć przygotowanie i wykonanie operacji zagospodarowania przewidzianych w niniejszym dziale wszelkiego rodzaju podmiotom publicznym lub prywatnym do tego powołanym.

W przypadku zawarcia porozumienia z organem publicznym, ze spółką mieszaną z udziałem kapitału samorządu terytorialnego określoną przez ustawę (loi) nr 83-597 z dnia 7 lipca 1983 r. lub ze spółką mieszaną, w której ponad połowa kapitału należy do jednego lub kilku z wymienionych poniżej podmiotów prawa publicznego: skarbu

państwa, regionów, departamentów, gmin lub ich stowarzyszeń, porozumienie to może przyjąć formę porozumienia publicznego w sprawie zagospodarowania. W tym przypadku podmiotowi zawierającemu porozumienie można powierzyć zakup nieruchomości w drodze wyłączenia lub pierwokupu, gdzie wykonanie wszelkich operacji i czynności zagospodarowania i wyposażania przyczynia się do operacji globalnej stanowiącej przedmiot publicznego porozumienia w sprawie zagospodarowania.

Podmiotom wymienionym w poprzednim akapicie mogą zostać powierzone zadania monitorowania wstępnych analiz niezbędnych do zdefiniowania rodzaju operacji w ramach umowy pełnomocnictwa upoważniającej ich do zawierania umów o przeprowadzenie analiz w imieniu i na rachunek samorządu lub stowarzyszenia samorządów.

Przepisy rozdziału IV w tytule II ustawy (loi) nr 93-122 z dnia 29 stycznia 1993 r. dotyczącej zapobiegania korupcji oraz przejrzystości życia gospodarczego i postępowań publicznych, nie stosują się do publicznych porozumień w sprawie zagospodarowania zawartych na podstawie niniejszego artykułu.

Publiczne porozumienie w sprawie zagospodarowania może przewidywać warunki, na jakich podmiot zawierający porozumienie bierze udział w przeprowadzaniu analiz dotyczących danej operacji, a w szczególności w rewizji lub zmianie lokalnego planu urbanistycznego”.

10. W wyniku wszczęcia przez Komisję Europejskich wobec Republiki Francuskiej postępowania o stwierdzenie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego, art. L.300-4 kodeksu urbanistyki został zmieniony przez ustawę (loi) nr 2005-809 z dnia 20 lipca 2005 r. w sprawie koncesji na zagospodarowanie (JORF z dnia 21 lipca 2005 r., str. 11833) jak następuje:

„Skarb państwa i samorządy terytorialne, jak również ich organy publiczne, mogą powierzyć wykonanie operacji zagospodarowania przewidzianych w tym dziale wszelkim podmiotom do tego powołanym.

Udzielenie koncesji na zagospodarowanie przez organ udzielający koncesji jest objęte procedurą ogłoszenia umożliwiającą składanie wielu ofert konkurencyjnych na warunkach przewidzianych w dekrete wydany przez radę stanu (décret en Conseil d'État).

Koncesjonariusz zapewnia zarządzanie obiektem budowlanym i wyposażeniem przyczyniającym się do operacji objętej koncesją, jak również przeprowadzenie analiz i wszelkich czynności koniecznych do ich wykonania. Podmiot udzielający koncesji może mu powierzyć zadanie nabycia dóbr koniecznych do realizacji operacji, w tym również w drodze wyłączenia lub pierwokupu, jeśli jest taka potrzeba. Koncesjonariusz dokonuje sprzedaży, wynajmu lub koncesji nieruchomości znajdujących się w obrębie terenu objętego koncesją.”

11. Artykuł 11 ustawy nr 2005-809 stanowi:

„Z zastrzeżeniem ostatecznych orzeczeń sądowych, pozostają w mocy w zakresie, w jakim ich zgodność z prawem mogłaby zostać podważona ze względu na to, iż wyznaczenie podmiotu odpowiedzialnego za zagospodarowanie nie zostało dokonane zgodnie z procedurą ogłoszenia umożliwiającą składanie wielu ofert konkurencyjnych:

1. Koncesje na zagospodarowanie, publiczne porozumienia w sprawie zagospodarowania i porozumienia w sprawie zagospodarowania podpisane przed dniem publikacji niniejszej ustawy”.

Postępowanie przed sądem krajowym i pytania prejudycjalne

12. Uchwałą z dnia 28 października 2002 r. rada gminy Roanne upoważniła mera tej gminy do podpisania z SEDL zamówienia na wykonanie w Roanne parku rozrywek (zwanego dalej „porozumieniem”).
13. Porozumienie zawarte w dniu 25 listopada 2002 r. przewidywało realizację parku rozrywki w kilku częściach. Pierwsza część zakładała budowę kompleksu kinowego i obiektu handlowego z przeznaczeniem do sprzedaży osobom trzecim, jak również obiektów budowlanych, które miały zostać oddane instytucji zamawiającej, a mianowicie budynku parkingowego oraz dróg dojazdowych i powierzchni publicznych. Kolejne części, których realizacja zakładała podpisanie dodatkowego aktu do porozumienia, obejmowały zasadniczo budowę innych obiektów handlowych lub usługowych i hotelu.
14. W myśl części wstępnej porozumienia, poprzez tę operację gmina Roanne zamierza zmienić kwalifikację części terenu urbanistycznego niskiej wartości i promować rozwój rozrywki i turystyki.
15. Zgodnie z art. 2 porozumienia, spółce SEDL została powierzona misja między innymi: dokonania zakupu nieruchomości gruntowych, organizacji postępowania konkursowego na wybór architekta lub inżyniera, zlecenia przeprowadzenia analiz, wykonania robót budowlanych, sporządzenia i aktualizacji określonej dokumentacji z zakresu księgowości i zarządzania, poszukiwania funduszy, podjęcia skutecznych środków celem zagwarantowania sprzedaży obiektów, jak również zapewnienia w sposób ogólny zarządzania i koordynacji operacji oraz informowania gminy.
16. Z art. 10 akapit drugi porozumienia wynika, że udzielanie przez SEDL zamówień na roboty osobom trzecim podlega zasadom publiczności i zaproszenia do składania ofert, przewidzianych w kodeksie zamówień publicznych (code des marchés publics) na mocy art. 48 ust. 1 ustawy (loi) nr 93-122 z dnia 29 stycznia 1993 r. (JORF z dnia 30 stycznia 1993 r.).
17. Zgodnie z prognozą bilansu załączonego do porozumienia, przewiduje się, że całkowita wartość przychodów wyniesie EUR 10.227.103 za realizację pierwszej części operacji i EUR 14.268.341 za realizację całej operacji. Z tej ostatniej kwoty EUR 2.925.000 pochodzić będzie z funduszy miasta w zamian za przeniesienie praw do budynku parkingowego. Ocenia się ponadto, że SEDL uzyska EUR 8.099.000 w zamian za przeniesienie praw do obiektów przeznaczonych dla osób trzecich. Postanawia się wreszcie, że gmina Roanne zapewni dofinansowanie całości planowanych obiektów w wysokości EUR 2.443.103 z tytułu pierwszej części i EUR 3.034.341 w skali całości robót budowlanych.
18. Z art. 22-25 porozumienia wynika, że z chwilą jego wygaśnięcia SEDL przygotowuje bilans zamknięcia, który musi zostać zatwierdzony przez gminę Roanne. Wszelkie nadwyżki wynikające z bilansu zostaną przekazane gminie. Ponadto gmina stanie się z mocy samego prawa właścicielem całości gruntów i obiektów przeznaczonych do sprzedaży osobom trzecim, które nie zostały jeszcze sprzedane. Gmina Roanne zapewni również wykonanie trwających jeszcze umów – za wyjątkiem umów o pracę – i przejmie długi zaciągnięte przez SEDL.
19. Pismem złożonym do sądu administracyjnego (tribunal administratif) w Lyonie w dniu 11 grudnia 2002 r. skarżący w sprawie głównej wnieśli skargę o stwierdzenie nieważności uchwały rady gminy z dnia 28 października 2002 r. W skardze tej kwestionowali oni ważność rzeczony uchwały zarówno w świetle prawa krajowego, jak i w świetle prawa wspólnotowego. Co się tyczy tego ostatniego, podnieśli oni, że zgodnie ze zobowiązaniami wynikającymi z dyrektywy, zawarcie porozumienia powinno było zostać poprzedzone ogłoszeniem i zaproszeniem do składania ofert.

20. W tych okolicznościach sąd administracyjny w Lyonie postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:
- „1) Czy porozumienie, mocą którego pierwsza instytucja zamawiająca powierza drugiej instytucji zamawiającej realizację operacji zagospodarowania, w interesie ogólnym, w ramach którego to porozumienia druga instytucja zamawiająca przekazuje pierwszej instytucji obiekty budowlane mające służyć jej celom i z chwilą wygaśnięcia którego pierwsza instytucja zamawiająca staje się z mocy samego prawa właścicielem tych gruntów i obiektów, które nie zostały jeszcze sprzedane osobom trzecim, stanowi zamówienie na roboty publiczne w rozumieniu art. 1 dyrektywy [...]?”
 - 2) W przypadku udzielenia odpowiedzi twierdzącej na pierwsze pytanie, czy dla oceny wyżej przywołanego progu 5.000.000 [SRD] ustanowionego w art. 6 tej dyrektywy należy wziąć pod uwagę jedynie cenę uiszczaną w zamian za przeniesienie praw do obiektów przekazanych instytucji zamawiającej czy też sumę tej ceny i wpłaconego wkładu, nawet jeśli wkład ten jedynie w części jest przeznaczony na realizację tych obiektów budowlanych, czy też wreszcie całość wartości robót budowlanych, skoro dobra niesprzedane w chwili wygaśnięcia umowy stają się z mocy samego prawa własnością instytucji zamawiającej, która od tej chwili będzie wykonywać trwające jeszcze umowy i przejmie długi zaciągnięte przez drugą instytucję zamawiającą?
 - 3) W przypadku udzielenia odpowiedzi twierdzącej na pierwsze dwa pytania, czy przy zawieraniu rzeczzonego porozumienia pierwsza instytucja zamawiająca jest zwolniona z obowiązku stosowania przewidzianych w tej dyrektywie procedur przetargowych udzielania zamówień skoro porozumienie to może zostać zawarte jedynie z niektórymi osobami prawnymi i że procedury te zostaną zastosowane przez drugą instytucję zamawiającą celem udzielenia zamówień publicznych na roboty budowlane?”.

W przedmiocie dopuszczalności pytań

21. Tytułem wstępu zarówno gmina Roanne, jak i rząd francuski podnoszą, że wniosek o wydanie orzeczenia prejudycjalnego jest niedopuszczalny.
22. Gmina Roanne twierdzi, że wydając ustawę nr 2005-809 ustawodawca francuski retroaktywnie zatwierdził porozumienia publiczne w sprawie zagospodarowania, które były zawarte bez uprzedniej publikacji ogłoszenia i bez zaproszenia konkurencji do składania ofert. Ponieważ sąd odsyłający ma obowiązek stosowania prawa francuskiego i uznania, że porozumienie zostało zatwierdzone przez rzeczoną ustawę, wnioskowana wykładnia prawa wspólnotowego nie jest konieczna do rozstrzygnięcia sporu w sprawie głównej.
23. Rząd francuski podnosi, że wniosek o wydanie orzeczenia prejudycjalnego dokonuje błędnej kwalifikacji spornego porozumienia jako porozumienia w sprawie zagospodarowania w rozumieniu art. L.300-4 kodeksu urbanistyki w brzmieniu obowiązującym w chwili zdarzeń. Zdaniem tego rządu, w rzeczywistości jest to zwykła budowa obiektów budowlanych. Wynikałoby z tego, że pytanie, czy porozumienie dotyczące realizacji operacji zagospodarowania stanowi zamówienie publiczne na roboty budowlane w rozumieniu dyrektywy jest niedopuszczalne, albowiem nie ma ono żadnego związku z przedmiotem i treścią sporu.
24. Bezspornym jest, że zarówno gmina Roanne, jak i rząd francuski dochodzą do konkluzji o niedopuszczalności wniosku o wydanie orzeczenia prejudycjalnego na podstawie rozważań dotyczących wykładni prawa francuskiego i kwalifikacji okoliczności faktycznych leżących u podstaw sporu w sprawie głównej w świetle tego prawa.

25. Tymczasem, jak wynika z utrwalonego orzecznictwa, tryb postępowania przewidziany w art. 234 WE opiera się na całkowitym rozdziale zadań sądów krajowych i Trybunału, gdzie wyłącznie Trybunał jest upoważniony wypowiadać się w zakresie wykładni lub ważności aktów wspólnotowych wymienionych w tym artykule. W tym kontekście do Trybunału Sprawiedliwości nie należy ocena wykładni przepisów krajowych czy też rozstrzygnięcie, czy wykładnia dokonana przez sąd odsyłający jest prawidłowa (zob. podobnie wyroki z dnia 22 października 1974 r. w sprawie C-347/89 Eurim-Pharm, Rec. str. I-1747, pkt 16 oraz z dnia 12 stycznia 2006 r. w sprawie C-246/04 Turn-und Sportunion Waldburg, Zb. Orz. str. I-589, pkt. 20).
26. Tak samo jedynie do sądu krajowego, przed którym zawisł spór i na którym spoczywa odpowiedzialność za przyszły wyrok należy, przy uwzględnieniu okoliczności konkretnej sprawy, zarówno ocena, czy dla wydania wyroku jest mu niezbędne użycie orzeczenia prejudycjalnego, jak i ocena znaczenia pytań, które zadaje Trybunałowi (zob. wyroki z dnia 4 grudnia 2003 r. w sprawie C-448/01 EVN i Wienstrom, Rec. str. I 14527, pkt 74, oraz z dnia 12 kwietnia 2005 r. w sprawie C-145/03 Keller, Zb. Orz. str. I-2529, pkt 33). W konsekwencji, jeśli postawione pytania dotyczą wykładni prawa wspólnotowego, Trybunał jest co do zasady zobowiązany do wydania orzeczenia.
27. Z powyższego wynika, że zarzut niedopuszczalności podniesiony przez gminę Roanne i przez rząd francuski powinien zostać oddalony, zaś wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym uznany za dopuszczalny.

W przedmiocie pierwszego pytania

28. W pierwszym pytaniu sąd odsyłający zmierza zasadniczo do ustalenia, czy porozumienie stanowi zamówienie publiczne na roboty budowlane w rozumieniu art. 1 lit. a) dyrektywy.
29. Zgodnie z definicją zawartą w tym przepisie, zamówieniami publicznymi na roboty budowlane są umowy o charakterze odpłatnym, zawierane na piśmie między wykonawcą a instytucją zamawiającą, określoną w lit. b), których przedmiotem jest albo wykonanie, albo zarówno wykonanie jak i zaprojektowanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego określonych w dyrektywie albo wykonanie, za pomocą jakichkolwiek środków, obiektu budowlanego odpowiadającego wymogom określonym przez instytucję zamawiającą.
30. W uwagach przedstawionych na piśmie gmina Roanne oraz rządy francuski i polski podnoszą, że porozumienie nie odpowiada tej definicji, a zatem nie stanowi zamówienia publicznego na roboty budowlane w rozumieniu tej dyrektywy.
31. Zdaniem gminy Roanne, mając na uwadze jego przedmiot, porozumienie nie stanowi zamówienia publicznego na roboty budowlane albowiem, skoro jest ono publicznym porozumieniem w sprawie zagospodarowania, jego przedmiot wykracza poza wykonanie prac budowlanych. W istocie, zgodnie z prawem francuskim, tego typu porozumienia dotyczą całkowitego wykonania projektu urbanistycznego lub pewnych polityk urbanistycznych w wszystkich ich aspektach, w szczególności w zakresie przygotowania projektu, zarządzania administracyjnego i prawnego, nabycia gruntów w drodze wywłaszczenia i przeprowadzenia postępowań przetargowych na zawarcie umów.
32. Idąc podobnym tokiem rozumowania rząd polski podnosi, że w myśl porozumienia, SEDL zobowiązuje się do realizacji projektu inwestycyjnego, który zawiera w sobie różne zadania. Rząd ten podkreśla w tym względzie, że SEDL nie będzie wykonawcą, który wykona roboty budowlane przewidziane w umowie, lecz zobowiązuje się

ona jedynie do przygotowania i przeprowadzenia przetargu na zamówienie publiczne na roboty budowlane. Uznając, iż najistotniejszym elementem umowy jest zlecenie wykonania obiektów budowlanych i nadzór nad ich wykonaniem, rząd polski uważa, że porozumienie powinno zostać zakwalifikowane jako „zamówienie publiczne na usługi” w rozumieniu art. 1 dyrektywy Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnoszącej się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi (Dz.U. L 209, str. 1).

33. Rząd francuski podnosi, że część parku rozrywki, która obejmuje wykonanie obiektów budowlanych, przeznaczonych do sprzedaży osobom trzecim, nie stanowi zamówienia publicznego na roboty budowlane w rozumieniu dyrektywy. Rząd ten uważa bowiem, że właśnie ze względu na fakt, iż część ta jest przeznaczona dla osób trzecich, nie może ona zostać uznana za odpowiadającą wymogom gminy. Dodaje przy tym, że jedynie budowa budynku parkingowego na rzecz gminy Roanne mogłaby, co do zasady, stanowić zamówienie publiczne na roboty budowlane. Jednakże rzeczona budowa i tak nie zostałaby objęta zakresem stosowania dyrektywy, albowiem własność budynku parkingowego zostanie przeniesiona na gminę dopiero po jego wybudowaniu w trybie szczególnej procedury przewidzianej w prawie francuskim zwanej „sprzedażą w przyszłym stanie ukończenia”, tak iż w istocie mamy tu do czynienia ze zwykłym zakupem nieruchomości, której przedmiotem są nie tyle roboty budowlane, co raczej sprzedaż przysłego obiektu budowlanego.
34. Zarówno rządy litewski i austriacki, jak i Komisja, uważają, że porozumienie stanowi zamówienie publiczne na roboty budowlane w rozumieniu art. 1 dyrektywy. Komisja podnosi w szczególności, że mimo iż porozumienie obejmuje pewne zadania, które stanowią świadczenie usług, wszak jednak głównym jego przedmiotem jest wykonanie obiektu budowlanego odpowiadającego wymogom określonym przez instytucję zamawiającą w rozumieniu art. 1 lit. a) i c) dyrektywy.
35. Nie można zgodzić się z argumentacją przedstawioną przez gminę Roanne oraz rządy francuski i polski.
36. Prawdą jest wprawdzie – jak słusznie stwierdzili liczni interwenienci – że poza wykonaniem robót budowlanych porozumienie powierza SEDL dodatkowe zadania mające charakter świadczenia usług. Niemniej jednak, wbrew twierdzeniom gminy Roanne, z tego jednego faktu nie wynika jeszcze, że skoro porozumienie zawiera elementy wykraczające poza wykonanie robót budowlanych, a zatem wymyka się ono spod zakresu stosowania dyrektywy.
37. Jak wynika bowiem z orzecznictwa Trybunału, w przypadku gdy umowa zawiera zarówno elementy stanowiące zamówienie publiczne na roboty budowlane, jak i elementy stanowiące inny rodzaj zamówienia publicznego, to główny przedmiot umowy jest decydujący dla ustalenia, którą z dyrektyw wspólnotowych z dziedziny zamówień publicznych należy co do zasady zastosować (zob. wyrok z dnia 19 kwietnia 1994 r. w sprawie C-331/92 Gestión Hotelera Internacional, Rec. str. I-1329, pkt 29).
38. Przy zastosowaniu owego orzecznictwa w przedmiotowej sprawie należy podkreślić, że wbrew twierdzeniom rządu polskiego zawartym w jego uwagach, zgodnie z treścią porozumienia, zobowiązania SEDL nie ograniczają się do zarządzania i organizacji robót budowlanych, lecz rozciągają się również na wykonanie przewidzianych w nim robót. Ponadto, zgodnie z utrwaloną linią orzecznictwa, aby zostać uznanym za wykonawcę odpowiedzialnego za wykonanie zamówienia publicznego na roboty budowlane w rozumieniu art. 1 lit. a) dyrektywy nie jest konieczne, aby podmiot zawierający umowę z instytucją zamawiającą był w stanie sam bezpośrednio własnymi siłami wykonać umówione świadczenie (zob. podobnie wyroki z dnia 14 kwietnia 1994 r. w sprawie C-389/92 Ballast Nedam Groep, Rec. str. I-1289, pkt 13, i z dnia 2 grudnia 1999 r.

w sprawie C-176/98 Holst Italia, Rec. str. I-8607, pkt 26). Wynika z tego, że dla ustalenia, czy głównym przedmiotem porozumienia jest wykonanie obiektu budowlanego, bez znaczenia pozostaje okoliczność, iż SEDL nie wykonuje osobiście robót budowlanych, lecz zleca ich wykonanie podwykonawcom.

39. Nie można zgodzić się z argumentem rządu francuskiego, zgodnie z którym, z powodów przedstawionych w pkt 33, nie można uznać, że przedmiotem porozumienia jest wykonanie obiektu budowlanego odpowiadającego wymogom określonym przez instytucję zamawiającą w rozumieniu art. 1 lit. a) dyrektywy.
40. W kwestii dokonanej przez rząd francuski kwalifikacji prawnej budynku parkingowego należy stwierdzić, że definicja zamówienia publicznego na roboty budowlane należy do właściwości prawa wspólnotowego. Ponieważ art. 1 lit. a) dyrektywy nie zawiera żadnego wyraźnego odesłania do prawa państw członkowskich w celu ustalenia jego treści i zakresu, kwalifikacja takich umów w prawie francuskim pozostaje bez wpływu na ustalenie, czy porozumienie jest objęte zakresem stosowania dyrektywy (zob. podobnie wyrok z dnia 20 października 2005 r. w sprawie C-264/03 Komisja przeciwko Francji, Zb. Orz. str. I-8831, pkt 36).
41. Z art. 1 lit. c) dyrektywy wynika, że istnienie obiektu budowlanego powinno być oceniane w związku z funkcją gospodarczą lub techniczną rezultatu wykonanych robót budowlanych (zob. wyrok z dnia 27 października 2005 r. w sprawach połączonych C-187/04 i C-188/04 Komisja przeciwko Włochom, dotychczas nieopublikowany w Zbiorze, pkt 26). Jak jasno wynika z szeregu postanowień porozumienia, realizacja parku rozrywki ma za zadanie przyciągnięcie działalności handlowej i usługowej, tak iż należy uznać, że porozumienie spełnia funkcję gospodarczą.
42. Ponadto należy uznać, że realizacja parku rozrywki odpowiada wymogom określonym w porozumieniu przez gminę Roanne. Należy w tej kwestii podkreślić, że planowym w porozumieniu obiektem budowlanym jest park rozrywki we wszystkich swych aspektach, obejmujący budowę kompleksu kinowego, lokali usługowych związanych z rozrywką, budynku parkingowego i ewentualnie hotelu. Z szeregu postanowień porozumienia wynika, że poprzez realizację parku rozrywki gmina Roanne pragnie przekwalifikować i ożywić dzielnicę dworcową.
43. Co się tyczy pozostałych elementów składających się na definicję „zamówienia publicznego na roboty budowlane” ustanowioną w art. 1 lit. a) dyrektywy, należy po pierwsze stwierdzić, że bezspornym jest, iż gmina Roanne jako samorząd terytorialny jest „instytucją zamawiającą” w rozumieniu art. 1 lit. b) dyrektywy oraz że istnieje umowa na piśmie.
44. Po drugie, nie ulega wątpliwości, że SEDL jako podmiot gospodarczy prowadzący działalność na danym rynku, który zobowiązuje się do realizacji robót budowlanych przewidzianych w porozumieniu, należy uznać za wykonawcę w rozumieniu dyrektywy. Jak zostało już powiedziane w pkt 38 niniejszego wyroku, bez znaczenia pozostaje okoliczność, iż SEDL zleciła zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych podwykonawcom (zob. w tym znaczeniu wyrok z dnia 12 lipca 2001 r. w sprawie C-399/98 Ordine degli Architetti i in., Rec. str. I-5409, pkt 90).
45. Jest wreszcie oczywiste, że porozumienie zostało zawarte pod tytułem odpłatnym. Charakter odpłatny umowy odnosi się do świadczenia wzajemnego świadczonego wykonawcy w zamian za wykonanie robót budowlanych określonych przez instytucję zamawiającą (zob. w tym znaczeniu ww. wyrok w sprawie Ordine degli Architetti i in., pkt 77). Zgodnie z postanowieniami porozumienia, SEDL otrzyma pewną kwotę ze strony gminy Roanne w zamian za przekazanie jej budynku parkingowego. Gmina zobowiązuje się również do uczestniczenia w kosztach wszystkich planowanych obiektów budowlanych. Wreszcie na mocy porozumienia SEDL ma prawo do przyjmowania świadczeń pieniężnych od osób trzecich w zamian za cesję praw do ukończonych obiektów budowlanych.

46. Z analizy porozumienia wynika, że zgodnie z twierdzeniami Komisji, jego główny przedmiot stanowi wykonanie całości robót budowlanych mających na celu realizację obiektu budowlanego rozumieniu art. 1 lit. c) dyrektywy, a mianowicie parku rozrywki. Przewidziane w porozumieniu zadania stanowiące usługi takie jak zakup nieruchomości gruntowych, organizacja postępowania konkursowego na wybór architekta lub inżyniera oraz sprzedaż budynków, stanowią część realizacji tego obiektu budowlanego.
47. Mając na względzie powyższe rozważania należy odpowiedzieć na pierwsze pytanie, że porozumienie, mocą którego pierwsza instytucja zamawiająca powierza drugiej instytucji zamawiającej realizację obiektu budowlanego, stanowi zamówienie na roboty publiczne w rozumieniu art. 1 lit. a) dyrektywy bez względu na to, czy przewiduje ono, że pierwsza instytucja zamawiająca jest lub będzie właścicielem całości lub części tego obiektu czy też nie.

W przedmiocie drugiego pytania

48. W drugim pytaniu sąd odsyłający pragnie ustalić przez Trybunał sposób oszacowania wartości spornego zamówienia publicznego dla ustalenia, czy został osiągnięty próg ustanowiony w art. 6 dyrektywy.
49. Sąd krajowy proponuje trzy możliwe podstawy obliczania tego progu. W pierwszym przypadku wartość zamówienia należałoby obliczać wyłącznie na podstawie ceny uiszczanej przez instytucję zamawiającą za przekazane jej w przyszłości obiekty budowlane. W drugim przypadku wartość zamówienia stanowiłaby suma całości kwot wpłaconych przez instytucję zamawiającą, a mianowicie świadczenia wzajemnego za przekazane jej w przyszłości obiekty budowlane oraz wkładu finansowego wpłaconego w odniesieniu do całości planowanych obiektów budowlanych. W trzecim przypadku przy ustalaniu wartości zamówienia należałoby wziąć pod uwagę całkowitą wartość robót budowlanych, co obejmuje kwoty wpłacone przez instytucję zamawiającą, jak również kwoty otrzymane od osób trzecich w zamian za obiekty budowlane wykonane na ich rachunek.
50. Należy przede wszystkim stwierdzić, że zgodnie z brzmieniem art. 6 dyrektywy, jej przepisy stosują się do zamówień publicznych na roboty budowlane, których wartość osiąga próg ustanowiony w tym artykule. Przepis ten nie wprowadza żadnej zasady, która ograniczałaby kwoty, jakie należy wziąć pod uwagę przy ustalaniu wartości zamówienia publicznego, jedynie do kwot pochodzących od instytucji zamawiającej.
51. Ponadto wnioskowanie o istnieniu takiej zasady z rzezonego art. 6 byłoby sprzeczne z duchem i celem dyrektywy.
52. Jak bowiem wynika z drugiego i dziesiątego motywu dyrektywy, dyrektywa ta dąży do zniesienia ograniczeń swobody przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług w stosunku do zamówień publicznych na roboty budowlane w celu otwarcia tych rynków na rzeczywistą konkurencję (ww. wyrok w sprawie *Ordine degli Architetti i in.*, pkt 52). Dziesiąty motyw precyzuje, że rozwój owej konkurencji wymaga publikowania w całej Wspólnocie ogłoszeń o zamówieniach zawierających informacje wystarczające, aby umożliwić wykonawcom mającym swoje przedsiębiorstwo we Wspólnocie ocenę, czy są zainteresowani przewidzianymi zamówieniami. W tym względzie próg przewidziany w art. 6 dyrektywy służy zagwarantowaniu, aby zamówienia publiczne posiadające na tyle wysoką wartość, by uzasadnić udział przedsiębiorstw z różnych państw Wspólnoty, były ogłaszane potencjalnym oferentom.
53. Ponieważ celem procedur przetargowych udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane jest właśnie zagwarantowanie potencjalnym oferentom prowadzącym działalność na terenie Wspólnoty Europejskiej dostępu do interesujących ich zamówień publicznych, a zatem wynika stąd, że to z ich punktu widzenia należy ustalać, czy wartość danego zamówienia osiąga próg określony w art. 6 dyrektywy.

54. Jest oczywiste w tym kontekście, że gdy na wartość zamówienia publicznego składają się zarówno kwoty pochodzące od instytucji zamawiającej, jak i kwoty pochodzące od osób trzecich, zainteresowanie potencjalnego oferenta owym zamówieniem wiąże się z jego ogólną wartością.
55. Natomiast teza, zgodnie z którą przy obliczaniu wartości zamówienia w rozumieniu art. 6 dyrektywy powinny być brane pod uwagę jedynie kwoty wpłacane przez instytucję zamawiającą stanowiłaby zamach na cel tej dyrektywy. Wynikałoby z tego bowiem, że instytucja zamawiająca miałaby możliwość udzielenia zamówienia o wartości przekraczającej próg określony w art. 6, które mogłoby interesować innych wykonawców prowadzących działalność na danym rynku, bez stosowania procedur przetargowych udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane przewidzianych przez dyrektywę.
56. Należy wreszcie przypomnieć, że w świetle art. 3 dyrektywy, koncesje na roboty budowlane podlegają zasadom dotyczącym ogłoszeń przewidzianym w dyrektywie, w przypadku gdy osiągnięty zostanie próg ustanowiony w tym przepisie. Ponieważ zasadniczą cechą koncesji jest to, że świadczenie wzajemne za roboty budowlane pochodzi w całości lub w części od osób trzecich, byłoby sprzeczne z celem i systemem leżącymi u podstaw dyrektywy uznanie, że w ramach zamówień publicznych na roboty budowlane kwoty pochodzące od osób trzecich są wyłączone z obliczania wartości zamówienia dla celów art. 6 dyrektywy.
57. Mając powyższe na względzie należy odpowiedzieć na drugie pytanie, że przy ustalaniu wartości zamówienia publicznego dla celów art. 6 dyrektywy należy wziąć pod uwagę całkowitą wartość zamówienia na roboty budowlane z punktu widzenia potencjalnego oferenta, co obejmuje nie tylko całość kwot, jakie będzie musiała zapłacić instytucja zamawiająca, ale również wszystkie inne kwoty pochodzące od osób trzecich.

W przedmiocie trzeciego pytania

58. W trzecim pytaniu sąd odsyłający zmierza w istocie do ustalenia, czy przy zawieraniu porozumienia takiego jak to, o które toczy się sprawa główna, instytucja zamawiająca jest zwolniona z obowiązku stosowania przewidzianych w tej dyrektywie procedur przetargowych udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane ze względu na to, że porozumienie to może zostać zawarte jedynie z niektórymi osobami prawnymi, które same również są instytucjami zamawiającymi i które będą z kolei zobowiązane do stosowania tych procedur celem udzielenia ewentualnych dalszych zamówień publicznych.
59. Tytułem wstępu należy zważyć, że jedynymi dopuszczalnymi wyjątkami od stosowania dyrektywy 93/36 są te, które zostały w niej wyraźnie i w sposób wyczerpujący wskazane (zob. podobnie wyroki z dnia 18 listopada 1999 r. w sprawie C-107/98 Teckal, Rec. str. I-8121, pkt 43, i z dnia 11 maja 2006 r. w sprawie C-340/04 Carbotermo i Consorzio Alisei, Zb. Orz. str. I-4137, pkt 45).
60. Tymczasem dyrektywa 93/36 nie zawiera przepisu porównywalnego do art. 6 dyrektywy 92/50, który pod pewnymi warunkami wyklucza z zakresu jej stosowania zamówienia publiczne udzielane instytucjom zamawiającym (zob. podobnie ww. wyroki w sprawie Teckal, pkt 44 oraz w sprawie Carbotermo i Consorzio Alisei, pkt 46).
61. Należy stwierdzić, że art. 11 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. L 134, str. 114) ustanawia wyjątek dotyczący instytucji zamawiających zlecających wykonanie robót budowlanych między innymi za pośrednictwem centralnych jednostek zakupujących, których definicja figuruje w art. 1 ust. 10 tej dyrektywy. Niemniej jednak przepis ten ratione temporis nie znajduje zastosowania do stanu faktycznego w sprawie głównej.

62. Wynika z tego, że instytucja zamawiająca nie jest zwolniona z obowiązku stosowania przewidzianych w tej dyrektywie procedur przetargowych udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane ze względu na to, że zamierza ona zlecić przedmiotowe zamówienie innej instytucji zamawiającej (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Teckal, pkt 51; wyroki z dnia 7 grudnia 2000 r. w sprawie C-94/99 ARGE, Rec. str. I-11037, pkt 40, oraz z dnia 11 stycznia 2005 r. w sprawie C-26/03 Stadt Halle i RPL Lochau, Zb. Orz. str. I-1, pkt 47). Co więcej, na stwierdzenie to nie ma wpływu ciążący na drugiej instytucji zamawiającej obowiązek stosowania procedur przetargowych przewidzianych w tej dyrektywie (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Teckal, pkt 45).
63. Prawdą jest, że zgodnie z orzecznictwem Trybunału, przetarg nie jest obowiązkowy w przypadku zamówień udzielanych przez jednostkę samorządu terytorialnego odrębnej od niej osobie prawnej, gdy jednostka samorządu terytorialnego sprawuje nad tą osobą kontrolę analogiczną do sprawowanej nad swoimi własnymi służbami, a osoba ta wykonuje swoją działalność w przeważającym zakresie na rzecz kontrolującej ją jednostki lub jednostek (zob. ww. wyrok w sprawie Teckal, pkt 50, oraz wyrok z dnia 13 stycznia 2005 r. w sprawie C-84/03 Komisja przeciwko Hiszpanii, Zb. Orz. str. I-139, pkt 38 i 39).
64. Jednakże fakt, iż SEDL jest spółką mieszaną z udziałem kapitału prywatnego wyklucza uznanie, iż gmina Roanne sprawuje nad nią kontrolę analogiczną do sprawowanej nad swoimi własnymi służbami. Już w przeszłości bowiem Trybunał orzekł, że udział w przedsiębiorstwie kapitału prywatnego podlega względem interesu prywatnego i dąży do osiągnięcia celów odmiennej natury niż cele realizowane przez organ władzy publicznej (zob. ww. wyrok w sprawie Stadt Halle i RPL Lochau, pkt 49 i 50). Tok rozumowania obrany przez Trybunał w przytoczonej tu sprawie Stadt Halle i RPL Lochau w odniesieniu do zamówień publicznych na usługi znajduje zastosowanie również w stosunku do zamówień publicznych na roboty budowlane.
65. Z uwag gminy Roanne oraz z uwag rządów francuskiego i polskiego wynika, że ich zdaniem skuteczność dyrektywy zostałaby jednak zachowana w przypadkach takich jak niniejszy, gdzie druga instytucja zamawiająca jest zobowiązana do stosowania przewidzianych w tej dyrektywie procedur przetargowych udzielania zamówień na roboty budowlane przy udzielaniu wszelkich dalszych zamówień publicznych. Ich zdaniem bowiem dla zapewnienia skutecznej konkurencji bez znaczenia pozostaje to, czy tego typu postępowanie przetargowe zostanie zorganizowane przez pierwszą czy też przez drugą instytucję zamawiającą.
66. W pierwszym rzędzie należy przypomnieć, że dyrektywa nie zawiera przepisów zwalających na wyłączenie jej stosowania w przypadku zamówienia publicznego na roboty budowlane zlecanego między dwoma instytucjami zamawiającymi nawet gdyby druga instytucja zamawiająca została zobowiązana do dalszego zlecenia zamówienia w pełnej wysokości podwykonawcom i do udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane przy zastosowaniu w tym celu procedur przetargowych przewidzianych w dyrektywie.
67. Ponadto, w niniejszym stanie faktycznym, porozumienie nie zawiera postanowienia, że SEDL ma obowiązek dalszego zlecenia całości pierwotnego zamówienia innym podwykonawcom. Co więcej, jak słusznie zauważa rzecznik generalna w pkt 72 swej opinii, w przypadku gdy druga instytucja zamawiająca ucieka się do podwykonawców często istnieje ryzyko, że przedmiot kolejnego zamówienia obejmie zaledwie część całkowitego zamówienia. Może z tego wynikać, iż wartość zamówień udzielonych następnie przez drugą instytucję zamawiającą będzie niższa niż ta, o której mowa w art. 6 ust. 1 lit. a) dyrektywy. W ten sposób, poprzez powołanie do życia szeregu następujących po sobie zamówień publicznych, można by obejść stosowanie dyrektywy.

68. Mając na względzie powyższe rozważania należy odpowiedzieć na trzecie pytanie, że instytucja zamawiająca nie jest zwolniona z obowiązku stosowania przewidzianych w tej dyrektywie procedur przetargowych udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane ze względu na to, że według prawa krajowego porozumienie to może zostać zawarte jedynie z niektórymi osobami prawnymi, które same również są instytucjami zamawiającymi i które będą z kolei zobowiązane do stosowania tych procedur celem udzielenia ewentualnych dalszych zamówień publicznych.

W przedmiocie kosztów

69. Dla stron postępowania przed sądem krajowym niniejsze postępowanie ma charakter incydentalny, dotyczy bowiem kwestii podniesionej przed tym sądem, do niego zatem należy rozstrzygnięcie o kosztach. Koszty poniesione w związku z przedstawieniem uwag Trybunałowi, inne niż poniesione przez strony postępowania przed sądem krajowym, nie podlegają zwrotowi.

Z powyższych względów Trybunał (pierwsza izba) orzeka, co następuje:

- 1) Porozumienie, mocą którego pierwsza instytucja zamawiająca powierza drugiej instytucji zamawiającej realizację obiektu budowlanego, stanowi zamówienie na roboty publiczne w rozumieniu art. 1 lit. a) dyrektywy Rady 93/37/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (Dz.U. L 199, str. 54) zmienionej przez dyrektywę Parlamentu europejskiego i Rady 97/52/WE z dnia 13 października 1997 r. bez względu na to, czy przewiduje ono, że pierwsza instytucja zamawiająca jest lub będzie właścicielem całości lub części tego obiektu czy też nie.
- 2) Przy ustalaniu wartości zamówienia publicznego dla celów art. 6 dyrektywy 93/37 zmienionej przez dyrektywę 97/52 należy wziąć pod uwagę całkowitą wartość zamówienia na roboty budowlane z punktu widzenia potencjalnego oferenta, co obejmuje nie tylko całość kwot, jakie będzie musiała zapłacić instytucja zamawiająca, ale również wszystkie inne kwoty pochodzące od osób trzecich.
- 3) Instytucja zamawiająca nie jest zwolniona z obowiązku stosowania przewidzianych w dyrektywie 93/37, zmienionej przez dyrektywę 97/52, procedur przetargowych udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane ze względu na to, że według prawa krajowego porozumienie to może zostać zawarte jedynie z niektórymi osobami prawnymi, które same również są instytucjami zamawiającymi i które będą z kolei zobowiązane do stosowania tych procedur celem udzielenia ewentualnych dalszych zamówień publicznych.

Podpisy

* Język postępowania: francuski.

Orzeczenie z dnia 19 kwietnia 2007 r. w sprawie C-295/05 *Tragsa*

WYROK TRYBUNAŁU (druga izba) z dnia 19 kwietnia 2007 r.(*)

Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym – Dopuszczalność – Artykuł 86 ust. 1 WE – Brak niezależnego zakresu przedmiotowego – Dane pozwalające Trybunałowi udzielić użytecznej odpowiedzi na zadane mu pytania – Dyrektywy 92/50/EWG, 93/36/EWG i 93/37/EWG – Uregulowania krajowe pozwalające przedsiębiorstwu publicznemu na wykonywanie na bezpośrednie zlecenie organów administracji publicznej czynności bez stosowania ogólnych reguł udzielania zamówień publicznych – Wewnętrzna struktura zarządzania – Przesłanki – Organ władzy publicznej musi sprawować nad odrębnym podmiotem kontrolę analogiczną do kontroli, którą sprawuje nad własnymi służbami – Odrębny podmiot musi wykonywać zasadniczą część swojej działalności na rzecz organu lub organów administracji publicznej, które są jego właścicielami

W sprawie C-295/05

mającej za przedmiot wnioski o wydanie, na podstawie art. 234 WE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Tribunal Supremo (Hiszpania) postanowieniem z dnia 1 kwietnia 2005 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 21 lipca 2005 r., w postępowaniu:

Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo)

przeciwko

Transformación Agraria SA (Tragsa),

Administración del Estado,

TRYBUNAŁ (druga izba),

w składzie: C. W. A. Timmermans, prezes izby, R. Schintgen, R. Silva de Lapuerta, G. Arestis (sprawozdawca) i L. Bay Larsen, sędziowie,

rzecznik generalny: L. A. Geelhoed,

sekretarz: H. von Holstein, zastępca sekretarza,

uwzględniając procedurę pisemną i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 15 czerwca 2006 r.,

rozważywszy uwagi przedstawione:

- w imieniu Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) przez D. P. Thomas de Carranza y Méndez de Vigo, procuradora, oraz R. Vázquez del Rey Villanueva, abogado,
- w imieniu Transformación Agraria SA (Tragsa) przez S. Ortiza Vaamondego oraz I. Pereñę Pineda, abogados,
- w imieniu rządu hiszpańskiego przez F. Díeza Morena, działającego w charakterze pełnomocnika,
- w imieniu rządu litewskiego, przez D. Kriaučiūnasa, działającego w charakterze pełnomocnika,

- w imieniu Komisji Wspólnot Europejskich, przez X. Lewisa oraz F. Castilla de la Torre, działających w charakterze pełnomocników,
po zapoznaniu się z opinią rzecznika generalnego na posiedzeniu w dniu 28 września 2006 r.,
wydaje następujący

Wyrok

1. Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy tego, czy, biorąc pod uwagę art. 86 ust. 1 WE, państwo członkowskie może objąć przedsiębiorstwo publiczne reżimem prawnym, zgodnie z którym może ono wykonywać czynności nie podlegając dyrektywie Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnoszącej się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi (Dz.U. L 209, str. 1), dyrektywie Rady 93/36/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy (Dz.U. L 199, str. 1) i dyrektywie Rady 93/37/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (Dz.U. L 199, str. 54), oraz czy dyrektywy te nie stoją na przeszkodzie takim uregulowaniom.
2. Wniosek ten został złożony w ramach postępowania toczącego się między Asociación Nacional de Empresas Forestales (krajowym stowarzyszeniem przedsiębiorstw leśnych, zwanym dalej „Asemfo”) i Administración del Estado (administracją państwową) w związku ze skargą kwestionującą reżim prawny, którym objęta jest spółka Transformación Agraria SA (zwana dalej „Tragsa”).

Ramy prawne

Uregulowania wspólnotowe

3. Artykuł 1 dyrektywy 92/50 stanowił:
»Do celów niniejszej dyrektywy:
 - a) „zamówienia publiczne na usługi” oznaczają umowy o charakterze odpłatnym, zawierane na piśmie pomiędzy usługodawcą a instytucją zamawiającą [...]
[...]
 - b) „instytucje zamawiające” oznaczają państwo, jednostki samorządu terytorialnego, podmioty prawa publicznego, związki zawarte przez co najmniej jedną taką jednostkę lub podmiot prawa publicznego.
[...]
4. Artykuł 1 dyrektywy 93/36 stanowił:
»Dla celów niniejszej dyrektywy:
 - a) „zamówieniami publicznymi na dostawy” są umowy o charakterze odpłatnym, zawierane na piśmie między dostawcą (osobą fizyczną lub prawną) a jedną z instytucji zamawiających, określonych w lit. b) poniżej, których przedmiotem jest kupno, leasing, dzierżawa, najem lub kupno na raty, z opcją lub bez opcji zakupu towarów. Dostawa tych produktów może ponadto obejmować czynności montażu i instalacji;
 - b) „instytucjami zamawiającymi” są państwo, jednostki samorządu terytorialnego, podmioty prawa publicznego lub związki zawarte przez co najmniej jedną taką jednostkę lub podmiot prawa publicznego;
[...]
5. Artykuł 1 dyrektywy 93/37 stanowił:
»Do celów niniejszej dyrektywy:

- a) „zamówieniami publicznymi na roboty budowlane” są umowy o charakterze odpłatnym, zawierane na piśmie między wykonawcą a instytucją zamawiającą, określoną w lit. b), których przedmiotem jest albo wykonanie, albo zarówno wykonanie jak i zaprojektowanie robót budowlanych, związanych z jedną z działalności określonych w załączniku II lub obiektu budowlanego, określonego poniżej w lit. c), albo wykonanie, za pomocą jakichkolwiek środków, obiektu budowlanego odpowiadającego wymogom określonym przez instytucję zamawiającą;
- b) „instytucje zamawiające” oznaczają państwo, jednostki samorządu terytorialnego, podmioty prawa publicznego, związki zawarte przez co najmniej jedną taką jednostkę lub podmiot prawa publicznego.
[...]

Uregulowania krajowe

Przepisy dotyczące zamówień publicznych

6. Artykuł 152 ustawy 13/1995 z dnia 18 maja 1995 r. o zamówieniach publicznych (BOE nr 119 z dnia 19 maja 1995 r., str. 14601), tekst jednolity ogłoszony rozporządzeniem królewskim z mocą ustawy 2/2000 z dnia 16 czerwca 2000 r. (BOE nr 148 z dnia 21 czerwca 2000, str. 21775, zwanej dalej „ustawą 13/1995”) stanowi:
 - „1. Administracja może wykonywać roboty budowlane za pomocą własnych służb i środków własnych lub rzeczywistych, lub też przy współpracy prywatnych przedsiębiorstw, o ile w przypadku tej współpracy wartość robót jest mniejsza niż [...], w następujących przypadkach:
 - a) jeżeli administracja dysponuje fabrykami, arsenałami, warsztatami lub służbami technicznymi lub przemysłowymi odpowiednimi do wykonania planowanych robót. W takich przypadkach powinien być to normalnie stosowany sposób wykonania robót.
[...]
7. Artykuł 194 ustawy 13/1995 stanowi:
 - „1. Administracja może wytwarzać rzeczy ruchome za pomocą własnych służb i środków własnych lub rzeczywistych, lub też przy współpracy prywatnych przedsiębiorstw, o ile w przypadku tej współpracy wartość tych przedmiotów jest mniejsza niż [...], w następujących przypadkach:
 - a) jeżeli administracja dysponuje fabrykami, arsenałami, warsztatami lub służbami technicznymi lub przemysłowymi odpowiednimi do wykonania dostawy. W takich przypadkach powinien być to normalnie stosowany sposób wykonania dostawy.
[...]

Reżim prawny, którym objęta jest Tragsa

8. Tragsa została ukonstytuowana na mocy upoważnienia zawartego w art. 1 rozporządzenia królewskiego 379/1977 z dnia 21 stycznia 1977 r. (BOE nr 65 z dnia 17 marca 1977, str. 6202).
9. Reżim prawny, którym objęta jest Tragsa, ustanowiony we wspomnianym rozporządzeniu, podlegał stopniowym zmianom, aż do uchwalenia ustawy 66/1997 z dnia 30 grudnia 1997 r. o środkach o charakterze fiskalnym, administracyjnym i dotyczącym systemu społecznego (BOE nr 313 z dnia 31 grudnia 1997 r., str. 38589), z późniejszymi zmianami wprowadzonymi ustawami 53/2002 z dnia 30 grudnia 2002 (BOE nr 313 z dnia 31 grudnia 2002 r., str. 46086) i 62/2003 z dnia 30 grudnia 2003 r. (BOE nr 313 z dnia 31 grudnia 2003 r., str. 46874, zwanej dalej „ustawą 66/1997”).

10. Artykuł 88 ustawy 66/1997, zatytułowany „Reżim prawny” stanowi:

- „1. [Tragsa] jest spółką państwową [...] świadczącą niezbędne usługi w zakresie rozwoju wsi i zachowania środowiska, na podstawie przepisów niniejszej ustawy.
2. Comunidades Autónomas (regiony autonomiczne) mogą stać się udziałowcami w kapitale spółki Tragsa poprzez nabycie akcji, na których przekazanie wymagane jest uzyskanie zezwolenia ministerstwa gospodarki i finansów na wniosek ministerstwa rolnictwa, rybołówstwa i żywności oraz ministerstwa środowiska.
3. Celami działalności Tragsy są:
 - a) wykonywanie wszelkiego rodzaju działań, robót i usług w dziedzinie rolnictwa, hodowli, leśnictwa, rozwoju wsi, zachowania i ochrony przyrody i środowiska, akwakultury i rybołówstwa, jak również działań niezbędnych do poprawy wykorzystania zasobów naturalnych i zarządzania nimi, w szczególności wykonywanie prac konserwacyjnych i mających na celu wzbogacenie hiszpańskiego historycznego dziedzictwa w środowisku wiejskim [...];
 - b) opracowanie analiz, planów, projektów oraz wszelkiego rodzaju konsultacje i wsparcie techniczne i szkoleniowe w dziedzinie rolnictwa, leśnictwa, rozwoju wsi, ochrony i poprawy stanu środowiska, akwakultury i rybołówstwa, zachowania przyrody, jak również w dziedzinie wykorzystania zasobów naturalnych i zarządzania nimi;
 - c) działalność rolnicza, hodowlana, leśnicza, akwakulturowa oraz sprzedaż produktów pochodzących z tej działalności, administracja i zarządzanie działkami, ugorami, centrami rolniczymi, leśnymi i ochrony środowiska lub zachowania przyrody, jak również obszarami i zasobami naturalnymi;
 - d) upowszechnianie, rozwój i dostosowanie nowych technik, nowych urządzeń i systemów z zakresu rolnictwa, leśnictwa, ochrony środowiska, akwakultury i rybołówstwa, ochrony przyrody i zrównoważonego wykorzystania jej zasobów;
 - e) produkcja i sprzedaż rzeczy ruchomych o tym samym charakterze;
 - f) zapobieganie plagom i chorobom roślin i zwierząt oraz pożarom lasów i ich zwalczanie, jak również wykonywanie robót i zadań wsparcia technicznego o pilnym charakterze;
 - g) finansowanie budowy lub eksploatacji obiektów infrastruktury rolnej, ochrony środowiska oraz wyposażenia skupisk wiejskich, jak również tworzenie spółek oraz udział w istniejących spółkach, których cele pozostają w związku z celami spółki;
 - h) prowadzenie na wniosek osób trzecich działań, robót, wsparcia technicznego, konsultacji i świadczenia usług w dziedzinie wsi, rolnictwa, leśnictwa i ochrony środowiska, na terytorium krajowym lub poza nim, bezpośrednio lub za pośrednictwem spółek zależnych.
4. Tragsa, należąca do własnych jednostek wykonawczych i służb technicznych administracji, jest zobowiązana do wykonywania na zasadzie wyłączności, samodzielnie lub poprzez spółki zależne, robót zleconych przez administrację rządową, Comunidades Autónomas (regiony autonomiczne) oraz zależne od nich instytucje publiczne, w dziedzinach stanowiących jej cel spółki, a w szczególności robót o charakterze pilnym lub których wykonanie zarządzono w wyniku nagłych sytuacji.
[...]

5. Ani Tragsa, ani jej spółki zależne nie mogą uczestniczyć w przetargach organizowanych przez organy administracji publicznej, których są jednostkami. Jednakże jeśli nie zgłosi się żaden oferent, można powierzyć Tragsie wykonanie zadania będącego przedmiotem przetargu.
 6. Wartość prac, robót, projektów, analiz i dostaw realizowanych za pomocą Tragsy określa się poprzez zastosowanie do poszczególnych wykonanych części odpowiadających im cen, które powinny zostać ustalone przez właściwy organ. Ceny te ustala się tak, aby odzwierciedlały rzeczywiste koszty wykonania, a ich zastosowanie do wykonanych części stanowi uzasadnienie inwestycji lub wykonania usług.
 7. Zamówienia na roboty budowlane, dostawy, doradztwo i wsparcie techniczne oraz na usługi, których Tragsa i jej spółki zależne udzielają podmiotom trzecim podlegają przepisom [ustawy 13/1995], w zakresie ogłaszania, procedury przetargowej i sposobów udzielania zamówień, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub wyższa, niż wartość określona w art. 135 ust. 1, art. 177 ust. 2 i art. et 203 ust. 2 [tej ustawy]”.
11. Rozporządzenie królewskie 371/1999 z dnia 5 marca 1999 r. w sprawie określenia reżimu, któremu podlega Tragsa (BOE nr 64 z dnia 16 marca 1999 r., str. 10605) określa reżim prawny, gospodarczy i administracyjny tej spółki oraz jej spółek zależnych w zakresie ich stosunków z organami administracji publicznej w dziedzinie działań administracji, na terytorium krajowym lub poza nim, w charakterze własnych jednostek wykonawczych i służb technicznych tych organów.
12. Zgodnie z art. 2 rozporządzenia królewskiego 371/1999, kapitał spółki znajduje się w całości w rękach publicznych.
13. Artykuł 3 rozporządzenia, zatytułowany „Reżim prawny” stanowi:
- „1. Tragsa i jej spółki zależne należą do własnych jednostek wykonawczych i służb technicznych administracji rządowej oraz administracji zainteresowanych Comunidades Autónomas.
Poszczególne ministerstwa należące do wspomnianej wyżej administracji rządowej lub regionalnej, jak również organy im podległe oraz wszelkiego rodzaju instytucje powiązane z nimi do celów realizacji ich planów działania, mogą zlecać Tragsie lub jej spółkom zależnym roboty lub działania niezbędne do wykonania swoich kompetencji i zadań, jak również roboty i działania uzupełniające lub pomocnicze, zgodnie z przepisami niniejszego rozporządzenia.
 2. Tragsa i jej spółki zależne są zobowiązane do wykonywania robót i działań zleconych przez organy administracji. Obowiązek ten dotyczy, wyłącznie, zleceń skierowanych do Tragsy jako własnej jednostki wykonawczej i służby technicznej, w dziedzinach stanowiących jej cel spółki.
 3. Pilne działania ogłoszone w związku z katastrofami lub klęskami żywiołowymi wszelkiego rodzaju, zlecone przez właściwe władze, są dla Tragsy i jej spółek zależnych zadaniami obowiązkowymi, a także priorytetowymi.
W nagłych sytuacjach, w których organy administracji publicznej muszą działać niezwłocznie, mogą one bezpośrednio dysponować Tragsą i jej spółkami zależnymi, nakazując im podjęcie działań niezbędnych dla zapewnienia możliwie najskuteczniejszej ochrony osób i mienia oraz utrzymania usług.
W tym celu Tragsa i jej spółki zależne zostają włączone do istniejących przepisów w sprawie zapobiegania zagrożeniom, poprzez uwzględnienie ich w planach działania i przyjęcie protokołów stosowania. W tego rodzaju sytuacjach mobilizują one wszelkie wymagane dostępne im środki.

4. Organy administracji publicznej mogą wykorzystać Tragsę i jej spółki zależne, jako swoje własne jednostki wykonawcze, w stosunkach współpracy lub współdziałania z organami innych administracji lub podmiotami prawa publicznego, w celu użycia ich przez te organy lub podmioty na tych samych warunkach jako własne jednostki wykonawcze [...]
 5. [...] zadania z zakresu organizacji, nadzoru i kontroli dotyczące Tragsy i jej spółek zależnych sprawowane są przez ministerstwo rolnictwa, rybołówstwa i żywności, jak również przez ministerstwo środowiska.
 6. Tragsę i jej spółki zależne łączą z organami administracji publicznej, jako własną jednostkę organizacyjną i służbę techniczną, stosunki wykonawcze, a nie umowne. W związku z tym mają one pod każdym względem charakter wewnętrzny, zależny i podległy”.
14. Artykuł 4 rozporządzenia królewskiego 371/1999, zatytułowany „Reżim gospodarczy” brzmi następująco:
- „1. Zgodnie z art. 3 rozporządzenia z tytułu realizacji zleconych im prac, robót, wsparcia technicznego, konsultacji, dostaw i świadczenia usług Tragsa i jej spółki zależne otrzymują kwotę odpowiadającą poniesionym wydatkom, przy zastosowaniu systemu cen określonego w tym artykule. [...]
 2. Ceny są obliczane i stosowane w stosunku do części wykonania zlecenia, w sposób odzwierciedlający rzeczywiste i całkowite koszty, zarówno bezpośrednie jak i pośrednie, wykonania tych części.
[...]
 7. Poszczególne organy administracji publicznej, dla których Tragsa i jej spółki zależne stanowią własne jednostki organizacyjne i służby techniczne wprowadzają nowe ceny, zmiany cen istniejących oraz procedury, mechanizmy i wzory stosowane do ich modyfikacji.
[...]
15. Wreszcie art. 5 rozporządzenia królewskiego 371/1999, zatytułowany „Reżim administracyjny działania” stanowi:
- „1. Obowiązkowe działania zlecone Tragsie lub jej spółkom zależnym określone są w poszczególnych przypadkach w projektach, pismach lub innych dokumentach technicznych [...]
 2. Przed złożeniem zlecenia właściwe organy zatwierdzają te dokumenty i dopełniają obowiązujących formalności technicznych, prawnych, budżetowych oraz dotyczących kontroli i zatwierdzania wydatków.
 3. O każdym zleceniu obowiązkowego działania organ administracji informuje oficjalnie Tragsę lub jej spółki zależne za pomocą wniosku zawierającego, oprócz odpowiednich informacji, wskazanie organu, termin realizacji, wartość zlecenia, odpowiednią pozycję budżetową, a w razie potrzeby roczne raty, w których będzie przebiegało finansowanie wraz z poszczególnymi kwotami, a także wskazanie dyrektora wyznaczonego do spraw tego działania [...]
 - [...]

Postępowanie przed sądem krajowym i pytania prejudycjalne

16. Na podstawie postanowienia odsyłającego okoliczności faktyczne można streścić w poniższy sposób.
17. W dniu 23 lutego 1996 r. Asemfo wniosło przeciwko Tragsie skargę, domagając się stwierdzenia, że nadużywa ona pozycji dominującej na hiszpańskim rynku robót budowlanych, usług i przedsięwzięć leśniczych ze względu na nieprzestrzeżenie procedur

przetargowych określonych w ustawie 13/1995. Zdaniem stowarzyszenia szczególnie status Tragsy pozwala tej spółce na wykonywanie znacznej liczby czynności na bezpośrednie zlecenie organów administracji, z naruszeniem reguł zamówień publicznych i wolnej konkurencji, co uniemożliwia całkowicie konkurencję na rynku hiszpańskim. Jako przedsiębiorstwo publiczne w rozumieniu prawa wspólnotowego Tragsa nie ma prawa korzystać, pod pretekstem, że chodzi o służbę techniczną administracji, z uprzywilejowanego traktowania w zakresie reguł udzielania zamówień publicznych.

18. Decyzją właściwego organu administracji z dnia 16 października 1997 r. skarga została odrzucona ze względu na to, że Tragsa jest własną służbą administracji, która nie posiada niezależnej mocy decyzyjnej i jest zobowiązana do wykonywania zleconych jej robót. Z uwagi na to, że spółka ta działa poza rynkiem, jej działalność nie podlega prawu konkurencji.
19. Decyzja w sprawie odrzucenia skargi została zaskarżona przez Asemfo do Tribunal de Defensa de la Competencia. Wyrokiem z dnia 30 marca 1998 r. sąd ten oddalił skargę uznając, że działania prowadzone przez Tragsę prowadzone są przez samą administrację, i że zatem jedynie gdyby spółka ta działała w sposób niezależny mogłoby zachodzić naruszenie prawa konkurencji.
20. Asemfo wniosła na ten wyrok skargę do Audiencia Nacional, który to sąd utrzymał w mocy wyrok sądu pierwszej instancji wyrokiem z dnia 26 września 2001 r.
21. Asemfo odwołało się w trybie kasacji od tego wyroku do Tribunal Supremo, utrzymując, że Tragsa, jako przedsiębiorstwo publiczne, nie może być uważana za służbę własną administracji, co pozwoliłoby jej stosować odstępstwa od reguł udzielania zamówień publicznych oraz że reżim prawny tej spółki, określony w art. 88 ustawy 66/1997 nie jest zgodny z prawem wspólnotowym.
22. Stwierdziwszy, że Tragsa stanowi jednostkę organizacyjną, którą dysponuje administracja oraz że spółka ta ogranicza się do wykonywania poleceń władz publicznych, bez możliwości odmowy ani ustalenia ceny za swoje działania, Tribunal Supremo powziął wątpliwości w zakresie zgodności reżimu prawnego Tragsy z prawem wspólnotowym w związku z orzecznictwem Trybunału w przedmiocie możliwości stosowania do przedsiębiorstw publicznych przepisów wspólnotowych dotyczących udzielania zamówień publicznych i wolnej konkurencji.
23. Ponadto przypominając, iż w wyroku z dnia 8 maja 2003 r. w sprawie C-349/97 Hiszpania przeciwko Komisji (Rec. str. I-3851), Trybunał orzekł, odnośnie do Tragsy, że spółkę tę należy uważać za jednostkę organizacyjną, za pomocą której administracja może działać bezpośrednio, sąd krajowy stwierdza, że w zawisłej przed nim sprawie zachodzą okoliczności faktyczne, które nie były brane pod uwagę we wspomnianym wyroku, jak na przykład duży udział w rynku robót rolniczych, który powoduje znaczne zakłócenie tego rynku, chociaż działanie tej spółki nie ma de jure nic wspólnego z rynkiem, ponieważ z prawnego punktu widzenia działa administracja.
24. W tych okolicznościach Tribunal Supremo postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:
 - „1) Czy na podstawie art. 86 ust. 1 WE dopuszczalne jest, by państwo członkowskie ex lege objęło przedsiębiorstwo publiczne reżimem prawnym pozwalającym mu na realizację robót publicznych z pominięciem ogólnego systemu udzielania zamówień publicznych w drodze przetargu, jeżeli nie zachodzi nagle sytuacja lub nie wchodzi w grę szczególnie interes publiczny, zarówno poniżej, jak i powyżej progu wartości ustalonego w tym względzie w dyrektywach europejskich [?]
 - 2) Czy taki reżim prawny jest zgodny z dyrektywą 93/36 [...] i dyrektywą 93/37 [...] oraz dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 97/52/WE z dnia 13 października 1997 r. (Dz.U. L 328, str. 1) i dyrektywą Komisji 2001/78/WE

[z dnia 13 września 2001 r. (Dz.U. L 285, str. 1)], zmieniającą poprzednie dyrektywy, która to dyrektywa została niedawno zmieniona dyrektywą 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. [w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. L 134, str. 114)] [?]

- 3) Czy do Tragsy i jej spółek zależnych znajdują w każdym razie zastosowanie stwierdzenia zawarte w wyroku w sprawie C-349/97 Hiszpania przeciwko Komisji, przy uwzględnieniu orzecznictwa Trybunału w dziedzinie zamówień publicznych oraz faktu, że administracja powierza Tragsie wiele robót nieobjętych w związku z tym regułami wolnej konkurencji, a także, że okoliczność ta może powodować znaczące zakłócenia na właściwym rynku?"

W przedmiocie pytań prejudycjalnych

W przedmiocie dopuszczalności

25. Tragsa, rząd hiszpański i Komisja Wspólnot Europejskich kwestionują kompetencje Trybunału do orzekania w przedmiocie wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym i wyrażają wątpliwości co do dopuszczalności pytań zdanych przez sąd krajowy, podając szereg argumentów.
26. Przede wszystkim, pytania te dotyczą jedynie oceny środków krajowych, a zatem nie należą do kompetencji Trybunału.
27. Następnie, pytania te są hipotetyczne, ponieważ mają na celu uzyskanie odpowiedzi w kwestiach nieistotnych i niemających związku z rozstrzygnięciem sporu przed sądem krajowym. Skoro jedynym zarzutem podnoszonym przez Asemfo jest naruszenie reguł udzielania zamówień publicznych, naruszenie to nie uprawnia samo przez się do stwierdzenia, że Tragsa nadużywa pozycji dominującej na rynku. Ponadto nie wydaje się, by Trybunał mógł podejmować się interpretacji dyrektyw dotyczących udzielania zamówień publicznych w ramach krajowego postępowania mającego na celu ustalenie, czy spółka ta nadużywała pozycji dominującej.
28. Wreszcie postanowienie odsyłające nie zawiera żadnych informacji dotyczących właściwego rynku oraz ewentualnej pozycji dominującej Tragsy na tymże rynku. Nie zawiera ono również szczegółowego wywodu w przedmiocie obowiązywania art. 86 WE i w ogóle nie zawiera wzmianki o stosowaniu go łącznie z art. 82 WE.
29. Należy w pierwszej kolejności przypomnieć, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, chociaż do zadań Trybunału nie należy orzekanie, w ramach postępowania wszczętego na podstawie art. 234 WE, w przedmiocie zgodności norm prawa wewnętrznego z przepisami prawa wspólnotowego, gdyż udzielanie wykładni tych norm należy do sądów krajowych, rolą Trybunału jest dostarczyć sądom krajowym wszystkich elementów wykładni prawa wspólnotowego, które mogą być im pomocne w dokonaniu oceny zgodności norm prawa krajowego z uregulowaniami wspólnotowymi (wyrok z dnia 19 września 2006 r. w sprawie C-506/04 Wilson, dotychczas nieopublikowany w Zbiorze, pkt 34 i 35 wraz z przywołanym orzecznictwem).
30. Po drugie, również zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, w ramach współpracy pomiędzy Trybunałem a sądami krajowymi ustanowionej na mocy art. 234 WE do sądu krajowego, przed którym sprawa zawisła i którego odpowiedzialnością jest w sprawie przed nim zawisłej orzec, należy dokonanie oceny, z uwzględnieniem szczególnych okoliczności tej sprawy, czy wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym jest niezbędne do wydania wyroku w postępowaniu przed sądem krajowym, jak i ocena zasadności pytań, z którymi zwraca się on do Trybunału. Zatem jeżeli pytania zadane przez sądy krajowe dotyczą wykładni przepisu prawa wspólnotowego,

Trybunał ma co do zasady obowiązek wydania orzeczenia (zob. w szczególności wyroki z dnia 1 kwietnia 2004 r. w sprawie C-286/02 *Bellio F.lli*, Rec. str. I-3465, pkt 27 i z dnia 14 grudnia 2006 r. w sprawie C-217/05 *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio*, dotychczas niepublikowany w Zbiorze, pkt 16 i 17 wraz z przywołanym orzecznictwem).

31. Po trzecie, z utrwalonego orzecznictwa wynika, że oddalenie wniosku złożonego przez sąd krajowy jest możliwe tylko wtedy, gdy jest oczywiste, że wykładnia prawa wspólnotowego, o którą wnioskowano, nie ma żadnego związku ze stanem faktycznym lub przedmiotem sporu w postępowaniu przed sądem krajowym, lub gdy problem jest natury hipotetycznej lub gdy Trybunał nie dysponuje danymi na temat stanu faktycznego albo prawnego, które są konieczne do udzielenia użytecznej odpowiedzi na postawione mu pytania (wyrok z dnia 23 listopada 2006 r. w sprawie C-238/05 *Asnef-Equifax i Administración del Estado*, dotychczas niepublikowany w Zbiorze, pkt 17 wraz z przywołanym orzecznictwem).
32. Ponadto Trybunał orzekł również, że konieczność dokonania użytecznej dla sądu krajowego wykładni prawa wspólnotowego wymaga, aby sąd ten dokładnie określił ramy faktyczne i prawne stawianych pytań lub, przynajmniej, aby wyjaśnił stan faktyczny, którego dotyczą te pytania (wyroki z dnia 9 listopada 2006 r. w sprawie C-205/05 *Nemec*, dotychczas niepublikowany w Zbiorze, pkt 25 i ww. wyrok w sprawie *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio*, pkt 26 wraz z przywołanym orzecznictwem).
33. W tym względzie, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału, niezbędne jest, aby sąd krajowy udzielił przynajmniej minimum wyjaśnień dotyczących powodów wyboru przepisów wspólnotowych, o których wykładnię się zwraca, oraz związku jaki dostrzega on pomiędzy tymi przepisami a przepisami krajowymi znajdującymi zastosowanie w sprawie (ww. wyrok w sprawie *Nemec*, pkt 26 oraz wyrok z dnia 5 grudnia 2006 r. w sprawach połączonych C-94/04 i C-202/04 *Cipolla i in.*, dotychczas niepublikowany w Zbiorze, pkt 38).
34. W sprawie przed sądem krajowym, chociaż rzeczywiście Trybunał nie może orzec jako taki w przedmiocie zgodności reżimu prawnego Tragsy z prawem wspólnotowym, nic nie stoi na przeszkodzie temu, by dostarczył elementów dotyczących wykładni prawa wspólnotowego pozwalających sądowi krajowemu samodzielnie orzec w przedmiocie zgodności reżimu prawnego Tragsy z prawem wspólnotowym.
35. W tych okolicznościach należy zbadać, czy w świetle orzecznictwa przywołanego w pkt 31-33 Trybunał dysponuje danymi na temat stanu faktycznego i prawnego niezbędnymi do udzielenia użytecznej odpowiedzi na zadane mu pytania.
36. Co się tyczy drugiego i trzeciego pytania, należy zauważyć, że postanowienie odsyłające opisuje w sposób zwięzły lecz dokładny okoliczności faktyczne leżące u podstaw sporu przed sądem krajowym, oraz istotne dla sprawy przepisy mającego zastosowanie prawa krajowego.
37. Z postanowienia tego wynika bowiem jasno, że spór ten wynikł w następstwie skargi wniesionej przez *Asemfo*, dotyczącej statusu prawnego Tragsy, gdyż zdaniem skarżącej w postępowaniu przed sądem krajowym, Tragsa może wykonywać znaczną liczbę czynności na bezpośrednie zlecenie administracji, nie przestrzegając reguł ogłaszania, określonych w dyrektywach dotyczących udzielania zamówień publicznych. W ramach tego postępowania *Asemfo* utrzymywało również, że ponieważ jest przedsiębiorstwem publicznym, Tragsa nie może korzystać, pod pretekstem, że chodzi o służbę techniczną administracji, z uprzywilejowanego traktowania w zakresie reguł udzielania zamówień publicznych.

38. Ponadto w ramach drugiego i trzeciego pytania postanowienie odsyłające wyszczególnia odwołując się do orzecznictwa Trybunału po pierwsze powody, dla których sąd krajowy zwraca się o wykładnię dyrektyw dotyczących udzielania zamówień publicznych, a po drugie, związek między mającymi zastosowanie w tej dziedzinie uregulowaniami wspólnotowymi i krajowymi.
39. Co do pierwszego pytania, w którym chodzi o to, czy art. 86 ust. 1 WE stoi na przeszkodzie reżimowi prawnemu Tragsy, należy przypomnieć, że zgodnie z tym artykułem, państwa członkowskie, w odniesieniu do przedsiębiorstw publicznych i przedsiębiorstw, którym przyznają prawa specjalne lub wyłączne, nie wprowadzają ani nie utrzymują żadnego środka sprzecznego z normami traktatu WE, w szczególności z normami przewidzianymi w artykułach 12 oraz 81-89.
40. Z jasnego brzmienia art. 86 ust. 1 WE wynika, że artykuł ten nie ma niezależnego zakresu przedmiotowego, to znaczy, że należy go rozumieć łącznie z odpowiednimi postanowieniami traktatu.
41. Z postanowienia odsyłającego wynika, że właściwym przepisem, o które chodzi sądowi krajowemu, jest art. 86 ust. 1 WE łącznie z art. 82 WE.
42. W tym względzie stwierdzić należy, że postanowienie odsyłające nie wskazuje dokładnie na istnienie pozycji dominującej, jej nadużywanie przez Tragsę ani wpływ takiej pozycji na handel między państwami członkowskimi.
43. Ponadto wydaje się, że w pierwszym pytaniu sąd krajowy ma na myśli zasadniczo działania mogące być zakwalifikowane jako zamówienia publiczne, na temat czego Trybunał ma się w każdym razie wypowiedzieć w ramach drugiego pytania.
44. Z powyższego wynika zatem, że inaczej niż w przypadku drugiego i trzeciego pytania, Trybunał nie dysponuje niezbędnymi danymi na temat stanu faktycznego i prawnego pozwalającymi mu udzielić użytecznej odpowiedzi na pierwsze pytanie.
45. Wynika z tego, że o ile pierwsze pytanie należy uznać za niedopuszczalne, wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym jest dopuszczalny w zakresie pozostałych dwóch pytań.

Co do istoty sprawy

W przedmiocie drugiego pytania

46. W drugim pytaniu sąd krajowy zapytuje Trybunał, czy dyrektywy 93/36 i 93/37, zmienione dyrektywami 97/52, 2001/78 i 2004/18 stoją na przeszkodzie ustanowieniu takiego reżimu prawnego, jakim objęta jest Tragsa, pozwalającego na wykonywanie czynności nie podlegając przy tym regułom ustanowionym w tych dyrektywach.
47. Tytułem wstępu stwierdzić należy, że mimo iż sąd krajowy odnosi się do dyrektyw 97/52, 2001/78 i 2004/18, ze względu na okoliczności sprawy i czas, w którym miały miejsce okoliczności faktyczne sporu przed sądem krajowym jak również charakter działalności Tragsy, określony w art. 88 ust. 3 ustawy 66/1997, należy rozpatrywać to pytanie w odniesieniu do przepisów zawartych w dyrektywach dotyczących udzielania zamówień publicznych, tj. w dyrektywach 92/50, 93/36 i 93/37, które mają w niniejszej sprawie istotne znaczenie.
48. W tym zakresie należy przypomnieć, że zgodnie z definicjami zawartymi w art. 1 lit. a) wymienionych w poprzednim punkcie dyrektyw, zamówienie publiczne na usługi, dostawy lub roboty publiczne wymaga istnienia umowy o charakterze odpłatnym, zawartej na piśmie między usługodawcą, dostawcą lub wykonawcą a instytucją zamawiającą w rozumieniu art. 1 lit. b) tych dyrektyw.

49. W niniejszej sprawie należy stwierdzić po pierwsze, że zgodnie z art. 88 ust. 1 i 2 ustawy 66/1997, Tragsa jest spółką państwową, w której kapitale mogą mieć również udziały Comunitades Autónomas. Artykuł 88 ust. 4 oraz art. 3 ust. 1 akapit pierwszy rozporządzenia królewskiego 371/1999 stanowią, że Tragsa jest własną jednostką wykonawczą i służbą techniczną administracji rządowej i organów administracji zainteresowanych Comunitades Autónomas.
50. Następnie, jak wynika z art. 3 ust. 2-5 i art. 4 ust. 1, 2 i 7, rozporządzenia królewskiego 371/1999, Tragsa ma obowiązek wykonywania zadań zleconych przez administrację rządową, Comunitades Autónomas oraz zależne od nich instytucje publiczne, w dziedzinach stanowiących jej cel spółki i nie ma możliwości swobodnego ustalania cen za swoje działania.
51. Wreszcie, zgodnie z art. 3 ust. 6 rozporządzenia królewskiego, Tragsę i jej spółki zależne łączy z tymi wspólnotami publicznymi, jako ich własną jednostkę wykonawczą i służbę techniczną, nie stosunki umowne, lecz stosunki pod każdym względem o charakterze wewnętrznym, zależnym i podległym.
52. Asemfo utrzymuje, że stosunek prawny wynikający ze zleceń otrzymywanych przez Tragsę, choć formalnie jednostronny, w rzeczywistości oznacza, jak wynika z orzecznictwa Trybunału, niezaprzeczalny związek umowny ze zleceniodawcą. Odnosi się w tym względzie do wyroku z dnia 12 lipca 2001 r. w sprawie C-399/98 Ordine degli Architetti i in. (Rec. str. I-5409). W tych okolicznościach, chociaż wydaje się, że Tragsa działa na zlecenie władz publicznych, w rzeczywistości jest dla administracji zleceniobiorcą, tak że powinny ją obowiązywać reguły udzielania zamówień publicznych.
53. W tym względzie należy przypomnieć, że w pkt 205 ww. wyroku w sprawie Hiszpania przeciwko Komisji Trybunał uznał, w okolicznościach innych niż okoliczności obecnej sprawy przed sądem krajowym, że będąc jednostką wykonawczą i służbą techniczną hiszpańskiej administracji, Tragsa jest zobowiązana do wykonywania na zasadzie wyłączności, samodzielnie lub poprzez spółki zależne, robót zleconych przez administrację rządową, Comunitades Autónomas oraz zależne od nich instytucje publiczne.
54. Należy zauważyć, że jeżeli Tragsa nie ma żadnej swobody decydowania ani o tym, jak postąpić ze zleceniem otrzymanym od władz, ani o cenach za swoje świadczenia, co powinien sprawdzić sąd krajowy, warunek obowiązywania omawianych dyrektyw dotyczący istnienia umowy nie jest spełniony.
55. W każdym razie należy przypomnieć, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału zgodnie z dyrektywami dotyczącymi udzielania zamówień publicznych nie ma obowiązku ogłaszania przetargu, nawet w przypadku, gdy zleceniobiorca jest podmiotem prawnie odrębnym od instytucji zamawiającej, gdy spełnione zostaną dwa warunki. Po pierwsze, organ administracji publicznej będący instytucją zamawiającą musi sprawować nad tym odrębnym podmiotem kontrolę analogiczną do kontroli sprawowanej nad swoimi własnymi służbami, a po drugie, podmiot ten musi wykonywać swoją działalność w zasadniczej części na rzecz kontrolującej ją jednostki lub jednostek (zob. wyroki z dnia 18 listopada 1999 r. w sprawie C-107/98 Teckal, Rec. str. I-8121, pkt 50 ; z dnia 11 stycznia 2005 r. w sprawie C-26/03 Stadt Halle i RPL Lochau, Rec. str. I-1, pkt 49 ; z dnia 13 stycznia 2005 r. w sprawie C-84/03 Komisja przeciwko Hiszpanii, Rec. str. I-139, pkt 38 ; z dnia 10 listopada 2005 r. w sprawie C-29/04 Komisja przeciwko Austrii, Rec. str. I-9705, pkt 34 i z dnia 11 maja 2006 r. w sprawie C-340/04 Carbotermo i Consorzio Alisei, Rec. str. I-4137, pkt 33).
56. Należy zatem zbadać, czy oba warunki wymagane na podstawie wymienionego w poprzednim punkcie orzecznictwa są w przypadku Tragsy spełnione.

57. Jeśli chodzi o warunek pierwszy, dotyczący kontroli sprawowanej przez organ administracji publicznej, z orzecznictwa Trybunału wynika, że okoliczność, że instytucja zamawiająca posiada, sama lub wraz z innymi instytucjami publicznymi, całość kapitału zakładowego spółki, której udzielono zamówienia, wskazuje raczej i co do zasady na to, że instytucja zamawiająca sprawuje nad tą spółką kontrolę analogiczną do sprawowanej nad własnymi służbami, (ww. wyrok w sprawie Carbotermo i Consortio Alisei, pkt 37).
58. W sprawie przed sądem krajowym wynika z akt, z zastrzeżeniem, że sprawdzi to sąd krajowy, iż 99 % kapitału spółki Tragsy posiadane jest przez samo państwo hiszpańskie, jak również za pośrednictwem spółki holdingowej i funduszu gwarancyjnego, i że cztery Comunidades Autónomas, z których każda ma jedną akcję, w sumie mają 1% kapitału.
59. W tym względzie nie można zgodzić się z twierdzeniem, iż warunek ten spełniony jest jedynie w przypadku zamówień realizowanych na zlecenie państwa hiszpańskiego, a nie Comunidades Autónomas, wobec których należy uważać Tragsę za osobę trzecią.
60. Z art. 88 ust. 4 ustawy 66/1997 oraz art. 3 ust. 2-6 i art. 4 ust. 1 i 7, rozporządzenia królewskiego 371/1999 zdaje się wynikać bowiem, że Tragsa ma obowiązek wykonywania zleceń organów administracji publicznej, w tym Comunidades Autónomas. Wydaje się również, że z tych przepisów krajowych wynika, iż tak samo jak w stosunku do państwa hiszpańskiego, w ramach działalności na rzecz Comunidades Autónomas jako ich własna jednostka wykonawcza i służba techniczna Tragsa nie ma możliwości swobodnego ustalania cen za swoje świadczenia, a jej stosunki z nimi nie mają charakteru umownego.
61. Wydaje się więc, że Tragsy nie można uważać za osobę trzecią w stosunku do Comunidades Autónomas, które posiadają część jej kapitału.
62. Jeśli chodzi o drugi warunek, dotyczący tego, że zasadnicza część działalności Tragsy musi być wykonywana na rzecz jednostek administracji publicznej, które są właścicielami tej spółki, z orzecznictwa wynika, że w przypadku, gdy kilka jednostek kontroluje jedno przedsiębiorstwo, przesłanka dotycząca zasadniczej części jego działalności może zostać spełniona, jeśli przedsiębiorstwo to wykonuje swoją działalność w zasadniczej części niekoniecznie na rzecz takiej czy innej jednostki, lecz na rzecz wszystkich ich łącznie (ww. wyrok w sprawie Carbotermo i Consortio Alisei, pkt 70).
63. W sprawie przed sądem krajowym, jak wynika z akt, Tragsa wykonuje średnio ponad 55 % swojej działalności na rzecz Comunidades Autónomas, a blisko 35 % na rzecz państwa. Jak widać więc, zasadnicza część działalności tej spółki wykonywana jest na rzecz wspólnot lub instytucji publicznych, które są jej właścicielami.
64. W tych okolicznościach i z zastrzeżeniem, że zostanie to sprawdzone przez sąd krajowy, należy uznać, że oba warunki wymagane przez orzecznictwo wymienione w pkt 55 wyroku są w niniejszym przypadku spełnione.
65. Z całości powyższych rozważań wynika, że na drugie pytanie należy odpowiedzieć w ten sposób, że dyrektywy 92/50, 93/36 i 93/37 nie stoją na przeszkodzie ustanowieniu reżimu prawnego, takiego jakim objęta jest Tragsa, pozwalającego na to, by jako przedsiębiorstwo publiczne działające jako własna jednostka wykonawcza i służba techniczna szeregu organów administracji publicznej, wykonywała czynności nie podlegając regułom ustanowionym w tych dyrektywach, jeżeli po pierwsze, dane organy administracji publicznej sprawują nad tą spółką kontrolę analogiczną do kontroli, którą sprawują nad własnymi służbami, a po drugie, spółka ta wykonuje zasadniczą część swojej działalności na rzecz tych organów.

W przedmiocie trzeciego pytania

66. Z uwagi na odpowiedź udzieloną na drugie z pytań zasadnych przez sąd krajowy, nie ma konieczności udzielania odpowiedzi na pytanie trzecie.

W przedmiocie kosztów

67. Dla stron postępowania przed sądem krajowym niniejsze postępowanie ma charakter incydentalny, dotyczy bowiem kwestii podniesionej przed tym sądem; do niego zatem należy rozstrzygnięcie o kosztach. Koszty poniesione w związku z przedstawieniem uwag Trybunałowi, inne niż poniesione przez strony postępowania przed sądem krajowym, nie podlegają zwrotowi.

Z powyższych względów Trybunał (druga izba) orzeka, co następuje:

Dyrektywa Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnosząca się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi, dyrektywa Rady 93/36/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynująca procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy i dyrektywa Rady 93/37/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. dotycząca koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane nie stoją na przeszkodzie ustanowieniu reżimu prawnego, takiego jakim objęta jest Tragsa, pozwalającego na to, by jako przedsiębiorstwo publiczne działające jako własna jednostka wykonawcza i służba techniczna szeregu organów administracji publicznej, wykonywała czynności nie podlegające regułom ustanowionym w tych dyrektywach, jeżeli po pierwsze, dane organy administracji publicznej sprawują nad tą spółką kontrolę analogiczną do kontroli, którą sprawują nad własnymi służbami, a po drugie, spółka ta wykonuje zasadniczą część swojej działalności na rzecz tych organów.

Podpisy

* Język postępowania: hiszpański.

Orzeczenie z dnia 26 kwietnia 2007 r. w sprawie C-195/04
Komisja przeciwko Finlandii

WYROK TRYBUNAŁU (druga izba)
z dnia 26 kwietnia 2007 r.(*)

Uchybienie zobowiązaniom państwa członkowskiego – Zamówienie publiczne na dostawę wyposażenia zakładu zbiorowego żywienia – Artykuł 28 WE – Ograniczenia ilościowe w przywozie – Środki o skutku równoważnym – Zasada niedyskryminacji – Obowiązek zachowania przejrzystości

W sprawie C-195/04

mającej za przedmiot skargę o stwierdzenie, na podstawie art. 226 WE, uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego, wniesioną w dniu 29 kwietnia 2004 r.,

Komisja Wspólnot Europejskich, reprezentowana przez M. Huttunena oraz K. Wiednera, działających w charakterze pełnomocników, z adresem do doręczeń w Luksemburgu, strona skarżąca,

przeciwko

Republice Finlandii, reprezentowanej przez T. Pynnä oraz E. Bygglin, działające w charakterze pełnomocników, z adresem do doręczeń w Luksemburgu,

strona pozwana,

popieranej przez:

Królestwo Danii, reprezentowane przez J. Molde'a, działającego w charakterze pełnomocnika, z adresem do doręczeń w Luksemburgu,

Republikę Federalną Niemiec, reprezentowaną przez A. Tiemann oraz M. Lumme, działających w charakterze pełnomocników,

Królestwo Niderlandów, reprezentowane przez H.G. Sevenster i C.M. Wissels oraz P. van Ginnekena, działających w charakterze pełnomocników,

interwenienci,

TRYBUNAŁ (druga izba),

w składzie: C.W.A. Timmermans, prezes izby, R. Schintgen, P. Kūris, R. Silva de Lapuerta (sprawozdawca) i G. Arestis, sędziowie,

rzecznik generalny: E. Sharpston,

sekretarz: B. Fülöp, administrator,

uwzględniając procedurę pisemną i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 8 czerwca 2006 r.,

po zapoznaniu się z opinią rzecznika generalnego na posiedzeniu w dniu 18 stycznia 2007 r.,

wydaje następujący

Wyrok

1. W swojej skardze Komisja Wspólnot Europejskich wnosi do Trybunału o stwierdzenie, że pozwalając Senaatti-kiinteistöt (poprzednio Valtion kiinteistölaitos), organowi zarządzającemu nieruchomościami fińskiej administracji, na naruszenie w ramach umowy dotyczącej wyposażenia zakładu zbiorowego żywienia podstawowych zasad traktatu WE, a w szczególności zasady niedyskryminacji, z której wynika obowiązek zachowania przejrzystości, Republika Finlandii naruszyła zobowiązania, które ciążyą na niej na mocy art. 28 WE.

Okoliczności faktyczne sporu i postępowanie poprzedzające wniesienie skargi

2. W marcu 1998 r. Senaatti-kiinteistöt w ramach przetargu ograniczonego opublikowała w *Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich* oraz w *Suomen säädöskokoelma* (Dzienniku Urzędowym Republiki Finlandii) zaproszenie do składania ofert dotyczące zamówienia publicznego na renowację i modyfikację pomieszczeń administracji regionalnej w Turku (zwane dalej „początkowym zaproszeniem do składania ofert”).
3. Zamówienie to zostało podzielone na części, których pojedyncza wartość wynosiła od 1 000 000 do 22 000 000 FIM. Oferty mogły obejmować jedną lub kilka części albo całość zamówienia. Jedną z tych części obejmowała dostawę i instalację wyposażenia zakładu zbiorowego żywienia przeznaczonego dla zaplecza kuchennego stołówki rzeczonoj administracji.
4. Strony postępowania nie zgadzają się w kwestii, czy na tym etapie postępowania przetargowego została złożona instytucji zamawiającej oferta dotycząca wskazanej części zamówienia. Zdaniem Republiki Finlandii została złożona tylko jedna oferta, należąca do spółki Kopal Markkinointi Oy, podczas gdy Komisja twierdzi, że nie miało to miejsca.
5. Na początku 2000 r. instytucja zamawiająca zwróciła się bezpośrednio do czterech przedsiębiorstw, które poprosiła o przedstawienie ofert dotyczących dostawy i instalacji wyposażenia zakładu zbiorowego żywienia.
6. W piśmie z dnia 14 lutego 2000 r. instytucja zamawiająca poinformowała adresatów pisma, że z uwagi na zbyt wysoką cenę otrzymanych ofert postanowiła je wszystkie odrzucić. Republika Finlandii i Komisja nie zgadzają się w kwestii, czy rzeczonoj pismo zostało skierowane do wszystkich przedsiębiorstw, które złożyły oferty obejmujące wyposażenie i instalację wyposażenia zakładu zbiorowego żywienia w ramach początkowego zaproszenia do składania ofert.
7. W tym samym piśmie instytucja zamawiająca wskazała również, że powierzyła spółce Amica Ravintolat Oy, najemcy stołówki administracji regionalnej w Turku, dokonanie zakupu wyposażenia zakładu zbiorowego żywienia na rachunek tej instytucji i do wysokości maksymalnej kwoty 1 050 000 FIM oraz zwróciła się do adresatów rzeczonoj pisma o złożenie ich ofert bezpośrednio tej spółce.
8. Ostatecznie Amica Ravintolat Oy zakupiła omawiane wyposażenie od spółki Hackman-Metos Oy.
9. Komisja, do której wniesiono skargę dotyczącą prawidłowego przebiegu postępowania prowadzonego przez Senaatti-kiinteistöt, wezwała Republikę Finlandii w piśmie z dnia 17 lipca 2002 r. do przedstawienia uwag w terminie dwóch miesięcy od dnia otrzymania tego pisma.
10. Pismem z dnia 3 września 2002 r. władze fińskie udzieliły odpowiedzi na rzeczonoj wezwanie.
11. Uznawszy, że Republika Finlandii uchybiła zobowiązaniom, które ciążyą na niej na mocy art. 28 WE, Komisja w dniu 19 grudnia 2002 r. zwróciła się do Republiki Finlandii z uzasadnioną opinią, w której nakazała jej podjęcie wszelkich środków niezbędnych w celu zastosowania się do tej opinii w terminie dwóch miesięcy od jej doręczenia.

12. W piśmie z dnia 12 lutego 2003 r. władze fińskie zakwestionowały zarzucane przez Komisję uchybienie i stwierdziły, że w niniejszym przypadku zarówno art. 28 WE, jak i wynikające z niego zasada niedyskryminacji oraz obowiązek zachowania przejrzystości były przestrzegane.
13. Uznawszy, że wyjaśnienia udzielone przez władze fińskie nie są zadawalające, Komisja podjęła decyzję o wniesieniu niniejszej skargi.
14. Postanowieniem Prezesa Trybunału z dnia 14 października 2004 r. Królestwo Danii, Republika Federalna Niemiec oraz Królestwo Niderlandów zostały dopuszczone do sprawy w charakterze interwenientów popierających żądania Republiki Finlandii.

W przedmiocie dopuszczalności

15. Republika Finlandii twierdzi, że skarga Komisji jest niedopuszczalna.
16. Zdaniem tego państwa członkowskiego uzasadniona opinia nie obejmuje tych samych zarzutów, które wyrażone zostały w skardze. W rzeczonyj opinii Komisja stwierdziła, że instytucja zamawiająca powinna była dopilnować odpowiedniego opublikowania zamówienia oraz że zarzucane uchybienie wynikało z faktu, że najemca stołówki administracji regionalnej w Turku, jako pełnomocnik rzeczonyj instytucji, zawarł umowę na dostawę wyposażenia zakładu zbiorowego żywienia, podczas gdy w swojej skardze podnosi ona, iż instytucja zamawiająca powinna była zorganizować przetarg i że uchybienie wynika z faktu, że początkowe zaproszenie do składania ofert nie zakończyło się osiągnięciem zamierzonego celu oraz że omawiane zamówienie nie było następnie przedmiotem opublikowanego zaproszenia do składania ofert.
17. Komisja rozszerzyła zatem przedmiot sporu, który został zdefiniowany w ramach postępowania poprzedzającego wniesienie skargi.
18. Należy w tym względzie przypomnieć, że o ile przedmiot skargi na podstawie art. 226 WE jest wyznaczony przez przewidziane w tym przepisie postępowanie poprzedzające wniesienie skargi i w związku z tym uzasadniona opinia Komisji oraz skarga powinny być oparte na tych samych zarzutach, to nie jest wymagane, aby pisma te musiały być w każdym przypadku sformułowane w sposób identyczny, skoro przedmiot sporu nie został rozszerzony lub zmodyfikowany, lecz przeciwnie – został zawężony (wyroki z dnia 12 czerwca 2003 r. w sprawie C-229/00 Komisja przeciwko Finlandii, Rec. str. I-5727, pkt 44 i 46, z dnia 14 lipca 2005 r. w sprawie C-433/03 Komisja przeciwko Niemcom, Zb.Orz. str. I-6985, pkt 28, oraz z dnia 30 stycznia 2007 r. w sprawie C-150/04 Komisja przeciwko Danii, dotychczas nieopublikowany w Zbiorze, pkt 67). Komisja może zatem uszczegółwić w skardze pierwotne zarzuty, pod warunkiem jednak, że nie dokonuje zmiany przedmiotu sporu (wyroki z dnia 11 września 2001 r. w sprawie C-67/99 Komisja przeciwko Irlandii, Rec. str. I-5757, pkt 23, z dnia 12 października 2004 r. w sprawie C-328/02 Komisja przeciwko Grecji, dotychczas nieopublikowany w Zbiorze, pkt 32, oraz z dnia 26 kwietnia 2005 r. w sprawie C-494/01 Komisja przeciwko Irlandii, Rec. str. I-3331, pkt 38).
19. Tymczasem należy stwierdzić, że w niniejszym przypadku Komisja nie rozszerzyła, nie zmodyfikowała ani nawet nie zawężyła przedmiotu sporu, który został zdefiniowany w uzasadnionej opinii z dnia 19 grudnia 2002 r.
20. Z treści żądań uzasadnionej opinii i skargi Komisji, które są sformułowane w prawie identyczny sposób, wynika nie tylko, że są one oparte na tych samych zarzutach, ale również że Komisja, podnosząc w swojej skardze fakt, iż instytucja zamawiająca powinna zorganizować przetarg, jedynie sprecyzowała zarzut zawarty początkowo w uzasadnionej opinii, zgodnie z którym zamówienie obejmujące dostawę wyposażenia zakładu zbiorowego żywienia przeznaczonego dla administracji regionalnej w Turku powinno być odpowiednio opublikowane.

21. Trybunał jest uprawniony do badania z urzędu, czy spełnione zostały przesłanki wniesienia skargi o stwierdzenie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego przewidziane w art. 226 WE (wyroki z dnia 31 marca 1992 r. w sprawie C-362/90 Komisja przeciwko Włochom, Rec. str. I-2353, pkt 8, z dnia 15 stycznia 2002 r. w sprawie C-439/99 Komisja przeciwko Włochom, Rec. str. I-305, pkt 8, oraz z dnia 4 maja 2006 r. w sprawie C-98/04 Komisja przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, Zb.Orz. str. I-4003, pkt 16).
22. W tym względzie należy przypomnieć, że zarówno z art. 38 § 1 lit. c) regulaminu Trybunału, jak i z odnoszącego się do niego orzecznictwa wynika, że skarga wszczynająca postępowanie musi zawierać przedmiot sporu oraz zwięzłe przedstawienie zarzutów, zaś owo przedstawienie zarzutów musi być wystarczająco zrozumiałe i precyzyjne, tak aby pozwalało stronie pozwanej na przygotowanie obrony, a Trybunałowi na dokonanie kontroli. Z powyższego wynika, że istotne okoliczności faktyczne i prawne, na których opiera się skarga, muszą wynikać w sposób spójny i zrozumiały z tekstu samej skargi (wyroki z dnia 9 stycznia 2003 r. w sprawie C-178/00 Włochy przeciwko Komisji, Rec. str. I-303, pkt 6, oraz z dnia 14 października 2004 r. w sprawie C-55/03 Komisja przeciwko Hiszpanii, niepublikowany w Zbiorze, pkt 23, oraz z dnia 15 września 2005 r. w sprawie C-199/03, Zb.Orz. str. I-8027, pkt 50) oraz że żądania w niej zawarte powinny być sformułowane w sposób pozbawiony dwuznaczności w celu uniknięcia orzekania przez Trybunał ultra petita lub z pominięciem jednego zarzutu (wyroki z dnia 20 listopada 2003 r. w sprawie C-296/01 Komisja przeciwko Francji, Rec. str. I-13909, pkt 121, oraz z dnia 15 czerwca 2006 r. w sprawie C-255/04 Komisja przeciwko Francji, Zb.Orz. str. I-5251, pkt 24).
23. Tymczasem w niniejszym przypadku skarga Komisji nie spełnia tych wymogów.
24. W swojej skardze Komisja wnosi o stwierdzenie, że Republika Finlandii uchybiła zobowiązaniom, które ciążyą na niej na mocy art. 28 WE, z uwagi na fakt, że Senaatti-kiinteistö w ramach umowy dotyczącej wyposażenia zakładu zbiorowego żywienia naruszył podstawowe zasady traktatu, a w szczególności zasadę niedyskryminacji, z której wynika obowiązek zachowania przejrzystości.
25. Jak zauważyła rzecznik generalny w pkt 45 przedstawionej opinii, żądania zawarte w skardze, tak jak zostały one sformułowane, są niejednoznaczne i nie pozwalają na ustalenie w sposób jasny i precyzyjny zarzutu stawianego przez Komisję Republice Finlandii, ponieważ dotyczą jednocześnie art. 28 WE, zasadniczych przepisów traktatu, zasady niedyskryminacji, jak też obowiązku zachowania przejrzystości.
26. Ponadto zakładając nawet, że przedmiotem skargi Komisji jest stwierdzenie naruszenia art. 28 WE, ani żądania zawarte w skardze, ani sam jej tekst nie wskazują jasno i precyzyjnie, jakie działanie w niniejszym przypadku stanowi ograniczenie ilościowe w przywozie lub środek o skutku równoważnym w rozumieniu tego przepisu.
27. Komisja ogranicza się bowiem do zakwestionowania postawy instytucji zamawiającej „w ramach umowy dotyczącej wyposażenia zakładu zbiorowego żywienia”.
28. Co więcej, Komisja na żadnym etapie postępowania nie była w stanie przedstawić w sposób spójny i precyzyjny okoliczności faktycznych, na których opierają się zarzuty podniesione na poparcie skargi.
29. W swojej skardze Komisja nie zawarła żadnej precyzyjnej informacji dotyczącej początkowego zaproszenia do składania ofert, lecz ograniczyła się jedynie do stwierdzenia, że „nie zakończyło się ono osiągnięciem zamierzonego celu, jeśli chodzi o nabycie wyposażenia zakładu zbiorowego żywienia”.

30. W związku z tym ani tekst skargi, ani odpowiedzi Komisji udzielone na pytania zadane przez Trybunał w trakcie rozprawy nie pozwoliły na jednoznaczne ustalenie, czy oferta dotycząca dostawy wyposażenia zakładu zbiorowego żywienia została przedstawiona instytucji zamawiającej w ramach rzeczzonego zaproszenia do składania ofert.
31. Ponadto w swojej replice Komisja twierdzi, nie wykazując tego jednak, że po pierwsze, co najmniej jedno przedsiębiorstwo, które przedstawiło taką ofertę, nie należało do grupy czterech przedsiębiorstw, do których zwróciła się instytucja zamawiająca w 2000 r., a po drugie, że część obejmująca dostawę wyposażenia zakładu zbiorowego żywienia, stanowiąca element zamówienia opublikowanego w ramach początkowego zaproszenia do składania ofert, nie miała takiego samego przedmiotu jak zamówienie, w wyniku którego zawarto w tym samym roku umowy.
32. W tej sytuacji Trybunał nie posiada wystarczających elementów, które pozwoliłyby mu na właściwe zrozumienie charakteru zarzucanego Republice Finlandii naruszenia prawa wspólnotowego oraz ocenę istnienia podnoszonego przez Komisję naruszenia (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Komisja przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, pkt 18).
33. W związku z tym skargę należy odrzucić jako niedopuszczalną.

W przedmiocie kosztów

34. Zgodnie z art. 69 ust. 2 regulaminu kosztami zostaje obciążona, na żądanie strony przeciwnej, strona przegrywająca sprawę. Ponieważ Republika Finlandii wniosła o obciążenie Komisji kosztami postępowania, a skarga Komisji została uznana za niedopuszczalną, należy obciążyć ją kosztami postępowania.

Z powyższych względów Trybunał (druga izba) orzeka, co następuje:

- 1) Skarga zostaje odrzucona jako niedopuszczalna.**
- 2) Komisja Wspólnot Europejskich zostaje obciążona kosztami postępowania.**

Podpisy

Orzeczenie z dnia 14 czerwca 2007 r. w sprawie C-6/05 *Medipac*

WYROK TRYBUNAŁU (pierwsza izba) z dnia 14 czerwca 2007 r.(*)

Swobodny przepływ towarów – Dyrektywa 93/42/EWG – Zakup przez szpital wyrobów medycznych posiadających oznakowanie CE – Środki ochronne – Zamówienie publiczne na dostawy – Zamówienie poniżej progu uzasadniającego zastosowanie dyrektywy 93/36/EWG – Zasada równego traktowania i obowiązek zachowania przejrzystości

W sprawie C-6/05

mającej za przedmiot wnioszek o wydanie, na podstawie art. 234 WE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Symvoulio tis Epikrateias (Grecja) postanowieniem z dnia 17 listopada 2004 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 5 stycznia 2005 r., w postępowaniu:

Medipac-Kazantzidis AE

przeciwko

Venizeleio-Pananeio (PE.S.Y. KRITIS),

TRYBUNAŁ (pierwsza izba),

w składzie: P. Jann, prezes izby, K. Lenaerts, E. Juhász (sprawozdawca), K. Schiemann i M. Ilešič, sędziowie,

rzecznik generalny: E. Sharpston,

sekretarz: L. Hewlett, główny administrator,

uwzględniając procedurę pisemną i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 22 czerwca 2006 r.,

rozważywszy uwagi przedstawione:

- w imieniu Medipac-Kazantzidis AE przez K. Giannakopoulou, dikigoros,
- w imieniu Venizeleio-Pananeio (PE.S.Y. KRITIS) przez V. Chasouraki-Damanaki, dikigoros, oraz M. Ntourountakisa, kierownika,
- w imieniu rządu greckiego przez S. Spyropoulou oraz przez Z. Chatzipavlou i D. Tsagkaraki, działających w charakterze pełnomocników,
- w imieniu rządu austriackiego przez M. Fruhmanna, działającego w charakterze pełnomocnika,
- w imieniu Komisji Wspólnot Europejskich przez M. Patakię oraz X. Lewisa, działających w charakterze pełnomocników,

po zapoznaniu się z opinią rzecznika generalnego na posiedzeniu w dniu 21 listopada 2006 r.,

wydaje następujący

Wyrok

1. Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni dyrektywy Rady 93/36/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy (Dz.U. L 199, str. 1), zmienionej dyrektywą

97/52/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 13 października 1997 r. (Dz.U. L 328, str. 1, zwanej dalej „dyrektywą 93/36”), oraz dyrektywy Rady 93/42/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. dotyczącej wyrobów medycznych (Dz.U. L 169, str. 1), zmienionej rozporządzeniem (WE) nr 1882/2003 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 29 września 2003 r. (Dz.U. L 284, str. 1, zwanej dalej „dyrektywą 93/42”).

2. Wniosek ten został przedłożony przez Symvoulio tis Epikrateias (grecką radę państwa) w ramach sporu pomiędzy spółką Medipac-Kazantzidis AE (zwaną dalej „Medipac”) a Venizeleio-Pananeio (PE.S.Y. KRITIS) (zwanym dalej „Venizeleio-Pananeio”), szpitalem ogólnym w Heraklionie, dotyczącego przetargu ogłoszonego przez ten szpital, w którym wzięła udział rzeczona spółka.

Ramy prawne

Uregulowania wspólnotowe

3. Artykuł 5 ust. 1 dyrektywy 93/36 stanowi:

„a) Tytuły II-IV oraz art. 6 i 7 mają zastosowanie do zamówień publicznych na dostawę udzielanych przez:

- i) instytucje zamawiające, określone w art. 1 lit. b), [...], w przypadku gdy wartość szacunkowa bez podatku VAT wynosi nie mniej niż równowartość w [EUR] 200 000 specjalnych praw ciągnięcia (SDR);

[...]

- b) Niniejsza dyrektywa ma zastosowanie do zamówień publicznych na dostawy, których wartość szacunkowa jest równa lub przekracza dany próg w chwili publikacji ogłoszenia zgodnie z art. 9 ust. 2.

[...]

- d) Progi ustanowione w lit. a) i ich równowartości w [EUR] i walutach krajowych są publikowane w *Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich* na początku miesiąca listopada, który następuje po rewizji, ustanowionej w lit. c) akapit pierwszy”.

4. Równowartość progów ustanowionych w dyrektywach w sprawie zamówień publicznych obowiązująca od dnia 1 stycznia 2002 r. została opublikowana w *Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich* z dnia 27 listopada 2001 r. (Dz.U. C 332, str. 21). Z tabeli zawartej w pkt 1 tego dokumentu wynika, że wartość 200 000 SDR jest równa 249 681 EUR.

5. Motywy trzeci, piąty, ósmy, trzynasty, siedemnasty i dwudziesty pierwszy dyrektywy 93/42 stanowią:

„przepisy krajowe dotyczące bezpieczeństwa i ochrony zdrowia pacjentów, użytkowników i, gdzie stosowne, innych osób w odniesieniu do stosowania wyrobów medycznych powinny być zharmonizowane w celu zagwarantowania swobodnego przepływu takich wyrobów w ramach rynku wewnętrznego;

[...]

wyroby medyczne powinny zapewniać pacjentom, użytkownikom i osobom trzecim wysoki poziom ochrony oraz osiągać skuteczność zakładaną przez wytwórcę; dlatego utrzymywanie lub poprawa poziomu ochrony osiągniętego w państwach członkowskich jest jednym z zasadniczych celów niniejszej dyrektywy;

[...]

zgodnie z zasadami wymienionymi w rezolucji Rady z dnia 7 maja 1985 r. dotyczącej nowego podejścia do harmonizacji technicznej oraz normalizacji [...], zasady dotyczące projektowania i produkcji wyrobów medycznych muszą ograniczać się do

przepisów potrzebnych do spełnienia zasadniczych [wymagań]; [wymagania] te z racji tego, że są zasadnicze, powinny zastąpić odpowiadające im przepisy krajowe; zasadnicze [wymagania] powinny być stosowane [z rozeznaniem] i z uwzględnieniem poziomu technologicznego istniejącego w czasie projektowania oraz uwarunkowań technicznych i ekonomicznych, zgodnych z wysokim poziomem ochrony zdrowia i bezpieczeństwa;

[...]

dla celów niniejszej dyrektywy normą zharmonizowaną jest specyfikacja techniczna (norma europejska lub dokument harmonizacyjny) przyjęta na zlecenie Komisji przez (CEN) [Europejski Komitet Normalizacyjny] oraz (CENELEC) [Europejski Komitet Normalizacyjny Elektrotechniki] [...] lub oba te organy zgodnie z dyrektywą Rady 83/189/EWG z dnia 28 marca 1983 r. ustanawiającą procedurę udzielania informacji w dziedzinie norm i uregulowań technicznych [...] oraz zgodnie z [...] ogólnymi wytycznymi [współpracy między Komisją i tymi organami, podpisanymi w dniu 13 listopada 1984 r.]; [...]; [w odniesieniu do] szczegółów[ych] dziedzin[...], [dorobek] istniejąc[y] już w postaci monografii Farmakopei Europejskiej powin[ien] zostać [uwzględniony] w ramach niniejszej dyrektywy; kilka monografii Farmakopei Europejskiej można uznać za odpowiadające wyżej wspomnianym normom zharmonizowanym;

[...]

wyroby medyczne powinny w ramach ogólnej zasady nosić oznakowanie CE wskazujące ich zgodność z przepisami niniejszej dyrektywy, co pozwoli na ich swobodne przemieszczanie we Wspólnocie i wprowadzanie do używania zgodnie z przewidzianym zastosowaniem;

[...]

ochrona zdrowia i powiązane z nią kontrole można uczynić skuteczniejszymi za pomocą systemów nadzoru technicznego wyrobów medycznych, zintegrowanych na poziomie wspólnotowym”.

6. Zgodnie z art. 1 ust. 1 dyrektywa 93/42 ma zastosowanie do wyrobów medycznych oraz ich wyposażenia. Do celów tej dyrektywy wyposażenie jest traktowane jako samodzielne wyroby medyczne.
7. Zgodnie z art. 2 dyrektywy 93/42 państwa członkowskie podejmą wszelkie niezbędne kroki w celu zapewnienia, że wyroby medyczne będą wprowadzane do obrotu lub oddane do użytku tylko wtedy, gdy spełniają wymagania ustanowione w niniejszej dyrektywie, kiedy są prawidłowo dostarczone, zainstalowane, konserwowane i używane zgodnie z zamierzonym celem.
8. Na podstawie art. 3 dyrektywy 93/42 wyroby medyczne muszą spełniać wymagania zasadnicze wymienione w załączniku I odnoszące się do nich, przy uwzględnieniu przewidzianego zastosowania danych wyrobów.
9. Artykuł 4 ust. 1 dyrektywy 93/42 nakłada na państwa członkowskie zakaz ustanawiania na swoim terytorium jakichkolwiek ograniczeń dla wprowadzania do obrotu i używania wyrobów medycznych noszących oznakowanie CE, określone w art. 17 tej dyrektywy, które wskazuje, że były one przedmiotem oceny zgodności zgodnie z przepisami art. 11.
10. Na mocy art. 5 ust. 1 dyrektywy 93/42 państwa członkowskie zakładają zgodność z wymaganiami zasadniczymi określonymi w jej art. 3 w odniesieniu do wyrobów, które są zgodne z odpowiednimi normami krajowymi przyjętymi w zastosowaniu norm zharmonizowanych, do których odniesienia zostały opublikowane w *Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich*.

11. Rzeczoną art. 5 ust. 2 stanowi, że do celów dyrektywy 93/42 odesłanie do norm zharmonizowanych obejmuje również monografie Farmakopei Europejskiej, szczególnie w zakresie szwów chirurgicznych, do których odniesienia zostały opublikowane w *Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich*.
12. Artykuł 5 ust. 3 dyrektywy 93/42 odsyła do jej art. 6 ust. 2 w odniesieniu do procedury, którą mają stosować państwa członkowskie, uważające, że normy zharmonizowane nie spełniają całkowicie wymagań zasadniczych określonych w art. 3 tej dyrektywy.
13. Artykuł 8 wskazanej dyrektywy, zatytułowany „Klauzula ochronna”, ma następujące brzmienie:
 - „1. W przypadku gdy państwo członkowskie stwierdzi, że wyroby określone w art. 4 ust. 1 i 2 tiret drugie mimo prawidłowej instalacji, utrzymywania i stosowania zgodnie z przewidzianym zastosowaniem mogą zagrażać zdrowiu i/lub bezpieczeństwu pacjentów, użytkowników lub, gdzie stosowne, innych osób, podejmie wszelkie właściwe środki tymczasowe w celu wycofania takich wyrobów z obrotu, zakazania lub ograniczenia wprowadzania ich do obrotu lub używania. Dane państwo członkowskie niezwłocznie zawiadamia Komisję o wszelkich takich środkach, wskazując powody swojej decyzji oraz, w szczególności, wskazując, czy niezgodność z niniejszą dyrektywą jest spowodowana:
 - a) niespełnieniem [wymagań] zasadniczych określonych w art. 3;
 - b) nieprawidłowym stosowaniem norm określonych w art. 5, w zakresie w jakim normy te były stosowane;
 - c) nieprawidłowościami samych norm.
 2. Komisja skonsultuje się z zainteresowanymi stronami w możliwie najkrótszym czasie. Jeżeli po takiej konsultacji Komisja stwierdzi, że:
 - środki są uzasadnione, niezwłocznie informuje o tym państwo członkowskie, które podjęło inicjatywę, oraz inne państwa członkowskie; jeżeli decyzja określona w ust. 1 przypisywana jest nieprawidłowościom istniejącym w samych normach, wówczas Komisja po skonsultowaniu się z zainteresowanymi stronami w terminie dwóch miesięcy przekazuje sprawę Komitetowi określonemu w art. 6 ust. 1, jeżeli państwo członkowskie, które podjęło decyzję, zamierza ją utrzymać i wszczyna postępowanie określone w art. 6,
 - środki są nieuzasadnione, wówczas powiadamia o tym niezwłocznie to państwo członkowskie, które podjęło inicjatywę, oraz wytwórcę lub jego upoważnionego przedstawiciela z siedzibą we Wspólnocie.
 3. W przypadku gdy wyrób niezgodny z [wymaganiami] nosi oznakowanie CE, właściwe państwo członkowskie podejmuje odpowiednie działania przeciw temu, kto umieścił oznakowanie, oraz informuje o tym Komisję i pozostałe państwa członkowskie.
 4. Komisja zapewnia, by państwa członkowskie były informowane o postępach i wyniku tej procedury”.
14. Zgodnie z art. 10 dyrektywy 93/42:
 - „1. Państwa członkowskie podejmują wszelkie konieczne kroki dla zapewnienia, aby każda otrzymana przez nie zgodnie z przepisami niniejszej dyrektywy informacja, dotycząca incydentów wymienionych poniżej i obejmujących [wyrób] klasy I, IIa, IIb lub III, została centralnie zarejestrowana i oceniona:
 - a) każde wadliwe działanie lub pogorszenie się właściwości i/lub działania wyrobu, jak również wszelkie nieprawidłowości w etykietowaniu lub instrukcjach używania, które doprowadziły lub mogłyby doprowadzić do śmierci lub poważnego pogorszenia stanu zdrowia pacjenta lub użytkownika;

- b) każda techniczna lub medyczna usterka odnosząca się do właściwości lub działania wyrobu, prowadząca z przyczyn określonych w lit. a) do systematycznego wycofywania wyrobów tego samego typu przez wytwórcę.
2. W przypadku gdy państwo członkowskie wymaga, by praktykujący lekarze lub instytucje medyczne informowały właściwe organy o wszelkich incydentach określonych w ust. 1, podejmuje ono wszelkie niezbędne kroki w celu zapewnienia, by wytwórca danych wyrobów lub jego upoważniony przedstawiciel z siedzibą we Wspólnocie został również poinformowany o tym incydencie.
 3. Po przeprowadzeniu oceny, w miarę możliwości wspólnie z wytwórcą, państwa członkowskie, bez uszczerbku dla przepisów art. 8, niezwłocznie powiadamiają Komisję i pozostałe państwa członkowskie o incydentach określonych w ust. 1, w stosunku do których podjęto lub zamierza się podjąć odpowiednie środki”.
15. Artykuł 11 dyrektywy 93/42 reguluje procedurę oceny zgodności wyrobów medycznych z wymaganiami dyrektywy. W tym celu, jak stanowi motyw piętnasty tej dyrektywy, wyroby medyczne pogrupowane są w cztery klasy produktów, a ich kontrola jest bardziej zastrzona w zależności od wrażliwości ciała ludzkiego i z uwzględnieniem potencjalnego zagrożenia związanego z projektowaniem technicznym i wytwarzaniem takich wyrobów.
16. Zgodnie z art. 14 wskazanej dyrektywy:
- „Jeśli państwo członkowskie uważa, że w celu zapewnienia ochrony zdrowia i bezpieczeństwa i/lub zgodności z wymogami w zakresie zdrowia publicznego na podstawie art. 36 traktatu, należy zakazać dostępności takich produktów, ograniczyć lub objąć szczególnymi wymogami dany produkt lub grupę produktów, może podjąć niezbędne i uzasadnione środki tymczasowe. W takim przypadku państwo to informuje Komisję i inne państwa członkowskie, podając powody swej decyzji. Komisja po przeprowadzeniu konsultacji z zainteresowanymi stronami i państwami członkowskimi przyjmuje konieczne środki na poziomie Wspólnoty, zgodnie z procedurą określoną w art. 7 ust. 2, jeśli uzna, że krajowe środki są uzasadnione”.
17. Na podstawie art. 17 ust. 1 dyrektywy 93/42 wyroby medyczne inne niż wyroby wykonywane na zamówienie lub wyroby przeznaczone do badań klinicznych, uznane za spełniające wymagania zasadnicze określone w art. 3, muszą podczas wprowadzania do obrotu nosić oznakowanie CE.
18. Zgodnie z art. 18 rzeczowej dyrektywy:
- „Bez uszczerbku dla art. 8:
- a) w przypadku gdy państwo członkowskie ustali, że oznakowanie CE zostało umieszczone bezprawnie, wytwórca lub jego upoważniony przedstawiciel z siedzibą we Wspólnocie jest zobowiązany do zaprzestania naruszeń na warunkach nałożonych przez państwo członkowskie;
 - b) w przypadku dalszego braku zgodności państwo członkowskie podejmie wszelkie właściwe środki w celu ograniczenia lub zakazania wprowadzania do obrotu przedmiotowego produktu lub w celu zapewnienia jego wycofania z rynku, zgodnie z procedurą określoną w art. 8.
- [...]”.
19. Załącznik I do dyrektywy 93/42, zatytułowany „[Wymagania] zasadnicze”, w części I noszącej tytuł „[Wymagania] ogólne”, stanowi:

- „1. Wyroby muszą być projektowane i wytwarzane w taki sposób, że używanie ich zgodnie z warunkami i przeznaczeniem nie zagraża warunkom klinicznym, bezpieczeństwu pacjentów, bezpieczeństwu i zdrowiu użytkowników, lub, gdzie stosowne, innych osób, pod warunkiem że wszelkie zagrożenie, które może towarzyszyć ich użyciu, jest zagrożeniem akceptowalnym w odniesieniu do korzyści dla pacjenta i że są one zgodne z wysokim poziomem ochrony zdrowia i bezpieczeństwa.
2. Rozwiązania przyjęte przez wytwórcę przy projektowaniu i wykonaniu wyrobów muszą odpowiadać zasadom bezpieczeństwa, z uwzględnieniem ogólnie uznanego poziomu technologii.

Przy wybieraniu najbardziej właściwych rozwiązań wytwórca musi stosować następujące zasady według podanej kolejności:

- wyeliminowanie lub możliwie największe zminimalizowanie zagrożenia (projektowanie i wykonywanie maszyn bezpiecznych z założenia),
 - gdzie stosowne, podejmowanie odpowiednich środków ochrony w razie konieczności włącznie z alarmem, wobec zagrożenia, którego nie można wyeliminować,
 - informowanie użytkowników o pozostałych zagrożeniach istniejących z powodu nieprawidłowości istniejących w przyjętych środkach ochrony.
3. Wyroby muszą osiągać parametry działania przewidziane przez wytwórcę oraz być projektowane, produkowane i pakowane w taki sposób, aby nadawać się do jednej lub więcej funkcji określonych w art. 1 ust. 2 lit. a), tak jak wskazuje wytwórca.

[...]”.

Uregulowania krajowe

20. Wspólną decyzją ministrów DY7/oik.2480 z dnia 19 sierpnia 1994 r. (FEK B' 679) w sprawie dostosowania greckich przepisów do dyrektywy Rady 93/42/WE z dnia 14 czerwca 1993 r. dotyczącej wyrobów medycznych dokonana została transpozycja tej dyrektywy do greckiego porządku prawnego.

Postępowanie przed sądem krajowym i pytania prejudycjalne

21. Ogłoszeniem nr 146/2003 z dnia 8 grudnia 2003 r. Venizeleio-Pananeio, przyjmując za kryterium udzielenia zamówienia najniższą cenę, ogłosił przetarg publiczny na dostawę różnych szwów chirurgicznych o wartości wynoszącej 131 500 EUR (wraz z podatkiem VAT). W ogłoszeniu zaznaczono, że szwy muszą być poświadczane jako zgodne z Farmakopeą Europejską i posiadać oznakowanie CE.
22. Medipac była jedną z dziewięciu spółek, które przedstawiły ofertę. Materiały proponowane przez Medipac posiadały rzeczony oznakowanie.
23. W dniu 17 marca 2004 r. komisja zajmująca się rozstrzygnięciem przetargu wydała zalecenie dla zarządu Venizeleio-Pananeio, w którym uwzględniono propozycję chirurgów tego szpitala zmierzającą do wykluczenia szwów chirurgicznych typu PGA, proponowanych przez Medipac. Zgodnie z tym zaleceniem stwierdzono, że węzły wykonane z materiałów typu PGA z łatwością rozwiązywały się i przedwcześnie zaciskały, że igły często wyginały się albo łamały, a odporność szwów była niedostateczna.
24. Na mocy decyzji nr 108 z dnia 24 marca 2004 r. zarząd Venizeleio-Pananeio uznał, że szwy chirurgiczne typu PGA proponowane przez Medipac nie spełniają wymagań zawartych w specyfikacji technicznej zamówienia i odrzucił ofertę tej spółki.

25. W dniu 5 kwietnia 2004 r. Medipac wniosła zażalenie na decyzję o odrzuceniu oferty do administracji szpitala Venizeleio-Pananeio. W zażaleniu tym podniosła ona w szczególności, że specyfikacja techniczna, na podstawie której odrzucono jej ofertę, nie była zawarta w specyfikacji zamówienia umieszczonej w ogłoszeniu o zamówieniu, była nieprecyzyjna, a nawet niezrozumiała, nie pozwalała na poprawną ocenę wymagań dotyczących dostarczanych materiałów oraz odbiegała od właściwości technicznych, do których odwołuje się dyrektywa 93/42 w odniesieniu do tego typu materiałów. Medipac twierdziła również, że materiały, które proponowała, były zgodne z wymaganiami Farmakopei Europejskiej i nie mogły posiadać wad technicznych wskazanych przez rzeczony szpital. Szpital ten oddalił zażalenie na mocy pierwszej decyzji z dnia 7 kwietnia 2004 r., która została następnie unieważniona i zastąpiona drugą decyzją z dnia 28 kwietnia 2004 r.
26. Do Symvoulis tis Epikrateias została wniesiona skarga na wskazaną decyzję odrzucającą ofertę. W skardze Medipac powołuje się na te same zarzuty, które przedstawiła w zażaleniu.
27. W tej sytuacji Symvoulis tis Epikrateias postanowiła zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:
- „1) Czy w przypadku gdy postępowanie przetargowe, uregulowane dyrektywą [...] 93/36/EWG, obejmujące dostawę wyrobów medycznych w rozumieniu dyrektywy 93/42/EWG, zostało przeprowadzone w oparciu o kryterium najniższej ceny, instytucja zamawiająca jako nabywca odpowiednich produktów może, na podstawie dyrektywy 93/42/EWG w związku z dyrektywą 93/36/EWG, odrzucić na etapie oceny technicznej ofertę obejmującą wyroby medyczne, posiadające oznakowanie CE i poddane kontroli jakości przez właściwą jednostkę certyfikującą, jako technicznie niedopuszczalne, powołując się przy tym na poważne zastrzeżenia dotyczące ich odpowiedniej jakości związane z ochroną zdrowia publicznego i szczególnym zastosowaniem, do jakiego te wyroby są przeznaczone, i z powodu których wyroby należy uznać za niewłaściwe i nieodpowiednie do takiego zastosowania (zakładając oczywiście, że w przypadku zakwestionowania, zasadność tych zastrzeżeń została poddana kontroli właściwego sądu)?
- 2) Czy w przypadku odpowiedzi twierdzącej na powyższe pytanie, instytucja zamawiająca jako nabywca odpowiednich produktów może bezpośrednio uznać, że wskazanych powyżej powodów, że wyroby medyczne posiadające oznakowanie CE są nieodpowiednie do przewidzianego zastosowania, czy też konieczne jest wcześniejsze zastosowanie klauzul ochronnych zawartych w dyrektywie 93/42/EWG oraz [...] wspólnej decyzji ministrów DY7/oik.2480, które umożliwiają właściwemu organowi – jakim jest w Grecji minister zdrowia, pomocy społecznej i ubezpieczeń społecznych działający za pośrednictwem dyrekcji ds. technologii biomedycznej – podjęcie działań zgodnie z procedurą przewidzianą w art. 8 dyrektywy, jeśli mimo prawidłowej instalacji i konserwacji wyroby medyczne mogą zagrażać życiu lub bezpieczeństwu pacjentów lub użytkowników bądź w art. 18 tej dyrektywy, jeśli zostanie stwierdzone, że oznakowanie CE zostało umieszczone bezzasadnie?
- 3) Czy w świetle odpowiedzi udzielonej na pytanie drugie i zakładając, że należy najpierw zastosować wskazane klauzule ochronne, instytucja zamawiająca powinna czekać na zakończenie procedury wszczętej na podstawie art. 8 lub art. 18 dyrektywy 93/42/EWG oraz czy instytucja zamawiająca jest związana rozstrzygnięciem w tym znaczeniu, że musi ona nabyć sporny produkt, nawet jeżeli dowiedziono, że jego stosowanie może stanowić zagrożenie dla zdrowia publicznego i że jest on ogólnie niewłaściwy dla przewidzianego przez instytucję zamawiającą zastosowania?”.

W przedmiocie dopuszczalności wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym

Argumenty rządu austriackiego

28. Rząd austriacki uważa, że pytania przedłożone przez sąd krajowy nie mogą mu pomóc w rozstrzygnięciu sporu toczącego się przed tym sądem i w związku z tym uważa on, że wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym jest niedopuszczalny. Po pierwsze, pytania te wyraźnie dotyczą wykładni dyrektywy 93/36, podczas gdy przetarg będący u podstaw postępowania przed sądem krajowym nie jest objęty zakresem zastosowania tej dyrektywy, gdyż kwota zamówienia będącego przedmiotem przetargu jest niższa niż próg uzasadniający jej zastosowanie przewidziany w jej art. 5.
29. Po drugie, wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym nie zawiera niezbędnych informacji umożliwiających Trybunałowi udzielenie odpowiedzi na przedłożone pytania w sposób użyteczny dla prowadzenia postępowania przed sądem krajowym. Rząd austriacki zauważa w tym względzie, że rzezony wniosek nie określa, czy omawiane szwy chirurgiczne są rzeczywiście uznane za niebezpieczne dla zdrowia ludzi, czy też nie spełniają one oczekiwań zainteresowanych chirurgów w zakresie jakości, co stanowi rozstrzygający element przy ocenie praw i obowiązków instytucji zamawiającej.

Ocena Trybunału

30. Jeśli chodzi, po pierwsze, o zastosowanie dyrektywy 93/36, nie ulega wątpliwości, że znajduje ona zastosowanie wyłącznie do zamówień, których wartość jest równa lub wyższa niż próg określony w art. 5 ust. 1 tej dyrektywy (zob. podobnie postanowienie z dnia 3 grudnia 2001 r. w sprawie C-59/00 Vestergaard, Rec. str. I-9505, pkt 19). Tymczasem z akt sprawy wynika, że wartość zamówienia będącego przedmiotem postępowania przed sądem krajowym wynosi 131 500 EUR (wraz z podatkiem VAT), a kwota ta jest niższa niż próg zastosowania przewidziany w tej dyrektywie.
31. W tej sytuacji Trybunał, na podstawie art. 104 § 5 regulaminu, zwrócił się na piśmie do sądu krajowego o wyjaśnienie powodów, dla których uznaje on, że dyrektywa 93/36 ma zastosowanie do rzezzonego zamówienia. Sąd krajowy przekazał, że z przyczyn proceduralnych nie może udzielić odpowiedzi na przedstawione pytanie. W rezultacie Trybunał postanowił o przeprowadzeniu rozprawy, w toku której rząd grecki potwierdził, że wartość rzezzonego zamówienia była niższa od progu zastosowania wskazanej dyrektywy i uznał, iż nie znajduje ona zastosowania do postępowania przed sądem krajowym. Należy zatem stwierdzić, że rząd austriacki słusznie twierdzi, iż w tej sytuacji wykładnia dyrektywy 93/36 nie ma wpływu na zakończenie rzezzonego postępowania.
32. Jednakże udzielenie użytecznej odpowiedzi na pytania przedłożone przez sąd krajowy wymaga zbadania niektórych ogólnych zasad mających zastosowanie do zamówień publicznych.
33. Należy bowiem zauważyć, że Venizeleio-Pananeio został uznany przez sąd krajowy za „instytucję zamawiającą”. Również rząd grecki przyznał mu taki status, twierdząc w toku rozprawy, że szpital ten jest podmiotem prawa publicznego traktowanym na równi z państwem. Tymczasem zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, nawet jeśli wartość zamówienia będącego przedmiotem przetargu jest niższa niż próg uzasadniający zastosowanie dyrektyw, w których ustawodawca wspólnotowy uregulował kwestie udzielania zamówień publicznych i jeśli dane zamówienie nie jest objęte zakresem zastosowania tych dyrektyw, instytucje zamawiające, udzielając zamówienia, są jednak zobowiązane do przestrzegania ogólnych zasad prawa wspólnotowego,

takich jak zasada równego traktowania i wynikający z niej obowiązek zachowania przejrzystości (zob. podobnie wyrok z dnia 7 grudnia 2000 r. w sprawie C-324/98 *Telaustria i Telefonadress*, Rec. str. I-10745, pkt 60 i 61, ww. postanowienie w sprawie *Vestergaard*, pkt 20 i 21, wyroki z dnia 21 lipca 2005 r. w sprawie C-231/03 *Co-name*, Zb.Orz. str. I-7287, pkt 16 i 17, oraz z dnia 13 października 2005 r. w sprawie C-458/03 *Parking Brixen*, Zb.Orz. str. I-8585, pkt 46–48).

34. Bez wątpienia we wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym sąd krajowy nie odwołuje się bezpośrednio do ogólnych zasad prawa wspólnotowego. Niemniej jednak z utrwalonego orzecznictwa wynika, że w celu przedstawienia użytecznej odpowiedzi sądowi krajowemu, który skierował pytanie prejudycjalne, Trybunał może powołać się na normy prawa wspólnotowego, do których nie odniósł się sąd krajowy w swoim wniosku (wyroki z dnia 20 marca 1986 r. w sprawie 35/85 *Tissier*, Rec. str. 1207, pkt 9, z dnia 27 marca 1990 r. w sprawie C-315/88 *Bagli Pennacchioti*, Rec. str. I-1323, pkt 10, z dnia 18 listopada 1999 r. w sprawie C-107/98 *Teckal*, Rec. str. I-8121, pkt 39, oraz ww. w sprawie *Telaustria i Telefonadress*, pkt 59).
35. Po drugie, w odniesieniu do argumentów rządu austriackiego odnoszących się do niewystarczających informacji dotyczących stanu faktycznego w postępowaniu przed sądem krajowym należy zauważyć, że informacje zawarte we wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym zostały uzupełnione uwagami przedłożonymi Trybunałowi. Ponadto rozprawa, który miała miejsce, umożliwiła rządowi greckiemu i austriackiemu oraz Komisji przedstawienie dodatkowych uwag. Trybunał dysponuje zatem wystarczającym materiałem, by odpowiedzieć na przedstawione pytania.
36. Wobec powyższego należy uznać, że wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym jest dopuszczalny, oraz należy udzielić odpowiedzi na pytania przedłożone przez sąd krajowy.

W przedmiocie pytań prejudycjalnych

W przedmiocie pytań pierwszego i drugiego

37. W pytaniach pierwszym i drugim, które są ze sobą ściśle powiązane i powinny być zbadane łącznie, sąd krajowy dąży w istocie do ustalenia, czy na podstawie ogólnych zasad prawa wspólnotowego, znajdujących zastosowanie w zakresie postępowań przetargowych, instytucja zamawiająca, która wszczęła takie postępowanie w celu nabycia wyrobów medycznych, może bezpośrednio wykluczyć ofertę obejmującą proponowane jej produkty, skoro jak wymaga tego ogłoszenie o przetargu, posiadają one oznakowanie CE, czy też instytucja ta jest zobowiązana do zastosowania uprzednio klauzul ochronnych ustanowionych w art. 8 i 18 dyrektywy 93/42.

Uwagi przedłożone Trybunałowi

38. W odniesieniu do dyrektywy 93/42 *Medipac* podkreśla, że państwa członkowskie nie mogą zakazać, ograniczyć ani utrudniać wprowadzania do obrotu wyrobów medycznych, które posiadają oznakowanie CE. Zdaniem *Medipac* oraz Komisji z art. 3 w związku z art. 17 dyrektywy 93/42 wynika, że wyroby medyczne posiadające rzeźcone oznakowanie spełniają wszystkie wymagania w zakresie zgodności i bezpieczeństwa wymienione w załączniku I do tej dyrektywy. Wynika z tego, że dyrektywa ustanawia domniemanie zgodności produktów posiadających oznakowanie CE, które może zostać obalone jedynie w ramach procedury ochronnej, o której mowa w jej art. 8 i 18.
39. *Venizeleio-Pananeio* oraz rządy grecki i austriacki zauważają, że dyrektywa 93/42 ma zagwarantować, aby wyroby medyczne zapewniały pacjentom, użytkownikom i osobom trzecim wysoki poziom ochrony. Na tej podstawie twierdzą, że w przypadku oferty obejmującej wyroby medyczne poświadczone jako zgodne z tą dyrektywą,

która byłaby jednak nieodpowiednia technicznie, instytucja zamawiająca może bezpośrednio wykluczyć te wyroby przy dokonywaniu zakupu. Rząd austriacki dodaje jednak, że instytucja zamawiająca jest zobowiązana powiadomić właściwy krajowy organ o takim wykluczeniu, aby mógł on podjąć odpowiednie środki tymczasowe i wszcząć procedurę przewidzianą w art. 8 wskazanej dyrektywy.

40. Rząd grecki zauważa ponadto, że dyrektywa 93/42 ustanawia wyłącznie minimalne wymagania, jakie musi spełniać wyrób medyczny, aby mógł posiadać oznakowanie CE na terytorium wspólnotowym. Rząd austriacki dodaje, że instytucja zamawiająca ma swobodę w nakładaniu wymagań w zakresie jakości, które wykraczają poza minimum wymagane na poziomie wspólnotowym.

Odpowiedź Trybunału

41. Należy stwierdzić na wstępie, że z akt sprawy nie wynika, że w postępowaniu przed sądem krajowym instytucja zamawiająca nałożyła szczególne wymagania wykraczające poza minimum określone w prawie wspólnotowym.
42. Z przepisów wskazanych w pkt 5 i 19 niniejszego wyroku wynika, że dyrektywa 93/42 harmonizuje wymagania zasadnicze, które muszą spełniać wyroby medyczne objęte jej zakresem zastosowania. Wyroby te, jeśli są zgodne z normami zharmonizowanymi i poświadczone według procedur przewidzianych w tej dyrektywie, należy uznać za zgodne z rzeszonymi wymaganiami i w rezultacie odpowiednio do przewidzianego stosowania. Co więcej, wyroby te powinny podlegać swobodnemu przepływowi w całej Wspólnocie.
43. Jak wynika z utrwalonego orzecznictwa Trybunału, zobowiązania wypływające z dyrektyw wspólnotowych wiążą w szczególności organy lub jednostki organizacyjne podlegające władzom publicznym lub państwu lub pozostające pod ich kontrolą (zob. podobnie wyroki z dnia 26 lutego 1986 r. w sprawie 152/84 Marshall, Rec. str. 723, pkt 49, z dnia 22 czerwca 1989 r. w sprawie 103/88 Fratelli Costanzo, Rec. str. 1839, pkt 30 i 31, z dnia 12 lipca 1990 r. w sprawie C-188/89 Foster i in., Rec. str. I-3313, pkt 18, oraz postanowienie z dnia 26 maja 2005 r. w sprawie C-297/03 Sozialhilfverband Rohrbach, Zb.Orz. str. I-4305, pkt 27). W rezultacie obowiązek uznania, że wyroby medyczne zgodne z normami zharmonizowanymi i posiadające oznakowanie CE odpowiadają wymaganiom dyrektywy 93/42, ciąży również na Venizeleio-Pananeio będącym podmiotem prawa publicznego.
44. Należy jednak zauważyć, podobnie jak wskazuje rzecznik generalny w pkt 92 swojej opinii, że domniemanie zgodności wyrobów medycznych może zostać obalone. W związku z tym dyrektywa 93/42 przewiduje wprowadzenie środków ochronnych, w przypadku gdy stwierdzone zostanie, że niektóre wyroby medyczne posiadające oznakowanie CE mogą jednak stanowić zagrożenie dla pacjentów i użytkowników.
45. Artykuł 10 dyrektywy stanowi, że państwa członkowskie podejmują kroki konieczne dla zapewnienia, że dane dotyczące incydentów powstałych w wyniku wprowadzenia do obrotu wyrobów, które mogą prowadzić do zagrożenia stanu zdrowia pacjentów lub użytkowników, zostaną centralnie zarejestrowane i ocenione. Jeżeli państwa członkowskie, w zależności od takiej oceny, podejmą lub będą chciały podjąć działania, mają bezzwłocznie poinformować o tym Komisję.
46. Artykuł 8 ust. 1 dyrektywy 93/42 zobowiązuje państwa członkowskie, które stwierdzą zagrożenie związane z wyrobami medycznymi poświadczonymi jako zgodne z tą dyrektywą, do podjęcia wszelkich właściwych środków tymczasowych w celu zakazania lub ograniczenia wprowadzania ich do obrotu lub używania. W tej sytuacji zainteresowane państwo członkowskie ma, zgodnie z tym przepisem, niezwłocznie zawiadomić Komisję o podjętych środkach, wskazując w szczególności powody, dla

których zostały one podjęte. W rozumieniu art. 8 ust. 2 dyrektywy 93/42 Komisja jest z kolei zobowiązana zbadać, czy środki tymczasowe są uzasadnione i w takiej sytuacji niezwłocznie poinformować o tym państwo członkowskie, które podjęło inicjatywę w zakresie tych środków oraz inne państwa członkowskie.

47. Zgodnie z art. 8 ust. 3 dyrektywy 93/42, jeżeli okaże się, że wyrób medyczny, mimo iż posiada oznakowanie CE, nie jest jednak zgodny z wymaganiami zasadniczymi przewidzianymi w tej dyrektywie, właściwe państwo członkowskie podejmuje odpowiednie działania oraz informuje o tym Komisję i pozostałe państwa członkowskie. Ponadto z art. 18 tej dyrektywy wynika, że jeżeli państwo członkowskie stwierdzi, że rzeczony oznakowanie zostało umieszczone w sposób bezzasadny, wytwórca lub jego upoważniony przedstawiciel z siedzibą we Wspólnocie jest zobowiązany do zaprzestania naruszeń na warunkach nałożonych przez to państwo członkowskie.
48. Z treści art. 8 ust. 1 wskazanej dyrektywy jasno wynika, że zobowiązania w niej ustanowione obciążają organy, które państwa członkowskie upoważniły do stwierdzenia zagrożenia, jakie wyroby zgodne z tą dyrektywą mogą stanowić dla zdrowia lub bezpieczeństwa publicznego, i podjęcia, stosownie do okoliczności, działań o zasięgu ogólnym przewidzianych w tej dyrektywie, które należy przedsięwziąć w tym względzie.
49. Biorąc pod uwagę, że państwo greckie nie powierzyło wyraźnie Venizeleio-Pananeio takich kompetencji, szpital ten nie może bezpośrednio podjąć środków ochronnych, o których mowa w art. 8 dyrektywy 93/42. Wynika z tego, że jeśli Venizeleio-Pananeio miał wątpliwości co do technicznej niezawodności szwów chirurgicznych proponowanych przez Medipac, to na mocy ciążących na nim, jako na podmiocie prawa publicznego, zobowiązań miał on przyczynić się do prawidłowego zastosowania dyrektywy 93/42, powiadomić krajowy organ, tak aby organ ten mógł przeprowadzić własne badania i adekwatnie do sytuacji zastosować takie środki ochronne. Z akt sprawy wynika, że w postępowaniu przed sądem krajowym Venizeleio-Pananeio zwrócił się rzeczywiście do greckiego krajowego organu właściwego w zakresie środków leczniczych z pytaniem dotyczącym odpowiedniego charakteru omawianych materiałów do stosowania w przewidziany sposób, a organ ten potwierdził ich zgodność z obowiązującymi normami. Jednakże nastąpiło to dopiero w dniu 5 maja 2004 r., czyli po odrzuceniu przez szpital oferty Medipac. W rezultacie Venizeleio-Pananeio sam dokonał obalenia domniemania zgodności, bez zachowania procedury ochronnej ustanowionej we wskazanej powyżej dyrektywie.
50. Tymczasem nie tylko treść art. 8 dyrektywy 93/42, ale również cel ustanowionego w niej systemu harmonizacji sprzeciwiają się temu, aby instytucja zamawiająca miała prawo, z pominięciem rzeczony procedury ochronnej, do odrzucenia ze względu na braki techniczne wyrobów medycznych, poświadczonych jako zgodne z wymaganiami zasadniczymi ustanowionymi w tej dyrektywie.
51. Ponieważ dyrektywa 93/42 stanowi jako taki środek harmonizacji przyjęty na podstawie art. 100A traktatu EWG (po zmianach art. 100A traktatu WE, obecnie art. 95 WE), ma ułatwiać swobodny przepływ wyrobów medycznych poświadczonych jako zgodne z tą dyrektywą, tak aby zastąpić poszczególne przepisy przyjęte w państwach członkowskich w tej dziedzinie, które mogą stanowić przeszkodę w swobodnym przepływie.
52. W tym kontekście konieczność pogodzenia swobodnego przepływu i ochrony zdrowia pacjentów zakłada, że w razie pojawienia się zagrożenia związanego z wyrobami poświadczonymi jako zgodne z dyrektywą 93/42, zainteresowane państwo członkowskie stosuje procedurę ochronną ustanowioną w art. 8 rzeczony dyrektywy, przy czym nieuprawnione organy nie mogą w sposób bezpośredni i jednostronny zdecydować o środkach, jakie należy podjąć w takiej sytuacji.

53. Należy dodać, że jeżeli proponowane produkty, mimo że posiadają oznakowanie CE, wzbudzają po stronie instytucji zamawiającej obawy, jeśli chodzi o zdrowie i bezpieczeństwo pacjentów, zasada równego traktowania oferentów oraz obowiązek zachowania przejrzystości, które znajdują zastosowanie niezależnie od zastosowania dyrektywy 93/36, sprzeciwiają się w celu uniknięcia arbitralnych decyzji, aby rzeczona instytucja zamawiająca mogła sama bezpośrednio odrzucić daną ofertę i zobowiązuja ją do podporządkowania się procedurze ochronnej, ustanowionej w art. 8 dyrektywy 93/42, tak aby zapewnić obiektywną i niezależną ocenę i kontrolę wskazywanego zagrożenia.
54. Ponadto ta zasada i ten obowiązek zakazują instytucji zamawiającej odrzucenia oferty spełniającej wymagania zawarte w ogłoszeniu o przetargu, z powodów niewskazanych w rzeczonym ogłoszeniu i na które powołano się po złożeniu tej oferty.
55. W związku z powyższym na pytania pierwsze i drugie należy odpowiedzieć, że zasada równego traktowania i obowiązek zachowania przejrzystości sprzeciwiają się, aby instytucja zamawiająca, która wszczęła postępowanie przetargowe na dostawę wyrobów medycznych, wskazując, że wyroby te muszą być zgodne z Farmakopeą Europejską i posiadać oznakowanie CE, odrzuciła proponowane materiały bezpośrednio i z pominięciem procedury ochronnej, ustanowionej w art. 8 i 18 dyrektywy 93/42, ze względów dotyczących zdrowia publicznego, mimo że spełniają one ten wymagany warunek techniczny. Jeśli instytucja zamawiająca uzna, że te wyroby medyczne mogą stanowić zagrożenie dla zdrowia publicznego, jest zobowiązana powiadomić właściwy krajowy organ w celu zastosowania rzeczonyj procedury ochronnej.

W przedmiocie pytania trzeciego

56. W pytaniu trzecim sąd krajowy zwraca się do Trybunału w kwestii sposobu, w jaki środki ochronne przewidziane w dyrektywie 93/42 powinny zostać zastosowane przez instytucję zamawiającą w ramach toczącego się postępowania przetargowego. Sąd krajowy dąży w szczególności do ustalenia, czy instytucja zamawiająca powinna oczekiwać na zakończenie procedury ochronnej i czy jest związana wynikiem tej procedury.
57. Jak wynika z odpowiedzi udzielonej na pytania pierwsze i drugie, instytucja zamawiająca może odrzucić ofertę obejmującą wyroby medyczne posiadające oznakowanie CE ze względu na braki techniczne wyłącznie w ramach procedury ochronnej ustanowionej w dyrektywie 93/42.
58. W szczególności możliwość odrzucenia przez instytucję zamawiającą oferty obejmującej wyroby medyczne posiadające oznakowanie CE ze względu na braki techniczne jest uzależniona od wyniku procedury ochronnej, czyli od decyzji Komisji, w której zgodnie z art. 8 ust. 2 rzeczonyj dyrektywy stwierdzone zostało, że przyjęcie zakazu wprowadzenia do obrotu używania było uzasadnione.
59. Wynika z tego, że instytucja zamawiająca po podjęciu decyzji o zwróceniu się do właściwego organu krajowego ma zawiesić postępowanie przetargowe w celu wszczęcia procedury ochronnej ustanowionej w dyrektywie 93/42 i oczekiwać na wynik tej procedury. Decyzja Komisji jest wiążąca dla instytucji zamawiającej. Jeżeli procedura ochronna doprowadzi do stwierdzenia, że materiały te nie są zgodne z wymaganiami wskazanej dyrektywy, środki o zasięgu ogólnym podjęte przez państwo członkowskie spowodują odrzucenie rzeczonych produktów w zawieszonym postępowaniu przetargowym.
60. Bez wątpienia zawieszenie postępowania przetargowego na dostawę wyrobów medycznych może spowodować opóźnienia wywołujące zakłócenia w funkcjonowaniu szpitala takiego jak Venizeleio-Pananeio. Jednakże jak podkreśliła rzecznik generalny w pkt 118 swojej opinii i zgodnie z art. 14b dyrektywy 93/42, cel, jakim jest ochrona

zdrowia publicznego, stanowi nadrzędny wymóg interesu ogólnego, na podstawie którego państwa członkowskie mogą wprowadzić odstępstwa od zasady swobodnego przepływu, pod warunkiem że podjęte środki będą zgodne z zasadą proporcjonalności (zob. wyroki z dnia 20 lutego 1979 r. w sprawie 120/78 Rewe-Zentral, zwanej „Cassis de Dijon”, Rec. str. 649, pkt 8, z dnia 5 lutego 2004 r. w sprawie C-270/02 Komisja przeciwko Włochom, Rec. str. I-1559, pkt 21 i 22, oraz z dnia 14 września 2006 r. w sprawach połączonych C-158/04 i C-159/04, Alfa Vita Vassilopoulos i Carrefour-Marinopoulos, Zb.Orz. str. I-8135, pkt 20–23).

61. W rezultacie w nagłym przypadku szpital taki jak Venizeleio-Pananeio może podjąć środki tymczasowe, które umożliwiają mu zaopatrzenie się w wyroby medyczne niezbędne do jego funkcjonowania. Jednakże, stosownie do okoliczności, ma on wykazać zaistnienie nagłych okoliczności, które uzasadniają takie odstępstwo od zasady swobodnego przepływu towarów, oraz wykazać proporcjonalny charakter podjętych środków.
62. W świetle powyższego na pytanie trzecie należy odpowiedzieć, że instytucja zamawiająca, która zwróciła się do właściwego organu krajowego w celu zastosowania procedury ochronnej ustanowionej w art. 8 i 18 dyrektywy 93/42 w zakresie wyrobów medycznych posiadających oznakowanie CE, jest zobowiązana zawiesić postępowanie przetargowe do czasu zakończenia procedury ochronnej, ponieważ jej wynik jest wiążący dla tej instytucji zamawiającej. Jeżeli zastosowanie takiej procedury ochronnej powoduje opóźnienia mogące stanowić zagrożenie dla funkcjonowania szpitala publicznego i w związku z tym dla zdrowia publicznego, instytucja zamawiająca może, z zachowaniem zasady proporcjonalności, podjąć wszelkie niezbędne środki tymczasowe umożliwiające jej zaopatrzenie się w materiały konieczne do właściwego funkcjonowania tego szpitala.

W przedmiocie kosztów

63. Dla stron postępowania przed sądem krajowym niniejsze postępowanie ma charakter incydentalny, dotyczy bowiem kwestii podniesionej przed tym sądem; do niego zatem należy rozstrzygnięcie o kosztach. Koszty poniesione w związku z przedstawieniem uwag Trybunałowi, inne niż poniesione przez strony postępowania przed sądem krajowym, nie podlegają zwrotowi.

Z powyższych względów Trybunał (pierwsza izba) orzeka, co następuje:

- 1) **Zasada równego traktowania i obowiązek zachowania przejrzystości sprzeciwiają się, aby instytucja zamawiająca, która wszczęła postępowanie przetargowe na dostawę wyrobów medycznych, wskazując, że wyroby te muszą być zgodne z Farmakopeą Europejską i posiadać oznakowanie CE, odrzuciła proponowane materiały bezpośrednio i z pominięciem procedury ochronnej, ustanowionej w art. 8 i 18 dyrektywy Rady 93/42/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. dotyczącej wyrobów medycznych zmienionej rozporządzeniem (WE) nr 1882/2003 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 29 września 2003 r., ze względów dotyczących zdrowia publicznego, mimo, że spełniają one ten wymagany warunek techniczny. Jeśli instytucja zamawiająca uzna, że te wyroby medyczne mogą stanowić zagrożenie dla zdrowia publicznego, jest zobowiązana powiadomić właściwy krajowy organ w celu zastosowania rzeczonyj procedury ochronnej.**
- 2) **Instytucja zamawiająca, która zwróciła się do właściwego organu krajowego w celu zastosowania procedury ochronnej, ustanowionej w art. 8 i 18 dyrektywy 93/42 zmienionej rozporządzeniem nr 1882/2003, w zakresie wyrobów medycznych posiadających oznakowanie CE, jest zobowiązana zawiesić postępowanie przetargowe do czasu zakończenia procedury ochronnej, ponieważ jej wynik jest**

wiążący dla tej instytucji zamawiającej. Jeżeli zastosowanie takiej procedury ochronnej powoduje opóźnienia mogące stanowić zagrożenie dla funkcjonowania szpitala publicznego i w związku z tym dla zdrowia publicznego, instytucja zamawiająca może, z zachowaniem zasady proporcjonalności, podjąć wszelkie niezbędne środki tymczasowe umożliwiające jej zaopatrzenie się w materiały konieczne do właściwego funkcjonowania tego szpitala.

Podpisy

Orzeczenie z dnia 18 lipca 2007 r. w sprawie C-503/04
Komisja przeciwko Niemcom

WYROK TRYBUNAŁU (druga izba)
z dnia 18 lipca 2007 r.(*)

Uchybienie zobowiązaniom państwa członkowskiego – Wyrok Trybunału stwierdzający uchybienie – Niewykonanie – Artykuł 228 WE – Środki zapewniające wykonanie wyroku Trybunału – Rozwiązanie umowy

W sprawie C-503/04

mającej za przedmiot skargę o stwierdzenie, na podstawie art. 228 WE, uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego, wniesioną w dniu 7 grudnia 2004 r.,

Komisja Wspólnot Europejskich, reprezentowana przez B. Schimę, działającego w charakterze pełnomocnika, z adresem do doręczeń w Luksemburgu,

strona skarżąca,

przeciwko

Republice Federalnej Niemiec, reprezentowanej przez W.-D. Plessinga oraz C. Schultze-Bahr, działających w charakterze pełnomocników, wspieranych przez H.-J. Prieß, Rechtsanwalt,

strona pozwana,

popieranej przez

Republikę Francuską, reprezentowaną przez G. de Berguesa oraz J.-C. Grację, działających w charakterze pełnomocników, z adresem do doręczeń w Luksemburgu,

Królestwo Niderlandów, reprezentowane przez H.G. Sevenster oraz D.J.M. de Grave'a, działających w charakterze pełnomocników,

Republikę Finlandii, reprezentowaną przez T. Pynnę, działającą w charakterze pełnomocnika, z adresem do doręczeń w Luksemburgu,

interwenienci,

TRYBUNAŁ (druga izba),

w składzie: C.W.A. Timmermans (sprawozdawca), prezes izby, P. Kūris, K. Schiemann, J. Makarczyk i J.-C. Bonichot, sędziowie,

rzecznik generalny: V. Trstenjak,

sekretarz: H. von Holstein, zastępca sekretarza,

uwzględniając procedurę pisemną i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 7 grudnia 2006 r.,

po zapoznaniu się z opinią rzecznika generalnego na posiedzeniu w dniu 28 marca 2007 r.,

wydaje następujący

Wyrok

1. Komisja Wspólnot Europejskich wnosi w skardze do Trybunału o stwierdzenie, że nie podejmując środków niezbędnych w celu wykonania wyroku z dnia 10 kwietnia 2003 r. w sprawach połączonych C-20/01 i C-28/01 Komisja przeciwko Niemcom, Rec. str. I-3609, którego przedmiotem było zawarcie umowy o odprowadzanie ścieków przez gminę Bockhorn (Niemcy) oraz umowy na unieszkodliwianie odpadów przez miasto Brunzswik (Niemcy), Republika Federalna Niemiec uchybiła zobowiązaniom, które na niej ciążyą na mocy art. 228 ust. 1 WE jak też o zasądzenie od tego państwa członkowskiego wpłacenia na rzecz Komisji, na konto „zasoby własne Wspólnoty Europejskiej”, okresowej kary pieniężnej w wysokości 31 680 EUR za każdy dzień opóźnienia w podjęciu środków niezbędnych w celu wykonania tego wyroku w zakresie umowy o odprowadzanie ścieków zawartej przez gminę Bockhorn oraz w wysokości 126 720 EUR za każdy dzień opóźnienia w podjęciu środków niezbędnych w celu wykonania tego wyroku w zakresie umowy zawartej przez miasto Brunzswik, licząc od dnia ogłoszenia wyroku, który zapadnie do dnia podjęcia tych środków.
2. Postanowieniem prezesa Trybunału z dnia 6 czerwca 2005 r. Republika Francuska, Królestwo Niderlandów oraz Republika Finlandii zostały dopuszczone do sprawy w charakterze interwenientów popierających żądania Republiki Federalnej Niemiec.

Ramy prawne

3. Dyrektywa Rady nr 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, str. 33) w art. 2 ust. 6 stanowi:

„Stosowanie uprawnień określonych w ust. 1 do umowy podpisanej wskutek udzielenia zamówienia, określają przepisy krajowe.

Ponadto państwo członkowskie może uznać, z wyjątkiem sytuacji, gdy decyzja musi zostać uchylona przed przyznaniem odszkodowania, że po podpisaniu umowy wskutek udzielenia zamówienia uprawnienia organów odwoławczych są ograniczone do przyznania odszkodowań podmiotom, które doznały uszczerbku w wyniku naruszenia przepisów”.

4. Zgodnie z art. 3 ust. 1 dyrektywy 89/665:

„Komisja może zastosować procedurę, o której mowa w niniejszym artykule, gdy przed zawarciem umowy uważa, że w trakcie udzielania zamówienia objętego dyrektywami 71/305/EWG i 77/62/EWG nastąpiło jawne i rażące naruszenie przepisów wspólnotowych w dziedzinie zamówień publicznych”.

Wyrok w sprawach połączonych Komisja przeciwko Niemcom

5. W pkt 1 i 2 sentencji ww. wyroku w sprawach połączonych Komisja przeciwko Niemcom Trybunał orzekł, co następuje:

„1) Z uwagi na nieopublikowanie przez gminę Bockhorn (Niemcy) ogłoszenia o zamówieniu dotyczącego umowy o odprowadzanie ścieków oraz z powodu braku publikacji wyniku postępowania o udzielenie zamówienia w suplemencie do *Dziennika Urzędowego Wspólnot Europejskich*, Republika Federalna Niemiec, udzielając tego zamówienia publicznego na usługi, uchybiła zobowiązaniom, które na niej ciążyą na mocy art. 8, art. 15 ust. 2 i art. 16 ust. 1 dyrektywy Rady nr 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnoszącej się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi [Dz.U. L 209, str. 1].

- 2) W wyniku udzielenia przez miasto Brunzswik (Niemcy) zamówienia dotyczącego unieszkodliwiania odpadów w trybie procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu, mimo że przesłanki przewidziane w art. 11 ust. 3 dyrektywy 92/50 w celu udzielenia zamówienia w trybie procedury negocjacyjnej bez publikacji ogłoszenia o zamówieniu na poziomie wspólnotowym nie zostały spełnione, Republika Federalna Niemiec, udzielając tego zamówienia publicznego na usługi, uchybiła zobowiązaniom, które na niej ciążyą na mocy art. 8 i art. 11 ust. 3 lit. b) tej dyrektywy”.

Postępowanie poprzedzające wniesienie skargi

6. Pismem z dnia 27 czerwca 2003 r. Komisja zwróciła się do rządu niemieckiego o poinformowanie jej o środkach podjętych w celu wykonania ww. wyroku w sprawach połączonych Komisja przeciwko Niemcom.
7. Uznawszy odpowiedź rządu niemieckiego z dnia 7 sierpnia 2003 r. za niezadowalającą, Komisja w dniu 17 października 2003 r. zwróciła się do władz niemieckich o przedstawienie uwag w terminie dwóch miesięcy.
8. W swoim komunikacie z dnia 23 grudnia 2003 r. rząd niemiecki powołał się na pismo skierowane na początku grudnia 2003 r. do rządu landu Dolnej Saksonii, w którym zwrócił się do niego o zapewnienie przestrzegania obowiązującego ustawodawstwa w zakresie udzielania zamówień publicznych oraz powiadomienie go o środkach, które umożliwią uniknięcie w przyszłości podobnych naruszeń. Rząd niemiecki powołał się także na art. 13 niemieckiego Vergabeverordnung (rozporządzenia dotyczącego udzielania zamówień publicznych), które weszło w życie z dniem 1 lutego 2001 r., stanowiącego, że umowy zawarte przez publiczne instytucje zamawiające są nieważne, jeżeli oferenci, których oferty zostały odrzucone, nie zostaną powiadomieni o zawarciu tych umów w terminie 14 dni przed udzieleniem zamówienia. Rząd niemiecki podniósł również, że w sprawie, która zakończyła się ww. wyrokiem w sprawach połączonych Komisja przeciwko Niemcom, prawo wspólnotowe nie wymagało rozwiązania dwóch spornych umów.
9. W dniu 1 kwietnia 2004 r. Komisja skierowała do Republiki Federalnej Niemiec uzasadnioną opinię, na którą rząd niemiecki udzielił odpowiedzi w dniu 7 czerwca 2004 r.
10. Zważywszy, że Republika Federalna Niemiec nie podjęła środków, które zapewniają wykonanie ww. wyroku w sprawach połączonych Komisja przeciwko Niemcom, Komisja podjęła decyzję o wniesieniu niniejszej skargi.

W przedmiocie skargi

Co do przedmiotu skargi

11. Ponieważ Republika Federalna Niemiec w odpowiedzi na skargę podniosła, że w dniu 28 lutego 2005 r. miała zostać stwierdzona nieważność umowy o odprowadzanie ścieków zawartej przez gminę Bockhorn, Komisja w swojej replice stwierdziła, iż nie podtrzymuje swojej skargi ani wniosku o zasądzenie okresowej kary pieniężnej w zakresie, w jakim dotyczą one tej umowy.
12. Ponieważ Komisja częściowo wycofała swoją skargę, należy ją rozpatrzyć jedynie w zakresie, w jakim dotyczy ona umowy na unieszkodliwianie odpadów zawartej przez miasto Brunzswik.

W przedmiocie dopuszczalności

13. Republika Federalna Niemiec podnosi w pierwszym rzędzie, że Komisja nie ma interesu prawnego we wniesieniu skargi, gdyż nie złożyła wniosku o wykładnię wyroku w rozumieniu art. 102 regulaminu. Według tego państwa członkowskiego spór doty-

czący konsekwencji wynikających z ww. wyroku w sprawach połączonych Komisja przeciwko Niemcom mógł i powinien zostać rozstrzygnięty w ramach wniosku o wykładnię tego wyroku, a nie w ramach skargi wniesionej w trybie art. 228 WE.

14. Teza ta nie może zostać jednak uwzględniona.
15. W ramach postępowania o stwierdzenie uchybienia zobowiązaniom w rozumieniu art. 226 WE Trybunał zobowiązany jest bowiem wyłącznie do stwierdzenia, że doszło do naruszenia przepisu prawa wspólnotowego. Zgodnie z art. 228 ust. 1 WE zainteresowane państwo członkowskie zobowiązane jest następnie podjąć środki, które zapewniają wykonanie wyroku Trybunału (zob. podobnie wyrok z dnia 18 listopada 2004 r. w sprawie C-126/03 Komisja przeciwko Niemcom, Zb.Orz. str. I-11197, pkt 26). Ponieważ kwestia środków zapewniających wykonanie wyroku stwierdzającego uchybienie w rozumieniu art. 226 WE nie jest przedmiotem tego wyroku, nie może stanowić ona przedmiotu wniosku o wykładnię tego wyroku (zob. podobnie postanowienie z dnia 20 kwietnia 1988 r. w sprawach połączonych 146/85 INT i 431/85 INT Maindixaux i in. przeciwko CES i in., Rec. str. 2003, pkt 6).
16. Ponadto to właśnie w ramach ewentualnej skargi wniesionej w trybie art. 228 ust. 2 WE państwo członkowskie, na którym spoczywa obowiązek podjęcia odpowiednich działań wynikających według niego z wyroku stwierdzającego uchybienie, powinno uzasadnić te działania, jeśli są one przedmiotem krytyki ze strony Komisji.
17. Po drugie, Republika Federalna Niemiec wspierana przez Królestwo Niderlandów zwraca się w swojej duplice do Trybunału o zamknięcie postępowania zgodnie z art. 92 § 2 regulaminu, gdyż z dniem 10 lipca 2005 r. skarga stała się bezprzedmiotowa, ponieważ umowa na unieszkodliwianie odpadów zawarta przez miasto Brunshwik również została rozwiązana.
18. Komisja odpowiada w swoich uwagach dotyczących uwag interwenienta złożonych przez Republikę Francuską, Królestwo Niderlandów oraz Republikę Finlandii, że posiada ona interes w uzyskaniu od Trybunału orzeczenia w przedmiocie, czy w momencie upływu terminu wyznaczonego w uzasadnionej opinii sporządzonej w trybie art. 228 WE, Republika Federalna Niemiec wykonała już ww. wyrok z dnia 10 kwietnia 2003 r. w sprawach połączonych Komisja przeciwko Niemcom. Komisja podnosi jednak, iż zasądzenie zapłaty okresowej kary pieniężnej nie jest już konieczne.
19. W tym względzie należy przypomnieć, że zgodnie z utrwalonym orzecnictwem datą odniesienia dla oceny istnienia uchybienia w rozumieniu art. 228 WE jest upływ terminu wyznaczonego w uzasadnionej opinii sporządzonej na podstawie tego przepisu (wyrok z dnia 18 lipca 2006 r. w sprawie C-119/04 Komisja przeciwko Włochom, Zb.Orz. str. I-6885, pkt 27 oraz przywołane tam orzecznictwo).
20. W niniejszej sprawie uzasadniona opinia, którą jak wynika ze stempla poświadczającego przyjęcie, władze niemieckie otrzymały w dniu 1 kwietnia 2004 r., wyznaczała termin dwóch miesięcy. Datą odniesienia dla oceny istnienia uchybienia w rozumieniu art. 228 WE jest więc dzień 1 czerwca 2004 r. Jednakże tego dnia umowa na unieszkodliwianie odpadów zawarta przez miasto Brunshwik nie została jeszcze rozwiązana.
21. Ponadto nie można także zgodzić się z zarzutem niedopuszczalności skargi, podniesionym przez Republikę Federalną Niemiec na rozprawie, opartym na wycofaniu przez Komisję wniosku o zasądzenie okresowej kary pieniężnej.
22. Ponieważ Trybunał może zasądzić karę pieniężną, której nie zaproponowała Komisja (zob. podobnie wyrok z dnia 12 lipca 2005 r. w sprawie C-304/02 Komisja przeciwko Francji, Zb.Orz. str. I-6263, pkt 90), skarga nie jest niedopuszczalna tylko z tego powodu, że na pewnym etapie postępowania przed Trybunałem Komisja uzna, iż zasądzenie okresowej kary pieniężnej nie jest już konieczne.

23. Co się tyczy, po trzecie, zarzutu niedopuszczalności, opartego na art. 3 dyrektywy 89/655, do którego odwołuje się rzecznik generalny w pkt 44 swojej opinii, należy stwierdzić, że szczególna procedura przewidziana w tym przepisie stanowi środek o charakterze prewencyjnym, który nie może ani uchylać, ani zastępować uprawnień Komisji wynikających z art. 226 WE oraz 228 WE (zob. podobnie wyrok z dnia 2 czerwca 2005 r. w sprawie C-394/02 Komisja przeciwko Grecji, Zb.Orz.. str. I-4713, pkt 27 oraz przywołane tam orzecznictwo).

24. Wobec powyższego skarga jest dopuszczalna.

Co do istoty sprawy

25. Komisja uważa, że Republika Federalna Niemiec nie podjęła wystarczających środków niezbędnych w celu wykonania ww. wyroku z dnia 10 kwietnia 2003 r. w sprawach połączonych Komisja przeciwko Niemcom, gdyż rzeczony państwo członkowskie nie rozwiązało przed upływem terminu określonego w uzasadnionej opinii, zawartej przez miasto Brunshwik, umowy na unieszkodliwianie odpadów.

26. Republika Federalna Niemiec podtrzymuje swoje stanowisko wyrażone w komunikacie rządu niemieckiego z dnia 23 grudnia 2003 r., zgodnie z którym rozwiązanie umów, których dotyczy ten wyrok, nie było wymagane oraz podnosi, że wspomniane w tym komunikacie podjęte działania stanowiły wystarczające środki w celu wykonania tego wyroku.

27. W tym względzie należy przypomnieć, że jak wynika z pkt 12 ww. wyroku z dnia 10 kwietnia 2003 r. w sprawach połączonych Komisja przeciwko Niemcom, miasto Brunshwik i Braunschweigsche Kohlebergwerke zawarły umowę, na mocy której spółce tej powierzono wykonywanie działalności unieszkodliwiania odpadów za pomocą obróbki termicznej, począwszy od czerwca/lipca 1999 r. przez okres 30 lat.

28. Jak zauważyła rzecznik generalny w pkt 72 swojej opinii, środki wspomniane przez rząd niemiecki w komunikacie z dnia 23 grudnia 2003 r. miały na celu wyłącznie uniemożliwienie zawierania nowych umów, które byłyby obarczone uchybieniami podobnymi do uchybienia stwierdzonego w tym wyroku. Środki te nie przeszkodziły jednak temu, że umowa zawarta przez miasto Brunshwik nadal w pełni obowiązywała w dniu 1 czerwca 2004 r.

29. W związku z tym, iż umowa ta nie została rozwiązana do dnia 1 czerwca 2004 r., omawiane uchybienie nadal istniało w tym dniu. Oznacza to, że przez cały okres wykonywania umów zawartych z naruszeniem przepisów dyrektywy 92/50 utrzymywało się naruszenie swobodnego świadczenia usług spowodowane nieprzestrzeganiem przepisów tej dyrektywy (ww. wyrok z dnia 10 kwietnia 2003 r. w sprawach połączonych Komisja przeciwko Niemcom, pkt 36). Ponadto w tym dniu można było przyjąć, że omawiane uchybienie trwałoby jeszcze przez kilkadziesiąt lat, biorąc pod uwagę długi okres, na który została zawarta wspomniana umowa.

30. Wobec powyższego nie można uznać, w sytuacji takiej jak w niniejszej sprawie, że jeśli chodzi o umowę zawartą przez miasto Brunshwik, Republika Federalna Niemiec przyjęła do dnia 1 czerwca 2004 r. środki zapewniające wykonanie ww. wyroku z dnia 10 kwietnia 2003 r. w sprawach połączonych Komisja przeciwko Niemcom.

31. Republika Federalna Niemiec popierana przez Republikę Francuską, Królestwo Niderlandów oraz Republikę Finlandii podnosi jednak, iż art. 2 ust. 6 akapit drugi dyrektywy 89/665, który pozwala państwom członkowskim ustanowić w przepisach krajowych, że po zawarciu umowy w wyniku udzielenia zamówienia publicznego, wniesienie skargi może skutkować jedynie przyznaniem odszkodowania i w związku z tym wykluczyć jakąkolwiek możliwość rozwiązania umowy, sprzeciwia się, aby

stwierdzenie uchybienia w rozumieniu art. 226 WE w odniesieniu do takiej umowy pociągało za sobą obowiązek jej rozwiązania. Wspomniane państwa członkowskie podnoszą również, że zasady pewności prawa oraz ochrony uzasadnionych oczekiwań, zasada pacta sunt servanda, prawo podstawowe, jakim jest prawo własności, art. 295 WE oraz orzecznictwo Trybunału w zakresie ograniczenia skutków wyroku w czasie również sprzeciwiają się takiemu rozwiązaniu.

32. Niemniej jednak tego rodzaju argumenty nie mogą zostać przyjęte.
33. Co się tyczy, po pierwsze, art. 2 ust. 6 akapit drugi dyrektywy 89/665, Trybunał orzekł już, że choć prawdą jest, iż przepis ten zezwala państwom członkowskim na pozostawienie w mocy umów zawartych z naruszeniem dyrektyw dotyczących udzielania zamówień publicznych i w związku z tym chroni uzasadnione oczekiwania stron umów, nie może on skutkować tym, że postępowanie instytucji zamawiających w stosunku do stron trzecich zostaje uznane za zgodne z prawem wspólnotowym po zawarciu takich umów, gdyż ograniczałoby to zakres przepisów traktatu WE ustanawiających rynek wewnętrzny (ww. wyrok z dnia 10 kwietnia 2003 r. w sprawach połączonych Komisja przeciwko Niemcom, pkt 39).
34. W związku z powyższym, skoro art. 2 ust. 6 drugi akapit dyrektywy 89/665 nie ma wpływu na stosowanie art. 226 WE, nie może on również mieć wpływu na stosowanie art. 228 WE, gdyż w sytuacji takiej jak w niniejszej sprawie zostałyby ograniczony zakres przepisów traktatu ustanawiających rynek wewnętrzny.
35. Ponadto art. 2 ust. 6 akapit drugi dyrektywy 89/665, której celem jest zagwarantowanie istnienia we wszystkich państwach członkowskich skutecznych środków odwoławczych w przypadkach naruszeń prawa wspólnotowego w zakresie zamówień publicznych lub przepisów krajowych transponujących to prawo w celu zagwarantowania skutecznego stosowania dyrektyw w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych (wyrok z dnia 12 grudnia 2002 r. w sprawie C-470/99 *Universale-Bau i in.*, Rec. str. I-11617, pkt 71), dotyczy, jak wynika z jego brzmienia, odszkodowania, które osoba doznająca uszczerbku w wyniku naruszenia popełnionego przez instytucję zamawiającą może od niej uzyskać. Tymczasem z powodu jego specyficznego charakteru przepis ten nie może być uważany za regulujący również stosunki między państwem członkowskim i Wspólnotą, których dotyczą art. 226 WE i 228 WE.
36. Co się tyczy, po drugie, zasad pewności prawa oraz ochrony uzasadnionych oczekiwań, zasady pacta sunt servanda oraz prawa własności, zakładając nawet, że druga strona umowy w przypadku jej rozwiązania może przeciwstawić te zasady oraz to prawo instytucji zamawiającej, państwo członkowskie nie może powoływać się na nie w celu uzasadnienia niewykonania wyroku stwierdzającego uchybienie w rozumieniu art. 226 WE i w ten sposób uchylać się od swej odpowiedzialności w ramach prawa wspólnotowego (zob. analogicznie wyrok z dnia 17 kwietnia 2007 r. w sprawie C-470/03 *AGM-COS.MET*, dotychczas nie opublikowany w Zbiorze, pkt 72).
37. Co się tyczy, po trzecie, art. 295 WE, który stanowi, że „traktat [...] nie przesądza w niczym zasad prawa własności w państwach członkowskich”, należy przypomnieć, że artykuł ten nie skutkuje wyłączeniem obowiązujących w państwach członkowskich zasad prawa własności spod podstawowych reguł traktatu (wyrok z dnia 13 maja 2003 r. w sprawie C-463/00 *Komisja przeciwko Hiszpanii*, Rec. str. I-4581, pkt 67 oraz przywołane tam orzecznictwo). Szczególne cechy systemu prawa własności obowiązującego w państwach członkowskich nie mogą zatem uzasadniać kontynuacji uchybienia, polegającego na naruszeniu swobodnego świadczenia usług z powodu nieprzestrzegania przepisów dyrektywy 92/50.

38. Ponadto należy przypomnieć, że państwo członkowskie nie może powoływać się na przepisy, praktyki lub sytuacje w jego porządku prawnym dla uzasadnienia nieprzestrzegania zobowiązań wynikających z prawa wspólnotowego (zob. ww. wyrok w sprawie Komisja przeciwko Włochom, pkt 25 i przywołane tam orzecznictwo).
39. Co się tyczy, po czwarte, orzecznictwa Trybunału w zakresie ograniczenia skutków wyroku w czasie wystarczy stwierdzić, że orzecznictwo to nie pozwala, w żadnym razie, uzasadnić niewykonania wyroku stwierdzającego uchybienie w rozumieniu art. 226 WE.
40. Chociaż w odniesieniu do umowy zawartej przez miasto Brunzswik należy stwierdzić, że Republika Federalna Niemiec nie podjęła do dnia 1 czerwca 2004 r. środków zapewniających wykonanie ww. wyroku z dnia 10 kwietnia 2003 r. w sprawach połączonych Komisja przeciwko Niemcom, sytuacja ta nie zachodziła już jednak w chwili dokonania przez Trybunał oceny stanu faktycznego. Wynika z tego, że nałożenie okresowej kary pieniężnej, czego w rzeczywistości nie domaga się już Komisja, nie jest uzasadnione.
41. Podobnie z okoliczności niniejszej sprawy wynika, że nie wydaje się konieczne zasądzenie ryczałtu.
42. Wobec powyższego należy stwierdzić, że nie podejmując do dnia, w którym upłynął termin wyznaczony w uzasadnionej opinii wystosowanej przez Komisję w trybie art. 228 WE, środków zapewniających wykonanie ww. wyroku z dnia 10 kwietnia w sprawach połączonych Komisja przeciwko Niemcom dotyczącego zawarcia umowy na unieszkodliwianie odpadów przez miasto Brunzswik, Republika Federalna Niemiec uchybiła zobowiązaniom, które na niej ciążyą na mocy tego artykułu.

W przedmiocie kosztów

43. Zgodnie z art. 69 § 2 regulaminu kosztami zostaje obciążona, na żądanie strony przeciwnej, strona przegrywająca sprawę. Ponieważ Republika Federalna Niemiec przegrała sprawę, należy ją obciążyć kosztami postępowania, zgodnie z żądaniem Komisji. Zgodnie z art. 69 § 4 akapit pierwszy regulaminu Republika Francuska, Królestwo Niderlandów oraz Republika Finlandii, występujące w charakterze interwenientów, pokrywają własne koszty.

Z powyższych względów Trybunał (druga izba) orzeka, co następuje:

- 1) Nie podejmując do dnia, w którym upłynął termin wyznaczony w uzasadnionej opinii wystosowanej przez Komisję Wspólnot Europejskich w trybie art. 228 WE, środków zapewniających wykonanie wyroku z dnia 10 kwietnia w sprawach połączonych C-20/01 i C-28/01 Komisja przeciwko Niemcom w przedmiocie zawarcia umowy na unieszkodliwianie odpadów przez miasto Brunzswik (Niemcy), Republika Federalna Niemiec uchybiła zobowiązaniom, które na niej ciążyą na mocy tego artykułu**
- 2) Republika Federalna Niemiec zostaje obciążona kosztami postępowania.**
- 3) Republika Francuska, Królestwo Niderlandów oraz Republika Finlandii pokrywają własne koszty.**

Podpisy

Orzeczenie z dnia 18 lipca 2007 r. w sprawie C-382/05
Komisja przeciwko Włochom

WYROK TRYBUNAŁU (druga izba)
z dnia 18 lipca 2007 r.(*)

Uchybienie zobowiązaniom państwa członkowskiego – Zamówienia publiczne na usługi – Dyrektywa 92/50/EWG – Umowy w zakresie przetwarzania odpadów miejskich – Kwalifikacja – Zamówienie publiczne – Koncesja na świadczenie usług – Sposoby dokonywania ogłoszeń

W sprawie C-382/05

mającej za przedmiot skargę o stwierdzenie, na podstawie art. 226 WE, uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego, wniesioną w dniu 20 października 2005 r.,

Komisja Wspólnot Europejskich, reprezentowana przez A. Aresu oraz X. Lewisa, działających w charakterze pełnomocników, z adresem do doręczeń w Luksemburgu,

strona skarżąca,

przeciwko

Republice Włoskiej, reprezentowanej przez I.M. Braguglię, działającego w charakterze pełnomocnika, wspieranego przez G. Fienga, avvocato dello Stato, z adresem do doręczeń w Luksemburgu,

strona pozwana,

TRYBUNAŁ (druga izba),

w składzie: C.W.A Timmermans, prezes izby, P. Kūris, K. Schiemann (sprawozdawca), L. Bay Larsen i C. Toader, sędziowie,

rzecznik generalny: J. Mazák,

sekretarz: J. Swedenborg, administrator,

uwzględniając procedurę pisemną i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 8 marca 2007 r.,

podjąwszy, po wysłuchaniu rzecznika generalnego, decyzję o rozstrzygnięciu sprawy bez opinii,

wydaje następujący

Wyrok

1. W swej skardze Komisja Wspólnot Europejskich zwraca się do Trybunału o stwierdzenie, że wobec okoliczności, iż Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per la protezione civile – Ufficio del Commissario delegato per l'emergenza rifiuti e la tutela delle acque in Sicilia (kancelaria Prezesa Rady Ministrów, departament obrony cywilnej, biuro pełnomocnika ds. działań nadzwyczajnych dotyczących odpadów i ochrony wody na Sycylii) wszczęła postępowanie zmierzające do zawarcia umów w zakresie wykorzystania części odpadów miejskich pozostałych po zbiórce selektywnej, powstałych w gminach regionu Sycylia i zawarła te umowy z pominięciem procedury przewidzianej w dyrektywie Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnoszącej się do koordynacji procedur udzielania zamówień

publicznych na usługi (Dz.U. L 209, str. 1), zmienionej dyrektywą Komisji 2001/78/WE z dnia 13 września 2001 r. (Dz.U. L 285, str. 1, zwanej dalej „dyrektywą 92/50”), a w szczególności z pominięciem zamieszczenia odpowiedniego ogłoszenia o zamówieniu w *Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich*, Republika Włoska uchybiła zobowiązaniom, które na niej ciążyą na podstawie tej dyrektywy, a w szczególności na podstawie jej art. 11, 15 i 17.

Ramy prawne

Uregulowania wspólnotowe

2. Artykuł 1 lit. a) dyrektywy 92/50 stanowi:
„a) »zamówienia publiczne na usługi« oznaczają umowy o charakterze odpłatnym, zawierane na piśmie pomiędzy usługodawcą a instytucją zamawiającą [...]”.
3. Artykuł 8 tej dyrektywy stanowi:
„Zamówień, których przedmiotem są usługi wymienione w załączniku I A, udziela się zgodnie z przepisami tytułów III–VI”.
4. Zgodnie z zawartym w tytule V dyrektywy 92/50 art. 15 ust. 2:
„Instytucje zamawiające, które zamierzają udzielić zamówienia publicznego na usługi w procedurze otwartej, ograniczonej lub zgodnie z warunkami określonymi w art. 11 w procedurze negocjacyjnej, podają do wiadomości swój zamiar w ogłoszeniu”.
5. Artykuł 17 dyrektywy 92/50 stanowi:
„1. Ogłoszenia sporządza się zgodnie ze wzorami określonymi w załącznikach III oraz IV, określając informacje wymagane w tych wzorach. [...]
[...]”.
4. Ogłoszenia, określone w art. 15 ust. 2 i 3, zostają opublikowane w całości w *Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich* oraz w bazie danych TED, w języku oryginału. Streszczenie ważniejszych elementów każdego ogłoszenia zostaje opublikowane w językach urzędowych Wspólnot, przy czym autentyczny jest jedynie tekst w języku oryginału.
[...]”.
6. Załącznik I A do dyrektywy 92/50 zatytułowany „Usługi w rozumieniu art. 8” zawiera między innymi kategorię 16 zatytułowaną „Usługi w dziedzinie odprowadzania ścieków i wywozu nieczystości, usługi sanitarne i podobne”, której nadano numer referencyjny CPC 94.
7. Załącznik III do wspomnianej dyrektywy zawiera między innymi wzory „wstępnych ogłoszeń informacyjnych” i „ogłoszeń o zamówieniu”.

Uregulowania krajowe

8. Artykuł 4 zarządzenia nr 2983 Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 maja 1999 r. (GURI nr 132 z dnia 8 czerwca 1999 r.) w brzmieniu zmienionym zarządzeniem nr 3190 z dnia 22 marca 2002 r. (zwanego dalej „zarządzeniem nr 2983/99”) stanowi:
„Pełnomocnik, prezydent regionu Sycylia, po wysłuchaniu ministra ds. ochrony środowiska i terytorium, zawiera na okres nie dłuższy niż dwadzieścia lat umowy w zakresie wykorzystania części odpadów miejskich pozostałych po zbiórce selektywnej, powstałych w gminach regionu Sycylia [...]. W tym celu pełnomocnik, prezydent regionu Sycylia, wyznacza przedsiębiorstwa przemysłowe na podstawie jawnych procedur publicznych, w drodze odstępstwa od wspólnotowych procedur przetargowych [...]”.

9. Sformułowanie „w drodze odstąpienia od wspólnotowych procedur przetargowych” zawarte w tym przepisie zostało wykreślone zarządzeniem Prezesa Rady Ministrów nr 3334 z dnia 23 stycznia 2004 r. (GURI nr 26 z dnia 2 lutego 2004 r.).

Okoliczności poprzedzające powstanie sporu i postępowanie poprzedzające wniesienie skargi

10. Zarządzeniem nr 670 z dnia 5 sierpnia 2002 r. prezydent regionu Sycylia, działając w charakterze Commissario delegato per l'emergenza rifiuti e la tutela delle acque in Sicilia (pełnomocnik ds. działań nadzwyczajnych dotyczących odpadów i ochrony wody na Sycylii, zwany dalej „pełnomocnikiem”) zatwierdził na podstawie art. 4 zarządzenia nr 2983/99 dokument zatytułowany „Publiczne ogłoszenie dotyczące zawarcia umów w zakresie wykorzystania części odpadów miejskich pozostałych po zbiórce selektywnej, powstałych w regionie Sycylia” (zwany dalej „spornym ogłoszeniem”). Sporne ogłoszenie zawiera trzy załączniki. Załącznik A zawiera „wytyczne dotyczące wykorzystania części odpadów miejskich pozostałych po zbiórce selektywnej, powstałych w gminach regionu Sycylia”. Załącznik B jest zatytułowany „Podsumowanie planu finansowego”, a załącznik C zawiera umowę wzorcową zawieraną z wybranymi przedsiębiorcami (zwaną dalej „umową wzorcową”).
11. W dniu 7 sierpnia 2002 r. ogłoszenie w sprawie wspomnianych umów sporządzone na podstawie wzoru ogłoszenia zatytułowanego „Wstępne ogłoszenie informacyjne”, zawartego w załączniku III do dyrektywy 92/50, zostało przesłane do Urzędu Publikacji. Publikacja ogłoszenia nastąpiła w dniu 16 sierpnia 2002 r. w *Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich* (Dz.U. S 158, wersja elektroniczna).
12. Natomiast sporne ogłoszenie zostało opublikowane w dniu 9 sierpnia w *Gazzetta ufficiale della Regione Siciliana*.
13. Po otrzymaniu skargi na przedstawione powyżej postępowanie Komisja skierowała w dniu 15 listopada 2002 r. do władz włoskich wnioski o udzielenie informacji, na który władze te odpowiedziały pismem z dnia 2 maja 2003 r.
14. W dniu 17 czerwca 2003 r. pełnomocnik zawarł cztery umowy – oparte na umowie wzorcowej – kolejno z Tifeo Energia Ambiente Soc. coop. arl, Palermo Energia Ambiente Soc. coop. arl, Sicil Power SpA i Platani Energia Ambiente Soc. coop. arl (zwane dalej „spornymi umowami”).
15. W dniu 17 października 2003 r. Komisja przedstawiła Republice Włoskiej w trybie art. 226 WE wezwanie do usunięcia uchybienia, zarzucając temu państwu członkowskiemu naruszenie dyrektywy 92/50, w szczególności art. 11, 15 i 17 tej dyrektywy. Nie będąc usatysfakcjonowana odpowiedzią z dnia 1 kwietnia 2004 r. na to wezwanie, Komisja przesłała Republice Włoskiej w dniu 9 lipca 2004 r. uzasadnioną opinię, wyznaczając jej termin dwóch miesięcy na usunięcie zarzucanego uchybienia.
16. W odpowiedzi z dnia 24 września 2004 r. na uzasadnioną opinię władze włoskie zaprzeczyły, by doszło do uchybienia zobowiązaniom.
17. Nie będąc usatysfakcjonowana tą odpowiedzią, Komisja postanowiła wnieść niniejszą skargę.

W przedmiocie skargi

Argumentacja stron

18. Komisja twierdzi, że sporne umowy stanowią zamówienia publiczne na usługi w rozumieniu art. 1 dyrektywy 92/50 oraz że zostały zawarte z naruszeniem przewidzianych w tej dyrektywie wymogów w zakresie ogłoszeń. Twierdzi ona w szczególności,

że ogłoszenie opublikowane w *Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich* nie zostało sporządzone na formularzu ogłoszenia o zamówieniu wymaganym dla udzielenia zamówienia publicznego w świetle załącznika III do tej dyrektywy, lecz z wykorzystaniem formularza zwanego „wstępnym”, który również znajduje się w tym załączniku. Ponadto zagraniczni usługodawcy byli dyskryminowani w porównaniu z krajowymi przedsiębiorcami, którzy skorzystali ze szczegółowego ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego w *Gazetta ufficiale della Regione Siciliana*.

19. Zdaniem Komisji spornych usług nie można kwalifikować jako niepodlegających zakresowi stosowania dyrektywy 92/50 koncesji na świadczenie usług, jak twierdzi Republika Włoska. Wynagrodzenie przedsiębiorców nie opiera się bowiem na uprawnieniu do prowadzenia własnej działalności w zakresie usług, z której dochody pochodzą od użytkowników, a pełne ryzyko z nią związane ponoszą przedsiębiorcy.
20. Po pierwsze w niniejszej sprawie wynagrodzenie przedsiębiorcy składa się z opłaty wpłacanej bezpośrednio przez pełnomocnika, której wysokość jest ustalona w spornych umowach przez wskazanie kwoty, ustalonej w euro, za tonę odpadów przesyłanych przez gminy przedsiębiorcy. Co do dochodów, które przedsiębiorca może uzyskać również ze sprzedaży energii elektronicznej produkowanej przy okazji termicznego przetwarzania odpadów, nie stanowią one części wynagrodzenia tego przedsiębiorcy.
21. Po drugie przedsiębiorca nie ponosi ryzyka związanego z prowadzoną działalnością, gdyż sporne umowy gwarantują mu w szczególności wysyłkę minimalnej rocznej ilości odpadów, przewidując dostosowanie rocznej wysokości opłaty w celu uwzględnienia ponoszonych przezeń kosztów. Ponadto umowy te przewidują dostosowanie tej opłaty w sytuacji, gdy rzeczywista roczna ilość przesyłanych odpadów jest niższa niż 95% lub przekracza 115% gwarantowanej kwoty minimalnej, w celu zagwarantowania równowagi ekonomicznej i finansowej przedsiębiorcy.
22. Natomiast rząd włoski twierdzi, że sporne umowy stanowią – jak wynika to w szczególności z orzecznictwa krajowego – koncesje na świadczenie usług pozostające poza zakresem stosowania dyrektywy 92/50.
23. Po pierwsze poprzez umowy dokonuje się powierzenia usług świadczonych w interesie ogólnym, których ciągłość zobowiązany jest zapewnić przedsiębiorca.
24. Po drugie przedmiotowe usługi są świadczone bezpośrednio na rzecz użytkowników, to jest zbiorowości mieszkańców gmin, gdzie powstają odpady, którzy musząc ponosić podatki gminne związane zarówno z odbiorem, jak i przetwarzaniem odpadów, ponoszą ostatecznie koszt opłaty przekazywanej przedsiębiorcy, a zatem płacą za te usługi. Pełnomocnik jest jedynie pośrednikiem w tym zakresie.
25. Po trzecie sporne umowy przewidują również obowiązek przetwarzania odpadów w sposób prowadzący do wytworzenia energii, a następnie sprzedaży tej energii. Ponadto wynagrodzenie związane z koncesją pochodzi zazwyczaj nie tylko z ceny płaconej przez użytkownika, lecz również z innych działań związanych ze świadczonymi usługami.
26. Po czwarte – w świetle finansowych rozmiarów inwestycji poczynionych przez przedsiębiorcę, które sięgają miliardów euro i wobec znacznego okresu, na który zawierane są sporne umowy, wynoszącego 20 lat – zyski osiągane przez przedsiębiorcę mają charakter niepewny, tym bardziej że część z nich pochodzi ze sprzedaży wytworzonej energii.
27. Po piąte wyłączną odpowiedzialność za zarządzanie powierzonymi w ten sposób usługami ponosi przedsiębiorca, podczas gdy organy administracji ograniczają się do funkcji nadzorczych.

28. Co się tyczy koncesji na świadczenie usług, wymagana przejrzystość może zostać zapewniona wszelkimi właściwymi środkami, w tym publikacją, jak w niniejszej sprawie, ogłoszenia w specjalistycznych dziennikach krajowych.

Ocena Trybunału

29. W świetle utrwalonego orzecznictwa koncesje na świadczenie usług są wyłączone z zakresu stosowania dyrektywy 92/50 (zob. w szczególności wyroki z dnia 21 lipca 2005 r. w sprawie C-231/03 Coname, Zb.Orz. str. I-7287, pkt 9 oraz z dnia 13 października 2005 r. w sprawie C-458/03 Parking Brixen, Zb.Orz. str. I-8585, pkt 42).
30. Jako że rząd włoski kilkakrotnie wskazywał na okoliczność, że w świetle orzecznictwa krajowego umowy takie jak będące przedmiotem sporu należy kwalifikować jako koncesje na świadczenie usług, należy przypomnieć na wstępie, że definicja zamówienia publicznego na usługi należy do dziedziny prawa wspólnotowego, wobec czego kwalifikacja spornych umów w prawie włoskim jest bez znaczenia dla rozstrzygnięcia, czy te ostatnie są objęte zakresem stosowania dyrektywy 92/50 (zob. podobnie wyrok z dnia 20 października 2005 r. w sprawie C-264/03 Komisja przeciwko Francji, Zb.Orz. str. I-8831, pkt 36 oraz z dnia 18 stycznia 2007 r. w sprawie C-220/05 Auroux i in., Zb.Orz. str. I-385, pkt 40).
31. Kwestia, czy sporne umowy powinny, czy też nie, zostać zakwalifikowane jako koncesje na świadczenie usług, musi być zatem oceniana wyłącznie w świetle prawa wspólnotowego.
32. W tym względzie należy po pierwsze stwierdzić, że rzeczony umowy przewidywały przekazanie przez pełnomocnika opłaty, ustalonej w euro, od tony odpadów przesłanych przez odnośne gminy przedsiębiorcy.
33. Jak Trybunał uprzednio orzekł, z definicji zawartej w art. 1 lit. a) dyrektywy 92/50 wynika, że z zamówieniem publicznym na usługi w rozumieniu tej dyrektywy związane jest wzajemne świadczenie pieniężne uiszczane bezpośrednio przez instytucję zamawiającą usługodawcy (ww. wyrok w sprawie Parking Brixen, pkt 39). Wobec powyższego ten rodzaj opłaty, jaką przewidują sporne umowy, może charakteryzować umowę o charakterze odpłatnym w rozumieniu rzeczzonego art. 1 lit. a), a zatem zamówienie publiczne (zob. w przedmiocie przekazywania kwoty ustalonej od pojemnika lub kontenera, wpłacanej przez miasto spółce, której powierzono na zasadzie wyłączności zbieranie i przetwarzanie odpadów, wyrok z dnia 10 listopada 2005 r. w sprawie C-29/04 Komisja przeciwko Austrii, Zb.Orz. str. I-9705, pkt 8 i 32).
34. Po drugie, w świetle utrwalonego orzecznictwa Trybunału, koncesja na świadczenie usług występuje wówczas, gdy ustalony sposób wynagrodzenia opiera się na uprawnieniu usługodawcy do prowadzenia działalności gospodarczej w zakresie oferowanych przezeń usług i oznacza, że ponosi on ryzyko związane z prowadzeniem działalności w tym zakresie (zob. wyrok z dnia 7 grudnia 2000 r. w sprawie C-324/98 Telaustria i Telefonadress, Rec. str. I-10745, pkt 58 oraz postanowienie z dnia 30 maja 2002 r. w sprawie C-358/00 Buchhändler-Vereinigung, Rec. str. I-4685, pkt 27 i 28, oraz ww. wyrok w sprawie Parking Brixen, pkt 40).
35. W tym zakresie należy stwierdzić, że przewidziany w spornych umowach sposób wynagrodzenia nie opiera się na uprawnieniu do prowadzenia działalności gospodarczej w zakresie przedmiotowych usług ani nie wiąże się z ponoszeniem przez przedsiębiorcę ryzyka związanego z tą działalnością.
36. Nie tylko bowiem rzeczony przedsiębiorca jest zasadniczo wynagradzany przez pełnomocnika poprzez opłatę ustaloną od tony przesłanych mu odpadów, jak przypomniano w pkt 32 niniejszego wyroku, lecz ponadto bezsporne jest, że na podstawie spornych umów pełnomocnik zobowiązuje się po pierwsze do tego, że wszystkie

zainteresowane gminy będą przysyłać ogół pozostałości odpadów do przedsiębiorcy, a po drugie, że pewna minimalna ilość w skali roku zostanie przesłana do przedsiębiorcy. Ponadto rzeczony umowy przewidują dostosowanie kwoty opłaty w sytuacji, gdy rzeczywista roczna ilość przesłanych odpadów jest niższa niż 95% lub przekracza 115% tej minimalnej gwarantowanej ilości, w celu zapewnienia finansowej i ekonomicznej równowagi przedsiębiorcy. Przewidują one również, że opłata jest przedmiotem rocznej rewaloryzacji odpowiadającej zmianom kosztów w zakresie personelu, surowców i prac konserwacyjnych oraz zmianom wskaźnika finansowego. Umowy te przewidują ponadto renowację opłaty, gdy z powodu zmiany uregulowań prawnych przedsiębiorca musi dokonać przekraczających pewien poziom inwestycji, celem dostosowania się do nowych wymogów.

37. W świetle powyższego sporne umowy należy uznać za zamówienia publiczne na usługi, podlegające dyrektywie 92/50, a nie za koncesje na usługi pozostające poza zakresem stosowania tej dyrektywy.
38. Żaden z argumentów przedstawionych przez rząd włoski w celu podważenia takiej kwalifikacji nie jest przekonujący.
39. Co się tyczy przede wszystkim okoliczności, że przedsiębiorcy mogą, oprócz otrzymywania uzgodnionej opłaty, korzystać z wpływów finansowych związanych ze sprzedażą elektryczności produkowanej przy przetwarzaniu odpadów, należy przypomnieć, że art. 1 lit. a) dyrektywy 92/50, który definiuje pojęcia zamówienia publicznego, mówi o „umowach o charakterze odpłatnym” oraz że odpłatny charakter umowy odnosi się do świadczenia wzajemnego oferowanego usługodawcy w związku ze świadczeniem usług wskazanych przez instytucję zamawiającą (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Auroux i in., pkt 45).
40. W niniejszej sprawie jest oczywiste, że świadczenie wzajemne uzyskane przez przedsiębiorcę z tytułu świadczenia usług określonych przez pełnomocnika, to jest przetworzenia przesłanych odpadów z odzyskaniem energii, składa się zasadniczo z kwoty opłaty ponoszonej przez pełnomocnika.
41. Nawet zakładając, że dochód ze sprzedaży elektryczności mógłby być rozpatrywany jako świadczenie wzajemne w stosunku do usług określonych przez pełnomocnika, ze względu między innymi na okoliczność, że ten ostatni zobowiązuje się w spornych umowach do ułatwienia tej sprzedaży na rzecz podmiotów trzecich, wyłączna okoliczność, że przedsiębiorca mógłby w ten sposób – oprócz wynagrodzenia otrzymanego tytułem zapłaty od rzeczony pełnomocnika – uzyskać pewne dodatkowe dochody od podmiotów trzecich w zamian za świadczenie usług, nie może zmienić kwalifikacji spornych umów jako zamówień publicznych (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Auroux i in., pkt 45).
42. Następnie znaczny okres trwania spornych umów oraz okoliczność, że ich wykonaniu towarzyszą znaczne wstępne inwestycje ponoszone przez przedsiębiorcę, również nie przesądza o kwalifikacji tych umów, jako że cechy te mogą dotyczyć zarówno zamówień publicznych, jak i koncesji na świadczenie usług.
43. Podobny wniosek dotyczy okoliczności, że przetwarzanie odpadów jest dokonywane w interesie ogólnym. W tym zakresie należy ponadto przypomnieć, że jak wynika z załącznika I A do dyrektywy 92/50, pośród „[u]sług w rozumieniu art. 8”, do których rzeczona dyrektywa może być stosowana, znajduje się kategoria „[u]sługi w dziedzinie odprowadzania ścieków i wywozu nieczystości, usługi sanitarne i podobne”, co do której Trybunał wcześniej orzekł, że obejmuje w szczególności usługi zbierania i przetwarzania odpadów (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Komisja przeciwko Austrii, pkt 32).

44. Wreszcie o kwalifikacji umowy jako zamówienia publicznego lub koncesji na świadczenie usług nie przesądza też okoliczność, że świadczone przez przedsiębiorcę usługi wymagają od niego, w odpowiednim przypadku, znacznej samodzielności podczas ich wykonywania.
45. Ponieważ sporne umowy stanowią zamówienia publiczne w rozumieniu art. 1 lit. a) dyrektywy 92/50, ich udzielenie może nastąpić wyłącznie zgodnie z przepisami tej dyrektywy, w szczególności z art. 11, 15 i 17 dyrektywy. W świetle tych przepisów na instytucji zamawiającej ciąży w szczególności obowiązek opublikowania ogłoszenia o zamówieniu zgodnie ze wzorem zamieszczonym w załączniku III tej dyrektywy, co nie miało miejsca.
46. W świetle powyższego należy przychylić się do skargi Komisji i stwierdzić, że wobec okoliczności, iż Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per la protezione civile – Ufficio del Commissario delegato per l'emergenza rifiuti e la tutela delle acque in Sicilia, wszczęła postępowanie zmierzające do zawarcia umów w zakresie wykorzystania części odpadów miejskich pozostałych po zbiórce selektywnej, powstałych w gminach regionu Sycylia i zawarła te umowy z pominięciem procedury przewidzianej w dyrektywie 92/50, a w szczególności z pominięciem zamieszczenia odpowiedniego ogłoszenia o zamówieniu w *Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich*, Republika Włoska uchybiła zobowiązaniom, które na niej ciążyą na podstawie tej dyrektywy, a w szczególności na podstawie jej art. 11, 15 i 17.

W przedmiocie kosztów

47. Zgodnie z art. 69 § 2 regulaminu kosztami zostaje obciążona, na żądanie strony przeciwnej, strona przegrywająca sprawę. Ponieważ Komisja wniosła o obciążenie Republiki Włoskiej kosztami postępowania, a ta sprawę przegrała, należy obciążyć ją kosztami postępowania.

Z powyższych względów Trybunał (druga izba) orzeka, co następuje:

- 1) **Wobec okoliczności, że Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per la protezione civile – Ufficio del Commissario delegato per l'emergenza rifiuti e la tutela delle acque in Sicilia, wszczęła postępowanie zmierzające do zawarcia umów w zakresie wykorzystania części odpadów miejskich pozostałych po zbiórce selektywnej, powstałych w gminach regionu Sycylia i zawarła te umowy z pominięciem procedury przewidzianej w dyrektywie Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnoszącej się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi, zmienionej dyrektywą Komisji 2001/78/WE z dnia 13 września 2001 r., a w szczególności z pominięciem zamieszczenia odpowiedniego ogłoszenia o zamówieniu w *Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich*, Republika Włoska uchybiła zobowiązaniom, które na niej ciążyą na podstawie tej dyrektywy, a w szczególności na podstawie jej art. 11, 15 i 17.**
- 2) **Republika Włoska pokrywa koszty postępowania.**

Podpisy

* Język postępowania: włoski.

Orzeczenie z dnia 13 września 2007 r. w sprawie C-260/04
Komisja przeciwko Włochom

WYROK TRYBUNAŁU (czwarta izba)
z dnia 13 września 2007 r.(*)

Uchybienie zobowiązaniom państwa członkowskiego – Swoboda przedsiębiorczości i swoboda świadczenia usług – Koncesje na świadczenie usług publicznych – Odnowienie 329 koncesji na prowadzenie zakładów na wyścigi konne bez przetargu – Wymóg ogłaszania i przejrzystości

W sprawie C-260/04

mającej za przedmiot skargę o stwierdzenie, na podstawie art. 226 WE, uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego, wniesioną w dniu 17 czerwca 2004 r.,

Komisja Wspólnot Europejskich, reprezentowana przez K. Wiednera, C. Cattabrigę oraz L. Visaggia, działających w charakterze pełnomocników, z adresem do doręczeń w Luksemburgu,

strona skarżąca,

przeciwko

Republice Włoskiej, reprezentowanej przez I. M. Braguglię, działającego w charakterze pełnomocnika, wspieranego przez G. De Bellisa, avvocato dello Stato, z adresem do doręczeń w Luksemburgu,

strona pozwana,

popieranej przez:

Królestwo Danii, reprezentowane przez J. Moldego, działającego w charakterze pełnomocnika, z adresem do doręczeń w Luksemburgu,

Królestwo Hiszpanii, reprezentowane przez F. Díeza Morena, działającego w charakterze pełnomocnika, z adresem do doręczeń w Luksemburgu,

interwenienci,

TRYBUNAŁ (czwarta izba),

w składzie: K. Lenaerts, prezes izby, E. Juhász, R. Silva de Lapuerta, G. Arestis (sprawozdawca) i J. Malenovský, sędziowie,

rzecznik generalny: E. Sharpston,

sekretarz: R. Grass,

uwzględniając procedurę pisemną,

po zapoznaniu się z opinią rzecznika generalnego na posiedzeniu w dniu 29 marca 2007 r.,
wydaje następujący

Wyrok

1. Komisja Wspólnot Europejskich wnosi w skardze do Trybunału o stwierdzenie, że odnawiając 329 koncesji na prowadzenie zakładów na wyścigi konne z całkowitym pominięciem postępowania przetargowego, Republika Włosa uchybiła zobowiązaniom, które na niej ciążyą na mocy traktatu WE, a w szczególności naruszyła ogólną zasadę przejrzystości i obowiązek ogłaszania, wynikające z art. 43 i 49 WE.

Ramy prawne

Prawo krajowe

2. Organizowanie gier i zakładów związanych z wyścigami konnymi było we Włoszech początkowo zastrzeżone dla Unione Nazionale per l'Incremento delle Razze Equine (krajowego związku ds. uszlachetniania rasy koni, zwanego dalej „UNIRE”), który mógł albo podjąć się bezpośrednio prowadzenia tych zakładów, albo zlecić innym podmiotom świadczenie usług ich zbierania i przyjmowania. UNIRE powierzyło to zadanie agencjom wyścigów konnych.
3. Ustawą nr 662 z dnia 23 grudnia 1996 r. (zwykły suplement GURI nr 303 z dnia 28 grudnia 1996 r.) powierzono organizację gier i zakładów związanych z wyścigami konnymi i zarządzanie nimi ministerstwu finansów i ministerstwu zasobów rolnych, żywnościowych i leśnych, które uzyskały uprawnienie do prowadzenia tej działalności bądź bezpośrednio, bądź za pośrednictwem wyznaczonych przez siebie instytucji publicznych, spółek lub bukmacherów. Artykuł 3 ust. 78 tej ustawy stanowił, że za pomocą uregulowań prawnych zostanie przeprowadzona reorganizacja gier i zakładów związanych z wyścigami konnymi w aspektach organizacyjnych, funkcjonalnych, fiskalnych i karnych, a także rozdziału przychodów z tych zakładów.
4. Na mocy tego artykułu wspomnianej ustawy rząd włoski wydał dekret prezydenta republiki nr 169 z dnia 8 kwietnia 1998 r. (GURI nr 125 z dnia 1 czerwca 1998 r., zwany dalej „dekretem nr 169/1998”), którego art. 2 stanowił, że ministerstwo finansów w porozumieniu z ministerstwem polityki rolnej i leśnej udziela w postępowaniu przetargowym prowadzonym zgodnie z uregulowaniami wspólnotowymi koncesji na prowadzenie zakładów na wyścigi konne osobom fizycznym i spółkom spełniającym określone wymagania. W ramach postanowień przejściowych art. 25 dekretu nr 169/1998 przewidywał przedłużenie koncesji udzielonych przez UNIRE do dnia 31 grudnia 1998 r. lub, jeżeli nie byłoby możliwe zorganizowanie przetargów przed tym terminem, do dnia 31 grudnia 1999 r.
5. Dekretem ministerialnym z dnia 7 kwietnia 1999 r. (GURI nr 86 z dnia 14 kwietnia 1999 r.) zatwierdzono plan wzmocnienia sieci zbierania i przyjmowania zakładów na wyścigi konne, tak aby liczba ośrodków przyjmowania zakładów na całym terytorium Włoch wrosła z 329 do 1000. Na 671 nowych koncesji zorganizowano przetarg, natomiast dyrektywą ministra finansów z dnia 9 grudnia 1999 r. przewidziano odnowienie 329 „starych koncesji” UNIRE. Dyrektywa została wykonana przy pomocy decyzji ministra finansów z dnia 21 grudnia 1999 r. (GURI nr 300 z dnia 23 grudnia 1999 r., zwanej dalej „zaskarżoną decyzją”), za pomocą której odnowiono te koncesje na okres sześciu lat od dnia 1 stycznia 2000 r.
6. Dekret z mocą ustawy nr 452 z dnia 28 grudnia 2001 r. (GURI nr 301 z dnia 29 grudnia 2001 r.), przekształcony po zmianie w ustawę nr 16 z dnia 27 lutego 2002 r. (GURI nr 49 z 27 lutego 2002 r., zwaną dalej „ustawą nr 16/2002”), przewidywał następnie, po pierwsze, ponowne przyznanie „starych koncesji”, zgodnie z dekretem nr 169/1998, to jest w przetargu wspólnotowym, a po drugie, pozostanie tych koncesji w mocy do chwili ich ostatecznego ponownego przyznania.

7. Wreszcie dekret z mocą ustawy nr 147 z dnia 24 czerwca 2003 r. w sprawie wydłużenia terminów i przepisów na wypadek nagłych sytuacji w sprawach budżetowych (GURI nr 145 z dnia 25 czerwca 2003 r.), przekształcony w ustawę nr 200 z dnia 1 sierpnia 2003 r. (GURI nr 178 z dnia 2 sierpnia 2003 r., zwaną dalej „ustawą nr 200/2003”), przewidywał w art. 8 ust. 1 weryfikację statusu finansowego każdego z koncesjonariuszy w celu rozwiązania problemu „gwarantowanego minimum”, opłaty, do uiszczenia której na rzecz UNIRE zobowiązany był każdy z koncesjonariuszy, bez względu na faktyczną wielkość przychodów za dany rok, a która okazała się zbyt wysoka, co doprowadziło do kryzysu gospodarczego sektora wyścigów konnych. Wykonując zapisy ustawy, nadzwyczajny komisarz wyznaczony przez UNIRE wydał decyzję nr 107/2003 z dnia 14 października 2003 r. przedłużającą przyznane już koncesje w celu ustalenia, jakie sumy powinny zostać wpłacone przez koncesjonariuszy w terminie dokonania ostatniej wpłaty, ustalonym na dzień 30 października 2011 r., a w każdym razie do czasu, kiedy w przetargu udzielone zostaną nowe koncesje.

Okoliczności faktyczne i postępowanie poprzedzające wniesienie skargi

8. W następstwie skargi wniesionej przez podmiot prywatny z sektora zakładów na wyścigi konne w dniu 24 lipca 2001 r. Komisja skierowała do władz włoskich wezwanie do usunięcia uchybienia zgodnie z art. 226 WE, zwracając uwagę na niezgodność włoskiego systemu przyznawania koncesji na zakłady na wyścigi konne, a w szczególności odnawiania bez przetargu 329 starych koncesji udzielonych przez UNIRE, przewidzianego w zaskarżonej decyzji, z ogólną zasadą przejrzystości i obowiązkiem ogłaszania wynikającymi z art. 43 i 49 WE. W odpowiedzi na to rząd włoski zapowiedział w pismach z dnia 30 listopada 2001 r. i 15 stycznia 2002 r. projekt i przyjęcie ustawy nr 16 z dnia 27 lutego 2002 r.
9. Ponieważ Komisja nie uznała sposobu stosowania przepisów tej ustawy za satysfakcjonujący, wydała ona w dniu 16 października 2002 r. uzasadnioną opinię, wzywając Republikę Włoską do przyjęcia środków niezbędnych do zastosowania się do tej opinii w terminie dwóch miesięcy od doręczenia. Pismem z dnia 10 grudnia 2002 r. rząd włoski odpowiedział, że przed wszczęciem postępowań przetargowych konieczne jest przeprowadzenie wybiórczej weryfikacji statusu finansowego posiadaczy pozostających jeszcze w mocy koncesji.
10. Wobec nieotrzymania żadnych nowych informacji dotyczących zakończenia procedury weryfikacji oraz ogłoszenia przetargu na ponowne przyznanie tych koncesji Komisja postanowiła wnieść skargę w niniejszej sprawie.
11. Królestwo Danii i Królestwo Hiszpanii przystąpiły do sprawy w charakterze interwientów po stronie Republiki Włoskiej.

W przedmiocie skargi

12. Na poparcie swojej skargi Komisja wysuwa jeden zarzut. Podnosi, że odnawiając 329 starych koncesji UNIRE na prowadzenie zakładów na wyścigi konne z całkowitym pominięciem postępowania przetargowego, Republika Włoska uchybiła zobowiązaniom, które na niej ciążyą na mocy traktatu, a w szczególności naruszyła ogólną zasadę przejrzystości i obowiązek ogłaszania wynikające z art. 43 i 49 WE.
13. Komisja wskazuje w skardze, że z punktu widzenia prawa wspólnotowego udzielenie koncesji na prowadzenie i zbieranie zakładów na wyścigi konne we Włoszech należy uznać za koncesję na świadczenie usług publicznych. Z tego względu przyznanie ich nie podlega zakresowi dyrektywy Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnoszącej się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi (JO L 209, str. 1). Jednakże z orzecznictwa Trybunału, a w szczególności z wyroku z dnia 7 grudnia 2000 r. w sprawie C-324/98 Telaustria i Telefonadress, Rec. str. I-10745

wynika, że władze krajowe udzielające takich koncesji muszą przestrzegać zasady niedyskryminacji i przejrzystości w celu zapewnienia odpowiedniego stopnia jawności, pozwalającego na otwarcie rynku usług na konkurencję oraz na kontrolę bezstronności procedur udzielania koncesji.

14. Komisja stwierdza w tym względzie, że rząd włoski nie spełnił wymogów tych zasad przy odnawianiu bez przetargu istniejących 329 koncesji UNIRE. Zdaniem Komisji bowiem odstępstwa od tych zasad są jedynie dopuszczalne w przypadkach i ze względów określonych w art. 45 i 46 WE. Uzasadnienia, na które powołuje się rząd włoski, nie wchodzą zaś w zakres uzasadnień, o których jest mowa w sposób wyraźny w tych artykułach, a w każdym razie rząd ten nie wykazał niezbędności i proporcjonalności tych odstępstw w odniesieniu do celów, jakie miałyby one mieć.
15. W odpowiedzi na skargę rząd włoski podnosi, że ustawa nr 200/2003 i decyzja nr 107/2003 są zgodne z wymogami prawa wspólnotowego w dziedzinie koncesji na świadczenie usług publicznych. Zdaniem tego rządu przedłużenie starych koncesji UNIRE jest uzasadnione potrzebą zapewnienia posiadaczom koncesji ciągłości, stabilności finansowej oraz należytej stopy zwrotu poczynionych nakładów inwestycyjnych, a także zniechęcenia ich do uciekania się do nielegalnych praktyk aż do czasu, gdy istniejące koncesje będą mogły zostać przyznane ponownie w ramach postępowania przetargowego. Tego rodzaju uzasadnienia stanowią nadrzędne względy interesu ogólnego, na podstawie których mogą być dopuszczalne odstępstwa od traktatowych zasad, z których wynika obowiązek otwarcia rynku usług na konkurencję.
16. Rząd duński kwestionuje interpretację Komisji powołanego powyżej wyroku w sprawie *Telaustria i Telefonadress* w punkcie dotyczącym zakresu obowiązku przejrzystości w okolicznościach takich, jak okoliczności niniejszej sprawy. Jeśli chodzi o rząd hiszpański, powołuje się on na względy dotyczące specyfiki dopuszczania i prowadzenia zakładów, których jego zdaniem Komisja nie wzięła pod uwagę.
17. Na wstępie należy zauważyć, że rząd włoski nie kwestionuje tego, że ustawa nr 200/2003 i decyzja nr 107/2003 zostały wydane po upływie terminu wyznaczonego w uzasadnionej opinii.
18. W tym względzie należy przypomnieć, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału, istnienie uchybienia powinno być oceniane według stanu faktycznego w państwie członkowskim w momencie upływu terminu określonego w uzasadnionej opinii, a zmiany, które nastąpiły w okresie późniejszym, nie mogą być uwzględniane przez Trybunał (zob. w szczególności wyroki z dnia 2 czerwca 2005 r. w sprawie C-282/02 *Komisja przeciwko Irlandii*, Zb.Orz. str. I-4653, pkt 40 i z dnia 26 stycznia 2006 r. w sprawie C-514/03 *Komisja przeciwko Hiszpanii*, Zb.Orz. str. I-963, pkt 44).
19. Zatem przepisy ustawy nr 200/2003 i decyzji nr 107/2003 nie mogą być istotne dla oceny zarzucanego Republice Włoskiej uchybienia. Wynika z tego, że niniejsze postępowanie opiera się wyłącznie na analizie zaskarżonej decyzji.
20. Jak słusznie podnosi Komisja, rząd włoski nie kwestionował ani w trakcie postępowania poprzedzającego wniesienie skargi, ani w toku niniejszego postępowania, że udzielenie koncesji na prowadzenie i zbieranie zakładów na wyścigi konne we Włoszech stanowi koncesję na świadczenie usług publicznych. Taką kwalifikację przyjęto w wyroku z dnia 6 marca 2007 r. w sprawach połączonych C-338/04, C-359/04 i C-360/04 *Placanica i in.*, dotychczas nieopublikowanym w Zbiorze, w którym Trybunał udzielił wykładni art. 43 i 49 WE w odniesieniu do tych samych uregulowań krajowych.
21. Bezsporne jest zaś, że koncesje na świadczenie usług publicznych zostały wyłączone z zakresu stosowania dyrektywy 92/50 (zob. wyrok z dnia 13 października 2005 r. w sprawie C-458/03 *Parking Brixen*, Zb.Orz. str. I-8585, pkt 42).

22. Trybunał orzekł, iż mimo że umowy koncesyjne na świadczenie usług publicznych są w obecnym stanie prawa wspólnotowego wyłączone z zakresu stosowania dyrektywy 92/50, organy władzy publicznej udzielające koncesji są niemniej zobowiązane do przestrzegania podstawowych zasad traktatowych w ogóle, a w szczególności zasady niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie *Telaustria i Telefonadress*, pkt 60, wyrok z dnia 21 lipca 2005 r. w sprawie C-231/03 *Coname*, Zb.Orz. str. I-7287, pkt 16 oraz ww. wyrok w sprawie *Parking Brixen*, pkt 46).
23. Trybunał orzekł następnie, że postanowienia traktatu mające zastosowanie do koncesji na świadczenie usług publicznych, w szczególności art. 43 i 49 WE oraz zakaz dyskryminacji ze względów przynależności państwowej, stanowią szczególny wyraz zasady równości traktowania (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie *Parking Brixen*, pkt 48).
24. W tym względzie zasady równości traktowania i niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową pociągają za sobą między innymi obowiązek przejrzystości, który pozwala organowi władzy publicznej udzielającemu koncesji na upewnienie się, że zasady te są przestrzegane. Ów obowiązek przejrzystości, który ciąży na rzeczonym organie, wymaga zagwarantowania wszystkim potencjalnym oferentom odpowiedniego poziomu jawności umożliwiającego otwarcie sfery koncesji na świadczenie usług na konkurencję oraz kontrolę bezstronności procedur ich udzielania (zob. podobnie ww. wyroki w sprawie *Telaustria i Telefonadress*, pkt 61 i 62 oraz *Parking Brixen*, pkt 49).
25. W niniejszym przypadku należy stwierdzić, że całkowite pominięcie postępowania przetargowego w celu udzielenia koncesji na prowadzenie zakładów na wyścigi konne nie jest zgodne z art. 43 i 49 WE, a w szczególności narusza ogólną zasadę przejrzystości oraz obowiązek zapewnienia odpowiedniego stopnia jawności. Odnowienie 329 starych koncesji bez przetargu uniemożliwia bowiem otwarcie tych koncesji na konkurencję oraz kontrolę bezstronności procedur ich udzielania.
26. W tych okolicznościach należy zbadać, czy to odnowienie jest dopuszczalne w świetle wyłączeń przewidzianych wyraźnie w art. 45 i art. 46 WE lub uzasadnione, zgodnie z orzecznictwem Trybunału, nadrzędnymi względami interesu ogólnego (zob. podobnie wyroki z dnia 6 listopada 2003 r. w sprawie C-243/01 *Gambelli i in.*, Rec. str. I-13031, pkt 60 i ww. w sprawie *Placanica i in.*, pkt 45).
27. W tym zakresie orzecznictwo dopuściło szereg nadrzędnych względów interesu ogólnego, takich jak względy ochrony konsumentów, przeciwdziałania oszustwom i nakłanianiu obywateli do nadmiernych wydatków związanych z grą, jak też ogólne względy zapobiegania zakłóceniom porządku publicznego (ww. wyrok w sprawie *Placanica i in.*, pkt 46).
28. Chociaż państwa członkowskie korzystają ze swobody w ustalaniu celów ich polityki w dziedzinie gier losowych i w razie potrzeby szczegółowego określenia poziomu ochrony, do którego dążą, nakładane przez nie ograniczenia muszą jednakże spełniać przesłanki wynikające z orzecznictwa Trybunału w zakresie proporcjonalności (ww. wyrok w sprawie *Placanica i in.*, pkt 48).
29. Zatem należy dokonać oceny, czy odnowienie koncesji bez przetargu jest odpowiednim środkiem do realizacji celu wskazanego przez Republikę Włoską oraz czy nie wykracza poza to, co niezbędne dla jego osiągnięcia. W każdym razie odnowienie to musi być stosowane w sposób niedyskryminacyjny (zob. podobnie ww. wyroki w sprawie *Gambelli i in.*, pkt 64 i 65 oraz *Placanica i in.*, pkt 49).

30. Bezsportny jest fakt, że rząd włoski zatwierdził plan wzmocnienia sieci zbierania i przyjmowania zakładów na wyścigi konne, tak aby liczba ośrodków przyjmowania zakładów na całym terytorium Włoch wrosła z 329 do 1000. W celu realizacji tego planu przyznano 671 nowych koncesji w wyniku przetargu, a 329 starych istniejących koncesji odnowiono bez przetargu.
31. W tym względzie rząd włoski nie powołał się na przepisy zawierające takie wyłączenia, jak wyjątki przewidziane wyraźnie w art. 45 i 46 WE. Natomiast rząd ten uzasadniał odnowienie koncesji bez przetargu koniecznością między innymi zniechęcenia do prowadzenia nielegalnych praktyk w zakresie zbierania i udzielania zakładów.
32. Niemniej jednak w odpowiedzi na skargę rząd włoski nie wyjaśnił, na jakiej podstawie jest w tym względzie niezbędny całkowity brak postępowania przetargowego, oraz nie wysunął argumentów, które mogłyby świadczyć przeciwko zarzucanemu przez Komisję uchybieniu. W szczególności rząd ten nie uzasadnił, w jaki sposób odnowienie istniejących koncesji z całkowitym pominięciem postępowania przetargowego mogło przeszkodzić w prowadzeniu nielegalnych praktyk w sektorze zakładów na wyścigi konne, i ograniczył się do twierdzenia, że ustawa nr 200/2003 i decyzja nr 107/2003 są zgodne z wymogami prawa wspólnotowego w dziedzinie koncesji na świadczenie usług publicznych.
33. W tym względzie należy zaś przypomnieć, że to do właściwych władz krajowych należy wykazanie, po pierwsze, że ich uregulowania są niezbędne do ochrony zasadniczego interesu w rozumieniu art. 45 i 46 WE lub nadrzędnego wymogu interesu ogólnego usankcjonowanego orzecznictwem, a po drugie, że te uregulowania są zgodne z zasadą proporcjonalności (zob. podobnie wyroki z dnia 2 grudnia 2004 r. w sprawie C-41/02 Komisja przeciwko Niderlandom, Rec. str. I-11375, pkt 47, z dnia 13 stycznia 2005 r. w sprawie C-38/03 Komisja przeciwko Belgii, niepublikowany w Zbiorze, pkt 20 i z dnia 15 czerwca 2006 r. w sprawie C-255/04 Komisja przeciwko Francji, Zb.Orz. str. I-5251, pkt 29).
34. Należy zatem stwierdzić, że odnowienie starych koncesji UNIRE bez przetargu nie jest odpowiednim środkiem do zapewnienia realizacji stawianego sobie przez Republikę Włoską celu i wykracza poza to, co niezbędne do uniknięcia zaangażowania się przez podmioty działające w sektorze zakładów konnych w działalność przestępczą lub w oszustwa.
35. Ponadto jeśli chodzi o motywację ekonomiczną, na którą powołuje się rząd włoski, taką jak fakt zapewnienia posiadaczom koncesji ciągłości, stabilności finansowej oraz należytej stopy zwrotu poczynionych nakładów inwestycyjnych, wystarczy przypomnieć, że nie można jej uwzględnić jako nadrzędnego względu interesu ogólnego mogącego stanowić uzasadnienie ograniczenia podstawowej swobody gwarantowanej traktatem (zob. podobnie wyroki z dnia 6 czerwca 2000 r. w sprawie C-35/98 Verkooijen, Rec. str. I-4071, pkt 48 i z dnia 16 stycznia 2003 r. w sprawie C-388/01 Komisja przeciwko Włochom, Rec. str. I-721, pkt 22).
36. Z powyższego wynika, że nie można uznać żadnego z nadrzędnych względów interesu ogólnego, na które powołuje się rząd włoski w celu uzasadnienia odnowienia 329 starych koncesji z całkowitym pominięciem postępowania przetargowego.
37. Należy zatem stwierdzić, że skarga Komisji jest zasadna.
38. Z całości powyższych rozważań wynika, że odnawiając 329 koncesji na prowadzenie zakładów na wyścigi konne z całkowitym pominięciem postępowania przetargowego, Republika Włoska uchybiła zobowiązaniom, które na niej ciążyą na mocy art. 43 i 49 WE, a w szczególności naruszyła ogólną zasadę przejrzystości i obowiązek zapewnienia odpowiedniego ogłoszenia.

W przedmiocie kosztów

39. Zgodnie z art. 69 § 2 regulaminu kosztami zostaje obciążona, na żądanie strony przeciwnej, strona przegrywająca sprawę. Ponieważ Komisja wniosła o obciążenie Republiki Włoskiej kosztami postępowania, a Republika Włoska przegrała sprawę, należy obciążyć ją kosztami postępowania.

Z powyższych względów Trybunał (czwarta izba) orzeka, co następuje:

- 1) Odnawiając 329 koncesji na prowadzenie zakładów na wyścigi konne z całkowitym pominięciem postępowania przetargowego, Republika Włoska uchybiła zobowiązaniom, które na niej ciążyą na mocy art. 43 i 49 WE, a w szczególności naruszyła ogólną zasadę przejrzystości i obowiązek zapewnienia odpowiedniego ogłoszenia.**
- 2) Republika Włoska zostaje obciążona kosztami postępowania.**

Podpisy

* Język postępowania: włoski.

Orzeczenie z dnia 4 października 2007 r. w sprawie C-492/06
Consortio Elisoccorso

POSTANOWIENIE TRYBUNAŁU (szósta izba)
z dnia 4 października 2007 r. (*)

Zamówienia publiczne – Dyrektywa 89/665/EWG – Procedura odwoławcza w zakresie udzielania zamówień publicznych – Osoby, którym powinny być dostępne procedury odwoławcze – Spółka powołana dla osiągnięcia określonego celu (konsorcjum) będąca oferentem – Prawo każdego członka konsorcjum do wnoszenia indywidualnej skargi

W sprawie C-492/06

mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 234 WE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Consiglio di Stato (Włochy) postanowieniem z dnia 21 lutego 2006 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 28 listopada 2006, w postępowaniu:

Consortio Elisoccorso San Raffaele,

przeciwko

Elilombarda Srl,

Azienda Ospedaliera Ospedale Niguarda Ca' Granda di Milano,

TRYBUNAŁ (szósta izba),

w składzie: P. Kūris, prezes izby, L. Bay Larsen (sprawozdawca) i J.-C. Bonichot, sędziowie,

rzecznik generalny: Y. Bot,

sekretarz: R. Grass,

podjąwszy decyzję o rozstrzygnięciu sprawy postanowieniem z uzasadnieniem, zgodnie z art. 104 § 3 akapit pierwszy regulaminu,

po zapoznaniu się z opinią rzecznika generalnego,

wydaje następujące

Postanowienie

1. Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni art. 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.U. L 395, str. 33) zmienionej dyrektywą Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. (Dz.U. L 209, str. 1, zwanej dalej „dyrektywą 89/665”).
2. Wniosek ten został przedłożony w ramach sporu zawisłego między Consortio Elisoccorso San Raffaele (zwanym dalej „Consortio”) oraz Elilombarda Srl (zwaną dalej „Elilombarda”), będącą liderem tworzonej spółki powołanej dla osiągnięcia określonego celu (konsorcjum), dotyczącego postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego.

Ramy prawne

Uregulowania wspólnotowe

3. Artykuł 1 dyrektywy 89/665 stanowi:

„1. Państwa członkowskie podejmują środki niezbędne do zapewnienia, aby decyzje podejmowane przez instytucje zamawiające odnośnie do procedur udzielania zamówień publicznych objętych zakresem dyrektyw 71/305/EWG, 77/62/WE i 92/50/EWG [...] mogły skutecznie i przede wszystkim możliwie szybko, zgodnie z warunkami określonymi w poniższych artykułach, w szczególności art. 2 ust. 7, podlegać odwołaniu na podstawie tego, że takie decyzje naruszyły prawo wspólnotowe w dziedzinie zamówień publicznych albo krajowe przepisy wykonujące to prawo.

[...]

3. Państwa członkowskie zapewniają, że procedury odwoławcze, zgodnie ze szczegółowymi przepisami, które państwa członkowskie mogą wprowadzić, dostępne są co najmniej każdemu podmiotowi, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia publicznego na dostawy lub roboty budowlane, w przypadku gdy taki podmiot doznał uszczerbku lub zagraża mu doznanie uszczerbku w wyniku domniemanego naruszenia przepisów. W szczególności, państwa członkowskie mogą wymagać od podmiotu, który zamierza skorzystać ze środków odwoławczych, uprzedniego powiadomienia instytucji zamawiających o domniemanym naruszeniu przepisów oraz o zamiarze skorzystania ze środków odwoławczych”.

4. Artykuł 2 ust. 1 tej dyrektywy stanowi:

„Państwa członkowskie zapewnią wprowadzenie do procedur odwoławczych, określonych w art. 1, odpowiednich środków obejmujących prawo do:

[...]

b) uchylenia lub doprowadzenia do uchylenia bezprawnych decyzji, w tym usunięcia dyskryminujących specyfikacji technicznych, ekonomicznych lub finansowych zawartych w zaproszeniu do składania ofert, dokumentacji zamówienia lub we wszelkich innych dokumentach związanych z procedurą udzielania zamówienia;

[...]”.

5. Zgodnie z art. 26 ust. 1 dyrektywy 92/50:

„Oferty mogą być składane przez grupy usługodawców. Od takich grup nie można wymagać, aby przybrały w celu złożenia oferty określoną formę prawną; można jednak tego wymagać od grupy, której udzielono zamówienia”.

Uregulowania krajowe

6. Uregulowania krajowe dotyczące udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi [zob. odpowiednio, ustawa nr 109 z dnia 11 lutego 1994 r. (GURI nr 41 z dnia 19 lutego 1994 r.), dekret ustawodawczy nr 358 z dnia 24 lipca 1992 r. (GURI nr 188 z dnia 11 sierpnia 1992 r.) oraz dekret ustawodawczy nr 157 z dnia 17 marca 1995 r. (GURI nr 104 z dnia 6 maja 1995 r.)], nie wykluczają ani nie ograniczają indywidualnej legitymacji procesowej poszczególnych przedsiębiorstw należących do „konsorcjum” lub „grupy przedsiębiorstw”.

7. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Consiglio di Stato (rady państwa), przedsiębiorstwa będące członkami konsorcjum lub grupy przedsiębiorstw mają prawo zaskarżyć indywidualnie akty dotyczące zamówień publicznych, o które się ubiegały.

Postępowanie przed sądem krajowym i pytanie prejudycjalne

8. W dniu 30 listopada 2004 r., Azienda Ospedaliera Ospedale Niguarda Ca' Granda di Milano opublikowała, jako instytucja zamawiająca, ogłoszenie o zamówieniu o wartości 25 900 000 EUR, którego przedmiotem była w szczególności śmigłowcowa służba ratownicza.
9. Złożone zostały dwie oferty. Pierwsza przez Elilombarda, działającą w charakterze lidera tworzonego konsorcjum między nią i Helitalia SpA, druga przez Consorzio, w skład którego wchodziły Elilario Italia SpA i Air Viaggi San Raffaele Srl.
10. W dniu 28 kwietnia 2005 r., instytucja zamawiająca udzieliła zamówienia Consorzio, któremu decyzja została doręczona w nocy z dnia 10 maja 2005 r.
11. Elilombarda wniosła we własnym imieniu i indywidualnie skargę, między innymi, na tę decyzję do Tribunale amministrativo regionale della Lombardia (regionalnego sądu administracyjnego w Lombardii, zwanego dalej „TAR Lombardia”).
12. W ramach tego postępowania, Consorzio podniosło zarzut niedopuszczalności twierdząc, że skarga została wniesiona nie przez samo tworzące się konsorcjum, które zdaniem Consorzio, jako jedyne posiadało legitymację procesową dla ochrony swojego interesu jakim było udzielenie mu zamówienia, lecz wyłącznie przez jeden z podmiotów gospodarczych tworzących to konsorcjum.
13. TAR Lombardia, odwołując się do orzecznictwa Consiglio di Stato, oddalił zarzut niedopuszczalności oraz, uwzględniając skargę, stwierdził nieważność środków przyjętych przez instytucję zamawiającą.
14. Consorzio wniosło odwołanie do Consiglio di Stato, która musi w pierwszej kolejności zbadać orzeczenie TAR Lombardia dotyczące dopuszczalności skargi wniesionej przez Elilombarda.
15. W postanowieniu odsyłającym, Consiglio di Stato podkreśla, po pierwsze, że uregulowania krajowe w zakresie udzielania zamówień publicznych nie wykluczają ani nie ograniczają indywidualnej legitymacji procesowej poszczególnych przedsiębiorstw należących do konsorcjum, a po drugie, że TAR Lombardia rzeczywiście zastosowała zasady wyrażone w tym względzie w jej orzecznictwie.
16. Consiglio di Stato rozważa jednak, czy w świetle wyroku Trybunału z dnia 8 września 2005 r. w sprawie C-129/04 Espace Trianon i Sofibail, Zb. Orz. str. I-7805, art. 1 dyrektywy 89/665 sprzeciwia się skardze na decyzję o udzieleniu zamówienia, wniesionej indywidualnie przez członka konsorcjum będącego oferentem.
17. W tych okolicznościach, Consiglio di Stato postanowiła zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującym pytaniem prejudycjalnym:
„Czy art. 1 dyrektywy Rady 89/665/EWG [...] należy rozumieć w ten sposób, iż sprzeciwia się on temu, aby zgodnie z prawem krajowym, skarga na decyzję o udzieleniu zamówienia mogła zostać wniesiona indywidualnie przez jednego z członków spółki powołanej dla osiągnięcia określonego celu (konsorcjum) nieposiadającej osobowości prawnej, która to spółka jako taka uczestniczyła w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, i która nie uzyskała owego zamówienia”.

W przedmiocie pytania prejudycjalnego

18. Zgodnie z art. 104 § 3 akapit pierwszy regulaminu, jeśli odpowiedź na pytanie skierowane w ramach wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym może zostać w sposób jednoznaczny wyprowadzona z istniejącego orzecznictwa, Trybunał może, po wysłuchaniu rzecznika generalnego, orzec postanowieniem z uzasadnieniem.

19. Sąd krajowy w przedstawionym pytaniu rozważa, czy art. 1 dyrektywy 89/665 należy rozumieć w ten sposób, iż sprzeciwia się on temu, aby zgodnie z prawem krajowym skarga na decyzję o udzieleniu zamówienia, mogła zostać wniesiona indywidualnie przez jednego z członków spółki powołanej dla osiągnięcia określonego celu (konsorcjum) nieposiadającej osobowości prawnej, która to spółka jako taka uczestniczyła w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i która nie uzyskała owego zamówienia.
20. W związku z tym należy przypomnieć, że na podstawie art. 1 ust. 3 rzeczony dyrektywy, państwa członkowskie zapewniają, że ustanowione przez nie procedury odwoławcze dostępne są „co najmniej” każdemu podmiotowi, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia publicznego lub w przypadku, gdy taki podmiot doznał uszczerbku lub zagraża mu doznanie uszczerbku w wyniku domniemanego naruszenia przepisów prawa wspólnotowego w dziedzinie zamówień publicznych albo krajowych przepisów wykonujących to prawo.
21. Wynika z tego, że dyrektywa 89/665 ustanawia jedynie minimalne przesłanki, jakie muszą spełniać procedury odwoławcze ustanowione w krajowych porządkach prawnych w celu zapewnienia poszanowania przepisów prawa wspólnotowego w dziedzinie zamówień publicznych (zob. wyrok z dnia 19 czerwca 2003 r. w sprawie C-315/01 GAT, Rec. str. I-6351, pkt 45 i przywołane tam orzecznictwo).
22. W ww. wyroku w sprawie Espace Trianon i Sofibail Trybunał dokonał wykładni art. 1 dyrektywy 89/665 w sytuacji, w której krajowy porządek prawny wymagał, aby skarga o stwierdzenie nieważności na decyzję o udzieleniu zamówienia była wniesiona przez wszystkich członków tworzących konsorcjum będące oferentem.
23. Trybunał, odnosząc się do sytuacji, której dotyczyły przedłożone mu pytania prejudycjalne, w pkt 19–21, stwierdził, że:
 - można uznać, że konsorcjum stanowi podmiot mający interes w uzyskaniu zamówienia publicznego w rozumieniu art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665, skoro składając ofertę na zamówienie publiczne, wykazało się ono interesem w jego uzyskaniu, oraz że
 - nic nie stoi na przeszkodzie, w postępowaniu przed sądem krajowym, aby wszyscy członkowie konsorcjum wnieśli razem, w charakterze współników lub w ich własnym imieniu, skargę o stwierdzenie nieważności spornych decyzji.
24. Trybunał uznał zatem, w pkt 22 rzeczony wyrok, że dany krajowy przepis proceduralny nie ograniczał dostępności skargi w sposób sprzeczny z art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665.
25. W rezultacie Trybunał orzekł, że art. 1 rzeczony dyrektywy nie sprzeciwia się temu, aby zgodnie z prawem krajowym państwa członkowskiego, jedynie wszyscy razem członkowie spółki powołanej dla osiągnięcia określonego celu (konsorcjum), nieposiadającej jako taka osobowości prawnej, która uczestniczyła w postępowaniu udzielenia zamówienia publicznego i nie uzyskała tego zamówienia, mogli wnieść skargę na decyzję o udzieleniu tego zamówienia.
26. W ten sposób, jak słusznie zauważyły w uwagach przedstawionych na piśmie Elilombarda oraz Komisja Wspólnot Europejskich, Trybunał określił jedynie, w odniesieniu do okoliczności właściwych postępowaniu przed sądem krajowym, minimalny poziom dostępności skarg w dziedzinie przetargów, gwarantowany dyrektywą 89/665.
27. Trybunał nie wykluczył w żaden sposób, że inne państwa członkowskie mogą w prawie krajowym przyznać szerszy dostęp do rzeczonych skarg, ustanawiając pojęcie legitymacji procesowej o zasięgu szerszym, niż ten minimalny gwarantowany dyrektywą.

28. W braku bowiem szczególnego przepisu dyrektywy, wewnętrzny porządek prawny każdego państwa członkowskiego określa w szczególności czy i po spełnieniu jakich przesłanek, legitymacja procesowa w procedurach odwoławczych może być rozszerzona na przedsiębiorstwa należące do konsorcjum, które jako takie złożyło ofertę.
29. W tym względzie należy dodać, że w przypadku przepisów dotyczących procedury odwoławczej przed sądem, których celem jest zapewnienie ochrony przyznanych przez prawo wspólnotowe kandydatom i oferentom praw naruszonych wskutek decyzji instytucji zamawiających, nie powinny one stanowić zagrożenia dla skuteczności dyrektywy 89/665 (wyrok z dnia 12 grudnia 2002 r. w sprawie C-470/99 *Universale-Bau* i in., Rec. str. I-11617, pkt 72), której celem jest zapewnienie, aby niezgodne z prawem decyzje instytucji zamawiających mogły skutecznie i przede wszystkim możliwie szybko podlegać odwołaniu.
30. Jednak w przeciwieństwie do stanowiska rządu cypryjskiego, wykładnia art. 1 rzezczonej dyrektywy, która zezwala na rozszerzenie legitymacji procesowej na każdego członka konsorcjum, które przedłożyło ofertę w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego nie zagraża temu celowi, lecz przeciwnie, wydaje się służyć jego realizacji.
31. Na przedłożone pytanie należy zatem odpowiedzieć, że art. 1 dyrektywy 89/665 należy interpretować w ten sposób, że nie sprzeciwia się temu, aby zgodnie z prawem krajowym, jeden z członków spółki powołanej dla osiągnięcia określonego celu (konsorcjum), nieposiadającej osobowości prawnej, która uczestniczyła jako taka w postępowaniu udzielenia zamówienia publicznego i nie uzyskała tego zamówienia, mógł indywidualnie wnieść skargę na decyzję o udzieleniu tego zamówienia.

W przedmiocie kosztów

32. Dla stron postępowania przed sądem krajowym niniejsze postępowanie ma charakter incydentalny, dotyczy bowiem kwestii podniesionej przed tym sądem, zatem do niego należy rozstrzygnięcie o kosztach. Koszty poniesione w związku z przedstawieniem uwag Trybunałowi, inne niż poniesione przez strony postępowania przed sądem krajowym, nie podlegają zwrotowi.

Z powyższych względów Trybunał (szósta izba) orzeka, co następuje:

Wykładni art. 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 zmienionej dyrektywą Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. należy dokonywać w ten sposób, że przepis ten nie sprzeciwia się temu, aby zgodnie z prawem krajowym, jeden z członków spółki powołanej dla osiągnięcia określonego celu (konsorcjum), nieposiadającej osobowości prawnej, która uczestniczyła jako taka w postępowaniu udzielenia zamówienia publicznego i nie uzyskała tego zamówienia, mógł indywidualnie wnieść skargę na decyzję o udzieleniu tego zamówienia.

Podpisy

* Język postępowania: włoski.

Orzeczenie z dnia 11 października 2007 r. w sprawie C-237/05
Komisja przeciwko Grecji

WYROK TRYBUNAŁU (druga izba)
z dnia 11 października 2007 r.(*)

Uchybienie zobowiązaniom państwa członkowskiego – Dyrektywa 92/50/EWG – Zamówienia publiczne na usługi – Świadczenie producentom rolnych usług doradczych w roku 2001 – Rozporządzenie (EWG) nr 3508/92 – Wdrażanie w Grecji Zintegrowanego Systemu Zarządzania i Kontroli (IACS) – Brak przetargu – Niedopuszczalność skargi

W sprawie C-237/05

mającej za przedmiot skargę o stwierdzenie, na podstawie art. 226 WE, uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego, wniesioną w dniu 30 maja 2005 r.,

Komisja Wspólnot Europejskich, reprezentowana przez M. Patakę i X. Lewisa, działających w charakterze pełnomocników, z adresem do doręczeń w Luksemburgu,

strona skarżąca,

przeciwko

Republice Greckiej, reprezentowanej przez G. Kanellopoulosa i S. Charitaki, działających w charakterze pełnomocników, z adresem do doręczeń w Luksemburgu,

strona pozwana,

TRYBUNAŁ (druga izba),

w składzie: C.W.A. Timmermans (sprawozdawca), prezes izby, G. Arestis, L. Bay Arsen, R. Schintgen i P. Kūris, , sędziowie,

rzecznik generalny: P. Mengozzi,

sekretarz: L. Hewlett, główny administrator,

uwzględniając procedurę pisemną i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 14 września 2006 r.,

po zapoznaniu się z opinią rzecznika generalnego na posiedzeniu w dniu 15 lutego 2007 r.,

wydaje następujący

Wyrok

1. W niniejszej skardze Komisja Wspólnot Europejskich domaga się od Trybunału stwierdzenia, że poprzez utrwaloną praktykę właściwych organów w zakresie prac związanych z opracowaniem oraz gromadzeniem wniosków i oświadczeń producentów zboża i innych w ramach Zintegrowanego Systemu Zarządzania i Kontroli w roku 2001, Republika Grecka uchybiła zobowiązaniom, które na niej ciążyą na mocy dyrektywy Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnoszącej się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi (Dz.U. L 209, str. 1), zmienionej przez dyrektywę 97/52/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 13 października 1997 r. (Dz.U. L 328, str. 1, zwanej dalej „dyrektywą 92/50”), w tym w szczególności art. 3 ust. 2, art. 7, 11 ust. 1 i art. 15 ust. 2 tej dyrektywy, jak również na mocy ogólnej zasady przejrzystości.

Ramy prawne

Dyrektywa 92/50

2. Zgodnie z art. 1 lit. a) dyrektywy 92/50, „zamówienia publiczne na usługi» oznaczają umowy o charakterze odpłatnym, zawierane na piśmie pomiędzy usługodawcą a instytucją zamawiającą», z wyłączeniem umów wyliczonych w tym przepisie w ppkt i)–ix).
3. Artykuł 3 ust. 1 i 2 tej dyrektywy stanowi:
 - „1. Instytucje zamawiające, udzielając zamówień publicznych na usługi lub organizując konkursy na projekty, stosują procedury dostosowane do przepisów niniejszej dyrektywy.
 2. Instytucje zamawiające zapewniają, aby nie istniała dyskryminacja między różnymi usługodawcami”.
4. Zgodnie z art. 7 ust. 1 lit. a) dyrektywy 92/50:
 - „1. a) Niniejsza dyrektywa ma zastosowanie do:
 - [...] zamówień publicznych na usługi określone w załączniku IB, [...] udzielonych przez instytucje zamawiające, określone w art. 1 lit. b) i których wartość szacunkowa bez podatku VAT wynosi nie mniej niż 200 000 ECU;
 - zamówień publicznych na usługi określone w załączniku IA [...]:
 - i) udzielonych przez instytucje zamawiające wymienione w załączniku I do dyrektywy 93/36/EWG i których wartość szacunkowa bez podatku VAT wynosi nie mniej niż równowartość w ecu 130 000 specjalnych praw ciągnięcia (SDR);
 - ii) udzielonych przez instytucje zamawiające, wymienione w art. 1 lit. b) inne niż określone w załączniku I do dyrektywy 93/36/EWG i których wartość szacunkowa bez podatku VAT wynosi nie mniej niż równowartość w ecu 200 000 SDR”.
5. Zgodnie z art. 8 dyrektywy 92/50 „[z]amówień, których przedmiotem są usługi wymienione w załączniku IA, udziela się zgodnie z przepisami tytułów III–VI” tej dyrektywy.
6. Artykuł 9 tej dyrektywy stanowi:

„Zamówień, których przedmiotem są usługi wymienione w załączniku IB, udziela się zgodnie z art. 14 i 16”.
7. Artykuł 11 ust. 1 tej dyrektywy stanowi, że przy udzielaniu zamówień publicznych na usługi instytucje zamawiające stosują procedury otwarte, ograniczone i negocjacyjne określone w art. 1 lit. d), e) i f), dostosowane do celów tej dyrektywy.
8. Zgodnie z art. 15 ust. 2 dyrektywy 92/50:

„Instytucje zamawiające, które zamierzają udzielić zamówienia publicznego na usługi w procedurze otwartej, ograniczonej lub zgodnie z warunkami określonymi w art. 11 w procedurze negocjacyjnej, podają do wiadomości swój zamiar w ogłoszeniu”.

Rozporządzenie (EWG) nr 3508/92

9. Jak wynika z motywów trzeciego i czwartego rozporządzenia Rady (EWG) nr 3508/92 z dnia 27 listopada 1992 r. ustanawiającego zintegrowany system zarządzania i kontroli pewnych systemów pomocy Wspólnoty (Dz.U. L 355, str. 1), zmienionego przez rozporządzenie Rady (WE) nr 1593/2000 z dnia 17 lipca 2000 r. (Dz.U. L 182, str. 4, zwanego dalej „rozporządzeniem nr 3508/92”), w ramach reformy wspólnej polityki rolnej, w celu dostosowania mechanizmów administracji i kontroli do nowej sytuacji

oraz poprawy ich efektywności i użyteczności, konieczne jest utworzenie nowego, zintegrowanego systemu zarządzania i kontroli, zawierającego systemy pomocy dla roślin uprawnych, wołowiny i cielęciny, mięsa owczego i koziego (zwanego dalej „IACS”).

10. Artykuł 2 rozporządzenia nr 3508/92 stanowi:

„[IACS] zawiera następujące elementy:

- a) skomputeryzowaną bazę danych;
- b) alfanumeryczny system identyfikacji działek rolnych;
- c) alfanumeryczny system identyfikacji i rejestracji zwierząt;
- d) wnioski o przyznanie pomocy;
- e) zintegrowany system kontroli”.

11. Zgodnie z art. 3 ust. 1 tego rozporządzenia:

„W skomputeryzowanej bazie danych zapisywane są, dla każdego gospodarstwa rolnego, dane uzyskane z wniosków o przyznanie pomocy. Baza ta pozwala w szczególności na bezpośrednie i natychmiastowe sprawdzenie przez właściwy organ państwa członkowskiego danych dotyczących przynajmniej ostatnich trzech kolejnych lat kalendarzowych lub gospodarczych”.

12. Artykuł 4 tego rozporządzenia stanowi:

„System identyfikacyjny działek rolnych ustanawia się na podstawie map lub dokumentów katastralnych lub innych świadectw kartograficznych. Należy użyć technik komputerowego systemu informacji geograficznej, włączając lotnicze lub satelitarne tworzenie map wektorowych, z jednolitą normą gwarantującą dokładność równą kartografii w skali 1:10 000”.

13. Zgodnie z art. 6 ust. 1 rozporządzenia nr 3508/92:

„W celu zakwalifikowania się do jednego lub więcej systemów Wspólnoty objętych niniejszym rozporządzeniem każdy rolnik składa co roku wniosek o przyznanie pomocy obszarowej, wskazujący:

- działki rolne, w tym obszary pod uprawę roślin paszowych, oraz działki rolne, objęte wyłączeniem spod uprawy i inne odłogowane,
- w danym przypadku, wszelkie inne niezbędne informacje określone bądź w rozporządzeniach dotyczących systemów Wspólnoty, bądź przez zainteresowane państwa członkowskie”.

14. Artykuł 7 tego rozporządzenia brzmi następująco:

„[IACS] obejmuje wszystkie złożone wnioski o przyznanie pomocy, w szczególności w odniesieniu do kontroli administracyjnych, kontroli na miejscu oraz, w danym przypadku, weryfikacji poprzez lotniczą lub satelitarną teledetekcję”.

Okoliczności powstania sporu i postępowanie poprzedzające wniesienie skargi

15. Komisja otrzymała doniesienie dotyczące rzekomej nielegalności, z punktu widzenia dyrektywy 92/50, porozumienia ramowego i umów wykonawczych do tego porozumienia obejmujących świadczenie pewnych usług w ramach wdrażania IACS w Grecji za rok 2001.

16. Wspomniane porozumienie ramowe zostało zawarte w dniu 20 lutego 2001 r. między greckim ministerstwem spraw wewnętrznych, służby cywilnej i decentralizacji, greckim ministerstwem rolnictwa i związkiem administracji prefekturalnych Grecji a ogólnogreckim stowarzyszeniem spółdzielni rolniczych (zwane dalej „porozumieniem ramowym”).

17. Porozumienie ramowe dotyczyło koordynacji przez rzeczone stowarzyszenie opisanych poniżej usług, których świadczenie zostało powierzone członkom tego stowarzyszenia – lokalnym związkom spółdzielni rolniczych (zwanym dalej „UCA”), a mianowicie usług:
- informowania rolników o przyjęciu nowych formularzy wniosków o przyznanie pomocy i deklaracji dotyczących gospodarstw i upraw rolnych, przeznaczonych do uzupełnienia bazy danych IACS;
 - służenia rolnikom pomocą celem zagwarantowania prawidłowej i terminowej rejestracji danych dostarczonych przez rolników na odpowiednich formularzach. Usługa ta obejmuje w szczególności pomoc techniczną rolnikom w identyfikacji powierzchni rolnych i leśnych na ortofotografii, zdjęciach lotniczych lub mapach topograficznych;
 - zbierania formularzy i przesyłania ich w formie papierowej lub elektronicznej do właściwych organów administracji prefekturalnej.
18. W tym zakresie porozumienie ramowe przewidywało zawarcie umów wykonawczych między organami administracji prefekturalnej a UCA na poziomie każdego z nich. Następnie umowy te (zwane dalej „spornymi umowami”) rzeczywiście zostały zawarte.
19. W dniu 18 grudnia 2002 r. Komisja przesłała Republice Greckiej wezwanie do przedstawienia jej uwag w przedmiocie zarzutu naruszenia przez Republikę Grecką przepisów dyrektywy 92/50, w tym w szczególności jej art. 3 ust. 2, oraz naruszenia zasady niedyskryminacji wskutek bezpośredniego zlecenia danych usług UCA bez uprzedniego ogłoszenia o zamówieniu.
20. Jako, że uwagi przedstawione przez Republikę Grecką w odpowiedzi na owo wezwanie były niewystarczające, Komisja wydała w dniu 19 grudnia 2003 r. uzasadnioną opinię wzywającą owo państwo członkowskie do podjęcia działań niezbędnych do zastosowania się do wspomnianej opinii w terminie dwóch miesięcy od dnia jej doręczenia.
21. Z uwagi na to, że odpowiedź rządu greckiego nie przekonała Komisji, postanowiła ona wnieść niniejszą skargę.

W przedmiocie dopuszczalności skargi

22. Republika Grecka podnosi wobec skargi Komisji zarzut niedopuszczalności uzasadniony brakiem interesu prawnego Komisji do działania oraz bezprzedmiotowością skargi.
23. W tym względzie rzeczone państwo członkowskie twierdzi, po pierwsze, że podjęło niezbędne środki celem położenia kresu zarzucanemu naruszeniu oraz, że w dniu upływu określonego w uzasadnionej opinii terminu do zastosowania się do niej naruszenie to już nie istniało, skoro:
- w roku 2003 sporne zamówienia na usługi nie były już udzielane bezpośrednio, przy czym także podmioty inne niż UCA miały możliwość ubiegania się o udzielenie im zamówienia;
 - władze greckie zobowiązały się w oficjalnym oświadczeniu sekretarza generalnego ministerstwa rolnictwa nr 5767 z dnia 6 listopada 2003 r. „do stosowania, o ile będzie to konieczne, otwartych procedur przetargowych w zakresie udzielania zamówień na sporne usługi, pod warunkiem oczywiście, że usługi te będą w całości lub w części objęte załącznikiem IA do dyrektywy 92/50”.
24. Po drugie, Republika Grecka twierdzi, że w dniu upływu terminu, który został jej wyznaczony na zastosowanie się do uzasadnionej opinii, zarzucane naruszenie dotyczące jedynie roku 2001 przestało wywoływać jakiegokolwiek skutki.

25. Komisja odpowiada, że stwierdzenie zarzucanego naruszenia jest niezbędne, albowiem skuteczne i prawidłowe stosowanie dyrektywy 92/50 zarówno w niniejszym sporze dotyczącym roku 2001, jak i na przyszłość nie jest wcale pewne.
26. Przede wszystkim oświadczenie nr 5767 jest jej zdaniem nie tylko niewystarczające, ponieważ nie jest prawnie wiążące, ale również niejasne ze względu na użyte w nim sformułowanie „o ile będzie to konieczne”.
27. Nadto utrzymująca się rozbieżność zdań między Republiką Grecką a Komisją na temat jednolitego charakteru spornych umów, jak również w kwestii zaliczenia danych usług do załącznika IA do dyrektywy 92/50 jest daleka od dywagacji czysto teoretycznych, co pociąga za sobą niebezpieczeństwo powrotu tego państwa członkowskiego do popełniania naruszeń.
28. Nic nie gwarantuje wreszcie, że dyrektywa 92/50 będzie w przyszłości stosowana prawidłowo, skoro w latach późniejszych po roku 2001 rzeczne usługi również były zlecane bezpośrednio UCA.
29. W tym względzie należy przypomnieć, że w dziedzinie udzielania zamówień publicznych Trybunał orzekł, iż skarga o stwierdzenie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego jest niedopuszczalna, jeżeli w dniu upływu terminu określonego w uzasadnionej opinii sporna umowa nie wywołuje już żadnych skutków (wyroki: z dnia 31 marca 1992 r. w sprawie C-362/90 Komisja przeciwko Włochom, Rec. str. I-2353, pkt 11 i 13 oraz z dnia 2 czerwca 2005 r. w sprawie C-394/02 Komisja przeciwko Grecji, Zb.Orz. str. I-4713, pkt 18).
30. Dlatego należy zbadać, czy w dniu upływu terminu określonego w uzasadnionej opinii, czyli w dniu 19 lutego 2004 r., sporne umowy były przynajmniej w części w fazie wykonywania, czy też, przeciwnie, usługi pomocy, w których przedmiocie zawarte zostały rzeczne umowy, były już w tym dniu wykonane w całości, tak iż umowy te wyczerpały wszystkie swoje skutki.
31. W niniejszym stanie faktycznym uchybienie zarzucane przez Komisję, jak wprost wynika z żądań zawartych w piśmie wszczynającym postępowanie sądowe, dotyczy usług pomocy świadczonych przez UCA w ramach wdrażania IACS jedynie w roku 2001 w zakresie, w jakim usługi te zostały określone w zawartych spornych umowach wykonujących za ten właśnie rok porozumienie ramowe. Podczas rozprawy Komisja potwierdziła, że jej skarga ogranicza się jedynie do tego właśnie roku 2001.
32. Usługi pomocy przewidziane w spornych umowach obejmują przygotowywanie wniosków o przyznanie pomocy składanych przez rolników celem wpisania zawartych w tych wnioskach danych do bazy danych IACS zgodnie z art. 3 ust. 1 rozporządzenia nr 3508/92. Wnioski te powinny być składane na koniec każdego roku, aby umożliwić wypłatę pomocy za dany rok. Chodzi zatem w istocie o usługi, które są związane z danym rokiem kalendarzowym ulegającym zamknięciu z chwilą wypłaty przyznanej pomocy.
33. W tym względzie należy stwierdzić, że postanowienie art. 5 ust. 1 porozumienia ramowego, które figuruje także w spornych umowach, przewiduje, że umowy te wchodzi w życie w dniu ich podpisania i wygasają z dniem, w którym całość pomocy finansowej została wypłacona rolnikom, którzy się o nią ubiegali.
34. Tymczasem Komisja nie była w stanie podważyć tezy Republiki Greckiej, której pełnomocnik stwierdził na rozprawie, że wypłaty pomocy za rok 2001 zostały w całości dokonane w ciągu następnego roku, a zatem przed upływem terminu określonego w uzasadnionej opinii.
35. W braku przeciwnego dowodu ze strony Komisji należy zatem stwierdzić, że w dniu upływu terminu określonego w uzasadnionej opinii porozumienie ramowe i sporne umowy dotyczące jego wykonania za rok 2001 wyczerpały już wszelkie swoje skutki.

36. Podczas rozprawy Komisja stwierdziła, że w przeciwieństwie do uchybienia rozpatrywanego w ramach postępowania w zakończonej ww. wyrokiem sprawie Komisja przeciwko Włochom uchybienie będące przedmiotem postępowania w niniejszej sprawie, a mianowicie bezpośrednie udzielenie UCA, bez uprzedniego ogłoszenia, zamówienia na usługi pomocy, powtórzyło się w latach późniejszych po roku 2001, czyli przed wniesieniem niniejszej skargi.
37. W tym względzie należy stwierdzić, że Komisja nie była w stanie podważyć twierdzeń Republiki Greckiej, według których w owych latach rzeczony usługi pomocy były świadczone w trybie postępowania radykalnie odmiennego od tego, które zostało zastosowane w roku 2001.
38. W szczególności Komisja nie była w stanie podważyć twierdzenia pełnomocnika rządu greckiego, który podczas rozprawy, przedstawiając potwierdzające to dokumenty złożone przez ten rząd w odpowiedzi na pytanie zadane w tym celu przez Trybunał, oświadczył, że w latach późniejszych po roku 2001 budżet państwa nie przewidywał żadnego wynagrodzenia za usługi pomocy świadczone przez UCA, które od tej pory otrzymywały zapłatę od każdego rolnika z osobna za konkretne usługi świadczone temu rolnikowi.
39. Wynika z tego, że mając na względzie dowody przedstawione Trybunałowi, Komisja nie była w stanie wykazać w wystarczającym stopniu wymaganym prawem, że w kolejnych latach Republika Grecka ponownie dopuściła się uchybienia zarzucanego jej przez Komisję w odniesieniu do roku 2001.
40. Co się wreszcie tyczy argumentacji Komisji, zgodnie z którą jej skargę należy uznać za dopuszczalną ze względu na utrzymywanie się niezgody między nią samą a Republiką Grecką w kwestii wykładni dyrektywy 92/50 pod kątem cech szczególnych rozpatrywanych zamówień publicznych, wystarczy stwierdzić, że ta jedynie okoliczność nie może przesądzić o dopuszczalności skargi.
41. W tych okolicznościach skargę Komisji należy odrzucić jako niedopuszczalną.

W przedmiocie kosztów

42. Zgodnie z art. 69 § 2 regulaminu kosztami zostaje obciążona, na żądanie strony przeciwnej, strona przegrywająca sprawę. Ponieważ Republika Grecka wniosła o obciążenie Komisji kosztami postępowania, a Komisja przegrała sprawę, należy obciążyć ją kosztami postępowania.

Z powyższych względów Trybunał (druga izba) orzeka, co następuje:

- 1) Skarga zostaje odrzucona jako niedopuszczalna.**
- 2) Komisja Wspólnot Europejskich zostaje obciążona kosztami postępowania.**

Podpisy

Orzeczenie z dnia 11 października 2007 r. w sprawie C-241/06
Lämmerzahl

WYROK TRYBUNAŁU (trzecia izba)
z dnia 11 października 2007 r.(*)

Zamówienia publiczne – Dyrektywa 89/665/EWG – Postępowanie odwoławcze w zakresie postępowań przetargowych – Termin – Zasada skuteczności

W sprawie C-241/06

mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 234 WE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen (Niemcy) postanowieniem z dnia 18 maja 2006 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 30 maja 2006 r., w postępowaniu:

Lämmerzahl GmbH

przeciwko

Freie Hansestadt Bremen,

TRYBUNAŁ (trzecia izba),

w składzie: A. Rosas, prezes izby, J.N. Cunha Rodrigues (sprawozdawca), J. Klučka, P. Lindh i A. Arabadjiev, sędziowie,

rzecznik generalny: E. Sharpston,

sekretarz: J. Swedenborg, administrator,

uwzględniając procedurę pisemną i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 28 marca 2007 r.,

rozważywszy uwagi przedstawione:

- w imieniu Lämmerzahl GmbH przez A. Kusa, Rechtsanwalt,
- w imieniu Freie Hansestadt Bremen przez W. Dierksa i J. van Dyka, Rechtsanwälte,
- w imieniu Republiki Litewskiej przez D. Kriaučiūnasa, działającego w charakterze pełnomocnika,
- w imieniu Republiki Austrii przez M. Fruhmanna, działającego w charakterze pełnomocnika,
- w imieniu Komisji Wspólnot Europejskich przez X. Lewisa i B. Schimę, działających w charakterze pełnomocników,

po zapoznaniu się z opinią rzecznika generalnego na posiedzeniu w dniu 7 czerwca 2007 r.,

wydaje następujący

Wyrok

1. Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni 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, str. 33), zmienionej dyrektywą Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnoszącą się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi (Dz.U. L 209, str. 1, zwanej dalej „dyrektywą 89/665”).

2. Wniosek ten złożony został w ramach sporu toczącego się między przedsiębiorstwem Lämmerzahl GmbH (zwanym dalej „Lämmerzahl”) a Freie Hansestadt Bremen (zwanym dalej „Bremą”) w przedmiocie postępowania przetargowego.

Ramy prawne

Prawo wspólnotowe

3. Artykuł 1 dyrektywy 89/665 stanowi:

„Państwa członkowskie podejmują środki niezbędne dla zapewnienia, w odniesieniu do procedur udzielania zamówień objętych dyrektywami 71/305/EWG, 77/62/EWG i 92/50/EWG, że decyzje podjęte przez instytucje zamawiające podlegają efektywnemu oraz, w szczególności, możliwie szybkiemu postępowaniu odwoławczemu, zgodnie z warunkami określonymi w poniższych artykułach, w szczególności zgodnie z art. 2 ust. 7, z powodu naruszenia przez takie decyzje prawa wspólnotowego w dziedzinie zamówień publicznych lub krajowych przepisów wdrażających to prawo.

[...]

3. Państwa członkowskie zapewniają, że procedury odwoławcze, zgodnie ze szczegółowymi przepisami, które państwa członkowskie mogą wprowadzić, dostępne są, co najmniej każdemu podmiotowi, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia publicznego na dostawy lub roboty budowlane, w przypadku gdy taki podmiot doznał uszczerbku lub zagraża mu doznanie uszczerbku w wyniku domniemanego naruszenia przepisów. W szczególności państwa członkowskie mogą wymagać od podmiotu, który zamierza skorzystać ze środków odwoławczych, uprzedniego powiadomienia instytucji zamawiających o domniemanym naruszeniu przepisów oraz o zamiarze skorzystania ze środków odwoławczych”.
4. W myśl art. 5 ust. 1 dyrektywy Rady 93/36/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy (Dz.U. L 199, str. 1), zmienionej dyrektywą Komisji 2001/78/WE z dnia 13 września 2001 r. (Dz.U. L 285, str. 1, zwanej dalej „dyrektywą 93/36”):
 - „1. a) Tytuły II, III i IV oraz art. 6 i 7 mają zastosowanie do zamówień publicznych na dostawy, udzielanych przez:
 - i) instytucje zamawiające, określone w art. 1 lit. b), [...] w przypadku gdy wartość szacunkowa bez podatku VAT wynosi nie mniej niż równowartość w [EUR] 200 000 specjalnych praw ciągnięcia (SDR);
[...]
 - b) Niniejsza dyrektywa ma zastosowanie do zamówień publicznych na dostawy, których wartość szacunkowa jest równa lub przekracza dany próg w chwili publikacji ogłoszenia zgodnie z art. 9 ust. 2.
[...].”
5. Artykuł 9 ust. 4 zdanie pierwsze dyrektywy 93/36, znajdujący się w tytule III tej dyrektywy stanowi:

„Ogłoszenia są sporządzane zgodnie ze wzorami podanymi w załączniku IV i zawierają informacje wymagane w tych wzorach”.

6. Wzór ogłoszenia o zamówieniu zamieszczony w załączniku IV do dyrektywy 93/36 zawiera następujące pozycje:

„II.2) Wielkość lub zakres zamówienia

II.2.1) Całkowita wielkość lub zakres zamówienia (z uwzględnieniem wszystkich części i opcji, o ile dotyczy)

[...]

II.2.2) Opcje (*o ile dotyczy*). Opis i moment, w którym mogą być wykorzystane (*o ile możliwe*)

[...]

II.3) Czas trwania zamówienia lub termin wykonania

Okres w miesiącach [...] i/lub w dniach [...] (licząc od momentu udzielenia zamówienia)

Lub Data rozpoczęcia [...] i/lub zakończenia [...] (*dd/mm/rrrr*)”.

7. Artykuł 10 ust. 1 i 1a dyrektywy 93/36 stanowi:

„1. W procedurach otwartych termin składania ofert ustalony przez instytucje zamawiające nie jest krótszy niż pięćdziesiąt dwa dni od daty wysłania ogłoszenia.

1a. Termin składania ofert, ustanowiony w ust. 1, może być zastąpiony terminem wystarczająco długim, aby umożliwić zainteresowanym złożenie odpowiednich ofert, i który, zgodnie z ogólną zasadą, nie jest krótszy niż trzydzieści sześć dni, ale w żadnym wypadku nie jest krótszy niż dwadzieścia dwa dni od daty ogłoszenia o zamówieniu, jeśli instytucje zamawiające przesłały ogłoszenie wstępne, przewidziane w art. 9 ust. 1, sformułowane zgodnie ze wzorem zamieszczonym w załączniku IV A (informacja wstępna), do *Dziennika Urzędowego Wspólnot Europejskich*, na co najmniej pięćdziesiąt dwa dni i co najwyżej dwanaście miesięcy przed datą przekazania do *Dziennika Urzędowego Wspólnot Europejskich* ogłoszenia o zamówieniu przewidzianego w art. 9 ust. 2, pod warunkiem że ogłoszenie wstępne zawierało przynajmniej informacje określone we wzorze ogłoszenia z załącznika IV B (procedura otwarta), o ile informacje te były dostępne w chwili publikacji ogłoszenia”.

Prawo krajowe

8. Artykuł 100 ust. 1 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (ustawy o zapobieganiu ograniczeniom konkurencji, zwanej dalej „GWB”) stanowi:

„Tę część ustawy stosuje się jedynie do zamówień, których wartość przekracza progi określone w rozporządzeniach, o których mowa w art. 127 (wartości progowe)”.

9. Art. 107 ust. 3 GWB stanowi:

„Odwołanie jest niedopuszczalne, gdy wnoszący odwołanie już w trakcie postępowania dostrzegł naruszenie przepisów, nie wnosząc na nie niezwłocznie protestu do zamawiającego. Ponadto jest ono niedopuszczalne, jeżeli naruszenie przepisów dotyczących zamówień publicznych, widoczne już na podstawie ogłoszenia, nie zostanie oprotostowane najpóźniej do chwili upływu terminu składania ofert, który określono w tym ogłoszeniu albo terminu ubiegania się o udział w postępowaniu przetargowym”.

10. Artykuł 127 pkt 1 GWB stanowi:

„Rząd federalny, za zgodą Bundesrat, może wydać w drodze rozporządzenia przepisy [...] w celu transponowania do prawa niemieckiego wartości progowych, o których mowa w dyrektywach Wspólnoty Europejskiej dotyczących koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych”.

11. Artykuł 2 pkt 3 Vergabeverordnung (rozporządzenia o udzielaniu zamówień publicznych), w wersji obowiązującej w chwili udzielenia zamówienia będącego przedmiotem sporu przed sądem krajowym, stanowił:

„Wartości progowe wynoszą:

[...]

3. dla wszystkich innych zamówień na dostawy i usługi: 200 000 EUR”.

Postępowanie przed sądem krajowym i pytania prejudycjalne

12. W marcu 2005 r. Brema ogłosiła krajowy przetarg na standardowe oprogramowanie przeznaczone do z informatyzowanej obsługi spraw z zakresu opieki społecznej dla dorosłych i pomocy ekonomicznej.

13. Wskazany w ogłoszeniu o zamówieniu termin składania ofert upływał w dniu 12 kwietnia 2005 r. o godz. 15.

14. W ogłoszeniu o zamówieniu odnoszącym się do tego przetargu nie podano żadnych informacji na temat szacunkowej wartości zamówienia ani też jego wielkości lub zakresu.

15. W ogłoszeniu tym wskazano, że specyfikację dotyczącą będącego przedmiotem sporu w postępowaniu przed sądem krajowym przetargu można ściągnąć ze strony internetowej Bremy i podano jej adres. Specyfikacja ta zawierała następujące stwierdzenie, zatytułowane „Ilość”:

„W dziedzinie pomocy ekonomicznej jest około 200 pracowników rozdzielonych w sposób zdecentralizowany, w pomocy społecznej dla dorosłych jest 45 pracowników w 6 centrach pomocy społecznej, a około 65 pracowników jest w służbach centralnych”.

16. Natomiast formularz, za pomocą którego Brema prosiła oferentów o przedstawienie swoich cen, nie podawał całkowitej liczby licencji, które miały zostać nabyte, i wymagał jedynie, by podać jednostkową cenę poszczególnych licencji.

17. W odpowiedzi na pierwsze zapytanie Lämmerzahl Brema udzieliła jej pismem z dnia 24 marca 2005 r. pewnych informacji, nie podając jednak liczby poszukiwanych licencji.

18. W drugim zapytaniu Lämmerzahl poprosiła Bremę o udzielenie informacji, czy zamawiający pragnie nabyć w sumie 310 licencji, którą to liczbę wywnioskowała na podstawie specyfikacji, dodając do siebie podane w niej liczby, tj. 200, 45 i 65, oraz czy należy przedstawić wartość kwotową oferty z uwzględnieniem wszystkich oferowanych licencji. Pismem z dnia 6 kwietnia 2005 r. Brema odpowiedziała Lämmerzahl, że należy podać „cenę całkowitą, tj. całkowitą cenę licencji (koszty udostępnienia), koszty opieki serwisowej i usług (szkolenia)”.

19. W dniu 8 kwietnia 2005 r. Lämmerzahl złożyła ofertę na kwotę brutto 691 940 EUR, tj. netto 603 500 EUR.

20. Pismem z dnia 6 lipca 2005 r. Brema powiadomiła Lämmerzahl, że jej oferta nie może zostać wybrana, gdyż ocena złożonych ofert wykazała, że nie jest ona najkorzystniejsza z ekonomicznego punktu widzenia.

21. W dniu 14 lipca 2005 r. Lämmerzahl zwróciła się do instytucji zamawiającej z pismem, w którym podnosiła, po pierwsze, że nie przeprowadzono europejskiego przetargu, a po drugie, że oferowane przez nią oprogramowanie nie zostało prawidłowo przetestowane.

22. W dniu 21 lipca 2005 r. Lämmerzahl wniosła odwołanie do Vergabekammer der Freien Hansestadt Bremen (izby ds. zamówień publicznych), podnosząc, że powinien być zostać przeprowadzony przetarg europejski, gdyż przekroczony został próg

200 000 EUR. Utrzymywała ona, że doszła to takiego wniosku dopiero po otrzymaniu opinii prawnej dnia 14 lipca 2005 r. i że z tego względu należy uznać, że jej wniosek został złożony w terminie. Co do meritum, powoływała się ona na niewłaściwe przeprowadzenie przez instytucję zamawiającą testów.

23. Decyzją z dnia 2 sierpnia 2005 r. Vergabekammer der Freien Hansestadt Bremen odrzuciła to odwołanie jako niedopuszczalne. Uznała ona, że nawet przy założeniu przekroczenia właściwego progu, odwołanie jest niedopuszczalne na mocy art. 107 ust. 3 zdanie drugie GWB, ponieważ Lämmerzahl była w stanie stwierdzić na podstawie ogłoszenia o zamówieniu popełnienie naruszenia, na które skarżyła się w odwołaniu. Vergabekammer der Freien Hansestadt Bremen stwierdziła również, że ze względu na to, że wniosek był złożony po terminie, Lämmerzahl nie przysługuje również prawo do wystąpienia ze skargą do sądów właściwych do spraw zamówień publicznych.
24. Lämmerzahl zaskarżyła tę decyzję do Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen (sądu apelacyjnego). Na poparcie swojej skargi podniosła ona, że wbrew stanowisku Vergabekammer der Freien Hansestadt Bremen ogłoszenie o zamówieniu nie pozwalało stwierdzić, że wybrane postępowanie jest niezgodne z prawem z dziedziny udzielania zamówień publicznych. Brema odparła, że z uwagi na swe doświadczenie Lämmerzahl powinna była zdać sobie sprawę, że próg został przekroczony. Lämmerzahl podtrzymała również swe twierdzenia w przedmiocie nieodpowiednich procedur testowania i podniosła, że wybrana oferta zawierała niezgodny z prawem podział kosztów, który powinien spowodować odrzucenie tej oferty. Brema zakwestionowała zasadność obu tych zarzutów.
25. Lämmerzahl wniosowała o przedłużenie zawieszającego skutku odwołania aż do wydania orzeczenia w przedmiocie zarzutów materialnych. Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen oddalił ten wniosek jako bezzasadny decyzją z dnia 7 listopada 2005 r. Podzielił on w tej decyzji zdanie Vergabekammer der Freien Hansestadt Bremen, iż zgodnie z terminem określonym w art. 107 ust. 3 zdanie drugie GWB Lämmerzahl powinna być traktowana, tak jakby wartość spornego zamówienia nie osiągała progu 200 000 EUR, co pozbawiało Lämmerzahl możliwości wystąpienia ze skargą.
26. Brema udzieliła wówczas zamówienia przedsiębiorstwu Prosoz Herten GmbH, z którym podpisała w dniach 6 i 9 marca 2006 r. umowę.
27. W postanowieniu odsyłającym Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen nie podaje wartości zamówienia udzielonego przez Bremę Prosoz Herten GmbH, lecz wskazuje, że „oferty złożone przez wszystkich oferentów dla pierwszego wariantu wynosiły ponad 200 000 EUR (między 232 452,80 a 887 300 EUR lub 3 218 000 EUR), a dla drugiego wariantu tylko jeden oferent z czterech dał cenę poniżej progu, wynoszącą 134 050 EUR (nie licząc kosztów licencji), podczas gdy pozostałe oferty wynosiły między 210 252,80 a 907 300 EUR lub 2 774 800 EUR [...]”.
28. Przed Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen Lämmerzahl utrzymywała, że przyjęte przez ten sąd w orzeczeniu z dnia 7 listopada 2005 r. stanowisko utrudnia dostęp do środków odwoławczych w sposób nieproporcjonalny i niezgodny z dyrektywą 89/665.
29. Sąd ten stwierdza w postanowieniu odsyłającym, że specyficzną cechą zawisłego przed nim postępowania jest to, że w przypadku naruszeń prawa zamówień publicznych dotyczących bezpośrednio wartości zamówienia, a zatem obowiązującego progu, stosowany na mocy art. 107 ust. 3 zdanie drugie GWB termin prowadzi – zgodnie z linią orzeczniczą Kammergericht, przyjętą i rozwiniętą przez Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen w orzeczeniu z dnia 7 listopada 2005 r. – do ogólnego wykluczenia prawa do odwołania.

30. Zdaniem Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen wynika z tego, że jeżeli szacunkowa wartość zamówienia jest od początku ustalona w sposób niezgodny z prawem na zbyt niskim poziomie, osoba, której odwołanie zostanie uznane za złożone po terminie, traci nie tylko prawo do podważenia wyboru zastosowanej procedury lub oszacowania wartości zamówienia, lecz również prawo do odwoływania się od wszelkich innych naruszeń, które samodzielnie nie byłyby objęte skutkami upływu terminu, a więc które mogłyby zostać zbadane, gdyby instytucja zamawiająca postąpiła zgodnie z przepisami.
31. Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen zastanawia się, czy takie stosowanie krajowych przepisów dotyczących terminów nie zagraża w praktyce skuteczności dyrektywy 89/665, a w szczególności czy jest zgodne z art. 1 tej dyrektywy.
32. W tych okolicznościach Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen postanowił zawiesić postępowanie i skierować do Trybunału następujące pytania prejudycjalne:
- „1). Czy z dyrektywą 89/665/EWG, w szczególności z jej art. 1 ust. 1 i 3 zgodne jest, że oferent zostaje ogólnie pozbawiony dostępu do środków odwoławczych od decyzji instytucji zamawiającej, ponieważ nie podniósł, z własnej winy, w terminie określonym w krajowych przepisach, zarzutu naruszenia procedury przetargowej, dotyczącego:
- a) wyboru trybu postępowania przetargowego lub
 - b) prawidłowości ustalenia wartości zamówienia (w sposób oczywisty błędnego oszacowania wartości, względnie niedostatecznie przejrzystego sposobu jej obliczenia),
a na podstawie prawidłowo dokonanego ustalenia wartości zamówienia możliwe byłoby ponowne zbadanie innych naruszeń procedury przetargowej, dla których, jeśli traktować je oddzielnie, termin odwołania jeszcze by nie upłynął?
- 2) Czy należy ustanowić szczególne wymogi dotyczące informacji zawartych w ogłoszeniu o zamówieniu, mających znaczenie dla określenia wartości zamówienia, tak aby z naruszenia procedury udzielania zamówienia związanego z oszacowaniem wartości zamówienia wynikało ogólne wyłączenie ochrony prawnej również wtedy, gdy prawidłowo oszacowana wartość zamówienia przekracza odnośną wartość progową?”.

W przedmiocie pytań prejudycjalnych

W przedmiocie drugiego pytania

33. W drugim pytaniu, które należy rozpatrzyć w pierwszej kolejności, sąd krajowy pragnie się w istocie dowiedzieć, jakie wymagania nakłada prawo wspólnotowe w zakresie, po pierwsze, informacji na temat szacunkowej wartości zamówienia, które powinny się znaleźć w ogłoszeniu o zamówieniu, a po drugie, procedur odwoławczych dostępnych w razie braku tych informacji.
- Argumentacja stron
34. Lämmerzahl nie podaje konkretnie, jakie informacje na temat wartości zamówienia powinny się znaleźć w ogłoszeniu o zamówieniu, lecz podkreśla, że w celu zastosowania terminu niedopuszczalne jest powoływanie się wobec zainteresowanego na informacje, których instytucja zamawiająca nie ujęła w ogłoszeniu o zamówieniu.
35. Rząd litewski uważa, że instytucja zamawiająca ma obowiązek podania w ogłoszeniu o zamówieniu wszelkich informacji dotyczących wielkości zamówienia, które obiektywnie pozwolą oferentom ustalić, czy wartość zamówienia nie osiąga progu określonego we wspólnotowych dyrektywach z dziedziny zamówień publicznych.

36. W podobnym kierunku zmierza Komisja Wspólnot Europejskich, która utrzymuje, że warunki, które muszą zostać spełnione zanim można będzie zastosować termin, a którym prawo krajowe poddaje postępowanie przetargowe, powinny być tak stosowane przez sąd krajowy, by nie uniemożliwiało to lub nie utrudniało nadmiernie zainteresowanym wykonywania praw przysługujących im zgodnie z dyrektywą 89/665.
37. Tezie tej przeciwstawiają się Brema i rząd austriacki, uznając, że dyrektywy wspólnotowe nie wymagają podawania szacunkowej wartości zamówienia w ogłoszeniu, gdyż nie jest to właściwe z punktu widzenia prawidłowego działania konkurencji.

Ocena Trybunału

38. Zgodnie z zawartymi w aktach sprawy informacjami wydaje się, że zamówienie będące przedmiotem sporu przed sądem krajowym jest, jeśli nie zamówieniem na dostawy, to mieszanym zamówieniem na dostawy i usługi, przy czym wartość dostaw jest przeważająca. W takim przypadku właściwe są przepisy wspólnotowych dyrektyw z zakresu zamówień publicznych na dostawy, a nie na usługi.
39. Ponieważ chodzi tu o zamówienia publiczne na dostawy podlegające zakresowi dyrektywy 93/36, treść ogłoszenia o zamówieniu uregulowana była, w chwili gdy miały miejsce okoliczności faktyczne sprawy zawisłej przed sądem krajowym, w art. 9 ust. 4 zdanie pierwsze oraz załączniku IV do dyrektywy 93/36, które to przepisy zostały następnie zastąpione przez art. 36 ust. 1 i załącznik VII A do dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. L 134, str. 114) oraz przez załącznik II do rozporządzenia Komisji (WE) nr 1564/2005 z dnia 7 września 2005 r. ustanawiającego standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w ramach procedur zamówień publicznych zgodnie z dyrektywami 2004/17/WE i 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady (Dz.U. L 257, str. 1).
40. Artykuł 9 ust. 4 zdanie pierwsze dyrektywy 93/36 wymaga, by ogłoszenia były sporządzane zgodnie ze wzorami podanymi w załączniku IV tej dyrektywy i zawierały wymagane w tych wzorach informacje.
41. Wzór ogłoszenia o zamówieniu znajdujący się we wspomnianym załączniku IV wymaga podania całkowitej wielkości lub całkowitego zakresu zamówienia (w tym, w odpowiednim przypadku, wszystkich części i opcji).
42. Wynika z tego, że w ogłoszeniu o zamówieniu dotyczącym zamówienia na dostawy, podlegającym zakresowi dyrektywy 93/36, należy zgodnie z tą dyrektywą podać całkowitą wielkość lub całkowity zakres zamówienia, którego to ogłoszenie dotyczy.
43. Jeśli w danym przypadku nie dochowano by tego obowiązku, oznaczałoby to naruszenie wspólnotowego prawa zamówień publicznych w rozumieniu art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665, mogące skutkować uprawnieniem do wystąpienia z odwołaniem, zgodnie ze wspomnianym przepisem.
44. Na pytanie drugie należy zatem odpowiedzieć w ten sposób, że zgodnie z art. 9 ust. 4 i załącznikiem IV do dyrektywy 93/36 w ogłoszeniu o zamówieniu dotyczącym zamówienia podlegającego zakresowi tej dyrektywy należy podać całkowitą wielkość lub całkowity zakres tego zamówienia. W przypadku braku podania tej informacji powinna istnieć możliwość odwołania na mocy art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665.

W przedmiocie pierwszego pytania

45. W pierwszym pytaniu sąd krajowy pragnie w istocie znaleźć rozwiązanie dwóch problemów. Po pierwsze, pragnie się dowiedzieć, w jakich okolicznościach prawo wspólnotowe dopuszcza, by prawo krajowe ograniczało terminem odwołanie

w przedmiocie wyboru procedury przetargowej lub szacunkowej oceny wartości zamówienia, tj. czynności dokonywanych w początkowych fazach postępowania przetargowego. Po drugie, w przypadku gdyby taki przepis ustanawiający termin był dopuszczalny, sąd ten zastanawia się, czy prawo wspólnotowe dopuszcza, by termin ten został rozciągnięty w sposób ogólny na odwołania dotyczące decyzji instytucji zamawiającej, w tym decyzji podejmowanych w późniejszych fazach postępowania przetargowego.

Argumentacja stron

46. Lämmerzahl utrzymuje, że art. 107 ust. 3 GWB nakłada termin jedynie w przypadku naruszeń, które są „widoczne już na podstawie ogłoszenia”, co jej zdaniem należy interpretować wąsko. Podnosi, że w sprawie przed sądem krajowym wyciągnięcie z informacji znajdujących się w ogłoszeniu o zamówieniu wniosku, że szacunkowa wartość zamówienia przekracza próg wyznaczony we wspólnotowych dyrektywach i że w związku z tym błędnie wybrano krajową procedurę przetargową, było niemożliwe. Przez to, że obowiązywał ją termin, chociaż z podanych przez instytucję zamawiającą informacji nie mogła wywnioskować faktu naruszenia reguł wspólnotowych, została ona pozbawiona skutecznego środka odwoławczego, co jest niezgodne z dyrektywą 89/665.
47. Rząd litewski podkreśla podobnie, że zgodnie z tą dyrektywą należy zapewnić zainteresowanym prawo do skutecznego środka odwoławczego. Tak więc jeśli nie uzyskali oni obiektywnej i pełnej informacji na temat wielkości danego zamówienia, termin może rozpocząć bieg dopiero w chwili, gdy dowiedzą się lub będą w stanie się dowiedzieć, iż wybrana procedura jest nieodpowiednia. W razie wątpliwości, czy osiągnięty został próg obowiązujący zgodnie z dyrektywami wspólnotowymi, powinno się stosować dyrektywę 89/665.
48. Rząd austriacki i Komisja uważają, że krajowe przepisy, takie jak przepisy będące przedmiotem sporu przed sądem krajowym, są zgodne z dyrektywą 89/665 pod pewnymi warunkami. Rząd austriacki uważa, że przepisy te są zgodne z dyrektywą wyłącznie, jeżeli ustanowiony w nich termin jest rozsądny, a instytucja zamawiająca poprzez swe zachowanie nie uniemożliwiła lub nie utrudniła nadmiernie skorzystania z prawa do odwołania. Z kolei Komisja podnosi, że takie przepisy krajowe są zgodne z prawem wspólnotowym, pod warunkiem że oferentowi przysługuje skuteczny środek odwoławczy pozwalający zaskarżyć do sądu wszelkie naruszenia podstawowych zasad wynikających z traktatu WE.
49. Brema uważa, że dyrektywa 89/665 zgodnie z udzielaną przez Trybunał wykładnią pozwala państwom członkowskim na ustanowienie terminów obowiązujących w przypadku protestów dotyczących postępowań przetargowych. Artykuł 107 ust. 3 GWB jest zgodny z tą dyrektywą, nawet w razie gdy instytucja zamawiająca udzieliła mylnych informacji w celu ustalenia wartości zamówienia. Zdaniem Bremy, jeżeli jest możliwe, by oferent oszacował na podstawie informacji znajdujących się w ogłoszeniu o zamówieniu bądź nawet na podstawie braku właściwych informacji, że wartość zamówienia jest wyższa, a nie wystąpił z odwołaniem, to nie wynika z tego, że co do zasady wykluczono jego prawo do środka odwoławczego.

Ocena Trybunału

50. Jeśli chodzi o pierwszy aspekt tego pytania, należy przypomnieć, że dyrektywa 89/665 nie stoi na przeszkodzie przepisom krajowym stanowiącym, że wszelkie odwołania od decyzji instytucji zamawiających powinny być wnoszone w określonym terminie i że na wszelkie nieprawidłowości postępowania przetargowego podnoszone na poparcie tego odwołania powinno się powoływać w tym terminie, pod groźbą bezskuteczności, tak że po upływie tego terminu nie można już zakwestionować

danej decyzji lub podnieść nieprawidłowości, o ile wspomniany termin jest rozsądny (wyroki z dnia 12 grudnia 2002 r. w sprawie C-470/99 *Universale-Bau i in.*, Rec. str. I-11617, pkt 79, i z dnia 27 lutego 2003 r. w sprawie C-327/00 *Santex*, Rec. str. I-1877, pkt 50).

51. Stanowisko to wynika stąd, że pełna realizacja celu dyrektywy 89/665 byłaby zagrożona, gdyby pozwolono kandydatom i oferentom na powoływanie się na naruszenia reguł przetargowych na dowolnym etapie postępowania przetargowego, zmuszając w ten sposób instytucję zamawiającą do powtórzenia całego postępowania w celu naprawienia tych naruszeń (ww. wyrok w sprawie *Universale-Bau i in.*, pkt 75).
52. Natomiast krajowe terminy, wraz ze sposobami ich stosowania, nie powinny same z siebie móc praktycznie uniemożliwić lub nadmiernie utrudnić zainteresowanemu skorzystania z praw przysługujących mu w danym przypadku na mocy prawa wspólnotowego (ww. wyrok w sprawie *Santex*, pkt 55, podobnie zob. również ww. wyrok w sprawie *Universale-Bau i in.*, pkt 73).
53. Należy więc zbadać, czy stosowanie takiego terminu jak termin zawarty w przepisie będącym przedmiotem sporu przed sądem krajowym można uznać za rozsądne, czy też przeciwnie, za praktycznie uniemożliwiające lub nadmiernie utrudniające korzystanie z praw, które przysługują zainteresowanemu na mocy prawa wspólnotowego.
54. Z akt sprawy wynika, że poprzez kolejne zapytania i podejmowane przez siebie działania *Lämmerzahl* starała się uzyskać potwierdzenie swoich domysłów, poczynionych na podstawie dokumentacji przetargowej i obarczonych brakiem pewności, że zamówienie dotyczy 310 licencji i działalności szkoleniowej. Mimo to nawet ostatnia odpowiedź instytucji zamawiającej, tj. pismo z dnia 6 kwietnia 2005 r., wciąż była w tym względzie niejasna, dwuznaczna i wymijająca.
55. Ogłoszenie o przetargu niezawierające żadnych informacji o szacunkowej wartości zamówienia, a następnie wymijające odpowiedzi instytucji zamawiającej wobec zapytań potencjalnego oferenta, jak to przedstawiono w sporze przed sądem krajowym, należy uznać, biorąc pod uwagę istnienie terminu, za nadmiernie utrudniające korzystanie przez zainteresowanego oferenta z praw, które mu przysługują we wspólnotowym porządku prawnym (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie *Santex*, pkt 61).
56. Wynika z tego, że chociaż krajowy przepis ustanawiający termin taki jak ten, który znajduje się w art. 107 ust. 3 zdanie drugie *GWB*, można zasadniczo uznać za zgodny z prawem wspólnotowym, to jego zastosowanie do oferenta w takich okolicznościach jak okoliczności sprawy przed sądem krajowym nie spełnia wymogu skuteczności wynikającego z dyrektywy 89/665.
57. Należy uznać, że dyrektywa 89/665, a w szczególności art. 1 ust. 1 i 3, stoi na przeszkodzie temu, by termin ustanowiony w prawie krajowym był stosowany w ten sposób, żeby odmówić oferentowi dostępu do środka odwoławczego w przedmiocie wyboru procedury przetargowej lub oszacowania wartości zamówienia, jeżeli instytucja zamawiająca nie wskazała zainteresowanemu jasno całkowitej wielkości lub całkowitego zakresu tego zamówienia.
58. Jeśli chodzi o drugi aspekt pierwszego pytania, należy stwierdzić, że art. 107 ust. 3 zdanie drugie *GWB* wyznacza jako chwilę upływu terminu upływ terminu zgłoszenia do udziału w przetargu lub składania ofert. Z tego powodu wydaje się, że przepis ten powinien obowiązywać jedynie w odniesieniu do nieprawidłowości, które można stwierdzić przed upływem tych terminów. Nieprawidłowości takie mogą obejmować nieścisłości w oszacowaniu wartości zamówienia lub błędny wybór procedury przetargowej. Nie mogą one natomiast dotyczyć sytuacji, które teoretycznie mogą się pojawić jedynie na późniejszych etapach postępowania przetargowego.

59. W postępowaniu przed sądem krajowym skarżąca podnosi – poza tym, że brakowało informacji na temat wartości zamówienia i że błędnie wybrano procedurę przetargową – nieprawidłowości dotyczące, po pierwsze, finansowej prezentacji wygrywiającej oferty, a po drugie, testów prowadzonych na oferowanym przez nią oprogramowaniu. Nieprawidłowość w zakresie prezentacji finansowej jednej z ofert można zaś stwierdzić jedynie po otwarciu kopert z ofertami. Podobnie rzecz się ma w przypadku testów oferowanego oprogramowania. Tego typu nieprawidłowości mogą nastąpić dopiero po upływie terminu określonego takim przepisem jak sporny przepis w postępowaniu przed sądem krajowym.
60. Z postanowienia odsyłającego wynika, że w swym orzeczeniu z dnia 7 listopada 2005 r. Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen zastosował termin będący przedmiotem sporu przed sądem krajowym w ten sposób, że objął nim wszystkie decyzje, które mogły zostać podjęte przez instytucję zamawiającą w przeciągu całego postępowania przetargowego.
61. Tego rodzaju stosowanie terminu praktycznie uniemożliwia skorzystanie z przysługujących zainteresowanemu na mocy prawa wspólnotowego praw w zakresie nieprawidłowości, które mogą nastąpić dopiero po upływie terminu składania ofert. Zatem jest ono niezgodne z dyrektywą 89/665, a w szczególności z art. 1 ust. 1 i 3.
62. Rolą sądu krajowego jest nadanie prawu wewnętrznemu, które ma on stosować, o ile to tylko możliwe, wykładni zgodnej z celem dyrektywy 89/665 (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Santex, pkt 62 i 63).
63. Jeżeli taka wykładnia, zgodna z celem dyrektywy 89/665, jest niemożliwa, sąd krajowy nie powinien stosować krajowych przepisów sprzecznych z tą dyrektywą (wyrok z dnia 9 marca 1978 r. w sprawie 106/77 Simmenthal, Rec. str. 629, pkt 24, i ww. wyrok w sprawie Santex, pkt 64). Artykuł 1 ust. 1 dyrektywy 89/665 jest bowiem sformułowany w sposób bezwarunkowy i wystarczająco precyzyjny, by można było powołać się na niego przeciwko danej instytucji zamawiającej (zob. podobnie wyrok z dnia 2 czerwca 2005 r. w sprawie C-15/04 Koppensteiner, Rec. str. I-4855, pkt 38).
64. W świetle powyższych rozważań na pierwsze pytanie należy odpowiedzieć w ten sposób, że dyrektywa 89/665, a w szczególności art. 1 ust. 1 i 3, stoi na przeszkodzie temu, by termin nałożony przepisem prawa krajowego był stosowany w taki sposób, że odmawia się oferentowi dostępu do środka odwoławczego w przedmiocie wyboru procedury przetargowej lub oszacowania wartości zamówienia, jeżeli instytucja zamawiająca nie wskazała zainteresowanemu jasno całkowitej wielkości lub całkowitego zakresu tego zamówienia. Wspomniane przepisy tej dyrektywy stoją również na przeszkodzie temu, by podobny przepis został rozciągnięty w sposób ogólny na środki odwoławcze dotyczące decyzji instytucji zamawiającej, w tym decyzji wydanych na etapach postępowania przetargowego następujących po upływie wyznaczonego terminu.

W przedmiocie kosztów

65. Dla stron postępowania przed sądem krajowym niniejsze postępowanie ma charakter incydentalny, dotyczy bowiem kwestii podniesionej przed tym sądem; do niego zatem należy rozstrzygnięcie o kosztach. Koszty poniesione w związku z przedstawieniem uwag Trybunałowi, inne niż poniesione przez strony postępowania przed sądem krajowym, nie podlegają zwrotowi.

Z powyższych względów Trybunał (trzecia izba) orzeka, co następuje:

- 1) **Zgodnie z art. 9 ust. 4 i załącznikiem IV do dyrektywy Rady 93/36/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy, zmienionej dyrektywą Komisji 2001/78/WE z dnia 13 września 2001 r. w ogłoszeniu o zamówieniu dotyczącym zamówienia podlegającego**

zakresowi tej dyrektywy należy podać całkowitą wielkość lub całkowity zakres tego zamówienia. W przypadku braku podania tej informacji powinna istnieć możliwość odwołania na mocy 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, zmienionej dyrektywą Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnoszącą się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi.

- 2). Dyrektywa 89/665, zmieniona dyrektywą 92/50, a w szczególności art. 1 ust. 1 i 3, stoi na przeszkodzie temu, by termin nałożony przepisem prawa krajowego był stosowany w taki sposób, że odmawia się oferentowi dostępu do środka odwoławczego w przedmiocie wyboru procedury przetargowej lub oszacowania wartości zamówienia, jeżeli instytucja zamawiająca nie wskazała zainteresowanemu jasno całkowitej wielkości lub całkowitego zakresu tego zamówienia. Wspomniane przepisy tej dyrektywy stoją również na przeszkodzie temu, by podobny przepis został rozciągnięty w sposób ogólny na środki odwoławcze dotyczące decyzji instytucji zamawiającej, w tym decyzji wydanych na etapach postępowania przetargowego następujących po upływie wyznaczonego terminu.

Podpisy

Orzeczenie z dnia 13 listopada 2007 r. w sprawie C-507/03
Komisja przeciwko Irlandii

WYROK TRYBUNAŁU (wielka izba)
z dnia 13 listopada 2007 r. (*)

Zamówienia publiczne – Artykuły 43 WE i 49 WE – Dyrektywa 92/50/EWG – Udzielenie zamówienia publicznego poczcie irlandzkiej An Post bez uprzedniej publikacji ogłoszenia – Niewątpliwy przedmiot zainteresowania o charakterze transgranicznym – Przejrzystość

W sprawie C-507/03

mającej za przedmiot skargę o stwierdzenie, na podstawie art. 226 WE, uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego, wniesioną w dniu 1 grudnia 2003 r.,

Komisja Wspólnot Europejskich, reprezentowana przez X. Lewisa i K. Wiednera, działających w charakterze pełnomocników, wspieranych przez J. Flynną, QC, z adresem do doręczeń w Luksemburgu,

strona skarżąca,

przeciwko

Irlandii, reprezentowanej przez D. O'Hagana, działającego w charakterze pełnomocnika, wspieranego przez E. Regana i B. O'Moore'a, SC, oraz C. O'Toole'a, barrister, z adresem do doręczeń w Luksemburgu,

strona pozwana,

popieranej przez:

Królestwo Danii, reprezentowane przez J. Moldego i A. Jacobsena, działających w charakterze pełnomocników,

Republikę Francuską, reprezentowaną przez G. de Berguesa, D. Petrauscha i S. Ramet, działających w charakterze pełnomocników,

Królestwo Niderlandów, reprezentowane przez H.G. Sevenster, C. Wissels i P. van Ginnekena, działających w charakterze pełnomocników,

Republikę Finlandii, reprezentowaną przez A. Guimaraes-Purokoski, działającą w charakterze pełnomocnika,

interwienienci,

TRYBUNAŁ (wielka izba),

w składzie: V. Skouris, prezes, P. Jann, C.W.A. Timmermans, A. Rosas, G. Arestis i U. Lõhmus, prezesi izb, J.N. Cunha Rodrigues, R. Silva de Lapuerta, J. Makarczyk (sprawozdawca), A. Borg Barthet, M. Ilešič i J. Malenovský, J. Klučka sędziowie,

rzecznik generalny: C. Stix-Hackl

sekretarz: K. Sztranc-Sławiczek, administrator,

uwzględniając procedurę pisemną i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 4 kwietnia 2006 r.,

po zapoznaniu się z opinią rzecznika generalnego na posiedzeniu w dniu 14 września 2006 r.,

wydaje następujący

Wyrok

1. Komisja Wspólnot Europejskich wnosi w skardze do Trybunału o stwierdzenie, że podejmując decyzję o zleceniu, bez uprzedniego ogłoszenia, świadczenia usług wypłaty świadczeń socjalnych An Post, poczcie irlandzkiej, Irlandia uchybiła zobowiązaniom, które na niej ciąży na mocy art. 43 WE i 49 WE oraz ogólnych zasad prawa wspólnotowego w związku z zamówieniem dotyczącym świadczenia tego rodzaju usług.

Ramy prawne

2. Z motywu dwudziestego dyrektywy Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnoszącej się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi (Dz.U. L 209, str. 1) wynika, że:

„[...] w celu wyeliminowania praktyk ogólnie ograniczających konkurencję oraz ograniczających w szczególności udział w zamówieniach obywateli innych państw członkowskich niezbędna jest poprawa dostępu usługodawców do procedur udzielania zamówień”.
3. Artykuł 3 ust. 2 dyrektywy 92/50 stanowi:

„Instytucje zamawiające zapewniają, aby nie istniała dyskryminacja między różnymi usługodawcami”.
4. Dyrektywa 92/50 przewiduje w tytule II tak zwane dwa poziomy stosowania. Zgodnie z art. 8 zamówień, których przedmiotem są usługi wymienione w załączniku I A do tej dyrektywy, udziela się zgodnie z przepisami tytułów III–VI, to jest art. 11–37. Natomiast zgodnie z art. 9 tej dyrektywy „zamówień, których przedmiotem są usługi wymienione w załączniku I B, udziela się zgodnie z art. 14 i 16”.
5. Artykuł 14 dyrektywy 92/50 określa szczegółowe zasady dotyczące specyfikacji technicznych, które powinny być zawarte w dokumentacji przetargowej.
6. Artykuł 16 dyrektywy stanowi:
 - „1. Instytucje zamawiające, które udzieliły zamówienia publicznego lub przeprowadziły konkurs na projekt, przesyłają ogłoszenie o wynikach przeprowadzonego postępowania do Urzędu ds. Publikacji Urzędowych Wspólnot Europejskich [(OPOCE)].
[...]
 3. W przypadku zamówień publicznych na usługi, wymienionych w załączniku I B, instytucja zamawiająca wskazuje w zamówieniu, czy zgadza się na jego opublikowanie.
 4. Komisja opracowuje reguły dotyczące ustanowienia regularnych sprawozdań na podstawie ogłoszeń określonych w ust. 3 i dotyczące publikacji takich sprawozdań zgodnie z procedurą określoną w art. 40 ust. 3.
[...]
7. Artykuł 43 dyrektywy stanowi:

„Nie później niż trzy lata po terminie wykonania niniejszej dyrektywy Komisja, działając w ścisłej współpracy z komitetami, określonymi w art. 40 ust. 1 oraz 2, dokonuje przeglądu sposobu funkcjonowania niniejszej dyrektywy, włączając skutki stosowania dyrektywy do zamówień na usługi wymienione w załączniku I A oraz przepisy dotyczące norm technicznych. Komisja w szczególności ocenia perspektywę pełnego stosowania dyrektywy do zamówień na inne usługi wymienione w załączniku I B oraz skutki wykonywania usług w ramach relacji pomiędzy instytucjami zamawiającymi usługi na efektywne otwarcie rynku zamówień w tej dziedzinie. Komisja odpowiednio przedstawia niezbędne wnioski do dostosowania dyrektywy”.
8. Załącznik I B do tejże dyrektywy zawiera listę kategorii usług.

Okoliczności prowadzące do wniesienia skargi i postępowanie poprzedzające jej wniesienie

9. W dniu 4 grudnia 1992 r. irlandzki minister do spraw społecznych udzielił An Post, nie ogłaszając przedtem przetargu, zamówienia, zgodnie z którym beneficjenci świadczeń socjalnych mogą podejmować w oddziałach poczty należne im kwoty.
10. Pierwotnie umowa obowiązywała w okresie od 1 stycznia 1992 r. do 31 grudnia 1996 r. W maju 1997 r. została przedłużona do dnia 31 grudnia 1999 r. W maju 1999 r. władze irlandzkie zatwierdziły kolejne przedłużenie tej umowy na okres od dnia 1 stycznia 2000 r. do dnia 31 grudnia 2002 r.
11. W następstwie skargi Komisja zaczęła korespondować z Irlandią w październiku 1999 r.
12. Na skutek interwencji Komisji i oczekując na odpowiedź na podniesione przez tę instytucję kwestie, Irlandia nie przedłużyła oficjalnie umowy zawartej z An Post. Aby jednak nie nastąpiła przerwa w wypłacie świadczeń socjalnych, An Post nadal świadczy te usługi na zasadzie ad hoc.
13. Irlandia w ramach postępowania na podstawie art. 226 WE, zdaniem Komisji, nie zaproponowała żadnego rozwiązania zaistniałego problemu. Komisja uznała bowiem w świetle odpowiedzi udzielonych przez to państwo członkowskie na wezwanie do usunięcia uchybienia z dnia 26 czerwca 2002 r. i na uzasadnioną opinię z dnia 17 grudnia 2002 r., że zawarcie nowej umowy z An Post jest niezgodne z postanowieniami traktatu WE i w związku z tym wniosła skargę w niniejszej sprawie.

W przedmiocie skargi

Argumentacja stron

14. Komisja uważa, że Irlandia naruszyła art. 43 WE i 49 WE oraz ogólne zasady przejrzystości, równości i niedyskryminacji. Twierdzi w skardze, że normy te obowiązują w stosunku do państw członkowskich obok obowiązków określonych w art. 14 i 16 dyrektywy 92/50.
15. W swej analizie opiera się ona na szeregu orzeczeń Trybunału, dowodzących jej zdaniem, że na prawo pierwotne można powoływać się obok zobowiązań przewidzianych dyrektywą (wyrok z dnia 7 grudnia 2000 r. w sprawie C-324/98 *Telaustria i Telefonadress*, Rec. str. I-10745; postanowienie z dnia 3 grudnia 2001 r. w sprawie C-59/00 *Vestergaard*, Rec. str. I-9505, i wyrok z dnia 18 czerwca 2002 r. w sprawie C-92/00 *HI*, Rec. str. I-5553).
16. Irlandia kwestionuje analizę dokonaną przez Komisję i utrzymuje, że gdy ustawodawca wspólnotowy przyjmuje wyraźne przepisy regulujące szczegółowe zagadnienia, przepisów tych nie można lekceważyć, pomijać lub ignorować z racji stosowania ogólnych reguł. Przepisy szczególne powinny bowiem mieć pierwszeństwo przed przepisami ogólnymi. Poprzez swe działanie Komisja dąży więc do rozciągnięcia obowiązków państw członkowskich w dziedzinie zamówień publicznych na usługi.
17. Ponadto Irlandia podnosi beczynność Komisji w sferze legislacyjnej w tym zakresie, choć były przez nią podejmowane liczne konsultacje w przedmiocie zmian dyrektywy 92/50, a od czasu jej przyjęcia dokonano w niej szeregu zmian. Sposób postępowania Komisji narusza zdaniem Irlandii ogólne zasady uzasadnionych oczekiwań i pewności prawa.
18. Komisja odpiera tą argumentację w myśl zasady, że prawo pochodne ma charakter wtórny wobec prawa pierwotnego. Jakakolwiek zmiana dyrektywy 92/50 nie miała by zatem żadnego wpływu na zobowiązania Irlandii.

19. Królestwo Danii, Republika Francuska, Królestwo Niderlandów i Republika Finlandii poparty Irlandię w charakterze interwenientów.
20. Zdaniem Królestwa Niderlandów instytucje zamawiające obowiązują jedynie ograniczony wymóg przejrzystości. Dla Królestwa Danii i Republiki Finlandii w wersjach językowych wyroków, które przytacza Komisja istnieje różnica pozwalająca ograniczyć ich zasięg. Zdaniem Republiki Francuskiej ograniczenie zobowiązań państw członkowskich znajduje potwierdzenie w dyrektywie 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. L 134, str. 114), utrzymującej w mocy rozróżnienie wprowadzone w dyrektywie 92/50.

Ocena Trybunału

21. Na wstępie należy stwierdzić, że żadna ze stron nie kwestionuje faktu, iż w niniejszym przypadku zamówienie jest objęte zakresem przedmiotowym dyrektywy 92/50 i że omawiane usługi wypłaty świadczeń socjalnych zaliczają się do kategorii usług niepriorytetowych, o których mowa w załączniku I B do tej dyrektywy.
22. Zgodnie z art. 9 dyrektywy 92/50 „zamówień, których przedmiotem są usługi wymienione w załączniku I B, udziela się zgodnie z art. 14 i 16”.
23. Przepisy szczególne zawarte w art. 14 i 16 dyrektywy 92/50 nakazują instytucjom zamawiającym, odpowiednio, określać specyfikacje techniczne poprzez odniesienie do norm krajowych wdrażających normy europejskie, które muszą znaleźć się w ogólnej dokumentacji lub w dokumentacji dotyczącej każdego zamówienia oraz przesyłać ogłoszenie o wynikach przeprowadzonego postępowania do OPOCE.
24. A więc z art. 9 w związku z art. 14 i 16 dyrektywy 92/50 wynika, że gdy przedmiotem zamówień, tak jak w niniejszym przypadku, są usługi wymienione w załączniku I B, instytucje zamawiające obowiązują jedynie wymóg określania specyfikacji technicznych poprzez odniesienie do norm krajowych wdrażających normy europejskie, które muszą znaleźć się w ogólnej dokumentacji lub w dokumentacji dotyczącej każdego zamówienia oraz przysyłania ogłoszenia o wynikach przeprowadzonego postępowania do OPOCE. Natomiast pozostałe reguły proceduralne przewidziane w tej dyrektywie, w szczególności zaś wymogi dotyczące organizacji przetargu z uprzednim ogłoszeniem, nie mają do tych zamówień zastosowania.
25. Jeśli bowiem chodzi o usługi wymienione w załączniku I B do dyrektywy 92/50 i z zastrzeżeniem przyszłego przeglądu, o którym jest mowa w art. 43 tej dyrektywy, ustawodawca wspólnotowy wyszedł z założenia, że zamówienia dotyczące tego rodzaju usług nie stanowią a priori ze względu na ich szczególny charakter przedmiotu zainteresowania o charakterze transgranicznym, mogącego uzasadnić wymóg, by udzielano ich w wyniku postępowań przetargowych, które mają umożliwić przedsiębiorstwom z innych państw członkowskich zapoznanie się z ogłoszeniem o zamówieniu i złożenie oferty. Z tego względu dyrektywa 92/50 ogranicza się w odniesieniu do tego rodzaju usług do nakazu ogłaszania ex post.
26. Niemniej bezsporny jest fakt, że udzielanie zamówień publicznych wciąż podlega podstawowym zasadom prawa wspólnotowego, a w szczególności wpisanym do traktatu zasadom w dziedzinie prawa przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie HI, pkt 42).
27. W tym względzie zgodnie z utrwalonym orzecznictwem koordynacja na szczeblu wspólnotowym procedur udzielania zamówień publicznych ma na celu zniesienie przeszkód w swobodnym przepływie usług i towarów, a zatem ochronę podmiotów gospodarczych mających siedzibę w jednym państwie członkowskim, pragnących oferować towary lub usługi instytucjom zamawiającym z siedzibą w innym państwie

- członkowskim (zob. w szczególności wyroki: z dnia 3 października 2000 r. w sprawie C-380/98 University of Cambridge, Rec. str. I-8035, pkt 16, z dnia 18 października 2001 r. w sprawie C-19/00 SIAC Construction, Rec. str. I-7725, pkt 32, i ww. wyrok w sprawie HI, pkt 43).
28. Otóż dyrektywa 92/50 to właśnie ma na celu. Jak wynika z motywu dwudziestego, jej celem jest bowiem wyeliminowanie praktyk ogólnie ograniczających konkurencję oraz ograniczających w szczególności udział w zamówieniach obywateli innych państw członkowskich, poprzez poprawę dostępu usługodawców do procedur udzielania zamówień (zob. ww. wyrok w sprawie HI, pkt 44).
29. Wynika z tego, że systemu ogłoszania, ustanowionego przez wspólnotowego ustawodawcę dla zamówień dotyczących usług wymienionych w załączniku I B, nie można interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie stosowaniu zasad wynikających z art. 43 WE i 49 WE, jeżeli tego rodzaju zamówienia byłyby pomimo wszystko niewątpliwym przedmiotem zainteresowania o charakterze transgranicznym.
30. Także jeżeli zamówienie dotyczące usług wymienionych w załączniku I B stanowi przedmiot takiego zainteresowania, udzielenie tego zamówienia, przy całkowitym braku przejrzystości, przedsiębiorstwu znajdującemu się w państwie członkowskim instytucji zamawiającej stanowi przejaw różnego traktowania na niekorzyść przedsiębiorstw, dla których zamówienie to mogłoby być interesujące, a które znajdują się w innym państwie członkowskim. (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Telaustria i Telefonadress, pkt 60 i 61, i wyrok z dnia 21 lipca 2005 r. w sprawie C-231/03 Coname, Zb.Orz. str. I-7287, pkt 17).
31. O ile takie zróżnicowanie traktowania, które poprzez wykluczenie wszystkich przedsiębiorstw znajdujących się w innym państwie członkowskim działa głównie na ich niekorzyść, nie jest uzasadnione obiektywnymi okolicznościami, stanowi ono przejaw dyskryminacji pośredniej ze względu na przynależność państwową, zakazanej na mocy art. 43 WE i 49 WE (ww. wyrok w sprawie Coname, pkt 19 wraz z przywołanym orzecznictwem).
32. W tych okolicznościach zadaniem Komisji jest wykazanie, że pomimo tego, iż omawiane zamówienie należy do kategorii usług wymienionych w załączniku I B do dyrektywy 92/50, stanowiło ono niewątpliwym przedmiotem zainteresowania jakiegoś przedsiębiorstwa znajdującego się w innym państwie członkowskim niż państwo danej instytucji zamawiającej i że przedsiębiorstwo to, nie mając dostępu do odpowiednich informacji przed udzieleniem zamówienia, nie było w stanie wyrazić zainteresowania tym zamówieniem.
33. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału to bowiem Komisja powinna dostarczyć Trybunałowi wszelkich informacji niezbędnych do tego, by zweryfikował on istnienie uchybienia, i nie może przy tym opierać się na żadnym domniemaniu (zob. podobnie w szczególności wyroki: z dnia 6 listopada 2003 r. w sprawie C-434/01 Komisja przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, Rec. str. I-13239, pkt 21; z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie C-117/02 Komisja przeciwko Portugalii, Rec. str. I-5517, pkt 80, i z dnia 26 kwietnia 2007 r. w sprawie C-135/05 Komisja przeciwko Włochom, dotychczas nieopublikowany w Zbiorze, pkt 26), tu zaś na domniemaniu, że zamówienie dotyczące usług wymienionych w załączniku I B do dyrektywy 92/50 i podlegające regułom określonym w pkt 24 niniejszego wyroku koniecznie musi stanowić niewątpliwym przedmiotem zainteresowania o charakterze transgranicznym.
34. Tymczasem w niniejszym przypadku Komisja nie dostarczyła takich dowodów. Samo wskazanie istnienia skargi, która do niej wpłynęła w związku ze spornym zamówieniem, nie może być bowiem wystarczające w celu wykazania, że zamówienie to stanowiło niewątpliwym przedmiotem zainteresowania o charakterze transgranicznym, i stwierdzenia w związku z tym istnienia uchybienia.

35. Należy zatem stwierdzić, że zlecając, bez uprzedniego ogłoszenia, świadczenie usług wypłaty świadczeń socjalnych An Post, Irlandia nie uchybiła zobowiązaniom, które na niej ciążyą na mocy art. 43 WE i 49 WE oraz na mocy ogólnych zasad prawa wspólnotowego w związku z zamówieniem dotyczącym świadczenia tego rodzaju usług.

36. W związku z tym należy oddalić skargę Komisji.

W przedmiocie kosztów

37. Zgodnie z art. 69 § 2 regulaminu kosztami zostaje obciążona, na żądanie strony przeciwnej, strona przegrywająca sprawę. Ponieważ Irlandia wniosła o obciążenie Komisji kosztami postępowania, a Komisja przegrała sprawę, należy obciążyć ją kosztami postępowania. Zgodnie z art. 69 § 4 akapit pierwszy regulaminu Królestwo Danii, Republika Francuska, Królestwo Niderlandów i Republika Finlandii, które przystąpiły do sprawy w charakterze interwenientów, ponoszą własne koszty.

Z powyższych względów Trybunał (wielka izba) orzeka, co następuje:

- 1) **Skarga zostaje oddalona.**
- 2) **Komisja Wspólnot Europejskich zostaje obciążona kosztami postępowania.**
- 3) **Królestwo Danii, Republika Francuska, Królestwo Niderlandów i Republika Finlandii ponoszą własne koszty.**

Podpisy

Orzeczenie z dnia 13 grudnia 2007 r. w sprawie C-337/06
Bayerischer Rundfunk

WYROK TRYBUNAŁU (czwarta izba)
z dnia 13 grudnia 2007 r.(*)

Dyrektywy 92/50/EWG i 2004/18 WE – Zamówienia publiczne na usługi – Nadawcy publiczni – Instytucje zamawiające – Podmiot prawa publicznego – Przesłanka, zgodnie z którą działalność nadawcy jest „finansowana w przeważającej części przez państwo”

W sprawie C-337/06

mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 234 WE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Oberlandesgericht Düsseldorf (Niemcy) postanowieniem z dnia 21 lipca 2006 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 7 sierpnia 2006 r., w postępowaniu:

Bayerischer Rundfunk,
Deutschlandradio,
Hessischer Rundfunk,
Mitteldeutscher Rundfunk,
Norddeutscher Rundfunk,
Radio Bremen,
Rundfunk Berlin-Brandenburg,
Saarländischer Rundfunk,
Südwestrundfunk,
Westdeutscher Rundfunk,
Zweites Deutsches Fernsehen

przeciwko

GEWA – Gesellschaft für Gebäudereinigung und Wartung mbH,

przy udziale:

Heinz W. Warnecke, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Großbauten Spezial Reinigung,

TRYBUNAŁ (czwarta izba),

w składzie: K. Lenaerts, prezes izby, G. Arestis, R. Silva de Lapuerta, E. Juhász (sprawozdawca) i J. Malenovský, sędziowie,

rzecznik generalny: D. Ruiz-Jarabo Colomer,

sekretarz: B. Fülöp, administrator,

uwzględniając procedurę pisemną i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 14 czerwca 2007 r.,

rozważywszy uwagi przedstawione:

- w imieniu Bayerischer Rundfunk, Deutschlandradio, Hessischer Rundfunk, Mitteldeutscher Rundfunk, Norddeutscher Rundfunk, Radio Bremen, Rundfunk Berlin-Brandenburg, Saarländischer Rundfunk, Südwestrundfunk, Westdeutscher Rundfunk, Zweites Deutsches Fernsehen przez B. Mitrengę, K.-P. Mailändera, Rechtsanwälte, C.-E. Eberlego, J. Betza, Justiziere oraz N. Hütt, Referentin im Justizariat,
- w imieniu GEWA – Gesellschaft für Gebäudereinigung und Wartung mbH przez C. Antweilera oraz K. P. Dreesena, Rechtsanwälte,
- w imieniu rządu niemieckiego przez M. Lumę, działającego w charakterze pełnomocnika,
- w imieniu rządu austriackiego przez M. Fruhmanna, działającego w charakterze pełnomocnika,
- w imieniu rządu polskiego przez E. Ośniecką-Tamecką, działającą w charakterze pełnomocnika,
- w imieniu Komisji Wspólnot Europejskich przez X. Lewisa oraz B. Schimę, działających w charakterze pełnomocników,
- w imieniu Urzędu Nadzoru EFTA przez B. Alterskjæra oraz L. Young, działających w charakterze pełnomocników,

po zapoznaniu się z opinią rzecznika generalnego na posiedzeniu w dniu 6 września 2007 r., wydaje następujący

Wyrok

1. Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni art. 1 lit. b) akapit drugi tiret trzecie wariant pierwszy dyrektywy Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnoszącej się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi (Dz.U. L 209, str. 1).
2. Wniosek ten został złożony w ramach sporu dotyczącego kwestii, czy publiczni nadawcy niemieccy (Landesrundfunkanstalten) są instytucjami zamawiającymi dla celów zastosowania przepisów wspólnotowych dotyczących udzielania zamówień publicznych.

Ramy prawne

Uregulowania wspólnotowe

3. Zgodnie z art. 7 ust. 1 dyrektywy 92/50, dyrektywę tę stosuje się do zamówień publicznych na usługi, których szacunkowa wartość, bez podatku VAT, jest nie mniejsza niż 200 000 ECU.
4. Artykuł 1 lit. b) dyrektywy 92/50 stanowi:

„instytucje zamawiające» oznaczają państwo, jednostki samorządu terytorialnego, podmioty prawa publicznego, związki zawarte przez co najmniej jedną taką jednostkę lub podmiot prawa publicznego.

»Podmiot prawa publicznego« oznacza każdy podmiot:

 - ustanowiony w szczególnym celu zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym, który nie ma charakteru przemysłowego lub handlowego,
 - oraz
 - posiadający osobowość prawną,
 - oraz
 - finansowany w przeważającej części przez państwo, jednostki samorządu terytorialnego lub inne podmioty prawa publicznego, lub jeżeli jego zarząd podlega nadzorowi

ze strony tych instytucji, lub jeżeli ponad połowę składu jego organu administracji, zarządu lub nadzoru stanowią osoby mianowane przez państwo, jednostki samorządu terytorialnego, lub przez inne podmioty prawa publicznego.

Wykazy podmiotów prawa publicznego lub kategorii takich podmiotów spełniających kryteria określone w drugim akapicie niniejszej litery są określone w załączniku I do dyrektywy 71/305/EWG. Wykazy te są wyczerpujące na tyle, na ile to możliwe, i mogą być poddawane przeglądowi zgodnie z procedurą określoną w art. 30b tej dyrektywy”.

5. Przepis ten został przejęty w prawie że identycznym brzmieniu przez art. 1 ust. 9 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. L 134, str. 114). Zgodnie z pierwszym motywem tej dyrektywy, dokonano w niej przeredagowania w jednym tekście różnych dyrektywy mających zastosowanie do procedur udzielania zamówień publicznych w trzech wskazanych dziedzinach i zgodnie z jej art. 80 powinna ona zostać przetransponowana do porządku prawnego państw członkowskich najpóźniej w dniu 31 stycznia 2006 r.
6. Publiczni nadawcy niemieccy nie są wskazani w ani w wymienionym powyżej załączniku, o którym mowa w art. 1 lit. b) akapit trzeci dyrektywy 92/50, ani w załączniku III dyrektywy 2004/18 o analogicznej treści.
7. Zgodnie z art. 1 lit. a) pkt iv) dyrektywy 92/50, z zakresu stosowania przepisów tej dyrektywy są wyłączone:
„zamówienia obejmujące nabycie, przygotowanie, produkcję lub koprodukcję materiałów programowych przez nadawców, jak również zamówienia dotyczące czasu transmisji”.
8. Przepis ten został przejęty przez art. 16 lit. b) dyrektywy 2004/18 o takim samym brzmieniu.
9. Ratio legis wskazanego przepisu zostało wyjaśnione w motywie jedenastym dyrektywy 92/50 o następującym brzmieniu:
„udzielanie zamówień na niektóre usługi audiowizualne w dziedzinie nadawania podlega okolicznościom sprawiającym, iż stosowanie do nich reguł udzielania zamówień nie jest właściwe”.
10. Wskazane ratio legis zostało bliżej wyjaśnione w motywie dwudziestym piątym dyrektywy 2004/18, zgodnie z którym:
„udzielanie zamówień publicznych na pewne nadawcze usługi audiowizualne powinno umożliwiać uwzględnienie aspektów o znaczeniu kulturalnym lub społecznym, co sprawia, że zasady udzielania zamówień nie mają tutaj zastosowania. Z tych właśnie powodów należy uznać za wyjątek zamówienia publiczne na usługi w zakresie zakupu, opracowania, produkcji lub koprodukcji programów gotowych do użycia oraz innych usług przygotowawczych, takich jak usługi związane z pisaniem scenariuszy lub innymi rodzajami twórczości artystycznej niezbędnymi w produkcji programów oraz zamówienia dotyczące czasu antenowego. Wyłączenie to nie powinno jednak mieć zastosowania wobec dostaw urządzeń technicznych niezbędnych do produkcji, koprodukcji oraz nadawania tych programów [...]”.

Uregulowania krajowe

11. Artykuł 1 lit. b) dyrektywy 92/50 został transponowany do prawa krajowego na mocy § 98 ust. 2 ustawy przeciwko ograniczeniom konkurencji (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen). Treść tego przepisu jest identyczna z treścią przepisu wspólnotowego, z wyjątkiem jednej różnicy występującej przy definicji „podmiotu prawa publicznego”,

w zakresie dotyczącym przesłanki finansowania działalności tego podmiotu w przeważającej części przez instytucje publiczne. Różnica ta polega na dodaniu, że to finansowanie może być dokonywane „poprzez udziały lub w inny sposób”.

12. Artykuł 5 ust. 1 akapit drugi konstytucji niemieckiej ma następujące brzmienie:

„Zapewnia się wolność prasy i wolność przekazu informacji za pośrednictwem radia, telewizji i filmu”.

13. W utrwalonym orzecznictwie niemieckich sądów najwyższych, a mianowicie Bundesverfassungsgericht i Bundesverwaltungsgericht, przepis ten jest interpretowany jako całkowity zakaz jakiegokolwiek ingerencji i interwencji władz publicznych w administrowanie i funkcjonowanie nadawców publicznych i jako zobowiązanie do ścisłej neutralności w zakresie dotyczącym programów tych nadawców. Ten przepis konstytucyjny ma centralną pozycję w aktualnym ustroju państwowym Niemiec i jego celem jest zapewnienie, aby działalność nadawcza nie stała się instrumentem politycznym. Stanowi on konstytucyjną gwarancję prawa do swobodnego wyrażania poglądów i pluralizmu w rozpowszechnianiu informacji oraz istnienia, finansowania i rozwoju nadawców publicznych.

14. Wskazani nadawcy są instytucjami prawa publicznego nieposiadającymi osobowości prawnej, którym powierzono zadania leżące w interesie publicznym. Są oni niezależni od władz państwowych, sami kierują swą administracją i są zorganizowani w sposób, który wyklucza wpływ władz publicznych. Zgodnie z orzecznictwem niemieckich sądów najwyższych nadawcy ci nie stanowią części organizacji państwa.

15. Finansowanie wskazanych nadawców jest uregulowane w umowach państwowych (Staatsverträge), które są umowami zawartymi pomiędzy władzą federalną (Bund) i krajami związkowymi.

16. Umowa państwowa dotycząca działalności nadawczej (Rundfunkstaatsvertrag) stanowi w § 12 ust. 1:

„Wyposażenie nadawców publicznych w środki finansowe ma im umożliwić wykonywanie ich zadań konstytucyjnych i ustawowych; ma ono zapewnić w szczególności istnienie i rozwój publicznej działalności nadawczej”.

17. Zgodnie z § 13 wskazanej umowy państwowej, nadawcy publiczni są finansowani w pierwszej kolejności, w części przekraczającej połowę ich potrzeb, z opłat uiszczanych przez obywateli, a w pozostałej części z wpływów z reklam i z innego rodzaju wpływów. Zgodnie z orzecznictwem Bundesverfassungsgericht, finansowanie poprzez opłaty jest dostosowane do publicznego zadania polegającego na świadczeniu usługi publicznej działalności nadawczej i odpowiada konstytucyjnej gwarancji finansowania. Jest to sposób finansowania odpowiadający funkcji nadawców, umożliwiający ochronę ich autonomii w zakresie kształtowania programów przed ewentualną polityczną ingerencją ze strony państwa.

18. Szczegółowe przepisy dotyczące poboru opłat zostały uregulowane w umowie państwowej w sprawie zasad dotyczących opłaty abonamentowej (Staatsvertrag über die Regelung des Rundfunkgebührenwesens) z dnia 31 sierpnia 1991 r. w wersji zmienionej w dniu 11 września 1996 r. (GVBl. NRW 1996, str. 431, zwanej dalej „umową państwową w sprawie opłat”). Zgodnie z tą umową przesłanką powstania obowiązku uiszczenia opłaty jest posiadanie odbiornika. Okoliczność, że odbiornik ten nie jest w rzeczywistości używany, nie ma żadnego wpływu na obowiązek zapłaty. Wierzycielami opłaty są pod względem formalnym regionalni nadawcy mający siedzibę na obszarze danego kraju związkowego.

19. Uregulowania dotyczące wysokości opłaty obliczanej w zależności od ustalonych potrzeb finansowych nadawców publicznych zostały ustanowione w umowie państwowej w sprawie finansowania nadawców (Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrag) z dnia 26 listopada 1996 r. (GVBl. NRW 1996, str. 484). Wysokość opłat jest formalnie zatwierdzana przez parlamenty i rządy krajów związkowych.
20. Na podstawie porozumienia administracyjnego nadawcy publiczni utworzyli centralę poboru opłat, Gebühreneinzugszentrale der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten (zwaną dalej „GEZ”). GEZ stanowi jednostkę prawa publicznego mającą w szczególności za zadanie pobór i rozliczenie opłat. Jednostka ta nie ma osobowości prawnej ani zdolności do podejmowania czynności prawnych i działa w imieniu i na rachunek różnych nadawców regionalnych. Jednakże w zakresie poboru opłat od obywateli GEZ wydaje decyzje nakładające obowiązek zapłaty stanowiące akty administracji publicznej. W związku z tym w przypadku braku uiszczenia opłaty, zgodnie z § 7 ust. 6 umowy państwowej w sprawie opłat, „decyzje dotyczące zaległych opłat abonentowych są wykonywane w administracyjnym postępowaniu egzekucyjnym. Nadawcy regionalni uprawnieni do opłat mają prawo do kierowania wniosków o pomoc w egzekucji bezpośrednio do organu właściwego ze względu na miejsce pobytu lub miejsce stałego zamieszkania dłużnika opłaty [...]”.
21. Kontrola i ustalanie potrzeb finansowych zgłaszanych przez nadawców publicznych zostały powierzone niezależnej komisji, Kommission zur Überprüfung und Ermittlung des Finanzbedarfs der Rundfunkanstalten (zwaną dalej „KEF”). Komisja ta, w której skład wchodzi szesnastu niezależnych rzeczoznawców, otrzymuje i analizuje szacunki w zakresie potrzeb przedstawione przez nadawców publicznych i omawia je z ich przedstawicielami. Komisja ta co dwa lata przedstawia raport stanowiący podstawę dla formalnych decyzji w przedmiocie kwoty opłat wydawanych przez parlamenty i rządy krajów związkowych. Procedura ta, w której obecnie bierze udział KEF, została wprowadzona po wydaniu przez Bundesverfassungsgericht wyroku z dnia 22 lutego 1994 r., na mocy którego procedura wydawania decyzji w przedmiocie kwoty opłaty przez premierów krajów związkowych bez udziału niezależnej komisji nie gwarantowała niezależności zamierzonej w konstytucji.
22. Wpływy z opłat są rozdzielane w szczególności pomiędzy nadawców publicznych i instytucje medialne danych krajów związkowych.

Postępowanie przed sądem krajowym i pytania prejudycjalne

23. W sierpniu 2005 r. GEZ zwróciła się pisemnie do jedenastu przedsiębiorstw oferujących usługi porządkowe o złożenie wiążących ofert dotyczących świadczenia usług porządkowych w lokalach położonych w Kolonii. Nie przeprowadzono formalnego przetargu zgodnego z przepisami wspólnotowymi. Jako przewidywany czas trwania umowy wskazano okres od 1 marca 2006 r. do 31 grudnia 2008 r., przy czym w braku wypowiedzenia miała ona ulec przedłużeniu na jeden rok. GEZ określiła wysokość rocznych wydatków na ponad 400 000 EUR.
24. W listopadzie 2005 r. GEWA – Gesellschaft für Gebäudereinigung und Wartung mbH – jedno z przedsiębiorstw, z którymi skontaktowano się w ramach zaproszenia do składania ofert, zostało przez GEZ poinformowane o odmowie udzielenia zamówienia. Prezentując stanowisko, wedle którego GEZ powinna była, jako instytucja zamawiająca, przeprowadzić zgodnie z przepisami wspólnotowymi przetarg na usługi porządkowe, wskazane przedsiębiorstwo wniosło odwołanie do izby zamówień publicznych przy Bezirksregierung Köln. Sąd ten uwzględnił skargę, orzekając, że sporna usługa nie mieści się w ramach rzeczywistej działalności nadawczej i jest w związku z tym objęta wspólnotowym prawem w dziedzinie zamówień publicznych.

25. Nadawcy publiczni odwołali się od tego orzeczenia do izby zamówień publicznych Oberlandesgericht Düsseldorf, podnosząc, że nie są oni instytucjami zamawiającymi, ponieważ publiczna działalność nadawcza jest finansowana w przeważającej części z opłat uiszczanych przez widzów i brak jest jakiegokolwiek finansowania lub kontroli ze strony państwa.
26. Sąd krajowy stwierdza, że przesłanki związane z definicją „podmiotu prawa publicznego”, zawarte w art. 1 lit. b) akapit drugi tiret pierwsze i drugie dyrektywy 92/50 oraz w art. 1 ust. 9 akapit drugi lit. a) i b) dyrektywy 2004/18, zostały w niniejszej sprawie spełnione, bowiem nadawcy publiczni zostali utworzeni w szczególnym celu zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym, który nie ma charakteru przemysłowego lub handlowego, oraz mają oni osobowość prawną. W pozostałym zakresie sąd ten wskazuje odnośnie do trzech alternatywnych przesłanek zawartych odpowiednio w art. 1 lit. b) akapit drugi tiret trzecie dyrektywy 92/50 i w art. 1 ust. 9 akapit drugi lit. c) dyrektywy 2004/18, że dwie ostatnie z tych przesłanek nie zostały spełnione, ponieważ państwo nie wykonuje nadzoru nad administracją tych podmiotów i nie ma również jakiegokolwiek wpływu na mianowanie ich organów zarządu. Należy wobec tego zbadać, czy działalność nadawców, o których mowa, jest finansowana w przeważającej części przez państwo lub przez inne instytucje zamawiające, co wiązałoby się z tym, że mogliby oni zostać uznani za „podmioty prawa publicznego”, a zatem za „instytucje zamawiające”.
27. Sąd krajowy wskazuje w tym kontekście, że w aktualnym niemieckim orzecznictwie i doktrynie przesłanka „finansowania w przeważającej części przez państwo” wymaga wystąpienia bezpośredniego związku przyczynowego pomiędzy finansowaniem a państwem. Stanowisko to przyjmuje jako wyłączne kryterium państwowe źródło lub pochodzenie środków, a więc okoliczność, że pochodzą one z budżetu państwa, i nie uwzględnia faktu, że nałożenie opłaty na konsumentów zostało oparte na akcie prawnym, ani faktu, że pobór tej opłaty jest dokonywany przy wykorzystaniu delegacji uprawnień władzy publicznej. Zgodnie z tym stanowiskiem, bezpośrednie finansowanie przez państwo musi ponadto umożliwiać państwu lub innym organom administracji publicznej wywieranie konkretnego wpływu na różne procedury udzielania zamówień publicznych przeprowadzane przez podmiot finansowany.
28. Zgodnie z innym stanowiskiem orzecznictwa i doktryny, które podziela sąd krajowy, istnienie ustawowej podstawy, na mocy której osoby prywatne są zobowiązane do uiszczenia opłaty, jest wystarczające do przyjęcia, że spełniona została przesłanka „finansowania przez państwo” działalności nadawców, o których mowa. Wspólnotowe przepisy dotyczące udzielania zamówień publicznych miałyby wobec tego zastosowanie do nadawców finansowanych z opłat obowiązkowych, którzy nie są w związku z tym poddani prawom rynku. Ponadto, wedle tego stanowiska, konstytucyjny obowiązek neutralności państwa względem kształtowania programu tych nadawców nie wymaga, aby ich zamówienia niezwiązane z ich główną misją były wyłączone z zakresu stosowania przepisów wspólnotowych.
29. Mając na uwadze powyższe, Oberlandesgericht Düsseldorf postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:
- „1) Czy przesłankę »finansowania przez państwo« zawartą w art. 1 ust. 9 akapit drugi lit. c) wariant pierwszy dyrektywy 2004/18/WE należy interpretować w ten sposób, że z uwagi na spoczywający na państwie konstytucyjny obowiązek zapewnienia niezależności finansowania i istnienia nadawców pośrednie finansowanie nadawców z opłat nałożonych przez państwo na osoby posiadające odbiorniki stanowi finansowanie, o którym mowa w powołanym przepisie?

- 2) W razie udzielenia odpowiedzi twierdzącej na pytanie pierwsze, czy art. 1 ust. 9 akapit drugi lit. c) wariant pierwszy dyrektywy 2004/18/WE należy interpretować w ten sposób, że przesłanka »finansowania przez państwo« wymaga wystąpienia bezpośredniego wpływu państwa przy udzielaniu zamówień przez podmioty finansowane ze środków państwowych?
- 3) W razie udzielenia odpowiedzi przeczącej na drugie pytanie, czy art. 1 ust. 9 akapit drugi lit. c) w związku z art. 16 lit. b) dyrektywy 2004/18/WE należy interpretować w ten sposób, że jedynie usługi wymienione w art. 16 lit. b) nie są objęte zakresem tej dyrektywy, a inne usługi, które nie są ściśle związane z tworzeniem programów, lecz mają charakter pomocniczy, są objęte zakresem tej dyrektywy (argument a contrario)?”.

W przedmiocie pytań prejudycjalnych

Uwagi wstępne

30. Pytania przedstawione przez sąd krajowy dotyczą przepisów dyrektywy 2004/18. Mając jednak na uwadze, że okoliczności faktyczne sprawy przed sądem krajowym są objęte *ratione temporis* dyrektywą 92/50, Trybunał rozpatrzy sprawę i udzieli odpowiedzi na podstawie odpowiednich przepisów dyrektywy 92/50, uwzględniając pewne wyjaśnienia zawarte w dyrektywie 2004/18. W każdym razie przepisy dyrektywy 2004/18 oraz zasady leżące u ich podstaw są pod względem treści identyczne z przepisami i zasadami poprzednich dyrektyw. Dyrektywa 2004/18 stanowi przededagowanie już wcześniej istniejących przepisów. W związku z tym brak jest powodów, które mogłyby uzasadniać odmienne stanowiska pod rządami nowej dyrektywy.
31. Należy wskazać, że jakkolwiek niemiecki system finansowania nadawców publicznych wyklucza co do zasady wywieranie na nadawców jakiegokolwiek wpływu politycznego ze strony organów państwowych, to okoliczność ta nie wystarcza, aby niniejszą sprawę rozpatrywać wyłącznie z takiego punktu widzenia, że z definicji brak jest możliwości wywierania takiego wpływu przez państwo. Dla celów jednolitej wykładni i stosowania prawa wspólnotowego oraz realizacji celów traktatu WE należy bowiem mieć również na uwadze inne aspekty, takie jak swoboda przepływu i otwarcie rynku.

W przedmiocie pytania pierwszego

32. W pytaniu tym zwrócono się do Trybunału z wnioskiem o dokonanie wykładni pojęcia „finansowania w przeważającej części przez państwo” lub przez inne jednostki publiczne, zawartego w art. 1 lit. b) akapit drugi tiret trzecie wariant pierwszy dyrektywy 92/50 celem uzyskania odpowiedzi na pytanie, czy przesłanka ta jest spełniona, gdy działalność nadawców publicznych, takich jak w postępowaniu przed sądem krajowym, jest finansowana w przeważającej części z opłat nałożonych, obliczanych i pobieranych według zasad takich jak omawiane w postępowaniu przed sądem krajowym.
33. Należy na wstępie wskazać, w zakresie dotyczącym przesłanki „w przeważającej części”, iż bezsporne jest, że w świetle orzecznictwa Trybunału przesłanka ta została spełniona, ponieważ wpływy wskazanych nadawców publicznych pochodzą w części przekraczającej połowę z opłaty stanowiącej przedmiot sprawy przed sądem krajowym (zob. podobnie wyrok z dnia 3 października 2000 r. w sprawie C-380/98 *University of Cambridge*, Rec. str. I-8035, pkt 30).
34. Należy ponadto wskazać, że brzmienie art. 1 lit. b) akapit drugi tiret trzeci wariant pierwszy dyrektywy 92/50 w ogóle nie precyzuje, w jaki sposób ma się odbywać finansowanie, o którym mowa w tym przepisie. W szczególności dla spełnienia zawartej w tym przepisie przesłanki nie jest wymagane, aby działalność nadawców

była finansowana bezpośrednio przez państwo lub przez inną jednostkę publiczną. Analiza sposobów finansowania nie powinna się w związku z tym ograniczać do sposobów wskazanych przez niektóre strony, których dotyczy niniejsze postępowanie.

35. Aby dokonać wykładni pojęcia „finansowania przez państwo” lub przez inną jednostkę publiczną, należy odwołać się do celu dyrektyw wspólnotowych w dziedzinie zamówień publicznych, w kształcie ustalonym w orzecznictwie Trybunału.
36. Zgodnie z tym orzecznictwem, celem dyrektyw w dziedzinie zamówień publicznych jest uniknięcie ryzyka preferencyjnego traktowania krajowych oferentów lub kandydatów przy udzielaniu zamówień publicznych przez instytucje zamawiające i jednocześnie wykluczenie sytuacji, w których podmioty finansowane lub kontrolowane przez państwo, jednostki samorządu terytorialnego lub inne podmioty prawa publicznego mogłyby się kierować kryteriami pozagospodarczymi (ww. wyrok w sprawie *University of Cambridge*, pkt 17 oraz cytowane orzecznictwo).
37. Trybunał ponownie wskazał te cele, dodając, że w ich świetle pojęcie „instytucji zamawiającej” włącznie z pojęciem „podmiotu prawa publicznego” powinny być interpretowane w sposób funkcjonalny (wyrok z dnia 1 lutego 2001 r. w sprawie *C-237/99 Komisja przeciwko Francji*, Rec. str. I-939, pkt. 42 i 43 oraz cytowane tam orzecznictwo).
38. Trybunał orzekł bowiem, że przeprowadzenie na szczeblu wspólnotowym koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych ma na celu zniesienie przeszkód w swobodnym przepływie usług i towarów i w związku z tym ochronę interesów podmiotów gospodarczych mających siedzibę w danym państwie członkowskim, którzy zamierzają przedstawić ofertę w zakresie swych towarów lub usług instytucjom zamawiającym mającym siedzibę w innym państwie członkowskim (ww. wyroki w sprawie *University of Cambridge*, pkt 16 oraz w sprawie *Komisja przeciwko Francji*, pkt 41).
39. W bardziej szczegółowym kontekście zamówień publicznych na usługi Trybunał podkreślił ten sam cel podstawowy, a mianowicie swobodny przepływ usług oraz otwarcie na niezakłóconą i jak najszerzą konkurencję we wszystkich państwach członkowskich (zob. podobnie wyrok z dnia 11 stycznia 2005 r. w sprawie *C-26/03 Stadt Halle i RPL Lochau*, Rec. str. I-1, pkt 44 i 47).
40. W świetle tych właśnie celów i wedle tych kryteriów należy dokonywać oceny sposobu finansowania nadawców publicznych, jak ci, o których mowa w postępowaniu przed sądem krajowym, w związku z czym pojęcie „finansowania przez państwo” również powinno być interpretowane w sposób funkcjonalny.
41. W tym kontekście należy wskazać w pierwszej kolejności, że podstawa omawianej opłaty zapewniającej w przeważającej części finansowanie działalności nadawców została ustanowiona w umowie państwowej dotyczącej działalności nadawczej, a więc w akcie prawa publicznego. Została ona przewidziana oraz nałożona z mocy prawa i nie wynika ze stosunku umownego zawartego pomiędzy nadawcami i konsumentami. Obowiązek uiszczenia tej opłaty powstaje w związku z samym faktem posiadania odbiornika i nie stanowi świadczenia wzajemnego względem rzeczywistego korzystania z usług świadczonych przez wskazanych nadawców.
42. Należy następnie wskazać, że również określenie kwoty opłaty nie wynika ze stosunku umownego pomiędzy nadawcami, o których mowa w postępowaniu przed sądem krajowym, a konsumentami. Zgodnie z umową państwową w sprawie finansowania nadawców, kwota ta została określona w formalnej decyzji przyjętej przez parlamenty i rządy krajów związkowych na podstawie raportu sporządzonego przez KEF w związku z oświadczeniem o potrzebach finansowych złożonym przez samych

nadawców. Parlamenti i rządy krajów związkowych mogą, nie naruszając zasady wolności nadawców, nie zastosować się do zaleceń KEF, jednak wyłącznie w razie wystąpienia ściśle określonych powodów, a mianowicie gdy kwota opłaty stanowi dla konsumentów niewspółmierny ciężar finansowy ze względu na ogólną sytuację gospodarczą i społeczną i może zagrozić ich dostępowi do informacji (zob. wyrok w sprawie Bundesverfassungsgericht z dnia 11 września 2007 r., BvR 2270/05, BvR 809/06 i BvR 830/06).

43. Nawet gdyby parlamenti i rządy krajów związkowych musiały stosować się do zaleceń KEF bez możliwości wprowadzania jakichkolwiek zmian, również wówczas mechanizm określania opłat byłby ustanawiany przez państwo, które w tym przypadku przekazałoby uprawnienia władzy publicznej komisji ekspertów.
44. Co się tyczy sposobu pokrycia opłaty, z umowy państwowej w sprawie opłat wynika, że jej pobór jest dokonywany przez GEZ, która działa na rachunek nadawców publicznych mocą decyzji nakładającej obowiązek zapłaty, a więc w drodze władztwa publicznego. W związku z tym w przypadku zwłoki w zapłacie decyzje dotyczące zaległych opłat stają się przedmiotem administracyjnego postępowania egzekucyjnego, a dany nadawca publiczny może jako wierzyciel skierować wniosek o pomoc w egzekucji bezpośrednio do właściwego organu. Z tego względu nadawcy, o których mowa, korzystają w tym zakresie z uprawnień władzy publicznej.
45. Środki uzyskiwane przez nadawców we wskazany sposób są przekazywane bez konkretnego świadczenia wzajemnego w rozumieniu orzecznictwa Trybunału (zob. podobnie ww. wyrok University of Cambridge, pkt 23–25). Żadne umowne świadczenie wzajemne nie jest bowiem związane z tym przekazywaniem środków, ponieważ ani zobowiązanie do uiszczenia opłaty, ani kwota tej opłaty nie wynikają z umowy pomiędzy nadawcami publicznymi i konsumentami. Konsumenti są bowiem zobowiązani do uiszczenia opłaty jedynie w związku z posiadaniem odbiornika, niezależnie od korzystania z usługi oferowanej przez tych nadawców. W związku z tym konsumenci są objęci obowiązkiem zapłaty, nawet jeśli nigdy nie korzystali z tych usług.
46. Należy podkreślić, że bezprzedmiotowy jest argument skarżących w postępowaniu przed sądem krajowym, zgodnie z którym okoliczność, że opłata została ustanowiona w akcie prawnym, nie jest decydująca, gdyż w przeciwnym razie wszyscy lekarze, adwokaci i architekci prowadzący działalność w Republice Federalnej Niemiec byłiby „finansowani przez państwo”, ponieważ wysokość ich honorariów jest określana przez państwo. Nawet jeśli te honoraria są uregulowane przez państwo, konsument wstępuje w stosunki zobowiązaniowe z członkami tych zawodów zawsze ze swej wolnej woli i uzyskuje rzeczywiste świadczenie. Ponadto finansowanie działalności osób wykonujących wskazane wolne zawody nie jest zapewnione czy gwarantowane przez państwo.
47. Należy ponadto wskazać, jak słusznie podniosła Komisja Wspólnot Europejskich, że w świetle wskazanej interpretacji funkcjonalnej nie należy odmiennie oceniać sytuacji, w której środki finansowe są przekazywane poprzez budżet państwa, które najpierw pobiera opłatę, a następnie udostępnia pochodzące z niej środki nadawcom publicznym w sytuacji, w której państwo nadaje tym nadawcom prawo do pobierania opłat bezpośrednio.
48. Należy w związku z tym stwierdzić, że finansowanie takie, jakie ma miejsce w sprawie przed sądem krajowym, wynikające z aktu prawa publicznego, gwarantowane przez państwo i zapewniane poprzez mechanizm nakładania i poboru istniejący w ramach uprawnień władzy publicznej, spełnia przesłankę „finansowania przez państwo” w kontekście zastosowania przepisów wspólnotowych z dziedziny udzielania zamówień publicznych.

49. Ten sposób finansowania pośredniego wystarcza do spełnienia przesłanki „finansowania przez państwo” przewidzianej w przepisach wspólnotowych i nie jest ponadto konieczne, aby samo państwo ustanowiło lub wskazało publiczną lub prywatną instytucję właściwą do poboru opłat.
50. Na pierwsze pytanie należy w związku z tym odpowiedzieć, że art. 1 lit. b) akapit drugi tiret trzecie wariant pierwszy dyrektywy 92/50 powinien być interpretowany w ten sposób, że finansowanie w przeważającej części przez państwo ma miejsce wówczas, gdy nadawcy publiczni, tacy jak w postępowaniu przed sądem krajowym, są finansowani w przeważającej części z opłat ponoszonych przez posiadaczy odbiorników, nałożonych, obliczanych i pobieranych według zasad takich jak omawiane w postępowaniu przed sądem krajowym.

W przedmiocie pytania drugiego

51. W pytaniu drugim sąd krajowy zmierza do ustalenia, czy art. 1 lit. b) akapit drugi tiret trzecie wariant pierwszy dyrektywy 92/50 powinien być interpretowany w ten sposób, że w przypadku finansowania nadawców publicznych w sposób wskazany w ramach pierwszego pytania prejudycjalnego przesłanka „finansowania przez państwo” wymaga bezpośredniej ingerencji państwa lub innych władz publicznych przy udzielaniu przez nadawcę zamówienia publicznego takiego jak w postępowaniu przed sądem krajowym.
52. W celu udzielenia odpowiedzi na to pytanie należy po pierwsze wskazać, że na podstawie brzmienia omawianego przepisu bezpośrednia ingerencja państwa lub innego podmiotu publicznego przy udzielaniu zamówienia publicznego nie jest wymagana do spełnienia przesłanki „finansowania przez państwo”.
53. Co się tyczy po drugie kryterium zależności podmiotu od władz publicznych, rozwiniętego w orzecznictwie Trybunału w zakresie dotyczącym trzech wariantów zawartych w art. 1 lit. b) akapit drugi tiret trzecie dyrektywy 92/50 (zob. podobnie wyrok z dnia 15 stycznia 1998 r. w sprawie C-44/96 Mannesmann Anlagenbau Austria i in., Rec. str. I-73, pkt 20), sąd krajowy wskazuje na wyżej wymienione stanowisko, przyjęte przez część doktryny i orzecznictwa w Niemczech, zgodnie z którym zależność ta oznacza, że władza publiczna może wywierać konkretny wpływ na różne procedury udzielania zamówień publicznych.
54. Należy w pierwszej kolejności wskazać, że pytanie o zależność nadawców od władzy publicznej w sprawie przed sądem krajowym dotyczy jedynie tych zamówień publicznych, które nie są związane z wykonywaniem właściwej misji publicznej tych nadawców zagwarantowanej w niemieckiej konstytucji, a mianowicie kształtowaniem i realizacją programów. Zamówienie, o którym mowa w sprawie przed sądem krajowym, nie dotyczy tej właściwej funkcji nadawców.
55. Należy następnie podkreślić, że w niniejszej sprawie samo istnienie nadawców publicznych zależy od państwa, jak wynika ze stwierdzeń zawartych w ramach analizy pierwszego pytania. Kryterium zależności tych nadawców od państwa jest więc spełnione bez konieczności wystąpienia konkretnego wpływu władzy publicznej na różne decyzje nadawców w zakresie zamówień publicznych.
56. Ta zależność sensu largo nie wyklucza bowiem ryzyka, że przy braku poszanowania przepisów wspólnotowych w dziedzinie zamówień publicznych nadawcy publiczni, o których mowa w postępowaniu przed sądem krajowym, będą się kierować względami pozagospodarczymi, w szczególności traktując na warunkach preferencyjnych oferentów lub kandydatów krajowych. Nadawcy ci mogą postępować w ten sposób, nie naruszając wymogów przewidzianych w niemieckiej konstytucji, która tego nie zabrania. Jak słusznie wskazuje sąd krajowy, obowiązek zachowania przez państwo

neutralności w zakresie kształtowania programów przez nadawców, zagwarantowany w niemieckiej konstytucji i interpretowany przez Bundesverfassungsgericht, nie wymaga neutralności nadawców w zakresie udzielania zamówień publicznych. Takie ryzyko byłoby sprzeczne z celami przepisów wspólnotowych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych wskazanymi w pkt 38 i 39 niniejszego wyroku.

57. Sąd krajowy pyta ponadto, jakie znaczenie dla odpowiedzi na drugie pytanie prejudycjalne ma stanowisko przyjęte przez Trybunał w pkt 21 powołanego powyżej wyroku w sprawie *University of Cambridge*, zgodnie z którym o ile sposób finansowania danego podmiotu może wskazywać na ścisłą zależność tego podmiotu od innej instytucji zamawiającej, to kryterium to nie zawsze jest decydujące. Nie każde przekazanie środków przez instytucję zamawiającą prowadzi do powstania lub pogłębienia szczególnego stosunku podporządkowania lub zależności. Jedynie świadczenia dokonywane bez konkretnego świadczenia wzajemnego, które finansują lub wspierają poprzez pomoc pieniężną działalność danego podmiotu, mogą zostać zakwalifikowane jako „finansowanie publiczne”.
58. Należy w tym kontekście wskazać, w zakresie dotyczącym zależności pomiędzy nadawcami a konsumentami, że z pkt 23–25 powołanego powyżej wyroku w sprawie *University of Cambridge* wynika, iż za „finansowanie publiczne” mogą zostać uznane świadczenia środków publicznych niezwiązane z żadnym umownym świadczeniem wzajemnym. Jak zostało stwierdzone w pkt 45 niniejszego wyroku, w niniejszej sprawie żadne umowne świadczenie wzajemne nie jest związane ze środkami przekazywanymi nadawcom, których dotyczy postępowanie przed sądem krajowym, ponieważ ani obowiązek uiszczenia opłaty, ani jej kwota nie wynikają z umowy pomiędzy nadawcami a konsumentami. Ponadto obowiązek uiszczenia przez konsumentów opłaty powstaje w związku z samym faktem posiadania odbiornika, nawet jeśli nie korzystają oni z usługi wskazanych nadawców.
59. Brak jest również w niniejszej sprawie konkretnego świadczenia wzajemnego na rzecz państwa, ponieważ jak słusznie podkreśla sąd krajowy, finansowanie służy w tych okolicznościach wyrównaniu ciężarów powstałych w związku z wykonywaniem misji publicznej państwa, polegającej na zapewnieniu społeczeństwu dostępu do informacji audiowizualnych w sposób pluralistyczny i obiektywny. W tych okolicznościach nadawcy, których dotyczy postępowanie przed sądem krajowym, nie różnią się od innych służb publicznych, które otrzymują od państwa subwencję za wykonywanie zadania leżącego w interesie publicznym.
60. W związku z tym na drugie pytanie prejudycjalne należy odpowiedzieć, że art. 1 lit. b) akapit drugi tiret trzecie wariant pierwszy dyrektywy 92/50 powinien być interpretowany w ten sposób, że w przypadku finansowania działalności nadawców publicznych, takich jak w postępowaniu przed sądem krajowym, w sposób wskazany w ramach analizy pierwszego pytania prejudycjalnego przesłanka „finansowania przez państwo” nie wymaga bezpośredniej ingerencji państwa lub innych władz publicznych przy udzielaniu przez nadawcę zamówienia publicznego, takiego jak w postępowaniu przed sądem krajowym.

W przedmiocie pytania trzeciego

61. W trzecim pytaniu prejudycjalnym sąd krajowy zmierza do ustalenia, czy art. 1 lit. a) pkt iv) w związku z art. 1 lit. b) akapit drugi tiret trzecie dyrektywy 92/50 należy interpretować w ten sposób, że jedynie zamówienia publiczne na usługi, których dotyczy pierwszy ze wskazanych przepisów, są wyłączone z zakresu stosowania tej dyrektywy.
62. Artykuł 1 lit. a) pkt iv) dyrektywy 92/50 stanowi, że dyrektywa ta nie ma zastosowania do zamówień publicznych na usługi dotyczące właściwej funkcji nadawców, a mianowicie kształtowania i realizacji programów ze względów o charakterze kultu-

ralnym i społecznym, wskazanych w jedenastym motywie dyrektywy 92/50 i w sposób bardziej szczegółowy w dwudziestym piątym motywie dyrektywy 2004/18, które sprawiają, iż stosowanie dyrektywy nie jest w tych przypadkach właściwe.

63. Przepis ten, jak wskazuje rzecznik generalny w pkt 80 swej opinii, odzwierciedla ten sam cel, który zawarty jest w konstytucji niemieckiej, a mianowicie zagwarantowanie realizacji misji społecznej nadawców publicznych w sposób całkowicie niezależny i bezstronny.
64. W związku z tym, że omawiany przepis stanowi odstępstwo od podstawowego celu przepisów wspólnotowych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych, wskazanego w pkt 39 niniejszego wyroku, a mianowicie swobodnego przepływu usług i otwarcia na jak najszerszą konkurencję, powinien on być interpretowany zawężająco. Wobec tego jedynie zamówienia publiczne na usługi wskazane w art. 1 lit. a) pkt iv) dyrektywy 92/50 są wyłączone z zakresu jej stosowania. Jednakże usługi, które w żaden sposób nie dotyczą działalności związanej z realizacją właściwej misji społecznej nadawców publicznych, są w pełni objęte przepisami wspólnotowymi w dziedzinie zamówień publicznych.
65. Stanowisko to potwierdza wymieniony powyżej dwudziesty piąty motyw dyrektywy 2004/18, w którym w przedostatnim zdaniu zawarto wskazówkę, iż wyłączenie stosowania tej dyrektywy nie powinno mieć miejsca w przypadku dostaw urządzeń technicznych niezbędnych do produkcji, koprodukcji oraz nadawania tych programów.
66. Należy jednak wskazać, że rozważania te mają zastosowanie jedynie wówczas, gdy ma miejsce konkretny przypadek zamówienia publicznego udzielanego przez podmiot uznany za „instytucję zamawiającą” w rozumieniu art. 1 lit. b) dyrektywy 92/50.
67. W związku z tym na trzecie pytanie prejudycjalne należy odpowiedzieć, że art. 1 lit. a) pkt iv) dyrektywy 92/50 powinien być interpretowany w ten sposób, że zgodnie z tym przepisem jedynie zamówienia publiczne na usługi w nim wskazane są wyłączone z zakresu stosowania tej dyrektywy.

W przedmiocie kosztów

68. Dla stron postępowania przed sądem krajowym niniejsze postępowanie ma charakter incydentalny, dotyczy bowiem kwestii podniesionej przed tym sądem, do niego zatem należy rozstrzygnięcie o kosztach. Koszty poniesione w związku z przedstawieniem uwag Trybunałowi, inne niż poniesione przez strony postępowania przed sądem krajowym, nie podlegają zwrotowi.

Z powyższych względów Trybunał (czwarta izba) orzeka, co następuje:

- 1) **Artykuł 1 lit. b) akapit drugi tiret trzecie wariant pierwszy dyrektywy Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnoszącej się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi powinien być interpretowany w ten sposób, że finansowanie w przeważającej części przez państwo ma miejsce wówczas, gdy nadawcy publiczni, tacy jak w postępowaniu przed sądem krajowym, są finansowani w przeważającej części z opłat ponoszonych przez posiadaczy odborników, nałożonych, obliczanych i pobieranych według zasad takich jak omawiane w postępowaniu przed sądem krajowym.**
- 2) **Artykuł 1 lit. b) akapit drugi tiret trzecie wariant pierwszy dyrektywy 92/50 powinien być interpretowany w ten sposób, że w przypadku finansowania działalności nadawców publicznych, takich jak w postępowaniu przed sądem krajowym, w sposób wskazany w ramach analizy pierwszego pytania prejudycjalnego przesłanka „finansowania przez państwo” nie wymaga bezpośredniej ingerencji państwa lub innych władz publicznych przy udzielaniu przez nadawcę zamówienia publicznego takiego jak w postępowaniu przed sądem krajowym.**

- 3) Artykuł 1 lit. a) pkt iv) dyrektywy 92/50 powinien być interpretowany w ten sposób, że zgodnie z tym przepisem jedynie zamówienia publiczne na usługi w nim wskazane są wyłączone z zakresu stosowania tej dyrektywy.**

Podpisy

Orzeczenie z dnia 18 grudnia 2007 r. w sprawie C-532/03
Komisja przeciwko Irlandii

WYROK TRYBUNAŁU (wielka izba)
z dnia 18 grudnia 2007 r.(*)

Uchybienie zobowiązaniom państwa członkowskiego – Zamówienia publiczne – Artykuły 43 WE i 49 WE – Transport ratowniczy zapewniany przy pomocy ambulansów ratunkowych

W sprawie C-532/03

mającej za przedmiot skargę o stwierdzenie, na podstawie art. 226 WE, uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego, wniesioną w dniu 19 grudnia 2003 r.,

Komisja Wspólnot Europejskich, reprezentowana przez K. Wiednera oraz X. Lewisa, działających w charakterze pełnomocników, wspieranych przez J. Flynn’a, QC, z adresem do doręczeń w Luksemburgu,

strona skarżąca,

przeciwko

Irlandii, reprezentowanej przez D. O’Hagana, działającego w charakterze pełnomocnika, wspieranego przez A. Collinsa i E. Regana, SC, oraz C. O’Toole’a, barrister, z adresem do doręczeń w Luksemburgu,

strona pozwana,

popieranej przez:

Królestwo Niderlandów, reprezentowane przez H. G. Sevenster, C. Wissels oraz przez P. van Ginnekena, działających w charakterze pełnomocników,

interwenient,

TRYBUNAŁ (wielka izba),

w składzie: V. Skouris, prezes, P. Jann, C. W. A. Timmermans, A. Rosas, K. Lenaerts, G. Arestis (sprawozdawca) i U. Løhmus, prezesi izb, J. N. Cunha Rodrigues, R. Silva de Lapuerta, J. Makarczyk, M. Ilešič, J. Malenovský i J. Klučka, sędziowie,

rzecznik generalny: C. Stix-Hackl,

sekretarz: K. Sztranc-Sławiczek, administrator,

uwzględniając procedurę pisemną i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 4 kwietnia 2006 r.,

po zapoznaniu się z opinią rzecznika generalnego na posiedzeniu w dniu 14 września 2006 r.,

wydaje następujący

Wyrok

1. W skardze do Trybunału Komisja Wspólnot Europejskich wnosi o stwierdzenie, że zezwalając Dublin City Council (radzie miejskiej Dublina, zwanej dalej „DCC”), będącej następcą Dublin Corporation n Fire Brigade, na świadczenie usług transportu ratowniczego zapewnianego przy pomocy ambulansów ratunkowych bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu przez Eastern Regional Health Authori-

ty (wschodni regionalny urząd ds. zdrowia, zwany dalej „Authority”), poprzednio Eastern Health Board, Irlandia uchybiła zobowiązaniom, które na niej ciążyą na mocy art. 43 WE i 49 WE oraz zasadom ogólnym prawa wspólnotowego.

Ramy prawne

Uregulowania wspólnotowe

2. Przepisy regulujące udzielanie zamówień publicznych na usługi zostały zawarte w dyrektywie Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnoszącej się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi (Dz.U. L 209, str. 1), zmienionej dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 97/52/WE z dnia 13 października 1997 r. (Dz.U. L 328, str. 1, zwanej dalej „dyrektywą 92/50”). Artykuł 1 lit. a) dyrektywy 92/50 przewiduje między innymi, że zamówienia publiczne na usługi oznaczają umowy o charakterze odpłatnym, zawierane na piśmie pomiędzy usługodawcą a instytucją zamawiającą.

Uregulowania krajowe

3. Mający zastosowanie do niniejszej sprawy art. 65 ust. 1 Health Act 1953 (ustawy z 1953 r. o zdrowiu publicznym, zwanej dalej „Health Act”), w brzmieniu obowiązującym w 1999 r., stanowi:

„Urząd ds. opieki zdrowotnej może, z zastrzeżeniem ogólnych wytycznych Ministra oraz na warunkach przez ten urząd określonych, wesprzeć każdy podmiot świadczący lub oferujący świadczenie usług podobnych lub pomocniczych w stosunku do usług, które mogą być świadczone przez ten urząd, w następujący z wymienionych sposobów:

a) przez udział w kosztach poniesionych przez ten podmiot.”

4. Artykuł 57 Health Act 1970 stanowi:

„Urząd ds. opieki zdrowotnej może poczynić uzgodnienia w zakresie zapewnienia ambulansów ratunkowych lub innych środków transportu służących przewożeniu pacjentów [...]”

5. Zgodnie z art. 25 Fire Services Act 1981 (ustawy z 1981 r. o usługach ochrony przeciwpożarowej):

„Organ odpowiedzialny za ochronę przeciwpożarową może prowadzić lub uczestniczyć w prowadzeniu wszelkich akcji w nagłych przypadkach, niezależnie od możliwości wystąpienia zagrożenia pożarowego, i w związku z tym podejmować czynności, które uzna za stosowne, w zakresie ratownictwa lub zapewnienia ochrony osób i mienia”.

6. Artykuł 9 ust. 1 lit. a) Fire Services Act 1981 stanowi, że organem odpowiedzialnym za ochronę przeciwpożarową jest do celów wspomnianej ustawy „the council of a county”.

Okoliczności faktyczne leżące u podstaw sporu i postępowanie poprzedzające wniesienie skargi

7. DCC, która jest odpowiedzialna za straż pożarną w Dublinie, świadczy usługi transportu ratowniczego zapewnianego przy pomocy ambulansów ratunkowych w strefie podlegającej Authority, między innymi na terenie miasta Dublin. Do roku 1960 zapewniała świadczenie tych usług jako organ ds. opieki zdrowotnej, następnie jako organ administracji lokalnej za pośrednictwem podlegającej jej stałej służby ochrony przeciwpożarowej.

8. Na podstawie art. 65 Health Act i w celu zapewnienia udziału finansowego w świadczeniu usług transportu ratowniczego zapewnianego przy pomocy ambulansów ratunkowych, East Coast Area Health Board – urząd odpowiedzialny za ochronę zdrowia, odrębny od Authority i który pełni swe funkcje na podstawie delegacji udzielonej przez Authority – dokonuje corocznych wpłat na rzecz DCC, których ostateczna kwota jest ustalana w wyniku negocjacji między DCC a tym urzędem.
9. W czerwcu 1998 r. Eastern Health Board i Dublin Corporation Fire Brigade sporządzili projekt porozumienia dotyczącego świadczenia usług transportu ratowniczego zapewnianego przy pomocy ambulansów ratunkowych. Na początku 2003 r., czyli w momencie upływu terminu wyznaczonego w uzasadnionej opinii, wspomniany projekt określał zasady finansowania ustalone między tymi dwoma jednostkami i stanowił przegląd zarządzania wydatkami publicznymi związanymi z tym projektem.
10. Omawiany projekt porozumienia stał się przedmiotem skargi wniesionej do Komisji, w której podkreślono, że powinien on być stanowić przedmiot uprzedniego ogłoszenia, zgodnie z wymogami dyrektywy 92/50. Zainicjowana wymiana korespondencji między Komisją a władzami irlandzkimi miała na celu ustalenie czy istniała umowa, do której miałyby zastosowanie obowiązki państwa członkowskiego.
11. Stwierdziwszy, że świadczenie na rzecz Authority usług transportu ratowniczego zapewnianego przy pomocy ambulansów ratunkowych i wykonywanych na podstawie porozumienia zawartego bez uprzedniego ogłoszenia nie było zgodne z postanowieniami art. 43 WE i 49 WE, Komisja wszczęła na podstawie art. 226 WE postępowanie w przedmiocie stwierdzenia uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego.
12. Po wezwaniu Irlandii do przedstawienia uwag, w dniu 17 grudnia 2002 r. Komisja wydała uzasadnioną opinię, wzywając to państwo członkowskie do przyjęcia niezbędnych środków celem zastosowania się do niej w terminie dwóch miesięcy od jej doręczenia.
13. Uznawszy odpowiedź Irlandii na uzasadnioną opinię za niewystarczającą, Komisja postanowiła wnieść skargę w niniejszej sprawie.

W przedmiocie skargi

Argumentacja stron

14. Komisja podnosi, że mechanizm, zgodnie z którym usługi transportu ratowniczego zapewnianego przy pomocy ambulansów ratunkowych są świadczone przez DCC, na mocy porozumienia zawartego z Authority i bez jakiegokolwiek ogłoszenia w tym względzie stanowi naruszenie art. 43 WE i 49 WE oraz zasad ogólnych prawa wspólnotowego.
15. Zdaniem Komisji, wobec braku umowy na piśmie świadczenie takich usług wykacza poza zakres stosowania dyrektywy 92/50. Omawiany mechanizm powinien jednak zostać poddany analizie pod kątem podstawowych swobód oraz zasad ogólnych prawa wspólnotowego, do których należy zasada przejrzystości.
16. Powołując się na wyrok z dnia 9 lipca 1987 r. w sprawach połączonych od 27/86 do 29/86 CEI i Bellini (Rec. str. 3347) Komisja zauważa, że prawo wspólnotowe znajduje w pełni zastosowanie do sytuacji, które nie są objęte dyrektywami w sprawie zamówień publicznych. Dodaje, że zgodnie z pkt od 60 do 62 wyroku z dnia 7 grudnia 2000 r. w sprawie C-342/98 Telaustria i Telefonadress (Rec. str. I-10745) poszanowanie postanowień traktatu WE odnoszących się ogólnie do podstawowych swobód i w szczególności do zasady niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową pociąga za sobą między innymi obowiązek przejrzystości, który pozwala na otwarcie rynku usług na konkurencję oraz na kontrolę bezstronności postępowań przetargowych.

17. Komisja jest zdania, że powyższe rozważania odnoszą się do świadczenia usług transportu ratowniczego zapewnianego przy pomocy ambulansów ratunkowych. Zwraca uwagę, że DCC świadczy te usługi za wynagrodzeniem i z inicjatywy Authority. Sprawdzając, czy świadczone usługi odpowiadają jej wymaganiom, a także kontrolując kwoty, jakie wypłaci tytułem wynagrodzenia za nie, Authority odgrywa bowiem aktywną rolę. Komisja wskazuje również, że wkład finansowy Authority wydaje się pokrywać niemal całość wydatków ponoszonych przez DCC w związku ze świadczeniem tych usług.
18. Irlandia kwestionuje zarzucane jej uchybienie zobowiązaniom państwa członkowskiego.
19. Podczas rozprawy pozwane państwo członkowskie wskazało, że niniejszy spór dotyczy usług z zakresu ratownictwa medycznego („mobile emergency medical service”), które muszą być świadczone jako usługa publiczna. Irlandia podnosi, że Komisja nie dowiodła, iż DCC świadczy usługi transportu ratowniczego zapewnianego przy pomocy ambulansów ratunkowych z inicjatywy Authority, ani nie wykazała, że porozumienie zawarte między Authority a DCC stanowi udzielenie „zamówienia publicznego”.
20. Jeśli chodzi o finansowanie tych usług, Irlandia twierdzi, że Authority w nim uczestniczy w ramach wykonywania swych funkcji, zgodnie z przepisami Health Act, oraz że jego wkład finansowy pokrywa jedynie część wydatków ponoszonych przez DCC. W omawianym przypadku brak jest ustalonej ceny i Authority stara się kontrolować lub ograniczać kwoty, które na mocy ustawy jest upoważniony wypłacać na rzecz DCC z tytułu jego udziału w kosztach tych usług.
21. Irlandia utrzymuje, że art. 25 Fire Services Act 1981 specjalnie powierza DCC uprawnienia ustawowe w zakresie świadczenia usług transportu ratowniczego zapewnianego przy pomocy ambulansów ratunkowych. Jak twierdzi, DCC świadczyła te usługi w ramach swych uprawnień jako organu administracji lokalnej, który – na mocy prawa krajowego – jest także organem odpowiedzialnym za ochronę przeciwpożarową.
22. Irlandia podnosi, że okoliczność, iż usługi transportu ratowniczego zapewnianego przy pomocy ambulansów ratunkowych oraz usługi z zakresu ochrony przeciwpożarowej są skupione w ramach jednego podmiotu publicznego, stanowi korzyść z punktu widzenia zdrowia publicznego i bezpieczeństwa publicznego, gdyż wszyscy członkowie połączonych zespołów transportu ratowniczego zapewnianego przy pomocy ambulansów ratunkowych oraz ochrony przeciwpożarowej przechodzą szkolenia z zakresu ratownictwa medycznego.
23. Ponadto, Irlandia zauważa, że zgodnie z wyrokiem Trybunału z dnia 27 września 1988 r. w sprawie 263/86 Humbel i Edel (Rec. str. 5365) usługi te, które objęte są zakresem zastosowania załącznika I B do dyrektywy 92/50, nie należą do świadczeń normalnie spełnianych za wynagrodzeniem i podlegających z tego tytułu art. 43 WE i 49 WE.
24. Co się tyczy ewentualnej dyskryminacji ze względu na przynależność państwową, Irlandia zwraca uwagę, że jej prawo krajowe nie zakazuje podmiotom świadczącym usługi w zakresie transportu ratowniczego zapewnianego przy pomocy ambulansów ratunkowych, pochodzącym z innego państwa członkowskiego, ustanowienia działalności lub świadczenia usług w Irlandii.
25. Pozwane państwo członkowskie twierdzi bowiem, że Komisja nie wskazała żadnego przepisu wprowadzającego bezpośrednią lub pośrednią dyskryminację, ani w Fire Services Act 1981 ani w Health Act. Irlandia powołuje się w tym zakresie na wyrok z dnia 17 czerwca 1997 r. w sprawie C-70/95 Sodemare i in. (Rec. str. I-3395), w którym Trybunał orzekł, iż zastrzeżenie udziału w systemie pomocy społecznej w zakresie udostępniania domów opieki dla osób starszych na rzecz podmiotów prywatnych niemających celów zarobkowych nie jest sprzeczne z zasadą równego traktowania.

26. Irlandia dodaje, że art. 43 WE i 49 WE nie znajdują zastosowania, gdyż usługi stanowiące przedmiot niniejszej sprawy są „usługami świadczonymi w ogólnym interesie gospodarczym” oraz że ich finansowanie ze środków publicznych ogranicza się ściśle do tego, co jest niezbędne do pokrycia rzeczywistych kosztów takich usług.
27. Królestwo Niderlanów, które na mocy postanowienia prezesa Trybunału z dnia 15 czerwca 2004 r. zostało dopuszczone do udziału w postępowaniu w charakterze interwenienta popierającego żądania Irlandii twierdzi, że zasada przejrzystości nie ma zastosowania do sytuacji niewykazującej żadnego związku z rynkiem wewnętrznym, w niniejszym przypadku – swobodą świadczenia usług. Tytułem ewentualnym to państwo członkowskie podnosi, że nawet jeżeli Trybunał miałby orzec, iż zasada przejrzystości musi być respektowana, kiedy dyrektywa 92/50 nie ma zastosowania, do państw członkowskich należy sprecyzowanie pojęcia „odpowiedniego poziomu jawności”.

Ocena Trybunału

28. Tytułem wstępu należy stwierdzić, że – jak wynika z żądań skargi – niniejsze postępowanie w przedmiocie stwierdzenia uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego nie dotyczy zastosowania dyrektywy 92/50, lecz tego, czy świadczenie przez DCC, bez uprzedniego ogłoszenia, usług transportu ratowniczego zapewnianego przy pomocy ambulansów ratunkowych jest sprzeczne z podstawowymi postanowieniami traktatu, a dokładniej ze swobodami przedsiębiorczości i świadczenia usług, którym poświęcone są odpowiednio art. 43 WE i 49 WE.
29. Z orzecznictwa Trybunału wynika, że – bez uszczerbku dla ciężącego na państwach członkowskich na mocy art. 10 WE obowiązku ułatwienia Komisji wykonywania jej zadań, polegających zgodnie z art. 211 WE między innymi na czuwaniu nad stosowaniem postanowień traktatu, jak również przepisów przyjętych przez instytucje na jego podstawie (wyrok z dnia 26 kwietnia 2005 r. w sprawie C-494/01 Komisja przeciwko Irlandii, Rec. str. I-3331, pkt 42) - w ramach postępowania w przedmiocie stwierdzenia uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego to Komisja zobowiązana jest do wykazania istnienia zarzucanego uchybienia. Ona też powinna dostarczyć Trybunałowi dowodów potrzebnych do zweryfikowania przezeń istnienia tego uchybienia, przy czym nie może opierać się na jakimkolwiek domniemaniu (zob. w szczególności wyroki: z dnia 25 maja 1982 r. w sprawie 96/81 Komisja przeciwko Niderlandom, Rec. str. 1791, pkt 6; z dnia 26 czerwca 2003 r. w sprawie C-404/00 Komisja przeciwko Hiszpanii, Rec. str. I-6695, pkt 26 i z dnia 26 kwietnia 2007 r. w sprawie C-135/05 Komisja przeciwko Włochom, dotychczas nieopublikowany w Zbiorze, pkt 26).
30. Komisja twierdzi, że utrzymanie w mocy porozumienia między DCC a Authority, w braku jakiegokolwiek uprzedniego ogłoszenia, stanowi naruszenie postanowień traktatu i co za tym idzie zasad ogólnych prawa wspólnotowego, w szczególności zasady przejrzystości.
31. Na poparcie swej tezy Komisja podnosi, że nawet w braku umowy na piśmie określającej zasady, zgodnie z którymi DCC powinna świadczyć usługi, korespondencja załączona do pisma z dnia 19 września 2002 r. wskazuje, iż skala tych usług i zasady ich wynagradzania zostały przeanalizowane przez strony i sformalizowane w projekcie porozumienia sporządzonym w czerwcu 1998 r. Dokładniej rzecz ujmując, w piśmie z dnia 15 stycznia 1999 r., załączonym do pisma z dnia 19 września 2002 r., kierownik do spraw finansowych DCC stwierdził, iż negocjacje w sprawie finansowania usług transportu ratowniczego zapewnianego przy pomocy ambulansów ratunkowych doprowadziły, w czerwcu 1998 r., do zawarcia porozumienia ustalającego przyszłe zobowiązania finansowe Authority w stosunku do DCC.

32. Komisja utrzymuje, iż wydaje się, że DCC i Authority porozumiały się co do zawarcia porozumienia w sprawie poziomu usług, które będą świadczone i że została zredagowana w tym celu umowa. Tym samym, zdaniem Komisji, DCC świadczy usługi transportu ratowniczego zapewnianego przy pomocy ambulansów ratunkowych z inicjatywy Authority i za wynagrodzeniem.
33. W tym względzie należy zauważyć, iż z akt wynika, że przepisy krajowe upoważniają zarówno Authority, jak i DCC do świadczenia usług transportu ratowniczego zapewnianego przy pomocy ambulansów ratunkowych. Zgodnie z art. 25 Fire Services Act 1981 organ odpowiedzialny za ochronę przeciwpożarową może prowadzić lub uczestniczyć w prowadzeniu wszelkich akcji w nagłych przypadkach, niezależnie od możliwości wystąpienia zagrożenia pożarowego, i w związku z tym podejmować czynności, które uzna za stosowne, w zakresie ratownictwa lub zapewnienia ochrony osób i mienia. Zgodnie z art. 9 tej ustawy organ administracji lokalnej taki jak DCC jest organem odpowiedzialnym za ochronę przeciwpożarową.
34. Od roku 1899 do roku 1960 DCC zapewniała świadczenie usług transportu ratowniczego zapewnianego przy pomocy ambulansów ratunkowych jako organ ds. opieki zdrowotnej. Następnie działała jako organ administracji lokalnej i, na mocy art. 25 Fire Services Act 1981, świadczyła te usługi za pośrednictwem podlegającej jej stałej służby ochrony przeciwpożarowej.
35. W konsekwencji nie można wykluczyć, że DCC świadczy te usługi o charakterze publicznym w ramach własnych kompetencji, wywiedzionych bezpośrednio z ustawy i z wykorzystaniem własnych funduszy, mimo że otrzymuje na ten cel od Authority środki pokrywające część wydatków odpowiadających kosztowi tych usług.
36. Jak wynika z orzecznictwa przytoczonego w pkt 29 niniejszego wyroku, w omawianym przypadku to do Komisji należy dostarczenie Trybunałowi dowodów potrzebnych do zweryfikowania przezeń faktu udzielenia zamówień publicznych, przy czym nie może ona opierać się na jakimkolwiek domniemaniu.
37. Tymczasem ani argumenty Komisji ani przedstawione dokumenty nie wykazują, że miało miejsce udzielenie zamówienia publicznego, zważywszy, że nie można wykluczyć, iż DCC świadczy usługi transportu ratowniczego zapewnianego przy pomocy ambulansów ratunkowych w ramach własnych kompetencji, wywiedzionych bezpośrednio z ustawy. Poza tym samo istnienie, między dwoma podmiotami publicznymi, mechanizmu finansowania dotyczącego takich usług nie oznacza, że świadczenie danych usług stanowi udzielenie zamówienia publicznego, które należałoby oceniać w świetle podstawowych postanowień traktatu.
38. Jako że Komisja nie wykazała, że Irlandia uchybiła zobowiązaniom, które na niej ciążyą na mocy traktatu, rozpatrywana skarga musi zostać oddalona.

W przedmiocie kosztów

39. Zgodnie z art. 69 § 2 regulaminu kosztami zostaje obciążona, na żądanie strony przeciwnej, strona przegrywająca sprawę. Ponieważ Irlandia wniosła o obciążenie Komisji kosztami postępowania, a Komisja przegrała sprawę, należy obciążyć ją kosztami postępowania.

Z powyższych względów Trybunał (wielka izba) orzeka, co następuje:

- 1) Skarga zostaje oddalona.**
- 2) Komisja Wspólnot Europejskich zostaje obciążona kosztami postępowania.**

Podpisy

* Język postępowania: angielski.

Orzeczenie z dnia 18 grudnia 2007 r. w sprawie C-220/06
Asociación Profesional

WYROK TRYBUNAŁU (pierwsza izba)
z dnia 18 grudnia 2007 r.(*)

Zamówienia publiczne – Liberalizacja usług pocztowych – Dyrektywy 92/50/EWG i 97/67/WE – Artykuły 43 WE, 49 WE i 86 WE – Przepisy krajowe, umożliwiające organom administracji publicznej zawieranie, z pominięciem reguł udzielania zamówień publicznych, ze spółką publiczną, operatorem świadczącym w danym państwie członkowskim pocztowe usługi powszechne, porozumień w sprawie świadczenia usług pocztowych, zarówno zastrzeżonych, jak i niezastrzeżonych

W sprawie C-220/06

mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 234 WE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Audiencia Nacional (Hiszpania) postanowieniem z dnia 15 marca 2006 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 15 maja 2006 r., w postępowaniu:

Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia
przeciwko

Administración General del Estado,

TRYBUNAŁ (pierwsza izba),

w składzie: P. Jann (sprawozdawca), prezes izby, R. Schintgen, A. Borg Barthet, M. Ilešič i E. Levits, sędziowie,

rzecznik generalny: Y. Bot,

sekretarz: M. Ferreira, główny administrator,

uwzględniając procedurę pisemną i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 14 czerwca 2007 r.,

rozważywszy uwagi przedstawione:

- w imieniu Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia przez J.M. Piquerasa Ruíza, abogado,
- w imieniu rządu hiszpańskiego przez F. Díeza Morena, działającego w charakterze pełnomocnika,
- w imieniu rządu belgijskiego przez A. Hubert, działającą w charakterze pełnomocnika,
- w imieniu rządu austriackiego przez M. Fruhmanna, działającego w charakterze pełnomocnika,
- w imieniu Komisji Wspólnot Europejskich przez X. Lewisa i K. Simonssona, działających w charakterze pełnomocników, wspieranych przez C. Fernández i I. Moreno-Tapię Rivas, abogadas,

po zapoznaniu się z opinią rzecznika generalnego na posiedzeniu w dniu 20 września 2007 r.,

wydaje następujący

Wyrok

1. Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni art. 43 WE i 49 WE w związku z art. 86 WE, w kontekście procesu liberalizacji usług pocztowych i w świetle wspólnotowych przepisów z dziedziny zamówień publicznych.
2. Wniosek ten został złożony w ramach sporu między Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia (zawodowe stowarzyszenie przedsiębiorstw doręczania i obsługi przesyłek pocztowych, zwane dalej „Asociación Profesional”) a Administración General del Estado, Ministerio de Educación, Cultura y Deporte (administracja państwowa, ministerstwo edukacji, kultury i sportu, zwane dalej „ministerstwem”), w przedmiocie decyzji ministerstwa o udzieleniu bez przetargu zamówienia na świadczenie usług pocztowych Sociedad Estatal Correos y Telégrafos SA (państwowa spółka pocztowa i telegraficzna, zwana dalej „Correos”), która jest operatorem świadczącym pocztowe usługi powszechne w Hiszpanii.

Ramy prawne

Uregulowania wspólnotowe

Dyrektywa 97/67/WE

3. Dyrektywa 97/67/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 15 grudnia 1997 r. w sprawie wspólnych zasad rozwoju rynku wewnętrznego usług pocztowych Wspólnoty oraz poprawy jakości usług (Dz.U. 1998, L 15, str. 14) ustanawia, zgodnie z art. 1, wspólne reguły dotyczące świadczenia pocztowych usług powszechnych w ramach Wspólnoty Europejskiej i kryteriów definiujących usługi, które mogą być zastrzeżone dla operatorów świadczących usługi powszechne.
4. Zgodnie z art. 3 ust. 1 dyrektywy 97/67 państwa członkowskie zapewniają, by użytkownicy korzystali z prawa do usług powszechnych obejmujących ciągłe świadczenie usług pocztowych o określonej jakości we wszystkich punktach na swoich obszarach, po przystępnych cenach, dla wszystkich użytkowników.
5. Artykuł 3 ust. 4 tej dyrektywy stanowi:

„Każde państwo członkowskie podejmie działania konieczne do zapewnienia, by usługi powszechne obejmowały przynajmniej następujące świadczenia:

 - przyjmowanie, sortowanie, przemieszczanie i doręczanie przesyłek pocztowych do dwóch kilogramów,
 - przyjmowanie, sortowanie, przemieszczanie i doręczanie paczek pocztowych do 10 kilogramów,
 - usługi obejmujące przesyłki polecone i przesyłki wartościowe”.
6. Artykuł 7 ust. 1 i 2 dyrektywy, znajdujący się w rozdziale 3, zatytułowanym „Harmonizacja usług, które mogą być zastrzeżone”, stanowi:

„1. W zakresie koniecznym do utrzymywania usług powszechnych usługi, które mogą być zastrzeżone przez każde państwo członkowskie dla operatora/operatorów świadczącego/świadczących usługi powszechne, obejmują przyjmowanie, sortowanie, przemieszczanie i doręczanie krajowej korespondencji, zarówno za pomocą usługi przyspieszonego doręczenia, jak i zwykłej, której cena jest niższa niż pięciokrotność publicznej opłaty za przesyłkę z korespondencją w pierwszym przedziale wagowym najszybszej kategorii znormalizowanej, jeżeli taka kategoria istnieje, pod warunkiem iż ważą one poniżej 350 gramów. [...]

2. W zakresie koniecznym do zapewnienia utrzymania usług powszechnych przesyłki w obrocie zagranicznym [poczta zagraniczna] i direct mail mogą nadal być zastrzeżone w ramach limitów cenowych i wagowych określonych w ust. 1”.

Dyrektywa 92/50/EWG

7. Artykuł 1 lit. a) dyrektywy Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnoszącej się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi (Dz.U. L 209, str. 1) w brzmieniu zmienionym dyrektywą Komisji 2001/78/WE z dnia 13 września 2001 r. (Dz.U. L 285, str. 1, zwanej dalej „dyrektywą 92/50”) stanowi, że „zamówienia publiczne na usługi” oznaczają umowy o charakterze odpłatnym, zawierane na piśmie pomiędzy usługodawcą a instytucją zamawiającą, z wyłączeniem zamówień wymienionych w tym artykule, pkt i)–ix).
8. Artykuł 1 lit. b) dyrektywy 92/50 stanowi, że „instytucje zamawiające” oznaczają „państwo, jednostki samorządu terytorialnego, podmioty prawa publicznego, związki zawarte przez co najmniej jedną taką jednostkę lub podmiot prawa publicznego”. Artykuł ten w lit. c) stanowi, że „usługodawca” oznacza „każdą osobę fizyczną lub prawną, która oferuje usługi, włączając w to podmiot publiczny”.
9. Artykuł 3 ust. 2 tej dyrektywy stanowi, że instytucje zamawiające zapewniają, aby nie istniała dyskryminacja między różnymi usługodawcami.
10. Artykuł 6 dyrektywy 92/50 brzmi następująco:

„Niniejsza dyrektywa nie ma zastosowania do zamówień publicznych na usługi, udzielanych podmiotowi, który sam jest instytucją zamawiającą w rozumieniu art. 1 lit. b), na podstawie prawa wyłącznego, przysługującego mu na podstawie opublikowanych przepisów ustawowych, wykonawczych lub administracyjnych, które są zgodne z traktatem [WE]”.
11. Artykuł 7 ust. 1 lit. a) tiret drugie ppkt ii) dyrektywy 92/50 w związku z kategorią 4 załącznika I A do tej dyrektywy stanowi, że ma ona zastosowanie do zamówień publicznych na usługi, których przedmiot stanowi transport poczty drogą lądową i lotniczą, udzielanych przez instytucje zamawiające określone w art. 1 lit. b) tej dyrektywy, inne niż określone w załączniku I do dyrektywy Rady 93/36/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy i których wartość szacunkowa bez podatku VAT wynosi nie mniej niż równowartość w euro 200 000 SDR (specjalnych praw ciągnięcia).
12. Artykuł 7 ust. 5 dyrektywy 92/50 stanowi:

„W przypadku zamówień, które nie określają całkowitej ceny, podstawą obliczenia szacunkowej wartości zamówienia jest:

 - w przypadku zamówień na czas określony, nie dłuższy niż 48 miesięcy – całkowita wartość zamówienia przez okres jego trwania,
 - w przypadku zamówień na czas nieokreślony lub przekraczający 48 miesięcy – miesięczna rata pomnożona przez 48”.
13. Na mocy art. 8 dyrektywy 92/50 zamówień, których przedmiotem są usługi wymienione w załączniku I A, udziela się zgodnie z przepisami tytułów III–VI tej dyrektywy, co w szczególności oznacza, że musi być dla nich zorganizowany przetarg i muszą być w odpowiedni sposób ogłoszone.

Uregulowania krajowe

14. W myśl ustawy nr 24/1998 o powszechnych usługach pocztowych i liberalizacji usług pocztowych (Ley 24/1998 del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales) z dnia 13 lipca 1998 r., transponującej do wewnętrznego prawa hiszpańskiego dyrektywę 97/67, usługi pocztowe uważane są za usługi świadczone w interesie ogólnym, świadczone na zasadzie wolnej konkurencji. Pocztove usługi powszechne uważane są za usługi publiczne i podlegają obowiązkowi świadczenia usług publicznych. Artykuł 18 tej ustawy zastrzega niektóre usługi na zasadzie wyłączności na rzecz operatora, któremu powierzono świadczenie pocztowych usług powszechnych.

15. Usługodawca świadczący te pocztowe usługi powszechne w Hiszpanii, tj. Correos, jest publiczną spółką akcyjną, której kapitał znajduje się w całości w rękach publicznych.
16. Zgodnie z art. 11 ustawy o zamówieniach publicznych (Ley de Contratos de las Administraciones Públicas), której skodyfikowany tekst został zatwierdzony dekretem królewskim z mocą ustawy nr 2/2000 (Real Decreto Legislativo 2/2000 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas) z dnia 16 czerwca 2000 r. (zwanej dalej „ustawą o zamówieniach publicznych”), zamówienia publiczne udzielane przez administrację publiczną podlegają zasadom ogłaszania i wolnej konkurencji, z zastrzeżeniem wyjątków ustanowionych w tej ustawie oraz zasadzie równości i niedyskryminacji.
17. Z art. 206 ust. 4 ustawy o zamówieniach publicznych wynika, że przetargi na świadczenie usług pocztowych należą, z umownego punktu widzenia, do zamówień publicznych podlegających tej ustawie.
18. Jednak art. 3 ust. 1 lit. d) ustawy o zamówieniach publicznych wyłącza z zakresu przedmiotowego ustawy porozumienia o współpracy, które zgodnie ze szczególnymi przepisami, którym podlegają, są zawierane przez administrację z osobami fizycznymi lub prawnymi podlegającymi prawu prywatnemu, o ile ich przedmiot nie wchodzi w zakres zamówień publicznych regulowanych przez tę ustawę lub przepisy administracyjne.
19. Zgodnie z przeprowadzoną przez sąd krajowy analizą ram prawnych, w jakich mieści się zawisły przed nim spór, takie porozumienie o współpracy jest aktem prawnym niemieszczącym się w zakresie przepisów prawnych mających zastosowanie do zamówień publicznych, a w związku z tym zasady konkurencyjności, ogłaszania i wolnej konkurencji, cechujące sferę zamówień publicznych, nie mają do takiego aktu zastosowania.
20. Artykuł 58 ustawy 14/2000 o instrumentach podatkowych, administracyjnych i z zakresu spraw społecznych (Ley 14/2000 de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social) z dnia 29 grudnia 2000 r. (zwanej dalej „ustawą 14/2000”) stanowi, że organy administracji publicznej mogą zawierać z Correos porozumienia o współpracy, o których mowa w art. 3 ustawy o zamówieniach publicznych, w celu świadczenia przez tę spółkę usług należących do jej przedmiotu działalności.
21. Zgodnie z tym, co stwierdził sąd krajowy, ze względu na przedmiot działalności Correos określony w art. 58 ustawy 14/2000, możliwość zawierania takich porozumień o współpracy nie ogranicza się do usług niezliberalizowanych lub zastrzeżonych, lecz obejmuje prowadzenie wszelkich usług pocztowych i zarządzanie nimi. Możliwość taka nie ogranicza się więc do pocztowych usług powszechnych i nie ma w ich ramach rozróżnienia na usługi zastrzeżone i niezastrzeżone.
22. Ponadto sąd krajowy wskazuje, że zgodnie z art. 58 ustawy 14/2000 świadczenie niektórych rodzajów usług pocztowych jest dla Correos obowiązkowe. Jednym z jej zadań jest bowiem obowiązkowe podejmowanie się świadczenia usług związanych z jej przedmiotem działalności, które może jej powierzyć administracja publiczna. A więc w stosunku do jednej ze stron brak jest wolności zawierania umów.

Postępowanie przed sądem krajowym i pytanie prejudycjalne

23. Po przeprowadzeniu procedury negocjacyjnej bez ogłoszenia publicznego przetargu ministerstwo i Correos podpisały w dniu 6 czerwca 2002 r. porozumienie o współpracy, mające na celu świadczenie usług pocztowych i telegraficznych (Convenio de colaboración para la prestación de servicios postales y telegráficos, zwane dalej „porozumieniem o współpracy”).

24. Porozumienie o współpracy stanowi, że Correos świadczy na rzecz ministerstwa usługi pocztowe i telegraficzne w następującym zakresie:
- listy (zwykłe, polecane i ekspresowe) miejscowe, zamiejscowe i międzynarodowe, bez limitów wagowych lub dotyczących wymiarów;
 - paczki (pocztowe, „paquete azul” [paczki niebieskie – wysyłane do miejsca zamieszkania paczki pocztowe o dużych wymiarach], zagraniczne) bez limitów wagowych lub dotyczących wymiarów;
 - przesyłki ekspresowe krajowe i zagraniczne EMS („Express Mail Service”), bez limitów wagowych i dotyczących wymiarów, oraz
 - doręczanie książek, przesyłek bibliotecznych, czasopism oraz dziennika urzędowego ministerstwa na szczeblu krajowym (miejscowym i zamiejscowym) i międzynarodowym (drogą lądową i powietrzną), bez limitów wagowych lub dotyczących wymiarów.
25. Wynagrodzenie za świadczone usługi nie jest ustalone, ponieważ zależy od zrealizowanych obrotów. Przed sądem krajowym oszacowano je na roczną kwotę wynoszącą ponad 12 020,42 EUR, co nie zostało zakwestionowane.
26. Porozumienie o współpracy zawarto na czas nieokreślony i obowiązywało ono wciąż w chwili wydania postanowienia odsyłającego.
27. Asociación Profesional odwołała się do ministerstwa od decyzji administracyjnej o udzieleniu, za pomocą porozumienia o współpracy, zamówienia na świadczenie liberalizowanych usług pocztowych bez publicznego przetargu.
28. Decyzją z dnia 20 marca 2003 r. ministerstwo nie uwzględniło odwołania ze względu na to, że udziela ono zamówień w zakresie usług pocztowych w oparciu o istnienie porozumienia o współpracy, które nie podlega przepisom o zamówieniach publicznych i w związku z tym nie obowiązują go zasady ogłaszania i wolnej konkurencji.
29. W tym względzie ministerstwo uznało, że nie zawarło z Correos żadnej umowy, lecz że spółka ta świadczy usługi na podstawie porozumienia o współpracy zawartego zgodnie z art. 3 ust. 1 lit. d) ustawy o zamówieniach publicznych i art. 58 ust. 2 akapit piąty ustawy 14/2000.
30. Tę decyzję z dnia 20 marca 2003 r. w sprawie nieuwzględnienia przez ministerstwo odwołania Asociación Profesional zaskarżyło do Audiencia Nacional.
31. Zdaniem tego sądu rozstrzygnięcie zawisłego przed nim sporu zależy od wykładni prawa wspólnotowego. Trybunał mógłby bowiem stwierdzić, że posługiwanie się porozumieniami o współpracy jest niezgodne z zasadami ogłaszania i wolnej konkurencji, obowiązującymi przy zamówieniach publicznych, i uznać, że albo takie porozumienia mogą być stosowane jedynie w zakresie usług pocztowych zastrzeżonych prawem na rzecz operatora świadczącego usługi powszechne, albo że są niezgodne ze wspomnianymi zasadami również w tym zakresie. W przypadku takiego rozstrzygnięcia trzeba by stwierdzić bezprawność takiego porozumienia o współpracy, jakie jest w niniejszej sprawie kwestionowane, a jego treść byłaby nieważna bądź w całości, bądź jedynie w zakresie wykraczającym poza usługi pocztowe, w odniesieniu do których Trybunał by uznał, że stosowanie takiego porozumienia jest zgodne z prawem.
32. W tych okolicznościach sąd krajowy postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującym pytaniem prejudycjalnym:
- „Czy art. 43 WE i 49 WE w związku z art. 86 WE, wówczas gdy artykuły te są stosowane w ramach liberalizacji usług pocztowych ustanowionej dyrektywami 97/67 i 2002/39/WE oraz w ramach zasad rządzących zamówieniami publicznymi ustanowionych dyrektywami ad hoc, należy interpretować w ten sposób, że stoją one na

przeszkodzie porozumieniu, którego przedmiotem objęte są zarówno usługi pocztowe zastrzeżone, jak i niezastrzeżone, a tym samym zliberalizowane, zawartemu pomiędzy spółką państwową, której kapitał w całości należy do władz publicznych i która ponadto jest operatorem wyznaczonym do świadczenia pocztowych usług powszechnych, a organem administracji państwowej?”.

W przedmiocie pytania prejudycjalnego

33. Na wstępie należy stwierdzić, że chociaż sąd krajowy odnosi się w treści swojego pytania do dyrektywy 2002/39/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 10 czerwca 2002 r. zmieniającej dyrektywę 97/67 w zakresie dalszego otwarcia na konkurencję wspólnotowych usług pocztowych (Dz.U. L 176, str. 21), dyrektywa ta nie może mieć zastosowania w sporze przed sądem krajowym. Zgodnie z art. 2 ust. 1 tej dyrektywy, termin wyznaczony państwowemu członkowskim na transpozycję tej dyrektywy do ich wewnętrznego porządku prawnego upłynął bowiem dopiero w dniu 31 grudnia 2002 r.

W przedmiocie dopuszczalności

34. Rząd hiszpański uważa, że wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym jest niedopuszczalny, ponieważ w rzeczywistości zadano Trybunałowi pytanie o to, czy porozumienie o współpracy jest zgodne z dyrektywami w sprawie zamówień publicznych i liberalizacji usług pocztowych, a kwestia ta należy do kompetencji sądu krajowego.

35. Należy przede wszystkim stwierdzić, że ani treść pytania, ani przedstawione w postanowieniu odsyłającym uzasadnienie stanowiące jego niezbędną podstawę nie wskazują na to, by sąd prosił Trybunał o samodzielne rozstrzygnięcie, czy porozumienie o współpracy jest zgodne z prawem wspólnotowym.

36. Ponadto należy przypomnieć, że chociaż Trybunał nie jest właściwy, w ramach art. 234 WE, w sprawach stosowania przepisów prawa wspólnotowego do konkretnego przypadku ani dokonywania oceny zgodności przepisów prawa krajowego z tymi przepisami, to może on jednak dostarczyć sądowi krajowemu wszystkich elementów wykładni prawa wspólnotowego, które mogą być użyteczne przy dokonywaniu oceny skutków przepisów prawa wspólnotowego (zob. wyrok z dnia 9 lipca 2002 r. w sprawie C-181/00 *Flightline*, Rec. str. I-6139, pkt 20).

37. Należy zatem uznać wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym za dopuszczalny.

Co do istoty sprawy

38. Za pomocą swojego pytania sąd krajowy pragnie się w istocie dowiedzieć, czy prawo wspólnotowe należy interpretować w ten sposób, że stoi ono na przeszkodzie przepisom państwa członkowskiego, umożliwiającym organom administracji publicznej powierzanie, z pominięciem reguł udzielania zamówień publicznych, świadczenia usług pocztowych, zarówno zastrzeżonych, jak i niezastrzeżonych, publicznej spółce akcyjnej, której kapitał znajduje się w całości w rękach publicznych i która jest w tym państwie operatorem świadczącym pocztowe usługi powszechne.

Zastrzeżone usługi pocztowe w rozumieniu dyrektywy 97/67

39. Na wstępie należy przypomnieć, że art. 7 dyrektywy 97/67 pozwala państwowemu członkowskim zastrzec niektóre rodzaje usług pocztowych dla operatora/operatorów świadczącego/świadczących usługi powszechne w zakresie koniecznym do utrzymania usług powszechnych. W związku z tym, jeżeli usługi pocztowe są, zgodnie z tą dyrektywą, zastrzeżone dla jednego operatora świadczącego usługi powszechne, usługi takie muszą być wyłączone z konkurencji, gdyż żaden inny podmiot gospodarczy nie ma prawa oferować tych usług.

40. Należy więc stwierdzić, że w zakresie takich zastrzeżonych usług nie mogą mieć zastosowania wspólnotowe przepisy w sprawie zamówień publicznych, których głównym celem jest swobodny przepływ towarów i usług oraz otwarcie na niezakłóconą konkurencję we wszystkich państwach członkowskich (wyroki z dnia 11 stycznia 2005 w sprawie C-26/03 Stadt Halle i RPL Lochau, Zb.Orz. str. I-1, pkt 44 i z dnia 11 maja 2006 r. w sprawie C-340/04 Carbotermo i Consorzio Alisei, Zb.Orz. str. I-4137, pkt 58).
41. Na zadane pytanie należy więc odpowiedzieć, iż prawo wspólnotowe należy interpretować w ten sposób, że nie stoi ono na przeszkodzie przepisom państwa członkowskiego pozwalającym organom administracji publicznej powierzać, z pominięciem reguł udzielania zamówień publicznych, świadczenia usług pocztowych zastrzeżonych zgodnie z dyrektywą 97/67 publicznej spółce akcyjnej, której kapitał znajduje się w całości w rękach publicznych i która jest w tym państwie operatorem świadczącym pocztowe usługi powszechne.
- Niezastrzeżone usługi pocztowe w rozumieniu dyrektywy 97/67
42. To, czy przy zawieraniu takiego porozumienia o współpracy, jakie jest przedmiotem sporu w postępowaniu przed sądem krajowym, należy przestrzegać wspólnotowych przepisów z dziedziny zamówień publicznych, należy zbadać jedynie w odniesieniu do niezastrzeżonych usług pocztowych w rozumieniu dyrektywy 97/67.
- Dyrektywa 92/50
43. Po pierwsze, należy sprawdzić, czy takie porozumienie, jakie jest przedmiotem sporu w postępowaniu przed sądem krajowym, było objęte zakresem przedmiotowym dyrektywy właściwej w sprawie zamówień publicznych na usługi pocztowe w chwili, gdy miały miejsce okoliczności faktyczne zawisłego przed sądem krajowym sporu, tj. dyrektywy 92/50.
44. Dyrektywa ta wymaga przy udzielaniu podlegających jej zamówień publicznych przestrzegania pewnych wymogów dotyczących procedury i ogłoszenia.
45. Zgodnie z samym brzmieniem art. 1 lit. a) dyrektywy 92/50 zamówienie publiczne na usługi wymaga istnienia umowy o charakterze odpłatnym, zawartej na piśmie pomiędzy usługodawcą a instytucją zamawiającą w rozumieniu art. 1 lit. b).
46. Jak podniósł rzecznik generalny w pkt 63 opinii, trzeba przyznać, że ministerstwo jest instytucją zamawiającą, a Correos usługodawcą w rozumieniu przepisów wymienionych w poprzednim punkcie. Ponadto bezsporny jest fakt, że porozumienie o współpracy zostało zawarte na piśmie i ma charakter odpłatny.
47. Jednakże ponieważ sąd krajowy wskazał jedynie, że roczna kwota, na jaką świadczone są usługi na mocy tego porozumienia, przekracza 12 020,42 EUR, pojawia się pytanie, czy kwota ta osiąga próg 200 000 SDR ustalony w art. 7 ust. 1 lit. a) tiret drugie ppkt ii) dyrektywy 92/50, co w chwili, gdy miały miejsce okoliczności faktyczne sporu zawisłego przed sądem krajowym, równało się 249 681 EUR.
48. Jest zadaniem sądu krajowego sprawdzenie, czy w świetle krajowych przepisów transponujących art. 7 ust. 5 tiret drugie dyrektywy 92/50 osiągnięto próg 249 681 EUR.
49. Jeśli próg ten został osiągnięty, pytanie brzmi wówczas, czy porozumienie o współpracy stanowi faktycznie umowę w rozumieniu art. 1 lit. a) dyrektywy 92/50. Rząd hiszpański uważa bowiem, że porozumienie to ma charakter nie umowny, lecz wykonawczy, skoro Correos nie ma możliwości odmowy zawarcia takiego porozumienia, tylko musi się na nie zgodzić.
50. W tym względzie należy przypomnieć, że definicja zamówienia publicznego na usługi należy do dziedziny prawa wspólnotowego, wobec czego kwalifikacja porozumienia o współpracy w prawie krajowym jest bez znaczenia dla rozstrzygnięcia, czy

jest ono objęte zakresem stosowania dyrektywy 92/50 (zob. podobnie wyroki z dnia 20 października 2005 r. w sprawie C-264/03 Komisja przeciwko Francji, Zb.Orz. str. I-8831, pkt 36 oraz z dnia 18 lipca 2007 r. w sprawie C-382/05 Komisja przeciwko Włochom, dotychczas nieopublikowany w Zbiorze, pkt 30).

51. Wprawdzie w pkt 54 wyroku z dnia 19 kwietnia 2007 r. w sprawie C-295/05 Asemfo, Zb.Orz. str. I-2999 Trybunał orzekł, że warunek obowiązywania dyrektyw z dziedziny zamówień publicznych dotyczący istnienia umowy nie jest spełniony, jeżeli występująca w danej sprawie spółka państwowa nie ma żadnej swobody decydowania ani o tym, jak postąpić ze zleceniem otrzymanym od właściwych władz, ani o cenach za swoje świadczenia, co miał sprawdzić sąd krajowy.
52. Jednakże rozumowanie to należy postrzegać w świetle konkretnych towarzyszących mu okoliczności. Wynika ono ze stwierdzenia faktu, że na mocy prawa hiszpańskiego omawiana spółka państwowa była jednostką wykonawczą i służbą techniczną hiszpańskiej administracji rządowej oraz wszystkich zaangażowanych Comunidades Autónomas, a Trybunał uznał już w związku z innymi okolicznościami, niż te, które występowały w ww. sprawie Asemfo, że jako jednostka wykonawcza i służba techniczna hiszpańskiej administracji spółka ma obowiązek wykonywania na zasadzie wyłączności zleconych jej przez administrację rządową, Comunidades Autónomas i podległe im podmioty publiczne zadań (ww. wyrok w sprawie Asemfo, pkt 49 i 53).
53. Natomiast Correos, jako operator świadczący pocztowe usługi powszechne, ma całkiem inne zadanie, wiążące się w szczególności z tym, że jego klientami są wszyscy, którzy pragną skorzystać z pocztowej usługi powszechnej. Sam fakt, że spółka ta nie ma żadnej swobody ani w zakresie tego, jak postąpić z otrzymanym od ministerstwa zleceniem, ani w zakresie stosowanych do swoich usług cen, nie może automatycznie oznaczać tego, że nie zawarto między tymi podmiotami żadnej umowy.
54. Sytuacja taka nie musi bowiem różnić się od sytuacji, w której prywatny klient chce skorzystać z usług Correos należących do pocztowych usług powszechnych, skoro z samej natury tego zadania operatora świadczącego takie usługi wynika, że w takim przypadku również musi on zrealizować żadaną usługę, i to być może po ustalonych cenach, a w każdym razie po cenach przejrzystych i niedyskryminacyjnych. Zaś nie ulega wątpliwości, że tego rodzaju relację należy zaliczyć do stosunków umownych. Jedynie w przypadku, gdyby porozumienie zawarte między Correos a ministerstwem było w rzeczywistości jednostronnym aktem administracyjnym nakładającym obowiązki obciążające jedynie Correos, czyniącym znaczące odstępstwo od zwykłych warunków handlowej oferty tej spółki, a to musi sprawdzić sąd krajowy, należałoby uznać, że brak jest tutaj umowy i że w związku z tym nie można zastosować dyrektywy 92/50.
55. W ramach sprawdzania sąd krajowy powinien w szczególności zbadać, czy Correos jest w stanie negocjować z ministerstwem konkretny zakres usług, które ma świadczyć, oraz obowiązujące na nie ceny i czy spółka ta, w odniesieniu do usług niezastrzeżonych, ma możliwość zrezygnowania ze zobowiązań wynikających z porozumienia o współpracy, z zachowaniem przewidzianego w nim okresu wypowiedzenia.
56. Należy również odrzucić pozostałe argumenty rządu hiszpańskiego wysuwane w celu wykazania, że takie porozumienie o współpracy, jakie jest przedmiotem sporu w postępowaniu przed sądem krajowym, nie podlega przepisom obowiązującym w dziedzinie zamówień publicznych.
57. Rząd hiszpański utrzymuje na przykład, że porozumienie o współpracy nie może w każdym razie podlegać przepisom dotyczącym zamówień publicznych, ponieważ spełnione zostały ustanowione w orzecznictwie Trybunału kryteria „in house”.

58. W tym względzie należy przypomnieć, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału, w myśl dyrektyw dotyczących udzielania zamówień publicznych, nie ma obowiązku ogłaszania przetargu, nawet w przypadku, gdy zleceniobiorca jest podmiotem prawnie odrębnym od instytucji zamawiającej, gdy spełnione zostaną dwa warunki. Po pierwsze, organ administracji publicznej będący instytucją zamawiającą musi sprawować nad tym odrębnym podmiotem kontrolę analogiczną do kontroli sprawowanej nad swoimi własnymi służbami, a po drugie, podmiot ten musi wykonywać swoją działalność w zasadniczej części na rzecz kontrolującej ją jednostki lub jednostek (zob. wyrok z dnia 18 listopada 1999 r. w sprawie C-107/98 Teckal, Rec. str. I-8121, pkt 50; ww. wyroki w sprawie Stadt Halle i RPL Lochau, pkt 49; w sprawie Carbotermo i Consorzio Alisei, pkt 33 i w sprawie Asemfo, pkt 55).
59. Nie potrzeba przeprowadzać głębszej analizy kwestii, czy pierwszy z dwóch wspomnianych w poprzednim punkcie warunków jest spełniony, ponieważ wystarczy stwierdzić, że w sprawie będącej przedmiotem postępowania przed sądem krajowym nie został spełniony drugi warunek. Jest bowiem bezsporny fakt, że Correos, jako operator świadczący pocztowe usługi powszechne w Hiszpanii, nie wykonuje zasadniczej części swojej działalności na rzecz ministerstwa ani w ogóle na rzecz administracji publicznej, lecz spółka ta świadczy usługi pocztowe dla nieokreślonej liczby klientów takich pocztowych usług powszechnych.
60. Rząd hiszpański podnosi jednak, że stosunki łączące administrację publiczną ze spółką mającą prawa wyłączne z natury są stosunkami opartymi na zasadzie wyłączności, co oznacza wyższy stopień, niż „działalność w zasadniczej części”. A Correos jest właścicielem prawa wyłącznego z racji tego, że ma ona obowiązek, na mocy art. 58 ustawy 14/2000, świadczenia organom administracji publicznej usług będących przedmiotem jej działalności, do której zaliczają się usługi zastrzeżone i usługi niezastrzeżone.
61. W tym względzie należy stwierdzić, że gdyby obowiązek ten rzeczywiście można było uznać za prawo wyłączne, ocena czego byłaby zadaniem sądu krajowego, prawo takie nie stanowi spełnienia, w ramach wymaganej analizy pod kątem obu warunków, o których mowa w pkt 58 niniejszego wyroku, warunku stanowiącego, że dany usługodawca musi wykonywać swoją działalność w zasadniczej części na rzecz kontrolujących ją jednostki lub jednostek.
62. Wymóg ten ma bowiem w szczególności na celu zapewnienie, aby dyrektywa 92/50 znajdowała zastosowanie również w przypadku, gdy przedsiębiorstwo kontrolowane przez jedną lub więcej jednostek działa aktywnie na rynku, a tym samym może znaleźć się w stosunku konkurencji z innymi przedsiębiorstwami (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Carbotermo i Consorzio Alisei, pkt 60). Tymczasem bezsporny jest fakt, że Correos działa na hiszpańskim rynku pocztowym i konkuruje na nim, z wyjątkiem obszaru usług zastrzeżonych w rozumieniu dyrektywy 97/67, z innymi przedsiębiorstwami pocztowymi, których liczba, według uwag rządu hiszpańskiego, wynosi ok. 2000.
63. Zatem należy podsumować, że takie porozumienie o współpracy, jakie jest przedmiotem sporu w postępowaniu przed sądem krajowym, nie spełnia warunków przytoczonych w pkt 58 niniejszego wyroku i nie może zostać wyjęte spod zakresu przedmiotowego dyrektywy 92/50.
64. Jednak istnienie prawa wyłącznego może uzasadniać niestosowanie dyrektywy 92/50, ponieważ dyrektywa ta zgodnie z art. 6 „nie ma zastosowania do zamówień publicznych na usługi, udzielanych podmiotowi, który sam jest instytucją zamawiającą w rozumieniu art. 1 lit. b), na podstawie prawa wyłącznego, przysługującego mu na podstawie opublikowanych przepisów ustawowych, wykonawczych lub administracyjnych, które są zgodne z traktatem”.

65. Jednak bez potrzeby analizowania, czy pierwszy z trzech wymienionych w art. 6 warunków, dotyczący kwestii bycia przez Correos instytucją zamawiającą jest przez tę spółkę spełniony, i nawet jeśli przysługuje jej na mocy art. 58 ustawy 14/2000 wyłączne prawo świadczenia organom administracji państwowej usług pocztowych należących do jej przedmiotu działalności, wystarczy stwierdzić w każdym razie, że nie został spełniony trzeci z tych warunków, mówiący o tym, że przepisy nadające prawo wyłączne muszą być zgodne z traktatem.
66. Ten przepis krajowy, jeżeli nadaje krajowemu operatorowi świadczącemu pocztowe usługi powszechne wyłączne prawo świadczenia organom administracji publicznej usług pocztowych niezastrzeżonych na mocy art. 7 dyrektywy 97/67, do których ogranicza się niniejsza analiza, jest bowiem niezgodny z celem tej dyrektywy.
67. Jak wynika z orzecznictwa Trybunału, państwa członkowskie nie mają prawa rozszerzania w dowolny sposób zakresu usług zastrzeżonych dla operatorów świadczących pocztowe usługi powszechne na mocy art. 7 dyrektywy 97/67, gdyż rozszerzenie to jest sprzeczne z celem dyrektywy, która zgodnie z motywem ósmym zmierza do zapewnienia stopniowej i kontrolowanej liberalizacji w sektorze pocztowym (wyrok z dnia 11 marca 2004 r. w sprawie C-240/02 Asempre i Asociación Nacional de Empresas de Externalización y Gestión de Envíos y Pequeña Paquetería, Rec. str. I-2461, pkt 24).
68. To stwierdzenie odnosi się nie tylko do zastrzeżenia poziomego, tj. zastrzeżenia określonej usługi pocztowej jako takiej, lecz w celu zapewnienia skuteczności art. 7 dyrektywy 97/67 ma ono zastosowanie również do zastrzeżenia pionowego, jak ma to miejsce w sprawie zawisłej przed sądem krajowym, polegającego na wyłączności w świadczeniu usług pocztowych określonym klientom. Jak podnosi Komisja Wspólnot Europejskich, stosowanie hiszpańskich przepisów będących przedmiotem sporu w postępowaniu przed sądem krajowym oznaczałoby bowiem w praktyce, że wszystkie usługi pocztowe, na które jakiś hiszpański podmiot publiczny miałby zapotrzebowanie, mogłyby potencjalnie być świadczone przez Correos, z wykluczeniem wszystkich innych operatorów pocztowych, co byłoby w oczywisty sposób niezgodne z celem tej dyrektywy.
69. Na zadane pytanie należy zatem odpowiedzieć, że dyrektywę 92/50 należy interpretować w ten sposób, że stoi ona na przeszkodzie przepisom państwa członkowskiego, umożliwiającym organom administracji publicznej powierzanie, z pominięciem reguł udzielania zamówień publicznych, świadczenia usług pocztowych niezastrzeżonych w rozumieniu dyrektywy 97/67 publicznej spółce akcyjnej, której kapitał znajduje się w całości w rękach publicznych i która jest w tym państwie operatorem świadczącym pocztowe usługi powszechne, jeżeli porozumienia, do których przepisy te mają zastosowanie,
- osiagają próg określony w art. 7 ust. 1 dyrektywy 92/50
 - i stanowią umowy w rozumieniu art. 1 lit. a) tej dyrektywy zawarte na piśmie i o charakterze odpłatnym,
- sprawdzenie tego jest zaś zadaniem sądu krajowego.
- Wymogi w dziedzinie zamówień publicznych wynikające z traktatu
70. O ile przepisy krajowe będące przedmiotem sporu w postępowaniu przed sądem krajowym miałyby zastosowanie do porozumień, które nie osiagają właściwego progu określonego w art. 7 ust. 1 dyrektywy 92/50, należy po drugie zbadać, czy przepisy takie spełniają wymogi w zakresie udzielania zamówień publicznych wynikające z traktatu.

71. Chociaż bowiem niektóre umowy wyjęte są spod zakresu przedmiotowego wspólnotowych dyrektyw z dziedziny zamówień publicznych, to instytucje zamawiające, które ich udzielają, muszą przestrzegać podstawowych zasad traktatu, a w szczególności zasady niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową (ww. wyrok w sprawie Komisja przeciwko Francji, pkt 32 i przywołane w nim orzecznictwo).
72. Dotyczy to w szczególności zamówień publicznych, których wartość jest mniejsza niż progi ustanowione w dyrektywie 92/50. Zamówienia publiczne o niewielkiej wartości nie są bowiem wyłączone spod zakresu obowiązywania prawa wspólnotowego przez sam fakt, że ustawodawca wspólnotowy uznał, iż szczególne, rygorystyczne procedury ustanowione w dyrektywach z zakresu zamówień publicznych nie są w ich przypadku odpowiednie (postanowienie z dnia 3 grudnia 2001 r. w sprawie C-59/00 Vestergaard, Rec. str. I-9505, pkt 19 i ww. wyrok w sprawie Komisja przeciwko Francji, pkt 33).
73. Konkretnymi postanowieniami traktatu znajdującymi zastosowanie do zamówień publicznych na usługi, których wartość jest mniejsza niż ustalone w dyrektywie 92/50 progi, są w szczególności art. 43 WE i 49 WE.
74. Poza zasadą niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową do takich zamówień publicznych winna mieć również zastosowanie zasada równego traktowania oferentów, nawet w przypadku braku dyskryminacji ze względu na przynależność państwową (zob. podobnie wyroki z dnia 13 października 2005 r. w sprawie C-458/03 Parking Brixen, Zb.Orz. str. I-8585, pkt 48 i z dnia 6 kwietnia 2006 r. w sprawie C-410/04 ANAV, Zb.Orz. str. I-3303, pkt 20).
75. Zasady równego traktowania i niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową pociągają za sobą między innymi obowiązek przejrzystości, który pozwala publicznej instytucji zamawiającej na upewnienie się, że zasady te są przestrzegane. Ten obowiązek przejrzystości, który ciąży na wspomnianym organie, polega na zagwarantowaniu wszystkim potencjalnym oferentom odpowiedniego poziomu jawności, umożliwiającego otwarcie przetargu na usługi na konkurencję i kontrolę bezstronności postępowań przetargowych (zob. podobnie ww. wyroki w sprawie Parking Brixen, pkt 49 i ANAV, pkt 21).
76. Co do zasady całkowity brak postępowania przetargowego w przypadku udzielenia takiego zamówienia publicznego na usługi, jakie jest przedmiotem sporu w postępowaniu przed sądem krajowym, nie jest zgodny ani z wymogami art. 43 WE i 49 WE, ani też z zasadami równego traktowania, niedyskryminacji i przejrzystości (zob. podobnie ww. wyroki w sprawie Parking Brixen, pkt 50 i ANAV, pkt 22).
77. Ponadto z art. 86 ust. 1 WE wynika, że państwa członkowskie nie mogą utrzymywać w mocy przepisów krajowych, które zezwalają na udzielenie zamówień publicznych na usługi bez przeprowadzenia postępowania przetargowego, ponieważ takie udzielenie narusza postanowienia art. 43 WE lub art. 49 WE, lub zasady równości traktowania, niedyskryminacji i przejrzystości (zob. podobnie ww. wyroki w sprawie Parking Brixen, pkt 52 i ANAV, pkt 23).
78. Tymczasem w przypadku art. 86 WE ust. 1 w związku z art. 86 ust. 2, na ust. 2 można powoływać się w celu uzasadnienia udzielenia przez państwo członkowskie przedsiębiorstwu zobowiązanemu do zarządzania usługami świadczonymi w ogólnym interesie gospodarczym praw specjalnych lub wyłącznych niezgodnych z postanowieniami traktatu, w granicach, w jakich realizację powierzonych mu szczególnych zadań można zapewnić jedynie poprzez przyznanie takich praw i o ile rozwój handlu nie jest naruszany w sposób pozostający w sprzeczności z interesem Wspólnoty (wyrok z dnia 17 maja 2001 r. w sprawie C-340/99 TNT Traco, Rec. str. I-4109, pkt 52).

79. Należy również stwierdzić, że takie przedsiębiorstwo, jak Correos, na którym spoczywa odpowiedzialność, na mocy przepisów państwa członkowskiego, za zapewnienie pocztowych usług powszechnych, stanowi przedsiębiorstwo zobowiązane do zarządzania usługami świadczonymi w ogólnym interesie gospodarczym w rozumieniu art. 86 ust. 2 WE (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie TNT Traco, pkt 53).
80. Jednakże nawet jeśli nałożony na Correos na mocy art. 58 ustawy 14/2000 obowiązek świadczenia organom administracji publicznej usług należących do przedmiotu działalności tej spółki można uznać za prawo wyłączne na jej rzecz, należy stwierdzić, że na art. 86 ust. 2 WE nie można się powoływać w celu uzasadnienia takich przepisów krajowych, jakie są przedmiotem sporu w postępowaniu przed sądem krajowym, jeżeli dotyczą one usług pocztowych niezastrzeżonych w rozumieniu dyrektywy 97/67.
81. Jak bowiem podniósł rzecznik generalny w pkt 99 opinii, dyrektywa 97/67 wykonuje art. 86 ust. 2 WE w zakresie możliwości zastrzeżenia niektórych usług pocztowych na rzecz operatora świadczącego pocztowe usługi powszechne. Zaś jak zostało przypomniane w pkt 67 niniejszego wyroku, Trybunał orzekł już, że państwa członkowskie nie mają prawa rozszerzenia w dowolny sposób zakresu usług zastrzeżonych dla operatorów świadczących pocztowe usługi powszechne na mocy art. 7 dyrektywy 97/67, gdyż rozszerzenie to jest sprzeczne z celem dyrektywy, która zmierza do zapewnienia stopniowej i kontrolowanej liberalizacji w sektorze pocztowym.
82. W tych okolicznościach należy przypomnieć, że w ramach dyrektywy 97/67 bierze się pod uwagę to, czy zastrzeżenie niektórych usług pocztowych na rzecz operatora świadczącego pocztowe usługi powszechne jest niezbędne po to, by te pocztowe usługi powszechne były świadczone na warunkach akceptowalnych z gospodarczego punktu widzenia (wyrok z dnia 15 listopada 2007 r. w sprawie C-162/06 International Mail Spain, dotychczas nieopublikowany w Zbiorze, pkt 50).
83. Zatem jeśli chodzi o niezastrzeżone usługi pocztowe w rozumieniu dyrektywy 97/67, będące jedynym przedmiotem tej analizy, art. 86 ust. 2 WE nie może stanowić podstawy prawnej dla uzasadnienia przyznania na rzecz operatora świadczącego pocztowe usługi powszechne wyłącznego prawa świadczenia takich usług organom administracji publicznej.
84. Rząd hiszpański podnosi jednak, że porozumienie o współpracy nie może podlegać przepisom z dziedziny zamówień publicznych ze względu na swój wykonawczy, a nie umowny charakter. Correos nie przysługuje bowiem możliwość odmowy zawarcia takiego porozumienia o współpracy, jakie jest przedmiotem sporu w postępowaniu przed sądem krajowym, tylko musi się na nie zgodzić.
85. W tym względzie stwierdzić należy, że, jak podniesiono już w pkt 54 niniejszego wyroku, jedynie w przypadku, gdyby porozumienie o współpracy było w rzeczywistości jednostronnym aktem administracyjnym nakładającym obowiązki obciążające jedynie Correos, czyniącym znaczące odstępstwo od zwykłych warunków handlowej oferty tej spółki, a to musi sprawdzić sąd krajowy, należałoby uznać, że takie porozumienie nie podlega wspólnotowym przepisom z dziedziny zamówień publicznych.
86. Jeśli chodzi o argument rządu hiszpańskiego, że porozumienie o współpracy nie może podlegać przepisom dotyczącym zamówień publicznych ze względu na to, że zachodzi tu sytuacja „in house”, należy przyznać, że w dziedzinie zamówień publicznych na usługi stosowanie norm ustanowionych w art. 12 WE, 43 WE i 49 WE, a także ogólnych zasad, których stanowią one konkretyzację, jest wyłączone, jeżeli jednocześnie kontrola sprawowana przez publiczną instytucję zamawiającą nad podmiotem, któremu udzieliła ona zamówienia, jest analogiczna do kontroli sprawowanej przez ten organ nad swoimi własnymi służbami oraz jeśli podmiot ten wykonuje swoją działalność w zasadniczej części na rzecz kontrolującego go organu (zob. podobnie ww. wyroki w sprawie Parking Brixen, pkt 62 i ANAV, pkt 24).

87. Jednakże, jak stwierdzono w pkt 63 niniejszego wyroku, takie porozumienie o współpracy, jakie jest przedmiotem sporu w postępowaniu przed sądem krajowym, nie spełnia drugiego z wymienionych w poprzednim punkcie warunków i nie może zatem być wyjęte z tego powodu spod zakresu stosowania norm zawartych w art. 12 WE, 43 WE i 49 WE oraz ogólnych zasad, których stanowią one konkretyzację.

88. Na zadane pytanie należy więc również odpowiedzieć, że art. 43 WE, 49 WE i 86 WE oraz zasady równego traktowania, niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową i przejrzystość należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie przepisom państwa członkowskiego umożliwiającym organom administracji publicznej powierzanie, z pominięciem reguł udzielania zamówień publicznych, świadczenia usług pocztowych niezastrzeżonych w rozumieniu dyrektywy 97/67 publicznej spółce akcyjnej, której kapitał znajduje się w całości w rękach publicznych i która jest w tym państwie operatorem świadczącym pocztowe usługi powszechne, jeżeli porozumienia, do których postanowienia te mają zastosowanie,

- nie osiągają odpowiedniego progu określonego w art. 7 ust. 1 dyrektywy 92/50 i
- nie stanowią w rzeczywistości jednostronnego aktu administracyjnego nakładającego obowiązki obciążające jedynie operatora świadczącego pocztowe usługi powszechne, czyniącego znaczące odstępstwo od jego zwykłych warunków oferty handlowej,

sprawdzenie tego jest zaś zadaniem sądu krajowego.

W przedmiocie kosztów

89. Dla stron postępowania przed sądem krajowym niniejsze postępowanie ma charakter incydentalny, dotyczy bowiem kwestii podniesionej przed tym sądem, do niego zatem należy rozstrzygnięcie o kosztach. Koszty poniesione w związku z przedstawieniem uwag Trybunałowi, inne niż poniesione przez strony postępowania przed sądem krajowym, nie podlegają zwrotowi.

Z powyższych względów Trybunał (pierwsza izba) orzeka, co następuje:

1) **Prawo wspólnotowe należy interpretować w ten sposób, że nie stoi ono na przeszkodzie przepisom państwa członkowskiego pozwalającym organom administracji publicznej powierzać, z pominięciem reguł udzielania zamówień publicznych, świadczenie usług pocztowych zastrzeżonych zgodnie z dyrektywą 97/67/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 15 grudnia 1997 r. w sprawie wspólnych zasad rozwoju rynku wewnętrznego usług pocztowych Wspólnoty oraz poprawy jakości usług publicznej spółce akcyjnej, której kapitał znajduje się w całości w rękach publicznych i która jest w tym państwie operatorem świadczącym pocztowe usługi powszechne.**

2) **Dyrektywę Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnoszącą się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi, w brzmieniu zmienionym dyrektywą Komisji 2001/78/WE z dnia 13 września 2001 r., należy interpretować w ten sposób, że stoi ona na przeszkodzie przepisom państwa członkowskiego, umożliwiającym organom administracji publicznej powierzanie, z pominięciem reguł udzielania zamówień publicznych, świadczenia usług pocztowych niezastrzeżonych w rozumieniu dyrektywy 97/67 publicznej spółce akcyjnej, której kapitał znajduje się w całości w rękach publicznych i która jest w tym państwie operatorem świadczącym pocztowe usługi powszechne, jeżeli porozumienia, do których przepisy te mają zastosowanie,**

- **osiągają próg określony w art. 7 ust. 1 dyrektywy 92/50**
- **i stanowią umowy w rozumieniu art. 1 lit. a) tej dyrektywy zawarte na piśmie i o charakterze odpłatnym,**

sprawdzenie tego jest zaś zadaniem sądu krajowego.

- 3) Artykuły 43 WE, 49 WE i 86 WE oraz zasady równego traktowania, niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową i przejrzystość należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie przepisom państwa członkowskiego umożliwiającym organom administracji publicznej powierzanie, z pominięciem reguł udzielania zamówień publicznych, świadczenia usług pocztowych niezastrzeżonych w rozumieniu dyrektywy 97/67 publicznej spółce akcyjnej, której kapitał znajduje się w całości w rękach publicznych i która jest w tym państwie operatorem świadczącym pocztowe usługi powszechne, jeżeli porozumienia, do których postanowienia te mają zastosowanie,
- nie osiągają odpowiedniego progu określonego w art. 7 ust. 1 dyrektywy 92/50
 - i nie stanowią w rzeczywistości jednostronnego aktu administracyjnego nakładającego obowiązki obciążające jedynie operatora świadczącego pocztowe usługi powszechne, czyniącego znaczące odstępstwo od jego zwykłych warunków oferty handlowej,
- sprawdzenie tego jest zaś zadaniem sądu krajowego.

Podpisy

Orzeczenie z dnia 18 grudnia 2007 r. w sprawie C-357/06
Frigerio Luigi

WYROK TRYBUNAŁU (czwarta izba)
z dnia 18 grudnia 2007 r. (*)

Dyrektywa 92/50/EWG – Zamówienia publiczne na usługi – Przepisy krajowe zastrzegające na rzecz spółek kapitałowych możliwość udzielenia zamówień na lokalne usługi publiczne świadczone w interesie gospodarczym – Zgodność

W sprawie C-357/06

mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 234 WE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (Włochy) postanowieniem z dnia 16 czerwca 2006 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 30 sierpnia 2006 r., w postępowaniu:

Frigerio Luigi & C. Snc

przeciwko

Comune di Triuggio,

przy udziale:

Azienda Servizi Multisetoriali Lombardia – A.S.M.L. SpA,

TRYBUNAŁ (czwarta izba),

w składzie: G. Arestis, prezes ósmej izby pełniący obowiązki prezesa czwartej izby, R. Silva de Lapuerta, E. Juhász (sprawozdawca), J. Malenovský i T. von Danwitz, sędziowie, rzecznik generalny: D. Ruiz-Jarabo Colomer,

sekretarz: L. Hewlett, główny administrator,

uwzględniając procedurę pisemną i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 18 października 2007 r.,

rozważywszy uwagi przedstawione:

- w imieniu Frigerio Luigi & C. Snc przez M. Boifavę, avvocato,
- w imieniu Komisji Wspólnot Europejskich przez C. Zadrę oraz X. Lewisa, działających w charakterze pełnomocników,

podjąwszy, po wysłuchaniu rzecznika generalnego, decyzję o rozstrzygnięciu sprawy bez opinii,

wydaje następujący

Wyrok

1. Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni art. 26 dyrektywy Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnoszącej się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi (Dz.U. L 209, str. 1) zmienionej dyrektywą Komisji 2001/78/WE z dnia 13 września 2001 r. (Dz.U. L 285, str. 1, zwanej dalej „dyrektywą 92/50”), art. 4 ust. 1 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu

Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. L 134, str. 114), art. 39 WE, art. 43 WE, art. 48 WE i art. 81 WE, art. 9 dyrektywy Rady 75/442/EWG z dnia 15 lipca 1975 r. w sprawie odpadów (Dz.U. L 194, str. 39) zmienionej dyrektywą Rady 91/156/EWG z dnia 18 marca 1991 r. (Dz. U. L 114, str. 9, zwanej dalej „dyrektywą 75/442”) oraz art. 7 dyrektywy 2006/12/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 5 kwietnia 2006 r. w sprawie odpadów (Dz.U. L 114, str. 9).

2. Wniosek ten został złożony w ramach sporu między Frigerio Luigi & C. Snc (zwaną dalej „Frigerio”), spółką jawną prawa włoskiego oraz gminą Triuggio, dotyczącego przyznania zamówienia na zarządzanie usługami w zakresie utrzymania porządku i czystości miasta.

Ramy prawne

Uregulowania wspólnotowe

3. Dyrektywa 92/50 ma na celu koordynację procedur udzielania zamówień publicznych na usługi. Zgodnie z motywem drugim tej dyrektywy dąży ona do stopniowego ustanowienia rynku wewnętrznego, obejmującego obszar bez granic wewnętrznych, na którym zapewniony jest swobodny przepływ towarów, osób, usług i kapitału.
4. Motyw szósty dyrektywy stanowi w szczególności, że należy unikać przeszkód w swobodnym przepływie usług i że w związku z tym usługodawcami mogą być osoby fizyczne lub prawne.
5. W rozumieniu motywu dwudziestego rzezoney dyrektywy w celu wyeliminowania praktyk ogólnie ograniczających konkurencję oraz ograniczających w szczególności udział w zamówieniach obywateli innych państw członkowskich niezbędna jest poprawa dostępu usługodawców do procedur udzielania zamówień.
6. Artykuł 26 dyrektywy 92/50 ma następujące brzmienie:
 - „1. Oferty mogą być składane przez grupy usługodawców. Od takich grup nie można wymagać, aby przybrały w celu złożenia oferty określoną formę prawną; można jednak tego wymagać od grupy, której udzielono zamówienia.
 2. Kandydaci lub oferenci, którzy zgodnie z prawem państwa członkowskiego, w którym mają siedzibę lub miejsce zamieszkania, są uprawnieni do świadczenia odnośnej działalności usługowej, nie zostają odrzuceni jedynie na podstawie tego, iż zgodnie z prawem państwa członkowskiego, w którym zamówienie jest udzielone, byłiby oni zobowiązani być albo osobami fizycznymi albo prawnymi.
 3. Można jednakże wymagać od osób prawnych podania w ofercie lub wniosku o dopuszczenie do udziału nazwisk i odpowiednich kwalifikacji zawodowych pracowników odpowiedzialnych za wykonanie usługi”.
7. Dyrektywa 92/50, z wyjątkiem art. 41, została z dniem 31 stycznia 2006 r. uchylona i zastąpiona dyrektywą 2004/18. Treść art. 26 dyrektywy 92/50 została w istocie powtórzona w art. 4 dyrektywy 2004/18.

Uregulowania krajowe

8. Dekret ustawodawczy nr 267 z dnia 18 sierpnia 2000 r. w sprawie ogłoszenia jednolitego tekstu ustaw w sprawie organizacji jednostek samorządu terytorialnego (testo unico delle leggi sull’ordinamento degli enti locali) (dodatek zwykły do GURI nr 227 z dnia 28 września 2000 r.), zmieniony dekretem z mocą ustawy nr 269 z dnia 30 września 2003 r. w sprawie przepisów o charakterze doraźnym przyjętych w celu wspierania rozwoju i skorygowania funkcjonowania finansów publicznych (disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell’andamento dei conti

pubblici) (dodatek zwykły do GURI nr 229 z dnia 2 października 2003 r.), przekształcony po zmianach w ustawę, ustawą nr 326 z dnia 14 listopada 2003 r. (dodatek zwykły do GURI nr 274 z dnia 25 listopada 2003 r., zwany dalej „dekretom ustawodawczym nr 267/2000”), reguluje w szczególności zasady udzielania zamówień na lokalne usługi publiczne świadczone w interesie gospodarczym. Artykuł 113 ust. 5 rzeczowego dekretu przewiduje:

„Świadczenie usług ma miejsce zgodnie z uregulowaniami sektorowymi i z poszanowaniem prawa Unii Europejskiej, przy czym zamówienie publiczne jest udzielane:

- a) spółkom kapitałowym wyłonionym w drodze przetargu;
 - b) spółkom o kapitale mieszanym publiczno-prywatnym, w których prywatny wspólnik jest wyłoniony w drodze przetargu gwarantującego przestrzeganie uregulowań krajowych i wspólnotowych z zakresu konkurencji zgodnie z wytycznymi wydanymi przez właściwe władze w formie przepisów szczególnych i okólników;
 - c) spółkom należącym w pełni do Skarbu Państwa, pod warunkiem że organ lub organy publiczne posiadające udział w kapitale sprawują nad danym podmiotem kontrolę analogiczną do tej, jaką sprawują nad własnymi służbami, i spółka ta prowadzi swoją podstawową działalność wspólnie z organem lub organami publicznymi, które posiadają w niej udziały”.
9. Jeśli chodzi o szczególny sektor odpadów, art. 2 ust. 6 ustawy regionalnej regionu Lombardia nr 26 z dnia 12 grudnia 2003 r. zawierającej uregulowania dotyczące usług lokalnych świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym [–] Przepisy w zakresie gospodarowania odpadami, energią, korzystania z gruntu i zasobów wodnych (disciplina dei servizi locali di interesse economico generale. Norme in materia di gestione dei rifiuti, di energia, di utilizzo del sottosuolo e di risorse idriche) (dodatek zwykły do Bollettino Ufficiale della Regione Lombardia nr 51, z dnia 16 grudnia 2003 r., zwanej dalej „ustawą regionalną nr 26”), stanowi:

„Zamówienia na usługi udziela się spółkom kapitałowym wyłonionym w drodze przetargu lub procedur zgodnych z krajowymi i wspólnotowymi uregulowaniami w zakresie konkurencji; [...]”.

10. W rozumieniu art. 198 ust. 1 dekretu ustawodawczego nr 152 z dnia 3 kwietnia 2006 r. ustanawiającego przepisy w zakresie środowiska naturalnego (norme in materia ambiente) (dodatek zwykły do GURI nr 88, z dnia 14 kwietnia 2006 r.):

„[...] gminy w dalszym ciągu gospodarują odpadami miejskimi i innymi odpadami uznanymi za odpady miejskie przeznaczonymi do unieszkodliwienia na zasadach monopolu w formach wskazanych w art. 113 ust. 5 dekretu ustawodawczego [nr 267/2000]”.

Okoliczności faktyczne i pytania prejudycjalne

11. Decyzją nr 53 z dnia 29 listopada 2005 r. (zwaną dalej „decyzją nr 53”) rada gminy Triuggio powierzyła na okres pięciu lat od dnia 1 lipca 2006 r. zarządzanie usługami w zakresie utrzymania porządku i czystości miasta Azienda Servizi Multisetoriali Lombardia – A.S.M.L. SpA (zwaną dalej „ASML”).
12. Na mocy tej samej decyzji, rzeczona rada zobowiązała się do zakupu pakietu akcji umożliwiającego administracji gminnej „stanie się pełnoprawnym akcjonariuszem oraz restrukturyzowanie i regulowanie stosunków z [ASML] zarówno pod kątem organizacyjnym, jak i funkcjonalnym, po to, by [gminie Triuggio] przysługiwały takie uprawnienia w zakresie kontroli i nadzoru tej spółki, które byłyby porównywalne do uprawnień, jakie przysługują jej wobec jej własnych służb”.

13. Frigerio, która zapewniała świadczenie omawianych usług od dnia 1 stycznia 1996 r. do dnia 30 czerwca 2006 r. w ramach konsorcjum z inną spółką jawną prawa włoskiego wniosła skargę na decyzję nr 53 do Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (regionalnego sądu administracyjnego regionu Lombardia). W skardze tej podniosła ona, że rada gminy Triuggio nie miała prawa udzielić bezpośrednio wskazanego zamówienia, ale była zobowiązana przeprowadzić przetarg zgodnie z przepisami wspólnotowymi znajdującymi zastosowanie w przedmiocie zamówień publicznych i art. 113 ust. 5 dekretu ustawodawczego nr 267/2000.
14. Gmina Triuggio oraz ASML wniosły o oddalenie skargi, jak też w trybie incydentalnym, o stwierdzenie jej niedopuszczalności. W tym względzie twierdzą one w szczególności, że skarga jest niedopuszczalna z uwagi na brak interesu prawnego Frigerio, która mając formę prawną spółki osobowej (spółki jawnej) nie może ubiegać się o udzielenie spornego zamówienia, gdyż art. 113 ust. 5 dekretu ustawodawczego nr 267/2000 zastrzega wyłącznie na rzecz spółek kapitałowych możliwość udzielenia zamówienia na lokalne usługi publiczne, takie jak w zakresie utrzymania porządku i czystości miasta.
15. W tych okolicznościach Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:
- „1) Czy art. 4 ust. 1 dyrektywy 2004/18/WE, lub analogiczny przepis zawarty w art. 26 ust. 2 dyrektywy [92/50] (jeśli uznane zostanie, że stosuje się ten ostatni przepis) - zgodnie z którymi kandydaci lub oferenci, którzy zgodnie z prawem państwa członkowskiego, w którym mają siedzibę lub miejsce zamieszkania, są uprawnieni do świadczenia odnośnej działalności usługowej, nie zostają odrzućci jedynie na podstawie tego, iż zgodnie z prawem państwa członkowskiego, w którym zamówienie jest udzielone, byłiby oni zobowiązani być albo osobami fizycznymi albo prawnymi - stanowi podstawową zasadę prawa wspólnotowego, która znosi ograniczenie formalne zawarte w art. 113 ust. 5 dekretu ustawodawczego nr 267/2000 oraz w art. 2 ust. 6 i art. 15 ust. 1 ustawy [regionalnej nr 26] i w związku z tym jego skuteczność rozciąga się na tyle, by zezwolić na uczestnictwo w przetargach również tym podmiotom, które nie są spółkami kapitałowymi?
 - 2) Jeśli Trybunał uzna, że wymienione uregulowania nie są wyrazem podstawowej zasady prawa wspólnotowego, czy art. 4 ust. 1 dyrektywy [2004/18] lub podobny przepis zawarty w art. 26 ust. 2 dyrektywy [92/50] (jeśli uznane zostanie, że stosuje się ten ostatni przepis), jest raczej zasadą, którą można wywnioskować lub „zasadą wywodzącą się” z zasady konkurencji w związku z zasadą przejrzystości w administracji i zasadą niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową, i z tego względu jest on bezpośrednio obowiązujący i ma pierwszeństwo przed sprzecznymi z nim przepisami krajowymi, wydanymi przez państwa członkowskie w odniesieniu do procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, do których nie stosuje się bezpośrednio przepisów prawa wspólnotowego?
 - 3) Czy art. 113 ust. 5 dekretu ustawodawczego nr 267/2000 oraz art. 2 ust. 6 i art. 15 ust. 1 ustawy [regionalnej nr 26] zgodne są z zasadami wspólnotowymi wymienionymi w art. 39 [WE] (zasada swobodnego przepływu pracowników w ramach Wspólnoty), art. 43 [WE] (swoboda przedsiębiorczości), art. 48 [WE] i art. 81 [WE] (zakaz porozumień ograniczających konkurencję) [...] i zatem czy w razie stwierdzenia ich niezgodności z tymi zasadami, wymienionych wyżej przepisów krajowych nie stosuje się w zakresie, w jakim są one spreczne z bezpośrednio obowiązującymi normami wspólnotowymi mającymi pierwszeństwo przed uregulowaniami krajowymi?

- 4) Czy art. 113 ust. 5 dekretu ustawodawczego nr 267/2000 oraz art. 2 ust. 6 i art. 15 ust. 1 ustawy [regionalnej nr 26] zgodne są z art. 9 ust. 1 dyrektywy [75/442] lub analogicznym art. 7 ust. 2 dyrektywy [2006/12] (jeśli uznane zostanie, że stosuje się ten ostatni przepis), które stanowią – odpowiednio – że „[...] wszelkie zakłady lub przedsiębiorstwa, które wykonują czynności określone w załączniku II A [do dyrektywy 75/442] muszą uzyskać zezwolenie od właściwych władz określone w art. 6 [tej dyrektywy]” i że „plany, o których mowa w ust. 1 [dyrektywy 2006/12] (gospodarowania odpadami), mogą, przykładowo, obejmować: a) osoby fizyczne lub prawne upoważnione do gospodarowania odpadami [...]?”

W przedmiocie pytań prejudycjalnych

W przedmiocie pytań pierwszego i drugiego

16. Na wstępie należy zauważyć, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem w ramach postępowania, o którym mowa w art. 234 WE, które jest oparte na jasnym podziale zadań sądów krajowych i Trybunału, wszelka ocena stanu faktycznego sprawy należy do sądu krajowego (zob. w szczególności wyroki z dnia 16 lipca 1998 r. w sprawie C-235/95 Dumon i Froment, Rec. str. I-4531, pkt 25; z dnia 11 lipca 2006 r. w sprawie C-13/05 Chacón Navas, Zb.Orz. str. I-6467, pkt 32 oraz z dnia 8 listopada w sprawie 2007 r. C-251/06 ING. AUER, nieopublikowany dotychczas w Zbiorze, pkt 19).
17. W związku z tym z wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, a w szczególności z pytania pierwszego i drugiego wynika, że sąd krajowy opiera się na założeniu, zgodnie z którym zamówienie będące przedmiotem toczącego się przed nim postępowania objęte jest jedną z dyrektyw wspólnotowych dotyczących zamówień publicznych na usługi, czyli dyrektywą 92/50 lub dyrektywą 2004/18. Założenie to potwierdzają również dokumenty przedstawione Trybunałowi, do których należy decyzja nr 53, której tekst został załączony do uwag Frigerio i z której wynika, że wartość zamówienia będącego przedmiotem postępowania przed sądem krajowym przekracza próg uzasadniający zastosowanie rzeczonych dyrektyw. Ponadto z przedstawionych na rozprawie uwag wynika, że wynagrodzenie za rzeczony zamówienie pochodziło od gminy Triuggio, tak więc nie może być ono uznane za koncesję na usługi.
18. W tej sytuacji oraz uwzględniając fakt, że rzeczona decyzja została przyjęta w dniu 29 listopada 2005 r., należy stwierdzić, iż okoliczności faktyczne sprawy przed sądem krajowym są objęte przedmiotowym i czasowym zakresem zastosowania dyrektywy 92/50.
19. Pytania pierwsze i drugie, które należy zbadać łącznie, powinny zostać przeformułowane w ten sposób, że sąd krajowy dąży przede wszystkim do ustalenia, czy art. 26 ust. 2 dyrektywy 92/50 sprzeciwia się przepisom krajowym, takim jak będące przedmiotem postępowania przed sądem krajowym, które zastrzegają na rzecz zainteresowanych podmiotów mających formę prawną spółki kapitałowej możliwość złożenia ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na usługi. Następnie rzeczony sąd krajowy zastanawia się nad skutkami ewentualnej odpowiedzi twierdzącej w odniesieniu do wykładni i stosowania prawa krajowego.
20. Zgodnie z art. 26 ust. 2 dyrektywy 92/50, instytucje zamawiające nie mogą odrzucić kandydatów lub oferentów, którzy zgodnie z prawem państwa członkowskiego, w którym mają siedzibę lub miejsce zamieszkania, są uprawnieni do świadczenia odnośnej działalności usługowej, jedynie na podstawie tego, iż zgodnie z prawem państwa członkowskiego, w którym zamówienie jest udzielone, byłiby oni zobowiązani być albo osobami fizycznymi albo prawnymi.

21. Z przepisu tego wynika, że instytucje zamawiające nie mogą również wykluczyć z przetargu kandydatów lub oferentów, którzy zgodnie z prawem zainteresowanego państwa członkowskiego są uprawnieni do świadczenia danej usługi, jedynie na podstawie tego, że ich forma prawna nie odpowiada szczególnej kategorii osób prawnych.
22. Wynika z tego, że rzeczony przepis sprzeciwia się wszelkim uregulowaniom krajowym, wykluczającym z udzielenia zamówień publicznych na usługi, których wartość przekracza próg uzasadniający zastosowanie dyrektywy 92/50, kandydatów lub oferentów, którzy zgodnie z prawem zainteresowanego państwa członkowskiego są uprawnieni do świadczenia danej usługi, jedynie na podstawie tego, że forma prawna tych kandydatów lub oferentów nie odpowiada szczególnej kategorii osób prawnych.
23. W rezultacie, przepisy krajowe, takie jak będące przedmiotem postępowania przed sądem krajowym, które zastrzegają na rzecz spółek kapitałowych możliwość udzielenia zamówień na lokalne usługi publiczne świadczone w interesie gospodarczym, których wartość przekracza próg uzasadniający zastosowanie dyrektywy 92/50, nie są zgodne z art. 26 ust. 2 tej dyrektywy.
24. W odniesieniu do okoliczności faktycznych będących u podstaw sporu przed sądem krajowym z akt sprawy wynika, że Frigerio wniosła skargę w postępowaniu przed tym sądem jako lider konsorcjum, które zarządzało usługami w zakresie utrzymania porządku i czystości miasta w gminie Triuggio od dnia 1 stycznia 1996 r. do dnia 30 czerwca 2006 r.
25. Należy dodać w tym względzie, że z art. 26 ust. 1 dyrektywy 92/50 wynika, że instytucje zamawiające nie mogą wymagać, aby grupy usługodawców przybrały w celu złożenia oferty określoną formę prawną.
26. Ponadto nie zostało zakwestionowane przed Trybunałem, że zgodnie z włoskim ustawodawstwem Frigerio była uprawniona do świadczenia usług w zakresie utrzymania porządku i czystości miasta w przyjętej przez nią formie prawnej, tj. jako spółka jawna. W związku z tym sąd krajowy zauważa w szczególności, że Frigerio jest wpisana do rejestru osób uprawnionych do prowadzenia działalności w zakresie odpadów.
27. Jak zauważono w pkt 19 niniejszego wyroku, sąd krajowy zastanawia się również nad skutkami stwierdzenia niezgodności z dyrektywą 92/50 przepisów krajowych, takich jak będące przedmiotem postępowania przed sądem krajowym.
28. Należy przypomnieć w tym względzie, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem do sądu krajowego należy, w ramach maksymalnego zakresu uznania, jakie daje mu prawo krajowe, dokonanie wykładni oraz zastosowanie przepisu prawa krajowego zgodnie z wymogami prawa wspólnotowego. Jeżeli takie zgodne zastosowanie nie jest możliwe, sąd krajowy ma obowiązek zastosować w całości prawo wspólnotowe i zapewnić ochronę praw, jakie nadaje ono jednostkom, nie stosując w razie potrzeby sprzecznego z nim przepisu krajowego (zob. podobnie wyroki z dnia 4 lutego 1988 r. w sprawie 157/86 Murphy i in., Rec. str. 673, pkt 11 oraz z dnia 11 stycznia 2007 r. w sprawie C-208/05 ITC, Zb.Orz. str. I-181, pkt 68 i 69).
29. W świetle powyższych uwag na pytania pierwsze i drugie należy odpowiedzieć, że art. 26 ust. 1 i 2 dyrektywy 92/50 sprzeciwia się przepisom krajowym, takim jak będące przedmiotem postępowania przed sądem krajowym, uniemożliwiającym przedstawienie ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na usługi, którego wartość przekracza próg uzasadniający zastosowanie dyrektywy 92/50 kandydatom i oferentom, którzy zgodnie z prawem zainteresowanego państwa członkowskiego są uprawnieni do świadczenia danej usługi, również tym, stanowiącym grupę usługodawców, jedynie na podstawie tego, że ich forma prawna nie odpowiada szczególnej kategorii osób prawnych, jaką są spółki kapitałowe. Do sądu krajowego

należy – w ramach maksymalnego zakresu uznania, jakie daje mu prawo krajowe – dokonanie wykładni oraz zastosowanie przepisu prawa krajowego zgodnie z wymogami prawa wspólnotowego, a w razie, gdy taka wykładnia zgodna nie jest możliwa, niezastosowanie każdego przepisu prawa krajowego, który byłby sprzeczny z takimi wymogami.

W przedmiocie pytań trzeciego i czwartego

30. W pytaniach trzecim i czwartym, sąd krajowy zastanawia się w istocie nad zgodnością przepisów krajowych, takich jak będące przedmiotem postępowania przed tym sądem, z art. 39 WE, 43 WE, 48 WE i 81 WE oraz z dyrektywą 75/442 i dyrektywą 2006/12.
31. Ponieważ, jak wynika z pkt 18 niniejszego wyroku, okoliczności faktyczne sprawy w postępowaniu przed sądem krajowym objęte są zakresem stosowania dyrektywy 92/50, a wykładnia tej dyrektywy zawiera konieczne elementy umożliwiające sądowi krajowemu rozstrzygnięcie wniesionej do niego sprawy, badanie wskazanych przepisów wspólnotowych ma znaczenie wyłącznie hipotetyczne. W rezultacie zgodnie z utrwalonym orzecznictwem nie należy udzielać odpowiedzi na pytania trzecie i czwarte (zob. podobnie wyroki z dnia 22 listopada 2005 r. w sprawie C-144/04 Mangold, Zb.Orz. str. I-9981, pkt 36 i 37 oraz z dnia 4 lipca 2006 r. w sprawie C-212/04 Adeneler i in., Zb.Orz. str. I-6057, pkt 42 i 43).

W przedmiocie kosztów

32. Dla stron postępowania przed sądem krajowym niniejsze postępowanie ma charakter incydentalny, dotyczy bowiem kwestii podniesionej przed tym sądem, do niego zatem należy rozstrzygnięcie o kosztach. Koszty poniesione w związku z przedstawieniem uwag Trybunałowi, inne niż poniesione przez strony postępowania przed sądem krajowym, nie podlegają zwrotowi.

Z powyższych względów Trybunał (czwarta izba) orzeka, co następuje:

Artykuł 26 ust. 1 i 2 dyrektywy Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnoszącej się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi zmienionej dyrektywą Komisji 2001/78/WE z dnia 13 września 2001 r. sprzeciwia się przepisom krajowym, takim jak będące przedmiotem postępowania przed sądem krajowym, uniemożliwiającym przedstawienie ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na usługi, którego wartość przekracza próg uzasadniający zastosowanie dyrektywy 92/50, kandydatom i oferentom, którzy zgodnie z prawem zainteresowanego państwa członkowskiego są uprawnieni do świadczenia danej usługi, również tym, stanowiącym grupę usługodawców, jedynie na podstawie tego, że ich forma prawna nie odpowiada szczególnej kategorii osób prawnych, jaką są spółki kapitałowe. Do sądu krajowego należy – w ramach maksymalnego zakresu uznania, jakie daje mu prawo krajowe – dokonanie wykładni oraz zastosowanie przepisu prawa krajowego zgodnie z wymogami prawa wspólnotowego, a w razie, gdy taka wykładnia zgodna nie jest możliwa, niezastosowanie każdego przepisu prawa krajowego, który byłby sprzeczny z takimi wymogami.

Podpisy

* Język postępowania: włoski.

Orzeczenie z dnia 24 stycznia 2008 r. w sprawie C-532/06
Lianakis

WYROK TRYBUNAŁU (pierwsza izba)
z dnia 24 stycznia 2008 r.(*)

Dyrektywa 92/50/EWG – Zamówienia publiczne na usługi – Realizacja projektu dotyczącego katastru, zagospodarowania przestrzennego i wdrożenia dla dzielnicy mieszkalnej – Kryteria, które można przyjąć jako „kryteria wyboru jakościowego” lub jako „kryteria udzielenia zamówienia” – Najkorzystniejsza ekonomicznie oferta – Przestrzeganie określonych w specyfikacji lub ogłoszeniu o zamówieniu kryteriów udzielenia zamówienia – Ustalenie w terminie późniejszym współczynników wagi i podkryteriów w zakresie kryteriów udzielenia zamówienia – Zasada równego traktowania podmiotów gospodarczych i obowiązek przejrzystości

W sprawie C-532/06

mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 234 WE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Symvoulio tis Epikrateias (Grecja) postanowieniem z dnia 28 listopada 2006 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 29 grudnia 2006 r., w postępowaniu:

Emm. G. Lianakis AE,
Sima Anonymi Techniki Etaireia Meleton kai Epivlepseon,
Nikolaos Vlachopoulos

przeciwko

Dimos Alexandroupolis,
Planitiki AE,
Aikaterini Georgouli,
Dimitriosowi Vasiosowi,
N. Loukatos kai Synergates AE Meleton,
Eratosthenis Meletitiki AE,
A. Pantazis – Pan. Kyriopoulou kai syn/tes os „Filon” OE,
Nikolaosowi Siderisowi,

TRYBUNAŁ (pierwsza izba),

w składzie: P. Jann (sprawozdawca), prezes izby, A. Tizzano, A. Borg Barthet, M. Ilešić i E. Levits, sędziowie,

rzecznik generalny: D. Ruiz-Jarabo Colomer,

sekretarz: R. Grass,

uwzględniając procedurę pisemną,

rozważywszy uwagi przedstawione:

- w imieniu N. Loukatos kai Synergates AE Meleton, Eratosthenis Meletitiki AE, A. Pantazis – Pan. Kyriopoulou kai syn/tes os „Filon” OE oraz Nikolaosa Siderisa przez E. Konstantopoulou oraz P. E. Bitsaxisa, dikigoroí,

- w imieniu Komisji Wspólnot Europejskich przez M. Patakę oraz D. Kukoveca, działających w charakterze pełnomocników,

podjąwszy, po wysłuchaniu rzecznika generalnego, decyzję o rozstrzygnięciu sprawy bez opinii,

wydaje następujący

Wyrok

1. Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni art. 23 ust. 1, art. 32 i 36 dyrektywy Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnoszącej się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi (Dz.U. L 209, s. 1), zmienionej przez dyrektywę 97/52/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 13 października 1997 r. (Dz.U. L 328, s. 1, zwanej dalej „dyrektywą 92/50”).
2. Wniosek ten został złożony w ramach dwóch sporów toczących się między konsorcjum biur projektów i ekspertów złożonym z Emm. G. Lianakis AE (następca prawny ogólny Emm. Lianakis EPE), Sima Anonymi Techniki Etaireia Meleton kai Epivlepseon i Nikolaosa Vlachopoulou (zwanym dalej „konsorcjum Lianakis”) oraz konsorcjum złożonym z Planitiki AE, Aikaterini Georgouli i Dimitriosa Vasiosa (zwanym dalej „konsorcjum Planitiki”) a Dimos Alexandroupolis (gminą Alexandroupolis) i konsorcjum złożonym z N. Loukatos kai Synergates AE Meleton, Eratosthenis Meletitiki AE, A. Pantazis – Pan. Kyriopoulou kai syn/tes os „Filon” OE i Nikolaosa Siderisa (zwanym dalej „konsorcjum Loukatos”), w przedmiocie udzielenia zamówienia na projekt dotyczący katastru, zagospodarowania przestrzennego i wdrożenia dla części Dimos Alexandroupolis.

Ramy prawne

3. Dyrektywa 92/50/EWG koordynuje procedury udzielania zamówień publicznych na usługi.
4. W tym celu dyrektywa określa po pierwsze zamówienia, które powinny podlegać procedurom przetargowym, a po drugie, obowiązujące zasady proceduralne, w tym zaś w szczególności zasadę równego traktowania podmiotów gospodarczych, kryteria wyboru podmiotów pod względem jakościowym (tzw. kryteria wyboru jakościowego) oraz kryteria udzielania zamówień (tzw. kryteria udzielenia zamówienia).
5. A zatem art. 3 ust. 2 dyrektywy 92/50 stanowi, że „instytucje zamawiające zapewniają, aby nie istniała dyskryminacja między różnymi usługodawcami”.
6. Artykuł 23 ust. 1 tej dyrektywy stanowi, że „zamówienie jest udzielane na podstawie kryteriów, określonych w rozdziale 3 [tj. art. 36 i 37], uwzględniając art. 24, po sprawdzeniu zgodnie z kryteriami określonymi w art. 31 i 32 przez instytucje zamawiające odpowiedności usługodawców, którzy nie zostali wyłączeni na mocy art. 29”.
7. Artykuł 32 dyrektywy stanowi:
 - „1. Zdolność usługodawców do wykonania usług może być oceniana w szczególności w odniesieniu do ich kwalifikacji, efektywności, doświadczenia i rzetelności.
 2. Dowodem możliwości technicznych usługodawcy zgodnie z charakterem, ilością i celem świadczonych usług może być:
 - a) wykształcenie i kwalifikacje zawodowe usługodawcy i/lub personelu zarządzającego przedsiębiorstwem, w szczególności osoby lub osób odpowiedzialnych za świadczenie usług;

- b) wykaz głównych usług, świadczonych w ciągu ostatnich trzech lat, z podaniem kwot, dat wykonania oraz odbiorców, publicznych lub prywatnych:
[...]
- c) wskazanie pracowników technicznych lub instytucji technicznych, niezależnie od tego, czy należą oni bezpośrednio do usługodawcy, w szczególności tych odpowiedzialnych za kontrolę jakości;
- d) oświadczenie, z którego wynika roczne średnie zatrudnienie u usługodawcy w ciągu ostatnich trzech lat oraz liczebność personelu zarządzającego w ostatnich trzech latach;
- e) oświadczenie dotyczące wyposażenia, sprzętu i dostępnych urządzeń technicznych usługodawcy do celów świadczenia usług;
- f) opis środków zapewniających jakość oraz opis możliwości naukowych i badawczych usługodawcy;
[...]

8. Artykuł 36 dyrektywy 92/50 stanowi:

- „1. Bez uszczerbku dla krajowych przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych dotyczących wynagrodzenia za określone usługi kryteriami, na których instytucja zamawiająca opiera się, udzielając zamówień, są:
 - a) w przypadku gdy udzielenie zamówienia jest dokonywane na podstawie oferty najkorzystniejszej ekonomicznie – różne kryteria odnoszące się do zamówienia, na przykład: jakość, wartość techniczna, estetyka, użyteczność, pomoc techniczna i serwis po sprzedaży, data zrealizowania usługi, okres bądź termin realizacji usługi, cena, albo
 - b) wyłącznie najniższa cena.
- 2. W przypadku zamówień udzielanych na podstawie oferty najkorzystniejszej ekonomicznie instytucje zamawiające zamieszczają w dokumentacji zamówienia lub w ogłoszeniu o przetargu wszystkie kryteria, które zamierzają zastosować, w miarę możliwości, w kolejności przyznanego im znaczenia”.

Postępowanie przed sądem krajowym i pytanie prejudycjalne

- 9. W 2004 r. rada gminy Alexandroupolis ogłosiła przetarg na wykonanie projektu dotyczącego katastru, zagospodarowania przestrzennego i wdrożenia dla dzielnicy Palagia, stanowiącej część tej gminy, której liczba mieszkańców wynosiła poniżej 2 000. Na projekt ten przeznaczono budżet wynoszący 461 737 EUR.
- 10. W ogłoszeniu o zamówieniu jako kryteria udzielenia zamówienia, według pierwszeństwa, wymieniono po pierwsze, udowodnione doświadczenie eksperckie nabyte w zakresie podobnych projektów przeprowadzonych w ciągu ostatnich trzech lat, po drugie, personel i wyposażenie biura, oraz po trzecie, zdolność do wykonania projektu w danym terminie w związku ze zobowiązaniami biura i potencjałem personelu.
- 11. Na ogłoszenie o zamówieniu odpowiedziało trzynaście biur projektów, a wśród nich w szczególności konsorcja Lianakis i Planitiki oraz konsorcjum Loukatos.
- 12. W celu przeprowadzenia oceny ofert komisja ds. przetargów Dimos Alexandroupolis (zwana dalej „komisją przetargową”) ustanowiła, w trakcie procedury oceny, współczynniki wagi i podkryteria w zakresie określonych w ogłoszeniu o zamówieniu kryteriów udzielenia zamówienia.
- 13. I tak ustaliła ona wagę trzech określonych w ogłoszeniu o zamówieniu kryteriów udzielenia zamówienia na odpowiednio 60%, 20% i 20%.

14. Ponadto określiła, że doświadczenie (pierwsze z kryteriów udzielenia zamówienia) należy oceniać pod kątem wartości przeprowadzonych projektów. Zatem oferent uzyskiwał 0 punktów za wartość wynoszącą do 500 000 EUR, 6 punktów za wartość wynoszącą od 500 000 do 1 000 000 EUR, 12 punktów za wartość wynoszącą od 1 000 000 do 1 500 000 EUR i tak dalej do maksymalnej możliwej do uzyskania liczby 60 punktów za wartość powyżej 12 000 000 EUR.
15. Personel i wyposażenie biura (drugie z kryteriów udzielenia zamówienia) należało oceniać pod kątem liczebności zespołu projektowego. Oferent uzyskiwał w ten sposób 2 punkty za zespół złożony z 1–5 osób, 4 punkty za zespół 6–10 osobowy i tak dalej, do maksymalnej możliwej do uzyskania liczby 20 punktów za zespół liczący ponad 45 osób.
16. Wreszcie komisja przetargowa zdecydowała, że zdolność realizacji projektu w przewidzianym terminie (trzecie z kryteriów udzielenia zamówienia) należy oceniać pod kątem wartości zaciągniętych zobowiązań. Tak więc oferent uzyskiwał maksymalną liczbę 20 punktów za kwotę poniżej 15 000 EUR, 18 punktów za kwotę od 15 000 do 60 000 EUR, 16 punktów za kwotę od 60 000 do 100 000 EUR i tak dalej aż do minimalnej możliwej do uzyskania liczby 0 punktów, w przypadku kwoty przekraczającej 1 500 000 EUR.
17. Stosując te zasady, komisja przetargowa zaklasyfikowała konsorcjum Loukatos na pierwszym miejscu z 78 punktami, konsorcjum Planitiki na miejscu drugim z 72 punktami, a konsorcjum Lianakis na miejscu trzecim z 70 punktami. W protokole z dnia 27 kwietnia 2005 r. przedstawiła zatem propozycję udzielenia zamówienia na projekt konsorcjum Loukatos.
18. Decyzją z dnia 10 maja 2005 r. rada gminy Alexandroupolis zatwierdziła protokół komisji przetargowej i udzieliła zamówienia na realizację projektu konsorcjum Loukatos.
19. Uznawszy, że powyższe konsorcjum mogło wygrać przetarg wyłącznie dzięki ustaleniu w terminie późniejszym przez komisję przetargową współczynników wagi i podkryteriów w zakresie określonych w ogłoszeniu o zamówieniu kryteriów udzielenia zamówienia, konsorcja Lianakis i Planitiki odwołały się od podjętej przez radę gminy Alexandroupolis decyzji, najpierw do samej rady gminy, a następnie do Symvoulio tis Epikrateias (greckiej rady stanu, zwanej dalej „Symvoulio tis Epikrateias”), podnosząc w szczególności zarzuty naruszenia art. 36 ust. 2 dyrektywy 92/50.
20. W tych okolicznościach Symvoulio tis Epikrateias postanowiła zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującym pytaniem prejudycjalnym:

„Czy w przypadku gdy ogłoszenie o zamówieniu na świadczenie usług, udzielanym w trybie przetargu, określa jedynie pierwszeństwo kryteriów udzielenia zamówienia, bez ustalania współczynników wagi każdego z kryteriów, art. 36 dyrektywy 92/50/EWG zezwala na to, aby współczynniki wagi kryteriów udzielenia zamówienia były ustalane w późniejszym terminie przez komisję przetargową, a w przypadku odpowiedzi twierdzącej, pod jakimi warunkami?”.

W przedmiocie pytania prejudycjalnego

21. Przy pomocy swego pytania prejudycjalnego sąd krajowy pragnie się w istocie dowiedzieć, czy art. 36 ust. 2 dyrektywy 92/50 stoi na przeszkodzie temu, by w ramach postępowania przetargowego instytucja zamawiająca ustalała w terminie późniejszym współczynniki wagi i podkryteria w zakresie określonych w specyfikacji lub ogłoszeniu o zamówieniu kryteriów udzielenia zamówienia.

22. Komisja Wspólnot Europejskich podnosi w uwagach przedstawionych na piśmie, że przed udzieleniem odpowiedzi na to pytanie należy zbadać, czy dyrektywa 92/50 stoi na przeszkodzie temu, by w ramach postępowania przetargowego instytucja zamawiająca brała pod uwagę doświadczenie oferentów, ich personel i wyposażenie oraz ich zdolność do wykonania zamówienia w przewidzianym terminie nie jako „kryteria wyboru jakościowego”, lecz jako „kryteria udzielenia zamówienia”.
23. W tym względzie stwierdzić należy, że chociaż formalnie sąd krajowy ograniczył swoje pytanie do wykładni art. 36 ust. 2 dyrektywy 92/50 pod kątem ewentualnej zmiany, w terminie późniejszym, kryteriów udzielenia zamówienia, okoliczność ta nie stoi na przeszkodzie temu, by Trybunał udzielił mu wykładni prawa wspólnotowego we wszelkim zakresie mogącym być użytecznym dla rozstrzygnięcia zawisłej przed nim sprawy, bez względu na to, czy sąd ten odniósł się do tego w treści swego pytania, czy też nie (zob. wyrok z dnia 26 kwietnia 2007 r. w sprawie C-392/05 *Alezivos*, Zb.Orz. s. I-3505, pkt 64 i przywołane w nim orzecznictwo).
24. Zatem na początku należy sprawdzić zgodność z prawem kryteriów przyjętych jako „kryteria udzielenia zamówienia”, a następnie zbadać możliwość ustalenia w terminie późniejszym współczynników wagi i podkryteriów w zakresie określonych w ogłoszeniu o zamówieniu kryteriów udzielenia zamówienia.
- W przedmiocie kryteriów, które można przyjąć jako „kryteria udzielenia zamówienia” (art. 23 i 36 ust. 1 dyrektywy 92/50)
25. W tym względzie przypomnieć należy, że art. 23 ust. 1 dyrektywy 92/50 stanowi, że zamówienie jest udzielane na podstawie kryteriów określonych w art. 36 i 37, z uwzględnieniem art. 24, po sprawdzeniu zgodnie z kryteriami określonymi w art. 31 i 32 przez instytucje zamawiające odpowiedniości usługodawców, którzy nie zostali wyłączeni na mocy art. 29.
26. Z orzecznictwa wynika, że chociaż dyrektywa 92/50 teoretycznie nie wyklucza możliwości jednoczesnego przeprowadzenia sprawdzenia odpowiedniości oferentów i udzielenia zamówienia, to jednak obie te czynności są odrębnymi czynnościami i podlegają różnym przepisom (zob. podobnie, w odniesieniu do zamówień publicznych na roboty budowlane, wyrok z dnia 20 września 1988 r. w sprawie 31/87 *Beentjes*, Rec. s. 4635, pkt 15 i 16).
27. Sprawdzenia odpowiedniości oferentów instytucje zamawiające dokonują bowiem według kryteriów możliwości ekonomicznych, finansowych i technicznych (zwanych „kryteriami wyboru jakościowego”), określonych w art. 31 i 32 tej dyrektywy (zob. w odniesieniu do zamówień publicznych na roboty budowlane ww. wyrok w sprawie *Beentjes*, pkt 17).
28. Natomiast zamówienia udziela się na podstawie kryteriów wymienionych w art. 36 ust. 1 dyrektywy, tj. bądź najniższej ceny, bądź najkorzystniejszej ekonomicznie oferty (zob. podobnie, w odniesieniu do zamówień publicznych na roboty budowlane, ww. wyrok *Beentjes*, pkt 18).
29. Tymczasem choć wprowadzić w tym ostatnim przypadku kryteria, które instytucje zamawiające mogą stosować, nie są w sposób wyczerpujący wymienione w art. 36 ust. 1 dyrektywy 92/50 i w związku z tym przepis ten pozostawia instytucjom zamawiającym wybór co do kryteriów udzielenia zamówienia, które zechcą zastosować, to jednak wybór ten musi się ograniczać do kryteriów zmierzających do wyłonienia najkorzystniejszej ekonomicznie oferty (zob. podobnie, w odniesieniu do zamówień publicznych na roboty budowlane, ww. wyrok w sprawie *Beentjes*, pkt 19 i wyrok z dnia 18 października 2001 r. w sprawie C-19/00 *SIAC Construction*, Rec. s. I-7725, pkt 35 i 36, a w odniesieniu do zamówień publicznych na usługi, wyroki z dnia 17 września 2002 r. w sprawie C-513/99 *Concordia Bus Finland*, Rec. s. I-7213, pkt 54 i 59, oraz z dnia 19 czerwca 2003 r. w sprawie C-315/01 *GAT*, Rec. s. I-6351, pkt 63 i 64).

30. Jako „kryteria udzielenia zamówienia” są więc wykluczone kryteria, które nie mają na celu wyłonienia najkorzystniejszej ekonomicznie oferty, lecz są związane zasadniczo z oceną odpowiedniości oferentów w zakresie wykonania danego zamówienia.
31. W postępowaniu przed sądem krajowym kryteria przyjęte przez instytucję zamawiającą jako „kryteria udzielenia zamówienia” dotyczą jednak w głównej mierze doświadczenia, kwalifikacji i środków zapewniających właściwe wykonanie zamówienia. Chodzi tu o kryteria dotyczące odpowiedniości oferentów w zakresie wykonania tego zamówienia, niemające w związku z tym charakteru „kryteriów udzielenia zamówienia” w rozumieniu art. 36 ust. 1 dyrektywy 92/50.
32. Należy zatem stwierdzić, że art. 23 ust. 1, art. 32 i 36 ust. 1 dyrektywy 92/50 stoją na przeszkodzie temu, by w ramach postępowania przetargowego instytucja zamawiająca brała pod uwagę doświadczenie oferentów, ich personel i wyposażenie oraz ich zdolność do wykonania zamówienia w przewidzianym terminie, nie jako „kryteria wyboru jakościowego”, lecz jako „kryteria udzielenia zamówienia”.
- W przedmiocie ustalenia w późniejszym terminie współczynników wagi i podkryteriów w zakresie określonych w specyfikacji lub w ogłoszeniu o zamówieniu kryteriów udzielenia zamówienia
33. W tym względzie przypomnieć należy, że art. 3 ust. 2 dyrektywy 92/50 zobowiązuje instytucje zamawiające do zapewnienia, aby nie istniała dyskryminacja między różnymi usługodawcami.
34. Zapisana w ten sposób zasada równego traktowania zawiera w sobie również obowiązek przejrzystości (zob. podobnie, w odniesieniu do zamówień publicznych na dostawy, wyrok z dnia 18 listopada 1999 r. w sprawie C-275/98 Unitron Scandinavia i 3-S, Rec. s. 8291, pkt 31, a w odniesieniu do zamówień publicznych na roboty budowlane, ww. wyrok w sprawie SIAC Construction, pkt 41).
35. Ponadto z art. 36 ust. 2 dyrektywy 92/50 wynika, że w przypadku zamówień udzielanych na podstawie oferty najkorzystniejszej ekonomicznie instytucje zamawiające zamieszczają w specyfikacji zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu kryteria, które zamierzają zastosować, w miarę możliwości w kolejności przyznanego im znaczenia.
36. Zgodnie z orzecnictwem, powyższy przepis, w związku z zasadą równego traktowania podmiotów gospodarczych, zawartą w art. 3 ust. 2 dyrektywy 92/50 oraz wynikającym z niej obowiązkiem przejrzystości, wymaga tego, by wszystkie czynniki, które instytucja zamawiająca bierze pod uwagę w celu wyłonienia najkorzystniejszej ekonomicznie oferty, oraz ich stosunkowa waga były znane potencjalnym oferentom w chwili przygotowywania swoich ofert (zob. podobnie, w odniesieniu do zamówień publicznych w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji, wyrok z dnia 25 kwietnia 1996 r. w sprawie C-87/94 Komisja przeciwko Belgii, Rec. s. I-2043, pkt 88; w odniesieniu do zamówień publicznych na roboty budowlane, wyrok z dnia 12 grudnia 2002 r. w sprawie C-470/99 Universale-Bau i in., Rec. s. I-11617, pkt 98, a w odniesieniu do zamówień publicznych na usługi, wyrok z dnia 24 listopada 2005 r. w sprawie C-331/04 ATI EAC e Viaggi di Maio i in., Zb.Orz. s. I-10109, pkt 24).
37. Potencjalnym oferentom należy bowiem umożliwić uzyskanie w chwili przygotowania swoich ofert wiedzy o istnieniu i zakresie tych czynników (zob. podobnie, w odniesieniu do zamówień publicznych na usługi, ww. wyroki w sprawie Concordia Bus Finland, pkt 62 i ATI EAC e Viaggi di Maio i in., pkt 23).

38. Zatem instytucja zamawiająca nie może stosować reguł dotyczących ważenia lub podziału na podkryteria kryteriów udzielenia zamówienia, o których nie powiadomiła uprzednio oferentów (zob. analogicznie, w odniesieniu do zamówień publicznych na roboty budowlane, ww. wyrok w sprawie *Universale-Bau i in.*, pkt 99).
39. Wykładnia ta znajduje oparcie w celu dyrektywy 92/50, która zmierza do zniesienia przeszkód w swobodnym przepływie usług i w związku z tym do ochrony interesów podmiotów gospodarczych mających siedzibę w jednym z państw członkowskich, pragnących oferować swe usługi instytucjom zamawiającym mającym siedzibę w innym państwie członkowskim (zob. podobnie wyrok z dnia 3 października 2000 r. w sprawie C-380/98 *University of Cambridge*, Rec. s. I-8035, pkt 16).
40. Żeby tak się stało, oferenci muszą być traktowani na równi w czasie trwania całego postępowania, co wymaga tego, by kryteria i warunki obowiązujące w każdym przetargu zostały w odpowiedni sposób ogłoszone przez instytucje zamawiające (zob. podobnie, w odniesieniu do zamówień publicznych na roboty budowlane, ww. wyroki w sprawie *Beentjes*, pkt 21, i *SIAC Construction*, pkt 34, oraz w odniesieniu do zamówień publicznych na usługi, ww. wyrok w sprawie *ATI EAC e Viaggi di Maio i in.*, pkt 22).
41. Wbrew wątpliwościom wyrażanym przez sąd krajowy, stwierdzenia te nie kolidują z wykładnią art. 36 ust. 2 dyrektywy 92/50 udzieloną przez Trybunał w ww. wyroku w sprawie *ATI EAC e Viaggi di Maio i in.*
42. W tamtej sprawie zarówno kryteria udzielenia zamówienia i dotyczące ich współczynniki wagi, jak również podkryteria w zakresie tych kryteriów udzielenia zamówienia zostały bowiem określone wcześniej i ogłoszone w specyfikacji warunków zamówienia. Tamta instytucja zamawiająca określiła jednak *ex post*, na krótko przed otwarciem kopert, współczynniki wagi w zakresie podkryteriów.
43. W tamtym wyroku Trybunał orzekł, że art. 36 ust. 2 dyrektywy 92/50 nie stoi na przeszkodzie takiemu działaniu pod trzema dokładnie określonymi warunkami, a więc jeżeli decyzyja taka:
- nie zmienia określonych w specyfikacji lub ogłoszeniu o zamówieniu kryteriów udzielenia zamówienia;
 - nie zawiera informacji, które – jeżeli byłyby znane na etapie przygotowywania ofert – mogłyby mieć na nie wpływ;
 - nie została wydana z uwzględnieniem okoliczności, które mogłyby skutkować dyskryminacją jednego z oferentów (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie *ATI EAC e Viaggi di Maio i in.*, pkt 32).
44. W sprawie będącej przedmiotem postępowania przed sądem krajowym należy natomiast stwierdzić, że komisja przetargowa zamieściła w ogłoszeniu o zamówieniu jedynie same kryteria udzielenia zamówienia i ustaliła *ex post*, po złożeniu ofert i otwarciu wniosków ze zgłoszeniami zainteresowania udziałem w przetargu, zarówno współczynniki wagi, jak i podkryteria w zakresie kryteriów udzielenia zamówienia. Zaś to w oczywisty sposób nie spełnia obowiązku ogłaszania, o którym mowa w art. 36 ust. 2 dyrektywy 92/50, w związku z zasadą równego traktowania podmiotów gospodarczych i obowiązkiem przejrzystości.
45. W związku z powyższym należy więc na zadane pytanie odpowiedzieć w ten sposób, że art. 36 ust. 2 dyrektywy 92/50, w związku z zasadą równego traktowania podmiotów gospodarczych i wynikającym z niej obowiązkiem przejrzystości stoi na przeszkodzie temu, by w ramach postępowania przetargowego instytucja zamawiająca ustalała w terminie późniejszym współczynniki wagi i podkryteria w zakresie określonych w specyfikacji lub ogłoszeniu o zamówieniu kryteriów udzielenia zamówienia.

W przedmiocie kosztów

46. Dla stron postępowania przed sądem krajowym niniejsze postępowanie ma charakter incydentalny, dotyczy bowiem kwestii podniesionej przed tym sądem, do niego zatem należy rozstrzygnięcie o kosztach. Koszty poniesione w związku z przedstawieniem uwag Trybunałowi, inne niż poniesione przez strony postępowania przed sądem krajowym, nie podlegają zwrotowi.

Z powyższych względów Trybunał (pierwsza izba) orzeka, co następuje:

Artykuł 36 ust. 2 dyrektywy Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnoszącej się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi, zmienionej przez dyrektywę 97/52/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 13 października 1997 r., w związku z zasadą równego traktowania podmiotów gospodarczych i wynikającym z niej obowiązkiem przejrzystości stoi na przeszkodzie temu, by w ramach postępowania przetargowego instytucja zamawiająca ustalała w terminie późniejszym współczynniki wagi i podkryteria w zakresie określonych w specyfikacji lub ogłoszeniu o zamówieniu kryteriów udzielenia zamówienia.

Podpisy

Orzeczenie z dnia 14 lutego 2008 r. w sprawie C-450/06 Varec

WYROK TRYBUNAŁU (trzecia izba) z dnia 14 lutego 2008 r.(*)

Zamówienia publiczne – Odwołania – Dyrektywa 89/665/EWG – Skuteczny środek odwoławczy – Pojęcie – Równowaga między zasadą kontrydiktoryjności a prawem do przestrzegania tajemnicy handlowej – Ochrona przez organ powołany do rozpoznania odwołania poufności informacji podanych przez podmioty gospodarcze

W sprawie C-450/06

mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 234 WE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Conseil d'État (Belgia) postanowieniem z dnia 24 października 2006 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 6 listopada 2006 r., w postępowaniu:

Varec SA

przeciwko

État belge,

przy udziale:

Diehl Remscheid GmbH & Co,

TRYBUNAŁ (trzecia izba),

w składzie: A. Rosas, prezes izby, J.N. Cunha Rodrigues (sprawozdawca), J. Klučka, P. Lindh i A. Arabadjiev, sędziowie,

rzecznik generalny: E. Sharpston,

sekretarz: R. Grass,

uwzględniając procedurę pisemną,

rozważywszy uwagi przedstawione:

- w imieniu Varec SA przez J. Bourtembourg'a i C. Molitor'a, adwokatów / radców prawnych,
- w imieniu rządu belgijskiego przez A. Hubert, działającą w charakterze pełnomocnika, wspieraną przez N. Cahen, adwokat / radcę prawnego,
- w imieniu rządu austriackiego przez M. Fruhmanna, działającego w charakterze pełnomocnika,
- w imieniu Komisji Wspólnot Europejskich przez B. Stromsky'ego i D. Kukoveca, działających w charakterze pełnomocników,

po zapoznaniu się z opinią rzecznika generalnego na posiedzeniu w dniu 25 października 2007 r.,

wydaje następujący

Wyrok

1. Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni 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 dostawę i roboty budowlane (Dz.U. L 395, str. 33), w brzmieniu nadanym przez dyrektywę Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnoszącą się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi (Dz.U. L 209, str. 1, zwanej dalej „dyrektywą 89/665”).
2. Wniosek ten został złożony w ramach postępowania toczącego się w sporze między Varec SA (zwaną dalej „Varec”) a État belge (państwem belgijskim), reprezentowanym przez ministra obrony, w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego na dostawę ogniw gasienic do czołgów typu „Leopard”.

Ramy prawne

Uregulowania wspólnotowe

3. Artykuł 1 ust. 1 dyrektywy 89/665 stanowi:
„Państwa członkowskie podejmują środki niezbędne do zapewnienia, aby decyzje podejmowane przez instytucje zamawiające odnośnie do procedur udzielania zamówień publicznych objętych zakresem dyrektyw 71/305/EWG, 77/62/EWG i 92/50/EWG [...] mogły [...] skutecznie i przede wszystkim możliwie szybko, zgodnie z warunkami określonymi w poniższych artykułach, w szczególności art. 2 ust. 7, podlegać odwołaniu na podstawie tego, że takie decyzje naruszyły prawo wspólnotowe w dziedzinie zamówień publicznych albo krajowe przepisy wykonujące to prawo”.
4. Artykuł 33 dyrektywy Rady 93/36/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych na dostawę (Dz.U. L 199, str. 1) uchylił dyrektywę Rady 77/62/EWG z dnia 21 grudnia 1976 r. koordynującą procedury udzielania zamówień publicznych na dostawę (Dz.U. 1977, L 13, str. 1), stanowiąc, że odniesienia do uchylonej dyrektywy powinny być interpretowane jako odniesienia do dyrektywy 93/36. Podobnie art. 36 dyrektywy Rady 93/37/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (Dz.U. L 199, str. 54) uchylił dyrektywę Rady 71/305/EWG z dnia 26 lipca 1971 r. dotyczącą koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (Dz.U. L 185, str. 5), stanowiąc, że odniesienia do tej ostatniej dyrektywy należy rozumieć jako odniesienia do dyrektywy 93/37.
5. Artykuł 2 ust. 8 dyrektywy 89/665 stanowi:
„W przypadku gdy organy odwoławcze nie mają charakteru sądowego, ich decyzje muszą być zawsze uzasadnione na piśmie. Ponadto w takim przypadku należy wprowadzić przepisy gwarantujące postępowanie, dzięki któremu wszelkie ewentualnie bezprawne środki podjęte przez organ odwoławczy lub wszelkie uchybienia w wykonywaniu nadanych mu uprawnień będą mogły być przedmiotem odwołania w sądzie lub odwołania rozpatrywanego przez inny organ będący sądem lub trybunałem w rozumieniu art. [234 WE] i niezależny zarówno od instytucji zamawiającej, jak i organu odwoławczego.

Członkowie tego niezależnego organu powoływani są i odwoływani na takich samych warunkach, jak sędziowie, jeżeli chodzi o urząd odpowiedzialny za ich nominację, okres kadencji oraz ich odwołanie. Przynajmniej przewodniczący tego niezależnego organu musi mieć takie same kwalifikacje zawodowe i prawne, jak sędziowie. Niezależny organ podejmuje decyzje po przeprowadzeniu postępowania, w którym wysłuchane są obie strony, a decyzje te są prawnie wiążące, w sposób określony przez każde państwo członkowskie”.

6. Artykuł 7 ust. 1 dyrektywy 93/36 w brzmieniu nadanym dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 97/52/WE z dnia 13 października 1997 r. (Dz.U. L 328, str. 1, zwanej dalej „dyrektywą 93/36”) stanowi:

„Instytucja zamawiająca informuje każdego niedopuszczonego kandydata lub oferenta o przyczynach odrzucenia jego kandydatury lub oferty w terminie piętnastu dni od otrzymania pisemnego wniosku, a każdego oferenta, który przedstawił ofertę dopuszczalną, o cechach i zaletach wybranej oferty, a także o nazwie oferenta, któremu udzielono zamówienia.

Jednakże instytucje zamawiające mogą zdecydować, że niektóre informacje dotyczące udzielania zamówień, określonych w akapicie pierwszym, nie są udostępniane, jeśli ich ujawnienie stanowiłoby przeszkodę w stosowaniu prawa lub byłoby sprzeczne z interesem publicznym czy też naruszyłoby uzasadnione interesy gospodarcze określonych przedsiębiorstw państwowych lub prywatnych lub też mogłoby zaszkodzić uczciwej konkurencji między usługodawcami”.

7. Artykuł 9 ust. 3 dyrektywy 93/36 stanowi:

„Instytucje zamawiające, które udzieliły zamówienia, informują o wyniku postępowania w ogłoszeniu. Jednakże niektóre informacje o udzieleniu zamówienia nie muszą w pewnych przypadkach być publikowane, jeśli ich ujawnienie utrudniłoby egzekwowanie prawa, byłoby sprzeczne z interesem publicznym, naruszałoby uprawnione interesy gospodarcze określonych przedsiębiorstw publicznych lub prywatnych albo mogłoby naruszyć uczciwą konkurencję między dostawcami”.

8. Artykuł 15 ust. 2 tej dyrektywy stanowi:

„Instytucje zamawiające w pełni uwzględniają poufny charakter wszystkich informacji przedstawionych przez dostawców”.

9. Przepisy art. 7 ust. 1, art. 9 ust. 3 i art. 15 ust. 2 dyrektywy 93/36 zachowane zostały co do swej istoty odpowiednio w art. 6, art. 35 ust. 4 akapit piąty i art. 41 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. L 134, str. 114).

Uregulowania krajowe

10. Artykuł 87 rozporządzenia regenta z dnia 23 sierpnia 1948 r. w sprawie postępowania przed sekcją administracyjną Conseil d'État (*Moniteur belge* z 23-24 sierpnia 1948 r., str. 6821) stanowi:

„Strony, ich pełnomocnicy oraz commissaire du gouvernement [przedstawiciel władz państwowych] mają prawo wglądu do akt sprawy w sekretariacie”.

11. Artykuł 21 akapity trzeci i czwarty ustaw o Conseil d'État, połączonych w dniu 12 stycznia 1973 r. (*Moniteur belge* z dnia 21 marca 1973 r., str. 3461) stanowi:

„W przypadku nieprzedłożenia przez stronę pozwaną akt postępowania administracyjnego w ustalonym terminie, z zastrzeżeniem art. 21a, fakty, na które powołuje się strona skarżąca uznaje się za udowodnione, chyba że są w oczywisty sposób nieprawdziwe.

W przypadku gdy akta postępowania administracyjnego nie znajdują się w posiadaniu strony pozwanej, informuje ona o tym fakcie orzekającą w sprawie izbę. Izba może nakazać przedłożenie akt pod groźbą grzywny zgodnie z przepisami art. 36”.

Postępowanie przed sądem krajowym i pytanie prejudycjalne

12. W dniu 14 grudnia 2001 r. został ogłoszony przez État belge przetarg na dostawę ogniwi gasienic do czołgów typu „Leopard”. Ofertę złożyło dwóch oferentów, Varec i Diehl Remscheid GmbH & Co (zwana dalej „Diehl”).
13. W trakcie oceny ofert État belge uznało, że oferta Varec nie spełnia warunków wyboru o charakterze technicznym i że jest nieprawidłowa. Natomiast ofertę Diehl uznano za spełniającą wszystkie warunki wyboru, prawidłową, a podaną w niej cenę za normalną. W związku z tym zamówienie zostało udzielone przez État belge spółce Diehl decyzją ministra obrony z dnia 28 maja 2002 r. (zwaną dalej „decyzją o udzieleniu zamówienia”).
14. W dniu 29 lipca 2002 r. Varec wniosła skargę o uchylenie decyzji o udzieleniu zamówienia do Conseil d’État. Diehl została dopuszczona w charakterze interwenienta.
15. Akta przekazane Conseil d’État przez État belge nie zawierały oferty Diehl.
16. Varec zwróciła się o dołączenie tej oferty do akt. Podobny wniosek złożył Auditeur du Conseil d’État, odpowiedzialny za sporządzenie sprawozdania (zwany dalej „Auditeur”).
17. W dniu 17 grudnia 2002 r. État belge dołączyło ofertę Diehl do akt, informując przy tym, że nie znajdują się w niej plany całego oferowanego ogniwa ani jego części. Wskazano, że zgodnie ze specyfikacją warunków zamówienia i na wniosek Diehl dokumenty te zostały jej zwrócone. Dodano również, że z tego względu nie można przekazać tych materiałów do akt i że jeżeli to, żeby się one tam znalazły jest niezbędne, należy się o nie zwrócić do Diehl. État belge przypomniało również, że Varec i Diehl znajdują się w sporze co do praw własności intelektualnej związanych z rzeszonymi planami.
18. Pismem z tego samego dnia Diehl powiadomiła Auditeur, że jej oferta, w postaci przekazanej do akt sprawy przez État belge, zawiera poufne dane i informacje oraz że sprzeciwia się więc ona temu, by osoby trzecie, w tym Varec, miały prawo wglądu w te poufne dane i informacje związane z tajemnicami handlowymi, które znalazły się w owej ofercie. Zdaniem Diehl niektóre fragmenty załączników 4, 12 i 13 do jej oferty zawierały bowiem szczegółowe dane w zakresie dokładnych przeglądów planów produkcyjnych, mających również zastosowanie do procesów przemysłowych.
19. W sprawozdaniu z dnia 23 lutego 2006 r. Auditeur uznał, że należy uchylić decyzję o udzieleniu zamówienia ze względu na to, że „w przypadku braku lojalnej współpracy strony przeciwnej na rzecz prawidłowego administrowania wymiarem sprawiedliwości i rzetelnego procesu sądowego, jedyną sankcją jest uchylenie aktu administracyjnego, którego zgodność z prawem nie została dowiedziona na skutek działania polegającego na nieprzedłożeniu materiału dowodowego w sporze toczącym się na zasadzie kontradiktoryjnej”.
20. Opinia ta została zakwestionowana przez État belge, które zwróciło się do Conseil d’État o orzeczenie w przedmiocie przestrzegania poufności dokumentów zawartych w ofercie Diehl zawierających informacje związane z tajemnicami handlowymi, które zostały włączone do akt w ramach postępowania przed tym sądem.
21. W tych okolicznościach Conseil d’État postanowiła zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującym pytaniem prejudycjalnym:
„Czy art. 1 [ust.] 1 dyrektywy 89/665 [...] w związku z art. 15 [ust.] 2 dyrektywy 93/36 [...] oraz art. 6 dyrektywy 2004/18 [...] należy rozumieć w ten sposób, iż organ odpowiedzialny za postępowanie odwoławcze, o którym mowa w tym przepisie, ma

obowiązek zagwarantowania poufności i prawa do poszanowania tajemnic handlowych zawartych w aktach sprawy, które zostały mu przedłożone przez uczestników postępowania, w tym również przez instytucję zamawiającą, mając jednocześnie prawo do zapoznawania się z tymi informacjami i brania ich pod uwagę?”.

W przedmiocie dopuszczalności

22. Varc podnosi, że uzyskanie od Trybunału odpowiedzi na to pytanie prejudycjalne nie jest niezbędne do rozstrzygnięcia zawisłego przed Conseil d'État sporu.
23. W tym względzie należy przypomnieć, że w ramach postępowania, o którym mowa w art. 234 WE, u którego podstaw leży jasny podział ról między sądami krajowymi a Trybunałem, wszelka ocena okoliczności faktycznych leży w kompetencjach sądu krajowego. Podobnie, jedynie do sądu krajowego, przed którym zawisł spór i na którym spoczywa odpowiedzialność za wydanie orzeczenia, należy – przy uwzględnieniu okoliczności konkretnej sprawy – zarówno ocena, czy do wydania wyroku jest mu niezbędne uzyskanie orzeczenia prejudycjalnego, jak i ocena znaczenia pytań, które zadaje Trybunałowi. W konsekwencji jeśli postawione pytania dotyczą wykładni prawa wspólnotowego, Trybunał jest co do zasady zobowiązany do wydania orzeczenia (zob. w szczególności wyroki Trybunału z dnia 25 lutego 2003 r. w sprawie C-326/00 IKA, Rec. str. I-1703, pkt 27, z dnia 12 kwietnia 2005 r. w sprawie C-145/03 Keller, Zb.Orz. str. I-2529, pkt 33 i z dnia 22 czerwca 2006 r. w sprawie C-419/04 Conseil général de la Vienne, Zb.Orz. str. I-5645, pkt 19).
24. Jednakże Trybunał orzekł również, że w szczególnych okolicznościach, w celu zwyryfikowania swojej własnej kompetencji, to do niego należy zbadanie okoliczności, w jakich sąd krajowy kieruje do niego wniosek (zob. podobnie wyrok z dnia 16 grudnia 1981 r. w sprawie 244/80 Foglia, Rec. str. 3045, pkt 21). Odmowa udzielenia odpowiedzi na pytanie prejudycjalne postawione przez sąd krajowy jest możliwa jedynie gdy wnioskowana wykładnia prawa wspólnotowego w sposób oczywisty nie ma żadnego związku ze stanem faktycznym lub przedmiotem sporu przed sądem krajowym, gdy problem ma charakter hipotetyczny lub gdy Trybunał nie posiada wystarczającej wiedzy na temat okoliczności faktycznych i prawnych, aby odpowiedzieć na postawione mu pytania w użyteczny sposób (zob. w szczególności wyroki z dnia 13 marca 2001 r. w sprawie C-379/98 PreussenElektra, Rec. str. I-2099, pkt 39, z dnia 22 stycznia 2002 r. w sprawie C-390/99 Canal Satellite Digital, Rec. str. I-607, pkt 19 i ww. wyrok w sprawie Conseil général de la Vienne, pkt 20).
25. Należy zauważyć, że w niniejszym przypadku sytuacja taka nie ma miejsca. W tym względzie można uczynić spostrzeżenie, że jeżeli Conseil d'État postąpi zgodnie z opinią Auditeur, doprowadzi ją to do uchylenia zaskarżonej decyzji o udzieleniu zamówienia, bez rozpatrywania sporu od strony merytorycznej. Natomiast jeżeli przepisy prawa wspólnotowego, o których wykładnię sąd krajowy się zwraca, uzasadniają traktowanie materiałów dowodowych będących przedmiotem sporu przed sądem krajowym jako poufnych, sąd ten może wówczas rozpoznawać spór co do meritum. Z powyższych względów można uznać, że wykładnia tych przepisów jest niezbędna do rozstrzygnięcia sporu zawisłego przed sądem krajowym.

Co do istoty sprawy

26. W pytaniu, które sąd krajowy kieruje do Trybunału, mowa jest zarówno o dyrektywie 93/36, jak i o dyrektywie 2004/18. Ponieważ ta ostatnia dyrektywa zastąpiła dyrektywę 93/36, należy ustalić, względem której z tych dwóch dyrektyw należy to pytanie rozpatrywać.

27. Należy przypomnieć, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem przepisy proceduralne powinno się na ogół stosować do wszystkich postępowań będących w toku w momencie ich wejścia w życie, w odróżnieniu od przepisów materialnych, które są zazwyczaj interpretowane w ten sposób, iż nie obowiązują w stosunku do sytuacji powstałych przed ich wejściem w życie (zob. wyrok z 23 lutego 2006 r. w sprawie C-201/04 *Mollenberg*natie, Zb.Orz. str. I-2049, pkt 31 i przywołane w nim orzecznictwo).
28. Spór przed sądem krajowym dotyczy prawa do ochrony informacji poufnych. Jak zauważyła rzecznik generalna w pkt 31 opinii, prawo to jest co do istoty prawem materialnym, aczkolwiek jego wykonywanie może mieć skutki natury proceduralnej.
29. Prawo to zostało skonkretyzowane w chwili przekazania przez Diehl swojej oferty w ramach przetargu, który stał się przedmiotem sporu w postępowaniu przed sądem krajowym. Ponieważ w postanowieniu odsyłającym nie podano dokładnej daty, należy uznać, że miało to miejsce między dniem 14 grudnia 2001 r., dniem ogłoszenia przetargu, a dniem 14 stycznia 2002 r., tj. dniem otwarcia ofert.
30. W tym czasie dyrektywa 2004/18 nie została jeszcze uchwalona. Wynika z tego, że do celów postępowania przed sądem krajowym należy brać pod uwagę przepisy dyrektywy 93/36.
31. Dyrektywa 89/665 nie zawiera żadnych przepisów regulujących w sposób wyraźny kwestię ochrony poufnych informacji. W tym względzie należy odwołać się do ogólnych przepisów tej dyrektywy, a w szczególności do art. 1 ust. 1.
32. Wspomniany przepis stanowi, że państwa członkowskie podejmują środki niezbędne do zapewnienia, aby decyzje podejmowane przez instytucje zamawiające odnośnie do procedur udzielania zamówień publicznych objętych w szczególności zakresem dyrektywy 93/36 mogły skutecznie podlegać odwołaniu na podstawie tego, że takie decyzje naruszyły prawo wspólnotowe w dziedzinie zamówień publicznych albo krajowe przepisy, wykonujące to prawo.
33. Ponieważ dyrektywa 89/665 ma na celu zapewnienie przestrzegania prawa wspólnotowego w dziedzinie zamówień publicznych, jej art. 1 ust. 1 należy interpretować w świetle zarówno przepisów dyrektywy 93/36, jak też innych przepisów prawa wspólnotowego z zakresu zamówień publicznych.
34. Podstawowy cel przepisów wspólnotowych z dziedziny zamówień publicznych obejmuje otwarcie rynków we wszystkich państwach członkowskich na niezakłóconą konkurencję (zob. podobnie wyrok z dnia 11 stycznia 2005 r. w sprawie C-26/03 *Stadt Halle i RPL Lochau*, Zb.Orz. str. I-1, pkt 44).
35. Aby zrealizować ten cel, ważne jest, by instytucje zamawiające nie ujawniały informacji związanych z postępowaniami przetargowymi, których treść mogłaby zostać wykorzystana w celu zakłócenia konkurencji bądź to w przetargu będącym właśnie w toku, bądź też w późniejszych przetargach.
36. Ponadto zarówno ze względu na swój charakter, jak i zgodnie z systemem regulacji wspólnotowych w omawianej dziedzinie postępowania w sprawie udzielenia zamówień publicznych oparte są na stosunku zaufania między instytucjami zamawiającymi a uczestniczącymi w nich podmiotami gospodarczymi. Podmioty te powinny móc przedkładać instytucjom zamawiającym wszelkie informacje użyteczne w ramach postępowania przetargowego, bez obawy, że instytucje te przekażą osobom trzecim informacje, których ujawnienie mogłoby przynieść rzeczonym podmiotom szkody.
37. Z powyższych względów art. 15 ust. 2 dyrektywy 93/36 stanowi, że instytucje zamawiające są zobowiązane do przestrzegania poufnego charakteru wszystkich informacji przedstawionych przez dostawców.

38. W konkretnej sytuacji powiadomienia odrzuconego kandydata lub oferenta o powodach odrzucenia jego kandydatury lub oferty, a także w sytuacji ogłoszenia informacji o udzieleniu zamówienia, art. 7 ust. 1 i art. 9 ust. 3 tej dyrektywy zezwalają na to, by instytucje zamawiające nie podawały niektórych informacji, jeżeli ich ujawnienie naruszałoby uprawnione interesy gospodarcze określonych przedsiębiorstw publicznych lub prywatnych albo mogłoby naruszyć uczciwą konkurencję między dostawcami.
39. Wprawdzie przepisy te odnoszą się do zachowania instytucji zamawiających, lecz należy uznać, że ich skuteczność byłaby poważnie zagrożona, gdyby przy okazji odwołania od decyzji wydanej przez instytucję zamawiającą w przedmiocie postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego całość informacji związanych z tym postępowaniem musiała być bez żadnych ograniczeń udostępniona wnoszącemu odwołanie albo nawet innym osobom, takim jak interwenienci.
40. W takim stanie rzeczy zwykle odwołanie dawałoby wgląd w informacje, które mogłyby zostać wykorzystane do zakłócania konkurencji lub szkodenia prawowitym interesom podmiotów gospodarczych, które brały udział w danym przetargu. Możliwość taka mogłaby nawet skłaniać podmioty gospodarcze do wnoszenia odwołań wyłącznie w celu uzyskania dostępu do tajemnic handlowych konkurencji.
41. W przypadku takiego odwołania stroną pozwaną jest instytucja zamawiająca, a podmiot gospodarczy, który może zostać poszkodowany, niekoniecznie musi być stroną sporu, ani włączyć się do sprawy, aby bronić swoich interesów. Dlatego też tym bardziej istotne jest, by ustanowić mechanizmy chroniące we właściwy sposób interesy takich podmiotów gospodarczych.
42. Określone w dyrektywie 93/36 obowiązki w zakresie przestrzegania poufnego charakteru informacji przez instytucję zamawiającą spoczywają, w ramach odwołania, na organie powołanym do rozpoznania odwołania. Wymóg skutecznego środka odwoławczego, o którym mowa w art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665 w związku z art. 7 ust. 1, art. 9 ust. 3 i art. 15 ust. 2 dyrektywy 93/36, nakłada więc na ten organ obowiązek podjęcia środków niezbędnych do zagwarantowania skuteczności tych przepisów, a poprzez to zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji oraz ochrony uprawnionych interesów zainteresowanych podmiotów gospodarczych.
43. Wynika z tego, że w ramach postępowania odwoławczego w sprawie postępowania przetargowego organ powołany do rozpoznania tego odwołania powinien móc zdecydować, że informacje zawarte w aktach dotyczących danego przetargu nie zostaną przekazane stronom i ich adwokatom, jeżeli jest to niezbędne do zapewnienia ochrony uczciwej konkurencji lub uprawnionych interesów podmiotów gospodarczych, do czego dąży prawo wspólnotowe.
44. Powstaje pytanie, czy taka wykładnia jest zgodna z pojęciem rzetelnego procesu sądowego w rozumieniu art. 6 europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, podpisanej w Rzymie w dniu 4 listopada 1950 r. (zwanej dalej „EKPC”).
45. Jak bowiem wynika z postanowienia odsyłającego, Varc podnosiła przed Conseil d'État, że prawo do rzetelnego procesu wymaga zapewnienia, by całe postępowanie sądowe miało charakter kontryktoryjny, że zasada kontryktoryjności stanowi ogólną zasadę prawa, u której podstaw leży art. 6 EKPC, że zasada ta wymaga tego, by strony postępowania miały prawo wglądu do wszystkich dokumentów lub uwag przedstawionych sądowi w celu wywarcia wpływu na jego orzeczenie oraz odniesienia się do nich.
46. W tym względzie należy podkreślić, że art. 6 ust. 1 EKPC stanowi w szczególności, że „każdy ma prawo do sprawiedliwego i publicznego rozpatrzenia jego sprawy w rozsądnym terminie przez niezawisły i bezstronny sąd [...]”. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, kontryktoryjny charakter postępowania stanowi jeden z elementów oceny rzetelnego charakteru tego postępowania, lecz może być ważony względem innych praw i interesów.

47. Zasada kontrydiktoryjności wymaga co do zasady tego, by strony postępowania miały prawo do zapoznania się z materiałem dowodowym i z uwagami przedstawionymi przed sądem oraz ustosunkowania się do nich. Jednak w niektórych przypadkach może zaistnieć konieczność nieujawniania niektórych informacji stronom, w celu ochrony podstawowych praw osoby trzeciej lub ważnego interesu publicznego (zob. ETPC, wyroki w sprawie Rowe i Davis przeciwko Zjednoczonemu Królestwu z dnia 16 lutego 2000 r., *Zbiór wyroków i decyzji 2000-II*, § 61 i V. przeciwko Finlandii z dnia 24 kwietnia 2007 r., dotychczas nieopublikowany w *Zbiorze wyroków i decyzji*, § 75).
48. Wśród praw podstawowych mogących korzystać z takiej ochrony znajdują się prawo do poszanowania życia prywatnego, któremu poświęcono art. 8 EKPC, wypływające z wspólnych dla państw członkowskich tradycji konstytucyjnych i po raz kolejny proklamowane w art. 7 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej, ogłoszonej w Nicei w dniu 7 grudnia 2000 r. (Dz.U. C 364, str. 1) (zob. w szczególności wyroki z dnia 8 kwietnia 1992 r. w sprawie C-62/90 Komisja przeciwko Niemcom, Rec. str. I-2575, pkt 23 i z dnia 5 października 1994 r. w sprawie C-404/92 P X przeciwko Komisji, Rec. str. I-4737, pkt 17). W tym względzie z orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka wynika, że nie można uznać, iż pojęcie życia prywatnego należy interpretować w ten sposób, że nie obejmuje ono działalności zawodowej lub handlowej tak osób fizycznych, jak i prawnych (zob. ETPC, wyroki w sprawie Niemietz przeciwko Niemcom z dnia 16 grudnia 1992 r., seria A nr 251-B, § 29; Société Colas Est i in. przeciwko Francji z dnia 16 kwietnia 2002 r., *Zbiór wyroków i decyzji 2002-III*, § 41 i Peck przeciwko Zjednoczonemu Królestwu z dnia 28 stycznia 2003 r., *Zbiór wyroków i decyzji 2003-I*, § 57), która to działalność może obejmować branżę udziału w postępowaniach przetargowych.
49. Ponadto Trybunał Sprawiedliwości uznał ochronę tajemnicy handlowej za ogólną zasadę (zob. wyroki z dnia 24 czerwca 1986 r. w sprawie 53/85 AKZO Chemie i AKZO Chemie UK przeciwko Komisji, Rec. str. 1965, pkt 28 i z dnia 19 maja 1994 r. w sprawie C-36/92 P SEP przeciwko Komisji, Rec. str. I-1911, pkt 37).
50. Wreszcie zachowanie uczciwej konkurencji w ramach postępowań przetargowych stanowi ważny interes publiczny, którego ochronę dopuszcza się na mocy orzecznictwa przywołanego w pkt 47 niniejszego wyroku.
51. Wynika z tego, że w ramach odwołania od decyzji instytucji zamawiającej wydanej w ramach postępowania przetargowego zasada kontrydiktoryjności nie wymaga tego, by strony miały nieograniczone i absolutne prawo dostępu do całości informacji dotyczących danego postępowania przetargowego, przedłożonych organowi powołanemu do rozpoznania tego odwołania. Wręcz przeciwnie, to prawo wglądu należy wyważyć względem prawa innych podmiotów gospodarczych do ochrony ich poufnych informacji i tajemnic handlowych.
52. Zasada ochrony informacji poufnych i tajemnic handlowych musi być tak stosowana, by dało się ją pogodzić z wymogami skutecznej ochrony prawnej i poszanowaniem prawa do obrony stron sporu (zob. analogicznie wyrok z dnia 13 lipca 2006 r. w sprawie C-438/04 Mobistar, Zb.Orz. str. I-6675, pkt 40), a w przypadku odwołania w sądzie lub odwołania rozpatrywanego przez inny organ będący sądem lub trybunałem w rozumieniu art. 234 WE, tak by zagwarantować, że w całym postępowaniu przestrzegane jest prawo do rzetelnego procesu.
53. W tym celu organ powołany do rozpoznania takiego odwołania powinien dysponować wszelkimi informacjami wymaganymi do tego, by z pełną znajomością rzeczy orzekać w przedmiocie zasadności takiego odwołania, w tym informacjami poufnymi i tajemnicami handlowymi (zob. analogicznie ww. wyrok w sprawie Mobistar, pkt 40).

54. Z uwagi na niezwykle poważne szkody mogące wynikać z nieprawidłowego ujawnienia niektórych informacji konkurentowi, organ ten powinien przed przekazaniem tych informacji stronie sporu umożliwić zainteresowanemu podmiotowi gospodarczemu zgłoszenie tego, że informacje te mają charakter poufny lub charakter tajemnicy handlowej (zob. analogicznie ww. wyrok w sprawie AKZO Chemie i AKZO Chemie UK przeciwko Komisji, pkt 29).
55. Zatem na zadane pytanie należy odpowiedzieć, że art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665 w związku z art. 15 ust. 2 dyrektywy 93/36 należy interpretować w ten sposób, że organ powołany do rozpoznania odwołań, o których mowa w rzeczonym art. 1 ust. 1 powinien zapewniać poufność i prawo do przestrzegania tajemnicy handlowej w stosunku do informacji zawartych w aktach przedłożonych mu przez strony sporu, w szczególności zaś przez instytucję zamawiającą, przy czym on sam może zapoznawać się w takimi informacjami i brać je pod uwagę. Do organu tego należy podjęcie decyzji, w jakim stopniu i według jakich zasad należy zapewnić poufność i objęcie tajemnicą tych informacji, w świetle wymogów skutecznej ochrony sądowej oraz poszanowania prawa do obrony stron sporu, a także, w przypadku odwołania w sądzie lub odwołania rozpatrywanego przez inny organ będący sądem lub trybunałem w rozumieniu art. 234 WE, tak by zagwarantować, że w całym postępowaniu przestrzegane jest prawo do rzetelnego procesu.

W przedmiocie kosztów

56. Dla stron postępowania przed sądem krajowym niniejsze postępowanie ma charakter incydentalny, dotyczy bowiem kwestii podniesionej przed tym sądem; do niego zatem należy rozstrzygnięcie o kosztach. Koszty poniesione w związku z przedstawieniem uwag Trybunałowi, inne niż poniesione przez strony postępowania przed sądem krajowym, nie podlegają zwrotowi.

Z powyższych względów Trybunał (trzecia izba) orzeka, co następuje:

Artykuł 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, w brzmieniu nadanym przez dyrektywę Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnoszącą się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi w związku z art. 15 ust. 2 dyrektywy Rady 93/36/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy w brzmieniu nadanym dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 97/52/WE z dnia 13 października 1997 r. należy interpretować w ten sposób, że organ powołany do rozpoznania odwołań, o których mowa w rzeczonym art. 1 ust. 1 powinien zapewniać poufność i prawo do przestrzegania tajemnicy handlowej w stosunku do informacji zawartych w aktach przedłożonych mu przez strony sporu, w szczególności zaś przez instytucję zamawiającą, przy czym on sam może zapoznawać się w takimi informacjami i brać je pod uwagę. Do organu tego należy podjęcie decyzji, w jakim stopniu i według jakich zasad należy zapewnić poufność i objęcie tajemnicą tych informacji, w świetle wymogów skutecznej ochrony sądowej oraz poszanowania prawa do obrony stron sporu, a także, w przypadku odwołania w sądzie lub odwołania rozpatrywanego przez inny organ będący sądem lub trybunałem w rozumieniu art. 234 WE, tak by zagwarantować, że w całym postępowaniu przestrzegane jest prawo do rzetelnego procesu.

Podpisy

* Język postępowania: francuski.

Orzeczenie z dnia 3 kwietnia 2008 r. w sprawie C-346/06 Dirk Rüffert

WYROK TRYBUNAŁU (druga izba) z dnia 3 kwietnia 2008 r.(*)

Artykuł 49 WE – Swoboda świadczenia usług – Ograniczenia – Dyrektywa 96/71/WE – Delegowanie pracowników w ramach świadczenia usług – Procedury udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane – Ochrona socjalna pracowników

W sprawie C-346/06

mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 234 WE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Oberlandesgericht Celle (Niemcy) postanowieniem z dnia 3 sierpnia 2006 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 11 sierpnia 2006 r., w postępowaniu:

Dirk Rüffert działający jako syndyk masy upadłości Objekt und Bauregie GmbH & Co. KG przeciwko

Land Niedersachsen,

TRYBUNAŁ (druga izba),

w składzie: C. W. A. Timmermans (sprawozdawca), prezes izby, J. Makarczyk, P. Kūris, J.-C. Bonichot i C. Toader, sędziowie,

rzecznik generalny: Y. Bot,

sekretarz: B. Fülöp, administrator,

uwzględniając procedurę pisemną i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 5 lipca 2007 r., rozważywszy uwagi przedstawione:

- w imieniu Land Niedersachsen przez R. Thode, Rechtsanwalt,
- w imieniu rządu niemieckiego przez M. Lumme, działającego w charakterze pełnomocnika,
- w imieniu rządu belgijskiego przez A. Hubert, działającą w charakterze pełnomocnika,
- w imieniu rządu duńskiego przez J. Beringa Liisberga, działającego w charakterze pełnomocnika,
- w imieniu rządu francuskiego przez G. de Berguesa oraz O. Christmann, działających w charakterze pełnomocników,
- w imieniu Irlandii, przez D. O'Hagana, działającego w charakterze pełnomocnika, wspieranego przez N. Traversa, BL, oraz B. O'Moore'a, SC,
- w imieniu rządu cypryjskiego przez E. Neofitou, działającą w charakterze pełnomocnika,
- w imieniu rządu austriackiego przez M. Fruhmanna, działającego w charakterze pełnomocnika,
- w imieniu rządu polskiego przez E. Ośniecką-Tamecką i M. Szymańską, działających w charakterze pełnomocników, oraz przez A. Dzieciela, eksperta,
- w imieniu rządu fińskiego przez E. Bygglin, działającą w charakterze pełnomocnika,

- w imieniu rządu norweskiego przez A. Eide oraz E. Sivertsen działających w charakterze pełnomocników,
- w imieniu Komisji Wspólnot Europejskich przez E. Traversa oraz C. Ladenburgera, działających w charakterze pełnomocników,

po zapoznaniu się z opinią rzecznika generalnego na posiedzeniu w dniu 20 września 2007 r.,
wydaje następujący

Wyrok

1. Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni art. 49 WE.
2. Wniosek ten został przedstawiony w ramach sporu pomiędzy M. Ruffertem, działającym jako syndyk masy upadłości Objekt und Bauregie GmbH & Co. KG (zwaną dalej Objekt und Bauregie) a krajem związkowym Niedersachsen (Land Niedersachsen) w przedmiocie rozwiązania umowy o dzieło zawartej pomiędzy tym krajem związkowym a wskazaną spółką.

Ramy prawne

Uregulowania wspólnotowe

3. Artykuł 1 („Zakres stosowania”) dyrektywy 96/71/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 16 grudnia 1996 r. dotyczącej delegowania pracowników w ramach świadczenia usług (Dz.U. 1997 L 18, s. 1) stanowi:

„1. Niniejszą dyrektywę stosuje się do przedsiębiorstw prowadzących działalność w państwie członkowskim, które w ramach świadczenia usług poza jego granicami delegują pracowników zgodnie z ust. 3 na terytorium innego państwa członkowskiego.

[...]

3. Niniejszą dyrektywę stosuje się wówczas, gdy przedsiębiorstwa wymienione w ust. 1 podejmują następujące środki, wybiegające poza granice państwowe:

a) delegują pracowników na własny rachunek i pod swoim kierownictwem na terytorium państwa członkowskiego, w ramach umowy zawartej między przedsiębiorstwem delegującym a odbiorcą usług, działającym w danym państwie członkowskim, o ile istnieje stosunek pracy pomiędzy przedsiębiorstwem delegującym a pracownikiem w ciągu okresu delegowania

[...]

4. Zgodnie z art. 3 (Warunki zatrudnienia) dyrektywy 96/71:

„1. Państwa członkowskie zapewnią, że bez względu na to jakie prawo stosuje się w odniesieniu do stosunku pracy przedsiębiorstw, o których mowa w art. 1 ust. 1, będą gwarantowały pracownikom delegowanym na ich terytorium warunki zatrudnienia, obejmujące następujące zagadnienia, które w państwie członkowskim, gdzie wykonywana jest praca, ustalone są przez:

- przepisy prawne, rozporządzenia lub przepisy administracyjne i/lub
- umowy zbiorowe lub orzeczenia arbitrażowe uznane za powszechnie stosowane w rozumieniu ust. 8, o ile dotyczą one rodzajów działalności wymienionych w załączniku:

[...]

- c). minimalne stawki płacy, wraz ze stawką za nadgodziny; niniejszy podpunkt nie ma zastosowania do uzupełniających zakładowych systemów emerytalnych;
[...]

Dla celów niniejszej dyrektywy pojęcie minimalnej stawki płacy, o której mowa w ust. 1 lit. c) jest zdefiniowane przez prawo krajowe i/lub przez praktykę państwa członkowskiego, na którego terytorium pracownik jest delegowany.

[...]

7. Ustępy od 1 do 6 nie będą stanowić przeszkody dla stosowania korzystniejszych dla pracowników warunków zatrudnienia.

[...]

8. Określenie »umowy zbiorowe lub orzeczenia arbitrażowe uznane za powszechnie stosowane« oznacza umowy zbiorowe lub orzeczenia arbitrażowe, które powinny być przestrzegane przez wszystkie przedsiębiorstwa w danym obszarze geograficznym, zawodzie lub przemyśle.

W przypadku braku systemu uznawania zbiorowych umów lub orzeczeń arbitrażowych za powszechnie stosowane w rozumieniu pierwszego akapitu, państwa członkowskie mogą, jeśli tak zadecydują, oprzeć się na:

- umowach zbiorowych lub orzeczeniach arbitrażowych, które są powszechnie stosowane do wszystkich podobnych przedsiębiorstw w danym obszarze geograficznym, zawodzie lub przemyśle, i/lub
- umowach zbiorowych, które zostały zawarte przez najbardziej reprezentatywne w skali kraju organizacje przedstawicieli pracodawców i pracowników oraz są stosowane na całym terytorium kraju,

o ile ich zastosowanie w stosunku do przedsiębiorstw, o których mowa w art. 1 ust. 1 gwarantuje, równość traktowania w przypadku dziedzin, o których mowa w pierwszym akapicie ust. 1 niniejszego artykułu, wymienionych przedsiębiorstw i innych przedsiębiorstw, o których mowa w niniejszym akapicie a znajdujących się w podobnej sytuacji.

[...]"

Uregulowania krajowe

5. Krajowa ustawa o udzielaniu zamówień publicznych kraju związkowego Niedersachsen (Landesvergabegesetz Nds., zwana dalej ustawą kraju związkowego) zawiera przepisy dotyczące udzielania zamówień publicznych, których wartość wynosi co najmniej 10 000 euro. Zgodnie z motywami tej ustawy:

„Ustawa przeciwdziała zniekształceniom konkurencji, które powstają w dziedzinie budownictwa oraz publicznego przewozu osób wskutek zatrudniania pracowników o niskim wynagrodzeniu, a także zmniejsza obciążenia dla systemów ubezpieczenia społecznego. W tym celu ustawa przewiduje, że instytucje zamawiające mogą udzielać zamówień tylko takim przedsiębiorstwom budowlanym oraz przedsiębiorstwom prowadzącym publiczny przewóz osób, które wypłacają wynagrodzenie za pracę obowiązujące zgodnie z układami zbiorowymi pracy w miejscu realizacji zamówienia.

[...]"

6. Zgodnie z § 3 ust. 1 („Oświadczenie o poszanowaniu układu zbiorowego pracy”) ustawy kraju związkowego:

„Zamówienia na roboty budowlane mogą być udzielane tylko takim przedsiębiorstwom, które składając oferty zobowiązują się pisemnie do wypłaty swoim pracownikom z tytułu wykonanej pracy wynagrodzenia obowiązującego zgodnie z układami

zbiorowymi pracy w miejscu realizacji zamówienia i w czasie przewidzianym w tych układach. Roboty budowlane w rozumieniu zd. 1 obejmują główne roboty budowlane oraz dodatkowe roboty budowlane. Zdanie 1 dotyczy także udzielania zamówień na usługi publicznego przewozu osób.”

7. Paragraf 4 ust. 1 („Zatrudnianie podwykonawców”) wskazanej ustawy, stanowi:

„Wykonawca jest uprawniony zlecić podwykonawcom usługi świadczone przez jego przedsiębiorstwo, pod warunkiem wyrażenia zgody przez zamawiającego. Składając oferty oferenci mają obowiązek wskazać, które usługi będą zlecone podwykonawcom. W przypadku zlecenia usług podwykonawcom wykonawca musi zobowiązać się do nałożenia na podwykonawców spoczywających na nim obowiązków określonych w §§ 3, 4 oraz 7 ust. 2, a także do nadzoru nad przestrzeganiem tych obowiązków przez podwykonawców.”

8. Paragraf 6 („Dokumentacja”) wskazanej ustawy stanowi:

„(1) Oferta nie będzie poddana ocenie, jeżeli nie zostaną złożone następujące dokumenty:

[...]

3. oświadczenie o poszanowaniu układu zbiorowego pracy zgodnie z § 3.

[...]

(2) Jeżeli wykonanie części zamówienia ma zostać zlecone podwykonawcy, przy udzieleniu zamówienia wymagane jest również złożenie określonych w ust. 1 dokumentów odnoszących się do podwykonawcy.”

9. Paragraf 8 („Sankcje”) ustawy kraju związkowego stanowi:

„(1) W celu zapewnienia przestrzegania zobowiązań, o których mowa w §§ 3, 4 oraz 7 ust. 2, na wypadek stwierdzenia zawinionego naruszenia instytucje zamawiające ustalają z wykonawcą karę w wysokości 1%, a w przypadku większej ilości naruszeń w wysokości 10 % wartości zamówienia. Wykonawca jest zobowiązany do zapłaty kary, o której mowa w zd. 1 także wówczas, jeżeli naruszenia dopuścił się zatrudniony przez niego podwykonawca lub dalszy podwykonawca, chyba że wykonawca nie wiedział i nie mógł wiedzieć o naruszeniu. Jeżeli nałożona kara jest nieproporcjonalnie wysoka, wówczas instytucja zamawiająca może obniżyć karę do stosownej wysokości na wniosek wykonawcy.

(2) Instytucje zamawiające ustalają z wykonawcą, że niedotrzymanie warunków określonych w § 3 przez wykonawcę, a także rażąco niedbałe lub wielokrotne naruszenie obowiązków określonych w §§ 4 oraz 7 ust. 2 uprawnia instytucje zamawiającą do natychmiastowego rozwiązania umowy.

(3) Jeżeli zostanie wykazane, że przedsiębiorstwo dopuściło się przynajmniej rażąco niedbałego lub wielokrotnego naruszenia wymogów niniejszej ustawy, wówczas instytucje zamawiające mogą wyłączyć na okres do 1 roku to przedsiębiorstwo z grona podmiotów, którym udzielane są zamówienia publiczne na obszarze właściwości danej instytucji zamawiającej.

[...]”

Postępowanie przed sądem krajowym i pytanie prejudycjalne

10. Z postanowienia odsyłającego wynika, że kraj związkowy Niedersachsen udzielił spółce Objekt und Bauregie w drodze przetargu publicznego zamówienia na roboty budowlane dotyczące wykonania w stanie surowym budynku zakładu karnego w Göttingen-Rosdorf. Wartość zamówienia wynosiła 8.493.331 EUR nie wliczając podatku od wartości dodanej. Umowa zawierała również zobowiązanie do przestrzegania układów zbiorowych pracy, a w szczególności zobowiązanie do wypła-

ty pracownikom zatrudnionym przy wykonaniu robót budowlanych wynagrodzenia w wysokości odpowiadającej co najmniej wynagrodzeniu obowiązującemu w miejscu realizacji zamówienia zgodnie z układem zbiorowym pracy zawartym w wykazie wzorcowych układów zbiorowych w pkt. 1 „Budownictwo” (zwanym dalej układem zbiorowym w dziedzinie budownictwa).

11. Objekt und Bauregie zatrudniła jako podwykonawcę przedsiębiorstwo mające siedzibę w Polsce. Latem 2004 r. powstało podejrzenie, że przedsiębiorstwo to zatrudnia do realizacji projektu budowlanego polskich pracowników, którym wypłaca wynagrodzenie poniżej wynagrodzenia ustalonego w układzie zbiorowym w dziedzinie budownictwa. Po wszczęciu dochodzenia zarówno Objekt und Bauregie, jak i kraj związkowy Niedersachsen rozwiązały zawartą pomiędzy nimi umowę o dzieło. Kraj związkowy Niedersachsen uzasadnił rozwiązanie umowy m.in. tym, że pozwany naruszył zobowiązania umowy dotyczące poszanowania wskazanego układu zbiorowego. Przeciwko głównemu odpowiedzialnemu za przedsiębiorstwo z siedzibą w Polsce został wydany nakaz karny z powodu wypłacenia zatrudnionym na placu budowy 53 pracownikom wynagrodzenia w wysokości jedynie 46,57% przewidzianego wynagrodzenia minimalnego.
12. W pierwszej instancji Landgericht Hannover orzekł, że przysługująca Objekt und Bauregie wierzytelność obejmująca zapłatę wynagrodzenia wygasła w drodze potrącenia z przysługującą kraju związkowemu Niedersachsen wierzytelnością obejmującą zapłatę kary umownej w wysokości 84.934.31 EUR (1% wartości zamówienia). W pozostałym zakresie sąd ten oddalił powództwo wytoczone przez wskazaną spółkę.
13. Sąd krajowy, do którego wpłynęło odwołanie w niniejszej sprawie, jest zdania, że rozstrzygnięcie sporu zależy od kwestii, czy sąd ten jest zobowiązany do niestosowania ustawy kraju związkowego, a w szczególności § 8 ust. 1 tej ustawy ze względu na to, że przepis ten nie jest zgodny ze swobodą świadczenia usług ustanowioną w art. 49 WE.
14. W tym względzie sąd krajowy wskazuje, że zobowiązania do poszanowania układów zbiorowych wiążą przedsiębiorstwa budowlane z innych państw członkowskich w zakresie dostosowania wynagrodzeń wypłacanych swym pracownikom do zwykle wyższego poziomu płac istniejącego w miejscu wykonania zamówienia na obszarze Niemiec. Tego rodzaju wymóg prowadzi do tego, że przedsiębiorstwa tracą swoją przewagę konkurencyjną opartą na niższych kosztach wynagrodzeń. Zobowiązanie do poszanowania układów zbiorowych stanowi wobec tego ograniczenie dla osób fizycznych lub prawnych pochodzących z innych państw członkowskich niż Republika Federalna Niemiec.
15. Ponadto, sąd krajowy ma wątpliwości w kwestii, czy zobowiązanie do poszanowania układów zbiorowych jest uzasadnione nadrzędnymi względami interesu ogólnego. W szczególności, tego rodzaju zobowiązanie wykracza poza to, co jest konieczne dla celów ochrony pracowników. Konieczny zakres ochrony pracowników jest określony poprzez obowiązkowe wynagrodzenie minimalne, które wynika z zastosowania w Niemczech ustawy o delegowaniu pracowników (Arbeitnehmer-Entsendegesetz) z dnia 26 lutego 1996 r. (BGBl. 1996 I, s. 227). Wobec zagranicznych pracowników zobowiązanie do poszanowania układów zbiorowych nie prowadzi do faktycznego zrównania ich pozycji z pracownikami niemieckimi, lecz przede wszystkim utrudnia zatrudnienie na terenie Republiki Federalnej Niemiec pracowników pochodzących z innych państw członkowskich, ponieważ ich pracodawca nie może wykorzystać przewagi konkurencyjnej opartej na niższych kosztach.
16. Oberlandesgericht Celle uznał, że rozstrzygnięcie zawisłego przed nim sporu wymaga dokonania wykładni art. 49 WE i postanowił przedłożyć Trybunałowi następujące pytanie prejudycjalne:

„Czy spoczywający na instytucji zamawiającej ustawowy obowiązek udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane tylko takim przedsiębiorstwom, które składając oferty zobowiążą się pisemnie do wypłaty swoim pracownikom z tytułu wykonanej pracy wynagrodzenia w wysokości odpowiadającej co najmniej wynagrodzeniu obowiązującemu zgodnie z układem zbiorowym pracy w miejscu realizacji zamówienia stanowi nieuzasadnione ograniczenie przewidzianej traktatem WE swobody świadczenia usług?”

W przedmiocie pytania prejudycjalnego

17. W pytaniu prejudycjalnym sąd krajowy zmierza do ustalenia, czy w sytuacji takiej, jaka wystąpiła w sprawie rozpatrywanej przez ten sąd, art. 49 WE sprzeciwiła się zastosowaniu podjętego przez władze państwa członkowskiego środka o charakterze ustawodawczym, nakładającego na instytucję zamawiającą obowiązek udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane tylko takim przedsiębiorstwom, które składając oferty zobowiążą się pisemnie do wypłaty swoim pracownikom z tytułu wykonanej pracy wynagrodzenia w wysokości odpowiadającej co najmniej wynagrodzeniu obowiązującemu zgodnie z układem zbiorowym pracy w miejscu realizacji zamówienia.
18. Jak wskazują niektóre rządy państw członkowskich, które przedstawiły uwagi Trybunałowi oraz Komisja Wspólnot Europejskich, w celu udzielenia użytecznej odpowiedzi na pytanie sądu krajowego, w ramach badania pytania prejudycjalnego należy uwzględnić przepisy dyrektywy 96/71 (zob. podobnie wyroki z dnia 12 października 2004 r. w sprawie C-60/03 Wolff & Müller, Rec. s. I-9553, pkt 27 i z dnia 29 stycznia 2008 r. w sprawie C-275/06 Promusicae, dotychczas nieopublikowany w Zbiorze, pkt 42).
19. Jak bowiem wynika z art. 1 ust. 3 lit. a) tej dyrektywy, ma ona zastosowanie między innymi w sytuacji, w której przedsiębiorstwo prowadzące działalność w państwie członkowskim, w ramach świadczenia usług poza jego granicami, deleguje pracowników na własny rachunek i pod swoim kierownictwem na terytorium innego państwa członkowskiego, w ramach umowy zawartej między przedsiębiorstwem delegującym a odbiorcą usług, działającym w tym drugim państwie członkowskim, o ile istnieje stosunek pracy pomiędzy tym przedsiębiorstwem a pracownikiem w ciągu okresu delegowania. Taka sytuacja w istocie wystąpiła w sprawie rozpatrywanej przed sądem krajowym.
20. Ponadto, jak wskazał rzecznik generalny w pkt 64 opinii, sam fakt, że ustawodawstwo danego państwa członkowskiego, takie jak ustawa kraju związkowego nie ma na celu uregulowania kwestii delegowania pracowników nie oznacza, że sytuacja taka, jak wystąpiła w sprawie przed sądem krajowym nie jest objęta zakresem stosowania dyrektywy 96/71.
21. Zgodnie z art. 3 ust. 1 akapit pierwszy tiret pierwsze i drugie dyrektywy 96/71 w ramach świadczenia usług poza granicami danego państwa w dziedzinie budownictwa, należy zagwarantować pracownikom delegowanym warunki zatrudnienia obejmujące zagadnienia wskazane w lit. a)-g) tego przepisu, wśród których – w ramach lit. c) – figurują minimalne stawki płacy. Te warunki zatrudnienia są ustanowione w przepisach ustawowych, wykonawczych lub administracyjnych, w układach zbiorowych lub orzeczeniach arbitrażowych uznanych za powszechnie stosowane. Zgodnie z art. 3 ust. 8 akapit pierwszy tego artykułu umowy zbiorowe lub orzeczenia arbitrażowe oznaczają w rozumieniu tego przepisu tego rodzaju umowy zbiorowe lub orzeczenia arbitrażowe, które powinny być przestrzegane przez wszystkie przedsiębiorstwa w danym obszarze geograficznym, zawodzie lub przemyśle.

22. Ponadto, w przypadku braku systemu uznawania zbiorowych umów lub orzeczeń arbitrażowych za powszechnie stosowane, art. 3 ust. 8 akapit drugi dyrektywy 96/71 umożliwia państwom członkowskim oparcie się na umowach lub orzeczeniach, które są powszechnie stosowane do wszystkich podobnych przedsiębiorstw w danym przemyśle lub na umowach, które zostały zawarte przez najbardziej reprezentatywne w skali kraju organizacje przedstawicieli pracodawców i pracowników oraz są stosowane na całym terytorium kraju.
23. Należy zbadać, czy stawka płacy ustanowiona w drodze środka takiego, jak środek rozpatrywany w postępowaniu przed sądem krajowym, stanowiącego przepis ustawowy uchwalony przez kraj związkowy Niedersachsen w dziedzinie zamówień publicznych, mający na celu uczynienie wiążącym układu zbiorowego przewidującego tę stawkę płacy, w szczególności względem przedsiębiorstwa takiego, jak przedsiębiorstwo będące podwykonawcą Objekt und Bauregie, została określona zgodnie z kryteriami wskazanymi w pkt 21-22 niniejszego wyroku.
24. Po pierwsze, w związku z tym, że przepis ustawowy taki jak zawarty w ustawie kraju związkowego sam nie ustanawia jakiegokolwiek minimalnej stawki płacy, nie może on zostać uznany za przepis ustawowy w rozumieniu art. 3 ust. 1 akapit pierwszy tiret pierwsze dyrektywy 96/71 ustalający minimalną stawkę płacy wedle lit. c) tego akapitu.
25. Po drugie, co się tyczy kwestii, czy układ zbiorowy taki jak ten, o którym mowa w sprawie przed sądem krajowym, stanowi układ zbiorowy uznany za powszechnie stosowany w rozumieniu art. 3 ust. 1 akapit pierwszy tiret drugie dyrektywy 96/71 w związku z art. 3 ust. 8 akapit pierwszy, z akt przedłożonych Trybunałowi wynika, że ustawa o delegowaniu pracowników, która ma na celu transpozycję dyrektywy 96/71 rozszerza zakres stosowania postanowień dotyczących płac minimalnych zawartych w układach zbiorowych, które zostały uznane za powszechnie stosowane w Niemczech na pracodawców mających siedzibę w innym państwie członkowskim, którzy delegują swych pracowników do Niemiec.
26. W odpowiedzi na pisemne pytanie Trybunału, kraj związkowy Niedersachsen potwierdził, że układ zbiorowy w dziedzinie budownictwa nie stanowi układu zbiorowego uznanego za powszechnie stosowany w rozumieniu ustawy o delegowaniu pracowników. Również akta przedłożone Trybunałowi nie zawierają jakiegokolwiek wskazówki pozwalającej na przyjęcie, że układ ten mógłby jednak zostać uznany za powszechnie stosowany w rozumieniu art. 3 ust. 1 akapit pierwszy tiret drugie w związku z art. 3 ust. 8 akapit pierwszy dyrektywy 96/71.
27. Po trzecie, co się tyczy art. 3 ust. 8 akapit drugi dyrektywy 96/71, z samego brzmienia tego przepisu wynika, że ma on zastosowanie jedynie w braku systemu uznawania umów zbiorowych za powszechnie stosowane, a więc w przypadku, który nie występuje w Republice Federalnej Niemiec.
28. Ponadto, układ zbiorowy, o którym mowa w postępowaniu przed sądem krajowym, nie może zostać w żadnym razie uznany za stanowiący układ zbiorowy w rozumieniu wskazanego przepisu, a w szczególności nie może on zostać uznany za wskazany w tiret pierwsze tego przepisu układ zbiorowy „powszechnie stosowany do wszystkich podobnych przedsiębiorstw w danym obszarze geograficznym, zawodzie lub przemyśle”.
29. W kontekście takim, jaki ma miejsce w sprawie przed sądem krajowym, wiążący skutek układu zbiorowego, takiego jak układ rozpatrywany w tej sprawie, obejmuje bowiem jedynie część sektora budownictwa na obszarze geograficznym stosowania układu, ponieważ po pierwsze, przepisy, które nadały mu ten skutek mają zastosowanie jedynie do zamówień publicznych, z wyłączeniem zleceń prywatnych oraz, po drugie, wskazany układ zbiorowy nie został uznany za powszechnie stosowany.

30. Z powyższego wynika, że środek taki jak ten, który stanowi przedmiot postępowania przed sądem krajowym, nie ustanawia stawki płacy wedle kryteriów przewidzianych w art. 3 ust. 1 akapit pierwszy tiret pierwsze i drugie oraz art. 3 ust. 8 akapit drugi dyrektywy 96/71.
31. W związku z tym, tego rodzaju stawka płacy nie może zostać uznana za minimalną stawkę płacy w rozumieniu art. 3 ust. 1 akapit pierwszy lit. c) tej dyrektywy, którą państwa członkowskie mają prawo określać zgodnie z tą dyrektywą względem przedsiębiorstw mających siedzibę w innych państwach członkowskich, w ramach świadczenia usług poza granicami (zob. podobnie wyrok z dnia 18 grudnia 2007 r. w sprawie C-341/05 *Laval un Partneri*, dotychczas nieopublikowany w Zbiorze, pkt 70 i 71).
32. Tego rodzaju stawka płacy nie może również zostać zakwalifikowana jako korzystniejsza dla pracowników warunki zatrudnienia w rozumieniu art. 3 ust. 7 dyrektywy 96/71.
33. W szczególności, wykładni tego przepisu nie można dokonywać w ten sposób, że zezwala on przyjmującemu państwu członkowskiemu na poddanie świadczenia usług na swoim terytorium obowiązki przestregania warunków pracy i zatrudnienia wykraczających poza bezwzględnie obowiązujące normy minimalnej ochrony. W istocie, jeśli chodzi o kwestie wymienione w art. 3 ust. 1 akapit pierwszy lit. a)–g), to dyrektywa 96/71 wyraźnie przewiduje stopień ochrony, jakiego przyjmujące państwo członkowskie ma prawo wymagać od przedsiębiorstw mających siedzibę w innych państwach członkowskich na rzecz pracowników delegowanych na swoje terytorium. Ponadto taka wykładnia sprowadzałaby się do pozbawienia skuteczności tej dyrektywy (ww. wyrok w sprawie *Laval un Partneri*, pkt 80).
34. Tym samym, z zastrzeżeniem prawa przedsiębiorstw mających siedzibę w innych państwach członkowskich do przystąpienia z własnej woli w przyjmującym państwie członkowskim, w szczególności w ramach zobowiązania podjętego wobec własnego personelu delegowanego, do potencjalnie korzystniejszego układu zbiorowego pracy, poziom ochrony jaki powinien być gwarantowany pracownikom delegowanym na terytorium przyjmującego państwa członkowskiego jest ograniczony co do zasady do poziomu określonego w art. 3 ust. 1 akapit pierwszy lit. a)–g) dyrektywy 96/71, chyba że pracownicy ci już korzystają na podstawie przepisów prawa lub układów zbiorowych w państwie członkowskim pochodzenia z korzystniejszych warunków pracy i zatrudnienia jeśli chodzi o zagadnienia wymienione w tym przepisie (ww. wyrok w sprawie *Laval un Partneri*, pkt 81). Nie wydaje się jednak, aby taka sytuacja miała miejsce w sprawie rozpatrywanej przed sądem krajowym.
35. Z powyższego wynika, że dane państwo członkowskie nie ma prawa nakładać, na podstawie dyrektywy 96/71, względem przedsiębiorstw mających siedzibę w innych państwach członkowskich, stawki płacy tego rodzaju, jak stawka przewidziana w układzie zbiorowym w dziedzinie budownictwa, przy zastosowaniu takiego środka, jak środek rozpatrywany w postępowaniu przed sądem krajowym.
36. Tego rodzaju wykładnię potwierdza analiza dyrektywy 96/71 w świetle art. 49 WE, ponieważ dyrektywa ta ma między innymi na celu realizację swobody świadczenia usług, stanowiącą jedną z podstawowych swobód zagwarantowanych przez traktat.
37. Jak wskazał rzecznik generalny w pkt 103 opinii, zobowiązując wykonawców zamówień publicznych na roboty budowlane, i w sposób pośredni również ich podwykonawców do przestregania minimalnej wysokości wynagrodzenia, takiej jak ta, która została przewidziana w układzie zbiorowym w dziedzinie budownictwa, ustawodawstwo takie jak ustawa kraju związkowego może nakładać na usługodawców mających siedziby w innym państwie członkowskim, gdzie minimalne stawki płacy są niższe, dodatkowe ciężary gospodarcze, których skutkiem może być powstrzymanie, utrudnianie

lub zmniejszenie atrakcyjności wykonywania przez nich usług w państwie przyjmującym. W związku z tym, środek tego rodzaju, jak środek rozpatrywany przed sądem krajowym może stanowić ograniczenie w rozumieniu art. 49 WE.

38. Ponadto, wbrew argumentom podnoszonym przez kraj związkowy Niedersachsen i niektóre rządy państw członkowskich, które przedstawiły uwagi Trybunałowi, tego rodzaju środek nie może zostać uznany za uzasadniony względami ochrony pracowników.
39. Jak bowiem zostało wskazane w pkt 29 niniejszego wyroku w zakresie dotyczącym stawki płacy określonej przez układ zbiorowy, taki jak układ, o którym mowa w postępowaniu przed sądem krajowym, ma ona na mocy przepisów takich, jak ustawa kraju związkowego, zastosowanie jedynie do części sektora budownictwa, ponieważ po pierwsze, przepisy te mają zastosowanie jedynie do zamówień publicznych, z wyłączeniem zleceń prywatnych oraz, po drugie, wskazany układ zbiorowy nie został uznany za powszechnie stosowany.
40. Akta przedłożone Trybunałowi nie zawierają żadnej wskazówki pozwalającej na przyjęcie, że ochrona wynikająca z tego rodzaju stawki płacy – która ponadto, jak wskazuje również sąd krajowy, wykracza poza minimalną stawkę płacy mającą zastosowanie zgodnie z ustawą o delegowaniu pracowników – jest konieczna w przypadku pracownika w dziedzinie budownictwa jedynie wówczas, gdy jest on zatrudniony w ramach wykonywania zamówienia publicznego na roboty budowlane, a nie w przypadku, w którym wykonuje on pracę w ramach zlecenia prywatnego.
41. Z tych samych względów, które zostały wskazane w pkt 39-40 niniejszego wyroku, omawiane ograniczenie nie może zostać uznane za uzasadnione względami zapewnienia ochrony autonomicznego organizowania życia zawodowego przez związki zawodowe, na którą powołuje się rząd niemiecki.
42. Wreszcie, co się tyczy celu stabilności finansowej systemów ubezpieczeń społecznych, również powołanego przez rząd niemiecki, który podniósł, że wydolność systemu ubezpieczeń społecznych zależy od poziomu płac pracowników, z akt przedłożonych Trybunałowi nie wynika, że środek taki jak środek rozpatrywany w sprawie przed sądem krajowym jest konieczny, aby osiągnąć cel polegający na uniknięciu poważnego zagrożenia dla równowagi finansowej systemu ubezpieczeń społecznych, w przedmiocie którego Trybunał orzekł, że nie można wykluczyć, iż może się on zaliczać do nadrzędnych względów interesu ogólnego (zob. w szczególności wyrok z dnia 16 maja 2006 r. w sprawie C-372/04 Watts, Rec. s. I- 4325, pkt 103 i cytowane orzecznictwo).
43. Mając na uwadze powyższe rozważania, na pytanie prejudycjalne należy udzielić odpowiedzi w ten sposób, że dyrektywa 96/71, interpretowana w świetle art. 49 WE, sprzeciwia się, w sytuacji takiej, jaka wystąpiła w sprawie rozpatrywanej przez sąd krajowy, zastosowaniu podjętego przez władze państwa członkowskiego środka o charakterze ustawodawczym, nakładającego na instytucję zamawiającą obowiązek udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane tylko takim przedsiębiorstwom, które składając oferty zobowiązują się pisemnie do wypłaty swoim pracownikom z tytułu wykonanej pracy wynagrodzenia w wysokości odpowiadającej co najmniej wynagrodzeniu obowiązującemu zgodnie z układem zbiorowym pracy w miejscu realizacji zamówienia.

W przedmiocie kosztów

44. Dla stron postępowania przed sądem krajowym niniejsze postępowanie ma charakter incydentalny, dotyczy bowiem kwestii podniesionej przed tym sądem, do niego zatem należy rozstrzygnięcie o kosztach. Koszty poniesione w związku z przedstawieniem uwag Trybunałowi, inne niż poniesione przez strony postępowania przed sądem krajowym, nie podlegają zwrotowi.

Z powyższych względów Trybunał (druga izba) orzeka, co następuje:

Dyrektywa 96/71/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 16 grudnia 1996 r. dotycząca delegowania pracowników w ramach świadczenia usług, interpretowana w świetle art. 49 WE, sprzeciwia się, w sytuacji takiej, jaka wystąpiła w sprawie rozpatrywanej przez sąd krajowy, zastosowaniu podjętego przez władze państwa członkowskiego środka o charakterze ustawodawczym, nakładającego na instytucję zamawiającą obowiązek udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane tylko takim przedsiębiorstwom, które składając oferty zobowiążą się pisemnie do wypłaty swoim pracownikom z tytułu wykonanej pracy wynagrodzenia w wysokości odpowiadającej co najmniej wynagrodzeniu obowiązującemu zgodnie z układem zbiorowym pracy w miejscu realizacji zamówienia.

Podpisy

Orzeczenie z dnia 3 kwietnia 2008 r. w sprawie C-444/06
Komisja przeciwko Hiszpanii

WYROK TRYBUNAŁU (druga izba)
z dnia 3 kwietnia 2008 r.(*)

Uchybienie zobowiązaniom państwa członkowskiego – Dyrektywa 89/665/EWG – Zamówienia publiczne na dostawy i roboty budowlane – Procedura odwoławcza w zakresie udzielania zamówień publicznych

W sprawie C-444/06

mającej za przedmiot skargę o stwierdzenie, na podstawie art. 226 WE, uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego, wniesioną w dniu 26 października 2006 r.,

Komisja Wspólnot Europejskich, reprezentowana przez X. Lewisa, działającego w charakterze pełnomocnika, wspieranego przez C. Fernandez Vicién i I. Moreno-Tapię Rivas, abogadas, z adresem do doręczeń w Luksemburgu,

strona skarżąca,
przeciwko

Królestwu Hiszpanii, reprezentowanemu przez F. Díeza Morena, działającego w charakterze pełnomocnika, z adresem do doręczeń w Luksemburgu,

strona pozwana,

TRYBUNAŁ (druga izba),

w składzie: C.W.A. Timmermans, prezes izby, L. Bay Larsen, K. Schiemann, J. Makarczyk (sprawozdawca) i P. Kūris, sędziowie,

rzecznik generalny: E. Sharpston,

sekretarz: R. Grass,

uwzględniając procedurę pisemną,

podjąwszy, po wysłuchaniu rzecznika generalnego, decyzję o rozstrzygnięciu sprawy bez opinii,

wydaje następujący

Wyrok

1. Komisja Wspólnot Europejskich wnosi do Trybunału o stwierdzenie, że nie ustanawiając terminu, w którym instytucja zamawiająca ma obowiązek powiadomić o decyzji w sprawie udzielenia zamówienia wszystkim oferentów, nie ustanawiając obowiązkowego okresu oczekiwania między udzieleniem zamówienia a zawarciem umowy oraz dopuszczając, by umowa uznana za nieważną wywoływała nadal skutki prawne, Królestwo Hiszpanii uchybiło zobowiązaniom, które na nim ciążyą na mocy art. 2 ust. 1 lit. a) i b) 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, s. 33), zmienionej dyrektywą Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. (Dz.U. L 209, s. 1, zwanej dalej „dyrektywą w sprawie odwołań”).

Ramy prawne

Uregulowania wspólnotowe

2. Artykuł 1 dyrektywy w sprawie odwołań brzmi następująco:

„1. Państwa członkowskie podejmują środki niezbędne do zapewnienia, aby decyzje podejmowane przez instytucje zamawiające odnośnie do procedur udzielania zamówień publicznych objętych zakresem dyrektyw 71/305/EWG, 77/62/WE i 92/50/EWG mogły [...] skutecznie i przede wszystkim możliwie szybko, zgodnie z warunkami określonymi w poniższych artykułach, w szczególności art. 2 ust. 7, podlegać odwołaniu na podstawie tego, że takie decyzje naruszyły prawo wspólnotowe w dziedzinie zamówień publicznych albo krajowe przepisy, wykonujące to prawo.

[...]

3. Państwa członkowskie zapewniają, że procedury odwoławcze, zgodnie ze szczegółowymi przepisami, które państwa członkowskie mogą wprowadzić, dostępne są, co najmniej każdemu podmiotowi, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia publicznego na dostawy lub roboty budowlane, w przypadku gdy taki podmiot doznał uszczerbku lub zagraża mu doznanie uszczerbku w wyniku domniemanego [zarzucanego] naruszenia przepisów. W szczególności państwa członkowskie mogą wymagać od podmiotu, który zamierza skorzystać ze środków odwoławczych, uprzedniego powiadomienia instytucji zamawiających o domniemanym [zarzucanym] naruszeniu przepisów oraz o zamiarze skorzystania ze środków odwoławczych”.

3. Artykuł 2 ust. 1 dyrektywy stanowi:

„Państwa członkowskie zapewnią wprowadzenie do procedur odwoławczych określonych w art. 1 odpowiednich środków obejmujących prawo do:

- a) podjęcia, w możliwie najkrótszym terminie, w drodze zarządzenia tymczasowego, środków tymczasowych w celu naprawy domniemanego [zarzucanego] naruszenia lub zapobieżenia dalszym szkodom wobec podmiotów, których to dotyczy, w tym zawieszenia lub doprowadzenia do zawieszenia procedury udzielania zamówienia publicznego lub wykonania decyzji podjętych przez instytucję zamawiającą;
- b) uchylenia lub doprowadzenia do uchylenia bezprawnych decyzji, w tym usunięcia dyskryminujących specyfikacji technicznych, ekonomicznych lub finansowych zawartych w zaproszeniu do składania ofert, dokumentacji zamówienia lub we wszelkich innych dokumentach związanych z procedurą udzielania zamówienia;
- c) przyznania odszkodowania podmiotom, które doznały uszczerbku w wyniku naruszenia”.

4. Artykuł 2 ust. 6 dyrektywy w sprawie odwołań stanowi:

„Stosowanie uprawnień, określonych w ust. 1, do umowy podpisanej wskutek udzielenia zamówienia, określają przepisy krajowe.

Ponadto państwo członkowskie może uznać, z wyjątkiem sytuacji, gdy decyzja musi zostać uchylona przed przyznaniem odszkodowania, że po podpisaniu umowy wskutek udzielenia zamówienia uprawnienia organów odwoławczych są ograniczone do przyznania odszkodowań podmiotom, które doznały uszczerbku w wyniku naruszenia przepisów”.

Uregulowania krajowe

Ustawa o zamówieniach publicznych

5. Artykuł 41 ust. 1 ustawy o zamówieniach publicznych (ley de Contratos de las Administraciones públicas), zatwierdzonej królewskim dekretem z mocą ustawy 2/2000 (Real Decreto Legislativo 2/2000) z dnia 16 czerwca 2000 r. (BOE nr 148 z dnia

21 czerwca 2000 r., s. 21775), zmienionej przez ustawę 62/2003 o instrumentach podatkowych, administracyjnych i z zakresu spraw społecznych (ley 62/2003, de medidas fiscales, administrativas y del orden social) z dnia 30 grudnia 2003 r. (BOE nr 313 z dnia 31 grudnia 2003 r., s. 46874, zwanej dalej „ustawą o zamówieniach publicznych”) stanowi, że wygrywający przetarg musi przedstawić dowód ustanowienia ostatecznej gwarancji w terminie piętnastu dni od chwili powiadomienia go o udzieleniu zamówienia.

6. Artykuł 53 ustawy o zamówieniach publicznych stanowi:

„Umowy zyskują wiążącą moc prawną poprzez udzielenie zamówienia dokonane przez odpowiednią instytucję zamawiającą, bez względu na zastosowaną procedurę przetargową lub sposób udzielenia zamówienia”.

7. Artykuł 54 tej ustawy stanowi:

„1. Umowy finalizuje się w formie dokumentu administracyjnego w terminie trzydziestu dni od dnia następującego po dniu powiadomienia o udzieleniu zamówienia [...].

2. Poza wyjątkami przewidzianymi w niniejszej ustawie warunkiem niezbędnym do sfinalizowania umowy jest przedstawienie przez przedsiębiorcę określonych w niniejszej ustawie gwarancji w celu ochrony interesu publicznego.

3. Jeżeli z przyczyn leżących po stronie wykonawcy nie można sfinalizować umowy w wyznaczonym terminie, instytucja zamawiająca może od niej odstąpić, z zastrzeżeniem wysłuchania zainteresowanego oraz, jeżeli wykonawca wnieśnie odwołanie, uzyskania sprawozdania Consejo de Estado [rady stanu] lub odpowiadającego jej organu opiniodawczego danej Comunidad Autónoma [regionu autonomicznego]. W tym przypadku należy zatrzymać tymczasową gwarancję i uzyskać odszkodowanie za wyrządzone szkody.

Jeżeli przyczyny braku sfinalizowania leżą po stronie instytucji zamawiającej, poza możliwością wystąpienia o unieważnienie umowy na podstawie art. 111 lit. d), wykonawcy przysługuje odszkodowanie za szkody z tytułu opóźnienia.

4. Umowa nie może być realizowana, jeżeli nie została wcześniej sfinalizowana, poza wyjątkami określonymi w art. 71 i 72”.

8. W myśl art. 60a ustawy o zamówieniach publicznych podmioty zainteresowane wzięciem udziału w przetargu, a w każdym razie oferenci, mogą wystąpić z wnioskiem o zastosowanie środków tymczasowych w celu położenia kresu naruszeniu mających zastosowanie przepisów lub zapobieżenia dalszym szkodom, w szczególności zaś o zastosowanie środków pozwalających na zawieszenie postępowania przetargowego.

9. Artykuł 65 ust. 1 ustawy o zamówieniach publicznych stanowi, że administracyjne stwierdzenie nieważności czynności proceduralnych dotyczących umowy lub udzielenia zamówienia, jeżeli decyzja ta jest ostateczna, powoduje w każdym przypadku nieważność samej umowy, która przechodzi wówczas w stan likwidacji.

10. W myśl art. 65 ust. 3, jeżeli administracyjne stwierdzenie nieważności umowy powoduje poważne zakłócenia w odniesieniu do świadczenia usług publicznych, można utrzymać w mocy skutki tej umowy, na tych samych warunkach, do czasu przyjęcia pilnych środków w celu uniknięcia szkód.

11. Z art. 93 ust. 1 ustawy o zamówieniach publicznych wynika, że po udzieleniu zamówienia przez instytucję zamawiającą, bez względu na zastosowaną procedurę przetargową, o udzieleniu zamówienia powiadamia się uczestników przetargu, a po sfinalizowaniu umowy powiadamia się o nim organ odpowiedzialny za prowadzenie publicznego rejestru zamówień publicznych, o którym mowa w art. 118 tej ustawy, do celów określonych w art. 58 tejże ustawy.

12. Zgodnie z art. 93 ust. 5 instytucja zamawiająca informuje każdego z kandydatów lub oferentów, na ich wniosek, w terminie piętnastu dni od chwili jego otrzymania, o powodach odrzucenia ich kandydatury lub oferty oraz o cechach oferty wygrywającego przetarg, które zdecydowały o udzieleniu zamówienia właśnie jemu.
13. Artykuł 83 ust. 4 rozporządzenia wykonawczego do ustawy o zamówieniach publicznych (Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas), zatwierdzonego dekretem królewskim 1098/2001 (Real Decreto 1098/2001) z dnia 12 października 2001 r. (BOE nr 257 z dnia 26 października 2001 r., s. 39252), stanowi, że dokonuje się powiadomienia o wyniku oceny złożonych ofert, wraz z podaniem, które z ofert zostały dopuszczone, a które odrzucone, oraz przyczyn niedopuszczenia tych ostatnich.

Ustawa 30/1992

14. Artykuł 58 ustawy 30/1992 o systemie prawnym administracji publicznej i powszechnym postępowaniu administracyjnym (ley 30/1992, de Regimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común) z dnia 26 listopada 1992 r. (BOE nr 285 z dnia 27 listopada 1992 r., s. 40300) w brzmieniu nadanym przez ustawę 4/1999 z dnia 13 stycznia 1999 r. (zwanej dalej „ustawą o powszechnym postępowaniu administracyjnym”) stanowi:
 - „1. Zainteresowanym doręcza się decyzje i akty administracyjne mające wpływ na ich prawa i interesy, w sposób określony w następnym artykule.
 2. Wszelkich doręczeń dokonuje się w terminie dziesięciu dni od dnia wydania aktu. Doręczenie musi obejmować pełną treść decyzji, wraz ze wskazaniem, czy jest ona ostateczna w administracyjnym toku instancji, przysługujących środków zaskarżenia, organu, do którego należy wnieść odwołanie, oraz terminu do jego złożenia, z zastrzeżeniem możliwości wystąpienia przez zainteresowanych w odpowiednim przypadku z jakimkolwiek innym środkiem odwoławczym, który uznają za właściwy”.
15. W myśl art. 107 ust. 1 tej ustawy przedmiot odwołania mogą stanowić decyzje i czynności proceduralne, które bezpośrednio lub pośrednio zawierają rozstrzygnięcie w sprawie, sprawiają, że dalsze prowadzenie postępowania lub obrona nie są możliwe lub powodują nieodwracalne naruszenie praw lub uzasadnionych interesów.
16. Artykuł 111 tej ustawy określa środki tymczasowe, o których zastosowanie można wystąpić w ramach odwołań administracyjnych, wśród których znajduje się w szczególności zawieszenie wykonania aktów, od których wnosi się odwołanie.

Okoliczności powstania sporu i postępowanie poprzedzające wniesienie skargi

17. Pismem z dnia 30 listopada 2001 r. Komisja zwróciła się do Królestwa Hiszpanii o przekazanie jej uwag na temat zgodności ustawy o zamówieniach publicznych z dyrektywą w sprawie odwołań w świetle skutków wyroku wydanego przez Trybunał w dniu 28 października 1999 r. w sprawie C-81/98 Alcatel Austria i in., Rec. s. I-7671.
18. Nie uznawszy udzielonych przez Królestwo Hiszpanii w piśmie z dnia 27 lutego 2002 r. odpowiedzi za zadowalające, Komisja skierowała do niego pismem z dnia 16 października 2002 r. wezwanie do usunięcia uchybienia. Po przeanalizowaniu uwag przedstawionych w odpowiedzi na wezwanie do usunięcia uchybienia Komisja wystąpiła w dniu 7 lipca 2004 r. z uzasadnioną opinią, wzywając rzeszone państwo członkowskie do podjęcia działań niezbędnych do zastosowania się do tej opinii w terminie dwóch miesięcy od chwili jej doręczenia.
19. Stwierdziwszy brak zmian w spornych przepisach po upływie tego terminu, Komisja postanowiła wnieść skargę w niniejszej sprawie.

W przedmiocie skargi

20. Komisja utrzymuje, że hiszpańskie przepisy prawne naruszają art. 2 ust. 1 lit. a) i b) dyrektywy w sprawie odwołań i przedstawia trzy zarzuty, z których dwa pierwsze należy rozpatrywać razem.

W przedmiocie zarzutów pierwszego i drugiego

21. W tych zarzutach Komisja podnosi, że omawiane ustawodawstwo krajowe nie jest zgodne z dyrektywą w sprawie odwołań, ponieważ łączne stosowanie niektórych zawartych w nim przepisów pozbawiałoby odrzuconych oferentów możliwości skutecznego skorzystania ze środków odwoławczych od decyzji o udzieleniu zamówienia, przed samym zawarciem stanowiącej jego następstwo umowy.

Argumentacja stron

22. Zdaniem Komisji zarzucane uchybienie powstaje bez względu na zakres pojęcia sfinalizowania umowy, występującego w hiszpańskich przepisach, a zatem zarówno jeśli uznać, że wspomniane sfinalizowanie jest równoznaczne z samym zawarciem umowy, jak i wówczas, gdy uznamy, że stanowi ono jedynie formalność natury administracyjnej, gdyż wspomniane zawarcie umowy ma miejsce równocześnie z udzieleniem zamówienia.
23. W pierwszej z wymienionych sytuacji, w której sfinalizowanie umowy, a zatem, zdaniem Komisji, chwila, gdy umowa spełnia wszelkie przesłanki prawne i można rozpocząć jej wykonanie, odpowiada zawarciu tej umowy w rozumieniu dyrektywy w sprawie odwołań, Komisja podnosi, że nałożone przez tę dyrektywę obowiązki nie są spełnione, ponieważ nie gwarantuje się oferentom, którzy nie zostali wybrani, możliwości zakwestionowania niezgodnej z prawem decyzji o udzieleniu zamówienia przed sfinalizowaniem stanowiącej jego następstwo umowy.
24. Zdaniem Komisji wobec braku obowiązku powiadomienia o decyzji w sprawie udzielenia zamówienia równocześnie wszystkich zainteresowanych podmiotów oraz braku okresu oczekiwania, w trakcie którego nie można sfinalizować umowy, przez co uniemożliwia się odrzuconym oferentom dysponowanie rozsądnym terminem do skutecznego skorzystania ze środków odwoławczych przed zawarciem umowy, hiszpańskie przepisy prawne nie spełniają wymogów dyrektywy w sprawie odwołań.
25. W drugim przypadku, gdy zawarcie umowy ma miejsce równocześnie z udzieleniem zamówienia, a zatem sfinalizowanie jest jedynie zwykłą formalnością natury administracyjnej, Komisja uważa, że problem prawny, wskazany w analizie dotyczącej pierwszego przypadku, w rzeczywistości staje się jeszcze bardziej poważny, ponieważ brak jest decyzji w sprawie udzielenia danego zamówienia, od której przysługiwałyby środki odwoławcze niezależnie od decyzji w sprawie zawarcia umowy w przedmiocie tego zamówienia.
26. Ponieważ nie przysługuje środek odwoławczy na decyzję w sprawie udzielenia zamówienia na etapie poprzedzającym zawarcie umowy, kiedy ewentualne naruszenie właściwego prawa wciąż mogłoby zostać naprawione, a korzystający ze środków odwoławczych oferent wciąż mógłby ubiegać się o to, by go wybrano, przepisy hiszpańskie nie umożliwiają zapewnienia pełnej ochrony prawnej przed zawarciem umowy, wbrew wymogom art. 2 ust. 1 dyrektywy w sprawie odwołań.
27. Na wstępie Królestwo Hiszpanii wyjaśnia zakres przypisywany odpowiednio udzieleniu zamówienia i stanowiącemu jego następstwu sfinalizowaniu umowy.
28. Rzeczne państwo członkowskie wskazuje, że decyzja w sprawie udzielenia zamówienia sama przez się powoduje zawarcie umowy dotyczącej tego zamówienia, którą uważa się za zaistniałą z chwilą wydania decyzji w przedmiocie udzielenia zamówienia. Decyzja ta podlega oficjalnemu obowiązkowi powiadomienia, którego dokonanie jest niezbędne do tego, by umowa wywierała skutki wobec zainteresowanych.

29. Wyjaśnia, że sfinalizowanie umowy, będące zwykłą formalnością natury administracyjnej, ma jedynie drugorzędny charakter w stosunku do decyzji w sprawie udzielenia zamówienia. Sfinalizowanie jest jednak warunkiem niezbędnym do realizacji danego zamówienia.
30. Zdaniem Królestwa Hiszpanii zgodność ustawy o zamówieniach publicznych z dyrektywą w sprawie odwołań należy oceniać w świetle środków odwoławczych, które przysługują po pierwsze przed wydaniem decyzji w sprawie udzielenia zamówienia, a po drugie, od samej decyzji w tej sprawie. To zresztą wynika z ww. wyroku w sprawie Alcatel Austria i in., w którym rozgraniczono etap poprzedzający zawarcie umowy, to jest etap poprzedzający udzielenie zamówienia, do którego ma zastosowanie art. 2 ust. 1 tej dyrektywy, i etap następujący po zawarciu umowy, czyli etap następujący po decyzji w sprawie udzielenia zamówienia, do którego ma zastosowanie art. 2 ust. 6 akapit drugi tej dyrektywy.
31. Zaś prawo hiszpańskie jest zgodne z tym podziałem. Po pierwsze, jeśli chodzi bowiem o działania poprzedzające udzielenie zamówienia, Królestwo Hiszpanii tłumaczy, że niektóre środki odwoławcze są dopuszczalne. Po drugie, jeśli chodzi o samo udzielenie zamówienia, wskazuje, że powiadomienie o decyzji administracyjnej, z której ono wynika, doręczane jest wszystkim uczestnikom przetargu w terminie dziesięciu dni od jej wydania, i że od tej decyzji, podobnie jak od każdego aktu administracyjnego, można się odwołać zgodnie z ustawą o powszechnym postępowaniu administracyjnym. Ponadto rzezione państwo członkowskie dodaje, że jako środek tymczasowy można orzec zawieszenie wykonania zaskarżonego aktu.
32. Wreszcie Królestwo Hiszpanii podnosi, że wydanie ostatecznej decyzji, a więc zawarcie umowy, nie pociąga za sobą niemożności wniesienia skargi o stwierdzenie nieważności samej tej decyzji.

Ocena Trybunału

33. Na wstępie należy wskazać, że niniejsza skarga podlegać będzie rozpoznaniu z uwzględnieniem wyjaśnień co do prawa udzielonych przez Królestwo Hiszpanii i niezakwestionowanych przez Komisję. Wyjaśnienia te opierają się zasadniczo na wykładni udzielonej przez sądy krajowe w odniesieniu do skutków przypisywanych odpowiednio decyzji w sprawie udzielenia zamówienia oraz sfinalizowaniu umowy, gdyż pojęcia te zostały zaczerpnięte z prawa krajowego.
34. A zatem argumenty Komisji na poparcie zarzutów pierwszego i drugiego należy rozpatrywać względem konstatacji, iż w prawie rzezonego państwa członkowskiego po pierwsze decyzja w sprawie udzielenia zamówienia sama przez się pociąga za sobą nabranie mocy prawnej przez dotyczącą go umowę, a zatem sama decyduje o prawach i obowiązkach stron, a po drugie, sfinalizowanie tej umowy jest formalnością warunkującą wyłącznie wykonanie zamówienia, bez możliwości dokonania zmian w umowie ani wywołania nowych skutków.
35. Z motywów pierwszego i drugiego dyrektywy w sprawie odwołań wynika, że ma ona na celu wzmocnienie istniejących zarówno na szczeblu krajowym, jak i wspólnotowym mechanizmów, aby zapewnić skuteczne stosowanie wspólnotowych dyrektyw z dziedziny zamówień publicznych, w szczególności na etapie, na którym naruszenia można jeszcze naprawić.
36. W tym względzie art. 1 ust. 1 dyrektywy w sprawie odwołań nakazuje państwom członkowskim ustanowienie skutecznych i możliwie szybkich środków odwoławczych od decyzji podejmowanych przez instytucje zamawiające z naruszeniem prawa wspólnotowego w dziedzinie zamówień publicznych albo krajowych przepisów, stanowiących jego transpozycję.

37. Z orzecznictwa Trybunału wynika, że art. 2 ust. 1 lit. a) i b) w związku z art. 2 ust. 6 akapit drugi tej dyrektywy należy rozumieć w ten sposób, że państwa członkowskie mają obowiązek, w odniesieniu do decyzji instytucji zamawiającej poprzedzającej zawarcie umowy, za pomocą której instytucja ta dokonuje wyboru uczestniczącego w przetargu oferenta, z którym zamierza zawrzeć umowę, ustanowienia w każdym razie procedury odwoławczej pozwalającej odwołującemu się podmiotowi na uchylenie tej decyzji, jeżeli spełnione zostaną ku temu warunki, bez względu na możliwość uzyskania odszkodowania, gdy umowa zostanie już zawarta (zob. ww. wyrok w sprawie Alcatel Austria i in., pkt 43).
38. Ponadto pełna ochrona prawna, którą w ten sposób należy zapewnić przed zawarciem umowy, zgodnie z art. 2 ust. 1 dyrektywy w sprawie odwołań, wiąże się w szczególności z obowiązkiem powiadamiania oferentów o decyzji w sprawie udzielenia zamówienia, zanim umowa zostanie zawarta, tak aby mieli oni realną możliwość skorzystania ze środków odwoławczych.
39. Ochrona ta wymaga również umożliwienia odrzuconemu oferentowi zbadania zawczasu ważności decyzji w sprawie udzielenia zamówienia. Z uwagi na wymogi skuteczności dyrektywy w sprawie odwołań wynika z tego, że między chwilą powiadomienia odrzuconych oferentów o decyzji w sprawie udzielenia zamówienia a zawarciem umowy powinien upłynąć rozsądny okres czasu, tak aby mieli oni możliwość wystąpienia w szczególności o zastosowanie środków tymczasowych do czasu zawarcia tej umowy.
40. W niniejszym przypadku należy zauważyć po pierwsze, że nie kwestionuje się tego, że przepisy hiszpańskie dopuszczają środki odwoławcze od decyzji instytucji zamawiających poprzedzających udzielenie zamówienia publicznego. Ponadto zgodnie z przepisami art. 107 ust. 1 ustawy o powszechnym postępowaniu administracyjnym zainteresowani mają możliwość zaskarżenia czynności proceduralnych, jeżeli bezpośrednio lub pośrednio zawierają one rozstrzygnięcie w sprawie, sprawiają, że dalsze prowadzenie postępowania lub obrona nie są możliwe lub powodują nieodwracalne naruszenie praw lub uzasadnionych interesów. W ramach takich skarg mogą zostać zastosowane środki tymczasowe, w szczególności zaś zawieszenie wykonania zaskarżonych aktów.
41. Po drugie, decyzja o udzieleniu zamówienia doręczana jest wszystkim oferentom zgodnie z przepisami art. 58 ust. 1 i 2 ustawy o powszechnym postępowaniu administracyjnym i art. 93 ust. 1 ustawy o zamówieniach publicznych. Doręczenia tego dokonuje się zgodnie z powszechnymi zasadami obowiązującymi w stosunku do aktów administracyjnych, a więc w terminie dziesięciu dni od wydania decyzji w sprawie udzielenia zamówienia, z podaniem przysługujących dróg odwołania.
42. Niemniej z względu na to, że decyzja o udzieleniu zamówienia pociąga za sobą z mocy prawa zawarcie umowy, nie można konkretnie zaskarżyć decyzji instytucji zamawiającej, za pomocą której dokonuje ona wyboru wygrywającego oferenta, zanim umowa nie zostanie zawarta.
43. Po trzecie, należy podkreślić, że sfinalizowanie umowy może zbiegać się z udzieleniem danego zamówienia lub następować zaraz po nim. Jak bowiem przyznaje zresztą Królestwo Hiszpanii, do sfinalizowania nie ma zastosowania żaden minimalny okres oczekiwania i może ono nastąpić z chwilą przedłożenia przez wygrywającego dowodu ustanowienia ostatecznej gwarancji, a przepisy wymagają jedynie, by została ona ustanowiona najpóźniej w terminie piętnastu dni od chwili powiadomienia o udzieleniu zamówienia. Zatem realizacja umowy może rozpocząć się, zanim dojdą do skutku wszystkie wymagane doręczenia powiadomienia o udzieleniu zamówienia.

44. Wynika z tego, że w niektórych przypadkach nie jest możliwe jakiegokolwiek skuteczne skorzystanie ze środków odwoławczych od decyzji w sprawie udzielenia zamówienia przed samym wykonaniem umowy, podczas gdy celem dyrektywy w sprawie odwołań jest zagwarantowanie, że sprzeczne z prawem decyzje instytucji zamawiających będą mogły być przedmiotem skutecznych i tak szybkich jak to możliwe postępowań odwoławczych (zob. podobnie wyrok z dnia 12 grudnia 2002 r. w sprawie C-470/99 *Universale-Bau i in.*, Rec. s. I-11617, pkt 74).
45. Po czwarte, dysponowanie możliwością wniesienia skargi o unieważnienie samej umowy nie może zrównoważyć braku możliwości wystąpienia przeciwko samej decyzji w sprawie udzielenia danego zamówienia, przed zawarciem umowy.
46. W związku z tym sporne przepisy nie pozwalają wszystkim odrzuconym oferentom na skorzystanie zgodnie z wymogami dyrektywy w sprawie odwołań ze środków odwoławczych od decyzji w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, zanim zostanie zawarta w jego następstwie umowa.
47. Dwa pierwsze zarzuty są więc zasadne.

W przedmiocie zarzutu trzeciego

Argumentacja stron

48. Zdaniem Komisji naruszenie dyrektywy w sprawie odwołań wynika z wyjątku, mającego chronić usługi publiczne, zawartego w art. 65 ust. 3 ustawy o zamówieniach publicznych, w myśl którego, jeżeli administracyjne stwierdzenie nieważności umowy powoduje poważne zakłócenia w odniesieniu do świadczenia usług publicznych, można utrzymać w mocy skutki tej umowy, na tych samych warunkach, do czasu przyjęcia pilnych środków w celu uniknięcia szkód.
49. Komisja uważa, że przepisy te nadają instytucji zamawiającej zbyt szeroki zakres władzy uznaniowej w odniesieniu do wykonania decyzji administracyjnej uchylającej decyzję w sprawie udzielenia zamówienia, a przez to stanowiącą jej następstwo umowę.
50. Komisja uważa również, że sporny przepis może w niebagatelnej liczbie przypadków pozbawić skuteczności środki odwoławcze odrzuconych oferentów, za pomocą których doprowadzono do uchylecia niezgodnych z prawem decyzji instytucji zamawiających, co jest niezgodne z obowiązkiem państw członkowskich, by zapewniły, aby procedury odwoławcze ustanowione na podstawie art. 1 dyrektywy w sprawie odwołań umożliwiały uchylene lub doprowadzenie do uchylecia bezprawnych decyzji tych instytucji. Skuteczność tej dyrektywy jest w ten sposób zagrożona, ponieważ pozbawia się jakiegokolwiek skuteczności nieważność lub uchylene tych decyzji.
51. Królestwo Hiszpanii ze swej strony podnosi, że zakwestionowane przepisy mają jedynie na celu kontynuowanie na zasadzie wyjątku realizacji umów, których nieważność stwierdzono, ze względów interesu publicznego, a przy tym pod kontrolą sądu.
52. Zdaniem tego państwa członkowskiego Komisja nie wykazała, żeby dalsza realizacja unieważnionych w ten sposób umów była typową sytuacją w ramach stosowania spornych przepisów.

Ocena Trybunału

53. W niniejszym przypadku bezsporny jest fakt, że takie utrzymanie w mocy skutków umowy, której nieważność stwierdzono za pomocą decyzji administracyjnej, jakie przewidują kwestionowane przepisy krajowe, może mieć miejsce jedynie w przypadku poważnego zakłócenia w zakresie świadczenia usług publicznych.

54. Zatem, jak wynika z brzmienia art. 65 ust. 3 ustawy o zamówieniach publicznych, powinno ono mieć miejsce jedynie na zasadzie wyjątku, a w dodatku jedynie w oczekiwaniu na podjęcie pilnych działań. Ponadto ma ono zastosowanie, jak wskazuje Królestwo Hiszpanii, a Komisja temu nie zaprzecza, pod kontrolą sądu.
55. Widoczne jest więc, że celem tego przepisu nie jest stawianie przeszkód w wykonaniu stwierdzenia nieważności określonej umowy, lecz uniknięcie, gdy chodzi o interes ogólny, nadmiernych i być może szkodliwych konsekwencji niezwłocznego wprowadzenia w życie tego stwierdzenia nieważności, w oczekiwaniu na podjęcie pilnych działań, w celu zapewnienia ciągłości usług publicznych.
56. W tych okolicznościach Komisja nie wykazała, że zakwestionowane przepisy naruszają wymogi dyrektywy w sprawie odwołań.
57. W związku z tym zarzut trzeci należy odrzucić jako bezzasadny.
58. W związku z powyższym należy stwierdzić, że nie ustanawiając terminu, w którym instytucja zamawiająca ma obowiązek powiadomić o decyzji w sprawie udzielenia zamówienia wszystkim oferentów, i nie ustanawiając obowiązkowego okresu oczekiwania między udzieleniem zamówienia a zawarciem umowy Królestwo Hiszpanii uchybiło zobowiązaniom, które na nim ciążyą na mocy art. 2 ust. 1 lit. a) i b) dyrektywy w sprawie odwołań.

W przedmiocie kosztów

59. Zgodnie z art. 69 § 2 regulaminu kosztami zostaje obciążona, na żądanie strony przeciwnej, strona przegrywająca sprawę. Jednakże na podstawie art. 69 § 3 regulaminu w razie częściowego tylko uwzględnienia żądań oraz w przypadkach szczególnych Trybunał może postanowić, że koszty zostaną podzielone albo że każda ze stron pokryje swoje własne koszty.
60. W niniejszym sporze należy mieć na uwadze, że skarga nie została uwzględniona w odniesieniu do całości uchybienia w określonym przez Komisję kształcie.
61. Należy zatem obciążyć Królestwo Hiszpanii dwiema trzecimi całości kosztów. Komisja zostaje obciążona pozostałą jedną trzecią kosztów.

Z powyższych względów Trybunał (druga izba) orzeka, co następuje:

- 1) **Nie ustanawiając terminu, w którym instytucja zamawiająca ma obowiązek powiadomić o decyzji w sprawie udzielenia zamówienia wszystkim oferentów, i nie ustanawiając obowiązkowego okresu oczekiwania między udzieleniem zamówienia a zawarciem umowy Królestwo Hiszpanii uchybiło zobowiązaniom, które na nim ciążyą na mocy art. 2 ust. 1 lit. a) i b) 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, zmienionej przez dyrektywę Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r.**
- 2) **W pozostałym zakresie skarga zostaje oddalona.**
- 3) **Królestwo Hiszpanii zostaje obciążone dwiema trzecimi całości kosztów. Komisja Wspólnot Europejskich zostaje obciążona pozostałą jedną trzecią kosztów.**

Podpisy

* Język postępowania: hiszpański.

Orzeczenie z dnia 8 kwietnia 2008 r. w sprawie C-337/05
Komisja przeciwko Włochom

WYROK TRYBUNAŁU (wielka izba)
z dnia 8 kwietnia 2008 r.(*)

Uchybienie zobowiązaniom państwa członkowskiego – Zamówienia publiczne na dostawy – Dyrektywy 77/62/EWG i 93/36/EWG – Udzielanie zamówień publicznych bez uprzedniej publikacji ogłoszenia – Brak zastosowania postępowania przetargowego – Helikoptery „Agusta” i „Agusta Bell”

W sprawie C-337/05

mającej za przedmiot skargę o stwierdzenie, na podstawie art. 226 WE, uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego, wniesioną w dniu 15 września 2005 r.,

Komisja Wspólnot Europejskich, reprezentowana przez D. Recchię oraz X. Lewisa, działających w charakterze pełnomocników, z adresem do doręczeń w Luksemburgu,

strona skarżąca,

przeciwko

Republice Włoskiej, reprezentowanej przez I.M. Braguglię, działającego w charakterze pełnomocnika, wspieranego przez G. Fienga, avvocato dello Stato, z adresem do doręczeń w Luksemburgu,

strona pozwana,

TRYBUNAŁ (wielka izba),

w składzie: V. Skouris, prezes, P. Jann, A. Rosas, K. Lenaerts i G. Arestis, prezesi izb, K. Schieman, J. Makarczyk (sprawozdawca), P. Kūris, E. Juhász, E. Levits i A. Ó Caoimh, sędziowie,

rzecznik generalny: J. Mazák,

sekretarz: M. Ferreira, główny administrator,

uwzględniając procedurę pisemną i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 17 kwietnia 2007 r.,

po zapoznaniu się z opinią rzecznika generalnego na posiedzeniu w dniu 10 lipca 2007 r.,
wydaje następujący

Wyrok

1. W swej skardze Komisja Wspólnot Europejskich wnosi do Trybunału o stwierdzenie, że przyjmując praktykę, istniejącą od dawna i nadal stosowaną, polegającą na udzielaniu spółce Agusta SpA (zwanej dalej „Agustą”) z wolnej ręki zamówień na dostawę helikopterów „Agusta” i „Agusta Bell” zgodnie z zapotrzebowaniem szeregu wojskowych i cywilnych służb państwa włoskiego bez zastosowania jakiegokolwiek postępowania przetargowego, w szczególności nie przestrzegając procedur przewidzianych w dyrektywie Rady 93/36/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy (Dz.U. L 199, s. 1),

zmienionej dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 97/52/WE z dnia 13 października 1997 r. (Dz.U. L 328, s. 1, zwanej dalej „dyrektywą 93/36”), oraz wcześniej w dyrektywie Rady 77/62/EWG z dnia 21 grudnia 1976 r. koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy (Dz.U. 1977, L 13, s. 1), zmienionej i uzupełnionej dyrektywą Rady 80/767/EWG z dnia 22 lipca 1980 r. (Dz.U. L 215, s. 1) i dyrektywą Rady 88/295/EWG z dnia 22 marca 1988 r. (Dz.U. L 127, s. 1, zwanej dalej „dyrektywą 77/62”), Republika Włoska uchybiła zobowiązaniom ciążącym na niej na mocy tych dyrektyw.

Ramy prawne

2. Komisja żąda w skardze stwierdzenia uchybienia zobowiązaniom wynikającym z dyrektywy 93/36, a w zakresie dotyczącym okresu sprzed wejścia w życie tej dyrektywy – wynikającym z dyrektywy 77/62. Ze względu na podobieństwo przepisów tych dyrektyw i w trosce o jasność rozważań należy odnieść się wyłącznie do dyrektywy 93/36.

3. Zgodnie z motywem dwunastym dyrektywy 93/36:

„[...] procedura negocjacyjna powinna być uznawana za wyjątkową, zatem stosowaną jedynie w ograniczonych przypadkach”.

4. Artykuł 1 dyrektywy 93/36 stanowi, że dla celów tej dyrektywy:

„a) »zamówieniami publicznymi na dostawy« są umowy o charakterze odpłatnym, zawierane na piśmie między dostawcą (osobą fizyczną lub prawną) a jedną z instytucji zamawiających, określonych w lit. b) poniżej, których przedmiotem jest kupno, leasing, dzierżawa, najem lub kupno na raty, z opcją lub bez opcji zakupu towarów. Dostawa tych produktów może ponadto obejmować czynności montażu i instalacji;

b) »instytucjami zamawiającymi« są państwo, jednostki samorządu terytorialnego, podmioty prawa publicznego lub związki zawarte przez co najmniej jedną taką jednostkę lub podmiot prawa publicznego.

[...]

d) »procedurami otwartymi« są te krajowe procedury, w ramach których każdy zainteresowany dostawca może złożyć ofertę;

e) »procedurami ograniczonymi« są te krajowe procedury, w ramach których oferty mogą składać tylko dostawcy zaproszeni przez instytucje zamawiające;

f) »procedurami negocjacyjnymi« są te krajowe procedury, w ramach których instytucje zamawiające zwracają się według swojego wyboru do dostawców i negocjują warunki zamówienia z jednym lub kilkoma z nich”.

5. Zgodnie z art. 2 ust. 1 lit. b) wskazana dyrektywa nie ma zastosowania do:

„zamówień na dostawy, które są określone jako objęte tajemnicą lub których realizacji muszą towarzyszyć szczególne środki bezpieczeństwa zgodnie z przepisami ustawowymi, wykonawczymi i administracyjnymi obowiązującymi w zainteresowanym państwie członkowskim, albo gdy wymaga tego ochrona podstawowych interesów bezpieczeństwa tego państwa członkowskiego”.

6. Artykuł 3 tej dyrektywy stanowi:

„Bez uszczerbku dla art. 2, 4 oraz art. 5 ust. 1 niniejsza dyrektywa ma zastosowanie do wszystkich produktów, których dotyczy art. 1 lit. a), włącznie z tymi, objętymi zamówieniami udzielanymi przez instytucje zamawiające w dziedzinie obronności, z wyjątkiem produktów, do których stosuje się art. [296] ust. 1 lit. b) [WE]”.

7. Artykuł 5 ust. 1 lit. a) dyrektywy 93/36 ma następujące brzmienie:
- „a) Tytuły II, III i IV oraz art. 6 i 7 mają zastosowanie do zamówień publicznych na dostawy, udzielanych przez:
 - i) instytucje zamawiające, określone w art. 1 lit. b), włączając w to zamówienia udzielane przez instytucje zamawiające wymienione w załączniku I w dziedzinie obronności, o ile dotyczy to produktów nieobjętych załącznikiem II, w przypadku gdy wartość szacunkowa bez podatku VAT wynosi nie mniej niż równowartość w [EUR] 200 000 specjalnych praw ciągnięcia (SDR);
 - ii) instytucje zamawiające wymienione w załączniku I i których wartość szacunkowa bez podatku VAT wynosi nie mniej niż równowartość w [EUR] 130 000 SDR; w przypadku instytucji zamawiających w dziedzinie obronności, wspomniana zasada ma zastosowanie tylko do zamówień odnośnie do produktów objętych załącznikiem II”.
8. Artykuł 6 ust. 1–3 dyrektywy, o której mowa, stanowi:
- „1. Przy udzielaniu zamówień publicznych na dostawy instytucje zamawiające stosują procedury określone w art. 1 lit. d), e) oraz f), w przypadkach wskazanych poniżej.
 - 2. Instytucje zamawiające mogą udzielać zamówień na dostawy w procedurze negocjacyjnej, jeżeli w toku realizacji procedury otwartej lub ograniczonej wpłynęły nieprawidłowe oferty albo wpłynęły oferty, które nie mogą być przyjęte na mocy przepisów krajowych, zgodnych z przepisami zawartymi w tytule IV, o ile początkowe warunki zamówienia nie zostały istotnie zmienione. Instytucje zamawiające publikują w takich wypadkach ogłoszenie o zamówieniu, chyba że włączając do tej procedury negocjacyjnej wszystkie przedsiębiorstwa, spełniające kryteria art. 20–24, które w toku uprzedniej procedury otwartej lub ograniczonej złożyły oferty zgodne z formalnymi wymogami procedury przetargowej.
 - 3. Instytucje zamawiające mogą udzielać zamówień publicznych na dostawy w procedurze negocjacyjnej, bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o przetargu, w następujących przypadkach:
 - [...]
 - c) jeżeli z przyczyn technicznych, artystycznych, lub z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, produkty będące przedmiotem dostawy mogą być wytworzone lub dostarczone jedynie przez określonego dostawcę;
 - [...]
 - e) w przypadku dodatkowych dostaw dokonywanych przez pierwotnego dostawcę, których celem jest częściowe zastąpienie dostaw lub instalacji bieżącego użytku, rozszerzenie istniejących dostaw lub instalacji, w przypadku gdy zmiana dostawcy zobowiązywałaby instytucję zamawiającą do nabywania materiałów o innych właściwościach technicznych, co powodowałoby niekompatybilność lub nieproporcjonalnie duże trudności techniczne w użytkowaniu i utrzymaniu. Okres realizacji takich zamówień, a także zamówień odnawialnych nie może zasadniczo przekraczać trzech lat”.
9. Artykuł 33 dyrektywy 93/36 ma następujące brzmienie:
- „Dyrektywa 77/62/EWG [...] traci moc, bez uszczerbku dla zobowiązań państw członkowskich dotyczących terminów transpozycji do prawa krajowego oraz stosowania, wskazanych w załączniku V.
- Odniesienia do uchylonych dyrektyw interpretowane są jako odniesienie do niniejszej dyrektywy oraz powinny być odczytywane zgodnie z tabelą korelacji wymienioną w załączniku VI”.

Postępowanie poprzedzające wniesienie skargi

10. Ponieważ Komisja nie uzyskała żadnych informacji świadczących o zorganizowaniu przetargu na szczeblu wspólnotowym na dostawę helikopterów zgodnie z zapotrzebowaniem szeregu włoskich służb państwowych, uznała ona, że omawiane helikoptery „Agusta” i „Agusta Bell” zostały zakupione z wolnej ręki, bez zastosowania jakiegokolwiek postępowania przetargowego na szczeblu wspólnotowym, z naruszeniem przepisów dyrektyw 77/62 i 93/36. W konsekwencji w dniu 17 października 2003 r. Komisja skierowała do Republiki Włoskiej wezwanie do usunięcia uchybienia, wzywając ją do przedstawienia uwag w terminie 21 dni od doręczenia wezwania.
11. Władze włoskie odpowiedziały na to wezwanie faksem w dniu 9 grudnia 2003 r.
12. Uznając, że władze włoskie nie przedstawiły argumentów wystarczających do obalenia wniosków z uwag sformułowanych w wezwaniu do usunięcia uchybienia, i nie uzyskawszy od tych władz dalszych informacji, Komisja skierowała do Republiki Włoskiej w dniu 5 lutego 2004 r. uzasadnioną opinię, wzywając do zastosowania się do niej w terminie dwóch miesięcy od jej doręczenia.
13. Władze włoskie odpowiedziały na uzasadnioną opinię trzema pismami z dnia 5 kwietnia, 13 i 27 maja 2004 r.
14. Komisja uznała, że Republika Włoch nie przedstawiła zadowalających argumentów w odpowiedzi na uzasadnioną opinię, i stwierdziła, że państwo to nie podjęło żadnych działań w celu położenia kresu zarzucanej praktyce w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy, a w związku z tym wniosła w niniejszej sprawie skargę do Trybunału.

W przedmiocie skargi

W przedmiocie dopuszczalności

Argumentacja stron

15. Republika Włoch podnosi zarzut niedopuszczalności skargi, wskazując, że w ramach postępowania poprzedzającego wniesienie skargi Komisja nie zakwestionowała zamówień na dostawy wojskowe. Przedmiotem tego postępowania były jedynie dostawy cywilne. W związku z tym powstała rozbieżność pomiędzy zarzutami podniesionymi w toku postępowania poprzedzającego wniesienie skargi a zarzutami sformułowanymi w skardze.
16. Republika Włoch podnosi również, że skarga jest niedopuszczalna w zakresie, w którym odnosi się do zamówień na dostawy udzielonych w celu pokrycia zapotrzebowania Corpo forestale dello Stato (państwowej administracji lasów). Naruszona zostałaby bowiem zasada ne bis in idem, ponieważ uchybienie w zakresie tej kategorii zamówień zostało już zbadane i ocenione przez Trybunał w wyroku z dnia 27 października 2005 r. w sprawie C-525/03 Komisja przeciwko Włochom, Zb.Orz. s. I-9405.
17. Ponadto Republika Włoch podnosi w duplice, że ze względu na niejasny i nieprecyzyjny charakter faktów wskazanych przez Komisję, zarówno w wezwaniu do usunięcia uchybienia, jak i w uzasadnionej opinii, skarga nie spełnia ustalonych w orzecznictwie wymogów spójności i jasności, co poważnie narusza prawo do obrony tego państwa członkowskiego.
18. Komisja podnosi w odpowiedzi, że postępowanie poprzedzające wniesienie skargi nie miało nigdy związku z dostawami wojskowymi, dotyczyło ono natomiast dostaw cywilnych mających odpowiadać między innymi zapotrzebowaniu niektórych służb mundurowych państwa włoskiego. Komisja podkreśla również, że postępowanie, które doprowadziło do rozstrzygnięcia w sprawie C-525/03, miało inny przedmiot niż rozpatrywana skarga.

Ocena Trybunału

19. Z utrwalonego orzecznictwa wynika, że postępowanie poprzedzające wniesienie skargi ma na celu umożliwienie zainteresowanemu państwu członkowskiemu, z jednej strony, zastosowania się do zobowiązań, które nakłada na nie prawo wspólnotowe, a z drugiej strony skutecznego przedstawienia argumentów na swoją obronę w stosunku do zarzutów sformułowanych przez Komisję (zob. w szczególności wyroki z dnia 10 maja 2001 r. w sprawie C-152/98 Komisja przeciwko Niderlandom, Rec. s. I-3463, pkt 23; z dnia 15 stycznia 2002 r. w sprawie C-439/99 Komisja przeciwko Włochom, Rec. s. I-305, pkt 10 i z dnia 27 listopada 2003 r. w sprawie C-185/00 Komisja przeciwko Finlandii, Rec. s. I-14189, pkt 79).
20. Prawidłowość tego postępowania stanowi, wynikającą z traktatu WE, istotną gwarancję ochrony praw danego państwa członkowskiego. Jedynie wówczas, gdy gwarancja ta jest zapewniona, kontrydiktoryjne postępowanie umożliwia Trybunałowi dokonanie osądu, czy państwo to w rzeczywistości uchybiło zobowiązaniom, których naruszenie jest zarzucane przez Komisję (zob. wyrok z dnia 5 czerwca 2003 r. w sprawie C-145/01 Komisja przeciwko Włochom, Rec. s. I-5581, pkt 17).
21. W świetle tego właśnie orzecznictwa należy zbadać, czy Komisja zapewniła poszanowanie praw do obrony Republiki Włoskiej w trakcie postępowania poprzedzającego wniesienie skargi.
22. Po pierwsze, co się tyczy zarzucanej rozbieżności pomiędzy zarzutami przedstawionymi w postępowaniu poprzedzającym wniesienie skargi a zarzutami sformułowanymi w postępowaniu przed Trybunałem, wystarczy stwierdzić, że uzasadniona opinia i skarga wszczynająca postępowanie, które są zredagowane w sposób prawie identyczny, opierają się na tych samych zarzutach. W związku z tym argument Republiki Włoskiej, który ma wykazać, że zarzuty podniesione w toku postępowania poprzedzającego wniesienie skargi nie odpowiadają zarzutom sformułowanym w samej skardze, jest bezpodstawny.
23. Po drugie, co się tyczy zarzucanego braku jasności i precyzji w zakresie określenia zarzutów sformułowanych względem Republiki Włoskiej w ramach postępowania poprzedzającego wniesienie skargi, należy przypomnieć, że o ile uzasadniona opinia, o której mowa w art. 226 WE, powinna przedstawiać w sposób spójny i szczegółowy powody, dla których Komisja uznała, że zainteresowane państwo uchybiło jednemu z zobowiązań ciążących na nim na mocy traktatu, o tyle wezwanie do usunięcia uchybienia nie jest poddane tak ścisłym wymogom w zakresie precyzji, jak ma to miejsce w przypadku uzasadnionej opinii, bowiem może ono jedynie formułować krótkie, wstępne streszczenie zarzutów (zob. w szczególności wyroki z dnia 28 marca 1985 r. w sprawie 274/83 Komisja przeciwko Włochom, Rec. s. 1077, pkt 21; z dnia 16 września 1997 r. w sprawie C-279/94 Komisja przeciwko Włochom, Rec. s. I-4743, pkt 15 i z dnia 18 maja 2006 r. w sprawie C-221/04 Komisja przeciwko Hiszpanii, Zb.Orz. s. I-4515, pkt 36).
24. W niniejszej sprawie twierdzenia Komisji sformułowane w postępowaniu poprzedzającym wniesienie skargi były wystarczająco jasne, aby umożliwić Republice Włoskiej przedstawienie argumentów na swą obronę, na co wskazuje przebieg tego etapu postępowania.
25. Po trzecie, co się tyczy zarzucanego naruszenia zasady *ne bis in idem*, należy wskazać, że wskazany powyżej wyrok z dnia 27 października 2005 r. w sprawie Komisja przeciwko Włochom został wydany w sprawie mającej zupełnie inny przedmiot, chodziło bowiem o skargę Komisji dotyczącą zarządzenia prezesa rady ministrów Włoch zezwalającego na stosowanie procedur negocjacyjnych w drodze odstępowania od wspólnotowych dyrektyw w dziedzinie zamówień publicznych na dostawy.

Skarga ta została odrzucona jako niedopuszczalna, ponieważ wskazane zarządzenie przestało wywoływać skutki przed upływem terminu wyznaczonego w uzasadnionej opinii. Przedmiotem niniejszej skargi nie jest w żadnym razie ponowne badanie legalności wskazanego zarządzenia, dotyczy ona natomiast od dawna stosowanej praktyki państwa włoskiego polegającej na udzielaniu z wolnej ręki zamówień na dostawę helikopterów „Agusta” i „Agusta Bell” bez zastosowania jakiegokolwiek postępowania przetargowego na szczeblu wspólnotowym.

26. W związku z tym należy oddalić podniesiony przez Republikę Włoską zarzut niedopuszczalności.

Co do istoty sprawy

Argumentacja stron

27. Na poparcie swej skargi Komisja podniosła, że stwierdziła występowanie ogólnej praktyki polegającej na udzielaniu z wolnej ręki zamówień na dostawę helikopterów „Agusta” i „Agusta Bell” celem pokrycia zapotrzebowania szeregu służb wojskowych i cywilnych państwa włoskiego.

28. Komisja wskazała kilka zamówień udzielonych w latach 2000–2003 na podstawie umów zawartych z Corpo dei Vigili del Fuoco (służbami straży pożarnej), Carabinieri (karabinierami), Corpo forestale dello Stato, la Guardia Costiera (strażą przybrzeżną), Guardia di Finanza (administracją celną), Polizia di Stato (policją krajową) oraz z departamentem obrony cywilnej prezesa rady ministrów. Co się tyczy okresu sprzed roku 2000, władze włoskie przyznały, że kupowały helikoptery „Agusta” i „Agusta Bell” bez zastosowania jakiegokolwiek postępowania przetargowego. Komisja wskazuje wreszcie, że flota helikopterów służb państwa włoskiego składa się wyłącznie ze wskazanych modeli helikopterów, spośród których żaden nie został zakupiony w drodze postępowania przetargowego na szczeblu wspólnotowym.

29. W związku z tym, że zamówienia te spełniają przesłanki określone w dyrektywie 93/36, Komisja uważa, że na podstawie art. 6 tej dyrektywy powinny one być udzielane w ramach procedury otwartej lub ograniczonej, a nie w ramach procedury negocjacyjnej.

30. Republika Włoska podnosi wstępnie, że dostawy dla służb mundurowych państwa włoskiego są objęte art. 296 WE oraz art. 2 ust. 1 lit. b) dyrektywy 93/36. Zdaniem tego państwa członkowskiego, przepisy te mają zastosowanie, ponieważ helikoptery, o których mowa, są „towarami podwójnego zastosowania”, czyli towarami, które mogą być używane zarówno do celów cywilnych, jak i wojskowych.

31. Republika Włoska podnosi ponadto, że ze względu na charakterystyczne cechy techniczne helikopterów oraz dodatkowy charakter omawianych dostaw państwo to mogło korzystać z procedury negocjacyjnej, zgodnie z art. 6 ust. 3 lit. c) i e) dyrektywy 93/36.

32. Państwo to podkreśla w sposób ogólny, że stosowana przez nie praktyka nie różni się od praktyk stosowanych w większości państw członkowskich produkujących helikoptery.

33. Republika Włoska podnosi wreszcie, że do końca lat 90. stosunki państwa włoskiego z Agustą mogły zostać określone jako stosunki „in house” w rozumieniu wyroku z dnia 18 listopada 1999 r. w sprawie C-107/98 Teckal, Rec. s. I-8121.

Ocena Trybunału

34. Na wstępie należy wskazać, iż dla stron jest bezsporne, że wartość omawianych zamówień przekroczyła próg określony w art. 5 ust. 1 lit. a) dyrektywy 93/36, w związku z czym zamówienia te mogą być objęte zakresem stosowania tej dyrektywy.

35. Należy również wskazać, że dokumenty dotyczące umów sprzedaży helikopterów załączone do odpowiedzi na skargę Republiki Włoskiej potwierdzają tezę Komisji, wedle której zakup wskazanych helikopterów w drodze procedury negocjacyjnej stanowi utrwaloną i od dawna stosowaną praktykę.
- W przedmiocie wystąpienia stosunku „in house” pomiędzy państwem włoskim a Agusta
36. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału, w myśl dyrektyw dotyczących udzielania zamówień publicznych nie ma obowiązku ogłaszania przetargu, nawet w przypadku, gdy zleceniobiorca jest podmiotem prawnie odrębnym od instytucji zamawiającej, gdy spełnione zostaną dwa warunki. Po pierwsze, organ administracji publicznej będący instytucją zamawiającą musi sprawować nad tym odrębnym podmiotem kontrolę analogiczną do kontroli sprawowanej nad swoimi własnymi służbami, a po drugie, podmiot ten musi wykonywać swoją działalność w zasadniczej części na rzecz kontrolującej ją jednostki lub jednostek (zob. ww. wyrok w sprawie Teckal, pkt 50; wyroki z dnia 11 stycznia 2005 r. w sprawie C-26/03 Stadt Halle i RPL Lochau, Zb.Orz. s. I-1, pkt 49; z dnia 13 stycznia 2005 r. w sprawie C-84/03 Komisja przeciwko Hiszpanii, Zb.Orz. s. I-139, pkt 38; z dnia 10 listopada 2005 r. w sprawie C-29/04 Komisja przeciwko Austrii, Zb.Orz. s. I-9705, pkt 34; z dnia 11 maja 2006 r. w sprawie C-340/04 Carbotermo i Consorzio Alisei, Zb.Orz. s. I-4137, pkt 33 oraz z dnia 19 kwietnia 2007 r. w sprawie C-295/05 Asemfo, Zb.Orz. s. I-2999, pkt 55).
37. Należy w związku z tym zbadać, czy w przypadku Agusty są spełnione obydwie przesłanki wymagane w orzecznictwie przytoczonym w punkcie poprzednim.
38. Co się tyczy pierwszej przesłanki, dotyczącej kontroli wykonywanej przez organ administracji publicznej, należy przypomnieć, że udział, choćby mniejszościowy, przedsiębiorstwa prywatnego w kapitale zakładowym spółki, w której udziały ma także zainteresowana instytucja zamawiająca, wyklucza w każdym razie, by instytucja ta mogła sprawować nad tą spółką kontrolę analogiczną jak nad własnymi służbami (zob. ww. wyrok w sprawie Stadt Halle i RPL Lochau, pkt 49).
39. W tym względzie, jak wynika z załączonego do odpowiedzi na skargę badania dotyczącego udziałów państwa włoskiego w EFIM (Ente Partecipazioni e Finanziamento Industrie Manifatturiere), w Finmeccanice i Agucie, ta ostatnia spółka, będąca od swego utworzenia spółką prawa prywatnego, stanowiła zawsze, począwszy od roku 1974, spółkę o kapitale mieszanym, czyli spółkę, w której kapitał składa się w części z udziałów państwa włoskiego i w części z udziałów prywatnych.
40. W związku z tym, skoro Agusta jest spółką o kapitale w części prywatnym, a zatem spełnione jest kryterium określone w pkt 38 niniejszego wyroku, wykluczone jest, aby państwo włoskie mogło sprawować nad tą spółką kontrolę analogiczną jak nad własnymi służbami.
41. W tych okolicznościach i bez konieczności badania kwestii, czy Agusta wykonuje swoją działalność w zasadniczej części na rzecz kontrolującego ją organu administracji publicznej, należy odrzucić argument Republiki Włoskiej dotyczący wystąpienia stosunku „in house” pomiędzy tą spółką a państwem włoskim.
- W przedmiocie słusznych względów interesu narodowego
42. Na wstępie należy przypomnieć, że środki, które przyjmują państwa członkowskie w ramach słusznych względów interesu narodowego, nie są wyjęte z zakresu stosowania prawa wspólnotowego z tego tylko względu, że są podejmowane w interesie bezpieczeństwa publicznego lub obrony narodowej (zob. podobnie wyrok z dnia 11 marca 2003 r. w sprawie C-186/01 Dory, Rec. s. I-2479, pkt 30).

43. Jak bowiem orzekł już Trybunał, traktat ustanawia wyłączenia mające zastosowanie w okolicznościach zagrażających bezpieczeństwu publicznemu, w szczególności w art. 30 WE, 39 WE, 46 WE, 58 WE, 64 WE, 296 WE i 297 WE, które odnoszą się do wyjątkowych i w wyraźny sposób ograniczonych przypadków. Z artykułów tych nie można wysnuć wniosku, że traktat zawiera na stałe wpisany weń ogólny wyjątek wyłączający wszelkie środki podejmowane ze względów bezpieczeństwa publicznego z zakresu prawa wspólnotowego. Uznanie istnienia takiego wyjątku, bez względu na określone w traktacie szczególne wymogi, mogłoby zagrozić wiążącemu charakterowi prawa wspólnotowego i jego jednolitemu stosowaniu (zob. podobnie wyroki z dnia 15 maja 1986 r. w sprawie C-222/84 Johnston, Rec. s. 1651, pkt 26; z dnia 26 października 1999 r. w sprawie C-273/97 Sirdar, Rec. s. I-7403, pkt 16; z dnia 11 stycznia 2000 r. w sprawie C-285/98 Kreil, Rec. s. I-69, pkt 16 i ww. wyrok w sprawie Dory, pkt 31).
44. W tym zakresie, do państwa członkowskiego, które powołuje się na te wyjątki, należy dostarczenie dowodów, że rzezone wyłączenia nie wykraczają poza granice, o których mowa (zob. podobnie wyrok z dnia 16 września 1999 r. w sprawie C-414/97 Komisja przeciwko Hiszpanii, Rec. s. I-5585, pkt 22).
45. W niniejszej sprawie Republika Włoska podnosi, że dostawy helikopterów „Agusta” i „Agusta Bell” spełniają słuszne wymogi interesu narodowego, o których mowa w art. 296 WE oraz w art. 2 ust. 1 lit. b) dyrektywy 93/36 ze względu na to, że wskazane helikoptery są towarami podwójnego zastosowania, czyli towarami, które mogą być używane zarówno do celów cywilnych, jak i wojskowych.
46. Po pierwsze należy podkreślić, że zgodnie z art. 296 ust. 1 lit. b) WE każde państwo członkowskie może podejmować środki, jakie uważa za konieczne w celu ochrony podstawowych interesów swojego bezpieczeństwa, a które odnoszą się do produkcji lub handlu bronią, amunicją lub materiałami wojennymi, jednak pod warunkiem, że te środki nie będą negatywnie wpływać na warunki konkurencji na wspólnym rynku w odniesieniu do produktów, które nie są przeznaczone wyłącznie do celów wojskowych.
47. Z brzmienia wskazanego przepisu wynika, że omawiane produkty powinny być przeznaczone do celów wyłącznie wojskowych. W związku z tym dostawa sprzętu, którego użycie w celach wojskowych nie jest pewne, koniecznie powinna spełniać zasady udzielania zamówień publicznych. Dostawa helikopterów na rzecz służb wojskowych w celu użycia cywilnego powinna spełniać te same reguły.
48. Bezsporne jest zaś, że – jak przyznaje Republika Włoska – omawiane helikoptery są niewątpliwie przeznaczone do celów cywilnych i ewentualnie przeznaczone do celów wojskowych.
49. W związku z tym art. 296 ust. 1 lit. b) WE, do którego odsyła art. 3 dyrektywy 93/36, nie może być w sposób skuteczny podnoszony przez Republikę Włoską do celów uzasadnienia zastosowania procedury negocjacyjnej przy dostawie omawianych helikopterów.
50. Po drugie Republika Włoska wskazuje na poufny charakter danych, które są uzyskiwane w celu produkcji helikopterów wytwarzanych przez Agustę, dla celów uzasadnienia udzielenia tej spółce zamówienia w drodze procedury negocjacyjnej. W tym względzie Republika Włoska powołuje art. 2 ust. 1 lit. b) dyrektywy 93/36.
51. Należy jednak stwierdzić, że Republika Włoska nie wskazała względów, dla których uznała, że charakter poufny danych przekazanych do celów produkcji helikopterów wytwarzanych przez Agustę byłby chroniony w mniejszym stopniu w sytuacji, w której produkcja ta zostałaby powierzona innym spółkom, niezależnie od tego, czy miałyby one siedzibę we Włoszech, czy też w innych państwach członkowskich.

52. W tym względzie konieczność ustanowienia obowiązku dochowania poufności nie wyklucza w żaden sposób zastosowania postępowania przetargowego przy udzieleniu zamówienia.
53. W związku z tym powołanie art. 2 ust. 1 lit. b) dyrektywy 93/36 dla celów uzasadnienia dostawy omawianych helikopterów przy zastosowaniu procedury negocjacyjnej wydaje się być nieproporcjonalne, mając na uwadze cel polegający na zapobieżeniu ujawnienia informacji niejawnych dotyczących produkcji tych helikopterów. Republika Włoska nie wykazała bowiem, że cel ten nie mógłby zostać osiągnięty w ramach postępowania przetargowego przewidzianego w tejże dyrektywie.
54. W związku z powyższym art. 2 ust. 1 lit. b) dyrektywy 93/36 nie może być w sposób skuteczny podnoszony przez Republikę Włoską dla celów uzasadnienia zastosowania procedury negocjacyjnej przy dostawie wskazanych helikopterów.
- W przedmiocie wymogu jednorodności floty helikopterów
55. W celu uzasadnienia zastosowania procedury negocjacyjnej Republika Włoska powołuje się również na art. 6 ust. 3 lit. c) i e) dyrektywy 93/36. Państwo to podnosi po pierwsze, że mając na uwadze charakterystyczne cechy techniczne helikopterów, ich produkcja mogła zostać powierzona jedynie Agucście i po drugie, że konieczne było zapewnienie interoperacyjności floty helikopterów celem w szczególności zredukowania kosztów logistycznych, operacyjnych i kształcenia pilotów.
56. Jak wynika w szczególności z motywu dwunastego dyrektywy 93/36, procedura negocjacyjna ma charakter wyjątkowy i może być stosowana jedynie w wymienionych w sposób wyczerpujący przypadkach. W tym kontekście należy podkreślić, że art. 6 ust. 2 i 3 tej dyrektywy wylicza enumeratywnie i w sposób wyraźny jedyne wyjątki, w przypadku których dopuszcza się zastosowanie procedury negocjacyjnej (zob. podobnie, w zakresie dotyczącym dyrektywy 77/62, wyrok z dnia 17 listopada 1993 r. w sprawie C-71/92 Komisja przeciwko Hiszpanii, Rec. s. I-5923, pkt 10; w zakresie dotyczącym dyrektywy 93/36, zob. ww. wyroki w sprawie Teckal, pkt 43 oraz w sprawie Komisja przeciwko Hiszpanii, pkt 47).
57. Zgodnie z orzecznictwem Trybunału odstępstwa od zasad służących zapewnieniu skuteczności praw, jakie traktat przyznaje w zakresie zamówień publicznych, należy interpretować ściśle (zob. wyroki z dnia 18 maja 1995 r. w sprawie C-57/94 Komisja przeciwko Włochom, Rec. s. I-1249, pkt 23; z dnia 28 marca 1996 r. w sprawie C-318/94 Komisja przeciwko Niemcom, Rec. s. I-1949, pkt 13 i z dnia 2 czerwca 2005 r. w sprawie C-394/02 Komisja przeciwko Grecji, Zb.Orz. s. I-4713, pkt 33). Państwom członkowskim nie wolno zatem dopuszczać stosowania procedury negocjacyjnej w przypadkach nieprzewidzianych w dyrektywie 93/36 ani dodawać nowych warunków w przypadkach wyraźnie w niej przewidzianych, w sposób, który powodowałby ułatwienie stosowania takiej procedury, gdyż prowadziłoby to do pozbawienia tej dyrektywy skuteczności (zob. podobnie ww. wyrok z dnia 13 stycznia 2005 r. w sprawie Komisja przeciwko Hiszpanii, pkt 48).
58. Ponadto należy przypomnieć, że na osobie, która zamierza powołać się na wyjątek, spoczywa ciężar dowodu, że rzeczywiście zaistniały wyjątkowe okoliczności uzasadniające zastosowanie tego wyjątku (zob. wyrok z dnia 10 marca 1987 r. w sprawie 199/85 Komisja przeciwko Włochom, Rec. s. 1039, pkt 14 oraz ww. wyrok w sprawie Komisja przeciwko Grecji, pkt 33).
59. W niniejszej sprawie należy stwierdzić, że Republika Włoska nie wykazała w sposób wystarczający pod względem prawnym powodów, dla których jedynie helikoptery produkowane przez Agustę miałyby odznaczać się wymaganymi charakterystycznymi cechami technicznymi. Ponadto państwo to ograniczyło się jedynie do podkreślenia korzyści wynikających z interoperacyjności helikopterów używanych przez

różne służby tego państwa. Republika Włoska nie wykazała jednak, w jaki sposób zmiana dostawcy zmusiłaby ją do nabycia sprzętu wyprodukowanego przy użyciu odmiennej technologii, w wyniku czego mogłyby powstać niezgodności techniczne lub nieproporcjonalne techniczne utrudnienia w użyciu lub utrzymaniu tego sprzętu.

60. Mając na uwadze powyższe, należy stwierdzić, że przyjmując praktykę, istniejącą od dawna i nadal stosowaną, polegającą na udzielaniu spółce Agusta z wolnej ręki zamówień na dostawę helikopterów „Agusta” i „Agusta Bell” zgodnie z zapotrzebowaniem szeregu wojskowych i cywilnych służb państwa włoskiego bez zastosowania jakiegokolwiek postępowania przetargowego, w szczególności nie przestrzegając procedur przewidzianych w dyrektywie 93/36/EWG oraz w dyrektywie 77/62/EWG, Republika Włoska uchybiła zobowiązaniom ciążącym na niej na mocy tych dyrektyw.

W przedmiocie kosztów

61. Zgodnie z art. 69 § 2 regulaminu kosztami zostaje obciążona, na żądanie strony przeciwnej, strona przegrywająca sprawę. Ponieważ Komisja wniosła o obciążenie Republiki Włoskiej kosztami postępowania, a Republika Włoska przegrała sprawę, należy obciążyć ją kosztami postępowania.

Z powyższych względów Trybunał (wielka izba) orzeka, co następuje:

- 1) **Przyjmując praktykę, istniejącą od dawna i nadal stosowaną, polegającą na udzielaniu spółce Agusta SpA z wolnej ręki zamówień na dostawę helikopterów „Agusta” i „Agusta Bell” zgodnie z zapotrzebowaniem szeregu wojskowych i cywilnych służb bez zastosowania jakiegokolwiek postępowania przetargowego, w szczególności nie przestrzegając procedur przewidzianych w dyrektywie Rady 93/36/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy, zmienionej dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 97/52/WE z dnia 13 października 1997 r., oraz wcześniej w dyrektywie Rady 77/62/EWG z dnia 21 grudnia 1976 r. koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy, zmienionej i uzupełnionej dyrektywą Rady 80/767/EWG z dnia 22 lipca 1980 r. i dyrektywą Rady 88/295/EWG z dnia 22 marca 1988 r., Republika Włoska uchybiła zobowiązaniom ciążącym na niej na mocy tych dyrektyw.**
- 2) **Republika Włoska zostaje obciążona kosztami postępowania.**

Podpisy

Orzeczenie z dnia 10 kwietnia 2008 r. w sprawie C-393/06 *Ing. Aigner*

WYROK TRYBUNAŁU (czwarta izba) z dnia 10 kwietnia 2008 r. (*)

Zamówienia publiczne – Dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE – Podmiot zamawiający prowadzący działalność podlegającą częściowo zakresowi przedmiotowemu dyrektywy 2004/17/WE, a częściowo zakresowi dyrektywy 2004/18/WE – Podmiot prawa publicznego – Instytucja zamawiająca

W sprawie C-393/06

mającej za przedmiot wnioski o wydanie, na podstawie art. 234 WE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Vergabekontrollsenat des Landes Wien (Austria) postanowieniem z dnia 17 sierpnia 2006 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 22 września 2006 r., w postępowaniu:

Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt GmbH

przeciwko

Fernwärme Wien GmbH,

TRYBUNAŁ (czwarta izba),

w składzie: K. Lenaerts, prezes izby, G. Arestis, E. Juhász (sprawozdawca), J. Malenovský i T. von Danwitz, sędziowie,

rzecznik generalny: D. Ruiz-Jarabo Colomer,

sekretarz: B. Fülöp, administrator,

uwzględniając procedurę pisemną i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 11 października 2007 r.,

rozważywszy uwagi przedstawione:

- w imieniu Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt GmbH przez S. Sieghartsleitnera i M. Pichlmaira, Rechtsanwälte,
- w imieniu Fernwärme Wien GmbH przez P. Madla, Rechtsanwalt,
- w imieniu rządu austriackiego przez M. Fruhmanna i C. Mayra, działających w charakterze pełnomocników,
- w imieniu rządu węgierskiego przez J. Fazekas, działającą w charakterze pełnomocnika,
- w imieniu rządu fińskiego przez A. Guimaraes-Purokoski, działającą w charakterze pełnomocnika,
- w imieniu rządu szwedzkiego przez A. Falk, działającą w charakterze pełnomocnika,
- w imieniu Komisji Wspólnot Europejskich przez X. Lewisa, działającego w charakterze pełnomocnika, wspieranego przez M. Núñez-Müllera, Rechtsanwalt,

po zapoznaniu się z opinią rzecznika generalnego na posiedzeniu w dniu 22 listopada 2007 r.,

wydaje następujący

Wyrok

1. Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni odpowiednich przepisów dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz.U. L 134, s. 1) i dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. L 134, s. 114).
2. Wniosek ten został przedstawiony w ramach sporu między Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt GmbH (zwaną dalej „Ing. Aigner”) a Fernwärme Wien GmbH (zwaną dalej „Fernwärme Wien”) w przedmiocie prawidłowości wszczętego przez nią postępowania przetargowego.

Ramy prawne

Uregulowania wspólnotowe

3. Dyrektywa 2004/17 wprowadza koordynację procedur udzielania zamówień publicznych w szczególnych sektorach, tj. w sektorze gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych. Uchyliła ona i zastąpiła dyrektywę Rady 93/38/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynującą procedury udzielania zamówień publicznych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (Dz.U. L 199, s. 84), która dotyczyła tych samych zagadnień.
4. Szczególny charakter sektorów objętych zakresem dyrektywy 2004/17 wskazany jest wyraźnie w motywie 3, mówiącym o tym, iż koordynacja w tych sektorach jest niezbędna z uwagi na zamknięty charakter rynków, na których prowadzą działalność zainteresowane instytucje zamawiające, wynikający z istnienia specjalnych lub wyłącznych praw przyznawanych przez państwa członkowskie w zakresie dostaw, zapewniania lub obsługi sieci do świadczenia omawianych usług.
5. Artykuł 2 ust. 1 lit. a) akapit drugi dyrektywy 2004/17 i art. 1 ust. 9 akapit drugi dyrektywy 2004/18 stanowią, że termin „instytucja zamawiająca” oznacza między innymi „podmioty prawa publicznego”, tj.:

„[...] każdy podmiot:

- ustanowiony w szczególnym celu zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym, które nie mają charakteru przemysłowego ani handlowego,
- posiadający osobowość prawną; oraz

finansowany w przeważającej części przez państwo, jednostki samorządu terytorialnego lub inne podmioty prawa publicznego; albo taki, którego zarząd podlega nadzorowi ze strony tych podmiotów; albo taki, w którym ponad połowa członków organu administrującego, zarządzającego lub nadzorczego została wyznaczona przez państwo, jednostki samorządu terytorialnego lub inne podmioty prawa publicznego”.

6. Artykuł 2 ust. 1 lit. b) dyrektywy 2004/17 stanowi:

„Do celów niniejszej dyrektywy,

[...]

- b) „przedsiębiorstwo publiczne” oznacza każde przedsiębiorstwo, na które instytucje zamawiające mogą wywierać bezpośrednio lub pośrednio dominujący wpływ na mocy ich prawa własności, udziału finansowego we wspomnianym przedsiębiorstwie lub poprzez zasady określające jego działanie”.

7. Artykuł 2 ust. 2 tej dyrektywy stanowi:

„Niniejsza dyrektywa dotyczy podmiotów zamawiających:

- a) będących instytucjami zamawiającymi lub przedsiębiorstwami publicznymi oraz prowadzących jeden z rodzajów działalności wymienionych w art. 3–7;
- b) które, w przypadku gdy nie są instytucjami zamawiającymi lub przedsiębiorstwami publicznymi, wykonują pośród prowadzonych przez nie działalności jakąkolwiek z działalności wymienionych w art. 3–7 i korzystają z praw specjalnych lub wyłącznych przyznanych przez właściwy organ państwa członkowskiego”.

8. W art. 3-7 dyrektywy 2004/17 wymienione zostały sektory działalności objęte zakresem przedmiotowym tej dyrektywy. Sektorami tymi są gaz, energia cieplna i energia elektryczna (art. 3), gospodarka wodna (art. 4), usługi transportowe (art. 5), usługi pocztowe (art. 6), a także poszukiwanie i wydobycie ropy naftowej, gazu, węgla lub innych paliw stałych, oraz porty i porty lotnicze (art. 7).

9. Artykuł 3 ust. 1 tej dyrektywy stanowi:

„W odniesieniu do gazu i energii cieplnej niniejsza dyrektywa dotyczy następujących rodzajów działalności:

- a) udostępniania lub obsługi stałych sieci przeznaczonych do świadczenia usług dla odbiorców publicznych w związku z produkcją, transportem lub dystrybucją gazu lub energii cieplnej; lub
- b) dostaw gazu lub energii cieplnej do takich sieci”.

10. Artykuł 9 tej dyrektywy brzmi następująco:

„1. Zamówienie obejmujące kilka różnych rodzajów działalności podlega zasadom dotyczącym działalności, która stanowi działalność główną.

Jednakże wybór między udzieleniem jednego zamówienia a kilku odrębnych zamówień nie może być dokonany w celu wyłączenia go z zakresu niniejszej dyrektywy, lub dyrektywy 2004/18/WE, jeżeli ma ona zastosowanie w tym przypadku.

2. Jeżeli jeden z rodzajów działalności, który ma stanowić przedmiot zamówienia, podlega niniejszej dyrektywie, a inny rodzaj działalności podlega wyżej wymienionej dyrektywie 2004/18/WE, oraz jeżeli nie ma obiektywnej możliwości określenia, która z działalności stanowi główny przedmiot zamówienia, wówczas zamówienie udzielane jest zgodnie z wyżej wymienioną dyrektywą 2004/18/WE.

[...]”

11. Artykuł 20 ust. 1 tej dyrektywy, zatytułowany: „Zamówienia udzielone w innym celu niż wykonywanie odnośnej działalności lub w celu wykonywania takiej działalności w kraju trzecim” stanowi:

„Niniejsza dyrektywa nie ma zastosowania do zamówień, których podmioty zamawiające udzielają w innym celu niż wykonywanie ich działalności, określonej w art. 3–7 lub w celu wykonywania takiej działalności w kraju trzecim, w warunkach niewymagających fizycznego wykorzystania sieci lub obszaru geograficznego w ramach Wspólnoty”.

12. Wreszcie art. 30 dyrektywy 2004/17 zatytułowany: „Procedura stwierdzająca, czy dana działalność jest bezpośrednio poddana konkurencji” stanowi:

„1. Zamówienia mające na celu umożliwienie prowadzenia działalności wymienionej w art. 3–7 nie podlegają niniejszej dyrektywie, jeżeli w państwie członkowskim, w którym ta działalność jest wykonywana, bezpośrednio podlega ona konkurencji na rynkach, do których dostęp nie jest ograniczony.

2. Do celów ust. 1 do określenia, czy dana działalność podlega bezpośrednio konkurencji, są brane pod uwagę kryteria zgodne z przepisami Traktatu dotyczącymi konkurencji, takie jak: cechy danych towarów lub usług, istnienie alternatywnych towarów lub usług, ceny oraz rzeczywista lub potencjalna obecność więcej niż jednego dostawcy omawianych towarów lub usług.

[...]"

13. W tytule II rozdział II sekcja 3 dyrektywy 2004/18 wymienione zostały zamówienia nieobjęte zakresem tej dyrektywy. Wśród tych zamówień znajdują się zamówienia udzielane w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych. Artykuł 12, dotyczący tych zamówień, stanowi:

„Niniejsza dyrektywa nie ma zastosowania do zamówień publicznych, które zgodnie z dyrektywą 2004/17/WE udzielane są przez instytucje zamawiające prowadzące jeden lub wiele rodzajów działalności określonych w art. 3–7 tej dyrektywy, w celu prowadzenia tej działalności, [...]

[...]"

14. Powyższe uregulowania wspólnotowe do prawa austriackiego transponuje ustawa federalna o zamówieniach publicznych (Bundesvergabegesetz) z 2006 r.

Postępowanie przed sądem krajowym i pytania prejudycjalne

15. Spółka Fernwärme Wien została utworzona aktem założycielskim w dniu 22 stycznia 1969 r. w celu dostarczania energii cieplnej poprzez miejską sieć ciepłowniczą do mieszkań, placówek publicznych, biur i przedsiębiorstw na terenie miasta Wiedeń. W tym celu wykorzystuje energię pochodzącą z utylizacji odpadów zamiast energii ze źródeł nieodnawialnych.
16. Fernwärme Wien, posiadająca osobowość prawną, należy w całości do miasta Wiedeń, które powołuje i odwołuje zarząd oraz członków rady nadzorczej przedsiębiorstwa oraz udziela im absolutorium. Ponadto za pośrednictwem Kontrollamt der Stadt Wien (urzędu kontroli miasta Wiedeń) gmina ma również uprawnienia do kontrolowania zarządzania tym przedsiębiorstwem pod kątem ekonomicznym i finansowym.
17. Równocześnie z działalnością z zakresu ciepłownictwa miejskiego Fernwärme Wien zajmuje się również generalnym projektowaniem instalacji chłodniczych dla większych przedsięwzięć budowlanych. W ramach tej działalności konkuruje z innymi przedsiębiorstwami.
18. Fernwärme Wien ogłosiła w dniu 1 marca 2006 r. przetarg na budowę instalacji chłodniczej dla projektu centrum biurowo-handlowego w Wiedniu, podając, iż do tego przetargu nie stosuje się austriackiego prawa zamówień publicznych. Ing. Aigner wzięła udział w tym przetargu składając ofertę. Gdy w dniu 18 maja 2006 r. została poinformowana, że jej oferta nie będzie już rozpatrywana ze względu na to, że zawiera niekorzystne elementy, zakwestionowała tę decyzję przed sądem krajowym, podnosząc, iż należało zastosować wspólnotowe przepisy z dziedziny zamówień publicznych.
19. Sąd krajowy zauważa, że działalność Fernwärme Wien związana z eksploatacją stałej miejskiej sieci ciepłowniczej bezsprzecznie podlega zakresowi przedmiotowemu dyrektywy 2004/17. Natomiast jej działalność dotycząca instalacji chłodniczych nie podlega zakresowi tej dyrektywy. W związku z tym sąd zastanawia się, czy ta druga część działalności również podlega przepisom tej dyrektywy mutatis mutandis zgodnie z zasadami wskazanymi w wyroku z dnia 15 stycznia 1998 r. w sprawie C-44/96 Manesmann Anlagenbau Austria i in., Rec. s. I-73, w szczególności w pkt 25 i 26, które to podejście zwane jest powszechnie w doktrynie „teorią infekcji”. Zgodnie z tym, jak sąd krajowy interpretuje ten wyrok, jeżeli jeden z rodzajów działalności danego podmiotu

objęty jest zakresem stosowania dyrektywy z dziedziny zamówień publicznych, cała pozostała działalność tego podmiotu, bez względu na jej ewentualny przemysłowy lub handlowy charakter, podlega również dyrektywom z tej dziedziny.

20. Gdyby ww. wyrok w sprawie Mannesmann Anlagenbau Austria i in. odnosił się jedynie do instytucji zamawiających, a konkretnie do pojęcia „podmiotu prawa publicznego”, w tym sensie, że jeżeli podmiot zaspokaja potrzeby w interesie ogólnym, które nie mają charakteru przemysłowego ani handlowego, to należy go uznać za „podmiot prawa publicznego” w rozumieniu przepisów wspólnotowych, bez względu na to, czy prowadzi on równocześnie inną działalność nieposiadającą tego charakteru, sąd krajowy zastanawia się, czy Fernwärme Wien stanowi podmiot prawa publicznego, czyli instytucję zamawiającą, w rozumieniu dyrektyw 2004/17 lub 2004/18.
21. Sąd krajowy zastanawia się wreszcie, czy jeżeli dany podmiot prowadzi działalność, która nie ma charakteru przemysłowego ani handlowego, a równocześnie prowadzi działalność podlegającą konkurencji, możliwe jest oddzielenie działalności tego drugiego rodzaju i nie poddawanie jej zakresowi stosowania wspólnotowych przepisów z dziedziny zamówień publicznych, jeżeli da się wykazać rozdział między tymi dwoma rodzajami działalności, a zatem brak ekonomicznej ingerencji między nimi. Sąd krajowy odnosi się w tym względzie do pkt 68 opinii rzecznika generalnego Jacobsa z dnia 21 kwietnia 2005 r. w sprawie C-174/03 Impresa Portuale di Cagliari, w której z powodu wycofania pytania prejudycjalnego zapadło postanowienie o wykreśleniu z dnia 23 marca 2006 r., niepublikowane w Zbiorze, w którym proponuje się złagodzić w ten sposób zasadę wywodzącą się z ww. wyroku Mannesmann Anlagenbau Austria i in.
22. Z tych względów Vergabekontrollsenat des Landes Wien postanowiła zawiesić postępowanie i wystąpić do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:
 - „1). Czy dyrektywę 2004/17/WE [...] należy interpretować w ten sposób, że podmiot zamawiający, który prowadzi działalność w dziedzinach wskazanych w art. 3 tej dyrektywy jest objęty zakresem jej zastosowania także w odniesieniu do innej działalności wykonywanej w warunkach konkurencji?
 - 2). W razie udzielenia odpowiedzi twierdzącej na pierwsze pytanie wyłącznie w odniesieniu do instytucji zamawiających: czy takie przedsiębiorstwo jak [Fernwärme Wien GmbH] należy uznać za podmiot prawa publicznego w rozumieniu dyrektywy 2004/17/WE lub dyrektywy 2004/18/WE [...], jeżeli prowadzi działalność polegającą na dostarczaniu energii cieplnej poprzez miejską sieć ciepłowniczą na danym obszarze, nie pozostając w stosunku rzeczywistej konkurencji, czy też ocena taka winna być dokonana przy uwzględnieniu rynku ogrzewania pomieszczeń obejmującego także takie nośniki energii jak gaz, olej, węgiel, etc.?
 - 3). Czy działalność wykonywana w warunkach konkurencji przez spółkę, która obok tego prowadzi również działalność niemającą charakteru przemysłowego lub handlowego, podlega zakresowi stosowania dyrektywy 2004/17/WE lub dyrektywy 2004/18/WE, jeżeli za pomocą takich skutecznych środków jak bilansowo i księgowo odrębna rachunkowość można wykluczyć krzyżowe finansowanie działalności wykonywanej w warunkach konkurencji ze środków pochodzących z innej działalności?”

W przedmiocie pytań prejudycjalnych

W przedmiocie pierwszego pytania

23. W tym pytaniu sąd krajowy zastanawia się, czy podmiot zamawiający w rozumieniu dyrektywy 2004/17, prowadzący działalność zaliczającą się do jednego z sektorów, o których mowa w art. 3-7 tej dyrektywy, ma obowiązek stosowania procedury

określonej w tej dyrektywie do udzielania zamówień związanych z działalnością, którą podmiot ten prowadzi równocześnie w warunkach konkurencji w sektorach nieobjętych powyższymi przepisami.

24. Aby odpowiedzieć na to pytanie należy zauważyć, że dyrektywy 2004/17 i 2004/18 różnią się znacznie między sobą, zarówno jeśli chodzi o to, jakich podmiotów dotyczą ustanowione w nich regulacje, jak i o ich charakter i zakres przedmiotowy.
25. Po pierwsze, jeśli chodzi o podmioty, do których mają odpowiednio zastosowanie regulacje tych dyrektyw, należy stwierdzić, że w odróżnieniu od dyrektywy 2004/18, która zgodnie z art. 1 ust. 9 akapit pierwszy obowiązuje w stosunku do „instytucji zamawiających”, podmioty, których dotyczy dyrektywa 2004/17 zwane są w art. 2 tej dyrektywy „podmiotami zamawiającymi”. Z samego art. 2 ust. 2 lit. a) i b) wynika, że ta druga dyrektywa ma zastosowanie nie tylko do podmiotów zamawiających będących „instytucjami zamawiającymi”, lecz również do podmiotów będących „przedsiębiorstwami publicznymi” lub przedsiębiorstwami, które korzystają „z praw specjalnych lub wyłącznych przyznanych przez właściwy organ państwa członkowskiego”, o ile każdy z tych podmiotów prowadzi jeden z rodzajów działalności, o których mowa w art. 3-7 tej dyrektywy.
26. Po drugie, z art. 2-7 dyrektywy 2004/17 wynika, że wprowadzona przez nią koordynacja nie obejmuje wszystkich dziedzin działalności gospodarczej, lecz dotyczy szczególnie określonych sektorów, co ukazuje zresztą fakt, iż dyrektywa ta zwana jest powszechnie „dyrektywą sektorową”. Natomiast zakres przedmiotowy dyrektywy 2004/18 obejmuje niemal wszystkie sektory życia gospodarczego, stąd też powszechnie jest ona określana jako „dyrektywa ogólna”.
27. W takich okolicznościach należy od razu stwierdzić, że ogólny zakres dyrektywy 2004/18 i ograniczony zakres dyrektywy 2004/17 wymagają tego, by przepisy drugiej z nich interpretować wąsko.
28. Granice między zakresami przedmiotowymi obu tych dyrektyw również nakreślone są w wyraźnych przepisach. I tak art. 20 ust. 1 dyrektywy 2004/17 stanowi, że nie ma ona zastosowania do zamówień, których podmioty zamawiające udzielają w innym celu niż wykonywanie swojej działalności w sektorach określonych w art. 3–7. Jego odpowiednikiem w dyrektywie 2004/18 jest art. 12 ust. 1, który stanowi, że dyrektywa ta nie ma zastosowania do zamówień, których instytucje zamawiające prowadzące jeden lub kilka rodzajów działalności określonych w art. 3-7 dyrektywy 2004/17 udzielają w zakresie tej działalności.
29. Tak więc zakres przedmiotowy dyrektywy 2004/17 jest ściśle ograniczony, co nie pozwala rozciągać ustanowionych w niej procedur poza ten zakres.
30. Zatem powyższe przepisy nie dają żadnej możliwości zastosowania w ramach dyrektywy 2004/17 podejścia zwanego „teorią infekcji”, które ukształtowało się w następstwie ww. wyroku w sprawie Mannesmann Anlagenbau Austria i in. Wyrok ten został wydany przez Trybunał w ramach dyrektywy Rady 93/37/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (Dz.U. L 199, s. 54), czyli w dziedzinie obecnie podlegającej zakresowi przedmiotowemu dyrektywy 2004/18.
31. Zatem jak słusznie zauważają w szczególności rządy austriacki, węgierski i fiński, a także Komisja Wspólnot Europejskich, zakres przedmiotowy dyrektywy 2004/17 obejmuje jedynie zamówienia udzielane przez podmiot będący „instytucją zamawiającą” w rozumieniu tej dyrektywy, w związku z działalnością prowadzoną w sektorach wymienionych w art. 3-7 tej dyrektywy oraz w celu prowadzenia tej działalności.

32. Takie zresztą wnioski wypływają również z wyroku z dnia 16 czerwca 2005 r. w sprawach połączonych C-462/03 i C-463/03 Strabag i Kostmann, Zb.Orz. s. I-5397, pkt 37. W tym wyroku Trybunał orzekł, że jeżeli zamówienie nie wynika z wykonywania działalności określonej w dyrektywie sektorowej, będzie ono podlegało zasadom przewidzianym przez dyrektywy dotyczące, w zależności od przypadku, udzielania zamówień na usługi, roboty budowlane lub dostawy.
33. Z uwagi na powyższe rozważania na pierwsze z zadanych pytań należy odpowiedzieć, że podmiot zamawiający w rozumieniu dyrektywy 2004/17 ma obowiązek stosowania procedury określonej w tej dyrektywie wyłącznie w przypadku udzielania zamówień związanych z działalnością, którą podmiot ten prowadzi w sektorze lub sektorach, o których mowa w art. 3-7 tej dyrektywy.

W przedmiocie drugiego pytania

34. W drugim pytaniu sąd krajowy zastanawia się, czy taki podmiot jak Fernwärme Wien należy uznać za podmiot prawa publicznego w rozumieniu dyrektywy 2004/17 lub dyrektywy 2004/18.
35. W tym względzie należy przypomnieć, że jak wynika z pkt 5 niniejszego wyroku, przepisy art. 2 ust. 1 lit. a) akapit drugi dyrektywy 2004/17 i art. 1 ust. 9 akapit drugi dyrektywy 2004/18 zawierają identyczną definicję pojęcia „podmiot prawa publicznego”.
36. Z przepisów tych wynika, że „podmiotem prawa publicznego” jest każdy podmiot, który po pierwsze został ustanowiony w szczególnym celu zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym, które nie mają charakteru przemysłowego ani handlowego, po drugie, posiada osobowość prawną i po trzecie, jest finansowany w przeważającej części przez państwo, jednostki samorządu terytorialnego lub inne podmioty prawa publicznego, albo taki, którego zarząd podlega nadzorowi ze strony tych podmiotów; albo taki, w którym ponad połowa członków organu administrującego, zarządzającego lub nadzorczego została wyznaczona przez państwo, jednostki samorządu terytorialnego lub inne podmioty prawa publicznego. Zgodnie z orzecznictwem Trybunału te trzy przesłanki mają charakter łączny (wyrok z dnia 1 lutego 2001 r. w sprawie C-237/99 Komisja przeciwko Francji, Rec. s. I-939, pkt 40 i przywołane w nim orzecznictwo).
37. Ponadto z uwagi na cel wspólnotowych dyrektyw z dziedziny zamówień publicznych polegający w szczególności na wykluczeniu sytuacji, w których podmioty finansowane lub kontrolowane przez państwo, jednostki samorządu terytorialnego lub inne podmioty prawa publicznego mogłyby się kierować kryteriami pozagospodarczymi, pojęcie „podmiot prawa publicznego” powinno być interpretowane w sposób funkcjonalny (zob. podobnie wyrok z dnia 13 grudnia 2007 r. w sprawie C-337/06 Bayerischer Rundfunk i in., Zb.Orz. s. I-0000, pkt 36 i 37 i przywołane w nim orzecznictwo).
38. W tym przypadku bezsporny jest fakt, że dwa ostatnie kryteria ustanowione w przepisach przywołanych w pkt 36 niniejszego wyroku są spełnione, skoro Fernwärme Wien posiada osobowość prawną, a miasto Wiedeń jest właścicielem całości jej kapitału i kontroluje jej zarząd gospodarczy i finansowy. Należy więc jedynie zbadać, czy podmiot ten został stworzony w szczególnym celu zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym, które nie mają charakteru przemysłowego ani handlowego.
39. Po pierwsze, jeśli chodzi o cel utworzenia tego podmiotu i charakter zaspokajanych przez niego potrzeb, należy stwierdzić, że jak wynika z przedłożonych Trybunałowi akt, Fernwärme Wien została utworzona w szczególnym celu dostarczenia energii cieplnej poprzez miejską sieć ciepłowniczą do mieszkań, placówek publicznych, biur i przedsiębiorstw na terenie miasta Wiedeń, wykorzystując do tego energię pochodzącą ze spalania odpadów. Na rozprawie przed Trybunałem podano, że w chwili

obecnej ten system ogrzewania obsługuje ok. 250 000 mieszkań, liczne biura i zakłady przemysłowe oraz praktycznie wszystkie budynki użyteczności publicznej. Dostarczanie energii cieplnej w aglomeracji miejskiej za pomocą przyjaznej dla środowiska technologii jest celem niezaprzeczalnie leżącym w interesie ogólnym. Nie można więc zaprzeczyć temu, że Fernwärme Wien została utworzona w szczególonym celu zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym.

40. W tym względzie jest nieistotne, że potrzeby takie są lub mogłyby być również zaspokajane przez przedsiębiorstwa prywatne. Ważne jest to, że chodzi o potrzeby, co do których, ze względów leżących w interesie ogólnym, państwo lub jednostka samorządu terytorialnego decydują się zazwyczaj na zaspokajanie ich samodzielnie, lub w odniesieniu do których pragną zachować decydujący wpływ (zob. podobnie wyroki z dnia 10 listopada 1998 r. w sprawie C-360/96 BFI Holding, Rec. s. I-6821, pkt 44, 47, 51 i 53 i z dnia 10 maja 2001 r. w sprawach połączonych C-223/99 i C-260/99 Agorà i Excelsior, Rec. s. I-3605, pkt 37, 38 i 41).
41. Po drugie, w celu sprawdzenia, czy zaspokajane przez podmiot będący przedmiotem sporu przed sądem krajowym potrzeby nie mają charakteru przemysłowego ani handlowego, należy wziąć pod uwagę wszelkie istotne elementy stanu prawnego i faktycznego, takie jak okoliczności, które panowały w chwili utworzenia tego podmiotu oraz warunki, w których prowadzi on swoją działalność. W tym względzie należy w szczególności sprawdzić, czy podmiot ten prowadzi swoją działalność w warunkach konkurencji (zob. wyrok z dnia 22 maja 2003 r. w sprawie C-18/01 Korhonen i in., Rec. s. I-5321, pkt 48 i 49, i przywołane w nim orzecznictwo).
42. Jak już wskazano w pkt 39 niniejszego wyroku, Fernwärme Wien została utworzona w szczególnym celu dostarczania energii cieplnej na terenie miasta Wiedeń. Bezsporny jest fakt, że utworzeniem tego podmiotu nie powodowała chęć zysku. Choć nie jest wykluczone, że działalność ta może przynosić zyski rozdzielane w postaci dywidendy akcjonariuszom tego podmiotu, dążenie do tego rodzaju zysków nie jest jego głównym celem (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Korhonen i in., pkt 54).
43. Następnie jeśli chodzi o właściwe otoczenie gospodarcze, czy też innymi słowy o rynek właściwy, który należy brać pod uwagę w celu sprawdzenia, czy dany podmiot prowadzi działalność w warunkach konkurencji, czy też nie, należy brać pod uwagę, jak proponuje rzecznik generalny w pkt 53 i 54 swojej opinii, z uwagi na funkcjonalną wykładnię pojęcia „podmiot prawa publicznego”, sektor na potrzeby którego Fernwärme Wien została utworzona, czyli dostawy poprzez miejską sieć ciepłowniczą energii cieplnej pochodzącej ze spalania odpadów.
44. Z postanowienia odsyłającego wynika, że Fernwärme Wien zajmuje w tym sektorze faktyczną pozycję quasi monopolistyczną, ze względu na nieistotne rozmiary pozostałych dwóch działających spółek, które nie mogą w związku z tym stanowić prawdziwej konkurencji. Ponadto sektor ten jest w znacznym stopniu niezależny, jako że system dostarczania energii cieplnej przez miejską sieć ciepłowniczą byłoby bardzo trudno zastąpić innymi źródłami energii, gdyż wymagałoby to poważnej przebudowy. Wreszcie, miasto Wiedeń przywiązuje szczególną wagę do tego systemu dostarczania energii cieplnej, również ze względów ochrony środowiska. Tak więc, z uwagi na presję społeczną, miasto nie dopuściłoby do likwidacji tego systemu, choćby nawet miał on przynosić straty.
45. Z uwagi na te informacje dostarczone przez sąd krajowy, oraz zgodnie z tym, co podnosi rzecznik generalny w pkt 57 opinii, Fernwärme Wien jest obecnie jedynym przedsiębiorstwem będącym w stanie zaspokoić tego rodzaju potrzeby w interesie ogólnym w omawianym sektorze, tak że mogłyby się kierować przy udzielaniu zamówień kryteriami pozagospodarczymi.

46. W ww. wyrokach w sprawach BFI Holding (pkt 49) i Agorà i Excelsior (pkt 38) Trybunał zauważył, że istnienie rozwiniętej konkurencji może stanowić wskazówkę na poparcie faktu, że nie ma się do czynienia z potrzebą w interesie ogólnym, która nie ma charakteru przemysłowego ani handlowego. W okolicznościach zawisłej przed sądem krajowym sprawy z wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym jasno wynika, że kryterium istnienia rozwiniętej konkurencji na pewno nie jest spełnione.
47. Należy dodać, że w tym względzie nieistotne jest to, iż poza zadaniami w interesie ogólnym omawiany podmiot wykonuje również inną działalność w celach zarobkowych, jeżeli nadal zajmuje się zaspokajaniem potrzeb w interesie ogólnym, które ma on szczególny obowiązek zaspokajać. Również to, jaką część w ramach ogólnej działalności tego podmiotu stanowi działalność prowadzona dla zysku jest nieistotny do celów uznania tego podmiotu za podmiot prawa publicznego (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Mannesmann Anlagenbau Austria i in., pkt 25, wyrok z dnia 27 lutego 2003 r. w sprawie C-373/ 00 Adolf Truley, Rec. s. I-1931, pkt 56 oraz ww. wyrok w sprawie Korhonen, pkt 57 i 58).
48. Ze względu na powyższe rozważania na drugie pytanie należy odpowiedzieć w ten sposób, że taki podmiot, jak Fernwärme Wien należy uznać za podmiot prawa publicznego w rozumieniu art. 2 ust. 1 lit. a) akapit drugi dyrektywy 2004/17 i art. 1 ust. 9 akapit drugi dyrektywy 2004/18.

W przedmiocie trzeciego pytania

49. W trzecim pytaniu sąd krajowy zastanawia się, czy wszystkie zamówienia udzielane przez podmiot będący podmiotem prawa publicznego w rozumieniu dyrektywy 2004/17 lub dyrektywy 2004/18 powinny podlegać regułom wynikającym z którejś z tych dyrektyw, jeżeli za pomocą skutecznych środków można przeprowadzić jasny rozdział między działalnością prowadzoną przez ten podmiot w celu realizacji jego zadania zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym oraz działalnością, którą prowadzi on w warunkach konkurencji, a podział ten wyklucza krzyżowe finansowanie obu tych rodzajów działalności.
50. Należy w tym względzie przypomnieć, że zagadnienie leżące u podstaw tego pytania po raz pierwszy było rozpatrywane przez Trybunał w ww. sprawie Mannesmann Anlagenbau Austria i in., która dotyczyła wykładni dyrektywy 93/37 w sprawie zamówień publicznych na roboty budowlane. Trybunał doszedł do wniosku, w pkt 35 wyroku, że wszystkie zamówienia udzielane przez podmiot będący instytucją zamawiającą, bez względu na ich charakter, powinny podlegać regułom tej dyrektywy.
51. Trybunał podtrzymał to stanowisko w odniesieniu do zamówień publicznych na usługi w ww. wyrokach w sprawach BFI Holding (pkt 55 i 56) i Korhonen i in. (pkt 57 i 58) a także w odniesieniu do zamówień publicznych na dostawy w ww. wyroku w sprawie Adolf Truley (pkt 56). Stanowisko to ma również zastosowanie do dyrektywy 2004/18, stanowiącej przekształcenie przepisów wszystkich wcześniejszych dyrektyw z dziedziny udzielania zamówień publicznych, które zastąpiła (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Bayerischer Rundfunk i in., pkt 30).
52. Wniosek ten odnosi się również do podmiotów prowadzących księgowość w taki sposób, by zachować jasny wewnętrzny podział między działalnością prowadzoną przez nie w celu wypełnienia ich zadania zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym a działalnością prowadzoną w warunkach konkurencji.
53. Jak bowiem zwraca uwagę rzecznik generalny w pkt 64 i 65 opinii, można żywić poważne wątpliwości, czy jest w rzeczywistości możliwe ustanowienie takiego rozdziału między poszczególnymi rodzajami działalności jednego podmiotu, który stanowi jedną osobę prawną, ma jeden system majątku i własności, a decyzje dotyczące

kierowania i zarządzania nim podejmuje się w sposób jednolity, nie wspominając już o licznych innych praktycznych trudnościach w zakresie kontroli, ex ante i ex post, całkowitego rozdziału między różnymi dziedzinami działalności tego podmiotu oraz przynależności danej działalności do którejś dziedziny.

54. Tak więc, ze względów pewności prawa, przejrzystości i przewidywalności, obowiązujących przy stosowaniu procedur dotyczących wszystkich zamówień publicznych, należy zastosować się do orzecznictwa Trybunału przytoczonego w pkt 50 i 51 niniejszego wyroku.
55. Jednakże, jak wynika z pkt 49 niniejszego wyroku, pytanie sądu krajowego dotyczy jednocześnie dyrektyw 2004/17 i 2004/18.
56. Należy w tym względzie zauważyć, że w ramach analizy drugiego pytania prejudycjalnego zostało stwierdzone, że taki podmiot jak Fernwärme Wien należy uznać za podmiot prawa publicznego w rozumieniu dyrektyw 2004/17 i 2004/18. Ponadto podczas analizy pierwszego pytania prejudycjalnego Trybunał doszedł do wniosku, że podmiot zamawiający w rozumieniu dyrektywy 2004/17 powinien stosować procedurę przewidzianą w tej dyrektywie wyłącznie do udzielania zamówień pozostających w związku z działalnością, którą podmiot ten prowadzi w sektorze lub sektorach, o których mowa w art. 3-7 tej dyrektywy.
57. Należy stwierdzić, że zgodnie z orzecznictwem Trybunału dyrektywie 2004/17 podlegają zamówienia udzielane w zakresie jednego z rodzajów działalności, o których jest wyraźnie mowa w art. 3-7 tej dyrektywy, a także zamówienia, które choć mają inny charakter i mogłyby więc same w sobie być normalnie objęte zakresem przedmiotowym dyrektywy 2004/18, służą prowadzeniu działalności, o której mowa w dyrektywie 2004/17 (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Strabag i Kostmann, pkt 41 i 42).
58. Zatem zamówienia udzielane przez taki podmiot jak Fernwärme Wien podlegają procedurom określonym w dyrektywie 2004/17, jeżeli mają one związek z działalnością prowadzoną przez niego w sektorach określonych w art. 3-7 tej dyrektywy. Natomiast wszystkie inne zamówienia udzielane przez tego rodzaju podmiot w związku z prowadzeniem innej działalności podlegają procedurom przewidzianym w dyrektywie 2004/18.
59. Należy zatem odpowiedzieć na pytanie trzecie w ten sposób, iż zamówienia udzielane przez podmiot będący podmiotem prawa publicznego w rozumieniu dyrektyw 2004/17 i 2004/18, mające związek z wykonywaniem działalności tego podmiotu w sektorze lub sektorach określonych w art. 3-7 dyrektywy 2004/17, powinny podlegać procedurom przewidzianym w tej dyrektywie. Natomiast wszystkie inne zamówienia udzielane przez ten podmiot w związku z inną działalnością podlegają procedurom określonym w dyrektywie 2004/18. Każda z tych dwóch dyrektyw ma zastosowanie, bez rozróżnienia między działalnością prowadzoną przez ten podmiot w celu wypełnienia swojego zadania zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym oraz działalnością prowadzoną w warunkach konkurencji, nawet przy takim prowadzeniu księgowości, które ma na celu rozdział sektorów działalności tego podmiotu, aby uniknąć krzyżowego finansowania między tymi sektorami.

W przedmiocie kosztów

60. Dla stron postępowania przed sądem krajowym niniejsze postępowanie ma charakter incydentalny, dotyczy bowiem kwestii podniesionej przed tym sądem, do niego zatem należy rozstrzygnięcie o kosztach. Koszty poniesione w związku z przedstawieniem uwag Trybunałowi, inne niż poniesione przez strony postępowania przed sądem krajowym, nie podlegają zwrotowi.

Z powyższych względów Trybunał (czwarta izba) orzeka, co następuje:

- 1) Podmiot zamawiający w rozumieniu dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych ma obowiązek stosowania procedury określonej w tej dyrektywie wyłącznie w przypadku udzielania zamówień związanych z działalnością, którą podmiot ten prowadzi w sektorze lub sektorach, o których mowa w art. 3-7 tej dyrektywy.
- 2) Taki podmiot, jak Fernwärme Wien należy uznać za podmiot prawa publicznego w rozumieniu art. 2 ust. 1 lit. a) akapit drugi dyrektywy 2004/17 i art. 1 ust. 9 akapit drugi dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi.
- 3) Zamówienia udzielane przez podmiot będący podmiotem prawa publicznego w rozumieniu dyrektyw 2004/17 i 2004/18, mające związek z wykonywaniem działalności tego podmiotu w sektorze lub sektorach określonych w art. 3-7 dyrektywy 2004/17, powinny podlegać procedurom przewidzianym w tej dyrektywie. Natomiast wszystkie inne zamówienia udzielane przez ten podmiot w związku z inną działalnością podlegają procedurom określonym w dyrektywie 2004/18. Każda z tych dwóch dyrektyw ma zastosowanie, bez rozróżnienia między działalnością prowadzoną przez ten podmiot w celu wypełnienia swojego zadania zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym oraz działalnością prowadzoną w warunkach konkurencji, nawet przy takim prowadzeniu księgowości, które ma na celu rozdział sektorów działalności tego podmiotu, aby uniknąć krzyżowego finansowania między tymi sektorami.

Podpisy

**Orzeczenie z dnia 15 maja 2008 r. w sprawach połączonych
C-147/06 i C-148/06 SECAP**

**WYROK TRYBUNAŁU (czwarta izba)
z dnia 15 maja 2008 r. (*)**

Zamówienia publiczne na roboty budowlane – Udzielanie zamówień – Oferty nienormalnie niskie – Tryby postępowania wykluczającego – Zamówienia na roboty budowlane, które nie osiągają progu przewidzianego w dyrektywach 93/37/EWG i 2004/18/WE – Obowiązki instytucji zamawiającej wynikające z podstawowych zasad prawa wspólnotowego

W sprawach połączonych C-147/06 i C-148/06

mających za przedmiot wnioski o wydanie, na podstawie art. 234 WE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożone przez Consiglio di Stato (Włochy) postanowieniami z dnia 25 października 2005 r., które wpłynęły do Trybunału w dniu 20 marca 2006 r., w postępowaniach

SECAP SpA (C-147/06),

przeciwko

Comune di Torino,

przy udziale:

Tecnoimprese Srl,

Gambarana Impianti Snc,

ICA Srl,

Cosmat Srl,

Consorzio Ravennate,

ARCAS SpA,

Regione Piemonte,

oraz

Santorso Soc. coop. arl (C-148/06)

przeciwko

Comune di Torino,

przy udziale:

Bresciani Bruno Srl,

Azienda Agricola Tekno Green Srl,

Borio Giacomo Srl,

Costrade Srl,

TRYBUNAŁ (czwarta izba),

w składzie: G. Arestis, prezes ósmej izby pełniący obowiązki prezesa czwartej izby, R. Silva de Lapuerta, E. Juhász (sprawozdawca), J. Malenovský i T. von Danwitz, sędziowie, rzecznik generalny: D. Ruiz-Jarabo Colomer,

sekretarz: M. Ferreira, główny administrator,

uwzględniając procedurę pisemną i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 25 października 2007 r.,

rozważywszy uwagi przedstawione:

- w imieniu SECAP SpA przez F. Vidette, avvocato,
- w imieniu Santorso Soc. coop. arl przez B. Amadia, L. Fumarolę oraz S. Bonattiego, avvocati,
- w imieniu Comune di Torino przez M. Caldo, A. Arnone oraz M. Colariziego, avvocati,
- w imieniu rządu włoskiego przez I. M. Braguglię, działającego w charakterze pełnomocnika, wspieranego przez D. Del Gaiza oraz F. Arenę, avvocati dello Stato,
- w imieniu rządu niemieckiego przez M. Lumnę działającego w charakterze pełnomocnika,
- w imieniu rządu francuskiego przez G. de Berguesa oraz J.-C. Grację, działających w charakterze pełnomocników,
- w imieniu rządu litewskiego przez D. Kriaučiūnasa, działającego w charakterze pełnomocnika,
- w imieniu rządu niderlandzkiego przez H. G. Sevenster oraz P. van Ginnekena, działających w charakterze pełnomocników,
- w imieniu rządu austriackiego przez M. Fruhmanna, działającego w charakterze pełnomocnika,
- w imieniu rządu słowackiego przez R. Procházkę, działającego w charakterze pełnomocnika,
- w imieniu Komisji Wspólnot Europejskich przez X. Lewisa oraz D. Recchie, działających w charakterze pełnomocników,

po zapoznaniu się z opinią rzecznika generalnego na posiedzeniu w dniu 27 listopada 2007 r.,

wydaje następujący

Wyrok

1. Wnioski o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczą wykładni art. 30 ust. 4 dyrektywy Rady 93/37/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (Dz.U. L 199, s. 54) zmiennej dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 97/52/WE z dnia 13 października 1997 r. (Dz.U. L 328, s. 1, zwanej dalej „dyrektywą 93/37”) oraz podstawowych zasad prawa wspólnotowego w dziedzinie udzielania zamówień publicznych.
2. Wnioski te zostały złożone w ramach sporu pomiędzy SECAP SpA (zwanej dalej SECAP) i Santorso Soc. coop. arl (zwanej dalej Santorso) a Comune di Torino (gmina Turyn) dotyczącego kwestii zgodności z prawem wspólnotowym regulacji ustawodawstwa włoskiego, która przewiduje w zakresie zamówień publicznych na roboty budowlane o wartości niższej od progu określonego w dyrektywie 93/37 automatyczne wykluczenie ofert, które zostały uznane za nienormalnie niskie.

Ramy prawne

Uregulowania wspólnotowe

3. Zgodnie z art. 6 ust. 1 lit. a) dyrektywy 93/37 ma ona zastosowanie do „[...] zamówień publicznych na roboty budowlane, których wartość szacunkowa bez podatku VAT wynosi nie mniej niż równowartość w ecu 5000000 specjalnych praw ciągnięcia (SRD)”.

4. Zgodnie z art. 30 dyrektywy 93/37 zawartym w tytule IV nazwanym „Wspólne reguły uczestnictwa”, w ramach którego rozdział 3 dotyczy kryteriów udzielania zamówień:

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

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

[...]

4. Jeżeli w przypadku danego zamówienia, oferty są nienormalnie niskie w stosunku do robót budowlanych, instytucja zamawiająca, przed odrzuceniem tych ofert, zwraca się na piśmie do oferenta o podanie szczegółów, dotyczących tych składowych elementów ofert, które uważa za istotne oraz weryfikuje składowe elementy uwzględniając otrzymane wyjaśnienia.

Instytucja zamawiająca może uwzględnić wyjaśnienia oparte na obiektywnych przesłankach odnoszących się do oszczędności metody budowlanej, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków dostępnych dla oferenta przy wykonywaniu robót budowlanych, lub oryginalności rozwiązania proponowanego przez oferenta.

Jeśli dokumenty dotyczące zamówienia przewidują udzielenie go na podstawie najniższej oferowanej ceny, instytucja zamawiająca musi powiadomić Komisję o odrzuceniu ofert, które uznaje za zbyt niskie.

[...]”

5. Treść art. 30 ust. 4 dyrektywy 93/37 została przejęta w bardziej rozwiniętej formie przez art. 55 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. L 134, s. 114), zatytułowany „Rażąco niskie oferty”. Zgodnie z motywem pierwszym dyrektywy 2004/18, dokonuje ona w jednym tekście ponownego sformułowania dyrektywy mających zastosowanie do procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi oraz zgodnie z art. 80 ust. 1 powinna ona zostać transponowana do porządku prawnego państw członkowskich najpóźniej w dniu 31 stycznia 2006 r.
6. Względy, dla których nie należy automatycznie wykluczać ofert, które są nienormalnie niskie w stosunku do robót budowlanych wynikają z pierwszego akapitu czterdziestego szóstego motywu dyrektywy 2004/18, wedle którego „zamówienia powinny być udzielane na podstawie obiektywnych kryteriów [...] gwarantujących, że oferty są oceniane w warunkach efektywnej konkurencji. A zatem należy dopuszczać stosowanie tylko dwóch kryteriów udzielania zamówień: »najniższej ceny« i »oferty najkorzystniejszej ekonomicznie«”. Te dwa kryteria udzielania zamówień są wymienione w art. 30 ust. 1 lit. a) i b) dyrektywy 93/37 i art. 53 ust. 1 lit. a) i b) dyrektywy 2004/18.

Uregulowania krajowe

7. Dyrektywa 93/37 została transponowana do włoskiego porządku prawnego na mocy ustawy ramowej nr 109 dotyczącej zamówień publicznych na roboty budowlane (Legge quadro in materia di lavori pubblici), z dnia 11 lutego 1994 r. (supplement zwykły do GURI nr 41 z dnia 19 lutego 1994 r.).

8. Artykuł 21 ust. 1 a wskazanej ustawy w wersji mającej zastosowanie do sprawy rozpatrywanej przez sąd krajowy (zwanej dalej „ustawą nr 109/94”) ma następujące brzmienie:

„W przypadku udzielania zamówień o wartości równej lub przekraczającej 5 milionów ECU na podstawie kryterium najniższej oferowanej ceny w rozumieniu ust. 1, instytucja udzielająca zamówienia ocenia odchylenie od normy, w rozumieniu art. 30 dyrektywy Rady 93/37/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r., każdej oferty charakteryzującej się obniżeniem ceny równym lub większym od średniej arytmetycznej procentowego obniżenia cen wszystkich dopuszczonych ofert, z wyłączeniem 10%, zaokrąglonych w górę do pełnej jednostki, odpowiednio ofert o cenie najwyższej i ofert o cenie najniższej, powiększonej o średnią arytmetyczną rozbieżności procentowych obniżen cen, które przekraczają wskazaną wyżej średnią.

Do ofert należy dołączyć w momencie ich składania wyjaśnienia dotyczące najważniejszych pozycji cenowych wskazanych w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu i które razem stanowią kwotę równą co najmniej 75% wartości podstawowej zamówienia. Ogłoszenie o zamówieniu lub zaproszenie powinny wskazywać sposoby przedstawiania wyjaśnień oraz określać, które z nich są konieczne dla celów dopuszczenia ofert. Wyjaśnienia nie są wymagane w przypadku elementów, dla których wartość minimalna może zostać określona na podstawie danych oficjalnych. Jeżeli ocena żądanych i przedstawionych wyjaśnień nie wystarcza, by wykluczyć niespójność oferty, oferent zostaje zaproszony do uzupełnienia dokumentów wyjaśniających i o wykluczeniu można zdecydować jedynie po ostatecznym sprawdzeniu, dokonanym w postępowaniu kontradyktoryjnym.

Jedynie odnośnie do zamówień publicznych na roboty budowlane o wartości poniżej progu wspólnotowego, instytucja zamawiająca automatycznie wyklucza z postępowania oferty, które zawierają procent obniżenia ceny równy lub wyższy określonemu w zdaniu pierwszym niniejszego ustępu. Automatycznego wykluczenia nie stosuje się, w przypadku gdy liczba ważnych ofert jest niższa niż pięć.”

Postępowania przed sądem krajowym i pytania prejudycjalne

9. SECAP wzięła udział w otwartym postępowaniu przetargowym zorganizowanym przez gminę Turyn w grudniu 2002 r. dotyczącym zamówienia publicznego na roboty budowlane o szacowanej wartości 4 699 999 Eur. W czasie właściwym dla tego postępowania przetargowego próg zastosowania dyrektywy 93/37 był określony zgodnie z art. 6 ust. 1 lit. a) tej dyrektywy w wysokości 6 242 028 Eur. Santorso wzięła udział w analogicznym postępowaniu przetargowym, zorganizowanym we wrześniu 2004 r., o szacowanej wartości 5 172 579 Eur. W tym czasie próg zastosowania dyrektywy 93/37 wynosił 5 923 624 Eur. W związku z tym, w obydwu przypadkach szacowana wartość wskazanych zamówień była niższa od odpowiednich progów zastosowania dyrektywy 93/37.
10. Ogłoszenia, na mocy których gmina Turyn wszczęła wskazane postępowania przetargowe wskazywały, że udzielenie zamówienia nastąpi w oparciu o kryterium najniższej oferowanej ceny, po dokonaniu sprawdzenia i bez automatycznego wykluczenia ofert nienormalnie niskich. Podstawę tych ogłoszeń stanowiła uchwała Giunta comunale (organu wykonawczego gminy), w której przewidziano, że zastosowanie kryterium najniższej ceny zawiera sprawdzenie ofert nienormalnie niskich zgodnie z dyrektywą 93/37 włącznie z zamówieniami o wartości niższej od progów wspólnotowych, w związku z czym nie zastosowano art. 21 ust. 1 a ustawy nr 109/94 w zakresie, w którym przewiduje on automatyczne wykluczenie ofert nienormalnie niskich.
11. W wyniku oceny ofert zakwalifikowano oferty SECAP i Santorso na pierwszym miejscu spośród tych, które nie zostały uznane jako nienormalnie niskie. Po sprawdzeniu ofert nienormalnie niskich, gmina Turyn ostatecznie odrzuciła oferty SECAP i Santorso oraz udzieliła zamówienia innym spółkom.

12. SECAP i Santorso odwołały się od tej decyzji do Tribunale amministrativo regionale del Piemonte podnosząc, że ustawa nr 109/94 nakłada na instytucję zamawiającą bezwzględny obowiązek wykluczenia ofert nienormalnie niskich, nie pozostawiając jakiegokolwiek zakresu stosowania dla kontrydiktoryjnego postępowania sprawdzającego.
13. Na mocy wyroków z dnia 11 października 2004 r. i 30 kwietnia 2005 r. wskazany sąd oddalił odwołania SECAP i Santorso uzasadniając to w ten sposób, że procedura automatycznego wykluczenia ofert nienormalnie niskich nie jest dla instytucji zamawiających obowiązkiem, lecz pozostawia tym ostatnim możliwość zarządzenia sprawdzenia ewentualnych anomalii związanych z niską ceną tych ofert włącznie z zamówieniami o wartości poniżej progów wspólnotowego.
14. SECAP i Santorso odwołały się od tych orzeczeń do Consiglio di Stato. Sąd ten podziela stanowiska tych spółek co do wiążącego charakteru regulacji automatycznie wykluczającej oferty nienormalnie niskie, nie pozostaje jednak obojętny wobec argumentów gminy Turyn, która w oparciu o dane statystyczne wyjaśnia, że regulacja ta prowadzi ze względu na swą surowość do zawierania tajnych uzgodnień pomiędzy przedsiębiorstwami, które porozumiewają się co do cen w celu wypłynięcia na wynik procedury przetargowej, szkodząc w ten sposób zarówno administracji instytucji zamawiających jak również innym oferentom będącym w większości przedsiębiorstwami mającymi siedzibę w innych państwach członkowskich.
15. Sąd krajowy odnosi się do orzecznictwa Trybunału, zgodnie z którym w zakresie dotyczącym zamówień, które ze względu na swój przedmiot nie są objęte zakresem zastosowania dyrektyw dotyczących udzielania zamówień publicznych, instytucje zamawiające są zobowiązane do przestrzegania podstawowych zasad traktatu WE, w szczególności zasady niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową (zob. w szczególności wyrok z dnia 7 grudnia 2000 r. w sprawie C-324/98 *Telaustria* i *Telefonadress* Rec. s. I-10745, pkt 60) oraz do orzecznictwa, które w zakresie zamówień publicznych na roboty budowlane o wartości wyższej od progów wspólnotowych zabrania państwom członkowskim stanowienia przepisów, które przewidują wykluczenie z urzędu niektórych ofert według kryterium matematycznego zamiast nałożenia na instytucje zamawiające obowiązku stosowania kontrydiktoryjnego postępowania sprawdzającego przewidzianego w regulacjach wspólnotowych (zob. w szczególności wyrok z dnia 22 czerwca 1989 r. w sprawie 103/88 *Costanzo*, Rec. s. 1839, pkt 19).
16. Mając na uwadze powyższe i wobec wątpliwości co do rozstrzygnięcia kwestii, czy regulację dotyczącą kontrydiktoryjnego postępowania sprawdzającego w zakresie ofert nienormalnie niskich należy zakwalifikować jako podstawową zasadę prawa wspólnotowego mogącą wyłączyć stosowanie ewentualnych przepisów krajowych niezgodnych z tą regulacją, Consiglio di Stato postanowił zawiesić postępowanie i przedstawić Trybunałowi poniższe pytania prejudycjalne, które zostały sformułowane w ten sam sposób w sprawach C-147/06 i C-148/06:
 - „1). Czy zasada wyrażona w art. 30 ust. 4 dyrektywy 93/37 [...] lub analogiczna zasada zawarta w art. 55 ust. 1 i 2 dyrektywy 2004/18 [...] (jeśli uznane zostanie, że stosuje się tę ostatnią dyrektywę), zgodnie z którą jeżeli w przypadku danego zamówienia, oferty są nienormalnie niskie w stosunku do świadczenia, instytucja zamawiająca, przed odrzuceniem tych ofert, zwraca się na piśmie do oferenta o podanie szczegółów, dotyczących tych składowych elementów ofert, które uważa za istotne oraz weryfikuje składowe elementy uwzględniając otrzymane wyjaśnienia, jest podstawową zasadą prawa wspólnotowego, czy też nie?
 - 2). W przypadku udzielenia odpowiedzi przeczącej na pytanie pierwsze, czy jeśli zasada wyrażona w art. 30 ust. 4 dyrektywy 93/37 [...] lub analogiczna zasada zawarta w art. 55 ust. 1 i 2 dyrektywy 2004/18 [...] (jeśli uznane zostanie, że stosuje się tę ostatnią dyrektywę), zgodnie z którą jeżeli w przypadku danego zamówienia, oferty są nienormalnie niskie w stosunku do świadczenia, instytucja

zamawiająca, przed odrzuceniem tych ofert, zwraca się na piśmie do oferenta o podanie szczegółów, dotyczących tych składowych elementów ofert, które uważa za istotne oraz weryfikuje składowe elementy uwzględniając otrzymane wyjaśnienia, nie wykazuje cech zasady podstawowej prawa wspólnotowego, jest zasadą, którą można wywnioskować lub też »zasadą wywodzącą się« z zasady konkurencji w związku z zasadą przejrzystości w administracji i zasadą niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową i z tego względu stosuje się ją bezpośrednio i ma ona pierwszeństwo przed sprzecznymi z nią przepisami krajowymi, wydanymi przez państwa członkowskie w odniesieniu do procedur udzielania zamówień publicznych, do których nie stosuje się bezpośrednio przepisów prawa wspólnotowego?»

17. Postanowieniem prezesa Trybunału z dnia 12 lipca 2006 r. sprawy C-147/06 i C-148/06 zostały połączone do celów procedury pisemnej i ustnej, jak również wydania wyroku.

W przedmiocie pytań prejudycjalnych

18. Zwracając się z powyższymi pytaniami, które należy rozpatrzyć łącznie, sąd odsyłający zmierza w istocie do ustalenia, czy podstawowe zasady prawa wspólnotowego mające również zastosowanie do udzielania zamówień publicznych, wyrażone w sposób szczególny w art. 30 ust. 4 dyrektywy 93/37 sprzeciwiają się przepisom krajowym, które w zakresie zamówień o wartości niższej od progu określonego w art. 6 ust. 1 lit. a) tej dyrektywy nakładają na instytucje zamawiające obowiązek automatycznego wykluczenia ofert uznanych zgodnie z przewidzianym w tych przepisach kryterium matematycznym za nienormalnie niskie w stosunku do świadczenia w przypadku, gdy liczba ważnych ofert jest wyższa niż pięć, nie pozostawiając tym instytucjom zamawiającym jakiegokolwiek możliwości weryfikacji elementów składowych tych ofert poprzez zwrócenie się do danych oferentów o podanie szczegółów dotyczących tych elementów.
19. Należy wskazać, że szczególne, rygorystyczne procedury ustanowione we wspólnotowych dyrektywach w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych mają zastosowanie wyłącznie do zamówień, których wartość przekracza próg wyraźnie przewidziany w każdej z tych dyrektyw (postanowienie z dnia 3 grudnia 2001 r. w sprawie C-59/00 Vestergaard, Rec. s. I-9505, pkt 19). W związku z tym, przepisy tych dyrektyw nie mają zastosowania do zamówień, których wartość nie osiągnęła określonego w nich progu (zob. podobnie wyrok z dnia 21 lutego 2008 r. w sprawie C-412/04 Komisja przeciwko Włochom, dotychczas nieopublikowany w Zbiorze, pkt 65).
20. Jednak nie oznacza to, że te ostatnie z wymienionych zamówień są wyłączone z zakresu stosowania prawa wspólnotowego (ww. postanowienie w sprawie Vestergaard, pkt 19). Zgodnie bowiem z utrwalonym orzecznictwem Trybunału w zakresie dotyczącym udzielania zamówień, które ze względu na swoją wartość nie są objęte procedurami przewidzianymi w regulacjach wspólnotowych, instytucje zamawiające są jednak zobowiązane do przestrzegania podstawowych zasad traktatu oraz zasady niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową (ww. wyrok w sprawie Telaustria i Telefonadress, pkt 60; ww. postanowienie w sprawie Vestergaard, pkt 20 i 21; wyroki z dnia 20 października 2005 r. w sprawie C-264/03 Komisja przeciwko Francji, Rec. s. I-8831, pkt 32 i z dnia 14 czerwca 2007 r. w sprawie C-6/05 Medipac-Kazantzidis, Rec. s. I-4557, pkt 33).
21. Jednakże, zgodnie z orzecznictwem Trybunału, stosowanie podstawowych norm i ogólnych zasad traktatu do procedur udzielania zamówień publicznych o wartości niższej od progu stosowania dyrektyw wspólnotowych zakłada, że zamówienia te stanowią niewątpliwie przedmiot zainteresowania o charakterze transgranicznym

(zob. podobnie wyrok z dnia 13 listopada 2007 r. w sprawie C-507/03 Komisja przeciwko Irlandii, dotychczas nieopublikowany w Zbiorze, pkt 29 oraz ww. wyrok w sprawie Komisja przeciwko Włochom, pkt 66 i 67).

22. Ocenę przepisów krajowych takich jak te, które stanowią przedmiot postępowania przed sądem krajowym, należy dokonać w świetle powyższych rozważań.
23. Z dokumentów przedstawionych Trybunałowi wynika, że w zakresie udzielania zamówień o wartości niższej od progu określonego w art. 6 ust. 1 lit. a) dyrektywy 93/37 wskazana regulacja nakłada na daną instytucję zamawiającą obowiązek automatycznego wykluczenia ofert uznanych zgodnie z przewidzianym w tych przepisach kryterium matematycznym za nienormalnie niskie w stosunku do świadczenia, przy czym przewidziano odstępstwo polegające na niestosowaniu tego automatycznego wykluczenia wówczas, gdy liczba ważnych ofert jest mniejsza niż pięć.
24. W związku z tym, wskazany przepis, sformułowany w sposób jasny, bezwzględny i absolutny, odbiera oferentom, którzy przedstawili oferty nienormalnie niskie możliwość wykazania, że są one godne zaufania i poważne. Ten aspekt omawianej regulacji może prowadzić do skutków niezgodnych z prawem wspólnotowym, jeżeli dane zamówienie nadaje się do tego, by ze względu na swe właściwości stanowić niewątpliwy przedmiot zainteresowania o charakterze transgranicznym i przyciągać w ten sposób podmioty gospodarcze z innych państw członkowskich. Zamówienie publiczne może stanowić tego rodzaju przedmiot zainteresowania o charakterze transgranicznym np. ze względu na swą szacowaną wartość w związku z wymaganą wiedzą techniczną lub lokalizacją robót w miejscu wzbudzającym zainteresowanie podmiotów zagranicznych.
25. Jak wskazał rzecznik generalny w pkt 45 i 46 swej opinii, tego rodzaju regulacja, jakkolwiek obiektywnie nie jest sama w sobie dyskryminująca, narusza ogólną zasadę niedyskryminacji w procedurach udzielania zamówień publicznych stanowiących przedmiot zainteresowania o charakterze transgranicznym.
26. Stosowanie do zamówień stanowiących niewątpliwy przedmiot zainteresowania o charakterze transgranicznym przepisu automatycznie wykluczającego oferty uznane za nienormalnie niskie może bowiem stanowić dyskryminację pośrednią, w praktyce niekorzystnie wpływającą na pozycję podmiotów gospodarczych z innych państw członkowskich, którzy w związku z odmienną strukturą kosztów oraz korzystając z ekonomii skali lub chcąc ograniczyć swą marżę zysku celem skuteczniejszego wejścia na dany rynek, są w stanie przedłożyć ofertę konkurencyjną będącą jednocześnie ofertą poważną i godną zaufania, której instytucja zamawiająca nie mogłaby jednak uwzględnić ze względu na omawianą regulację.
27. Ponadto, jak wskazała gmina Turyn i również rzecznik generalny w pkt 43, 46 i 47 opinii, tego rodzaju regulacja może prowadzić do zachowań i porozumień antykonkurencyjnych, jak np. do tajnych uzgodnień pomiędzy przedsiębiorcami krajowymi w celu zarezerwowania dla siebie zamówień publicznych na roboty budowlane.
28. W związku z tym, stosowanie do zamówień stanowiących niewątpliwy przedmiot zainteresowania o charakterze transgranicznym przepisu automatycznie wykluczającego oferty nienormalnie niskie może pozbawić podmioty gospodarcze z innych państw członkowskich możliwości świadczenia usług w większym stopniu konkurencyjnych niż w przypadku podmiotów mających siedzibę w państwie członkowskim, o którym mowa i narusza w ten sposób ich dostęp do rynku tego państwa, negatywnie wpływając na wykonywanie swobody przedsiębiorczości i swobody przepływu usług, co stanowi ograniczenie tych swobód (zob. podobnie wyroki z dnia 17 października 2002 r. w sprawie C-79/01 Payroll i.in., Rec. s. I-8923, pkt 26; z dnia 5 października 2004 r. w sprawie C-442/02 CaixaBank France, Rec. s. I-8961, pkt 12 i 13 oraz z dnia 3 października 2006 r. w sprawie C-452/04 Fidium Finanz, Rec. s. I-9521, pkt 46).

29. Stosując tego rodzaju regulację do zamówień stanowiących niewątpliwy przedmiot zainteresowania o charakterze transgranicznym instytucje zamawiające, pozbawione możliwości dokonania jakiegokolwiek oceny solidności i pewności ofert nienormalnie niskich, nie są w stanie dochować obowiązku poszanowania podstawowych zasad traktatu w zakresie swobodnego przepływu oraz ogólnej zasady niedyskryminacji, jak wymaga tego orzecznictwo Trybunału wskazane w pkt 20 niniejszego wyroku. Pozbawienie tej możliwości sprzeciwia się jednocześnie własnemu interesowi instytucji zamawiających ze względu na to, że nie mogą one uwzględnić ofert przedłożonych im w warunkach rzeczywistej konkurencji i w związku z tym nie mogą one również udzielić zamówienia w zastosowaniu kryteriów najniższej ceny lub oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, ustanowionych również w interesie ogółu.
30. Przed określeniem zakresu procedury przetargowej, ocena ewentualnego zainteresowania transgranicznego w przypadku zamówienia, którego szacowana wartość jest mniejsza od progu przewidzianego w przepisach wspólnotowych, należy co do zasady do danej instytucji zamawiającej, przy czym ocena ta może zostać poddana kontroli sądowej.
31. Jest jednak dopuszczalne, aby regulacja na szczeblu krajowym lub lokalnym ustanawiała obiektywne kryteria wskazujące na wystąpienie niewątpliwego zainteresowania transgranicznego. Tego rodzaju kryteria mogą stanowić w szczególności relatywnie wysoka kwota danego zamówienia w związku z miejscem wykonania robót. Możliwe jest również wykluczenie zaistnienia takiego zainteresowania np. w przypadku bardzo ograniczonego znaczenia ekonomicznego danego zamówienia (zob. podobnie wyrok z dnia 21 lipca 2005 r. w sprawie C-231/03 Coname, Rec. s. I-7287, pkt 20). Jednakże konieczne jest uwzględnienie okoliczności, że w niektórych przypadkach granice przecinają aglomeracje położone na terytoriach różnych państw członkowskich i że w takiej sytuacji nawet zamówienia o niskiej wartości mogą stanowić niewątpliwy przedmiot zainteresowania o charakterze transgranicznym.
32. Nawet przy wystąpieniu niewątpliwego zainteresowania transgranicznego, automatyczne wykluczenie niektórych ofert ze względu na ich nienormalnie niski charakter może się okazać dopuszczalne, gdy zastosowanie tego przepisu jest uzasadnione nadzwyczaj dużą ilością ofert, a więc w sytuacji, w której instytucja zamawiająca musiałaby przeprowadzić kontradiktoryjne postępowania sprawdzające tak dużej ilości ofert, że przekraczałyby to możliwości administracyjne tej instytucji zamawiającej lub zagroziłoby realizacji projektu ze względu na opóźnienie spowodowane tymi postępowaniami.
33. W tych okolicznościach byłoby dopuszczalne, aby przepisy krajowe, lokalne lub sama instytucja zamawiająca określały rozsądny próg zastosowania automatycznego wykluczenia ofert nienormalnie niskich. Jednakże próg pięciu ważnych ofert określony w art. 21 ust. 1 bis akapit trzeci ustawy nr 109/94 nie może zostać uznany za rozsądny.
34. W zakresie dotyczącym spraw rozpatrywanych przez sąd krajowy, do sądu tego należy przeprowadzenie, w oparciu o stan faktyczny, oceny wszystkich istotnych elementów dotyczących dwóch zamówień, o których mowa, celem ustalenia, czy w tych przypadkach zaistniało niewątpliwe zainteresowanie transgraniczne.
35. W związku z powyższym, na pytania prejudycjalne należy udzielić odpowiedzi, że podstawowe zasady traktatu w dziedzinie swobody przedsiębiorczości i swobodnego przepływu usług oraz ogólna zasada niedyskryminacji sprzeciwiają się przepisom krajowym, które w zakresie zamówień o wartości niższej od progu określonego w art. 6 ust. 1 lit. a) dyrektywy 93/37, stanowiących niewątpliwy przedmiot zainteresowania o charakterze transgranicznym nakładają na instytucje zamawiające

bezwzględny obowiązek automatycznego wykluczenia ofert uznanych zgodnie z przewidzianym w tych przepisach kryterium matematycznym za nienormalnie niskie w stosunku do świadczenia w przypadku, gdy liczba ważnych ofert jest wyższa niż pięć, nie pozostawiając tym instytucjom zamawiającym jakiegokolwiek możliwości weryfikacji elementów składowych tych ofert poprzez zwrócenie się do danych oferentów o podanie szczegółów dotyczących tych elementów. Nie ma to zastosowania w przypadku, gdy w związku z nadzwyczaj dużą ilością ofert, mogąca skutkować koniecznością przeprowadzenia przez instytucję zamawiającą kontryktoryjnych postępowań sprawdzających obejmujących tak dużą liczbę ofert, że przekraczałoby to jej możliwości administracyjne lub zagroziłoby realizacji projektu ze względu na opóźnienie spowodowane tymi postępowaniami, przepisy krajowe, lokalne lub sama instytucja zamawiająca określą rozsądny próg, powyżej którego zastosowanie będzie miało automatyczne wykluczenie ofert nienormalnie niskich.

W przedmiocie kosztów

36. Dla stron postępowania przed sądem krajowym niniejsze postępowanie ma charakter incydentalny, dotyczy bowiem kwestii podniesionej przed tym sądem, do niego zatem należy rozstrzygnięcie o kosztach. Koszty poniesione w związku z przedstawieniem uwag Trybunałowi, inne niż poniesione przez strony postępowania przed sądem krajowym, nie podlegają zwrotowi.

Z powyższych względów Trybunał (czwarta izba) orzeka, co następuje:

W związku z powyższym, na pytania prejudycjalne należy udzielić odpowiedzi, że podstawowe zasady traktatu WE w dziedzinie swobody przedsiębiorczości i swobodnego przepływu usług oraz ogólna zasada niedyskryminacji sprzeciwiają się przepisom krajowym, które w zakresie zamówień o wartości niższej od progu określonego w art. 6 ust. 1 lit. a) dyrektywy Rady 93/37 z dnia 14 czerwca 1993 r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane zmienionej dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 97/52/WE z dnia 13 października 1997 r., stanowiących niewątpliwym przedmiot zainteresowania o charakterze transgranicznym nakładają na instytucje zamawiające bezwzględny obowiązek automatycznego wykluczenia ofert uznanych zgodnie z przewidzianym w tych przepisach kryterium matematycznym za nienormalnie niskie w stosunku do świadczenia, w przypadku gdy liczba ważnych ofert jest wyższa niż pięć, nie pozostawiając tym instytucjom zamawiającym jakiegokolwiek możliwości weryfikacji elementów składowych tych ofert poprzez zwrócenie się do danych oferentów o podanie szczegółów dotyczących tych elementów. Nie ma to zastosowania w przypadku, gdy w związku z nadzwyczaj dużą ilością ofert, mogąca skutkować koniecznością przeprowadzenia przez instytucję zamawiającą kontryktoryjnych postępowań sprawdzających obejmujących tak dużą liczbę ofert, że przekraczałoby to jej możliwości administracyjne lub zagroziłoby realizacji projektu ze względu na opóźnienie spowodowane tymi postępowaniami, przepisy krajowe, lokalne lub sama instytucja zamawiająca określą rozsądny próg, powyżej którego zastosowanie będzie miało automatyczne wykluczenie ofert nienormalnie niskich.

Podpisy

** Język postępowania: włoski.

Orzeczenie z dnia 21 maja 2008 r. w sprawie T-495/04
Belfass przeciwko Radzie

WYROK SĄDU PIERWSZEJ INSTANCJI (piąta izba)
z dnia 21 maja 2008 r. (*)

Zamówienia publiczne na usługi – Wspólnotowa procedura przetargowa – Oczywista omyłka – Udzielenie zamówienia na podstawie najkorzystniejszej ekonomicznie oferty – Oferta rażąco niska – Artykuł 139 ust. 1 rozporządzenia (WE, Euratom) nr 2342/2002 – Zarzut niezgodności z prawem – Specyfikacja – Dopuszczalność

W sprawie T-495/04

Belfass SPRL, z siedzibą w Forest (Belgia), reprezentowana przez L. Vogela, adwokata,
strona skarżąca,
przeciwko

Radzie Unii Europejskiej, reprezentowanej przez B. Driessena i A. Vitra, działających
w charakterze pełnomocników,
strona pozwana,

mającej za przedmiot, po pierwsze, skargę o stwierdzenie nieważności decyzji Rady Unii Europejskiej z dnia 13 października 2004 r. o odrzuceniu dwóch ofert złożonych przez skarżącą w ramach przetargu UCA-033/04, a z drugiej strony, skargę o odszkodowanie za wynikłe z zachowania Rady szkody poniesione przez skarżącą,

SĄD PIERWSZEJ INSTANCJI WSPÓLNOT EUROPEJSKICH (piąta izba),

w składzie: M. Vilaras, prezes, E. Martins Ribeiro i K. Jürimäe (sprawozdawca), sędziowie,
sekretarz: J. Plingers, administrator,

uwzględniając procedurę pisemną i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 21 czerwca 2007 r.,

wydaje następujący

Wyrok

Ramy prawne

1. Udzielanie zamówień na usługi przez Radę Unii Europejskiej podlega przepisom tytułu V części 1 rozporządzenia Rady (WE, Euratom) nr 1605/2002 z dnia 25 czerwca 2002 r. w sprawie rozporządzenia finansowego mającego zastosowanie do budżetu ogólnego Wspólnot Europejskich (Dz.U. L 248, s. 1, zwanego dalej „rozporządzeniem finansowym”) oraz przepisom rozporządzenia Komisji (WE, Euratom) nr 2342/2002 z dnia 23 grudnia 2002 r. ustanawiającego szczegółowe zasady wykonania rozporządzenia finansowego (Dz.U. L 357, s. 1, zwanego dalej „szczegółowymi zasadami wykonania”). Przepisy te są wzorowane na wspólnotowych dyrektywach z tej dziedziny, a w szczególności na dyrektywie Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnoszącej się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi (Dz.U. L 209, s. 1), dyrektywie Rady 93/36/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy (Dz.U. L 199, s. 1) i na dyrektywie Rady 93/37/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (Dz.U. L 199, s. 54) z późn. zm.

2. Artykuł 97 rozporządzenia finansowego stanowi:
 - „1. Kryteria wyboru odnoszące się do oceny potencjału [predyspozycji] kandydatów lub oferentów oraz kryteria udzielenia zamówienia służące ocenie treści ofert określa się z wyprzedzeniem i umieszcza w zaproszeniu do składania ofert [dokumentacji przetargowej].
 2. Zamówienia mogą być udzielane poprzez automatyczną procedurę udzielania zamówień [na podstawie kryterium najniższej ceny] lub przez procedurę przyjęcia oferty gospodarczo najbardziej korzystnej [najkorzystniejszej ekonomicznie oferty]”.
3. Artykuł 99 rozporządzenia finansowego stanowi:

„Podczas trwania procedury przetargowej, wszelkie kontakty między zamawiającym a kandydatami lub oferentami muszą odbywać się na zasadach zapewniających przejrzystość i równość traktowania. Nie mogą prowadzić do zmian warunków umowy [zamówienia] lub warunków zawartych w pierwotnej ofercie”.
4. Artykuł 100 ust. 2 rozporządzenia finansowego stanowi:
 - „2. Zamawiający powiadamia wszystkich kandydatów lub oferentów, których wnioski lub oferty zostały odrzucone o podstawach podjęcia decyzji, a także wszystkich oferentów, których oferty zostały dopuszczone i którzy zwrócili się z prośbą na piśmie, [o] ogólnych danych [cechach] oraz zaletach [w stosunku do pozostałych ofert], oferty, która wygrała przetarg oraz nazwisku [nazwie] oferenta, któremu udzielono zamówienia.

Jednakże niektórych szczegółowych informacji nie należy udostępniać, w przypadku gdy ich udostępnienie utrudniłoby stosowanie prawa, byłoby sprzeczne z interesem publicznym lub zaszkodziłoby prawnym [słusznym] interesom gospodarczym przedsiębiorstw prywatnych lub publicznych lub zakłóciłoby uczciwą konkurencję między tymi przedsiębiorstwami”.
5. Artykuł 101 akapit 1 rozporządzenia finansowego stanowi:

„Zamawiający przed podpisaniem umowy może zrezygnować z zamówienia lub unieważnić procedurę udzielenia zamówienia, przy czym oferenci lub kandydaci nie są uprawnieni do wystąpienia o odszkodowanie”.
6. Artykuł 122 ust. 2 akapit drugi szczegółowych zasad wykonania, w brzmieniu obowiązującym w chwili, gdy miały miejsce okoliczności faktyczne sprawy, stanowił, że procedury udzielania zamówienia za pomocą przetargu:

„[...] są ograniczone, jeżeli wszystkie podmioty gospodarcze mogą wnioskować o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, ale tylko kandydaci spełniający kryteria wyboru określone w art. 135 oraz zapraszani równocześnie i w formie pisemnej przez instytucje zamawiające mogą składać oferty”.
7. Artykuł 128 ust. 1 i 3 szczegółowych zasad wykonania, dotyczący procedury ograniczonej z uprzednim zaproszeniem do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu, stanowi w szczególności:
 - „1. Zaproszenie do składania ofert [zaproszenie do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu] stanowi środek wstępnej selekcji kandydatów, którzy zostaną zaproszeni do złożenia ofert w odpowiedzi na przyszłe zaproszenia ograniczone do udziału w przetargach [w przyszłych przetargach ograniczonych] [...];
 3. W przypadku gdy zamówienie szczególne [konkretne zamówienie] ma zostać udzielone, instytucja zamawiająca zaprasza wszystkich kandydatów wpisanych na listę lub tylko niektórych z nich, na podstawie obiektywnych i niedyskryminujących kryteriów selekcji, szczególnych [odpowiednich] dla tego zamówienia, do złożenia oferty”.

8. Artykuł 130 ust. 1 szczegółowych zasad wykonania w brzmieniu obowiązującym w chwili, gdy miały miejsce okoliczności faktyczne sprawy stanowił:
- „1. Dokumenty dotyczące składania ofert [zaproszenia do składania ofert] obejmują co najmniej:
- a) zaproszenie do złożenia oferty lub do negocjacji;
 - b) załączone specyfikacje, do których załączone są ogólne warunki [i warunki] stosowane do zamówień;
 - c) wzór zamówienia.
- [...]”.
9. Artykuł 130 ust. 3 lit. a) i b) szczegółowych zasad wykonania w brzmieniu obowiązującym w chwili, gdy miały miejsce okoliczności faktyczne sprawy stanowił:
- „3. Specyfikacje co najmniej określają:
- a) kryteria wyłączenia [wykluczenia] i selekcji [wyboru], mających [mające] zastosowanie do zamówienia, z wyjątkiem procedury ograniczonej i negocjacyjnej po opublikowaniu ogłoszenia określonego [o której mowa] w art. 127; w takich przypadkach, kryteria te określone są wyłącznie w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do składania ofert [zaproszeniu do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu];
 - b) kryteria przyznawania [udzielenia zamówienia] i ich względną wagę, jeżeli nie jest to określone w ogłoszeniu o zamówieniu;
 - c) specyfikacje techniczne określone w art. 131;
- [...]”.
10. Artykuł 138 szczegółowych zasad wykonania, w brzmieniu obowiązującym w chwili, gdy miały miejsce okoliczności faktyczne sprawy stanowił:
- „1. Zamówienia udzielane są w jeden z dwóch następujących sposobów:
- a) na podstawie automatycznej procedury przetargowej, w którym to przypadku zamówienie jest udzielane oferentowi, który, składając prawidłową ofertę i spełniającą warunki ustanowione, podaje najniższą cenę;
 - b) lub poprzez przyjęcie oferty ekonomicznie najbardziej korzystnej [najkorzystniejszej ekonomicznie oferty].
2. Oferta ekonomicznie najbardziej korzystna [najkorzystniejsza ekonomicznie oferta] to ta, która przedstawia najkorzystniejszą relację między ceną a jakością, biorąc pod uwagę kryteria uzasadnione przedmiotem zamówienia, takie jak cena giełdowa [podana cena], zalety techniczne [wartość techniczna], cechy estetyczne i funkcjonalne, cechy pod kątem środowiska naturalnego, koszty eksploatacji, rentowność lub terminy [wykonania lub] dostaw, usługi posprzedażne i pomoc techniczna [wsparcie techniczne].
3. Instytucja zamawiająca określa, w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacjach, wskaźniki korygujące [względną wagę], jakie[a] zastosuje do każdego z kryteriów, w celu określenia oferty ekonomicznie najbardziej korzystnej [najkorzystniejszej ekonomicznie oferty].
- Wskaźniki zastosowane do cen [Względna waga ceny] w odniesieniu do innych kryteriów nie mogą [może] powodować neutralizacji [kryterium] ceny przy wyborze wykonawcy.
- Jeżeli, w szczególnych przypadkach, zastosowanie wskaźników [ważenie kryteriów] jest technicznie niemożliwe, w szczególności w kwestii przedmiotu zamówienia [ze względu na przedmiot zamówienia], instytucja zamawiająca określa co najmniej odwrotną kolejność według ważności [porządek tych kryteriów od najważniejszego do najmniej ważnego], zgodnie z którą[ym] kryteria mają być stosowane”.

11. Artykuł 139 ust. 1 szczegółowych zasad wykonania w brzmieniu obowiązującym w chwili, gdy miały miejsce okoliczności faktyczne sprawy stanowił:

„1. Jeżeli w przypadku konkretnego zamówienia oferty wydają się nienormalnie [rażąco] niskie w stosunku do świadczeń, zamawiający zobowiązany jest przed odrzuceniem tych ofert [jedynie ze względu na ten fakt] zwrócić się na piśmie do oferenta o podanie szczegółów, dotyczących tych elementów ofert, które uważa za istotne, oraz zweryfikować je z uwzględnieniem otrzymanych wyjaśnień.

Instytucja zamawiająca może w szczególności wziąć pod uwagę wyjaśnienia [uzasadnienia] odnoszące się do:

- a) ekonomiki procesu produkcyjnego, świadczenia usług lub metod budowy;
- b) wybranych rozwiązań technicznych lub szczególnie korzystnych warunków dostępnych dla oferenta;
- c) oryginalności oferty”.

12. Artykuł 148 ust. 1 i 3 szczegółowych zasad wykonania stanowi:

„1. Kontakty między instytucjami zamawiającymi i oferentami w trakcie procedury przetargowej mogą mieć miejsce, w drodze wyjątku, zgodnie z warunkami wymienionymi w ust. 2 i 3.

3. Jeżeli, po otwarciu ofert, wymagane są jakieś wyjaśnienia w związku z ofertą, lub jeżeli oczywiste pomyłki urzędnicze [oczywiste omyłki] w ofercie wymagają skorygowania, instytucja zamawiająca może skontaktować się z oferentem, mimo że [jednakże] taki kontakt nie może prowadzić do jakiegokolwiek zmiany warunków oferty”.

Okoliczności faktyczne leżące u podstaw sporu

13. W dniu 4 marca 2004 r., działając na podstawie rozporządzenia finansowego i szczegółowych zasad wykonania, Rada ogłosiła w *Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej* (Dz.U. 2004, S 45) przetarg nr UCA-033/04, w trybie procedury ograniczonej, na świadczenie usług sprzątania i konserwacji dwóch budynków zajmowanych przez sekretariat generalny Rady w Brukseli. Zamówienie składało się z dwóch części, odnoszących się do poszczególnych miejsc świadczenia, tj. budynku „Woluwe Heights” (część nr 1) i budynku „Frère Orban” (część nr 2).

14. Specyfikacja stanowiła, że przyjętym kryterium udzielenia zamówienia jest kryterium najkorzystniejszej ekonomicznie oferty. Ostatecznej oceny ofert dla każdej z części zamówienia miano dokonywać poprzez przyznanie każdej z ofert liczby punktów obliczanej w następujący sposób: „Liczba punktów »za jakość« x 100/wskaźnik ceny”. Ofertą uznaną za najkorzystniejszą ekonomicznie miała być ta, która uzyskała, po tej końcowej ocenie, najwyższą liczbę punktów, przy spełnieniu warunku uzyskania minimalnej liczby punktów wymaganej w rubryce „Jakość”.

15. Zgodnie z tą specyfikacją jakość każdej oferty powinno się oceniać w skali do maksymalnej liczby 100 punktów, na podstawie ośmiu kryteriów. Ósme kryterium, za które można było uzyskać 50 punktów, dotyczyło „Usług liczonych w godzinach według danych z całkowitych sum A, B, C i D wykazu z załącznika 3”.

16. Możliwe do uzyskania na podstawie tego kryterium 50 punktów było przyznawane proporcjonalnie, w zależności do różnicy między całkowitą liczbą oferowanych rocznie godzin w ocenianej ofercie (H_o) z jednej strony, a średnią całkowitą liczbą godzin oferowanych na każdy rok w każdej z ofert, które uznano za dopuszczalne (H_m) z drugiej strony. Wynik równy średniej H_m należało uznać za zadowalający i zasługujący na 40 punktów (czyli 80% pułapu wynoszącego 50 punktów). Zgodnie ze specyfikacją przekroczenie tego progu H_m o 12,5% było premiowane dodatkowymi

punktami, przy zachowaniu pułapu 50 punktów. Natomiast wynik niższy od tegoż progu Hm o ponad 12,5% skutkowało odjęciem punktów, aż do poziomu 30 punktów, które stanowiły minimum powodujące odrzucenie.

17. Ponadto specyfikacja stanowiła, że średnia cena za godzinę każdej z ofert nie mogła, pod groźbą odrzucenia, być niższa niż średnia cena za godzinę ustalona przez Union générale belge de nettoyage (belgijski ogólny związek firm sprzątających, zwany dalej „UGBN”) w odniesieniu do kategorii 1A w cenie wytworzenia, obowiązującej w dniu złożenia oferty. W dniu 1 lipca 2004 r. ta średnia cena za godzinę była ustalona na 19,6962 EUR.
18. W dniu 23 czerwca 2004 r. specyfikacja dotycząca omawianego przetargu została skierowana do kandydatów.
19. W dniu 23 lipca 2004 r. Belfass SPRL, skarżąca, złożyła dwie oferty dotyczące odpowiednio każdej z dwóch części zamówienia, które miały być udzielone w ramach przetargu UCA-033/04. Całkowita kwota rocznej ceny podana w ofercie skarżącej dotyczącej części nr 1 wynosiła 234 059,67 EUR.
20. Pismem z dnia 13 października 2004 r. Rada powiadomiła skarżącą o odrzuceniu obu jej ofert z następujących względów: „[...] W odniesieniu do części [nr] 1, wyliczenie średniej ceny za godzinę zawarte w Państwa ofercie daje wynik poniżej minimum UGBN, ustalonego na 19,6962 EUR w dniu [1 lipca 2004 r.]. W odniesieniu do części [nr] 2, Państwa oferta nie uzyskała wymaganej minimalnej liczby punktów za jakość, udzielanych przez komisję przetargową zgodnie z kryteriami określonymi w specyfikacji [...]”.
21. W dniu 15 października 2004 r. skarżąca zwróciła się do Rady o dodatkowe, szczegółowe informacje w odniesieniu do warunków odrzucenia jej oferty dotyczącej części nr 2.
22. W dniu 22 października 2004 r. Rada udzieliła jej odpowiedzi, podając w szczególności, iż:
„[...] Państwa oferta, zawierająca liczbę godzin mniejszą o 20% od średniej liczby godzin wszystkich ofert, została zatem odrzucona na tym etapie, zgodnie z zapisem zawartym na stronie 2”.

Przebieg postępowania i żądania stron

23. Wnioskiem zarejestrowanym w sekretariacie Sądu w dniu 23 grudnia 2004 r. skarżąca wniosła skargę w niniejszej sprawie.
24. Na podstawie sprawozdania sędziego sprawozdawcy Sąd (piąta izba) postanowił otworzyć procedurę ustną.
25. W dniu 13 grudnia 2006 r. w odpowiedzi na wniosek Sądu z dnia 28 listopada 2006 r. o przedłożenie dokumentów, w ramach środków organizacji postępowania, Rada przekazała Sądowi ogłoszenie o zamówieniu i specyfikację warunków zamówienia dotyczące przetargu UCA-033/04, a także oryginalne sprawozdanie z oceny (wersję nie poufną) dotyczące tego przetargu.
26. Na rozprawie w dniu 21 czerwca 2007 r. wysłuchano wystąpień stron i ich odpowiedzi na zadane przez Sąd pytania.
27. Skarżąca wnosi do Sądu o:
 - stwierdzenie dopuszczalności i zasadności skargi;
 - stwierdzenie nieważności decyzji Rady z dnia 13 października 2004 r. o nierozpatrzeniu w sposób pozytywny jej dwóch ofert złożonych w związku z przetargiem UCA-033/04;

- zasądzenie od Rady odszkodowania za szkodę ocenianą na 1 481 317,65 EUR, powiększoną o odsetki w wysokości 7 % rocznie;
- obciążenie Rady całością kosztów.

28. Rada wnosi do Sądu o:

- odrzucenie skargi jako niedopuszczalnej w zakresie części nr 2;
- stwierdzenie, że skarga o stwierdzenie nieważności jest bezzasadna;
- stwierdzenie, że żądanie odszkodowania jest bezzasadne;
- obciążenie skarżącej kosztami.

W przedmiocie dopuszczalności skargi na decyzję z dnia 13 października 2004 r. w zakresie części nr 2

Argumenty uczestników

29. Rada, nie podnosząc oficjalnie zarzutu niedopuszczalności, utrzymuje, że skarga na decyzję z dnia 13 października 2004 r., w zakresie dotyczącym części nr 2, jest niedopuszczalna. Twierdzi ona, że skarżąca nie kwestionuje samej decyzji o wykluczeniu z przetargu, lecz zgodność z prawem decyzji Rady o umieszczeniu w specyfikacji kryterium, które doprowadziło do wykluczenia skarżącej, tj. średniej całkowitej liczby godzin oferowanych przez oferentów.
30. Na rozprawie Rada stwierdziła, że z orzecznictwa Trybunału wynika, iż osoba, która uważa, że specyfikacja danego zamówienia, w kształcie określonym w decyzji instytucji zamawiającej, jest dla niej dyskryminacyjna i niekorzystna, nie może czekać z zaskarżeniem tej decyzji, w którym powoła się właśnie na dyskryminacyjny charakter tej specyfikacji, na doręczenie decyzji o udzieleniu tego zamówienia, jeżeli mają nie być zagrożone cele w zakresie szybkości działania i wydajności 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, s. 33) w brzmieniu zmienionym przez dyrektywę 92/50 (wyrok Trybunału z dnia 12 lutego 2004 r. w sprawie C-230/02 Grossmann Air Service, Rec. s. I-1829, pkt 37).
31. Tymczasem Rada uważa, że ponieważ specyfikacja została skierowana do każdego z kandydatów z osobna, a zatem również do skarżącej, w dniu 23 czerwca 2004 r., dwumiesięczny termin wyznaczony na zakwestionowanie zgodności z prawem decyzji o zamieszczeniu w niej wspomnianego kryterium upłynął już w czasie, gdy składano niniejszą skargę.
32. Skarżąca opiera się głównie na tym, że specyfikacja nie jest aktem podlegającym zaskarżeniu w rozumieniu art. 230 WE. Chodzi bowiem o akt przygotowawczy o charakterze generalnym, a zgodnie z utrwalonym orzecznictwem tego rodzaju akt, bez względu na to, w jakiej chwili zostanie on wydany, nigdy nie może być przedmiotem skargi o stwierdzenie nieważności.
33. Podnosi ona również, że specyfikacja warunków zamówienia jest skierowana do wszystkich przedsiębiorstw, które należą do kategorii określonej w sposób ogólny i abstrakcyjny i mają zamiar ubiegać się o udzielenie im zamówienia publicznego. W niniejszym przypadku specyfikacja nie była ani decyzją, której ona była adresem, ani też decyzją, która jej dotyczyła bezpośrednio i indywidualnie. Wyciąga z tego wniosek, że jedynie skarga na decyzję o udzieleniu zamówienia była w stanie umożliwić jej zakwestionowanie zgodności z prawem kryterium zamieszczonego w specyfikacji, dotyczącego całkowitej liczby godzin oferowanych przez oferentów.
34. Posiłkowo skarżąca podnosi, w odniesieniu do specyfikacji, zarzut niezgodności z prawem w rozumieniu art. 241 WE.

Ocena Sądu

35. Na wstępie Sąd stwierdza, że stanowisko Rady polega na kwestionowaniu dopuszczalności skargi w niniejszej sprawie z tego powodu, że zdaniem tej instytucji dotyczy ona w rzeczywistości wyłącznie specyfikacji stanowiącej zaskarżalny akt, którego zgodność z prawem nie została zakwestionowana w terminie.
36. Należy jednak stwierdzić, że stwierdzenie nieważności, o które chodzi o w niniejszej sprawie jest stwierdzeniem nieważności decyzji Rady z dnia 13 października 2004 r. o nierozpatrzeniu w sposób pozytywny ofert skarżącej złożonych w przetargu i to na potrzeby tego wniosku o stwierdzenie nieważności, a zatem tytułem incydentalnym, skarżąca kwestionuje zgodność specyfikacji z prawem.
37. Powstaje w ten sposób pytanie nie o dopuszczalność skargi o stwierdzenie nieważności ze względu na to, że dotyczy ona specyfikacji, lecz o dopuszczalność zarzutu niezgodności z prawem tego dokumentu, podniesionego w ramach tej skargi o stwierdzenie nieważności.
38. Aby orzec w tej kwestii należy ustalić, czy dokument przetargowy, taki jak sporna specyfikacja, jest aktem, który może być przedmiotem skargi bezpośredniej z art. 230 akapit czwarty WE, jak tego chce Rada, a zatem czy skarżąca powinna była wystąpić przeciwko tej specyfikacji na podstawie tego postanowienia w terminie dwóch miesięcy określonym w piątym akapicie tego postanowienia.
39. Na mocy postanowień art. 230 akapit czwarty WE, każda osoba fizyczna lub prawna może wnieść skargę na decyzje, których jest adresatem oraz na decyzje, które mimo przyjęcia w formie rozporządzenia lub decyzji skierowanej do innej osoby, dotyczą jej bezpośrednio i indywidualnie.
40. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem osoba fizyczna lub prawna, która nie jest adresatem aktu, ma prawo twierdzić, że akt dotyczy jej indywidualnie w rozumieniu art. 230 akapit czwarty WE jedynie wtedy, gdy akt ten dotyczy jej z uwagi na określone, właściwe jej cechy lub sytuację faktyczną, która wyróżnia ją spośród wszystkich innych osób i indywidualizuje w sposób analogiczny do adresata decyzji (wyroki Trybunału z dnia 15 lipca 1963 r. w sprawie 25/62 Plaumann przeciwko Komisji, Rec. s. 197, 223; z dnia 25 lipca 2002 r. w sprawie C-50/00 P Unión de Pequeños Agricultores przeciwko Radzie, Rec. s. I-6677, pkt 36 i z dnia 1 kwietnia 2004 r. w sprawie Komisja przeciwko C-263/02 P Jégo-Quéré, Rec. s. I-3425, pkt 45).
41. W niniejszym przypadku Sąd uważa, że nie można uznać, iż sporna specyfikacja dotyczy skarżącej indywidualnie.
42. Po pierwsze, Sąd uważa, że wbrew temu, co twierdzi Rada, fakt, iż specyfikacja została w dniu 23 czerwca 2004 r. skierowana indywidualnie do każdego z uprzednio wybranych kandydatów, a więc i do skarżącej, w ramach przetargu ograniczonego, nie może indywidualizować skarżącej w rozumieniu art. 230 akapit czwarty WE. Specyfikacja, podobnie jak wszelkie dokumenty przetargowe wydane przez Radę, w których skład ona wchodzi, ma bowiem zastosowanie do sytuacji określonych w sposób obiektywny i rodzi skutki prawne w odniesieniu do kategorii osób określonych w sposób generalny i abstrakcyjny. Zatem ma ona charakter generalny i nie można uznać, że przekazanie jej przez instytucję zamawiającą indywidualnie każdemu z uprzednio wybranych przedsiębiorstw pozwala na zindywidualizowanie, w rozumieniu art. 230 akapit czwarty WE, każdego z tych przedsiębiorstw w stosunku do kogokolwiek innego.
43. Po drugie, Rada niesłusznie opiera się na wyroku *Grossmann Air Service*, przywołanym w pkt 30 powyżej, w celu wykazania, że skarżącej przysługiwało prawo zaskarżenia spornej specyfikacji. Należy bowiem przypomnieć, że ten wyrok Trybunału

wydano w następstwie pytania prejudycjalnego dotyczącego wykładni art. 1 ust. 3 i art. 2 ust. 1 lit. b) dyrektywy 89/665. Zaś, czego nie kwestionuje Rada, przepisy dyrektywy 89/665 z późn. zm. obowiązują tylko państwa członkowskie, lecz nie instytucje wspólnotowe. Ponadto, jak Rada przyznała na rozprawie, należy stwierdzić, że, wspólnotowe przepisy z dziedziny udzielanych przez instytucje wspólnotowe zamówień publicznych na usługi, mające zastosowanie w niniejszym przypadku, nie zawierają żadnych postanowień podobnych do przepisów znajdujących się w dyrektywie 89/665. Sąd stwierdza wreszcie, że w odróżnieniu od okoliczności faktycznych leżących u podstaw sporu w postępowaniu przed sądem krajowym w sprawie Grossmann Air Service, przywołanej w pkt 30 powyżej, w niniejszym przypadku znajdujące się w specyfikacji kryterium kwestionowane przez skarżącą nie uniemożliwiło jej skutecznego wzięcia udziału w spornym postępowaniu przetargowym. Wręcz przeciwnie, z informacji zawartych w aktach sprawy wynika, że skarżąca, z tego samego tytułu jak pozostali kandydaci umieszczeni na liście sporządzonej po etapie preselekcji, była w stanie złożyć ofertę dotyczącą części nr 2. Zatem w wyniku toku rozumowania per analogiam, do celów dokonania oceny dopuszczalności skargi w niniejszej sprawie w zakresie dotyczącym części nr 2, nie można skorzystać z wykładni przepisów dyrektywy 89/665 z późn. zm. udzielonej przez Trybunał w wyroku Grossmann Air Service, przywołanym w pkt 30 powyżej.

44. Z powyższych rozważań wynika, że ponieważ sporna specyfikacja nie dotyczyła indywidualnie skarżącej, nie przysługiwało jej prawo do wniesienia skargi o stwierdzenie nieważności tej specyfikacji na podstawie art. 230 akapit czwarty WE. Zatem Rada niesłusznie podnosi zaskarżalność tej specyfikacji przez skarżącą w celu przeciwstawienia się temu, że skarżąca kwestionuje w ramach niniejszej sprawy, tytułem incydentalnym, zgodność z prawem tego dokumentu.

Co do istoty

W przedmiocie skargi na decyzję z dnia 13 października 2004 r. w zakresie części nr 1

Argumenty uczestników

45. Na poparcie swojej skargi o stwierdzenie nieważności decyzji z dnia 13 października 2004 r. w zakresie części nr 1 skarżąca wysuwa jeden zarzut, oczywistego błędu w ocenie.
46. Zasadniczo skarżąca utrzymuje, że Rada popełniła oczywisty błąd w ocenie, gdyż nie dopełniła obowiązku dokonania starannej analizy jej oferty dotyczącej części nr 1.
47. Wbrew wnioskowi wyciągniętemu przez Radę skarżąca twierdzi bowiem, że średnia cena za godzinę w jej ofercie wynosiła 22,123 EUR, a więc przekraczała minimalną średnią cenę za godzinę w wysokości 19,6962 EUR, ustalonej przez UGBN.
48. Skarżąca przyznaje wprawdzie, że ten popełniony przez Radę błąd wiąże się z pomyłką w dodawaniu, która wkradła się do jej oferty przy całkowitej sumie kategorii A, B, C i D (234 059,67 EUR zamiast 271 811,67 EUR).
49. Jednakże uważa ona, że zgodnie z zasadą dobrej administracji przy dokonywaniu analizy jej oferty Rada powinna była się upewnić, że analizowana oferta nie zawiera takiej oczywistej omyłki, którą mogła poprawić z własnej inicjatywy.
50. Zauważa ona, że zwykłe sprawdzenie obliczenia pozwoliłoby Radzie stwierdzić, że prawidłowa cena za godzinę zawarta w jej ofercie miała minimalną wysokość 20,92 EUR, jak wynika to w sposób jasny i dokładny ze strony 40 oferty.
51. Skarżąca uważa, że przynajmniej, skoro wspomniana omyłka była oczywista, a jej sprostowanie nie spowodowałoby zmiany ani warunków zamówienia, ani początkowej oferty, Rada mogła, zgodnie z art. 99 rozporządzenia finansowego i postanowieniami art. 10 spornej specyfikacji skorzystać z prawa nawiązania z nią kontaktu.

52. Skarżąca uważa, że, wbrew twierdzeniom Rady, nie można skorzystać w niniejszym przypadku z wniosków wysnutych przez Sąd w wyroku z dnia 8 maja 1996 r. w sprawie T-19/95 Adia interim przeciwko Komisji, Rec. s. II-321, pkt 47. Podnosi ona bowiem, że w tamtym wyroku chodziło o pojawiający się systematycznie błąd rachunkowy, który był trudny do wykrycia przez instytucję zamawiającą. Zaś w niniejszym przypadku skarżąca uważa, że omawiany błąd jest zwykłą pomyłką w dodawaniu kategorii A, B, C i D, którą to pomyłkę Rada mogła łatwo wykryć i poprawić.
53. Podobnie, skarżąca twierdzi, że Rada nie może utrzymywać, że nie zauważyła tej omyłki, skoro poprawna, a zatem poprawiona cena całkowita figuruje w porównawczych ocenach, „zwykłej” i „teoretycznej”, jej oferty, załączonych do odpowiedzi na skargę.
54. Ponadto utrzymuje ona, że ogólna zasada sformułowana przez Trybunał w wyroku z dnia 13 lipca 1972 r. w sprawie 90/71 Bernardi przeciwko Parlamentowi, Rec. s. 603, pkt 10, w myśl której strona nie może powołać się przed Trybunałem na nieprawidłowości, które mogły być skutkiem jej własnego zachowania, również nie ma zastosowania w jej przypadku. Zauważa ona bowiem, że jej zachowanie ani nie miało na celu wprowadzenia w błąd, ani nie leżało u podstaw błędu popełnionego przez Radę. Dodaje ona, że nie miała żadnego interesu w tym, by jej omyłka, w tym przypadku zwykły nieumyślny błąd rachunkowy, nie została poprawiona.
55. Co więcej, w odpowiedzi na argumentację Rady skarżąca utrzymuje, że jeżeli powiadomienie, o którym mowa w art. 100 rozporządzenia finansowego, przyznaje odrzucenemu oferentowi prawo do zwrócenia uwagi instytucji zamawiającej na ewentualne błędy w ocenie, które mogły spowodować nieprawidłową ocenę jego oferty, to zasada dobrej administracji i zasada przejrzystości nakładają na instytucję zamawiającą obowiązek wyraźnego poinformowania adresata, w tym powiadomieniu, o istnieniu tego prawa. Tymczasem skarżąca uważa, że Rada w swoim piśmie z dnia 13 października 2004 r. nie poinformowała jej wcale o istnieniu takiego prawa. Skutkuje to naruszeniem zasady równego traktowania.
56. Wyciąga ona z tego wniosek, iż popełniony przez Radę błąd, jeśli chodzi o obliczenie średniej ceny za godzinę z jej oferty w zakresie części nr 1 wynika z braku starannej analizy tej oferty przez Radę, i że w związku z tym ostateczna decyzja o odrzuceniu tej oferty obarczona jest szczególnie poważnym oczywistym błędem w ocenie.
57. Rada odpiera, że średnia cena za godzinę, jak wynika z zapisów specyfikacji warunków zamówienia, jest równa całkowitej cenie rozpatrywanej oferty, podzielonej przez całkowitą liczbę godzin zamieszczoną w tej ofercie. Rada twierdzi, że z tego właśnie powodu ograniczyła się do wykonania obliczenia, na podstawie tej całkowitej ceny referencyjnej w wysokości 234 059,67 EUR, wskazanej przez skarżącą w jej ofercie.
58. Rada jest zdania, że nie należało do niej sprawdzenie sumy kategorii A, B, C i D, znajdującej się w ofercie skarżącej i odkrycie przy tym, że prawidłowa całkowita cena wynosi 271 811,67 EUR zamiast 234 059,67 EUR. Podobnie Rada uważa, że danych znajdujących się w porównawczych ocenach, „zwykłej” i „teoretycznej”, spornej oferty, załączonych do odpowiedzi na skargę, nie można przyjąć do celów wykazania, że zauważyła ona tę pomyłkę na etapie analizowania tej oferty. Oceny te sporządzono bowiem na etapie przygotowania odpowiedzi na skargę w niniejszej sprawie.
59. Dodaje, że instytucja zamawiająca może nawiązać kontakt z oferentem jedynie w celu wezwania go do poprawienia oczywistych omyłek. Zaś jest ona zdania, że w niniejszym przypadku pomyłka była na tyle nieoczywista, że nie mogła jej wykryć.

60. Ponadto Rada powołuje się na ogólną zasadę prawa, uznaną przez Trybunał w wyroku w sprawie Bernardi przeciwko Parlamentowi, przywołanym w pkt 54 powyżej, zgodnie z którą strona nie może powoływać się przez Trybunałem na nieprawidłowości, które mogły być wynikiem jej własnego zachowania.
61. Podobnie, uważa ona, że nawet gdyby powinna była wykryć omawianą omyłkę, nie miała możliwości, nie narażając się na naruszenie przepisów art. 99 rozporządzenia finansowego i art. 148 ust. 3 szczegółowych zasad wykonania, nawiązania kontaktu z oferentem, by wezwać go do poprawienia tej omyłki. Powołuje się przy tym w szczególności na wyrok w sprawie Adia interim przeciwko Komisji, przywołany w pkt 52 powyżej.
62. Wreszcie Rada uważa, że jednym z celów powiadomienia, o którym mowa w art. 100 rozporządzenia finansowego, następującego po udzieleniu zamówienia i poprzedzającego podpisanie umowy jest umożliwienie odrzuconemu oferentowi zwrócenia uwagi instytucji zamawiającej na ewentualne błędy w ocenie, które mogły spowodować nieprawidłową ocenę oferty. Tymczasem zwraca uwagę, że skarżąca wcale nie zareagowała po otrzymaniu pisma z dnia 13 października 2004 r., informującego ją o powodach odrzucenia jej oferty w zakresie części nr 1.

Ocena Sądu

63. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Rada dysponuje szerokim zakresem uznania w odniesieniu do tego, jakie elementy uwzględnić w celu podjęcia decyzji o udzieleniu zamówienia w trybie przetargu, a kontrola Sądu powinna się ograniczać do sprawdzenia, czy nie zachodzi poważny i oczywisty błąd (wyrok Trybunału z dnia 23 listopada 1978 r. w sprawie 56/77 Agence européenne d'intérims przeciwko Komisji, Rec. s. 2215, pkt 20; wyroki Sądu Adia interim przeciwko Komisji, przywołane w pkt. 52 powyżej, pkt 49 i z dnia 6 lipca 2000 r. w sprawie T-139/99 AICS przeciwko Parlamentowi, Rec. s. II-2849, pkt 39).
64. Ponadto na mocy przepisów art. 148 szczegółowych zasad wykonania, po otwarciu ofert, w przypadku, gdy po otwarciu ofert wymagane są jakieś wyjaśnienia w związku z ofertą, lub jeżeli oczywiste omyłki w ofercie wymagają skorygowania, instytucja zamawiająca może na zasadzie wyjątku skontaktować się z oferentem.
65. W niniejszym przypadku należy sprawdzić, czy popełniona przez skarżącą omyłka, czyli błąd w dodawaniu, który wkrał się do jej oferty przy całkowitej sumie kategorii A, B, C i D (234 059,67 EUR zamiast 271 811,67 EUR), była oczywistą omyłką, którą Rada powinna była zauważyć.
66. W tym względzie Sąd stwierdza po pierwsze, że metoda obliczania ceny za godzinę w ofercie nie wymagała od Rady obliczenia na nowo sumy kategorii A, B, C i D. To, że obliczenia średniej ceny za godzinę należało dokonywać na podstawie całkowitej ceny podanej w ofercie i całkowitej liczby oferowanych godzin świadczenia usługi, również podanych przez skarżącą w ofercie, nie jest bowiem kwestionowane.
67. Po drugie, nie można absolutnie uznać w ślad za skarżącą, że właściwa cena za godzinę w jej ofercie wynosiła minimalną kwotę w wysokości 20,92 EUR, która to suma była podana jasno i wyraźnie na s. 40 oferty i że z tego powodu Rada powinna była zastanowić się nad zaistnieniem prawdopodobnej pomyłki w obliczeniach średniej ceny za godzinę w ofercie skarżącej. Sąd stwierdza bowiem, że wskazana suma, znajdująca się na s. 40 oferty skarżącej znajdowała się w kategorii E, która odnosiła się wyraźnie do ceny za godzinę dodatkowych prac, wykonywanych na żądanie przez personel sprząający „w dni robocze (od poniedziałku do piątku) w godz. od 6:00 do 22:00”. W ten sposób podana wysokość ceny za godzinę, wynosząca 20,92 EUR, dotyczyła więc szczególnego rodzaju świadczeń, tj. prac dodatkowych, a w związku z tym różnych od usług określonych w kategoriach A, B, C i D.

68. Po trzecie, wbrew temu, co twierdzi skarżąca, nie należy uważać, że tabele ocen, „zwykłej” i „teoretycznej”, przedłożone przez Radę w załączeniu do odpowiedzi na skargę w niniejszej sprawie dowodzą, iż Rada wiedziała o popełnionej przez skarżącą omyłce. Z pism Rady wynika bowiem jasno, że sporządziła ona te tabele na potrzeby niniejszego postępowania przed sądem. Ponadto Sąd stwierdza, że skarżąca nie wykazała, iż było inaczej.
69. Co więcej, wbrew temu, co twierdzi skarżąca, Sąd uważa, że nie można zarzucić Radzie tego, że nie poinformowała ona na etapie powiadomienia, o którym mowa w art. 100 rozporządzenia finansowego, o prawie skarżącej do zwrócenia uwagi instytucji zamawiającej na ewentualne błędy w ocenie, które mogły spowodować nieprawidłową ocenę jej oferty. Zgodnie z orzecznictwem w braku wyraźnego przepisu prawa wspólnotowego nie można bowiem uznać, że na administracyjnych lub sądowonicych organach Wspólnoty ciąży ogólny obowiązek informowania jednostek o dostępnych drogach odwołania oraz o warunkach, na jakich mogą z nich skorzystać (postanowienie Trybunału z dnia 5 marca 1999 r. w sprawie C-153/98 P Guérin automobiles przeciwko Komisji, Rec. s. I-1441, pkt 15 i wyrok Sądu z dnia 24 lutego 2000 r. w sprawie T-145/98 ADT Projekt przeciwko Komisji, Rec. s. II-387, pkt 210). Tymczasem w niniejszym przypadku Sąd stwierdza, że art. 100 rozporządzenia finansowego nie przewidywał w wyraźny sposób takiego obowiązku.
70. W każdym razie należy stwierdzić, że gdy skarżąca otrzymała pismo Rady z dnia 13 października 2004 r., kiedy to przedsięwzięła kroki, by zwrócić się o wyjaśnienia w odniesieniu do warunków odrzucenia jej oferty w zakresie części nr 2, nie poczyniła ona żadnych uwag co do istnienia oczywistego błędu w obliczeniach w ofercie dotyczącej części nr 1.
71. Z powyższych uwag wynika, że omyłka popełniona przez skarżącą nie była oczywista w rozumieniu art. 148 ust. 3 szczegółowych zasad wykonania. W związku z tym nie można zarzucić Radzie, że nie zwróciła uwagi na tę omyłkę, a następnie, że jej nie sprostowała lub przynajmniej nie skontaktowała się ze skarżącą w celu umożliwienia jej sprostowania tej pomyłki.
72. W związku z tym zarzut popełnienia przez Radę w decyzji z dnia 13 października 2004 r. w zakresie części nr 1 oczywistego błędu w ocenie jest bezzasadny. Tym samym należy odrzucić skargę o stwierdzenie nieważności wniesioną na decyzję z dnia 13 października 2004 r. w zakresie części nr 1.

W przedmiocie skargi na decyzję z dnia 13 października 2004 r. w zakresie części nr 2

Argumenty uczestników

73. Na poparcie swojej skargi na decyzję z dnia 13 października 2004 r. w zakresie części nr 2 skarżąca podnosi trzy zarzuty, odpowiednio, naruszenia ogólnej zasady dobrej administracji, oczywistego błędu w ocenie oraz naruszenia zasady niedyskryminacji. Ponadto na etapie repliki skarżąca podniosła czwarty zarzut, iż ze względu na brak nawiązania z nią kontaktu przez odrzuceniem jej oferty Rada naruszyła przepisy art. 139 ust. 1 szczegółowych zasad wykonania.
74. Skarżąca utrzymuje zasadniczo, że trzy pierwsze zarzuty, odpowiednio, naruszenia ogólnej zasady dobrej administracji, zasady niedyskryminacji i popełnienia oczywistego błędu w ocenie są zasadne, ponieważ jej oferta dotycząca części nr 2 została odrzucona w sposób automatyczny, bez poddania dalszej analizie, z tego tylko powodu, że całkowita liczba godzin pracy zapisana w tej ofercie była niższa o więcej niż 12,5% od średniej całkowitej liczby godzin oferowanych w złożonych ofertach.
75. Po pierwsze, skarżąca jest zdania, że z podobnych powodów kryterium wyboru zamieszczone w specyfikacji, dotyczące średniej całkowitej sumy oferowanych godzin, na którym Rada oparła się odrzucając jej ofertę, bez dalszej analizy, narusza zasadę

dobrej administracji i jest obarczone oczywistym błędem w ocenie. Kryterium to prowadzi bowiem do faworyzowania ofert, które zawierają większy godzinowo zakres świadczeń, niż jest to rzeczywiście niezbędne i które są w związku z tym droższe.

76. W tym względzie, po pierwsze, skarżąca twierdzi, że to przyjęte przez Radę kryterium nie pozwala ocenić w sposób obiektywny tego, co jest niezbędne do wykonania żądanych usług. Po pierwsze, przypomina ona, że od dnia 1 stycznia 1998 r. zajmowała się ona, w sposób całkowicie zadowolający Radę, sprzątnięciem i konserwacją budynku, którego dotyczyła część nr 2, w oparciu o całkowitą liczbę godzin równoważną z liczbą podaną w jej ofercie. Zaś, choć przyznaje ona oczywiście, że Rada nie mogła brać pod uwagę tego doświadczenia, to uważa, że pozwala ono po prostu wykazać w sposób obiektywny, iż całkowita liczba godzin niezbędna do wykonania żądanych usług, w równoważnych zresztą warunkach, była niższa, niż liczba zawarta w ofercie, którą ostatecznie wybrano, a zatem że stosowane przez Radę kryterium stanowiło zachętę do przeszacowania tej liczby godzin.
77. Z drugiej strony uważa ona, że oceny rozmiaru wymaganych świadczeń nie można w sposób rozsądny uzależniać od ofert samych oferentów, gdyż mogli oni mieć interes, porozumiewszy się między sobą, w sztucznym wyolbrzymieniu rozmiaru oferowanych świadczeń. Wreszcie, liczba godzin pracy nie może stanowić głównego kryterium pozwalającego ocenić jakość pracy, którą należało wykonać. W tej ostatniej kwestii skarżąca zauważa, że gdyby sztucznie podniosła liczbę oferowanych godzin, jej oferta nie zostałaby odrzucona z urzędu.
78. Po drugie, skarżąca podnosi, że Rada nie może opierać swojej argumentacji na tym, że chociaż wygrywająca oferta była o 3,7% droższa od jej oferty, oferowano w niej liczbę godzin większą o 25,2% w stosunku do oferty skarżącej. Po pierwsze powtarza ona bowiem swoje stwierdzenie, że całkowita liczba oferowanych przez wygrywającego godzin była wyższa, niż ilość godzin rzeczywiście potrzebnych do wykonania, na wymaganych warunkach w zakresie jakości, prac określonych w specyfikacji. Zatem z powodu tego przeszacowania oferowanych przez wykonawcę świadczeń wynikły straty dla Rady i wspólnoty, która ją finansuje. Po drugie, dodaje, że w rzeczywistości wybrany oferent nie świadczy całkowitej liczby godzin podanych w swojej ofercie, co jej zdaniem potwierdza, że oferowana przez nią liczba godzin odpowiadała temu, co było niezbędne do posprzątnięcia pomieszczeń, których dotyczyła część nr 2.
79. Po drugie, skarżąca utrzymuje, że przyjęte kryterium wyboru jest dyskryminacyjne, ponieważ powoduje ono odrzucenie z urzędu, bez poddania dalszej analizie, ofert obiektywnie korzystnych dla Rady w aspekcie finansowym, a całkowicie zadowolających w aspekcie jakościowym.
80. Po trzecie, skarżąca utrzymuje, że Rada naruszyła przepisy art. 139 ust. 1 szczegółowych zasad wykonania. Uważa ona bowiem, że przed odrzuceniem jej oferty z powodu rażąco niskiej całkowitej oferowanej liczby świadczonych godzin Rada powinna była poddać tę ofertę sprawdzeniu na zasadzie kontradiktoryjności, na warunkach określonych w art. 139 ust. 1 szczegółowych zasad wykonania. Ponadto z orzecznictwa wynika, że odrzucenie z urzędu rażąco niskich ofert, w momencie, gdy jest ono oparte na stosowaniu kryterium matematycznego, jest zakazane (wyrok Trybunału z dnia 22 czerwca 1989 r. w sprawie 103/88 Fratelli Costanzo, Rec. s. I-1839).
81. Rada przypomina, że w myśl orzecznictwa udzielenie zamówienia oferentowi, który złożył najkorzystniejszą ekonomicznie ofertę nie oznacza, że wygrywająca oferta musi koniecznie być najtańsza.
82. Dodaje, że regularna organizacja przetargów ma w szczególności na celu wykazanie, że coś może być zrobione lepiej lub że można robić więcej. Na konkurencyjnym rynku średnia całkowitej liczby oferowanych przez wszystkich oferentów godzin

odpowiada w sposób prawdopodobny wiarygodnemu i opartemu na solidnych podstawach szacunkowi środków niezbędnych do właściwego wykonania usług pod względem jakościowym. Rada jest bowiem zdania, że przy większej liczbie godzin poświęconych na sprzątanie uzyskuje się wyższą jego jakość. Zaś w niniejszym przypadku Rada stwierdza, że podczas gdy wygrywający wykonawca złożył ofertę droższą o 3,7% od oferty skarżącej, to oferował za to 25,2% więcej godzin pracy, niż skarżąca. Ponadto należy zauważyć, że o ile kryterium ceny było warte 50% w ramach oceny ofert, to kwestionowane kryterium dotyczące całkowitej liczby oferowanych godzin odpowiadało jedynie 25% całkowitej liczby możliwych do uzyskania punktów. Zatem wygrywająca oferta była korzystniejsza ekonomicznie, a z kolei usługi skarżącej były dużo droższe. Co więcej, Rada twierdzi, że karty do rejestrowania czasu pracy personelu sprząającego wykonawcy wykazują, że świadczone usługi odpowiadają zobowiązaniom wynikającym z warunków zamówienia.

83. Jeśli chodzi o twierdzenia skarżącej dotyczące ryzyka, że oferenci działali w porozumieniu, zmagając się między sobą w celu sztucznego wywindowania rozmiarów świadczeń, Rada wzywa skarżącą, jeżeli ma ona na to dowody, by zwróciła się do organów właściwych do spraw konkurencji.
84. Jeśli chodzi o trzeci zarzut, naruszenia zasady niedyskryminacji, Rada przedkłada, że zasada ta nie pozwalała jej przy wyborze oferenta na wzięcie pod uwagę jakości usług świadczonych uprzednio przez skarżącą.
85. Wreszcie, Rada utrzymuje, że ponieważ czwarty zarzut, naruszenia art. 139 ust. 1 szczegółowych zasad wykonania został podniesiony przez skarżącą na etapie repliki, jest on nowy, a zatem niedopuszczalny. W każdym razie Rada uważa, że oferta skarżącej nie była rażąco niska. Zasadniczo twierdzi ona bowiem, że przestrzeganie określonej w art. 139 ust. 1 szczegółowych zasad wykonania kontrydiktoryjnej procedury na wypadek pojawienia się rażąco niskiej oferty wymagane jest jedynie w przypadku, gdy dotyczy to ceny tej oferty. Tymczasem zauważa ona, że chociaż skarżąca oferowała całkowitą liczbę godzin niższą o 25,2% w stosunku do wygrywającej oferty, jej cena była jedynie o 3,7% niższa od ceny wygrywającego. Zatem uważa ona, że usługi skarżącej były znacznie droższe od usług wygrywającego wykonawcy.

Ocena Sądu

86. Zanim dokona się analizy zasadności skargi o stwierdzenie nieważności na decyzję z dnia 13 października 2004 r. w zakresie części nr 2 należy po pierwsze orzec w przedmiocie dopuszczalności czwartego zarzutu, naruszenia przepisów art. 139 ust. 1 szczegółowych zasad wykonania.
- W przedmiocie dopuszczalności czwartego zarzutu, naruszenia przepisów art. 139 ust. 1 szczegółowych zasad wykonania
87. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem z przepisów art. 44 § 1 lit. c) w związku z art. 48 § 2 regulaminu wynika, iż skarga musi wskazywać przedmiot sporu oraz zwięzłe przedstawienie powołanych zarzutów oraz że nie można podnosić nowych zarzutów w toku postępowania, chyba że ich podstawą są okoliczności prawne i faktyczne ujawnione dopiero w toku postępowania. Jednakże zarzut stanowiący rozszerzenie zarzutu podniesionego wcześniej w skardze, bezpośrednio lub pośrednio, który pozostaje z nim w ścisłym związku, należy uznać za dopuszczalny (wyroki Trybunału z dnia 30 września 1982 r. w sprawie 108/81 Amylum przeciwko Radzie, Rec. str. 3107, pkt 25 i z dnia 19 maja 1983 r. w sprawie 306/81 Verros przeciwko Parlamentowi, Rec. s. 1755, pkt 9; wyrok Sądu z dnia 17 grudnia 1997 r. w sprawie T-216/95 Moles García Ortúzar przeciwko Komisji, RecFP s. I-A-403 i II-1083, pkt 87).

88. Ponadto zgodnie z orzecnictwem z art. 139 szczegółowych zasad wykonania wynika, że instytucja zamawiająca ma obowiązek umożliwić oferentowi wyjaśnienie, jak również uzasadnienie cech tej oferty, przed jej odrzuceniem, jeżeli uznaje, że oferta ta jest rażąco niska (wyrok Sądu z dnia 6 lipca 2005 r. w sprawie T-148/04 TQ3 Travel Solutions Belgium przeciwko Komisji, Rec. s. II-2627, pkt 49)
89. W niniejszym przypadku Sąd stwierdza, że w pkt 17 skargi skarżąca podnosi w szczególności na poparcie swojej skargi na decyzję z dnia 13 października 2004 r. w zakresie części nr 2 naruszenie ogólnej zasady dobrej administracji, zasady niedyskryminacji i oczywisty błąd w ocenie ze względu na to, że jej oferta została odrzucona, bez dalszej analizy, jedynie z tego powodu, że całkowita liczba godzin pracy podana w tej ofercie była mniejsza o ponad 12,5% od średniej oferowanej całkowitej liczby godzin. Podobnie, w pkt 26 skargi, skarżąca utrzymuje, że zastosowanie tego kryterium jest dyskryminacyjne, ponieważ prowadzi ono do odrzucenia z urzędu, bez poddanie dalszej analizie, ofert obiektywnie korzystniejszych. Wynika z tego, że skarżąca na etapie skargi wyraźnie zarzuciła Radzie, że odrzuciła ona jej ofertę bez dalszej analizy ze względu na jej rażąco niski charakter.
90. Z powyższego wynika, że czwarty zarzut, naruszenia art. 139 ust. 1 szczegółowych zasad wykonania, choć został podniesiony w sposób wyraźny przez skarżącą dopiero na etapie repliki, stanowi rozwinięcie trzech zarzutów wymienionych w skardze wszczynającej postępowanie i ma z nimi ścisły związek. Należy zatem stwierdzić, że zarzut ten jest dopuszczalny.
- W przedmiocie zasadności skargi na decyzję z dnia 13 października 2004 r. w zakresie części nr 2
91. Jak wskazano w pkt 89 powyżej, trzy zarzuty podniesione na etapie skargi, odpowiednio, naruszenia zasady dobrej administracji, oczywistego błędu w ocenie i naruszenia zasady niedyskryminacji mają zasadniczo na celu wykazanie, że Rada niesłusznie nie wezwała skarżącą, zanim odrzuciła w sposób automatyczny jej ofertę ze względu na rażąco niski charakter oferowanej liczby godzin, zgodnie z zasadą sprawdzenia na zasadzie kontradyktoryjności, przewidzianą w art. 139 ust. 1 szczegółowych zasad wykonania, żeby przedstawiła jej ona uzasadnienie, umożliwiające dostarczenie dowodów na to, że jej oferta ma poważny charakter. Zatem należy zbadać po pierwsze czwarty zarzut, naruszenia art. 139 ust. 1 szczegółowych zasad wykonania.
92. W tym względzie należy po pierwsze ustalić, czy pojęcie „rażąco niska oferta” dotyczy, jak utrzymuje Rada, wyłącznie kryterium ceny analizowanej przez instytucję zamawiającą oferty, czy też jak zasadniczo twierdzi skarżąca, pojęcie to dotyczy również innych kryteriów oceny ofert.
93. Zgodnie z orzecnictwem, jako że wymogi określone w art. 29 ust. 5 dyrektywy Rady 71/305/EWG z dnia 26 lipca 1971 r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (Dz.U. L 185, s. 5), w art. 37 ust. 1 dyrektywy 92/50 i w art. 30 ust. 4 dyrektywy 93/37 są zasadniczo identyczne jak wymogi art. 139 ust. 1 szczegółowych zasad wykonania, poniższe rozważania odnoszą się również do wykładni ostatniego z tych przepisów (zob. analogicznie wyrok Trybunału z dnia 27 listopada 2001 r. w sprawach połączonych C-285/99 i C-286/99 Lombardini i Mantovani, Rec. s. I-9233, pkt 50).
94. Należy ponadto zauważyć, że w pkt 67 wyroku w sprawie Lombardini i Mantovani, przywołanego w pkt 93 powyżej, Trybunał stwierdził, że bezsporny jest fakt, iż art. 30 ust. 4 dyrektywy 93/37/EWG nie zawiera definicji pojęcia „rażąco niska oferta” i nie określa zgóry sposobu obliczania progu odchylenia od normy. W tej samej sprawie rzecznik generalny uznał, że pojęcie rażąco niskiej oferty nie jest pojęciem abstrakcyjnym,

lecz bardzo dokładnym, które powinno być określone dla każdego zamówienia w zależności od konkretnego przedmiotu, który stanowi świadczenie, o które chodzi w tym zamówieniu (opinia rzecznika generalnego Ruiza-Jaraba Colomera w sprawie Lombardini i Mantovani, Rec. s. I-9235, pkt 93 powyżej, pkt 32 i 35).

95. W niniejszym przypadku, po pierwsze, Sąd stwierdza, że w rozporządzeniu finansowym ani w szczegółowych zasadach wykonania nie figuruje żadna definicja progu odchylenia od normy ani pojęcia „rażąco niska oferta” w rozumieniu art. 139 ust. 1 szczegółowych zasad wykonania. Po drugie, z przepisów tego artykułu nie wynika wyraźnie, by pojęcie „rażąco niska oferta” nie mogło być stosowane do innych kryteriów, niż cena.
96. W związku z tym, aby określić zakres stosowania *ratione materiae* pojęcia „rażąco niska oferta” w rozumieniu art. 139 ust. 1 szczegółowych zasad wykonania należy przede wszystkim oprzeć się na celu tego przepisu.
97. Jak zostało przypomniane w pkt 88 powyżej, na mocy przepisów art. 139 ust. 1 szczegółowych zasad wykonania instytucja zamawiająca ma obowiązek, gdy uzna, że oferta jest rażąco niska, umożliwić oferentowi wyjaśnienie, jak również uzasadnienie cech tej oferty, zanim ją odrzuci. A dokładniej, z orzecznictwa wynika, że zasadniczą sprawą jest, by każdy z oferentów podejrzewanych o złożenie rażąco niskiej oferty miał możliwość skutecznego przedstawienia swojego punktu widzenia na ten temat, poprzez umożliwienie mu przedstawienia wszelkich uzasadnień w przedmiocie poszczególnych elementów jego oferty w chwili, gdy znane mu są nie tylko próg odchylenia od normy, obowiązujący do danego zamówienia oraz fakt, że jego oferta wydaje się rażąco niska, lecz również konkretne kwestie, które wzbudziły podejrzenia u instytucji zamawiającej (wyrok w sprawie Lombardini i Mantovani, pkt 93 powyżej, pkt 53). Trybunał orzekł też wówczas, że istnienie takiej skutecznej debaty na zasadzie kontrydiktoryjności stanowi podstawowy wymóg mający zapobiec arbitralności instytucji zamawiającej i zagwarantować konkurencję między przedsiębiorstwami na zdrowych zasadach (wyrok w sprawie Lombardini i Mantovani, pkt 93 powyżej, pkt 57).
98. Z powyższego wynika, że art. 139 ust. 1 szczegółowych zasad wykonania określa podstawowy wymóg dotyczący udzielania zamówień publicznych, który nakłada na instytucję zamawiającą obowiązek sprawdzenia, na zasadzie kontrydiktoryjności, każdej oferty mającej rażąco niski charakter, pod względem składających się na nią elementów, zanim ją odrzuci.
99. Następnie Sąd przypomina, że na mocy art. 97 ust. 2 rozporządzenia finansowego zamówienia można udzielić albo na podstawie kryterium najniższej ceny, albo poprzez wybranie najkorzystniejszej ekonomicznie oferty oraz że jeśli chodzi o ten drugi sposób, art. 138 ust. 2 szczegółowych zasad wykonania stanowi, że wygrywa oferta, która przedstawia najkorzystniejszą relację między ceną a jakością, biorąc pod uwagę kryteria uzasadnione przedmiotem zamówienia, takie jak podana cena, wartość techniczna, cechy estetyczne i funkcjonalne, cechy dotyczące środowiska naturalnego, koszty eksploatacji, rentowność, termin wykonania lub dostawy, usługi posprzedażne i wsparcie techniczne.
100. Zatem Sąd uważa, że gdy zamówienia udziela się poprzez wybór najkorzystniejszej ekonomicznie oferty, podstawowy wymóg, o którym mowa w pkt 98 powyżej ma zastosowanie nie tylko do kryterium ceny analizowanej oferty, lecz także do innych kryteriów, o których mowa w art. 138 ust. 2 szczegółowych zasad wykonania, jeżeli pozwalają one na określenie progu odchylenia od normy, poniżej którego podejrzewa się, że oferta złożona w ramach danego przetargu jest rażąco niska w rozumieniu art. 139 ust. 1 szczegółowych zasad wykonania.

- 101 Po drugie, należy ocenić, czy w niniejszym przypadku, wobec powyższych rozważań, Rada miała obowiązek, jak utrzymuje skarżąca, przestrzegania procedury sprawdzenia na zasadzie kontrydiktoryjności, określonej w art. 139 ust. 1 szczegółowych zasad wykonania.
- 102 W tym względzie Sąd zauważa, że sposób udzielenia spornego zamówienia polegał na wybraniu najkorzystniejszej ekonomicznie oferty. Ponadto bezsporny jest fakt, że spośród przyjętych kryteriów kryterium średniej całkowitej liczby oferowanych godzin dotyczyło aspektu jakościowego oferty skarżącej i stanowiło jeden z poszczególnych elementów oferty w rozumieniu orzecznictwa przytoczonego w pkt 97 powyżej. Wreszcie, zgodnie z postanowieniami specyfikacji, przytoczonymi w pkt 16 powyżej, kryterium to pozwalało na określenie progu odchylenia od normy, poniżej którego daną ofertę automatycznie odrzucono.
- 103 Zaś jak wynika z treści pisma Rady z dnia 22 października 2004 r. i jak wyraźnie potwierdziła Rada na rozprawie, w odpowiedzi na pytanie Sądu, to właśnie na podstawie tego kryterium odrzucono ofertę skarżącej, jedynie powodu zbyt niskiej całkowitej liczby godzin, podanej w tejże ofercie. Ponadto, należy stwierdzić, że Rada nie dokonała żadnego sprawdzenia oferty skarżącej na zasadzie kontrydiktoryjności, w rozumieniu art. 139 ust. 1 szczegółowych zasad wykonania, zanim nie została ona automatycznie odrzucona.
- 104 W tych okolicznościach Rada naruszyła przepisy art. 139 ust. 1 szczegółowych zasad wykonania.
- 105 Wniosku tego nie podważa fakt, że jak podnosi Rada w duplice, chociaż całkowita liczba godzin u skarżącej była o 25,2% mniejsza niż w ofercie wygrywającego, jej całkowita cena była z kolei niższa o 3,7% od ceny wygrywającego. Wystarczy bowiem ponownie stwierdzić, że jak wynika z pisma Rady z dnia 22 października 2004 r., odrzucenie oferty skarżącej nastąpiło wyłącznie ze względu na zbyt niską całkowitą liczbę godzin, którą podała w swojej ofercie.
- 106 Z powyższego wynika, że czwarty zarzut, naruszenia przepisów art. 139 ust. 1 szczegółowych zasad wykonania jest zasadny.
- 107 W związku z tym, bez potrzeby orzekania w przedmiocie trzech pierwszych zarzutów podniesionych na poparcie skargi o stwierdzenie nieważności, należy stwierdzić nieważność decyzji z dnia 13 października 2004 r. w zakresie części nr 2.

W przedmiocie żądań odszkodowania

Argumenty uczestników

- 108 Skarżąca uważa, że niesprawiedliwe odrzucenie przez Radę jej obu ofert wyrządziło jej szkodę i domaga się jej naprawienia, szacując ją za pomocą pomnożenia rocznej ceny swojej oferty przez czas obowiązywania umowy (3 lata) na 1 481 317,65 EUR, powiększone o odsetki wynoszące 7% rocznie.
- 109 Jeśli chodzi o istnienie uchybienia, utrzymuje ona, że Rada bezsprzecznie dopuściła się poważnego i oczywistego uchybienia, po pierwsze, w zakresie części nr 1, ze względu na brak sprawdzenia, czy w jej ofercie wszystko się zgadza, a po drugie, w zakresie części nr 2, ze względu na naruszenie przepisów rozporządzenia finansowego i szczegółowych zasad wykonania.
- 110 Jeśli chodzi o rzeczywisty charakter szkody, skarżąca podnosi, że nieprawidłowe odrzucenie jej dwóch ofert oznacza znaczącą utratę korzyści, zagrażającą jej przetrwaniu.
- 111 Po pierwsze, pomocniczo, skarżąca zwraca się do Sądu, gdyby nie był on przekonany na dany moment do jej żądań w zakresie odszkodowania za szkodę poniesioną przez nią na skutek odrzucenia jej ofert, o przyznanie jej w sposób niezwłoczny

tymczasowego odszkodowania w kwocie 500 000 EUR. Po drugie, proponuje ona, by Sąd, zanim wyda ostateczne orzeczenie w przedmiocie wysokości odszkodowania, wyznaczył biegłego księgowego z zadaniem obliczenia bezpośredniej i pośredniej korzyści, którą przyniosłoby jej udzielenie jej obu zamówień.

- 112 Jeśli chodzi o istnienie związku przyczynowego między uchybieniem a poniesioną szkodą, skarżąca jest zdania, że zgodnie z zasadą równości warunków, Sąd powinien zbadać, czy poniosłaby ona taką samą szkodę wobec braku jakiegokolwiek uchybienia ze strony Rady. W tym względzie podnosi ona, że ponieważ Rada odrzuciła obie jej oferty z urzędu, taka analiza szkody nie jest w tej chwili możliwa.
- 113 Zdaniem skarżącej, ponieważ Rada nie dołączyła do swojego pisma oryginalnego sprawozdania z oceny, Sąd nie jest w stanie skontrolować toku rozumowania Rady i sprawdzić, na jakiej podstawie jej oferty mogły, nawet przy braku uchybienia ze strony Rady, zostać w spornym przetargu odrzucone.
- 114 Rada uważa, w odniesieniu do części nr 1, że nie popełniła wcale oczywistego błędu w ocenie. Dodaje, że nawet jeśli zostanie uznane, że ponosi odpowiedzialność za tego rodzaju błąd, skarżąca nie wykazała ani poważnego i oczywistego charakteru takiego błędu, ani rzeczywistego charakteru szkody, ani też istnienia między nimi związku przyczynowego.
- 115 Jeśli chodzi o część nr 2, Rada jest zdania, że nie naruszyła zasady dobrej administracji i niedyskryminacji, ani nie popełniła oczywistego błędu w ocenie. Dodaje, że nawet jeśli zostanie uznane, że ponosi odpowiedzialność za tego rodzaju naruszenie, skarżąca nie wykazała ani poważnego i oczywistego charakteru takiego błędu, ani rzeczywistego charakteru szkody, ani też istnienia między nimi związku przyczynowego.
- 116 Utrzymuje ona, że wbrew twierdzeniom skarżącej, kryteria przyznawania punktów, jeśli chodzi o część nr 2 bezsprzecznie umożliwiły jej dokonanie oceny oferty skarżącej. Rada przypomina bowiem, że 75% tych punktów było przyznawanych na podstawie obliczeń opartych na danych przedstawionych przez oferentów, a pozostałe 25% - na podstawie przyznawania punktów dotyczących oceny.
- 117 Wreszcie, opierając się na ocenie „zwykłej” (określonej przez Radę jako ocena „oparta na faktycznie złożonej przez skarżącą dokumentacji, zakładając, że nie zostanie ona wykluczona z przetargu”) oraz na ocenie „teoretycznej” (określonej przez Radę jako ocena „oparta na przyznaniu skarżącej [maksymalnej liczby punktów przyznanej] najlepszemu oferentowi, klasyfikowanemu w poszczególnych kryteriach, poza przypadkiem, gdy kryterium jest oparte na danych matematycznych zawartych w ofercie”) Rada stara się wykazać, w odniesieniu zarówno do części nr 1, jak i nr 2, że oferty skarżącej nie zajęłyby pierwszego miejsca, a zatem warunek rzeczywistego charakteru szkody nie jest w niniejszym przypadku spełniony.
- 118 W każdym razie, zarówno w odniesieniu do części nr 1, jak i nr 2, w nieprawdopodobnym przypadku uwzględnienia przez Sąd żądań odszkodowania skarżącej, Rada uważa, że żądane przez nią odszkodowanie powinno zostać ponownie obliczone i ograniczone do rocznego zysku netto, który będzie ona w stanie wykazać w stosunku do omawianego zamówienia.

Ocena Sądu

- 119 Z utrwalonego orzecznictwa wynika, że stwierdzenie odpowiedzialności pozaumownej Wspólnoty w rozumieniu art. 288 akapit drugi WE za bezprawne postępowanie jej organów uzależnione jest od spełnienia łącznie wszystkich przesłanek, a mianowicie: bezprawności postępowania zarzucanego instytucjom, rzeczywistego charakteru szkody oraz istnienia związku przyczynowego między zarzucanym postępowaniem a podnoszoną szkodą (wyrok Trybunału z dnia 29 września 1982 r. w sprawie 26/81

Oleifici Mediterranei przeciwko EWG, Rec. s. 3057, pkt 16; wyroki Sądu z dnia 11 lipca 1996 r. w sprawie T-175/94 International Procurement Services przeciwko Komisji, Rec. s. II-729, pkt 44, z dnia 16 października 1996 r. w sprawie T-336/94 Efisol przeciwko Komisji, Rec. s. II-1343, pkt 30 i z dnia 11 lipca 1997 r. w sprawie T-267/94 Oleifici Italiani przeciwko Komisji, Rec. s. II-1239, pkt 20).

120 W przypadku niespełnienia jednej z tych przesłanek skargę należy oddalić w całości, bez konieczności badania pozostałych przesłanek (wyrok Trybunału z dnia 15 września 1994 r. w sprawie C-146/91 KYDEP przeciwko Radzie i Komisji, Rec. s. I-4199, pkt 19 i 81 i wyrok Sądu z dnia 20 lutego 2002 r. w sprawie T-170/00 Förde-Reederei przeciwko Radzie i Komisji, Rec. s. II-515, pkt 37).

121 Chociaż skarżąca powołuje się na prawo do odszkodowania za szkodę, którą jak twierdzi, poniosła ze względu na odrzucenie obu swoich ofert łącznie, należy analizować jej żądania odszkodowania dokonując rozróżnienia, w ramach decyzji z dnia 13 października 2004 r., wedle tego, czy dotyczy ona części nr 1, czy nr 2.

W przedmiocie żądania odszkodowania w zakresie części nr 1

122 Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, żądania mające na celu uzyskanie odszkodowania należy odrzucić, jeżeli pozostają one w ścisłym związku z żądaniami stwierdzenia nieważności, które zostały odrzucone (zob. wyrok Sądu z dnia 4 lipca 2002 r. w sprawie T-340/99 Arne Mathisen przeciwko Radzie, Rec. s. II-2905, pkt 134 i przywołane tam orzecznictwo).

123 Ponieważ żądania stwierdzenia nieważności zostały, wobec braku niezgodności z prawem, na którą powoływała się skarżąca, odrzucone w zakresie części nr 1, a żądanie odszkodowania pozostaje w ścisłym związku z tymi żądaniami, należy odrzucić żądanie odszkodowania w zakresie odnoszącym się do części nr 1.

W przedmiocie żądania odszkodowania w zakresie części nr 2

124 Sąd zauważa, że skarżąca wnosi o odszkodowanie w wysokości kwot, które Rada by jej zapłaciła, gdyby zamówienie, zaś w szczególności część nr 2, zostało jej udzielone. Należy rozumieć, że takie żądanie opiera się nie na utracie możliwości uzyskania zamówienia, lecz na utracie samego zamówienia.

125 Jednak skarżąca nie dostarczyła wcale dowodów na to, że w braku stwierdzonego w odniesieniu do części nr 2 niezgodnego z prawem zachowania, na pewno udzielono by jej tego zamówienia, jeśli chodzi o tę część. W dodatku utrzymuje ona, że skoro Rada nie załączyła do swojego pisma oryginalnego sprawozdania z oceny, nie będzie możliwe sprawdzenie, na jakiej podstawie jej oferty mogły, nawet przy braku uchybienia ze strony Rady, zostać w spornym przetargu odrzucone.

126 Tymczasem, ponieważ w zakresie tej ostatniej kwestii Rada, w odpowiedzi na pytanie na piśmie Sądu, przedstawiła oryginalne sprawozdanie z oceny, które zostało przekazane skarżącej, Sąd może jedynie stwierdzić, że skarżącej, nawet przy braku niezgodnego z prawem zachowania, stwierdzonego w pkt 106 powyżej, i tak nie udzielono by zamówienia, jeśli chodzi o część nr 2. W oryginalnym sprawozdaniu z oceny przedstawionym przez Radę oferta skarżącej została bowiem zaklasyfikowana na ósmej, ostatniej pozycji.

127 Z powyższych rozważań wynika, że szkoda, na którą powołuje się skarżąca w zakresie części nr 2, tj. utrata samego zamówienia, nie jest rzeczywista i pewna, lecz hipotetyczna, tak, że nie może być przedmiotem odszkodowania, co samo w sobie wystarczy do odrzucenia żądania odszkodowania. A ponadto brak jest jakichkolwiek wskazówek, a skarżąca też ich nie dostarcza, na to, że ze względu na stwierdzone niezgodne z prawem zachowanie, utraciła ona cokolwiek poza możliwością, że zamówienie zostało jej udzielone.

128 W związku z tym należy odrzucić żądania odszkodowania skarżącej w zakresie części nr 2.

129 Z całości powyższych rozważań wynika, że żądania odszkodowania należy odrzucić w całości.

W przedmiocie kosztów

130 Na podstawie art. 87 § 3 regulaminu, w razie częściowego tylko uwzględnienia żądań, Trybunał może postanowić, że koszty zostaną podzielone, albo że każda ze stron poniesie swoje własne koszty. W niniejszym przypadku należy orzec, że każda ze stron ponosi własne koszty.

Z powyższych względów

SĄD (piąta izba)

orzeka, co następuje:

- 1) Stwierdza się nieważność decyzji Rady Unii Europejskiej z dnia 13 października 2004 r. w sprawie odrzucenia ofert Belfass SPRL w ramach przetargu UCA-033/04 w części, w jakiej odrzuca się w niej ofertę Belfass w zakresie części nr 2.**
- 2) W pozostałym zakresie skarga zostaje oddalona.**
- 3) Każda ze stron ponosi własne koszty.**

Vilaras

Martins Ribeiro

Jürimäe

Wyrok ogłoszono na posiedzeniu jawnym w Luksemburgu w dniu 21 maja 2008 r.

Sekretarz

Prezes

Spis treści

Ramy prawne

Okoliczności faktyczne leżące u podstaw sporu

Przebieg postępowania i żądania stron

W przedmiocie dopuszczalności skargi na decyzję z dnia 13 października 2004 r. w zakresie części nr 2

Argumenty uczestników

Ocena Sądu

Co do istoty

W przedmiocie skargi na decyzję z dnia 13 października 2004 r. w zakresie części nr 1

Argumenty uczestników

Ocena Sądu

W przedmiocie skargi na decyzję z dnia 13 października 2004 r. w zakresie części nr 2

Argumenty uczestników

Ocena Sądu

- W przedmiocie dopuszczalności czwartego zarzutu, naruszenia przepisów art. 139 ust. 1 szczegółowych zasad wykonania

- W przedmiocie zasadności skargi na decyzję z dnia 13 października 2004 r.
w zakresie części nr 2

W przedmiocie żądań odszkodowania

Argumenty uczestników

Ocena Sądu

W przedmiocie żądania odszkodowania w zakresie części nr 1

W przedmiocie żądania odszkodowania w zakresie części nr 2

W przedmiocie kosztów

* Język postępowania: francuski.

Orzeczenie z dnia 19 czerwca 2008 r. w sprawie C-454/06
pressetext Nachrichtenagentur

WYROK TRYBUNAŁU (trzecia izba)
z dnia 19 czerwca 2008 r. (*)

Zamówienia publiczne – Dyrektywa 92/50/EWG – Procedury udzielania zamówień publicznych na usługi – Pojęcie udzielania zamówień publicznych

W sprawie C-454/06

mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 234 WE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Bundesvergabeamt (Austria) postanowieniem z dnia 10 listopada 2006 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 13 listopada 2006 r., w postępowaniu:

pressetext Nachrichtenagentur GmbH

przeciwko

Republice Austrii (Bund),

APA-OTS Originaltext-Service GmbH,

APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung,

TRYBUNAŁ (trzecia izba),

w składzie: A. Rosas, prezes izby, U. Løhmus, J. N. Cunha Rodrigues (sprawozdawca), A. Ó Caoimh i A. Arabadjiev, sędziowie,

rzecznik generalny: J. Kokott,

sekretarz: B. Fülöp, administrator,

uwzględniając procedurę pisemną i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 24 stycznia 2008 r.,

rozważywszy uwagi przedstawione:

- w imieniu pressetext Nachrichtenagentur GmbH, przez G. Estermana, Rechtsanwalt,
- w imieniu Republiki Austrii (Bund) przez A. Schittengruberera oraz C. Mayra, działających w charakterze pełnomocników,
- w imieniu APA-OTS Originaltext-Service GmbH oraz APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung przez J. Schramma, Rechtsanwalt,
- w imieniu rządu austriackiego przez M. Fruhmanna oraz C. Mayra, działających w charakterze pełnomocników,
- w imieniu rządu francuskiego przez J.-C. Gracię, działającego w charakterze pełnomocnika,
- w imieniu rządu litewskiego przez D. Kriaučiūnasa, działającego w charakterze pełnomocnika,
- w imieniu Komisji Wspólnot Europejskich przez D. Kukoveca oraz R. Sauera, działających w charakterze pełnomocników,

po zapoznaniu się z opinią rzecznika generalnego na posiedzeniu w dniu 13 marca 2008 r.,
wydaje następujący

Wyrok

1. Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni dyrektywy Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnoszącej się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi (Dz.U. L 209, s. 1) i 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, s. 33) zmienionej dyrektywą 92/50 (zwaną dalej „dyrektywą 89/665”).
2. Wniosek ten został przedstawiony w ramach sporu pomiędzy presstext Nachrichtagentur GmbH (zwaną dalej PN) z jednej strony a Republiką Austrii (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH (zwaną dalej „APA-OTS”) i APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung (zwaną dalej „APA”) z drugiej strony, w przedmiocie zamówienia publicznego z zakresu usług agencji informacyjnej.

Ramy prawne

Uregulowania wspólnotowe

3. Artykuł 3 ust. 1 dyrektywy 92/50 stanowi:
„Instytucje zamawiające, udzielając zamówień publicznych na usługi lub organizując konkursy na projekty, stosują procedury dostosowane do przepisów niniejszej dyrektywy.”
4. Zgodnie z art. 8 tej dyrektywy 92/50:
„Zamówień, których przedmiotem są usługi wymienione w załączniku I A, udziela się zgodnie z przepisami tytułów III–VI”.
5. Artykuł 9 tej dyrektywy stanowi:
„Zamówień, których przedmiotem są usługi wymienione w załączniku I B, udziela się zgodnie z art. 14 i 16.”
6. Artykuł 10 tej dyrektywy stanowi:
„Zamówień, których przedmiotem są usługi wymienione zarówno w załączniku I A, jak i w załączniku I B, udziela się zgodnie z przepisami tytułów III–VI w przypadku, gdy wartość usług wymienionych w załączniku I A jest większa niż wartość usług wymienionych w załączniku I B. W przypadku gdy tak nie jest, są one udzielane zgodnie z art. 14 i 16”.
7. Artykuł 11 ust. 3 tej dyrektywy stanowi:
„3. Instytucje zamawiające mogą udzielać zamówień publicznych na usługi w procedurze negocjacyjnej, bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu, w następujących przypadkach:
[...]
e) w przypadku usług dodatkowych, nieprzewidzianych ani w projekcie pierwotnie rozważanym, ani w pierwotnie zawartej umowie, które jednak z uwagi na nieprzewidziane wydarzenia, stały się niezbędne do wykonania usługi w niej określonej, pod warunkiem, że zamówienie udzielone jest usługodawcy świadczącemu takie usługi:

- gdy takie dodatkowe usługi ze względów technicznych i ekonomicznych nie mogą być oddzielone od głównego zamówienia bez istotnej uciążliwości dla instytucji zamawiających, lub
- gdy takie usługi mogą być oddzielone od wykonania pierwotnego zamówienia, lecz są ściśle niezbędne do jego zakończenia.

Jednakże łączna wartość szacunkowa udzielonych zamówień na usługi dodatkowe nie może przekroczyć 50 % wartości głównego zamówienia;

- f) w przypadku nowych usług, polegających na powtórzeniu podobnych usług, powierzonych usługodawcy, któremu te same instytucje zamawiające udzieliły wcześniejszego zamówienia, pod warunkiem że usługi te zgodne są z zasadniczym projektem, będącym podstawą pierwotnego zamówienia, udzielonego zgodnie z procedurami określonymi w ust. 4. W momencie zaproszenia do składania ofert na pierwszy projekt, gdy mają zastosowanie przepisy art. 7, instytucja zamawiająca informuje o możliwości zastosowania procedury negocjacyjnej oraz uwzględnia całkowity szacunkowy koszt następnych usług. Niniejsza procedura może być zastosowana jedynie w ciągu trzech lat po zawarciu pierwotnego zamówienia.”

Postępowanie przed sądem krajowym i pytania prejudycjalne

8. APA została założona w Austrii po zakończeniu drugiej wojny światowej. Przyjęła ona formę spółdzielni, której członkami stały się prawie wszystkie dzienniki oraz radio i telewizja austriackie ORF. Wraz ze swymi spółkami zależnymi, APA jest przodującym podmiotem na austriackim rynku agencji informacyjnych i tradycyjnie wykonuje na rzecz Republiki Austrii (Bund) różnego rodzaju usługi z zakresu agencji informacyjnej.
9. PN istnieje na austriackim rynku agencji informacyjnych od roku 1999, lecz jedynie w bardzo ograniczonym stopniu wykonywała komunikaty prasowe na rzecz austriackich władz federalnych. PN zatrudnia mniej dziennikarzy od spółki APA i nie posiada tak dużego archiwum jak APA.
10. W roku 1994, a więc przed przystąpieniem do Unii Europejskiej, Republika Austrii (Bund) zawarła z APA umowę (zwaną dalej umową podstawową), która przewiduje świadczenie pewnych usług za wynagrodzeniem. Umowa ta umożliwia austriackim władzom federalnym przede wszystkim pozyskiwanie i wykorzystywanie aktualnych informacji (tak zwana „usługa podstawowa”), korzystanie z informacji i komunikatów prasowych o charakterze historycznym pochodzących z bazy danych APA, tak zwanej „APADok” oraz używanie oryginalnego serwisu tekstowego spółki APA, zwanego „OTS” zarówno w celu pozyskiwania informacji jak i w celu publikowania własnych komunikatów prasowych. Baza danych APADok zawiera dane z zakresu usługi podstawowej począwszy od 1 stycznia 1988 r. oraz komunikaty opracowane w ramach usługi OTS począwszy od 1 czerwca 1989 r.
11. Umowa podstawowa została zawarta na czas nieokreślony, przy czym ujęto w niej postanowienie, na mocy którego strony zrzekły się prawa do wypowiedzenia umowy do dnia 31 grudnia 1999 r.
12. Artykuł 2 lit. c) umowy podstawowej przewidywał:

„W ramach korzystania on line z usług informacyjnych APA określonych w art. 1 APA naliczy tytułem wynagrodzenia za użytkowanie systemu elektronicznego przetwarzania danych cenę odpowiadającą cenie za użytkowanie na najniższym poziomie taryfy oficjalnej za minutę CPU (czas netto) (obecnie 67 ATS, bez VAT za minutę CPU) pomniejszoną o 15 %.”

13. Umowa ta zawierała również postanowienia dotyczące daty pierwszej podwyżki cen, maksymalnej kwoty każdej podwyżki oraz indeksacji cen na podstawie wskaźnika cen konsumenckich w roku 1986 r., przy czym wartością odniesienia był wskaźnik liczbowy ustalony dla roku 1994 r. W tym zakresie art. 5 ust. 3 wskazanej umowy przewidywał w szczególności, że „[...] ustanawia się w sposób wyraźny stałość wynagrodzeń przewidzianych w art. 2 lit. a) i b). W zakresie obliczania indeksacji, należy przyjąć wskaźnik cen konsumenckich 86 (VPI 86) opublikowany przez austriacki centralny urząd statystyczny (ÖSTAT) lub zastępujący go wskaźnik.”
14. We wrześniu 2000 r. APA założyła pozostającą w 100% w jej posiadaniu spółkę zależną APA-OTS w formie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. Między obu spółkami istnieje umowa o wyłączeniu zysków i strat, z której wedle informacji APA i APA-OTS wynika, że APA-OTS jest pod względem finansowym, organizacyjnym i ekonomicznym włączona do przedsiębiorstwa APA i przy prowadzeniu swych spraw i zarządzaniu jest zobowiązana do postępowania zgodnie z poleceniami APA. APA-OTS jest ponadto zobowiązana do przekazywania na rzecz APA swych nadwyżek rocznych, podczas gdy APA w zamian za to zobowiązana jest do wyrównania ewentualnych rocznych niedoborów powstałych w APA-OTS.
15. We wrześniu 2000 r. APA powierzyła APA-OTS prowadzenie działalności w zakresie usługi OTS. O tej zmianie Republika Austrii została poinformowana w październiku 2000 r. Upoważniony do reprezentacji pracownik APA zapewnił władze austriackie, że po wyodrębnieniu APA ponosi odpowiedzialność „solidarnie” z APA-OTS i że generalnie istniejąca usługa nie ulegnie zmianie. Władze austriackie udzieliły następnie zgody na świadczenie usługi OTS przez APA-OTS i od tej chwili wynagrodzenia za tę usługę były przekazywane bezpośrednio do APA-OTS.
16. Ponadto postanowienia umowy podstawowej zostały zmienione na mocy zawartego w roku 2001 aneksu pierwszego, który wszedł w życie 1 stycznia 2002 r. Ze względu na zmianę waluty na euro, aneks ten dostosował pierwotne zamówienie w sposób wskazany w pkt 17-20 niniejszego wyroku.
17. Po pierwsze, kwota rocznego wynagrodzenia za korzystanie z artykułów prasowych i archiwów określona w wysokości 10 080 000 ATS została zastąpiona kwotą 800 000 Eur. Ze względu na postanowienie dotyczące indeksacji, cena za rok 2002 powinna była wynieść 11 043 172 ATS (w związku ze zmianą waluty na euro zaokrąglona na 802 538,61 Eur). Podjęto jednak decyzję, że cena nie zostanie określona na tę kwotę, lecz na okrągłą kwotę 800 000 Eur, co skutkuje obniżką o 0,3 %.
18. Po drugie, cena za korzystanie z usług informacyjnych APA w systemie on line, określona na 67 ATS za minutę została zastąpiona ceną 4,87 Eur za minutę. Pomijając zaokrąglenie dokonane ze względu na zmianę waluty na euro, właściwa wartość tej ceny nie uległa zmianie.
19. Po trzecie, w zakresie obliczania indeksacji, wskaźnik liczbowy ustalony dla roku 1994 na podstawie wskaźnika cen konsumenckich w roku 1986 r. został jako punkt odniesienia zastąpiony wskaźnikiem liczbowym ustalonym dla roku 2001 na podstawie wskaźnika cen konsumenckich w roku 1996. W tym względzie aneks pierwszy zmienił między innymi art. 5 ust. 3 umowy podstawowej, który uzyskał następujące brzmienie.
„Ustanawia się w sposób wyraźny stałość wynagrodzeń przewidzianych w art. 2 lit. a) i b). W zakresie obliczania indeksacji, należy przyjąć wskaźnik cen konsumenckich 96 (VPI 96) opublikowany przez austriacki centralny urząd statystyczny (ÖSTAT) lub zastępujący go wskaźnik.”
20. Po czwarte, na zasadzie odstępstwa od wskazanego mechanizmu indeksacji, niektóre ceny zostały natychmiast określone dla lat 2002-2004. Cena wynosząca 8,50 ATS od wiersza za umieszczenie komunikatów prasowych w ramach usługi OTS została

zastąpiona ceną określoną na 0,66 Eur od wiersza za rok 2002, 0,67 Eur za rok 2003 r. i 0,68 Eur za rok 2004. Gdyby zostało zastosowane postanowienie dotyczące indeksacji, cena powinna ulec podwyższeniu do 9,31 ATS od wiersza (w zaokrągleniu 0,68 Eur od wiersza) za rok 2002. W związku z tym cena została obniżona o 2,94 % za rok 2002 i o 1,47 % za rok 2003.

21. W ramach aneksu drugiego, zawartego w październiku 2005r., który wszedł w życie 1 stycznia 2006 r. przyjęto dwie zmiany umowy podstawowej. Umowa ta została na mocy aneksu drugiego zmieniona w sposób wskazany w pkt 22 i 23 niniejszego wyroku.
22. Po pierwsze, postanowienie o braku wypowiedzenia umowy, uzgodnione w umowie podstawowej do dnia 31 grudnia 1999 r. zostało przewidziane ponownie do dnia 31 grudnia 2008 r.
23. Po drugie, rabat udzielony w zakresie ceny za korzystanie on line z usług informacyjnych APA określony w umowie podstawowej w wysokości 15 % został podwyższony do 25 %. W tym zakresie, na mocy aneksu drugiego, art. 2 lit. c) umowy podstawowej uzyskał następujące brzmienie:

„Wskazane poniżej postanowienia [umowy podstawowej zmienionej aneksem pierwszym] zostaną zmienione w następujący sposób z dniem 1 stycznia 2006 r.:

 1. W art. 2 lit. c) stawka 15 % zostaje zastąpiona stawką 25 %.

[...]
24. W roku 2004 PN złożył Republice Austrii (Bund) ofertę dotyczącą swych usług z zakresu agencji informacyjnej, lecz nie doprowadziło to do zawarcia umowy.
25. W odwołaniach złożonych w dniu 4 i 19 lipca 2006 r. PN żąda od Bundesvergabeamt stwierdzenia, że podział zamówienia podstawowego wskutek restrukturyzacji APA w roku 2000 oraz aneksy zawarte w latach 2001 i 2005, określone przez PN jako „zamówienia udzielone de facto” były niezgodne z prawem i posiłkowo żąda ona stwierdzenia, że wybór omawianych procedur udzielania zamówień był również niezgodny z prawem.
26. W odniesieniu do terminów na złożenie odwołań Bundesvergabeamt wskazuje, że kwestionowane działania miały miejsce w latach 2000, 2001 i 2005, jednakże przewidziany w prawie krajowym środek prawny przeciwko niezgodnemu z prawem udzielaniu zamówień publicznych (tzn. wniosek o stwierdzenie naruszenia skutkujący anulowaniem umowy) został wprowadzony dopiero później z mocą od dnia 1 lutego 2006 r. Termin przewidziany dla tego środka wynosi sześć miesięcy od sprzecznego z prawem udzielenia zamówienia. Bundesvergabeamt uznaje jednakże za słuszne zastosowanie § 1496 kodeksu cywilnego, zgodnie z którym terminy przedawnienia nie mogą biec, jeżeli nie mogą być stosowane przewidziane procedury odwoławcze, przy założeniu że zastosowanie tego przepisu byłoby zgodne z prawem wspólnotowym.
27. W tych okolicznościach Bundesvergabeamt postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

„1) Czy pojęcie „udzielając” zawarte w art. 3 ust. 1 dyrektywy 92/50[...] i pojęcie „udziela się” zawarte w art. 8 i 9 dyrektywy 92/50[...] należy interpretować w ten sposób, że obejmuje ono również stany faktyczne, w których instytucja zamawiająca zamierza w przyszłości pozyskiwać usługi od usługodawcy w formie spółki kapitałowej, jeżeli usługi te były wcześniej świadczone przez innego usługodawcę, który jest jedynym udziałowcem przyszłego usługodawcy, i który posiada jednocześnie nad przyszłym usługodawcą władztwo w zakresie poleceń? Czy w takiej sytuacji ma znaczenie okoliczność, że dla instytucji zamawiającej

nie ma pewności, czy w czasie całego okresu trwania pierwotnej umowy, udziały w spółce będącej przyszłym usługodawcą nie zostaną w całości lub w części zbyte na rzecz osób trzecich i nie ma również pewności, czy w czasie całego okresu trwania pierwotnej umowy nie zmieni się skład członkowski pierwotnego usługodawcy, działającego w formie spółdzielni?

- 2). Czy pojęcie „udzielając” zawarte w art. 3 ust. 1 dyrektywy 92/50[...] i pojęcie „udziela się” zawarte w art. 8 i 9 dyrektywy 92/50[...] należy interpretować w ten sposób, że obejmuje ono również stany faktyczne, w których instytucja zamawiająca uzgadnia z usługodawcami – w czasie obowiązywania umowy o wspólne świadczenie usług zawartej z nimi na czas nieokreślony – zmianę wynagrodzenia za pewne usługi umowne i redaguje na nowo klauzulę waloryzacyjną, jeżeli zmiany te prowadzą do zmienionego wynagrodzenia i są dokonywane ze względu na wprowadzenie euro?
- 3). Czy pojęcie „udzielając” zawarte w art. 3 ust. 1 dyrektywy 92/50[...] i pojęcie „udziela się” zawarte w art. 8 i 9 dyrektywy 92/50[...] należy interpretować w ten sposób, że obejmuje ono również stany faktyczne, w których instytucja zamawiająca uzgadnia z usługodawcami – w czasie obowiązywania umowy o wspólne świadczenie usług zawartej z nimi na czas nieokreślony – poprzez zmianę umowy, z jednej strony ponownie postanowienie o braku wypowiedzenia umowy przez trzy lata, które w chwili dokonywania nowych uzgodnień już nie obowiązywało, przy czym z drugiej strony, przy tej zmianie umowy ustanowiono ponadto wyższy niż poprzednio rabat w odniesieniu do pewnych wynagrodzeń zależnych od ilości w zakresie określonego zakresu usług?
- 4). W przypadku potwierdzenia, że zaistniało udzielenie zamówienia publicznego w rozumieniu jednego z pierwszych trzech pytań: czy art. 11 ust. 3 lit. b) dyrektywy 92/50[...] lub inne przepisy prawa wspólnotowego, a w szczególności zasadę przejrzystości należy interpretować w ten sposób, że pozwalają one instytucji zamawiającej na udzielenie zamówienia na usługi w pojedynczej umowie o świadczenie usług w drodze procedury negocjacyjnej bez poprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu, gdy części usług są objęte prawami wyłącznymi, o jakich mowa w art. 11 ust. 3 lit b) dyrektywy 92/50[...]; lub czy zasada przejrzystości lub inne przepisy prawa wspólnotowego nakazują przy udzielaniu zamówienia na usługi w przeważającej mierze niepriorytetowe, aby w takim przypadku, przed udzieleniem zamówienia opublikować jednak ogłoszenie w celu umożliwienia dokonania przez zainteresowane przedsiębiorstwa weryfikacji, czy przedmiotem zamówienia są rzeczywiście usługi objęte prawem wyłącznym; lub czy przepisy prawa wspólnotowego dotyczące udzielania zamówień publicznych nakazują, aby w takim przypadku zamówienie na usługi mogło być udzielone jedynie w osobnych procedurach udzielania zamówień – w zależności od tego, czy istnieje prawo wyłączne, aby przynajmniej w części umożliwić konkurencję przy udzielaniu zamówień?
- 5). W przypadku udzielenia odpowiedzi na pytanie czwarte w ten sposób, że instytucja zamawiająca może udzielić zamówienia łącznie na usługi nie objęte prawami wyłącznymi i na usługi objęte prawami wyłącznymi w pojedynczej procedurze udzielania zamówień: czy przedsiębiorca nie mający prawa do korzystania z danych objętych wyłącznym prawem przedsiębiorstwa mającego pozycję dominującą na rynku może w tym zakresie wykazać swoją zdolność do pełnego wykonania usług objętych zamówieniem na rzecz instytucji zamawiającej w ten sposób, że powoła się na art. 82 WE i wynikający z tego przepisu obowiązek przedsiębiorstwa mającego pozycję dominującą na rynku państwa członkowskiego WE, które ma prawo do korzystania z danych, do udostępnienia tych danych na stosownych warunkach?

- 6) W przypadku udzielenia odpowiedzi na pytania pierwsze, drugie i trzecie w ten sposób, że w wyniku częściowego przejęcia umowy w roku 2000 lub w wyniku jednej lub obydwu wskazanych zmian w umowie miało miejsce udzielenie nowego zamówienia i ponadto w przypadku udzielenia odpowiedzi na pytanie czwarte w ten sposób, że przy udzielaniu zamówienia w drodze osobnej procedury na usługi nie objęte prawami wyłącznymi lub przy udzielaniu zamówienia obejmującego pełny zakres usług (tu: komunikaty prasowe, usługi podstawowe i prawa do używania APADok) instytucja zamawiająca miała obowiązek publikacji ogłoszenia w celu zachowania przejrzystości lub możliwości weryfikacji planowanego zamówienia:

Czy pojęcia „uszczerbku” zawarte w art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665[...] lub słowa „doznały uszczerbku” zawarte w art. 2 ust. 1 lit. c) dyrektywy 89/665[...] należy interpretować w ten sposób, że w sytuacji takiej jak niniejsza, przedsiębiorca doznał uszczerbku w rozumieniu wskazanych przepisów dyrektywy 89/665[...], gdy została mu odebrana możliwość wzięcia udziału w procedurze udzielenia zamówienia z tego względu, że przed udzieleniem zamówienia instytucja zamawiająca nie opublikowała ogłoszenia o zamówieniu, na podstawie którego przedsiębiorca mógłby złożyć wniosek lub ofertę lub przedłożyć do weryfikacji przez właściwy urząd kontroli zamówień publicznych twierdzenie o istnieniu praw wyłącznych?

- 7) Czy wspólnotową zasadę równoważności, wspólnotowy obowiązek zagwarantowania skutecznej ochrony prawnej lub zasadę skuteczności należy przy uwzględnieniu pozostałych przepisów prawa wspólnotowego interpretować w ten sposób, że przedsiębiorcy zostaje na tej podstawie przyznane względem państwa członkowskiego bezwarunkowe prawo podmiotowe do podjęcia przed właściwym organem krajowym środków prawnych zmierzających do uzyskania odszkodowania po udzieleniu zamówienia ze względu na naruszenie wspólnotowych przepisów z zakresu prawa zamówień publicznych w terminie co najmniej 6-u miesięcy od możliwości powzięcia wiadomości o udzieleniu zamówienia niezgodnie z prawem zamówień publicznych, przy czym przedsiębiorca powinien dodatkowo dysponować okresem, w którym podjęcie takich środków prawnych nie było możliwe ze względu na brak krajowych podstaw prawnych, jeżeli w przypadku roszczeń odszkodowawczych wynikających z krajowych naruszeń prawa przewidziane są w prawie krajowym terminy wynoszące zwykle trzy lata od uzyskania wiadomości o sprawcy szkody i o szkodzie, a w razie braku ochrony prawnej w danej dziedzinie przedawnienie nie biegnie?”

W przedmiocie pytań prejudycjalnych

28. Należy na wstępie wskazać, że o ile zamówienie będące przedmiotem sprawy przed sądem krajowym zostało zawarte przed przystąpieniem Republiki Austrii do Unii Europejskiej, o tyle przepisy wspólnotowe regulujące tę dziedzinę mają zastosowanie do tego rodzaju zamówienia od chwili przystąpienia tego państwa do Unii (zob. podobnie wyrok z dnia 24 września 1998 r. w sprawie C-76/97 Tögel, Rec. s. I-5357, pkt 14).
29. W swych trzech pierwszych pytaniach Bundesvergabeamt zmierza w istocie do ustalenia, na jakich warunkach zmiany w istniejącej umowie pomiędzy instytucją zamawiającą a usługodawcą mogą być uznane za nowe udzielenie zamówienia publicznego na usługi w rozumieniu dyrektywy 92/50.
30. Dyrektywa 92/50 nie daje wyraźnej odpowiedzi na te pytania, jednak wynika z niej kilka istotnych wskazań, które mieszczą się w ogólnych ramach zasad wspólnotowych z dziedziny zamówień publicznych.

31. Z orzecznictwa wynika, że głównym celem zasad wspólnotowych z dziedziny zamówień publicznych jest zapewnienie swobodnego przepływu usług i otwarcie na niezakłóconą konkurencję we wszystkich państwach członkowskich (zob. wyrok z dnia 11 stycznia 2005 r. w sprawie C-26/03 Stadt Halle et RPL Lochau, Rec. s. I-1, pkt 44). Ten podwójny cel został wyraźnie potwierdzony w motywach drugim, szóstym i dwudziestym dyrektywy 92/50.
32. W celu osiągnięcia tego podwójnego celu prawo wspólnotowe stosuje w szczególności zasadę niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową, zasadę równego traktowania oferentów oraz wynikający z nich obowiązek przejrzystości (zob. podobnie wyroki z dnia 18 listopada 1999 r. w sprawie C-275/98 Unitron Scandinavia i 3-S, Rec. s. I-8291, pkt 31; z dnia 7 grudnia 2000 r. w sprawie C-324/98 Telaustria i Telefonadress, Rec. s. I-10745, pkt 60 i 61 oraz z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie C-496/99 P Komisja przeciwko CAS Succhi di Frutta, Rec. s. I-3801, pkt 108 i 109).
33. Co się tyczy zamówień objętych dyrektywą 92/50, mających wyłącznie lub głównie za przedmiot usługi ujęte w załączniku I A, dyrektywa ta realizuje wskazane zasady i obowiązek przejrzystości ustanawiając w szczególności pewne procedury udzielania zamówień. Co się tyczy zamówień objętych tą dyrektywą, mających wyłącznie lub głównie za przedmiot usługi ujęte w załączniku I B, dyrektywa ta nie ustanawia tych samych regulacji w zakresie procedur udzielania zamówień, jednak mimo to ta kategoria zamówień publicznych w dalszym ciągu podlega podstawowym zasadom prawa wspólnotowego i wynikającemu z nich obowiązkowi przejrzystości (zob. podobnie wyrok z dnia 13 listopada 2007 r. w sprawie C-507/03 Komisja przeciwko Irlandii, dotychczas nieopublikowany w Zbiorze, pkt 26, 30 i 31).
34. Ze względu na cel zapewnienia przejrzystości procedur równego traktowania oferentów, zmiany w postanowieniach zamówienia publicznego w czasie jego trwania stanowią udzielenie nowego zamówienia w rozumieniu dyrektywy 92/50 jeżeli charakteryzują się one cechami w sposób istotny odbiegającymi od postanowień pierwotnego zamówienia i w związku z tym mogą wskazywać na wolę ponownego negocjowania przez strony podstawowych ustaleń tego zamówienia (zob. podobnie wyrok z dnia 5 października 2000 r. w sprawie C-337/98 Komisja przeciwko Francji, Rec. s. I-8377, pkt 44 i 46).
35. Zmiana zamówienia publicznego w czasie jego trwania może być uznana za istotną, jeżeli wprowadza ona warunki, które gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówienia, umożliwiłyby dopuszczenie innych oferentów niż ci, którzy zostali pierwotnie dopuszczeni lub umożliwiłyby dopuszczenie innej oferty niż ta, która została pierwotnie dopuszczona.
36. Podobnie, zmiana pierwotnego zamówienia może zostać uznana za istotną, jeżeli w sposób znaczący poszerza zamówienie o usługi, które pierwotnie nie były w nim przewidziane. Ta ostatnia wykładnia jest potwierdzona poprzez art. 11 ust. 3 lit. e) i f) dyrektywy 92/50, który w przypadku zamówień publicznych na usługi mających wyłącznie lub głównie za przedmiot usługi objęte załącznikiem I A do tej dyrektywy ustanawia ograniczenia możliwości skorzystania przez instytucje zamawiające z procedury negocjacyjnej celem udzielenia usług dodatkowych względem usług ujętych w pierwotnym zamówieniu.
37. Zmiana zamówienia może zostać uznana za istotną również wówczas, gdy modyfikuje ona równowagę ekonomiczną umowy na korzyść usługodawcy w sposób, który nie był przewidziany w postanowieniach pierwotnego zamówienia.
38. Na pytania przedstawione Trybunałowi należy udzielić odpowiedzi z uwzględnieniem powyższych uwag.

W przedmiocie pytania pierwszego

39. W pierwszym pytaniu sąd krajowy odnosi się do przeniesienia w roku 2000 na APA-OTS usług OTS świadczonych do tej pory przez APA. Zmierzają on w istocie do ustalenia, czy zmiana kontrahenta w okolicznościach takich jak te, które miały miejsce w sprawie rozpatrywanej przed sądem krajowym, stanowi udzielenie nowego zamówienia w rozumieniu art. 3 ust. 1, 8 i 9 dyrektywy 92/50.
40. Generalnie, zastąpienie kontrahenta, któremu instytucja zamawiająca pierwotnie udzieliła zamówienia poprzez nowego kontrahenta należy uznać za zmianę jednego z podstawowych postanowień zamówienia publicznego, o którym mowa, chyba że to zastąpienie zostało przewidziane w ramach pierwotnego zamówienia, np. w formie podwykonawstwa.
41. Zgodnie z postanowieniem odsyłającym APA-OTS, działająca w formie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, ma osobowość prawną odmienną od spółki APA, która była usługodawcą w pierwotnym zamówieniu.
42. Jest również bezsporne, że od przeniesienia usług OTS ze spółki APA na spółkę APA-OTS w roku 2000, instytucja zamawiająca dokonuje płatności za te usługi bezpośrednio na rzecz APA-OTS, a nie na rzecz APA.
43. Jednakże, przeniesienie omawianej działalności charakteryzuje się pewnymi szczególnymi cechami, które pozwalają na stwierdzenie, że tego rodzaju zmiany, dokonane w sytuacji takiej, jaka miała miejsce w sprawie przed sądem krajowym, nie stanowią zmiany istotnego postanowienia zamówienia.
44. Jak bowiem wynika z akt sprawy, APA-OTS jest spółką w 100 % zależną od APA, tej drugiej spółce przysługuje prawo do wydawania poleceń spółce APA-OTS oraz pomiędzy tymi dwoma spółkami zawarta została umowa o wyłączeniu zysków i strat, które przypadają spółce APA. Ponadto z akt sprawy wynika, że osoba uprawniona do reprezentowania spółki APA zapewniła instytucję zamawiającą, że po wyodrębnieniu usług OTS, APA będzie odpowiedzialna „solidarnie” z APA-OTS i że istniejąca usługa jako całość pozostanie bez zmian.
45. Tego rodzaju działanie stanowi w istocie wewnętrzną reorganizację kontrahenta, która nie zmienia w sposób istotny postanowień pierwotnego zamówienia.
46. Sąd krajowy zwraca się w tym kontekście z pytaniem, czy okoliczność, że instytucja zamawiająca nie ma pewności, czy udziały w spółce APA-OTS nie zostaną zbyte na rzecz osób trzecich w czasie całego okresu zamówienia ma konsekwencje prawne.
47. Gdyby udziały w spółce APA-OTS zostały zbyte na rzecz osoby trzeciej w czasie okresu trwania zamówienia będącego przedmiotem postępowania przed sądem krajowym, nie stanowiłoby to już jedynie wewnętrznej reorganizacji pierwotnego kontrahenta, lecz byłoby rzeczywistą zmianą kontrahenta, co oznaczałoby zasadniczo zmianę istotnego postanowienia zamówienia. Tego rodzaju zdarzenie mogłoby stanowić nowe udzielenie zamówienia w rozumieniu dyrektywy 92/50.
48. Analogiczne rozumowanie miałyby zastosowanie gdyby zbycie udziałów w spółce zależnej na rzecz osoby trzeciej było przewidziane już w chwili przeniesienia na nią omawianej działalności (zob. podobnie wyrok z dnia 10 listopada 2005 r. w sprawie C-29/04 Komisja przeciwko Austrii, Rec. s. I-9705, pkt 38 - 42).
49. Jednakże, dopóki taki rozwój zdarzeń nie nastąpił, zastosowanie ma analiza wskazana w pkt 45 niniejszego wyroku, wedle której tego rodzaju sytuacja stanowi wewnętrzną reorganizację kontrahenta. Brak gwarancji, że udziały w spółce zależnej nie zostaną zbyte na rzecz osób trzecich w czasie trwania zamówienia nie wpływa na ten wniosek.

50. Sąd krajowy zwraca się również z pytaniem dotyczącym konsekwencji prawnych związanych z okolicznością, że instytucja zamawiająca nie pewności, czy skład udziałowców pierwotnego usługodawcy nie ulegnie zmianie w czasie trwania całego zamówienia.
51. Zamówienia publiczne są z reguły udzielane osobom prawnym. Jeżeli osoba prawna działa w formie spółki akcyjnej notowanej na giełdzie, z samej jej natury wynika, że jej akcjonariat może się zmienić w każdej chwili. Zasadniczo taka sytuacja nie podważa ważności zamówienia publicznego udzielonego takiej spółce. Odmierna ocena takiej sytuacji może mieć miejsce jedynie w przypadkach wyjątkowych, takich jak działania zmierzające do obejścia przepisów wspólnotowych w dziedzinie zamówień publicznych.
52. Analogiczne rozważania mają zastosowanie w przypadku zamówień publicznych udzielanych osobom prawnym działającym nie w formie spółki akcyjnej, lecz – jak w sprawie przed sądem krajowym – w formie zarejestrowanej spółdzielni o ograniczonej odpowiedzialności. Ewentualne zmiany w składzie członków takiej spółdzielni nie powodują co do zasady istotnej zmiany udzielonego jej zamówienia.
53. W związku z tym, rozważania te również nie zmieniają wniosku wskazanego w pkt 45 niniejszego wyroku.
54. Z powyższego wynika, że na pierwsze pytanie należy udzielić odpowiedzi, iż pojęcie „udzielać” zawarte w art. 3 ust. 1, art. 8 i 9 dyrektywy 92/50[...] należy interpretować w ten sposób, że nie obejmuje ono sytuacji, takiej jaka wystąpiła w sprawie przed sądem krajowym, w której usługi świadczone na rzecz instytucji zamawiającej przez pierwotnego usługodawcę zostają przeniesione na innego usługodawcę działającego w formie spółki kapitałowej, w której pierwotny usługodawca jest jedynym akcjonariuszem, posiadającym kontrolę nad nowym usługodawcą i udzielającym mu poleceń, jeżeli pierwotny usługodawca w dalszym ciągu przyjmuje odpowiedzialność za poszanowanie zobowiązań umownych.

W przedmiocie pytania drugiego

55. W drugim pytaniu sąd krajowy odnosi się do zmian w umowie podstawowej wprowadzonych na mocy aneksu pierwszego, który został zawarty w roku 2001 i wszedł w życie 1 stycznia 2002 r. Sąd ten zmierza w istocie do ustalenia, czy pewne zmiany cen stanowią udzielenie nowego zamówienia w rozumieniu dyrektywy 92/50.
56. To pytanie prejudycjalne dotyczy po pierwsze przeliczenia cen na euro bez zmiany ich właściwej wartości, po drugie, przeliczenia cen na euro przy jednoczesnym obniżeniu ich właściwej wartości oraz, po trzecie, ponownego sformułowania postanowienia dotyczącego indeksacji cen.
57. Należy wskazać, że w przypadku, w którym ze względu na wprowadzenie euro istniejące zamówienie zostało zmienione w ten sposób, że ceny pierwotnie wyrażone w walucie krajowej zostały przeliczone na euro, nie chodzi o istotną zmianę umowy, lecz jedynie o dostosowanie zamówienia do zmienionych okoliczności zewnętrznych, o ile kwoty w euro zostaną zaokrąglone zgodnie z obowiązującymi przepisami, w szczególności zgodnie z rozporządzeniem Rady (WE) nr 1103/97 z dnia 17 czerwca 1997 r. w sprawie niektórych przepisów dotyczących wprowadzenia euro (Dz.U. L 162, s. 1).
58. Jeżeli zaokrąglenie cen przeliczonych na euro przekroczy kwotę dopuszczoną we właściwych przepisach, nastąpi wówczas zmiana właściwej wartości cen przewidzianych w pierwotnym zamówieniu. Powstaje wówczas pytanie, czy taka zmiana cen stanowi udzielenie nowego zamówienia.

59. Jest oczywiste, że cena stanowi istotny warunek zamówienia publicznego (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Commission/CAS Succhi di Frutta, pkt 117).
60. Zmiana takiego warunku w czasie trwania zamówienia, w braku wyraźnego upoważnienia w tym zakresie w ramach postanowień pierwotnego zamówienia, stanowiłaby zagrożenie powstania naruszenia zasad przejrzystości i równego traktowania oferentów (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Commission/CAS Succhi di Frutta, pkt 121).
61. Mimo to, przeliczenie cen na euro w czasie trwania zamówienia może się odbyć przy jednoczesnym dostosowaniu ich właściwych wartości nie stanowiąc przy tym nowego zamówienia publicznego, pod warunkiem, że tego rodzaju dostosowanie jest minimalne i jest uzasadnione w sposób obiektywny, co należy potwierdzić w przypadku gdy ma to ułatwić wykonanie zamówienia, np. poprzez uproszczenie działań związanych z wystawianiem faktury.
62. W sprawie rozpatrywanej przed sądem krajowym roczne wynagrodzenie za korzystanie z artykułów prasowych i archiwów zostało obniżone zaledwie o 0,3 %, aby odpowiadało okrągłej kwocie mogącej ułatwić obliczenia. Ponadto, ceny liczone od wiersza za opublikowanie komunikatów prasowych w ramach usługi OTS zostały obniżone odpowiednio o 2,94 % i 1,47 % za lata 2002 i 2003, również w celu wyrażenia ich w okrągłych kwotach, mogących ułatwić obliczenia. Te dostosowania cen polegały na obniżeniu kwot i w związku z ich zastosowaniem usługodawca nie odniósł korzyści, a raczej stratę, zgadzając się na obniżenie cen wynikające ze zwykłe stosowanych zasad przeliczania i indeksacji.
63. W tych okolicznościach można stwierdzić, że dostosowanie cen zamówienia publicznego w czasie jego trwania nie jest zmianą podstawowych warunków tego zamówienia mogącą stanowić udzielenie nowego zamówienia w rozumieniu dyrektywy 92/50.
64. W zakresie dotyczącym ponownego sformułowania postanowienia dotyczącego indeksacji należy wskazać, że umowa podstawowa przewidywała w art. 5 ust. 3 między innymi, że „w zakresie obliczania indeksacji, należy przyjąć wskaźnik cen konsumenckich 96 (VPI 96) opublikowany przez austriacki centralny urząd statystyczny (ÖSTAT) lub zastępujący go wskaźnik”.
65. Z powyższego wynika, że umowa podstawowa przewidywała zastąpienie wskazanego w niej wskaźnika przez wskaźnik późniejszy.
66. Aneks pierwszy zastąpił wskaźnik cen, o którym mowa w umowie podstawowej, a mianowicie wskaźnik cen konsumenckich dla roku 1986 (VPI 86) opublikowany przez l'ÖSTAT nowszym wskaźnikiem, t. j. wskaźnikiem cen konsumenckich dla roku 1996 (VPI 96) opublikowanym przez tenże organ.
67. Jak wskazano w pkt 19 niniejszego wyroku, aneks ten przyjął jako punkt odniesienia wskaźnik liczbowy ustalony dla roku 2001, w którym zawarto ten aneks, w miejsce roku 1994, w którym została zawarta umowa podstawowa. To uaktualnienie punktu odniesienia jest spójne z uaktualnieniem wskaźnika cen.
68. Z powyższego wynika, że w aneksie pierwszym ograniczono się do zastosowania postanowień umowy podstawowej w zakresie dotyczącym uaktualnienia postanowień dotyczących indeksacji.
69. W tych okolicznościach należy stwierdzić, że odniesienie do nowego wskaźnika cen nie jest zmianą podstawowych warunków zamówienia mogących stanowić udzielenie nowego zamówienia w rozumieniu dyrektywy 92/50.

70. Z powyższego wynika, że na pytanie drugie należy udzielić odpowiedzi, że pojęcie „udzielać” zawarte w art. 3 ust. 1, art. 8 i 9 dyrektywy 92/50[...] należy interpretować w ten sposób, że nie obejmuje ono dostosowania pierwotnej umowy do zmienionych okoliczności zewnętrznych, takich jak przeliczenie na euro cen pierwotnie wyrażonych w walucie krajowej, minimalna obniżka tych cen celem ich zaokrąglenia oraz odniesienie do nowego wskaźnika cen, w sytuacji, w której zastąpienie poprzednio ustalonego wskaźnika zostało przewidziane w pierwotnej umowie.

W przedmiocie pytania trzeciego

71. W trzecim pytaniu, sąd krajowy odnosi się do zmian w umowie podstawowej wprowadzonych na mocy aneksu drugiego, który został zawarty w październiku 2005 i wszedł w życie 1 stycznia 2006 r.

72. Sąd zmierza w istocie do ustalenia, czy udzielenie nowego zamówienia wynika po pierwsze z uzgodnienia nowego postanowienia o braku wypowiedzenia umowy i po drugie, z podwyższenia rabatu udzielonego na niektóre usługi będące przedmiotem zamówienia.

73. Co się tyczy w pierwszej kolejności uzgodnienia nowego postanowienia o braku wypowiedzenia umowy w czasie trwania zamówienia udzielonego na czas nieokreślony, należy przypomnieć, że praktyka polegająca na udzielaniu zamówień publicznych na czas nieokreślony jest jako taka obca systemowi i celom przepisów wspólnotowych w dziedzinie zamówień publicznych. Tego rodzaju praktyka może z czasem prowadzić do zakłócenia konkurencji pomiędzy potencjalnymi usługodawcami i uniemożliwić stosowanie przepisów dyrektyw wspólnotowych w zakresie jawności procedur udzielania zamówień publicznych.

74. Mimo to, prawo wspólnotowe aktualnie nie zabrania udzielania zamówień publicznych na usługi na czas nieokreślony.

75. Podobnie, postanowienie, na mocy którego strony zobowiązują się do nie wypowiedzania w określonym czasie umowy dotyczącej zamówienia udzielonego na czas nieokreślony nie jest automatycznie niezgodne z prawem wspólnotowym w zakresie zamówień publicznych.

76. Jak wynika z pkt 34 niniejszego wyroku, dla celów ustalenia, czy zawarcie takiego postanowienia stanowi udzielenie nowego zamówienia, właściwym kryterium jest kwestia, czy to postanowienie należy uznać za istotną zmianę pierwotnej umowy (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Komisja przeciwko Francji, pkt 44-46).

77. Postanowienie, o którym mowa w sprawie rozpatrywanej przez sąd krajowy ustanawia zrzeczenie się prawa do wypowiedzenia umowy w okresie odpowiadającym latom 2005 - 2008.

78. Należy jednak wskazać, że po wygaśnięciu w dniu 31 grudnia 1999 r. postanowienia o braku wypowiedzenia umowy zawartego w umowie podstawowej, można było rozwiązać omawiane zamówienie w każdej chwili z zachowaniem terminu wypowiedzenia. Zamówienie to pozostało jednak w mocy w okresie odpowiadającemu latom 2000 – 2005 włącznie, ze względu na okoliczność, że ani instytucja zamawiająca, ani usługodawca nie skorzystali ze swego prawa do wypowiedzenia umowy.

79. Z akt sprawy nie wynika, aby w okresie lat 2005 – 2008, który był objęty postanowieniem o braku wypowiedzenia umowy, instytucja zamawiająca miała – przy założeniu, że brak było tego postanowienia – konkretną perspektywę zakończenia obowiązującej umowy i przeprowadzenia nowego przetargu. Zakładając nawet, że instytucja ta zamierzała to uczynić, okres obowiązywania tego postanowienia, a mianowicie trzy lata, nie powstrzymywał jej od tego w nadmiernie długim czasie w stosunku do

czasu koniecznego na zorganizowanie tego rodzaju procedury. W tych okolicznościach nie zostało wykazane, że tego rodzaju postanowienie o braku wypowiedzenia umowy, przy założeniu, że nie jest ono systematycznie na nowo wprowadzane do umowy, prowadzi do zagrożenia zniekształcenia konkurencji na niekorzyść nowych, potencjalnych oferentów. W związku z tym, postanowienie to nie może zostać zakwalifikowane jako istotna zmiana pierwotnej umowy.

80. Z powyższego wynika, że w okolicznościach takich jak te, które miały miejsce w sprawie przed sądem krajowym, uzgodnienie – w czasie obowiązywania zamówienia publicznego na usługi udzielonego na czas nieokreślony – postanowienia o braku wypowiedzenia umowy przez trzy lata nie stanowi udzielenia nowego zamówienia w rozumieniu dyrektywy 92/50.
81. Po drugie, co się tyczy podwyższenia rabatu przewidzianego w aneksie drugim, należy przypomnieć, że umowa podstawowa przewidywała dla danego typu usług, „cenę odpowiadającą cenie za użytkowanie na najniższym poziomie taryfy oficjalnej [...] pomniejszoną o 15 %”.
82. Zgodnie z wyjaśnieniami przedstawionymi Trybunałowi, postanowienie to odnosi się do praktykowanej przez APA taryfy malejącej, w zastosowaniu której ceny usług są obniżane, gdy wzrasta korzystanie z tych usług przez kontrahenta tej spółki.
83. Zgodnie z tymi wyjaśnieniami, przewidziane w aneksie drugim podwyższenie stawki rabatu z 15 % na 25 % jest równoznaczne z zastosowaniem niższej ceny. Obniżenie ceny i podwyższenie stawki rabatu mają porównywalny skutek gospodarczy, nawet jeśli są one formalnie przedstawiane w odmienny sposób.
84. W tych okolicznościach, podwyższenie rabatu może być interpretowane jako objęte postanowieniami umowy podstawowej.
85. Ponadto, podwyższenie rabatu w sposób skutkujący obniżeniem wynagrodzenia otrzymywanego przez usługodawcę względem wynagrodzenia przewidzianego pierwotnie nie zmienia równowagi ekonomicznej umowy na korzyść usługodawcy.
86. Jednocześnie sam fakt, że instytucja zamawiająca uzyskuje większy rabat na część usług będących przedmiotem zamówienia nie prowadzi do zakłóceń konkurencji na niekorzyść potencjalnych oferentów.
87. Z powyższego wynika, że w sytuacji takiej, jaka wystąpiła w sprawie przed sądem krajowym, fakt ustanowienia w aneksie wyższych rabatów od rabatów przewidzianych pierwotnie na niektóre ceny ustalane w oparciu o ilości w ramach danej części świadczeń nie może być uznany za istotną zmianę umowy i w związku z tym nie może prowadzić do udzielenia nowego zamówienia publicznego w rozumieniu dyrektywy 92/50.
88. W związku z powyższym, na pytanie drugie należy udzielić odpowiedzi, że pojęcie „udzielać” zawarte w art. 3 ust. 1, art. 8 i 9 dyrektywy 92/50[...] należy interpretować w ten sposób, że nie obejmuje ono sytuacji takiej, jaka wystąpiła w sprawie przed sądem krajowym, w której w czasie obowiązywania zamówienia na usługi udzielonego usługodawcy na czas nieokreślony instytucja zamawiająca ponownie uzgadnia z usługodawcą w drodze aneksu do umowy postanowienie o braku wypowiedzenia umowy przez trzy lata, które w chwili dokonywania nowych uzgodnień już nie obowiązywało i ponadto, w której instytucja zamawiająca uzgadnia z usługodawcą ustanowienie wyższego rabatu niż rabat przewidziany pierwotnie na niektóre ceny zależne od ilości w określonym zakresie usług.
89. Mając na uwadze odpowiedzi udzielone na pytania pierwsze i trzecie, brak jest konieczności udzielania odpowiedzi na pytania czwarte i siódme.

W przedmiocie kosztów

90. Dla stron postępowania przed sądem krajowym niniejsze postępowanie ma charakter incydentalny, dotyczy bowiem kwestii podniesionej przed tym sądem, do niego zatem należy rozstrzygnięcie o kosztach. Koszty poniesione w związku z przedstawieniem uwag Trybunałowi, inne niż poniesione przez strony postępowania przed sądem krajowym, nie podlegają zwrotowi.

Z powyższych względów Trybunał (trzecia izba) orzeka, co następuje:

- 1) Pojęcie „udzielać” zawarte w art. 3 ust. 1, art. 8 i 9 dyrektywy 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnoszącej się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi należy interpretować w ten sposób, że nie obejmuje ono sytuacji, takiej jaka wystąpiła w sprawie przed sądem krajowym, w której usługi świadczone na rzecz instytucji zamawiającej przez pierwotnego usługodawcę zostają przeniesione na innego usługodawcę działającego w formie spółki kapitałowej, w której pierwotny usługodawca jest jedynym akcjonariuszem, posiadającym kontrolę nad nowym usługodawcą i udzielającym mu poleceń, jeżeli pierwotny usługodawca w dalszym ciągu przyjmuje odpowiedzialność za poszanowanie zobowiązań umownych.
- 2) Pojęcie „udzielać” zawarte w art. 3 ust. 1, art. 8 i 9 dyrektywy 92/50 należy interpretować w ten sposób, że nie obejmuje ono dostosowania pierwotnej umowy do zmienionych okoliczności zewnętrznych, takich jak przeliczenie na euro cen pierwotnie wyrażonych w walucie krajowej, minimalna obniżka tych cen celem ich zaokrąglenia oraz odniesienie do nowego wskaźnika cen, w sytuacji, w której zastąpienie poprzednio ustalonego wskaźnika zostało przewidziane w pierwotnej umowie.
- 3) Pojęcie „udzielać” zawarte w art. 3 ust. 1, art. 8 i 9 dyrektywy 92/50 należy interpretować w ten sposób, że nie obejmuje ono sytuacji, takiej jaka wystąpiła w sprawie przed sądem krajowym, w której w czasie obowiązywania zamówienia na usługi udzielonego usługodawcy na czas nieokreślony instytucja zamawiająca ponownie uzgadnia z usługodawcą w drodze aneksu do umowy postanowienie o braku wypowiedzenia umowy przez trzy lata, które w chwili dokonywania nowych uzgodnień już nie obowiązywało i ponadto, w której instytucja zamawiająca uzgadnia z usługodawcą ustanowienie wyższego rabatu niż rabat przewidziany pierwotnie na niektóre ceny zależne od ilości w określonym zakresie usług.

Podpisy

Orzeczenie z dnia 17 lipca 2008 r. w sprawie C-347/06 ASM Brescia

WYROK TRYBUNAŁU (druga izba) z dnia 17 lipca 2008 r. (*)

Artykuły 43 WE, 49 WE i 86 WE – Koncesja na publiczne usługi dystrybucji gazu – Dyrektywa 2003/55 – Wcześniejsze rozwiązanie z wpływem okresu przejściowego – Zasada ochrony uzasadnionych oczekiwań i pewności prawa

W sprawie C-347/06

mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 234 WE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (Włochy) postanowieniem z dnia 23 maja 2006 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 17 sierpnia 2006 r., w postępowaniu:

ASM Brescia SpA

przeciwko

Comune di Rodengo Saiano,

przy udziale:

Anigas - Associazione Nazionale Industriali del Gas,

TRYBUNAŁ (druga izba),

w składzie, C. W. A. Timmermans, prezes izby, J. Makarczyk, S. Kūris, J.-C. Bonichot (sprawozdawca) i C. Toader, sędziowie

rzecznik generalny: M. Poiares Maduro,

sekretarz: B. Fülöp, administrator,

uwzględniając procedurę pisemną i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 21 lutego 2008 r.,

rozważywszy uwagi przedstawione:

- w imieniu ASM Brescia SpA, przez V. Salvadoriego, A. Salvadoriego, G. Caia oraz N. Aicardiego, avvocati,
- w imieniu Anigas - Associazione Nazionale Industriali del Gas, przez M. Zoppolato oraz D. Gazzolę, avvocati,
- w imieniu Komisji Wspólnot Europejskich, przez X. Lewisa, B. Schimę oraz D. Recchię, działających w charakterze pełnomocników,

po zapoznaniu się z opinią rzecznika generalnego na posiedzeniu w dniu 24 kwietnia 2008 r.,

wydaje następujący

Wyrok

1. Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni art. 10 WE, 43 WE, 49 WE i 89 ust. 1 WE, zasad równego traktowania, niedyskryminacji i proporcjonalności, oraz dyrektywy 2003/55/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 czerwca 2003 r. dotyczącej wspólnych zasad rynku wewnętrznego gazu ziemnego i uchylającej dyrektywę 98/30/WE (Dz.U. L 176, s. 57).

2. Wniosek ten został przedstawiony w ramach sporu pomiędzy ASM Brescia SpA (zwaną dalej „ASM Brescia”) a Comune di Rodengo Saiano w przedmiocie uchwały nr 19 rady gminnej z dnia 19 lipca 2005 r., potwierdzającej wygaśnięcie w dniu 31 grudnia 2005 r. koncesji przyznanej przez rzeczoną radę, ASM Brescia, w zakresie usług dystrybucji gazu ziemnego na obszarze tej gminy.

Ramy prawne

Prawo wspólnotowe

3. Czwarty motyw dyrektywy 2003/55 stanowi:

„Swobody, jakie Traktat gwarantuje obywatelom Europy – swobodny przepływ towarów, prawo do swobodnego świadczenia usług i swoboda przedsiębiorczości – są możliwe do zrealizowania jedynie w warunkach w pełni otwartego rynku, który umożliwi wszystkim odbiorcom swobodny wybór dostawców, a wszystkim dostawcom swobodną realizację dostaw do swych odbiorców.”

4. Ósmy motyw tej dyrektywy stanowi:

„W celu ukończenia tworzenia wewnętrznego rynku gazu ziemnego niezmiernie ważny jest niedyskryminacyjny dostęp do sieci operatorów systemu przesyłowego i dystrybucyjnego. Operator systemu przesyłowego lub dystrybucyjnego może składać się z jednego lub więcej przedsiębiorstw.”

5. Drugi motyw tej dyrektywy ma następujące brzmienie:

„W celu zapewnienia efektywnego i niedyskryminacyjnego dostępu do sieci właściwe jest, aby systemy przesyłowe i dystrybucyjne były eksploatowane przez prawnie oddzielone przedsiębiorstwa, w przypadku występowania przedsiębiorstw zintegrowanych pionowo. Komisja powinna ocenić środki dające taki sam efekt, opracowane przez Państwa Członkowskie w celu spełnienia wyżej wspomnianego wymogu i w stosownych przypadkach przedłożyć projekty zmian niniejszej dyrektywy.

Właściwe jest również, aby operatorzy systemu przesyłowego i dystrybucyjnego mieli rzeczywiste prawa do podejmowania decyzji w stosunku do aktywów koniecznych do konserwacji i remontów, eksploatacji i rozbudowy sieci, w przypadku gdy te aktywa są własnością i są eksploatowane przez przedsiębiorstwa zintegrowane pionowo.

Ważne jest jednak rozróżnienie pomiędzy odrębnością prawną a wydzieleniem własnościowym. Odrębność prawna nie oznacza zmiany własności aktywów i nic nie stoi na przeszkodzie, aby zachować podobne lub identyczne warunki zatrudnienia we wszystkich zintegrowanych pionowo przedsiębiorstwach. Należy jednak zagwarantować niedyskryminacyjny proces podejmowania decyzji poprzez rozwiązania organizacyjne dotyczące niezależności odpowiedzialnych decydentów.”

6. Osiemnasty motyw tej dyrektywy stanowi:

„Odbiorcy gazu powinni mieć możliwość swobodnego wyboru dostawcy. Niemniej jednak należy przyjąć etapowe tworzenie wewnętrznego rynku gazu, włącznie z określeniem konkretnego terminu jego realizacji, w celu umożliwienia dostosowania się przemysłu i zagwarantowania, że istnieją odpowiednie środki i systemy ochrony interesów odbiorców oraz że mają oni rzeczywiste i efektywne prawo wyboru swego dostawcy.”

7. Artykuł 1 ust. 1 tej dyrektywy stanowi:

„Niniejsza dyrektywa ustala wspólne zasady przesyłu, dystrybucji, dostaw i magazynowania gazu ziemnego. Określa przepisy dotyczące organizacji i działania sektora gazu ziemnego, dostępu do rynku, kryteria i procedury stosowane w udzielaniu zezwoleń na przesył, dystrybucję, dostawy i magazynowanie gazu ziemnego oraz na eksploatację systemów.”

8. Artykuł 2 tej dyrektywy ma następujące brzmienie:

„Do celów niniejszej dyrektywy:

[...]

5) »dystrybucja« oznacza transport gazu ziemnego lokalnymi lub regionalnymi sieciami gazociągów celem dostarczenia odbiorcom, ale nie obejmuje dostaw;

[...]

7) »dostawa« oznacza sprzedaż, łącznie z odsprzedażą, gazu ziemnego, w tym również LNG, odbiorcom;

[...]

28) »odbiorcy uprawnieni« oznaczają odbiorców, którzy mają prawo do zakupu gazu od wybranego przez nich dostawcy, w znaczeniu art. 23 niniejszej dyrektywy.

[...].”

9. Artykuł 23 ust. 1 dyrektywy 2003/55 stanowi:

„Państwa Członkowskie gwarantują, aby uprawnionymi odbiorcami byli:

a) do dnia 1 lipca 2004 roku uprawnieni odbiorcy są określone zgodnie z zapisami w art. 18 dyrektywy 98/30/WE [Parlamentu Europejskiego i Rady 98/30/WE z dnia 22 czerwca 1998 r. dotycząca wspólnych zasad w odniesieniu do rynku wewnętrznego gazu ziemnego (Dz.U. L 204, str. 1)]. Państwa Członkowskie publikują do 31 stycznia każdego roku kryteria definiowania tych uprawnionych odbiorców;

b) najpóźniej od dnia 1 lipca 2004 roku wszyscy odbiorcy niebędący gospodarstwami domowymi;

c) począwszy od dnia 1 lipca 2007 r. wszyscy odbiorcy.”

Prawo krajowe

10. Dekret ustawodawczy nr 164 wykonujący dyrektywę 98/30/WE dotyczącą wspólnych zasad w odniesieniu do rynku wewnętrznego gazu ziemnego, zgodnie z art. 41 ustawy nr 144 z dnia 17 maja 1999 r. (decreto legislativo nr 164, attuazione della direttiva nr 98/30/CE recante norme comuni per il mercato interno del gas naturale, a norma dell'articolo 41 della legge 17 maggio 1999, nr 144) z dnia 23 maja 2000 r. (GURI nr 142 z dnia 20 czerwca 2000., s. 4, zwany dalej „dekretem ustawodawczym 164/2000”), stanowi, że działalność w zakresie dystrybucji gazu ziemnego jest co do zasady działalnością w zakresie usług publicznych powierzaną przez gminy koncesjonariuszom wybranym wyłącznie w drodze zaproszenia do składania ofert, na okres nie przekraczający dwunastu lat.

11. W odniesieniu do obowiązujących koncesji na dystrybucję gazu ziemnego, których nie udzielono w drodze procedury przetargowej, art. 15 ust. 5 dekretu ustawodawczego 164/2000 stanowi:

„W odniesieniu do działalności w zakresie dystrybucji gazu, koncesje obowiązujące w dniu wejścia w życie niniejszego dekretu jak również koncesje udzielone spółkom powstałym w wyniku przekształcenia spółek aktualnie świadczących usługi, obowiązują do przewidzianego w nich terminu wygaśnięcia, o ile upływa on przed zakończeniem okresu przejściowego wskazanego w ust. 7. Obowiązujące koncesje, dla których nie przewidziano terminu wygaśnięcia lub przewidziano termin następujący po upływie okresu przejściowego, obowiązują do końca okresu przejściowego.[...]”

12. Artykuł 15 ust. 7 tegoż dekretu ustawodawczego stanowi:

„Okres przejściowy, o którym mowa w ust. 5 wynosi 5 lat począwszy od dnia 31 grudnia 2000 r. może on zostać przedłużony w poniżej wskazanych okolicznościach, nie więcej jednak niż o:

- a) jeden rok w przypadku, gdy co najmniej na rok przed upływem okresu pięciu lat doszło do połączenia spółek pozwalającego na obsługę co najmniej dwukrotnie większej liczby odbiorców niż pierwotnie obsługiwana przez większą z połączonych spółek,
 - b) dwa lata w przypadku, gdy w terminie wskazanym w lit. a) liczba obsługiwanych klientów przewyższa 100 000 odbiorców końcowych lub rozprowadzany gaz ziemny przekracza miliony metrów sześciennych lub przedsiębiorstwo działa na obszarze odpowiadającym co najmniej całemu terytorium prowincji,
 - c) dwa lata w przypadku gdy w terminie wskazanym w lit. a) kapitał prywatny stanowi co najmniej 40% kapitału spółki.”
13. Artykuł 15 ust. 8 dekretu ustawodawczego 164/2000 stanowi, że przy spełnieniu szeregu przesłanek, czas o który można przedłużyć okres przejściowy może zostać skumulowany.
14. Artykuł 1 ust. 69 ustawy nr 239 reorganizującej sektor energetyczny i powierzającej rządowi reorganizację obowiązujących przepisów w sektorze energetycznym (legge nr 239, riordino del settore energetico, nonche' delega al Governo per il riassetto delle disposizioni vigenti in materia di energia) z dnia 23 sierpnia 2004 r. (GURI nr 215 z dnia 13 września 2004 r., s. 3) stanowi:
- „[...] Okres przejściowy, o którym mowa w powołanym art. 15 ust. 5 [dekretu ustawodawczego 164/2000] kończy się z dniem 31 grudnia 2007 r., przy czym lokalna jednostka powierzająca świadczenie usług lub udzielająca koncesji może w ciągu sześciu miesięcy od wejścia w życie niniejszej ustawy przedłużyć okres przejściowy o rok, gdy przemawia za tym interes publiczny.[...] Uchyła się art. 15 ust. 8 dekretu ustawodawczego [164/2000].”
- 15 Dekret z mocą ustawy nr 273 dotyczący określenia i przedłużenia terminów oraz związanych z tym przepisów tymczasowych (decreto-legge nr 273, definizione e proroga dei termini, nonche' conseguenti disposizioni urgenti) z dnia 30 grudnia 2005 r. (GURI nr 303 z dnia 30 grudnia 2005r. s. 8) przekształcony w ustawę po zmianie na mocy ustawy nr 51 z dnia 23 lutego 2006 r. (dodatek zwyczajny do GURI nr 49 z dnia 28 lutego 2006 r., zwany dalej „dekretem z mocą ustawy 273/2005”), stanowi w swym art. 23 ust. 1, że okres przejściowy, o którym mowa w art. 15 ust. 5 dekretu ustawodawczego 164/2000 zostaje po pierwsze przedłużony do dnia 31 grudnia 2007 r., a po drugie przedłużony do dnia 31 grudnia 2009 r. jeśli wystąpi przynajmniej jedna z przesłanek wskazanych w art. 15 ust. 7 rzeczonoego dekretu ustawodawczego.

Postępowanie przed sądem krajowym i pytania prejudycjalne

- 16 ASM Brescia jest koncesjonariuszem publicznych usług dystrybucji gazu ziemnego na obszarze Comune di Rodengo Saiano, na podstawie umowy zawartej w dniu 27 lutego 1984 r., wygaśnięcie początkowo wyznaczono na dzień 31 grudnia 2014 r. Następnie termin wygaśnięcia tej koncesji został zmieniony na dzień 31 grudnia 2029 r.
- 17 W celu umożliwienia wszczęcia procedury zaproszenia do składania ofert i wyznaczenia nowego operatora rzeczonych usług Comune di Rodengo Saiano wyznaczyła wcześniejszą datę wygaśnięcia koncesji udzielonej ASM Brescia na dzień 31 grudnia 2005 r., na mocy uchwały rady gminy nr 19 z dnia 19 lipca 2005 r. Stwierdzono, że ASM Brescia przysługuje m.in. prawo do zwrotu wartości rezydualnej amortyzacji, wycenionej na podstawie ekspertyzy na 926 000 EUR.
- 18 ASM Brescia wniosła skargę na tą uchwałę do sądu odsyłającego.

19. Następnie w życie wszedł dekret z mocą ustawy 273/2005, który przewiduje w swym art. 23 automatyczne przedłużenie okresu przejściowego, o którym mowa w art. 15 ust. 5 dekretu ustawodawczego 164/2000, z dnia 31 grudnia 2005 r. na dzień 31 grudnia 2007 r., oraz pod pewnymi warunkami automatyczne przedłużenie tego okresu z dnia 31 grudnia 2007 r. na dzień 31 grudnia 2009 r.
20. Wobec powzięcia wątpliwości o do zgodności tego tekstu z prawem wspólnotowym, Trybunale amministrativo regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia zawiesił toczące się przed nim postępowanie i zwrócił się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:
- „1) Czy automatyczne i ogólne przedłużenie do dnia 31 grudnia 2007 r. ważności obowiązujących koncesji na dystrybucję gazu ziemnego, których pierwotnie udzielono bez uprzedniego przeprowadzenia postępowania przetargowego, jest sprzeczne z art. 43 WE, art. 49 WE i art. 86 ust. 1 WE oraz zasadą równego traktowania, niedyskryminacji i przejrzystości?
- 2) Czy późniejsze automatyczne przedłużenia do dnia 31 grudnia 2009 r. ważności obowiązujących koncesji na dystrybucję gazu ziemnego, których pierwotnie udzielono bez uprzedniego przeprowadzenia postępowania przetargowego, w następujących przypadkach:
- a) gdy koncesjonariusz dokonał połączenia spółek pozwalającego na obsługę dwukrotnie większej liczby odbiorców niż pierwotnie obsługiwana przez większą z połączonych spółek;
- b) gdy liczba klientów koncesjonariusza przekroczyła 100 000 odbiorców końcowych lub ilość gazu rozprowadzanego przez koncesjonariusza przekroczyła 100 milionów metrów sześciennych lub zakres jego działalności obejmuje co najmniej cały obszar prowincji;
- c) gdy co najmniej 40% kapitału spółki koncesjonariusza zostało objęte przez podmioty prywatne;
- są sprzeczne z art. 43 WE, art. 49 WE i art. 86 ust. 1 WE oraz zasadą równego traktowania, niedyskryminacji i przejrzystości?
- 3) Czy przedłużenie ważności obowiązujących koncesji na dystrybucję gazu ziemnego, zarówno w przypadku wskazanym w pytaniu pierwszym jak i w okolicznościach opisanych w pytaniu drugim, ze szczególnym uwzględnieniem:
- a) ciążącego na państwach [członkowskich] obowiązku realizacji celu w postaci liberalizacji rynku gazu ziemnego do dnia 1 lipca 2007 r.;
- b) zakazu ustanawiania lub utrzymywania przez państwa [członkowskie] przepisów krajowych sprzecznych z liberalizacją rynku gazu ziemnego;
- c) ciążącego na państwach [członkowskich] obowiązku powiązania czasu trwania okresu przejściowego z rozsądnym terminem i obiektywnymi wymogami,
- jest sprzeczne z czwartym, ósmym, dziesiątym i osiemnastym motywem dyrektywy 2003/55/WE z dnia 26 czerwca 2003 r. oraz art. 23 ust. 1 tej dyrektywy, art. 10 WE oraz zasadą racjonalności i proporcjonalności?”

W przedmiocie pytań prejudycjalnych

W przedmiocie dopuszczalności

Uwagi przedstawione Trybunałowi

21. ASM Brescia uważa, że pytania przedstawione przez sąd krajowy są niedopuszczalne, jako oparte na nieprawidłowej analizie, w świetle której prawo włoskie miałyby wprowadzać przedłużenie okresu obowiązywania rozpatrywanych koncesji na dystrybucję gazu.

22. ASM Brescia podnosi, że prawo krajowe mające zastosowanie w sporze przed sądem krajowym nie przewiduje prawnego przedłużenia koncesji, lecz przeciwnie, ich wcześniejsze rozwiązanie, gdy zostały udzielone na czas nieokreślony lub gdy umowny termin upływu okresu, na który ich udzielono przypada po okresie przejściowym, o którym mowa w art. 15 ust. 5 dekretu ustawodawczego 164/2000.
23. Anigas - Associazione Nazionale Industriali del Gas – również podnosi, że pierwsze pytanie sądu krajowego jest oparte na błędnej podstawie w zakresie w jakim rozpatrywane przed sądem krajowym uregulowanie nie przewiduje automatycznego i generalnego przedłużenia koncesji, lecz ograniczone przesunięcie daty ich wcześniejszego wygaśnięcia.

Odpowiedź Trybunału

24. Sąd krajowy zwrócił się do Trybunału o rozstrzygnięcie w przedmiocie zgodności z prawem wspólnotowym przedłużenia na podstawie art. 23 dekretu z mocą ustawy 273/2005, okresu przejściowego, o którym mowa w art. 15 ust. 5 dekretu ustawodawczego 164/2000.
25. W ramach procedury w trybie art. 234 WE, Trybunał nie jest właściwy do rozstrzygnięcia w przedmiocie zgodności środka krajowego z prawem wspólnotowym (zob., w szczególności, wyrok z dnia 11 czerwca 1987 r. w sprawie 14/86 X, Rec. s. 2545, pkt 15). Trybunał może jednakże wywieść z treści pytań przedstawionych przez sąd krajowy, z uwzględnieniem okoliczności przez ten sąd wskazanych, elementy istotne dla wykładni prawa wspólnotowego, tak by umożliwić sądowi krajowemu rozstrzygnięcie przedstawionego mu problemu prawnego (ww. wyrok X, pkt 16).
26. Jako że sąd krajowy wskazał, że dla rozstrzygnięcia w przedmiocie zgodności art. 23 dekretu z mocą ustawy 273/2005 i art. 15 ust. 5 i 7 dekretu ustawodawczego 164/2000 z prawem wspólnotowym, jest mu niezbędna wykładnia art. 43 WE, 49 WE i 86 ust. 1 WE, jak również art. 23 ust. 1 dyrektywy 2003/55, postanowienie odsyłające zawiera wystarczające wskazania, by spełnić te wymogi.
27. Ponadto, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem w ramach współpracy pomiędzy Trybunałem a sądami krajowymi ustanowionej na mocy art. 234 WE, do sądu krajowego, przed którym zawisł spór i na którym spoczywa odpowiedzialność za wydanie wyroku, należy, przy uwzględnieniu okoliczności konkretnej sprawy, zarówno ocena, czy dla wydania wyroku jest niezbędne uzyskanie orzeczenia prejudycjalnego, jak i ocena znaczenia dla sprawy pytań, z którymi zwraca się do Trybunału. W konsekwencji, jeśli postawione pytania dotyczą wykładni prawa wspólnotowego, Trybunał jest, co do zasady, zobowiązany do przedstawienia rozstrzygnięcia (zob. w szczególności, wyrok z dnia 10 maja 2001 r. w połączonych sprawach C-223/99 i C-260/99 *Agorà et Excelsior*, Rec. s. I-3605, pkt 18).
28. Należy też przypomnieć, że do Trybunału nie należy orzekanie w przedmiocie wykładni czy stosowania przepisów krajowych ani też ustalanie okoliczności faktycznych istotnych dla rozstrzygnięcia sporu przed sądem krajowym. Trybunał powinien bowiem – w ramach rozdziału kompetencji pomiędzy sądami wspólnotowymi i krajowymi – uwzględnić wskazany w decyzji odsyłającej kontekst faktyczny i prawny, w który wpisują się pytania prejudycjalne (zob. w szczególności, wyrok z dnia 13 listopada 2003 r. w sprawie C-153/02 *Neri*, Rec. s. I-13555, pkt 34 i 35).
29. Zatem argument, w świetle którego pytania prejudycjalne są niedopuszczalne, jako opierające się na błędnej wykładni prawa włoskiego, nie może zostać uwzględniony.
30. Wynika z tego, że wiosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym jest dopuszczalny.

W przedmiocie trzeciego pytania

31. Swym trzecim pytaniem, które należy zbadać w pierwszej kolejności, sąd krajowy dąży zasadniczo do ustalenia czy art. 10 WE, zasada proporcjonalności, art. 23 ust. 1 dyrektywy 2003/55 oraz czwarty, ósmy, dziesiąty i osiemnasty motyw tej dyrektywy, stoją na przeszkodzie uregulowaniu, takiemu jak będące przedmiotem sprawy przed sądem krajowym, które przedłuża w sposób automatyczny okres przejściowy, z upływem którego następuje wcześniejsze rozwiązanie koncesji na dystrybucję gazu ziemnego, takiej jak rozpatrywana przed sądem krajowym, udzielonej bez przeprowadzenia postępowania przetargowego.
- Uwagi przedstawione Trybunałowi
32. ASM Brescia podnosi, że ani dyrektywa 98/30, transponowana dekretem ustawodawczym 164/2000, ani dyrektywa 2003/55, nie przewidują obowiązku skrócenia okresu obowiązywania koncesji na dystrybucję gazu ziemnego udzielonych bez przeprowadzenia postępowania przetargowego. Uważa ona, że ustawodawca krajowy podjął zatem swobodną decyzję, po pierwsze, w przedmiocie rozwiązania tych koncesji przed upływem umownie ustalonego terminu, a po drugie w zakresie wyznaczenia w tym celu okresu przejściowego i trybu jego zastosowania.
33. Dodaje ona, że wcześniejsze zakończenie omawianych koncesji i wszczęcie następnie postępowania w zakresie zaproszenia do składania ofert celem udzielenia nowych koncesji, nie pozwalają na zagwarantowanie wyższego stopnia konkurencyjności dystrybucji gazu ziemnego, gdyż nowy dystrybutor może, w odpowiednim przypadku, faworyzować przedsiębiorstwo dokonujące sprzedaży, z którym jest związany. Uważa ona, że utrudnienie to może zostać usunięte wyłącznie poprzez przestrzeganie obowiązków bezstronności i neutralności operatora sieci dystrybucyjnej, o których mowa w dyrektywie 2003/55, a w szczególności prawa dostępu podmiotów trzecich do sieci dystrybucyjnej, oraz poprzez rozdział prawny, administracyjny, funkcjonalny i księgowy od sprzedawców gazu ziemnego, stanowiących część tego samego przedsiębiorstwa zintegrowanego wertykalnie.
34. Komisja również stwierdza, że dyrektywa 2003/55 nie przewiduje obowiązku wcześniejszego rozwiązania koncesji na dystrybucję gazu ziemnego, udzielonych z naruszeniem wymogów wspólnotowych.
35. Dodaje ona, że choć art. 13 ust. 1 dyrektywy 2003/55 w związku z art. 33 ust. 2 tej dyrektywy, zezwalają operatorowi sieci dystrybucyjnej gazu ziemnego na wykonywanie również działalności w zakresie dostaw gazu do dnia 1 lipca 2007 r., jest on jednakże zobowiązany na podstawie art. 12 ust. 2 tej dyrektywy do traktowania w sposób bezstronny poszczególnych podmiotów na rynku gazu ziemnego.
36. Anigas podkreśla, że ostateczny termin liberalizacji rynku gazu ziemnego, wyznaczony na dzień 1 lipca 2007 r. przez art. 23 ust. 1 dyrektywy 2003/55, zobowiązuje państwa członkowskie jedynie do tego, by wszystkie podmioty zakupujące gaz ziemny były uprawnionymi klientami i uważa, iż dyrektywa ta nie zobowiązuje do rozwiązania koncesji na dystrybucję gazu ziemnego udzielonych bez wcześniejszego ogłoszenia.
- Odpowiedź Trybunału
37. Zarówno w świetle treści jak i struktury dyrektywy 2003/55, jej celem jest realizacja wewnętrznego rynku w sektorze gazu ziemnego. W tym celu, jak wskazano w art. 1 ust. 1 tej dyrektywy, ustala ona wspólne zasady przesyłu, dystrybucji, dostaw i magazynowania gazu ziemnego.

38. Artykuł 23 ust. 1 dyrektywy 2003/55 określa kalendarz otwarcia dostawy gazu ziemnego i stanowi w szczególności, że państwa członkowskie powinny czuwać, by z dniem 1 listopada 2007 r. wszyscy klienci byli klientami uprawnionymi, to jest takimi, którzy mają prawo zakupu gazu od wybranego przez nich dostawcy.
39. Przepis ten dotyczy dostawy gazu ziemnego a nie jego dystrybucji. Nie można zatem wywieść z niego żadnego obowiązku ciążącego na państwach członkowskich do rozwiązania umów dystrybucji zawartych bez przeprowadzenia procedury przetargowej.
40. Dyrektywa 2003/55 nie zawiera ponadto żadnego przepisu dotyczącego obowiązujących koncesji na dystrybucję gazu ziemnego.
41. Zatem na trzecie pytanie należy odpowiedzieć w ten sposób, że dyrektywa 2003/55 nie stoi na przeszkodzie, by przepisy państwa członkowskiego, takie jak będące przedmiotem sporu przed sądem krajowym, wprowadziły przedłużenie, na wskazanych w nich warunkach, okresu przejściowego z upływem którego następuje wcześniejsze rozwiązanie koncesji na dystrybucję gazu ziemnego, takiej jak rozpatrywana przed sądem krajowym. W tych okolicznościach należy stwierdzić, że również art. 10 WE i zasada proporcjonalności nie stoją na przeszkodzie takiemu uregulowaniu.

W przedmiocie pierwszego i drugiego pytania

42. Swym pierwszym i drugim pytaniem, które należy rozpatrzyć łącznie, sąd krajowy dąży zasadniczo do ustalenia czy art. 43 WE, 49 WE i 86 ust. 1 WE, jak również zasady równego traktowania, niedyskryminacji i przejrzystości, stoją na przeszkodzie uregulowaniu, takiemu jak będące przedmiotem sporu przed sądem krajowym, które przewiduje przedłużenie, we wskazanych w nim warunkach, okresu przejściowego, z upływem którego następuje wcześniejsze rozwiązanie koncesji na dystrybucję gazu ziemnego, rozpatrywanej przez sąd krajowy.
 - Uwagi przedstawione Trybunałowi
43. ASM Brescia uważa, że rozwiązanie koncesji na dystrybucję gazu ziemnego, takie jak będące przedmiotem sprawy przed sądem krajowym, jest środkiem który może zostać podjęty, w sposób dyskrecjonalny i autonomiczny, przez prawodawcę krajowego. Dodaje ona, że środek ten pozwala Republice Włoskiej na wcześniejsze dostosowanie się do dyrektywy 2003/55 poprzez wyznaczenie nowych koncesjonariuszy publicznych usług dystrybucji gazu ziemnego.
44. ASM Brescia podnosi, że ustalenie okresu przejściowego, z którego upływem następuje wcześniejsze rozwiązanie rozpatrywanych koncesji, ma na celu pogodzenie realizacji wskazanego celu w zakresie otwarcia na konkurencję sektora gazu ziemnego z potrzebą ochrony uzasadnionych oczekiwań właścicieli obowiązujących koncesji.
45. Spółka ta przypomina, że państwa członkowskie powinny przestrzegać zasady ochrony uzasadnionych oczekiwań przy wykonywaniu uprawnień, z których korzystają w celu stosowania dyrektyw wspólnotowych (zob. w szczególności wyrok z dnia 26 kwietnia 1988 r. w sprawie 316/86 Krücken, Rec. s. 2213, pkt 22) oraz, że podczas reform legislacyjnych pewnych instytucji lub uregulowań prawnych, ochrona uzasadnionych oczekiwań podmiotów gospodarczych wymaga ustanowienia środków przejściowych lub dostosowawczego okresu przejściowego, w braku nadrzędnego interesu publicznego, który stałby temu na przeszkodzie (zob., w szczególności, wyrok z dnia 14 maja 1975 r. w sprawie 74/74 CNTA przeciwko Komisji, Rec. s. 533, pkt 44).
46. ASM Brescia wskazuje, że do chwili wejścia w życie dekretu ustawodawczego 164/2000, prawo włoskie nie poddawało udzielenia koncesji na dystrybucję gazu obowiązkowi w zakresie ogłoszeń i pozwalało ponadto na ustanowienie koncesji o bardzo długim okresie obowiązywania.

47. Dodaje ona, że do czasu wydania komunikatu Komisji w sprawie wykładni dotyczącego koncesji w prawie wspólnotowym (Dz.U. 2000, C 121, s. 2) oraz wyroku z dnia 7 grudnia 2000 r. w sprawie C-324/98 Telaustria i Telefonadress (Rec. s. I-10745), prawo wspólnotowe nie zawierało wskazówek, w świetle których nakładałoby ono na władze publiczne obowiązki w zakresie przejrzystości i ogłoszeń przy udzielaniu koncesji na usługi publiczne.
48. ASM Brescia przypomina następnie, że dekret z mocą ustawy 273/2005 w rzeczywistości jedynie przesunął o dwa lata ostatecznie zakończenie okresu przejściowego, o którym mowa w art. 15 ust. 5 dekretu ustawodawczego 164/2000, z dnia 31 grudnia 2005 r. na dzień 31 grudnia 2007 r., a pod pewnymi warunkami na dzień 31 grudnia 2009 r. Uważa ona, że zmiana ta ma, jako taka i w świetle jej skutków, ograniczony zakres, w szczególności w świetle bardzo długiego rezydualnego czasu trwania omawianych koncesji, oraz wobec tego, że nie ma ona wpływu na równowagę interesów stron w sposób dysproporcjonalny. Podkreśla ona, że przedłużenie to stanowi w każdym razie środek dyskrecjonalny.
49. ASM Brescia przypomina wreszcie, że koncesje na dystrybucję gazu ziemnego, które wygasają przed upływem rzeczzonego okresu przejściowego, nie podlegają przedłużeniu, że w świetle dekretu ustawodawczego 164/2000 zakończeniu okresu przejściowego, o którym mowa w art. 15 ust. 5 tego dekretu mogło nastąpić później niż zakończenie wynikające z zastosowania dekretu z mocą ustawy 273/2005 oraz że ustanowienie tego ostatniego pozwoliło na wzmocnienie pewności prawa przez wyjaśnienie uregulowań prawnych rzeczzonego okresu przejściowego.
50. Komisja ze swej strony wskazuje, że spór przed sądem krajowym dotyczy koncesji na usługi publiczne i że koncesje te podlegają podstawowym regułom traktatu WE, w szczególności art. 43 WE i 49 WE, oraz zasadzie niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową i zasadzie równego traktowania oferentów, z którymi wiąże się w szczególności obowiązek przejrzystości pozwalający udzielającym koncesji władzom publicznym na zapewnienie przestrzegania tych zasad (wyrok z dnia 6 kwietnia 2006 r. w sprawie C-410/04 ANAV, Zb. Orz. s. I-3303, pkt 21).
51. Podkreśla ona, że Trybunał uznał, iż rzeczony obowiązek przejrzystości polega na zagwarantowaniu wszystkim potencjalnym oferentom odpowiedniego poziomu jawności umożliwiającego otwarcie sfery koncesji na świadczenie usług na konkurencję oraz kontrolę bezstronności procedur ich udzielania (ww. wyrok ANAV, pkt 21).
52. Komisja uważa, że brak rozwiązania koncesji na usługi publiczne, udzielonych bez procedury uprzedniego ogłoszenia jest również sprzeczne z art. 43 WE i 49 WE, oraz z zasadami niedyskryminacji, równego traktowania i przejrzystości.
53. Dodaje ona, że art. 86 ust. 1 WE stoi na przeszkodzie przepisom takim jak rozpatrywane w sprawie przed sądem krajowym, które przewidują utrzymanie w mocy koncesji na usługi publiczne udzielone z naruszeniem wymogów w zakresie ogłoszeń przewidzianych w prawie wspólnotowym.
54. Anigas twierdzi ze swej strony, że art. 43 WE, 49 WE i 86 ust. 1 WE, oraz zasady równego traktowania, niedyskryminacji i przejrzystości, nie stoją na przeszkodzie przedłużeniu okresu przejściowego, które przewidziano w uregulowaniach będących przedmiotem postępowania przed sądem krajowym.
55. Twierdzi ona, że przesłanki wskazane w art. 15 ust. 7 dekretu ustawodawczego 164/2000, pozwalające na przedłużenie okresu przejściowego, o którym mowa w art. 15 ust. 5 tego dekretu, są wpisane w zespół środków mających na celu stworzenie konkurencyjnego rynku gazu ziemnego.

56. Anigas uważa, że przestrzeganie zasady ochrony uzasadnionych oczekiwań wymaga w każdym razie, by wcześniejsze rozwiązanie koncesji na dystrybucję gazu ziemnego, takie jak rozpatrywane przed sądem krajowym, nastąpiło dopiero z upływem okresu przejściowego.
- Odpowiedź Trybunału
57. Koncesja na usługi publiczne, taka jak będąca przedmiotem postępowania przed sądem krajowym, nie jest objęta zakresem stosowania dyrektyw dotyczących poszczególnych kategorii dyrektywy dotyczących zamówień publicznych (zob., w szczególności, wyrok z dnia 21 lipca 2005 r. w sprawie C-231/03 Coname, Zb.Orz. s. I-7287, pkt 16).
58. Trybunał orzekł jednakże, iż władze publiczne, zamierzając udzielić takiej koncesji, są zobowiązane do przestrzegania ogółu podstawowych zasad traktatowych, a w szczególności zasady niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Telaustria i Telefonadress, pkt 60, ww. wyrok w sprawie Coname, pkt 16, wyrok z dnia 13 października 2005 r. w sprawie C-458/03 Parking Brixen, pkt 46, oraz ww. wyrok w sprawie ANAV, pkt 18).
59. W szczególności w zakresie w jakim koncesja ma pewne znaczenie transgraniczne, udzielenie jej, przy całkowitym braku przejrzystości, przedsiębiorstwu znajdującemu się w państwie członkowskim instytucji zamawiającej stanowi przejaw odmiennego traktowania na niekorzyść przedsiębiorstw, które mogą być zainteresowane taką koncesją (zob., podobnie wyrok z dnia 13 listopada 2007 r. w sprawie C-507/03, dotychczas niepublikowany w Zbiorze, pkt 30).
60. O ile takie zróżnicowanie traktowania, które poprzez wykluczenie wszystkich przedsiębiorstw znajdujących się w innym państwie członkowskim działa głównie na ich niekorzyść, nie jest uzasadnione obiektywnymi okolicznościami, stanowi ono przejaw dyskryminacji pośredniej ze względu na przynależność państwową, zakazanej na mocy art. 43 WE i 49 WE (ww. wyrok w sprawie Komisja przeciwko Irlandii, pkt 31).
61. Ponadto art. 86 ust. 1 WE stoi na przeszkodzie temu, by państwa członkowskie, w odniesieniu do przedsiębiorstw publicznych oraz przedsiębiorstw, którym przyznają prawa specjalne lub wyłączne, utrzymywały w mocy środki krajowe sprzeczne art. 43 WE i 49 WE.
62. Po pierwsze w żadnym razie nie można wykluczyć, że koncesja będąca przedmiotem sprawy przed sądem krajowym, w świetle kryteriów wskazanych przez Trybunał, w szczególności miejsca jej wykonania i jej znaczenia gospodarczego, ma pewne znaczenie transgraniczne (zob., podobnie wyrok z dnia 15 maja 2008 r. w połączonych sprawach-147/06 i C-148/06 SECAP i Santorso, dotychczas niepublikowany w Zbiorze, pkt 31). Jest tak tym bardziej, że uregulowanie krajowe może być stosowane bez rozróżnienia do wszystkich koncesji.
63. Po drugie uregulowanie takie jak będące przedmiotem sporu przed sądem krajowym, poprzez związane z nim przesunięcie momentu udzielenia nowej koncesji w drodze procedury przetargowej, wprowadza co najmniej w okresie tego przesunięcia, różnicę w traktowaniu na niekorzyść przedsiębiorstw, które mogą być zainteresowane taką koncesją, a które mają siedzibę w innym państwie członkowskim niż państwo instytucji zamawiającej.
64. Różnica ta może być jednakże uzasadniona obiektywnymi okolicznościami, takimi jak potrzeba przestrzegania zasady pewności prawa.
65. Zasada ta stanowi część wspólnotowego porządku prawnego (wyrok z dnia 21 września 1983 r. w połączonych sprawach 205/82 do 215/82 Deutsche Milchkontor i in., Rec. s. 2633, pkt 30) i obowiązuje wszelkie organy krajowe stosujące prawo wspólnotowe (zob., podobnie, wyrok z dnia 27 września 1979 r. w sprawie 230/78 Eridania-Zuccherifici nazionali i Societ  italiana per l'industria degli zuccheri, Rec. s. 2749, pkt 31).

66. W tym zakresie, w kontekście takim jak występujący w sporze przed sądem krajowym, należy uwzględnić trzy grupy elementów.
67. W pierwszej kolejności dyrektywa 2003/55 nie przewiduje uchylecia istniejących koncesji na dystrybucję gazu.
68. W drugiej kolejności z postanowienia odsyłającego wynika, że koncesja udzielona w roku 1984 powinna obowiązywać do roku 2029. Zatem jej wcześniejsze rozwiązanie na podstawie dekretu z mocą ustawy, które może prowadzić do konieczności udzielenia przez Comune di Rodengo nowej koncesji w trybie przetargu, zmierza w kierunku większego poszanowania prawa wspólnotowego.
69. W trzeciej kolejności zasada pewności prawa wymaga w szczególności, by przepisy prawa były jasne, precyzyjne i przewidywalne co do ich skutków, w szczególności, gdy mogą mieć skutki niekorzystne dla jednostek i przedsiębiorstw (zob., podobnie, wyrok z dnia 7 czerwca 2005 r. w sprawie C-17/03 VEMW i in., Zb.Orz. s. I-4983, pkt 80 i przywołane tam orzecznictwo).
70. W tym świetle należy stwierdzić, że koncesja będąca przedmiotem sprawy przed sądem krajowym została udzielona w roku 1984, w okresie gdy Trybunał nie orzekł jeszcze, iż w świetle pierwotnego prawa wspólnotowego umowy o pewnym znaczeniu transgranicznym mogły podlegać obowiązkom w zakresie przejrzystości, w okolicznościach wskazanych w pkt 59 i 60 niniejszego wyroku.
71. W tych okolicznościach, i bez potrzeby rozpatrywania zasady ochrony uzasadnionych oczekiwań, zasada pewności prawa nie tylko zezwala, lecz również wymaga, by rozwiązaniu takiej koncesji towarzyszył okres przejściowy pozwalający kontrahentom na rozwiązanie ich stosunków umownych na warunkach, które mogą być zaakceptowane zarówno z punktu widzenia wymogów usługi publicznej jak i z punktu widzenia ekonomicznego.
72. Do sądu krajowego należy dokonanie oceny czy, w szczególności, przedłużenie okresu przejściowego, dokonane na mocy uregulowania, takiego jak będące przedmiotem sprawy przed sądem krajowym, może zostać uznane za niezbędne dla przestrzegania zasady pewności prawa.
73. Na pierwsze i drugie pytanie należy zatem odpowiedzieć w ten sposób, że art. 43 WE, 49 WE i 86 ust. 1 WE, nie stoją na przeszkodzie temu, by przepisy państwa członkowskiego, takie jak będące przedmiotem sporu przed sądem krajowym, wprowadziły przedłużenie, na wskazanych w nich warunkach, okresu przejściowego, z wpływem którego następuje wcześniejsze rozwiązanie koncesji na dystrybucję gazu ziemnego, takiej jak rozpatrywana przed sądem krajowym, w zakresie w jakim przedłużenie takie można uznać za niezbędne dla umożliwienia kontrahentom rozwiązania ich stosunków umownych na warunkach, które mogą być zaakceptowane zarówno z punktu widzenia wymogów usługi publicznej jak i z punktu widzenia ekonomicznego.

W przedmiocie kosztów

74. Dla stron postępowania przed sądem krajowym niniejsze postępowanie ma charakter incydentalny, dotyczy bowiem kwestii podniesionej przed tym sądem, do niego zatem należy rozstrzygnięcie o kosztach. Koszty poniesione w związku z przedstawieniem uwag Trybunałowi, inne niż poniesione przez strony postępowania przed sądem krajowym, nie podlegają zwrotowi.

Z powyższych względów Trybunał (druga izba) orzeka, co następuje:

- 1) Dyrektywa 2003/55 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 czerwca 2003 r. dotycząca wspólnych zasad rynku wewnętrznego gazu ziemnego i uchylająca dyrektywę 98/30/WE, nie stoi na przeszkodzie, by przepisy państwa członkowskiego, takie jak będące przedmiotem sporu przed sądem krajowym, wprowadziły przedłużenie, na wskazanych w nich warunkach, okresu przejściowego z upływem którego następuje wcześniejsze rozwiązanie koncesji na dystrybucję gazu ziemnego, takiej jak rozpatrywana przed sądem krajowym. W tych okolicznościach należy stwierdzić, że również art. 10 WE i zasada proporcjonalności nie stoją na przeszkodzie takiemu uregulowaniu.
- 2) Artykuły 43 WE, 49 WE i 86 ust. 1 WE, nie stoją na przeszkodzie temu, by przepisy państwa członkowskiego, takie jak będące przedmiotem sporu przed sądem krajowym, wprowadziły przedłużenie, na wskazanych w nich warunkach, okresu przejściowego, z upływem którego następuje wcześniejsze rozwiązanie koncesji na dystrybucję gazu ziemnego, takiej jak rozpatrywana przed sądem krajowym, w zakresie w jakim przedłużenie takie można uznać za niezbędne dla umożliwienia kontrahentom rozwiązania ich stosunków umownych na warunkach, które mogą być zaakceptowane zarówno z punktu widzenia wymogów usługi publicznej jak i z punktu widzenia ekonomicznego.

Podpisy

Orzeczenie z dnia 2 października 2008 r. w sprawie C-157/06
Komisja przeciwko Włochom

WYROK TRYBUNAŁU (druga izba)
z dnia 2 października 2008 r. (*)

Uchybienie zobowiązaniom państwa członkowskiego – Zamówienia publiczne na dostawy – Dyrektywa 93/36/EWG – Udzielanie zamówień publicznych bez uprzedniej publikacji ogłoszenia – Lekkie helikoptery dla policji i krajowej straży pożarnej

W sprawie C-157/06

mającej za przedmiot skargę o stwierdzenie, na podstawie art. 226 WE, uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego, wniesioną w dniu 23 marca 2006 r.,

Komisja Wspólnot Europejskich, reprezentowana przez X. Lewisa oraz D. Recchię, działających w charakterze pełnomocników, z adresem do doręczeń w Luksemburgu,

strona skarżąca,

przeciwko

Republice Włoskiej, reprezentowanej przez I.M. Braguglię, działającego w charakterze pełnomocnika, wspieranego przez G. Fienga, avvocato dello Stato, z adresem do doręczeń w Luksemburgu,

strona pozwana,

TRYBUNAŁ (druga izba),

w składzie: L. Bay Larsen, prezes szóstej izby, pełniący obowiązki prezesa drugiej izby, K. Schiemann, J. Makarczyk (sprawozdawca), J.C. Bonichot i C. Toader, sędziowie,

rzecznik generalny: M. Poiares Maduro,

sekretarz: B. Fülöp, administrator,

uwzględniając procedurę pisemną i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 15 maja 2008 r.,

podjąwszy, po wysłuchaniu rzecznika generalnego, decyzję o rozstrzygnięciu sprawy bez opinii,

wydaje następujący

Wyrok

1. W swojej skardze Komisja Wspólnot Europejskich wnosi do Trybunału o stwierdzenie, że wydając dekret ministra spraw wewnętrznych nr 558/A/04/03/RR z dnia 11 lipca 2003 r. (zwany dalej „dekretem ministerialnym”), który zezwala na odstępstwo od przepisów wspólnotowych dotyczących zamówień publicznych na dostawy w odniesieniu do nabywania lekkich helikopterów przeznaczonych na potrzeby policji i krajowej straży pożarnej, mimo niewystąpienia żadnej z przesłanek mogących uzasadniać takie odstępstwo, Republika Włoch uchybiła zobowiązaniom ciążącym na niej na mocy dyrektywy Rady 93/36/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy (Dz.U. L 199, s. 1), a w szczególności na mocy jej art. 2 ust. 1 lit. b), art. 6 i 9.

Ramy prawne

Uregulowania wspólnotowe

2. Artykuł 2 ust. 1 lit. b) dyrektywy 93/36 ma następujące brzmienie:

„1. Niniejsza dyrektywa nie ma zastosowania do:

[...]

- b) zamówień na dostawy, które są określone jako objęte tajemnicą lub których realizacji muszą towarzyszyć szczególne środki bezpieczeństwa zgodnie z przepisami ustawowymi, wykonawczymi i administracyjnymi obowiązującymi w zainteresowanym państwie członkowskim, albo gdy wymaga tego ochrona podstawowych interesów bezpieczeństwa tego państwa członkowskiego”.

3. Artykuł 3 tej dyrektywy przewiduje:

„Bez uszczerbku dla art. 2, 4 oraz art. 5 ust. 1 niniejsza dyrektywa ma zastosowanie do wszystkich produktów, których dotyczy art. 1 lit. a), włącznie z tymi, objętymi zamówieniami udzielanymi przez instytucje zamawiające w dziedzinie obronności, z wyjątkiem produktów, do których stosuje się art. [296] ust. 1 lit. b) [WE]”.

4. Artykuł 6 tej dyrektywy stanowi:

„1. Przy udzielaniu zamówień publicznych na dostawy instytucje zamawiające stosują procedury określone w art. 1 lit. d), e) oraz f) w przypadkach wskazanych poniżej.

2. Instytucje zamawiające mogą udzielać zamówień na dostawy w procedurze negocjacyjnej, jeżeli w toku realizacji procedury otwartej lub ograniczonej wpłynęły nieprawidłowe oferty albo wpłynęły oferty, które nie mogą być przyjęte na mocy przepisów krajowych, zgodnych z przepisami zawartymi w tytule IV, o ile początkowe warunki zamówienia nie zostały istotnie zmienione. Instytucje zamawiające publikują w takich wypadkach ogłoszenie o zamówieniu, chyba że włączą do tej procedury negocjacyjnej wszystkie przedsiębiorstwa, spełniające kryteria art. 20–24, które w toku uprzedniej procedury otwartej lub ograniczonej złożyły oferty zgodne z formalnymi wymogami procedury przetargowej.

3. Instytucje zamawiające mogą udzielać zamówień publicznych na dostawy w procedurze negocjacyjnej, bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o przetargu, w następujących przypadkach:

- a) jeżeli w toku procedury otwartej lub ograniczonej oferty nie wpłynęły lub wpłynęły jedynie oferty nieprawidłowe, pod warunkiem że początkowe warunki zamówienia nie zostały w sposób istotny zmienione a sprawozdanie zostało przekazane Komisji;
- b) jeżeli przedmiotem zamówienia są produkty wytwarzane jedynie do celów badań, eksperymentów, studiów lub rozwoju; przepis ten nie obejmuje produkcji seryjnej mającej na celu osiągnięcie rentowności rynkowej lub pokrycie kosztów badań i rozwoju;
- c) jeżeli z przyczyn technicznych, artystycznych, lub z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, produkty będące przedmiotem dostawy mogą być wytworzone lub dostarczone jedynie przez określonego dostawcę;
- d) w zakresie, w jakim jest to ściśle niezbędne, ze względu na wyjątkowo pilny charakter sprawy związany z wydarzeniami, których zainteresowane instytucje zamawiające nie mogły przewidzieć, nie mogą być przestrzegane terminy, przewidziane dla procedur otwartej, ograniczonej lub negocjacyjnej, określone w ust. 2. Okoliczności, na które można się powoływać w celu uzasadnienia wyjątkowo pilnego charakteru sprawy, nie mogą być w żadnym przypadku wywołane przez instytucje zamawiające;

- e) w przypadku dodatkowych dostaw dokonywanych przez pierwotnego dostawcę, których celem jest częściowe zastąpienie dostaw lub instalacji bieżącego użytku, rozszerzenie istniejących dostaw lub instalacji, w przypadku gdy zmiana dostawcy zobowiązywałaby instytucję zamawiającą do nabywania materiałów o innych właściwościach technicznych, co powodowałoby niekompatybilność lub nieproporcjonalnie duże trudności techniczne w użytkowaniu i utrzymaniu. Okres realizacji takich zamówień, a także zamówień odnawialnych nie może zasadniczo przekraczać trzech lat.
4. We wszystkich innych przypadkach instytucje zamawiające udzielają zamówień na dostawę w procedurze otwartej lub ograniczonej”.
5. Artykuł 9 tej dyrektywy ma następujące brzmienie:
- „1. Instytucje zamawiające informują w ogłoszeniu informacyjnym, najszybciej jak to możliwe po rozpoczęciu ich roku budżetowego, o całkowitych zamówieniach w podziale na grupy produktów, których zamierzają udzielić w ciągu następných 12 miesięcy, w przypadku gdy ich całkowita wartość szacunkowa, z uwzględnieniem przepisów art. 5, jest równa lub większa niż 750 000 [EUR].
- Grupy produktów są ustalane przez instytucje zamawiające poprzez odniesienie do nomenklatury »Classification of Products According to Activities (CPA)«. Komisja określa warunki odniesienia w ogłoszeniu do poszczególnych pozycji nomenklatury zgodnie z procedurą przewidzianą w art. 32 ust. 2.
2. Instytucje zamawiające, które zamierzają udzielić zamówienia publicznego na dostawę w procedurze otwartej, ograniczonej lub negocjacyjnej w przypadkach określonych w art. 6 ust. 2, informują o swoim zamiarze w ogłoszeniu.
3. Instytucje zamawiające, które udzieliły zamówienia, informują o wyniku postępowania w ogłoszeniu. Jednakże niektóre informacje o udzieleniu zamówienia nie muszą w pewnych przypadkach być publikowane, jeśli ich ujawnienie utrudniłoby egzekwowanie prawa, byłoby sprzeczne z interesem publicznym, naruszałoby uprawnione interesy gospodarcze określonych przedsiębiorstw publicznych lub prywatnych albo mogłoby naruszyć uczciwą konkurencję między dostawcami.
4. Ogłoszenia są sporządzane zgodnie ze wzorami podanymi w załączniku IV i zawierają informacje wymagane w tych wzorach. Instytucje zamawiające nie mogą wymagać spełnienia jakichkolwiek warunków innych niż te określone w art. 22 i 23, przy żądaniu informacji dotyczących wymogów ekonomicznych i technicznych, które stawiają dostawcom przy ich wyborze (załącznik IV B sekcja 11, załącznik IV C sekcja 9 oraz załącznik IV D sekcja 8).
5. Instytucje zamawiające przesyłają ogłoszenia, tak szybko jak to możliwe i w najbardziej odpowiedni sposób, do Urzędu Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich. W przypadku procedury przyspieszonej, określonej w art. 12, ogłoszenie przesyła się teleksem, telegraficznie lub telefaksem.
- Ogłoszenie określone w ust. 1 przesyła się tak szybko jak to możliwe po rozpoczęciu każdego roku budżetowego.
- Ogłoszenie określone w ust. 3 przesyła się najpóźniej w terminie 48 dni od daty udzielenia zamówienia, którego to dotyczy.
6. Ogłoszenia, określone w ust. 1 i 3, zostają opublikowane w całości w *Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich* oraz w bazie danych TED, w urzędowych językach Wspólnot, przy czym autentyczny jest jedynie tekst w języku oryginału.
7. Ogłoszenia, określone w ust. 2, zostają opublikowane w całości w *Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich* oraz w bazie danych TED w języku oryginału. Streszczenie ważniejszych elementów każdego ogłoszenia zostaje opublikowane w językach urzędowych Wspólnoty, przy czym autentyczny jest jedynie tekst w języku oryginału.
- ”

8. Urząd Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich publikuje ogłoszenia nie później niż po 12 dniach od daty ich wysłania. W przypadku procedury przyspieszonej, określonej w art. 12, termin ten ulega skróceniu do pięciu dni.
9. Ogłoszenia nie zostają opublikowane w dziennikach urzędowych lub w prasie kraju instytucji zamawiającej przed datą wysłania do Urzędu Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich; przy publikacji należy podać tę datę. Ogłoszenia nie zawierają informacji innych niż te opublikowane w *Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich*.
10. Instytucje zamawiające muszą być w stanie udowodnić datę wysłania.
11. Koszty publikacji zamówień w *Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich* ponoszą Wspólnoty. Tekst ogłoszenia nie przekracza jednej strony Dziennika Urzędowego lub około 650 wyrazów. Każde wydanie Dziennika Urzędowego zawierające jedno albo więcej ogłoszeń, odtwarza wzór ogłoszenia lub wzory, według których publikowane ogłoszenie jest sporządzane”.

Uregulowania krajowe

6. Dekret ministerialny stanowi:

- „1. W przypadku dostaw helikopterów typu lekkiego przeznaczonych na potrzeby policji i krajowej straży pożarnej wprowadza się szczególne środki ostrożności, które stosuje się również do działań technicznej grupy oceniającej i komisji międzyresortowej, o której mowa w uzasadnieniu.
 2. W celu udzielenia zamówienia na powyższe dostawy można odstąpić od przepisów dekretu z mocą ustawy nr 358 z dnia [24 lipca 1992 r.], zmienionego dekretem z mocą ustawy nr 402 z dnia [20 października 1998 r. (zwanego dalej „dekretem z mocą ustawy nr 358/1992”)], przy spełnieniu w danym przypadku przesłanek, o których mowa w art. 4 [lit.] c) tego dekretu”.
7. Dekret z mocą ustawy nr 358/1992 przywołany w dekreście ministerialnym stanowi legislacyjny środek transpozycji uregulowań wspólnotowych w zakresie przetargów publicznych na dostawy.
8. Artykuł 4 lit. c) dekretu z mocą ustawy nr 358/1992 powtarza treść przepisu art. 2 ust. 1 lit. b) dyrektywy 93/36.

Postępowanie poprzedzające wniesienie skargi

9. Po powzięciu wiadomości o wydaniu dekretu ministerialnego i po stwierdzeniu, że nie jest on zgodny z art. 2 ust. 1 lit. b), art. 6 i 9 dyrektywy 93/36, Komisja skierowała w dniu 1 kwietnia 2004 r. do Republiki Włoskiej wezwanie do usunięcia uchybienia, na które państwo to odpowiedziało w dniu 30 lipca 2004 r.
10. Ponieważ odpowiedź ta nie satysfakcjonowała Komisji, skierowała ona w dniu 14 grudnia 2004 r. do Republiki Włoskiej uzasadnioną opinię, wzywając do przyjęcia przepisów niezbędnych w celu zastosowania się do niej w terminie dwóch miesięcy od dnia jej otrzymania.
11. Pismem z dnia 22 marca 2005 r. Republika Włoska poinformowała Komisję, że nie przygotowała jeszcze szczegółowej odpowiedzi na powyższą uzasadnioną opinię, lecz, że „wszczęła w tym przedmiocie proces pogłębionej analizy”, którego rezultaty „skłaniają do uznania, że brzmienie wspomnianego dekretu mogło wzbudzić określoną niepewność co do zgodności procedur udzielania zamówień publicznych na dostawy z systemem normatywnym obowiązującym na poziomie wspólnotowym”. Pismo to zawierało dalej życzenie otwarcia dialogu technicznego ze służbami Komisji, który mógłby „towarzyszyć temu procesowi analizy i prowadzić do rewizji wyżej wspomnianego ustawodawstwa, która w należyтым stopniu uwzględni różne wymogi w tej dziedzinie”.

12. Mimo dwóch pism Komisji – z dnia 14 kwietnia i z dnia 26 maja 2005 r. – informujących Republikę Włoską o gotowości rozpoczęcia dialogu z zainteresowanymi służbami ministerialnymi wspomniany dialog techniczny nigdy nie miał miejsca. W tych okolicznościach Komisja postanowiła wnieść niniejszą skargę.

W przedmiocie skargi

Argumentacja stron

13. Komisja zarzuca, że Republika Włoska na mocy dekretu ministerialnego nieprawidłowo wyłączyła z zakresu zastosowania dyrektywy 93/36 dostawy lekkich helikopterów na potrzeby policji i krajowej straży pożarnej, gdyż nie została spełniona żadna z przesłanek przewidzianych w art. 2 ust. 1 lit. b) tej dyrektywy.
14. W tym zakresie Komisja podkreśla fakt, że helikoptery te są przeznaczone dla policji i krajowej straży pożarnej, to znaczy służb cywilnych, które zwykle nie muszą uczestniczyć w operacjach wojskowych. Ponadto okoliczność, że instalacja lekkiego uzbrojenia przewidziana została tylko jako ewentualność, potwierdza, iż helikoptery te przeznaczone są zasadniczo do użytku cywilnego. Wreszcie fakt, że omawiane helikoptery powinny posiadać określone cechy, zbliżone do cech helikopterów wojskowych, nie wystarcza do traktowania tych dostaw jako dostaw wojskowych. Zdaniem Komisji chodzi tu co najwyżej o statki powietrzne przeznaczone ewentualnie do podwójnego zastosowania.
15. Ponadto Komisja uważa, że nawet gdyby były to dostawy wojskowe, stosowanie dyrektywy 93/36 nie byłoby wyłączone, a państwo członkowskie, które powołuje się na odstępstwo przewidziane w jej art. 2 ust. 1 lit. b) musiałyby wykazać wystąpienie określonych w tym przepisie przesłanek uzasadniających to odstępstwo. Tymczasem zdaniem Komisji w niniejszej sprawie Republika Włoska nie wykazała zasadności powołania się na odstępstwo.
16. Republika Włoska twierdzi, że w aktualnej sytuacji międzynarodowej pojęcia wojny i sprzętu wojskowego zmieniły istotnie swoje znaczenie w stosunku do znaczenia pierwotnego, podobnie zresztą jak pojęcie ochrony podstawowych interesów bezpieczeństwa narodowego. Nie można kwestionować wojskowego charakteru helikopterów stanowiących przedmiot zamówień, o których mowa w dekreście ministerialnym, ponieważ helikoptery te mogą być używane do wykonywania zadań z zakresu bezpieczeństwa narodowego. Jak to bowiem ustaliła międzyresortowa komisja powołana do tego celu, omawiane helikoptery muszą posiadać określone cechy techniczne pozwalające na ich ewentualne użycie w charakterze systemów uzbrojenia i systemów obronnych i wobec tego wymagają homologacji ministra obrony.
17. Republika Włoska podnosi, że przesłanki przewidziane w art. 2 ust. 1 lit. b) dyrektywy 93/36 zostały spełnione. Twierdzenie to opiera na argumente, zgodnie z którym w przypadku dostaw omawianych helikopterów należy zachować jak największą dyskrecję z uwagi na ich użycie w charakterze systemów uzbrojenia oraz możliwość ich współdziałania z innym sprzętem wojskowym. Jest to powód, dla którego nie można zagwarantować zachowania tajemnicy w ramach otwartej procedury ogłoszenia o przetargu.
18. Ponadto Republika Włoska uważa, że skoro omawiane statki powietrzne mogą zostać uznane bez zastrzeżeń za sprzęt wojskowy, nawet w przypadku, jeśli należy przyjąć, iż przesłanki przewidziane w art. 2 ust. 1 lit. b) dyrektywy 93/36 nie znajdują w niniejszej sprawie zastosowania, to sporne dostawy objęte są jednak zakresem odstępstwa, o którym mowa w art. 296 WE, a więc są wyłączone z zakresu wspólnotowych przepisów dotyczących zamówień publicznych.

19. Wreszcie Republika Włoska uznaje niniejszą skargę za niedopuszczalną z racji naruszenia zasady *ne bis in idem*. Twierdzi ona bowiem, że zagadnienie będące przedmiotem sporu zostało już zbadane i ocenione przez Trybunał w wyroku z dnia 8 kwietnia 2008 r. w sprawie C-337/05 Komisja przeciwko Włochom, dotychczas nieopublikowanym w Zbiorze.

Ocena Trybunału

W przedmiocie dopuszczalności

20. W tym zakresie wystarczy wskazać na zasadniczą różnicę pomiędzy niniejszą sprawą a sprawą Komisja przeciwko Włochom, w której wydany został ww. wyrok. W niniejszej sprawie Republika Włoska działała na mocy dekretu ministra spraw wewnętrznych, podczas gdy sprawa zakończona powyższym wyrokiem dotyczyła zgodności z prawem praktyki władz włoskich. Stwierdzenie to jest wystarczające do ustalenia, że w niniejszej sprawie nie można się w żadnym razie skutecznie powołać na zasadę *ne bis in idem*.

21. W konsekwencji zarzut niedopuszczalności podniesiony przez Republikę Włoską należy oddalić.

Co do istoty sprawy

22. Na wstępie należy podnieść, że pomiędzy stronami bezsporne jest, iż kwoty zamówień, o których mowa w dekreście ministerialnym, przekraczają próg określony w art. 5 ust. 1 lit. a) dyrektywy 93/36, co może powodować objęcie ich zakresem tej dyrektywy.

23. Należy również przypomnieć, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem wszelkie odstępstwa od zasad służących zapewnieniu skuteczności praw, jakie traktat przyznaje w zakresie zamówień publicznych, należy interpretować ściśle (zob. podobnie wyrok z dnia 17 listopada 1993 r. w sprawie C-71/92 Komisja przeciwko Hiszpanii, Rec. s. I-5923, pkt 36), a na osobie, która zamierza powołać się na odstępstwo, spoczywa ciężar udowodnienia, że rzeczywiście zaistniały wyjątkowe okoliczności uzasadniające jego zastosowanie (zob. podobnie wyrok z dnia 3 maja 1994 r. w sprawie C-328/92 Komisja przeciwko Hiszpanii, Rec. s. I-1569, pkt 15 i 16, oraz ww. wyrok w sprawie Komisja przeciwko Włochom, pkt 57 i 58).

24. W niniejszej sprawie Republika Włoska podnosi, że dekret ministerialny spełnia przesłanki określone w art. 296 WE i w art. 2 ust. 1 lit. b) dyrektywy 93/36, w szczególności z tego względu, iż helikoptery, o których mowa w dekreście, są produktami podwójnego zastosowania, to znaczy mogącymi służyć zarówno celom cywilnym, jak i wojskowym.

25. W tym zakresie należy przypomnieć, że zgodnie z art. 296 ust. 1 lit. b) WE każde państwo członkowskie może podejmować środki, jakie uważa za konieczne w celu ochrony podstawowych interesów swojego bezpieczeństwa, a które odnoszą się do produkcji lub handlu bronią, amunicją lub wyposażeniem wojskowym, jednak pod warunkiem, że te środki nie będą negatywnie wpływać na warunki konkurencji na wspólnym rynku w odniesieniu do produktów, które nie są przeznaczone wyłącznie do celów wojskowych (zob. ww. wyrok w sprawie Komisja przeciwko Włochom, pkt 46).

26. Z brzmienia powyższego przepisu wynika, że omawiane produkty powinny być przeznaczone do celów wyłącznie wojskowych. W związku z tym zakup sprzętu, którego użycie w celach wojskowych nie jest pewne, musi być bezwzględnie zgodny z zasadami udzielania zamówień publicznych (zob. ww. wyrok w sprawie Komisja przeciwko Włochom, pkt 47).

27. Tymczasem nie ulega wątpliwości, że dekret ministerialny dotyczy – jak to przyznaje Republika Włoska – helikopterów, których przeznaczenie cywilne jest pewne, a ich użycie dla celów wojskowych jest jedynie możliwe.
28. W konsekwencji Republika Włoska nie może skutecznie powoływać się na art. 296 ust. 1 lit. b) WE, o którym mowa w art. 3 dyrektywy 93/36, w celu uzasadnienia przepisów krajowych zezwalających na zastosowanie procedury negocjacyjnej przy nabywaniu omawianych helikopterów.
29. Ponadto Republika Włoska powołuje się na art. 2 ust. 1 lit. b) dyrektywy 93/36.
30. Na wstępie należy przypomnieć, że konieczność ustanowienia obowiązku dochowania poufności nie wyklucza w żaden sposób zastosowania postępowania przetargowego przy udzielaniu zamówienia (zob. ww. wyrok w sprawie Komisja przeciwko Włochom, pkt 52).
31. W związku z tym powołanie się na art. 2 ust. 1 lit. b) dyrektywy 93/36 w celu uzasadnienia przepisów krajowych zezwalających na zakup omawianych helikopterów przy zastosowaniu procedury negocjacyjnej wydaje się być nieproporcjonalne, mając na uwadze cel polegający na uniemożliwieniu ujawnienia chronionych informacji dotyczących ich produkcji. Republika Włoska nie wykazała bowiem, że cel ten nie mógłby zostać osiągnięty w ramach postępowania przetargowego przewidzianego w tejże dyrektywie (zob. ww. wyrok w sprawie Komisja przeciwko Włochom, pkt 53).
32. Zgodnie z powyższym samo stwierdzenie, że omawiane dostawy są określone jako objęte tajemnicą, że towarzyszą im szczególne środki bezpieczeństwa lub że muszą być wyłączone z zakresu przepisów wspólnotowych w celu ochrony podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa, nie może być wystarczające do ustalenia, że rzeczywiście wystąpiły wyjątkowe okoliczności uzasadniające odstępstwa przewidziane w art. 2 ust. 1 lit. b) dyrektywy 93/36.
33. W konsekwencji Republika Włoska nie może skutecznie powoływać się na art. 2 ust. 1 lit. b) dyrektywy 93/36 w celu uzasadnienia przepisów krajowych zezwalających na zastosowanie procedury negocjacyjnej przy nabywaniu omawianych helikopterów.
34. Biorąc pod uwagę całość powyższych rozważań, należy stwierdzić, że wydając dekret ministerialny, który zezwala na odstępstwo od przepisów wspólnotowych dotyczących zamówień publicznych na dostawy w odniesieniu do nabywania lekkich helikopterów przeznaczonych na potrzeby policji i krajowej straży pożarnej, mimo niewystąpienia żadnej z przesłanek mogących uzasadniać takie odstępstwo, Republika Włoska uchybiła zobowiązaniom ciążącym na niej na mocy dyrektywy 93/36, a w szczególności na mocy jej art. 2 ust. 1 lit. b), art. 6 i 9.

W przedmiocie kosztów

35. Zgodnie z art. 69 § 2 regulaminu kosztami zostaje obciążona, na żądanie strony przeciwnej, strona przegrywająca sprawę. Ponieważ Komisja wniosła o obciążenie Republiki Włoskiej kosztami postępowania, a Republika Włoska przegrała sprawę, należy obciążyć ją kosztami postępowania.

Z powyższych względów Trybunał (druga izba) orzeka, co następuje:

- 1) **Wydając dekret ministra spraw wewnętrznych nr 558/A/04/03/RR z dnia 11 lipca 2003 r., który zezwala na odstępstwo od przepisów wspólnotowych dotyczących zamówień publicznych na dostawy w odniesieniu do nabycia lekkich helikopterów przeznaczonych na potrzeby policji i krajowej straży pożarnej, mimo niewystąpienia żadnej z przesłanek mogących uzasadniać takie odstępstwo,**

Republika Włosa uchybiła zobowiązaniom ciążącym na niej na mocy dyrektywy Rady 93/36/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy, a w szczególności na mocy jej art. 2 ust. 1 lit. b), art. 6 i 9.

2) Republika Włosa zostaje obciążona kosztami postępowania.

Podpisy

Orzeczenie z dnia 13 listopada 2008 r. w sprawie C-324/07
Coditel Brabant

WYROK TRYBUNAŁU (trzecia izba)
z dnia 13 listopada 2008 r.(*)

Zamówienia publiczne – Procedury udzielania zamówień – Koncesje na świadczenie usług publicznych – Koncesja na prowadzenie gminnej sieci telewizji kablowej – Udzielenie przez gminę zamówienia publicznego spółdzielni międzygminnej – Wymóg przejrzystości – Przesłanki – Sprawowanie przez instytucję zamawiającą kontroli nad koncesjonariuszem o analogicznym charakterze do kontroli sprawowanej nad jej własnymi służbami

W sprawie C-324/07

mającej za przedmiot wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, na podstawie art. 234 WE, złożony przez Conseil d'État (Belgia) postanowieniem z dnia 3 lipca 2007 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 12 lipca 2007 r., w postępowaniu:

Coditel Brabant SA

przeciwko

Commune d'Uccle,

Région de Bruxelles-Capitale,

przy udziale:

Société Intercommunale pour la Diffusion de la Télévision (Brutélé),

TRYBUNAŁ (trzecia izba),

w składzie: A. Rosas, prezes izby, A. Ó Caoimh, J. N. Cunha Rodrigues (sprawozdawca), J. Klučka i A. Arabadjiev, sędziowie,

rzecznik generalny: V. Trstenjak,

sekretarz: C. Strömholm, administrator,

uwzględniając procedurę pisemną i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 9 kwietnia 2008 r.,

rozważywszy uwagi przedstawione:

- w imieniu Coditel Brabant SA przez F. Tulkensa oraz V. Osta, adwokatów,
- w imieniu gminy Uccle przez P. Coenraetsa, adwokata,
- w imieniu Société Intercommunale pour la Diffusion de la Télévision (Brutélé) przez N. Fortempsa oraz J. Bourtembourga, adwokatów,
- w imieniu rządu belgijskiego przez J. C. Halleuxa, działającego w charakterze pełnomocnika, wspieranego przez B. Staelensa, adwokata,
- w imieniu rządu niemieckiego przez M. Lumme oraz J. Möllera, działających w charakterze pełnomocników,
- w imieniu rządu niderlandzkiego przez C. Wisselsa oraz Y. de Vriesa, działających w charakterze pełnomocników,
- w imieniu Komisji Wspólnot Europejskich, przez B. Stromsky'ego oraz D. Kukovca, działających w charakterze pełnomocników,

po zapoznaniu się z opinią rzecznika generalnego na posiedzeniu w dniu 4 czerwca 2008 r.,
wydaje następujący

Wyrok

1. Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni art. 43 WE i 49 WE, zasad równego traktowania i niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową oraz wynikającego z nich wymogu przejrzystości.
2. Wniosek ten został przedstawiony w ramach sporu pomiędzy z jednej strony Coditel Brabant SA (zwanym dalej „Coditel”), a gminą Uccle, regionem Bruxelles-Capitale oraz Société Intercommunale pour la Diffusion de la Télévision (Brutélé) (zwaną dalej „Brutélé”), w zakresie przyznania przez gminę Uccle zarządu jej gminną siecią telewizji kablowej na rzecz międzygminnej spółdzielni.

Ramy prawne

Ustawodawstwo krajowe

3. Artykuł 1 loi du 22 décembre 1986 relative aux intercommunales (ustawy z dnia 22 grudnia 1986 r. dotyczącej związków międzygminnych, Moniteur belge z dnia 26 czerwca 1987 r., s. 9909, zwanej dalej „ustawą o związkach międzygminnych”) stanowi:
„Kilka gmin może, w okolicznościach wskazanych w niniejszej ustawie, tworzyć związki mające na celu wskazany interes gminny. Związki te są dalej zwane związkami międzygminnymi.”
4. Artykuł 3 tej ustawy stanowi:
„Związki międzygminne są osobami prawnymi prawa publicznego. Niezależnie od celu i postaci prawnej nie mają one charakteru komercyjnych.”
5. Artykuł 10 rzeczonyj ustawy stanowi:
„Organami związku międzygminnego są walne zgromadzenie, zarząd i kolegium rezydentów.”
6. W świetle art. 11 tejże ustawy:
„Niezależnie od proporcji aportów wniesionych przez poszczególne strony na kapitał zakładowy, gminy posiadają zawsze większość głosów oraz przewodnictwo w organach zarządczych i nadzorczych związków międzygminnych.”
7. Artykuł 12 ustawy o związkach międzygminnych stanowi:
„Reprezentanci gmin występujący na walnym zgromadzeniu są wyznaczani przez radę każdej z gmin spośród radnych, burmistrza i ławników gminy.
Każda gmina posiada na walnym zgromadzeniu prawo głosu odpowiadające liczbie udziałów, którymi dysponuje.”

Postępowanie przed sądem krajowym i pytania prejudycjalne

8. Od roku 1969 do 1999, gmina Uccle pozwoliła Coditelowi na instalowanie sieci telewizji kablowej na swym obszarze i zarządzanie nią. W dniu 28 października 1999 r. rzeczona gmina postanowiła o odkupieniu tej sieci ze skutkiem od dnia 1 stycznia 2000 r.
9. W tym celu gmina Uccle również decyzją z dnia 28 października 1999 r. ogłosiła przetarg celem przyznania przyszłemu koncesjonariuszowi zarządzania tą siecią. Cztery spółki, w tym Coditel, zgłosiły się przetargu.
10. W dniu 25 maja 2000 r. gmina Uccle postanowiła zrezygnować z zarządzania swą siecią telewizji kablowej i poczynić kroki w celu jej sprzedaży.

11. Zaproszenie do przedstawiania zgłoszeń oferentów zostało opublikowane w Bulletin des adjudications (biuletynie zamówień publicznych) w dniu 15 września 2000 r. Pięć spółek, w tym Coditel, przedstawiło oferty zakupu. Ponadto spółdzielnia mię-dzygminna Brutélé przedstawiła gminie Uccle propozycję uzyskania statusu członka stowarzyszonego przez przystąpienie, a nie ofertę zakupu.
12. Gmina Uccle, uznając że cztery z pięciu ofert były niedopuszczalne i że jedyna do-puszczalna oferta, którą była oferta Coditelu, była zbyt niska, postanowiła w dniu 23 listopada 2000 r. zrezygnować ze sprzedaży gminnej sieci telewizji kablowej.
13. Decyzją również z dnia 23 listopada 2000 r. gmina Uccle postanowiła o przystąpieniu do Brutélé przekazując tej ostatniej zarząd jej siecią telewizji kablowej.
14. Uzasadnienie tej decyzji zawiera w szczególności następujące stwierdzenia:

„Uwzględniając, że Brutélé proponuje gminie Uccle, w razie przystąpienia, ustano-wienie dla niej podsektora zarządzania dysponującego autonomią decyzyjną;

Zważywszy, że autonomia ta obejmuje w szczególności:

- wybór rozpowszechnianych programów;
- wysokość abonamentów i opłat za przyłączenie;
- politykę inwestycyjną i robót;
- obniżki i korzyści przyznawane pewnym kategoriom podmiotów;
- charakter i tryb świadczenia innych usług w ramach sieci oraz możliwość powie-rzenia związkom międzygminnym realizacji projektów istotnych dla gminy po-zostających w ramach celów statutowych takich jak np. przygotowanie Intranetu gminnego, stron internetowych i kształcenie personelu w tym zakresie.

Uwzględniając, że w tych ramach:

- Brutélé przedstawi rachunek zysków i strat oraz bilans w zakresie działalności sieci w gminie Uccle;
- [gmina] Uccle będzie dysponować administratorem przy zarządzie Brutélé oraz trzema administratorami w radzie sektora działalności w Brukseli, mandatem ko-misarza rachunkowego i eksperta gminnego.

Zważywszy, że Brutélé zobowiązała się do objęcia całości sieci w Uccle i zwiększenia możliwości sieci w celu rozwoju, najpóźniej przed upływem roku, następujących usług:

- rozszerzenia oferty telewizyjnej: programów dodatkowych i „pakietu”;
- programów „pay per view”;
- dostępu do internetu;
- telefonii głosowej;
- wideonadzoru;
- szerokopasmowego przesyłania danych.

Uwzględniając, że na oferowaną roczną opłatę składa się:

- a) opłata stała w wysokości 10 % przychodów z podstawowych abonamentów za sieć telewizji kablowej (na podstawie 31 000 abonentów i 3 400 BEF abonamen-tu rocznego, bez VAT i praw autorskich: 10 540 000 BEF rocznie);
 - b) zapłata 5 % obrotów Canal + i pakietu;
 - c) całość zysków osiągniętych ze wszystkich świadczonych usług.”
15. W świetle postanowienia odsyłającego gmina Uccle miała objąć 76 udziałów w Brutélé, po 200 000 BEF każdy. Poza tym rzeczona gmina zażądała i uzyskała od Brutélé możliwość jednostronnego wycofania się w każdej chwili z tego związku międzygminnego.

16. Z postanowienia odsyłającego wynika również, że Brutélé jest międzygminną spółdzielnią, której członkami są gminy i związek międzygminny, do którego należą wyłącznie gminy. Nie jest ona otwarta dla członków prywatnych. W skład jej zarządu wchodzi przedstawiciele gmin (nie więcej niż trzech dla każdej gminy) wybierani przez walne zgromadzenie, w którym uczestniczą przedstawiciele gmin. Zarząd ma najszersze uprawnienia.
17. W świetle postanowienia odsyłającego gminy są podzielone na dwa sektory, z których jeden grupuje gminy z regionu brukselskiego, które można podzielić na podsektory. W ramach każdego sektora powoływana jest rada sektora składająca się z administratorów powoływanych przez walne zgromadzenie, zebrane w odrębnych grupach reprezentujących właścicieli udziałów w każdym sektorze, spośród kandydatów zaproponowanych przez gminy. Zarząd może delegować na rzecz rad sektora uprawnienia przyznane mu w zakresie po pierwsze problemów właściwych podsektorom, w szczególności sposobów stosowania taryf, programów prac i inwestycji, finansowania ich oraz kampanii reklamowych, a po drugie problemów wspólnych różnym podsektorom stanowiącym sektor działalności. Pozostałymi organami statutowymi Brutélé są walne zgromadzenie, którego decyzje wiążą wszystkich członków, dyrektor naczelny, rada ekspertów będących funkcjonariuszami gminnymi, których liczba jest równa liczbie administratorów i którzy mają wspomagać tych ostatnich, oraz rada rewidentów. Dyrektor naczelny, eksperci i komisarze są w zależności od przypadku powoływani przez zarząd lub walne zgromadzenie.
18. Postanowienie odsyłające wskazuje ponadto, że Brutélé wykonuje zasadniczą część swej działalności wraz ze swymi członkami.
19. W skardze z dnia 22 stycznia 2001 r. Coditel wniósł do Conseil d'État (Belgia) w szczególności o stwierdzenie nieważności decyzji z dnia 23 listopada 2000 r., na mocy której gmina Uccle stała się członkiem Brutélé. Coditel zarzucił tej gminie, że przystąpiła do Brutélé powierzając tej ostatniej zarządzanie swą siecią telewizji kablowej bez dokonania porównania pomiędzy korzyściami z tej formuły i korzyściami wynikającymi z udzielenia koncesji na jej sieć telewizji kablowej innemu operatorowi. Coditel podniósł, że postępując w ten sposób gmina Uccle naruszyła w szczególności wynikające z prawa wspólnotowego zasady niedyskryminacji i obowiązku przejrzystości.
20. Brutélé zaprzeczyła temu twierdzeniu podnosząc, że stanowi „czystą” spółdzielnię międzygminną, której działalność jest przeznaczona i zarezerwowana dla gmin członkowskich i której statut pozwala gminie Uccle, w ramach prowadzenia podsektora, na wykonywanie bezpośredniej i precyzyjnej kontroli nad działalnością Brutélé w tym podsektorze, identycznej z kontrolą, którą gmina ta sprawuje nad własnymi służbami wewnętrznymi.
21. Conseil d'État uznała, że członkostwo gminy Uccle w Brutélé nie stanowi zamówienia publicznego, lecz koncesję na świadczenie usług publicznych w rozumieniu prawa wspólnotowego. Dyrektywy wspólnotowe w zakresie zamówień publicznych nie mają zatem zastosowania do takiej koncesji, lecz w świetle linii orzeczniczej Trybunału wynikającej z wyroku z dnia 7 grudnia 2000 r. w sprawie C-324/98 TeLAustria i Telefonadress (Rec. s. I-10745), z zasady niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową wynika obowiązek przejrzystości w udzieleniu koncesji. By zadośćuczynić wymogom prawa wspólnotowego, gmina Uccle powinna była co do zasady przygotować zaproszenie do składania ofert celem zbadania czy koncesjonowanie jej usług telewizji kablowej na rzecz przedsiębiorców innych niż Brutélé nie stanowi korzystniejszej alternatywy niż przyjęte rozwiązanie. Conseil d'État dąży do ustalenia, czy te wymogi prawa wspólnotowego należy pominąć w świetle

orzecznictwa Trybunału wynikającego z wyroku z dnia 18 listopada 1999 r. w sprawie C-107/98 Teckal (Rec. s. I-8121), w świetle którego nie mają one zastosowania, gdy koncesjonariusz podlega kontroli instytucji zamawiającej i wykonuje zasadniczą część swej działalności wraz z tą ostatnią.

22. W tych okolicznościach Conseil d'État postanowił zawiesić toczące się przed nim postępowanie i przedstawić Trybunałowi następujące pytania prejudycjalne:
- „1). Czy gmina może bez przeprowadzenia przetargu przystąpić do spółdzielni, do której należą wyłącznie inne gminy i związki gmin (spółdzielnia międzygminna w czystej postaci) w celu przekazania jej zarządu swoją siecią telewizji kablowej, skoro spółdzielnia ta wykonuje przeważającą część swojej działalności na rzecz swoich członków i na ich korzyść, a decyzje z nią związane podejmowane są przez zarząd i rady sektorów w granicach przekazanych im przez zarząd, będące organami statutowymi złożonymi z przedstawicieli władz publicznych, stanowiących większością głosów?
 - 2). Czy wywierany w ten sposób, za pośrednictwem organów statutowych, przez wszystkich członków lub przez ich część w przypadku sektora lub podsektorów działalności, wpływ na decyzje spółdzielni może być uznany za umożliwiający im sprawowanie nad nią kontroli podobnej do tej sprawowanej nad własnymi służbami?
 - 3). Czy ten wpływ i ta kontrola, aby zostać uznanymi za podobne, muszą być wykonywane indywidualnie przez każdego członka, czy wystarczy, że będą one wykonywane przez większość członków?”

W przedmiocie pytań prejudycjalnych

W przedmiocie pierwszego i drugiego pytania prejudycjalnego

23. Wobec ich powiązania, pytania pierwsze i drugie należy rozpatrzyć łącznie.
24. W świetle postanowienia odsyłającego, zostając członkiem Brutélé, gmina d'Uccle powierzyła Brutélé zarządzanie swą siecią telewizji kablowej. Wynika z niego również, że wynagrodzenie Brutélé nie pochodzi od gminy, lecz od użytkowników tej sieci. Ten sposób wynagrodzenia charakteryzuje koncesję na świadczenie usług publicznych (wyrok z dnia 13 października 2005 r. w sprawie C-458/03 (Zb. Orz. s. I-8585, pkt 40).
25. Umowy koncesji na świadczenie usług publicznych nie są objęte zakresem stosowania dyrektywy Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnoszącej się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi (Dz.U. L 209, s. 1) mającej zastosowanie w okresie wystąpienia okoliczności faktycznych sprawy przed sądem krajowym. Mimo, że umowy te są wyłączone z zakresu stosowania tej dyrektywy, organy władzy publicznej udzielające koncesji są niemniej zobowiązane do przestrzegania podstawowych zasad traktatowych, zasad niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową, równości traktowania i wynikającego z nich obowiązku przejrzystości (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Telaustria i Telefonadress, pkt 60-62, oraz wyrok z dnia 21 lipca 2005 r. w sprawie C-231/03 Coname, Zb.Orz. str. I-7287, pkt 16-19. Nie oznaczając konieczności przygotowania zaproszenia do składania ofert ów obowiązek przejrzystości, który ciąży na instytucji zamawiającej, wymaga zagwarantowania wszystkim potencjalnym koncesjonariuszom odpowiedniego poziomu jawności umożliwiającego otwarcie sfery koncesji na świadczenie usług na konkurencję oraz kontrolę bezstronności procedur ich udzielania (zob. podobnie ww. wyroki w sprawie Telaustria i Telefonadress, pkt 62 oraz Coname, pkt 21).

26. Stosowanie reguł ustanowionych w art. 12 WE, 43 WE i 49 WE, jak również ogólnych zasad, których szczególnie wyraz stanowią owe reguły, jest jednakże wykluczone, w przypadku gdy zarówno kontrola sprawowana nad koncesjonariuszem przez instytucję zamawiającą jest analogiczna do tej, jaką sprawuje ona nad własnymi służbami, jak i podmiot ten wykonuje zasadniczą część swej działalności wspólnie z organem władzy lub władzami, w których dyspozycji pozostaje (zob. podobnie ww. wyroki w sprawach Teckal, pkt 50, oraz Parking Brixen, pkt 62).
27. Co się tyczy drugiej z tych przesłanek, sąd krajowy wskazał w postanowieniu odsyłającym, że Brutélé prowadzi zasadniczą część swej działalności wraz ze swoimi członkami. Pozostaje zatem zbadanie zakresu pierwszej przesłanki, to jest tej, w świetle której instytucja lub instytucje zamawiające muszą sprawować nad koncesjonariuszem kontrolę podobną do tej, którą sprawują nad własnymi służbami.
28. Ocena, czy instytucja zamawiająca sprawuje kontrolę analogiczną do sprawowanej nad własnymi służbami, musi być dokonywana z uwzględnieniem całokształtu przepisów prawnych oraz istotnych okoliczności. Z analizy tej musi wynikać, że spółdzielnia, której udzielono zamówienia jest poddana kontroli, która umożliwia instytucji zamawiającej wywieranie wpływu na decyzje podejmowane przez tę spółdzielnię. Musi tu chodzić o możliwość wywierania decydującego wpływu zarówno na cele strategiczne, jak i na ważne decyzje (zob. podobnie wyrok z dnia 13 października 2005 r. w sprawie C-458/03 Parking Brixen, Zb.Orz. str. I-8612, pkt 65 i wyrok z dnia 11 maja 2006 r. w sprawie C-340/04 Carbotermo i Consorzio Alisei, Zb. Orz. s. I-4137, pkt 36).
29. Pośród istotnych okoliczności wynikających z postanowienia odsyłającego należy przede wszystkim rozważyć posiadanie udziału w kapitale koncesjonariusza, a w drugiej kolejności skład jego organów decyzyjnych i po trzecie zakres uprawnień przyznaných jego zarządowi.
30. Co się tyczy pierwszej okoliczności należy przypomnieć, że jest wykluczone, by instytucja zamawiająca mogła sprawować nad koncesjonariuszem kontrolę podobną do tej, którą sprawuje nad własnymi służbami, jeśli przedsiębiorstwo prywatne posiada udziały w kapitale tego koncesjonariusza (zob. podobnie wyrok z dnia 11 stycznia 2005 r. w sprawie C-26/03 Stadt Halle i RPL Lochau, Zb.Orz. s. I-1, pkt 49).
31. Natomiast gdy chodzi o okoliczność, że publiczna instytucja zamawiająca znajduje się w posiadaniu, sama lub wraz z innymi instytucjami publicznymi, całości kapitału zakładowego spółki, której udzielono zamówienia, wskazuje, choć nie przesądza o tym, że instytucja publiczna sprawuje nad tą spółką kontrolę analogiczną do sprawowanej nad własnymi służbami (ww. wyroki w sprawie Carbotermo i Consorzio Alisei, pkt 37, oraz wyrok z dnia 19 kwietnia 2007 r. w sprawie C-295/05 Asemfo, Zb.Orz. s. I-2999, pkt 57).
32. Z postanowienia odsyłającego wynika, że w postępowaniu przed sądem krajowym koncesjonariuszem jest spółdzielnia międzygminna, której członkami są gminy oraz związek międzygminny grupujący wyłącznie gminy oraz, że nie jest on otwarty dla członków prywatnych.
33. Po drugie z akt sprawy wynika, że zarząd Brutélé składa się z przedstawicieli gmin członkowskich, wyznaczonych przez walne zgromadzenie, które również składa się z przedstawicieli gmin członkowskich. Zgodnie z art. 12 ustawy o związkach międzygminnych są oni wyznaczani przez radę każdej gminy spośród radnych, burmistrza i ławników.
34. Okoliczność, że organy decyzyjne Brutélé składają się z delegatów będących jej członkami organów publicznych wskazuje, że te ostatnie kontrolują organy decyzyjne Brutélé i są w stanie sprawować decydujący wpływ zarówno na jej cele strategiczne jak i na jej istotne decyzje.

35. Po trzecie, z akt sprawy wynika, że zarząd Brutélé korzysta z najszerszych uprawnień. Ustala on w szczególności cenniki. Ponadto ma on uprawnienie, a nie obowiązek, delegowania do rad sektora lub podsektora rozwiązania pewnych problemów właściwych tym sektorom lub podsektorom.
36. Należy ustalić czy Brutélé uzyskała w ten sposób orientację rynkową i margines autonomii, który zagrażałby kontroli wykonywanej przez będące jej członkami organy publiczne.
37. W tym zakresie należy stwierdzić, że Brutélé nie została ustanowiona w postaci société par actions lub société anonyme (spółki akcyjnej) mogącej realizować cele niezależne od jej akcjonariuszy, lecz w postaci spółdzielni międzygminnej podlegającej ustawie o związkach międzygminnych. Ponadto na mocy art. 3 tej ustawy związki międzygminne są pozbawione charakteru komercyjnego.
38. Z ustawy tej, uzupełnionej statutem Brutélé wynika, że celem statutowym tej ostatniej jest realizacja misji w zakresie interesu gminnego, w celu realizacji którego została powołana oraz że nie realizuje żadnego interesu odrębnego od interesu będących jej członkami organów publicznych.
39. Z zastrzeżeniem weryfikacji przez sąd krajowy okoliczności faktycznych z powyższego wynika, że pomimo zakresu uprawnień jej zarządu, Brutélé nie korzysta z marginesu autonomii, który wykluczałby sprawowanie nad nią przez będące jej członkami gminy kontroli analogicznej do kontroli sprawowanej nad ich własnymi służbami.
40. Rozważania te mają zastosowanie a fortiori w przypadku, gdy decyzje dotyczące działalności spółdzielni międzygminnej są podejmowane przez rady sektora lub podsektora w granicach delegacji udzielonej im przez zarząd. Gdy jedna lub wiele gmin członkowskich zostaną uznane za stanowiące sektor lub podsektor działalności tej spółdzielni, kontrola, którą gminy mogą sprawować nad kwestiami delegowanymi radom sektora lub podsektora jest jeszcze bardziej ścisła niż sprawowana przez nie wraz ze wszystkimi członkami w ramach organów plenarnych rzeczonych spółdzielni.
41. W świetle powyższego, z zastrzeżeniem weryfikacji przez sąd krajowy okoliczności faktycznych dotyczących marginesu autonomii, z którego korzysta omawiana spółdzielnia międzygminna, w okolicznościach takich jak w postępowaniu przed sądem krajowym, gdy decyzje podejmowane przez spółdzielnię międzygminną są kontrolowane przez organy statutowe tej spółdzielni składające się z przedstawicieli władz publicznych będących jej członkami, kontrola sprawowana nad tymi decyzjami przez rzeczony władze publiczne może być uznana za pozwalającą tym ostatnim na sprawowanie nad tą spółdzielnią kontroli analogicznej do kontroli nad ich własnymi służbami.
42. W konsekwencji na pytania pierwsze i drugie należy odpowiedzieć w następujący sposób:
- Artykuły 43 WE i 49 WE, zasady równości i niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową oraz wynikający z nich obowiązek przejrzystości nie sprzeciwiają się temu, by organ publiczny udzielił, bez przeprowadzenia przetargu, koncesji na świadczenie usług publicznych międzygminnej spółdzielni, której wszystkimi członkami są organy publiczne, jeśli te organy publiczne sprawują nad tą spółdzielnią kontrolę analogiczną do sprawowanej nad ich własnymi służbami i o ile spółdzielnia ta wykonuje zasadniczą część swej działalności wraz z tymi organami publicznymi.
 - Z zastrzeżeniem weryfikacji przez sąd krajowy okoliczności faktycznych dotyczących marginesu autonomii, z którego korzysta omawiana spółdzielnia, w okolicznościach takich jak w postępowaniu przed sądem krajowym, gdy decyzje dotyczące działalności spółdzielni międzygminnej będącej wyłączną własnością

organów publicznych są podejmowane przez organy statutowe tej spółdzielni składające się z przedstawicieli organów publicznych będących jej członkami, kontrola sprawowana nad tymi decyzjami przez rzeczono organy publiczne może być uznana za pozwalającą tym ostatnim na sprawowanie nad tą spółdzielnią kontroli analogicznej do kontroli nad ich własnymi służbami.

W przedmiocie trzeciego pytania

43. Swym trzecim pytaniem sąd krajowy dąży zasadniczo do ustalenia czy w przypadku, gdy w celu przekazania zarządzania świadczeniem usług publicznych organ publiczny zostaje członkiem spółdzielni międzygminnej, której wszyscy członkowie są organami publicznymi, aby kontrola nad spółdzielnią sprawowana przez organy będące jej członkami, została uznana za analogiczną do kontroli sprawowanej nad ich własnymi służbami, musi być sprawowana indywidualnie przez każdy z organów publicznych, czy też może być sprawowana łącznie przez te organy, podejmujące decyzje, w danym przypadku, większością głosów.
44. Z jednej strony należy przypomnieć, że w świetle orzecznictwa Trybunału, gdy koncesjonariusz jest własnością większej liczby organów publicznych, przesłanka związana z zasadniczą częścią działalności tego koncesjonariusza może zostać spełniona z uwzględnieniem działalności, którą ten koncesjonariusz wykonuje wraz ze wszystkimi organami publicznymi (zob. podobnie ww. wyroki w sprawie Carbotermo i Consorzio Alisei, pkt 70 i 71; i Asemfo, pkt 62).
45. Stwierdzenie, że przesłanka związana z kontrolą sprawowaną przez organy publiczne może być też spełniona przez uwzględnienie kontroli sprawowanej łącznie nad koncesjonariuszem przez będące jego właścicielami organy publiczne, jest spójne z rozumowaniem leżącym u podstaw tego orzecznictwa.
46. Orzecznictwo wymaga, by kontrola sprawowana nad koncesjonariuszem przez instytucję zamawiającą była analogiczna do kontroli sprawowanej przez tę instytucję nad jej własnymi służbami, a nie by była identyczna z nią we wszystkich aspektach (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Parking Brixen, pkt 62). Istotne jest, by kontrola nad koncesjonariuszem była skuteczna, lecz nie jest niezbędne, by była indywidualna.
47. Z drugiej strony w przypadku, gdy szereg organów publicznych dokonuje wyboru wykonania ich misji świadczenia usług publicznych przy pomocy wspólnego koncesjonariusza, jest zazwyczaj wykluczone, by jeden z tych organów, o ile nie posiada większościowego udziału w przedsiębiorstwie koncesjonariusza, sam wykonywał decydującą kontrolę nad decyzjami tego ostatniego. Wymóg, by kontrola sprawowana przez organ publiczny w podobnym przypadku była indywidualna, prowadziłby do konieczności przeprowadzenia postępowania przetargowego w większości przypadków, w których organy publiczne zamierzają przystąpić do grupy składającej się z innych organów publicznych, takiej jak spółdzielnia międzygminna.
48. Rezultat taki nie byłby zgodny z systemem przepisów wspólnotowych w zakresie zamówień publicznych i koncesji. Uznano bowiem, że władza publiczna ma możliwość wypełniania ciężących na niej w interesie publicznym zadań własnymi środkami o charakterze administracyjnym, technicznym lub innym, bez potrzeby zwracania się do jednostek zewnętrznych nienależących do jej służb (ww. wyrok w sprawie Stadt Halle i RPL Lochau, pkt 48).
49. Ta możliwość dla organów publicznych zastosowania własnych środków w celu realizacji ich misji świadczenia usług publicznych może być wykonywana we współpracy z innymi organami publicznymi (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Asemfo, pkt 65).

50. Należy zatem przyznać, że w przypadku gdy szereg organów publicznych jest właścicielami koncesjonariusza, któremu powierzają realizację ich misji świadczenia usług publicznych, kontrola sprawowana przez te organy publiczne nad koncesjonariuszem może być sprawowana przez nie łącznie.
51. Jako że chodzi o organ kolegialny, procedura stosowana przy podejmowaniu decyzji, w szczególności podejmowanie decyzji większością głosów, nie ma znaczenia.
52. Stwierdzenia tego nie podważa ww. wyrok w sprawie Coname. Niewątpliwie Trybunał stwierdził w nim, że udział w wysokości 0,97 % jest tak niski, że nie może pozwalać gminie na sprawowanie kontroli nad koncesjonariuszem zarządzającym świadczeniem usług publicznych (zob. ww wyrok w sprawie Coname, pkt 24). Jednakże w tej części wyroku Trybunał nie rozpatrywał kwestii czy taka kontrola mogła być sprawowana łącznie.
53. Ponadto w późniejszym ww. wyroku w sprawie Asemfo (pkt 56-61), Trybunał przyznał, że w pewnych okolicznościach przesłanka dotycząca kontroli sprawowanej przez organy publiczne mogła zostać spełniona w przypadku, gdy organy te posiadały jedynie 0,25 % kapitału przedsiębiorstwa publicznego.
54. Zatem na pytanie trzecie należy odpowiedzieć w ten sposób, że w przypadku, gdy w celu przekazania zarządzania świadczeniem usług publicznych organ publiczny zostaje członkiem spółdzielni międzygminnej, której wszyscy członkowie są organami publicznymi, aby kontrola nad spółdzielnią sprawowana przez organy będące jej członkami została uznana za analogiczną do kontroli sprawowanej nad ich własnymi służbami, może ona być sprawowana łącznie przez te organy, podejmujące decyzje, w danym przypadku, większością głosów.

W przedmiocie kosztów

55. Dla stron postępowania przed sądem krajowym niniejsze postępowanie ma charakter incydentalny, dotyczy bowiem kwestii podniesionej przed tym sądem, do niego zatem należy rozstrzygnięcie o kosztach. Koszty poniesione w związku z przedstawieniem uwag Trybunałowi, inne niż poniesione przez strony postępowania przed sądem krajowym, nie podlegają zwrotowi.

Z powyższych względów Trybunał (trzecia izba) orzeka, co następuje:

- 1) **Artykuły 43 WE i 49 WE, zasady równości i niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową oraz wynikający z nich obowiązek przejrzystości nie sprzeciwiają się temu, by organ publiczny udzielił, bez przeprowadzenia przetargu, koncesji na świadczenie usług publicznych międzygminnej spółdzielni, której wszystkimi członkami są organy publiczne, jeśli te organy publiczne sprawują nad tą spółdzielnią kontrolę analogiczną do sprawowanej nad ich własnymi służbami i o ile spółdzielnia ta wykonuje zasadniczą część swej działalności wraz z tymi organami publicznymi.**
- 2) **Z zastrzeżeniem weryfikacji przez sąd krajowy okoliczności faktycznych dotyczących marginesu autonomii, z którego korzysta omawiana spółdzielnia, w okolicznościach takich jak w postępowaniu przed sądem krajowym, gdy decyzje dotyczące działalności spółdzielni międzygminnej będącej wyłączną własnością organów publicznych są podejmowane przez organy statutowe tej spółdzielni składające się z przedstawicieli organów publicznych będących jej członkami, kontrola sprawowana nad tymi decyzjami przez rzeczono organy publiczne może być uznana za pozwalającą tym ostatnim na sprawowanie nad tą spółdzielnią kontroli analogicznej do kontroli nad jej własnymi służbami.**

- 3) W przypadku, gdy w celu przekazania zarządzania świadczeniem usług publicznych organ publiczny zostaje członkiem spółdzielni międzygminnej, której wszyscy członkowie są organami publicznymi, aby kontrola nad spółdzielnią sprawowana przez organy będące jej członkami została uznana za analogiczną do kontroli sprawowanej nad ich własnymi służbami, może ona być sprawowana łącznie przez te organy, podejmujące decyzje, w danym przypadku, większością głosów.

Podpisy

Indeks alfabetyczny

artykuł 296 Traktatu:

C-337/05 – 45-49; **C-157/06** – 25

cel przepisów wspólnotowych w dziedzinie zamówień publicznych:

C-340/04 – 58, 60, 62; **C-220/05** – 52; **C-337/06** – 39; **C-393/06** – 37;

C-450/06 – 34-36; **C-454/06** – 31, 73

koncesja na usługi:

C-410/04 – 16-24; **C-260/04** – 13, 21-22; **C-382/05** – 29, 34;

C-347/06 – 57-62, 70; **C-324/07** – 25

koncesje na roboty budowlane:

C-220/05 – 56-57

kryteria oceny ofert :

C-532/06 – 21, 28-32, 38, 40-45

oczywista pomyłka:

T-495/04 – 64-71

podmiot prawa publicznego:

C-337/06 – 37; **C-393/06** – 35-37

finansowanie przez państwo:

C-337/06 – 35, 40-49, 52, 58-59, 60

finansowanie w przeważającej części:

C-337/06 – 32-33

szczególny cel zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym
niemających charakteru przemysłowego ani handlowego:

C-393/06 – 38-48

podstawy wykluczenia wykonawców:

C-6/05 – 37, 39, 54; **C-147/06 i C-148/06** – 18, 23, 26, 33-35;

C-357/06 – 20-22, 25, 29

prawa wyłączne :

C-220/06 – 60-61, 64-66, 78, 80, 83; **C-393/06** – 25

prawo do wniesienia odwołania:

C-241/06 – 50-52, 57-58, 60, 64; **C-444/06** – 38-39, 58;

C-492/06 – 19-20, 22-25, 27, 31

rażąco niska cena :

C-147/06 i C-148/06 – 18, 23-24, 28-29, 32-35; **C-495/04** – 88, 94

specyfikacja istotnych warunków zamówienia:

C-495/04 – 42-44

tajemnica przedsiębiorstwa :

C-450/06 – 35-40, 42, 47, 49-55

tajność:

C-337/05 – 50-52; **C-157/06** – 30, 32

treść ogłoszenia o zamówieniu:

C-241/06 – 40-44, 55

usługi niepriorytetowe:

C-507/03 – 21-26, 29-30, 33-34; **C-532/03** – 15-16, 28; **C-454/06** – 33

wartość zamówienia:

C-6/05 – 30-31; **C-220/05** – 49-50, 54-57, 67; **C-241/06** – 33, 45, 55, 64

warunki udziału w postępowaniu:

C-220/05 – 38, 44; **C-532/06** – 25-27, 30-32, 40,

wyłączenia z zakresu dyrektyw:

C-220/05 – 58, 62, 66, 68; **C-337/06** – 64-67

zamawiający:

C-6/05 – 33, 37, 39, 55, 57, 59; **C-220/05** – 43; **C-337/06** – 37, 66;

C-393/06 – 25, 31, 50

zamówienia mieszane:

C-340/04 – 31, 47; **C-220/05** – 37-38, 46; **C-241/06** – 38

zamówienia podprogowe:

C-6/05 – 33; **C-147/06** i **C-148/06** – 19-21, 24-35; **C-220/06** – 70-76

zamówienia sektorowe:

C-393/06 – 24-29, 31-33, 56-59

zamówienia typu *in house*:

C-340/04 – 33, 59; **C-410/04** - 15, 31, 33; **C-220/05** – 63-64;

C-295/05 – 55, 65; **C-337/05** – 33, 36-41; **C-220/06** – 57-63, 86-87;

C-324/07 – 26, 28, 30-31, 41-42, 44-53

kontrola analogiczna:

C-340/04 – 36-37; **C-410/04** – 30-32; **C-220/05** – 64; **C-295/05** – 57-61

zasadnicza część działalności:

C-340/04 – 59-60, 65-66, 68-72; **C-295/05** – 62-63; **C-220/06** – 58-63, 86

zamówienie publiczne:

C-340/04 – 32-33; **C-220/05** – 29, 40, 45-47; **C-295/05** – 48, 54;

C-382/05 – 30, 33, 35-37, 39-41; **C-220/06** – 45, 51, 54; **C-241/06** – 42, 44,

64; **C-454/06** – 54, 70, 88

zasada niedyskryminacji:

C-260/04 – 22-24; **C-410/04** - 18, 20-23, 33;
C-147/06 i C-148/06 – 20, 25-26, 29; **C-220/06** – 71, 74-77, 88;
C-347/06 – 58, 60; **C-454/06** – 32; **C-532/06** – 33, 43

zasada pierwszeństwa prawa wspólnotowego:

C-241/06 – 62-63; **C-357/06** – 28-29

zasada proporcjonalności:

C-260/04 – 28-29, 32; **C-337/05** – 53; **C-157/06** – 31; **C-347/06** – 41

zasada przejrzystości:

C-260/04 – 24; **C-410/04** – 15, 21-23, 33; **C-6/05** – 33, 53, 55;
C-220/06 – 75-77, 88; **C-347/06** – 42, 51; **C-393/06** – 54;
C-454/06 – 32, 34, 59, 73; **C-532/06** – 34, 36, 44-45

zasada równego traktowania:

C-260/04 – 23-24; **C-410/04** – 20-23, 33; **C-6/05** – 33, 53, 55;
C-220/06 – 74-77, 88; **C-347/06** – 59-60; **C-454/06** – 32, 34, 59;
C-532/06 – 34, 40, 44-45

zasada swobodnego przepływu usług:

C-340/04 – 58; **C-503/04** 29, 37; **C-6/05** – 42, 51-52, 60; **C-220/05** – 52;
C-147/06 i C-148/06 – 28-29; **C-337/06** – 38-39, 64; **C-346/06** – 36-37, 43
C-454/06 – 31; **C-532/06** – 39

zasada swobody przedsiębiorczości:

C-220/05 – 52; **C-147/06 i C-148/06** – 28

zasada ścisłej interpretacji wyjątków:

C-157/06 – 23; **C-337/05** – 57-58, 64; **C-337/06** – 64; **C-410/04** - 26

zasady prawa pierwotnego:

C-260/04 – 22-24; **C-6/05** – 34, 37; **C-147/06 i C-148/06** – 18-21;
C-220/06 – 71

zmiana umowy:

C-454/06 – 35-37, 39, 47, 57-63, 69,76-88

Indeks tematyczny

zamówienie publiczne:

C-340/04 – 32-33; **C-220/05** – 29, 40, 45-47; **C-295/05** – 48, 54;
C-382/05 – 30, 33, 35-37, 39-41; **C-220/06** – 45, 51, 54;
C-241/06 – 42, 44, 64; **C-454/06** – 54, 70, 88

wartość zamówienia:

C-6/05 – 30-31; **C-220/05** – 49-50, 54-57, 67; **C-241/06** – 33, 45, 55, 64

zamówienia podprogowe:

C-6/05 – 33; **C-147/06** i **C-148/06** – 19-21, 24-35; **C-220/06** – 70-76

zamówienia mieszane:

C-340/04 – 31, 47; **C-220/05** – 37-38, 46; **C-241/06** – 38

usługi niepriorytetowe:

C-507/03 – 21-26, 29-30, 33-34; **C-532/03** – 15-16, 28; **C-454/06** – 33

koncesje na roboty budowlane:

C-220/05 – 56-57

koncesja na usługi:

C-410/04 – 16-24; **C-260/04** – 13, 21-22; **C-382/05** – 29, 34;
C-347/06 – 57-62, 70; **C-324/07** – 25

zamówienia sektorowe:

C-393/06 – 24-29, 31-33, 56-59

wyłączenia z zakresu dyrektyw:

C-220/05 – 58, 62, 66, 68; **C-337/06** – 64-67

artykuł 296 Traktatu:

C-337/05 – 45-49; **C-157/06** – 25

tajność:

C-337/05 – 50-52; **C-157/06** – 30, 32

prawa wyłączne :

C-220/06 – 60-61, 64-66, 78, 80, 83; **C-393/06** – 25

zamówienia typu *in house*:

C-340/04 – 33, 59; **C-410/04** - 15, 31, 33; **C-220/05** – 63-64;
C-295/05 – 55, 65; **C-337/05** – 33, 36-41; **C-220/06** – 57-63, 86-87;
C-324/07 – 26, 28, 30-31, 41-42, 44-53

kontrola analogiczna:

C-340/04 – 36-37; **C-410/04** – 30-32; **C-220/05** – 64; **C-295/05** – 57-61

zasadnicza część działalności:

C-340/04 – 59-60, 65-66, 68-72; **C-295/05** – 62-63; **C-220/06** – 58-63, 86

zamawiający:

C-6/05 – 33, 37, 39, 55, 57, 59; **C-220/05** – 43;

C-337/06 – 37, 66; **C-393/06** – 25, 31, 50

podmiot prawa publicznego:

C-337/06 – 37; **C-393/06** – 35-37

finansowanie przez państwo:

C-337/06 – 35, 40-49, 52, 58-59, 60

finansowanie w przeważającej części:

C-337/06 – 32-33

szczególony cel zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym
niemających charakteru przemysłowego ani handlowego:

C-393/06 – 38-48

podstawy wykluczenia wykonawców:

C-6/05 – 37, 39, 54; **C-147/06** i **C-148/06** – 18, 23, 26, 33-35;

C-357/06 – 20-22, 25, 29

warunki udziału w postępowaniu:

C-220/05 – 38, 44; **C-532/06** – 25-27, 30-32, 40

kryteria oceny ofert:

C-532/06 – 21, 28-32, 38, 40-45

oczywista pomyłka:

T-495/04 – 64-71

rażąco niska cena:

C-147/06 i **C-148/06** – 18, 23-24, 28-29, 32-35; **C-495/04** – 88, 94

prawo do wniesienia odwołania:

C-241/06 – 50-52, 57-58, 60, 64; **C-444/06** – 38-39, 58;

C-492/06 – 19-20, 22-25, 27, 31

treść ogłoszenia o zamówieniu:

C-241/06 – 40-44, 55

specyfikacja istotnych warunków zamówienia:

C-495/04 – 42-44

tajemnica przedsiębiorstwa:

C-450/06 – 35-40, 42, 47, 49-55

zmiana umowy:

C-454/06 – 35-37, 39, 47, 57-63, 69, 76-88

cel przepisów wspólnotowych w dziedzinie zamówień publicznych:

C-340/04 – 58, 60, 62; **C-220/05** – 52; **C-337/06** – 39; **C-393/06** – 37;

C-450/06 – 34-36; **C-454/06** – 31, 73

zasada pierwszeństwa prawa wspólnotowego:

C-241/06 – 62-63; **C-357/06** – 28-29

zasady prawa pierwotnego:

C-260/04 – 22-24; **C-6/05** – 34, 37; **C-147/06** i **C-148/06** – 18-21;

C-220/06 – 71

zasada niedyskryminacji:

C-260/04 – 22-24; **C-410/04** - 18, 20-23, 33;

C-147/06 i **C-148/06** – 20, 25-26, 29; **C-220/06** – 71, 74-77, 88;

C-347/06 – 58, 60; **C-454/06** – 32; **C-532/06** – 33, 43

zasada proporcjonalności:

C-260/04 – 28-29, 32; **C-337/05** – 53; **C-157/06** – 31; **C-347/06** – 41

zasada przejrzystości:

C-260/04 – 24; **C-410/04** – 15, 21-23, 33; **C-6/05** – 33, 53, 55;

C-220/06 – 75-77, 88; **C-347/06** – 42, 51; **C-393/06** – 54;

C-454/06 – 32, 34, 59, 73; **C-532/06** – 34, 36, 44-45

zasada równego traktowania:

C-260/04 – 23-24; **C-410/04** – 20-23, 33; **C-6/05** – 33, 53, 55;

C-220/06 – 74-77, 88; **C-347/06** – 59-60; **C-454/06** – 32, 34, 59;

C-532/06 – 34, 40, 44-45

zasada swobody przedsiębiorczości:

C-220/05 – 52; **C-147/06** i **C-148/06** – 28

zasada swobodnego przepływu usług:

C-340/04 – 58; **C-503/04** 29, 37; **C-6/05** – 42, 51-52, 60; **C-220/05** – 52;

C-147/06 i **C-148/06** – 28-29; **C-337/06** – 38-39, 64; **C-346/06** – 36-37, 43

C-454/06 – 31; **C-532/06** – 39

zasada ścisłej interpretacji wyjątków:

C-157/06 – 23; **C-337/05** – 57-58, 64; **C-337/06** – 64; **C-410/04** - 26