

URZĄD ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

**ZAMÓWIENIA PUBLICZNE
W UNII EUROPEJSKIEJ**

**Orzecznictwo
Trybunału Sprawiedliwości**

CZEŚĆ I

Warszawa 1999

ZAMÓWIENIA PUBLICZNE W UNII EUROPEJSKIEJ
Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości
CZĘŚĆ I

Wprowadzenie oraz omówienie orzeczeń: Dariusz PIASTA

ISBN 83-911559-3-5

Wydawca: Urząd Zamówień Publicznych, 1999
www.uzp.gov.pl

Publikacja współfinansowana ze środków pomocowych Unii Europejskiej – PHARE
© Urząd Zamówień Publicznych, 1999

SPIS TREŚCI

1. WPROWADZENIE	7
1.1 WSTĘP – PODSTAWOWE PRZEPISY PRAWA WSPÓLNOTOWEGO DOTYCZĄCE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH I ROLA TRYBUNAŁU SPRAWIEDLIWOŚCI	7
1.2 SKŁAD I ORGANIZACJA TRYBUNAŁU SPRAWIEDLIWOŚCI	9
1.3 ROLA RZECZNIKA GENERALNEGO.	10
1.4 SĄD PIERWSZEJ INSTANCJI	10
1.5 AKTY PRAWNE DOTYCZĄCE TRYBUNAŁU	11
2.1 ROLA TRYBUNAŁU W ZAKRESIE INTERPRETACJI PRZEPISÓW PRAWA WSPÓLNOTOWEGO	11
2.1.1 Sprawy wniesione przez Komisję w trybie art. 226 (169)	11
2.1.2 Przebieg postępowania z art. 226 (169)	11
2.1.3 Kwestia podmiotów, za które jest odpowiedzialne państwo członkowskie.	11
2.1.4 Sytuacja państwa w przypadku orzeczenia o naruszeniu prawa wspólnotowego.	11
2.1.5 Środki tymczasowe	11
2.1.6 Skarga innego państwa członkowskiego – procedura z art. 227 (170)	11
2.2 POSTĘPOWANIE O WYDANIE ORZECZENIA WSTĘPNEGO	11
2.2.1 Przebieg postępowania w trybie art. 234 (177)	11
2.2.2 Obowiązki orzeczenia wstępnego	11
KWESTIA IMPLEMENTACJI DYREKTYW	11
STRUKTURA ORZECZENIA	11
ZAŁĄCZNIK	11
2. ORZECZENIA TRYBUNAŁU DOTYCZĄCE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH – OMÓWIENIE	11
2.1 SPRAWA 76/81 S. A TRANSPORROUTE PRZECIWKO MINISTROWI ROBÓT PUBLICZNYCH („TRANSPORROUTE”)	11
2.2 SPRAWA 199/85 KOMISJA PRZECIWKO REPUBLICIE WŁOSKIEJ.....	11
2.3 POŁĄCZONE SPRAWY 27/86, 28/86 I 29/86 S.A. CONSTRUCTION ET ENTREPRISES INDUSTRIELLES (CEI) I INNI PRZECIWKO ASSOCIATION INTERCOMMUNALE POUR LES AUTOROTES DES ARDENNES I INNI („CEI I BELLINI”)	11
Dokumenty i zaświadczenia, jakich można żądać od wykonawcy	11
Skutki zarejestrowania na liście uznanych wykonawców	11
2.4 SPRAWA 31/87 GEBROEDERS BEENTJES BV PRZECIWKO HOLANDII („BEENTJES”)	11
Definicja „zamawiającego”	11
Odrzucenie oferty z przyczyn nie wymienionych wprost w dyrektywie	11
Bezpośrednia skuteczność niektórych przepisów dyrektywy	11
2.5 SPRAWA 103/88 FRATELLI COSTANZO PRZECIWKO COMUNE DI MILANO („COSTANZO”).....	11
2.6 SPRAWA C-3/88 KOMISJA PRZECIWKO REPUBLICIE WŁOSKIEJ („RE DATA PROCESSING”).....	11
Wprowadzenie – stan faktyczny – zarzuty Komisji	11
Naruszenie przepisów art. 43 (52) i 49 (59) Traktatu	11
Naruszenie Dyrektywy 77/62	11
2.7 SPRAWA C-247/89 KOMISJA PRZECIWKO REPUBLICIE PORTUGALII („LOTNISKO W LIZBONIE”).....	11
Stosowanie Dyrektywy 77/62.....	11
Kwestia podmiotów, za które państwo nie podnosi odpowiedzialności	11
2.8 SPRAWA C-24/91 KOMISJA PRZECIWKO KRÓLESTWU HISZPANII („UNIWERSYTET W MADRYCIE”) .	11
Wprowadzenie – stan faktyczny – zarzuty Komisji	11
Zasady publikacji ogłoszeń i naruszenie Dyrektywy 71/305	11

2.9	SPRAWA C-107/92 KOMISJA PRZECIWKO REPUBLICIE WŁOSKIEJ.....	11
2.10	SPRAWA C-295/89 IMPRESA DONA ALFONSO DI DONA ALFONSO & FIGLI PRZECIWKO CONSORZIO PER LO SVILUPPO INDUSTRIALE DI MONFALCONE („IMPRESA DONA ALFONSO”).....	11
2.11	SPRAWA C-360/89 KOMISJA PRZECIWKO REPUBLICIE WŁOSKIEJ.....	11
	Wprowadzenie – stan faktyczny – zarzuty Komisji.....	11
	Art. 49 (59) Traktatu.....	11
	Naruszenie Dyrektywy 71/305.....	11
2.12	SPRAWA C-243/89 KOMISJA PRZECIWKO KRÓLESTWU DANII („STOREBAELT”).....	11
	Wprowadzenie – stan faktyczny – zarzuty Komisji.....	11
	Naruszenie art. 28 (30), 39 (48) i 49 (59) Traktatu.....	11
	Naruszenie zasad równego traktowania wykonawców.....	11
	Niedopuszczalność zmiany zakresu zarzutów.....	11
2.13	SPRAWA C-296/92 KOMISJA PRZECIWKO REPUBLICIE WŁOSKIEJ.....	11
2.14	SPRAWA C-328/92 KOMISJA PRZECIWKO KRÓLESTWU HISZPANII.....	11
	Wprowadzenie – stan faktyczny i prawny.....	11
	Naruszenie Dyrektywy 77/62.....	11
2.15	SPRAWA C-331/92 GESTIÓN HOTELERA INTERNATIONAL S. A. („GESTIÓN HOTELERA”).....	11
2.16	SPRAWA C-389/92 BALLAST NEDAM GROEP NV PRZECIWKO KRÓLESTWU BELGII („BALLAST”) ...	11
2.17	SPRAWA C-272 KOMISJA PRZECIWKO REPUBLICIE WŁOSKIEJ.....	11
	Wprowadzenie – stan faktyczny – zarzuty Komisji.....	11
	Naruszenie art. 43 (52) i 49 (59) Traktatu.....	11
	Naruszenie art. 28 (30) Traktatu.....	11
	Naruszenie przepisów dyrektywy o dostawach.....	11
2.18	SPRAWA C-143/94 KOMISJA PRZECIWKO REPUBLICIE WŁOSKIEJ.....	61
2.19	SPRAWA C-324/93 KRÓLOWA PRZECIWKO MINISTROWI SPRAW WEWNĘTRZNYCH.....	11
2.20	SPRAWA C-433/93 KOMISJA PRZECIWKO REPUBLICIE FEDERALNEJ NIEMIEC.....	11
2.21	SPRAWA C-318/94 KOMISJA PRZECIWKO REPUBLICIE FEDERALNEJ NIEMIEC.....	11
2.22	SPRAWA C-311/95 KOMISJA PRZECIWKO REPUBLICIE GRECKIEJ.....	11
2.23	SPRAWA C-5/97 BALLAST NEDAM GROEP NV PRZECIWKO BELGII.....	11
2.24	SPRAWA C-44/96 MANNESMANN ANLAGENBAU AUSTRIA AG I INNI PRZECIWKO STROHAL ROTATIONSDRUCK GEMSBH („MANNESMANN”).....	11
2.25	SPRAWA C-323/96 KOMISJA PRZECIWKO KRÓLESTWU BELGII.....	11
	Wprowadzenie – stan faktyczny – zarzuty Komisji.....	11
	Definicja zamawiającego- naruszenie przepisów o publikacji ogłoszeń.....	11
	WYKAZ ORZECZEŃ TRYBUNAŁU SPRAWIEDLIWOŚCI DOTYCZĄCYCH ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH.....	11
	LITERATURA	11
	TEKSTY ORZECZEŃ	11
3.1	ORZECZENIE TRYBUNAŁU Z DNIA 10 LUTEGO 1982 R. W SPRAWIE 76/81 („TRANSPORROUTE”).....	11
3.2	ORZECZENIE TRYBUNAŁU Z DNIA 10 MARCA 1987 R. W SPRAWIE 199/85.....	11
3.3	ORZECZENIE TRYBUNAŁU Z DNIA 9 LIPCA 1987 R. W POŁĄCZONYCH SPRAWACH 27-29/86 (CEI I BELLINI).....	11
3.4	ORZECZENIE TRYBUNAŁU Z DNIA 20 WRZEŚNIA 1988 R. W SPRAWIE 31/87 („BEENTJES”).....	11
3.5	ORZECZENIE TRYBUNAŁU Z DNIA 22 CZERWCA 1989 R. W SPRAWIE 103/88 („COSTANZO”).....	11
3.6	ORZECZENIE TRYBUNAŁU Z DNIA 5 GRUDNIA 1989 R. W SPRAWIE C-3/88 („RE DATA PROCESSING”).....	11
3.7	ORZECZENIE TRYBUNAŁU Z DNIA 11 LIPCA 1991 R. W SPRAWIE C-247/89 („LOTNISKO W LIZBONIE”).....	11
3.8	ORZECZENIE TRYBUNAŁU Z DNIA 18 MARCA 1992 R. W SPRAWIE C-24/91 („UNIWERSYTET W MADRYCIE”).....	11
3.9	ORZECZENIE TRYBUNAŁU Z DNIA 2 SIERPNI 1993 R. W SPRAWIE C-107/92.....	11

3.10 ORZECZENIE TRYBUNAŁU Z DNIA 18 CZERWCA 1991 R. W SPRAWIE C-295/89 („IMPRESA DONA ALFONSO”).....	11
3.11 ORZECZENIE TRYBUNAŁU Z DNIA 3 LIPCA 1992 R. W SPRAWIE C-360/89	11
3.12 ORZECZENIE TRYBUNAŁU Z DNIA 22 CZERWCA 1993 R. W SPRAWIE C-243/89 („STOREBAELT”).....	11
3.13 ORZECZENIE TRYBUNAŁU Z DNIA 12 STYCZNIA 1994 R. W SPRAWIE C-296/92.....	11
3.14 ORZECZENIE TRYBUNAŁU Z DNIA 3 MAJA 1994 R. W SPRAWIE C-328/92.....	11
3.15 ORZECZENIE TRYBUNAŁU Z DNIA 19 KWIECZNIA 1994 R. W SPRAWIE C-331/92 („GESTIÓN HÓTELERA”).....	11
3.16 ORZECZENIE TRYBUNAŁU Z DNIA 14 KWIECZNIA 1994 R. W SPRAWIE C-389/92 („BALLAST”).....	11
3.17 ORZECZENIE TRYBUNAŁU Z DNIA 26 KWIECZNIA 1994 R. W SPRAWIE C-272/91 („LOTTOMATICA”)..	11
3.18 ORZECZENIE TRYBUNAŁU Z DNIA 26 PAŹDZIERNIKA 1995 R. W SPRAWIE („ANAS”).....	11
3.19 ORZECZENIE TRYBUNAŁU Z DNIA 28 MARCA 1995 R. W SPRAWIE C-324/93 („DIAMORFINA”).....	11
3.20 ORZECZENIE TRYBUNAŁU Z DNIA 11 SIERPNI 1995 R. W SPRAWIE C-433/93	11
3.21 ORZECZENIE TRYBUNAŁU Z DNIA 28 MARCA 1996 R. W SPRAWIE C-318/94.....	11
3.22 ORZECZENIE TRYBUNAŁU Z DNIA 2 MAJA 1996 R. W SPRAWIE C-311/95	11
3.23 ORZECZENIE TRYBUNAŁU Z DNIA 18 GRUDNIA 1997 R. W SPRAWIE C-5/97 („BALLAST”).....	11
3.24 ORZECZENIE TRYBUNAŁU Z DNIA 15 STYCZNIA 1998 R. W SPRAWIE C-44/96 („MANNESMANN”)....	11
3.25 ORZECZENIE TRYBUNAŁU Z DNIA 17 WRZEŚNIA 1998 R. W SPRAWIE C-323/96	11

1. WPROWADZENIE

1.1 WSTĘP – PODSTAWOWE PRZEPISY PRAWA WSPÓLNOTOWEGO DOTYCZĄCE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH I ROLA TRYBUNAŁU SPRAWIEDLIWOŚCI

Zamówienia publiczne w krajach członkowskich Unii Europejskiej podlegają ogólnym zasadom wynikającym z prawa pierwotnego Wspólnot Europejskich – głównie z Traktatu o Utworzeniu Wspólnoty Europejskiej z 25 marca 1957 r. (Traktatu Rzymskiego), który nie zawiera jednak przepisów dotyczących wprost udzielania zamówień publicznych. Dla zamówień publicznych najbardziej istotne są następujące przepisy Traktatu Rzymskiego:

- art. 12 (6)¹ przewidujący zakaz dyskryminacji ze względu na narodowość,
- art. 28 (30) ustanawiający swobodę przepływu towarów, zabraniający wprowadzania ograniczeń importu oraz wszelkich środków mających podobny skutek,
- art. 30 (36) umożliwiający państwom członkowskim wprowadzanie zakazów lub ograniczeń importu i eksportu dóbr, jeżeli jest to uzasadnione wymienionymi dalej w tym przepisie względami,
- art. 43 (52) ustanawiający swobodę zakładania i prowadzenia przedsiębiorstw oraz rozpoczynania i prowadzenia działalności gospodarczej we Wspólnocie,
- art. 49 (59) ustanawiający swobodę przepływu usług oraz
- art. 81 (85) ustanawiający zasadę ochrony konkurencji poprzez zakaz wszelkich porozumień między przedsiębiorstwami, wszelkich decyzji przedsiębiorstw oraz wszelkich uzgodnionych praktyk, które mogą wpływać na handel między państwami członkowskimi, a których celem byłoby wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie konkurencji w obrębie wspólnego rynku.

Szczegółowe zasady udzielania zamówień publicznych regulują natomiast akty prawa pochodnego, przede wszystkim dyrektywy. Najwcześniej uregulowane zostały procedury udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane – stało się to w wyniku przyjęcia Dyrektywy Rady 71/305/EEC z 26 lipca 1971 r. o koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane. Następnie przyjęta została Dyrektywa Rady 77/62/EEC z 21 grudnia 1976 r. o koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na dostawy. Obie te dyrektywy zostały zmienione pod koniec lat 80-tych, przez Dyrektywę Rady 88/295/EEC z 22 marca 1988 r. zmieniającą dyrektywę dotyczącą dostaw oraz Dyrektywę Rady 89/440/EEC 18 lipca 1989 r. zmieniającą dyrektywę o robotach budowlanych. Najpóźniej uregulowane zostały procedury udzielania zamówień publicznych na usługi – nastąpiło to dopiero w wyniku przyjęcia 18 czerwca 1992 r. Dyrektywy Rady 92/50/EEC koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych na usługi. Wreszcie, biorąc pod uwagę dużą

¹ Dnia 1 maja 1999 r. wszedł w życie Traktat Amsterdamski, który zmienił między innymi Traktat Rzymski oraz dokonał zmiany numeracji jego artykułów, w związku z tym przy odwołaniach do Traktatu Rzymskiego podaje się numer artykułu ustalony Traktatem Amsterdamskim, a następnie w nawiasie numer poprzednio obowiązujący. Ponieważ wszystkie publikowane w niniejszym opracowaniu orzeczenia zapadły przed wejściem w życie Traktatu Amsterdamskiego, wszystkie odwołania w ich treści dotyczą starej numeracji.

ilość wprowadzonych do oryginalnych tekstów dyrektyw zmian, w 1993 r. przyjęto jednolite teksty dyrektyw o robotach budowlanych (Dyrektywa Rady 93/37/EEC z 14 czerwca 1993 r.) oraz o dostawach (Dyrektywa Rady 93/36/EEC z tego samego dnia).

W chwili obecnej zamówień publicznych w Unii Europejskiej dotyczą następujące dyrektywy:

- 1) Dyrektywa Rady 92/50/EEC z dnia 18 czerwca 1992 r. koordynująca procedury udzielania zamówień publicznych na usługi (OJ L 209/92),
- 2) Dyrektywa Rady 93/36/EEC z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynująca procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy (OJ L 199/93),
- 3) Dyrektywa Rady 93/37/EEC z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynująca procedury udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (OJ L 199/93),
- 4) Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 97/52/EC z dnia 13 października 1993 r. zmieniająca Dyrektywę 92/50/EEC, Dyrektywę 93/36/EEC oraz Dyrektywę 93/37/EEC dotyczące koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych odpowiednio na usługi, dostawy oraz roboty budowlane (OJ L 328/1),
- 5) Dyrektywa Rady 93/38/EEC z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (OJ L 199/93),
- 6) Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 98/4/EC z dnia 16 lutego 1998 r. zmieniająca Dyrektywę 93/38/EEC koordynującą procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (OJ L 101/13),
- 7) Dyrektywa Rady 89/665/EEC z dnia 21 grudnia 1989 koordynująca przepisy i regulacje administracyjne, dotyczące stosowania procedur odwoławczych w udzielaniu zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (OJ L 295/89) oraz
- 8) Dyrektywa Rady 92/13/EEC z dnia 25 lutego 1992 r. koordynująca przepisy i regulacje administracyjne dotyczące stosowania zasad Wspólnoty w zakresie procedur udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (OJ L 76/92).²

Niezwykle ważną rolę w interpretacji przepisów prawa wspólnotowego z zakresu zamówień publicznych odgrywają orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości. Trybunał, jako ostateczny arbiter w sprawach dotyczących prawa europejskiego, wielokrotnie orzekał w kwestiach interpretacji przepisów Traktatu (istotnych z punktu widzenia zamówień publicznych) czy też wymienionych wyżej dyrektyw.

W niniejszym zbiorze zamieszczonych zostało 25 orzeczeń dotyczących zamówień publicznych, wydanych przez Trybunał na przestrzeni ostatnich kilkunastu lat. Publikacja ta została podzielona na trzy części. W pierwszej, wprowadzeniu, przedstawione zostały ogólnie procedury postępowania przed Trybunałem, w dalszej części omówione zostały publikowane

² Przetłumaczone na język polski teksty dyrektyw wymienionych w pkt 1–4 zostały opublikowane w „Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej. Dyrektywy dotyczące zamówień publicznych na usługi, dostawy i roboty budowlane” pod red. Mariana Lemke, Urząd Zamówień Publicznych, 1999, zaś wymienione w pkt 7–8 w „Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej. Procedury odwoławcze w świetle dyrektyw.”, UZP 1998

w niniejszym zbiorze orzeczenia. Wreszcie ostatnia część zawiera przetłumaczone teksty orzeczeń Trybunału.

1.2 SKŁAD I ORGANIZACJA TRYBUNAŁU SPRAWIEDLIWOŚCI

Trybunał Sprawiedliwości (ang. *Court of Justice*), zwany w dalszej części opracowania Trybunałem, został utworzony na mocy Traktatu o Utworzeniu Europejskiej Wspólnoty Gospodarczej (Traktatu Rzymskiego) z 25 marca 1957 r., zwanego dalej Traktatem. W tym miejscu przypomnieć należy, że pod pojęciem Wspólnoty Europejskiej rozumieć należy trzy odrębne podmioty prawne: Europejską Wspólnotę Węgla i Stali (EWWiS), powołaną do życia Traktatem podpisanym w Paryżu 18 kwietnia 1951 r., utworzoną na mocy Traktatu Rzymskiego z 25 marca 1957 r. Wspólnotę Europejską, 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, wreszcie Europejską Wspólnotę Energii Atomowej (EURATOM) utworzoną 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 (164) 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.

W skład Trybunału wchodzi obecnie 15 sędziów. Są oni mianowani przez państwa członkowskie zgodną wolą rządów tych państw. Żaden przepis Traktatu nie wymaga, ażeby każde państwo miało „swojego” sędziego w Trybunale. W praktyce jednak każde państwo ma takiego przedstawiciela w Trybunale. Sędziowie są wybierani spośród osób, których niezależność nie podlega żadnym wątpliwościom, oraz którzy posiadają kwalifikacje wymagane dla sprawowania najwyższych funkcji sędziowskich w swoich krajach lub są prawnikami o uznanym autorytecie (art. 223 (167) Traktatu).

Sędziowie są wybierani na kadencje sześcioletnie, ale wybór może być powtórzony. Co trzy lata następuje odnowienie połowy składu Trybunału. Sędziowie nie mogą sprawować, zgodnie z art. 4 Statutu Trybunału, żadnych urzędów administracyjnych ani politycznych. Nie mogą także angażować się w żadne inne przedsięwzięcia zarówno odpłatne jak i nieodpłatne, chyba, że uzyskają na to zgodę Rady Unii Europejskiej. 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 obraduje na sesjach plenarnych (w pełnym składzie, in pleno) albo w składzie izby, składającej się z pięciu lub siedmiu sędziów. W tym ostatnim przypadku obraduje, ile-

króć przeprowadza przesłuchania wstępne albo rozstrzyga poszczególne kategorie spraw. W pełnym składzie orzeka, jeżeli państwo członkowskie lub instytucja Wspólnoty, która jest stroną postępowania tego sądu lub też dla rozstrzygnięcia szczególnie ważnych lub skomplikowanych spraw. Siedzibą Trybunału jest Luksemburg.

1.3 ROLA RZECZNIKA GENERALNEGO

Trybunał jest wspierany przez ośmiu rzeczników generalnych. Dziewiąty rzecznik generalny został dodany od 1 stycznia 1995 r. do 6 października 2000 r. (art. 222 (166)). Zadaniem rzecznika jest, zgodnie z art. 222 (166) Traktatu, 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 *Zasadach procesowych*, określających tryb postępowania przed Trybunałem. I tak, dla przykładu Trybunał podejmuje decyzje w sprawie przesłuchania wstępnego po wysłuchaniu rzecznika generalnego (art. 45 *Zasad procesowych*); 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 Stanu³. 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.

1.4 SĄD PIERWSZEJ INSTANCJI

Z uwagi na wzrastającą liczbę spraw oraz przewlekłość postępowania toczącego się przed Trybunałem państwa członkowskie zdecydowały o powołaniu, podporządkowanego Trybunałowi, Sądu Pierwszej Instancji. 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 15 członków mianowanych zgodną wolą państw członkowskich. Inaczej niż w przypadku Trybunału, Traktat posługuje się pojęciem „członkowie”. Podkreślić jednak należy, że członkowie Sądu muszą dawać gwarancję niezależności oraz posiadać kwalifikacje niezbędne do wykonywania czynności sę-

³ Tak w „Prawo Wspólnot Europejskich. Orzecznictwo” – tom I str. 11, wybór i redakcja Władysław Czapliński, Rudolf Ostrihansky, Przemysław Saganek, Anna Wyrozumska Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa 1999 oraz „Prawo gospodarcze Unii Europejskiej” pod red. Manfred A. Dausess, Wydawnictwo C. H. Beck 1999, str. 88

dziowskich. W sądzie nie ma odrębnej instytucji rzeczników generalnych.⁴ Uchwała tworząca Sąd Pierwszej Instancji przewiduje, iż członkowie Sądu spełniają swoje funkcje przeważnie jako sędziowie, mogą być jednak doraźnie mianowani na rzeczników generalnych.

Sądowi podlegają następujące rodzaje spraw:

- sprawy pracownicze tj. skargi funkcjonariuszy Wspólnoty przeciwko Wspólnotom w sprawach związanych z zatrudnieniem,
- sprawy wniesione przez podmioty gospodarcze na tle prawa konkurencji,
- skargi wniesione przez podmioty gospodarcze na podstawie Traktatu o Utworzeniu Europejskiej Wspólnoty Węgla i Stali,
- skargi odszkodowawcze wniesione w związku z trzema wymienionymi wyżej kategoriami⁵,
- skargi osób fizycznych lub prawnych przeciwko organom Wspólnoty⁶.

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, które 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.

1.5 AKTY PRAWNE DOTYCZĄCE TRYBUNAŁU

Trybunału dotyczą nie tylko poszczególne przepisy Traktatu Rzymskiego, Traktatu EWWiS czy też Traktatu EURATOM, ale także zatwierdzone w specjalnych protokołach do tych traktatów statuty. Protokół do Traktatu stanowi jego integralną część (patrz art. 311 (239) Traktatu), tzn. że taką samą moc prawną jak prawo pierwotne⁷. Szczegółowe kwestie związane z postępowaniem przed Trybunałem regulowane są natomiast przez przepisy proceduralne – *Rules of procedures* zwane w dalszej części opracowania Zasadami procesowymi. Zasady procesowe zostały przyjęte przez Trybunał na podstawie art. 245 (188) Traktatu i zatwierdzone przez Radę.

⁴ „Prawo gospodarcze Unii Europejskiej”, str. 93

⁵ „Prawo Wspólnot Europejskich” str. 13

⁶ „Prawo gospodarcze Unii Europejskiej”, str. 92

⁷ Ibidem str. 84

2.1 ROLA TRYBUNAŁU W ZAKRESIE INTERPRETACJI PRZEPISÓW PRAWA WSPÓLNOTOWEGO

Trybunał może być zaangażowany w kwestie interpretacji prawa wspólnotowego na dwa sposoby. Pierwszy z nich stanowią sprawy, dotyczące domniemanego naruszenia zasad prawa wspólnotowego, wniesione do Trybunału przez Komisję Europejską (dalej zwaną Komisją), na zasadach określonych w art. 226 (169) Traktatu. Sprawy te rozpatrywane są przez Trybunał. Drugim natomiast jest postępowanie, jakie toczy się przed sądem danego państwa członkowskiego (sądem krajowym), w sytuacji, kiedy, zgodnie z art. 234 (177) Traktatu, sąd krajowy zwraca się do Trybunału z wnioskiem o wydanie orzeczenia wstępnego, w kwestii dotyczącej interpretacji prawa wspólnotowego, jaka pojawiła się w postępowaniu przed sądem krajowym. Wymienione dwa typy postępowania (postępowanie z art. 226 (169) oraz postępowanie z art. 234 (177)) zostaną pokrótce przedstawione.

2.1.1 Sprawy wniesione przez Komisję w trybie art. 226 (169)

Przepis art. 226 (169) określa przebieg postępowania, jakie może być wszczęte przez Komisję, będącą strażnikiem Traktatu, w sytuacji, kiedy uzna ona, iż nastąpiło naruszenie przez państwo członkowskie prawa wspólnotowego. Komisja, zanim wnieśli sprawę do Trybunału, obowiązana jest, zgodnie z art. 226 (169) 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, zawierające zarzuty i wzywające adresata do ustosunkowania się do podniesionych zarzutów. Jeżeli Komisja nie jest zadowolona z odpowiedzi sporządza umotywowaną opinię (*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)⁸. Dalej art. 226 (169) stanowi, że jeżeli państwo nie zastosuje się do opinii w terminie w niej wyznaczonym, Komisja może wnieść sprawę do Trybunału. Wyżej opisane postępowanie ma charakter wstępnego postępowania przedprocesowego i jak wynika również z publikowanego w niniejszym zbiorze orzecznictwa, odgrywa bardzo ważną rolę. Zgodnie bowiem z utrwalonym orzecznictwem, w sprawach wniesionych w trybie art. 226 (169) wstępne postępowanie określa przedmiot postępowania, który nie może być stopniowo rozszerzany (tak m. in. w sprawie C-243/89 „Storebaelt”)⁹. 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.

⁸ Patrz pkt 2.7 oraz 3.7 niniejszego opracowania

⁹ Patrz pkt 2.12 oraz 3.13 opracowania

Co się tyczy postępowania w sprawie naruszenia zasad udzielania zamówień publicznych, w art. 3 Dyrektywy 89/665/EEC z 21 grudnia 1989 r. koordynującej przepisy i regulacje administracyjne, dotyczące stosowania procedur odwoławczych w udzielaniu zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane, jest określona specjalna procedura postępowania w sprawie naruszenia. Zgodnie z art. 3 dyrektywy Komisja może zastosować tę procedurę, jeżeli przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego dojdzie do wniosku, że w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia objętego Dyrektywami 71/305¹⁰ i 77/62¹¹ nastąpiło rażące naruszenie przepisów Wspólnoty w dziedzinie zamówień publicznych¹². Komisja zawiadamia wówczas państwo członkowskie i zainteresowanego zamawiającego o powodach, dla których uznała, że wystąpiło jawne i rażące naruszenie oraz żąda jego naprawienia. W ciągu 21 dni od otrzymania zawiadomienia, państwo członkowskie zobowiązane jest do przedstawienia Komisji:

- a) potwierdzenia naprawienia tego naruszenia,
- b) uzasadnienia, dlaczego dane naruszenie nie zostało naprawione lub
- c) powiadomienia o zawieszeniu procedury udzielania zamówienia przez zamawiającego z jego własnej inicjatywy lub w wyniku wykonania uprawnień, o którym mowa w art. 2 ust. 1 pkt (a).

Uzasadnieniem dla faktu, że dane naruszenie nie zostało naprawione może być m. in. fakt, że domniemane naruszenie jest już przedmiotem postępowania sądowego lub innego postępowania odwoławczego. W tym przypadku państwo członkowskie zobowiązane jest poinformować Komisję o wynikach tego postępowania natychmiast po jego zakończeniu.

Należy rozważyć jeszcze sytuację, w której państwo członkowskie nie stosuje się do zobowiązań wynikających dla niego z procedury przedstawionej w dyrektywie. Procedura ta nie przewiduje w tym wypadku żadnych konkretnych sankcji. W praktyce jednak Komisja traktuje zawiadomienie o naruszeniu, jako zawiadomienie, o którym mowa w art. 226 (169) Traktatu. Jeżeli nie ma zatem odpowiedzi na pismo zawierające zawiadomienie albo Komisja nie jest zadowolona z uzasadnienia przedstawionego przez państwo, stanowi to podstawę do wystąpienia z umotywowaną opinią, o której mowa w art. 226 (169) Traktatu, niezwłocznie po upływie 21 dni. Jeżeli państwo nie zastosuje się do wymagań, określonych w opinii, jest to podstawą do wszczęcia postępowania z art. 226 (169).

2.1.2 Przebieg postępowania z art. 226 (169)

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 (170) przez inne państwo członkowskie. Wniosek jest odnotowywany w rejestrze Trybunału, a ogłoszenie o wniesieniu tego wniosku oraz o żądaniach w nim zawartych jest publikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich. Rozpoczyna się wówczas pisemna faza postępowania. Wy-

¹⁰ Dyrektywa Rady z 26 lipca 1971 r. o koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (została zastąpiona przez dyrektywę Rady 93/37/EEC z 14 czerwca 1993 r.)

¹¹ Dyrektywa Rady z 21 grudnia 1976 r. o koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na dostawy (została zastąpiona przez dyrektywę Rady 93/36/EEC z 14 czerwca 1993 r.)

¹² Dyrektywa ta ma zastosowanie również do zamówień publicznych na usługi – patrz art. 41 dyrektywy Rady 92/50/EEC o koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi

znaczony 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.

Wymiana tych dokumentów kończy pisemną fazę postępowania. Po wysłuchaniu sprawozdania sędziego-sprawozdawcy oraz opinii rzecznika generalnego, Przewodniczący decyduje, czy należy przeprowadzić przesłuchanie wstępne oraz czy sprawa powinna być rozpatrywana w składzie Izby czy też w pełnym składzie. Po zakończeniu ewentualnego przesłuchania wstępnego Przewodniczący wyznacza datę publicznej rozprawy. W sprawozdaniu z przesłuchania wstępnego sędzia-sprawozdawca podsumowuje fakty oraz argumenty podnoszone przez strony i ewentualnie interwenientów. Sprawozdanie jest upubliczniane w języku, w jakim było przeprowadzane przesłuchanie wstępne. Następnie sprawa jest rozpatrywana na rozprawie z udziałem rzecznika generalnego. Sędziowie mogą zadawać pytania stronom postępowania. Nieco później, znowu podczas publicznego posiedzenia, rzecznik generalny przedstawia opinię, zawierającą jego pogląd na prawne aspekty sprawy oraz propozycje sposobu rozstrzygnięcia. 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 Zasad procesowych, 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 jedenastu urzędowych języków Wspólnoty. W zasadzie wybór języka należy do powoda. W przypadku, kiedy pozwany 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.

2.1.3 Kwestia podmiotów, za które jest odpowiedzialne państwo członkowskie

Zgodnie z art. 226 (169) Traktatu skarga może być wniesiona przez Komisję tylko przeciwko państwu członkowskiemu, nie zaś przeciwko konkretnym podmiotom, które swoim zachowaniem ewentualnie naruszyły prawo wspólnotowe. W przypadku zamówień publicznych to naruszenie prawa wspólnotowego może w szczególności nastąpić, jeżeli dyrektywy dotyczące zamówień publicznych zostały nieprawidłowo wdrożone do krajowego porządku prawnego. W takim przypadku to państwo członkowskie ponosi odpowiedzialność w przypadku postępowania wszczętego w trybie art. 226 (169) za nieprawidłowe implementowanie tych przepisów. Naruszenie prawa wspólnotowego może również mieć miejsce po-

mimo prawidłowego wdrożenia dyrektywy, a to na skutek działania zamawiających, niezgodnego z zasadami wspólnotowymi, dotyczącymi zamówień publicznych¹³. W tym ostatnim przypadku pojawia się pytanie, w jakim stopniu państwo członkowskie jest odpowiedzialne za działania zamawiającego, który jest niezależny od administracji państwowej, w szczególności dotyczy to organu samorządowego. Jak wynika z dalszych rozważań w sprawie „Bentjees” (patrz punkt 2.4 oraz 3.4), gdzie Trybunał przyjął funkcjonalną, bardzo szeroką definicję organu państwowego, państwo członkowskie odpowiada za postępowanie takiego niezależnego podmiotu. Nie jest natomiast jasne czy odpowiedzialność ta rozciąga się na wszystkie kategorie zamawiających, zobowiązanych do stosowania procedur udzielania zamówień publicznych określonych w dyrektywie. Może bowiem powstać wątpliwość, czy dotyczy to niektórych kategorii zamawiających podlegającym przepisom Dyrektywy Rady 93/38/EEC koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych przez podmioty działające w sektorach wodnym, energetycznym, transportu i telekomunikacji czyli tzw. dyrektywy o przedsiębiorstwach użyteczności. Kwestia odpowiedzialności państwa za przedsiębiorstwo zarządzające usługami transportu lotniczego została podniesiona w sprawie C-247/89 Komisja przeciwko Republice Portugalii (patrz punkt 2.7 oraz 3.7 opracowania). Niestety Trybunał nie odniósł się wówczas do tego problemu i kwestia ta nie została ostatecznie rozstrzygnięta.

2.1.4 Sytuacja państwa w przypadku orzeczenia o naruszeniu prawa wspólnotowego

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. Trybunał nie może jednak nakazać państwu podjęcia **konkretnych** działań mających na celu naprawienie tego naruszenia¹⁴. Obowiązek podjęcia niezbędnych kroków dla usunięcia ewentualnych konsekwencji bezprawnego działania wynika z dalszych przepisów Traktatu. Zgodnie z art. 228 (171), w sytuacji, kiedy Trybunał stwierdzi, iż 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 (169): 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 grzywny.

¹³ W kwestii odpowiedzialności państwa za działania organów publicznych patrz m. in. orzeczenia w sprawie 152/84 Marshall przeciwko Southampton and South West Hampshire Area Health Authority [1986] ECR 723 i 725 oraz w sprawie C-188/89 Foster & Ors przeciwko British Gas plc [1990] ECR 3313

¹⁴ Sue Arrowsmith „Remedies for enforcing the Public Procurement Rules”, wyd. Earls Gate Press, 1992 r.

2.1.5 Środki tymczasowe

Należy zwrócić uwagę, że pomiędzy wszczęciem postępowania z art. 226 (169) a wydaniem orzeczenia przez Trybunał może upłynąć sporo czasu. Średni bowiem czas trwania procedury w 1998 r. wynosił 21 miesięcy¹⁵. 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.¹⁶ Art. 243 (186) Traktatu pozwala Trybunałowi na zastosowanie, w przypadku postępowania toczącego się w trybie art. 226 (169), środków tymczasowych. Bardziej szczegółowe zasady ich stosowania określone są w art. 83–88 Zasad procesowych. 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-272/91R¹⁷ środek tymczasowy może być zastosowany nawet po zawarciu umowy z wybranym wykonawcą.

2.1.6 Skarga innego państwa członkowskiego – procedura z art. 227 (170)

Należy również pamiętać, iż nie tylko Komisja, ale również inne państwo członkowskie może wnieść skargę do Trybunału (art. 227 (170)). Zanim państwo członkowskie wnieśli skargę do Trybunału ma obowiązek zawiadomić o tym Komisję. Tak jak w przypadku opisanej wyżej procedury z art. 226 (169) 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 państwo członkowskie o domniemanym naruszeniu prawa wspólnotowego, sprawa może być skierowana do Trybunału pomimo braku umotywowanej opinii.

¹⁵ Patrz statystyka dotycząca Trybunału na internetowych stronach www.curia.eu.int

¹⁶ Zastosowania środków tymczasowych w zakresie zamówień publicznych dotyczyły m. in. następujące orzeczenia: w sprawie 45/97-R Komisja przeciwko Irlandii („Dundalk”) [1988] ECR 883 i 1369; w sprawie 194/88-R Komisja przeciwko Włochom („La Spezia”) [1988] ECR 4547 oraz w sprawie 272/91-R Komisja przeciwko Włochom („Lottomatica”) [1992] ECR I-1409)

¹⁷ Zarządzenie Przewodniczącego z dnia 12 czerwca 1992 r. w sprawie Komisja przeciwko Republice Włoskiej; patrz również pkt 2.17 oraz 3.17 opracowania

Postępowanie w trybie art. 227 (170) nie odgrywa w praktyce żadnej roli.¹⁸ Żadne z postępowań w sprawach dotyczących zamówień publicznych nie zostało wszczęte w trybie art. 227 (170), zaś w innych sprawach były to pojedyncze przypadki.

2.2 POSTĘPOWANIE O WYDANIE ORZECZENIA WSTĘPNEGO

Drugim sposobem, w jaki może przejawiać się aktywność Trybunału w zakresie interpretacji prawa wspólnotowego jest postępowanie, określone w art. 234 (177), dotyczące wydania orzeczenia wstępnego.

Trybunał orzeka w formie orzeczenia wstępnego:

- 1) w przedmiocie interpretacji Traktatu,
- 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.

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 (*Dundalk*)¹⁹, kiedy Trybunał uznał, że doszło do naruszenia art. 28 (30) 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 (177). 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. Należy podkreślić, że uprawnienia takiego nie posiadają strony postępowania toczącego się przed sądem krajowym (tak m. in. orzekł Trybunał w sprawie *Fratelli Grassi fu Davide przeciwko Włoskiej Administracji Finansowej*)²⁰. 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 kwestią 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.²¹

¹⁸ Sue Arrowsmith „A guide to the procurement cases of the Court of Justice”, wyd. Earlsgate Press, 1992 r. str. 9

¹⁹ Patrz Orzeczenie Trybunału z dnia 22 września 1988 r. w sprawie 45/87 (ECR z 1988, str. 4929)

²⁰ Patrz orzeczenie Trybunału z dnia 15 czerwca 1972 r. w sprawie 5-72 (ECR z 1972, str. 0443)

²¹ Patrz m. in. orzeczenie w sprawie 103/88 („Costanzo”) (ECR 1989 str. 1839), publikowane w niniejszym zbiorze – pkt 2.5 oraz 3.5

Na koniec konieczne jest jeszcze wyjaśnienie pojęcia sądu lub trybunału z art. 234 (177) Traktatu. Kwestia uznania poszczególnych organów za sąd lub trybunał w rozumieniu art. 234 (177) powinna być interpretowana w świetle prawa wspólnotowego nie zaś prawa krajowego. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału (tak m. in. w sprawie Dorsch)²² 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 (177) jest organ, od którego orzeczenia nie przysługuje środek odwoławczy zgodnie z prawem krajowym.

2.2.1 Przebieg postępowania w trybie art. 234 (177)

Postępowanie rozpoczyna się od przedłożenia przez sąd krajowy pytań dotyczących wykładni przepisów wspólnotowych. Pytania przetłumaczone na wszystkie języki wspólnotowe są udostępniane nie tylko stronom podstawowego postępowania, ale także państwom członkowskim, Komisji, i jeśli jest to konieczne także Radzie. Ogłoszenie o postępowaniu zawierające pytania oraz nazwy stron publikuje się w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich. Następnie strony, państwa członkowskie oraz inne instytucje wspólnotowe mogą w ciągu dwóch miesięcy przedłożyć swoje pisemne obserwacje Trybunałowi. Dalsza część postępowania jest identyczna jak w przypadku postępowania z art. 226 (169).

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 (177) 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. 227 (170) językiem tego postępowania jest język państwa, z którego sąd przedłożył pytania Trybunałowi.

2.2.2 Obowiązywanie orzeczenia wstępnego

Pozostaje jeszcze do omówienia kwestia obowiązywania znaczenia wydanego orzeczenia wstępnego. Orzeczenie to 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.²³

²² Patrz orzeczenie Trybunału z dnia 17 września 1997 r. w sprawie C-54/96 (ECR 1997 str. I-4961); orzeczenie to zostało opublikowane w „Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej – procedury odwoławcze w świetle dyrektyw” UZP, 1998

²³ „Prawo Wspólnot Europejskich”, str. 19

KWESTIA IMPLEMENTACJI DYREKTYW

Zgodnie z art. 249 (189) Traktatu, dyrektywy są wiążące dla państw członkowskich w zakresie celu, jaki mają osiągnąć, pozostawiając państwu wybór metody i środków realizacji tych celów. Ilekroć dyrektywy dotyczące zamówień publicznych zawierają określone zasady państwa członkowskie są zobowiązane do podjęcia działań celem wdrożenia tych zasad do krajowego porządku prawnego. Wybór formy i metod wdrożenia zależy od państw członkowskich. Zgodnie z orzecznictwem Trybunału implementacja dyrektywy niekoniecznie wymaga bezwzględnego, dosłownego przeniesienia jej przepisów w całości do przepisów krajowych. Ogólny kontekst prawny, w zależności od treści dyrektywy może być wystarczający, pod warunkiem, że rzeczywiście gwarantuje on pełne zastosowanie dyrektywy w sposób przejrzysty i precyzyjny.²⁴ Należy również odróżnić dwie sytuacje związane z wdrażaniem dyrektyw. Pierwszą, kiedy państwo członkowskie wdrożyło daną dyrektywę do krajowego porządku prawnego oraz drugą, kiedy nie dokonano w ogóle implementacji danej dyrektywy w wyznaczonym przez nią terminie. W pierwszym z omawianych przypadków sprawa dotycząca interpretacji prawa wspólnotowego może być oparta na przepisach krajowych wdrażających daną zasadę do krajowego porządku prawnego, nie zaś bezpośrednio na dyrektywie.²⁵ Inaczej w przypadku, kiedy państwo członkowskie w ogóle nie wdrożyło przepisów dyrektywy. Wówczas ewentualne postępowanie dotyczące interpretacji prawa wspólnotowego oparte będzie, z uwagi na brak przepisów krajowych, bezpośrednio na przepisach dyrektywy, pod warunkiem, że przepisy te są bezwarunkowe i dostatecznie precyzyjne. W przypadku dyrektyw dotyczących zamówień publicznych, bezpośrednie stosowanie ich przepisów dotyczy, przede wszystkim, zagadnień publikacji ogłoszeń o zamówieniu oraz procedur udzielania zamówień. Trybunał parokrotnie zajmował się kwestią bezpośredniego skutku niektórych przepisów dyrektywy – między innymi w sprawie 31/87²⁶ orzekł, że osoby prywatne mogą powoływać się w postępowaniu przed sądami krajowymi na treść art. 20, 26 i 29 Dyrektywy 71/305 koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane²⁷. Inne przepisy, które zdaniem Trybunału, wywierają bezpośredni skutek, to przepisy dotyczące:

- zakresu przedmiotowego i podmiotowego dyrektyw oraz procedur udzielania zamówień (Dział I i II Dyrektywy 92/50),
- wyboru procedury, zasad konkurencji, przepisów dotyczących specyfikacji technicznych, zasad ogłaszania zamówień i udziału w postępowaniu, a także zasad kwalifikacji oferentów i wyboru oferty, w zakresie w jakim są one bezwarunkowe i dostatecznie jasne i precyzyjne (Działy II–VI Dyrektywy 92/50), oraz
- przepis dotyczący postępowania z ofertami o rażąco niskiej cenie – art. 29 ust. 5 Dyrektywy 71/305 (obecnie art. 30 ust. 4 Dyrektywy 93/37)²⁸.

Kwestie wdrażania dyrektyw zostaną bardziej szczegółowo omówione przy okazji komentowania poszczególnych orzeczeń Trybunału.

²⁴ Patrz m. in. orzeczenie w sprawie C-433/93 – publikowane w niniejszym zbiorze – pkt 2.20 oraz 3.20

²⁵ Sue Arrowsmith „A guide...” str. 10

²⁶ Patrz pkt 2.4 oraz 3.4 opracowania

²⁷ Obecnie dyrektywa 93/37/EEC

²⁸ M.Lemke w „Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej. Dyrektywy dotyczące zamówień publicznych na usługi, dostawy i roboty budowlane”, UZP, 1999, str. 15

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 czytelnika, podzielone na paragrafy. W strukturze orzeczenia można obecnie wyróżnić dwie bardzo wyraźne części. Pierwsza obejmuje podstawy orzeczenia, (*grounds*); 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. Pierwsza część nie zawiera szczegółowego opisu stanowisk poszczególnych stron postępowania. Bardziej szczegółowy opis stanu faktycznego oraz prawnego można znaleźć w opinii rzecznika generalnego, która ma ogromny wpływ na treść orzeczenia.

Orzeczenia Trybunału wraz z opiniami rzeczników generalnych publikowane są w zbiorach orzeczeń w każdym z urzędowych języków Wspólnot. Angielska wersja językowa tego zbioru nosi nazwę European Court Reports.

Załącznik

Schemat postępowania przed Trybunałem²⁹

Procedura pisemna	
<i>Postępowania w trybie art. 169 oraz odwołania</i>	<i>Wnioski o wydanie orzeczenia wstępnego</i>
Pisemny wniosek	Wniosek lub orzeczenie sądu krajowego w którym sąd zwraca się o wydanie orzeczenia wstępnego
Doręczenie wniosku pozwanemu	Tłumaczenie wniosku o wydanie orzeczenia wstępnego na wszystkie języki wspólnotowe oraz doręczenie wniosku stronom postępowania, państwom członkowskim i instytucjom wspólnotowym
Publikacja wniosku w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich	Publikacja wniosku w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich
Obrona pozwanego	Pisemne obserwacje stron, państw członkowskich i instytucji wspólnotowych
Replika wnioskodawcy	
Odpowiedź na replikę	

Procedura ustna
Posiedzenie
Opinia rzecznika generalnego
Narada sędziów
Orzeczenie

²⁹ Schemat pochodzi z internetowych stron Trybunału: www.curia.eu.int

2. ORZECZENIA TRYBUNAŁU DOTYCZĄCE ZAMÓWIENÍ PUBLICZNYCH – OMÓWIENIE

2.1 SPRAWA 76/81 S. A TRANSPORROUTE PRZECIWKO MINISTROWI ROBÓT PUBLICZNYCH („TRANSPORROUTE”)

Poruszane kwestie:

- wymóg posiadania zgody na założenie przedsiębiorstwa,
- sposoby potwierdzenia sytuacji ekonomiczno-finansowej oraz zdolności technicznych,
- postępowanie z ofertami zawierającymi rażąco niskie ceny

Sprawa ta dotyczyła pytań wniesionych w trybie art. 234 (177) Traktatu przez Comité du Contentieux du Conseil d'Etat Wielkiego Księstwa Luksemburg, zwany dalej Komitetem, w kwestii interpretacji kilku przepisów dyrektyw dotyczących zamówień publicznych. Orzeczenie w tej sprawie zapadło na tle następującego stanu faktycznego. Administration des ponts et des chasses Luksemburga (Zarząd Dróg i Mostów) opublikowała zaproszenie do przetargu, w odpowiedzi na które S.A Transporoute – spółka handlowa – przedstawiła najniższą ofertę. Oferta ta została jednak odrzucona przez Ministra Robót Publicznych z dwóch powodów. Po pierwsze spółka nie miała rządowego pozwolenia na prowadzenie działalności gospodarczej w Luksemburgu, wymaganego jako potwierdzenie dobrej sytuacji ekonomicznej i finansowej oferenta. Po drugie oferta ta została uznana za zawierającą rażąco niską cenę. W rezultacie zamawiający dokonał wyboru innej oferty, uznanej za ekonomicznie najkorzystniejszą. Od tej decyzji Transporoute odwołała się żądając jej unieważnienia. W trakcie toczącego się przed Komitetem postępowania, zwrócił się on do Trybunału z wnioskiem w sprawie interpretacji kilku przepisów dyrektyw o zamówieniach publicznych.

Pierwsze pytanie dotyczyło tego czy zamawiający może żądać od wykonawcy z siedzibą w innym państwie członkowskim oprócz prawidłowego wpisu w rejestrze handlowym lub zawodowym kraju zarejestrowania, także posiadania pozwolenia na założenie przedsiębiorstwa w państwie zamawiającego. Komitet zmierzał do ustalenia, czy taki wymóg nie jest sprzeczny z postanowieniami Dyrektywy Rady 71/304 z 26 lipca 1971 r. dotyczącej zniesienia ograniczeń wolności świadczenia usług w odniesieniu do zamówień publicznych na roboty budowlane oraz udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane wykonawcom działającym za pośrednictwem agencji lub oddziałów a także Dyrektywy Rady 71/305 z tego samego dnia koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane³⁰.

Po drugie, Komitet pytał, czy przepisy art. 29 ust. 5 Dyrektywy 71/305³¹ wymagają od zamawiającego żądania od oferenta, którego oferta, zdaniem zamawiającego, jest rażąco niska w stosunku do wartości świadczenia, aby dostarczył wyjaśnień dotyczących ceny, przed podjęciem przez zamawiającego decyzji o wyborze oferty i udzieleniu zamówienia.

³⁰ Ta druga dyrektywa ta została zastąpiona Dyrektywą Rady 93/37/EEC z 14 czerwca 1993 r. o koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane

³¹ Odpowiednikiem tego przepisu jest obecnie art. 30 ust. 4 dyrektywy 93/37

W postępowaniu głównym toczącym się na skutek wniesionego odwołania, Transporoute twierdziła, że wymóg zarejestrowania w Luksemburgu jest sprzeczny z postanowieniami wyżej wymienionych dyrektyw, ponieważ zgodnie z nimi zarejestrowanie w jednym z państw członkowskich jest wystarczające. W tym miejscu wydaje się konieczne bliższe przedstawienie powoływanych przepisów. Art. 3 Dyrektywy 71/304 nakładał na państwa członkowskie obowiązek zniesienia wszelkich przepisów prawnych czy też regulacji administracyjnych, ograniczających dostęp do zamówień publicznych dla wykonawców zarejestrowanych w innych państwach członkowskich. Z kolei Dyrektywa 71/305 koordynowała procedury udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane. Jej art. 23–28³² usytuowane były w Dziale IV w rozdziale zatytułowanym „Kryteria kwalifikacji”. Przepisy te dotyczyły dwóch kwestii: warunków, jakie musieli spełnić wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia oraz sposobów wykazania przez nich, że spełniają te warunki. I tak, przepis art. 23³³ przewidywał szereg kryteriów, w oparciu o które zamawiający mógł wykluczyć wykonawcę z udziału w postępowaniu. Dotyczyło to w szczególności wykonawcy znajdującego się w stanie upadłości, niewywiązującego się z zobowiązań podatkowych czy też skazanego prawomocnym wyrokiem sądowym za wykroczenie dotyczące jego działalności zawodowej. W dalszej części przepis ten wskazywał, w jaki sposób wykonawca może wykazać, że nie zachodzi w stosunku do niego żadna z przesłanek do wykluczenia, innymi słowy, że jest on wiarygodny jako potencjalny kontrahent. Przykładowo, jako dowód, że wykonawca nie został skazany, zamawiający miał obowiązek zaakceptować wyciąg z rejestru sądowego, a w przypadku jego braku, inny równoważny dokument wystawiony przez właściwy organ sądowy lub administracyjny.

Kolejny przepis (art. 24³⁴) stanowił, że zamawiający może żądać od wykonawcy dokumentu świadczącego o jego wpisie do odpowiedniego rejestru handlowego czy też zawodowego w kraju, w którym jest on zarejestrowany. Wreszcie art. 25 i 26³⁵ określały dokumenty i zaświadczenia, jakich zamawiający mógł żądać od wykonawcy celem wykazania przez niego jego sytuacji finansowej i ekonomicznej oraz zdolności technicznych. O ile w przypadku art. 23 podział na przesłanki do wykluczenia oraz sposoby wykazania, że w danej sytuacji one nie zachodzą, jest wyraźny, o tyle w przypadku dalszych przepisów rozróżnienie to nie jest już jednak tak oczywiste. I tak, wydaje się, że art. 24 umożliwia zamawiającemu wykluczenie wykonawcy, który nie spełnia warunków niezbędnych do jego zarejestrowania, jak i żądanie odpowiednich dokumentów, jako dowodów na spełnienie niezbędnych do zarejestrowania kryteriów.³⁶

Dalej, należy zwrócić uwagę na fakt, że z art. 20³⁷ wynika, że sytuacja ekonomiczna finansowa wykonawcy może być brana pod uwagę przez zamawiającego jako podstawa do wykluczenia danego wykonawcy z udziału w postępowaniu, innymi słowy może być jednym z kryteriów uczestnictwa. Z kolei w art. 25 wymienione zostały dokumenty i zaświadczenia

³² Obecnie art. 24–28 dyrektywy 93/37

³³ Obecnie art. 24 dyrektywy 93/37

³⁴ Obecnie art. 25 dyrektywy 93/37

³⁵ Obecnie art. 26–27 dyrektywy 93/37

³⁶ S.Arrowsmith „Guide...” str. 27

³⁷ Obecnie art. 18 dyrektywy 93/37

dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej. Przepis ten w ust. 2 stanowił, że w przypadku, kiedy zamawiający żąda innych aniżeli wprost wymienione w dyrektywie dokumentów i zaświadczeń, obowiązany jest poinformować o tym w ogłoszeniu o zamówieniu.

Udzielając odpowiedzi na pierwsze pytanie Komitetu Trybunał wskazał przede wszystkim na cel wydania tych dyrektyw, jakim było zapewnienie wolności świadczenia usług w zakresie zamówień publicznych na roboty budowlane. Dyrektywa 71/304 nakładała więc na państwa członkowskie obowiązek zniesienia ograniczeń związanych z dostępem do, uczestnictwem i wykonawstwem zamówień publicznych, natomiast Dyrektywa 71/305 koordynowała procedury udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane. Gdy chodzi o tę ostatnią, w Rozdziale I Działu IV wymieniała ona przesłanki wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne oraz sposób udowodnienia przez wykonawców braku przesłanek do wykluczenia. Przepisy art. 24–26 wskazywały szczegółowo, jakie dokumenty mogą być przedłożone na potwierdzenie wpisu do rejestru zawodowego lub gospodarczego, sytuacji finansowej i ekonomicznej oraz możliwości technicznych. Jak zauważył Trybunał, w przypadku wpisu do odpowiedniego rejestru oraz możliwości technicznych przepisy dyrektywy przewidywały zamknięty katalog dokumentów, do złożenia których mógł być wezwany wykonawca. Inaczej miała się jednak sprawa z dokumentami na potwierdzenie sytuacji ekonomicznej i finansowej. Tutaj wyraźnie ówczesny art. 25 dopuszczał wymaganie innych dokumentów, niż wymienione w dyrektywie, przewidując, iż zamawiający zobowiązany jest wskazać, w ogłoszeniu lub zaproszeniu do składania ofert, które dokumenty spośród wymienionych w tym przepisie wybrał lub jakie inne niż wymienione w tym przepisie wykonawca obowiązany jest przedstawić. Rząd Luksemburga twierdził, że obowiązek posiadania pozwolenia na założenie przedsiębiorstwa jest konieczny nie do oceny sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy, ale do oceny solidności i kwalifikacji personelu kierowniczego wykonawcy. Zdaniem jednak Trybunału wymóg taki nie może być stosowany, ponieważ jest niezgodny z przepisami dyrektywy przewidującymi zamknięty katalog dokumentów na potwierdzenie technicznych kwalifikacji wykonawcy. Rząd Luksemburga utrzymywał dalej, że przyznanie przedsiębiorcy z innego państwa członkowskiego pozwolenia na prowadzenie działalności gospodarczej jest równoznaczne z wpisem wykonawcy na listę zatwierdzonych wykonawców, w rozumieniu ówczesnego art. 28 Dyrektywy 71/305³⁸. Ustosunkowując się do tego argumentu Trybunał wskazał, że pozwolenie to może być wprawdzie uznane za równoznaczne z wpisem na listę zatwierdzonych wykonawców, w żadnym razie nie można wpisu takiego wymagać od wykonawcy, który ma swoją siedzibę w innym państwie członkowskim.

W tym miejscu należy wskazać na rolę, jaką odgrywa przepis o urzędowych listach dopuszczonych wykonawców. Wykonawca wpisany na taką listę, w przypadku każdego zamówienia mógł przedłożyć zamawiającemu zaświadczenie o wpisie wydane przez właściwy organ. Potwierdzony wpis stwarzał dla zamawiających z innych państw członkowskich domniemanie, że dany wykonawca jest odpowiedni dla wykonania robót odpowiadających jego klasyfikacji. Trybunał słusznie zauważył, że przepis art. 28 ust. 3 upoważniał wykonawców do przedstawienia zamawiającym z innych państw członkowskich takiego wpisu, jako alternatywnego dowodu spełniania kryteriów kwalifikacji określonych w art. 23–26 Dyrektywy

³⁸ Odpowiednikiem tego przepisu jest obecny art. 29 dyrektywy 93/37

71/305. Taka interpretacja znajduje, zdaniem Trybunału, swoje potwierdzenie w art. 49 (59) Traktatu dotyczącym wolności świadczenia usług. Przypomnijmy, że przepis ten dotyczy zniesienia ograniczeń w swobodnym świadczeniu usług na terytorium danego państwa członkowskiego przez przedsiębiorcę pochodzącego z innego państwa członkowskiego. Zdaniem Trybunału uzależnienie świadczenia usług w jednym państwie od posiadania przez wykonawcę zarejestrowanego w innym państwie pozwolenia na prowadzenie działalności w tym pierwszym państwie byłoby nie do pogodzenia z tym właśnie przepisem art. 49 (59).

Ustosunkowując się do pierwszego pytania Trybunał orzekł więc, iż

Dyrektywę 71/305 należy interpretować, jako uniemożliwiającą postawienie oferentowi z innego państwa członkowskiego wymogu przedłożenia dokumentu na potwierdzenie jego kwalifikacji i solidności innego niż wymienione w dyrektywie.

Innymi słowy, katalog dokumentów wymienionych w art. 26 dotyczącym zdolności technicznych wykonawcy został uznany za zamknięty i żadne inne dokumenty poza wprost w nim wymienionymi nie mogą być żądane przez zamawiającego.

Orzeczenie zapadłe w tej sprawie wymaga jednak kilku słów komentarza. Z odpowiedzi udzielonej przez Trybunał zdaje się wynikać, że podstawą do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne mogą być tylko kryteria określone są w art. 23–28. Przypomnijmy, że są to kryteria dotyczące wiarygodności oferenta, jego sytuacji ekonomicznej i finansowej a także wiedzy i zdolności technicznej. Po sprawdzeniu odpowiedniości danego wykonawcy w oparciu o wyżej wymienione kryteria zamówienie może być udzielone tylko na podstawie kryteriów wymienionych w art. 29 tj. kryterium najniższej ceny lub w sytuacji, kiedy zamówienie jest udzielane wykonawcy, który przedstawił najkorzystniejszą ekonomicznie ofertę, szeregu kryteriów związanych z danym zamówieniem; oprócz ceny może to być czas wykonania, koszty bieżące, funkcjonalność a także inne. Trybunał zgodził się w tym przypadku z opinią przedstawioną przez rzecznika generalnego Reischla. Podkreślić jednak należy, że zupełnie odmienne stanowisko niż w omawianej tutaj sprawie zajął Trybunał w sprawie 31/87 (patrz pkt 2. 4 oraz 3.4).

Drugie pytanie dotyczyło kwestii, czy w przypadku, kiedy oferta, zdaniem zamawiającego, jest rażąco niska w stosunku do świadczenia, ma on obowiązek zwrócić się do oferenta o wyjaśnienia, zanim podejmie decyzje o wyborze oferty i udzieleniu zamówienia. Art. 29 ust. 5 Dyrektywy 71/305³⁹ określał procedurę postępowania z ofertami zawierającymi rażąco niskie ceny. Zgodnie z tym przepisem zamawiający, jeżeli uważa, że oferta jest rażąco niska obowiązany jest przed odrzuceniem takiej oferty zwrócić się na piśmie do oferenta o podanie szczegółów tych elementów oferty, które uważa za istotne oraz powinien zweryfikować je biorąc pod uwagę otrzymane wyjaśnienia. Odpowiadając na to pytanie Trybunał orzekł, że powyższy przepis nie pozwala zamawiającemu na odrzucenie oferty bez wezwania oferenta do przedstawienia wyjaśnień. Celem tego przepisu jest ochrona wykonawcy przed arbitralnością zamawiającego, a cel ten nie mógłby być osiągnięty, gdyby to sam zamawiający decydował, czy właściwe jest zwrócenie się do wykonawcy o przedstawienie wyjaśnień.

³⁹ Obecnie art. 30 ust. 4 dyrektywy 93/37

2.2 SPRAWA 199/85 KOMISJA PRZECIWKO REPUBLICIE WŁOSKIEJ

- *nieuzasadnione zastosowanie procedury negocjacyjnej bez publikacji ogłoszenia,*
- *„niezbędne” kroki, jakie należy podjąć celem naprawienia naruszenia*

Sprawa dotyczyła powództwa wniesionego przez Komisję przeciwko Republice Włoskiej w trybie art. 226 (169) Traktatu. Komisja wносиła o stwierdzenie, że Włochy nie wypełniły swoich zobowiązań z tytułu Dyrektywy 71/305 dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane. Naruszenie tej dyrektywy nastąpiło zdaniem Komisji na skutek udzielenia zamówienia przez gminę Mediolan, jednostkę samorządu terytorialnego, na budowę zakładu oczyszczania zanieczyszczeń miejskich bez uprzedniego opublikowania ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich. Uzasadniając udzielenie zamówienia bez publikacji ogłoszenia Włochy powoływały się na przepisy art. 9 pkt (b) i (d) ówczesnej Dyrektywy 71/305.⁴⁰ Artykuł ten przewidywał szereg wyjątkowych sytuacji, kiedy możliwe było odstępianie od stosowania ogólnych zasad dotyczących publikacji ogłoszenia o zamówieniu. Przytoczone przepisy dotyczyły dwóch sytuacji, kiedy takie odstępianie było możliwe: „jeżeli z przyczyn technicznych lub artystycznych albo przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, roboty budowlane mogą być wykonywane tylko przez określonego wykonawcę” (tak pkt (b)) lub „jeżeli w sytuacji niezbędnej konieczności, ze względu na wyjątkowo pilny charakter sprawy związany z wydarzeniami, których zamawiający nie mogli przewidzieć, terminy określone w innej procedurze nie mogą być dotrzymane” (pkt (d)). Zdaniem Trybunału przepisy te, jako stanowiące wyjątek, powinny być ściśle interpretowane. Ciężar udowodnienia istnienia okoliczności uzasadniających odstępianie od tych ogólnych zasad spoczywa na podmiocie powołującym się na istnienie tych wyjątkowych okoliczności. Zdaniem Trybunału fakty nie uzasadniały skorzystania z przepisów art. 9 pkt (b) lub (d) a zatem w sytuacji, kiedy gmina Mediolan udzieliła zamówienia bez uprzedniego opublikowania ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich Włochy powinny być uznane za nie wykonujące swoich zobowiązań wynikających z Dyrektywy 93/37.

Z orzeczeniem tym związane jest jeszcze jedno bardzo istotne zagadnienie – co należy rozumieć pod pojęciem „niezbędnych działań”, jakie zobowiązane jest podjąć państwo członkowskie celem naprawienia naruszenia prawa wspólnotowego. Komisja w umotywowanej opinii twierdziła, że w tym przypadku przez „niezbędne działania” należy rozumieć pisemne zobowiązanie gminy Mediolan, że w przyszłości będą przestrzegane przepisy Dyrektywy 71/305. Oświadczenie złożone przez burmistrza Mediolanu nie zupełnie odpowiadało treści tego żądania- brzmiało ono bowiem, iż burmistrz jest wprawdzie przekonany, że do żadnego naruszenia przepisów dyrektywy nie doszło, to jednak zobowiązuje się, że w przyszłości wszystkie działania gminy będą zgodne z zasadami pierwotnego i wtórnego ustawodawstwa wspólnotowego⁴¹.

⁴⁰ Obecnie art. 7 ust. 3 pkt b i c dyrektywy 93/37

⁴¹ Patrz par. 5

2.3 POŁĄCZONE SPRAWY 27/86, 28/86 I 29/86

S.A. CONSTRUCTION ET ENTREPRISES INDUSTRIELLES (CEI) I INNI PRZECIW ASSOCIATION INTERCOMMUNALE POUR LES AUTOROTES DES ARDENNES I INNI („CEI I BELLINI”)

Poruszane kwestie:

- *dopuszczalność stosowania limitu wartości robót budowlanych, jakie mogą być równocześnie wykonywane,*
- *dokumenty i zaświadczenia, jakich można żądać celem wykazania sytuacji ekonomiczno-finansowej,*
- *skutki zarejestrowania na liście uznanych wykonawców*

Sprawy te dotyczyły pytań wniesionych w trybie art. 234 (177) przez Belgijską Conseil d’Etat zwaną dalej Radą. Pytania te zostały zadane w związku z postępowaniem krajowym o unieważnienie pewnych decyzji dotyczących udzielenia zamówienia publicznego. W pierwszej z tych spraw (CEI) oferta powoda została odrzucona pomimo, iż była niższa od oferty, którą ostatecznie wybrano. Decyzję o odrzuceniu oferty zamawiający uzasadniał tym, że całkowita wartość robót, jakie były wykonywane przez CEI, w trakcie udzielania zamówienia przekraczała limit określony przez przepisy belgijskie. Od decyzji tej CEI odwołała się do Rady, uznając, iż jest ona niezgodna z przepisami Dyrektywy 71/305 dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, na tej podstawie, że przepisy tej dyrektywy przewidują szereg kryteriów decydujących o uznaniu danego wykonawcy za odpowiedniego. Wśród wymienionych tam kryteriów brak jest kryterium ogólnej wartości robót wykonywanych w danym czasie przez określonego wykonawcę. Z kolei w przypadku spraw 28/86 i 29/86 oferta Bellini została odrzucona, ponieważ Bellini nie spełniał szeregu kryteriów przewidzianych przez prawodawstwo belgijskie, w szczególności dotyczących minimalnego zatrudnienia oraz posiadanego kapitału. Od powyższej decyzji Bellini odwołał się uznając ją za naruszanie Dyrektywy 71/305. Argumentacja Bellini oparta była na posiadaniu certyfikatu stwierdzającego, że jest on zarejestrowany we Włoszech na liście uznanych wykonawców, i to w kategorii umożliwiającej wykonywanie zamówień o porównywalnej wartości z tymi, których dotyczyła przedmiotowa sprawa.

W trakcie toczącego się przed Radą postępowania krajowego skierowała ona do Trybunału trzy pytania. Pierwsze pytanie dotyczyło tego, czy dokumenty i oświadczenia umożliwiające stwierdzenie sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy zostały wymienione w sposób wyczerpujący w art. 25 Dyrektywy 71/305 koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane. Jeśli odpowiedź na to pytanie byłaby przecząca to czy stwierdzenie sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy może być oparte na kryterium wartości robót, jakie mogą być wykonywane równocześnie. Trzecie pytanie dotyczyło z kolei tego, czy Dyrektywa 71/305 a w szczególności jej art. 25 i 26 pkt (d) umożliwi belgijskim zamawiającym odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę włoskiego, na tej podstawie, że nie wykazał on posiadania minimalnej kwoty środków własnych, wymaganych przez prawodawstwo belgijskie a ponadto nie zatrudnia minimalnej liczby pracowników oraz personelu kierowniczego, również wymaganego przez przepisy, nawet jeżeli wykonawca jest uznany we Włoszech w klasie równoważnej do tej jaka wymagana jest w Belgii dla zamówień o określonej wartości.

Dokumenty i zaświadczenia, jakich można żądać od wykonawcy

Pierwsze i drugie pytanie dotyczyło dokumentów i zaświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy celem wykazania jego sytuacji ekonomicznej i finansowej. Jak wynika z art. 20 Dyrektywy 71/305⁴² sytuacja ekonomiczna i finansowa wykonawcy może być przesłanką niedopuszczenia go do udziału w postępowaniu. Z kolei przepis art. 25⁴³ tej dyrektywy określał dokumenty, jakich zamawiający mógł żądać od wykonawcy celem wykazania jego sytuacji ekonomicznej i finansowej. Zgodnie z tym przepisem dowodem może być jeden lub więcej z wymienionych dalej dokumentów (w szczególności oświadczenia banków, bilansy firmy, oświadczenia o ogólnym obrocie firmy). Przepis ten stanowił również, że zamawiający zobowiązani są określić w ogłoszeniu lub zaproszeniu do składania ofert, które z tych dokumentów wybrali, a także jakie dokumenty, poza wyżej wymienionymi, powinny zostać przedstawione. Wynika z tego jednoznacznie, zdaniem Trybunału, że katalog dokumentów, jakie powinny być przedstawione, celem wykazania sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy, nie jest zamknięty i można żądać innych dokumentów poza wprost wymienionymi w dyrektywie. Stanowisko takie zostało poprzednio wyrażone przez Trybunał w sprawie 76/81 Transporoute (patrz punkt 2.1 wyżej oraz pkt 3.1). Podobnie jak w tej ostatniej sprawie Trybunał uznał, że wyczerpujący charakter katalogu dokumentów i zaświadczeń dotyczy wyłącznie zdolności technicznych wykonawcy.

Ponieważ odpowiedź na pytanie o wykaz dokumentów i zaświadczeń dotyczących sytuacji finansowo – ekonomicznej brzmiała, iż nie jest to katalog zamknięty, Trybunał musiał ustosunkować się dalej do kwestii możliwości niedopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu na podstawie kryterium ogólnej wartości robót budowlanych, jakie są równocześnie wykonywane przez danego przedsiębiorcę, w momencie ubiegania się o udzielenie zamówienia oraz wezwania oferenta do podania informacji o ogólnej wartości wykonywanych przez niego robót. W tej kwestii, co było logiczną konsekwencją argumentacji związanej z pierwszym pytaniem, Trybunał uznał, że całkowita wartość robót wykonywanych równocześnie może być przydatna do określenia sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy w kontekście jego ogólnych zobowiązań. Ponieważ dokumenty i zaświadczenia służące do oceny sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy nie zostały w dyrektywie wymienione w sposób wyczerpujący, nie ma zatem powodu, zdaniem Trybunału, ażeby nie można było żądać informacji o ogólnej wartości robót, wykonywanych w danym momencie. Ustalenie limitu w tym zakresie nie jest sprzeczne z przepisami dyrektywy o robotach budowlanych. Dyrektywa ta nie stanowi bowiem jakiegoś zamkniętego i wyczerpującego zbioru zasad dotyczących udzielania zamówień publicznych, a jej celem jest właśnie koordynacja krajowych procedur udzielania zamówień. Koordynacja zaś a nie ujednolicenie oznacza, że państwa członkowskie mogą przyjmować i utrzymywać inne niż w dyrektywach przepisy dotyczące tych zamówień, zarówno materialne jak i procesowe, pod warunkiem, że nie są one sprzeczne z zasadami prawa wspólnotowego. Ustalenie limitu robót nie jest jednak sprzeczne z takimi

⁴² Obecnie art. 18 dyrektywy 93/37

⁴³ Obecnie art. 26 dyrektywy 93/37

zasadami i nic nie wskazuje zadaniem Trybunału, ażeby ograniczał on dostęp wykonawców z innych państw członkowskich do zamówień publicznych w danym kraju.

Z językowej wykładni art. 25 wynika rzeczywiście, że zamawiający może żądać, poza wprost wymienionymi w tym przepisie, także innych dokumentów, o ile oczywiście związane są z sytuacją ekonomiczno-finansową wykonawcy. Przepis art. 25 ponadto należy interpretować jako nie ograniczający zamawiającego w określaniu poziomu ekonomicznego i finansowego wymaganego od wykonawcy ubiegającego się o dane zamówienie. Przepis ten dotyczy jedynie sposobu, w jaki wykonawca może udowodnić spełnianie przez niego kryteriów określonych przez zamawiającego⁴⁴. Wydaje się, że ogólna wartość robót wykonywanych równocześnie przez danego przedsiębiorcę może być kryterium niedopuszczenia do udziału w postępowaniu, pozwala ona bowiem na ustalenie ogólnej wartości zobowiązań wykonawcy w stosunku do jego aktywów. Może również zapobiec sytuacji, w której dany wykonawca byłby zaangażowany równocześnie w zbyt wiele przedsięwzięć, co mogłoby mieć niekorzystny wpływ na wykonanie danego zamówienia. W literaturze zwraca się jednak uwagę, że zastosowanie kryterium ogólnej wartości wykonywanych robót może mieć jeszcze jeden cel – zapobieżenie sytuacji, w której rynek zamówień publicznych na roboty budowlane byłby kontrolowany przez kilku wykonawców, uzyskujących ogromną większość zamówień.⁴⁵ Jest to jednak związane z kwestią dopuszczalności stosowania dodatkowych warunków, nie wymienionych wprost w dyrektywach, a wykorzystywanych do wyboru wykonawcy. Zagadnienia powyższe są poruszone przy okazji omawiania orzeczenia w sprawie 31/87.⁴⁶

Skutki zarejestrowania na liście uznanych wykonawców

Przed omówieniem odpowiedzi Trybunału na trzecie pytanie, konieczne wydaje się przedstawienie pokrótce roli, jaką zgodnie z przepisami dyrektywy o robotach budowlanych odgrywają listy uznanych wykonawców. Art. 28⁴⁷ Dyrektywy 71/305 uznał istnienie w poszczególnych państwach członkowskich list uznanych wykonawców, zarazem jednak zobowiązał państwa członkowskie do dostosowania tych list do przepisów dyrektywy dotyczących kryteriów kwalifikacji do udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne. Dalej przepis stanowił, że wykonawca wpisany na taką listę, w przypadku każdego zamówienia, może przedłożyć zamawiającemu zaświadczenie o wpisie, wydane przez właściwy organ, w którym to zaświadczeniu należy wymienić dokumenty, jakie były podstawą wpisu oraz miejsce w klasyfikacji, jakie zajmuje dany wykonawca. Wpis na listę stwarzał w przypadku zamawiających z innych państw członkowskich domniemanie, że dany wykonawca jest odpowiedni do wykonania robót, będących przedmiotem danego zamówienia, zaś informacje stanowiące podstawę takiego wpisu nie powinny być kwestionowane.

Jak zatem kształtuje się pozycja wykonawcy, który został uznany w jednym z państw członkowskich, w innym zaś zostaje niedopuszczony do udziału w postępowaniu, ponieważ

⁴⁴ Sue Arrowsmith „A Guide...” str. 51

⁴⁵ Ibidem

⁴⁶ Patrz pkt 2.4

⁴⁷ Obecnie art. 29 dyrektywy 93/36

nie spełnia określonych kryteriów, wymaganych przez zamawiającego? Trybunał, odpowiadając na pytanie przedłożone w związku ze sprawą Belliniego, przypomniał, że przedłożenie certyfikatu zaświadczonego wpis na listę uznanych wykonawców jest alternatywnym sposobem udowodnienia, że dany wykonawca spełnia kryteria kwalifikacji. Harmonizacja przepisów dotyczących list uznanych wykonawców ma jednak dość ograniczony zasięg, w szczególności nie dotyczy kryteriów takiej klasyfikacji. I tak, zdaniem Trybunału, rejestracja może zastąpić dokumenty i zaświadczenia służące do wykazania potencjału ekonomicznego i finansowej sytuacji wykonawcy tylko w takim stopniu, w jakim rejestracja ta oparta jest na równoważnych informacjach. Zamawiający mogą jednak samodzielnie określić poziom sytuacji finansowej i ekonomicznej wykonawcy oraz jego możliwości technicznych i zdolności, jako warunku uzyskania danego zamówienia.

Konkluzja Trybunału wskazuje na to, że

przepisy wspomnianej dyrektywy nie zabraniają wymagań od wykonawcy, zarejestrowanego w innym państwie członkowskim na liście uznanych wykonawców, przedstawienia dowodów, że posiada on określone minimum własnych funduszy, zatrudnia określoną liczbę pracowników, zgodnie z przepisami kraju zamawiającego, nawet jeżeli w kraju, w którym uzyskał taką rejestrację sklasyfikowany został na miejscu umożliwiającym mu ubieganie się o zamówienia o porównywalnej wartości.

2.4 SPRAWA 31/87 GEBRODERS BEENTJES BV PRZECIWKO HOLANDII („BEENTJES”)

Poruszane kwestie:

- *definicja zamawiającego,*
- *brak dostatecznego doświadczenia wykonawcy,*
- *mniej „akceptowalna oferta”,*
- *stosowanie dodatkowych warunków udzielania zamówienia – wymóg zatrudnienia osób pozostających dłuższy czas bez pracy,*
- *bezpośrednia skuteczność niektórych przepisów dyrektywy*

Sprawa ta związana była z pytaniami wniesionymi przez holenderski sąd do Trybunału na podstawie art. 234 (177) Traktatu. Postępowanie, jakie toczyło się przed sądem krajowym, dotyczyło decyzji o udzieleniu zamówienia na wykonanie robót budowlanych, podjętej przez Lokalny Komitet ds. Konsolidacji Gruntów. Beentjes, przedsiębiorca holenderski, ubiegając się o zamówienie przedłożył ofertę zawierającą najniższą cenę, zamówienie zostało jednak udzielone jednemu z jego rywali. W uzasadnieniu swojej decyzji zamawiający powoływał się na okoliczność, iż po pierwsze Beentjes nie miał wystarczającego doświadczenia w tego typu pracach, po drugie jego oferta wydawała się „mniej akceptowalna” niż pozostałe, wreszcie po trzecie, że nie był on w stanie zatrudnić długotrwałych bezrobotnych, co dla podmiotu zamawiającego było jednym z istotnych warunków udzielenia zamówienia. Od tej decyzji Beentjes odwołał się, twierdząc, iż zamawiający nie mógł brać pod uwagę wszystkich tych elementów. Rozpatrując odwołanie holenderski sąd zwrócił się właśnie w trybie art. 234 (177) Traktatu

do Trybunału z pytaniami dotyczącymi interpretacji Dyrektywy 71/305 koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane.

Definicja „zamawiającego”

Pierwsze pytanie z jakim wystąpił sąd krajowy dotyczyło kwestii czy organ taki, jak lokalny komitet konsolidacji gruntów może być uznany za organ państwowy czy też samorządowy w rozumieniu definicji „zamawiającego” zawartej w Dyrektywie 71/305⁴⁸. Odpowiedź na to pytanie była potrzebna do ustalenia czy zamówienia udzielane przez taki podmiot podlegają w ogóle przepisom dyrektywy. Z dokumentacji przedstawionej Trybunałowi wynikało, że lokalny komitet konsolidacji gruntów nie ma odrębnej osobowości prawnej, jego funkcje i skład są określone przez przepisy prawne, zaś członkowie są mianowani przez organ wykonawczy danej prowincji. państwo zapewnia przestrzeganie zobowiązań wynikających z działalności komitetu i finansuje zamówienia przez niego udzielane. Zgodnie z art. 1 pkt (b) Dyrektywy 71/305 przez zamawiającego rozumie się „organy państwowe, samorządowe, osoby prawne podlegające prawu publicznemu lub stowarzyszenia złożone z jednego lub większej liczby takich organów lub osób prawnych podlegających prawu publicznemu wymienionych w załączniku I”. Z uwagi na brak odrębnej osobowości prawnej komitet nie mógł być oczywiście uznany za „osobę prawną podlegającą prawu publicznemu” – pozostawało więc jego ewentualne uznanie za organ państwowy czy też samorządowy. Odpowiadając na pytanie czy komitet jest zamawiającym w rozumieniu dyrektywy Trybunał uznał, że termin „organ państwowy” należy interpretować w kategoriach funkcjonalnych, a więc biorąc pod uwagę cel dyrektywy, tym zaś jest zapewnienie swobody zakładania przedsiębiorstw i świadczenia usług w zakresie zamówień publicznych na roboty budowlane. Osiągnięcie tego celu byłoby, zdaniem Trybunału, zagrożone, w przypadku uznania, że przepisy dyrektywy nie mają zastosowania do zamówień udzielanych przez podmiot, który został ustanowiony w celu realizacji powierzonych mu przez władze ustawodawcze zadań, tylko dlatego, że formalnie rzecz biorąc nie jest on częścią administracji państwowej. Trybunał nie wyjaśnia wprawdzie na czym to zagrożenie miałoby polegać, wydaje się jednak, że w przypadku przyjęcia bardziej ograniczonej definicji zamawiającego, znacznie łatwiejsze stałoby się obchodzenie przepisów dyrektywy. Możliwe byłoby więc przybieranie takich form organizacyjno-prawnych, które nie mieściłyby się w wąskiej definicji zamawiającego, i efekcie nie miałyby zastosowania procedury przez nią przewidziane.

Dzięki zastosowaniu szerokiej definicji „zamawiającego” możliwe jest więc objęcie zasadami udzielania zamówień także instytucji o nowych formach organizacyjno-prawnych, wykonujących tradycyjne funkcje i zadania państwa.⁴⁹

Trybunał, zgadzając się z opinią rzecznika generalnego Darmona uznał więc, że organ taki jak lokalny komitet konsolidacji gruntów powinien być uznany za zamawiającego w rozumieniu dyrektywy o robotach budowlanych.

⁴⁸ Obecnie art. 1 pkt (b) dyrektywy 93/37

⁴⁹ M.Lemke „Zamówienia publiczne...”, str. 17

Odrzucenie oferty z przyczyn nie wymienionych wprost w dyrektywie

Pytanie to zmierzało do ustalenia, czy Dyrektywa 71/305 umożliwia odrzucenie oferty z niżej wymienionych powodów:

- brak wymaganego doświadczenia związanego z określonymi robotami,
- uznanie przez zamawiającego, że oferta nie jest akceptowalna,
- niezdolność wykonawcy do zatrudniania osób pozostających dłuższy czas bez pracy.

Udzielając odpowiedzi na to pytanie Trybunał podkreślił, iż na podstawie art. 20 dyrektywy zamówienia udziela się na podstawie kryteriów określonych w rozdziale 2, po tym jak zamawiający, zgodnie z art. 25–28, sprawdził odpowiedniość oferenta nie podlegającego wykluczeniu na podstawie art. 23 (dotyczącego wiarygodności oferenta). Wspomniany wyżej rozdział 2 dyrektywy stanowił, iż zamówienie powinno być udzielone oferentowi, który przedstawił ofertę zawierającą najniższą cenę albo ofertę najbardziej korzystną ekonomicznie. Zdaniem Trybunału kwalifikacja oferenta i wybór oferty to dwie odrębne fazy postępowania o zamówienie i w związku z tym nie należy mieszać zasad i kryteriów mających do nich zastosowanie. Jakkolwiek dyrektywa nie zabrania, ażeby te dwie fazy miały miejsce równocześnie, zdaniem Trybunału rządzą się one zupełnie innymi prawami. I tak, gdy chodzi o sprawdzanie odpowiedniości potencjalnego kontrahenta to powinno się ono odbywać w oparciu o kryteria zawarte w art. 25 i 26 tj. dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej oferenta oraz jego wiedzy i zdolności technicznej. Jeżeli chodzi o wymagania dotyczące oferenta to wyłącznie od zamawiającego zależy, jaki poziom techniczny czy też ekonomiczny uzna za wystarczający, aby można było uznać wszystkich wykonawców spełniających te minimalne wymagania za odpowiednich. Kolejnym etapem jest dopiero wybór oferenta, któremu zostanie udzielone zamówienie. To zaś powinno się odbywać wyłącznie w oparciu o kryterium najniższej ceny czy też najbardziej korzystnej ekonomicznie oferty. Uznanie odrębności tych dwóch faz wcale nie implikuje konieczności ich chronologicznego rozdzielenia. W szczególności dopuszczalne jest wykluczenie oferenta uznanego za nieodpowiedniego, nawet jeżeli zakończyła się już formalnie faza sprawdzania oferentów i rozpoczęło postępowanie zmierzające do wyboru oferty.

Trybunał przyjął, iż zadaniem dyrektyw nie było wyczerpujące uregulowanie procedur udzielania zamówienia w każdym z państw członkowskich. Dlatego też jego zdaniem wymóg zatrudnienia długoterminowych bezrobotnych, jakkolwiek nie wymieniony wprost w dyrektywach był dopuszczalny. Wszelkie działania podejmowane przez zamawiających, włączając w to również stosowanie kryteriów społecznych, takich jak zatrudnianie osób objętych bezrobociem strukturalnym powinny być jednak zgodne z Traktatem. Wymóg zatrudniania osób pozostających dłuższy czas bez pracy mógł naruszyć przede wszystkim art. 7 ust. 2 Traktatu, zabraniającego dyskryminacji ze względu na narodowość, jeżeli warunek taki mógłby być spełniony tylko przez oferentów z państwa, w którym organizowany jest przetarg lub jeżeli oferenci z innych państw mieliby poważne trudności z jego spełnieniem. Ocena jednak, czy dany warunek, biorąc pod uwagę okoliczności stanu faktycznego, nie jest dyskryminacyjny, została pozostawiona do rozstrzygnięcia przez sąd krajowy⁵⁰. Charakterystyczne jest to, że

⁵⁰ Patrz par. 30

Trybunał posługuje się dwoma pojęciami: „kryteria” i „warunki”⁵¹, przy czym pojęcia „kryteria” używa w kontekście wiarygodności oferenta, jego sytuacji ekonomicznej i finansowej oraz zdolności technicznej, natomiast pojęcie „warunek” (*condition*) jest używane, gdy mowa jest o dopuszczalności wymogu zatrudnienia bezrobotnych. Ta reguła ulega jednak zachwianiu w dalszej części orzeczenia⁵², gdzie Trybunał używa tylko pojęcie „kryteria” (*criteria*).

O ile należy zgodzić się z Trybunałem, że kwalifikacja wykonawców oraz wybór oferty są dwiema odrębnymi fazami postępowania, rządzącymi się odrębnymi prawami, o tyle dopuszczalność, w świetle dyrektyw, stosowania wymogu zatrudniania długotrwałych bezrobotnych może budzić wątpliwości. Podkreślić bowiem trzeba, że Trybunał nie podzielił poglądu reprezentowanego przez rzecznika generalnego Darmona, który w swojej opinii sugerował odpowiedź, iż zdolność do zatrudniania osób pozostających przez dłuższy czas bez pracy nie może być stosowana jako **kryterium** udzielania zamówienia. Dla uzasadnienia swojego stanowiska rzecznik powoływał się na treść art. 29 ust. 1 zgodnie, z którym kryteriami, na podstawie których udziela się zamówienia są najniższa cena, albo w sytuacji, kiedy zamówienia udziela na podstawie oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, różne kryteria odnoszące się do zamówienia, w szczególności cena, termin wykonania, koszty bieżące. W przypadku, kiedy zamówienia udziela się na podstawie oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, wszystkie kryteria, stosowane przez zamawiającego powinny być wymienione w dokumentacji zamówienia albo w ogłoszeniu, o ile to możliwe, w kolejności wynikającej z przypisywanego im znaczenia. Jak podkreślał rzecznik⁵³, art. 29 nie wymienia w sposób wyczerpujący kryteriów w przypadku udzielenia zamówienia w oparciu o ofertę najkorzystniejszą ekonomicznie. Wszystkie kryteria, które stosuje zamawiający, powinny jednak, podobnie jak te wprost wymienione w przepisie, odnosić się do natury czy też sposobu wykonywania robót, z wyłączeniem wszelkich warunków odnoszących się do wykonawcy. Innymi słowy, kryteria pozwalające na wybór oferty najkorzystniejszej ekonomicznie dotyczą „produktu” i jego jakości, nie zaś „wykonawcy”.

Opinia przedstawiona przez rzecznika kończy się konkluzją, iż dyrektywa pozwala na wykluczenie wykonawcy tylko na podstawie jednego lub więcej kryteriów określonych w art. 25 i 26 i wymienionych w ogłoszeniu albo na podstawie jednego lub więcej kryteriów udzielania zamówienia, o których mowa w art. 29, wymienionych ponadto w ogłoszeniu o zamówieniu lub w jego dokumentacji.⁵⁴

W literaturze dotyczącej omawianego orzeczenia zwraca się na uwagę na możliwe interpretacje przepisów dyrektywy, na jakich mógł oprzeć swoje orzeczenie Trybunał. Według pierwszej z tych interpretacji⁵⁵ art. 29 dyrektywy należy rozumieć, jako zawierający wyczerpującą listę elementów, które mogą być brane pod uwagę przez zamawiającego przy wyborze oferty. Innymi słowy, zamawiający nie może brać pod uwagę kryteriów nie wymienionych w art. 29. Zgodnie z tą interpretacją, jedynymi wyjątkami od kryteriów udzielania zamówień,

⁵¹ Patrz przede wszystkim par. 28–30

⁵² Patrz par. 31

⁵³ Opinia Rzecznika Generalnego, (ECR z 1988 str. 4635, par. 35)

⁵⁴ Ibidem par. 39

⁵⁵ Patrz Christopher McCrudden w „Public Procurement: Global Revolution” pod red. Sue Arrowsmith i Arvel Davies, Kluwer Law International Ltd 1998 str. 230

tn. najniższej ceny, a w przypadku udzielania zamówienia w oparciu o ofertę najkorzystniejszą ekonomicznie, różnych kryteriów związanych z danym zamówieniem, były te wprost wymienione w art. 29. Dotyczyło to w szczególności ust. 3, w jego oryginalnym brzmieniu stanowiącego, iż wyżej wymienione kryteria nie mają zastosowania, jeżeli zamawiający opiera udzielenie zamówienia na innych kryteriach, w zakresie w jakim jego celem jest, w ramach udzielenia pomocy, preferencja dla niektórych wykonawców oraz ust. 4 regulującego postępowanie z rażąco niskimi ofertami. Te właśnie i tylko te wyjątki mogą być zatem stosowane w przypadku pierwszej interpretacji⁵⁶. Jak wynika z wcześniejszych rozważań, ku takiej interpretacji przychylił się rzecznik generalny, nie została ona jednak przyjęta ostatecznie przez Trybunał. Zgodnie z drugą interpretacją⁵⁷, w sytuacji kiedy zamawiający realizuje cele polityki społecznej, jak chociażby zapewnienie równości kobiet i mężczyzn, dyrektywy pozwalają mu na uwzględnianie takiej polityki przy określaniu warunków, jakie musi spełniać wykonawca. Trzecia wreszcie interpretacja zakłada dopuszczalność, w świetle dyrektyw, wykluczenia wykonawcy, z innych powodów niż te wymienione w dyrektywie⁵⁸. O ile pierwsza z tych interpretacji została z całą pewnością odrzucona przez Trybunał, który uznał, że stosowanie wymogu zdolności do zatrudnienia długotrwałych bezrobotnych jest dopuszczalne w świetle dyrektyw, o tyle wątpliwości dotyczą tego czy Trybunał oparł się na drugiej czy też trzeciej interpretacji. W omawianej dalej sprawie C-360/89 Komisja przeciwko Włochom⁵⁹ Trybunał orzekł, że niedopuszczalne jest stosowanie kryteriów wyboru innych niż wymienione w art. 23–26 dyrektywy⁶⁰. Tak więc tylko w przypadku przyjęcia, iż Trybunał zastosował drugą interpretację nie ma sprzeczności pomiędzy orzeczeniem w sprawie Beentjes a tym zapadłym w sprawie C-360/89. W przypadku tej właśnie drugiej interpretacji zamawiający może przewidzieć warunki, które nie odnoszą się do wiarygodności, sytuacji ekonomiczno-finansowej wykonawcy czy też jego zdolności technicznych, a które to warunki wykonawca musi po prostu zaakceptować, gdyż w przeciwnym razie zostanie wykluczony z udziału w postępowaniu. Wydaje się, że ku tej drugiej interpretacji przychyliła się Komisja, która interpretowała to orzeczenie jako wprowadzające rozróżnienie pomiędzy warunkami zamówienia odnoszącymi się do zatrudnienia długotrwałych bezrobotnych, z jednej strony, a kryteriami kwalifikacji odnoszącymi się do oferenta oraz kryteriami udzielenia zamówienia, z drugiej.⁶¹ To rozróżnienie nie ma jednak praktycznego znaczenia. Zastosowanie takiego warunku w przypadku wykonawcy, który nie może go spełnić prowadzi bowiem do tych samych rezultatów co włączenie go wprost do kryteriów kwalifikacji – wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu⁶².

⁵⁶ Ibidem

⁵⁷ Ibidem str. 231

⁵⁸ Ibidem

⁵⁹ Patrz pkt 2.11

⁶⁰ W przypadku zamówień udzielanych we Włoszech pierwszeństwo mieli wykonawcy działający w rejonach, gdzie miały być wykonywane roboty będące przedmiotem zamówienia – taki warunek został uznany za niedopuszczalny przez Trybunał

⁶¹ Commission Communication COM (89). – „Public Procurement- Regional and Social Aspects” par. 47, patrz również – Marian Lemke w „Zamówienia publiczne...”, str. 52

⁶² J. M. Fernández Martín, „The EC Public Procurement Rules. A Critical Analysis”, Clarendon Press, 1996, str. 62

Orzeczenie w sprawie Bentjees jest pierwszym, w którym Trybunał zajął się kwestią dopuszczalności stosowania przy udzielaniu zamówień tzw. warunków dodatkowych, jako środka realizacji polityki społecznej czy też gospodarczej. W literaturze anglosaskiej stosowanie tych warunków dodatkowych określa się mianem „*secondary policy*” w udzielaniu zamówień⁶³. W przypadku jej zastosowania na wybór oferty wpływ mają inne czynniki aniżeli tylko dążenie do uzyskania danego towaru czy też usługi na najlepszych możliwych warunkach. Stosowanie dodatkowych warunków może na przykład służyć: ochronie bezpieczeństwa narodowego, stymulowaniu rozwoju ekonomicznego w poszczególnych sektorach gospodarki narodowej, ochronie krajowego przemysłu, wyrównywaniu różnic w rozwoju pomiędzy poszczególnymi regionami, ochronie środowiska, ochronie praw człowieka, a także zapewnieniu odpowiednich standardów zatrudnienia.⁶⁴ Aspekty społeczne, które mogą być przez zamawiającego brane pod uwagę to z kolei: rozwiązywanie problemu długotrwałego bezrobocia, promocja równych warunków pracy, zakaz dyskryminacji mniejszości czy też zapewnienie równych szans dla kobiet i mężczyzn oraz zatrudnianie osób niepełnosprawnych.⁶⁵

W Informacji z 11 marca 1998 r. dotyczącej zamówień publicznych Komisja przewiduje możliwość realizacji celów społecznych poprzez wprowadzenie wymogu przestrzegania pewnych obowiązków społecznych, jako warunku udzielenia zamówienia, pod warunkiem, że nie dyskryminuje on bezpośrednio ani pośrednio oferentów z innych państw członkowskich, zaś informacja o nim włączona jest do ogłoszenia lub specyfikacji zamówienia.⁶⁶

Odnosząc się do kolejnego powodu odrzucenia oferty Beentjes tzn. braku doświadczenia, Trybunał uznał, iż wymóg ten dotyczy technicznych umiejętności oferenta i jako taki jest dopuszczalny, a jego stosowanie zależy od uznania zamawiającego. Trybunał uzasadniał dopuszczalność stosowania takiego wymogu tym, że dyrektywy dotyczące zamówień publicznych nie stanowią jednolitego i wyczerpującego zbioru zasad dotyczących udzielania zamówień publicznych. W ramach ogólnych przewidywanych przez nie wymogów pozostawia się państwom członkowskim swobodę przyjmowania przepisów regulujących udzielanie zamówień publicznych, pod warunkiem, że są one zgodne z zasadami prawa wspólnotowego⁶⁷.

Natomiast jeśli chodzi o odrzucenie oferty Beentjes, jako mniej akceptowalnej, to było ono zgodne z prawem holenderskim, stanowiącym, iż zamówienia udziela się wykonawcy, który przedłożył „najbardziej akceptowalną ofertę”. W tym jednak przypadku Trybunał stwierdził, że uznanie kryterium „najbardziej akceptowalnej oferty” za dopuszczalne zależy od jego interpretacji w świetle prawa krajowego. Jeżeli wskazany wymóg oznaczałby możliwość arbitralnego wyboru ze strony zamawiającego to oczywiście byłby on niezgodny z prawem wspólnotowym. Jeżeli jednak jego celem było jedynie umożliwienie zamawiającemu dokonania wyboru w oparciu o obiektywne kryteria odnoszące się do tych zawartych w art. 29 to był on prawnie

⁶³ Patrz np. Sue Arrowsmith „The Legality of ‘Secondary’ Procurement Policies under the Treaty of Rome and the Works Directive” PPLR (1992) 1 str. 410, Peter Armin Trepte „Public Procurement in the EC”, wyd. CCH Editions 1993 r., str. 57

⁶⁴ Christopher McCrudden w „Public Procurement: Global Revolution”, wyd. Kluwer Law International Ltd, str. 219–239

⁶⁵ Ibidem str. 219

⁶⁶ UZP, „Zielona Księga. Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej – w poszukiwaniu rozwiązań” str. 108

⁶⁷ Patrz par. 20

dopuszczalny⁶⁸. Informacja o zastosowaniu takiego kryterium powinna być zawarta w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentacji przetargowej. Nie wystarcza w tym przypadku ogólne odwołanie do przepisów prawa krajowego.⁶⁹

Bezpośrednia skuteczność niektórych przepisów dyrektywy

Ostatnie z przedłożonych pytań dotyczyło kwestii bezpośredniej skuteczności niektórych przepisów dyrektywy. Brzmiało ono: czy osoby prywatne mogą, w postępowaniu przed sądami krajowymi, powoływać się na przepisy art. 20, 26 i 29 Dyrektywy 71/305 z pominięciem przepisów krajowych? Trybunał uznał tutaj, że wynikający z dyrektywy obowiązek osiągnięcia przewidzianego w niej rezultatu spoczywa na wszystkich organach władzy w poszczególnych państwach członkowskich, również, w sprawach należących do ich jurysdykcji – sądach. Osoby prywatne mogą w postępowaniu przed sądami powoływać się na te przepisy dyrektywy, które wydają się być bezwarunkowe i dostatecznie precyzyjne, aby mogły być wykorzystane w sporze z państwem przez jednostki, w sytuacji, gdy państwo nie wdrożyło tych przepisów do wewnętrznego porządku prawnego w przewidzianym do tego terminie lub dokonało tego nieprawidłowo. Nawiązując do orzeczenia w sprawie 76/81 „Transporoute” (patrz pkt 2.1 oraz 3.1 opracowania) Trybunał uznał, że przepisy dyrektywy dotyczące uczestnictwa oraz ogłaszania zamówień są dostatecznie precyzyjne i bezwarunkowe. Osoby prywatne mogą zatem powoływać się w postępowaniu przed sądami krajowymi na przepisy art. 20, 26 oraz 29 Dyrektywy 71/305.

2.5 SPRAWA 103/88 FRATELLI COSTANZO PRZECIWKO COMUNE DI MILANO („COSTANZO”)

Poruszane kwestie:

- *postępowanie z ofertami zawierającymi rażąco niskie ceny,*
- *dopuszczalność późniejszych zmian krajowych przepisów wdrażających dyrektywę,*
- *bezpośrednia skuteczność niektórych przepisów dyrektywy*

Sprawa ta została wniesiona w trybie art. 234 (177) Traktatu i dotyczyła interpretacji przepisów Dyrektywy 71/305 koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane. Pytania przedłożone przez lokalny włoski sąd administracyjny dotyczyły w szczególności art. 29 ust. 5 dyrektywy⁷⁰, regulującego postępowanie z ofertami zawierającymi rażąco niskie ceny⁷¹, przede wszystkim, jego zakresu oraz tego czy może on być bezpośrednio stosowany przez organy administracji, w sytuacji, kiedy zachodzi konflikt pomiędzy przepisem a postanowieniami prawa krajowego. Kwestie wyżej wymienione pojawiły się w trakcie postępowania toczącego się przed włoskim sądem, podczas którego powód (Costanzo) kwestionował przebieg procedury udzielania zamówień publicznych na rozbudowę stadionu piłkarskiego w ramach przygotowań do mistrzostw świata. Zgodnie z obowiązującymi wówczas włoskimi przepisami, mającymi na celu doraźne przyspieszenie postępowań o udzielanie

⁶⁸ Patrz par. 25–26

⁶⁹ Patrz par. 35

⁷⁰ Obecnie art. 30 ust. 4 dyrektywy 93/37

⁷¹ Szczegóły tego postępowania patrz pkt 2.1 oraz 3.1

zamówień, zaproszenie do przetargu przewidywało odrzucenie ofert zawierających rażąco niskie ceny w oparciu o kryterium czysto arytmetyczne – odrzuceniu miały podlegać oferty, które nie przekraczały wartości szacunkowej zamówienia o określony procent. W postępowaniu, w którym uczestniczył Costanzo dopuszczone oferty przekraczały wartość szacunkową zamówienia o średnio 19,48%. Zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu odrzuceniu podlegały wszystkie oferty, które nie przekraczały wartości szacunkowej o co najmniej 9,48%. Oferta Costanzo została odrzucona ponieważ nie spełniała tego warunku i jako jedyna była niższa od szacunkowej wartości zamówienia. Przetarg wygrał przedsiębiorca, którego oferta przewyższała tę wartość o 9,85%. Costanzo twierdził, że kryteria odrzucenia jego oferty nie były zgodne z dyspozycją art. 29 ust. 4 Dyrektywy 71/305.

Celem wyjaśnienia wątpliwości dotyczących dopuszczalności stosowania kryterium arytmetycznego sąd krajowy skierował do Trybunału szereg pytań dotyczących przede wszystkim interpretacji art. 29 ust. 5 Dyrektywy 71/305. Jak była o tym wyżej mowa przepis ten wymagał od zamawiającego dokonania weryfikacji rażąco niskich w stosunku do wartości świadczenia ofert, przewidywał zarazem procedurę postępowania z takimi ofertami. Zgodnie z procedurą żadna oferta nie powinna być automatycznie odrzucona z uwagi na to, że jest rażąco niska, dopóki zamawiający nie przeprowadzi jej weryfikacji.

Jedno z pytań sądu koncentrowało się na kwestii, czy przepis art. 29 ust. 5 zabrania państwom członkowskim przyjmowania przepisów nie wymagających przeprowadzania takiej weryfikacji, lecz stanowiących, że zamawiający dokonuje automatycznego odrzucenia ofert w oparciu o kryterium czysto arytmetyczne. Innymi słowy sąd krajowy zmierzał do ustalenia, czy możliwe jest odstępstwo od treści przepisu dyrektywy. Należy zauważyć, że sugerowany w pytaniu podział postanowień dyrektywy, jako źródła prawa wspólnotowego, na przepisy „które mogą dotyczyć ‘skutku, jaki ma być osiągnięty’... lub ‘formy i metod’ ” zawiera aluzję do treści art. 249 (189) Traktatu. W przepisie tym zawarta jest bowiem definicja dyrektywy jako źródła prawa wspólnotowego. Dyrektywa jest wiążąca, jeżeli chodzi o zamierzony w niej skutek, dla każdego państwa członkowskiego, do którego jest skierowana, zostawia jednak władzom krajowym wybór formy i metod realizacji danego celu. Jak zauważył jednak rzecznik generalny Lenz podział postanowień dyrektywy na postanowienia „co do skutku” oraz „co do formy i metod” nie znajduje swojego uzasadnienia w treści art. 249 (189), który milczy na temat form i metod wdrażania dyrektywy do prawa krajowego⁷². Zdaniem rzecznika stopień, w jakim przepisy dyrektywy powinny być wdrożone, albo inaczej jak dalece można odstąpić od ich dosłownej treści, zależy od interpretacji konkretnego przepisu.⁷³ Przepis art. 29 ust. 5 przewiduje wprawdzie procedurę postępowania z rażąco niskimi ofertami, zarazem jednak nie określa, co należy rozumieć pod tym pojęciem „rażąco niska oferta”, pozostawiając te kwestie do uregulowania prawem krajowym.

Odpowiadając na pytanie dotyczące dopuszczalności stosowania kryterium czysto arytmetycznego Trybunał uznał, iż jego stosowanie jest sprzeczne z założeniami Dyrektywy 71/305, jakimi jest, między innymi, promocja skutecznej konkurencji w zakresie zamówień publicznych. Automatyczne odrzucanie rażąco niskiej oferty, bez przeprowadzenia jej wery-

⁷² Opinia Rzecznika Generalnego, (ECR 1989 str. 1839, par. 9)

⁷³ Ibidem par. 10

fikacji, uniemożliwia oferentowi złożenie odpowiednich wyjaśnień dotyczących jej treści, a zatem państwa członkowskie nie mogą przyjmować przepisów, przewidujących takie automatyczne odrzucanie oferty. Innymi słowy, państwa członkowskie nie mogą w istotnym stopniu odstąpić od treści art. 29 ust. 5.

Inna kwestia, z jaką włoski sąd wystąpił do Trybunału, dotyczyła tego, czy po przyjęciu przepisów wdrażających art. 29 ust. 5 państwo członkowskie może dokonać w nich zmian. Trybunał nie udzielił odpowiedzi na zadane pytanie, uznając, iż jest ono bezprzedmiotowe w świetle wcześniejszej odpowiedzi, dotyczącej możliwych odstępstw od treści przepisu art. 29 ust. 5. Do zagadnienia tego ustosunkował się natomiast rzecznik Lenz w swojej opinii stwierdzając, że poprawki wprowadzone do prawodawstwa krajowego powinny być traktowane tak samo, jak oryginalne przepisy wdrażające prawo wspólnotowe, co oznacza, że również przepisy zmieniające powinny być zgodne z prawem Wspólnoty.⁷⁴

Kolejne zagadnienie przedstawione do rozstrzygnięcia Trybunałowi dotyczyło tego, czy przepis art. 29 ust. 5 przewiduje obowiązek badania tylko tych ofert, które są **oczywiście rażąco niskie**, czy też również **rażąco niskich**. W tym miejscu należy zauważyć, że zgodnie z oryginalnym brzmieniem tego przepisu zamawiający miał obowiązek przeprowadzenia weryfikacji ofert, które były w sposób oczywisty rażąco niskie („*obvious abnormally low*”). Na pytanie sądu krajowego odpowiedział, że przepis ten zezwala państwom członkowskim na wymaganie od zamawiającego przeprowadzania weryfikacji nie tylko ofert w sposób oczywisty rażąco niskich, ale również tych, które są tylko „rażąco niskie”.

Ostatnie z zagadnień, jakimi zajmował się Trybunał, dotyczyło tego, czy organy administracji mają obowiązek stosowania przedmiotowego przepisu, w przypadku kiedy krajowe przepisy są z nim sprzeczne i odstąpienia od stosowania wszystkich tych przepisów, których nie da się z nim pogodzić. Odpowiedź udzielona na pytanie jest dość zwięzła. Trybunał przypominał tylko, powołując się na swoje wcześniejsze orzeczenia⁷⁵, że o ile postanowienia dyrektywy są dostatecznie precyzyjne i bezwarunkowe, to osoby prywatne mogą powoływać się na nie w postępowaniu przed sądami krajowymi, w sytuacji, kiedy państwo nie wdrożyło określonych przepisów do krajowego porządku prawnego w przewidzianym terminie. Obowiązki wynikające z tych przepisów są w jednakowym stopniu wiążące dla wszystkich organów władzy. Jeżeli zatem uznać, że przepis art. 29 ust. 5 jest bezwarunkowy i dostatecznie precyzyjny, to nie tylko sądy krajowe, ale również organy administracji mają obowiązek stosowania owych przepisów i zaniechania powoływania się na wszystkie sprzeczne z nimi przepisy krajowe.

Znacznie więcej miejsca poświęcił zagadnieniu bezpośredniej skuteczności przepisów dyrektywy rzecznik generalny. Rozróżnił on mianowicie dwie sytuacje związane z wdrożeniem przepisów dyrektywy przez państwo członkowskie. Pierwszą, w której wdrożenia dokonano prawidłowo i wobec tego osoba prywatna może powoływać się tylko i wyłącznie na przepisy prawa krajowego oraz drugą, kiedy wdrożenie nastąpiło, ale w sposób nieprawidłowy. W tym ostatnim przypadku możliwe jest powoływanie się bezpośrednio na przepisy dyrektywy, pod warunkiem, że są one dostatecznie precyzyjne i bezwarunkowe.

⁷⁴ Ibidem par. 16–18

⁷⁵ Np. orzeczenie w sprawie 8/81 Becker przeciwko Finanzamt Muenster- Innennstadt, (ECR 53, str. 71)

2.6 SPRAWA C-3/88 KOMISJA PRZECIWKO REPUBLICIE WŁOSKIEJ („RE DATA PROCESSING”)

Poruszane kwestie:

- ograniczenie udziału w postępowaniu do przedsiębiorstw będących własnością publiczną,
- zamówienia „mieszane” – obliczanie wartości takich zamówień
- nieopublikowanie ogłoszenia o zamówieniu

Wprowadzenie – stan faktyczny – zarzuty Komisji

Sprawa dotyczyła powództwa wniesionego w trybie art. 226 (169) Traktatu przez Komisję przeciwko Włochom o stwierdzenie, że Włochy nie dopełniły swoich zobowiązań wynikających z art. 43 (52) i 59 Traktatu oraz przepisów Dyrektywy 77/62 koordynującej procedury udzielania zamówień na dostawy⁷⁶. Naruszenie przepisów prawa pierwotnego miało polegać na przyjęciu we Włoszech przepisów, zgodnie z którymi tylko przedsiębiorstwa, w których większość udziałów jest własnością publiczną lub państwa, mogą zawierać z Państwem Włoskim umowy dotyczące opracowywania systemów przetwarzania danych dla potrzeb władz publicznych. Przepisy te, zdaniem Komisji, stanowiły naruszenie wspomnianych wcześniej przepisów prawa wspólnotowego. Przepisy włoskie miały wprawdzie zastosowanie, zarówno w stosunku do przedsiębiorstw spoza Półwyspu Apenińskiego, jak i przedsiębiorstw krajowych, to jednak, zdaniem Komisji, były dyskryminacyjne i stanowiły barierę dla swobody prowadzenia działalności gospodarczej i swobody świadczenia usług, o których mowa w art. 43 (52) i 49 (59) Traktatu. W odpowiedzi na zarzuty przedstawione w umotywowanej opinii rząd włoski twierdził, że nie może być mowy o ich dyskryminacyjnym charakterze, ponieważ nie wprowadzają one rozróżnienia ze względu na narodowość wykonawcy. Ponadto państwo włoskie posiada większość udziałów nie tylko w przedsiębiorstwach włoskich, ale także w niektórych firmach zagranicznych, które mogą dzięki temu uczestniczyć w postępowaniu o udzielenie zamówienia w sektorze przetwarzania danych.

Naruszenie przepisów art. 43 (52) i 49 (59) Traktatu

Przytaczane wyżej przepisy Traktatu dotyczą swobody świadczenia usług. I tak, art. 43 (52) przewiduje zakaz stosowania ograniczeń w świadczeniu usług przez podmioty pochodzące z jednego państwa członkowskiego na terytorium innego państwa członkowskiego. Wyraża on zasadę wolności prowadzenia działalności gospodarczej, czyli inaczej prawo do założenia i prowadzenia przedsiębiorstwa w innym państwie członkowskim. Art. 49 (59) zakazuje z kolei ograniczeń świadczenia usług przez obywateli pochodzących z innego państwa niż odbiorcy tych usług. Obie te wolności podlegają istotnym ograniczeniom zawartych w art. 45 (55) oraz 46 (56). I tak, przepis art. 45 (55) stanowi, iż zasada powyższa nie ma zastosowania w stosunku do czynności wykonywanych, nawet okazjonalnie, w ramach władzy urzędowej. Z kolei art. 46 (56) przewiduje możliwość przyjmowania ustaw, rozporządzeń i aktów administracyjnych ustanawiających specjalny status dla cudzoziemców, a uzasadnionych względami porządku, bezpieczeństwa i zdrowia publicznego.

⁷⁶ Obecnie dyrektywa Rady 93/36/EWG koordynująca procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy

Rozpatrując powyższą sprawę Trybunał zwrócił uwagę na utrwalone orzecznictwo dotyczące art. 43 (52) i 49 (59) Traktatu, zgodnie z którym przepisy te zabraniają nie tylko jawnej dyskryminacji ze względu na narodowość, ale także wszelkich jej ukrytych form, które prowadzą do tych samych rezultatów.⁷⁷ Wspomniane wyżej włoskie przepisy mają wprawdzie zastosowanie do wszystkich wykonawców, bez względu na narodowość, w istocie rzeczy jednak faworyzują przedsiębiorców włoskich, z uwagi na bezsporny fakt, że nie istniały wtedy firmy pochodzące z innych państw członkowskich, w których większość udziałów byłaby włoską własnością publiczną.

Aby uzasadnić ten wymóg rząd włoski twierdził, że był on niezbędny dla zapewnienia efektywnej kontroli przez władze publiczne wykonywania zamówień w celu ich ewentualnej modyfikacji, w zależności od wystąpienia zdarzeń nie przewidywanych w chwili podpisywania umowy. Dla tego typu działań, jakim jest przetwarzanie danych, konieczne jest, aby państwo miało możliwość udzielenia zamówienia tym wykonawcom, do których ma pełne zaufanie. Również i ten argument został oddalony przez Trybunał, zdaniem którego rząd włoski posiadał dostateczne środki prawne, aby modyfikować zakres prac w zależności od rozwoju wydarzeń. W tym celu można było zastosować środki mniej restrykcyjne w stosunku do wolności zakładania przedsiębiorstw oraz swobody świadczenia usług. Wystarczające w opinii Trybunału było nałożenie na pracowników danego przedsiębiorcy obowiązku dochowania tajemnicy, pod rygorem odpowiedzialności karnej w razie naruszenia tajemnicy. Nic nie wskazywało, że personel przedsiębiorstw nieposiadających większościowego włoskiego udziału nie mógłby równie skutecznie sprostać tym obowiązkom. Rząd włoski przedstawił jeszcze argument wynikający art. 46 (56) ust. 1 Traktatu, twierdząc, że z uwagi na cel tworzenia systemów przetwarzania danych oraz ich poufny charakter, działania te mieszczą się w zakresie polityki publicznej (*public policy*), a więc stanowią jeden z przewidzianych w nim wyjątków. Argument ten został także oddalony przez Trybunał, ponieważ poufny charakter danych nie jest wystarczający, aby uznać, że powstałoby jakiegokolwiek zagrożenie dla realizacji polityki publicznej, w sytuacji gdyby zamówienie zostało udzielone wykonawcy z innego państwa członkowskiego. Ochrona poufnego charakteru danych może być zapewniona przez inne, mniej dla swobody świadczenia usług restrykcyjne działania, w szczególności przez nałożenie obowiązku dochowania tajemnicy.

Naruszenie Dyrektywy 77/62

Na koniec Trybunał zajął się jeszcze inną kwestią podnoszoną przez Komisję, a dotyczącą naruszenia Dyrektywy 77/62 koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy, na skutek nieopublikowania ogłoszenia o zamówieniu. Zdaniem Komisji sprzęt do przetwarzania danych mieścił się w zakresie kluczowej dla dyrektywy definicji „towarów”. Ponieważ wartość zamówienia przekraczała określone w dyrektywie progi, ogłoszenie o zamówieniu powinno zostać opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich, zgodnie z art. 9 dyrektywy⁷⁸. Uzasadniając nieopublikowanie ogłoszeń o zamówieniu rząd włoski argumentował, że zamówienie obejmowało nie tylko zakup sprzętu, ale również usługi związane z utworzeniem, planowaniem, instalacją, utrzymaniem i odbiorem tech-

⁷⁷ Patrz orzeczenie w sprawie 22/80 Boussac przeciwko Gerstenmeierowi, ECR 1980 str. 3427

⁷⁸ Obecnie art. 9 dyrektywy Rady 93/36/EEC.

nicznym systemu, a czasami również jego eksploatacją. Sam sprzęt, w opinii rządu włoskiego, pełnił jedynie pomocniczą rolę w stosunku do usług związanych z utworzeniem systemu przetwarzania danych. Dyrektywa 77/62 nie miała w tej sytuacji zastosowania, ponieważ pojęcie zamówień publicznych na dostawy dotyczy jedynie tych zamówień, których zasadniczym elementem jest dostawa towarów⁷⁹. W tym miejscu należy zwrócić uwagę na fakt, że w momencie udzielania zamówienia nie było jeszcze dyrektywy koordynującej procedury udzielania zamówień na usługi, rozstrzygnięcie więc kwestii czy przedmiotowe czynności mieszczą się w zakresie „zamówienia publicznego na dostawy” było o tyle istotne, że w przypadku negatywnej odpowiedzi na to pytanie, nie miałyby w ogóle zastosowania wspólnotowe procedury udzielania zamówień. Art. 1 pkt (a) definiował zamówienia publiczne na dostawy, jako zamówienia o charakterze majątkowym, których przedmiotem jest kupno, kupno na raty, najem, dzierżawa lub leasing towarów. Rząd włoski utrzymywał, że dostawa systemu przetwarzania danych nie mieści się w zakresie pojęcia „towar”. Zamówienia na systemy przetwarzania danych obejmowały, poza samym sprzętem i oprogramowaniem, również usługi związane z ich z utrzymywaniem, których wartość była w praktyce była większa niż wartość dostaw. Zdaniem rządu włoskiego, w przypadku zamówień mieszanych, dyrektywa na dostawy powinna mieć zastosowanie jedynie w sytuacji, kiedy wartość zamawianych towarów jest większa aniżeli usług.

Z kolei zdaniem rzecznika Mischo, zamówienie „mieszane” powinno być traktowane jako podlegające przepisom dyrektywy, nawet jeżeli wartość zamawianych usług jest większa aniżeli wartość towarów.⁸⁰ Jeżeli zaś celem dyrektywy byłoby wyłączenie pewnego rodzaju towarów spod jej zakresu, byłoby to *expressis verbis* w niej wyrażone.⁸¹

Odnosząc się do kwestii objęcia zakresem dyrektywy o dostawach zamówień „mieszanych”, Trybunał zauważył, że dyrektywa ta ma zastosowanie do sprzętu komputerowego („*hardware*”), a zatem ogłoszenie o zamówieniu na jego dostawę powinno zostać opublikowane, nawet jeżeli zamówienie dotyczy głównie usług⁸². Dostawa sprzętu dla systemu może być w tym przypadku oddzielona od czynności związanych z jego utworzeniem i eksploatacją. W przypadku oddzielenia dostaw od usług mogłoby się jednak okazać, że nie zachodzi potrzeba publikacji ogłoszenia o zamówieniu, ponieważ nie zostały przekroczone progi z dyrektyw. Trybunał nie udzielił natomiast wyraźnej odpowiedzi na pytanie, co w sytuacji, kiedy dostawa towarów nie może z różnych powodów być oddzielona od usług lub też może być wprawdzie oddzielona, ale pociągnęłoby to za sobą nadmierne koszty dla zamawiającego.⁸³ Argumentem przeciwko stosowaniu w takim przypadku dyrektywy o dostawach może być to, iż zasady rządzące udzielaniem zamówień na dostawy niekoniecznie muszą być odpowiednie w stosunku do usług.⁸⁴

Problem stosowania dyrektywy do zamówień „mieszanych” został poruszony przez rzecznika Mischo. Jego zdaniem kluczowe znaczenie ma sposób obliczenia wartości takich zamówień, biorąc pod uwagę fakt, że dyrektywy mają zastosowanie tylko powyżej pewnych

⁷⁹ Patrz art. 1 pkt (a) dyrektywy 77/62, obecnie definicja ta zawarta jest w art. 1 pkt (a) dyrektywy 93/36

⁸⁰ Patrz par. 45 opinii

⁸¹ Ibidem

⁸² Patrz par. 17–19

⁸³ S.Arrowsmith „A guide...” str. 89

⁸⁴ Ibidem

progów. Innymi słowy, czy istotna jest wartość samych tylko towarów czy też towarów wraz z usługami. Zdaniem rzecznika w tym przypadku istotna jest tylko wartość towarów.⁸⁵ W przypadku interesującego nas zamówienia obowiązek publikacji ogłoszenia o zamówieniu powstałby więc wyłącznie w sytuacji, w której wartość samych produktów przekraczałyby progi określone w dyrektywie. Rzecznik wskazywał dalej na okoliczność, że w pewnych, wymienionych wprost w dyrektywach sytuacjach usługi powinny być jednak traktowane jako część dostawy danego produktu, i w tym przypadku wartość usług powinna być dodana do wartości produktu. I tak, art. 1 pkt (a) stanowił, że dostawa produktu może obejmować czynności związane z ich rozmieszczeniem oraz instalacją. Gdyby więc usługi związane z oprogramowaniem miały charakter pomocniczy w stosunku do dostawy produktu to powinno to być wprost wyrażone w dyrektywie.⁸⁶

Wszystkie powyższe rozważania, dotyczące stosowania dyrektywy o dostawach w stosunku do zamówień „mieszanych”, straciły jednak na aktualności wraz z przyjęciem Dyrektywy 92/50 o koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi. Zgodnie z art. 2 dyrektywy, jeżeli przedmiotem zamówienia są równocześnie towary w rozumieniu dyrektywy o dostawach, jak i usługi, zamówienie jest objęte dyrektywą o usługach, jeżeli wartość usług przekracza wartość towarów objętych tym zamówieniem.

Na koniec należy odnieść się do jeszcze jednego argumentu uzasadniającego, zdaniem rządu włoskiego, nieopublikowanie ogłoszenia. Zamówienia te miały się mieścić w zakresie wyjątków, przewidzianych w art. 6 ust. 1 pkt (g) dyrektywy. Zgodnie z tym przepisem zamawiający może odstąpić od stosowania procedur przewidzianych w dyrektywie, w przypadku zamówień, które zgodnie z przepisami danego państwa zostały uznane za tajne, lub których realizacja w świetle tych przepisów wymaga szczególnych środków bezpieczeństwa lub gdy wymaga tego ochrona istotnych interesów bezpieczeństwa danego państwa członkowskiego. Zdaniem jednak Trybunału przestrzeganie poufności danych nie jest uzależnione od publicznej własności przedsiębiorstwa, któremu udziela się zamówienia. Oddalony został również argument z art. 6 ust. 1 pkt (e) dotyczący zamówień dodatkowych na dostawy, w przypadku których nie ma obowiązku publikacji ogłoszenia o zamówieniu publicznym. Trybunał uznał więc Republikę Włoską za winną naruszenia przepisów Dyrektywy 77/62 koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy.

2.7 SPRAWA C-247/89 KOMISJA PRZECIWKO REPUBLICIE PORTUGALII („LOTNISKO W LIZBONIE”)

Poruszane kwestie:

- przedsiębiorstwo zarządzające usługami transportowymi,
- wyłączenia z zakresu dyrektywy o dostawach,
- odpowiedzialność państwa za działania zamawiającego

Sprawa dotyczyła powództwa wniesionego w trybie art. 226 (169) Traktatu przez Komisję przeciwko Republice Portugalii o nie wywiązanie się ze zobowiązań wynikających

⁸⁵ Patrz par. 47 opinii

⁸⁶ Ibidem

z Dyrektywy 77/62 koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy⁸⁷. Naruszenie przepisów tej dyrektywy nastąpiło zdaniem Komisji poprzez nie wysłanie, celem opublikowania w Dzienniku Urzędowym, ogłoszenia o zamówieniu udzielanym przez Aeroportos e Navegacao Aerea dalej zwaną ANA-EP. ANA-EP to przedsiębiorstwo publiczne odpowiedzialne za wspieranie działań operacyjnych i rozwojowych w sferze lotnictwa cywilnego, w celu nadzorowania i kontroli ruchu powietrznego i umożliwienia samolotom bezpiecznego startu i lądowania. ANA-EP pełniła także obowiązki i wykonywała usługi, tworzące integralną część infrastruktury lotniska w Lizbonie. Naruszenie przepisów Dyrektywy 77/62 miało nastąpić na skutek opublikowania zaproszenia do składania ofert wyłącznie w jednej z gazet portugalskich. Po zapoznaniu się z treścią tego ogłoszenia Komisja doszła do wniosku, że zamówienie udzielane przez ANA-EP mieści się w zakresie Dyrektywy 77/62 koordynującej procedury udzielania zamówień na dostawy, a ponieważ nie zachodził w tym przypadku, żaden z wyjątków od stosowania jej przepisów, konieczne było opublikowanie ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich. Komisja wniosła więc sprawę do Trybunału o uznanie, że Portugalia nie dopełniła swoich zobowiązań wynikających z dyrektywy. Rząd portugalski utrzymywał, że w omawianej sytuacji nie zachodziła konieczność publikacji ogłoszenia, ponieważ ANA-EP jest podmiotem administrującym usługami transportowymi i jako taki nie podlega przepisom dyrektywy. Dyskusja, do jakiej doszło w efekcie wszczęcia postępowania przez Komisję koncentrowała się więc głównie na kwestii zakresu przedmiotowego Dyrektywy 77/62.

Stosowanie Dyrektywy 77/62

W momencie ogłaszania zaproszenia do składania ofert art. 2 ust. 2 pkt (a) Dyrektywy 77/62 koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy stanowił, iż jej przepisy nie mają zastosowania do zamówień udzielanych przez „podmioty zarządzające usługami transportowymi.” Rząd portugalski twierdził, że przedmiotowe zamówienie było objęte zakresem wyłączenia. Z kolei Komisja utrzymywała, że wyłączenie to ma bardziej ograniczony zasięg, ponieważ odnosi się wyłącznie do właściwych usług transportowych, nie zaś do czynności towarzyszących, jakie były wykonywane właśnie przez ANA-EP. Pogląd ów był kwestionowany przez rząd portugalski, który twierdził, że usługi wynikające ze statutu ANA-EP oraz usługi transportowe były połączone nierozzerwalnie ze sobą i nawzajem się uzupełniały, a zatem ANA-EP powinna być traktowana jako podmiot zarządzający usługami transportowymi i nie podlegający przepisom Dyrektywy 77/62. Na poparcie tej argumentacji rząd portugalski powołał się jeszcze na przepisy Dyrektywy Rady 90/531⁸⁸ z dnia 17 września 1990 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji. Dyrektywa ta dotyczyła zamówień wyłączonych z zakresu Dyrektywy 77/62 a fakt, że ANA-EP znalazła się wśród podmiotów podlegających przepisom Dyrektywy 90/531, świadczył, zdaniem rządu portugalskiego, że nie miały do niej zastosowania przepisy Dyrektywy 77/62. Na koniec rząd portugalski posłużył się jeszcze argumentami wykładni historycznej. Dyrektywa 77/62 zosta-

⁸⁷ Obecnie dyrektywa Rady z dnia 14 czerwca 1993 r. 93/36/EEC koordynująca procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy

⁸⁸ Obecnie dyrektywa Rady 93/38/EEC z dnia 14 czerwca 1993 r.

ła mianowicie zmieniona przez przepisy Dyrektywy 88/295, które wprowadziły istotne zmiany w zakresie interesujących nas wyłączeń. O ile art. 2 ust. 2 pkt (a) dyrektywy w brzmieniu oryginalnym wyłączał spod jej działania „organy zarządzające usługami transportowymi”, o tyle wyłączenie to w brzmieniu nadanym przez Dyrektywę 88/295 dotyczyło jedynie „przewoźników lądowych, powietrznych, morskich oraz wód śródlądowych” a więc bez wątpienia było węższe. Rzeczą bezsporną było, iż na skutek wprowadzenia tej zmiany również usługi świadczone przez ANA-EP zostały objęte przepisami dyrektywy o dostawach. Pogląd taki nie był kwestionowany przez żadną ze stron postępowania. W chwili ogłaszania zamówienia obowiązywała jednak Dyrektywa 77/62 w jej wersji oryginalnej, z szerszym zakresem wyłączenia.

Trybunał nie zgodził się z argumentacją Komisji i uznał, że zamówienia udzielane przez ANA-EP nie podlegały przepisom Dyrektywy 77/62. Trybunał przyjął bardzo szeroką definicję usług transportowych, stwierdzając, iż koncepcja podmiotów, które administrują usługami transportowymi, o których mowa w art. 2 ust. 2 pkt (a) dyrektywy, w jej wersji oryginalnej, „odnosi się do sektora usług transportowych w ogólności.” Usługi świadczone przez ANA-EP były bowiem ściśle związane z przewozem osób i ładunkiem, który byłby niemożliwy bez odpowiedniej infrastruktury w szczególności lotniska. Trybunał nie zgodził się również z argumentacją Komisji, iż zmiana wprowadzona przez Dyrektywę 88/295 miała jedynie charakter porządkowy, zaś interesujący nas przepis w jego oryginalnym brzmieniu powinien być interpretowany w sposób ograniczony, jako mający zastosowanie wyłącznie do podmiotów przewożących pasażerów pomiędzy dwoma punktami.

Ostatecznie powództwo Komisji zostało oddalone.

Na marginesie powyższych rozważań, należy zauważyć, że wyinterpretowany z orzeczenia Trybunału szeroki zakres wyłączenia spod działania przepisów dyrektywy, nie ma już obecnie takiego znaczenia. Stan prawny dotyczący zamówień publicznych w sektorze transportu uległ istotnym zmianom od czasu przyjęcia powyższego orzeczenia. Zamówienia udzielane przez podmioty trudniące się transportem są wyłączone z zakresu obecnie obowiązującej Dyrektywy 93/36 koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy (art. 2 ust. 1 pkt (a)), są jednak równocześnie objęte zakresem Dyrektywy Rady 93/38 z 14 czerwca 1993 r. koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetycznym, transportu i telekomunikacji. ANA-EP wymieniona jest obecnie w załączniku VIII tej dyrektywy jako podmiot zobowiązany do jej stosowania. Należy jednak zwrócić uwagę na fakt, że zasady rządzące zamówieniami udzielanymi na podstawie Dyrektywy 93/38, są znacznie bardziej elastyczne i mniej rygorystyczne aniżeli ten wynikające z Dyrektywy 93/36.

Kwestia podmiotów, za które państwo nie podnosi odpowiedzialności

Na koniec należy zająć się jeszcze kwestią poruszoną przez rząd portugalski oraz przez rzecznika, do której jednak Trybunał się nie ustosunkował. Chodzi tu o problem podmiotów zamawiających, za których działania państwo nie podnosi odpowiedzialności. Rząd portugalski utrzymywał, że naruszenie przepisów dyrektywy nie może być przypisane państwu portugalskiemu, ponieważ ANA-EP jest osobą prawną inną niż organ państwowy, zaś obowiązek

publikacji ogłoszenia o zamówieniu dotyczy sytuacji, kiedy zamawiającym jest właśnie organ państwowy. Ustosunkowując się do tej kwestii rzecznik⁸⁹ twierdził, że naruszenie przepisów prawa wspólnotowego poprzez dany podmiot może być przypisane państwu, jeżeli państwo to jest w jakiś sposób odpowiedzialne za zachowanie takiego podmiotu, naruszające wspomniane przepisy. Odpowiedzialność ta może przybierać różne postaci – państwo może np. utworzyć podmiot lub wspierać go w praktykach niezgodnych z zasadami prawa wspólnotowego. ANA-EP jest osobą prawną prawa publicznego, niezależną, jeśli chodzi o jej administrację, oraz finanse. Fakt, że została zakwalifikowana jako przedsiębiorstwo publiczne w rezultacie dominującego wpływu państwa na powoływanie jej organów, nie wystarczał, zdaniem rzecznika, do automatycznego przypisywania jej działania państwu.

Trybunał oddalając powództwo Komisji na skutek uznania, iż nie doszło do naruszenia przepisów prawa wspólnotowego, nie odniósł się do kwestii ewentualnej odpowiedzialności państwa za działania niektórych zamawiających.

2.8 SPRAWA C-24/91 KOMISJA PRZECIWKO KRÓLESTWU HISZPANII („UNIwersytet w MADRYCIE”)

Poruszane kwestie:

- nieopublikowanie ogłoszenia o zamówieniu,
- przesłanki zastosowania procedury negocjacyjnej bez publikacji ogłoszenia

Wprowadzenie – stan faktyczny – zarzuty Komisji

Sprawa dotyczyła powództwa wniesionego przez Komisję w trybie art. 226 (169) o stwierdzenie, że Królestwo Hiszpanii nie dopełniło swoich zobowiązań wynikających z dyrektywy 71/305 koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane. Kwestia naruszenia tych zasad powstała w związku z udzieleniem przez zarząd Uniwersytetu Complutense w Madrycie zamówienia na roboty budowlane polegające na rozbudowie i remoncie jednego z wydziałów Uniwersytetu, bez uprzedniego opublikowania ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich. Pieniądze na modernizację i remont zostały przyznane w styczniu przez Ministerstwo Edukacji, zaś prace powinny zakończyć się przed 1 października tegoż roku, tak aby wydział był gotowy na przyjęcie nowych studentów. Z akt sprawy wynikało, że prace powinny potrwać siedem i pół miesiąca, a więc zakończyć się przed rozpoczęciem nowego roku akademickiego. Władze Uniwersytetu uznały jednak, że prace mają bardzo pilny charakter i udzieliły zamówienia na ich wykonanie bez opublikowania ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym, ograniczając się wyłącznie do informacji w gazetach hiszpańskich. Komisja uznała, że w tej sytuacji nie było podstaw do skorzystania z dobrodziejstwa art. 9 pkt (d) Dyrektywy 71/305 umożliwiającego, w pewnych enumeratywnie wymienionych sytuacjach, odstąpienie od ogólnych zasad dotyczących udzielania zamówień, w szczególności wymogu publikacji ogłoszenia i wniosła sprawę do Trybunału z wnioskiem o uznanie Hiszpanii winnej naruszenia Dyrektywy 71/305.

⁸⁹ Opinia Rzecznika Generalnego ECR 1991 str. I-3659, par. 16–20

Zasady publikacji ogłoszeń i naruszenie Dyrektywy 71/305

Przed przystąpieniem do bardziej szczegółowego omówienia argumentacji stron oraz wniosków do jakich doszedł Trybunał, konieczne wydaje się scharakteryzowanie pokrótce zasad rządzących publikacją ogłoszeń o zamówieniach publicznych. Przepis art. 12 Dyrektywy 71/305⁹⁰ stanowił, iż ogłoszenia o zamówieniach powinny być wysyłane do Urzędu Publikacji Urzędowych Wspólnot Europejskich celem ich opublikowania w Dzienniku Urzędowym, tak aby wszyscy zainteresowani wykonawcy we Wspólnocie mogli powziąć wiadomość o zamówieniu i zdecydować czy ewentualnie są nim zainteresowani. Ogłoszenie o zamówieniu powinno być opublikowane przez Urząd nie później niż w ciągu 9 dni⁹¹ od daty jego wysłania. W przypadku jednak tzw. procedury przyspieszonej, o której będzie dalej mowa, termin ten wynosił 5 dni. Z kolei w przypadku procedury ograniczonej terminy do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i składania ofert powinny wynosić co najmniej 21 dni, licząc odpowiednio od daty wysłania ogłoszenia oraz od dnia wysłania zaproszenia do składania ofert. Przepis art. 15⁹² przewidywał jednak wyjątkowo tzw. przyspieszoną procedurę ograniczoną stanowiąc, że w pilnych przypadkach, dla których wyżej wymienione przepisy nie mogą być dotrzymane, dopuszczalne jest wyznaczenie krótszych terminów, a mianowicie 12 dni na składanie wniosków oraz 10 dni na składanie ofert. W rezultacie cała procedura ulegała skróceniu z co najmniej 42 dni do 22 dni. Należy jeszcze pamiętać, że w pewnych, wyjątkowych sytuacjach, publikowanie ogłoszenia o zamówieniu w ogóle nie było obowiązkowe. Sytuacje takie regulował art. 9 dyrektywy, umożliwiając nieopublikowanie ogłoszenia „w ściśle uzasadnionych przypadkach, kiedy z powodu szczególnie pilnego charakteru sprawy spowodowanego okolicznościami nie przewidzianymi przez zamawiających terminy przewidziane w innej procedurze nie mogą być dotrzymane.”

Po nakreśleniu ogólnych ram prawnych dotyczących publikacji ogłoszeń o zamówieniach można przejść do argumentacji przedstawionej przez Komisję oraz obrony władz hiszpańskich. Zdaniem Komisji w omawianej sytuacji nie było podstaw do odstąpienia od wymogu publikacji ogłoszenia, ponieważ nie zachodziły przesłanki określone w art. 9 pkt (d). W szczególności wzrastająca liczba studentów nie jest wydarzeniem, którego nie można było przewidzieć, gdyż jest to zjawisko zachodzące od wielu lat i w rezultacie nie usprawiedliwia powoływania się na pilny charakter sprawy. Ponadto Komisja utrzymywała, że władze Uniwersytetu mogły w tej sytuacji skorzystać z procedury przyspieszonej i na zasadach w niej określonych opublikować ogłoszenie. W ten sposób całe postępowanie mogłoby zostać ukończone przed upływem miesiąca, co pozwoliłoby na dotrzymanie terminarza prac i na ich zakończenie przed rozpoczęciem roku akademickiego. Z kolei rząd hiszpański utrzymywał, że konieczne było odwołanie się do wyjątku przewidzianego w art. 9 pkt (d) celem odstąpienia od publikacji ogłoszenia, ponieważ tylko w ten sposób możliwe było przygotowanie uczelni na tak gwałtownie wzrastającą liczbę studentów. Rozpatrując sprawę Trybunał zauważył, że

⁹⁰ Obecnie art. 11 dyrektywy Rady 93/36/EEC

⁹¹ Obecnie termin ten wynosi 12 dni

⁹² Art. 14 dyrektywy 93/37

przesłanki z art. 9 pkt (d), a w szczególności pilny charakter sprawy, wydarzenia, których zamawiający nie mógł przewidzieć oraz związek przyczynowy pomiędzy nimi, umożliwiające odstępianie od obowiązku publikacji ogłoszenia o zamówieniu, powinny być spełnione jednocześnie. Wobec tego brak jednej tylko z tych przesłanek uniemożliwia skorzystanie z dobrodziejstw przepisu. Zdaniem Trybunału w omawianej sprawie nie zachodziły przesłanki z art. 9 pkt (d) a władze Uniwersytetu miały dość czasu aby przeprowadzić postępowanie przewidziane w art. 15 tzn. procedurę przyspieszoną. Królestwo Hiszpanii uznane zostało za winne naruszenia przepisów Dyrektywy 71/305 poprzez dopuszczenie do nieopublikowania ogłoszenia o zamówieniu.

Przepis art. 9 pkt (d) nie ma bowiem zastosowania w sytuacji, kiedy jest dość czasu na zastosowanie art. 15 dyrektywy.

2.9 SPRAWA C-107/92 KOMISJA PRZECIWKO REPUBLICIE WŁOSKIEJ

– *nieuzasadnione skorzystanie z procedury negocjacyjnej bez publikacji ogłoszenia o zamówieniu*

Sprawa została wniesiona w trybie art. 226 (169) przez Komisję, która wystąpiła z powództwem o uznanie naruszenia przez Włochy przepisów Dyrektywy 71/305 koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane. Naruszenie miało polegać, podobnie jak w omawianej w pkt 2.8 sprawie C-24/91, na nieuzasadnionym odstąpieniu od obowiązku opublikowania ogłoszenia o zamówieniu publicznym. Bolzano Ufficio del Genio Civile (Urząd Inżynierii Cywilnej) zlecił wykonanie budowy ogrodzenia przeciwlavinowego w Alpach bez uprzedniego opublikowania ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich. Zasady publikacji ogłoszeń dotyczących zamówień publicznych zostały omówione wyżej przy okazji analizy orzeczenia w sprawie C-24/91 (patrz punkt 2.8). W tym miejscu należy tylko przypomnieć, że od obowiązku publikacji ogłoszenia, zgodnie z art. 9 pkt (d) obowiązującej wówczas Dyrektywy 71/305 można było odstąpić tylko wówczas, jeżeli równocześnie spełnione były trzy przesłanki: wyjątkowo pilny charakter sprawy, wystąpienie zdarzenia, którego zamawiający nie mógł przewidzieć oraz związek przyczynowy pomiędzy tym zdarzeniem a wyjątkowo pilnym charakterem sprawy. Zdaniem Komisji w omawianej sprawie rząd włoski nie wykazał istnienia przesłanek uzasadniających odstępianie od publikacji ogłoszenia. Pomiedzy przedstawieniem raportu zalecającego budowę ogrodzenia przeciwlavinowego a rozpoczęciem robót upłynęło bowiem więcej niż trzy miesiące. Było zatem dostatecznie dużo czasu ażeby przeprowadzić określoną w art. 15 dyrektywy procedurę przyspieszoną, trwającą co najmniej 22 dni. Trybunał zgodził się z zarzutami Komisji, uznając, że nie zachodziły przesłanki pozwalające na nie opublikowanie ogłoszenia o zamówieniu, a zatem Włochy nie dopełniły swoich zobowiązań wynikających z Dyrektywy 71/305 koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane. Trybunał zajął więc identyczne stanowisko, jak w sprawie Uniwersytetu w Madrycie (patrz pkt 2.8) powtarzając zastosowaną tam argumentację.

2.10 SPRAWA C-295/89 MPRESA DONA ALFONSO DI DONA ALFONSO & FIGLI PRZECIWKO CONSORZIO PER LO SVILUPPO INDUSTRIALE DI MONFALCONE („IMPRESA DONA ALFONSO”)

- *postępowanie z ofertami zawierającymi rażąco niskie ceny,*
- *obowiązek badania nie tylko ofert, których ceny są w sposób oczywisty rażąco niskie, ale także ofert zawierających „po prostu” rażąco niskie ceny*

Orzeczenie wydane w tej sprawie, wniesionej w trybie art. 234 (177) jest jednym z kilku opublikowanych w niniejszym zbiorze, dotyczących postępowania z ofertami zawierającymi rażąco niskie ceny. Kwestia interpretacji przepisów dyrektywy pojawiła się w trakcie postępowania toczącego się przed włoskim sądem w związku z wniesionym przez Dona Alfonso powództwem o unieważnienie decyzji zamawiającego. W postępowaniu o udzielenie zamówienia na roboty budowlane oferta Dona Alfonso została odrzucona, gdyż zgodnie z odpowiednimi włoskim przepisami, zawierała rażąco niską cenę. Sąd, przed którym toczyło się postępowanie o unieważnienie decyzji wystąpił do Trybunału z pytaniami, których treść była identyczna jak w wyżej omawianej sprawie 103/88 Fratelli Costanzo (patrz pkt 4.6 niniejszego opracowania) i które dotyczyły tych samych włoskich przepisów. Nic dziwnego zatem, że biorąc pod uwagę identyczny stan faktyczny, Trybunał podtrzymał stanowisko zajęte w sprawie Fratelli Costanzo, stwierdzając, iż przepisy art. 29 ust. 5 Dyrektywy Rady 71/305, od których stosowania państwa członkowskie nie mogą odstąpić w żadnym istotnym stopniu, zabraniają państwom członkowskim przyjmowania przepisów, które by wymagały automatycznego odrzucenia ofert zawierających rażąco niskie ceny wyłącznie na podstawie kryterium arytmetycznego. Przeciwnie, przepisy tegoż artykułu wymagają zastosowania specjalnej procedury analizy ofert (szczegóły tej procedury zostały opisane przy okazji analizowania sprawy 103/88 – patrz pkt 2.6). Ponadto państwa członkowskie mogą wymagać od zamawiających zanalizowania ofert, kiedy wydaje się, że przedstawiają rażąco niskie ceny, a nie tylko wtedy kiedy w sposób oczywisty są rażąco zaniżone.

2.11 SPRAWA C-360/89 KOMISJA PRZECIWKO REPUBLICIE WŁOSKIEJ

- *preferencyjne traktowanie wykonawców, działających w regionach, gdzie prace mają być wykonywane – preferencje „regionalne”,*
- *dopuszczalność stosowania dodatkowych warunków udzielenia zamówienia*

Wprowadzenie – stan faktyczny – zarzuty Komisji

Sprawa dotyczyła powództwa wniesionego przez Komisję w trybie art. 226 (169), a więc o stwierdzenie naruszenia przez państwo członkowskie prawa wspólnotowego. Komisja wносиła o stwierdzenie, że Republika Włoska naruszyła przepis art. 49 (59) Traktatu oraz postanowienia Dyrektywy Rady 71/305 koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane. Naruszenie tych przepisów miało, zdaniem Komisji, nastąpić poprzez uchwalenie włoskiej ustawy, zawierającej przepisy dotyczące przyśpieszenia ukończenia robót budowlanych. Ustawa ta stanowiła, po pierwsze, iż ogłoszenie o zamówieniu publicznym publikowane przez zamawiającego powinno zawierać zastrzeżenie, iż wykonawca

uzyskujący zamówienie powinien powierzyć od 15 do 30 procent prac objętych zamówieniem, przedsiębiorcom, których siedziby znajdują się w rejonie, w którym prace mają być prowadzone. Po drugie ustawa przewidywała, że przy wyborze wykonawców, których zaprosi do składania ofert, zamawiający powinien przestrzegać zasady pierwszeństwa dla konsorcjów złożonych z przedsiębiorców mających swoje siedziby w rejonach, gdzie prace te mają być prowadzone.

Art. 49 (59) Traktatu

Komisja zajęła stanowisko, iż przyznanie pierwszeństwa przy zapraszaniu do składania ofert przedsiębiorcom, których siedziby znajdują się w rejonach, gdzie mają być prowadzone dane prace, stanowi naruszenie art. 49 (59) Traktatu, który zabrania wszelkich form dyskryminacji, wobec usługodawców pochodzących z innego państwa członkowskiego niż to, w którym usługa ma być świadczona. Nie do pogodzenia z tą zasadą jest praktyka rezerwowania części prac dla podwykonawców, których siedziby znajdują się w rejonach, gdzie prace te mają być wykonywane, gdyż jest ona przejawem dyskryminacji wobec wykonawców pochodzących z innych państw członkowskich. Broniąc się przed tymi zarzutami rząd włoski utrzymywał, iż wymóg ten ma zastosowanie w jednakowym stopniu w stosunku do wykonawców włoskich, wyłączając z udziału w pracach objętych zamówieniem tych włoskich wykonawców, których siedziby znajdują się w innych regionach Włoch. Komisja odnosząc się z kolei do wymogu pierwszeństwa dla lokalnych wykonawców podkreślała, że narusza on również art. 49 (59) Traktatu.

W kwestii naruszenia art. 49 (59) Trybunał przypomniał, iż zgodnie z jego orzecznictwem⁹³, przepis ten należy interpretować, jako zabraniający nie tylko jawnej dyskryminacji ze względu na narodowość, lecz także wszelkich ukrytych form dyskryminacji, które, choć oparte na innych kryteriach, prowadzą do tego samego rezultatu. Odnosząc się do argumentu, iż włoskie przepisy mają zastosowanie zarówno do przedsiębiorstw zagranicznych jak i włoskich, Trybunał podkreślił, że przepis ten w istocie faworyzuje przedsiębiorców włoskich. Jest bowiem znacznie bardziej prawdopodobne, że wspomniany wymóg zostanie spełniony przez wykonawcę włoskiego aniżeli przez podmiot zagraniczny. Trybunał nie dopatrył się również istnienia żadnych wyjątków od wolności świadczenia usług przewidzianych w art. 45 (55) i 46 (56), w szczególności względów polityki państwowej (*public policy*), bezpieczeństwa ani ochrony zdrowia społeczeństwa.

Tytułem komentarza należy wspomnieć, że włoskie przepisy przyznające pierwszeństwo przedsiębiorcom działającym w regionach, gdzie roboty będące przedmiotem zamówienia mają być wykonywane, były jednym z przykładów stosowania tzw. preferencji regionalnych, których celem było przyspieszenie rozwoju tych regionów, których wyniki gospodarcze odstawały od reszty kraju. Oprócz Włoch preferencje takie stosowane były w Grecji oraz Wielkiej Brytanii. Zdaniem Komisji, przynajmniej w przypadku Włoch, nie było jednak przekonujących dowodów na to, że preferencje te przyspieszyły rozwój gospodarczy zapóźnionych regionów⁹⁴.

⁹³ Patrz orzeczenie w sprawie 3/88, omawiane w pkt 2.6

⁹⁴ Commission Communication COM (89). – „Public Procurement – Regional and Social Aspects” par. 39

Naruszenie Dyrektywy 71/305

Naruszenie Dyrektywy 71/305 miało z kolei polegać na przyjęciu innego, niż wymienione w art. 23–26 dyrektywy, kryterium wyboru oferty.⁹⁵ Zgodnie z art. 22 ust. 1⁹⁶ dotyczącym procedury ograniczonej, na podstawie informacji o sytuacji wykonawcy, a także informacji i formalności niezbędnych do oceny spełniania przez niego minimalnych wymogów ekonomicznych i technicznych, zamawiający wybiera spośród kandydatów spełniających minimalne wymagania tych, których zaprasza do składania ofert. Zdaniem Trybunału wybór wykonawców mógł być dokonany tylko na podstawie informacji zgodnych z art. 17 pkt (d) dyrektywy, a zatem informacji dotyczących wiarygodności wykonawcy, jego zdolności technicznych oraz sytuacji ekonomicznej i finansowej. Odnosząc się do powyższego zarzutu Trybunał uznał, że przyznanie pierwszeństwa wykonawcom działającym w rejonach, w których miały być wykonywane prace, nie jest kryterium wymienionym w dyrektywie, a ponadto nie ma żadnego związku z sytuacją ekonomiczno-finansową wykonawcy, ani z jego zdolnościami technicznymi. Przyjmując zatem takie przepisy Republika Włosa naruszyła postanowienia Dyrektywy 71/305.

Orzeczenie wydane w tej sprawie jest kolejnym, w którym Trybunał zajął się dopuszczalnością stosowania dodatkowych, nie wymienionych wprost w dyrektywach, warunków udzielania zamówienia⁹⁷. Charakterystyczne, że o ile w przypadku orzeczenia w sprawie Bentjees Trybunał uznał dopuszczalność zastosowania wymogu zatrudniania osób pozostających przez dłuższy czas bez pracy, pomimo, iż warunek taki nie jest wymieniony wprost w dyrektywach, o tyle w sprawie C-360/89 podejście Trybunału do kwestii warunków dodatkowych wydaje się być znacznie bardziej rygorystyczne⁹⁸. Trybunał uznał, że przyznanie pierwszeństwa dla wykonawców, działających w regionach, w których prace miały być wykonywane nie ma żadnego związku z sytuacją ekonomiczno-finansową wykonawcy, ani z jego zdolnościami technicznymi, a zatem wymóg taki nie może być stosowany. Abstrahując od jego dyskryminującego charakteru, któremu Trybunał poświęcił zresztą sporo miejsca (warto jednak zauważyć, że wymóg ten ograniczał dostęp do zamówień nie tylko dla wykonawców z innych państw członkowskich, ale także przedsiębiorców działających w innych regionach Włoch), stosowanie takiego wymogu można interpretować jako działanie zmierzające do przyspieszenia rozwoju gospodarczy danego regionu. Przy takiej interpretacji rezerwowanie części zamówień dla przedsiębiorców działających w południowych Włoszech byłoby jednym z przykładów tzw. *secondary policy*, czyli wykorzystywania zamówień publicznych do realizacji celów innych aniżeli tylko uzyskanie danego produktu na najlepszych możliwych warunkach.

Z orzeczenia zdaje się wynikać, że Trybunał nie dopuszcza stosowania warunków dodatkowych nie wymienionych w dyrektywie, i w tym przypadku zachodzi sprzeczność pomiędzy tym orzeczeniem a wydanym w sprawie Bentjees.

⁹⁵ W kwestii stosowania kryteriów niewymienionych wprost w dyrektywach patrz również orzeczenie w sprawie 31/87 (pkt 2.4)

⁹⁶ Obecnie art. 22 ust. 1 dyrektywy 93/37/EEC koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane

⁹⁷ Patrz orzeczenia w połączonych sprawach 27–29/86 CEI i Bellini (pkt 2.2 oraz 3.2 opracowania) oraz w sprawie 31/87 „Bentjees, (pkt 2.4 oraz 3.4 opracowania)

⁹⁸ Sue Arrowsmith „The legality of ‘secondary ‘Procurement Policies under the Treaty of Rome and the Works Directive’” *Public Procurement Law Review* (1992) 1, str. 414

2.12 SPRAWA C-243/89 KOMISJA PRZECIWKO KRÓLESTWU DANII („STOREBAELT”)

Poruszane kwestie:

- *klauzula „duńska” – wymóg użycia duńskich surowców, materiałów i siły roboczej,*
- *zasada równego traktowania wszystkich wykonawców,*
- *prowadzenie negocjacji z oferentem w oparciu o ofertę niezgodną z warunkami zamówienia,*
- *niedopuszczalność zmiany zakresu zarzutów.*

Wprowadzenie – stan faktyczny – zarzuty Komisji

Sprawa została wniesiona w trybie art. 226 (169) Traktatu przez Komisję, żądającą uznania, że Królestwo Danii nie dopełniło swoich zobowiązań wynikających z Dyrektywy 71/305 koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane oraz kilku przepisów prawa pierwotnego. Naruszenie przepisów dyrektywy miało nastąpić poprzez postępowanie duńskiego przedsiębiorstwa Aktieselskabet Storebaeltsforbindelsen, zwanego dalej Storebaelt. Storebaelt, przedsiębiorstwo w całości kontrolowane przez państwo duńskie, był odpowiedzialny za sporządzenie projektu, a następnie, jako zamawiający, za budowę drogi oraz połączenia kolejowego wzdłuż Zachodniego Kanału Wielkiego Bełtu. Storebaelt opublikował ogłoszenie o zamówieniu na roboty budowlane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich, a następnie zaprosił pięć konsorcjów do składania ofert. Zawarte w ogłoszeniu warunki oraz dalsze postępowanie Storebaelt skłoniło Komisję do wystąpienia do Trybunału o uznanie, że Dania naruszyła swoje obowiązki wynikające z prawa wspólnotowego, a to na skutek wymagania przez zamawiającego, ażeby wykonawcy w największym możliwym stopniu wykorzystali duńskie surowce, dobra, materiały oraz duńską siłę roboczą i sprzęt, a także poprzez prowadzenie przez zamawiającego negocjacji z oferentami, którzy złożyli oferty niezgodne z warunkami przetargu.

Naruszenie art. 28 (30), 39 (48) i 49 (59) Traktatu

Zarzut naruszenia aż trzech przepisów prawa pierwotnego – art. 28 (30), 39 (48) i 49 (59) Traktatu dotyczył kilku zapisów zawartych w warunkach ogólnych, stanowiących część dokumentacji zamówienia. I tak, jeden z warunków (dalej zwany „klauzulą duńską”) zawierał zapis zobowiązujący wykonawcę do wykorzystania w możliwie największym stopniu duńskich surowców, dóbr i materiałów oraz duńskiej siły roboczej. Przepis art. 28 (30) Traktatu wprowadza zakaz stosowania pomiędzy państwami członkowskimi ograniczeń ilościowych w imporcie oraz wszelkiego rodzaju środków mających podobny skutek. Przepis art. 39 (48) dotyczy swobody przepływu pracowników i stanowi, że wprowadzenie tej swobody polega na zniesieniu wszelkiej dyskryminacji pomiędzy pracownikami z państw członkowskich, gdy chodzi o zatrudnienie, wynagrodzenie oraz inne warunki zatrudnienia i wykonywania pracy. Z kolei artykuł 49 (59) wprowadza swobodę świadczenia usług, stanowiąc, iż ograniczenia swobodnego świadczenia usług w obrębie Wspólnoty przez obywateli państw członkowskich przebywających w innym państwie niż odbiorcy usługi będą stopniowo znoszone. Fakt naru-

szenia tych przepisów był bezsporny dla rządu duńskiego, który twierdził jednak, że kwestionowaną „klauzulę duńską” usunął z ogólnych warunków zamówienia jeszcze przed podpisaniem umowy w sprawie zamówienia. Trybunał uznał jednak, że nie zmienia to faktu, że postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia było prowadzone w oparciu o klauzule, które były niezgodne z prawem wspólnotowym, oraz które, ze względu na swoją naturę, mogły mieć wpływ na skład podmiotów ubiegających się o zamówienie. Usunięcie tej klauzuli w ostatniej fazie postępowania nie może być uznane, zdaniem Trybunału, za wystarczające aby nie uznać, iż nastąpiło naruszenie prawa wspólnotowego. Rząd duński przyjął na siebie wprawdzie wszelką odpowiedzialność za skutki takiego naruszenia, Trybunał uznał jednak, że:

w przypadku postępowania toczącego się w trybie art. 226 (169), to wyłącznie Trybunał decyduje czy nastąpiło domniemane niedopełnienie zobowiązań, nawet jeżeli państwo, przeciwko któremu toczy się postępowanie uznaje swoją winę. W przeciwnym razie, jak konkluduje Trybunał dane państwo miałyby swobodę na dowolnym etapie postępowania przyznać się do niewywiązania się z tych zobowiązań i zakończyć postępowanie przed sądowym ustaleniem, czy rzeczywiście doszło do naruszenia oraz podstaw odpowiedzialności za nie.

Naruszenie zasad równego traktowania wykonawców

Kolejny zarzut dotyczył naruszenia zasady równego traktowania wykonawców. W ogólnych warunkach zamówienia znajdowała się klauzula określająca warunki organizowania alternatywnych przetargów dla projektów zastępujących trzy różne projekty mostu. Zgodnie z tymi warunkami cena przetargowa dla projektu alternatywnego powinna się opierać na założeniu, że wykonawca zobowiąże się wykonać szczegółowe projekty, które następnie przedstawi zamawiającemu do zatwierdzenia oraz że przyjmie na siebie pełną odpowiedzialność za projekt i jego wykonanie. Warunek ten przewidywał dalej, że oferent powinien liczyć się z ryzykiem różnych zmian ilościowych i powinien określić cenę przewidując możliwość jej obniżenia w przypadku przyjęcia przez zamawiającego szczegółowego projektu. Do złożenia ofert zostało zaproszonych kilka międzynarodowych konsorcjów, wśród nich grupa ESG, która złożyła alternatywną ofertę na budowę mostu betonowego. Storebaelt rozpoczął rozmowy z różnymi oferentami celem porównania i oceny złożonych ofert. Po dokonaniu wyboru ofert Storebaelt prowadził następnie rozmowy z ESG, które doprowadziły ostatecznie do podpisania z nim umowy w sprawie zamówienia. Komisja wnosząc sprawę do Trybunału domagała się uznania, że Dania nie wykonała swoich zobowiązań. Ponieważ Storebaelt prowadził negocjacje z ESG zakończone podpisaniem umowy, zmieniającej warunki oferty, faworyzując jednego z oferentów i odnosząc się w szczególności do kryteriów cenowych. Zdaniem Komisji takie postępowanie było sprzeczne z zasadą równego traktowania wykonawców, która nie była wprawdzie *expressis verbis* wyrażona w Dyrektywie 71/305, ale była podstawową zasadą udzielania zamówień. Rzecznik Tesauro, odnosząc się do tego zarzutu, zauważył, że brak przepisu ustanawiającego taką zasadę, wcale nie oznacza, że nie ma ona zastosowania. Wprost przeciwnie, w postępowania

niu o udzielenie zamówienia, jak w każdych zawodach, wszyscy uczestnicy powinni mieć zagwarantowane równe prawa, a równe traktowanie oferentów jest „prawdziwą istotą takich procedur”⁹⁹. Trybunał zgodził się z Komisją oraz z rzecznikiem uznając, że wprawdzie zasada równego traktowania wykonawców nie jest nigdzie wprost wymieniona, to jednak można ją wyinterpretować z preambuły do dyrektywy. Z brzmienia punktu dziewiątego preambuły wynika, że jednym z jej celów jest zapewnienie rozwoju skutecznej konkurencji w zakresie zamówień publicznych. Ponadto Dział IV dyrektywy określa z kolei kryteria kwalifikacji i wyboru ofert, zapewniające konkurencję¹⁰⁰.

Do stwierdzenia czy dopuszczalne było prowadzenie negocjacji z ESG konieczne było ustalenie, czy zasada równego traktowania wykonawców uniemożliwiła Storebaelt rozważenie oferty ESG. Zasada równego traktowania wykonawców wyraża się również w tym, że wszystkie dopuszczone oferty powinny być zgodne z warunkami przetargowymi, tak aby możliwe było ich obiektywne porównanie. Przepis art. 11 dyrektywy zezwalał oferentowi, tam gdzie istniała możliwość przedstawiania różnych wersji projektu, na korzystanie z metody wyceny robót, różniącej się od tej jaka jest stosowana w kraju, w którym organizowany jest przetarg, pod warunkiem jednak, że oferta jest zgodna z warunkami przetargowymi. Zdaniem Trybunału zasada równego traktowania oferentów, w tym przypadku oznaczająca, że oferty powinny być zgodne z warunkami przetargu, winna być w pełni przestrzegana. Tymczasem oferta złożona przez ESG nie była zgodna z warunkami, ponieważ nie uwzględniała wymogu wykonania szczegółowego projektu i przyjęcia odpowiedzialności za niego, zarówno w odniesieniu do planów jak i ich wykonania, jak również przyjęcia ryzyka zmian ilościowych. Ponieważ zamawiający prowadził negocjacje z oferentem, którego oferta nie spełniała warunków przetargu Trybunał uznał, że Dania nie wypełniła również swoich zobowiązań z tytułu Dyrektywy 71/305.

Na marginesie tych rozważań należy zauważyć, że obecnie zasada równego traktowania oferentów jest, *expressis verbis*, wyrażona w dyrektywach dotyczących zamówień publicznych – art. 5 ust. 7 Dyrektywy Rady 93/36/EEC koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy, w art. 6 ust. 6 Dyrektywy Rady 93/37/EEC o koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane oraz w art. 3 ust. 2 Dyrektywy 92/50 koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych na usługi.

Niedopuszczalność zmiany zakresu zarzutów

Ostatnią z kwestii, jakimi zajął się Trybunał (w rzeczywistości kwestia ta pojawia się na samym początku orzeczenia) była kwestia dopuszczalności zmiany powództwa w stosunku do zarzutów podnoszonych najpierw w pierwszym piśmie w sprawie a następnie w umotywowanej opinii. Zgodnie z ustalonym orzecznictwem Trybunału przedmiot postępowania jest określany przez wstępne postępowania. Przedmiot ten nie może być stopniowo rozszerzany, państwo członkowskie powinno mieć bowiem możliwość przedstawienia swojej opinii. Innymi słowy, Komisja nie może wystąpić z nowymi zarzutami, których nie przedstawiła w pierw-

⁹⁹ Patrz opinia Rzecznika Tesauro, par. 18

¹⁰⁰ Patrz par. 33

szym piśmie w sprawie naruszenia a następnie w umotywowanej opinii. W interesującej nas sprawie Komisja wnosząc powództwo zastrzegła sobie prawo do uzupełnienia, w zależności od potrzeby, dwóch jego podstaw prawnych i rzeczywiście wprowadziła takie zmiany do żądania, z którym występowała. Te zmienione zarzuty, biorąc pod uwagę ich niedopuszczalność, nie były zatem przedmiotem rozważań Trybunału, który zajął się tylko zarzutami podniesionymi w piśmie „ostrzegawczym” oraz umotywowanej opinii, pokrótce przedstawionymi we dwóch wcześniejszych punktach.

2.13 SPRAWA C-296/92 KOMISJA PRZECIWKO REPUBLICIE WŁOSKIEJ

– *niedopuszczalność zmiany zakresu zarzutów, oddalenie powództwa Komisji*

Sprawa została wniesiona w trybie określonym w art. 226 (169) Traktatu. Orzeczenie w niej wydane jest o tyle interesujące, że Trybunał oddalił wniosek Komisji, uznając, iż zakres powództwa wniesionego w trybie art. 226 (169) określa skierowana jeszcze w fazie przedprocesowej umotywowana opinia i nie może on być później rozszerzany. Komisja wnosząc sprawę do Trybunału występowała o stwierdzenie, że władze włoskie poprzez zezwolenie władzom administracyjnym jednej z prowincji na udzielenie zamówienia nie dopełniły swoich zobowiązań wynikających z Dyrektywy 71/305 koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane. Władze prowincji Ascoli udzieliły przedsiębiorstwu, wykonującemu uprzednio roboty związane z budową trasy szybkiego ruchu, zamówienia na roboty dodatkowe bez opublikowania ogłoszenia o tym zamówieniu. Komisja uznała, że zamówienia te mieszczą się w zakresie przedmiotowym Dyrektywy 71/305 i nie spełniają warunków żadnego z wyjątków określonych w art. 9, a zatem ogłoszenie o tym zamówieniu powinno zostać opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich. Zgodnie z procedurą określoną w art. 226 (169) Komisja wystosowała do rządu włoskiego pierwsze pismo wzywające do przedstawienia jego opinii w sprawie. Nie otrzymawszy odpowiedzi Komisja wystąpiła następnie z umotywowaną opinią, w której stwierdzała, że Republika Włoch nie dopełniła obowiązków wynikających z Dyrektywy 71/305 i wezwała rząd włoski do zastosowania się do tej opinii w przeciągu dwóch miesięcy. Ponieważ odpowiedź zawierająca wyjaśnienia wydała się Komisji nie wystarczająca, wniosła ostatecznie sprawę do Trybunału. Rozpatrując powyższą sprawę Trybunał zauważył, iż zakres żądań pozwu jest nieco inny aniżeli umotywowanej opinii. W umotywowanej opinii Komisja twierdziła, że Włochy nie wypełniły swoich obowiązków wynikających z Dyrektywy 71/305, ponieważ władze administracyjne prowincji Ascoli zleciły wykonanie przedmiotowych robót bez opublikowania ogłoszenia. W pozwie z kolei Komisja domagała się uznania przez Trybunał, że Włochy nie dopełniły swoich obowiązków przez umożliwienie władzom administracyjnym postępowania w sposób naruszający przepisy dyrektyw i nie powzięcie kroków uniemożliwiających powstanie skutków prawnych takiego postępowania. Trybunał uznał wprawdzie, iż każde państwo członkowskie jest odpowiedzialne za naruszenie prawa wspólnotowego przez którykolwiek z jego organów, pozew zawierał jednak inne zarzuty aniżeli umotywowana opinia. W konsekwencji powództwo Komisji zostało oddalone.

2.14 SPRAWA C-328/92 KOMISJA PRZECIWKO KRÓLESTWU HISZPANII

– nieuzasadnione skorzystanie z procedury negocjacyjnej bez publikacji ogłoszenia

Wprowadzenie – stan faktyczny i prawny

Sprawa dotyczyła powództwa wniesionego w trybie art. 226 (169) o uznanie przez Trybunał, że Królestwo Hiszpanii nie dopełniło swoich zobowiązań wynikających z Dyrektywy 77/62 koordynującej procedury udzielania zamówień na dostawy. Zdaniem Komisji naruszenie to miało polegać, po pierwsze na obowiązywaniu w Hiszpanii przepisów dotyczących ubezpieczeń społecznych zawierających wymóg, ażeby władze administracyjne udzielały zamówień publicznych na dostawy środków farmaceutycznych instytucjom ubezpieczeń społecznych na drodze procedury negocjacyjnej, po drugie na udzielaniu prawie wszystkich zamówień na dostawy tych środków bez publikowania ogłoszeń w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich. Zamówienia publiczne w Hiszpanii regulowane są obecnie przez „Ley de Contratos del Estado” ustawę o zamówieniach publicznych, w skrócie zwaną dalej „LCE” oraz Reglamento General de Contratacion del Estado” – Ogólne przepisy prawne dotyczące zamówień publicznych dalej zwane „RGCE”. Spod zakresu działania LCE wyłączone były „umowy wyraźnie wyłączone z mocy ustawy”. Wyłączenie dotyczyło między innymi zakupu środków farmaceutycznych i specjalistycznych produktów medycznych zamawianych przez szpitale – zakup ten regulowany był odrębnymi przepisami, które wymagały od administracji ubezpieczeń społecznych zakupu bezpośrednio od producenta tych środków farmaceutycznych, które miały być używane w poszczególnych instytucjach tego ubezpieczenia. W oparciu o tę podstawę prawną została zawarta umowa pomiędzy organem administracji a producentem lekarstw. Komisja dowiedziawszy się o zawarciu umowy oraz o hiszpańskich przepisach wniosła sprawę do Trybunału, domagając się uznania, że zostały w ten sposób naruszone przepisy Dyrektywy 77/62.

Naruszenie Dyrektywy 77/62

W postępowaniu wszczętym w wyniku wniosku Komisji rząd hiszpański utrzymywał, że przepisy Dyrektywy 77/62 nie dotyczą dostaw środków farmaceutycznych i specjalistycznych produktów medycznych dla instytucji ubezpieczenia społecznego. Zdaniem rządu hiszpańskiego rynek produktów medycznych jest regulowany w dużym stopniu przez przepisy prawa wspólnotowego i prawo hiszpańskie odnosi się właśnie do restrykcji wynikających z samych regulacji wspólnotowych. W szczególności dotyczy to Dyrektywy Rady 89/105/EEC z 21 grudnia 1988 r. dotyczącej przejrzystości czynników regulujących ceny produktów medycznych stosowanych w leczeniu ludzi i ich włączanie w krajowe systemy ubezpieczenia zdrowotnego. Odnosząc się do wskazanych argumentów Trybunał w pierwszej kolejności przypomniał swoje wcześniejsze orzeczenia (patrz sprawa C-71/92 Komisja przeciwko Hiszpanii ECR 1993 str. I-5923), z których wynika, że jedynymi dopuszczalnymi wyjątkami od stosowania przepisów Dyrektywy 77/62, są przypadki wprost w niej wymienione. Wśród wyłączeń od stosowania Dyrektywy 77/62, określonych w art. 2 ust. 2 oraz w art. 3, nie ma mowy o zamówieniach dotyczących środków farmaceutycznych i specjalistycznych produktów medycznych. Ponadto żadne z tych wyłączeń nie ma związku z typem produktu lub z zasadami stosowanymi w stosunku do niego. Uzasadniając wybór procedury negocjacyjnej w omawianym przypadku rząd hiszpański powoływał się na przepis art. 6 ust. 1 pkt (b) i (d)

dyrektywy. Przepis art. 6 wymienia szereg sytuacji, w których zamawiający może udzielić zamówienia w trybie procedury negocjacyjnej bez wcześniejszego opublikowania ogłoszenia o zamówieniu. Interesujące nas przepisy stanowią, że niepublikowanie ogłoszenia dopuszczalne jest: „w sytuacjach... gdy z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, dostarczane produkty mogą być wytwarzane lub dostarczane tylko przez jednego dostawcę” (tak pkt (b)) lub „jeżeli w sytuacji niezbędnej konieczności, ze względu na wyjątkowo pilny charakter sprawy, związany z wydarzeniami, których zamawiający nie mogli przewidzieć, nie mogą być przestrzegane terminy, przewidziane dla procedur – otwartej, ograniczonej lub negocjacyjnej, o których mowa w art. 4 ust. 1 i 2”. Ponieważ przepis ten przewiduje wyjątki od stosowania ogólnych zasad dyrektywy, wyjątki te, zdaniem Trybunału, powinny być interpretowane w sposób ścisły, zaś ciężar udowodnienia istnienia tych okoliczności uzasadniających dany wyjątek spoczywa na osobie, która się na nie powołuje. Dla możliwości skorzystania z art. 6 ust. 1 pkt (b) nie wystarczy, aby środki medyczne były chronione prawami wyłącznymi, musi być jeszcze spełniona druga część przepisu tzn. muszą to być produkty, które są wytwarzane lub dostarczane tylko przez jednego określonego dostawcę. Odnosi się to jedynie do sytuacji, kiedy dla danych środków farmaceutycznych i specjalistycznych produktów medycznych nie ma konkurencji na rynku. W żadnym razie przepis ten nie może uzasadniać powszechnego korzystania z procedury negocjacyjnej. Trybunał uznał, że nie są spełnione również przesłanki z art. 6 ust. 1 pkt (b). Nawet jeżeli lekarze mają prawo do przepisywania każdego rodzaju leku, i w rezultacie może nagle powstać większe zapotrzebowanie na dane lekarstwo, nie jest to uzasadnieniem założenia, że w każdej sytuacji konieczne jest skorzystanie z procedury negocjacyjnej. Jak zauważył Trybunał, nawet przy założeniu, że został spełniony wymóg „wyjątkowo pilnego charakteru sprawy” przepis art. 6 ust. 1 pkt (d) nie musiałby mieć zastosowania. W przepisie tym wymienione są jeszcze dwie inne przesłanki, ale tylko jednoczesne zaistnienie wszystkich trzech okoliczności uzasadnia powoływanie się na przepis.

2.15 SPRAWA C-331/92 GESTIÓN HOTELERA INTERNATIONAL S. A. („GESTIÓN HOTELERA”)

– *zamówienia, których przedmiotem są równocześnie dostawy i roboty budowlane, zamówienia „mieszane”*

Sprawa została wniesiona w trybie art. 234 (177) Traktatu. Pytania skierowane do Trybunału pojawiły się podczas toczącego się przed hiszpańskim sądem postępowania dotyczącego dwóch zamówień publicznych. Przedmiotem pierwszego z nich było przyznanie koncesji na urządzenie i otwarcie salonu gier na terenie hotelu w Las Palmas, drugiego zaś użytkowanie urządzeń hotelowych i prowadzenia działalności hotelarskiej. Warunki przetargu dotyczącego przyznania prawa do użytkowania hotelu i prowadzenia działalności hotelarskiej stanowiły, że w postępowaniu o zamówienie mogą się ubiegać tylko ci wykonawcy, którzy skutecznie uczestniczyli w przetargu o koncesję na otwarcie i urządzenie salonu gier. W postępowaniu toczącym się przed sądem hiszpańskim, Gestión Hotelera, który był dzierżawcą hotelu w chwili trwania procedury przetargowej, wnioskował o unieważnienie ogłoszenia o zamówieniu oraz udzielonego w międzyczasie zamówienia. Wniosek ten był uzasadniany tym, że zgodnie z warunkami przetargu oferent uzyskujący zamówienie zobowiązany był wykonać prace renowacyjne w kasynie i hotelu, zaś ogłoszenie o zamówieniu powinno zostać opublikowane w Dzienniku

Urzędowym Wspólnot Europejskich, zgodnie z przepisami Dyrektywy 71/305 koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane. Sąd hiszpański zwrócił się do Trybunału o wydanie orzeczenia w kwestii, czy zamówienie „mieszane” na roboty budowlane i przyznanie własności mieści się w zakresie pojęcia „zamówienie publiczne na roboty budowlane” i czy w przypadku odpowiedzi pozytywnej na to pytanie zamawiający ma obowiązek publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich.

Należy zauważyć, że zgodnie z art. 1 pkt (a) Dyrektywy 71/305 koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane przez zamówienie publiczne na roboty budowlane rozumie się zamówienia o charakterze majątkowym, zawierane w formie pisemnej pomiędzy wykonawcą robót, a zamawiającym zdefiniowanym dalej w pkt (b). Zatem przedmiotem zamówienia musiała być ponadto jedna z czynności wymienionych w art. 2 Dyrektywy Rady 71/304/EEC z 26 lipca 1971 r. dotyczącej zniesienia ograniczeń swobodnego świadczenia usług w zakresie zamówień publicznych na roboty budowlane oraz ograniczeń udzielania zamówień publicznych na wykonanie robót budowlanych udzielanych wykonawcom działającym za pośrednictwem agencji lub oddziałów. Na liście czynności, stanowiącej załącznik do powyższej dyrektywy, wymienione były również prace związane z budownictwem. Trybunał dokonując analizy dwóch zamówień, o których mowa, zauważył, że celem ich było, po pierwsze urządzenie i otwarcie kasyna, po drugie prowadzenie hotelu. Tak więc zamówienia owe nie były objęte zakresem Dyrektywy 71/305. Jak zauważył Trybunał, dokumentacja zamówień nie zawierała żadnego wykazu robót, jakie miały być wykonane w celu urządzenia i otwarcia kasyna, brak było wzmianki o wynagrodzeniu za roboty, wreszcie z warunków przetargu nie wynikało, że wybrany oferent musiałby wykonywać prace sam. Zdaniem Trybunału, kwestia czy zamówienie mieszane obejmujące zarówno wykonanie robót jak i przekazanie własności jest objęte zakresem Dyrektywy 71/305 powinna być rozstrzygnięta przez sąd krajowy. Trybunał jednak udzielił sądowi pewnych wskazówek. Przede wszystkim, jeżeli roboty, które miały być wykonywane w hotelu i kasynie mają charakter jedynie incydentalny w stosunku do przekazania własności, to zamówienie takie nie powinno być uznane za zamówienie na roboty budowlane. Za takim wnioskiem przemawia ponadto pkt 16 preambuły do Dyrektywy 92/50 o koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi, zgodnie z którym, aby zamówienie publiczne było zamówieniem na roboty budowlane jego przedmiotem musi być wykonanie określonych prac. Jeżeli jednak prace te są raczej pochodne aniżeli stanowią przedmiot zamówienia, nie uzasadniają one traktowania danego zamówienia, jako zamówienia na roboty budowlane.

Odpowiedź, jakiej udzielił Trybunał sądowi krajowemu na pytanie, jak należy taktować zamówienia mieszane, brzmiała, że zamówienia dotyczące zarówno przekazania własności, jak i wykonania robót nie są objęte dyrektywą, o ile roboty te są raczej pochodną, aniżeli stanowią przedmiot zamówienia. Ostateczna decyzja w tej sprawie, zgodnie z istotą postępowania o wydanie orzeczenia wstępnego pozostawiona została sądowi krajowemu.

Na marginesie należy zwrócić jeszcze uwagę na fakt, że obecnie obowiązująca Dyrektywa 92/50 reguluje w art. 2 kwestię zamówień mieszanych, których przedmiotem są równocześnie towary w rozumieniu dyrektywy o dostawach oraz usługi. W przypadku, gdy wartość usług jest większa aniżeli wartość towarów zastosowanie ma dyrektywa o usługach.¹⁰¹

¹⁰¹ W kwestii zamówień mieszanych na dostawy i usługi patrz również pkt 2.6

2.16 SPRAWA C-389/92 BALLAST NEDAM GROEP NV PRZECIWKO KRÓLESTWU BELGII („BALLAST”)

- *uczestnictwo konsorcjów w postępowaniu o udzielenie zamówienia,*
- *uwzględnianie zasobów należących do podmiotów wchodzących w skład konsorcjum dla celów udzielenia zamówienia.*

Sprawa została wniesiona w trybie art. 177 Traktatu, w związku z postępowaniem toczącym się przed organami belgijskimi. Kwestia, z jaką wystąpiono do Trybunału o wydanie orzeczenia wstępnego, pojawiła się w trakcie sporu pomiędzy Ballast Nedam Groep, przedsiębiorcą holenderskim (dalej zwanym BNG) a Belgią, w związku z odmową przedłużenia wpisu na liście uznanych wykonawców. Decyzja podjęta przez Ministra ds. Robót Publicznych, po wyrażeniu nieprzychylniej dla przedsiębiorcy opinii przez Komitet ds. Rejestracji Wykonawców, oparta była na argumentacji, że BNG, jako firma holdingowa, zrzeszająca przedsiębiorców, z których każdy jest odrębnym podmiotem prawnym, nie wykonuje samodzielnie robót, a celem potwierdzenia swojego doświadczenia i fachowości powołuje się na roboty wykonane przez przedsiębiorstwa wchodzące w skład grupy. Od takiej decyzji BNG odwołał się do belgijskiej Rady Państwa, ta zaś zwróciła się do Trybunału z zapytaniem następującej treści – czy przepisy Dyrektywy 71/305 dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane zezwalają, w przypadku oceny czy dany wykonawca spełnia kryteria zdolności technicznej, na branie pod uwagę jedynie głównej osoby prawnej tworzącej dane konsorcjum, bez uwzględniania pozostałych podmiotów wchodzących w jego skład.

Zarówno BNG, jak i Komisja, która przekazała swoje obserwacje, twierdziły, że podczas rozpatrywania wniosku o rejestrację na liście uznanych wykonawców, złożonego przez główny podmiot danej grupy, przy ocenie spełniania odpowiednich kryteriów tej rejestracji, przepisy dyrektywy zezwalają na uwzględnianie tych firm, które mimo zachowania odrębnej podmiotowości prawnej, wchodzą w skład grupy. Odnosząc się do tej kwestii Trybunał przypomniał najpierw, że celem Dyrektyw 71/304 oraz 71/305 było zapewnienie swobodnego przepływu usług w dziedzinie zamówień publicznych na roboty budowlane. Pierwsza dyrektywa nakłada obowiązek zniesienia ograniczeń w dostępie, udziale i wykonywaniu zamówień publicznych, druga zaś koordynuje procedury udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane. Rozstrzygnięcie kwestii, z jaką wystąpił sąd krajowy, wymagało przede wszystkim odpowiedzi na pytanie: czy przedsiębiorstwo holdingowe może być wykluczone z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, ze względu na niewykonywanie samodzielnie przedmiotowych robót, a jeśli odpowiedź na to pytanie byłaby negatywna, jakie warunki ekonomiczne i techniczne musi spełniać taki wykonawca by móc wziąć w nim udział. Już sam tytuł Dyrektywy 71/305 wskazuje, że zamówienia mogą być udzielane wykonawcom, którzy wykonują roboty budowlane za pośrednictwem agencji lub oddziałów. Ponadto z art. 21 Dyrektywy 71/305 wynika, że oferty mogą być składane przez grupy wykonawców (konsorcja) a zamawiający nie może od takich grup wymagać, aby przed udzieleniem zamówienia przybrały określona formę prawną. W przypadku ogłoszeń o udzielaniu zamówienia w procedurze otwartej art. 16 pkt (k) stanowił jedynie, że w ogłoszeniu o zamówieniu powinna być określona forma prawna, jaką ma przybrać wykonawca, któremu udziela

się zamówienia. Art. 28 dyrektywy dotyczący urzędowych list zatwierdzonych wykonawców stwierdza, że jedynym celem kryteriów kwalifikacji, określonych w art. 23–26 jest zdefiniowanie zasad obiektywnej oceny wykonawców, w szczególności ich sytuacji ekonomiczno-finansowej i zdolności technicznych. Z art. 26 pkt (a) wynika wyraźnie, że dowodem możliwości technicznych wykonawcy może być wykaz personelu technicznego, do którego wykonawca może zwrócić się celem wykonania zamówienia, niezależnie od tego czy należy on do wykonawcy. Trybunał przyznał rację Komisji, zwracającej uwagę, że zamówienie może zostać udzielone nie tylko wykonawcy, który sam wykonuje dane zamówienie. Ponadto w art. 1 Dyrektywy 71/305 w brzmieniu nadanym przez zmieniającą ją Dyrektywę 89/440, przy okazji definicji zamówienia na roboty budowlane, jest mowa o wykonywaniu tego zamówienia „jakimikolwiek środkami”, co sugeruje, że wykonawca który nie dysponuje odpowiednimi środkami, aby sam wykonać zamówienie, może wziąć udział w postępowaniu o jego udzielenie. Odpowiadając na przedłożone pytanie Trybunał stwierdził, że:

przy ocenie spełniania kryteriów, które musi spełniać wykonawca, ubiegający się o wpis na listę uznanych wykonawców, w przypadku kiedy wniosek taki jest złożony przez główny podmiot danej grupy, przepisy Dyrektywy 71/305 zezwalają na branie pod uwagę poszczególnych podmiotów wchodzących w jej skład, nawet jeżeli posiadają one odrębne osobowości prawne. Wnioskodawca taki musi jednak wykazać, że faktycznie może rozporządzać zasobami tych podmiotów, niezbędnymi do wykonania robót. Rolą sądu krajowego jest z kolei ustalenie czy taki dowód został w danej sprawie przedstawiony.

Interesujące, że podczas gdy Trybunał pozostawiał do rozstrzygnięcia sądowi krajowemu, w indywidualnych przypadkach, kwestię ustalenia, czy rzeczywiście dominujący podmiot w grupie dysponuje zasobami podporządkowanych mu spółek, rzecznik Gulmann sugerował odpowiedź, że zawsze ilekroć dana spółka jest w posiadaniu 100% udziałów podległych jej spółek i ma wpływ na podejmowane przez nie decyzje, należy uznać, iż dysponuje ona ich zasobami.¹⁰²

2.17 SPRAWA C-272 KOMISJA PRZECIWKO REPUBLICE WŁOSKIEJ

- *nieopublikowanie ogłoszeń o zamówieniu,*
- *nierówne traktowanie wykonawców.*

Wprowadzenie – stan faktyczny – zarzuty Komisji

Sprawa została wniesiona przez Komisję w trybie art. 226 (169) Traktatu z wnioskiem o wydanie orzeczenia, że Włochy nie wywiązały się ze swoich zobowiązań wynikających z prawa wspólnotowego na skutek naruszenia kilku postanowień Traktatu oraz dyrektywy o dostawach. Sprawa ta została wniesiona w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia na dostawę zintegrowanego systemu komputerowego umożliwiającego działalność loterii oraz nieopublikowaniem ogłoszeń o zamówieniu, udzielonym przez włoskie Ministerstwo Finansów. Ministerstwo to najpierw nie opublikowało wstępnego ogłoszenia o planowanych

¹⁰² Patrz par. 35 opinii rzecznika (ECR 1994 str. I-1289)

zamówieniach a następnie w zaproszeniu do przetargu na koncesję na system komputerowy obsługujący loterię ograniczyło udział wyłącznie do organów, przedsiębiorstw i konsorcjów, których kapitał jest własnością sektora publicznego. Komisja uznała to za naruszenie przepisów art. 28 (30), 43 (52) i 49 (59) Traktatu oraz art. 9 i art. 17–25 Dyrektywy Rady 77/62/EEC z dnia 21 grudnia 1976 r. koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy. Po przeprowadzeniu postępowania z art. 226 (169) Traktatu Komisja wniosła ostatecznie sprawę do Trybunału.

Naruszenie art. 43 (52) i 49 (59) Traktatu

Zdaniem Komisji poprzez wymóg uczestnictwa, w przetargu na koncesję na system komputerowy obsługujący loterię, tylko i wyłącznie do podmiotów, których kapitał jest bezpośrednio lub pośrednio w posiadaniu publicznym lub państwa, doszło do naruszenia zasad wynikających z art. 43 (52) i 49 (59) Traktatu. Komisja twierdziła, że jest to przykład stosowania ograniczenia, który został uznany przez Trybunał za niezgodny z prawem wspólnotowym w sprawie C-3/88 Komisja przeciwko Republice Włoskiej¹⁰³. W tej ostatniej sprawie włoskie przepisy przewidywały możliwość zawierania umów na rozbudowę systemów przetwarzania danych tylko dla podmiotów, w których większość kapitału jest w własnością publiczną lub państwa. Broniąc się przed zarzutem naruszenia prawa wspólnotowego rząd włoski utrzymywał, że w przypadku omawianym poniżej zamówienie dotyczyło koncesji, w ramach której zamawiający powierza osobom trzecim wykonywanie działań przypisywanym władzom publicznym, mającym związek z organizacją, weryfikacją i certyfikacją loterii, które to czynności zgodnie z prawem włoskim podlegają organom państwowym. Rząd włoski powoływał się tutaj na art. 45 (55) Traktatu, stanowiący, że art. 43 (52) i 49 (59) nie mają zastosowania do czynności, związanych z wykonywaniem władzy urzędowej w państwach członkowskich. Rozpatrując ten zarzut, oraz argumentację pozwanego, Trybunał odniósł się do opinii rzecznika generalnego, który wykazywał, że koncesja na komputeryzację loterii dotyczy pomieszczeń, dostaw, instalacji, utrzymania, obsługi i transmisji danych oraz wszystkich innych czynności, potrzebnych do funkcjonowania loterii. W przypadku owych czynności nie dochodzi do przeniesienia odpowiedzialności na koncesjonariusza: punkty loteryjne były w dalszym stopniu odpowiedzialne za przyjmowanie losów, terminal obsługiwany przez koncesjonariusza miał za zadanie jedynie rejestrację, automatyczne sprawdzenie i transmisje danych, które to czynności wynikały z działań podejmowanych przez osobę zarządzającą takim punktem; wreszcie ciągnięcie losów podlegało specjalnym organom państwowym, odpowiedzialnym za sprawdzanie i uznawanie wygranych; zatwierdzanie i wypłata nagród należały do organów administracji publicznej. Trybunał nie dopatrzył się także uczestnictwa koncesjonariusza w sprawowaniu władzy publicznej. W konsekwencji Trybunał uznał, że doszło do naruszenia art. 43 (52) i 49 (59). Usługi świadczone przez koncesjonariusza systemu komputerowego do obsługi loterii nie różnią się od czynności wynikających z zamówienia na rozbudowę systemu przetwarzania danych (sprawa C-3/88)¹⁰⁴, a zatem również i omawianym przypadku doszło do naruszenia art. 43 (52) i 49 (59) Traktatu.

¹⁰³ Patrz pkt 2.6 oraz 3.6 opracowania

¹⁰⁴ Patrz pkt 2.6 oraz 3.6 opracowania

Naruszenie art. 28 (30) Traktatu

Komisja twierdziła również, że wymóg własności publicznej w odniesieniu do podmiotów ubiegających się o zamówienie stanowi naruszenie art. 28 (30) Traktatu, wyłącza bowiem z udziału w postępowaniu przedsiębiorstwa z innych państw członkowskich, które nie mogą oferować swoich systemów komputerowych i oprogramowania. Skutkiem tego ograniczenia miało być, zdaniem Komisji to, że produkty pochodzące z innych państw członkowskich są dyskryminowane w porównaniu z produktami wytwarzanymi we Włoszech. Odnosząc się do podniesionego zarzutu Trybunał uznał jednak, że nie jest on dostatecznie uzasadniony. Komisja nie wykazała w szczególności, iż w przypadku wyłączenia z udziału w przetargu z przedsiębiorstw zagranicznych, wybrany oferent nie mógł jednak użyć do instalacji tego systemu komputerowego produktów pochodzących z innych państw członkowskich. Zgodnie bowiem z orzecznictwem Trybunału, pierwsze pismo w sprawie naruszenia oraz umotywowana opinia powinny zawierać wystarczające uzasadnienie zarzutów tak, by państwo członkowskie miało dostateczne możliwości przygotowania się do obrony¹⁰⁵. Zarzut naruszenia art. 28 (30) został więc oddalony przez Trybunał.

Naruszenie przepisów dyrektywy o dostawach

Naruszenie przepisów Dyrektywy 77/62 koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy miało polegać na nieopublikowaniu właściwych ogłoszeń o zamówieniach. Zgodnie art. 9¹⁰⁶ dyrektywy zamawiający zobowiązani byli podać do wiadomości w ogłoszeniu o planowanych zamówieniach, najszybciej jak to możliwe po rozpoczęciu ich roku budżetowego, całkowitą wartość zamówień na poszczególne grupy produktów, których zamierzali udzielić w ciągu najbliższych 12 miesięcy, jeżeli wartość szacunkowa tych zamówień wynosiła co najmniej 750.000 ECU. Ponadto z art. 9 ust. 2 i 4 wynikał jeszcze obowiązek opublikowania przez zamawiającego ogłoszenia o zamówieniu udzielanym w trybie procedury otwartej, ograniczonej oraz negocjacyjnej z wcześniejszą publikacją ogłoszenia. W omawianej sprawie miało również dojść do naruszenia art. 17–25¹⁰⁷ dyrektywy, dotyczących kryteriów kwalifikacji. Odnosząc się do tych zarzutów rząd włoski utrzymywał, że przytoczone wyżej przepisy nie mają zastosowania, ponieważ zamówienie nie dotyczy dostawy określonych towarów, ale koncesji dla osób trzecich na wykonywanie pewnych działań, stanowiących część czynności związanych z wykonywaniem władzy publicznej. Trybunał odnosząc się do przedstawionej argumentacji uznał, że wprowadzenie zintegrowanego systemu komputerowego nie wymaga przeniesienia odpowiedzialności na koncesjonariusza, a zamówienie dotyczy dostawy pewnych towarów. Zgodnie bowiem z art. 2 Dyrektywy 88/295, która zmieniła Dyrektywę 77/62, ta ostatnia dotyczy umów, których przedmiotem jest kupno, kupno na raty, dzierżawa lub leasing z opcją lub bez opcji zakupu towarów. Zdaniem rzecznika generalnego celem tej zmiany było dążenie do włączenia do zakresu dyrektywy wszystkich tych dostaw, które niekoniecznie stają się własnością organów państwowych. Zamawiający miał zatem obowiązek opublikowania właściwych ogłoszeń. Doszło zatem do naruszenia przepisu art. 9 dyrektywy. Co się tyczy art. 17–25 Trybunał uznał, że zawierają one wyczer-

¹⁰⁵ Patrz pkt 2.14 oraz 3.14 opracowania

¹⁰⁶ Obecnie art. 9 dyrektywy 93/36

¹⁰⁷ Obecnie art. 15–25 dyrektywy 93/36

pującą listę kryteriów kwalifikacji i udzielania zamówień i nie przewidują ograniczenia uczestnictwa w przetargu do podmiotów, których kapitał jest w większości w posiadaniu publicznym. A zatem również i w tym zakresie doszło do naruszenia przepisów Dyrektywy 77/62.

2.18 SPRAWA C-143/94 KOMISJA PRZECIWKO REPUBLICIE WŁOSKIEJ

- *postępowanie z rażąco niskimi ofertami,*
- *wyjątki od obowiązku badania rażąco niskich ofert*

Sprawa została wniesiona w trybie określonym w art. 234 (177) Traktatu czyli o wydanie orzeczenia wstępnego w toczącym się przed sądem krajowym postępowaniu. Orzeczenie wydane w tej sprawie jest jednym z kilku publikowanych w niniejszym zbiorze orzeczeń, dotyczących postępowania z ofertami zawierającymi rażąco niską cenę, porusza jednak nie omawiane dotychczas zagadnienie. Włoski sąd administracyjny zwrócił się do Trybunału z wnioskiem o wydanie orzeczenia wstępnego w sprawie interpretacji art. 29 ust. 5 Dyrektywy 71/305 koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane. Przepis ten dotyczy postępowania z ofertami zawierającymi rażąco niską cenę i nakłada na zamawiającego, przed podjęciem decyzji o odrzuceniu takiej oferty, obowiązek przeprowadzenia weryfikacji istotnych jej elementów¹⁰⁸. Ostatni punkt tegoż przepisu, nie mający swojego odpowiednika w obecnie obowiązującej Dyrektywie 93/37, umożliwiał odstępstwo od stosowania tej zasady, stanowiąc, że „... do końca 1992 r., o ile obowiązujące prawo kraju na to zezwala, zamawiający może wyjątkowo, nie stosując żadnej dyskryminacji z powodów narodowościowych, odrzucić oferty rażąco niskie, nie będąc zobowiązanym do stosowania procedury określonej w pierwszym punkcie tego ustępu, o ile liczba takich ofert dla poszczególnego zamówienia jest tak duża, że zastosowanie tej procedury prowadziłyby do znacznego opóźnienia i groziłyby interesowi publicznemu.” Przepis ten nakładał dalej obowiązek publikowania specjalnego ogłoszenia o skorzystaniu z owej wyjątkowej procedury. Omawiany przepis został wdrożony do włoskiego porządku prawnego poprzez przepis przewidujący, iż do końca grudnia 1992 r. zamawiający ma prawo do automatycznego odrzucenia ofert, które wydają się rażąco niskie.

W postępowaniu w sprawie odwołania wniesionego przez firmę Furlanis, od decyzji o odrzuceniu takiej właśnie oferty, pojawiła się kwestia jak należy interpretować datę 31 grudnia 1992 r., tzn. czy przepis ten ma zastosowanie tylko do postępowań zakończonych przed tą datą, czy też także do postępowań, w przypadku których opublikowano ogłoszenie o zamówieniu przed 31 grudnia 1992 r. Ten ostatni pogląd był reprezentowany przez rząd włoski. Z kolei Komisja oraz Furlanis utrzymywały, że ponieważ wskazany przepis stanowi pewien wyjątek od ogólnych reguł powinien być interpretowany ściśle, jako odnoszący się do postępowań faktycznie zakończonych przed datą 31 grudnia 1992 r. Trybunał przypomniał, iż przedmiotowy przepis stanowi, iż zamawiający mogą do końca 1992 r. odrzucić oferty rażąco niskie bez przeprowadzenia odpowiedniego postępowania weryfikacyjnego. Przepis ten ma więc zastosowanie do decyzji o wyborze oferty nie zaś do czynności takich jak opublikowanie ogłoszenia, poprzez które wszczyna się postępowanie o udzielenie zamówienia. Za interpretacją taką przemawia sama systematyka dyrektywy – przepis o odrzuceniu ofert znajduje

¹⁰⁸ Patrz również pkt 2.5

się w rozdziale zatytułowanym „kryteria kwalifikacji”, dotyczącym ostatniej fazy postępowania. Trybunał przyznał rację Komisji oraz Furlanisowi, uznając, iż przedmiotowy przepis ma zastosowanie wyłącznie do postępowań faktycznie zakończonych przed końcem 1992 r. Za taką interpretacją przemawiał, zdaniem Trybunału, jeszcze jeden argument – przepis ten został wprowadzony do dyrektywy na wniosek jednego z państw członkowskich, które sygnalizowało pewne trudności wynikające z jego systemu prawnego.

2.19 SPRAWA C-324/93 KRÓLOWA PRZECIWKO MINISTROWI SPRAW WEWNĘTRZNYCH

Poruszone kwestie:

- *zastosowanie art. 30 Traktatu do importu diamorfiny,*
- *interpretacja art. 234 Traktatu – Traktat a sprzeczne z nim umowy międzynarodowe,*
- *pewność dostaw, jako kryterium wyboru najkorzystniejszej ekonomicznie oferty.*

Sprawa została wniesiona w trybie art. 177 Traktatu przez brytyjski sąd, który zwrócił się do Trybunału z pytaniami dotyczącymi interpretacji kilku przepisów Traktatu oraz dyrektywy o dostawach. Problem interpretacji tych przepisów pojawił się trakcie postępowania wszczętego przez dwie firmy farmaceutyczne Evans oraz McFarlan przeciwko Sekretarzowi Stanu w Ministerstwie Spraw Wewnętrznych w związku z zezwoleniem na import diamorfiny (środka będącego pochodną opium, stosowanego do znieczulania) udzielonego firmie Generics. Zgodnie z ustawodawstwem brytyjskim import diamorfiny był przez jakiś czas zabroniony, chyba że wyraził na niego zgodę Minister Spraw Wewnętrznych, zwany dalej Ministrem. Równocześnie import leków odurzających objęty był Jednolitą konwencją o lekach odurzających obowiązującą w przypadku Wielkiej Brytanii od 1964 r. Konwencja ta nakładała na państwa sygnatariuszy obowiązek podejmowania wszelkich działań, jakie mogłyby być konieczne celem ograniczenia produkcji, eksportu, importu, dystrybucji, handlu oraz posiadania leków odurzających wyłącznie do celów naukowych i medycznych. W Wielkiej Brytanii stosownie do tej konwencji import diamorfiny był zabroniony a dwie firmy posiadały wyłączność na wytwarzanie oraz przetwarzanie powyższego produktu. Ograniczenie uzasadniano obawą przed przeniknięciem specyfiku do nielegalnego handlu. O uzyskanie licencji na import diamorfiny ubiegała się firma Generics, ale jej wniosek został odrzucony. Po uzyskaniu w końcu takiego zezwolenia Generics wniosła sprawę do sądu domagając się wydania orzeczenia, że poprzednia decyzja odmowna pozostawała w sprzeczności z art. 28 (30) Traktatu i nie znajdowała swoich podstaw w jego art. 30 (36). Art. 28 (30) Traktatu, w brzmieniu obowiązującym w momencie wszczęcia postępowania, stanowił, że bez naruszenia dalszych przepisów Traktatu, w obrotach pomiędzy państwami członkowskimi zabronione są ograniczenia ilościowe w imporcie oraz wszelkie podobne im w skutkach środki. Z kolei art. 30 (36) przewidywał pewne wyjątki od tej zasady, dopuszczając wprowadzenie ograniczeń, jeżeli są one uzasadnione m. in. względami moralności publicznej, porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego oraz ochrony życia i zdrowia ludzi. Dla pełniejszego obrazu stanu prawnego istotnego dla sprawy konieczne jest przytoczenie treści art. 307 (234) Traktatu, zgodnie z którym postanowienia Traktatu nie naruszają praw i obowiązków wynikających z umów zawartych przed jego wejściem w życie pomiędzy jednym lub kilkoma państwami członkowskimi z jednej strony, a jednym lub kilkoma państwami trzecimi z drugiej. W zakresie, w jakim

umowy te były sprzeczne z postanowieniami Traktatu państwa członkowskie były zobowiązane do podjęcia wszelkich kroków w celu usunięcia ewentualnych sprzeczności. Firma Generics uzyskała ostatecznie pozwolenie na import diamorfiny ponieważ Minister doszedł do wniosku, że obowiązująca do tej pory polityka utrudniała handel wewnątrz Wspólnoty, zaś pewność dostaw diamorfiny na rynek brytyjski można było zapewnić innymi, mniej restrykcyjnymi środkami. Jak można się domyślić, decyzja o przyznaniu zezwolenia Generics została zakwestionowana przez dwie pozostałe firmy, które twierdziły, że decyzja ta nie znajduje oparcia w obowiązujących przepisach. Zakwestionowały one, przede wszystkim, rzekomą sprzeczność przepisów Konwencji z art. 28 (30) Traktatu, przedstawiając dwa argumenty na poparcie swojego stanowiska. Po pierwsze twierdziły, że przepisy Traktatu nie mają zastosowania do leków odurzających na podstawie art. 307 (234) Traktatu, ponieważ Konwencja została podpisana zanim Wielka Brytania przystąpiła do Wspólnot, po drugie nawet jeżeli miałby tutaj zastosowanie art. 28 (30), i tak, dla odmowy wydania zezwolenia na import, Minister mógł się powołać na wyjątki przewidziane w art. 30 (36). Na tle sporu do Trybunału skierowano szereg pytań dotyczących dopuszczalności stosowania praktyki polegającej na odmowie zezwolenia na import z innego państwa członkowskiego leków odurzających w świetle przepisów art. 28 (30), 30 (36) i 307 (234) Traktatu.

Odnosząc się do kwestii ewentualnego objęcia zakresem art. 28 (30) leków odurzających regulowanych przez Konwencję, Trybunał przyjął, że towary przewiezione przez granicę dla celów handlowych, bez względu na charakter transakcji, podlegają art. 28 (30), a zatem objęte są nim również przedmiotowe leki odurzające. Praktyka krajowa zabraniająca importu leków, jako wpływająca na handel wewnątrzwspólnotowy, jest więc objęta zakresem art. 28 (30). Nie zmienia tego fakt, że dany środek mógł być przyjęty na podstawie umowy międzynarodowej poprzedzającej Traktat lub przystąpienie danego państwa do Wspólnot, ponieważ art. 307 (234) ma zastosowanie tylko wtedy, kiedy zobowiązanie nałożone na dane państwo jest sprzeczne z Traktatem.

Kolejne pytanie skierowane do Trybunału dotyczyło tego, czy w sytuacji, kiedy konwencja zezwala państwom sygnatariuszom na wprowadzenie zakazu importu leków odurzających, ale nie zobowiązuje ich do wprowadzenia zakazu, państwa członkowskie mają obowiązek powstrzymać się od ich wprowadzenia takiego środka. Na to pytanie Trybunał odpowiedział, iż ponieważ taki środek jak zakaz importu jest sprzeczny z prawem wspólnotowym, a nie ma obowiązku jego wprowadzenia, państwo członkowskie powinno powstrzymać się od jego zastosowania. Przepis art. 28 (30) należy zaś interpretować w ten sposób, że państwo członkowskie powinno zaprzestać stosowania sprzecznej z nim praktyki, chyba że jest ona konieczna ze względu na przestrzeganie zobowiązań danego państwa wobec państw trzecich. Inna z podniesionych w postępowaniu kwestii dotyczyła uzasadnienia wprowadzenia zakazu importu potrzebą zabezpieczenia istnienia danego przedsiębiorstwa. Ustosunkowując się do tej kwestii Trybunał odwołał się do treści art. 30 (36) przewidującego szereg wyjątków od zakazu stosowania ograniczeń ilościowych w imporcie. Między innymi dla zastosowania zakazu lub ograniczenia importu konieczne było uzasadnienie w postaci moralności publicznej, polityki społecznej, bezpieczeństwa publicznego oraz ochrony życia i zdrowia ludzi, pod warunkiem jednak, że środki te nie będą stanowiły arbitralnej dyskryminacji lub ukrytych restrykcji w handlu wewnątrz wspólnotowym. Jak podkreślił Trybunał potrzeba zapewnienia

dostaw środków medycznych w danym państwie może uzasadniać stosowanie ograniczenia, jeżeli jego celem jest ochrona życia i zdrowia ludzkiego, a nie można tego osiągnąć przy zastosowaniu mniej restrykcyjnych środków. Ostatnie z pytań przedłożonych Trybunałowi dotyczyło tego, czy zamawiający może udzielać zamówienia w oparciu o kryterium możliwości danego przedsiębiorstwa do zagwarantowania pewności i ciągłości dostaw. W tym miejscu należy przypomnieć, że zgodnie z art. 25 ust. 1¹⁰⁹ Dyrektywy 77/62 udzielenie zamówienia mogło nastąpić albo wyłącznie na podstawie kryterium najniższej ceny albo w przypadku, kiedy następuje wybór najkorzystniejszej ekonomicznie oferty, w oparciu o różne kryteria związane z danym zamówieniem np. cena, czas wykonania dostawy, koszty bieżące, opłacalność itp. Zdaniem Trybunału zdolność przedsiębiorstwa do zapewnienia pewnych i ciągłych dostaw może być kryterium pozwalającym zamawiającemu na wybór najkorzystniejszej ekonomicznie oferty.

2.20 SPRAWA C-433/93 KOMISJA PRZECIWKO REPUBLICIE FEDERALNEJ NIEMIEC

- *nieprawidłowe wdrożenie przepisów dyrektywy,*
- *bezpośrednia skuteczność przepisów dyrektywy*

Sprawa dotyczyła nie podjęcia przez Republikę Federalną Niemiec odpowiednich kroków celem wdrożenia dwóch dyrektyw dotyczących zamówień publicznych i została wniesiona przez Komisję w trybie art. 226 (169) Traktatu. Kwestia prawidłowości implementacji dyrektyw została omówiona wcześniej we wprowadzeniu. Przepis art. 20 Dyrektywy 88/295 zmieniającej Dyrektywę 77/62/EEC koordynującą procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy nakładał na państwa członkowskie obowiązek podjęcia działań koniecznych dla spełnienia jej wymagań w terminie do 1 stycznia 1989 r. oraz do poinformowania o tym Komisji. Podobnej treści art. 3 Dyrektywy 89/440, zmieniającej Dyrektywę 71/305/EEC koordynującą procedury udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, przewidywał wdrożenie jej do krajowych porządków prawnych do 19 lipca 1990 r. Ponieważ przed tym terminem Komisja nie otrzymała informacji od rządu niemieckiego o przyjęciu takich środków wystąpiła do Trybunału o uznanie, że Niemcy nie dopełniły tym samym swoich zobowiązań wynikających z tych dyrektyw. Nie można powiedzieć, że RFN nie podjęła żadnych kroków celem ich wdrożenia. Przyjęte bowiem zostały odpowiednie zasady udzielania zamówień publicznych zarówno na dostawy jak i roboty budowlane, mające jednak charakter zwykłej pragmatyki administracyjnej. Komisja uznała te działania za niewystarczające, aby uznać je za prawidłowe wdrożenie prawa wspólnotowego, argumentowała bowiem, że ilekroć dyrektywa przyznaje osobom prywatnym prawa podmiotowe, dla jej prawidłowego wdrożenia konieczne jest aby ci, którym prawa te są przyznawane byli świadomi ich zakresu, oraz jeśli to konieczne mogli powoływać się na nie przed sądami krajowymi. Przytoczone wyżej zasady nie miały charakteru przepisów prawnych i nie były wiążące dla zamawiających, zatem trudno uznać, że przyznawały jakieś prawa wykonawcom. Ponadto, jako zwykłe praktyki administracyjne mogły być w każdym czasie zmienione, a więc zdaniem Komisji nie można ich było uznać za prawidłowe wdrożenie dyrektywy. W postępowaniu toczącym się przed Trybunałem rząd niemiecki dowodził, że prawo krajowe, jakie obowiązywało w dniu, w któ-

¹⁰⁹ Obecnie art. 26 ust. 1 dyrektywy 93/36

rym RFN była zobowiązana zastosować się do zaleceń zawartych w umotywowanej opinii, pozwalało na prawidłowe stosowanie dwóch wyżej powołanych dyrektyw.

Rozpatrując sprawę Trybunał nawiązał do swoich wcześniejszych orzeczeń, w których przyjął, że

dla prawidłowego wdrożenia dyrektywy nie jest konieczne, aby przepisy jej były przeniesione dosłownie do krajowego porządku prawnego (patrz orzeczenie w sprawie C-361/88 Komisja przeciwko RFN (1991) ECR I-2567). Ogólny kontekst prawny może, w zależności od treści dyrektywy, być wystarczający, pod warunkiem jednak, że przepisy te są na tyle przejrzyste i precyzyjne, że ilekroć dyrektywa przyznaje jakieś prawa podmiotowe osoby te mogą się powoływać na nie przed sądami krajowymi. Zasady administracyjne, które nie przyznają żadnych praw osobom prywatnym nie zostały uznane za prawidłowe wdrożenie dyrektyw.

Trybunał uznał, że RFN nie dokonała wdrożenia dyrektyw przed wyznaczonym terminem. Odnosząc się do podniesionego przez rząd niemiecki argumentu bezpośredniego działania tych dyrektyw, umożliwiającego jakoby osobom prywatnym powoływanie się na ich przepisy w przypadku, gdy doszło do ich naruszenia ze strony organów państwa, Trybunał uznał sytuacje, w których można się powoływać bezpośrednio na te przepisy za wyjątkowe. Zdaniem Trybunału:

osoby fizyczne mogą powoływać się bezpośrednio na przepisy dyrektyw tylko wówczas, gdy państwo członkowskie w ogóle nie podjęło kroków celem jej wdrożenia lub też uczyniło to, ale w sposób nieprawidłowy. W żadnym razie bezpośrednia skuteczność dyrektyw nie może usprawiedliwiać państwa członkowskiego, które nie wypełniło swoich zobowiązań wynikających z prawa wspólnotowego.

2.21 SPRAWA C-318/94 KOMISJA PRZECIWKO REPUBLICIE FEDERALNEJ NIEMIEC

- *nieopublikowanie ogłoszenia o zamówieniu,*
- *przesłanki do zastosowania procedury negocjacyjnej bez publikacji ogłoszenia*

Sprawa została wniesiona w trybie art. 226 (169) Traktatu przez Komisję, występującą z żądaniem uznania, że Republika Federalna Niemiec nie wypełniła swoich zobowiązań wynikających z Dyrektywy 71/305 koordynującej procedury udzielania zamówienia publicznego na roboty budowlane poprzez nieopublikowanie ogłoszenia o zamówieniu publicznym w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich. Zamówienie udzielane przez niemiecki Urząd ds. Dróg Wodnych i Żeglugi, dalej zwany Urzędem, dotyczyło robót związanych z pogłębieniem rzeki Ems. Przeprowadzenie tych prac było konieczne dla uczynienia rzeki żeglowną dla specjalnego typu statków. Zgodnie z odpowiednimi przepisami plany prac wymagały zatwierdzenia przez Zarząd Regionu Weser-Ems. Przed upływem terminu do zgłoszenia zastrzeżeń, zarząd, który wcześniej nie sygnalizował, że nie zatwierdzi planów, wystosował pismo, stwierdzające, że ze względów ekologicznych odmawia zgody na ich przyjęcie. Na skutek wszystkich perturbacji związanych z zatwierdzaniem planów, które spowodowały opóźnienie w stosunku do terminarza prac, Urząd zdecydował się skorzystać z procedury negocjacyjnej bez opublikowania ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Wspól-

not Europejskich. Komisja uznała to za naruszenie przepisów dyrektywy, stwierdzając, iż w danym przypadku nie było podstaw do skorzystania z procedury negocjacyjnej bez publikacji ogłoszenia, czyli doszło do naruszenia Dyrektywy 71/305 i wniosła sprawę do Trybunału. W postępowaniu przed Trybunałem rząd niemiecki argumentował, że tylko przeprowadzenie postępowania w trybie negocjacji umożliwiło zakończenie prac w wyznaczonym terminie. Na przeprowadzenie procedury otwartej było zdaniem rządu niemieckiego zbyt mało czasu.

Przed przedstawieniem stanowiska Trybunału konieczne jest przytoczenie treści przepisu, który zdaniem zamawiającego umożliwił zaniechanie publikacji ogłoszenia o zamówieniu. Art. 5 ust. 3 pkt (c) Dyrektywy 71/305 w brzmieniu nadanym przez Dyrektywę 89/440 stanowił, że zamawiający może udzielić zamówienia na drodze procedury negocjacyjnej bez publikacji ogłoszenia, „jeżeli w sytuacji niezbędnej konieczności, ze względu na wyjątkowo pilny charakter sprawy, związany z wydarzeniami, których zamawiający nie mogli przewidzieć, nie mogą być przestrzegane terminy, przewidziane dla procedury otwartej, ograniczonej lub negocjacyjnej, o której mowa w ust. 2. Okoliczności, na które można się powoływać dla uzasadnienia pilnego charakteru sprawy nie mogą w żadnym razie być wywołane przez zamawiającego.” Analizując zasadność powołania się przez zamawiającego na tę przesłankę, Trybunał po raz kolejny przypominał, że przepis ten, jako wprowadzający wyjątek od ogólnych zasad, powinien być interpretowany w sposób ścisły, ciężar zaś udowodnienia zaistnienia okoliczności umożliwiających skorzystanie z niego spoczywa na podmiocie powołującym się na te okoliczności. Wszystkie przewidziane we wskazanym przepisie przesłanki (pilny charakter sprawy, zdarzenie, którego nie można było przewidzieć oraz związek przyczynowo – skutkowy pomiędzy zdarzeniem a pilnym charakterem sprawy) powinny być spełnione równocześnie. Zdaniem rządu niemieckiego zdarzeniami, których zamawiający nie mógł przewidzieć, a które spowodowały, że sprawa nabrała pilnego charakteru, była całkowicie niespodziewana odmowa wyrażenia zgody przez Zarząd Regionu Weser Ems. Trybunał nie zgodził się z tą argumentacją, podkreślając, iż władze publiczne państw członkowskich mogą przekazać osobom fizycznym lub prawnym pewne uprawnienia, które powinny być następnie respektowane przez te władze. Prawo do odmówienia zatwierdzenia planów było uprawnieniem przysługującym zarządowi, z którego skorzystał on w przewidzianym przepisami terminie. Skorzystanie z przysługujących uprawnień przed upływem przewidzianego na to terminu nie może być uznane zdaniem Trybunału za nieprzewidziane zdarzenie, o którym mowa w przytaczanym wyżej przepisie, a zatem nie może stanowić podstawy do odstąpienia od publikacji ogłoszenia o zamówieniu publicznym.

2.22 SPRAWA C-311/95 KOMISJA PRZECIWKO REPUBLICIE GRECKIEJ

- niewdrożenie w przewidzianym terminie dyrektywy do krajowego porządku prawnego,
- praktyka administracyjna niewystarczająca do uznania, że nastąpiło prawidłowe wdrożenie dyrektywy

Sprawa została wniesiona do Trybunału w trybie art. 226 (169) przez Komisję domagającą się uznania przez Trybunał, że Grecja nie wypełniła swoich zobowiązań z tytułu prawa wspólnotowego poprzez fakt nieprzyjęcia w wymaganym terminie oraz niezawiadomienia Komisji o przyjęciu niezbędnych przepisów i aktów administracyjnych, koniecznych do wdrożenia do wewnętrznego systemu prawnego Dyrektywy Rady 92/50/EEC o koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi. Zgodnie art. 44 ust. 1 tej dyrektywy państwa członkowskie miały obowiązek wprowadzić w życie, w terminie do 1 lipca 1993 r,

przepisy i akty administracyjne, konieczne dla wdrożenia postanowień tej dyrektywy oraz niezwłocznie poinformować o tym Komisję. Ponieważ w przypadku Grecji nie nastąpiło to w wymaganym terminie, Komisja wniosła sprawę do Trybunału.

Rząd grecki nie kwestionował faktu niewdrożenia przepisów dyrektywy w wyznaczonym terminie. Twierdził jednak, że podjął już pewne działania celem jej wdrożenia. I tak, powołany został specjalny komitet celem przygotowania odpowiednich przepisów. Opracowano specjalny okólnik ministerialny, w którym opublikowano tekst dyrektywy oraz specjalne instrukcje dotyczące jej stosowania, wreszcie przygotowano projekt rozporządzenia nakazującego dostosowanie krajowego porządku prawnego do wymagań dyrektywy. Wszystkie działania ze strony rządu greckiego zostały jednak uznane przez Trybunał za niewystarczające. Powołując się na swoje wcześniejsze orzecznictwo, Trybunał przypomniał, że nie można uznać za właściwe wypełnianie przez państwo członkowskie jego zobowiązań poprzez stosowanie wyłącznie praktyk administracyjnych. Z natury rzeczy mają one charakter nietrwały, ulegają częstym zmianom a ponadto nie są dostatecznie upubliczniane. W rezultacie Trybunał uznał, że Republika Grecka nie dopełniła swoich zobowiązań wynikających z art. 44 ust. 1 Dyrektywy 92/50 o koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi.¹¹⁰

2.23 SPRAWA C-5/97 BALLAST NEDAM GROEP NV PRZECIWKO BELGII

- *uczestnictwo konsorcjów w postępowaniu o udzielenie zamówienia,*
- *uwzględnianie zasobów należących do podmiotów wchodzących w skład konsorcjum*

Sprawa dotyczyła interpretacji orzeczenia wstępnego Trybunału z 14 kwietnia 1994 r. wydanego w sprawie C-389/92 (patrz pkt 2.16 oraz 3.16 pracowania). Orzeczenie w sprawie C-389/92 dotyczyło toczącego się przed sądem belgijskim postępowania w sprawie odmowy przedłużenia dla przedsiębiorcy holenderskiego – BNG – wpisu na liście uznanych wykonawców. Na wniosek złożony przez sąd krajowy w trybie art. 234 (177) Traktatu, Trybunał stwierdził wówczas, że przepisy Dyrektyw 71/304 oraz 71/305 należy interpretować, jako zezwalające, dla celów oceny spełniania kryteriów, jakie musi spełniać wykonawca w trakcie rozpoznawania wniosku o rejestrację na liście uznanych wykonawców, złożonego przez dominującą osobę prawną w grupie, na uwzględnianie innych spółek należących do tej grupy, pod warunkiem, że dana osoba prawna jest w stanie udowodnić, iż rzeczywiście dysponuje zasobami tych spółek, niezbędnymi do wykonywania danych robót. Treść orzeczenia okazała się niejasna dla stron toczącego się przed sądem krajowym postępowania i w związku z tym do Trybunału zostało wniesione kolejne zapytanie, tym razem jak należy rozumieć pojawiający się w sentencji orzeczenia wyraz „zezwalają” w wyrażeniu „zezwalają... na branie pod uwagę”, w szczególności czy wyraz ten powinien być interpretowany w sensie „wymagają”. Innymi słowy, wnioskodawca zmierzał do ustalenia czy organ decydujący o wpisie może czy też ma obowiązek brać pod uwagę wszystkie podmioty wchodzące w skład danej grupy. W przedłożonych opiniach BNG oraz Komisja przedstawiły pogląd, iż na pytanie to należy odpowiedzieć twierdząco, a zatem, jeżeli główna osoba prawna w danej grupie rzeczywiście dysponuje zasobami innych spółek, wchodzących w skład tej grupy, to wówczas

¹¹⁰ Patrz również pkt 2.20 oraz 3.20 opracowania

organ decydujący o wpisie ma obowiązek uwzględnić te spółki. Z kolei rząd belgijski stał na stanowisku, że państwa członkowskie mają pełną swobodę w ocenie spełniania kryteriów, które musi spełniać ubiegający się o dany wpis.

Odpowiadając na powyższe pytanie Trybunał uściślił, że przepisy wymienionych wyżej dyrektyw należy interpretować w ten sposób, że

w przypadku, kiedy rozpatrywany jest wniosek o rejestrację, złożony przez dominującą osobę prawną grupy i osoba ta wykaże, że rzeczywiście dysponuje zasobami innych podmiotów wchodzących w skład tej grupy, to wówczas podmiot rozpatrujący taki wniosek ma obowiązek uwzględnić również te inne podmioty wchodzące w skład grupy.

2.24 SPRAWA C-44/96 MANNESMANN ANLAGENBAU AUSTRIA AG I INNI PRZECIWKO STROHAL ROTATIONSDRUCK GEMSBH („MANNESMANN”)

- zakres podmiotowy Dyrektywy 93/37
- definicja „instytucji prawa publicznego”

Sprawa została wniesiona w trybie art. 177 i dotyczyła głównie interpretacji definicji „instytucja prawa publicznego” zawartej w art. 1 pkt (b) Dyrektywy 93/37 koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane. Kwestia zakresu podmiotowego dyrektywy pojawiła się w związku ze statusem prawnym i zamówieniami udzielanymi przez Austriacką Drukarnię Państwową (zwaną dalej OS). Podmiot ten został powołany pierwotnie jako drukarnia państwowa, ale po pewnym czasie jego status prawny uległ zmianie – został on przekształcony w „niezależny podmiotem ekonomiczny” podlegający przepisom prywatnego prawa handlowego. Zgodnie z tworzącym je statutem OS odpowiedzialna była za realizację zadań polegających na produkcji różnego rodzaju druków dla administracji federalnej, wymagających specjalnych środków bezpieczeństwa – dotyczyło to głównie paszportów, praw jazdy, dowodów osobistych. W 1995 r. OS przejęła inne przedsiębiorstwo – Strohal, zajmujące się drukiem w technice „heatset”, to ostatnie z kolei powołało do życia przedsiębiorstwo SRG, w którym posiadało 99 procent akcji. Jeszcze w trakcie organizacji SRG, celem przyspieszenia druku, OS wszczęła postępowanie przetargowe. Przedmiotem zamówienia było wykonanie różnych instalacji, które miały być następnie eksploatowane przez SRG. Postępowanie przetargowe prowadzone było przez OS, ale w imieniu i ze skutkami dla SRG. Ponieważ OS uważała, że SRG nie jest zamawiającym w rozumieniu stosownych austriackich przepisów (implementujących przepisy wspólnotowe) postępowanie nie było prowadzone zgodnie z odpowiednimi procedurami wspólnotowymi. Interpretacja przepisów dyrektyw została zakwestionowana przez szereg przedsiębiorców, którzy wnieśli sprawę do sądu, domagając się uznania, że w omawianym przypadku powinny być przestrzegane odpowiednie przepisy dotyczące udzielania zamówień.

Celem wyjaśnienia kwestii interpretacji odpowiednich przepisów wspólnotowych, sąd krajowy skierował do Trybunału szereg pytań, z których najważniejsze dotyczyło tego, czy przedsiębiorstwo takie jak OS, które zostało ustanowione w celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, nie mających charakteru przemysłowego ani handlowego, podlega przepisom dyrektywy jako instytucja prawa publicznego, nawet jeżeli działalność zmierzająca

do zaspokajania tych potrzeb stanowi jedynie część działalności przedsiębiorstwa, działającego głównie na zasadach komercyjnych.

Przed przystąpieniem do prezentacji argumentów uczestników postępowania oraz zapadłego w sprawie orzeczenia, konieczne wydaje się wyjaśnienie kilku kwestii. Definicja zamawiającego, jedno z podstawowych pojęć z zakresu zamówień publicznych, zawarta jest w art. 1 pkt (b) Dyrektywy 93/37¹¹¹. Zgodnie z tym przepisem przez zamawiającego rozumie się organ państwowy, samorządowy, instytucję prawa publicznego lub stowarzyszenie, złożone z jednego lub z większej liczby takich organów lub instytucji prawa publicznego. „Instytucją prawa publicznego” z kolei jest każdy podmiot:

- „– ustanowiony w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, nie mających charakteru przemysłowego ani handlowego,
- posiadający osobowość prawną oraz
- finansowany w przeważającej części przez organy państwowe, organy samorządowe lub inne instytucje prawa publicznego; albo taki, którego zarząd podlega nadzorowi ze strony tych podmiotów; albo taki, w którym ponad połowę składu organu kierowniczego, zarządzającego lub nadzorczego stanowią osoby mianowane przez organy państwowe, samorządowe lub inne instytucje prawa publicznego.” Aby dany podmiot mógł być uznany za instytucję prawa publicznego wymienione w tym przepisie warunki powinny być spełnione łącznie. Przepis ten stanowi dalej, że listy instytucji prawa publicznego i kategorii podmiotów spełniających powyższe kryteria wymienione są w załączniku I dyrektywy.

Udzielenie odpowiedzi na pytanie czy OS powinna być uznana za instytucję prawa publicznego, a więc za zamawiającego w rozumieniu dyrektywy, wymagało od Trybunału ustalenia czy w jej przypadku spełnione są wszystkie wyżej wymienione warunki. Jeżeli chodzi o zaspokajanie potrzeb o charakterze powszechnym, nie mających charakteru przemysłowego ani handlowego, Trybunał zauważył, że zgodnie z austriackimi przepisami OS została powołana w celu wytwarzania określonych dokumentów, które były ściśle powiązane z zamówieniami publicznymi i instytucjonalną działalnością państwa, a zatem została ona powołana w celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym nie mających charakteru przemysłowego ani handlowego. Ustosunkowując się do uwagi rządu austriackiego, że przedmiotowa działalność stanowi tylko niewielki procent działalności prowadzonej przez OS, Trybunał uznał, że argument taki jest bez znaczenia tak długo jak długo OS będzie zaspokajać potrzeby o charakterze powszechnym. Spełniony był również wymóg posiadania osobowości prawnej. Wreszcie Dyrektor Generalny OS był powoływany przez organ składający się z członków powoływanych z kolei przez Kancelarię Federalną lub różne ministerstwa.

Trybunał uznał więc, że ponieważ spełnione były wszystkie trzy warunki, OS jest instytucją prawa publicznego w rozumieniu art. 1 pkt (b), bez względu na charakter, rozmiar i relatywny udział działalności polegającej na zaspokajaniu potrzeb o charakterze powszechnym, nie mających charakteru przemysłowego ani handlowego¹¹². Interpretacja art. 1 pkt (b), jako mającego zastosowanie w zależności od procentowego udziału działalności prowadzonej w celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, nie mających charakteru przemysłowego ani handlowego, byłaby sprzeczna z zasadą pewności prawnej,

¹¹¹ Identyczna definicja zawarta jest w dyrektywie 92/50 oraz 93/36

¹¹² Par. 25

zgodnie z którą interpretacja przepisów wspólnotowych powinna być przewidywalna przez wszystkie strony.¹¹³

Inne z pytań zadanych Trybunałowi dotyczyło tego, czy przedsiębiorstwo, które prowadzi działalność komercyjną, i w którym podmiot zamawiający posiada większościowe udziały powinno być uznane za zamawiającego w rozumieniu art. 1 pkt (b) dyrektywy, jeżeli przedsiębiorstwo to zostało ustanowione w celu prowadzenia działalności komercyjnej.

Odpowiedź na to pytanie była logiczną konsekwencją wyżej przytoczonej argumentacji. Jak była już o tym mowa wszystkie elementy definiujące instytucję prawa publicznego powinny wystąpić równocześnie. W tym przypadku nie był spełniony warunek ustanowienia tego podmiotu celem zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, nie mających charakteru przemysłowego ani handlowego. Trybunał orzekł więc, że takie przedsiębiorstwo, nawet jeżeli zostało ustanowione przez zamawiającego lub środki na jego działalność pochodzą od zamawiającego, nie może być uznane za instytucję prawa publicznego.¹¹⁴

Orzeczenie wydane w powyższej sprawie jest pierwszym, w którym Trybunał zajął się bliżej definicją „instytucji prawa publicznego”. Wprawdzie orzeczenie odnosi się wprost, tylko do Dyrektywy 93/37 koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, to jednak, biorąc pod uwagę, że pomiędzy definicją „instytucji prawa publicznego” z Dyrektywy 93/37 a zawartymi w Dyrektywach 92/50 oraz 93/36 nie zachodzą żadne różnice, należy przyjąć, iż orzeczenie ma w pełni zastosowanie również do pozostałych dyrektyw.

Uznanie danego podmiotu za instytucję prawa publicznego wymaga spełnienia określonych kryteriów. Spośród wszystkich wymienionych w art. 1 pkt (b), wątpliwości mogą dotyczyć, przede wszystkim, sformułowania „ustanowiony w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, nie mających charakteru przemysłowego ani handlowego”.

Przepis ten składa się z dwóch części, które powinny być analizowane osobno: po pierwsze dany podmiot ma być ustanowiony w celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, po drugie potrzeby te nie powinny mieć charakteru przemysłowego ani handlowego¹¹⁵. W omawianej sprawie Trybunał zajął się przede wszystkim pierwszą częścią kryterium, nie poświęcając wiele uwagi kwestii charakteru przemysłowego oraz handlowego zaspokajanych potrzeb¹¹⁶. Trybunał nie wyjaśnił również jaki jest związek pomiędzy tymi dwoma elementami. Zgodnie z argumentacją przyjętą przez Trybunał, aby ustalić czy dany podmiot mieści się w zakresie definicji „instytucja prawa publicznego, konieczne jest dokonanie dwóch operacji: po pierwsze ustalenie celu, w jakim został on utworzony – jeżeli nie jest to zaspokajanie potrzeb o charakterze powszechnym, to dalsza analiza jest bezprzedmiotowa. Jeżeli natomiast celem było zaspokajanie takich potrzeb, konieczne jest jeszcze ustalenie, czy potrzeby, dla zaspokajania których został on powołany, nie mają charakteru przemysłowego ani handlowego. Dopiero jeżeli odpowiedź na drugie pytanie jest negatywna, dany podmiot może być uznany za zamawiającego, jako spełniający kryteria

¹¹³ Par. 34

¹¹⁴ Par. 39

¹¹⁵ Patrz Jose Fernandez Martin w „Public Procurement Law Review” (1998) 2, str. CS59

¹¹⁶ Analizie tej poświęcone jest orzeczenie Trybunału 10 listopada 1998 r. w sprawie C-360/96 Gementee Arnhem oraz Gementee Rheden przeciwko BFI Holding BV („Arnhem”), ECR 1998, str. I-6821

instytucji prawa publicznego.¹¹⁷ Charakterystyczne jest funkcjonalne podejście przez Trybunał do definicji instytucji prawa publicznego – analizując szczegółowo akty prawne powołujące do życia OS, oraz prowadzoną przez niego działalność doszedł do wniosku, że spełnia on wszystkie kryteria pozwalające na uznanie go za zamawiającego w świetle dyrektywy.

2.25 SPRAWA C-323/96 KOMISJA PRZECIWKO KRÓLESTWU BELGII

- *zakres podmiotowy dyrektyw o zamówieniach publicznych,*
- *kwestia stosowania dyrektyw przez organy ustawodawcze*
- *interpretacja pojęcia „organ państwowy”*

Wprowadzenie – stan faktyczny – zarzuty Komisji

Sprawa została wniesiona przez Komisję w trybie art. 226 (169) Traktatu, czyli jako wniosek o uznanie, że państwo członkowskie nie wypełnia swoich zobowiązań z tytułu prawa wspólnotowego. W przedmiotowej sprawie miało to dotyczyć naruszenia przez Królestwo Belgii przepisów Dyrektywy 89/440/EEC zmieniającej Dyrektywę 71/305/EEC dotyczącą koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane oraz nowej Dyrektywy 93/37/EEC o koordynacji procedur udzielania zamówień na roboty budowlane. Naruszenie wskazanych przepisów było związane z postępowaniem Vlaamse Raad – Parlamentu Flamandzkiego – ciała ustawodawczego w federalnej strukturze Belgii. Vlaamse Raad podjął mianowicie decyzję o budowie własnej siedziby w Brukseli i przeprowadził w tym celu postępowanie w trybie procedury ograniczonej, nie opublikował jednak żadnego ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich, pomimo że wartość zamówienia przekraczała progi, powyżej których zamawiający miał taki obowiązek. Po przeprowadzeniu postępowania wybrana została oferta przedsiębiorcy, wobec którego, w międzyczasie, ogłoszono upadłość. Administracja Vlaamse Raad unieważniła więc postępowanie i udzieliła nowego zamówienia, tym razem z wolnej ręki, i tym razem bez opublikowania właściwego ogłoszenia. Komisja uznała takie postępowanie za będące naruszeniem przepisów dyrektywy o robotach budowlanych i wystosowała do rządu belgijskiego pierwsze pismo ostrzegawcze, wskazując na naruszenie, jej zdaniem, przepisów prawa traktatowego. Obrona rządu belgijskiego opierała się na argumentacji, że przepisy krajowe mają zastosowanie wyłącznie do organów władzy wykonawczej, czyli do administracji Państwa, Wspólnot i Regionów, natomiast organy ustawodawcze nie mają obowiązku przestrzegania prawa wspólnotowego, dotyczącego zamówień publicznych. Komisja nie zgodziła się jednak z taką argumentacją i wniosła sprawę do Trybunału.

Definicja zamawiającego – naruszenie przepisów o publikacji ogłoszeń

Zamówienia publiczne na roboty budowlane zostały uregulowane najpierw przez Dyrektywę 71/305/EEC z 26 lipca 1971 r. dotyczącą koordynacji procedur udzielania zamówień na roboty budowlane. Dyrektywa ta została następnie zmieniona przez Dyrektywę 89/440/EEC z 18 lipca 1989 r. Dyrektywa 93/37/EEC o koordynacji procedur udzielania za-

¹¹⁷ J.F. Martin, str. CS63

mówień skonsolidowała Dyrektywę 71/305 z późniejszymi zmianami. Zakres podmiotowy Dyrektywy 93/37/EEC jest określony przez art. 1 pkt (b). Zgodnie z tym przepisem zamawiającym w rozumieniu dyrektywy jest: „organ państwowy, samorządowy, instytucja prawa publicznego lub stowarzyszenie złożone z jednego lub większej liczby takich organów lub instytucji prawa publicznego.” Art. 7 dyrektywy nakłada z kolei na zamawiających obowiązek stosowania procedur określonych w tej dyrektywie. Przepisy dyrektywy przewidują trzy rodzaje procedur udzielania zamówień publicznych – procedurę otwartą, w której ofertę może złożyć każdy wykonawca, procedurę ograniczoną, w której ofertę może złożyć jedynie wykonawca zaproszony przez zamawiającego oraz procedurę negocjacyjną. W ramach tej ostatniej wyróżnia się jeszcze procedurę negocjacyjną z publikacją ogłoszenia oraz bez takiej publikacji. Procedurę otwartą i ograniczoną zamawiający może zastosować w każdej sytuacji, natomiast procedury negocjacyjne mogą być zastosowane tylko wówczas, jeżeli zachodzą określone okoliczności, enumeratywnie wymienione w dyrektywie. W przedmiotowej sprawie Komisja twierdziła, że doszło do naruszenia przepisów Dyrektywy 89/440, która obowiązywała, kiedy rozpoczęto pierwsze postępowanie przetargowe jak i Dyrektywy 93/37 obowiązującej w momencie rozpoczęcia kolejnego etapu budowy gmachu Vlaamse.

Wydanie orzeczenia w sprawie domniemanego naruszenia przepisów wspólnotowych wymagało od Trybunału rozważenia najpierw czy Vlaamse Raad był w ogóle zobowiązany do stosowania przepisów tej dyrektywy, innymi słowy, czy mieścił się w zakresie definicji zamawiającego z art. 1 pkt (b)¹¹⁸. Trybunał uznał, że pojęcie organu państwowego jako zamawiającego obejmuje wszelkie organy, które sprawują władzę ustawodawczą, wykonawczą lub sądowniczą. Powołał się tutaj na przyjętą przez niego funkcjonalną definicję zamawiającego przyjętą przy wydawaniu orzeczenia w sprawie 31/87 „Bentjees”¹¹⁹. Przypomnijmy, że Trybunał uznał wtedy, że lokalny komitet konsolidacji gruntów, jakkolwiek formalnie nie stanowi integralnej części administracji państwowej, powinien być jednak uznany za zamawiającego w rozumieniu dyrektywy. Niekonsekwentnym zdaniem Trybunału byłoby więc uznanie, że ciało ustawodawcze miałoby nie mieścić się w zakresie tej definicji. Trybunał orzekł, że również organ prawodawczy jest zamawiającym w rozumieniu art. 1 pkt (b) Dyrektywy 93/37.

Rząd belgijski nie kwestionował faktu nieopublikowania ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich, twierdził jednak, że zachodziły okoliczności uzasadniające skorzystanie z tej procedury. Nie wskazał jednak konkretnie danych okoliczności. Trybunał uznał więc, że doszło do naruszenia przepisów dyrektywy ponieważ podmiot zobowiązany do stosowania dyrektywy nie opublikował ogłoszenia o zamówieniu. W orzeczeniu tym została wyrażona jeszcze jedna bardzo istotna zasada:

Państwo członkowskie nie może się powoływać na przepisy i praktyki krajowe, niezgodne z prawem wspólnotowym dla uzasadnienia niewypełnienia zobowiązań i terminów, określonych w dyrektywie.

¹¹⁸ W kwestii definicji „zamawiającego” patrz również pkt 2.5

¹¹⁹ Patrz pkt 2.4 oraz 3.4

WYKAZ ORZECZEŃ TRYBUNAŁU SPRAWIEDLIWOŚCI DOTYCZĄCYCH ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

- orzeczenie z 22 września 1976 r. w sprawie 10/76 *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Włoskiej*, European Court Report z 1976 r., s. 1359
- orzeczenie z 17 lutego 1981 r. w sprawie 133/80 *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Włoskiej*, European Court Report z 1981 r., s. 457
- orzeczenie z 10 lutego 1982 r. w sprawie C-76/81 *Transporoute i inni przeciwko Ministerstwu Robót Publicznych* ("Transporoute") European Court Report z 1982 r., s. 0417
- orzeczenie z 4 marca 1982 r. w sprawie 182/80 *GAUFF przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, European Court Report z 1982 r., s. 799
- orzeczenie z 28 marca 1985 r. w sprawie C-274/83 *Komisja Europejska przeciwko Republice Włoskiej*, European Court Report z 1985 r., s. 1077
- orzeczenie z 10 marca 1987 r. w sprawie C-199/85 *Komisja Europejska przeciwko Republice Włoskiej* European Court Report z 1987 r., s. 1039
- orzeczenie z 9 lipca 1987 r. w połączonych sprawach C-27-29/86 *SA Constructions et entreprises industrielles (CEI) i inni przeciwko Société coopérative "Association intercommunale pour les autoroutes des Ardennes" i innym* („CEI and Bellini”), European Court Report z 1987 r., s. 3347
- orzeczenie z 20 września 1988 r. w sprawie C-31/87 *Gebroeders Beentjes BV przeciwko Holandii* ("Beentjes") European Court Report z 1988 r., s. 4635
- orzeczenie z 22 września 1988 r. w sprawie C-45/87 *Komisja Europejska przeciwko Irlandii* ("Dundalk") – European Court Report z 1988 r., s. 4929
- orzeczenie z 27 września 1988 r. w sprawie 194/88-R *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Włoskiej* („La Spezia”), European Court Report z 1988 r., s. 4547
- orzeczenie z 22 czerwca 1989 r. w sprawie C-103/88 *Fratelli Constanzo SpA przeciwko Comune di Milano* ("Constanzo"), European Court Report z 1989 r., s. 1839
- orzeczenie z 5 grudnia 1989 r. w sprawie C-3/88 *Komisja Europejska przeciwko Republice Włoskiej* ("Re Data Processing") European Court Report z 1989 r., s. 4035
- orzeczenie z 20 marca 1990 r. w sprawie C-21/88 *Du Pont de Nemours Italiana SpA przeciwko Unita sanitaria locale No 2 di Carrara* ("Du Pont") European Court Report z 1990 r., s. I-0889
- orzeczenie z 27 marca 1990 r. w sprawie C-113/89 *Rush Portuguesa Lda przeciwko Biuru Imigracji* ("Rush Portuguesa") European Court Report z 1990 r., s. I-1417
- orzeczenie z 12 lipca 1990 r. w sprawie C-188/89 *Foster przeciwko British Gas Plc.*, European Court Report z 1990 r., s. 3313
- orzeczenie z 18 lipca 1991 r. w sprawie C- 295/89 *Impresa Dona Alfonso di Dona Alfonso & Figli przeciwko Consorzio per lo sviluppo industriale di Monfalcone* („Impresa Dona Alfonso”) European Court Report z 1991 r., s. I-2967
- orzeczenie z 11 lipca 1991 r. w sprawie C-351/88 *Laboratori Bruneau Srl przeciwko Unita sanitaria locale RM/24 di Monterotondo* ("Laboratori Bruneau") European Court Report z 1991 r., s. I-3641
- orzeczenie z 11 lipca 1991 r. w sprawie C-247/89 *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Portugalii* („Lotnisko w Lizbonie”), European Court Report z 1991 r., s. I-3659
- orzeczenie z 19 listopada 1991 r. w sprawie C-6/90 i C-9/90 *Francovich i Bonifaci przeciwko Republice Włoskiej* („Francovich”) European Court Report z 1991 r., s. I-3401
- orzeczenie z 3 stycznia 1992 r. w sprawie C- 272/91 R *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Włoskiej* („Lottomatica”), European Court Report z 1992 r., s. I-0457

- orzeczenie z 18 marca 1992 r. w sprawie C-24/91 *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Hiszpanii* („Uniwersytet w Madrycie”) European Court Report z 1992 r., s. I-1989
- orzeczenie z 31 marca 1992 r. w sprawie C-360/92 *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Włoskiej* European Court Report z 1992 r., str. I-2353
- orzeczenie z 3 czerwca 1992 r. w sprawie C-360/89 *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Włoskiej*, European Court Report z 1992 r., s. I-3401
- orzeczenie z 22 czerwca 1993 r. w sprawie C-243/89 *Komisja Europejska przeciwko Danii* ("Storebaelt"), European Court Report z 1993 r., s. I-3353
- orzeczenie z 2 sierpnia 1993 r. w sprawie C-107/92 *Komisja Europejska przeciwko Republice Włoskiej*, European Court Report z 1993 r., s. I-4655
- orzeczenie z 17 listopada 1993 r. w sprawie 71/92 *Komisja Europejska przeciwko Hiszpanii*, European Court Report z 1993 r., s. I-5923
- orzeczenie z 12 stycznia 1994 r. w sprawie C-296/92 *Komisja Europejska przeciwko Republice Włoskiej*, European Court Report z 1994 s. I-0001
- orzeczenie z 14 kwietnia 1994 r. w sprawie C-389/92 *Ballast Nedam Groep NV przeciwko Belgii* ("Ballast"), European Court Report z 1994 r., s. I-1289
- orzeczenie z 19 kwietnia 1994 r. w sprawie C-331/92 *Gestión Hotelera Internacional SA przeciwko Comunidad Autónoma de Canarias, Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria, Gran Casino de Las Palmas SA* ("Gestión Hotelera") European Court Report z 1994 r., s. I-1329
- orzeczenie z 22 kwietnia 1994 r. w sprawie C-87/94 R *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Królestwu Belgii* („Bus Wallons”), European Court Report z 1994 r., s. I-1395
- orzeczenie z 26 kwietnia 1994 r. w sprawie C-272/91 *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Włoskiej* („Lottomatica”), European Court Report z 1994, str. I-1409
- orzeczenie z 3 maja 1994 r. w sprawie C-328/92 *Komisja Europejska przeciwko Hiszpanii*, European Court Report z 1994 r., s. I-1569
- orzeczenie z 16 listopada 1995 r. w sprawie T-451/93 *San Marco Impex Italiana przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, European Court Report z 1994 r., s. II-1064
- orzeczenie z 24 stycznia 1995 r. w sprawie C-359/93 *Komisja Europejska przeciwko Holandii* ("UNIX") – European Court Report z 1995 r., s. I-0157
- orzeczenie z 28 marca 1995 r. w sprawie C-324/93 *Królowa przeciw Ministrowi Spraw Wewnętrznych* („Diamorfina”) European Court Report z 1995 r., s. I-0563
- orzeczenie z 4 maja 1995 r. w sprawie C-79/94 *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Greckiej*, European Court Report z 1995 r., s. I-1071
- orzeczenie z 18 maja 1995 r. w sprawie C-57/94 *Komisja Europejska przeciwko Republice Włoskiej*, European Court Report z 1995 r., s. I-1249
- orzeczenie z 11 sierpnia 1995 r. w sprawie C-433/93 *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Federalnej Niemiec*, European Court Report z 1995 r., s. I-2303
- orzeczenie z 26 października 1995 r. w sprawie C-143/94 *Furlanis Construzioni przeciwko Azienda nazionale autonoma strade* („ANAS”), European Court Report z 1995 r., s. I-3633
- orzeczenie z 13 listopada 1995 r. w sprawach T-126 do 128/95 *Lotniska w Paryżu przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, European Court Report z 1995 r., s. II-2863
- orzeczenie z 19 listopada 1995 r. w sprawie C-479/93 *Francovich przeciwko Republice Włoskiej* („Francovich II”), European Court Report z 1995 r., s. I-3843
- orzeczenie z 5 marca 1996 r. w sprawach C-46/93 do C-48/93 *Brasserie du Pêcheur S.A. przeciwko Republice Federalnej Niemiec*, European Court Report z 1996 r., s. I-1029

- orzeczenie z 7 marca 1996 r. w sprawie C-360/93 *Parlament Europejski przeciwko Radzie Unii Europejskiej*, European Court Report z 1996 r., s. I-1195
- orzeczenie z 28 marca 1996 r. w sprawie C-318/94 *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Federalnej Niemiec*, European Court Report z 1996 r., s. I-1949
- orzeczenie z 22 kwietnia 1996 w sprawie C-87/94 R *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Królestwu Belgii („Bus Wallons”)*, European Court Report z 1996 r., s. I-2043
- orzeczenie z 25 kwietnia 1996 r. w sprawie C-87/94 *Komisja Europejska przeciwko Belgii („Bus Wallons”)* European Court Report z 1996 r., s. I-2043
- orzeczenie z 2 maja 1996 r. w sprawie C-236/95 *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Francuskiej*, European Court Report z 1996 r., s. I-2415
- orzeczenie z 2 maja 1996 r. w sprawie C-311/95 *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Greckiej*, European Court Report z 1996 r., s. I-2433
- orzeczenie z 8 maja 1996 r. w sprawie T-19/95 *Adia Interim SA przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich („Adia Interim”)* European Court Report z 1996 r., s. II-0321
- orzeczenie z 12 grudnia 1996 r. w sprawie C-302/94 *Królowa przeciwko Sekretarzowi Stanu („British Telecom II”)*, European Court Report z 1996 r., s. I-6417
- orzeczenie z 16 września 1997 r. w sprawie C-44/96 *Mannesmann Anlagenbau Austria AG i inni przeciwko Strohal Rotationsdruck GesmbH („Mannesmann”)* European Court Report z 1998 r., s. I-0073
- orzeczenie z 17 września 1997 r. w sprawie C-54/96 *Dorsch Consult przeciwko Bundesbaugesellschaft berlin mbh („Dorsch”)*, European Court Report z 1997 r., s. I-4961
- orzeczenie z 16 października 1997 r. w sprawie C-304/96 *Unita sanitaria locale*, European Court Report z 1997 r., s. I-5685
- orzeczenie z 18 grudnia 1997 r. w sprawie C-5/97 *Ballast Nedam przeciwko Królestwu Belgii („Ballast”)*, European Court Report z 1997 r., s. I-7549
- orzeczenie z 17 września 1998 r w sprawie C-323/96 *Komisja Europejska przeciwko Belgii*, European Court Report z 1998 r., s. I-5063
- orzeczenie z 24 września 1998 r. w sprawie C-76/97 *Walter Tögel przeciwko Niederösterreichische Gebietskrankenkasse („Togel”)* European Court Report z 1998 r., s. I-5357
- orzeczenie z 10 listopada 1998 r. w sprawie C-360/96 *Gemeente Arnhem oraz Gemeente Rheden przeciwko BFI Holding BV („Arnhem”)* European Court Report z 1998 r., s. I-6821
- orzeczenie z 17 grudnia 1998 r. w sprawie C-306/97 *Connemara Machine Turf.Co*, European Court Report (nie publikowane)
- orzeczenie z 4 lutego 1999 r. w sprawie C-103/97 *Josef Köllensperger GmbH & Co. KG i Atzwanger AG przeciwko Gemeindeverband Bezirkskrankenhaus Schwaz* (nie publikowane)
- orzeczenie z 4 marca 1999 r. w sprawie C-258/97 *Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbH (HI) przeciwko Landeskrankenanstalten-Betriebsgesellschaft* (nie publikowane)
- orzeczenie z 19 maja 1999 r. w sprawie C-225/97 *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Francuskiej* (nie publikowane)
- orzeczenie z 28 października 1999 r. w sprawie C-81/98 *Alcatel Austria AG i Inni, Siemens AG Österreich i Sag-Schrack Anlagentechnik AG przeciwko Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr* (nie publikowane)

LITERATURA

- Ahlt Michael "Prawo europejskie" Wyd.C.H.Beck, Warszawa, 1995 r.
- Arrowsmith Sue (red.) "Public Procurement Law Review" Wyd. Sweet & Maxwell, (dwumiesięcznik)
- Arrowsmith Sue "The Law of Public and Utilities Procurement", wyd. Sweet & Maxwell, London 1996 r.
- Arrowsmith Sue "A Guide to the Procurement Cases of the Court of Justice", wyd. Earls Gate Press, 1992 r.
- Arrowsmith Sue "Remedies for Enforcing the Public Procurement Rules", wyd. Earls Gate Press, 1993 r.
- Arrowsmith Sue, Davies Arwel "Public Procurement Global Revolution", wyd. Kluwer Law International, 1998 r.
- Bovis Christopher "EC Public Procurement Law", wyd. Longman, 1997 r.
- Bright Christopher "Public Procurement Handbook", wyd. Chancery Wiley Law Publications, 1994 r.
- Cox Andrew "Public Procurement in the EEC Single Market Rules and the Enforcement Regime after 1992", wyd. Earls Gate Press, 1992 r.
- Czapliński Władysław (red.) „Prawo Wspólnot Europejskich. Orzecznictwo” Wydawnictwo naukowe SCHOLAR, Warszawa, 1997 r.
- Dausies Manfred A. (red.) „Prawo gospodarcze Unii Europejskiej”, Wyd. C.H.Beck, Warszawa, 1999 r.
- Digings L., Bennett J. "EC Public Procurement: Law and Practice", wyd. Sweet & Maxwell, 1992 r.
- Evans Andrew „Prawo integracji europejskiej” Dom Wydawniczy ABC, 1996 r.
- Gormley Laurence "Gordian Knots in European Public Procurement Law. Government Procurement" „Leksykon Unii Europejskiej”, wyd. Platan, Kraków, 1998 r.
- Lemke Marian (red.) „Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej. Dyrektywy dotyczące zamówień publicznych na usługi, dostawy i roboty budowlane”, Urząd Zamówień Publicznych, 1999 r.
- Martin Fernandez J.M. "The EC Public Procurement Rules: A Critical Analysis", wyd. Oxford University Press, 1996 r.
- Michałowska-Gorywoda Krystyna (red.) „Unia Europejska”, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa, 1999r.
- Medhurst David "EU Public Procurement Law", wyd. Blackwell Science 1997 r.
- Trepte Peter Armin "Public Procurement in the EC", wyd. CCH Editions 1993 r.
- Tyrell Alan, Bedford Becky "Public Procurement in Europe. Enforcement and Remedies", wyd. Butterworths 1996 r.
- Weiss Friedl "Public Procurement in European Community Law", wyd. The Athlone Press 1993 r.
- „Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej. Procedury odwoławcze w świetle dyrektyw”, Urząd Zamówień Publicznych, 1998 r.
- „Zielona Księga Komisji Europejskiej”, Urząd Zamówień Publicznych, 1998 r.

TEKSTY ORZECZEŃ

3.1 ORZECZENIE TRYBUNAŁU Z DNIA 10 LUTEGO 1982 R. W SPRAWIE 76/81 („TRANSPORROUTE”)

S.A. Transporoute et Travaux przeciwko Ministrowi Robót Publicznych

Autor wniosku o orzeczenie wstępne: Conseil d’Etat – Wielkie Księstwo Luksemburg

Wolność świadczenia usług – dyrektywy dotyczące zamówień publicznych na roboty budowlane.

Sprawozdania Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości 1982 strona 0417

Daty:

DOKUMENTU: 10/02/1982

WNIOSKU: 07/04/1981

Rodzaj procedury: Wniosek o orzeczenie wstępne

Sędzia-Sprawozdawca Mackenzie Stuart

Uwagi: Belgii, Włoch, Komisji

Przedmiot: Wolność zakładania przedsiębiorstw i świadczenia usług; swobodny przepływ usług; zbliżanie prawodawstwa państw członkowskich

Streszczenie

1. *Dyrektywę Rady 71/305 należy interpretować jako uniemożliwiającą państwu członkowskiemu postawienie oferentowi z innego państwa członkowskiego wymogu przedstawienia jakiegokolwiek dowodu, na przykład pozwolenia na założenie przedsiębiorstwa, innego niż wymienione w art. 23–26 tejsze dyrektywy, że spełnia on kryteria ustalone w tych przepisach, dotyczące jego kwalifikacji i solidności.*

Taka interpretacja dyrektywy jest także zgodna ze schematem przepisów Traktatu dotyczących świadczenia usług. Jeśliby świadczenie usług w jednym państwie członkowskim przez wykonawcę z siedzibą w innym państwie członkowskim było uzależnione od posiadania pozwolenia na założenie przedsiębiorstwa w pierwszym państwie członkowskim byłoby to równoznaczne z pozbawieniem mocy prawnej art. 59 Traktatu. Celem tego przepisu jest dokładnie zniesienie restrykcji dotyczących wolności świadczenia usług przez osoby nie zamieszkałe w państwie, w którym usługa ma być świadczona.

2. *Jeśli, w opinii zamawiającego udzielającego zamówienia publicznego na roboty budowlane, oferta jest rażąco niska w porównaniu ze świadczeniem, przepis art. 29 ust. 5 Dyrektywy 71/305 wymaga, by zamawiający, przed podjęciem decyzji dotyczącej udzielenia zamówienia, zażądał od oferenta wyjaśnień dotyczących jego ceny lub poinformował oferenta, która z jego ofert wydaje się rażąco niska, i pozwolił mu w odpowiednim terminie dostarczyć dalszych wyjaśnień.*

Strony

w sprawie 76/81

Wniosek do Trybunału na podstawie art. 177 Traktatu EWG sporządzony przez Comité du Contentieux du Conseil d'Etat (Komitet Sądowniczy Rady Państwa) Wielkiego Księstwa Luksemburg o orzeczenie wstępne w postępowaniu toczącym się przed Trybunałem między S.A. Transporoute et Travaux, Bruksela,

a

Ministrem Robót Publicznych, Wielkie Księstwo Luksemburg

Przedmiot sprawy

Interpretacja Dyrektywy Rady 71/304 z 26 lipca 1971 r. dotyczącej zniesienia ograniczeń wolności świadczenia usług w odniesieniu do zamówień publicznych na roboty budowlane oraz udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane wykonawcom działającym za pośrednictwem agencji lub oddziałów, oraz Dyrektywy Rady 71/305 z tego samego dnia, dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (OJ 1971 (II), str. 678 i 682),

Podstawy wydania orzeczenia

1. Na mocy orzeczenia z 11 marca 1981 r., które wpłynęło do Trybunału 7 kwietnia 1981 r. Comité du Contentieux du Conseil D'Etat (Komitet Sądowniczy Rady Państwa) Wielkiego Księstwa Luksemburg zwrócił się do Trybunału o wydanie wstępnego orzeczenia, zgodnie z art. 177 Traktatu EWG, w dwóch kwestiach dotyczących interpretacji Dyrektyw Rady 71/304 i 71/305 z 26 lipca 1971 r. dotyczących odpowiednio, zniesienia ograniczeń wolności świadczenia usług w odniesieniu do zamówień publicznych na roboty budowlane oraz udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane wykonawcom działającym za pośrednictwem agencji lub oddziałów, oraz koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (tamże str. 682).
2. Kwestie te powstały w trakcie sporu, związanego z ogłoszeniem o zamówieniu, opublikowanym przez Administration des ponts et chaussees (Zarząd Dróg i Mostów) Wielkiego Księstwa Luksemburg, w odpowiedzi na które S.A. Transporoute et Travaux (dalej zwana Transporoute), spółka handlowa utworzona zgodnie z prawem belgijskim, przedstawiła najniższą ofertę.
3. Oferta ta została odrzucona przez Ministra Robót Publicznych ponieważ Transporoute nie posiadała rządowego pozwolenia na założenie przedsiębiorstwa, wymaganego na mocy art. 1 rozporządzenia Wielkiego Księstwa z 6 listopada 1974 r. (Memorial gazette A 1974, str 1660 i dalsze) oraz ponieważ ceny w ofercie Transporoute zostały uznane przez Ministra Robót Publicznych za rażąco niskie w rozumieniu art. 32 ust. 5 i 6 tegoż rozporządzenia. W rezultacie Minister Robót Publicznych Wielkiego Księstwa Luksemburga udzielił zamówienia konsorcjum wykonawców z Luksemburga, których oferta została oceniona jako ekonomicznie najkorzystniejsza.
4. Transporoute złożył wniosek o wszczęcie postępowania przed Conseil d'Etat o anulowanie tej decyzji. W uzasadnieniu wniosku firma oświadczyła między innymi, że odrzucenie

jej oferty stanowiło naruszenie przepisów Dyrektywy 71/305, zwłaszcza art. 24 i 29 ust. 5 tejże.

5. Z uwagi na to, że w wyniku sporu powstały wątpliwości dotyczące interpretacji prawa Wspólnoty, Conseil d'Etat zwróciła się do Trybunału o wstępne orzeczenie w dwóch kwestiach dotyczących interpretacji Dyrektyw Rady 71/304 i 71/305.

Pierwsze pytanie

6. Czy jest sprzeczne z przepisami Dyrektyw Rady 71/304 i 71/305, w szczególności z przepisami art. 24 Dyrektywy 71/305, wymaganie przez zamawiającego od wykonawcy z siedzibą w innym państwie członkowskim, jako warunku udzielenia zamówienia na roboty budowlane, aby prócz prawidłowego wpisu w rejestrze handlowym lub zawodowym kraju zarejestrowania, posiadał on pozwolenie na założenie przedsiębiorstwa, wydane przez rząd państwa członkowskiego, w którym zamówienie jest udzielone.
7. Celem Dyrektyw 71/304 i 71/305 jest zapewnienie wolności świadczenia usług w dziedzinie zamówień publicznych na roboty budowlane. W związku z tym pierwsza z tych dyrektyw nakłada na państwa członkowskie ogólny obowiązek zniesienia restrykcji związanych z dostępem do, uczestnictwem i wykonawstwem zamówień publicznych na roboty budowlane, a druga dyrektywa ma na celu koordynację procedur związanych z udzielaniem zamówień publicznych na roboty budowlane.
8. Jeśli chodzi o tę koordynację rozdział I Działu IV Dyrektywy 71/305 nie ogranicza się do określenia kryteriów kwalifikacji, na podstawie których wykonawcy mogą być wykluczeni z uczestnictwa w postępowaniu przez zamawiającego. Poza tym jest w nim mowa o sposobie, w jaki wykonawcy mogą dostarczyć dowód spełnienia tych kryteriów.
9. W związku z tym art. 27 stanowi, że zamawiający może wezwać wykonawcę do przedstawienia zaświadczeń i dokumentów dostarczanych tylko w ramach art. 23–26 dyrektywy, zgodnie z którymi państwa członkowskie mogą wymagać dokumentacji innej niż wyraźnie wymieniona w tej dyrektywie jedynie celem oceny sytuacji finansowej i ekonomicznej wykonawców, zgodnie z art. 25 przywołanej dyrektywy.
10. Ponieważ pozwolenie na ustanowienie siedziby jest wymagane, jak rząd Luksemburga zaznaczył w swojej pisemnej opinii, nie do oceny finansowej i ekonomicznej sytuacji przedsiębiorstwa, ale do oceny kwalifikacji i solidności tych, którzy nim kierują, i ponieważ nie ma zastosowania wyjątek, o którym mowa w art. 25 Dyrektywy 71/305, pozwolenie to stanowi rodzaj dowodu, który nie mieści się w zamkniętej kategorii dowodów dopuszczalnych przepisami przywołanej dyrektywy.
11. Jednakże Rząd Luksemburga utrzymuje, że przyznanie pozwolenia jest równoznaczne z wpisem wykonawcy na listę zatwierdzonych wykonawców w znaczeniu art. 28 Dyrektywy 71/305, a więc jest zgodne z warunkami tego przepisu.
12. W odpowiedzi na powyższy argument należy wskazać, że nawet jeśli pozwolenie może być równoznaczne z wpisem na oficjalną listę zatwierdzonych wykonawców w rozumieniu art. 28 Dyrektywy 71/305, postanowienie nie uzasadnia wniosku, że wpisu na taką listę w państwie udzielającym zamówienia należy wymagać od wykonawców mających siedzibę w innych państwach członkowskich.

13. Z drugiej strony, artykuł 28 ust. 3 upoważnia wykonawców, wpisanych na oficjalną listę w którymkolwiek państwie, do przedstawiania takich wpisów, w ramach ustanowionych tym postanowieniem, jako alternatywnego dowodu, władzom innego państwa członkowskiego udzielającego zamówienia, na to, że spełniają oni kryteria kwalifikacji określone w artykułach 23–26 Dyrektywy 71/305.
14. Należy zauważyć, że taka interpretacja Dyrektywy 71/305 jest zgodna z przepisami Traktatu dotyczącymi świadczenia usług. Uzależnienie świadczenia usług w jednym państwie członkowskim przez wykonawcę z siedzibą w innym państwie członkowskim od posiadania pozwolenia na założenie przedsiębiorstwa w pierwszym państwie byłoby pozbawieniem mocy prawnej art. 59 Traktatu, którego celem jest właśnie zniesienie ograniczeń dotyczących wolności świadczenia usług przez osoby, których siedziba nie znajduje się w państwie, w którym usługa ma być świadczona.
15. W związku z tym na zadane pytanie należy odpowiedzieć w ten sposób, iż Dyrektywę Rady 71/305 należy interpretować jako zapobiegającą sytuacjom, w których państwo członkowskie żąda od oferenta z siedzibą w innym państwie członkowskim przedstawienia dowodu, np. pozwolenia na ustanowienie siedziby, innego niż określone w art. 23–26 tejże dyrektywy, na to że spełnia on kryteria ustanowione w przepisach, dotyczące jego solidności i kwalifikacji.

Pytanie drugie

16. Drugie pytanie brzmi, czy przepisy art. 29 ust. 5 Dyrektywy 71/305 wymagają od zamawiającego żądania od oferenta, którego oferta, w opinii tego zamawiającego jest oczywiście rażąco niska w stosunku do świadczenia, aby dostarczył wyjaśnień dotyczących ceny przed przeprowadzeniem badania ofert i wydaniem decyzji, komu udzielić zamówienia, lub czy w takich okolicznościach przywołane przepisy pozwalają zamawiającemu zdecydować, czy żądanie przedstawienia takich wyjaśnień jest konieczne.
17. Art. 29 ust. 5 Dyrektywy 71/305 stanowi, że jeśli oferta jest oczywiście rażąco niska, zamawiający zobowiązany jest do sprawdzenia szczegółów oferty i w tym celu, obowiązany jest zażądać od oferenta przedstawienia potrzebnych wyjaśnień. W przeciwieństwie do poglądu wyrażonego przez rząd Luksemburga, fakt, że przepis wyraźnie upoważnia zamawiającego do sprawdzenia, czy wyjaśnienia są wiarygodne, pod żadnym pozorem nie upoważnia go do decydowania przed czasem, poprzez odrzucenie oferty bez wezwania oferenta do przedstawienia wyjaśnień, że niemożliwe było przedstawienie przez niego wystarczających wyjaśnień. Cel przepisu, który ma chronić oferentów przed arbitralnością zamawiającego, nie mógłby być osiągnięty, jeśli to zamawiający miałby decydować, czy właściwe jest żądanie od oferenta przedstawienia wyjaśnień.
18. Na drugie pytanie należy więc odpowiedzieć, że w sytuacji kiedy w opinii zamawiającego udzielającego zamówienia publicznego na roboty budowlane oferta jest oczywiście rażąco niska w stosunku do świadczenia, art. 29 ust. 5 Dyrektywy 71/305 wymaga od zamawiającego, by zażądał od oferenta, przed wydaniem decyzji co do udzielenia zamówienia, wyjaśnień odnośnie jego cen lub poinformował oferenta, która z jego ofert wydaje się nieporównywalnie niska, oraz by pozwolił mu, w wystarczającym terminie, przedstawić dalsze szczegóły.

Decyzja o kosztach

Koszty

19. Koszty poniesione przez Rząd Królestwa Belgii, Rząd Republiki Włoskiej i Komisję Wspólnot Europejskich, które przedstawiły swoje opinie Trybunałowi, nie podlegają zwrotowi. Ponieważ postępowanie to jest, jeśli chodzi o strony głównego postępowania, etapem postępowania przed sądem krajowym, decyzja w sprawie kosztów należy do tego sądu.

Sentencja orzeczenia

Na tych podstawach,

TRYBUNAŁ

W odpowiedzi na pytania przedstawione mu przez Comité du Contentieux Conseil d'Etat Wielkiego Księstwa Luksemburga w orzeczeniu z 11 marca 1981 r., niniejszym postanawia: Dyrektywę Rady 71/305 należy interpretować jako zapobiegającą, by państwo członkowskie wymagało od oferenta z innego państwa członkowskiego dostarczenia dowodu, np. pozwolenia na ustanowienie siedziby, innego niż te, o których mowa w art. 23–26 dyrektywy, że spełnia on kryteria ustanowione tymi przepisami i dotyczące jego solidności i kwalifikacji.

Jeśli, w opinii zamawiającego udzielającego zamówienia na roboty budowlane, oferta jest oczywiście rażąco niska w stosunku do wartości świadczenia, art. 29 ust. 5 Dyrektywy 71/305 wymaga od zamawiającego uzyskania od oferenta, przed podjęciem decyzji co do udzielenia zamówienia, wyjaśnień dotyczących jego cen lub poinformowania oferenta, która z jego ofert wydaje się rażąco niska i przyznania mu odpowiedniego terminu na przedłożenie dalszych szczegółów.

3.2 ORZECZENIE TRYBUNAŁU Z DNIA 10 MARCA 1987 R. W SPRAWIE 199/85

Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Włoskiej
Nie opublikowanie ogłoszenia o zamówieniu na roboty budowlane
Sprawa 199/85
Sprawozdania Trybunału 1987, str. 1039

Data:

AKTA: 10/03/87

WNIOSEK: 28/06/85

Rodzaj postępowania: Postępowanie dotyczące nie wywiązania się z obowiązków przez państwa członkowskie – Przyjęte

Streszczenie

Art. 9 Dyrektywy 71/305 dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na wykonanie robót budowlanych zezwala na odstępianie od ogólnych zasad w wielu przy-

padkach, które obejmują sytuacje opisane w pkt (b) oraz (d). Wyjątki, te mające na celu zapewnienie skuteczności praw określonych w Traktacie w sferze zamówień publicznych na roboty budowlane, powinny być ściśle interpretowane, zaś ciężar wykazania istnienia wyjątkowych okoliczności, uzasadniających odstępstwo, spoczywa na osobie powołującej się na te okoliczności.

Strony

W sprawie 199/85

Komisja Wspólnot Europejskich, reprezentowana przez Guido Berardis, członka Departamentu Prawnego Komisji, działającego jako pełnomocnik, prowadzący działalność w Luksemburgu w biurze George' a Kremlis'a, także członka Departamentu Prawnego, Jean Monnet, Kirchberg

powód

przeciwko

Republice Włoskiej, reprezentowanej przez Luigi Ferrari Bravo, szefa Departamentu ds. rozwiązywania spornych spraw dyplomatycznych, działającego jako pełnomocnik, oraz Pier Giorgio Ferri – asystenta, Avvocato dello stato, prowadzących działalność w Luksemburgu przy Ambasadzie Włoskiej.

pozwanemu,

WNIOSEK o uznanie, że Republika Włosa, a właściwie gmina Mediolan, jednostka samorządu lokalnego, poprzez zawarcie umowy w drodze zamówienia prywatnego na budowę zakładu oczyszczania zanieczyszczeń miejskich oraz poprzez nie opublikowanie ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich, nie wypełniła obowiązków wynikających z Dyrektywy Rady 71/305/EEC dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień na wykonanie robót budowlanych,

TRYBUNAŁ

w składzie: lord Mackenzie Stuart, przewodniczący, T.F. O'Higgins oraz F. Schockweiler (przewodniczący izb), T. Koopmans, K. Bahlmann, R. Joliet oraz G.C. Rodriguez Iglesias, Sędziowie,

Rzecznik Generalny: C.O. Lenz

Sekretarz: D. Louterman, Administartor

Biorąc pod uwagę protokół z przesłuchania oraz przesłuchanie z dnia 6 listopada 1986 r.

po wysłuchaniu opinii rzecznika generalnego, przedstawionej na posiedzeniu w dniu 13 stycznia 1987 r.,

wydaje następujące

orzeczenie

Podstawy orzeczenia

1. Poprzez wniosek wniesiony do Sekretariatu Trybunału w dniu 28 czerwca 1985 r., Komisja Wspólnot Europejskich wniosła powództwo zgodnie z art. 169 Traktatu EWG o stwierdzenie, że Republika Włosa, a właściwie gmina Mediolan, jednostka samorządu lokalnego, poprzez zawarcie umowy w drodze zamówienia prywatnego na budowę zakładu

oczyszczania zanieczyszczeń miejskich oraz poprzez nie opublikowanie ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich, nie wypełniła obowiązków wynikających z Dyrektywy Rady 71/305/EEC dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień na wykonanie robót budowlanych (OJ 1971 rok (II), str. 682).

2. Do protokołu z przesłuchania oraz przedstawionych dokumentów i argumentów stron, które zostały przytoczone lub przeanalizowane w niniejszym dokumencie, odniesiono się jedynie w takim stopniu, jaki jest wymagany dla uzasadnienia orzeczenia.

Dopuszczalność

3. Republika Włoska podniosła zarzut niedopuszczalności. Dowodzi, że w całości wypełniła obowiązki wynikające z umotywowanej opinii, wydanej przez Komisję oraz, że w konsekwencji postępowanie prowadzone przed Trybunałem, zgodnie z art. 169 Traktatu, nie jest już dopuszczalne.
4. W swojej umotywowanej opinii sporządzonej w ramach wstępnej procedury rozstrzygnięcia sporu, Komisja zażądała od Republiki Włoskiej „powzięcia środków potrzebnych do wypełnienia zaleceń przedstawionych w opinii w terminie 30 dni od wydania niniejszej opinii” oraz stwierdziła, w ostatnim paragrafie opinii, że „poprzez wszystkie możliwe środki rozumie się przede wszystkim pisemne zobowiązanie gminy Mediolan, w którym zobowiązuje się ona do wypełnienia wszystkich przepisów Dyrektywy 71/305/EEC w przyszłości”.
5. W odpowiedzi na umotywowaną opinię, władze włoskie wysłały do Komisji kopię pisma, w którym Minister Spraw Wewnętrznych poinstruował prefekta Mediolanu, by ten nakazał władzom gminnym ściśle przestrzeganie dyrektywy w całości w przyszłości razem z następującym pisemnym oświadczeniem burmistrza Mediolanu z dnia 19 kwietnia 1984 r.
„...choć przekonany o tym, że administracja gminy działała, tak jak zawsze, zgodnie z prawem podczas zatwierdzania wyboru ofert w ramach zamówienia prywatnego na wybudowanie wspomnianego zakładu oczyszczania zanieczyszczeń miejskich, niniejszym oświadczam:
tak jak wyżej wymieniona opinia nakazuje, gmina Mediolan zobowiązuje się, że w przyszłości jej działania administracyjne będą w zgodzie z przepisami pierwotnego i wtórnego prawodawstwa, włącznie ze wszystkimi przepisami Dyrektywy 71/305/EEC, poprzez ich przestrzeganie, zarówno w formie jak i w treści”.
6. Z dokumentów przedstawionych Trybunałowi, jasno wynika, że wystąpiły kolejno znaczne opóźnienia w budowie wspomnianego zakładu, w przypadku którego procedura wyboru oferty na wykonanie robót była zakwestionowana przez Komisję w umotywowanej opinii, oraz że do projektu musiały zostać wprowadzone znaczne zmiany. Niemniej jednak, nie podjęto żadnych kroków w kierunku nowego zaproszenia do przetargu, organizowanego według zasad zgodnych z warunkami umotywowanej opinii.
7. Nadmienić trzeba, że celem procedury opisanej w art. 169 Traktatu jest m. in. uniknięcie sytuacji, w której postępowanie danego Kraju Członkowskiego jest kwestią rozpatrywaną przez Trybunał, gdzie po rozpoczęciu przez Komisję procedury ustalenia wystąpienia okoliczności nadużycia prawa, państwo przyznaje się do nie wykonania zobowiązań, o co zostało oskarżone oraz naprawia to uchybienie w okresie ustalonym przez Komisję.

8. W tym przypadku jednak, oświadczenie wydane przez burmistrza Mediolanu kwestionuje pogląd wyrażony przez Komisję w jej umotywowanej opinii co do naruszenia prawa a ponadto żadne praktyczne środki powodujące przyjęcie tego punktu widzenia nie zostały podjęte przez władze włoskie.

W takich okolicznościach, nie można uznać, że Republika Włoska przestrzegała treści umotywowanej opinii wydanej przez Komisję i dlatego powództwo wniesione przez Komisję zgodnie z art. 169 Traktatu nie może być uznane za niedopuszczalne. W rezultacie, powództwo musi być uznane za dopuszczalne.

II Istota sprawy

10. Odwołując się do obserwacji przedstawionych Komisji przez gminę Mediolan podczas wstępnego postępowania, pozwany uzasadniał wybór oferty, będącej przedmiotem zagadnienia, w drodze zamówienia prywatnego powołując się na art. 9 pkt (b) oraz (d) Dyrektywy 71/305.
11. Według pozwanego, budowa tego typu zakładu wymagała przyznania wyłącznych praw wykonawcy, któremu powierzono budowę oraz po drugie, w wyniku pewnych zdarzeń, a w szczególności wypadku w Seveso, budowa zakładu była sprawą najwyższej wagi.
12. Należy zauważyć, że Dyrektywa 71/305 ma na celu ułatwienie skutecznego uzyskania przez Wspólnotę wolności zakładania przedsiębiorstw i wolności świadczenia usług w przypadku robót budowlanych. W tym celu, przewiduje ona pewne ogólne zasady, w szczególności dotyczące ogłaszania i uczestniczenia w postępowaniu, tak by uczestnictwo w postępowaniu o zamówienie na wykonanie robót budowlanych w Kraju Członkowskim było dostępne dla wszystkich zainteresowanych we Wspólnocie.
13. Art. 9 dyrektywy zezwala zamawiającym na wybór wykonawcy bez stosowania ogólnych zasad, za wyjątkiem tych zawartych w art. 10, w wielu sytuacjach, włącznie z określonymi w pkt (b) oraz (d):
- „b) jeżeli z przyczyn technicznych, artystycznych lub z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, roboty budowlane mogą być wykonane tylko przez określonego wykonawcę”
- oraz
- „d) jeżeli w sytuacji niezbędnej konieczności, ze względu na wyjątkowo pilny charakter sprawy związanej z wydarzeniami, których zamawiający nie mogli przewidzieć, terminy określone w innej procedurze nie mogą być dotrzymane”;
14. Przepisy te, dopuszczające odstępianie od zasad, których celem jest zapewnienie skuteczności praw przyznanych przez Traktat w sferze robót budowlanych, muszą być interpretowane w sposób ścisły a ciężar udowodnienia faktycznego wystąpienia wyjątkowych okoliczności uzasadniających wyjątek spoczywa na osobie powołującej się na te okoliczności.
15. W niniejszym przypadku, żadne fakty o takiej naturze, która mogłaby wykazać, że warunki uzasadniające wyjątek określony w wyżej wymienionym przepisie zostały spełnione, nie zostały przedstawione. W rezultacie, wniosek Komisji musi być uznany bez jakiegokolwiek potrzeby bliższego zbadania faktów.

16. Dlatego należy stwierdzić, że ponieważ gmina Mediolan zdecydowała się wybrać ofertę w ramach prywatnego zamówienia na budowę zakładu oczyszczania zanieczyszczeń miejskich i nie opublikowała ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich, Republika Włoska nie wykonała swojego obowiązku wynikającego z Dyrektywy 71/305 z dnia 26 lipca 1971 roku dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówienia na roboty budowlane.

Decyzja dotycząca kosztów

Koszty

17. Zgodnie z art. 69 ust. 2 Zasad procesowych, strona przegrywająca obowiązana jest do pokrycia kosztów. Ponieważ pozwany nie zdołał przedstawić odpowiedniej argumentacji, obowiązany jest do pokrycia kosztów.

Sentencja orzeczenia

Na tych podstawach

TRYBUNAŁ niniejszym

- 1) Orzeka, że ponieważ gmina Mediolan zdecydowała wybrać ofertę w ramach zamówienia prywatnego na wykonanie budowy zakładu oczyszczania zanieczyszczeń miejskich i nie opublikowała ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich, Republika Włoska nie wykonała obowiązku wynikającego z Dyrektywy Rady 71/305/EEC z dnia 26 lipca 1971 roku dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień na roboty budowlane.
- 2) Nakazuje Republice Włoskiej pokrycie kosztów.

3.3 ORZECZENIE TRYBUNAŁU (SZÓSTEJ IZBY) Z DNIA 9 LIPCA 1987 R. W POŁĄCZONYCH SPRAWACH 27–29/86 (CEI I BELLINI)

SA Construction et entreprises industrielles (CEI) i inni przeciw Société coopérative „Association intercommunale pour les autoroutes des Ardennes” i innym

Wnioski o wydanie orzeczenia wstępnego: Conseil d’Etat – Belgia.

Procedura udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane – Określenie sytuacji finansowej i potencjału ekonomicznego wykonawcy.

Łączne sprawy 27/86, 28/86 i 29/86.

Sprawozdania Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości – 1987 strona 3347

Daty:

DOKUMENTU: 09/07/1987

ZŁOŻENIA WNIOSKU: 03/02/1986

Typ procedury: PRZEKAZANIE DO ORZECZENIA WSTĘPNEGO

Uwagi: HISZPANII, WŁOCH, KOMISJI

Streszczenie

1. *Dokumenty i oświadczenia pozwalające na określenie sytuacji finansowej i potencjału ekonomicznego wykonawcy nie zostały w sposób wyczerpujący wymienione w art. 25 Dyrektywy Rady 71/305 dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane.*

Można wymagać od oferentów złożenia oświadczenia dotyczącego całkowitej wartości zamówionych u niego robót, jako dokumentu w rozumieniu wspomnianego art. 25. Ani przepis art. 25 ani żadne inne postanowienie dyrektywy nie uniemożliwiają państwu członkowskiemu określenia wartości robót, jakie mogą być przeprowadzane równocześnie.

2. *Art. 25, 26 i 28 Dyrektywy 71/305 należy interpretować jako nie zabraniające zamawiającemu wymagania od wykonawcy uznanego w innym państwie członkowskim, aby przedstawił dowód, że jego przedsiębiorstwo posiada warunki finansowe i potencjał ekonomiczny oraz możliwości techniczne wymagane przez prawo krajowe, nawet wtedy, gdy wykonawca jest oficjalnie uznany w Kraju Członkowskim, w którym jego firma została zabrzona, w klasie równoważnej do tej, jaka jest wymagana przez prawo krajowe, ze względu na wartość zamówienia, jakie ma zostać udzielone, o ile klasyfikacja przedsiębiorstw w obu państwach członkowskich, których sprawa dotyczy, nie jest oparta o równoważne kryteria w stosunku do wymaganego potencjału.*

Strony

W połączonych sprawach 27, 28 i 29/86

Sprawy przekazane do Trybunału zgodnie z artykułem 177 Traktatu EWG przez Trzecią Izbę Sekcji Odwołań Administracyjnych Rady Państwa (Conseil d’Etat) Belgii z wnioskiem o orzeczenie wstępne w postępowaniu będącym w toku przed tym sądem.

W sprawie 27/86 pomiędzy

Constructions et Enterprises Industrielles SA (CEI)

oraz

Association Intercommunale Pour Le Autoroutes Des Ardennes,
którego następcą prawnym jest Fonds Des Routes (Fundusz Dróg),
reprezentowany przez Ministra Prac Publicznych;

w sprawie 28/86 pomiędzy

ING.A.Bellini & Co.spa, spółką z ograniczoną odpowiedzialnością, założoną zgodnie z pra-
wem włoskim

oraz

Regie des Batiments (komisja budowlana), reprezentowaną przez Ministra Prac Publicznych;
Interwenient:

Confederation Nationale de la Construction ASBL;

w sprawie 29/86 pomiędzy

ING. A. Bellini & Co. spa

oraz

Państwem Belgijskim, reprezentowanym przez Ministra Obrony,
dotyczącej interpretacji Dyrektywy Rady 71/305/EEC z dnia 26 lipca 1971 r. dotyczącej koor-
dynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (Official Journal
1971 (II), p. 682),

TRYBUNAŁ (Szósta Izba)

w składzie: C. Kakouris, Prezes Izby, T.F. O'Higgins, T. Koompans, K. Bahlmann i G.C.
Rodriguez Iglesias, Sędziowie

Rzecznik Generalny: J. Mischo

Sekretarz: B. Pastor, Administrator

Po rozpatrzeniu obserwacji przedstawionych w imieniu Constructions et Enterprises Indu-
strielles SA, powoda w postępowaniu głównym w sprawie 27/86, prowadzonej przez adwo-
katów R. Libiez, J. Putzeys i X. Leurquin

ING. A. Bellini & Co. spa., powoda w postępowaniu głównym w sprawach 28 i 29/86, pro-
wadzonych przez adwokatów J. Putzeys i X. Leurquin.

Association Intercommunale Pour les Autoroutes des Ardennes, obecnie – Fonds des Routes,
pozwanego w postępowaniu głównym w sprawie 27/86 prowadzonej przez P. Lambert, ad-
wokata,

Regie des Batiments, pozwanego w postępowaniu głównym w sprawie 28/86, prowadzonej
przez P. Lambert, adwokata

Państwa Belgijskiego, pozwanego w postępowaniu głównym w sprawie 29/86, prowadzonej
przez J.P. Pierard, przedstawiciela Ministerstwa Obrony,

Confederation Nationale de la Construction, interwenienta w postępowaniu głównym w spra-
wie 28/86, prowadzonej przez adwokatów L. Goffin i J.L. Lodomez,

Królestwa Hiszpanii, reprezentowanego przez L.J. Casanovę Fernandez, Sekretarza Gene-
ralnego ds. Wspólnot Europejskich,

Republiki Włoskiej, reprezentowanej przez Ivo Braguglia, Avvocato dello Stato,

Komisji Wspólnot Europejskich, reprezentowanej przez M. Guerrin, radcę prawnego,

Biorąc pod uwagę protokół z przesłuchania wstępnego i zgodnie z przesłuchaniem z 13 maja 1987 r.,

Po zapoznaniu się z opinią rzecznika generalnego przedstawioną na posiedzeniu w dniu 11 czerwca 1987 r.,

Zostało przyjęte następujące orzeczenie:

Podstawy orzeczenia

1. W trzech orzeczeniach z 15 stycznia 1986 r., które zostały otrzymane przez Trybunał w dniu 3 lutego 1986 r., Conseil d'Etat Belgii zwróciła się do Trybunału o wydanie orzeczenia wstępnego na mocy art. 177 Traktatu EWG w sprawie interpretacji Dyrektywy Rady 71/305/EEC z 26 lipca 1971 r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane. (Official Journal 1971 (II), str. 682).
2. Pytania te powstały w kontekście postępowania o anulowanie decyzji o udzieleniu różnych zamówień publicznych na roboty budowlane.
3. W postępowaniu głównym w sprawie 27/86 (CEI) oferta powoda została odrzucona na rzecz przedsiębiorstwa, którego oferta była wyższa, co uzasadniono tym, że całkowita wartość robót, tak publicznych jak i prywatnych, które CEI wykonywało w czasie udzielania zamówienia, przekraczały limit określony przez stosowne przepisy belgijskie.
4. Oferty złożone przez powoda w głównym postępowaniu w sprawach 28 i 29/86 (Bellini) również zostały odrzucone na rzecz przedsiębiorstwa, którego oferta była wyższa, co uzasadniono nie spełnianiem przez firmę Bellini kryteriów przewidzianych przez prawodawstwo belgijskie, umożliwiających uznanie go w klasach przewidzianych w dokumentacji przetargowej, pomimo tego, że przedstawił on świadectwo oficjalnego uznania wydane we Włoszech w klasie, która upoważniała go do udziału w przetargach we Włoszech o wartości porównywalnej z wartością omawianych zamówień belgijskich.
5. W trzech głównych procesach powodzi w uzasadnieniu swojego powództwa o anulowanie decyzji o udzieleniu zamówień, twierdzą, między innymi, że decyzje te były sprzeczne z przepisami Dyrektywy 71/305.
6. Ponieważ Conseil d'Etat uznała, że konieczna była interpretacja pewnych przepisów tej dyrektywy, zawiesiła postępowanie i zwróciła się do Trybunału z następującymi kwestiami z wnioskiem o orzeczenie wstępne:

A – w sprawie 27/86

- „(1) Czy dokumenty i oświadczenia umożliwiające stwierdzenie sytuacji finansowej i ekonomicznej oferenta są wymienione w sposób wyczerpujący w art. 25 Dyrektywy 71/305/EEC?
- (2) Jeśli nie, to czy wartość robót, jakie mogą być wykonywane równocześnie może być uważana za dowód umożliwiający określenie sytuacji finansowej i potencjału ekonomicznego w znaczeniu art. 25 dyrektywy?”

B – w sprawach 28 i 29/86

„Czy Dyrektywa 71/305/EEC z 26 lipca 1971 r. dotycząca koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, a w szczególności jej art. 25 i 26 pkt (d)

umożliwiają belgijskim zamawiającym odrzucenie oferty złożonej przez oferenta włoskiego, na podstawie tego, że jego przedsiębiorstwo nie wykazało, że posiada minimalną kwotę środków własnych wymaganych przez prawodawstwo belgijskie, oraz że nie zatrudnia ono średnio minimalnej ilości pracowników i personelu kierowniczego wymaganych przez to prawodawstwo, podczas gdy przedsiębiorca taki jest uznany we Włoszech w klasie równoważnej do tej, jaka wymagana jest w Belgii ze względu na wartość zamówienia jakie ma być udzielone?”

7. W celu uzyskania pełniejszego obrazu postępowania głównego, legislacji krajowej i wspólnotowej, której sprawa dotyczy, pisemnych obserwacji przedstawionych Trybunałowi oraz trybu postępowania, które są wspomniane lub omówione poniżej ma miejsce odwołanie się do raportu z przesłuchania wstępnego, w stopniu, w jakim jest to konieczne dla argumentacji Trybunału.

Pytanie dotyczące wyczerpującej natury listy dokumentów i oświadczeń w Artykule 25 dyrektywy

8. Art. 25 ust. 1 dyrektywy przewiduje, że dowód sytuacji finansowej i potencjału ekonomicznego oferenta może być przedstawiony w formie jednego lub więcej wspomnianych tam dokumentów i oświadczeń. Zgodnie z ust. 2 zamawiający są zobowiązani do określenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub zaproszeniu do składania ofert, jakie dokumenty i oświadczenia wybrali spośród tych wymienionych w poprzednich ustępach, oraz jakie inne dokumenty i oświadczenia od tych wymienionych w pkt (a), (b) lub (c) powinny być przedstawione.
9. Z samego sformułowania tego artykułu, a w szczególności z jego drugiego ustępu, wynika, że lista dokumentów i oświadczeń tam wymienionych nie jest wyczerpująca.
10. Dlatego też w odpowiedzi dla sądu krajowego należy stwierdzić, że dokumenty i oświadczenia umożliwiające określenie sytuacji finansowej i potencjału ekonomicznego oferenta, nie są w sposób wyczerpujący określone w art. 25 Dyrektywy 71/305/EEC.
11. Jeśli chodzi o drugie zapytanie sądu krajowego w sprawie 27/86, należy zauważyć, że całkowita wartość robót zleconych wykonawcy w danym momencie może być przydatnym czynnikiem przy określaniu, na określonym etapie, sytuacji finansowej i potencjału ekonomicznego wykonawcy w stosunku do jego zobowiązań. Ponieważ dokumenty i oświadczenia nie są wymienione w sposób wyczerpujący w art. 25 dyrektywy, dlatego też nie ma powodu, aby takie informacje nie mogły być wymagane od oferentów, jako dowody w znaczeniu tego przepisu.
12. Jednakże, w świetle podstaw do żądania dokumentów i oświadczeń, treści prawodawstwa belgijskiego tam wymienionego oraz argumentów przytoczonych przed Trybunałem, pytanie sądu krajowego musi być rozumiane również jako chęć upewnienia się, czy przepis krajowy, określający maksymalną wartość prac, jakie mogą być prowadzone równocześnie jest zgodny z tą dyrektywą.
13. W tym względzie należy zauważyć, że ustalenia takiego limitu nie jest ani dozwolone ani zabronione przez art. 25 dyrektywy, ponieważ celem tego przepisu nie jest ograniczenie władzy państw członkowskich w zakresie ustalania poziomu możliwości finansowych i potencjału ekonomicznego wymaganych dla wzięcia udziału w postępowaniu

o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane, ale określenie oświadczeń lub dowodów, jakie mogą być składane w celu określenia sytuacji finansowej i potencjału ekonomicznego wykonawcy.

14. Aby wydać decyzję co do zgodności takiego limitu z dyrektywą jako całością, należy mieć na względzie cel i przedmiot dyrektywy. Celem Dyrektywy 71/305 jest zapewnienie, że realizacja w ramach Wspólnoty swobody zakładania przedsiębiorstw i świadczenia usług w odniesieniu do zamówień publicznych na roboty budowlane obejmuje, poza eliminacją ograniczeń, koordynację krajowych procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane. Taka koordynacja „powinna uwzględniać tak daleko jak to jest możliwe procedury i praktyki administracyjne obowiązujące w każdym z krajów członkowskich” (punkt drugi preambuły dyrektywy). Art. 2 wyraźnie stanowi, że zamawiający są zobowiązani do stosowania procedur krajowych dostosowanych do postanowień dyrektywy.
15. Dyrektywa nie formułuje ujednoczonego i wyczerpującego zbioru przepisów wspólnotowych. W ramach wspólnych przepisów, jakie zawiera, państwom członkowskim pozostawia się wolność utrzymania lub przyjmowania przepisów z zakresu prawa materialnego i procesowego dotyczącego zamówień publicznych na roboty budowlane, pod warunkiem, że są one zgodne ze wszystkimi stosownymi przepisami prawa wspólnotowego, oraz, w szczególności, z zakazami wynikającymi z zasad określonych w Traktacie w stosunku do prawa zakładania przedsiębiorstw i wolności świadczenia usług.
16. Ustalenie w kraju członkowskim maksymalnej wartości prac, jakie mogą być wykonywane równocześnie, nie jest sprzeczne z powyższymi zasadami i nic nie wskazuje na to, że w efekcie ogranicza ono dostęp przedsiębiorców we Wspólnocie do zamówień publicznych na roboty budowlane.
17. W tych okolicznościach należy stwierdzić, że zgodnie z prawem Wspólnoty, nie ma powodów, dla których państwa członkowskie, w kontekście przysługujących im uprawnień w dziedzinie zamówień publicznych na roboty budowlane, nie mogłyby określić wartości robót, które mogą być wykonywane równocześnie.
18. Odpowiedź dla sądu krajowego powinna być więc następująca – od oferentów można żądać określenia całkowitej wartości zleconych im prac, jako dokumentów w znaczeniu art. 25 Dyrektywy 71/305 oraz, że ani ten artykuł ani żadne inne postanowienie dyrektywy nie zabrania krajowi członkowskiemu określenia wartości robót, jakie mogą być wykonywane jednocześnie.

Pytanie dotyczące skutków umieszczenia na oficjalnej liście uznanych przedsiębiorców budowlanych w jednym z państw członkowskich, dla organów udzielających zamówień w innym państwie członkowskim.

19. Aby odpowiedzieć na to pytanie, należy wyjaśnić skutki, jakie ma umieszczenie przedsiębiorcy na oficjalnej liście uznanych przedsiębiorców w państwie członkowskim w ogólnym schemacie dyrektywy.
20. Zgodnie z art. 28 ust. 1, państwa członkowskie posiadające oficjalne listy uznanych przedsiębiorców muszą dostosować je do wymogów art. 23 pkt (a) do (d) i (g) oraz art. 24 do 26.

21. Powyższe przepisy art. 23 określają okoliczności związane z niewypłacalnością lub nieuczciwością przedsiębiorcy budowlanego uzasadniające wyłączenie go z udziału w zamówieniu. Przepisy art. 25 i 26 dotyczą dokumentów i oświadczeń, jakie można złożyć na dowód sytuacji finansowej i potencjału ekonomicznego przedsiębiorcy, z jednej strony, oraz jego wiedzy technicznej i umiejętności z drugiej.
22. Harmonizacja oficjalnych list uznanych przedsiębiorców, o której mowa w art. 28 ust. 1, ma więc ograniczony zasięg. Dotyczy ona w szczególności dokumentów i oświadczeń potwierdzających sytuację finansową i potencjał ekonomiczny przedsiębiorców, oraz ich wiedzę techniczną i możliwości. Jednakże, kryteria ich klasyfikacji nie są zharmonizowane.
23. Art. 28 ust. 2 przewiduje, że przedsiębiorcy zarejestrowani na takich listach mogą, dla potrzeb każdego zamówienia, przedstawić zamawiającym świadectwo rejestracji wystawione przez kompetentne władze. Takie świadectwo musi określać dokumenty i oświadczenia jakie pozwoliły na rejestrację na takiej liście i klasyfikację tam przyjętą.
24. Art. 28 ust. 3 umożliwia, przedsiębiorcom zarejestrowanym na oficjalnej liście w dowolnym państwie członkowskim, korzystanie z takiej rejestracji, w granicach określonych w tym przepisie, jako alternatywnego sposobu udowodnienia przed władzami innego państwa członkowskiego, w którym udzielane są zamówienia na roboty budowlane, że spełniają oni wymogi kwalifikacyjne wymienione w art. 23 do 26 dyrektywy (Orzeczenie z 10 lutego 1982 r. w sprawie 76/81 *Trasporoute* przeciw Ministrowi Prac Publicznych (1982) ECR 417).
25. W odniesieniu do, w szczególności, świadectwa potencjału ekonomicznego i sytuacji finansowej przedsiębiorcy oraz jego wiedzy technicznej i możliwości, rejestracja na oficjalnej liście uznanych przedsiębiorców może więc zastąpić dokumenty i oświadczenia, o których mowa w art. 25 i 26, w stopniu, w jakim rejestracja taka jest oparta na równoważnych informacjach.
26. Informacje wynikające z rejestracji na oficjalnej liście nie mogą być poddawane w wątpliwość przez zamawiających. Jednakże, zamawiający mogą określić poziom sytuacji finansowej i potencjału ekonomicznego oraz wiedzy technicznej, a także możliwości warunkujące uzyskanie danego zamówienia.
27. Tym samym wymaga się od zamawiających, aby zaakceptowali, że potencjał ekonomiczny i sytuacja finansowa oraz wiedza i możliwości techniczne przedsiębiorcy, są wystarczające w przypadku prac odpowiadających jego klasyfikacji tylko w takim stopniu, w jakim taka klasyfikacja jest oparta na równoważnych kryteriach w stosunku do wymaganego potencjału. Jeśli jednak tak nie jest, mają one prawo odrzucić ofertę złożoną przez przedsiębiorcę, który nie spełnia wymaganych warunków.
28. W odpowiedzi dla sądu krajowego należy więc stwierdzić: art. 25, art. 26 pkt (d) i art. 28 dyrektywy należy interpretować, jako nie uniemożliwiające władzom udzielającym zamówienia, wymagania od przedsiębiorcy uznanego w innych krajach członkowskich, aby przedstawił dowody, że jego przedsiębiorstwo posiada określone minimum własnych funduszy, pracowników i personelu zarządzającego wymaganych prawem krajowym,

nawet gdy przedsiębiorca taki jest oficjalnie uznany w kraju członkowskim, w którym posiada główną siedzibę, w klasie równoważnej z klasą wymaganą przez prawo krajowe w związku z wartością zamówienia jakie ma być udzielone.

Decyzja dotycząca kosztów

Koszty

29. Koszty poniesione przez Komisję Wspólnot Europejskich, Królestwo Hiszpanii oraz Republikę Włoch, które dostarczyły Trybunałowi swoje uwagi nie podlegają zwrotowi. Ponieważ postępowanie takie, w stopniu w jakim dotyczy to stron postępowania głównego, ma charakter etapu postępowania przed sądem krajowym, decyzja dotycząca kosztów jest w gestii tego sądu.

Sentencja orzeczenia

Na tej podstawie,

TRYBUNAŁ (Szósta Izba)

w odpowiedzi na pytania wystosowane do niego przez Conseil D'Etat Belgii we wnioskach z dnia 15 stycznia 1986 r., niniejszym orzeka, co następuje:

- (1) Dokumenty i oświadczenia umożliwiające określenie sytuacji finansowej i potencjału ekonomicznego przedsiębiorcy nie są w sposób wyczerpujący wymienione w art. 25 Dyrektywy Rady 71/305/EEC z 26 lipca 1971 r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane.
- (2) Od oferentów można żądać oświadczenia o całkowitej wartości udzielonych im zamówień, jako dokumentów w znaczeniu art. 25 Dyrektywy 71/305/EEC i ani ten artykuł ani inne postanowienia dyrektywy nie zabraniają państwu członkowskiemu ustalenia wartości robót, jakie mogą być wykonywane równocześnie.
- (3) Art. 25, art. 26 pkt (d) i art. 28 Dyrektywy 71/305/EEC należy interpretować, jako nie zabraniające zamawiającym wymagania od przedsiębiorcy uznanego w innym państwie członkowskim przedstawienia dowodów, że jego przedsiębiorstwo posiada minimalne fundusze własne, pracowników i personel zarządzający wymagane przez prawo krajowe, nawet jeśli przedsiębiorca taki jest uznany w kraju członkowskim, w którym ma główną siedzibę, w klasie równoważnej do tej wymaganej przez prawo krajowe w związku z wartością zamówienia, jakie ma być udzielone.

3.4 ORZECZENIE TRYBUNAŁU (CZWARTEJ IZBY)

Z DNIA 20 WRZEŚNIA 1988 R. W SPRAWIE 31/87 („BEENTJES”)

Gebroeders Beentjes BV przeciwko Państwu Holenderskiemu

Wniosek o wydanie orzeczenia wstępnego: Arrondissementsrechtbank's – Haga – Holandia

Procedura udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane.

Sprawa 31/87

Sprawozdania Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości 1988 str. 4635

Daty:

DOKUMENTU: 20/09/1988

ZŁOŻENIA WNIOSKU: 03/02/1987

Rodzaj procedury: wniosek o wydanie ORZECZENIA WSTĘPNEGO

Obserwacje: WŁOCH; KOMISJI

Zakres przedmiotowy: ZBLIŻANIE PRAWA; SWOBODA ZAKŁADANIA PRZEDSIĘBIORSTW I ŚWIADCZENIA USŁUG; SWOBODNY PRZEPIY W USŁUG; PRAWO OSIEDLANIA SIĘ

Streszczenie

1. *Organ, którego skład i funkcje są określone przez władze ustawodawcze i który wymaga zgody władz na mianowanie swoich członków, wypełnianie obowiązków wynikających ze swoich uprawnień oraz finansowanie zamówień publicznych na roboty budowlane, których udzielanie należy do jego obowiązków, powinien być uważany za mieszczący się w definicji organu państwowego w rozumieniu art. 1 Dyrektywy 71/305, z czego wynika, że dyrektywa ta ma zastosowanie do zamówień publicznych na roboty budowlane, udzielanych przez ten organ.*
2. *Jeśli chodzi o udzielanie zamówień publicznych na roboty budowlane podlegających działaniu Dyrektywy 71/305,*
 - (i) *kryterium posiadania określonego doświadczenia potrzebnego do wykonania przedmiotowego zamówienia jest dopuszczalnym sposobem weryfikacji możliwości technicznych i wiedzy, które pozwalają zdecydować o tym, czy dany przedsiębiorca budowlany będzie odpowiednim wykonawcą zgodnie z art. 20 i 26 tej dyrektywy. Tam gdzie kryterium takie jest przewidziane prawem krajowym, na które powołuje się ogłoszenie o zamówieniu, nie podlega ono specyficznym wymaganiom określonym w dyrektywie, dotyczącym opublikowania informacji o nim w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach przetargowych;*
 - (ii) *kryterium „najbardziej akceptowalnej oferty”, zgodnie z jego definicją w prawodawstwie krajowym, może być spójne z dyrektywą, jeśli odzwierciedla ono swobodę, jaka przysługuje zamawiającym przy określaniu oferty najbardziej korzystnej ekonomicznie, na podstawie obiektywnych kryteriów, a tym samym nie zawiera elementu arbitralnego wyboru. Z art. 29 ust. 1 i 2 tej dyrektywy wynika, że tam gdzie zamawiający nie przyjmuje jako jedynego kryterium udzielania zamówienia najniższej ceny oferty, ale uwzględnia różne kryteria, które pozwolą mu wybrać ofertę najbardziej*

korzystną ekonomicznie, jest on zobowiązany do wymienienia tych kryteriów w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentacji przetargowej;

(iii) warunek związany z zatrudnieniem osób pozostających przez długi okres bez pracy jest zgodny z rozważaną dyrektywą, jeśli bezpośrednio ani pośrednio nie dyskryminuje on oferentów z innych państw członkowskich Wspólnoty. Dodatkowy warunek tego rodzaju powinien być wymieniony w ogłoszeniu o zamówieniu .

Osoby fizyczne mogą powoływać się przed sądami krajowymi na art. 20, 26 i 29 wspomnianej dyrektywy.

- 3. Wynikający z dyrektywy obowiązek państw członkowskich osiągnięcia przewidzianego w niej rezultatu oraz określony w Artykule 5 Traktatu obowiązek przedsięwzięcia wszelkich stosownych środków, tak natury ogólnej jak i szczegółowych, gwarantujących wypełnienie tego zobowiązania spoczywa na wszystkich organach władzy w Krajach Członkowskich, w tym, w sprawach należących do ich jurysdykcji, również sądach. Wynika z tego, że stosując prawo krajowe, w szczególności przepisy uchwalone specjalnie dla potrzeb wdrożenia dyrektywy, sądy krajowe są zobowiązane do interpretacji prawa krajowego w świetle brzmienia i celu dyrektywy, aby osiągnąć rezultat o którym mowa w art. 189 Traktatu ust. 3.*
- 4. Ilekroć przepisy dyrektywy, w zakresie jej przedmiotu, wydają się być bezwarunkowe i wystarczająco konkretne, mogą być one wykorzystywane przez osoby fizyczne w sporach z państwem, jeśli państwo nie dopełni obowiązku wdrożenia przepisów dyrektywy do prawa krajowego w przewidzianym terminie lub, jeśli nie wdroży tych przepisów w sposób prawidłowy.*

Strony

W sprawie 31/87

Wniesionej do Trybunału zgodnie z art. 177 Traktatu o EWG przez Szóstą Izbę Arrondissementsrechtbank (Sądu Okręgowego) w Hadze, z wnioskiem o wydanie orzeczenia wstępnego w postępowaniu prowadzonym przed tym sądem pomiędzy:

Gebroeders Beentjes BV

oraz

Państwem Holenderskim,

w sprawie interpretacji Dyrektywy Rady 71/305/EEC z dnia 26 lipca 1971 r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (OJ 1971 (II), str. 682),

TRYBUNAŁ (Czwarta Izba)

w składzie: G.C. Rodriguez Iglesias, Prezes Izby, T. Koopmans i C.N. Kakouris, Sędziowie,

Rzecznik Generalny: M. Darmon

Sekretarz: J.G. Giraud

po rozpatrzeniu opinii złożonych w imieniu:

Rządu Włoch, przez P.G. Ferri,

Komisji Wspólnot Europejskich, przez R. Wainwright i R. Barents,

mając na uwadze protokół z przesłuchania wstępnego oraz przesłuchania z 8 marca 1988 r.,

po wysłuchaniu opinii rzecznika generalnego, przedstawionej na posiedzeniu w dniu 4 maja 1988 r.,

wydaje następujące

Orzeczenie

Podstawy orzeczenia

1. W swoim orzeczeniu z dnia 28 stycznia 1987 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 3 lutego 1987 r., Arrondissementsrechtbank w Hadze, skierował do Trybunału wnioski o wydanie orzeczenia wstępnego, zgodnie z art.177 Traktatu o EWG w sprawie kilku kwestii dotyczących interpretacji Dyrektywy Rady 71/305/EEC z dnia 26 lipca 1971 r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (OJ 1971 (II), p. 682).
2. Pytania te powstały w trakcie sporu sądowego pomiędzy Gebroeders Beentjes BV i Hollanderskim Ministerstwem ds. Rolnictwa i Połowów w związku z ogłoszeniem o zamówieniu publicznym na roboty budowlane związane z operacją konsolidacji gruntu.
3. W postępowaniu głównym Beentjes, powód, twierdził, że decyzja zamawiającego o odrzuceniu jego oferty, pomimo tego, że opiewała ona na najniższą cenę, na rzecz drugiej pod względem ceny oferty, została podjęta z naruszeniem przepisów wyżej wspomnianej dyrektywy.
4. W tej sytuacji Arrondissementsrechtbank wstrzymał postępowanie przetargowe i zwrócił się do Trybunału z wnioskiem o wydanie orzeczenia wstępnego w następujących kwestiach:
 - (1) Czy organ o cechach „komitetu lokalnego”, według definicji w Ruilverkavelingswet 1954 i opisany w paragrafie 5.3 orzeczenia (sądu krajowego) powinien być uważany za „organ państwowy” czy „władze regionalne lub lokalne” dla celów Dyrektywy Rady 71/305/EEC z dnia 26 lipca 1971 r.?
 - (2) Czy Dyrektywa 71/305/EEC umożliwia wyłączenie oferenta z procedury przetargowej kierując się względami takimi jak określone w ustępie 6.2 orzeczenia (sądu krajowego), jeśli w samym ogłoszeniu nie określa się kryteriów kwalifikacji w tym zakresie (zawiera ono jedynie odniesienie do ogólnych warunków zawierających ogólne zastrzeżenie, takie jak to na którym państwo oparło się w tym wypadku)?
 - (3) Czy strony takie jak Beentjes w tego typu powództwie cywilnym mogą opierać się na przepisach Dyrektywy 71/305/EEC określającej przypadki, w których, i warunki, na jakich wykonawca może zostać wyłączony z procedury przetargowej, na podstawie kryteriów kwalifikacji, nawet jeśli przy uwzględnieniu tych przepisów dyrektywy w prawodawstwie krajowym zamawiający posiada szersze uprawnienia odmowy udzielenia zamówienia niż te przewidziane w dyrektywie?”
5. Co się tyczy drugiego pytania należy stwierdzić, że względy, na które powołuje się wyrok sądu krajowego, dotyczą powodów, dla których oferta Beentjes została odrzucona przez podmiot zamawiający, który uznał, że Beentjes nie posiadał określonego doświadczenia, wymaganego do wykonania przedmiotowych robót, że jego oferta wydawała się być mniej zadowalająca oraz, że firma ta nie wydawała się być w stanie zatrudniać osób długo pozostających bez pracy. Jak wynika z dokumentów złożonych przed Trybunałem,

pierwsze dwa z wyżej wymienionych kryteriów zostały zawarte w art. 21 Jednolitych zasad dotyczących zaproszeń do udziału w przetargu z 21 grudnia 1971 r. (Uniform Aanbestedingsreglement, zwane dalej „Jednolitymi Zasadami”), do których nawiązywało kwestionowane ogłoszenie o zamówieniu, podczas gdy warunek dotyczący zatrudnienia osób długo pozostających bez pracy został wyraźnie określony w ogłoszeniu o zamówieniu.

6. Trybunał odwołuje się do protokołu z przesłuchania wstępnego, w celu uzyskania bardziej szczegółowych informacji o faktach uwzględnionych w postępowaniu głównym, o stosownych przepisach prawa wspólnotowego i krajowego, pisemnych obserwacjach złożonych przed Trybunałem oraz przebiegu postępowania, które są wspomniane lub omówione poniżej tylko w takim stopniu, w jakim jest to konieczne dla uzasadnienia stanowiska Trybunału.

Pytanie pierwsze

7. W swoim pierwszym pytaniu, sąd krajowy pragnie zasadniczo ustalić czy Dyrektywa 71/305/EEC ma zastosowanie do udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane przez organ taki, jak lokalny komitet ds. konsolidacji gruntu.
8. Z dokumentów złożonych przed Trybunałem wynika, że lokalny komitet ds. konsolidacji gruntu jest ciałem bez odrębnej osobowości prawnej, jego funkcje i skład określone są przez przepisy prawa, a jego członkowie są mianowani przez organ wykonawczy danej prowincji. Komitet ten jest zobowiązany stosować zasady określone przez centralny komitet ustanowiony na mocy dekretu królewskiego, którego członkowie są mianowani przez Monarchę. Państwo zapewnia przestrzeganie zobowiązań wynikających z działalności komitetu i finansuje zamówienia publiczne na roboty budowlane udzielane przez przedmiotowy komitet lokalny.
9. Celem Dyrektywy 71/305/EEC jest koordynacja krajowych procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane w państwach członkowskich, udzielanych w imieniu państwa, władz regionalnych lub lokalnych lub innych instytucji prawa publicznego.
10. Zgodnie z art. 1 pkt (b) dyrektywy zamawiającym jest organ państwowy, samorządowy, instytucja prawa publicznego lub stowarzyszenie złożone z jednego lub większej liczby takich organów lub instytucji prawa publicznego wymienione w załączniku I.
11. Dla celów tego przepisu, termin „organ państwowy” należy interpretować w kategoriach funkcjonalnych. Cel dyrektywy, którym jest zapewnienie efektywnego osiągnięcia swobody zakładania przedsiębiorstw i świadczenia usług w odniesieniu do zamówień publicznych na roboty budowlane, byłby zagrożony, gdyby postanowienia dyrektywy uznano za nie mające zastosowania, wyłącznie z tego powodu, że zamówienie publiczne na roboty budowlane zostaje udzielone przez organ, który, pomimo tego, że został ustanowiony w celu realizacji zadań powierzonych mu przez władze ustawodawcze, nie jest formalnie częścią administracji państwowej.
12. Tak więc, organ tego typu, jak omawiany tutaj, którego skład i funkcje są określone przez przepisy prawa, i który jest zależny od władz w zakresie wyboru własnych członków, przestrzegania zobowiązań wynikających ze swoich uprawnień oraz finansowania zamówień publicznych na roboty budowlane, których udzielanie leży w jego gestii, powinien

być uznany za mieszczący się w pojęciu organu państwowego w rozumieniu wyżej wspomnianego przepisu, pomimo tego że nie jest formalnie częścią administracji państwowej.

13. W odpowiedzi na pierwsze pytanie zadane przez sąd krajowy, należy zatem stwierdzić, że Dyrektywa 71/305/EEC dotyczy zamówień publicznych na roboty budowlane udzielanych przez organy takie jak lokalny komitet konsolidacji gruntów.

Pytanie drugie

14. Celem drugiego pytania wystosowanego przez sąd krajowy jest ustalenie, przede wszystkim, czy Dyrektywa 71/305/EEC uniemożliwia odrzucenie oferty z niżej wymienionych powodów:

- (i) brak określonego doświadczenia związanego z zamawianymi robotami;
- (ii) przekonanie zamawiającego, że oferta nie jest najkorzystniejsza;
- (iii) brak możliwości wykonawcy do zatrudniania osób pozostających długo bez pracy.

Po wtóre, sąd pragnie ustalić, jakie wcześniejsze ogłoszenie jest wymagane przez dyrektywę przy zastosowaniu takich kryteriów, jeśli zostaną one uznane za zgodne z dyrektywą.

15. Zgodnie ze strukturą dyrektywy, w szczególności Działem IV (Przepisy wspólne dotyczące uczestnictwa), badanie tego czy wykonawca jest odpowiednim kandydatem do wykonania robót objętych zamówieniem oraz udzielenie zamówienia są dwiema różnymi operacjami w ramach procedury udzielania zamówień na roboty publiczne. Art. 20 dyrektywy przewiduje, że zamówienie powinno zostać udzielone po zweryfikowaniu odpowiedniości oferenta.
16. Pomimo tego, że dyrektywa, której celem jest koordynacja krajowych procedur udzielania zamówień na roboty budowlane, uwzględnia w maksymalnym stopniu procedury i praktyki administracyjne obowiązujące w każdym państwie członkowskim (ustęp drugi preambuły), nie wyklucza jednak możliwości, że badanie tego czy wykonawca jest odpowiedni oraz udzielanie zamówienia mogą odbywać się jednocześnie – obie te procedury rządzą się różnymi zasadami.
17. Art. 20 przewiduje, że sprawdzenie, czy wykonawca jest odpowiedni, powinno być dokonywane przez zamawiającego, zgodnie z kryteriami sytuacji ekonomicznej i finansowej oraz wiedzy technicznej i umiejętności, o których mowa w art. 25–28. Celem tych przepisów nie jest ograniczenie swobody państw członkowskich do ustalania poziomu sytuacji finansowej i ekonomicznej oraz wymaganej wiedzy technicznej, potrzebnych do wzięcia udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane, ale określenie zaświadczeń lub dowodów, jakie mogą być przedstawiane w celu ustalenia sytuacji finansowej i ekonomicznej oraz wiedzy technicznej i możliwości wykonawcy (patrz orzeczenie z dnia 9 lipca 1987 r. w połączonych sprawach 27 do 29/86 CEI and Bellini (1987) ECR 3347). Jednakże, z przepisów tych jasno wynika, że zamawiający mogą weryfikować to, czy wykonawca jest odpowiedni, nie tylko na podstawie kryteriów związanych z jego sytuacją finansową i ekonomiczną oraz ich wiedzą techniczną i możliwościami.

18. Jeśli chodzi o kryteria udzielania zamówień, art. 29 ust. 1 przewiduje, że zamawiający powinni opierać swoją decyzję albo wyłącznie na najniższej cenie, albo, gdy udziela się zamówienia wykonawcy składającemu ofertę najbardziej korzystną pod względem ekonomicznym, na różnych kryteriach związanych z umową: np. cena, czas wykonania, koszty bieżące, zyskowość, parametry techniczne.
19. Pomimo tego, że druga możliwość pozostawia do uznania zamawiających wybór kryteriów, na podstawie których udzielają oni zamówienia, ich wybór jest ograniczony do kryteriów pozwalających na określenie, która oferta jest najbardziej korzystna pod względem ekonomicznym. W rzeczywistości art. 29 ust. 4 traktuje, jedynie jako wyjątek, możliwość udzielenia zamówienia w oparciu o kryteria innej natury „w ramach zasad, których celem jest udzielenie preferencji wobec niektórych oferentów na zasadzie pomocy, pod warunkiem, że przywołane zasady będą w zgodzie z Traktatem, a w szczególności art. 92 i następnymi.”
20. Ponadto, dyrektywa nie stanowi jednolitego i wyczerpującego zbioru zasad Wspólnoty – w ramach ogólnych zasad, które przewiduje, państwom członkowskim pozostawia się wolność do utrzymywania i przyjmowania przepisów materialnych i procesowych w odniesieniu do zamówień publicznych na roboty budowlane, pod warunkiem, że są one zgodne z odpowiednimi przepisami prawa wspólnotowego, w szczególności z zakazami wynikającymi z zasad określonych w Traktacie odnoszących się do prawa osiedlania się i prawa do świadczenia usług (cytowany powyżej wyrok z 9 lipca 1987 r.).
21. Wreszcie, aby osiągnąć cel dyrektywy, jakim jest zapewnienie rozwoju skutecznej konkurencji przy udzielaniu zamówień publicznych na roboty budowlane, kryteria i warunki, od których zależy udzielenie zamówienia muszą być w dostateczny sposób rozpowszechnione przez zamawiających.
22. W tym celu, Dział III dyrektywy określa zasady dotyczące ogłaszania na terenie całej Wspólnoty postępowań o zamówienia publiczne organizowanych przez zamawiających w Krajach Członkowskich, tak aby wykonawcy na terenie Wspólnoty otrzymali stosowne informacje o przedmiocie zamówienia i związanych z nim warunkach, a tym samym mieli możliwość stwierdzić, czy proponowane zamówienia leżą w obszarze ich zainteresowania. Jednocześnie, dodatkowe informacje dotyczące zamawianych robót, muszą, zgodnie ze zwyczajem panującym w Krajach Członkowskich, być przedstawione w dokumentacji przetargowej do każdego zamówienia lub w dokumencie pełniącym równoważną rolę (patrz ustęp dziewiąty i dziesiąty preambuły do dyrektywy).
23. W świetle powyższego należy zbadać różne aspekty pytania postawionego przez sąd krajowy.
24. W tym wypadku, określone doświadczenie związane z robotami, jakie mają zostać wykonane, było kryterium pozwalającym określić wiedzę techniczną i możliwości wykonawców. Jest to więc dopuszczalne kryterium weryfikacji tego, czy wykonawca jest odpowiednim kandydatem, zgodnie z art. 20 i 26 dyrektywy.
25. Niedopuszczenie wykonawcy z tego powodu, że jego oferta wydaje się zamawiającym mniej odpowiednia, zostało uwzględnione, jak wynika z dokumentów złożonych przed Trybunałem, w art. 21 Jednolitych Zasad. Zgodnie z art. 21 ust. 3, „zamówienie zostanie

- udzielone wykonawcy, którego oferta zostanie uznana za najbardziej odpowiednią przez podmiot zamawiający”.
26. Zgodność takiego postanowienia z dyrektywą zależy od jego interpretacji w świetle prawa krajowego. Byłoby ono niezgodne z art. 29 dyrektywy, jeśli jego skutkiem byłoby przyznanie zamawiającym nieograniczonej wolności wyboru w zakresie udzielenia określonego zamówienia oferentowi.
 27. Z drugiej jednak strony, przepis taki nie jest niezgodny z dyrektywą, jeśli będzie on interpretowany, jako dający zamawiającym swobodę działania przy porównywaniu różnych ofert oraz wyboru najbardziej korzystnej na podstawie obiektywnych kryteriów takich jak te wymienione przykładowo w art. 29 ust. 2 dyrektywy.
 28. Jeśli chodzi o wykluczenie oferenta z tego powodu, że nie jest on w stanie zatrudniać osób długo pozostających bez pracy, należy zauważyć przede wszystkim, że warunek taki nie ma związku z weryfikacją tego, czy wykonawca jest odpowiednim kandydatem, na podstawie jego sytuacji ekonomicznej i finansowej oraz wiedzy i możliwości technicznych ani też z kryteriami udzielania zamówienia, o których mowa w art. 29 dyrektywy.
 29. Z orzeczenia z 9 lipca 1987 r., cytowanego powyżej, wynika, że aby być w zgodzie z dyrektywą, warunek taki musi być zgodny ze wszystkimi istotnymi przepisami prawa Wspólnotowego, w szczególności z zakazami wynikającymi z zasad określonych w Traktacie dotyczących prawa osiedlenia się i prawa do świadczenia usług.
 30. Obowiązek zatrudniania osób długo pozostających bez pracy mógł, między innymi, naruszyć zakaz dyskryminacji ze względu na narodowość określony w art. 7 ust. 2 Traktatu, jeśli stałoby się jasne, że warunek taki może zostać spełniony wyłącznie przez oferentów z tego właśnie Kraju lub, że w rzeczywistości oferenci z innych Krajów Członkowskich mogliby mieć trudności z jego spełnieniem. W gestii sądu krajowego leży określenie, przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności, czy narzucenie takiego warunku jest w sposób bezpośredni lub pośredni dyskryminujące.
 31. Nawet jeśli wyżej wspomniane kryteria nie są same w sobie niezgodne z dyrektywą, muszą one być stosowane zgodnie ze wszystkimi zasadami proceduralnymi określonymi w dyrektywie, w szczególności z zasadami dotyczącymi ogłaszania zamówień. Dlatego konieczna jest interpretacja tych przepisów, aby określić, z jakimi wymogami muszą być zgodne różne kryteria wymienione przez sąd krajowy.
 32. Z dokumentów przedstawionych Trybunałowi wynika, że w tym przypadku warunek posiadania określonego doświadczenia związanego z robotami jakie mają być wykonane oraz warunek najbardziej odpowiedniej oferty nie były wymienione w dokumentacji przetargowej ani w ogłoszeniu o zamówieniu; kryteria te pochodzą z art. 21 Jednolitych Zasad, do których ogłoszenie w sposób ogólny się odwoływało. Z drugiej jednak strony, wymóg dotyczący zatrudnienia osób pozostających długi czas bez pracy był przedmiotem specjalnego postanowienia w dokumentach przetargowych i został wyraźnie wspomniany w ogłoszeniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich.
 33. Jeśli chodzi o kryterium posiadania określonego doświadczenia związanego z udzielanym zamówieniem, należy zauważyć, że choć ostatecznie zdanie art. 26 dyrektywy nakłada na

- zamawiających obowiązek określenia w ogłoszeniu o zamówieniu, które z zaświadczeń dotyczących wiedzy technicznej i możliwości należy przedstawić, nie wymaga on od nich, aby w ogłoszeniu wymienili kryteria, na których zamierzają oprzeć ocenę tego, czy wykonawca jest odpowiednim kandydatem.
34. Jednakże, aby ogłoszenie mogło spełnić swoją rolę, którą jest umożliwienie potencjalnym oferentom we Wspólnocie stwierdzenia, czy zamówienie ich interesuje, musi ono przynajmniej ogólnie wspominać o specjalnych warunkach, jakie wykonawca musi spełniać, aby zostać uznany za odpowiedniego kandydata do wzięcia udziału w danym przetargu. Jednakże, nie można wymagać takiej wzmianki w sytuacji, gdy, jak w tym wypadku, warunek taki nie jest specyficznym warunkiem odpowiedniości, ale kryterium, które jest nieodłącznie związane z samym pojęciem odpowiedniości.
35. Jeśli chodzi o kryterium „najbardziej odpowiedniej oferty”, należy stwierdzić, że nawet gdyby kryterium takie pozostawało w zgodzie z dyrektywą w wyżej wymienionych okolicznościach, ze sformułowania art. 29 ust. 1 i 2 dyrektywy wynika jasno, że tam gdzie zamawiający nie przyjmują najniższej ceny jako jedynego kryterium udzielania zamówienia, ale biorą pod uwagę różne kryteria pragnąc udzielić zamówienia wykonawcy składającemu ofertę najbardziej korzystną pod względem ekonomicznym, muszą oni wymienić te kryteria w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentacji przetargowej. Tak więc, ogólne odwołanie do przepisu krajowego nie może spełniać wymogu podania do publicznej wiadomości.
36. Warunek, taki jak zatrudnienie osób długo pozostających bez pracy, jest dodatkowym specjalnym warunkiem i dlatego też musi zostać wymieniony w ogłoszeniu, aby oferenci byli świadomi jego istnienia.
37. W odpowiedzi na drugie pytanie skierowane przez sąd krajowy należy zatem stwierdzić, że:
- (i) warunek posiadania określonego doświadczenia w wykonywaniu robót, jakie mają być powierzone, jest dopuszczalnym kryterium oceny możliwości technicznych i wiedzy, potrzebnym do ustalenia, czy wykonawca jest odpowiednim kandydatem. W sytuacji, gdy wymóg taki jest zawarty w przepisie krajowym, do którego zawiadomienie o przetargu czyni odwołanie, nie podlega ono szczególnym wymogom określonym w dyrektywie dotyczącym podania do wiadomości w ogłoszeniu o przetargu lub dokumentacji przetargowej;
 - (ii) kryterium „najbardziej odpowiedniej oferty”, zdefiniowane przez przepis prawodawstwa krajowego, może być zgodne z dyrektywą, jeśli odzwierciedla on swobodę działania zamawiających przy porównywaniu różnych ofert oraz wybór najbardziej korzystnej na podstawie obiektywnych kryteriów a tym samym nie zawiera elementu arbitralnego wyboru. Z art. 29 ust. 1 i 2 dyrektywy wynika, że tam gdzie zamawiający nie przyjmują najniższej ceny jako jedynego kryterium udzielenia zamówienia, ale biorą pod uwagę różne kryteria udzielając zamówienia oferentowi składającemu ofertę najbardziej korzystną pod względem ekonomicznym, muszą oni wymienić te kryteria w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentacji przetargowej.

- (iii) Warunek dotyczący zatrudniania osób pozostających długi czas bez pracy jest zgodny z dyrektywą, jeśli nie wynika z niego bezpośrednia ani pośrednia dyskryminacja oferentów z innych Krajów Członkowskich Wspólnoty. Dodatkowe szczegółowe wymagania tego rodzaju muszą być wspomniane w ogłoszeniu o przetargu.

Pytanie trzecie

38. Istotą trzeciego pytania jest próba ustalenia, czy przed sądami krajowymi osoby fizyczne mogą powoływać się na art. 20, 26 i 29 Dyrektywy 71/305.
39. Zgodnie z orzeczeniem Trybunału z 10 kwietnia 1984 r. w Sprawie 4/83 Von Colson i Kamman przeciwko Land Nordrhein-Estfalen ((1984)) ECR 1981), wynikający z dyrektywy obowiązek państw członkowskich do osiągnięcia rezultatu przewidzianego w tej dyrektywie oraz obowiązek, wynikający z art. 5 Traktatu, podjęcia wszelkich stosownych środków, tak natury ogólnej jak i dotyczących konkretnych przypadków, aby zapewnić spełnienie tego obowiązku, obowiązuje wszelkie władze w Krajach Członkowskich, w tym, dla spraw należących do ich jurysdykcji – sądy. Wynika z tego, że stosując prawo krajowe, a w szczególności te jego przepisy wprowadzone specjalnie w celu wdrożenia dyrektywy, wymaga się od sądów krajowych, aby interpretowały prawo krajowe w świetle brzmienia i celu dyrektyw, tak aby osiągnąć rezultat o którym mowa w art. 189 Traktatu.
40. Ponadto, Trybunał zawsze twierdził (ostatnio patrz orzeczenie z 26 lutego 1986 r. w sprawie 152/8 Marshall przeciwko Southampton oraz South-West Hampshire Health Authority ((1986)) ECR 723), że tam gdzie postanowienia dyrektywy wydają się być, w stopniu w jakim sprawa dotyczy ich przedmiotu, bezwarunkowe lub dostatecznie precyzyjne, osoby fizyczne mogą wykorzystywać je w sporze z państwem w sytuacji, gdy państwo nie wdroży dyrektywy do prawa krajowego w przewidzianym terminie lub gdy nie wdroży jej prawidłowo.
41. Z tego powodu konieczne jest rozważenie, czy postanowienia Dyrektywy 71/305 są, w stopniu w jakim chodzi o ich przedmiot, bezwarunkowe i dostatecznie precyzyjne, aby osoba fizyczna mogła się powoływać na nie w sporze z państwem.
42. Zgodnie z orzeczeniem Trybunału z dnia 10 lutego 1982 r. w Sprawie 76/81 Transporoute przeciwko Ministrowi Robót Budowlanych ((1982) ECR 417), w związku z art. 29, przepisy dyrektywy dotyczące uczestnictwa i ogłaszania mają na celu ochronę oferentów przed arbitralnością decyzji organu udzielającego zamówienia.
43. W tym celu, jak zostało już stwierdzone w odpowiedzi na drugie pytanie, rozważane zasady przewidują między innymi, że sprawdzając, czy wykonawcy są odpowiednimi kandydatami, organy udzielające zamówienia muszą stosować kryteria sytuacji finansowej i ekonomicznej wykonawcy oraz jego wiedzy technicznej i możliwości, oraz, że zamówienia należy udzielić wyłącznie na podstawie najniższej ceny lub na podstawie zbioru kryteriów dotyczących umowy. Ze względu na to, że aby pozostać w zgodzie z tymi wymogami nie jest konieczne żadne określone działanie wdrożeniowe, zobowiązania wynikające dla Krajów Członkowskich są tym samym bezwarunkowe i dostatecznie precyzyjne.

44. W odpowiedzi na trzecie pytanie należy zatem stwierdzić, że osoby fizyczne mogą powoływać się przed sądami krajowymi na postanowienia art. 20, 26 i 29 Dyrektywy 71/305.

Decyzja dotycząca kosztów

Koszty

45. Koszty poniesione przez Komisję Wspólnot Europejskich oraz Republikę Włoską nie podlegają zwrotowi. Ponieważ postępowanie niniejsze, w zakresie w jakim dotyczy ono stron postępowania głównego, jest etapem postępowania toczącego się przed sądem krajowym, decyzja w sprawie kosztów leży w kompetencji tegoż sądu.

Sentencja orzeczenia

Na tej podstawie,

TRYBUNAŁ (Izba Czwarta),

w odpowiedzi na pytania skierowane do niego przez Arrondissementsrechtbank, w Hadze, orzeczeniem z dnia 28 stycznia 1987 r., niniejszym orzeka:

- (1) Dyrektywa 71/305 odnosi się do zamówień publicznych na roboty budowlane udzielanych przez organy takie jak lokalny komitet konsolidacji gruntów.
- (2) Kryterium posiadania określonego doświadczenia dla potrzeb zleczanych robót jest dopuszczalnym kryterium sprawdzania możliwości technicznych i wiedzy służącym ocenie tego, czy wykonawcy są odpowiednimi kandydatami. W przypadku, gdy kryterium takie jest określone w przepisie krajowym, do którego ogłoszenie o zamówieniu odwołuje się, nie podlega ono specyficznym wymogom określonym w dyrektywie dotyczącym publikacji w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentacji przetargowej.
Kryterium „najbardziej odpowiedniej oferty”, zgodnie z jego określeniem w prawodawstwie krajowym, może pozostawać w zgodzie z dyrektywą, jeśli odzwierciedla ono swobodę decyzji organów udzielających zamówienia, w zakresie określenia oferty najbardziej korzystnej pod względem ekonomicznym na podstawie obiektywnych kryteriów, a tym samym nie uwzględnia elementów arbitralnego wyboru. Z art. 29 ust. 1 i 2 dyrektywy wynika, że w sytuacji, gdy zamawiający nie przyjmują najniższej ceny jako jedyne-go kryterium udzielenia zamówienia, ale biorą pod uwagę różne kryteria mające na celu udzielenie zamówienia wykonawcy składającemu ofertę najbardziej korzystną ekonomicznie, są oni zobowiązani określić te kryteria w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach przetargowych.
Warunek związany z zatrudnieniem osób długo pozostających bez pracy jest zgodny z dyrektywą, jeśli nie dyskryminuje on bezpośrednio ani pośrednio oferentów z innych Krajów Członkowskich Wspólnoty. Ponadto specyficzne warunki tego rodzaju muszą zostać wymienione w ogłoszeniu o zamówieniu.
- (3) Osoby fizyczne mogą powoływać się przed sądami krajowymi na postanowienia art. 20, 26 i 29 Dyrektywy 71/305.

3.5 ORZECZENIE TRYBUNAŁU Z DNIA 22 CZERWCA 1989 R. W SPRAWIE 103/88 („COSTANZO”)

Fratelli Costanzo SpA przeciwko Comune di Milano

Wniosek o wydanie orzeczenia wstępnego złożony przez Tribunale amministrativo regionale della Lombardia, Włochy

Zamówienia publiczne na roboty budowlane – rażąco niskie oferty – bezpośredni skutek zastosowania dyrektyw przez władze administracyjne

Sprawa 103/88

Sprawozdania Trybunału Europejskiego 1989, str.1839

Streszczenie

1. Art. 29 ust. 5 Dyrektywy 71/305, od którego stosowania państwa członkowskie nie mogą odstąpić w żadnym istotnym stopniu, zabrania państwom członkowskim wprowadzania przepisów prawnych, które wymagają automatycznego odrzucenia ofert złożonych w ramach zamówień publicznych, według kryterium arytmetycznego, zamiast zobowiązania pomiotów zamawiających do przeprowadzenia procedury weryfikacji określonej w dyrektywie, umożliwiającej podmiotowi składającemu ofertę przedstawienie wyjaśnień.

państwa członkowskie mogą wymagać, by oferty przetargowe były analizowane w przypadku podejrzenia rażąco niskich cen, a nie tylko wtedy, gdy w sposób oczywisty przedstawiają rażąco niskie ceny.

Władze administracyjne, włącznie z władzami gmin, podlegają tym samym zobowiązaniom jak sądy danego państwa, jeżeli chodzi o obowiązek zastosowania postanowień art. 29 ust. 5 dyrektywy oraz wstrzymania się od stosowania tych przepisów danego państwa, które nie są z nimi zgodne.

2. Zawsze ilekroć przepisy dyrektywy, biorąc pod uwagę ich treść, mają charakter bezwarunkowy i wystarczająco precyzyjny, przepisy takie mogą być powoływane przez osoby występujące przeciwko państwu, o ile państwo to nie wdrożyło dyrektywy do swojego porządku prawnego do końca przewidzianego terminu lub jeżeli wdrożyło taką dyrektywę w nieprawidłowy sposób. O ile zostaną spełnione warunki, zgodnie z którymi osoby mogą powoływać się na postanowienia dyrektywy w postępowaniu przeciwko sądom krajowym, to wszystkie organy władz administracyjnych, wraz z władzami zdecentralizowanymi, takimi jak gminy, są zobowiązane do stosowania tych przepisów.

Strony

Sprawa 103/88

Wniosek złożony do Trybunału zgodnie z Art. 177 Traktatu przez Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (lokalny sąd administracyjny Lombardii), o wydanie orzeczenia wstępnego dotyczącego postępowania prowadzonego przed tym sądem między Fratelli Costanzo SpA, firmą powołaną zgodnie z prawem włoskim, z siedzibą w Misterbianco

a

Comune di Milano (gmina Mediolan)

dotyczącego interpretacji art. 29 ust. 5 Dyrektywy Rady 71/305/EEC z 26 lipca 1971 r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (OJ 1971 (II), str. 682) oraz art. 189 ust. 3 Traktatu.

(...)

Podstawy orzeczenia

1. Wnioskiem z dnia 16 grudnia 1987 r., złożonym do Sekretariatu Trybunału w dniu 30 marca 1988 r., Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia zwrócił się do Trybunału o wydanie orzeczenia wstępnego zgodnie z art. 177 Traktatu, dotyczącego interpretacji art. 29 ust. 5 Dyrektywy Rady 71/305/EEC z dnia 26 lipca 1971 r. koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (OJ 1971 (II), str. 682) oraz art. 189 ust. 3 Traktatu.

2. Fratelli Costanzo Sp A (dalej zwany "Costanzo"), powód w postępowaniu głównym, wystąpił o uchylenie decyzji gminy Mediolan (Zarząd Gminy) o odrzuceniu oferty złożonej przez Costanzo, dotyczącej wykonania robót budowlanych i wybraniu oferty złożonej przez Lodigiani SpA (dalej zwany „Lodigiani”).

3. Art. 29 ust. 5 Dyrektywy Rady 71/305/EEC stanowi:

„Jeżeli w przypadku danego zamówienia oferty są oczywiście rażąco niskie w stosunku do świadczenia zamawiający jest zobowiązany zweryfikować szczegóły ofert przed podjęciem decyzji o udzieleniu zamówienia. Wynik takiej weryfikacji powinien być brany pod uwagę. W tym celu zamawiający jest obowiązany wymagać od oferenta przedstawienia koniecznych wyjaśnień oraz, w uzasadnionych przypadkach, wskazać, które elementy oferty są dla niego nie do przyjęcia.

Jeżeli dokumentacja dotycząca zamówienia przewiduje udzielenie zamówienia na podstawie kryterium najniższej ceny, zamawiający jest obowiązany uzasadnić przed Komitetem Doradczym d/s Zamówień Publicznych, utworzonym decyzją Rady z dnia 26 lipca 1971 r., powód odrzucenia ofert uznanych przez niego za zbyt niskie”.

Art. 29 ust. 5 Dyrektywy 71/305 został wdrożony we Włoszech trzecim paragrafem art. 24 Ustawy Nr 584 z 8 sierpnia 1997 r. wprowadzającym zmiany do procedury udzielania zamówień publicznych zgodnie z dyrektywami Europejskiej Wspólnoty Gospodarczej (Dz.U. Republiki Włoskiej Nr 232 z 26 sierpnia 1977 roku, str. 6272). Treść przepisu jest następująca:

„Jeżeli w przypadku danego zamówienia oferty są rażąco niskie w stosunku do świadczenia, zamawiający, po zwróceniu się do oferenta o przedstawienie wymaganych wyjaśnień oraz wskazaniu, w uzasadnionych przypadkach, jakie elementy są dla niego nie do przyjęcia, jest zobowiązany zweryfikować szczegóły ofert a kiedy uzna ofertę za nie kwalifikującą się, może ją odrzucić. W takim jednak przypadku, jeżeli kryterium udzielenia zamówienia jest najniższa cena, zamawiający jest zobowiązany zawiadomić Ministra Robót Publicznych o odrzuceniu oferty wraz z podaniem powodów takiej decyzji. Minister jest odpowiedzialny za przekazanie tej informacji w terminie określonym w pierwszym paragrafie art. 6 niniejszego rozporządzenia, do Komitetu Doradczego d/s Zamówień Publicznych, powołanego przez Europejską Wspólnotę Gospodarczą”.

4. Następnie w roku 1987 rząd włoski przyjął kolejno trzy rozporządzenia z mocą ustawy, uzupełniające doraźnie art. 24 ust. 3 Ustawy Nr 584 (rozporządzenie z mocą ustawy nr 206 z 25 maja 1987 roku, Gazzetta Ufficiale Nr 120, 26.5 1987, str. 5, rozporządzenie z mocą ustawy nr 302 z 27 lipca 1987 roku, Gazzetta Ufficiale Nr 174, 28.7.1987, str. 3, oraz rozporządzenie z mocą ustawy Nr 393 z 25 września 1987 roku, Gazzetta Ufficiale Nr 225, 26.9 1987, str. 3).
5. Każde z trzech powyższych rozporządzeń zawiera art. 4 o identycznej treści:
„W celu przyspieszenia procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane w terminie do dwóch lat od dnia wejścia w życie niniejszego rozporządzenia z mocą ustawy, oferty, które są niższe o większy procent niż przeciętne procentowe rozbieżności pomiędzy wszystkimi złożonymi ofertami, powiększone o wartość procentową, jaka powinna być podana w zaproszeniu, będą uznawane za rażąco niskie w rozumieniu art. 24 ustawy nr 584 z 8 sierpnia 1977 roku i zostaną wykluczone z procedury przetargowej”.
6. Rozporządzenia te utraciły moc ponieważ nie zostały zmienione w ustawy w terminie określonym w Konstytucji Włoskiej. Niemniej jednak, kolejny przepis określił, że skutki środków prawnych, które zostały zgodnie z nimi podjęte pozostawały prawomocne (art. 1 (2) Ustawy nr 478 z 25 listopada, Gazzetta Ufficiale Nr 277, 26.11. 1987, str. 3).
7. Podczas prac przygotowawczych do mistrzostw świata w piłce nożnej w 1990 r. organizowanych we Włoszech, gmina Mediolan ogłosiło przetarg na roboty budowlane na terenie stadionu. Kryterium udzielenia zamówienia była najniższa cena.
8. Zaproszenie do składania ofert określało, że zgodnie z art. 4 rozporządzenia z mocą ustawy nr 206 z 25 maja 1987 r., oferty które są niższe niż podstawowa ustalona dla zamówienia cena o procent większy niż 10 punktów poniżej średniej kwoty procentowej ofert przyjętych, będą uważane za rażąco niskie i w konsekwencji odrzucane.
9. Oferty przyjęte do przetargu przekraczały ustaloną podstawową cenę robót przeciętnie o 19,48%. Zgodnie z zaproszeniem do przetargu każda oferta, która nie przekraczała podstawowej ceny o przynajmniej 9,48% została automatycznie wyeliminowana.
10. Oferta złożona przez Costanzo była poniżej ustalonej podstawowej kwoty. W konsekwencji, 6 października 1987 roku, Gmina Giunta, zgodnie z art. 4 rozporządzenia z mocą ustawy nr 393 z 25 września 1987 roku, w międzyczasie zastąpionym przez rozporządzenie z mocą ustawy przytoczonym w zaproszeniu do przetargu, postanowiła odrzucić ofertę Costanzo i wybrać ofertę Lodigiani, która to oferowała najmniejszą cenę z tych wszystkich ofert, które zdołały spełnić warunki przedstawione w zaproszeniu do przetargu.
11. Costanzo odwołał się od tej decyzji do Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia stwierdzając, między innymi, że przetarg był niezgodny z prawem, ponieważ opierał się na rozporządzeniu niezgodnym z art. 29 ust. 5 Dyrektywy Rady 71/305.
12. Dlatego też sąd krajowy skierował poniższe wątpliwości do Trybunału z wnioskiem o wydanie orzeczenia wstępnego:
„A – Czy biorąc pod uwagę, że zgodnie z art. 189 Traktatu, postanowienia przedstawione w dyrektywie mogą dotyczyć „ skutku jaki ma być osiągnięty ” (dalej zwane „postanowienia co do skutków”) lub „formy i metod” wymaganych do osiągnięcia danego skutku (dalej zwane

„postanowienia co do formy i metod”), zasada określona w art. 29 ust. 5 Dyrektywy Rady 71/305/EEC z 26 lipca 1971 r. (która stanowi, że jeżeli oferta jest oczywiście rażąco niska, zamawiający powinien „zweryfikować szczegóły” oferty i zwrócić się do oferenta o przedstawienie potrzebnych wyjaśnień, wskazując, w uzasadnionych przypadkach, które elementy są dla niego nie do zaakceptowania), jest „przepisem co do skutków” i jego charakter zmusza władze włoskie do jej wdrożenia bez dokonania jakichkolwiek zmian w treści przepisu (tak jak w rzeczywistości uczyniły to w art. 24 ust. 3 ustawy nr 584 z 8 sierpnia 1997), czy też ma ona charakter „postanowienia co do formy i metod”, skutkującym tym, że Republika Włoska mogła się od niej uchylić stwierdzając, że tam gdzie oferta jest rażąco niska, oferta ta powinna być natychmiast automatycznie odrzucona, bez przeprowadzenia weryfikacji jej elementów i bez zwrócenia się do oferenta o przedstawienie „wyjaśnień” dotyczących „rażąco niskiej oferty”?

B – W przypadku gdy odpowiedź na pytanie punktu A jest negatywna, (tzn. art. 29 ust. 5 Dyrektywy Rady 71/305/EEC ma być interpretowany jako „przepis co do formy i metod”):

B1. Czy Republika Włoska (po wdrożeniu powyższego przepisu mocą Ustawy nr 584 z 8 sierpnia 1977 r. bez wprowadzenia zmian w treści dotyczącej postępowania w przypadku zaniżonych ofert) zachowuje prawo do zmiany obowiązującego krajowego przepisu? W szczególności, czy art. 4 rozporządzenia z mocą ustawy Nr 206 z 25 maja 1987 roku, Nr 302 z 27 lipca 1987 i Nr 393 z 25 września 1987 roku (treść tych rozporządzeń jest jednokowa) mogły zmienić Art. 24 Ustawy nr 584 z 8 sierpnia 1997 roku?

B2. – Czy (identyczny) art. 4 powyższych rozporządzeń mógł zmienić art. 29 ust. 5 Dyrektywy Rady 71/305/EEC, wprowadzony Ustawą nr 584 z 8 sierpnia 1977 roku, bez podania właściwych powodów takiej zmiany, zważywszy, że podanie powodów, które jest obowiązkowe w przypadku prawodawstwa Wspólnoty (patrz art. 190 Traktatu) jest także wymagane prawodawstwem krajowym przyjętym dla umocowania prawodawstwa Wspólnoty (które dlatego jest prawodawstwem podrzędnym i z uwagi na brak przeciwwskazań, czy musi podlegać zasadzie, która wymaga by w ramach „podstawowego” prawodawstwa określać powody)?

C – Czy, w którymkolwiek przypadku zachodzi kolizja między art. 29 ust. 5 Dyrektywy Rady 71/305/EEC a następującymi postanowieniami:

- a) trzeci paragraf art. 24 ustawy nr 584 z 8 sierpnia 1977 r. (dotyczący „rażąco” niskich ofert, zważywszy że dyrektywa dotyczy ofert, które są „oczywiście” rażąco niskie, wymaga weryfikacji szczegółów jedynie w przypadkach „oczywistej” sztuczności cen;
- b) art. 4 Rozporządzenia z mocą ustawy nr 206 z 25 maja 1987 roku, nr 302 z 27 lipca 1987 r. i nr 393 z 25 września 1987 roku (które nie wymagają wstępnej weryfikacji szczegółów oraz żądania wyjaśnień od zainteresowanej strony, w przeciwieństwie do art. 29 ust. 5 dyrektywy; ponadto w/w rozporządzenia nie odnoszą się do „oczywiście rażąco niskich ofert” i w takim stopniu wydają się nieprawidłowe, tak jak ustawa nr 584 z 8 sierpnia 1977 roku?

D – Jeżeli Trybunał uzna, że wyżej wymienione postanowienia prawodawstwa włoskiego są sprzeczne z art. 29 ust. 5 Dyrektywy Rady 71/305/EEC, to czy władze gminy były upoważnione lub zobowiązane do pominięcia krajowych przepisów, które były sprzeczne z wyżej

wymienionym przepisem Wspólnoty (konsultując się z centralnymi władzami, w przypadkach koniecznych), czy też takie prawo lub obowiązek jest przyznane wyłącznie sądom krajowym?

14. Dla pełniejszego przedstawienia stanu faktycznego sprawy, obowiązującego prawodawstwa, toku postępowania oraz pisemnych obserwacji przedłożonych Trybunałowi, które są przytaczane lub dyskutowane poniżej w stopniu potrzebnym dla uzasadnienia postanowienia Trybunału, odniesiono się do protokołu z przesłuchania.

Druga część trzeciego zagadnienia oraz pierwsze zagadnienie

15. Co się tyczy drugiej części trzeciego zagadnienia, Tribunale amministrativo regionale pragnie ustalić, czy art. 29 ust. 5 Dyrektywy Rady 71/305 zakazuje państwom członkowskim wprowadzania przepisów, zgodnie z którymi następuje automatyczne wykluczenie z procedury udzielania zamówień publicznych niektórych ofert według kryterium arytmetycznego, zamiast zobowiązania zamawiających do stosowania procedury weryfikacji, określonej w dyrektywie, dając oferentowi możliwość przedstawienia wyjaśnień. W pierwszym zagadnieniu stawia pytanie, czy państwa członkowskie mogą, podczas wdrażania Dyrektywy Rady 71/305, odstąpić w jakimkolwiek stopniu od treści art. 29 ust. 5.
16. W odniesieniu do drugiej części trzeciego zagadnienia, należy zauważyć, że art. 29 ust. 5 Dyrektywy 71/305 wymaga, aby zamawiający weryfikował szczegóły ofert, które są oczywiście rażąco niskie, i z w związku z tym zobowiązuje zamawiających do żądania od oferenta przedstawienia wyjaśnień. Art. 29 ust. 5 zobowiązuje ponadto zamawiających do wskazania, w uzasadnionych przypadkach, które elementy takich wyjaśnień są dla nich nie do zaakceptowania. Wreszcie, jeżeli kryterium udzielenia zamówienia jest najniższa cena, to zamawiający zobowiązani są uzasadnić przed Komitetem Doradczym powołanym Decyzją Rady z 26 lipca 1971 r. (OJ 1971 (II), str.693) odrzucenie oferty, którą uznaje za rażąco niską.
17. Gmina Mediolan Comune di Milano oraz rząd włoski utrzymują, że zastępowanie procedury weryfikacji przewidzianej w art. 29 ust. 5, dającej oferentowi możliwość przedstawienia swoich racji, przez kryterium arytmetyczne jest zgodne z celem tego przepisu. Podkreślają, że celem tego przepisu jest, zgodnie z orzeczeniem Trybunału z dnia 10 lutego 1982 r. w sprawie 76/81 Transporoute przeciwko Ministrowi Robót Publicznych ((1982)) 417, str. 428), ochrona oferentów przed arbitralnym postępowaniem ze strony zamawiającego. Kryterium arytmetyczne dla odrzucenia ofert jest całkowicie bezpieczne. Kolejną jego zaletą jest szybsze niż w przypadku procedury przewidzianej w dyrektywie postępowanie.
18. Powyższy argument nie może być podtrzymany. Kryterium matematyczne pozbawia oferentów, którzy złożyli wyjątkowo niskie oferty, możliwości wykazania, że te oferty są prawdziwe. Zastosowanie tego kryterium jest sprzeczne z założeniem Dyrektywy 71/305, a mianowicie z polityką promocji rozwoju skutecznej konkurencji w sferze robót budowlanych.
19. Odpowiedź na drugą część trzeciego zagadnienia musi dlatego brzmieć, że art. 29 ust. 5 Dyrektywy 71/305 zakazuje państwom członkowskim wprowadzania przepisu, który przewiduje automatyczne odrzucanie ofert złożonych w ramach postępowań o zamówie-

nia publiczne na roboty budowlane zgodnie z kryterium arytmetycznym, zamiast zobowiązania zamawiających do zastosowania procedury weryfikacji określonej w dyrektywie, dającej oferentowi możliwość przestawienia wyjaśnień.

20. W odniesieniu do pierwszego zagadnienia należy zauważyć, że aby umożliwić oferentom składającym wyjątkowo niskie oferty, wykazanie, że ich oferty są prawdziwe, Rada, na mocy art. 29 ust. 5 Dyrektywy 71/305 ustanowiła ściśle, szczegółowe procedury weryfikacji ofert podejrzanych o rażąco niskie ceny. Cel dyrektywy byłby zagrożony, gdyby państwa członkowskie mogły, wdrażając art. 29 ust. 5 dyrektywy, odstąpić od treści tego postanowienia w jakimkolwiek stopniu.
21. Odpowiedź na pierwsze zagadnienie powinna brzmieć, że wykonując Dyrektywę Rady 71/305 państwa członkowskie nie mogą odstąpić w żadnym istotnym stopniu od postanowień Art. 29 ust. 5 tej dyrektywy.

Zagadnienie drugie

22. W zagadnieniu drugim sąd krajowy stawia pytanie, czy po wdrożeniu art. 29 ust. 5 Dyrektywy Rady 71/305, bez odstąpienia w jakimkolwiek stopniu od jego merytorycznej treści, państwa członkowskie mogą następnie zmienić przepisy krajowe, a jeżeli tak, to czy muszą podać uzasadnienie takiej zmiany.
23. Sąd krajowy podniósł to zagadnienie tylko na wypadek, gdyby odpowiedź na pierwsze zagadnienie brzmiała, że państwa członkowskie mogą, podczas stosowania art. 29 ust. 5 Dyrektywy 71/305, odstąpić od treści tej dyrektywy.
24. W świetle odpowiedzi uzyskanej na zagadnienie pierwsze, drugie zagadnienie staje się bezprzedmiotowe.

Pierwsza część trzeciego zagadnienia

25. W pierwszej części trzeciego zagadnienia, sąd krajowy pragnie ustalić, czy art. 29 ust. 5 Dyrektywy Rady 71/305 zezwala państwom członkowskim na egzekwowanie weryfikacji ofert, jeżeli okażą się one rażąco niskie, a nie tylko kiedy są oczywiście rażąco niskie.
26. Procedura weryfikacji powinna być stosowana w każdym przypadku, kiedy zamawiający badają oferty, przedstawiające rażąco niskie ceny. W konsekwencji, bez względu na próg zezwalający na rozpoczęcie tej procedury, oferenci mogą być pewni, że nie będą wykluczeni z udziału w przetargu bez możliwości przedstawienia wyjaśnień dotyczących prawdziwości ich ofert.
27. Wynika z tego, że odpowiedź na pierwszą część trzeciego zagadnienia powinna brzmieć, iż art. 29 ust. 5 Dyrektywy Rady 71/305 zezwala państwom członkowskim na żądanie, aby oferty były weryfikowane w przypadku, kiedy wydają się być rażąco niskie, a nie tylko kiedy są oczywiście rażąco niskie.

Czwarte zagadnienie

28. W czwartym zagadnieniu, sąd krajowy pragnie ustalić, czy władze administracyjne, włącznie z władzami gminy, mają ten sam obowiązek co sąd krajowy, stosowania postanowień art. 29 ust. 5 Dyrektywy Rady 71/305 oraz odstąpienia od krajowych przepisów sprzecznych z nimi.

29. W swoim postanowieniu, z dnia 19 stycznia 1982 r., sprawa 8/81 Becker przeciwko Finanzamt Muenster-Innenstadt (1982) 53, str. 71 oraz 26 lutego 1986 r., sprawa 152/84 Marshall przeciwko Southampton oraz South-West Hamshire Area Health Authority (1986) 723, str. 748), Trybunał orzekł, że tam gdzie postanowienia dyrektywy, o ile chodzi o ich treść, są bezwarunkowe i wystarczająco precyzyjne, to takie postanowienia mogą być przytaczane przez osobę występującą przeciwko państwu, jeżeli państwo to nie wdrożyło tej dyrektywy do krajowego porządku prawnego w przewidzianym terminie lub jeżeli nie wdrożyło jej w sposób prawidłowy.
30. Należy zauważyć, że powodem dla którego osoba prywatna może, zgodnie z okolicznościami podanymi powyżej, powoływać się na postanowienia dyrektywy w postępowaniu przed sądami krajowym jest to, że obowiązki wynikające z tych przepisów są wiążące dla wszystkich władz państw członkowskich.
31. Co więcej, byłoby sprzeczne z w/w zasadą to, że podczas gdy osoba prywatna może powoływać się na postanowienia dyrektywy, spełniające warunki określone powyżej, podczas krajowego postępowania sądowego celem uzyskania wyroku sądowego przeciwko władzom administracyjnym, władze te nie mają obowiązku stosować postanowień dyrektywy oraz odstąpienia od tych przepisów prawa krajowego, które są w kolizji z nimi. Stąd też, ilekroć warunki, zgodnie z którymi Trybunał uznał, że osoby prywatne mogą powoływać się na postanowienia dyrektywy w postępowaniu przed sądami krajowymi są spełnione, wszystkie organy administracji, także organy zdecentralizowane, takie jak gminy, są zobowiązane do stosowania tych postanowień.
32. Zważywszy szczególnie na art. 29 ust. 5 Dyrektywy 71/305, z dyskusji nad pierwszym zagadnieniem wynika, że jest on bezwarunkowy i wystarczająco precyzyjny, aby mógł być przytaczany w postępowaniu przeciwko państwu. Osoba prywatna może dlatego powoływać się na ten przepis w postępowaniu przed sądem krajowym oraz, biorąc pod uwagę powyższe, jest oczywiste, że wszystkie organy administracji, także te zdecentralizowane, jak gminy, są zobowiązane do podporządkowania się temu przepisowi.
33. Odpowiedź na czwarte zagadnienie powinna dlatego brzmieć, że władze administracyjne, także władze gminne, podlegają tym samym obowiązkom jak sąd krajowy, jeżeli chodzi o stosowanie przepisu art. 29 ust. 5 Dyrektywy Rady 71/305/EEC oraz powstrzymywanie się od stosowania tych przepisów krajowych, które są sprzeczne z tym przepisem.

Decyzja dotycząca kosztów

Koszty

34. Koszty poniesione przez rząd hiszpański, rząd włoski oraz Komisję Wspólnot Europejskich, które przedstawiły Trybunałowi swoją interpretację, nie podlegają zwrotowi. Ponieważ postępowania te, o ile chodzi o strony głównego postępowania, są częścią postępowania toczącego się przed sądem krajowym, decyzja dotycząca kosztów należy do tego sądu.

Sentencja orzeczenia

W oparciu o te podstawy,

TRYBUNAŁ

w odpowiedzi na zagadnienia przedstawione przez Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia we wniosku z dnia 16 grudnia 1987 r., ustala co następuje:

- (1) Art. 29 ust. 5 Dyrektywy Rady 71/305 zakazuje państwom członkowskim stosowania przepisów, które wymagają automatycznego odrzucenia ofert złożonych w ramach zamówień publicznych według kryterium arytmetycznego, zamiast zobowiązania zamawiających do stosowania procedury weryfikacji określonej w dyrektywie, dającej oferentowi możliwość przedstawienia wyjaśnień.
- (2) Stosując Dyrektywę Rady 71/305/EEC, państwa członkowskie nie mogą odstąpić w żadnym istotnym stopniu od postanowień art. 29 ust. 5 tej dyrektywy.
- (3) Art. 29 ust. 5 Dyrektywy Rady 71/305 zezwala państwom członkowskim żądać weryfikacji ofert, kiedy te wydają się być rażąco niskie, a nie tylko jeżeli są oczywiście rażąco niskie.
- (4) Władze administracyjne, także władze gmin, podlegają temu samemu obowiązkowi jak sąd krajowy, jeżeli chodzi o stosowanie postanowień art. 29 ust. 5 Dyrektywy Rady 71/305/EEC oraz powstrzymanie się od stosowania tych krajowych przepisów prawnych, które są z nimi sprzeczne.

3.6 ORZECZENIE TRYBUNAŁU Z DNIA 5 GRUDNIA 1989 R. W SPRAWIE C-3/88 („RE DATA PROCESSING”)

Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Włoskiej

Niedopełnienie zobowiązań przez państwo członkowskie – Zamówienia publiczne na dostawy w sektorze przetwarzania danych – Przedsięwzięcia będące częściowo lub całkowicie własnością publiczną – Krajowe ustawodawstwo niezgodne ze zobowiązaniami wynikającymi z prawa wspólnotowego.

Sprawa C-3/88.

Sprawozdania Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości 1989 str. 4035

Daty:

DOKUMENTU: 05/12/1989

WNIOSKU: 06/01/1988

Streszczenie

1. *Zasada równego traktowania, której szczegółowo dotyczą art. 52 i 59 Traktatu, zabrania nie tylko jawnej dyskryminacji ze względu na narodowość, lecz również ukrytych form dyskryminacji, które poprzez zastosowanie innych kryteriów rozróżnienia prowadzą w gruncie rzeczy do tych samych skutków.*

2. *Wyjątki od swobody zakładania przedsiębiorstw i swobody świadczenia usług przewidziane w art. 55 ust. 1 i art. 66 Traktatu EWG, muszą ograniczać się do tych działań wymienionych w art. 52 i 59, które zawierają same w sobie bezpośredni i szczególny związek ze sprawowaniem urzędowej władzy. Nie jest tak w przypadku działalności związanej z projektowaniem, programowaniem i eksploatacją systemów przetwarzania danych dla władz publicznych, gdyż jest to działalność o charakterze technicznym, a więc nie związana ze sprawowaniem władzy urzędowej.*
3. *Państwo członkowskie, które stanowi, że tylko przedsiębiorstwa, w których wszystkie lub większościowe udziały pozostają bezpośrednio lub pośrednio w posiadaniu publicznym bądź państwa mogą zawierać umowy na opracowywanie systemów przetwarzania danych dla potrzeb władz publicznych, nie wypełnia tym samym zobowiązań wynikających z art. 52 i 59 Traktatu i Dyrektywy 77/62 koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy.*

Strony

w sprawie C-3/88

Komisja Wspólnot Europejskich, reprezentowana przez Guido Berardis, członka Departamentu Prawnego Komisji, działającego jako pełnomocnik, świadczącego usługi w Luksemburgu w biurze Georgiosa Kremlisa, członka Departamentu Prawnego Komisji, Wagner Centre, Kirchberg,

powód

przeciwko

Republice Włoskiej, reprezentowanej przez Profesora Luigi Ferrari Bravo, Szefa Dyplomatycznego Departamentu Prawnego Ministerstwa Spraw Zagranicznych, działającego jako pełnomocnik, przy współpracy z Ivo Braguglią, Avvocato dello Stato, świadczącego usługi w Luksemburgu przy Ambasadzie Włoskiej, 5 rue Marie-Adelad'de,

pozwanemu,

WNIOSEK o stwierdzenie, że Republika Włoska nie wypełniła swoich zobowiązań wynikających z art. 52 i 59 Traktatu EWG oraz Dyrektywy Rady 77/62 z dnia 21 grudnia 1976 r. koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy (OJ 1977, L 13, str. 1),

TRYBUNAŁ

w składzie: O. Due – Przewodniczący, Sir Gordon Slynn i F.A. Schockweiler (Przewodniczący Izb Trybunału), G.F.Mancini, R.Joliet, J.C. Moitinho de Almeida oraz G.C.Rodríguez Iglesias – Sędziowie,

Rzecznik Generalny: J.Mischo

Sekretarz : D.Loutherman, Główny Administrator,

uwzględniając protokół z rozprawy i w nawiązaniu do rozprawy z dnia 21 czerwca 1989 r., po wysłuchaniu opinii rzecznika generalnego, przedstawionej na posiedzeniu w dniu 4 października 1989 r., orzeka, co następuje:

Podstawy orzeczenia

1. Poprzez złożenie wniosku do Sekretariatu Trybunału w dniu 6 stycznia 1988 r., Komisja Wspólnot Europejskich wszczęła postępowanie w trybie art. 169 Traktatu EWG wnosząc

o stwierdzenie, że przyjmując przepisy, na mocy których tylko przedsiębiorstwa, w których wszystkie lub większościowe udziały pozostają bezpośrednio lub pośrednio w posiadaniu publicznym bądź państwa, mogą zawierać umowy z Państwem Włoskim w sprawie opracowywania systemów przetwarzania danych dla potrzeb władz publicznych, Republika Włoska nie wypełniła zobowiązań wynikających z art. 52 i 59 Traktatu EWG i Dyrektywy 77/62 dotyczącej procedur udzielania zamówień publicznych na dostawy (OJ 1977, L 13, str. 1, zwanej dalej „dyrektywą”). Komisja zwróciła uwagę, że obowiązujące we Włoszech ustawodawstwo upoważniało państwo do zawierania umów w wielu sektorach działalności publicznej (podatki, zdrowie, rolnictwo i własność miejska) tylko z tymi przedsiębiorstwami, w których wszystkie lub większościowe udziały pozostają bezpośrednio lub pośrednio w posiadaniu publicznym bądź państwa. Komisja doszła do wniosku, że przepisy te pozostają w sprzeczności z wyżej wymienionymi przepisami prawa wspólnotowego i w dniu 3 grudnia 1985 r. wystosowała pismo z formalnym powiadomieniem do Rządu Włoskiego, rozpoczynając tym samym procedurę przewidzianą w art. 169 Traktatu.

2. W dniu 1 lipca 1986 r., uwzględniając brak odpowiedzi Rządu Włoskiego, Komisja dostarczyła umotywowaną opinię, o której mowa w art. 169 Traktatu.
3. Na wniosek Rządu Włoskiego odbyły się dwa spotkania z Komisją, jedno w Rzymie w dniach 25–27 stycznia 1987 r., drugie w Brukseli w dniu 10 marca 1987 r., w celu wyjaśnienia sytuacji. W dniu 5 maja 1987 r. Rząd Włoski przedstawił swoje stanowisko w sprawie umotywowanej opinii. Komisja uznała to stanowisko za niewystarczające i zdecydowała się wszcząć postępowanie.
4. W celu pełniejszego obrazu stanu faktycznego, procedury oraz argumentów przedstawionych przez strony, które zostały wspomniane lub rozważone poniżej jedynie w stopniu potrzebnym dla uzasadnienia decyzji, odniesiono się do protokołu z rozprawy.

Niedopełnienie obowiązków z art. 52 i 59 Traktatu EWG.

5. W opinii Komisji, przepisy stanowiące, że jedynie przedsiębiorstwa, w których wszystkie lub większościowe udziały pozostają bezpośrednio lub pośrednio w posiadaniu publicznym bądź państwa, mogą zawierać umowy z Państwem Włoskim w sprawie opracowywania systemów przetwarzania danych dla potrzeb władz publicznych, chociaż mają zastosowanie bez różnicy do przedsiębiorstw włoskich i tych pochodzących z innych państw członkowskich, są dyskryminacyjne i stanowią barierę dla swobody zakładania przedsiębiorstw i swobody świadczenia usług przewidzianych w art. 52 i 59 Traktatu.
6. Rząd Włoski twierdzi przede wszystkim, że kwestionowane ustawy i rozporządzenia nie wprowadzają rozróżnienia ze względu na narodowość przedsiębiorców, którzy mogą zawierać umowy w tym zakresie. W rezultacie, zważywszy że Państwo Włoskie posiada cały lub większościowy udział nie tylko w niektórych firmach włoskich, lecz również w niektórych firmach z innych państw członkowskich, obydwa rodzaje przedsiębiorstw mogą uczestniczyć bez dyskryminacji we wprowadzaniu systemów przetwarzania danych, które stanowią przedmiot sporu.

7. Zgodnie z orzecznictwem, zasada równego traktowania, której szczegółowo dotyczą art. 52 i 59 Traktatu, zabrania nie tylko jawnej dyskryminacji ze względu na narodowość, lecz również wszelkich ukrytych form dyskryminacji, które poprzez zastosowanie innych kryteriów rozróżnienia prowadzą w gruncie rzeczy do tego samego rezultatu (patrz zwłaszcza orzeczenie z dnia 29 października 1980 r. w sprawie 22/80 Boussac przeciwko Gerstenmeierowi ((1980)) ECR 3427).
8. Chociaż kwestionowane ustawy i rozporządzenia mają zastosowanie bez różnicy do wszystkich przedsiębiorców, czy to narodowości włoskiej czy też obcej, w gruncie rzeczy działają one na rzecz przedsiębiorstw włoskich. Jak zauważyła Komisja, czemu nie zaprzeczył Rząd Włoski, nie istnieją obecnie firmy zajmujące się przetwarzaniem danych pochodzące z innych państw członkowskich, w których wszystkie lub większość udziałów byłaby włoską własnością publiczną.
9. Uzasadniając wymóg własności publicznej, Rząd Włoski twierdzi, że jest to niezbędne, by władze publiczne mogły kontrolować realizację zamówień w celu modyfikacji prac w zależności od nowych sytuacji, które były nieprzewidziane w chwili podpisywania umów. Uważa także, że dla pewnych typów działań, które przedsiębiorstwa muszą realizować, zwłaszcza w sektorach strategicznych, które dotyczą, tak jak w obecnym przypadku danych poufnych, państwo musi mieć możliwość zatrudnienia przedsiębiorstwa, co do którego ma pełne zaufanie.
10. W tym względzie należy stwierdzić, iż Rząd Włoski miał do dyspozycji wystarczające możliwości prawne, by być w stanie modyfikować prace w zależności od nowych i nieprzewidzianych sytuacji i by zapewnić zgodność z interesem ogólnym, a z myślą o ochronie poufności przedmiotowych danych Rząd mógł przyjąć środki, które byłyby mniej restrykcyjne w stosunku do swobody zakładania przedsiębiorstw i swobody świadczenia usług, niż te kwestionowane, zwłaszcza poprzez nałożenie obowiązku dochowania tajemnicy przez personel przedsiębiorstw, których by to dotyczyło, przy czym naruszenie obowiązku mogłoby dać podstawę do wszczęcia postępowania karnego. W dokumentach przedłożonych do Trybunału nie ma nic, co wskazywałoby, że personel przedsiębiorstw, w których nie byłoby większościowego włoskiego udziału publicznego, nie mógłby równie efektywnie sprostać temu zobowiązaniu.
11. Rząd Włoski utrzymuje również, że ze względu na ich poufność, czynności niezbędne do prowadzenia przedmiotowych systemów przetwarzania danych, związane są ze sprawowaniem władzy urzędowej w rozumieniu art. 55.
12. Jak Trybunał zauważył już poprzednio (patrz orzeczenie z dnia 21 czerwca 1974 r. w sprawie 2/74 Reyners przeciwko Belgii ((1974)) ECR 631), wyjątki od swobody zakładania przedsiębiorstw i swobody świadczenia usług, o których mowa w art. 55 ust. 1 i w art. 66 Traktatu EWG muszą ograniczać się do tych czynności wymienionych w art. 52 i 59, które same w sobie wykazują bezpośredni i szczególny związek ze sprawowaniem władzy urzędowej. Nie ma to jednak zastosowania w tym przypadku, gdyż przedmiotowe czynności, które dotyczą projektowania, programowania i eksploatacji systemu przetwarzania danych, mają charakter techniczny i w związku z tym bezpośrednio nie związane ze sprawowaniem władzy urzędowej.
13. Wreszcie, Rząd Włoski uważa, że uwzględniając cel przedmiotowych systemów przetwarzania danych i ich poufny charakter przetwarzanych danych, czynności niezbędne do ich

prowadzenia dotyczą włoskiej polityki w sektorze publicznym w rozumieniu art. 56 ust. 1 Traktatu.

14. I ten argument również musi być odrzucony. Należy jedynie wskazać, że poufny charakter zadań, dla których zostaną utworzone przedmiotowe systemy przetwarzania danych nie jest wystarczający, by ustalić, że powstawałoby jakiekolwiek zagrożenie dla polityki publicznej, gdyby przedsiębiorstwa z innych państw członkowskich uzyskiwały zamówienia na utworzenie i prowadzenie tych systemów. Należy także pamiętać, że poufny charakter przetwarzanych przez systemy danych może być zabezpieczony, jak zauważono powyżej, poprzez zobowiązanie do chowania tajemnicy, bez żadnej potrzeby ograniczania swobody zakładania przedsiębiorstw ani swobody świadczenia usług.
15. Z powyższych rozważań wynika, że zarzut opierający się na niedopełnieniu wymogów art. 52 i 59 Traktatu musi być utrzymany.

Nieprzestrzeganie Dyrektywy 77/62/EEC

16. Komisja uważa, że zakwestionowane ustawy i rozporządzenia naruszają postanowienia dyrektywy w zakresie dotyczącym zakupu przez władze publiczne sprzętu niezbędnego do wprowadzenia przedmiotowych systemów przetwarzania danych. Zważywszy, że sprzęt taki jest należałoby traktować jako „produkty” w rozumieniu art. 1 ust. 1 pkt (a) dyrektywy a wartość odpowiednich zamówień publicznych na dostawy przekracza kwotę określoną w art. 5, odpowiednie władze powinny były przestrzegać procedur udzielania zamówień, określonych w dyrektywie i wypełnić zobowiązania przewidziane w art. 9, który wymaga, by ogłoszenia o takich zamówieniach były publikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich.
17. Rząd Włoski nie zgadza się, twierdząc po pierwsze, że oprócz zakupu sprzętu, system przetwarzania danych obejmuje utworzenie, planowanie, instalację, utrzymanie i odbiór techniczny systemu, a czasami również jego eksploatację. Współzależność pomiędzy tymi czynnościami oznacza, że pełna odpowiedzialność za wprowadzenie systemów przetwarzania danych wymienianych w ustawach i rozporządzeniach musi spocząć na jednym przedsiębiorstwie. Dlatego też, biorąc pod uwagę, że sprzęt jest pomocniczym elementem dla tworzenia systemów przetwarzania danych, dyrektywa nie ma tu zastosowania. Rząd Włoski dodaje, że zgodnie z art. 1 pkt (a) dyrektywy, pojęcie zamówień publicznych na dostawy dotyczy jedynie zamówień, których zasadniczym przedmiotem jest dostawa produktów.
18. Argumentu tego nie można przyjąć. Można oddzielić zakup sprzętu niezbędnego do utworzenia systemów przetwarzania danych od czynności związanych z jego projektowaniem i eksploatacją. Rząd Włoski mógł zwrócić się do firm specjalizujących się w opracowywaniu oprogramowania zlecając utworzenie przedmiotowych systemów przetwarzania danych i zgodnie z dyrektywą mógł dokonać zakupu sprzętu spełniającego specyfikacje techniczne ustalone przez takie firmy.
19. Rząd Włoski twierdzi następnie, że Decyzja Rady 79/783/EEC z dnia 11 września 1979 r. przyjmująca wieloletni program (1979-83) w dziedzinie przetwarzania danych (OJ 1979, L 231, str. 23), z późniejszą poprawką zawartą w Decyzji 84/559/EEC z dnia 22 listopada 1984 r. (OJ 1984, L 308, str. 49) powinna być interpretowana w ten sposób, że do czasu

- ukończenia programu pozostaje w mocy tymczasowe zwolnienie przewidziane w art. 6 ust. 1 pkt (h) dyrektywy.
20. Zgodnie z tym postanowieniem, podmiot zamawiający nie musi stosować procedur przewidzianych w art. 4 ust. 1 i 2 „dla zamówień na dostawy sprzętu w dziedzinie przetwarzania danych, podlegających każdej decyzji Rady przyjętej na wniosek Komisji, określając przy tym kategorie materiału, dla którego obecne zwolnienie nie miałyby zastosowania. Po 1 stycznia 1981 r., nie można już będzie odwoływać się do niniejszego zwolnienia, chyba że na podstawie decyzji Rady podjętej na wniosek Komisji dotyczący przesunięcia tej daty”.
 21. Decyzje wymienione przez Rząd Włoski zostały przyjęte w oparciu o art. 235 Traktatu, a nie w trybie art. 6 ust. 1 pkt (h) dyrektywy. Odnoszą się one do realizacji programu w dziedzinie przetwarzania danych, który nie dotyczy – bezpośrednio ani pośrednio – zasad stosowanych przy udzielaniu zamówień publicznych na dostawy sprzętu do przetwarzania danych.
 22. W argumentacji Rządu Włoskiego, przedmiotowe zamówienia na dostawy również należą do wyjątków, o których mowa w art. 6 ust. 1 pkt (g) dyrektywy, który upoważnia podmiot zamawiający do odstąpienia od stosowania procedur przewidzianych w art. 4 ust. 1 i 2 w przypadku „zamówień udzielanych na dostawy, które zgodnie z ustawami, aktami normatywnymi niższego rzędu lub aktami administracyjnymi danego państwa członkowskiego zostały określone jako tajne, lub których realizacja w świetle tych aktów wymaga szczególnych środków bezpieczeństwa, albo gdy wymaga tego ochrona istotnych interesów bezpieczeństwa państwa członkowskiego”. W tym kontekście odnosi się ona do poufnego charakteru danych, który jest niezbędny w zwalczaniu przestępstw, zwłaszcza w dziedzinie podatków, zdrowia publicznego i oszustw w sektorze rolnym.
 23. Zastrzeżenie to dotyczy poufności danych wprowadzanych do przedmiotowych systemów przetwarzania danych. Jednakże, jak już wcześniej zauważono, przestrzeganie poufności przez dany personel nie jest kwestią uzależnioną od publicznej własności firmy, która otrzyma zamówienie.
 24. Rząd Włoski twierdzi także, że czynności mające być realizowane przez wyspecjalizowane firmy, wybrane dla celów opracowania systemów przetwarzania danych stanowią działalność o charakterze służby publicznej. Umowy zawierane pomiędzy państwem a przedsiębiorstwami wybranymi do wykonania tych czynności są więc wyłączone z zakresu dyrektywy, której art. 2 ust. 3 stanowi: „W sytuacji, kiedy organ państwowy, samorządowy, instytucja prawa publicznego lub inny organy wyszczególniony w Aneksie I przyznaje podmiotowi, który nie jest zamawiającym, niezależnie od jego statusu prawnego, szczególne lub wyłączne prawa działania w sektorze usług publicznych, w dokumencie przyznającym takie prawo obowiązany jest zastrzec, że podmiot, udzielając zamówienia publicznego na dostawy osobom trzecim, powinien przestrzegać zasady niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową.”
 25. Nie można przyjąć tego argumentu. Dostawa sprzętu wymagana dla utworzenia systemu przetwarzania danych oraz zaprojektowanie i eksploatacja systemu umożliwiają danej władzy wykonywanie jej obowiązków, lecz sama w sobie nie stanowi służby publicznej.

26. Na zakończenie, Rząd Włoski stwierdza, że derogacja przewidziana w art. 6 ust. 1 pkt (e) dyrektywy powinna być zastosowana w przypadku systemu przetwarzania danych dla Ministerstwa Finansów. W ramach tego punktu, podmiot zamawiający nie musi stosować procedur przewidzianych w art. 4 ust. 1 i 2 „w przypadku dodatkowych dostaw, dokonywanych przez pierwotnego dostawcę, których celem jest częściowe zastąpienie towarów lub urządzeń albo rozszerzenie dostaw lub rozbudowa urządzeń, jeśli zmiana dostawcy zmuszałaby zamawiającego do nabywania materiałów o innych parametrach technicznych co powodowałoby niekompatybilność techniczną lub nieproporcjonalnie duże trudności techniczne w użytkowaniu i dozorze”.
27. W tym kontekście wystarczy zauważyć, że takie przypadki dodatkowych dostaw nie mogą usprawiedliwić ogólnej zasady, że tylko firmy, w których cały lub większościowy udział stanowi włoską własność publiczną mogą uzyskiwać zamówienia publiczne na dostawy.
28. Z powyższego wynika, że również zarzut dotyczący nieprzestrzegania Dyrektywy 77/62/EEC musi być utrzymany.
29. Dlatego też należy stwierdzić, że stanowiąc, iż tylko przedsiębiorstwa, w których wszystkie lub większościowe udziały pozostają bezpośrednio lub pośrednio w posiadaniu publicznym bądź państwa mogą zawierać umowy na opracowywanie systemów przetwarzania danych dla potrzeb władz publicznych, Republika Włoska nie dopełniła swoich zobowiązań wynikających z art. 52 i 59 Traktatu EWG i Dyrektywy Rady 77/62/EEC z dnia 21 grudnia 1976 r. koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy.

Decyzja w sprawie kosztów

Koszty

na mocy art. 69 ust. 2 Zasad procesowych, strona przegrywająca zobowiązana jest do pokrycia kosztów. Zważywszy, że pozwany nie obronił swoich argumentów, jest obowiązany pokryć koszty postępowania.

Sentencja orzeczenia

opierając się na tych przesłankach,

TRYBUNAŁ

niniejszym

1. Stwierdza, że poprzez postanowienie, iż tylko przedsiębiorstwa, w których wszystkie lub większościowe udziały pozostają bezpośrednio lub pośrednio w posiadaniu publicznym bądź państwa mogą zawierać umowy na opracowywanie systemów przetwarzania danych dla potrzeb władz publicznych, Rząd Włoski nie wypełnił swoich zobowiązań wynikających z art. 52 i 59 Traktatu i Dyrektywy 77/62/EEC z dnia 21 grudnia 1976 r. koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy.
2. Nakazuje, by Republika Włoska poniosła koszty postępowania.

3.7 ORZECZENIE TRYBUNAŁU Z DNIA 11 LIPCA 1991 R. W SPRAWIE C-247/89 („LOTNISKO W LIZBONIE”)

Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Portugalii

Nie opublikowanie ogłoszenia o zamówieniu na dostawy

Sprawa C-247/89

Sprawozdania Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (ECR) 1991, str. I-3659

Data:

AKT: 11/07/1991

WNIOSKU: 04/08/1989

Streszczenie

- 1) Umotywowana opinia przedstawiona przez Komisję podczas postępowania wstępnego musi zawierać spójny i szczegółowy opis faktów, które przekonały Komisję, że dany Kraj nie wywiązał się z wykonania zobowiązań wynikających z Traktatu, ale nie można od niej wymagać, by wskazywała, jakie kroki należy uczynić, w celu wyeliminowania kwestionowanego postępowania.
- 2) Wyłączając zamówienia publiczne na dostawy udzielane przez organy, które administrują usługami transportowymi, z zakresu Dyrektywy 77/62 dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na dostawy, art. 2 ust. 2 pkt a wersji pierwotnej dyrektywy odniósł się do sektora usług transportowych w ogólności.

Strony

W sprawie C-247/89,

Komisja Wspólnot Europejskich, reprezentowana przez AntonioCaero, doradcę prawnego, oraz Rafael Pellicer i Luis Miguel Antunes, członków Departamentu Prawnego przy Komisji, działających jako pełnomocnicy, prowadzący działalność w Luksemburgu w biurze Guido Berardis, członka Departamentu Prawnego przy Komisji, Wagner Centre, Luksemburg, wnoszący

przeciwko

Republice Portugalii, reprezentowanej przez Joao Mota de Campos, Luis Inez Fernandes, Dyrektora Departamentu Prawnego Generalnego Dyrektoriatu Wspólnot Europejskich przy Ministerstwie Spraw Zagranicznych, Domingos Oehen Goncalves, Dyrektor Urzędu Spraw Europejskich przy Ministerstwie Finansów, oraz Jaime Pina Gomes, członka Urzędu Spraw Wspólnot Europejskich przy Ministerstwie Robót Publicznych, Transportu i Komunikacji, działający jako pełnomocnicy, prowadzący działalność w Luksemburgu przy Ambasadzie Portugalii, 33 Allee Scheffer,

pozwanemu,

WNIOSEK o stwierdzenie, że poprzez nie wysłanie do Urzędu Publikacji Urzędowych Wspólnot Europejskich, w celu ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich ogłoszenia o zamówieniu udzielanym przez Aeroportos e Navegacao Aerea, dotyczą-

cym wykonania dostaw i montażu centrali telefonicznej na lotnisku w Lizbonie, Republika Portugalii nie wywiązała się ze zobowiązania wynikającego z Dyrektywy Rady 77/62/EEC z dnia 21 grudnia 1976 roku, w szczególności Art. 9 tej dyrektywy (OJ 1977, L 13, str. 1),

TRYBUNAŁ

w składzie: O. Due, Przewodniczący, G.F. Mancini, T.F. O'Higgins, J.C. Moitinho de Almeida oraz M. Diez de Velasco (Przewodniczący Izb), C.N. Kakouris, F.A. Schockweiler, M. Zuleeg oraz

P.J.G. Kapteyn, Sędziowie

Rzecznik Generalny: C.O. Lenz,

Sekretarz: H.A. Ruhl, Główny Administrator,

po wysłuchaniu ustnych argumentów stron podczas przesłuchania w dniu 23 stycznia 1991 r.,

po wysłuchaniu opinii rzecznika generalnego podczas posiedzenia w dniu 13 marca 1991 r.,

wydaje następujące

Orzeczenie

Podstawy orzeczenia

1. Poprzez wniosek złożony do Sekretariatu Trybunału w dniu 4 sierpnia 1989 roku, Komisja Wspólnot Europejskich wniosła powództwo, zgodnie z art. 169 Traktatu EWG o uznanie, że poprzez niewysłanie do Urzędu Publikacji Urzędowych Wspólnot Europejskich, w celu ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich, ogłoszenia o zamówieniu udzielanym przez Aeroportos e Navegacao Aerea, dotyczącym wykonania dostaw i montażu centrali telefonicznej na Lotnisku w Lizbonie, Republika Portugalii nie wywiązała się ze zobowiązania wynikającego z Dyrektywy Rady 77/62/EEC z dnia 21 grudnia 1976 roku, w szczególności art. 9 tej dyrektywy (OJ 1977, L 13, str. 1),
2. Art. 1 pkt (a) Dyrektywy 77/62 definiuje zamówienia publiczne na dostawy jako umowy o charakterze majątkowym, zawierane w formie pisemnej między dostawcą (osoba fizyczna lub prawna) a zamawiającym na dostawę produktów. Art. 1 pkt (b) definiuje podmioty zamawiające jako organy państwowe, samorządowe lub instytucje prawa publicznego lub, w Krajach Członkowskich, w których nie istnieją te ostatnie, organy analogiczne do nich, zgodnie z Załącznikiem I do dyrektywy.
3. Art. 26 Aktu dotyczącego warunków przystąpienia Królestwa Hiszpanii i Republiki Portugalii oraz poprawki do Traktatów (dalej zwane „ Aktem Przystąpienia”), w związku z Rozdziałem IX (d) Aneksu I do tego Aktu (OJ 1985 L 302, str. 21 i 139), wprowadziły następujące rozszerzenie listy przedstawionej w Aneksie I do dyrektywy, instytucji prawa publicznego oraz podobnych organów w odniesieniu do art. 1 pkt (b):

„....

XIII W Portugalii:

inne przedsiębiorstwa prawa publicznego, będące zamawiającymi ”.

4. Art. 9 Dyrektywy 77/62 stanowi, że podmioty udzielające zamówienia na dostawy, powinny wysłać ogłoszenie, poprzez które oznajmiają o swoim zamiarze, tak szybko jak to moż-

- liwe, poprzez najbardziej odpowiednie środki, do Urzędu Publikacji Urzędowych Wspólnot Europejskich, w celu opublikowania ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym.
5. Art. 2 ust. 2 pkt (a) dyrektywy wyłącza z zakresu dyrektywy zamówienia na dostawy udzielane przez podmioty, które zarządzają usługami transportowymi.
 6. Zgodnie z Art. 392 i 395 Aktu Przystąpienia, Portugalia powinna była wdrożyć dyrektywę do prawodawstwa krajowego do dnia 1 stycznia 1986 r.
 7. Przedsiębiorstwo publiczne Aeroportos e Navegacao Aerea („ANA-EP”) jest podmiotem prawnym podlegającym prawu publicznemu, powołanym rozporządzeniem z mocą ustawy Nr 246/79 z dnia 25 lipca 1979 roku (Diario da Republica Nr 170, seria I). Zgodnie z rozporządzeniem z mocą ustawy oraz statutem ANA-EP, dołączonym do rozporządzenia, przedsiębiorstwo jest odpowiedzialne za wspieranie działań operacyjnych i rozwojowych w sferze lotnictwa cywilnego, w celu nadzorowania i kontroli ruchu powietrznego i umożliwienie samolotom bezpiecznego lądowania i startowania; jest także odpowiedzialne za fracht, załadowanie i rozładowanie oraz ruch pasażerów i poczty. ANA-EP pełni także obowiązki i wykonuje usługi, które stanowią integralną część infrastruktury lotniska i nawigacji powietrznej w przypadku Lotniska w Lizbonie i innych. Ponosi odpowiedzialność za badanie, planowanie, budowę i rozbudowę nowego lotniska cywilnego oraz infrastruktury nawigacji powietrznej.
 8. W 1987 roku ANA-EP zaprosiło do złożenia ofert na dostawę i montaż centrali telefonicznej na Lotnisku w Lizbonie. W tym celu opublikowało ogłoszenie w tygodniku portugalskim „O Expresso” w dniu 29 sierpnia 1987 roku.
 9. Komisja zapoznała się z tym ogłoszeniem i uznała, że wszystkie warunki dotyczące stosowania Dyrektywy 77/62 zostały spełnione, oraz, że żaden wyjątek dotyczący zakresu dyrektywy nie miał zastosowania.
 10. Uznając, że ANA-EP, występując jako organ zamawiający, nie dostosował się do wymogu wysłania zawiadomienia o przetargu do Urzędu Publikacji Urzędowych Wspólnot Europejskich, zgodnie z art. 9 Dyrektywy 77/62, Komisja wysłała do Rządu Portugalskiego pismo z oficjalnym zawiadomieniem w dniu 28 września 1987 roku.
 11. W odpowiedzi z dnia 20 października 1987 roku, Rząd Portugalski zaprzeczył, by Dyrektywa 77/62 miała zastosowanie.
 12. Komisja uznała, że argumenty, na które powołuje się Rząd Portugalski nie były w stanie uzasadnić powodu niezamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich oraz, w dniu 21 listopada 1988 roku, przedstawiła umotywowaną opinię, o której mowa w art. 169 ust. 1 Traktatu, żądając od Rządu Portugalskiego powzięcia koniecznych kroków, w celu wykonania zaleceń opinii, w terminie jednego miesiąca od dnia doręczenia opinii.
 13. W odpowiedzi na umotywowaną opinię, Rząd Portugalski oświadczył, że miał zamiar zmienić prawodawstwo Portugalii. Komisja nie uznała tej odpowiedzi za wystarczającą, i w efekcie zdecydowała się wszcząć postępowanie.
 14. W celu pełniejszego obrazu stanu faktycznego, procedury oraz argumentów przedstawionych przez strony, które zostały wspomniane lub rozważone poniżej, jedynie w stopniu potrzebnym dla uzasadnienia decyzji, odniesiono się do protokołu z rozprawy.

Dopuszczalność

15. Rząd Portugalski utrzymuje, że powództwo jest niedopuszczalne. Powołuje się na liczne argumenty, niektóre z nich oparte na argumentach, że domniemane naruszenie nie może być przypisywane Państwu Portugalskiemu, inne, oparte na sprzeczności między podstawami umotywowanej opinii i tymi wysuniętymi we wniosku, niejednoznacznym charakterze stanowiska Komisji oraz niewystarczającym terminie wyznaczonym w umotywowanej opinii.
16. W nawiązaniu do argumentu, że domniemane naruszenie nie może być przypisywane Państwu Portugalskiemu, Rząd Portugalski utrzymuje, że art. 9 Dyrektywy 77/62 wymaga od organu państwowego opublikowania ogłoszeń o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym, kiedy taki organ państwowy jest zamawiającym. Biorąc pod uwagę, że ANA-EP jest osobą prawną inną niż organ państwowy, nie opublikowanie ogłoszenia o zamówieniu nie mogłoby być przypisane państwu. Rząd Portugalski dodaje, że ponieważ dyrektywa nie została wdrożona do krajowego porządku prawnego, ANA-EP nie miała obowiązku ogłaszania zamówienia na dostawy.
17. Komisja zapewnia, że biorąc pod uwagę stopień sprawowanej kontroli przez Państwo Portugalskie nad ANA-EP, w sferze udzielanych zamówień, jest on podmiotem zamawiającym w rozumieniu Dyrektywy 77/62. W konsekwencji, Państwo Portugalskie odpowiada za nie opublikowanie ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym; fakt, że dyrektywa nie była jeszcze wdrożona do prawodawstwa krajowego nie neguje takiej interpretacji.
18. W tym miejscu wystarczy zauważyć, że zdecydowanie, czy zachowanie ANA-EP może być we właściwy sposób przypisywane Republice Portugalii, wymaga oceny faktycznej, będącej częścią analizy meritum wniosku, a nie jego dopuszczalności.
19. Dlatego kwestia ta powinna być rozważana w połączeniu z analizą meritum wniosku.
20. W odniesieniu do sprzeczności między uzasadnieniem zawartym w umotywowanej opinii a tym przedstawionym we wniosku, Rząd Portugalski twierdzi, że w umotywowanej opinii, Komisja opisała ANA-EP jako podmiot zamawiający w rozumieniu Dyrektywy 77/62, ponieważ udzielanie przez niego zamówień było przedmiotem zgody lub zatwierdzenia wydawanego przez Rząd Portugalski; niemniej jednak, we wniosku, Komisja stwierdzała, że uchylenie wyrażania zgody lub zatwierdzenia wobec zamówień publicznych nie miałyby żadnego wpływu na status ANA-EP jako podmiotu zamawiającego w rozumieniu dyrektywy. Dalej, Rząd utrzymuje, że stanowisko Komisji było niejednoznaczne, ponieważ nigdy nie sprecyzowało, jakie środki należałoby podjąć w celu odwrócenia skutków naruszenia. Podkreśla, że Komisja nie sprzeciwiała się oznajmionemu zamiarowi uchylenia wymogu wyrażania zgody lub zatwierdzenia przez państwo w odniesieniu do niektórych zamówień publicznych. I w końcu, termin przyznany w umotywowanej opinii, na zmianę prawodawstwa jest niewystarczający.
21. Komisja dowodzi, że żaden z tych argumentów nie został należycie uzasadniony. Twierdzi, że nie nastąpiła żadna zmiana w opisie kwestionowanych czynności ze strony Państwa Portugalskiego, gdyż ani umotywowana opinia ani wnioski nie stwierdzały, że zarzut dotyczy postępowania wszczętego przez ANA-EP. Komisja utrzymuje, że nigdy nie zwracała się o zmianę prawodawstwa portugalskiego. Zaprzecza także istnieniu obo-

- wiązku określania w umotywowanej opinii, jakie kroki powinny być podjęte, w celu odwrócenia skutków naruszenia. I na koniec utrzymuje, że termin zalecany w umotywowanej opinii był uzasadniony i wystarczający, ponieważ pierwsze pismo Komisji do Państwa Portugalskiego (oficjalne zawiadomienie) pochodzi z dnia 28 września 1987 roku.
22. W tym kontekście, należy zauważyć, że odwołując się do orzecznictwa, umotywowana opinia powinna zawierać spójny i szczegółowy opis powodów, które przekonały Komisję, że państwo nie wywiązało się z jednego ze zobowiązań wynikających z Traktatu (orzeczenie w sprawie 274/83 Komisja przeciwko Włochom {1985} ECR 1077). Jednakże, nie można wymagać od Komisji wskazania w umotywowanej opinii, jakie kroki należy podjąć w celu wyeliminowania zakwestionowanego postępowania.
 23. Z treści umotywowanej opinii wynika, że spełnia ona wymagania przewidziane w orzecznictwie: Komisja przedstawiła w niej wystarczająco szczegółową informację o kontekście, faktach i podstawach prawnych, oraz argumenty, które przekonały ją, że Republika Portugalii nie wywiązała się z wykonania obowiązku wynikającego z art. 9 Dyrektywy 77/62. Ani w postępowaniu wstępnym, ani podczas samego postępowania Komisja nie zmieniła linii oskarżenia, która ostatecznie nie może być uznana jako niejednoznaczna.
 24. Co więcej, uzasadnienie podane w umotywowanej opinii jest w istocie takie samo, jak we wniosku. W obu przypadkach wysunięty jest ten sam zarzut: naruszenie art. 9 Dyrektywy 77/62.
 25. Jeżeli chodzi o wyznaczony w umotywowanej opinii termin, należy podkreślić, że o zarzucie przeciwko Rządowi Portugalskiemu, Rząd został poinformowany w formie formalnego zawiadomienia z dnia 28 września 1987 roku, czyli więcej niż rok przed wydaniem umotywowanej opinii z dnia 21 listopada 1988 roku. Należy nadmienić, że od rozpoczęcia postępowania wstępnego, Rząd Portugalski odpierał zarzut przeciwko niemu, twierdząc że zarówno Dyrektywa 77/62 nie ma zastosowania w tym przypadku, jak i naruszenie nie może być przypisane Państwu Portugalskiemu. W takich okolicznościach, okres jednego miesiąca podany w umotywowanej opinii na wykonanie zobowiązań przez Rząd Portugalski musi być uznany, jako zarówno uzasadniony, jak i wystarczający.
 26. Z powyższego wynika, że zarzuty mające związek z ustaleniem niedopuszczalności wniosku muszą być oddalone.
 27. Komisja utrzymuje, że zgodnie z art. 9 Dyrektywy 77/62, ANA-EP był zobowiązany do wysłania ogłoszenia o zamówieniu, będącego przedmiotem zagadnienia do Urzędu Publikacji Urzędowych Wspólnot Europejskich, w celu opublikowania w Dzienniku Urzędowym, ponieważ wszystkie warunki stosowania art. 9 zostały spełnione a sytuacja nie odpowiada żadnemu wyjątkowi przewidzianemu w dyrektywie.
 28. Rząd Portugalski wychodzi z założenia, że przepisy Dyrektywy 77/62 nie miały zastosowania w przypadku zamówienia, będącego przedmiotem zagadnienia.
 29. Podtrzymuje ten zarzut po pierwsze, poprzez stwierdzenie że działania ANA-EP (określone przez w/w. rozporządzenie z mocą ustawy nr 246/79 oraz w statucie ANA-EP) oraz usługi transportu powietrznego uzupełniały się wzajemnie i były połączone nierozdzielnie ze sobą: ANA-EP powinien dlatego być traktowany jako organ, który zarządza usługami transportowymi w rozumieniu art. 2 ust. 2 pkt a Dyrektywy 77/62, który nie jest zobowiązany do stosowania dyrektywy

30. Następnie Rząd Portugalski odnosi się do Dyrektywy Rady 90/531/EEC z dnia 17 września 1990 roku, dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach wodnym, energetycznym, transportu i telekomunikacji (OJ 1990 L 297, str. 1). Dyrektywa ta, uzasadnia Rząd, dotyczy między innymi zamówień publicznych w sektorach wyłączonych z zakresu Dyrektywy 77/62, zmienionej przez Dyrektywę Rady 88/295/EEC z 22 marca 1988 roku (OJ 1988 L 127, str. 1), konkludując, iż fakt, że ANA-EP znalazła się wśród podmiotów podlegającym zasadom ustanowionym w Dyrektywie 90/531, dowodzi, że ANA-EP nie podlega Dyrektywie 77/62.
31. Rząd Portugalski podkreśla także, że zakres art. 2 ust. 2 pkt (a) Dyrektywy 77/62, która wyłącza z zakresu dyrektywy „organy które zarządzają usługami transportowymi”, jest większy niż zakres przewidziany przez nowy tekst z poprawkami wniesionymi przez art. 3 Dyrektywy 88/295: nowe brzmienie wyłącza jedynie „przewoźników lądowych, powietrznych, morskich i śródlądowych dróg wodnych”. Różnica ta wskazuje, że Art. 2 ust. 2 pkt (a) Dyrektywy 77/62, w wersji obowiązującej w trakcie postępowania o zamówienie, dotyczył organów, które tak jak ANA-EP, zarządzały usługami lądowymi.
32. Według Komisji ANA-EP nie jest organem, który zarządza usługami transportowymi w rozumieniu Dyrektywy 77/62. Przytaczając Przewodnik o udzielaniu zamówień publicznych we Wspólnocie (OJ 1987 C 358, str. 1), Komisja utrzymuje, że art. 2 ust. 2 pkt a dyrektywy powinien być interpretowany w sposób ograniczony: dotyczył on jedynie organizacji przewożących pasażerów lub dobra między dwoma punktami. Komisja dodaje, że nowe brzmienie art. 2 ust. 2 pkt a, wynikające z Dyrektywy 88/295, ma na celu wyjaśnienie, a nie zmianę zakresu tego przepisu. Ostatecznie, Komisja twierdzi, że odniesienie do ANA-EP w treści Dyrektywy 90/531 jest wyrażeniem celu dyrektywy, która ma na celu równouprawnienie organów publicznych administrujących lotniskami i ich odpowiedników w sektorze prywatnym.
33. Należy przede wszystkim nadmienić, że zgodnie z art. 2 ust. 2 pkt (a) Dyrektywy 77/62, w obowiązującej w czasie publikowania ogłoszenia wersji, dyrektywa nie ma zastosowania do zamówień publicznych na wykonanie dostaw udzielanych przez podmioty, które administrują usługami transportowymi.
34. Powody takiego wyłączenia są przedstawione w punkcie szóstym i siódmym preambuły do Dyrektywy 77/62, które stanowią:

„... organy administrujące obecnie usługami transportowymi w Krajach Członkowskich podlegają w niektórych przypadkach prawu publicznemu, w innych przypadkach prawu prywatnemu;... zgodnie z założeniami wspólnej polityki transportu, równość w traktowaniu powinna być zapewniona, nie tylko między oddzielnymi przedsiębiorstwami zajmującymi się tym samym środkiem transportu, ale także pomiędzy takimi przedsiębiorstwami a przedsiębiorstwami zajmującymi się innymi środkami transportu;
...w trakcie opracowywania środków mających na celu koordynację procedur obowiązujących podmioty zajmujące się transportem, oraz z uwagi na wymienione szczególne okoliczności, podmioty, o których mowa powyżej, które z powodu swojego statutu podlegają im, powinny być wykluczone z zakresu dyrektywy”.

35. Należy dalej zauważyć, że koncepcja podmiotów, które administrują usługami transportowymi, wymienionych w art. 2 ust. 2 pkt (a) Dyrektywy 77/62, w obowiązującej wersji w rozważanym czasie, odnosi się do sektora usług transportowych w ogólności.
36. Działania ANA-EP zgodnie z rozporządzeniem z mocą ustawy nr 246/79 oraz jego statutu są ściśle związane z przewozem powietrznym osób i ładunków, co jest niemożliwe do wykonania bez obowiązkowej infrastruktury i lotniska.
37. Należy także zauważyć, że wspólna polityka transportowa, o której mowa w preambule, oraz która przytaczana jest w punkcie 34 powyżej, dotyczy działań związanych z obsługą obowiązkowej infrastruktury, oraz że wymóg równouprawnienia, o którym mowa, dotyczy także podmiotów, które wykonują funkcje i świadczą usługi ściśle powiązane z infrastrukturą lotniska i nawigacji powietrznej w Krajach Członkowskich, podlegając w niektórych przypadkach prawu publicznemu, a w innych przypadkach prawu prywatnemu.
38. Z powyższego wynika, że organ, który tak jak ANA-EP, wykonuje działania i świadczy usługi, opisane powyżej, powinien być traktowany jako podmiot, który zarządza usługami transportowymi w rozumieniu art. 2 ust. 2 pkt (a) Dyrektywy 77/62, w wersji obowiązującej w czasie udzielania zamówienia.
39. Powyższy wniosek wynika z przepisów i zakresu Dyrektywy 90/531 dotyczącej zamówień w sektorze wodnym, energetycznym, transportu telekomunikacji, przyjętej przez Radę w dniu 17 września 1990 roku.
40. Na mocy Art. 2 ust. 2 pkt b (ii) Dyrektywy 90/531, której założeniem jest, między innymi, określenie zasad udzielania zamówień publicznych w sektorach transportowym, dyrektywa reguluje wykorzystanie regionów geograficznych na cele budowy lotnisk dla przewoźników powietrznych. ANA-EP jest wymieniony w Aneksie VIII do tej dyrektywy jako zamawiający spełniający kryteria przewidziane w art. 2 ust. 6 dyrektywy.
41. Z szóstego i siódmego punktu preambuły do Dyrektywy 90/531 jasno wynika, że sektor transportowy jest jednym z sektorów wyłączonych z zakresu Dyrektywy 77/62, zmienionej Dyrektywą 88/295.
42. Dlatego nie jest możliwe przyjęcie argumentu Komisji, opartego na art. 2 ust. 2 pkt a Dyrektywy 77/62, że koncepcja podmiotu, który administruje usługami transportowymi powinna być interpretowana w sposób ograniczający.
43. W świetle wszystkich powyższych rozważań, przy braku potrzeby orzekania co do innych zarzutów przedstawionych przez Rząd Portugalski w jego obronie, trzeba stwierdzić, że ANA-EP, będąc podmiotem, który zarządza usługami transportowymi w rozumieniu art. 2 ust. 2 pkt (a) Dyrektywy 77/62, w trakcie udzielania zamówienia, nie podlegał zakresowi tej dyrektywy, i stąd powództwo o uznanie, że Portugalia nie wywiązała się ze zobowiązań wynikających z Traktatu, jest nieuzasadnione.

Decyzja dotycząca kosztów

Koszty

44. Zgodnie z art. 69 ust. 2 Zasad Procesowych, strona przegrywająca obowiązana jest do pokrycia kosztów. Ponieważ Komisja nie zdołała przedstawić argumentów, ma obowiązek pokrycia kosztów.

Sentencja orzeczenia

Na tych podstawach,

TRYBUNAŁ

niniejszym:

1. Oddała wniosek
2. Nakazuje Komisji pokrycie kosztów.

3.8 ORZECZENIE TRYBUNAŁU Z DNIA 18 MARCA 1992 R. W SPRAWIE C-24/91 („UNIWERSYTET W MADRYCIE”)

Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Królestwu Hiszpanii

Dyrektywa 71/305/EEC – Udzielanie zamówień publicznych – Ogłaszanie zamówień – Dero-
gacja w pilnych przypadkach

Sprawa – C-24/91

Sprawozdania Trybunału Europejskiego (ECR), str. I-1989

Data:

AKTA: 18/03/1992

WNIOSEK: 23/01/1991

Rodzaj postępowania: POSTĘPOWANIE DOTYCZĄCE NIE WYWIĄZANIA SIĘ ZE
ZOBOWIĄZAŃ PRZEZ KRAJE CZŁONKOWSKIE – PRZYJĘTE

Streszczenie

Art. 9 pkt (d) Dyrektywy 71/305 dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień pu-
blicznych na roboty budowlane zezwala, w wyjątkowych okolicznościach, na odejście od
powszechnie stosowanych zasad prawnych, a w szczególności tych dotyczących ogłoszeń.
Przepis ten jednak nie ma zastosowania, o ile zamawiający mają wystarczająco dużo czasu,
aby zastosować procedurę przyspieszoną, określoną w art. 15 dyrektywy.

Strony

W sprawie C-24/91

Komisja Wspólnot Europejskich, reprezentowana przez R. Pellicier, członka Departamentu
Prawnego Komisji, prowadzącego działalność w biurze Roberto Hayder, przedstawiciela De-
partamentu Prawnego Komisji, Wagner Centre, Kirchberg,
wnioskujący

przeciwko

Królestwu Hiszpanii, początkowo reprezentowanemu przez C. Basarreche Sagues, później
przez A. Navarro Gonzales, Dyrektora Generalnego d/s Koordynacji Prawnej, Instytucjonal-
nej i Wspólnoty, oraz R. Silva de Lapuerta, Abogado del Estado, Szefa Departamentu Praw-
nego, mianowanego jako przedstawiciel Rządu Hiszpańskiego przed Trybunałem Wspólnot

Europejskich, działających jako pełnomocnicy, prowadzący działalność w Luksemburgu przy Ambasadzie Hiszpanii, 4-6 Boulevard Emmanuel Servais, pozwanemu

WNIOSEK o stwierdzenie, że ponieważ zarząd Uniwersytetu Complutense w Madrycie postanowił wybrać ofertę w ramach zamówienia prywatnego na wykonanie robót związanych z rozbudową i remontem Wydziału Nauk Politycznych i Socjologii przy Uniwersytecie oraz Uczelni Prac Społecznych, Królestwo Hiszpanii nie wywiązało się ze zobowiązania wynikającego z Dyrektywy 71/305/EEC z dnia 26 lipca 1971 r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (OJ 1971 (II), str. 682),

TRYBUNAŁ

w składzie: O. Due, Przewodniczący, F. Grevisse oraz P.J.G. Kapteyn (Przewodniczący Izb) Mancini, J.C. Moitinho de Almeida oraz M. Diez de Velasco, C.N. Kakouris, F.A., M. Zuleeg oraz J.L. Murray, Sędziowie

Rzecznik Generalny: C.O. Lenz,

Sekretarz: J.A. Pompe, zastępca rejestratora

po wysłuchaniu ustnych argumentów stron podczas przesłuchania w dniu 9 stycznia 1992 r., podczas którego Królestwo Hiszpanii było reprezentowane przez G. Calvo Diaz, Abogado del Estado, działającego jako pełnomocnik, po wysłuchaniu opinii rzecznika generalnego podczas posiedzenia w dniu 6 lutego 1992 r. wydaje następujące

Orzeczenie

Podstawy orzeczenia

1. Poprzez wniosek złożony w Sekretariacie Trybunału w dniu 23 stycznia 1991 r., Komisja Wspólnot Europejskich wniosła powództwo zgodnie z art. 169 traktatu EWG o stwierdzenie, że ponieważ zarząd Uniwersytetu Complutense w Madrycie postanowił udzielić zamówienia w ramach umowy prywatnej na wykonanie robót związanych z rozbudową i remontem Wydziału Nauk Politycznych i Socjologii przy Uniwersytecie oraz Uczelni Prac Społecznych, Królestwo Hiszpanii nie wywiązało się ze zobowiązania wynikającego z Dyrektywy 71/305/EEC z dnia 26 lipca 1971 r., dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (OJ 1971 (II), str. 682).
2. Dział III dyrektywy przewiduje, między innymi, zasady odpowiedniego publikowania ogłoszeń o zamówieniach, umożliwiające poinformowanie wszystkich zainteresowanych wykonawców Wspólnocie o procedurze przetargowej i zasadach uczestniczenia w przetargu.
3. Zgodnie z art. 12 dyrektywy, ogłoszenia o zamówieniu powinny być wysłane do Urzędu Publikacji Urzędowych Wspólnot Europejskich, który publikuje je w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich nie później niż dziewięć dni po dniu wysłania ogłoszenia. Czwarty ustęp tego artykułu stanowi jednak, że w przypadku przyspieszonej procedury określonej w art. 15, ogłoszenie powinno zostać opublikowane nie później niż pięć dni po dniu wysłania.
4. Zgodnie z art. 14 dyrektywy, dotyczącym procedury ograniczonej, terminy do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i składania ofert powinny wynosić co najmniej 21 dni odpowiednio od dnia wysłania ogłoszenia oraz od dnia wysłania pi-

semnego zaproszenia dla kandydatów. Niemniej jednak, art. 15 stanowi, że w pilnych przypadkach, dla których terminy określone w art. 14 nie mogą być dotrzymane, zamawiający mogą wyznaczyć krótsze terminy, a mianowicie 12 dni od dnia wysłania zaproszenia do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i 10 dni na składanie ofert, licząc od dnia wysłania zaproszenia

5. Art. 9 dyrektywy przewiduje szereg wyjątków od przepisu regulującego zasady publikacji ogłoszeń. W szczególności, art. 9 mówi o dopuszczalnym odstępstwie „w ściśle uzasadnionych przypadkach, kiedy z powodu szczególnie pilnego charakteru sprawy spowodowanego okolicznościami nieprzewidzianymi przez zamawiających, terminy przewidziane w innej procedurze nie mogą być dotrzymane”.
6. W dniu 9 lutego 1989 r. zarząd Uniwersytetu Complutense w Madrycie uznał, że roboty związane z rozbudową i renowacją Wydziału Nauk Politycznych i Socjologii oraz Uczelni Prac Społecznych o ogólnej kwocie 430 256 250 peset miały pilny charakter. Pieniądze te zostały przyznane przez Ministerstwo Edukacji w styczniu 1989 r.
7. W dniu 27 lutego 1989 r. zarząd uniwersytetu wszczął postępowanie przetargowe na wykonanie tych robót poprzez opublikowanie ogłoszenia o przetargu w gazetach hiszpańskich.
8. Z akt jasno wynika, że wykonanie robót, trwałoby, według architekta, siedem i pół miesięcy i zostałyby one zakończone przed rozpoczęciem roku akademickiego 1989.
9. W celu pełniejszego obrazu faktów, procedury oraz zarzutów stron, które są przytaczane lub analizowane poniżej jedynie w stopniu potrzebnym dla uzasadnienia orzeczenia Trybunału, odniesiono się do protokołu z przesłuchania.
10. Komisja uznaje, że w omawianym przypadku, nie było podstawy do udzielenia zamówienia w trybie zamówienia prywatnego, ponieważ warunki dla zastosowania art. 9 pkt (d) dyrektywy nie zostały spełnione. W tym kontekście wyjaśnia, że rosnąca liczba studentów jest problemem występującym od wielu lat, a więc nabór nowych studentów w październiku 1989 r. nie może być traktowany jako nieprzewidziana okoliczność związana z pilnym charakterem sprawy w rozumieniu tego przepisu.
11. Komisja twierdzi ponadto, że zarząd uniwersytetu mógł opublikować ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich zgodnie z przyspieszoną procedurą opisaną w art. 15 dyrektywy, który przewiduje krótsze terminy umożliwiające zamawiającym dopełnienie obowiązku dotyczącego opublikowania ogłoszenia w terminie krótszym niż jeden miesiąc. Uznaje ten termin jako całkowicie zgodny z terminarzem robót sporządzonym przez zarząd.
12. Z drugiej strony, Rząd Hiszpański uznaje, że odwołanie się do art. 9 pkt (d) dyrektywy było uzasadnione. Utrzymuje, że zakończenie robót przed 1 października 1989 r. było konieczne oraz podkreśla, że budynki wydziału i uczelni były całkowicie nie przystosowane do przyjęcia dużej liczby nowych studentów na początku roku akademickiego 1989.
13. Po pierwsze należy zauważyć, że warunki dla zastosowania art. 9 pkt (d) muszą być spełnione równocześnie. W konsekwencji, jeżeli jeden z warunków nie jest spełniony, zamawiający nie mogą odstąpić od przepisów dyrektywy, w szczególności tych odnoszących się do wymogu ogłaszania.

14. W omawianym przypadku, szczególnie pilny charakter sprawy, na jaki powołuje się Rząd Hiszpański był niezgodny z terminami przewidzianymi dla procedury przyspieszonej, określonymi w art. 15 dyrektywy.
15. Kwoty przydzielone zostały z budżetu dla Uniwersytetu w styczniu 1989 r. a rozbudowa i remont, które miały potrwać siedem i pół miesiąca, powinny zakończyć się przed rozpoczęciem roku akademickiego w październiku 1989 r. Tak więc było dość czasu, ażeby opublikować ogłoszenia w trybie procedury przyspieszonej zgodnie z art. 15 dyrektywy i przeprowadzić postępowanie w terminie ograniczającym się do 22 dni, a mianowicie 12 dni na składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i 10 dni na składanie ofert.
16. W konsekwencji, w wyniku decyzji zarządu Uniwersytetu Complutense, w Madrycie, dotyczącej udzielenia zamówienia prywatnego na wykonanie robót związanych z rozbudową i remontem Wydziału Nauk Politycznych i Polityki oraz Uczelni Prac Społecznych, Królestwo Hiszpanii nie wywiązało się ze zobowiązań wynikających z dyrektywy, a w szczególności jej art. 9 oraz 12–15.

Postanowienie dotyczące kosztów

Koszty

17. Zgodnie z art. 69 ust. 2 Zasad Procesowych, strona przegrywająca jest obowiązana pokryć koszty. Ponieważ Królestwo Hiszpanii nie przedstawiło wystarczających argumentów jest obowiązane pokryć koszty.

Sentencja orzeczenia

Na tych podstawach,

TRYBUNAŁ

niniejszym:

1. Uznaje, że wyniku decyzji zarządu Uniwersytetu Complutense, w Madrycie, dotyczącej udzielenia zamówienia prywatnego na wykonanie robót związanych z rozbudową i remontem Wydziału Nauk Politycznych i Polityki oraz Uczelni Prac Społecznych, Królestwo Hiszpanii nie wywiązało się ze zobowiązań wynikających z Dyrektywy Rady 71/305/EEC z dnia 26 lipca 1971 r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na wykonanie robót budowlanych, a w szczególności art. 9 oraz 12–15 dyrektywy.
1. Nakazuje Królestwu Hiszpanii pokrycie kosztów.

3.9 ORZECZENIE TRYBUNAŁU Z DNIA 2 SIERPNI 1993 R. W SPRAWIE C-107/92

Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Włoskiej
Nie wypełnienie zobowiązań przez państwo członkowskie – Procedura udzielania zamówień publicznych na wykonanie robót budowlanych – Derogacja
Sprawa C-107/92
Sprawozdania Trybunału Europejskiego 1993, strona I-4655

Data:

AKTA: 02/08/1993

WNIOSEK: 01/04/1992

Tryb: POSTĘPOWANIE DOTYCZĄCE NIE WYWIĄZANIA SIĘ ZE ZOBOWIĄZAŃ PRZEZ KRAJE CZŁONKOWSKIE – PRZYJĘTE

Streszczenie

Art. 9 pkt (d) Dyrektywy 71/305 dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane zezwala, w wyjątkowych okolicznościach, na odstępianie od ogólnych zasad, w szczególności tych dotyczących zamieszczania ogłoszeń. Niemniej jednak, takie odstępstwa nie są możliwe, jeżeli zamawiający mają wystarczająco dużo czasu na zorganizowanie procedury przyspieszonej określonej w art. 15 tej dyrektywy.

Strony

Sprawa C-107/92

Komisja Wspólnot Europejskich, reprezentowana przez Antonio Aresu oraz Rafael Pellicer - doradztwo prawne, działających jako pełnomocnicy, prowadzący działalność w Luksemburgu przy biurze prawnym Nicola Annecchino, także doradztwo prawne, Wagnera Centre, Kirchberg,

wnioskodawca

przeciwko

Republice Włoskiej, reprezentowanej przez Luigi Ferrari Bravo, Szefa Departamentu Prawnego przy Ministerstwie Spraw Zagranicznych, działającego jako pełnomocnik, oraz jego asystenta Ivo M. Nraguglia, Avvocato dello Stato, z siedzibą w Luksemburgu przy Ambasadzie Włoskiej, 5 Rue Marie-Adelaide,

pozwanemu

WNIOSEK o stwierdzenie, że poprzez nie wysłanie ogłoszenia dotyczącego zamówienia publicznego na wykonanie ogrodzeń przeciwlawinowych w rejonie Colle Isarco/Brennero, do Urzędu Publikacji Urzędowych Wspólnot Europejskich w celu opublikowania w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich, Republika Włoska nie wywiązała się z obowiązku określonego w Dyrektywie Rady 71/305/EEC z dnia 26 lipca 1971 r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane,

TRYBUNAŁ

w składzie: O. Due, Przewodniczący, G.C. Rodriguez Iglesias, M. Zuleeg oraz J.L. Murray (Przewodniczący Izb), G.F. Mancini, R. Joliet, J.C. Moitinho de Almeida, F. Grevisse oraz D.A.O. Edwrad, Sędziowie.

Rzecznik Generalny: C. Gulmann,

Sekretarz: L. Hewlett, Administrator

w nawiązaniu do protokołu z rozprawy,

po wysłuchaniu ustnych argumentacji stron podczas rozprawy w dniu 31 marca 1993 r.,

po wysłuchaniu opinii rzecznika generalnego podczas posiedzenia w dniu 12 maja 1993 r.,

wydaje następujące

Orzeczenie

Podstawy orzeczenia

1. Poprzez wniosek złożony do Sekretariatu Trybunału w dniu 1 kwietnia 1992 roku, Komisja Wspólnot Europejskich wszczęła postępowanie sądowe zgodnie z art. 169 Traktatu EWG w celu uznania, że poprzez nie wysłanie ogłoszenia dotyczącego zamówienia publicznego na wykonanie ogrodzeń przeciwlawinowych w rejonie Colle Isarco/Brennero do Urzędu Publikacji Urzędowych Wspólnot Europejskich w celu opublikowania w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich, Republika Włoska nie wywiązała się z obowiązku określonego w Dyrektywie Rady 71/305/EEC z dnia 26 lipca 1971 r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (OJ 1971 (II). Str. 682).
2. Dział III dyrektywy określa zasady odpowiedniego ogłaszania zamówień, gwarantujące wszystkim zainteresowanym we Wspólnocie dostęp do informacji o zamówieniu oraz, według ich woli, uczestniczenie w postępowaniu.
3. Zgodnie z art. 12 dyrektywy, ogłoszenia o zamówieniu są wysyłane do Urzędu Publikacji Urzędowych Wspólnot Europejskich, który publikuje je w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich, nie później niż dziewięć dni po dniu wysłania. Art. 12 ust. 4 stanowi, niemniej jednak, że zgodnie z przyspieszoną procedurą określoną w art. 15, ogłoszenie powinno być opublikowane nie później niż w ciągu pięciu dni od dnia jego wysłania.
4. Zgodnie z art. 14 dyrektywy, terminy do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz składania ofert, do złożenia których wybrani kandydaci zostali zaproszeni, w żadnym przypadku nie mogą być krótsze niż 21 dni od, odpowiednio, dnia wysłania ogłoszenia oraz dnia wysłania do kandydatów pisemnego zaproszenia. Art. 15 stanowi jednak, że w przypadkach, gdzie zachowanie powyższych terminów określonych w art. 14 jest niewykonalne, zamawiający mogą zastosować krótszy termin, a mianowicie 12 dni od dnia wysłania ogłoszenia i 10 dni od wysłania pisemnego zaproszenia do składania ofert. Taka przyspieszona procedura skraca całkowity czas postępowania z minimum 42 dni do minimum 22 dni.
5. Art. 9 dyrektywy przewiduje wyjątki od tego przepisu w wielu przypadkach. Ujmując to bardziej szczegółowo, art. 9 pkt (d) dopuszcza wyjątek „jeżeli w sytuacji niezbędnej konieczności, ze względu na wyjątkowo pilny charakter sprawy związany z okolicznościami nieprzewidzianymi przez zamawiającego, terminy określone w innych przepisach nie mogą być dotrzymane”.

6. W dniu 18 czerwca 1988 roku, Bolzano Ufficio del Genio Civile (Urząd Inżynierii Cywilnej), departament przy włoskim Ministerstwie Robót Publicznych, przydzielił wykonanie budowy ogrodzenia przeciwlawinowego w Alpach niedaleko Colle Isarco/Brennero włoskiej firmie Collini e Rabbiosi SpA, bez uprzedniego opublikowania ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich.
7. Uznając zaniechanie tej czynności za naruszenie dyrektywy, Komisja, pismem z 24 stycznia 1990 roku, oficjalnie wezwała Republikę Włoską do złożenia swoich uwag w przeciągu miesiąca.
8. Odpowiedź Rządu Włoskiego z 15 maja 1990 roku na powyższe pismo, skłoniła Komisję do przedstawienia umotywowanej opinii, która została wysłana w dniu 13 lutego 1991 r. Z uwagi na brak odpowiedzi wobec tej opinii, Komisja wniosła przedmiotową sprawę. Komisja uznaje, że Rząd Włoski nie wykazał wystąpienia szczególnie pilnego charakteru sprawy wynikającego z nieprzewidzianych okoliczności, zgodnie z art. 9 (d) dyrektywy. Uznaje, że, po pierwsze, upłynęło więcej niż trzy miesiące między przedstawieniem odpowiednim władzom krajowym w dniu 10 czerwca 1988 roku raportu z Departamentu Geologicznego przy Ministerstwie Środowiska, zalecającego powzięcie pilnych działań, a rozpoczęciem robót z dniem 21 września 1988 roku, oraz, że podczas tego okresu, Rząd Włoski mógł przeprowadzić 22 dniową procedurę przyspieszoną, określoną w dyrektywie. Ponadto stwierdza, że ostatnia odnotowana lawina w regionie Brenner, w 1975 roku, nie może stanowić powodu, dla przeprowadzenia pilnych działań.
9. Według władz włoskich, interpretacja przedstawiona przez Komisję nie bierze pod uwagę nowej sytuacji wynikającej z w/w raportu geologicznego i dotyczącej nieprzewidywalnego i nieuchronnego ryzyka wystąpienia lawiny. Władze argumentowały tym, że z uwagi na pilny charakter udokumentowany w raporcie, uznały, że roboty budowlane powinny się rozpocząć bez zakłóceń przed końcem jesieni 1988 roku i dlatego postępowanie musiało być zakończone podczas krótkiego przeciągu czasu obejmującego trzy miesiące letnie i, w konsekwencji, przestrzeganie postanowień dyrektywy okazało się niemożliwe.
10. Odniesienie się protokołu z rozprawy w celu pełniejszego obrazu stanu faktycznego, postępowania oraz zarzutów i argumentów przedstawianych przez strony, wymienionych lub omówionych poniżej, nastąpiło tylko w takim stopniu, jaki jest potrzebny dla uzasadnienia orzeczenia Trybunału.
11. Zgodnie z art. 9 pkt (d) dyrektywy, odstępstwo przez niego przewidziane, a mianowicie odejście od obowiązku publikowania ogłoszenia o zamówieniu, jest możliwe, jeżeli jednocześnie zostają spełnione trzy warunki. Przepis nakazuje wystąpienie nieprzewidzianej okoliczności, szczególnie pilnego charakteru sprawy uniemożliwiającego dotrzymanie terminów określonych w innych procedurach, oraz, ostatecznie, związek przyczynowy między nieprzewidzianą okolicznością a szczególnie pilnym charakterem sprawy.
12. Kolejność okoliczności analizowanych szczegółowo przez rzecznika generalnego w par. 8 i 13 opinii wykazuje, że nie istniał powód uniemożliwiający Rządowi Włoskiemu w tym przypadku zachowania terminów określonych dla procedury przyspieszonej, przewidzianej w dyrektywie.

13. W konsekwencji należy uznać, że zgodnie z tym co utrzymuje Komisja, Rząd Włoski nie wykazał istnienia szczególnie pilnego charakteru sprawy w rozumieniu art. 9 pkt (d) dyrektywy.
14. Dlatego też, bez potrzeby ustalenia, czy dwa inne warunki zostały spełnione w tym przypadku, należy stwierdzić, że poprzez nie wysłanie do Urzędu Publikacji Urzędowych Wspólnot Europejskich ogłoszenia o zamówieniu publicznym na wykonanie ogrodzenia przeciwlawinowego w regionie Colle Isarco/Brennero celem opublikowania w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich, Republika Włoska nie wykonała obowiązku wynikającego z dyrektywy.

Decyzja dotycząca kosztów

Koszty

15. Zgodnie z art. 69 ust. 2 Zasad Procesowych, strona przegrywająca jest zobowiązana do pokrycia kosztów. Ponieważ Republika Włoska nie zdołała przedstawić dostatecznych argumentów na swoją obronę, obowiązana jest pokryć koszty.

Sentencja orzeczenia

na tej podstawie,

TRYBUNAŁ

niniejszym:

1. Stwierdza, że z uwagi na nie wysłanie ogłoszenia dotyczącego zamówienia publicznego na wykonanie ogrodzeń przeciwlawinowych w rejonie Colle Isarco/Brennero do Urzędu Publikacji Urzędowych Wspólnot Europejskich w celu opublikowania w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich, Republika Włoska nie wywiązała się z obowiązku określonego w Dyrektywie Rady 71/305/EEC z dnia 26 lipca 1971 r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane;
2. Nakazuje Republice Włoskiej pokrycie kosztów.

**3.10 ORZECZENIE TRYBUNAŁU (PIERWSZEJ IZBY)
Z DNIA 18 CZERWCA 1991 R. W SPRAWIE C-295/89
(„IMPRESA DONA ALFONSO”)**

Impresa Dona Alfonso di Dona Alfonso & Figli przeciwko Consorzio per lo sviluppo industriale del comune di Monfalcone, Egione Friuli –Venezia Giulia,

Impresa Luigi Tacchino SpA oraz Impresa Carlutti Costruttori SRL.

Wniosek o wydanie orzeczenia wstępnego: Tribunale amministrativo regionale del Friuli-Venezia Giulia – Włochy

Zamówienia publiczne na roboty budowlane – oferty przedstawiające rażąco niskie ceny

Sprawa C-295/89

Sprawozdania Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości 1991 str. I-2967

Data:

AKT: 18/06/1991

WNIOSEK: 26/09/1989

Rodzaj postępowania: WYDANIE ORZECZENIA WSTĘPNEGO

Przedmiot: ZBLIŻANIE PRAWODAWSTWA

Streszczenie

Art. 29 ust. 5 Dyrektywy Rady 71/305, od stosowania którego Kraje Członkowskie nie mogą odstąpić w żadnym istotnym stopniu, zakazuje Krajom Członkowskim wprowadzania przepisów, które wymagają automatycznej dyskwalifikacji ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia, według kryterium arytmetycznego, zobowiązuje natomiast zamawiającego do zastosowania procedury analizy ofert, przewidzianej w tej dyrektywie, która daje oferentowi sposobność przedstawienia wyjaśnień.

Państwa członkowskie mogą wymagać analizowania ofert, kiedy wydaje się, że przedstawiają rażąco niskie ceny, a nie tylko kiedy w oczywisty sposób są zaniżone.

(Orzeczenie Trybunału w tym przypadku jest takie samo, jak orzeczenie w sprawie 103/88 Fratelli Costanzo przeciwko Comune di Milano {1989} ECR).

Strony

W sprawie C-295/89

wniosek do Trybunału, zgodnie z art. 177 Traktatu o utworzeniu Europejskiej Wspólnoty Gospodarczej, złożony przez Tribunale Amministrativo Regionale (lokalny sąd administracyjny), Friuli-Venezia Giulia, Włochy, o wydanie orzeczenia wstępnego w postępowaniu toczącym się między

Impresa Dona Alfonso di Dona Alfonso & Figli

a

Consorzio per lo Sviluppo Industriale del Comune di Monfalcone, Regione Friuli –Venezia Giulia,

Impresa Luigi Tacchino SpA,

Impresa Carlutti Costruttori Srl,

dotyczącym interpretacji art. 29 ust. 5 Dyrektywy Rady 71/305 z dnia 26 lipca 1971 r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (OJ 1971 (II), str. 682),

TRYBUNAŁ (Izba Pierwsza)

w składzie: G.C. Rodriguez Iglesias, Przewodniczący Izby, Sir Gordon Slynn oraz R. Joliet, Sędziowie

(podstawy orzeczenia nie zostały przytoczone)

na wniosek z dnia 7 kwietnia 1989 r., do którego odniesiono się na wniosek Tribunale Amministrativo Regionale, Fiuli-Venezia Giulia, niniejszym postanawia :

Sentencja orzeczenia

1. Art. 29 ust. 5 Dyrektywy Rady 71/305 z dnia 26 lipca 1971 r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane zakazuje Krajom Członkowskim wprowadzenia przepisów, które wymagają automatycznej dyskwalifikacji ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia, według kryterium arytmetycznego, zobowiązuje natomiast zamawiającego do zastosowania procedury analizy ofert przewidzianej w tej dyrektywie, która daje oferentowi sposobność przedstawienia wyjaśnień.
2. Podczas stosowania Dyrektywy Rady 71/305, Kraje Członkowskie nie mogą odejść w żadnym istotnym stopniu od przepisów art. 29 ust. 5 dyrektywy
3. Art. 29 ust. 5 Dyrektywy Rady 71/305 pozwala Krajom Członkowskim wymagać, aby oferty były przedmiotem analizy, ilekroć wydaje się, że przedstawiają one rażąco niskie ceny, a nie tylko, kiedy w oczywisty sposób są zaniżone.

3.11 ORZECZENIE TRYBUNAŁU Z DNIA 3 LIPCA 1992 R. W SPRAWIE C-360/89

Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Włoskiej.

Swoboda świadczenia usług – Udzielanie zamówień publicznych na wykonanie robót budowlanych.

Sprawa C-360/89.

Sprawozdania Trybunału Europejskiego z 1992 r. s. I-3401

Daty:

DOKUMENTU: 03.06.92

WNIOSKU: 28.11.89

Streszczenie

- 1. Artykuł 59 Traktatu zabrania nie tylko jawnej dyskryminacji ze względu na narodowość, lecz także ukrytych form dyskryminacji, które, choć oparte na innych kryteriach, prowadzą w rzeczywistości do tych samych rezultatów.*
- 2. Państwo członkowskie rezerwujące wykonanie robót budowlanych dla przedsiębiorców, których siedziby znajdują się w rejonach, gdzie prace te mają być wykonywane i przyznające pierwszeństwo konsorcjom składającym się z przedsiębiorstw działających głównie w tym rejonie, nie wywiązuje się ze zobowiązań z tytułu art. 59 Traktatu EWG i Dyrektywy 71/305 dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane.*

Strony

W sprawie C-360/89,

Komisja Wspólnot Europejskich, reprezentowana początkowo przez Guido Berardisa, a następnie przez Antonio Aresu, z Biura Prawnego Komisji, z adresem dla doręczeń w Luksemburgu w biurze Roberto Haydera, reprezentującego Biuro Prawne Komisji, Wagner Centre, Kirchberg,
wnioskodawca,
przeciwko

Republice Włoskiej, reprezentowanej przez Luigi Ferrari Bravo, Szefa Biura Prawnego Ministerstwa Spraw Zagranicznych, działającego w charakterze pełnomocnika, wspieranego przez Piera Giorgio Ferri, Avvocato dello Stato, z adresem dla doręczeń w Luksemburgu w ambasadzie Włoch, 5 Rue Marie-Adelaide,
pozwanemu

WNIOSEK o wydanie orzeczenia stwierdzającego, że uchwalając Ustawę Nr 80/87 (Specjalne postanowienia dla przyspieszenia ukończenia robót budowlanych), która zawiera postanowienia sprzeczne z przepisami Wspólnoty dotyczącymi zamówień publicznych, Włochy nie wywiązały się ze zobowiązań z tytułu art. 59 Traktatu EWG i Dyrektywy Rady 71/305/EEC z 26 lipca 1971 r., koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (OJ 1971 (II), s. 682).

TRYBUNAŁ

w składzie: O. Due, Przewodniczący, R. Joliet, F.A. Schockweiler oraz P.J.G. Kapteyn, (Przewodniczący Izb), G.F. Mancini, C.N. Kakouris, G.C. Rodriguez Iglesias, M. Diez de Velasco i J.L. Murray, Sędziowie

Rzecznik Generalny: C.O. Lenz

Sekretarz: J.A. Pompe, zastępca sekretarza,

po wysłuchaniu protokołu z rozprawy,

po wysłuchaniu ustnych argumentacji obu stron na rozprawie 16 stycznia 1992 r.,

po rozpatrzeniu opinii rzecznika generalnego na posiedzeniu 26 lutego 1992 r.,

wydaje następujące

orzeczenie

Podstawa prawna orzeczenia

1. Przez złożenie 28 listopada 1989 r. w Sekretariacie Trybunału odpowiedniego wniosku, Komisja Wspólnot Europejskich wszczęła postępowanie na podstawie art. 169 Traktatu EWG w przedmiocie stwierdzenia, iż uchwalając Ustawę Nr 80/87 (Specjalne postanowienia dla przyspieszenia ukończenia robót budowlanych), która zawiera postanowienia sprzeczne z przepisami Wspólnoty, Włochy nie wywiązały się ze zobowiązań z tytułu art. 59 Traktatu EWG i Dyrektywy Rady 71/305/EEC z 26 lipca 1971 r., koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (OJ 1971 (II), s. 682).
2. Na mocy art. 2 ust. 1 Ustawy Nr 80/87, ogłoszenie o zamówieniu publikowane przez podmiot zamawiający musi zawierać zastrzeżenie, iż oferent uzyskujący zamówienie powinien powierzyć od 15 do 35% prac przedsiębiorcom, których siedziby znajdują się w rejonie, gdzie prace mają być wykonywane.
3. Artykuł 3 ust. 3 tej samej Ustawy postanawia, iż w przypadkach kiedy ponad 15 przedsiębiorstw jest zainteresowanych zamówieniem, co najmniej 15 musi być zaproszonych do składania ofert a przy wyborze wykonawców, którzy mają być zaproszeni, podmiot zamawiający musi przestrzegać zasady pierwszeństwa dla konsorcjów złożonych z przedsiębiorców z siedzibami w rejonach, gdzie prace te mają być wykonywane.
4. Odesłanie do protokołu z rozprawy w celu pełniejszego przedstawienia faktów, postępowania i argumentacji obu stron, które poniżej są omawiane, następuje jedynie w stopniu niezbędnym dla przedstawienia argumentacji Trybunału.
5. W trakcie postępowania, Komisja wycofała swoje zarzuty z wyjątkiem tych dotyczących art. 2 ust. 1 oraz art. 3 ust. 3 Ustawy Nr 80/87.

Domniemane naruszenie art. 59 Traktatu:

6. Zdaniem Komisji, art. 2 ust. 1 Ustawy Nr 80/87 narusza art. 59 Traktatu przyznając pierwszeństwo przedsiębiorstwom, których siedziby znajdują się w danych rejonach, tym samym działając na szkodę przedsiębiorstw w innych państwach członkowskich.
7. Należy zauważyć, iż art. 59 Traktatu wymaga zniesienia wszelkich form dyskryminacji wobec usługodawców z Krajów Członkowskich innych niż ten, w którym usługa ma być świadczona.

8. Fakt, że art. 2 ust. 1 Ustawy Nr 80/87 rezerwuje część prac dla podwykonawców, których siedziby znajdują się w rejonie, gdzie prace te mają być wykonywane, jest aktem dyskryminacji przeciwko przedsiębiorstwom działającym w innych Krajach Członkowskich.
9. Choć prawdą jest, jak utrzymuje rząd Włoch, iż postanowienie to wyłącza z tych prac również przedsiębiorstwa powstałe we Włoszech, których siedziby znajdują się poza danym rejonem, nie zmienia to faktu, iż wszyscy podwykonawcy uprzywilejowani przez nie są przedsiębiorstwami włoskimi.
10. Co się tyczy art. 3 ust. 3 Ustawy Nr 80/87, Komisja stoi na stanowisku, iż przyznając pierwszeństwo konsorcjom złożonym z przedsiębiorstw lokalnych, ogranicza on wolność świadczenia usług, co jest zabronione w świetle art. 59 Traktatu.
11. Trybunał niezmiennie utrzymywał, iż art. 59 Traktatu zabrania nie tylko jawnej dyskryminacji ze względu na narodowość, lecz także ukrytych form dyskryminacji, które, choć oparte na innych kryteriach, prowadzą w rzeczywistości do tych samych rezultatów (por. zwłaszcza, Sprawę C-3/88 Komisja przeciwko Włochom [1989] ECR str. 4035, par. 8).
12. Choć art. 3 ust. 3 Ustawy Nr 80/87 odnosi się, jak twierdzi rząd Włoch, do wszystkich przedsiębiorstw, zarówno włoskich, jak i zagranicznych, w rzeczywistości faworyzuje on firmy włoskie. Jak Komisja słusznie zauważyła, jest znacznie bardziej prawdopodobne, iż działalność właśnie tych przedsiębiorstw skupia się w rejonach, gdzie roboty budowlane mają być wykonywane niż działalność przedsiębiorstw ustanowionych w innych państwach członkowskich.
13. Rząd Włoch zauważa także, iż wyżej wymienione postanowienia Ustawy Nr 80/87 mają na celu zrekompensować niekorzystną sytuację, w jakiej znalazły się małe i średnie przedsiębiorstwa na skutek wprowadzenia przez tę Ustawę systemu kompleksowych zamówień publicznych, w którym różne prace są objęte jednym zamówieniem. Zgrupowanie w jednym zamówieniu usług, które zamawiane oddzielnie byłyby atrakcyjne dla lokalnych przedsiębiorstw, doprowadza do wyłączenia ich z wielu mniejszych zamówień.
14. W tym miejscu należy jedynie zauważyć, iż powyższe względy nie mają związku z polityką państwową, bezpieczeństwem państwa ani zdrowiem społeczeństwa, o których mowa w art. 66 i 56 Traktatu, ani nie są powodem, by pomijać interes publiczny, co mogłoby usprawiedliwiać te ograniczenia. (Sprawa C-353/89 Komisja przeciwko Holandii [1991] ECR s. I-4069, par. 17 i 18 oraz Sprawa C-288/89 Collectieve Antennevoorziening Gouda przeciwko Commissariaat voor de Media [1991] ECR s. I-4007).
15. Z powyższych rozważań wynika, że skarga o naruszenie art. 59 Traktatu powinna zostać podtrzymana.

Domniemane naruszenie Dyrektywy 71/305

16. Komisja stoi na stanowisku, iż art. 3 ust. 3 Ustawy Nr 80/87 narusza art. 22 ust. 1 Dyrektywy 71/305 poprzez przyjęcie kryterium kwalifikacji innego od wymienionych w art. 23–26 dyrektywy.
17. Należy zauważyć, iż zgodnie z art. 22 ust. 1 Dyrektywy 71/305, w procedurze ograniczonej, w znaczeniu określonym w art. 5 ust. 2, zamawiający na podstawie przedłożonych informacji zgodnych z art. 17 pkt d dyrektywy powinien wybrać wykonawców, których zaprosi do składania ofert.

18. Artykuł 17 pkt (d) dotyczy informacji o osobistej sytuacji wykonawcy oraz standardach ekonomicznych i technicznych, których spełnienia wymaga zamawiający; przy czym nie może on żądać informacji innych, niż te wymienione w art. 25 i 26.
19. Zgodnie z art. 3 ust. 3 Ustawy Nr 80/87 w wyborze przedsiębiorstw zaproszonych do składania ofert, pierwszeństwo mają konsorcja złożone z przedsiębiorstw, których główna działalność skupia się w rejonach, gdzie prace te mają być wykonywane.
20. Powyższa zasada pierwszeństwa stanowi kryterium wyboru, które nie jest wymienione w artykułach 23–26 i co ważniejsze, nie ma związku z żadnym z ekonomicznych bądź technicznych standardów określonych w art. 25 i 26.
21. W rezultacie art. 3 ust. 3 Ustawy Nr 80/87 jest sprzeczny z art. 22 ust. 1 Dyrektywy 71/305, ponieważ kryterium wyboru ustalone w tej ustawie dotyczy elementów nie będących częścią informacji, na podstawie której zamawiający, zgodnie z art. 22, ma wybrać kandydatów, których następnie zaprosi do składania ofert.
22. Z powyższych rozważań wynika, że skarga o naruszenie Dyrektywy 71/305 musi zostać podtrzymana.
23. Należy zatem stwierdzić, iż uchwalając Ustawę Nr 80/87 dnia 17 lutego 1987 r. (Specjalne postanowienia dla przyspieszenia ukończenia robót budowlanych, opublikowane w Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana Nr 61 z dnia 14 marca 1987 r.), Włochy nie wywiązały się ze zobowiązań z tytułu art. 59 Traktatu EWG i Dyrektywy Rady 71/305/EEC z 26 lipca 1971 r. koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych na wykonanie robót budowlanych.

Decyzja dotycząca kosztów sądowych

Koszty

24. Na mocy art. 69 ust.2 Zasad procesowych, strona przegrywająca jest obciążona kosztami sądowymi. Ponieważ argumentacja wysunięta przez stronę włoską nie została zaakceptowana, Włochy powinny być obciążone kosztami.

Sentencja orzeczenia

Na tej podstawie

TRYBUNAŁ

niniejszym:

1. Stwierdza, że uchwalając Ustawę Nr 80/87 17 lutego 1987 r., Włochy nie wywiązały się ze zobowiązań z tytułu art. 59 Traktatu EWG i Dyrektywy Rady 71/305/EEC z 26 lipca 1971 r. koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane;
2. Nakazuje rządowi Włoch pokryć koszty sądowe.

3.12 ORZECZENIE TRYBUNAŁU Z DNIA 22 CZERWCA 1993 R. W SPRAWIE C-243/89 („STOREBAELT”)

Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Królestwu Danii

Przyznawanie zamówień publicznych na wykonanie robót budowlanych – Budowa mostu nad „Storebaelt”.

Sprawa C-243/89

Sprawozdania Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (ECR) 1993, str. I-3353

Data:

AKTA: 22/06/1993

WNIOSEK: 02/08/1989

Rodzaj postępowania: POSTĘPOWANIE DOTYCZĄCE NIE WYWIĄZANIA SIĘ KRAJÓW CZŁONKOWSKICH ZE ZOBOWIĄZAŃ – PRZYJĘTE

Streszczenie

1. W powództwach wniesionych zgodnie z art. 169, wstępne postępowanie sądowe określa przedmiot postępowania, który nie może być stopniowo rozszerzany. Możliwość przedstawienia własnych obserwacji przez Kraj Członkowski stanowi niezbędną gwarancję wymaganą przez Traktat, zaś przestrzeganie tej gwarancji jest zasadniczym formalnym wymogiem w procedurze dotyczącej ustalenia, czy Kraj Członkowski nie wywiązał się ze swoich zobowiązań.
2. W powództwie wniesionym przez Komisję, zgodnie z art. 169 Traktatu, o celowości którego decyduje wyłącznie Komisja, to Trybunał ustala, czy wystąpiło domniemane nie wykonanie zobowiązań, nawet jeżeli Kraj Członkowski nie zaprzecza już swojej winy i uznaje, że każdy, kto poniósł stratę z jego powodu ma prawo do odszkodowania. W przeciwnym razie, poprzez przyznanie się do nie wykonania obowiązków oraz przyjęcie wszelkiej odpowiedzialności, Kraj Członkowski miałby swobodę, w każdym czasie, podczas postępowania zgodnie z art. 169, zakończyć postępowanie bez sądowego ustalenia, czy obowiązki nie zostały spełnione oraz podstaw jego odpowiedzialności.
3. Poprzez zaproszenie do przetargu, w ramach którego udzielenie zamówienia odbywa się na podstawie warunku mówiącego o maksymalnym wykorzystaniu krajowych surowców, dóbr i materiałów oraz krajowej siły roboczej i sprzętu oraz poprzez prowadzenie negocjacji z wybranymi oferentami na podstawie oferty niezgodnej z warunkami przetargowymi, Kraj Członkowski narusza art. 30, 48 i 59 Traktatu oraz Dyrektywy 71/305.

Strony

W sprawie C-243/89

Komisja Wspólnot Europejskich, reprezentowana przez Hans Peter Hartvig oraz Richard Wainwright, doradców prawnych, działających jako pełnomocnicy, prowadzący działalność w Luksemburgu w biurze Nicola Annecchino, Wagnera Centre, Kirchberg
wnioskujący
przeciwko

Królestwu Danii, reprezentowanemu przez Joergen Molde, doradcę prawnego przy Ministerstwie Spraw Zagranicznych, Gregers Larsen, adwokata, prowadzącego działalność w Luksemburgu przy Ambasadzie Duńskiej, 4 Boulevard Royal, pozwanemu

WNIOSEK o uznanie, że ponieważ Aktieselskabet Storebaeltsforbindelsen zaprosił do składania ofert na podstawie warunku wymagającego od oferenta użycia duńskich surowców, dóbr i materiałów oraz duńskiej siły roboczej w największym możliwym stopniu oraz poprzez prowadzenie negocjacji z wybranymi oferentami na podstawie oferty niezgodnej z warunkami przetargowymi, Kraj Członkowski narusza art. 30, 48 i 59 Traktatu oraz Dyrektywy 71/305/EEC z dnia 26 lipca 1971 roku dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (OJ 1971 (II), str. 682),

TRYBUNAŁ

W składzie: O. Due, Przewodniczący, C.N. Kakouris, G.C. Rodriguez Iglesias, M. Zuleeg oraz J.L. Murray (Przewodniczący Izb), G.F. Mancini, R. Joliet, F.A. Schockweiler, J.C. Moitinho de Almeida, F. Grevisse oraz P.J.G. Kapteyn, Sędziowie.

Rzecznik Generalny: G. Tesauro,

Sekretarz: H. Von Holstein, zastępca sekretarza

w nawiązaniu do protokołu z rozprawy,

po wysłuchaniu ustnych argumentacji stron podczas rozprawy w dniu 29 września 1992 roku, w której Królestwo Danii było reprezentowane przez Joergen Molde, działającego jako pełnomocnik, Gregers Larsen oraz Sune F. Svensen, adwokata,

po wysłuchaniu opinii rzecznika generalnego podczas posiedzenia w dniu 17 listopada 1992 roku,

wydaje następujące

orzeczenie

Podstawy orzeczenia

1. Poprzez wniosek złożony do Sekretariatu Trybunału w dniu 2 sierpnia 1989 roku, Komisja Wspólnot Europejskich wniosła powództwo zgodnie z art. 169 Traktatu o Utworzeniu Europejskiej Wspólnoty Gospodarczej, o uznanie, że ponieważ
 - Aktiselskabet Sterobaeltsforbindelsen zaprosił do składania ofert na podstawie warunku wymagającego zastosowania w największym możliwym stopniu duńskich surowców, dóbr i materiałów oraz duńskiej siły roboczej oraz fakt, że
 - negocjacje z wybranym konsorcjum były prowadzone na podstawie oferty, która nie była zgodna z warunkami przetargowymiKrólestwo Danii nie wywiązało się z obowiązków wynikających z prawodawstwa Wspólnoty, a w szczególności naruszyło art. 30, 48 oraz 59 Traktatu, a także Dyrektywę Rady 71/305/EEC z dnia 26 lipca 1971 roku dotyczącą koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na wykonanie robót budowlanych (OJ 1971 (II), str. 682, dalej zwana „Dyrektywą”).
2. Aktiselskabet Sterobaeltsforbindelsen (dalej zwany „Storebaelt”) jest firmą całkowicie kontrolowaną przez Państwo Duńskie. Jest odpowiedzialny za sporządzenie projektu, oraz

działając jako podmiot zamawiający, za budowę drogi oraz połączenia kolejowego wzdłuż Wielkiego Bełtu. Część projektu dotyczy budowy mostu wzdłuż Zachodniego Kanału Wielkiego Bełtu. Wartość zamówienia na budowę Mostu Zachodniego ocenia się na 3 bln. koron.

3. W dniu 9 października 1987 r. Storebaelt opublikował w dodatku do Dziennika Urzędowego Wspólnot Europejskich (1987, S 196, str. 16) ogłoszenie o zamówieniu, udzielanym w trybie procedury ograniczonej, na wykonanie budowy mostu wzdłuż Zachodniego Kanału. W dniu 28 kwietnia 1988 roku zaprosił pięć grup firm do złożenia oferty.
4. Warunek 5, klauzula 2, warunków ogólnych, które stanowią część dokumentacji zamówienia (dalej zwane „warunkami ogólnymi”), stanowi co następuje:
„wykonawca zobowiązuje się do korzystania w największym możliwym stopniu z duńskich surowców, dóbr i materiałów oraz duńskiej siły roboczej” (dalej zwany „klauzulą duńską”).
5. Warunek 3, klauzula 3 warunków ogólnych określa warunki organizowania alternatywnych przetargów dla projektów zastępujących trzy różne projekty mostu, opracowanych przez Storebaelt. Warunki te stanowią podstawę oceny tych ofert.
Warunek 3, klauzula 3 określa, że cena przetargowa dla projektu alternatywnego musi się opierać na założeniu, że wykonawca zobowiąże się wykonać szczegółowe projekty, które przedstawi podmiotowi zamawiającemu do akceptacji, oraz, że przyjmie na siebie całkowitą odpowiedzialność za projekt i jego wykonanie. Warunek ten także określa, że wykonawca jest zobowiązany przyjąć ryzyko różnych zmian ilościowych, na których opiera się przetarg. Ostatecznie, zgodnie z tym warunkiem:
„jeżeli wykonawca składa ofertę w ramach projektu alternatywnego, za który ponosi odpowiedzialność, to musi określać cenę umożliwiającą jej obniżenie, w przypadku, kiedy podmiot zamawiający zdecyduje się na przejęcie szczegółowego planu projektu”.
6. Pięć międzynarodowych konsorcjów, obejmujących ogólnie 28 podmiotów zostało zaproszonych do złożenia ofert. Jednym z tych pięciu konsorcjów była europejska grupa Storebaelt (dalej zwana „ESG”), której członkowie to Ballast Nedam z Holandii, Losinger Ltd ze Szwajcarii, Taylor Woodrow Construction Ltd z Wlk. Brytanii i trzy duńskie firmy. ESG złożyło Storebaelt ofertę alternatywną na budowę mostu betonowego.
7. Storebaelt rozpoczął rozmowy z różnymi oferentami w celu porównania i oceny ofert oraz ustalenia kosztów. Po dokonaniu wyboru ofert, Storebaelt prowadził negocjacje z ESG dotyczące oferty alternatywnej. Negocjacje te doprowadziły do podpisania, w dniu 26 czerwca 1989 roku, umowy pomiędzy ESG a Storebaelt.
8. Dla pełniejszego obrazu stanu faktycznego, toku postępowania i zarzutów oraz argumentów stron, przedstawionych i przedyskutowanych jedynie w stopniu koniecznym dla przedstawienia uzasadnienia, odniesiono się do protokołu z rozprawy.

Dopuszczalność

9. Zastrzegając sobie prawo, w końcowej części wniosku, do uzupełniania i rozszerzania, o ile jest to konieczne, dwóch podstaw prawnych wniosku, Komisja, w swojej odpowiedzi rozszerzyła swoje zarzuty na podstawie informacji uzyskanej od rządu duńskiego, zawartej w jego odpowiedzi na pozew. Komisja wprowadziła także dwie zmiany do żądania, z którym występuje.

10. Przede wszystkim Komisja wnioskuje o uznanie przez Trybunał, w odniesieniu do drugiej podstawy wniosku, opisaną powyżej (par. 1), że Dania nie wykonała zobowiązań, ponieważ Storebaelt, na podstawie oferty niezgodnej z warunkami przetargu, prowadził negocjacje z ESG zakończone podpisaniem ostatecznej umowy, która zmieniała warunki oferty, faworyzując oferenta i odnosząc się w szczególności do kryteriów cenowych.
11. Po drugie, w kwestii dotyczącej domniemanego naruszenia zasad prawnych przez pozwanego, Komisja twierdzi, że Królestwo Danii naruszyło Dyrektywę 71/305, „w odniesieniu do zasady równego traktowania leżącej u podstaw dyrektywy”.
12. Rząd duński zwraca się do Trybunału o uznanie, że wniosek jest niedopuszczalny, ponieważ Komisja rozszerzyła przedmiot powództwa, poza ten, jaki został określony we wstępnym postępowaniu.
13. Przed rozważeniem tego żądania, należy przypomnieć, że zgodnie z orzecznictwem (Sprawa C-306/91 Komisja przeciwko Włochom {1993} ECR I-2151, par. 22), w powództwach wniesionych zgodnie z art. 169, postępowanie wstępne określa przedmiot postępowania, który nie może być rozszerzany. Możliwość przedstawienia obserwacji przez Kraj Członkowski stanowi niezbędną gwarancję wymaganą przez Traktat, a przestrzeganie tej gwarancji jest podstawowym formalnym wymogiem procedury ustalającej, że Kraj Członkowski nie wywiązał się z wykonania zobowiązań.
14. Rząd duński argumentuje, że po pierwsze, Komisja nie może poszerzyć przedmiotu postępowania ani we wniosku ani, w szczególności, w odpowiedzi, poza fakt i prawo wymienione w piśmie przedstawiającym w sposób oficjalny zarzuty i w umotywowanej opinii.
15. W tej kwestii Trybunał musi uznać, że jedynym rozważanym zagadnieniem w postępowaniu wstępnym był warunek 6, klauzula 2 warunków ogólnych, tzn. klauzula o stosowaniu duńskich materiałów, oraz rozpoczęcie negocjacji na podstawie oferty niezgodnej z warunkiem 3, klauzula 3 tych warunków, a dotyczącym odpowiedzialności oferenta, tam gdzie przedmiotem przetargu jest projekt alternatywny.
16. Z powyższego wynika, że powództwo jest dopuszczalne jedynie w stopniu, w jakim odnosi się on do tych dwóch zapisów zawartych w warunkach ogólnych.
17. Jeżeli chodzi o podstawę wniosku dotyczącą klauzuli o wykorzystaniu duńskich materiałów, Komisja nie ma jednak zakazu wspierania swoich argumentów w tym względzie poprzez odniesienie się do innych zapisów umowy, które rozszerzają tę klauzulę.
18. Rząd duński dalej argumentuje, że poprzez zmianę trybu postępowania, Komisja zmieniła przedmiot postępowania i naruszyła jego prawo obrony, gdyż nie miał on sposobności, jako pozwany, przedstawienia swoich obserwacji dotyczących nowych zagadnień w odpowiednim czasie i w żądany sposób. Ostatecznie, według rządu duńskiego, pytanie czy powództwo jest należycie uzasadnione, musi być rozważane jedynie w odniesieniu do treści żądania, z którym występuje wnioskodawca.
19. Zarzut dotyczy pytania, czy zmiana treści drugiej części żądania poszerza jego zakres i po drugie, czy odniesienie się, w odpowiedzi, do „zasady równego traktowania leżącej u podstaw dyrektywy” wprowadza nowy element do podstawy prawnej dotyczącej domniemanego nie wywiązania się ze zobowiązań.

20. Odnośnie pierwszego pytania, należy jedynie zauważyć, że Komisja miała prawo wyjaśnić żądanie w celu skierowania uwagi na informacje, przedstawione przez rząd duński na jego obronę, dotyczące procedury przetargowej i negocjacji między Storebaelt a ESG.
21. Odnośnie drugiego pytania, przede wszystkim, jak rzecznik generalny zauważa w punkcie 13 swojej opinii, Komisja złożyła już skargę w czasie wstępnego postępowania, co jest wyraźnie zaznaczone zarówno w umotywowanej opinii jak i we wniosku. Wynika z tego, że rząd duński miał sposobność przedstawienia obserwacji, tak jak to wynika jasno z jego odpowiedzi na otrzymaną umotywowaną opinię Komisji jak i jego obrony.
22. Po drugie, argument rządu duńskiego, że zasada równego traktowania stanowi nową podstawę prawną, przemawiającą za zarzutem nie wykonania zobowiązań, budzi wątpliwość, jeżeli chodzi o interpretację dyrektywy, która będzie badana wraz z kwestią dotyczącą treści.

Istota sprawy

Pierwsza podstawa wniosku dotycząca klauzuli duńskiej

23. Klauzula duńska, opisana w Warunku 6, Klauzula 2 warunków ogólnych jest niezgodna z art. 30, 48 i 59 Traktatu. Fakt ten jest bezsporny dla rządu duńskiego.
24. Rząd duński dowodzi jednak, że po pierwsze usunął klauzulę przed podpisaniem umowy z ESG w dniu 26 czerwca 1989 roku i że niniejszym dostosował się do umotywowanej opinii, jeszcze przed tym jak została mu ona przedstawiona w dniu 14 lipca 1989 roku. Podczas rozprawy, rząd duński, powołując się na orzeczenie w sprawie C-362/90 Komisja przeciwko Włochom {1992} ECR I-2353, utrzymywał także, że Komisja nie zardziła w odpowiednim czasie, poprzez procedury, którymi dysponowała, skutkiem prawnym wynikłym z naruszenia.
25. Argument ten nie może być przyjęty.
26. Po pierwsze, nawet jeżeli klauzula, będąca przedmiotem zagadnienia była usunięta krótko przed podpisaniem umowy z ESG i w konsekwencji przed przedstawieniem umotywowanej opinii, faktem pozostaje, że procedura przetargowa była prowadzona na podstawie klauzuli, która nie była zgodna z prawodawstwem Wspólnoty oraz, która z uwagi na swoją naturę, prawdopodobnie miałaby wpływ na zarówno skład różnych konsorcjów jak i warunki ofert przedstawionych przez pięć wybranych konsorcjów. Wynika z tego, że usunięcie tej klauzuli dopiero na ostatnim etapie procedury, nie może być uznane jako wystarczające, by nie mówić o domniemanym naruszeniu zobowiązań.
27. Należy także nadmienić, że w oficjalnym piśmie z dnia 21 czerwca 1989 roku, Komisja zwróciła się do rządu duńskiego o odroczenie podpisania umowy, będącej przedmiotem sporu oraz, że gdyby rząd duński przychylił się do tego wniosku, to naruszenie zobowiązań nie wywołałoby żadnych skutków prawnych.
28. Rząd duński argumentuje, po drugie, że w swoim oświadczeniu z dnia 22 września 1989 roku, przedstawionym Trybunałowi podczas posiedzenia rozpatrującego wniosek o orzeczenie środków tymczasowych, nie tylko uznaje, że klauzula duńska stanowiła naruszenie prawodawstwa Wspólnoty, ale jednocześnie przyjął odpowiedzialność wobec oferentów, tak więc powództwo w tym miejscu jest bezcelowe.
29. Argument ten musi zostać odrzucony.

30. W powództwie dotyczącym nie wywiązania się ze zobowiązań, wniesionym przez Komisję zgodnie z Art. 169 Traktatu, o celowości którego decyduje wyłącznie Komisja, to Trybunał decyduje, czy wystąpiło domniemane naruszenie zobowiązań, nawet, jeżeli zainteresowany Kraj uznaje zarzut, i przyznaje, że każdy, kto poniósł stratę z tego powodu ma prawo do odszkodowania. W przeciwnym razie, poprzez przyznanie się do nie wywiązania się ze zobowiązań i przyjęcie odpowiedzialności, Kraj Członkowski mógłby w każdym czasie, podczas postępowania prowadzonego zgodnie z Art. 169 zakończyć to postępowanie bez sądowego ustalenia, czy obowiązki nie zostały spełnione oraz podstaw jego odpowiedzialności.
31. Z powyższych rozważań wynika, że wniosek Komisji jest należycie uzasadniony w odniesieniu do pierwszej podstawy wniosku, dotyczącej klauzuli duńskiej.

Druga podstawa wniosku, dotycząca negocjacji opartych na ofercie niezgodnej z warunkami przetargu.

32. Ponieważ Komisja utrzymuje w swoich zarzutach, których treść została zmieniona w odpowiedzi na obronę, że Storebaelt naruszyło zasadę, że wszyscy oferenci powinni być traktowani jednakowo, argument rządu duńskiego, że ta zasada nie jest wymieniona w dyrektywie i dlatego stanowi nową podstawę prawną, musi być rozważony jako pierwszy.
33. W tym miejscu należy zauważyć, że chociaż dyrektywa wyraźnie nie wspomina o zasadzie równego traktowania oferentów, to obowiązek przestrzegania tej zasady leży u podstaw dyrektywy, której celem jest, zgodnie z dziewiątym punktem preambuły, zapewnienie w szczególności rozwoju skutecznej konkurencji w zakresie zamówień publicznych, i która w Dziale IV określa kryteria kwalifikacji i wyboru ofert, za pomocą których taka konkurencja ma być zagwarantowana.
34. W odpowiedzi, Komisja oparła swoje argumenty na serii warunków zawartych w ostatecznej wersji umowy, które według niej wprowadzały zmiany do warunków oferty i miały pewny wpływ na ceny. Jednak, jak wyjaśniono powyżej (paragrafy 14 i 15), jedynie uzupełnienia odnoszące się do warunku 3, klauzuli 3 zawartego w warunkach ogólnych mogą być brane pod uwagę przez Trybunał.
35. Druga podstawa wniosku Komisji, w swojej istocie, stwierdza, że w zasadzie Królestwo Danii naruszyło zasadę równego traktowania oferentów, ponieważ Storebaelt, na podstawie oferty, która nie była zgodna z warunkami przetargu, prowadził negocjacje z ESG, które w ostatecznej wersji umowy, prowadziły do uzupełnienia warunku 3, klauzuli 3, dotyczących kryteriów związanych z ceną, a które faworyzowały tylko tego oferenta.
36. Aby ocenić zgodność negocjacji prowadzonych tym sposobem przez Storebaelt z zasadą równego traktowania, należy w pierwszej kolejności rozważyć, czy zasada ta uniemożliwiła Storebaelt'owi rozważenie oferty ESG.
37. W tym względzie, należy stwierdzić, że przede wszystkim przestrzeganie zasady równego traktowania oferentów, wymaga, by wszystkie oferty były zgodne warunkami przetargu, tak aby zapewnić obiektywne porównanie ofert złożonych przez różnych oferentów.
38. Potwierdzone to jest przez art. 11 dyrektywy, który zezwala oferentowi, tam gdzie istnieje możliwość przedstawiania różnych wersji projektu, na korzystanie z metody wyce-

- ny robót, która różni się od tej stosowanej w kraju, gdzie została wybrana oferta, niemniej jednak, wymaga by oferta była zgodna z warunkami przetargu.
39. W odniesieniu do argumentu rządu duńskiego, iż prawodawstwo duńskie regulujące udzielanie zamówień zezwala na ograniczenia, to należy zauważyć, że kiedy to prawodawstwo jest stosowane, zasada równego traktowania oferentów, która leży u podstaw dyrektywy, i która wymaga, by oferty były zgodne z warunkami przetargu, musi być całkowicie przestrzegana.
 40. Wymóg ten nie byłby spełniony, gdyby oferenci mogli obchodzić podstawowe warunki przetargu poprzez zastrzeżenia, za wyjątkiem sytuacji, gdy warunki te wyraźnie na to zezwalają.
 41. Oferta złożona przez ESG, dotycząca alternatywnego projektu budowy mostu nie była zgodna z warunkiem 3, klauzulą 3 warunków ogólnych, ponieważ nie spełniała wymogów w niej ustanowionych, to znaczy, że proponowana cena nie była oparta na fakcie, że jako oferent, ESG był zobowiązany do wykonaniu szczególnego projektu i przyjęcia odpowiedzialności za niego, zarówno w odniesieniu do planów jak i ich wykonania, jak również przyjęcia ryzyka zmian ilościowych.
 42. Wreszcie, należy zauważyć, że warunek 3, klauzula 3 warunków ogólnych stanowi podstawowy wymóg przetargu, ponieważ określa warunki ustanawiające sposób obliczania cen, biorąc pod uwagę odpowiedzialność oferenta za szczegółowy projekt i wykonanie projektu oraz przyjęcie ryzyka.
 43. W takich okolicznościach, oraz ponieważ warunki będące przedmiotem sporu, nie dawały oferentowi możliwości wprowadzenia zastrzeżeń do jego ofert, zasada równego traktowania uniemożliwiła Storebaeltowi rozważenie oferty złożonej przez ESG.
 44. W konsekwencji, druga podstawa wniosku dotycząca prowadzenia negocjacji na podstawie oferty, która nie była zgodna z warunkami przetargu, jest należycie uzasadniona.
 45. Z powyższych rozważań wynika, że z uwagi na fakt, że Aktieselskabet Storebaeltsforbindelsen zaprosił do składania ofert, na podstawie warunku wymagającego wykorzystania duńskich surowców, dóbr i materiałów oraz duńskiej siły roboczej w największym możliwym stopniu oraz fakt, że negocjacje z wybranym konsorcjum były prowadzone w oparciu o ofertę niezgodną z warunkami przetargu, Królestwo Danii nie wywiązało się ze zobowiązań wynikających z prawodawstwa Wspólnoty, a w szczególności naruszyło art. 30, 48 i 59 Traktatu, a także Dyrektywę Rady 71/305/EEC.

Postanowienia dotyczące kosztów

Koszty

46. Zgodnie z art. 69 ust. 2 Zasad procesowych, strona przegrywająca obowiązana jest do pokrycia kosztów. Ponieważ Królestwo Danii przegrało sprawę, obowiązane jest do pokrycia kosztów.

Sentencja orzeczenia

Na tych podstawach,

TRYBUNAŁ

niniejszym

1. Oświadcza, że z uwagi na fakt, że Aktieselskabet Storebaeltsforbindelsen zaprosił do składania ofert na podstawie warunku wymagającego wykorzystanie w największym możliwym stopniu duńskich surowców, dóbr i materiałów oraz duńskiej siły roboczej oraz fakt, że negocjacje z wybranym konsorcjum były prowadzone w oparciu o ofertę niezgodną z warunkami przetargu, Królestwo Danii nie wywiązało się ze zobowiązań wynikających z prawodawstwa Wspólnoty, a w szczególności naruszyło art. 30, 48 i 59 Traktatu, a także Dyrektywę Rady 71/305/EEC.
2. Nakazuje Królestwu Danii pokrycie kosztów

3.13 ORZECZENIE TRYBUNAŁU Z DNIA 12 STYCZNIA 1994 R. W SPRAWIE C-296/92

Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Włoskiej
Sprawa o niewypełnienie obowiązków – Zamówienia publiczne na roboty budowlane –
Wniosek oddalony
Sprawa C-296/92
Sprawozdania Trybunału Europejskiego 1994 strona I-0001

Daty:

POWSTANIA DOKUMENTU: 12/01/1994

ZŁOŻENIA POZWU: 06/07/1992

Rodzaj postępowania: postępowanie dotyczące niewypełnienia obowiązków przez Kraj
Członkowski, pozew odrzucony

Sędzia-Sprawozdawca: Schockweiler

Temat: Zbliżanie przepisów prawnych

Streszczenie

Zakres pozwu wniesionego w oparciu o artykuł 169 Traktatu ograniczony jest przez procedurę przedprocesową przewidzianą w tym przepisie. Co za tym idzie, podstawą pozwu nie mogą być żadne inne zarzuty niż te sformułowane w umotywowanej opinii.

Strony

W sprawie C-296/92

Komisja Wspólnot Europejskich, reprezentowana przez Antonio Aresu i Rafaela Pellicer, członków Działu Prawnego, działających jako pełnomocnicy, z siedzibą w Luksemburgu w biurze Nicola Anecchino, członka Działu Prawnego, Wagner Centre, Kirchberg, jako powód przeciwko

Republice Włoskiej, reprezentowanej przez profesora Luigi Ferrari Bravo, dyrektora działu prawnego Ministerstwa Spraw Zagranicznych, działającego jako pełnomocnik, z pomocą Pier Giogrio Ferriego, Avvocato dello Stato, z siedzibą w Luksemburgu w Ambasadzie Włoch, 5 Rue Marie-Adelad' de,
pozwanemu,

WNIOSEK o stwierdzenie, że poprzez zezwolenie władzom administracyjnym prowincji Ascoli Piceno na udzielenie prywatnego zamówienia na raporty dodatkowe numer 11 i 12 dotyczące ukończenia części drogi szybkiego ruchu „Ascoli-Mar”, pod nazwą „Etap IV – Projekt 5134” i nieopublikowanie ogłoszenia o przetargu w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich, oraz niepodjęcie kroków uniemożliwiających powstanie skutków prawnych naruszających prawo Wspólnoty, Republika Włoska nie dopełniła swoich obowiązków wynikających z Dyrektywy Rady 71/305/EEC z dnia 26 lipca 1971 r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (OJ 1971 (II), s. 682),

TRYBUNAŁ

W składzie: G.F. Mancini, przewodniczący Drugiej i Szóstej Izby, działający jako przewodniczący, J.C. Moitinho de Almeida oraz D.A.O. Edwards (Przewodniczący Izby), R. Foliet, F.A. Schockweiler (Sędzia-Sprawozdawca), G.C. Rodriguez Iglesias, F. Grevisse, M. Zuleeg oraz J.L. Murray, Sędziowie

Rzecznik Generalny: C.Gulmann,

Sekretarz: Lynn Hewlett, Administrator

mając na uwadze protokół z rozprawy,

po wysłuchaniu argumentów słownych stron na posiedzeniu w dniu 29 września 1993 r.,

po wysłuchaniu opinii rzecznika generalnego na posiedzeniu w dniu 18 listopada 1993 r.,

wydaje następujące

orzeczenie

Podstawy orzeczenia

1. Składając w Sekretariacie Trybunału wniosek w dniu 6 lipca 1992 r. Komisja Wspólnot Europejskiej wniosła powództwo na podstawie art. 169 Traktatu EWG o uznanie, że poprzez zezwolenie władzom administracyjnym prowincji Ascoli Piceno na udzielenie w dniu 21 maja 1990 r. prywatnego zamówienia na raporty dodatkowe numer 11 i 12 dotyczące ukończenia drogi szybkiego ruchu „Ascoli-Mare”, pod nazwą „Etap IV – Projekt 5134”, i nie opublikowanie ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich, oraz przez nie podjęcie kroków uniemożliwiających powstanie skutków prawnych naruszających prawo Wspólnoty, Republika Włoska nie dopełniła swoich obowiązków wynikających z Dyrektywy Rady 71/305/EEC z dnia 26 lipca 1971r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (OJ, 1971 (II), s. 682).
2. Na początku lat siedemdziesiątych władze administracyjne prowincji Ascoli Piceno udzieliły zamówień publicznych na budowę trasy szybkiego ruchu łączącej miasto Ascoli z drogą szybkiego ruchu A14 i autostradą nr 16 biegnącą wzdłuż wybrzeża Adriatyku. Roboty te zostały podzielone na cztery etapy.
3. Realizację Etapu IV powierzono przedsiębiorstwu Rozzi Constantino. Następnie przedstawiono dwanaście raportów dodatkowych dotyczących tego etapu, co zaowocowało znaczącym przedłużeniem pierwotnie projektowanej trasy. Prace przewidziane w powyższych raportach również powierzono przedsiębiorstwu Rozzi Constantino. W dniu 21 maja 1990 roku władze administracyjne prowincji Ascoli Piceno udzieliły temu przedsię-

- biorstwu prywatnego zamówienia na prace przewidziane w raportach dodatkowych nr 11 i 12 na łączną sumę 36 250 milionów lirów.
4. Komisja uznała, że udzielenie zamówień publicznych na roboty budowlane przewidziane w dwóch powyższych raportach wchodzi w zakres Dyrektywy 71/305 i nie podpada pod żaden z przypadków określonych w art. 9, i że w związku z tym ogłoszenie o zamówieniu powinno być opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich zgodnie z dyrektywą, i pismem z dnia 17 stycznia wezwała rząd włoski, zgodnie z art. 169 Traktatu, do przedstawienia w ciągu 30 dni swojej opinii na temat przypuszczalnego naruszenia prawa.
 5. Nie otrzymawszy, w przewidzianym terminie, odpowiedzi od rządu włoskiego, Komisja sformułowała swoje poglądy w umotywowanej opinii, przesłanej Republice Włoskiej w dniu 1 sierpnia 1991 roku, w której uznała, że „ponieważ władze administracyjne prowincji Ascoli Piceno udzieliły zamówienia publicznego na dokończenie budowy trasy szybkiego ruchu „Ascoli-Mare” pod nazwą „Etap IV” i nie opublikowały ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich, Republika Włoska nie dopełniła swoich obowiązków wynikających z Dyrektywy 71/305/EEC”. Komisja wezwała Republikę Włoską do zastosowania się do umotywowanej opinii w przeciągu 2 miesięcy.
 6. Pismem z dnia 30 grudnia 1991 r. rząd włoski przekazał Komisji notę z dnia 31 października, w której władze administracyjne prowincji Ascoli Piceno podają pewne szczegóły dotyczące kwestionowanego zamówienia i cytują art. 5 pkt b Ustawy nr 584 z dnia 8 sierpnia 1977 r., będący przeniesieniem do włoskiego prawa art. 9 pkt (b) Dyrektywy 71/305, jako podstawy udzielenia kwestionowanego zamówienia przedsiębiorstwu Rozzi Constantino.
 7. Komisja uznała, że jest to spóźniona odpowiedź na jej umotywowaną opinię, co było niezadowolające, i wniosła niniejszy pozew, w którym, jak wspomniano w punkcie 1 niniejszego orzeczenia, domaga się uznania, że Republika Włoska nie dopełniła swoich obowiązków wynikających z Dyrektywy 71/305 poprzez nie sprzeciwienie się wykorzystaniu przez władze administracyjne prowincji Ascoli Piceno procedury udzielania prywatnych zamówień.
 8. W odpowiedzi Republika Włoska twierdzi jedynie, że ciążący na krajach członkowskich obowiązek zagwarantowania, że Dyrektywa 71/305 jest stosowana, jest czymś innym od obowiązku rzeczywistego stosowania tejże dyrektywy, co jest obowiązkiem ciążącym na podmiocie zamawiającym. Dodaje ponadto, że kraj członkowski można uznać za winny niedopełnienia obowiązku nadzoru tylko wtedy, gdy naruszenie dyrektywy przez podmiot zamawiający jest jasne i oczywiste do tego stopnia, że nie ma usprawiedliwienia dla braku interwencji państwa.
 9. W swojej odpowiedzi rząd włoski przedstawił dokumenty mające dowieść, w odniesieniu do kwestionowanego zamówienia, istnienia „przyczyn technicznych” w rozumieniu art. 9 pkt b Dyrektywy 71/305 usprawiedliwiających udzielenie kwestionowanego zamówienia danemu przedsiębiorstwu, a zatem, umożliwiającących wykorzystanie procedury udzielania prywatnego zamówienia. Rząd Włoski twierdzi następnie, że po pierwsze, powołał się już na art. 9 pkt b Dyrektywy 71/305 w trakcie postępowania przedprocesowego, i po drugie, że nie opierał już swojej obrony na fakcie istnienia owych „przyczyn technicznych”, po-

- nieważ z treści żądania Komisji przeciwko Republice Włoskiej wynika, że dotyczyło ono, nie postępowania władz administracyjnych prowincji Ascoli Piceno, które rzekomo było sprzeczne z Dyrektywą 71/305, lecz niepodjęcia kroków dla uniemożliwienia takiego postępowania lub naprawienia jego skutków.
10. W pisemnych uwagach, które pozwolono przedstawić w odpowiedzi na obronę Rządu Włoskiego, Komisja twierdzi przede wszystkim, że przyczyny techniczne, na które powołał się rząd włoski są „nowymi argumentami w sprawie”, których wprowadzanie w trakcie postępowania jest zabronione na mocy art. 42 pkt 2 Zasad procesowych. Ponadto Komisja twierdzi, że techniczne argumenty wysunięte w oparciu o wspomniane dokumenty są bezpodstawne.
 11. Należy po pierwsze zauważyć, że Trybunał stale utrzymywał (patrz w szczególności Sprawa 76/86 Komisja przeciwko Republice Federalnej Niemiec [1989] ECR 1021, paragraf 8), że zakres pozwu wnoszonego w oparciu o art. 169 Traktatu jest ograniczony przez procedurę przedprocesową przewidzianą w tym przepisie. Zatem podstawą pozwu nie mogą być żadne inne zarzuty niż te sformułowane w umotywowanej opinii (patrz Sprawa C-157/91 Komisja przeciwko Holandii [1992] ECR I-5899, paragraf 17).
 12. W swojej umotywowanej opinii Komisja twierdziła, że Republika Włoska nie wypełniła swoich obowiązków wynikających z Dyrektywy 71/305, ponieważ władze administracyjne prowincji Ascoli Piceno zleciły wykonanie przedmiotowych robót na drodze zamówienia prywatnego i nie opublikowały ogłoszenia o przetargu w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich. W pozwie z kolei, Komisja domaga się od Trybunału uznania, że Republika Włoska nie dopełniła swoich obowiązków poprzez umożliwienie władzom administracyjnym prowincji Ascoli Piceno postępowania w ten sposób i nie powzięcie kroków uniemożliwiających powstanie skutków prawnych takiego postępowania.
 13. Chociaż jest prawdą, że każdy kraj członkowski jest odpowiedzialny wobec Wspólnoty za wszelkie naruszenie prawa Wspólnoty przez którykolwiek z jego organów, to należy podkreślić, że w tym przypadku treścią pozwu nie jest uznanie takiego naruszenia, a w każdym razie pozew jest oparty o zarzuty inne niż te sformułowane w umotywowanej opinii; ta różnica dała podstawę do dyskusji, o której mowa w punktach 9 i 10 niniejszego orzeczenia, dotyczącej przedstawienia przez rząd włoski swojej obrony.
 14. Co za tym idzie, powództwo Komisji powinno być oddalone.

Decyzja dotycząca kosztów

Koszty

1. Zgodnie z art. 69 ust. 2 Zasad procesowych strona przegrywająca powinna opłacić koszty sądowe. Ponieważ Komisja jest stroną przegrywającą, należy jej nakazać opłacenie kosztów.

Sentencja orzeczenia

Na tej podstawie

TRYBUNAŁ

niniejszym:

1. Oddała powództwo jako niedopuszczalne;
2. Nakazuje Komisji pokryć koszty sądowe.

3.14 ORZECZENIE TRYBUNAŁU Z DNIA 3 MAJA 1994 R. W SPRAWIE C-328/92

Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Królestwu Hiszpanii.

Niewypełnianie zobowiązań – zamówienia publiczne na dostawy – środki farmaceutyczne i specjalistyczne produkty medyczne.

Sprawa C-328/92.

Sprawozdania Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości 1994 r. s. I-1569

Daty:

DOKUMENTU: 03.05.1994

WNIOSKU: 30.07.1992

Typ procedury: POSTĘPOWANIE W SPRAWIE NIEWYPEŁNIANIA ZOBOWIĄZAŃ PRZEZ PAŃSTWA CZŁONKOWSKIE – WNIOSEK KOMISJI PODTRZYMANY

Treść: ZBLIŻANIE PRAWODAWSTWA

Streszczenie

Art. 6 ust. 1 pkt (b) i pkt (d) Dyrektywy 77/62 koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy, który sankcjonuje odstępstwo od przepisów mających zapewnić skuteczne funkcjonowanie praw zagwarantowanych przez Traktat w tym sektorze, powinien być interpretowany w sposób ścisły, a udowodnienie, iż zaistniały nadzwyczajne okoliczności uzasadniające odstępstwo spoczywa na osobie, która powołuje się na te okoliczności. W żadnym wypadku nie mogą one usprawiedliwiać masowego uciekania się do procedury negocjacyjnej w przypadku wszystkich dostaw środków farmaceutycznych i specjalistycznych produktów medycznych dla instytucji ubezpieczeń społecznych.

Aby można było odwołać się do art. 6 ust. 1 pkt (b) i pkt (d), nie wystarczy, by środki farmaceutyczne i specjalistyczne produkty medyczne były chronione prawami wyłącznymi. Muszą to być produkty, które są wytwarzane lub dostarczane tylko przez jednego określonego dostawcę. Ten wymóg jest spełniony jedynie w przypadku środków farmaceutycznych i specjalistycznych produktów medycznych, dla których nie ma konkurencji na rynku.

Jeżeli chodzi o odstąpienie od stosowania przepisów spowodowane wyjątkowo pilnym charakterem sprawy, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt (d), choć, wzięwszy pod uwagę prawo lekarzy do przepisywania każdego rodzaju leku, może zaistnieć pilne zapotrzebowanie na jakiś specyficzny produkt farmaceutyczny w szpitalnej aptece, nie usprawiedliwia on systematycznego uciekania się do procedury negocjacyjnej w przypadku wszystkich dostaw środków farmaceutycznych i specjalistycznych produktów medycznych do szpitali, i w każdym wypadku, nawet jeżeli uznano, iż wymóg wyjątkowo pilnego charakteru sprawy został spełniony, można powołać się na odstępstwo przewidziane w tym przepisie tylko wtedy, gdy wszystkie warunki sformułowane w nim są spełnione jednocześnie.

Strony

W Sprawie C-328/92,

Komisja Wspólnot Europejskich, reprezentowana przez Rafaela Pellicera, członka Biura Prawnego Komisji, działającego w charakterze pełnomocnika, z adresem dla doręczeń w Luk-

semburgu w biurze Georgios Kremlis, reprezentującego Biuro Prawne Komisji, Wagner Centre, Kirchberg,
wnioskodawca,
przeciwko

Królestwu Hiszpanii, reprezentowanemu przez Alberto Jose Navarro Gonzaleza, Dyrektora Generalnego ds. Integracji Europejskiej oraz Glorię Calvo Diaz, Abogado del Estado, działających w charakterze pełnomocników, z adresem dla doręczeń w Luksemburgu w ambasadzie Hiszpanii, 4-6 Boulevard Emmanuel Servais,
pozwanemu

WNIOSEK o postępowanie w przedmiocie stwierdzenia, że wymagając w podstawowych przepisach prawnych dotyczących ubezpieczeń społecznych, by władze administracyjne udzielały zamówień publicznych na dostawy środków farmaceutycznych i specjalistycznych produktów medycznych instytucjom ubezpieczeń społecznych na drodze procedury negocjacyjnej, a także udzielając prawie wszystkich zamówień publicznych na dostawy bez publikowania ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich, Królestwo Hiszpanii nie wywiązało się ze zobowiązań z tytułu Dyrektywy Rady 77/62/EEC z 21 grudnia 1976 r. koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy (OJ 1977, L 13, s. 1).

TRYBUNAŁ

w składzie: G.F. Mancini, Przewodniczący Izby, pełniący obowiązki Przewodniczącego, J.C.Moitinho de Almeida i , M. Diez de Velasco (Przewodniczący Izby), C.N. Kakouris, F.A. Schockweiler (Sprawozdawca), F. Grevisse, M. Zuleeg, P.J.G. Kapteyn i J.L. Murray, Sędziowie,

Rzecznik Generalny: C.O. Lenz,

Sekretarz: R. Grass,

po rozpatrzeniu sprawozdania sędziego-sprawozdawcy,

po rozpatrzeniu opinii rzecznika generalnego na posiedzeniu 8 marca 1994 r.,

wydaje następujące

orzeczenie

Podstawa prawna orzeczenia

1. Przez złożenie 30 lipca 1992 r. w Sekretariacie Trybunału odpowiedniego wniosku, Komisja Wspólnot Europejskich wszczęła postępowanie na podstawie art. 169 Traktatu EWG w przedmiocie stwierdzenia, że wymagając w podstawowych przepisach prawnych dotyczących ubezpieczeń społecznych, by organy administracji udzielały zamówień publicznych na dostawy środków farmaceutycznych i specjalistycznych produktów medycznych instytucjom ubezpieczeń społecznych na drodze procedury negocjacyjnej, a także udzielając prawie wszystkich zamówień publicznych na dostawy bez publikowania ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich, Królestwo Hiszpanii nie wywiązało się ze zobowiązań z tytułu Dyrektywy Rady 77/62/EEC z 21 grudnia 1976 r. koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy (OJ 1977, L 13, s. 1).

2. W Hiszpanii udzielanie zamówień publicznych jest regulowane przez Ley de Contratos del Estado (Ustawę o zamówieniach publicznych, zwaną dalej „LCE”) oraz Reglamento General de Contratacion del Estado (Ogólne przepisy prawne dotyczące zamówień publicznych, zwane dalej „RGCE”), zmienione, w celu dostosowania ich do Dyrektyw EWG, przez, odpowiednio, Real Decreto Legislativo Nr 931/86 z 2 maja 1986 r. (BOE Nr 114 z 13 maja 1986 r., s. 16920) i Real Decreto Nr 2528/86 z 18 listopada 1986 r. (BOE Nr 297 z 12 grudnia 1986, s. 40546). Zgodnie z pierwszą z końcowych klauzul obu dekrétów, postanowienia LCE i RGCE dotyczą również zamówień publicznych udzielonych przez organy administracyjne ubezpieczeń społecznych.
3. Artykuły 2 ust. 3 i 8 LCE stwierdzają, co następuje:
„Pomimo postanowień poprzedniego artykułu, niniejsza ustawa nie ma zastosowania w przypadku następujących zamówień i aktów prawnych administracji:
(...)
(3) umów, które administracja zawiera z osobami prywatnymi, i które dotyczą towarów, praw, operacji handlowych regulowanych („mediatizado”) prawem lub produktów kontrolowanych („intervenidos”), które są przedmiotem monopolu („estancados”) bądź są zakazane („prohibidos”);
(...)
(8) umów wyraźnie wyłączonych z mocy ustawy.”
4. Zakup środków farmaceutycznych i specjalistycznych produktów medycznych przez szpitale systemu ubezpieczeń społecznych jest regulowany przez art. 107 Ley General de la Seguridad Social (Ogólnej ustawy dotyczącej ubezpieczeń społecznych, zwanej dalej LGSS), w formie ustalonej Dekretem Nr 2065/74 z 30 maja 1974 r., zatwierdzającym skonsolidowaną wersję tego prawa (BOE Nr 174 z 20 lipca 1974, s. 1482). Postanowienie to, zatytułowane „Zakup i dystrybucja środków farmaceutycznych i innych specjalistycznych produktów medycznych” stwierdza, co następuje:
„...
(2) Organ administracyjny ubezpieczeń społecznych ma obowiązek kupować bezpośrednio od producenta te środki farmaceutyczne, które mają być używane w jego instytucjach, zarówno otwartych jak i zamkniętych i dla tego celu musi wybierać według ścisłych kryteriów naukowych te środki farmaceutyczne, które są niezbędne dla zapewnienia opieki zdrowotnej w tych instytucjach ...
(3) We wszystkich przypadkach dystrybucja środków farmaceutycznych, które mają być stosowane poza instytucjami wspomnianymi powyżej, musi być prowadzona przez legalne apteki, które są zobowiązane do prowadzenia tej dystrybucji ...
(4) Organ administracyjny ubezpieczeń społecznych ustala z laboratoriami i aptekami, działającymi poprzez legalne związki zawodowe i przedstawicieli handlowych, ceny i inne warunki finansowe określające zakup środków farmaceutycznych i specjalistycznych produktów medycznych, o których mowa w poprzednich dwóch paragrafach ...”
5. W dniu 5 czerwca 1986 r. na podstawie art. 107 ust. 4 LGSS, organ administracji państwowej zawarł z Farmaindustria, krajowym stowarzyszeniem firm farmaceutycznych, umowę

- dotyczącą cen i innych warunków regulujących bezpośredni zakup specjalistycznych środków farmaceutycznych stosowanych w otwartych i zamkniętych instytucjach systemu ubezpieczeń społecznych oraz pośredni zakup tych produktów dla stosowania poza tymi instytucjami (dalej zwaną „umową”).
6. Komisja, dowiedziawszy się o umowie i jej podstawie prawnej, uznała, że system udzielania zamówień publicznych na dostawy środków farmaceutycznych, w formie ustalonej w umowie i przepisach prawnych, jest sprzeczny z Dyrektywą 77/62 i art. 30 Traktatu. Ponieważ postępowanie w przedmiocie orzeczenia wstępnego nie zostało jeszcze zakończone, ze względu na wycofanie się strony skarżącej z procesu głównego, Komisja wszczęła, na podstawie art. 169 Traktatu, postępowanie przeciwko Królestwu Hiszpanii, wysyłając oficjalne zawiadomienie 6 lipca 1990 r., a następnie, 18 marca 1991 r., wręczając Rządowi Hiszpańskiemu umotywowaną opinię, w którym wzywa go do podjęcia odpowiednich działań w celu podporządkowania się tej opinii w ciągu jednego miesiąca od dnia otrzymania jej. Okres ten został następnie przedłużony do 18 czerwca 1991 r.
 7. W związku z tym, iż Rząd Hiszpański stwierdził w odpowiedzi z 17 czerwca 1991 r., iż umowa wygasła 31 grudnia 1990 r., Komisja doszła do wniosku, iż Dyrektywa 77/62 nie była w Hiszpanii respektowana przynajmniej do tego dnia i, na podstawie porozumienia z władzami Hiszpanii, zdecydowała się od tego czasu monitorować sytuację, a jednocześnie przeprowadzić dochodzenie odnośnie sytuacji tego właśnie sektora w innych państwach członkowskich. W związku z tym, iż, zdaniem Komisji, dochodzenie wykazało, że w roku finansowym 1991, a także w pierwszych miesiącach roku następnego, odpowiednie organy administracyjne w Hiszpanii, w przeciwieństwie do analogicznych organów innych państw członkowskich, nie publikowały ogłoszeń o zamówieniach publicznych na dostawy środków farmaceutycznych i specjalistycznych produktów medycznych, Komisja wszczęła niniejsze postępowanie.
 8. Przede wszystkim, jak wynika z wniosku przedstawionego szczegółowo w par. 1 niniejszego orzeczenia, skarga Komisji nie odnosi się ani do art. 30 Traktatu ani do umowy zawartej pomiędzy władzami administracyjnymi a Farmaindustrią jako takiej. Zgodnie z tym, co Komisja stwierdza we wniosku, jej skarga dotyczy regulaminowej procedury zakupu środków farmaceutycznych i innych specjalistycznych produktów medycznych, określonej w art. 2 LCE w związku z art. 107 LGSS i stosowanej przez szpitale systemu ubezpieczeń społecznych, niezależnie od formy i charakteru prawnego umowy stosowanej przez organ administracyjny dla tego celu oraz niezależnie od tego, czy udzielając zamówień publicznych stosowano procedurę negocjacyjną w okresie obowiązywania umowy czy też później.
 9. Ponadto, nie jest kwestią sporną, czy w okresie obowiązywania umowy i po 1 stycznia 1991 r. większość zamówień publicznych na dostawy środków farmaceutycznych i specjalistycznych produktów medycznych zostało udzielonych na drodze procedury negocjacyjnej, ani też czy szacunkowa wartość niektórych z tych zamówień, bez podatku od wartości dodanej (VAT), wynosiła 200.000 ECU, którą to kwotę art. 5 ust. 1 pkt a Dyrektywy 77/62 ustanawia jako warunek jej stosowania.

10. Ponieważ art. 107 LGSS określa zakup środków farmaceutycznych i specjalistycznych produktów medycznych wewnątrz systemu ubezpieczeń społecznych, odpowiednie postanowienia LCE, a w konsekwencji postanowienia Dyrektywy 77/62, które LCE wdraża do prawa krajowego, na mocy art. 2 ust. 3 LCE, nie mają zastosowania do zamówień publicznych na dostawy zawarte w tym celu przez kompetentne organy ubezpieczeń społecznych.
11. Rząd hiszpański nie zgadza się, że Dyrektywa 77/62 dotyczy całkowicie i bezwarunkowo dostaw środków farmaceutycznych i specjalistycznych produktów medycznych do instytucji ubezpieczeń społecznych. Twierdzi, iż rynek produktów medycznych jest regulowany w dalekim stopniu przez samo prawo wspólnotowe i prawo hiszpańskie w rzeczywistości stosuje się do restrykcyjnych z niego wynikających. Powołuje się zwłaszcza na Dyrektywę Rady 89/105/EEC z 21 grudnia 1988 r. dotyczącą przejrzystości czynników regulujących ceny produktów medycznych stosowanych w leczeniu ludzi i ich włączanie w krajowe systemy ubezpieczenia zdrowotnego (OJ 1989, L 40, s. 8), której celem, zgodnie z piątym punktem preambuły, jest „uzyskanie pełnego obrazu krajowej polityki cen” i która, zdaniem Rządu Hiszpańskiego, nie wpływa na odpowiednie przepisy krajowe.
12. Wystarczy zauważyć, iż w par. 10 orzeczenia w Sprawie C-71/92 Komisja przeciwko Hiszpanii [1993] ECR I-5923, Trybunał stwierdził, że jedynymi dozwolonymi wyjątkami zwalniającymi od stosowania Dyrektywy 77/62 są te przypadki, które zostały w niej wyraźnie i wyczerpująco określone.
13. Jednakowoż, w art. 2 ust. 2 oraz art. 3 Dyrektywy 77/62, gdzie wymienione są zamówienia publiczne na dostawy nie objęte tą dyrektywą, nie ma wzmianki o zamówieniach dotyczących środków farmaceutycznych i specjalistycznych produktów medycznych. Ponadto, jak Trybunał stwierdził w tym samym orzeczeniu (par. 11), żaden z wyjątków, na które zezwala dyrektywa nie dotyczy typu produktu lub zasad prawnych, które się do niego stosuje.
14. Rząd hiszpański twierdzi także, iż uciekanie się do procedury negocjacyjnej przy udzielaniu zamówień publicznych na dostawy środków farmaceutycznych i specjalistycznych produktów medycznych jest uzasadnione art. 6 ust. 1 pkt (b) oraz (d) Dyrektywy 77/62, na mocy którego zamawiający może udzielić zamówień publicznych na dostawy bez stosowania procedury ograniczonej lub otwartej, o których mowa w art. 4 ust. 1 i 2, i co za tym idzie bez publikowania ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich, „w sytuacjach ... gdy, z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, dostarczane produkty mogą być wytwarzane lub dostarczane tylko przez jednego dostawcę,” i „w zakresie ścisłej konieczności, jeśli ze względu na wyjątkowo pilny charakter sprawy wywołany przyczynami nie przewidzianymi przez zamawiającego, termin ustanowiony dla procedur, określonych w art. 4 ust. 1 i 2, nie może być dotrzymany”.
15. W tym przypadku, art. 6 Dyrektywy 77/62, który sankcjonuje wyjątek od stosowania przepisów mających zapewnić skuteczne funkcjonowanie praw zagwarantowanych przez Traktat w sektorze zamówień publicznych na dostawy, musi być interpretowany w sposób ścisły (patrz orzeczenie w sprawie Komisja przeciwko Hiszpanii, cytowane powyżej, par. 36).

16. Co więcej, udowodnienie, iż zaistniały nadzwyczajne okoliczności uzasadniające wyjątek spoczywa na osobie, która powołuje się na te okoliczności (patrz, w związku z zamówieniami publicznymi na wykonanie robót, orzeczenie w sprawie 199/85 Komisja przeciwko Włochom [1987] ECR 1039, par. 14).
17. Aby można było odwołać się do art. 6 ust. 1 pkt b nie wystarczy, by środki farmaceutyczne i specjalistyczne produkty medyczne były chronione prawami wyłącznymi. Muszą to być produkty, które są wytwarzane lub dostarczane tylko przez jednego określonego dostawcę. Ponieważ wymóg ten jest spełniony jedynie w przypadku środków farmaceutycznych i specjalistycznych produktów medycznych, dla których nie ma konkurencji na rynku, art. 6 ust. 1 pkt b nie może w żadnym wypadku usprawiedliwiać masowego uciekania się do procedury negocjacyjnej dla wszystkich dostaw środków farmaceutycznych i specjalistycznych produktów medycznych.
18. Identyczna sytuacja zachodzi w przypadku art. 6 ust. 1 pkt d. Co prawda, wzięwszy pod uwagę prawo lekarzy do przepisywania każdego rodzaju leku, na co powołuje się rząd hiszpański, może zaistnieć pilne zapotrzebowanie na jakiś specyficzny produkt farmaceutyczny w szpitalnej aptece. Jednak prawo do przepisywania każdego rodzaju leku nie może usprawiedliwiać a priori systematycznego uciekania się do procedury negocjacyjnej w przypadku wszystkich dostaw środków farmaceutycznych i specjalistycznych produktów medycznych do szpitali. Co więcej, nawet jeżeli uznano by, iż wymóg wyjątkowej pilności został spełniony w danym przypadku, art. 6 ust. 1 pkt d niekoniecznie miałby zastosowanie. Trybunał zawsze utrzymywał, iż można powołać się na wyjątek przewidziany w tym postanowieniu tylko wtedy, gdy wszystkie warunki sformułowane w nim są spełnione jednocześnie (patrz, w związku z analogicznym postanowieniem mającym zastosowanie w przypadku zamówień publicznych na wykonanie robót, orzeczenie w sprawie C-24/91 Komisja przeciwko Hiszpanii [1992] ECR I-1989, paragraf 13).
19. Z powyższych rozważań wynika, iż powództwo wniesione przez Komisję ma oparcie w prawie i przychylając się do wniosku Komisji, należy stwierdzić, iż Królestwo Hiszpanii nie wypełniło swoich zobowiązań.

Decyzja dotycząca kosztów

Koszty

24. Na mocy art. 69 ust. 2 Zasad procesowych, strona przegrywająca jest obciążona kosztami sądowymi. Ponieważ argumentacja wysunięta przez Hiszpanię została odrzucona, musi być ona obciążona kosztami.

Sentencja orzeczenia

Na tej podstawie

TRYBUNAŁ

niniejszym:

1. Stwierdza, iż wymagając w podstawowych przepisach prawnych dotyczących ubezpieczeń społecznych by władze administracyjne udzielały zamówień publicznych na dostawy środków farmaceutycznych i specjalistycznych produktów medycznych instytucjom ubezpieczeń społecznych na drodze procedury negocjacyjnej, a także udzielając prawie wszystkich

zamówień publicznych na dostawy bez publikowania ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich, Królestwo Hiszpanii nie wywiązało się ze zobowiązań z tytułu Dyrektywy Rady 77/62/EEC z 21 grudnia 1976 r. koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy;

2. Nakazuje Królestwu Hiszpanii pokryć koszty sądowe.

3.15 ORZECZENIE TRYBUNAŁU (SZÓSTEJ IZBY) Z DNIA 19 KWIETNIA 1994 R. W SPRAWIE C-331/92 („GESTIÓN HOTELERA”)

Gestión Hotelera Internacional S.A. przeciwko Comunidad Autónoma de Canarias, Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria i Gran Casino de Las Palmas S.A.

Wniosek do Trybunału o orzeczenie wstępne złożony przez Tribunal Superior de Justicia de Canarias – Hiszpania.

Dyrektywa 71/305/EEC – Definicja „zamówień publicznych na roboty budowlane”.

Sprawa C-331/92.

Sprawozdania Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z 1994 r. str. I-1329

Data:

DOKUMENTU: 19.04.1994

WNIOSKU: 31.07.1992

Typ procedury: ORZECZENIE WSTĘPNE

Sędzia Sprawozdawca: Kapteyn

Uwagi: Hiszpanii; Komisji

Temat: ZBLIŻENIE PRAW; SWOBODNY PRZEPIY W USŁUG

Streszczenie

Zamówienie mieszane dotyczące zarówno wykonania robót budowlanych, jak i przekazania własności, nie jest objęte Dyrektywą Rady 71/305, dotyczącą koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, o ile wykonanie takich robót ma charakter incydentalny w stosunku do nabycia własności. Rozstrzygnięcie, czy wykonanie robót budowlanych jest incydentalne w stosunku do głównego celu zamówienia leży w gestii sądu krajowego.

Strony

W Sprawie C-331/92

Zwrócenie się do Trybunału zgodnie z art. 177 Traktatu EWG przez hiszpański Tribunal Superior de Justicia de Canarias o wydanie orzeczenia wstępnego w postępowaniu będącym w toku przed tym sądem

pomiędzy

Gestión Hotelera Internacional S.A.

i

Comunidad Autónoma de Canarias

Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria

Gran Casino de Las Palmas S.A.

dotyczącym wykładni art. 1pkt (a) Dyrektywy Rady 71/305/EEC z dnia 26 lipca 1971 r. koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane,

TRYBUNAŁ (Szósta Izba)

w składzie: G.F. Mancini, Przewodniczący Izby, M. Diez de Velasco, C.N. Kakouris, F.A. Schockweiler oraz P.J.G. Kapteyn, Sędziowie,

Rzecznik Generalny: C.O. Lenz,

Sekretarz: J.G. Giraud,

po rozpatrzeniu pisemnych opinii złożonych w imieniu:

- Comunidad Autónoma de Canarias, przez Manuela Aznara Vallejo, Letrado del Servicio Juridico de la Administracion de la Comunidad Autonoma de Canarias, z adwokatury w Las Palmas de Gran Canaria,
- Ayuntamiento de las Palmas de Gran Canaria, przez Francisco Lopeza Diaz, Procurador de los Tribunales, oraz Claudio Piernavieja Dominguez, z adwokatury w Las Palmas de Gran Canaria,
- Królestwa Hiszpanii, przez Alberto Jose Navarro Gonzaleza, Dyrektora Generalnego ds. Integracji Europejskiej oraz Miguela Bravo-Ferrera Delgado, Abogado del Estado, działających w charakterze pełnomocników,
- Komisji Wspólnot Europejskich, początkowo przez Rafaela Pellicera, z Biura Prawnego Komisji, a następnie przez Hendrika van Liera, radcę prawnego i Marię Blanca Rodriguez Galindo, członka Biura Prawnego Komisji, działających w charakterze pełnomocników,

po wysłuchaniu sprawozdania sędziego-sprawozdawcy,

po wysłuchaniu opinii rzecznika generalnego na posiedzeniu 9 grudnia 1993 r.,

wydaje następujące

orzeczenie

Podstawa prawna orzeczenia

1. Na podstawie wniosku z dnia 10 lipca 1992 r., otrzymanego przez Trybunał w dniu 31 lipca 1992 r., Tribunal Superior de Canarias, zwrócił się, zgodnie z art. 177 Traktatu EWG, o wydanie orzeczenia wstępnego, zadając dwa pytania dotyczące wykładni Dyrektywy Rady 71/305/EEC z dnia 26 lipca 1971 r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (OJ 1971 (II), str. 682, zwanej dalej „Dyrektywą 71/305”).
2. Kwestie te wyłoniły się w trakcie postępowania pomiędzy Gestión Hotelera Internacional i Comunidad Autónoma de Canarias (Autonomiczna Wspólnota Wysp Kanaryjskich, zwana dalej „Comunidad Autónoma”), Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria (poniżej zwane „zarządem gminy Las Palmas”) oraz Gran Casino de Las Palmas.
3. Poprzez okólnik Biura Doradcy Prezydenta w rządzie Wysp Kanaryjskich z 17 lipca 1989 r., opublikowany w Boletín Oficial de Canarias z 19 lipca 1992 r., ogłoszono dwa zamówienia, z których jedno dotyczyło przyznania ostatecznej koncesji na urządzenie i otwarcie salonu gier na terenie Hotelu Santa Catalina w Las Palmas, drugie zaś dotyczyło użytkowania urządzeń hotelowych i prowadzenia działalności hotelarskiej. W związku z tym, iż hotel, o którym mowa, był własnością gminy Las Palmas, drugie ogłoszenie zos-

- tało opublikowane przez rząd Wysp Kanaryjskich w imieniu tej gminy, zgodnie z umową o współpracy, zawartą między tymi dwoma organami.
4. Warunki przetargu odnośnie przyznania koncesji na otwarcie i urządzenie salonu gier są przedstawione szczegółowo w Aneksie I do wyżej wspomnianego okólnika (dalej zwanym „Aneksem I”). Warunki, jakie mieli spełnić oferenci wymienieni w artykułach 2 ust. 1 pkt (c) oraz (i) tegoż Aneksu obejmują:
„(c) (ich) jedynym i wyłącznym celem będzie prowadzenie salonu gier. Jednakowoż, cel przedsięwzięcia może również obejmować prawo do oferowania i świadczenia dodatkowych usług, o których mowa w art. 2 ust. 2 niniejszych warunków przetargu.
(...)
(i) (oferenci wezmą) udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia dotyczącego użytkowania urządzeń hotelowych i prowadzenia działalności hotelarskiej, którego warunki są szczegółowo przedstawione w Aneksie II niniejszego okólnika.”
 5. Artykuł 3 ust. 3 pkt (g) Aneksu I postanawia, że wszystkim przetargom będą towarzyszyć prezentacje planów i propozycji dotyczących salonu gier, wraz ze wszystkimi danymi technicznymi, oraz wszelkich informacji o przewidywanych robotach lub pracach adaptacyjnych, jakie mogą okazać się konieczne.
 6. Art. 4 ust. 3 Aneksu I zawiera listę problemów, takich jak autoryzacja niektórych gier, nieograniczony bądź ograniczony wstęp do kasyna oraz nieprzenoszalny charakter koncesji, na które należy wybranemu oferentowi zwrócić uwagę. Art. 5 ust. 2 pkt (b) postanawia, iż do wniosków o koncesję na otwarcie i urządzenie salonu gier musi być dołączone upoważnienie od zarządu gminy na podjęcie pewnych prac, a także potwierdzenie ukończenia tych prac.
 7. Warunki przetargu odnośnie przyznania prawa do użytkowania urządzeń hotelowych i prowadzenia działalności hotelarskiej są przedstawione szczegółowo w Aneksie II okólnika (dalej zwanym „Aneksem II”). W art. 2 stwierdza się, iż tylko te przedsiębiorstwa, które skutecznie uczestniczą w postępowaniu o ostateczną koncesję na otwarcie i urządzenie salonu gier, mogą uczestniczyć w przetargu na to drugie zamówienie.
 8. Art. 2 ust. 2 pkt a) Aneksu II postanawia, iż wybrany oferent musi zainwestować przynajmniej 1 miliard peset w wyposażenie hotelu i musi zapłacić co najmniej 1 miliard peset za użytkowanie całego kompleksu (hotelu i kasyna) w początkowym okresie obowiązywania umowy. Art. 2 ust. 2 pkt (b) postanawia, iż wybrany oferent jest zobowiązany wykonać wszystkie prace konieczne dla odrestaurowania wszystkich urządzeń tak, by hotel i jego otoczenie mogły zachować swój pięciogwiazdkowy status i mogły oferować obowiązkowe dodatkowe usługi. Art. 3 ust. 3 Aneksu II stwierdza, iż w przetargach dotyczących tych prac muszą być przedstawione podstawowe propozycje tych prac, ich budżety i terminy ich ukończenia.
 9. W postępowaniu odbywającym się przed sądem Wysp Kanaryjskich, Gestión Hotelera Internacional, który był dzierżawcą hotelu w chwili trwania procedury przetargowej, wnioskował o anulowanie ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego przez rząd Wysp Kanaryjskich i zamówienia, które w międzyczasie zostało już udzielone na mocy decyzji z 10 stycznia 1990 r., firmie Gran Casino de Las Palmas. Wniosek o anulowanie jest uzasadniany tym, iż zgodnie z warunkami przetargu, oferent uzyskujący zamówienie miał wykonać prace renowacyjne w kasynie i hotelu, zaś okólnik zawierający zaproszenie do

składania ofert powinien być opublikowany w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich, zgodnie z Dyrektywą 71/305.

10. Tribunal Superior de Justicia de Canarias, niepewny co do właściwej interpretacji zasad prawa wspólnotowego, zawiesił postępowanie i zwrócił się do Trybunału o orzeczenie wstępne w następujących kwestiach:
 - „1. Czy zamówienie mieszane na wykonanie robót budowlanych i przyznanie własności mieści się w zakresie pojęcia „zamówienia publiczne na roboty budowlane” z art. 1 pkt (a) Dyrektywy Rady 71/305/EEC z dnia 26 lipca 1971 r.?
 2. Czy w związku z tym “podmiot zamawiający”, który chce udzielić takiego zamówienia, ma obowiązek opublikować ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich?”

Dopuszczalność

11. Comunidad Autónoma i zarząd gminy Las Palmas stoją na stanowisku, iż sąd Wysp Kanaryjskich nie musiał kierować sprawy do Trybunału, ponieważ Dyrektywa 71/305 została już wdrożona do prawa krajowego i nie ma potrzeby ponownie do niej wracać.
12. W tym miejscu należy zauważyć, co Trybunał zawsze podtrzymywał, iż tylko i wyłącznie sąd krajowy, którego zadaniem jest rozpatrzyć dany spór i który bierze na siebie odpowiedzialność za podjętą decyzję, ma prawo rozstrzygać o potrzebie zwrócenia się o orzeczenie wstępne, aby można było wydać orzeczenie w tej konkretnej sprawie, jak i też o stosowności pytania, które ma przedłożyć Trybunałowi (patrz zwłaszcza orzeczenie w sprawie C-127/92 Enderby [1993] ECR I-5535, par. 10).
13. Poza tym, Trybunał zawsze podtrzymywał, wykładnia dyrektywy jest przydatna dla sądu krajowego, także w tym sensie, iż pozwala mu ona dopilnować, by przepisy prawne wprowadzające ją do prawa krajowego były interpretowane i stosowane zgodnie z wymaganiami prawa wspólnotowego (patrz zwłaszcza orzeczenie w sprawie 111/75 Mazzalai [1976] ECR 657, par. 10).
14. Dlatego konieczne jest rozpatrzenie pytań wstępnych przedłożonych przez sąd krajowy.

Istota sprawy

Pytanie 1

15. Należy zauważyć na wstępie, iż art. 1 Dyrektywy 71/305 definiuje zamówienia publiczne na roboty budowlane. Pkt (a) tegoż przepisu stwierdza, iż zamówieniami publicznymi na roboty budowlane są “zamówienia o charakterze majątkowym, zawierane w formie pisemnej pomiędzy wykonawcą robót budowlanych (osobą fizyczną bądź prawną) a zamawiającym,” który w pkt (b) jest zdefiniowany jako organ państwowy, samorządowy lub instytucja prawa publicznego, wymieniona w Załączniku I dyrektywy.
16. Ponadto przedmiotem takiego zamówienia musi być jedna z działalności określonych w art. 2 Dyrektywy Rady 71/304/EEC z 26 lipca 1971 r. dotyczącej zniesienia ograniczeń swobodnego świadczenia usług w zakresie zamówień publicznych na wykonanie robót budowlanych oraz ograniczeń udzielania zamówień publicznych na wykonanie robót budowlanych wykonawcom działającym za pośrednictwem agencji lub filii (OJ 1971 (II), str. 678).

Na liście działalności gospodarczych dołączonej do tej dyrektywy są wymienione czynności związane z budownictwem.

17. Aby dostarczyć sądowi krajowemu, odwołującemu się do Trybunału, pewne elementy wykładni, które mogą być przydatne przy orzekaniu w procesie głównym, trzeba następnie przeanalizować zamówienie, opisane w dokumentach przedstawionych Trybunałowi.
18. Procedura udzielania zamówień została zainicjowana przez rząd Wysp Kanaryjskich, który opublikował dwa ogłoszenia o zamówieniach. Pierwsze, dotyczące kasyna, zostało opublikowane w imieniu Autonomicznej Wspólnoty Wysp Kanaryjskich, drugie zaś, dotyczące prowadzenia hotelu, w imieniu zarządu gminy Las Palmas.
19. Zamawiający planował urządzić salon gier hazardowych na terenie hotelu Santa Catalina, który był własnością gminy. Chciał udzielić zamówienia przedsiębiorstwu, które wzięłoby na siebie odpowiedzialność za prowadzenie hotelu. W tym celu, w art. 2 Aneksu II zastrzeżono, iż w przetargu mogą brać udział tylko te przedsiębiorstwa, które złożyły także oferty na urządzenie i otwarcie kasyna.
20. Po pierwsze, z umowy o współpracy pomiędzy gminą Las Palmas i rządem Wysp Kanaryjskich, na tyle, na ile jest ona opisana przez sąd krajowy oraz z art. 2 ust. 2 pkt (b) łatwo wywnioskować, że wybrany oferent będzie musiał wykonać całą serię robót budowlanych, nie tylko w budynkach hotelu, lecz także i kasyna. Roboty budowlane miałyby na celu przystosowanie całego terenu hotelu do planowanej działalności.
21. Po wtóre, Aneks II, który przedstawia szczegółowo minimalne wymagania konieczne dla uzyskania koncesji na urządzenie i prowadzenie hotelu, wymaga też, by wybrany oferent wykonał roboty budowlane renowacyjne i konserwacyjne na terenie hotelu za sumę nie mniejszą niż 1 miliard peset.
22. Wreszcie, zgodnie z art. 2 ust. 2 pkt (b) Aneksu II, wybrany oferent miał zagwarantować, że hotel utrzyma swój status pięciogwiazdkowy oraz świadczyć obowiązkowe dodatkowe usługi. W tym względzie, art. 3 ust. 3 pkt (g) Aneksu I nakładał na oferenta obowiązek wskazania dodatkowych robót budowlanych, bądź adaptacyjnych robót budowlanych, które mogą okazać się konieczne dla urządzenia kasyna.
23. Z powyższej analizy wynika, iż głównym celem udzielenia zamówień było, po pierwsze, urządzenie i otwarcie kasyna, po drugie, prowadzenie hotelu. W związku z tym, zamówienia te nie są objęte Dyrektywą 71/305.
24. Oczywistym jest, że, po pierwsze, wyżej wspomniane dokumenty nie zawierały żadnych opisów robót, które mają być przeprowadzone w celu urządzenia i otwarcia kasyna ani prac związanych z prowadzeniem samego hotelu, po drugie, że nie było żadnych postanowień dotyczących wynagrodzeń za te roboty, po trzecie, z uwagi na art. 2 ust. 1 pkt (c) Aneksu I wybrany oferent nie musiałby wykonywać wszystkich robót budowlanych sam.
25. Kwestia, czy zamówienie mieszane dotyczące zarówno wykonania robót, jak i przekazania własności jest objęte Dyrektywą 71/305 musi być rozstrzygana przez sąd krajowy.
26. O ile roboty, które miałyby być wykonywane w hotelu i kasynie są jedynie pochodną przedmiotu zamówienia, zamówienie to, jako takie, nie może być uznane za zamówienie publiczne na wykonanie robót budowlanych w znaczeniu określonym w Dyrektywie 71/305.

27. Potwierdzenie powyższej interpretacji znajduje się w Dyrektywie Rady 92/50/EEC z 18 czerwca 1992 r. o koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi (OJ 1992, L 209, str. 1). Zgodnie z szesnastym punktem wstępu do powyższej dyrektywy, z Dyrektywy 71/305 wynika, iż aby dane zamówienie było zamówieniem publicznym na roboty budowlane, jego przedmiotem musi być wykonanie pewnych prac. Jednakowoż, o ile roboty budowlane takie są raczej pochodne, niż stanowią przedmiot zamówienia, nie uprawniają one do traktowania omawianego tu zamówienia, jako zamówienia publicznego na wykonanie robót budowlanych.
28. W gestii sądu krajowego leży rozstrzygnięcie, czy roboty, o których mowa, są raczej pochodne, niż stanowią przedmiot zamówienia.
29. Odpowiedź na pierwsze pytanie musi zatem być następująca: zamówienie mieszane dotyczące zarówno wykonania robót, jak i przekazania własności nie jest objęte Dyrektywą Rady 71/305, o ile roboty budowlane są raczej pochodne, aniżeli stanowią przedmiot zamówienia.

Pytanie 2

30. Wziąwszy pod uwagę odpowiedź na pierwsze pytanie, nie ma potrzeby ustosunkowywać się do pytania drugiego.

Decyzja dotycząca kosztów

Koszty

9. Koszty poniesione przez Komisję Wspólnot Europejskich i Rząd Hiszpański, które przedłożyły Trybunałowi swoje uwagi, nie podlegają zwrotowi. Z uwagi na fakt, że postępowanie to jest, dla stron głównego procesu, częścią postępowania będącego w toku przed sądem krajowym, sprawa pozostałych kosztów pozostaje do rozstrzygnięcia przez ten sąd.

Sentencja orzeczenia

Na tej podstawie,

TRYBUNAŁ (Szósta Izba)

w odpowiedzi na pytanie przedłożone mu przez Tribunal Superior de Justicia de Canarias w wniosku z dnia 10 lipca 1992 r., orzeka co następuje:

Zamówienie mieszane dotyczące zarówno wykonania robót, jak i przekazania własności nie jest objęte Dyrektywą Rady 71/305/EEC z 26 lipca 1971 roku dotyczącą koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, o ile roboty budowlane są raczej pochodne, niż stanowią przedmiot zamówienia.

3.16 ORZECZENIE TRYBUNAŁU (PIĄTEJ IZBY) Z DNIA 14 KWIETNIA 1994 R. W SPRAWIE C-389/92 („BALLAST”)

Ballast Nedam Groep NV przeciwko Belgii.

Wniosek do Trybunału o wydanie orzeczenia wstępnego: Raad van State – Belgia.

Swobodny przepływ usług – Zamówienia publiczne na roboty budowlane – Rejestracja wykonawców – Właściwa osoba

Sprawa C-389/92

Sprawozdania Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z 1994 r. s. I-1289

Streszczenie

Dyrektywę 71/304 dotyczącą zniesienia ograniczeń wolności świadczenia usług w odniesieniu do zamówień publicznych na roboty budowlane oraz udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane wykonawcom działającym za pośrednictwem agencji lub oddziałów oraz Dyrektywę 71/305 dotyczącą koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane należy interpretować, jako zezwalające, przy ocenie kryteriów, które musi spełniać wykonawca, podczas rozpatrywania podania o rejestrację, złożonego przez główną osobę prawną grupy, na uwzględnianie firm należących do tej grupy, pod warunkiem, że osoba prawna, o której mowa, wykaże, iż faktycznie rozporządza zasobami tych firm, niezbędnymi do wykonania robót budowlanych.

W rozpatrywanej sprawie to sąd krajowy ustala w świetle faktycznych i prawnych okoliczności, które są mu przedstawione, czy taki dowód został przedstawiony.

Strony

W Sprawie C-389/92,

WNIOSEK do Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości na podstawie art. 177 Traktatu EWG złożony przez Raad van State o wydanie orzeczenia wstępnego w postępowaniu sądowym toczącym się przed tym sądem, pomiędzy

Ballast Nedam Groep NV,

i

Belgią,

dotyczącym wykładni Dyrektywy Rady 71/304/EEC z 26 lipca 1971 r. dotyczącej zniesienia ograniczeń wolności świadczenia usług w odniesieniu do zamówień publicznych na roboty budowlane oraz udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane wykonawcom działającym za pośrednictwem agencji lub oddziałów (OJ 1971 (II), s. 678) oraz Dyrektywy Rady 71/305/EEC z 26 lipca 1971 r. koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (OJ 1971 (II), s. 682),

TRYBUNAŁ (Piąta Izba)

w składzie: J.C. Moitinho de Almeida, Przewodniczący Izby, R. Joliet, G.C. Rodriguez Iglesias, F. Grevisse (sprawozdawca) i M. Zuleeg, sędziowie,

Rzeczenik Generalny: C. Gulmann,

Sekretarz: D. Louterman-Hubeau, Główny Administrator,

po rozpatrzeniu pisemnych opinii przedłożonych w imieniu:

- Ballast Nedam Groep NV, wnioskodawcy w głównym postępowaniu sądowym, reprezentowanym przez Marca Senelle’a z adwokatury w Brukseli,
 - Komisji Wspólnot Europejskich, reprezentowanej przez Hendrika van Liera, radcę prawnego, działającego w charakterze pełnomocnika,
- po rozpatrzeniu sprawozdania z przesłuchania,
po wysłuchaniu ustnych uwag wnioskodawcy w głównym postępowaniu sądowym oraz Komisji na rozprawie w dniu 13 stycznia 1994 r.,
po wysłuchaniu opinii rzecznika generalnego na posiedzeniu w dniu 24 lutego 1994 r.,
wydaje następujące
orzeczenie

Podstawy prawne orzeczenia

1. Na podstawie orzeczenia z dnia 29 września 1992 r., otrzymanego przez Trybunał 6 listopada 1992 r., Raad van State w Belgii zwrócił się, na podstawie art. 177 Traktatu EWG, z pytaniem wstępnym dotyczącym wykładni Dyrektywy Rady 71/304/EEC z 26 lipca 1971 r. dotyczącej zniesienia ograniczeń wolności świadczenia usług w odniesieniu do zamówień publicznych na roboty budowlane oraz udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane wykonawcom działającym za pośrednictwem agencji lub oddziałów (OJ 1971 (II), s. 678) oraz wykładni Dyrektywy Rady 71/305/EEC z 26 lipca 1971 r. koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (OJ 1971 (II), s. 682).
2. Kwestia ta wyłoniła się w trakcie sporu pomiędzy Ballast Nedam Groep, przedsiębiorstwem zarządzanym zgodnie z prawem holenderskim (zwanym dalej „BNG”) a Belgią o nieprzedłużenie BNG rejestracji na urzędowej liście uznanych wykonawców.
3. W trakcie oceny sytuacji zarejestrowanych wykonawców z tytułu dekretu królewskiego z dnia 9 sierpnia 1982 r. ustalającego granice zastosowania dekretu z mocą ustawy z 3 lutego 1947 r. organizującego rejestrację wykonawców, Minister ds. Robót Publicznych podjął w 1987 r. decyzję, o nieprzedłużeniu rejestracji BNG. Decyzja Ministra, poprzedzona niekorzystną opinią Komitetu ds. Rejestracji Wykonawców, była podyktowana tym, iż przedsiębiorstwo to nie może uchodzić za wykonawcę robót, ponieważ będąc przedsiębiorstwem holdingowym nie wykonywało robót samo, lecz w celu potwierdzenia własnej reputacji i fachowości powoływało się na prace wykonane przez przedsiębiorstwa zależne, które były odrębnymi osobami prawnymi.
4. BNG zwróciło się do Raad van State o unieważnienie zarówno opinii Komitetu ds. Rejestracji Wykonawców, jak i decyzji Ministra ds. Robót Publicznych.
5. Raad van State doszedł do wniosku, że rozstrzygnięcie kwestii zależy od wykładni dyrektyw Wspólnoty dotyczących zamówień publicznych na roboty budowlane i postanowił zwrócić się do Trybunału o wydanie orzeczenia wstępnego w następującej kwestii:
„Czy Dyrektywa 71/304/EEC z 26 lipca 1971 r. dotycząca zniesienia ograniczeń wolności świadczenia usług w odniesieniu do zamówień publicznych na roboty budowlane oraz udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane wykonawcom działającym za pośrednictwem agencji lub oddziałów oraz Dyrektywa 71/305/EEC z 26 lipca 1971 r. koordynująca procedury udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, w szczegól-

- ności art. 1, 6, 21, 23 i 26, zezwalają, w przypadku, gdy belgijskie przepisy o rejestracji wykonawców odnoszą się do głównej osoby prawnej w „grupie” określonej prawem holenderskim, w związku z oceną kryteriów dotyczących między innymi zdolności technicznych, które wykonawca musi spełniać, na uwzględnienie jedynie tej głównej osoby prawnej, a nie „przedsiębiorstw w grupie”, z których każde, posiadając własną osobowość prawną, należy do tej „grupy”?”
6. Dyrektywy 71/304 i 71/305 mają za zadanie zapewnić swobodny przepływ usług w zamówieniach publicznych na wykonanie robót. A zatem pierwsza z tych dyrektyw nakłada na państwa członkowskie powszechny obowiązek zniesienia ograniczeń dostępu, udziału i wykonania zamówień publicznych na roboty budowlane, zaś druga przewiduje koordynację procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (patrz orzeczenie w Sprawie 76/81 *Transporoute* [1982] ECR 417, par. 7).
 7. Jeżeli chodzi o koordynację procedur, Dział IV Dyrektywy 71/305 przewiduje całą grupę ogólnych zasad uczestnictwa wykonawców w zamówieniach publicznych na roboty budowlane. Między innymi art. 21 pozwala składać oferty grupom wykonawców zaś art. 28, w związku z procedurą sporządzania oficjalnej listy uznanych wykonawców, odnosi się do kryteriów kwalifikacji określonych w art. 23 do 26, które także precyzują sposób, w jaki przedsiębiorstwa mogą udowodnić fakt, że spełniają te kryteria (patrz orzeczenie w sprawie *Transporoute*, cytowane powyżej, par. 8).
 8. Wnioskodawca w procesie głównym i Komisja twierdzą, iż przy ocenie kryteriów, które muszą być spełnione przez wykonawców podczas rozpatrywania wniosku o rejestrację złożonego przez główną osobę prawną grupy, wspomniane wyżej dyrektywy pozwalają uwzględniać firmy, które, zachowując swoją własną osobowość prawną, należą do grupy.
 9. Aby odpowiedzieć na pytanie zadane przez sąd krajowy, należy rozstrzygnąć czy przedsiębiorstwo holdingowe może być wyłączone z uczestnictwa w procedurach udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, ze względu na fakt, iż nie wykonuje samo tych robót, a jeśli tak nie jest, to jakie minimalne warunki ekonomiczne i techniczne musi spełniać by mogło w nich uczestniczyć.
 10. Z Dyrektywy 71/304 jasno wynika, że zamówienia publiczne na roboty budowlane mogą być udzielane osobom objętym tą dyrektywą, które wykonują robót za pośrednictwem agencji lub oddziałów.
 11. Art. 21 Dyrektywy 71/305, jedna z zasad ogólnych uczestnictwa w procedurach udzielania zamówień, wyraźnie zezwala grupom wykonawców składać oferty a zamawiający nie mogą wymagać by grupy te przybrały specjalną formę prawną przed udzieleniem zamówienia. Artykuł 16 pkt (k) Dyrektywy 71/305, jedna z zasad ogólnych ogłaszania zamówień, stanowi tylko, że w procedurze nieograniczonej, w ogłoszeniu o zamówieniu powinna być określona forma prawna jaką grupa wykonawców, której udziela się zamówienia powinna przybrać.
 12. Wreszcie, jedynym celem kryteriów kwalifikacji określonych w art. 23–26 Dyrektywy 71/305, o których mowa w art. 28 tej dyrektywy dotyczącym urzędowych list uznanych wykonawców, jest zdefiniowanie zasad obiektywnej oceny sytuacji oferentów, szczegól-

- nie ich wiedzy i możliwości technicznych. Artykuł 26 pkt (a) stwierdza wyraźnie, iż wykaz techników lub organizacji technicznych, do jakich wykonawca może się zwrócić w celu wykonania robót, niezależnie od tego, czy należą oni do przedsiębiorstwa, może być dowodem wiedzy i możliwości technicznych.
13. Komisja słusznie zwraca uwagę na fakt, iż z tych wszystkich przepisów wynika wyraźnie, że nie tylko osoba fizyczna lub prawna, która sama wykonuje roboty, lecz także osoba, która będzie realizować zamówienie za pośrednictwem agencji lub oddziałów, i która zwróci się do techników bądź organizacji technicznych spoza jej własnych struktur, lub nawet grupa przedsiębiorstw, może ubiegać się o zamówienie publiczne.
 14. Ponadto należy zwrócić uwagę na fakt, iż Dyrektywa Rady 89/440/EEC z 18 lipca 1989 roku, zmieniająca Dyrektywę 71/305/EEC (Dz. Urz. 1989, L 210, s. 1), szczególnie w celu dokładniejszego zdefiniowania pojęcia zamówienia publiczne na roboty budowlane, wyraźnie stwierdza w art. 1, iż przedmiotem tych zamówień jest „albo wykonanie, albo zarówno wykonanie, jak i zaprojektowanie robót lub wykonywanie, jakimikolwiek środkami, pracy odpowiadającej wymogom określonym przez zamawiającego.” Powyższa definicja potwierdza, iż wykonawca, który nie ma ani zamiaru, ani środków, by wykonać te roboty samemu może uczestniczyć w procedurze udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane.
 15. A zatem przedsiębiorstwo holdingowe, które samo nie wykonuje robót nie może zostać wykluczone z procedur ubiegania się o zamówienia publiczne, tylko dlatego, iż przedsiębiorstwa zależne wykonujące roboty są oddzielnymi osobami prawnymi.
 16. Jednakże zgodnie z art. 20 Dyrektywy 71/305, zadaniem zamawiającego jest sprawdzić czy oferenci spełniają odpowiednie kryteria sytuacji ekonomicznej i finansowej oraz wiedzy i możliwości technicznych, o których mowa w art. 25 do 26 tej dyrektywy.
 17. Przedstawiając zaświadczenia o przedsiębiorstwach zależnych, przedsiębiorstwo holdingowe, w celu udowodnienia swojej sytuacji ekonomicznej i finansowej oraz wiedzy i możliwości technicznych, aby zostać zarejestrowanym na urzędowej liście uznanych wykonawców, musi, niezależnie od tego w jakim stosunku prawnym pozostaje wobec przedsiębiorstw zależnych, udokumentować, iż faktycznie rozporządza zasobami tych firm niezbędnymi do wykonania robót. Po rozpatrzeniu wszelkich faktycznych i prawnych okoliczności, do sądu krajowego należy ocena czy taki dowód został przedstawiony w procesie głównym.
 18. W odpowiedzi na wniosek o orzeczenie wstępne Trybunał stwierdza, że Dyrektywa Rady 71/304/EEC z 26 lipca 1971 r. dotycząca zniesienia ograniczeń wolności świadczenia usług w odniesieniu do zamówień publicznych na roboty budowlane oraz udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane wykonawcom działającym za pośrednictwem agencji lub oddziałów oraz Dyrektywa Rady 71/305/EEC z 26 lipca 1971 r. dotycząca koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych roboty budowlane zezwalają, przy ocenie kryteriów, które musi spełniać wykonawca, podczas rozpatrywania podania o rejestrację, złożonego przez główną osobę prawną grupy, na uwzględnianie przedsiębiorstw należących do tej grupy, pod warunkiem, że osoba prawna, o której mowa, wy-

każe, iż faktycznie rozporządza zasobami tych przedsiębiorstw, niezbędnymi do wykonania robót budowlanych. W rozpatrywanej sprawie zadaniem sądu krajowego jest ustalenie, czy taki dowód został przedstawiony w procesie głównym.

Decyzja dotycząca kosztów

Koszty

19. Koszty poniesione przez Komisję Wspólnot Europejskich, która przedłożyła Trybunałowi swoje uwagi, nie podlegają zwrotowi. Ze względu na fakt, że postępowanie to jest, dla stron głównego procesu, częścią postępowania będącego w toku przed sądem krajowym, sprawa pozostałych kosztów pozostaje do rozstrzygnięcia przez ten sąd.

Sentencja orzeczenia

Na tej podstawie,

TRYBUNAŁ (Piąta Izba)

w odpowiedzi na pytanie przedłożone przez Raad van State, w postanowieniu z dnia 29 września 1992 r., orzeka co następuje:

Dyrektywa Rady 71/304/EEC z 26 lipca 1971 r. dotycząca zniesienia ograniczeń wolności świadczenia usług w odniesieniu do zamówień publicznych na roboty budowlane oraz udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane wykonawcom działającym za pośrednictwem agencji lub oddziałów oraz Dyrektywa Rady 71/305/EEC z 26 lipca 1971 r. dotycząca koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane zezwalają, przy ocenie kryteriów, które musi spełniać wykonawca, podczas rozpatrywania wniosku o rejestrację złożonego przez główną osobę prawną grupy, na uwzględnianie przedsiębiorstw należących do tej grupy pod warunkiem, że osoba prawna, o której mowa, wykaże, iż faktycznie rozporządza zasobami tych przedsiębiorstw, niezbędnymi do wykonania robót budowlanych. W rozpatrywanej sprawie zadaniem sądu krajowego jest ustalenie czy dowód taki został przedstawiony.

3.17 ORZECZENIE TRYBUNAŁU Z DNIA 26 KWIETNIA 1994 R. W SPRAWIE C-272/91 („LOTTOMATICA”)

Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Włoskiej

Przyznanie koncesji na system komputerowy do obsługi loterii

Sprawa C-272/91

Sprawozdania Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (ECR) 1994 str. I-1409

Data:

AKTA: 26/04/1994

WNIOSEK: 18/10/1991

Rodzaj postępowania: Postępowanie dotyczące nie wywiązania się Krajów Członkowskich ze zobowiązań – Przyjęte

Streszczenie

- 1. Art. 52 Traktatu dotyczący swobody zakładania przedsiębiorstw oraz art. 59 Traktatu dotyczący wolności świadczenia usług są naruszane, w sytuacji, kiedy Kraj Członkowski ogranicza uczestnictwo w przetargu na koncesję na system komputerowy obsługujący loterię, do podmiotów, w których większość kapitału jest w posiadaniu sektora publicznego, jeżeli zamówienie, które dotyczy pomieszczeń, dostaw, instalacji, utrzymania, obsługi i transmisji danych i innych spraw umożliwiających działalność loterii, nie oznacza przeniesienia odpowiedzialności na koncesjonariusza, w konsekwencji czego, wyjątek opisany w art. 55 ust. 1 Traktatu, dotyczący czynności związanych z wykonywaniem władzy urzędowej, nie ma zastosowania. Takie działanie stanowi także naruszenie art. 17–25 Dyrektywy 77/62 koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy.*
- 2. Fakt, że umowa na dostawę zintegrowanego systemu komputerowego umożliwiającego działalność loterii, która ma charakter dostawy pewnych produktów dla administracji publicznej, stanowi, że system ten nie stanie się własnością organów administracyjnych do końca trwania umowy zawartej z wybranym oferentem oraz, że „cena” za taką dostawę ma przybrać formę rocznej opłaty pobieranej w stosunku do dochodów, nie wyłącza tego zamówienia z zakresu Dyrektywy 77/62 koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy. Fakt, że art. 2 Dyrektywy 88/295 rozszerzył zakres dyrektywy o umowy dotyczące sprzedaży ratalnej, najmu lub dzierżawy, leasingu z opcją lub bez opcji kupna produktów, jest odzwierciedleniem dążenia prawodawstwa Wspólnoty do włączenia do zakresu dyrektywy takich dostaw produktów, które niekoniecznie stają się własnością organów administracji publicznej, i w przypadku których wszelkie opłaty opierają się na abstrakcyjnych warunkach.*

Strony

W sprawie C-272/91

Komisja Wspólnot Europejskich, reprezentowana przez Antonio Aresu oraz Rafael Pellicer, członkowie Departamentu Prawnego Komisji, działający jako pełnomocnicy, prowadzący działalność w Luksemburgu w biurze Georgios Kremilis, członek Departamentu Prawnego Komisji, Wagner Centre, Kirchberg,

powód

przeciwko

Republice Włoskiej, reprezentowanej przez Profesora Luigi Ferrari Bravo, Szefa Departamentu Prawa przy Ministerstwie Spraw Zagranicznych, działającego jako pełnomocnik, Ivo M. Bragugila, Avvocato dello Stato, prowadzący działalność w Luksemburgu przy Ambasadzie Włoskiej 5 Rue Marie-Adelad' de

pozwanemu

WNIOSEK o stwierdzenie, że poprzez nieopublikowanie ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich, pierwszy raz na początku 1990 roku, wstępnego ogłoszenia o planowanym zamówieniu na pewne grupy produktów, których wyceniona wartość była równa lub przewyższała 750 000 ECU, a które Ministerstwo Finansów planowało udzielić w 1990 roku, i po drugie, w listopadzie 1990 roku, zaproszenia do składania ofert w przetargu na koncesję na system komputerowy obsługujący loterię oraz poprzez ograniczenie uczestnictwa w tym przetargu wyłącznie do organów, firm, konsorcjów i grup, których kapitał, brany pod uwagę indywidualnie lub zbiorowo, był w posiadaniu sektora publicznego, Republika Włosa nie wywiązała się ze zobowiązań wynikających z art. 30, 52 i 59 Traktatu oraz art. 9 i 17–25 Dyrektywy Rady 77/62 EEC z dnia 21 grudnia 1976 roku koordynującej procedury udzielania zamówień na dostawy (OJ 1977 L 13, str. 1), ze zmianami wprowadzonymi Dyrektywą Rady 88/295/EEC z dnia 22 marca 1988 roku (OJ 1988 L 127, str. 1),

TRYBUNAŁ

W składzie: O. Due, Przewodniczący, G.F. Mancini, J.C. Moitinho de Almeida, M. Diez de Velasco (Przewodniczący Izb), C.N. Kakouris, R. Joliet, F.A. Schockweiler, F. Grevisse oraz P.J.G. Kapteyn, Sędziowie.

Rzecznik Generalny: C. Gulman,

Sekretarz: J.G. Giraud

w nawiązaniu do protokołu z rozprawy,

po wysłuchaniu ustnych argumentacji stron podczas rozprawy w dniu 26 maja 1993 roku,

po wysłuchaniu opinii rzecznika generalnego podczas posiedzenia w dniu 14 lipca 1993 roku,

wydaje następujące

orzeczenie

Podstawy orzeczenia

1. Wnioskiem złożonym do Sekretariatu Trybunału w dniu 18 października 1991 roku, Komisja Wspólnot Europejskich wniosła powództwo zgodnie z art. 169 Traktatu o utworzeniu Europejskiej Wspólnoty Gospodarczej, że poprzez nieopublikowanie ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich, pierwszy raz na początku 1990 roku, wstępnego ogłoszenia o planowanym zamówieniu na pewne grupy produktów, których wyceniona wartość była równa lub przewyższała 750 000 ECU, a które Ministerstwo Finansów planowało udzielić w 1990 roku, i po drugie, w listopadzie 1990 roku, zaproszenia do składania ofert w przetargu na koncesję na system komputerowy obsługujący loterię oraz poprzez ograniczenie uczestnictwa w tym przetargu wyłącznie do organów, firm, konsorcjów i grup, których kapitał, brany pod uwagę indywidualnie lub zbiorowo, był

w posiadaniu sektora publicznego, Republika Włoska nie wywiązała się ze zobowiązań wynikających z art. 30, 52 i 59 Traktatu oraz art. 9 i 17-25 Dyrektywy Rady 77/62 EEC z dnia 21 grudnia 1976 roku koordynującej procedury udzielania zamówień na dostawy (OJ 1977 L 13, str. 1), ze zmianami wprowadzonymi Dyrektywą Rady 88/295/EEC z dnia 22 marca 1988 roku (OJ 1988 L 127, str. 1).

2. Tło sporu zostało przedstawione w paragrafach 6-16 zarządzenia Przewodniczącego Trybunału z dnia 13 stycznia 1992 roku (C-272/91 R, {1992} ECR I-457) dotyczącego wniosku o środek tymczasowy złożonego przez Komisję. Zarządzenie to nakazywało Republice Włoskiej powzięcie kroków w celu zawieszenia skutku prawnego wynikającego z zarządzenia Ministra Finansów z dnia 14 czerwca 1991 roku przyznającego koncesję na system komputerowy obsługujący loterię oraz wykonania umowy zawartej w tym celu z konsorcjum Lottamatica.

Zarzut naruszenia Art. 52 i 59 Traktatu.

3. Komisja utrzymuje, że poprzez ograniczenie uczestnictwa w przetargu na koncesję na system komputerowy obsługujący loterię włoską do „organów, firm, konsorcjów i grup, których większość kapitału, brana pod uwagę indywidualnie jak i zbiorowo jest w posiadaniu sektora publicznego”, Republika Włoska nie wykonała obowiązków wynikających z art. 52 i 59 Traktatu.
4. Komisja argumentuje, że jest to szczególny przykład stosowania ograniczenia, które zostało uznane jako niezgodne z prawem przez Trybunał w sprawie C-3/88 Komisja przeciwko Włochom {1989} ECR 4035, ograniczającego uczestnictwo w postępowaniu jedynie do firm, których całość lub większość kapitału jest pośrednio lub bezpośrednio w posiadaniu sektora publicznego lub państwa. Zgodnie z tym ograniczeniem tylko takie podmioty mogą zawierać umowy z Państwem Włoskim na rozbudowę systemów przetwarzania danych na rzecz organów publicznych.
5. Rząd Włoski zaprzecza temu zarzutowi. Utrzymuje, że umowy zawarte w myśl w/w orzeczenia były na zakup systemów przetwarzania danych, które miały być zarządzane również przez dostawcę w ramach usług świadczonych dla organów administracji publicznej; umowa, o której mowa poniżej, z drugiej strony odnosi się, zgodnie z projektem technicznym dołączonym do szczególnej specyfikacji przedstawionej w zaproszeniu do przetargu, o którym mowa, do koncesji, w ramach której władze administracyjne powierzają trzeciej stronie wykonanie działań przypisywanych władzom publicznym a mających związek z organizacją, weryfikacją i certyfikacją loterii, które to czynności zgodnie z prawem włoskim są przypisywane ściśle organom państwowym. Art. 55 Traktatu stanowi, że art. 52 i 59 nie mają zastosowania do czynności, które w Krajach Członkowskich są związane z wykonywaniem władzy urzędowej.
6. Należy zauważyć, jak rzecznik generalny wykazał w punktach 18–23 swojej opinii, że komputeryzacja loterii, zgodnie z zaproszeniem do przetargu odnosi się do pomieszczeń, dostaw, instalacji, utrzymania, obsługi i transmisji danych i wszystkich innych czynności potrzebnych do funkcjonowania loterii, które to czynności nie wymagają przeniesienia odpowiedzialności na koncesjonariusza.

7. Po pierwsze, punkty loteryjne są nadal odpowiedzialne za przyjmowanie bonów loteryjnych, zaś funkcją terminalu obsługiwanego przez koncesjonariusza jest jedynie rejestracja, automatyczne sprawdzenie i transmisja danych wynikających z działań podejmowanych przez osobę zarządzającą punktem. Projekt techniczny określa, że osoba ta musi być w stanie, w przypadku wystąpienia błędu, skorygować wprowadzone dane i nawet unieważnić bon wystawiony przez terminal.
8. Po drugie, ciągnięcie losów podlega Komitetom (Commissioni di Estrazione) – organom państwowym, takim jak Komitety Rejonowe (Commissioni de Zona), które są odpowiedzialne za sprawdzanie i uznawanie wygranych.
9. Po trzecie, jak sam rząd włoski przyznaje, to organy administracji publicznej zawsze zatwierdzają i wypłacają nagrody.
10. Po czwarte, fakt, że pierwszy punkt projektu technicznego określa, że oferta dotyczy także „wszystkich innych spraw potrzebnych do działania loterii”, nie daje podstaw do wnioskowania, że koncesjonariusz bierze udział w wykonywaniu władzy publicznej, ale jedynie oznacza, że musi prowadzić działania przypisane mu w ramach koncesji.
11. Po piąte, argument rządu włoskiego, że dobrowolne opłaty uczestników loterii stanowią opłatę skarbową, co przemawia za tym, że koncesjonariusz bierze udział w wykonywaniu władzy publicznej, jest nieprawidłowo uzasadniony.
12. W konsekwencji, usługi świadczone przez koncesjonariusza systemu komputerowego do obsługi loterii, w szczególności konstrukcja systemu oraz oprogramowanie, obsługa systemu, nie różnią się od usług technicznych wynikających z umów rozbudowy systemów przetwarzających dane na rzecz organów administracji publicznej w sprawie C-3/88 Komisja przeciwko Włochom, wymienionego powyżej.
13. Ponieważ działania, będące przedmiotem zagadnienia, nie podlegają wyjątkowi przewidzianemu w art. 55 Traktatu, należy stwierdzić, że ograniczenia, o których mowa są sprzeczne z art. 52 i 59 Traktatu, a zarzut naruszenia tych artykułów powinien być utrzymany w mocy.

Zarzut, że Art. 30 Traktatu został naruszony

14. W celu wsparcia zarzutu o naruszeniu art. 30, w postępowaniu wstępnym, Komisja jedynie stwierdziła, że ograniczenie, o którym mowa, polegające na ograniczeniu prawa do uczestnictwa w przetargu do organów, firm, konsorcjów i grup, których większość kapitału, branego pod uwagę indywidualnie jak i zbiorowo, jest w posiadaniu sektora publicznego, w rzeczywistości wyłącza firmy z innych Krajów Członkowskich, które są wyłączone z oferowania swoich systemów komputerowych i oprogramowania w postępowaniu o zamówienie. W konsekwencji, Komisja, utrzymuje, że skutkiem tego ograniczenia, tak jak ma to miejsce w Przypadku C-21/88 Du Pont de Nemours Italiana przeciwko Unita Sanitaria Locale No 2 di Carrara {1990} ECR I-889, w którym dany procent zamówień na dostawy został zarezerwowany dla firm powołanych w pewnych regionach kraju, jest to, że produkty pochodzące z innego Kraju Członkowskiego są dyskryminowane w porównaniu z produktami wytwarzanymi w Kraju Członkowskim, o którym mowa, co powołuje zachwianie normalnej wymiany handlowej prowadzonej w ramach Wspólnoty.

15. Należy nadmienić, że na tym etapie Komisja nie przedstawiła podstaw jej poglądu, że poprzez wyłączenie firm zagranicznych z uczestnictwa w przetargu, o którym mowa, wybrany oferent nie mógł użyć podczas instalacji systemu komputerowego, o którym mowa, produktów pochodzących z innego Kraju Członkowskiego.
 16. Stosownie do orzecznictwa (patrz w szczególności, Sprawa 325/82 Komisja przeciwko Niemcom {1984} ECR 777), pismo z oficjalnym zawiadomieniem oraz umotywowana opinia muszą zawierać wystarczające przedstawienie powodów, w celu przygotowania obrony przez Kraj Członkowski. Z powodów opisanych powyżej, nie zostało to wykonane w tym przypadku.
 17. W konsekwencji, Trybunał musi uznać, że zarzut naruszenia art. 30 jest niedopuszczalny. Zarzut naruszenia Dyrektywy 77/62, wraz z poprawkami wprowadzonymi Dyrektywą 88/295
 18. Komisja utrzymuje, że po pierwsze, Republika Włoska naruszyła art. 9 Dyrektywy 77/62 zmienionej Dyrektywą 88/295 („dyrektywa”) poprzez nieopublikowanie ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich, pierwszy raz na początku 1990 roku, wstępnego ogłoszenia o planowanym zamówieniu na pewne grupy produktów, których wyceniona wartość była równa lub przewyższała 750 000 ECU, a które Ministerstwo Finansów planowało udzielić w 1990 roku, i po drugie, w listopadzie 1990 roku, zaproszenia do składania ofert w przetargu na koncesję na system komputerowy obsługujący loterię. Dalej, Komisja uznaje, że poprzez ograniczenie uczestnictwa w tym przetargu wyłącznie do organów, firm, konsorcjów i grup, których kapitał, brany pod uwagę indywidualnie lub zbiorowo, jest w posiadaniu sektora publicznego, Republika Włoska naruszyła także art. 17–25 dyrektywy.
 19. Art. 9 (1) , (2) oraz (4) dyrektywy stanowi:
„1. Zamawiający, wymienieni w załączniku I do Dyrektywy 80/767/EEC, zobowiązani są podać w ogłoszeniu o planowanym zamówieniu, począwszy od dnia 1 stycznia 1989 roku, najszybciej jak to możliwe po rozpoczęciu ich roku budżetowego, całkowitą wartość zamówień na poszczególne grupy produktów, których zamierzają udzielić w ciągu następných dwunastu miesięcy, jeżeli ich szacunkowa wartość z uwzględnieniem art. 5 wynosi co najmniej 750 tys. ECU ciągu 12 miesięcy.
- Rada, działając według sugestii Komisji i po skonsultowaniu się z Parlamentem Europejskim i Komitetem Ekonomiczno-Społeczny, zdecyduje przed 1 marcem 1990 roku o rozszerzeniu tego obowiązku o inne podmioty zamawiające przedstawione w Art. 1.
2. Zamawiający, którzy zamierzają udzielić zamówienia na dostawy w ramach procedury otwartej, ograniczonej lub negocjacyjnej, w przypadkach określonych w art. 6 ust. 2, zobowiązani są poinformować o swoim zamiarze w ogłoszeniu.
 4. Ogłoszenia, o których mowa w ust. 1, 2 i 3 powinny być wysłane najszybciej jak to możliwe i w najbardziej odpowiedni sposób do Urzędu Publikacji Urzędowych Wspólnot Europejskich. W przypadku procedury przyspieszonej, przewidzianej w art. 12, tekst ogłoszenia przesyła się telexem, telegraficznie lub faxem.
- a) ogłoszenie, o którym mowa w ust. 1 powinno być wysłane niezwłocznie po rozpoczęciu roku budżetowego,

- b) Ogłoszenie, o którym mowa w ust. 3 powinno być wysłane najpóźniej w terminie czterdziestu ośmiu dni od daty udzielenia danego zamówienia”.
20. Art. 17–25 dyrektywy ustanawiają kryteria kwalifikacji oraz wyboru ofert.
 21. Rząd włoski argumentuje, że przepisy te nie mają zastosowania w tym przypadku.
 22. Dowodzi, po pierwsze, że zaproszenie do przetargu, o którym mowa nie podlega zakresowi dyrektywy, ponieważ umowa, będąca przedmiotem zagadnienia, nie odnosi się do dostawy dóbr dla podmiotów zamawiających, ale dotyczy koncesji na rzecz osób trzecich na wykonywanie działań, które stanowią część czynności związanych z wykonywaniem władzy publicznej w dziedzinie finansowej i nie charakteryzuje się przeniesieniem dóbr ani ceną związaną z takim przeniesieniem.
 23. Argument ten należy oddalić.
 24. Z paragrafów 7–11 niniejszego orzeczenia jasno wynika, że wprowadzenie skomputeryzowanego systemu obsługi loterii, o którym mowa, nie wymaga przeniesienia odpowiedzialności na koncesjonariusza w zakresie różnych operacji wykonywanych w ramach działania loterii. Co więcej to, że zamówienie dotyczy dostawy zintegrowanego systemu komputerowego, a zwłaszcza dostawy pewnych dóbr dla organów administracji, jest oczywiste.
 25. W przeciwieństwie do stanowiska rządu włoskiego, w tym kontekście znaczenie ma fakt, że system, o którym mowa nie staje się własnością organów administracji do zakończenia okresu umowy zawartej z wybranym oferentem oraz, że „cena” za taką dostawę ma formę rocznej opłaty proporcjonalnej do dochodów. Jak zauważa słusznie rzecznik generalny w punkcie 40 swojej opinii, fakt, że art. 2 Dyrektywy 88/295 rozszerzył zakres dyrektywy do „umów..., których przedmiotem jest kupno, kupno na raty, dzierżawa, najem lub leasing z opcją lub bez opcji zakupu produktów” jest odzwierciedleniem dążenia prawodawstwa Wspólnoty do włączenia do zakresu dyrektywy dostaw tych produktów, które niekoniecznie stają się własnością organów administracji publicznej, i wobec których płatności są ustalane na abstrakcyjnych warunkach.
 26. Rząd włoski po drugie utrzymuje, że zamawiający, Administracja Autonomicznych Państwowych Monopoli („AAMS”), nie jest wprowadzony na listę podmiotów składających zamówienia publiczne, zawartej w załączniku I do Dyrektywy Rady 80/767/EEC z 22 lipca 1980 roku, która uzupełnia Dyrektywę 77/62/EEC o pewne organy udzielające zamówienia (OJ 1980 L 215, str. 1). W rezultacie, art. 9 Dyrektywy 77/62 z poprawkami, który określa zasady ogłaszania zamówień przez podmioty zamawiające, przedstawione w tym załączniku, nie ma zastosowania w tym przypadku. Rząd włoski jest przekonany, że jego stanowisko wynika z przypisu 2 w części listy dotyczącej Włoch, który w odniesieniu do Ministra Finansów, robi następujące zastrzeżenie: „Nie dotyczy zakupów dokonanych przez monopole tytoniowe i handlu solą”. Rząd włoski utrzymuje, że zastrzeżenie to odnosi się nie tylko do umów zawartych przez te monopole, które podlegały organom administracji AAMS w czasie kiedy dyrektywa została przyjęta, ale także cała pozostała działalność, która obecnie podlega AAMS.

27. Argument ten jest nieprawidłowo uzasadniony.
28. Jak słusznie nadmieniła Komisja, z Art. 4(4) ustawy włoskiej nr 528 z dnia 2 sierpnia 1982 roku (GURI nr 222 z 13 sierpnia 1982 roku) poprawionego Art. 2 ustawy nr 85 z 19 kwietnia 1990 roku (GURI nr 97 z 27 kwietnia 1990) jasno wynika, że włoskie Ministerstwo Finansów jest wyłącznym podmiotem upoważnionym do udzielania zamówień publicznych na wykonanie czynności, o której mowa. W każdym razie AAMS, które prowadzi loterię, jest jedynie urzędem administracyjnym bez osobnej osobowości prawnej Ministerstwa Finansów, czyli nawet działania, które formalnie mogą być przypisywane AAMS są w zasadzie podporządkowane decyzjom Ministerstwa.
29. Jeżeli chodzi o przypis 2 do załącznika I do Dyrektywy 80/767, to jego faktyczna treść dotyczy jedynie zamówień udzielanych przez monopole tytoniowe i soli.
30. Rząd włoski argumentuje ostatecznie, że ponieważ kwestią sporną jest przyznanie koncesjonariuszowi szczególnych i wyłącznych praw uczestniczenia w działaniach związanych z wykonywaniem usług publicznych, a mianowicie, przynajmniej częściowo, prowadzenia loterii, to jedynym obowiązującym przepisem jest postanowienie art. 2 ust. 3 dyrektywy, które stanowi: „Kiedy organ państwowy, samorządowy lub instytucja prawa publicznego lub analogiczne organy określone w Aneksie I udziela podmiotowi innemu, niż podmiot zamawiający, niezależnie od jego statusu prawnego, szczególnych lub wyłącznych praw do wykonywania działań związanych z usługami publicznymi, to dokument, który udziela tego prawa powinien stanowić, że organ, o którym mowa powinien stosować się do zasady nie dyskryminowania innych państw podczas udzielania osobom trzecim zamówień na wykonanie usług”.
31. Argument ten musi być także oddalony.
32. Jak wynika z paragrafów 7–11 niniejszego orzeczenia, prowadzenie loterii nie jest przenoszone na koncesjonariusza, którego zadanie ogranicza się do czynności technicznych dotyczących uruchomienia i obsługi systemu komputerowego. Czynności te obejmują dostawę usług organom administracji publicznej oraz dostawę niektórych produktów.
33. Dlatego należy stwierdzić, że przepisy dyrektywy, na które powołuje się Komisja mają zastosowanie w tym przypadku, a zarzuty dotyczące naruszenia dyrektywy muszą być przeanalizowane.
34. Jeżeli chodzi o zarzut dotyczący naruszenia art. 9 dyrektywy, rząd włoski nie zaprzecza, że zawiadomienia, o których mowa nie zostały wysłane.
35. Jeżeli chodzi o zarzut dotyczący naruszenia Art. 17–25 dyrektywy, należy zauważyć, że przepisy te zawierają wiążącą i wyczerpującą listę kryteriów kwalifikacji i udzielania zamówień, i nie przewidują ograniczenia uczestnictwa w przetargu, do organów, firm, konsorcjów i grup, których kapitał większościowy, traktowany indywidualnie lub całościowo, jest w posiadaniu sektora publicznego.
36. Z powyższego wynika, że zarzuty dotyczące naruszenia Dyrektywy 77/62, zmienionej Dyrektywą 88/295 muszą być także podtrzymane.

Postanowienie dotyczące kosztów

Koszty

37. Zgodnie z Art. 69 ust. 2 Zasad procesowych, strona przegrywająca jest obowiązana do pokrycia kosztów. Ponieważ pozwany nie przedstawił wystarczających argumentów, jest zobowiązany do pokrycia kosztów.

Sentencja orzeczenia

Na tych podstawach,

TRYBUNAŁ

niniejszym:

1. Uznaje, że poprzez nieopublikowanie ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich, pierwszy raz na początku 1990 roku, wstępnego ogłoszenia o planowanym zamówieniu na pewne grupy produktów, których wyceniona wartość była równa lub wyższa 750 000 ECU, a które Ministerstwo Finansów planowało udzielić w 1990 roku, i po drugie, w listopadzie 1990 roku, zaproszenia do składania ofert w przetargu na koncesję na system komputerowy obsługujący loterię oraz poprzez ograniczenie uczestnictwa w tym przetargu wyłącznie do organów, firm, konsorcjów i grup, których kapitał, brany pod uwagę indywidualnie lub zbiorowo, był w posiadaniu sektora publicznego, Republika Włoska nie wywiązała się ze zobowiązań wynikających z art. 30, 52 i 59 Traktatu oraz art. 9 i 17–25 Dyrektywy Rady 77/62 EEC z dnia 21 grudnia 1976 roku koordynującej procedury udzielania zamówień na dostawy (OJ 1977 L 13, str. 1), ze zmianami wprowadzonymi Dyrektywą Rady 88/295/EEC z dnia 22 marca 1988 roku (OJ 1988 L 127, str. 1).
2. Oddała pozostałą część wniosku.
3. Nakazuje Republice Włoskiej pokrycie kosztów.

3.18 ORZECZENIE TRYBUNAŁU (CZWARTEJ IZBY) Z DNIA 26 PAŹDZIERNIKA 1995 R. W SPRAWIE C-143/94 („ANAS”)

Furlanis Construzioni Generali SpA przeciwko Azienda Nazionale Autonoma Strade (Anas).
Wniosek o wydanie orzeczenia wstępnego: Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio –
Włochy.

Dyrektywa Rady 71/305/EEC oraz 89/440/EEC – Zamówienia publiczne – oferty zawierające
rażąco niskie ceny

Sprawa C-143/94 Sprawozdania Trybunału 1995, str. I-3633

Data:

AKTA: 26/10/1995

WNIOSEK: 24/05/1994

Tryb: Orzeczenie Wstępne

Sędzia-Sprawozdawca: Kakouris

Przedmiot: ZBLIŻANIE PRZEPISÓW PRAWNYCH

Streszczenie

- 1. W procedurze orzekania wstępnego, określonej w art. 177 Traktatu, to sądy krajowe, przed którymi prowadzone jest postępowanie i które muszą odpowiadać za wydane decyzje, określają, mając na uwadze szczególne cechy każdego przypadku, zarówno potrzebę wydania orzeczenia wstępnego, umożliwiającego im wydanie wyroku jak i znaczenie zagadnień przedstawionych przez nie Trybunałowi. Wniosek o wydanie orzeczenia wstępnego złożony przez sąd krajowy może być odrzucony, jeżeli jest oczywiste, że poszukiwanie właściwej interpretacji przepisów prawnych Wspólnoty przez ten sąd nie ma związku z faktycznym charakterem sprawy lub przedmiotem postępowania głównego.*
- 2. Art. 29 ust. 5 ostatni punkt Dyrektywy 71/305 dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, zmieniony przez art. 1 ust. 20 Dyrektywy 89/440, który wprowadza możliwość postępowania, przez czas określony, stanowiącego wyjątek od powszechnie obowiązujących procedur ustanowionych przez Wspólnotę, powinien być interpretowany, jako oznaczający, że jedynie procedury, zgodnie z którymi ostateczny wybór ofert został dokonany przed 31 grudnia 1992 r., kwalifikują się do postępowania określonego w tym przepisie, w odniesieniu do kwestii odrzucania ofert przedstawiających rażąco niskie ceny.*

Strony

W sprawie C-143/94

Wniosek do Trybunału zgodnie z art. 177 Traktatu WE złożony przez Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio (Włochy) o wydanie orzeczenia wstępnego dotyczącego postępowania prowadzonego przed tym sądem

pomiędzy:

Furlanis Costruzioni Generali SpA

oraz

Azienda Nazionale Autonoma Strade (ANAS)

Itinera Co. Ge. SpA, wcześniej Edilvie Srl

dotyczący interpretacji art. 29 ust. 5 Dyrektywy Rady 71/305/EEC z 26 lipca 1971 r. o koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (OJ 1971 (II), str. 682), zmienionego przez art. 1 ust. 20 Dyrektywy Rady 89/440/EEC z 18 lipca 1989 r. (OJ 1989 L 210, str. 1),

TRYBUNAŁ (Izba Czwarta)

w składzie: C.N. Kakouris (Sprawozdawca), Przewodniczący Izby, P.J.G. Kapteyn oraz H. Ragnemalm, Sędziowie.

Rzecznik Generalny: C.O. Lenz.

Sekretarz: L. Hewlett, Administrator

po rozpatrzeniu pisemnych spostrzeżeń przedstawionych w imieniu:

Furlanis Costruzioni Generali SpA – przez A. Biagini i N. Marcone, Adwokatura Rzymska

Itinera CO. GE. SpA, wcześniej Edilvie Srl, – przez V. Biagetti i G. Cignitti, Adwokatura Rzymska,

Rządu Włoskiego – przez U. Leanza, Szef Departamentu Prawa przy Ministerstwie Spraw Zagranicznych, występującego jako pełnomocnik, Pana Fiorilli – asystenta, Avvocato dello Stato,

Komisję Wspólnot Europejskich – przez A. Aresu, doradztwo prawne, występującego jako pełnomocnik,

powołując się na protokół z rozprawy,

po wysłuchaniu ustnych argumentów przedstawionych przez Furlanis Costruzioni Generali SpA, Itinera CO. GE. SpA, Rząd Włoski i Komisję podczas rozprawy w dniu 11 maja 1995 roku,

po wysłuchaniu opinii rzecznika generalnego podczas rozprawy w dniu 29 czerwca 1995 r., wydaje następujące

orzeczenie

Podstawy orzeczenia

1. Wnioskiem z 31 marca 1994 r., otrzymanym przez Trybunał w dniu 24 maja 1994 r., Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio (Lokalny Sąd Administracyjny, Lazio) zwrócił się do Trybunału o wydanie orzeczenia wstępnego zgodnie z art. 177 Traktatu WE dotyczącego interpretacji art. 29 ust. 5 Dyrektywy Rady 71/305/EEC z 26 lipca 1971 r., koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (OJ 1971 (II), str. 682), zmienionego przez art.1 ust. 20 Dyrektywy Rady 89/440/EEC z 18 lipca 1989 r. (OJ 1989 L 210, str. 1).
2. W sprawie wniesionej przez Furlanis Costruzioni Generali, (dalej zwany „Furlanis”) przeciwko Azienda Nazionale Autonoma Strade (dalej zwana „ANAS”), zamawiającemu będącemu instytucją prawa publicznego, zostało podniesione zagadnienie dotyczące procedury ograniczonej stosowanej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie robót budowlanych.

3. Art. 29 ust. 5 Dyrektywy 71/305, zmieniony przez art.1 ust. 20 Dyrektywy 89/440, przewiduje specjalną procedurę postępowania z ofertami, które zawierają rażąco niskie ceny. Zgodnie z pierwszym punktem tego ustępu:
„Jeżeli, w przypadku danego zamówienia, oferty wydają się przedstawiać rażąco niskie ceny, zamawiający, przed odrzuceniem takich ofert, jest zobowiązany zażądać, w formie pisemnej, przedstawienia szczegółów dotyczących tych elementów oferty, które uznaje za istotne oraz zweryfikować te elementy biorąc pod uwagę otrzymane wyjaśnienia”
4. Możliwość czasowego odstąpienia od stosowania tej zasady jest przewidziane w ostatnim punkcie tego ustępu, zgodnie z którym:
„Niemniej jednak, do końca 1992 r., o ile obowiązujące prawo kraju na to zezwala, zamawiający może wyjątkowo, nie stosując żadnej dyskryminacji z powodów narodowościowych, odrzucić oferty rażąco niskie, nie będąc zobowiązany do stosowania procedury określonej w pierwszym punkcie tego ustępu, o ile liczba takich ofert dla poszczególnego zamówienia jest tak duża, że stosowanie tej procedury prowadziłoby do znacznego opóźnienia i zagroziłoby interesowi publicznemu. Odwołanie do tej specjalnej procedury powinno być zawarte w opublikowanym ogłoszeniu, określonym w art. 12 ust. 5.”
5. Dyrektywa 89/440 została wdrożona do prawa włoskiego poprzez Rozporządzenie Prezydenta nr 406/91 z 19 grudnia 1991 r. Art. 29 ust. 6 tego rozporządzenia, które wdrożyło w/w przepis dotyczący możliwego odstępstwa od tej zasady, stanowi, że do 31 grudnia 1992 r., „(...) zamawiający może automatycznie odrzucić oferty, które wydają się być rażąco niskie (...) o ile liczba ofert otrzymanych przekracza 30. Informacja, o tym że niektóre oferty mogą zostać odrzucone oraz dopuszczalna kwota procentowa ponad kwotę średnią powinna być podana w ogłoszonym o zamówieniu.”
6. Jak wynika z akt sądowych, poprzez ogłoszenie z dnia 28 września 1992 r. opublikowane we włoskim dzienniku urzędowym w dniu 2 października 1992 r., ANAS wszczął zgodnie z art. 29 Rozporządzenia Prezydenta nr 406/91, ograniczoną procedurę o udzielenie zamówienia na wykonanie robót budowlanych w Ascoli Piceno-Comunanza, będącej częścią drogi między Piceno a Aprutina, druga partia, druga transza, na kwotę ogólną 36 900 000 000 lirów.
7. Ogłoszenie o zamówieniu określało, że oferty, w przypadku zaniżenia ceny (obliczone w odniesieniu do podstawowej ceny ustalonej dla przetargu), przekracza średnią kwotę procentową ofert przyjętych, plus siedem punktów, będą uznane jako przedstawiające rażąco niskie ceny w rozumieniu przepisu będącego przedmiotem zagadnienia.
8. Furlanis zgłosił chęć uczestniczenia w postępowaniu oraz przedstawił wymagane dokumenty, w konsekwencji czego pismem z dnia 4 lutego 1993 r. otrzymał zaproszenie do składania ofert w terminie do 4 lutego 1993 r. Po otrzymaniu zaproszenia do składania ofert, Furlanis złożył ofertę. W dniu 4 lutego 1993 r., zamawiający powierzył wykonanie robót przedsiębiorstwu Edilvie, które zmieniło nazwę na Itinera CO. GE. SpA (dalej zwana „Itinera”). Oferta Furlanisa została odrzucona, ponieważ została uznana za zawierającą rażąco niską cenę w odniesieniu do kryterium określonego w opublikowanym ogłoszeniu.

9. Furlanis zakwestionował decyzję o wyborze Edilvie, kierując sprawę do Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio. Przed tym sądem, Furlanis dowodził głównie, że zarówno zgodnie z prawem Wspólnoty jak i wdrażającym je włoskim rozporządzeniem, możliwość odstąpienia od procedury przewidzianej dla ofert rażąco niskich ma zastosowanie jedynie do tych postępowań, które zostały zakończone przed 31 grudnia 1992 r., oraz, że samo tylko opublikowanie ogłoszenia przed tym terminem nie wystarcza by odstąpić od stosowania tej procedury.
10. Biorąc pod uwagę potrzebę interpretacji zagadnienia dotyczącego znaczenia terminu 31 grudnia 1992 r. jako ostatecznego terminu, w którym przepis o odstąpieniu od stosowania specjalnej procedury mógł być stosowany, sąd krajowy odroczył postępowanie i zwrócił się do Trybunału o wydanie orzeczenia wstępnego dotyczącego następującego zagadnienia:
„Czy przepis Art. 1 ust. 20 Dyrektywy 89/440/EEC, zmieniającego Dyrektywę 71/305/EEC dotyczącą koordynacji procedur udzielania zamówień na roboty budowlane stanowi, że wyjątek od procedury weryfikacji ofert, które są rażąco niskie, stosowany jedynie do końca 1992 r., odnosi się do: a) postępowania faktycznie zakończonego do tego dnia, czy b) postępowania rozpoczętego przed tym terminem?”

Dopuszczalność

11. Itinera kwestionuje znaczenie i w konsekwencji dopuszczalność zagadnienia sądu krajowego, twierdząc, że treść przepisów prawnych Wspólnoty, będących przedmiotem zagadnienia nie mogła wzbudzić żadnych wątpliwości co do ich interpretacji. Zgodnie z ogólną zasadą, że warunki mające zastosowanie w postępowaniu, takie jak te poprzedzające wybór ofert złożonych w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, są określone przez środki inicjujące takie postępowanie, dzień 31 grudnia 1992 r. powinien być traktowany jako termin odnoszący się jedynie do publikacji ogłoszenia.
12. W tej kwestii Trybunał konsekwentnie utrzymywał, że to sądy krajowe, przed którymi toczy się postępowanie i które muszą ponosić odpowiedzialność za swoje decyzje, określają, biorąc pod uwagę szczególne cechy każdego przypadku, zarówno potrzebę wydania orzeczenia wstępnego umożliwiającego im wydanie wyroku jak i znaczenie zagadnień, które wnoszą przed Trybunał. Wniosek sądu krajowego o wydanie orzeczenia wstępnego może być odrzucony, jedynie wtedy, gdy jest rzeczą oczywistą, że interpretacja prawa Wspólnoty poszukiwana przez ten sąd nie ma związku z faktycznym charakterem przypadku lub przedmiotem postępowania głównego (patrz: ostatnie orzeczenie w sprawie C-62/93 Supergas {1995} ECR I-0000, par. 10). Niemniej jednak nie dotyczy to niniejszego przypadku.
13. W konsekwencji, Trybunał musi rozważyć zagadnienie przedstawione przez sąd krajowy.
14. Poprzez przedstawienie zagadnienia, sąd krajowy pragnie ustalić, czy ostatni punkt art. 29 ust. 5 Dyrektywy 71/305, wraz ze zmianami, powinien być interpretowany w ten sposób, że jedynie postępowania zakończone do 31 grudnia 1992 r. mogą kwalifikować się do określonej w w/ w przepisie, czy też kwalifikują się wszystkie postępowania, dla których opublikowano ogłoszenie przed tym dniem.
15. Itinera oraz Rząd Włoski utrzymują, że postępowania, dla których ogłoszenie zostało opublikowane przed 31 grudnia 1992 r., ale których nie zakończono, mogą podlegać wy-

- jątkowi, określone w w/w przepisie, o ile faktyczny tryb postępowania podlega zasadom ustanowionym w ogłoszeniu, który prawnie skutkuje czynnością samoograniczenia ze strony zamawiającego.
16. Furlanis oraz Wspólnota utrzymują, że ponieważ przepis będący przedmiotem zagadnienia przewiduje wyjątek, to musi on być interpretowany ściśle jako odnoszący się do postępowań zakończonych przed 31 grudnia 1992 r.
 17. Zgodnie z treścią przepisu będącego przedmiotem zagadnienia, do końca 1992 r., zamawiający mogą odrzucić oferty rażąco niskie. W konsekwencji, przepis ten odnosi się do decyzji o wyborze ofert, a nie jedynie do środka, za pomocą którego wszczęto postępowanie.
 18. Taka interpretacja jest potwierdzona przez okoliczność, że przepis będący przedmiotem zagadnienia jest zawarty w rozdziale dyrektywy zatytułowanym „kryteria kwalifikacji”, który dotyczy ostatniej fazy postępowania.
 19. Istnieją inne powody, które przemawiają za ścisłą interpretacją.
 20. W sprawie 199/85 Komisja przeciwko Włochom {1987} ECR 1039, par. 14, Trybunał utrzymywał, że przepisy przewidujące odejście od zasad dyrektywy, mające na celu zapewnienie skuteczności praw określonych przez Traktat w sferze robót budowlanych muszą być interpretowane w sposób ścisły. Dotyczy to także kwestionowanego przepisu, który wprowadza możliwość czasowego odstąpienia od stosowania zasad określonych przez przepisy Wspólnoty.
 21. Innym czynnikiem przemawiającym za ścisłą interpretacją zakwestionowanego przepisu jest fakt wprowadzenia czasowych odstępstw, jak zaznaczyła Komisja, na wniosek jednego z państw członkowskich z tytułu szczególnych trudności, wynikających z systemu prawnego w tym kraju.
 22. W związku z powyższym, w odpowiedzi na zagadnienie przedstawione przez sąd krajowy należy stwierdzić, że ostatni punkt art. 29 ust.5 Dyrektywy 71/305, zmieniony art. 1 ust. 20 Dyrektywy 89/440, powinien być interpretowany w ten sposób, że jedynie te postępowania, które zostały zakończone do 31 grudnia 1992 r. kwalifikują się do zastosowania wyjątku określonego w tym przepisie.

Decyzja dotycząca kosztów

Koszty

23. Koszty poniesione przez Rząd Włoski oraz Komisję Wspólnot Europejskich, które przedstawiły Trybunałowi swoje spostrzeżenia, nie podlegają zwrotowi. Ponieważ postępowanie to, dla stron postępowania głównego, jest częścią postępowania prowadzonego przed sądem krajowym, decyzja o kosztach należy do tego sądu.

Sentencja orzeczenia

Opierając się na powyższych podstawach,

TRYBUNAŁ (Izba Czwarta),

w odpowiedzi na zagadnienie przedstawione przez Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, wnioskiem z dnia 31 marca 1994, zarządza co następuje:

Ostatni punkt art. 29 ust. 5 Dyrektywy Rady 71/305/EEC z dnia 26 lipca 1971 r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, zmieniony

art. 1 ust. 20 Dyrektywy Rady 89/440/EEC z 18 lipca 1989 r., powinien być interpretowany w ten sposób, że jedynie postępowania ostatecznie zakończone do 31 grudnia 1992 r. kwalifikują się zastosowania wyjątku określonego w tym przepisie.

**3.19 ORZECZENIE TRYBUNAŁU Z DNIA 28 MARCA 1995 R.
W SPRAWIE C-324/93 („DIAMORFINA”)
KRÓLOWA PRZECIW MINISTROWI SPRAW WEWNĘTRZNYCH,
EX PARTE EVANS MEDICAL LTD I MACFARLAN SMITH LTD**

Wniosek o wydanie orzeczenia wstępnego: Sąd Najwyższy, Wydział Ławy Królewskiej – Wielka Brytania – Wolny przepływ towarów – Import leku odurzającego (diamorfina)
Sprawa C-324/93
Sprawozdania Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości 1995 r., str. I-0563

Daty:

DOKUMENTU: 28/03/1995

ZŁOŻENIA WNIOSKU: 25/06/1993

Typ procedury: PRZEKAZANIE DO ORZECZENIA WSTĘPNEGO

Sędzia-Sprawozdawca: Murray

Streszczenie

- 1. Art. 30 Traktatu ma zastosowanie do praktyk państwowych zabraniających importu leków odurzających objętych Jednolitą Konwencją o Lekach Odurzających z 1961 r. i podlegających sprzedaży na określonych w niej warunkach.*
- 2. W stopniu, w jakim są to towary przewożone przez granicę dla celów transakcji handlowych, do leków takich stosuje się przepis art. 30 bez względu na charakter transakcji. Fakt, że zakaz importu może wynikać z umowy międzynarodowej poprzedzającej Traktat lub przystąpienie państwa członkowskiego oraz, że państwo członkowskie utrzymuje taki przepis w mocy zgodnie z art. 234, pomimo tego, że stanowi on barierę, nie wyłącza go spod działania art. 30, ponieważ art. 234 jest skuteczny tylko, jeśli umowa nakłada na państwo członkowskie obowiązek, który jest niezgodny z Traktatem.*
- 3. Art. 30 Traktatu należy interpretować, jako wymagający, aby państwo członkowskie zapewniło pełną moc obowiązującą tego przepisu poprzez zaprzestanie stosowania praktyk państwowych sprzecznych z nim, chyba że praktyki takie wynikają z zobowiązań państwa członkowskiego wobec państw nie-członkowskich, określonych w umowie zawartej przed wejściem w życie Traktatu lub przystąpieniem takiego państwa członkowskiego.*
- 4. Jednakże, w postępowaniu o orzeczenie wstępne zadaniem sądu krajowego, nie zaś Trybunału, jest określenie, które zobowiązania nałożone są na dane państwo członkowskie uprzednimi umowami międzynarodowymi oraz upewnienie się co do ich zakresu tak, aby możliwe było określenie stopnia, w jakim uniemożliwiają one zastosowanie art. 30 i 36 Traktatu. W związku z tym, w przypadku gdy umowa międzynarodowa dopuszcza, ale nie*

- wymaga, aby państwo członkowskie przyjęło środek, który zdaje się być niezgodny z prawem Wspólnoty, państwo członkowskie musi powstrzymać się od przyjęcia takiego środka.
5. Praktyka państwowa polegająca na nie udzielaniu zezwoleń na import leków z innego państwa członkowskiego, nie jest objęta wyjątkiem przewidzianym w art. 36 Traktatu, jeśli nie wynika ona z potrzeby zapewnienia przetrwania przedsiębiorstwa, jednak wyjątek taki może zostać wobec niego zastosowany, jeśli ochrona zdrowia i życia ludzi wymaga ochrony sprawdzonego źródła leków dla podstawowych celów leczniczych, a cel taki nie może zostać osiągnięty równie skutecznie z użyciem wobec handlu wewnątrz-wspólnotowego środków mniej restrykcyjnych niż udzielenie produkcji państwowej wyłączności na dostawy.
 6. Dyrektywę 77/62 koordynującą procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy, ze zmianami wprowadzonymi przez Dyrektywę 88/295, należy interpretować jako zezwalającą określonym w niej organom, które pragną pozyskać lek odurzający dla celów medycznych, w tym przypadku diamorfinę, na udzielanie zamówień w oparciu o kryterium zdolności wykonawcy do zapewnienia niezawodnych i ciągłych dostaw dla państwa członkowskiego, którego sprawa dotyczy.
 7. Pod warunkiem, że zostanie wyraźnie określona jako warunek udzielenia zamówienia, pewność dostaw jest jednym z kryteriów jakie można brać pod uwagę na mocy art. 25 dyrektywy w celu określenia najbardziej korzystnej ekonomicznie oferty na dostawy produktu określonym podmiotom.

Strony

W sprawie C-324/93,

PRZEKAZANEJ do Trybunału zgodnie z art. 177 Traktatu EWG przez Sąd Najwyższy (Wydział Ławy Królewskiej) z wnioskiem o wydanie orzeczenia wstępnego w postępowaniu prowadzonych przed tym sądem

między

Królową

i

Ministrem Spraw Wewnętrznych,

występującym w interesie Evans Medical Ltd and Macfarlan Smith Ltd,

Interwenient: Generics (UK) Ltd,

w sprawie interpretacji art. 30, 36 i 234 Traktatu EWG oraz Dyrektywy Rady 77/62/EEC z 21 grudnia 1976 r. koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy (OJ 1977 L 13, p. 1), zgodnie ze zmianami wprowadzonymi przez Dyrektywę Rady 88/295/EEC z dnia 22 marca 1988 r. (OJ 1988 L 127, str. 1),

TRYBUNAŁ

w składzie: G.C. Rodriguez Iglesias, Prezes, F.A. Schockweiler oraz P.J.G. Kapteyn (Prezesi Izb), G.F. Mancini, C.N. Kakaouris, J.L. Murray (Sędzia-Sprawozdawca) oraz D.A.O Edward, Sędziowie.

Rzecznik Generalny: C.O. Lenz,

Sekretarz: L. Hewlett, Administrator,

po rozpatrzeniu pisemnych obserwacji przedstawionych w imieniu:

- Macfarlan Smith Ltd, przez Marka Barnesę, Doradcę Królewskiego;
- Generics (UK) Ltd, przez Michaela Burtona, Doradcę Królewskiego oraz Nicholasa Greena, adwokata
- Wielkiej Brytanii, przez S. Lucinda Hudson, z Departamentu Radcy Skarbu, oraz Richarda Plendera, Doradcę Królewskiego, działających jako pełnomocnicy;
- Rządu Francji, przez Catherine de Salins, Zastępcę Dyrektora w Departamencie Spraw Prawnych Ministerstwa Spraw Zagranicznych; oraz Hélène Duchêne, Sekretarza Spraw Zagranicznych w tym Departamencie, działających jako pełnomocnicy;
- Irlandii, przez Michaela A. Buckley’ą, Głównego Syndyka Państwowego, działającego jako pełnomocnik, oraz Jamesa Hamiltona, adwokata;
- Rządu Portugalii, przez Luisa Fernandesę, Dyrektora Służb Prawnych w Dyrektoracie Generalnym Wspólnot Europejskich w Ministerstwie Spraw Zagranicznych, oraz Marię Luisę Duarte, Doradcę Prawnego w tymże Ministerstwie, działających jako pełnomocnicy;
- Komisji Wspólnot Europejskich, przez Richarda Wainwrighta, Radcę Prawnego, oraz Virginę Melgar, oddelegowaną do Służby Prawnej Komisji, działających jako pełnomocnicy;

Mając na uwadze protokół z rozprawy,

po wysłuchaniu ustnych obserwacji Macfarlan Smith Ltd, reprezentowanej przez Marka Barnesę, Doradcę Królewskiego, oraz Alana Griffithsa, adwokata, Generics (UK) Ltd, reprezentowanej przez Stephena Kona i Micaela Rose, Radców Prawnych, Wielkiej Brytanii oraz Komisji na rozprawie w dniu 5 lipca 1994 r, po wysłuchaniu opinii rzecznika generalnego na posiedzeniu w dniu 4 października 1994 r.,

wydaje następujące orzeczenie.

Podstawy orzeczenia

1. We wniosku z dnia 23 czerwca 1993 r., który wpłynął do Trybunału 25 lipca 1993 r., Sąd Najwyższy (Wydział Ławy Królewskiej) wystąpił o orzeczenie wstępne z art. 177 Traktatu EWG w sprawie dwóch kwestii interpretacji art. 30, 36 i 234 Traktatu EWG oraz Dyrektywy Rady 77/62/EEC z dnia 21 grudnia 1976 r. koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy (OJ 1977 L 13, p. 1), zgodnie ze zmianami wniesionymi przez Dyrektywę Rady 88/295/EEC z dnia 22 marca 1988 r. (OJ 1988 L 127, str. 1) („dyrektywę”).
2. Wątpliwości te powstały w postępowaniu wszczętym z inicjatywy Evans Medical Ltd („Evans”) oraz Macfarlan Smith Ltd („Macfarlan”) przeciwko Sekretarzowi Stanu w Departamencie Spraw Wewnętrznych („Sekretarz Stanu”), wspartym przez Generics (UK) Ltd („Generics”), w związku z importem przez Generics partii diamorfiny pochodzącej z Holandii do Wielkiej Brytanii.
3. Zgodnie z ustawą o nadużywaniu leków odurzających z 1971 r., import diamorfiny jest zabroniony, o ile nie wyrazi na niego zgody Sekretarz Stanu zgodnie z art. 3 ust. 2 pkt (b).
4. Diamorfina, pochodna opium, jest sporadycznie używana jako środek znieczulający w leczeniu medycznym. Praktyka taka jest szczególnie często stosowana w Wielkiej Brytanii, o czym świadczyć może fakt, zgodnie z informacjami dostarczonymi przez sąd krajowy, że 238 z 241 kilogramów diamorfiny użytej dla celów medycznych na całym świecie w 1990 r. zostało wykorzystanych w tym państwie.

5. Diamorfina jest objęta Jednolitą konwencją o lekach odurzających (United Nations Treaty Series 20, str. 204) (Konwencją), która w Wielkiej Brytanii weszła w życie w 1964 r. i która obowiązuje również w innych państwach członkowskich.
6. Konwencja przewiduje w szczególności, że jej Państwa Sygnatariusze powinny:
„przedsięwziąć takie działania legislacyjne i administracyjne, jakie mogą być konieczne (...) aby ograniczyć produkcję, wytwarzanie, eksport, import, dystrybucję, handel i posiadanie leków odurzających wyłącznie do celów medycznych i naukowych” (Art. 4 pkt (c)).;
„wymagać aby handel i dystrybucja leków odurzających podlegała licencji z wyjątkiem przypadków, gdy taki handel lub dystrybucja jest przeprowadzana przez przedsiębiorstwo lub przedsiębiorstwa państwowe” (Art.31 ust. 3 pkt (a)).
7. Do 1992 r., zgodnie z polityką przeważającą w tym czasie w Wielkiej Brytanii, Sekretarz Stanu zabraniał importu diamorfiny i zezwalał firmie Macfarlan na posiadanie wyłącznych praw na wytwarzanie tego produktu, w formie sproszkowanej wytwarzanej z koncentratu słomy makowej importowanej z państw nie-członkowskich oraz firmie Evans na posiadanie wyłącznego prawa do przetwarzania tego produktu (poprzez zamrażanie, dehydrację i pakowanie) dla wykorzystania w medycynie i marketingu w Wielkiej Brytanii.
8. Zdaniem Sekretarzem Stanu, praktyka ta była uzasadniona potrzebą uniknięcia ryzyka przeniknięcia diamorfiny do nielegalnego handlu i zapewnienia właściwego przechowywania zapasów w Wielkiej Brytanii.
9. We wrześniu 1990 r., Sekretarz Stanu odrzucił złożony przez Generics wniosek o licencję na import dostawy diamorfiny z Holandii. Po otrzymaniu zezwolenia, Generics wniosła o rewizję sądową decyzji odmawiającej licencji, pragnąc uzyskać orzeczenie, że decyzja ta była niezgodna z art. 30 Traktatu i nie znajdowała podstawy w art. 36. W trakcie postępowania Sekretarz Stanu przyznał, że odmowa udzielenia licencji dla Generics była nieuzasadniona, i że decyzja ta była weryfikowana.
10. W dwóch pismach z 17 sierpnia 1992 r., Sekretarz Stanu poinformował Evans i Macfarlan, że upoważnił firmę Generics do importu kontyngentu diamorfiny, ponieważ uznał, że obowiązująca wtedy polityka utrudniała handel wewnątrz Wspólnoty, i że pewność dostaw może być zagwarantowana w sposób wystarczający, w pełnej zgodności z prawem Wspólnoty, pomimo wprowadzenia trybu przetargowego.
11. W odpowiedzi powodowie z głównego postępowania wnieśli sprawę do Sądu Najwyższego, występując o wydanie orzeczenia, że uzasadnienie prawne przedstawione w tych pismach, wyjaśniające przyznanie licencji a tym samym odejście od poprzedniej polityki podlega unieważnieniu ze względu na błąd prawny, oraz, że w związku z tym decyzje te powinny zostać uchylone.
12. Powodzi kwestionują stwierdzenie, że wymagania Konwencji są niezgodne z art. 30 i 36 Traktatu. Zgodnie z tym twierdzą, że po pierwsze, przepisy te nie mają zastosowania do handlu lekami odurzającymi z mocy art. 234 Traktatu, ze względu na to, że Konwencja została podpisana zanim Wielka Brytania przystąpiła do Wspólnot, zaś art. 234 Traktatu stanowi, że „Postanowienia niniejszego Traktatu nie naruszają praw i obowiązków wynikających z umów zawartych przed wejściem w życie niniejszego Traktatu pomiędzy jednym lub więcej państwami członkowskimi z jednej strony, oraz jednym lub więcej

państwami trzecimi z drugiej. Tak więc, zdaniem powodów, Konwencja wymaga, aby uprzednie rozwiązania prawne pozostały w mocy.

13. Po drugie, powodzi utrzymują, że nawet jeśli postanowienia art. 30 Traktatu miały zastosowanie, Sekretarz Stanu z jednej strony mógł polegać na przepisie art. 36, aby uzasadnić nie udzielenie firmie Generics licencji na import, z drugiej zaś strony, powinien wcześniej upewnić się, że tryb przetargu mógł być zastosowany, że był on zgodny z Konwencją i, że możliwe było zapewnienie stałości dostaw diamorfiny dla Państwowej Służby Zdrowia.
14. W takich oto okolicznościach sąd krajowy skierował następujące pytania do Trybunału z wnioskiem o wydanie orzeczenia wstępnego:
 - „1. Czy zgodnie z interpretacją art. 30, 36 i 234 Traktatu EWG, państwo członkowskie ma prawo odmówić udzielenia licencji, wymaganej przez prawo tego państwa członkowskiego, na import z innego państwa członkowskiego leków odurzających albo pochodzących z, albo znajdujących się w wolnym obrocie w tym drugim państwie, na podstawie tego, że
 - a) postanowienia art. 30 do 36 nie mają zastosowania do leków odurzających w znaczeniu lub zakresie Jednolitej konwencji o lekach odurzających zawartej 30 marca 1961 r. w Nowym Jorku; i/lub
 - b) zgodność z Konwencją wymagałaby w praktyce arbitralnego rozdzielania kontyngentów między import i wytwórców krajowych; i/lub, że system kontroli przewidziany w Konwencji byłby w innym przypadku mniej efektywny; i/lub
 - c) w przypadku, gdy Wspólnota nie przyjęła żadnej dyrektywy ani innego ograniczenia handlu lekami odurzającymi, które pozwoliłyby na określenie jej „jednym terytorium” w znaczeniu art. 43 Jednolitej Konwencji i zabronienia tym państwom członkowskim, które produkują leki odurzające importu leków odurzających z innego państwa członkowskiego, co zagroziłoby egzystencji jedyne licencjonowanego producenta tych leków w takim państwie członkowskim, oraz, że pewność dostaw takich leków dla podstawowych celów medycznych w tym państwie członkowskim byłaby zagrożona?
 2. Pytanie dotyczące właściwej interpretacji Dyrektywy Rady 77/62 z 21 grudnia 1976r., (OJ 1977 L 13, str. 1, ze zmianami), – Czy organ władzy publicznej, odpowiedzialny za nabywanie podstawowych leków przeciwbólowych do użytku medycznego, jest upoważniony do uwzględniania przy udzielaniu zamówienia na dostawy takiego leku, potrzeby pewności i ciągłości dostaw?”

Stosowność postawionych pytań

15. Po pierwsze, zdaniem Komisji nie ma potrzeby odpowiadać na przedstawione pytania, ponieważ pierwsze pytanie dotyczy zgodności z prawem wspólnotowym praktyki, która została już zaniechana, i która obejmowała zakaz importu diamorfiny z innych państw członkowskich, oraz ponieważ w drugim pytaniu oczekuje się, aby Trybunał dokonał interpretacji prawa wspólnotowego w stosunku do czysto hipotetycznej sytuacji, dokładnie w sytuacji, gdy istnieje już procedura pozyskiwania diamorfiny w ramach dyrektywy.
16. Można jedynie zauważyć, że Sekretarz Stanu doszedł do wniosku, że praktyka państwowa zabraniająca importu diamorfiny była sprzeczna z prawem wspólnotowym, ponieważ

można było zagwarantować pewność jej dostaw na rynek Wielkiej Brytanii, zgodnie z prawem wspólnotowym w ramach dyrektywy. Pytania wstępne zostały więc zadane w celu umożliwienia sądowi krajowemu określenia, czy zmiana praktyki krajowej była rzeczywiście konieczna w celu dostosowania się do prawa wspólnotowego. Sąd Najwyższy będzie więc musiał określić, na podstawie odpowiedzi otrzymanych na swoje zapytania, czy zgodnie z jego własnym prawem krajowym decyzje Sekretarza Stanu powinny być uchylone ze względu na błąd odnoszący się do prawa.

17. Dlatego też niniejszym udziela się odpowiedzi na pytania przedstawione przez sąd krajowy.

Pytanie 1(a)

18. Zadając to pytanie sąd krajowy pragnie dowiedzieć się czy art. 30 Traktatu ma zastosowanie do praktyki krajowej zabraniającej importu leków odurzających objętych Konwencją i podlegających handlowi zgodnie z jej postanowieniami.
19. Zgodnie z orzeczeniami Trybunału w sprawie 221/81 Wolf przeciwko Hauptzollamt Duesseldorf ([1982], ECR 3681) i sprawie 240/81 Einberger przeciwko Hauptzollamt Freiburg ([1982] ECR 3699), leki odurzające objęte Konwencją podlegają, we wszystkich państwach członkowskich, szeregowi środków ściśle regulujących ich import i marketing, co ma zapewnić, że są one używane w państwach członkowskich wyłącznie dla celów farmaceutycznych i medycznych, zgodnie z Konwencją.
20. Zgodnie z orzecznictwem Trybunału, towary przewiezione przez granicę dla celów transakcji handlowych podlegają art. 30 Traktatu, bez względu na naturę takich transakcji (orzeczenie w sprawie C-2/90 Komisja przeciwko Belgii [1992] ECR I-4431, paragraf 26). Ponieważ należą do powyższej grupy towarów, leki objęte Konwencją i podlegające sprzedaży na określonych w niej warunkach, podlegają art. 30.
21. Jest również ustaloną praktyką orzeczniczą, że wszystkie środki, które mogą stanowić przeszkodę, pośrednio lub bezpośrednio, rzeczywiście lub potencjalnie, dla handlu wewnątrz Wspólnoty stanowią barierę w handlu (orzeczenie w Sprawie 8/74 Procureur du Roi przeciwko Dasonville [1974] ECR 837).
22. Zgodnie z tą praktyką, praktyka krajowa zabraniająca importu leków podlega art. 30 Traktatu, ponieważ wpływa ona na handel w wyżej wymieniony sposób.
23. Fakt, że środek taki mógł zostać przyjęty na mocy umowy międzynarodowej poprzedzającej Traktat lub przystąpienie państwa członkowskiego oraz, że państwo członkowskie utrzymuje taki środek zgodnie z art. 234, pomimo tego, że stanowi on barierę, nie wyłącza go spod działania art. 30, ponieważ art. 234 stosuje się tylko w sytuacji, gdy umowa nakłada na państwo członkowskie zobowiązanie, które jest sprzeczne z Traktatem.
24. W odpowiedzi na to pytanie należy zatem stwierdzić, że art. 30 Traktatu stosuje się do praktyki krajowej zabraniającej importu leków odurzających objętych konwencją i podlegających sprzedaży na określonych w niej warunkach.

Pytanie 1(b)

25. Zadając to pytanie, sąd krajowy pragnie zasadniczo dowiedzieć się, czy art. 30 Traktatu należy interpretować, jako oznaczający, że państwo członkowskie musi w pełni wprowadzić w życie takie postanowienie poprzez zaprzestanie praktyki krajowej zabraniającej

- importu diamorfiny, w wypadku, gdy celem takiej praktyki jest, co okazuje się być niezgodne z przepisami wspólnotowymi, wdrożenie przepisów umowy, takiej jak Konwencja o lekach odurzających, która została zawarta przez państwo członkowskie z innym państwem członkowskim oraz państwami nie-członkowskimi, przed wejściem w życie Traktatu lub przystąpieniem tego państwa członkowskiego i przestrzeganie której wymagałoby wprowadzenia ograniczeń ilościowych w stosunku do zainteresowanych przedsiębiorstw oraz wprowadzenia efektywnego systemu kontroli.
26. W tym względzie należy zauważyć, iż jest ustaloną praktyką orzecniczą, że art. 30 Traktatu ma pierwszeństwo przed wszelkimi sprzecznymi z nim przepisami prawa krajowego.
 27. Jednakże, zgodnie z wyjaśnieniem w sprawie C-158/91 Levy [1993] ECR I-4287, celem art. 234 ust. 1 Traktatu jest wyjaśnienie, zgodnie z zasadami prawa międzynarodowego, że stosowanie Traktatu nie wpływa na zobowiązanie państwa członkowskiego, o którym mowa, dotyczące przestrzegania praw państw nie-członkowskich wynikających z wcześniejszej umowy oraz na przestrzeganie wynikających z niej zobowiązań.
 28. Tak więc, aby zdecydować, czy przepis Wspólnoty może być pozbawiony mocy prawnej przez wcześniejszą umowę międzynarodową, konieczne jest zbadanie czy umowa taka nakłada na dane państwo członkowskie zobowiązania, których wypełnianie może być wciąż wymagane przez państwa nie-członkowskie będące stronami takiej umowy (orzeczenie w sprawie Levy, cytowane powyżej, paragraf 13).
 29. Jednakże, w postępowaniu o udzielenie orzeczenia wstępnego, w gestii sądu krajowego a nie Trybunału, jest określenie, które zobowiązania są nałożone przez wcześniejszą umowę międzynarodową na dane państwo członkowskie oraz określenie ich zakresu, co z kolei pozwoli na określenie zakresu w jakim uniemożliwiają one zastosowanie Art. 30 i 36 Traktatu (orzeczenie w sprawie Levy, cytowane powyżej, paragraf 21).
 30. Dlatego też w gestii sądu krajowego leży zbadanie, czy zgodność z Konwencją w odniesieniu do państw nie-członkowskich wymaga wprowadzenia ograniczeń ilościowych w stosunku do zainteresowanych przedsiębiorstw, oraz czy pozwolenie na import uniemożliwiłoby państwu członkowskiemu sprawowanie zakresu kontroli wymaganego Konwencją.
 31. W trakcie postępowania Wielka Brytania stwierdziła, że Konwencja dozwalała, aby państwa sygnatariusze zabraniały importu leków odurzających na ich terytorium, ale nie wymagała, aby przyjęły taki środek.
 32. Jeśli chodzi o to zagadnienie, kiedy umowa międzynarodowa pozwala, ale nie wymaga, aby państwo członkowskie przyjęło środek, który zdaje się być spreczny z prawem Wspólnotowym, państwo członkowskie musi powstrzymać się od przyjmowania takiego środka.
 33. W odpowiedzi na to pytanie należy zatem stwierdzić, że art. 30 Traktatu należy interpretować jako obligujący państwo członkowskie do zapewnienia, że postanowienie takie obowiązuje w pełni, poprzez zaprzestanie sprecznej z nim praktyki krajowej, chyba, że praktyka taka jest konieczna ze względu na obowiązek takiego państwa członkowskiego do przestrzegania jego zobowiązań wobec państw nie-członkowskich, określonych

w umowie zawartej przed wejściem w życie Traktatu lub przystąpieniem takiego państwa członkowskiego.

Pytanie 1(c)

34. Zadając to pytanie sąd krajowy pragnie dowiedzieć się, czy państwo członkowskie ma prawo odmówić udzielenia licencji na import leków odurzających z innego państwa członkowskiego na podstawie tego, że import takich leków z innego państwa członkowskiego zagraża istnieniu jedyne licencjonowanego producenta w pierwszym państwie i zagraża pewności dostaw diamorfiny dla celów medycznych.
35. Art. 36 Traktatu pozwala państwu członkowskiemu na utrzymanie lub wprowadzenie środków zabraniających lub ograniczających handel, jeśli środki te są uzasadnione, między innymi, zasadami moralności publicznej, polityką społeczną, bezpieczeństwem publicznym lub ochroną zdrowia i życia ludzi, oraz pod warunkiem, że nie stanowią one środków arbitralnej dyskryminacji lub ukrytych restrykcji w handlu wewnątrz-wspólnotowym.
36. Jak wynika jasno z orzecznictwa Trybunału, art. 36 odnosi się do środków o naturze nie-ekonomicznej (orzeczenie w Sprawie 238/82 Duphar i Inni przeciwko Holandii [1984] ECR 523). Nie można więc uzasadnić środka ograniczającego handel wewnątrz Wspólnoty pragnieniem państwa członkowskiego zagwarantowania istnienia przedsiębiorstwa.
37. Z drugiej zaś strony, potrzeba zagwarantowania pewności dostaw dla podstawowych potrzeb medycznych w danym państwie może, zgodnie z art. 36 Traktatu, uzasadnić barierę w handlu wewnątrz-wspólnotowym, jeśli celem takim jest ochrona zdrowia i życia ludzi.
38. Należy jednak mieć na uwadze, że wyjątek przewidziany w art. 36 nie może stosować się do przepisów lub praktyk krajowych, jeśli zdrowie lub życie ludzi może być efektywnie chronione przy zastosowaniu środków mniej restrykcyjnych wobec handlu wewnątrz-wspólnotowego (patrz, w szczególności, orzeczenie w Sprawie 104/75 De Peijper [1976] ECR 613, paragraf 17).
39. W odpowiedzi na to pytanie należy zatem stwierdzić, że praktyka krajowa polegająca na odmowie licencji na import leków z innego państwa członkowskiego nie podlega wyjątkowi, o którym mowa w art. 36 Traktatu, jeśli jest ona oparta na potrzebie ochrony istnienia przedsiębiorstwa, wyjątek taki może jednak mieć zastosowanie, jeśli zdrowie i życie ludzi wymaga zapewnienia pewnych dostaw leków dla podstawowych celów medycznych, co nie może być osiągnięte równie efektywnie przy zastosowaniu środków mniej restrykcyjnych dla handlu wewnątrz-wspólnotowego.

Pytanie 2

40. Zadając to pytanie sąd krajowy pragnie upewnić się, że organy określone przez prawodawstwo wspólnotowe dotyczące udzielania zamówień publicznych, w szczególności przez Dyrektywę 77/62 mogą, dla potrzeb pozyskania diamorfiny, udzielić zamówienia na podstawie kryterium możliwości przedsiębiorstw biorących udział w przetargu, zagwarantowania państwu pewności i ciągłości dostaw .
41. Art. 25 ust. 1 Dyrektywy 77/62 stanowi, co następuje:
„Kryteriami, na podstawie których zamawiający może udzielić zamówienia są ...

- a) (...)
- b) albo, gdy następuje wybór oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, różne kryteria związane z danym zamówieniem: w szczególności cena, czas, w jakim dostawa ma być zrealizowana, koszty bieżące, opłacalność, jakość, estetyka, funkcjonalność, serwis i wsparcie techniczne.”
42. Zgodnie z orzeczeniem Trybunału w Sprawie 31/87 Beentjes przeciwko Holandii [1988] ECR 4635, wybierając ofertę najkorzystniejszą ekonomicznie, organy zamawiające mogą wybrać kryteria, jakie zamierzają zastosować, jednak ich wybór może odnosić się tylko do kryteriów mających na celu wybór najbardziej korzystnej ekonomicznie oferty.
43. Orzeczenie to, które dotyczy zamówień publicznych na roboty budowlane, dotyczy również zamówień publicznych na dostawy, w stopniu w jakim nie ma rozbieżności pod tym względem pomiędzy tymi dwoma typami zamówień.
44. Z powyższego wynika, że pewność dostaw jest jednym z kryteriów, jakie mogą być brane pod uwagę zgodnie z art. 25 dyrektywy, w celu określenia najbardziej korzystnej ekonomicznie oferty na dostawy, stosownym organom, produktu takiego jak rozpatrywany w postępowaniu głównym.
45. Jednakże, w takim wypadku pewność dostaw musi być wyraźnie wskazana jako kryterium udzielenia zamówienia, zgodnie z art. 25 ust. 2 Dyrektywy 77/62, który stanowi, co następuje: „... zamawiający obowiązany jest wymienić, w dokumentacji zamówienia lub w ogłoszeniu wszystkie kryteria, które zamierza stosować. Jeżeli to możliwe zamawiający obowiązany jest je wymienić w kolejności wynikającej z przypisywanego im znaczenia.”
46. Rząd Portugalii dowodzi jednak, że specjalny charakter diamorfiny, w szczególności w zakresie środków bezpieczeństwa, jakie muszą być przestrzegane, aby zapobiegać nieuprawnionemu obrotowi produktem, uzasadnia udzielanie zamówienia wybranemu dostawcy bez stosowania zaproszeń do udziału w przetargu ograniczonym lub nieograniczonym. Opiera on swoją opinię na art. 6 ust. 4 dyrektywy, z wprowadzonymi zmianami, który przewiduje, iż:
- „Zamawiający mogą udzielać zamówień na dostawy w ramach procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji ogłoszenia w następujących przypadkach:
- (...)
- jeżeli przedmiot dostawy, z przyczyn technicznych „... może być wyprodukowany lub dostarczony tylko przez określonego dostawcę.”
47. Rząd Francuski, opierając swoją analizę na art. 6 ust. 1 pkt (g) dyrektywy, w jej wersji oryginalnej, która pozwala na udzielanie zamówień wybranemu dostawcy:
- „gdy towary są uznane za tajne lub gdy ich dostawie muszą towarzyszyć specjalne środki ostrożności zgodnie z przepisami określonymi przez ustawę, rozporządzenie lub zarządzenie administracyjne obowiązujące w danym państwie członkowskim, lub kiedy wymaga tego ochrona podstawowych interesów tego państwa.”,
- dochodzi do takiego samego wniosku.
48. W odniesieniu do tych argumentów Trybunał przypomina, iż zawsze utrzymywał (patrz, najnowsze orzecznictwo, orzeczenie w sprawie C-328/92 Komisja przeciwko Hiszpanii [1994] ECR I-1569, paragraf 15), że art. 6 tej dyrektywy, z późniejszymi zmianami, któ-

ry przewiduje wyjątek od ogólnych zasad, w celu zapewnienia efektywności praw ustanowionych przez Traktat w zakresie zamówień publicznych, musi być interpretowany w sposób ścisły.

49. Informacje dostarczone Trybunałowi nie gwarantują na obecnym etapie wyciągnięcia wniosków, że specyficzna natura diamorfiny oraz środki bezpieczeństwa, jakie należy podjąć, aby zapobiec nieuprawnionemu obrotowi tym lekiem uniemożliwiają udzielenie zamówienia w drodze przetargu ograniczonego lub nieograniczonego. Wprost przeciwnie, zdolność oferenta do stosowania właściwych środków ostrożności mogłaby być brana pod uwagę, jako kryterium udzielania zamówienia, zgodnie z art. 25 dyrektywy.
50. Mając na uwadze powyższe względy, odpowiedź na drugie pytanie musi brzmieć, iż Dyrektywę 77/62 należy interpretować, jako upoważniającą organy w niej określone, pragnące pozyskać diamorfinę do udzielania zamówień na podstawie zdolności przedsiębiorstwa biorącego udział w przetargu do zapewnienia pewnych i ciągłych dostaw dla państwa członkowskiego, którego sprawa dotyczy.

Decyzja w sprawie kosztów

Koszty

51. Koszty poniesione przez Wielką Brytanię, Rząd Francuski, Irlandię, Rząd Portugalski oraz Komisję Wspólnot Europejskich, które przesłały swoje obserwacje Trybunałowi nie podlegają zwrotowi. Ponieważ postępowanie to jest dla stron postępowania głównego etapem postępowania przed sądem krajowym, decyzja w sprawie kosztów leży w gestii tego sądu.

Sentencja orzeczenia

Na tej podstawie,

TRYBUNAŁ,

w odpowiedzi na pytania skierowane do niego przez Sąd Najwyższy, Wydział Ławy Królewskiej decyzją z dnia 23 czerwca 1993 r., niniejszym orzeka:

1. Art. 30 Traktatu EWG stosuje się do praktyki krajowej zabraniającej importu leków odurzających objętych Jednolitą konwencją o lekach odurzających z 1961 r. i sprzedawanych na mocy tej Konwencji.
2. Art. 30 Traktatu EWG należy interpretować, jako wymagający od państwa członkowskiego, aby zapewniło, że postanowienie to ma pełną moc obowiązującą poprzez zaprzestanie stosowania sprzecznych z nim praktyk krajowych, chyba, że praktyki takie wynikają z zobowiązań państwa członkowskiego wobec państw nie-członkowskich określonych w umowie zawartej przed wejściem w życie Traktatu lub przystąpieniem takiego państwa członkowskiego.
3. Praktyka krajowa polegająca na odmawianiu licencji na import leków odurzających z innego państwa członkowskiego nie podlega wyjątkom, o których mowa w art. 36 Traktatu EWG, jeśli jest ona oparta na potrzebie zapewnienia przetrwania przedsiębiorstwu, wyjątek taki może jednak mieć zastosowanie, jeśli ochrona zdrowia i życia ludzkiego wymaga ochrony pewnego źródła leków dla podstawowych potrzeb medycznych, a cel ten nie może być osiągnięty równie efektywnie przy zastosowaniu środków mniej restrykcyjnych wobec handlu wewnątrz-wspólnotowego.

4. Dyrektywa Rady 77/62/EEC z dnia 21 grudnia 1976 r. dotycząca koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na dostawy, ze zmianami wprowadzonymi przez Dyrektywę Rady 88/295/EEC z 22 marca 1988 r., powinna być interpretowana jako upoważniająca organy, których dotyczy, pragnące uzyskać diamorfine, do udzielania zamówień na podstawie kryterium możliwości przedsiębiorstwa uczestniczącego w przetargu do świadczenia pewnych i ciągłych dostaw dla danego państwa członkowskiego.

3.20 ORZECZENIE TRYBUNAŁU Z DNIA 11 SIERPANIA 1995 R. W SPRAWIE C-433/93

Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Federalnej Niemiec.

Postępowanie wobec państw członkowskich z powodu nie wywiązywania się ze zobowiązań

Zamówienia publiczne na wykonanie robót budowlanych i dostawy

Sprawa C-433/93

Sprawozdania Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z 1995 r. s. I-2303

Streszczenie

1. *W postępowaniu wszczętym na podstawie art. 169 Traktatu w przedmiocie stwierdzenia, że państwo członkowskie nie zapewniwszy prawidłowego wdrożenia dyrektywy nie wywiązało się ze swoich zobowiązań, poprawki wniesione do prawa krajowego są bez znaczenia dla celów wydania orzeczenia, jeżeli nie weszły w życie przed ukończeniem okresu określonego w umotywowanej opinii.*
2. *Wdrożenie dyrektywy do prawa krajowego niekoniecznie wymaga, by jej postanowienia były wdrożone dosłownie do krajowego porządku prawnego, a ogólny kontekst prawny, w zależności od treści dyrektywy, może być wystarczający, pod warunkiem, że rzeczywiście gwarantuje on pełne zastosowanie dyrektywy w sposób odpowiednio przejrzysty i precyzyjny oraz taki, że ilekroć dyrektywa ma stworzyć prawa podmiotowe dla osób fizycznych, mogą one z nich w pełni korzystać i, jeżeli zajdzie taka potrzeba, powoływać się na nie przed sądami krajowymi.*
3. *Jeżeli chodzi o zasady dotyczące uczestnictwa w przetargach oraz zasady publikowania ogłoszeń o zamówieniach, które są zawarte w dyrektywach koordynujących procedury udzielania zamówień publicznych, to ochrona w ten sposób stworzona byłaby nieskuteczna, jeżeli oferent nie mógłby powoływać się na te przepisy w sporze z instytucją udzielającą zamówienia publicznego, i jeżeli to konieczne, postawić zarzut naruszenia tych przepisów przed sądem krajowym.*
4. *Postanowienia prawa krajowego zastosowane jedynie w postaci zasad administracyjnych, które nie przyznają osobom fizycznym żadnych praw, na które mogłyby się one powołać przed sądami krajowymi, nie gwarantują pełnego wdrożenia dyrektywy.*
5. *Art. 189 ust. 3 Traktatu stanowi, że dyrektywy Wspólnoty muszą być wprowadzane w życie poprzez odpowiednie działania wdrożeniowe podjęte przez państwa członkowskie.*

Jedynie w określonych okolicznościach, szczególnie wtedy, gdy państwo członkowskie nie podjęło wymaganych kroków lub podjęło działania niezgodne z dyrektywą, Trybunał uznał prawo podmiotów dotkniętych na skutek takiego naruszenia prawa do powoływania się na dyrektywę w skargach przeciwko temu państwu. Ta minimalna gwarancja, wynikająca z wiążącego charakteru zobowiązań, nałożonych na państwa członkowskie poprzez dyrektywy na mocy art. 189 ust. 3, nie może usprawiedliwiać państw uchylających się od obowiązku podjęcia w odpowiednim czasie działań wdrożeniowych dla spełnienia celów dyrektyw.

Strony

W Sprawie C-433/95

Komisja Wspólnot Europejskich, reprezentowana przez Hendrika Van Liera, radcę prawnego oraz Angelę Bardenheprzeciwoer, z Biura Prawnego Komisji, działających w charakterze pełnomocników, z adresem dla doręczeń w Luksemburgu w biurze Carlosa Gomeza de la Cruz, także z Biura Prawnego Komisji, Wagner Centre, Kirchberg,

wnioskodawca,

przeciwko

Republice Federalnej Niemiec, reprezentowanej przez Kay Hailbronner, profesora z Uniwersytetu w Konstanz, i Bernd Klope, Regierungsrat w Federalnym Ministerstwie Gospodarki, działających w charakterze pełnomocników,

pozwanemu

WNIOSEK o stwierdzenie, iż nie podejmując, bądź nie informując o podjęciu w przewidzianym przez prawo terminie, działań koniecznych dla spełnienia wymagań Dyrektywy 77/62/EEC, zmienionej przez Dyrektywę Rady 88/295/EEC z dnia 22 marca 1988 r., koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy i odrzucając pewne postanowienia Dyrektywy 80/767/EEC (OJ 1988, L 127, s. 1) oraz wymagania Dyrektywy 71/305/EEC, zmienionej przez Dyrektywę Rady 89/440/EEC z dnia 18 lipca 1989 r., dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, Republika Federalna Niemiec nie wywiązała się ze zobowiązań wynikających uprzednio z Traktatu EWG, teraz z Traktatu WE.

TRYBUNAŁ

w składzie: G.C. Rodriguez Iglesias, Przewodniczący, F.A. Schockweiler, P.J.G. Kapteyn (sprawozdawca) oraz P. Jann (Przewodniczący Izby), G.F. Mancini, C.N. Kakouris, J.C. Motinho de Almeida, J.L. Murray, G. Hirsch, H. Ragnemalm i L. Seprzeciwoon, Sędziowie,
Rzecznik Generalny: M.B. Elmer

Sekretarz: L. Hewlett, Administrator,

po wysłuchaniu protokołu z rozprawy,

po wysłuchaniu ustnych argumentacji obu stron na rozprawie w dniu 7 marca 1995 r.,

po rozpatrzeniu opinii rzecznika generalnego na posiedzeniu 11 maja 1995 r.,

wydaje następujące

orzeczenie

Podstawy prawne orzeczenia

1. Przez złożenie w Sekretariacie Trybunału odpowiedniego wniosku w dniu 3 listopada 1993 r., Komisja Wspólnot Europejskich, na mocy art. 169 Traktatu WE, wszczęła postępowanie w przedmiocie stwierdzenia, iż nie podejmując, bądź nie informując o podjęciu w przewidzianym przez prawo terminie, działań koniecznych dla spełnienia wymagań Dyrektywy 77/62/EEC, zmienionej przez Dyrektywę Rady 88/295/EEC z dnia 22 marca 1988 r., koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy i odrzucając pewne postanowienia Dyrektywy 80/767/EEC (OJ 1988, L 127, s. 1) oraz wymagania Dyrektywy 71/305/EEC, zmienionej przez Dyrektywę Rady 89/440/EEC z dnia 18 lipca 1989 r., dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na wykonanie robót budowlanych, Republika Federalna Niemiec nie wywiązała się ze zobowiązań wynikających uprzednio z Traktatu EWG, teraz z Traktatu WE.
2. Na mocy art. 20 Dyrektywy 88/295 państwa członkowskie były zobowiązane do podjęcia działań koniecznych dla spełnienia wymagań dyrektywy do dnia 1 stycznia 1989 r., a następnie do poinformowania o tym Komisji. Podobnie art. 3 Dyrektywy 89/440 zobowiązywał państwa członkowskie do wdrożenia tej dyrektywy do prawa krajowego nie później niż w rok po jej ogłoszeniu, to znaczy do 19 lipca 1990 r., a następnie do poinformowania o tym Komisji.
3. W celu wdrożenia Dyrektywy 88/295 w Republice Federalnej Niemiec zostały dodane do *Verdingungsordnung fuer Leistungen ausgenommen Bauleistungen Teil A* (Zasady udzielania zamówień publicznych na dostawy, z wyjątkiem zamówień publicznych na wykonywane robót, Część A) (zwane dalej „VOL/A”), paragrafy „a”. Zmieniony tekst został opublikowany pod tytułem „*Neufassung der VOL/A, Ausgabe 1990*” w *Bundesanzeiger* (Federal Gazette) Nr 45A z dnia 6 marca 1990 r.
4. Postanowienia Dyrektywy 89/440 zostały włączone w formie paragrafów „a” do *Verdingungsordnung fuer Bauleistungen, Teil A* (Zasady udzielania zamówień publicznych na wykonywane robót, Część A) (hereafter „VOB/A”). Tekst VOB/A został opublikowany w *Bundesanzeiger* Nr 132 z 19 lipca 1990 r.
5. W dwóch oficjalnych pismach z dnia 27 lutego 1992 r. Komisja stwierdziła, iż Dyrektywy 88/295 i 89/440 nie zostały wdrożone zgodnie z odpowiednimi wymaganiami prawa Wspólnoty. Tam, gdzie dyrektywa ma przyznawać prawa podmiotowe osobom fizycznym, jej wdrożenie wymaga przyjęcia takich postanowień prawnych, by ci, którym przyznano te prawa byli świadomi pełnego ich zakresu, oraz, gdy to konieczne, mogli powoływać się na nie przed sądami krajowymi. Dlatego też wdrożenie dyrektywy na drodze zwykłej administracyjnej praktyki, która w każdej chwili może zostać zmieniona, było niewystarczające.
6. Komisja twierdzi, iż wyżej wspomniane dokumenty powstały na drodze negocjacji odnośnie udzielania zamówień publicznych prowadzonych przez niemieckie komitety. Komitety te, składające się z reprezentantów władz lokalnych, przedsiębiorców, związków zawodowych, były jedynie organami o charakterze prywatnym, nie będącymi częścią administracji publicznej. *Verdingungsordnungen* były zatem niczym więcej, jak tylko prywatnymi zasadami proceduralnymi, nie wiążącymi dla podmiotów zamawiających. Zakładając

nawet, że te zasady stały się postanowieniami administracyjnymi, które, jak twierdzili wysocy urzędnicy administracyjni, były przestrzegane przez instytucje im podległe, nigdy nie stałyby się one przepisami prawnymi i nie przyznałyby praw podmiotowych osobom fizycznym spoza administracji, podczas gdy dyrektywy, o których mowa, miały chronić oferentów przed arbitralnością decyzji podejmowanych przez podmioty zamawiające.

7. W piśmie z dnia 2 lipca 1992 r. Rząd Niemiec przysłał Komisji projekt aktu prawnego zmieniającego Haushaltsgrundsatzgesetz (Ustawę dotyczącą zasad prawa budżetowego) – (zwaną dalej „Prawem budżetowym”) w celu stworzenia podstawy prawnej dla przyjęcia przepisów dotyczących postanowień regulujących udzielanie zamówień, w tym także zamówień publicznych, w które miały być włączone Verdingungsordnungen (zwane dalej „rozwiązaniem budżetowym”).
8. W dniu 3 grudnia 1992 r. Komisja wysłała Republice Federalnej Niemiec dwie umotywowane opinie, w których ponownie przedstawiła szczegółowo argumenty zawarte w oficjalnych pismach. Komisja stwierdziła także, iż nawet jeśli Verdingungsordnungen stałyby się przepisami prawa – co było przewidziane w „rozwiązaniu budżetowym” – projekt ten nie przyznałby praw podmiotowych oferentom, ponieważ Niemiecki Rząd stał na stanowisku, iż ani Dyrektywa 88/295, ani Dyrektywa 89/440, ani wyżej wymieniony projekt nie miały przyznawać żadnych praw osobom fizycznym
9. W liście z 11 marca 1993 r. Rząd Niemiec wysłał Komisji nieco zmodyfikowaną wersję projektu aktu prawnego zmieniającego Prawo budżetowe.
10. Uważając, iż wdrożenie Dyrektywy 88/295 oraz 89/440 poprzez Verdingungsordnungen nie spełni wymogów prawa precedensowego Wspólnoty, Komisja wszczęła obecne postępowanie.
11. The Zweites Gesetz zur Aenderung des Haushaltsgrundsatzgesetzes (Druga ustawa zmieniająca ustawę dotyczącą zasad prawa budżetowego), Bundesgesetzblatt 1993, Część I, s. 1928, została przyjęta 26 listopada 1993 r. i weszła w życie 1 stycznia 1994. Na tej podstawie 26 stycznia 1994 r. Rząd Niemiec przyjął Verordnung ueber die Vergabebestimmungen fuer oeffentliche Auftraege Vergabe przeciwko erordnung (Rozporządzenie dotyczące zasad udzielania zamówień publicznych), Bundesgesetzblatt 1994, Część I, s. 321 (zwane dalej „VGV”) oraz Nachpruefungspraeferenzverordnung (Rozporządzenie dotyczące zasad kontroli), Bundesgesetzblatt 1994, Część I, s. 324. Rząd Niemiec stoi na stanowisku, iż poprzez tę drugą regulację prawną, wdrożył Dyrektywę Rady 89/665/EEC z dnia 21 grudnia 1989 r. koordynującą przepisy i regulacje administracyjne, dotyczące stosowania procedur odwoławczych w udzielaniu zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (dalej zwaną „Dyrektywą 89/665”) Komisja została powiadomiona o przyjęciu tych regulacji prawnych 7 lutego 1994 r.
12. Na mocy art. 1 i 2 VGV, podmioty udzielające zamówień publicznych na dostawy i wykonanie robót budowlanych, o których mowa w par. 51a (1) do (3) Prawa budżetowego, muszą stosować się do zasad udzielania zamówień publicznych, tzn. VOL/A, zmieniona 3 sierpnia 1993 (Bundesanzeiger Nr 175a z 17 września 1993 r.) i VOB/A, zmieniona 12 listopada 1992 (Bundesanzeiger Nr 223a z 27 listopada 1992).

Przedmiot postępowania

13. W pisemnych oświadczeniach strony głównie zajmowały się zagadnieniem, w jakim stopniu środki legislacyjne przewidziane, a następnie przyjęte przez Rząd Niemiec w celu wprowadzenia „rozwiązania budżetowego”, wdrożyły Dyrektywy 88/295 i 89/440 do przepisów prawa krajowego.
14. Jednakże podczas rozprawy Komisja podkreśliła, iż domaga się jedynie stwierdzenia, że Republika Federalna Niemiec nie wywiązała się ze zobowiązań z tytułu Traktatu w okresie do 3 lutego 1993 r., czyli do dnia, w którym termin określony w umotywowanych opiniach się skończył, kiedy Dyrektywy 88/295 i 89/440 nie były jeszcze prawidłowo wdrożone.
15. Zgodnie z orzecznictwem Trybunału (patrz orzeczenie w Sprawie C-80/92 Komisja przeciwko Belgii [1994] ECR I-1019, par. 19) zmiany dokonane w prawie krajowym są nieistotne dla orzeczenia w postępowaniu w sprawie nie wywiązywania się ze zobowiązań, jeśli ich nie wprowadzono przed wygaśnięciem okresu określonego w umotywowanej opinii.
16. Zatem w obecnym postępowaniu wystarczy sprawdzić, czy 3 lutego 1993 r. wdrożenie Dyrektyw 88/295 i 89/440 w postaci paragrafów „a” w, odpowiednio, VOL/A, opublikowanym pod tytułem „Neufassung der VOL/A. Ausgabe 1990” w Bundesanzeiger Nr 45A z 6 marca 1990 r., i VOB/A, opublikowanym w Bundesanzeiger Nr 132 z 19 lipca 1990 r., spełnia wymagania prawa wspólnotowego i nie będzie konieczne rozpatrywanie „rozwiązania budżetowego”.

Kwestia czy postępowanie ma oparcie w prawie

17. Zdaniem niemieckiego rządu, prawo krajowe obowiązujące przed 3 lutym 1993 r. pozwalało już na prawidłowe stosowanie Dyrektyw 88/295 i 89/440. Na poziomie federalnym, na poziomie Landów i gmin podmioty zamawiające zobowiązane są działać zgodnie z postanowieniami w Verdingungsordnungen.
18. Należy zauważyć, iż Trybunał zawsze podkreślał (patrz zwłaszcza orzeczenie w Sprawie C-361/88 Komisja przeciwko Niemcom [1991] ECR I-2567, par. 15), że wdrażanie dyrektywy do krajowego systemu prawnego nie wymaga, by jej postanowienia były wdrożone dosłownie do krajowego porządku prawnego, a ogólny kontekst prawny, w zależności od treści dyrektywy, może być wystarczający, pod warunkiem, że rzeczywiście gwarantuje on pełne zastosowanie dyrektywy w sposób odpowiednio przejrzysty i precyzyjny i taki, że ilekroć dyrektywa ma stworzyć prawa dla osób fizycznych, mogą one z nich w pełni korzystać i, jeżeli zajdzie taka potrzeba, powoływać się na nie przed sądami krajowymi.
19. Należy także zauważyć, że zasady dotyczące uczestnictwa i ogłoszeń w dyrektywach koordynujących procedury udzielania zamówień publicznych mają za zadanie chronić oferentów przed arbitralnością decyzji podmiotów zamawiających (patrz orzeczenie w Sprawie 31/87 Beentjes przeciwko Holandii [1988] ECR 4635, par. 42). Taka ochrona byłaby nieskuteczna, jeżeli oferent nie mógłby powoływać się na te przepisy i jeżeli to konieczne, postawić zarzut naruszenia tych przepisów przed sądem krajowym.
20. Rząd Niemiec nie zaprzecza, że w terminie określonym w umotywowanych opiniach, Verdingungsordnungen stosowane jedynie jako zasady administracyjne, nie przyznawały

- osobom fizycznym żadnych praw, na które można byłoby się powołać przed sądami krajowymi.
21. Niemiecki Rząd dowodzi, iż dopiero wraz z przyjęciem Dyrektywy 89/665 ustalono zasady określające procedury, które należy stosować w postępowaniu w sprawach o naruszenie Dyrektyw 88/295 i 89/440. W każdym razie, zdaniem Rządu Niemiec, z orzecznictwa dotyczącego bezpośredniego skutku dyrektyw wynika, że osoby fizyczne mogą powoływać się na nie przed sądami krajowymi w postępowaniach przeciwko władzom publicznym, jeśli naruszyły one zasady udzielania zamówień określone w tych dyrektywach.
 22. Argument dotyczący Dyrektywy 89/665 jest bez znaczenia. Rząd Niemiec sam przyznał, że dyrektywa została całkowicie wdrożona do prawa krajowego dopiero z przyjęciem wyżej wspomnianego Nachprüfungsgegenüberordnung w dniu 26 stycznia 1994 r. zgodnego z Prawem budżetowym.
 23. W każdym razie przyjęcie Dyrektywy 89/665 nie ma żadnego związku z wdrożeniem Dyrektyw 88/295 i 89/440. Jak wynika z pierwszego i drugiego punktu wstępu do Dyrektywy 89/665, ogranicza się ona do wsparcia istniejących już mechanizmów na poziomie zarówno krajowym, jak i wspólnotowym, których celem jest zapewnienie skuteczniejszego stosowania dyrektyw Wspólnoty dotyczących udzielania zamówień publicznych, szczególnie na etapie, na którym naruszenia tych przepisów mogą być naprawione;
 24. Nie można też zaakceptować argumentu związanego z bezpośrednim skutkiem Dyrektyw 88/195 i 89/440. Zgodnie z art. 189 Traktatu ust. 3 dyrektywy Wspólnoty muszą być wdrażane poprzez podjęcie odpowiednich kroków przez państwa członkowskie. Tylko w specyficznych okolicznościach, szczególnie w przypadkach, kiedy państwo członkowskie nie podjęło wymaganych kroków bądź podjęło kroki niezgodne z dyrektywą, Trybunał uznał prawo podmiotów tym dotkniętych do powoływania się na dyrektywy w sprawach o roszczenia wobec państw członkowskich. Ta minimalna gwarancja, wynikająca z wiążącego charakteru zobowiązań nałożonych na państwa członkowskie przez dyrektywy na mocy art. 189 ust. 3, nie może usprawiedliwiać państw uchylających się od obowiązku podjęcia, w odpowiednim czasie, działań wdrożeniowych dla spełnienia celów każdej z dyrektyw (patrz, zwłaszcza orzeczenie w Sprawie 102/79 Komisja przeciwko Belgii [1980] ECR 1473, par. 12).
 25. Ponieważ władze Niemiec nie wdrożyły Dyrektyw 88/295 oraz 89/440 w wyznaczonym terminie, wniosek Komisji o stwierdzenie nie wywiązania się ze zobowiązań w tym względzie musi zostać podtrzymany.
 26. Należy zatem stwierdzić, że nie przyjmując w ustanowionym przez prawo okresie ustaw, regulacji prawnych i postanowień administracyjnych koniecznych dla spełnienia wymagań z tytułu Dyrektywy 88/295/EEC oraz 89/440/EEC, Republika Federalna Niemiec nie wywiązała się ze zobowiązań wynikających z Traktatu WE.

Decyzja dotycząca kosztów sądowych

Koszty

27. Na mocy art. 69 ust. 2 Zasad procesowych, strona przegrywająca jest obciążona kosztami sądowymi, jeżeli wnioskuje o to strona wygrywająca. Ponieważ Republika Federalna Niemiec jest stroną przegrywającą, powinna być obciążona kosztami.

Orzeczenie

Na tej podstawie

TRYBUNAŁ

niniejszym

1. Stwierdza, iż nie przyjmując, w określonym przez prawo terminie, ustaw, regulacji prawnych i postanowień administracyjnych, koniecznych dla spełnienia wymagań Dyrektywy 77/62/EEC, zmienionej przez Dyrektywę Rady 88/295/EEC z dnia 22 marca 1988 r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na dostawy i odrzucając pewne postanowienia Dyrektywy 80/767/EEC oraz wymagań Dyrektywy 71/305/EEC zmienionej przez Dyrektywę Rady 89/440/EEC z dnia 18 lipca 1989 r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na wykonanie robót budowlanych, Republika Federalna Niemiec nie wywiązała się ze zobowiązań wynikających uprzednio z Traktatu EWG, teraz z Traktatu WE;
2. Nakazuje Republice Federalnej Niemiec zapłacić koszty sądowe.

3.21 ORZECZENIE TRYBUNAŁU (IZBY PIĄTEJ) Z DNIA 28 MARCA 1996 R. W SPRAWIE C-318/94

Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Federalnej Niemiec.

Niewywiązywanie się ze zobowiązań – zamówienia publiczne na wykonanie robót budowlanych – nieopublikowanie ogłoszenia o zamówieniu.

Sprawa C-318/94

Sprawozdania Trybunału Sprawiedliwości z 1996 r. s. I-1949

Streszczenie

Zgodnie z art. 9 pkt (d) Dyrektywy 71/305 dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, w jej wersji oryginalnej, oraz na mocy art. 5 ust. 3 pkt (c) w wersji zmienionej Dyrektywą 89/440, można ominąć procedurę przetargową i przejść do procedury negocjacyjnej, jeżeli jest spełnionych jednocześnie kilka warunków, między innymi wystąpienie nieprzewidzianej okoliczności. Jeżeli któryś z tych warunków nie jest spełniony, zastosowanie procedury negocjacyjnej jest nieusprawiedliwione.

Fakt, iż pewien organ państwa członkowskiego, który jest obowiązany, w procedurze ustalonej w prawie wewnętrznym państwa, zatwierdzić projekt, może, przed upływem okresu przewidzianego dla tych celów, wnieść zastrzeżenia, nie może stanowić nieprzewidzianej okoliczności.

Państwo członkowskie, którego właściwe władze zdecydują się nie udzielać zamówienia publicznego na wykonanie robót na drodze procedury otwartej z powodu opóźnienia wynikającego z faktu, iż pewien organ nie zatwierdził pierwotnych planów prac i udzielił zamówień publicznych na część w drodze procedury negocjacyjnej bez uprzedniego opublikowania ogłoszenia o zamówieniu, nie dotrzymają zobowiązań wynikających z dyrektywy.

Strony

W Sprawie C-318/94,

Komisja Wspólnot Europejskich, reprezentowana przez Hendrika Van Liera, radcę prawnego i, początkowo, Angelę Bardenhever, a następnie, Claudię Schmidt, z Biura Prawnego Komisji, z adresem dla doręczeń w Luksemburgu w biurze Carlosa Gomeza de la Cruz, także z Biura Prawnego Komisji, Wagner Centre, Kirchberg,

powód

przeciwko

Republice Federalnej Niemiec, reprezentowanej przez Ernsta Roedera, Ministerialrat w Federalnym Ministerstwie Gospodarki oraz Gereona Thiele, eksperta w kwestiach prawnych w tym samym ministerstwie, działających w charakterze pełnomocników, D-53107 Bonn, pozwanemu

WNIOSEK o uznanie, że wraz z udzieleniem przez Urząd ds. Dróg Wodnych i Żeglugi w Emden zamówienia publicznego na pogłębienie rzeki Ems w jej dolnym odcinku, pomiędzy miastami Papenburg i Oldersum, na drodze procedury negocjacyjnej bez uprzedniego opublikowania ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich, Republika Federalna Niemiec nie wypełniła zobowiązań wynikających z Dyrektywy Rady 71/305/EEC z dnia 26 lipca 1971 r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (OJ 1971 (II), s. 682), zmienionej przez Dyrektywę Rady 89/440/EEC z dnia 18 lipca 1989 r. (OJ 1989, L 210, s. 1).

TRYBUNAŁ (Piąta Izba),

w składzie: D.A.O. Edward, Przewodniczący Izby, J.C. Moitinho de Almeida, P. Jann (Sędzia-Sprawozdawca), L. Sevón i M. Wathelet, Sędziowie,

Rzecznik Generalny: M. B. Elmer,

Sekretarz: R. Grass,

po rozpatrzeniu raportu sędziego-sprawozdawcy,

po rozpatrzeniu opinii rzecznika generalnego na posiedzeniu 8 lutego 1996 r.,

wydaje następujące

orzeczenie

Podstawy orzeczenia

1. Przez złożenie wniosku w Sekretariacie Trybunału w dniu 6 grudnia 1994 r., Komisja Wspólnot Europejskich, na podstawie art. 169 Traktatu WE, wszczęła postępowanie w przedmiocie stwierdzenia, iż wraz z udzieleniem przez Urząd ds. Dróg Wodnych i Żeglugi w Emden zamówienia publicznego na pogłębienie rzeki Ems w jej dolnym odcinku, pomiędzy miastami Papenburg i Oldersum, na drodze procedury negocjacyjnej bez uprzedniego opublikowania ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich, Republika Federalna Niemiec nie wypełniła zobowiązań wynikających z Dyrektywy Rady 71/305/EEC z dnia 26 lipca 1971 r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (OJ 1971 (II), s. 682), zmienionej przez Dyrektywę Rady 89/440/EEC z dnia 18 lipca 1989 r. (OJ 1989, L 210, s. 1, zwanej dalej „Dyrektywą”).

2. We wrześniu 1989 r., na polecenie miasta Papenburg, sporządzono plan zmiany koryta rzeki Ems w jej dolnym odcinku, tak by uczynić ją dostępną dla statków typu „Panama” o zanurzeniu 6,8 metra. Pogłębienie rzeki Ems na tym odcinku miało bardzo duże znaczenie gospodarcze dla regionu. W dodatku w 1990 roku Stocznia Meyer-Werft, największy pracodawca w regionie, podpisała kontrakt na dostarczenie do dnia 18 lutego 1992 roku statku typu „Panama”. Ustalono też karę umowną w wysokości 80 tys. USD dziennie, jaką będzie musiała zapłacić stocznia w przypadku nie wywiązania się z umowy w terminie. Dostarczenie statku było możliwe dopiero po ukończeniu prac na rzece.
3. Według prawa Republiki Federalnej Niemiec, plany pogłębienia rzeki Ems musiały być zatwierdzone w procedurze wymagającej zgody przede wszystkim Zarządu Regionu Weser-Ems. W końcu maja 1991 roku, w terminie przewidzianym na zakończenie tej procedury, Zarząd Regionu Weser-Ems, który wcześniej nie zgłaszał żadnych sprzeciwów, przysłał zawiadomienie, że nie może zatwierdzić projektu ze względów ekologicznych. Podjęto wówczas decyzję o kontynuowaniu procedury, by uzyskać zgodę jedynie dla tej części projektu, która przewidywała tymczasowe pogłębienie koryta rzeki, żeby umożliwić przepłynięcie statku budowanego w stoczni Meyer-Werft. Plany na ten częściowy projekt zostały ostatecznie zatwierdzone 15 sierpnia 1991 roku.
4. Jednakowoż, 15 kwietnia 1991 roku, Urząd ds. Dróg Wodnych i Żeglugi w Emden (zwany dalej „Urzędem”), który zamierzał zlecić prace zgodnie z procedurą otwartą, wysłał wcześniejsze ogłoszenie informacyjne o przewidywanych pracach, które zostało opublikowane w dodatku do Dziennika Urzędowego Wspólnot Europejskich w dniu 20 kwietnia 1991 roku.
5. Na skutek opóźnień związanych z zatwierdzeniem planów, Urząd zdecydował się zaniechać procedury otwartej i udzielić zamówienia publicznego na drodze procedury negocjacyjnej bez uprzedniego opublikowania ogłoszenia o zamówieniu. Zamówienia udzielono 15 sierpnia 1991 roku zgodnie z tą drugą procedurą.
6. Pismem z dnia 12 listopada 1991 roku Komisja wszczęła, na mocy art. 169 Traktatu, postępowanie w sprawie naruszenia przez Republikę Federalną Niemiec, twierdząc, że Republika Federalna Niemiec dopuściła się naruszenia zasad określających procedurę udzielania zamówień publicznych na wykonanie robót budowlanych. Komisja zwróciła uwagę, że w tym przypadku wybór procedury negocjacyjnej nie może być uzasadniony na mocy art. 5 ust. 3 pkt c dyrektywy. W piśmie z 6 marca 1992 roku rząd Niemiec zakwestionował ten argument.
7. W umotywowanej opinii z dnia 27 kwietnia 1993 roku Komisja ponownie przedstawiła swój punkt widzenia i wezwała rząd Niemiec do podjęcia kroków koniecznych dla podporządkowania się tej opinii, a dokładnie do zawieszenia zarówno tego zamówienia, jak wszystkich innych zamówień negocjowanych na tych samych warunkach, w ciągu dwóch miesięcy od dnia otrzymania opinii.
8. W oświadczeniu z 28 września 1993 roku, Rząd Niemiec podkreślił, iż było rzeczą nieodzowną, by prace zostały ukończone 18 lutego 1992 roku, w dniu, w którym statek miał być dostarczony, a zatem należało ją rozpocząć nie później niż w połowie sierpnia 1991 roku. Wobec trudności wynikłych w procedurze zatwierdzenia planów, nie można było przeprowadzić procedury nieograniczonej, gdyż trwałaby przynajmniej 72 dni.

9. Komisja stała na stanowisku, iż powyższe wyjaśnienie było niewystarczające i wniosła powyższą skargę.
10. Konieczne jest rozstrzygnięcie, czy Republika Federalna Niemiec miała prawo, na mocy art. 5 ust. 3 pkt (c) dyrektywy, udzielić owego zamówienia na drodze procedury negocjacyjnej bez uprzedniego opublikowania ogłoszenia o zamówieniu. Artykuł 5 ust. 3 pkt (c) stanowi, że:
„Zamawiający mogą udzielić zamówienia na wykonanie robót budowlanych w drodze procedury negocjacyjnej bez uprzedniego opublikowania ogłoszenia o zamówieniu w następujących przypadkach:
(...)
(c) jeżeli w sytuacji niezbędnej konieczności, ze względu na wyjątkowo pilny charakter sprawy, związany z wydarzeniami, których zamawiający nie mógł przewidzieć terminy przewidziane dla procedury otwartej, ograniczonej i negocjacyjnej, o której mowa w ust. 2, nie mogą być dotrzymane. Nieprzewidziane okoliczności, na które powołują się zamawiający nie mogą w żadnym razie być wywołane przez zamawiających...”.
11. Zanim Dyrektywa 71/305 została zmieniona przez Dyrektywę 89/440, art. 9 wcześniejszej dyrektywy stanowił, że:
„Zamawiający mogą udzielić zamówień na wykonanie robót budowlanych bez stosowania postanowień niniejszej dyrektywy, z wyjątkiem tych określonych w art. 10, w następujących wypadkach:
(...)
(d) o ile jest to absolutnie konieczne, gdy w sytuacjach nagłych, powstałych wyniku okoliczności nieprzewidzianych przez podmioty zamawiające, terminy ustalone dla innych procedur nie mogą być dotrzymane ...”.
12. W stopniu, w jakim art. 5 ust. 3 (c) dyrektywy odtwarza tekst poprzedniego art. 9 pkt (d), postanowienia te powinny być tak samo interpretowane.
13. Trybunał utrzymuje, że postanowienia art. 9 Dyrektywy 71/305 dopuszczające odstępstwo od zasad, które mają zapewnić skuteczność praw nadanych na mocy Traktatu w związku z zamówieniami publicznymi na wykonanie robót budowlanych, powinny być interpretowane ściśle a obowiązek udowodnienia zaistnienia wyjątkowych okoliczności, usprawiedliwiających skorzystanie z tego wyjątku spoczywa na osobie, która powołuje się na te okoliczności. (Sprawa C-57/94 Komisja przeciwko Włochom [1995] ECR I-1249, par. 23).
14. Trybunał utrzymuje, iż zgodnie z art. 9 pkt (d) Dyrektywy 71/305 wyjątek zwalniający z obowiązku opublikowania ogłoszenia o zamówieniu, ma zastosowanie tylko w wypadkach, gdy są spełnione jednocześnie trzy warunki: zaistnienie nieprzewidzianych okoliczności, nagła sytuacja, uniemożliwiająca dotrzymanie terminów dla innych procedur i wreszcie związek przyczynowo-skutkowy pomiędzy nieprzewidzianymi okolicznościami a sytuacją nagłą z nich wynikłą (Sprawa C-107/92 Komisja przeciwko Włochom [1995] ECR I-4655, par. 12). Jeżeli choć jeden z wyżej wymienionych warunków nie jest spełniony, zastosowanie procedury negocjacyjnej nie może być usprawiedliwione.

15. Zdaniem Rządu Niemiec, zdarzeniem, którego podmioty zamawiające nie mogły przewidzieć była całkowicie niespodziewana odmowa udzielenia zgody przez Zarząd Regionu Weser Ems.
16. Ten argument nie może być podtrzymany.
17. Należy podkreślić, iż aby brać pod uwagę publiczne i prywatne interesy, wchodzące w grę w procedurach zatwierdzania projektów robót budowlanych, państwa członkowskie mogą przekazać, osobom fizycznym lub prawnym, których dany projekt dotyczy, pewne prawa, które odpowiednie władze muszą respektować.
18. Sytuację, w której organ mający zatwierdzić projekt zgłasza zastrzeżenia, które ma prawo zgłosić i robi to w terminie ustalonym dla tego celu, można przewidzieć w procedurze zatwierdzania planów.
19. Dlatego też odmowa Zarządu Regionu Weser Ems zatwierdzenia projektu na pogłębienie rzeki Ems na jej dolnym odcinku, zobowiązująca właściwe władze do zmiany projektu, nie może być uznana przez podmiot zamawiający za nieprzewidzianą okoliczność, w znaczeniu ustalonym w art. 5 ust. 3 pkt (c) dyrektywy.
20. Wynika z tego, nawet bez konieczności ustalania, czy inne warunki zostały spełnione w tym wypadku, że wraz z udzieleniem przez Urząd ds. Dróg Wodnych i Żeglugi w Emden zamówienia publicznego na pogłębienie rzeki Ems na jej dolnym odcinku, pomiędzy miastami Papenburg i Oldersum, w drodze procedury negocjacyjnej bez uprzedniego opublikowania ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich, Republika Federalna Niemiec nie wypełniła zobowiązań wynikających z Dyrektywy Rady 71/305/EEC z dnia 26 lipca 1971 r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, zmienionej przez Dyrektywę Rady 89/440/EEC z dnia 18 lipca 1989 r.

Decyzja dotycząca kosztów sądowych

Koszty

21. Na mocy art. 69 ust. 2 Zasad procesowych, strona przegrywająca jest obciążona kosztami sądowymi. Ponieważ Republika Federalna Niemiec jest stroną przegrywającą, musi być obciążona kosztami.

Sentencja orzeczenia

Na tej podstawie

TRYBUNAŁ (Piąta Izba)

niniejszym:

1. Stwierdza, iż wraz z udzieleniem przez Urząd ds. Dróg Wodnych i Żeglugi w Emden zamówienia publicznego na pogłębienie rzeki Ems na jej dolnym odcinku, pomiędzy miastami Papenburg i Oldersum, w drodze procedury negocjacyjnej bez uprzedniego opublikowania ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich, Republika Federalna Niemiec nie wypełniła zobowiązań wynikających z Dyrektywy Rady 71/305/EEC z dnia 26 lipca 1971 r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, zmienionej przez Dyrektywę Rady 89/440/EEC z dnia 18 lipca 1989 r.;
2. Nakazuje Republice Federalnej Niemiec pokryć koszty.

3.22 ORZECZENIE TRYBUNAŁU (IZBY PIĄTEJ) Z DNIA 2 MAJA 1996 R. W SPRAWIE C-311/95

Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Greckiej

Niewywiązanie się ze zobowiązań – Dyrektywa 92/50/EEC

Sprawa C-311/95

Sprawozdania Trybunału Sprawiedliwości 1996 str. I-2433

Data:

AKT: 02/05/1996

WNIOSEK: 29/09/1995

Rodzaj postępowania: POSTĘPOWANIE DOTYCZĄCE NIE WYWIĄZANIA SIĘ ZE ZOBOWIĄZAŃ PRZEZ KRAJ CZŁONKOWSKI – PRZYJĘTE

Przedmiot: ZBLIŻANIE PRAWODAWSTWA

Streszczenie

Stosowanie jedynie administracyjnych procedur, które z natury ulegają zmianom wprowadzanym przez władze publiczne, oraz które nie są wystarczająco upubliczniane, nie może być traktowane jako właściwe wykonanie obowiązków państw członkowskich wynikających z dyrektywy, zgodnie z art. 189 Traktatu.

W sprawie C-311/95,

Komisja Wspólnot Europejskich, reprezentowana przez Dimitrios Gouloussis, doradcę prawnego, działającego jako pełnomocnik, prowadzący działalność w Luksemburgu w biurze Carlosa Gomez de la Cruz – doradcy prawnego przy Komisji, Wagner Centre, Kirchberg, wnoszący

przeciwko

Republice Greckiej, reprezentowanej przez Ioanna Galani-Maragkoudaki, specjalnego asystenta doradcy prawnego w Departamencie Prawnym Ministerstwa Spraw Zagranicznych, oraz Dimitra Tsagkaraki, doradcę Zastępcy Ministra Spraw Zagranicznych, działających jako pełnomocnicy, prowadzący działalność w Luksemburgu przy Ambasadzie Greckiej, 117 Sa-inte-Croix,

pozwanemu

WNIOSEK o wydanie oświadczenia, że poprzez nie przyjęcie i nie poinformowanie Komisji w wymaganym czasie o przyjęciu niezbędnych przepisów i aktów administracyjnych, w celu wypełnienia postanowień Dyrektywy Rady 92/50/EEC z dnia 18 czerwca 1992 r., dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi (OJ 1992 L 209), Republika Grecka nie wywiązała się ze zobowiązań wynikających z Traktatu WE.

TRYBUNAŁ (Izba Piąta)

W składzie: D.A.O. Edward, Przewodniczący Izby, J.P. Puissechet, P. Jann (Sprawozdawca), L. Sevon oraz M. Wathelet, Sędziowie ,

Rzecznik Generalny: C.O Lenz,

Sekretarz: R. Grass

Biorąc pod uwagę sprawozdanie sędziego-sprawozdawcy,
po wysłuchaniu opinii rzecznika generalnego podczas posiedzenia w dniu 14 marca 1996 r.,
wydaje następujące

Orzeczenie

Podstawy orzeczenia

1. Pismem wniesionym do Sekretariatu Trybunału w dniu 29 września 1995 r., Komisja Wspólnot Europejskich wniosła powództwo zgodnie z art. 169 Traktatu WE o uznanie, że poprzez nie przyjęcie i nie poinformowanie Komisji w wymaganym czasie o przyjęciu niezbędnych przepisów i aktów administracyjnych w celu wypełnienia postanowień Dyrektywy Rady 92/50/EEC z dnia 18 czerwca 1992 r., dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi (OJ 1992 L 209 str. 1, dalej zwana „dyrektywą”), Republika Grecka nie wywiązała się ze zobowiązań wynikających z Traktatu WE.
2. Zgodnie z art. 44 ust. 1 dyrektywy państwa członkowskie mają obowiązek przyjąć przepisy i akty administracyjne w celu wdrożenia postanowień dyrektywy oraz poinformować o tym niezwłocznie Komisję, przed 1 lipca 1993 r.
3. Ponieważ Komisja nie została poinformowana o środkach przyjętych przez Republikę Grecką, mających na celu wdrożenie postanowień dyrektywy, w dniu 9 sierpnia 1993 r. wręczyła Rządowi Greckiemu oficjalne pismo zwracając się o złożenie w ciągu dwóch miesięcy wyjaśnień.
4. Z uwagi na brak odpowiedzi, w dniu 6 maja 1994 r., Komisja wysłała Rządowi Greckiemu umotywowaną opinię, wzywając do podjęcia potrzebnych kroków w celu dostosowania się podczas dwóch miesięcy do wymogów dyrektywy.
5. Komisja nie otrzymała odpowiedzi i wniosła niniejsze powództwo.
6. Rząd Grecki nie kwestionuje, że nie wdrożył przepisów dyrektywy do prawodawstwa krajowego w wyznaczonym terminie. Niemniej jednak, zwraca się o oddalenie wniosku. Twierdzi, że najpierw w listopadzie 1994 r., decyzją Ministerstwa Gospodarki Narodowej utworzył komitet w celu opracowania wstępnych przepisów prawnych służących do wdrożenia przepisów dyrektywy. Po drugie, Ministerstwo Środowiska, Planowania i Robót Publicznych wystosowało do wszystkich organów publicznych tekst dyrektywy w postaci okólnika ministerialnego z 27 sierpnia 1993 r., zawierającego tymczasowe instrukcje stosowania dyrektywy. I na koniec, Ministerstwo opracowało projekt rozporządzenia prezydenckiego nakazującego dostosowanie krajowego porządku prawnego do wszystkich przepisów dyrektywy.
7. [Trybunał] konsekwentnie utrzymuje, że stosowanie jedynie administracyjnych procedur, które z natury ulegają zmianom wprowadzanym przez władze publiczne, oraz które nie są wystarczająco upubliczniane, nie może być traktowane jako właściwe spełnienie zobowiązań państwa członkowskiego wynikających z postanowień Traktatu (patrz między innymi, sprawa C-242/94 Komisja przeciwko Hiszpanii {1995} ECR I-3031, paragraf 6). Argument Rządu Greckiego, opierający się na rozpowszechnionym okólniku ministerialnym nie może dlatego być przyjęty.

8. Ponieważ wdrożenie przepisów dyrektywy nie miało miejsca w wyznaczonym terminie, wniosek Komisji w tym względzie musi być uznany jako prawidłowo uzasadniony.
9. W konsekwencji, należy stwierdzić, że poprzez nie przyjęcie w wyznaczonym terminie niezbędnych przepisów i aktów administracyjnych w celu wdrożenia postanowień dyrektywy, Republika Grecka nie wywiązała się ze zobowiązań wynikających z art. 44 ust. 1 dyrektywy.
(...)

Sentencja orzeczenia

Na tych podstawach,

TRYBUNAŁ (Izba Piąta)

niniejszym:

1. Uznaje, że poprzez nie przyjęcie w wyznaczonym terminie niezbędnych przepisów i aktów administracyjnych w celu wdrożenia postanowień Dyrektywy 92/50/EEC z dnia 18 czerwca 1992 roku dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi, Republika Grecka nie wywiązała się ze zobowiązań wynikających z art. 44 ust. 1 tej dyrektywy.
2. Nakazuje Republice Greckiej pokrycie kosztów.

3.23 ORZECZENIE TRYBUNAŁU (TRZECIEJ IZBY)

Z DNIA 18 GRUDNIA 1997 R. W SPRAWIE C-5/97 („BALLAST”)

Ballast Nedam Groep NV przeciwko Belgii.

Autor wniosku o orzeczenie wstępne: Raad van State – Belgia.

Wolność świadczenia usług – Zamówienia publiczne na roboty budowlane – rejestracja wykonawców – Podmiot, jaki należy dopuścić

Sprawa C-5/97

Sprawozdania Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości 1997 strona I-7549

Strony

w sprawie C-5/97,

WNIOSEK Raad van State, Belgia do Trybunału na podstawie art. 177 Traktatu EWG, o wydanie orzeczenia wstępnego w toczącym się postępowaniu między Ballast Nedam Groep NV a

Belgią

w sprawie interpretacji orzeczenia Trybunału z 14 kwietnia 1994 r. w sprawie C-389/92 Ballast Nedam Groep [1994] ECR I-1289,

TRYBUNAŁ

(Trzecia Izba),

w składzie: J.C. Moitinho de Almeida, pełniący rolę Przewodniczącego Izby, J.-P. Puissochet (Sekretarz) i L. Sevón, Sędziowie,

Rzecznik Generalny: A. La Pergola,

Sekretarz: R. Grass,

po uwzględnieniu pisemnych opinii przedłożonych w imieniu:

- Ballast Nedam Groep NV, wnioskodawcy w procesie głównym, przez Marca Snelle, członka Brukselskiej Izby Radców Prawnych,
- Rządu Belgii, przez Jana Devaddera, Doradcę Generalnego w Ministerstwie Spraw Zagranicznych, Departament Handlu i Współpracy z Zagranicą, działającego jako pełnomocnik,
- Komisji Wspólnot Europejskich, reprezentowanej przez Hendrika van Leer'a, Radcę Prawnego, działającego jako pełnomocnik,

po uwzględnieniu raportu sędziego-sprawozdawcy,

po wysłuchaniu opinii rzecznika generalnego na posiedzeniu w dniu 23 października 1997 r, orzeka co następuje:

Podstawy orzeczenia:

1. Poprzez wniosek z 18 grudnia 1996 r, który wpłynął do Trybunału 13 stycznia 1997 r, Raad van State (Rada Państwa) Belgii zwróciła się do Trybunału, na podstawie art. 177 Traktatu EWG, z pytaniem dotyczącym interpretacji orzeczenia Trybunału w sprawie C-389/92 Ballast Nedam Groep przeciwko Belgii [1994] ECR I-1289 (dalej zwanej 'BNG')
2. Kwestię tę podniesiono w postępowaniu sądowym między Ballast Nedam Groep, spółką prawa holenderskiego (dalej zwaną 'BNG'), a Belgią, dotyczącym nieodnowienia wpisu dla tego przedsiębiorstwa. Postępowanie to już spowodowało przedłożenie wstępnego pytania o interpretację Dyrektywy Rady 71/304/EEC z 26 lipca 1971 roku, dotyczącej zniesienia ograniczeń wolności świadczenia usług w odniesieniu do zamówień publicznych na roboty budowlane oraz w sprawie udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane wykonawcom działających za pośrednictwem agencji lub oddziałów (OJ 1971 (II) str. 678) oraz Dyrektywy Rady 71/305/EEC z 26 lipca 1971 r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (OJ 1971 (II) str. 682).
3. Pytanie przesłane przez Raad van State w pierwszym wniosku o orzeczenie wstępne brzmiało: „Czy Dyrektywa Rady 71/304/EEC z 26 lipca 1971 r. dotycząca zniesienia ograniczeń wolności świadczenia usług w odniesieniu do zamówień publicznych na roboty budowlane oraz udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane wykonawcom działającym za pośrednictwem agencji lub oddziałów oraz Dyrektywa Rady 71/305/EEC z 26 lipca 1971 r. dotycząca koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, w szczególności art. 1, 6, 21, 23 i 26, zezwalają – w przypadku gdy belgijskie przepisy o rejestracji wykonawców odnoszą się do głównej osoby prawnej w grupie, utworzonej zgodnie z prawem holenderskim, w związku z oceną spełniania kryteriów dotyczących, między innymi, zdolności technicznych, które musi spełniać wykonawca – na uwzględnianie jedynie tej głównej osoby prawnej a nie 'przedsiębiorstw w grupie', z których każde, posiadając własną osobowość prawną, należy do tej grupy ?”

4. W orzeczeniu w sprawie BNG I, Trybunał odpowiedział na powyższe pytanie, w ten sposób, że Dyrektywy 71/304 i 71/305 należy interpretować jako pozwalające – dla celów oceny kryteriów, jakie musi spełnić wykonawca w trakcie rozpoznawania wniosku o rejestrację przesłanego przez główną osobę prawną grupy – na branie pod uwagę spółek należących do tej grupy, pod warunkiem że dana osoba prawna wysyłająca wniosek udowodniła, że rzeczywiście dysponuje zasobami tych spółek, które są niezbędne do wykonywania prac. Do sądu krajowego należy natomiast orzeczenie, czy taki dowód został przedstawiony w postępowaniu głównym.
5. Ponieważ Strony postępowaniu nie mogą uzgodnić znaczenia tego orzeczenia, Raad van State zdecydowała się zwrócić do Trybunału z kolejnym wnioskiem o wydanie orzeczenia wstępnego, zadając pytanie następującej treści: „czy wyraz ‘zezwalają’ w wyrażeniu ‘zezwalają... na uwzględnianie’ pojawiającym się w sentencji orzeczenia z dnia 14 kwietnia 1994 r. w sprawie C-389/92 ma być rozumiany jako ‘wymagają’? Jeśli słowo „zezwalają” w powyższym wyrażeniu nie ma być rozumiane jako równoważne ze słowem ‘wymagają’, czy to oznacza, że państwo członkowskie posiada wyłączną moc decydowania w tej sprawie, nawet jeśli warunek ustanowiony przez Trybunał jest spełniony? W jakich przypadkach i na jakiej podstawie jest wówczas właściwe uwzględniać spółki należące do dominującej osoby prawnej w grupie?”
6. Zadając te pytania sąd krajowy pyta w zasadzie, czy z orzeczenia w sprawie BNGI wynika, że Dyrektywy 71/304 i 71/305 mają być interpretowane jako stanowiące, że organ kompetentny do decydowania w sprawie wniosków o wpis, złożonych przez dominującą osobę prawną w grupie, jeśli dana osoba prawna jest uznawana za rzeczywiście dysponującą zasobami spółek należących do grupy, która ma wykonać zamówienie na roboty budowlane, ma obowiązek uwzględnić te spółki.
7. BNG i Komisja uważają, że na to pytanie należy odpowiedzieć twierdząco. Ich zdaniem, jeśli przedstawiony jest dowód, że dominująca osoba prawna w grupie może rzeczywiście dysponować zasobami spółek należących do tej grupy, organ kompetentny musi uwzględnić te spółki.
8. Natomiast Rząd Belgii ze swej strony twierdzi, powołując się na orzeczenie Trybunału w połączonych sprawach 27/86, 28/86 i 29/86 CEI i Inni [1987] ECR 3347, że państwa członkowskie mają pewną swobodę w ocenie kryteriów kwalifikacji, jakie musi spełnić wykonawca przy rozpoznaniu wniosku o rejestrację złożonego przez dominującą osobę prawną w grupie, nawet jeśli warunek ustanowiony przez Trybunał jest spełniony.
9. Odwołanie się do tej sprawy jest niewłaściwe. Podczas gdy, jak postanowił Trybunał w paragrafie 22 orzeczenia w sprawie CEI i INNI, kryteria klasyfikacji na różnych oficjalnych listach zatwierdzonych wykonawców, o których mowa w art. 28 Dyrektywy 71/305 nie są zharmonizowane, nie jest tak w przypadku niektórych kryteriów kwalifikacji, o których mowa w art. 23–38, zwłaszcza tych związanych z finansową i ekonomiczną sytuacją wykonawców oraz dotyczących ich wiedzy technicznej i możliwości, o których mowa w art. 25 i 26. Z orzeczenia w sprawie BNG I jasno wynika, że warunek ustanowiony tam przez Trybunał odnosi się w szczególności do referencji związanych z sytuacją techniczną, finansową i ekonomiczną spółki, starającej się o wpis na oficjalną listę zatwierdzonych wykonawców.

10. W tym orzeczeniu Trybunał stwierdził po pierwsze, że spółka holdingowa, która sama nie wykonuje prac, z uwagi na to, że jej spółki afiliowane, które prowadzą prace są odrębnymi osobami prawnymi, nie może być wykluczona na tej podstawie z uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówień publicznych na roboty budowlane (paragraf 15).
11. Dalej Trybunał orzekł, że w gestii organu udzielającego zamówienia, zgodnie z art. 20 Dyrektywy 71/305, leży sprawdzenie kwalifikacji wykonawców, zgodnie z kryteriami, o których mowa w art. 25–28 przywołanej dyrektywy (paragraf 16).
12. Wreszcie Trybunał orzekł, że jeśli spółka przedstawia dokumentację dotyczącą jej zależnych spółek, w celu udowodnienia swojej dobrej sytuacji ekonomiczno-finansowej oraz wiedzy technicznej, musi ona dowieść, że bez względu na istotę prawnych powiązań z tymi spółkami zależnymi, rzeczywiście dysponuje zasobami tych ostatnich, niezbędnymi do wykonania prac. Do sądu krajowego należy orzeczenie, w świetle faktycznych i prawnych okoliczności, czy taki dowód został przeprowadzony w postępowaniu głównym (paragraf 27).
13. Z powyższego wynika, że spółka holdingowa, która sama nie prowadzi prac, nie może być wykluczona z uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane, a więc, z wpisu na oficjalną listę zatwierdzonych wykonawców, jeśli udowodni, że faktycznie dysponuje zasobami swoich spółek zależnych, które to zasoby są niezbędne do przeprowadzenia robót, chyba, że dokumentacja dotycząca spółek zależnych nie spełnia kryteriów kwalifikacji, o których mowa w art. 23–28 Dyrektywy 71/305.
14. W odpowiedzi na przedłożone pytanie należy więc stwierdzić, że Dyrektywy 71/304 i 71/305 należy interpretować jako stanowiące, że organ decydujący o wniosku o rejestrację, przedłożonym przez dominującą osobę prawną w grupie, ma obowiązek, jeśli jest udowodnione, że osoba ta rzeczywiście dysponuje zasobami spółek należących do grupy, które są niezbędne do przeprowadzenia robót, uwzględnić referencje tych spółek w ocenie kwalifikacji danej osoby prawnej, zgodnie z kryteriami, o których mowa w art. 23–28 Dyrektywy 71/305.

Decyzja w sprawie kosztów

Koszty

15. Koszty poniesione przez rząd Belgii i Komisję Wspólnot Europejskich, które przedstawiły swoje opinie Trybunałowi, nie podlegają zwrotowi. Z uwagi na to, że niniejsze postępowanie jest dla stron głównego postępowania jednym z etapów postępowania toczącego się przed sądem krajowym, decyzja o kosztach należy do tego sądu.

Sentencja orzeczenia

Na tej podstawie,

TRYBUNAŁ

(Trzecia Izba),

w odpowiedzi na pytanie przedstawione przez Raad van State, Belgia, orzeczeniem z 18 grudnia 1996 r., niniejszym postanawia:

Dyrektywę Rady 71/304/EEC z 26 lipca 1971 r. dotyczącą zniesienia ograniczeń wolności świadczenia usług w odniesieniu do zamówień publicznych na roboty budowlane oraz udzie-

lania zamówień publicznych na roboty budowlane wykonawcom działającym za pośrednictwem agencji lub oddziałów oraz Dyrektywę Rady 71/305/EEC z 26 lipca 1971 r. dotyczącą koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane należy interpretować, jako stanowiące, że organ właściwy w sprawach decydowania o wnioskach o wpis przedstawionych przez główną osobę prawną w grupie ma obowiązek, jeśli jest udowodnione, że osoba ta rzeczywiście dysponuje zasobami spółek należących do grupy, które są niezbędne do wykonania prac, uwzględnić dokumentację tych spółek w ocenie tej osoby prawej, zgodnie z kryteriami, o których mowa w art. 23–28 Dyrektywy 71/305.

3.24 ORZECZENIE TRYBUNAŁU Z DNIA 15 STYCZNIA 1998 R. W SPRAWIE C-44/96 („MANNESMANN”)

Mannesmann Anlagenbau Austria AG i Inni przeciwko Strohal Rotationsdruck GemsbH
Wniosek o wydanie orzeczenia wstępnego: Bundesvergabeamt – Austria.

Zamówienia publiczne – procedura udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane
Drukarnia Państwowa – jednostka zależna prowadząca działalność komercyjną

Sprawa C-44/96

Sprawozdania Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości 1998, str. 1-0073

Streszczenie

1. Art. 1 pkt (b) pierwszy akapit Dyrektywy 93/37 o koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane określa podmioty zamawiające, między innymi, jako instytucje prawa publicznego; drugi akapit przewiduje, że przez instytucje te rozumie się wszelkie instytucje ustanowione w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, nie mających charakteru przemysłowego ani handlowego, posiadające osobowość prawną i ściśle zależne od państwa, organów samorządowych lub innych instytucji prawa publicznego.

Podmiot taki jak Österreichische Staatsdruckerei (Austriackie Drukarnia Państwowa, OS) należy postrzegać jako instytucję prawa publicznego, a więc jako podmiot zamawiający w rozumieniu wyżej wymienionych postanowień, gdyż:

- Dokumenty, jakie OS ma wytwarzać są ściśle powiązane z zamówieniami publicznymi i instytucjonalną działalnością państwa oraz wymagają gwarantowanych dostaw i warunków produkcji, które zapewniają spełnianie standardów poufności i bezpieczeństwa, biorąc pod uwagę, że wymóg przewidujący utworzenie podmiotu w konkretnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, nie mających charakteru przemysłowego ani handlowego, nie oznacza, że należy mu powierzać wyłącznie, a nawet głównie zaspokajanie takich potrzeb;*
- OS posiada osobowość prawną;*
- Dyrektor Generalny OS jest powoływany przez organ składający się głównie z członków powoływanych przez Kancelarię Federalną lub różne ministerstwa, OS podlega nadzorowi Trybunału Rewidacyjnego, większość udziałów spółki posiada Państwo Austriackie a państwowe służby kontrolne są odpowiedzialne za monitorowanie druków podlegającym środkom bezpieczeństwa.*

Zamówienia na roboty budowlane udzielane przez taki podmiot należy postrzegać jako zamówienia publiczne na roboty budowlane w rozumieniu art. 1 pkt (a) dyrektywy, niezależnie od ich charakteru, rozmiaru i relatywnego udziału w działalności OS prowadzonej w celu zaspokajania potrzeb nie mających charakteru przemysłowego ani handlowego.

2. Przedsiębiorstwo, które prowadzi działalność handlową i w którym podmiot zamawiający w rozumieniu pierwszego akapitu art. 1 pkt (b) Dyrektywy 93/37 o koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane posiada udział większościowy nie jest uznawane za instytucję prawa publicznego w rozumieniu drugiego akapitu wspomnianego postanowienia – według którego musi być organem ustanowionym w celu szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, nie mających charakteru przemysłowego ani handlowego – a zatem za podmiot zamawiający, wyłącznie na podstawie przesłanki, że przedsiębiorstwo zostało utworzone przez podmiot zamawiający lub, że podmiot zamawiający przekazuje mu środki pochodzące z działalności prowadzonej w celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym nie mających charakteru przemysłowego ani handlowego.

Ponadto zamówienie publiczne na roboty budowlane nie podlega postanowieniom dyrektywy, kiedy dotyczy inwestycji, która od początku mieści się w całości w zakresie działalności przedsiębiorstwa, które nie jest podmiotem zamawiającym i kiedy zamówienia na roboty budowlane dotyczące tej inwestycji zostały udzielone przez podmiot zamawiający w imieniu tego przedsiębiorstwa.

3. Zgodnie z art. 7 ust. 1 Rozporządzenia 208/93 zmieniającego Rozporządzenie 2052/88 działania finansowane z Funduszy Strukturalnych lub otrzymujące pomoc z Europejskiego Banku Inwestycyjnego lub z innych istniejących instrumentów finansowych winny być zgodne z postanowieniami Traktatów, z instrumentami przyjętymi na ich podstawie oraz z zasadami przyjętymi przez Wspólnotę, w tym z zasadami dotyczącymi przepisów o konkurencji, udzielania zamówień publicznych i ochrony środowiska oraz zastosowania zasady równych szans dla kobiet i mężczyzn. W tym zakresie wymóg zgodności wspomnianych działań z prawem Wspólnoty zakłada, że działania te podlegają zakresowi odpowiedniej legislacji Wspólnoty. Wspomniane postanowienie powinno być interpretowane następująco: finansowanie inwestycji obejmującej roboty budowlane ze środków Wspólnoty nie jest zależne od przestrzegania przez odbiorców procedur odwoławczych w rozumieniu Dyrektywy 89/665 koordynującej przepisy i regulacje administracyjne, dotyczące stosowania procedur odwoławczych w udzielaniu zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane, jeżeli sami nie są podmiotami zamawiającymi w rozumieniu art. 1 pkt (b) Dyrektywy 93/37 o koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane.

Strony

W sprawie C-44/96,

WNIOSEK do Trybunału na podstawie Art. 177 Traktatu WE złożony przez Bundesvergabamt (Austria) o wydanie orzeczenia wstępnego w postępowaniu pomiędzy Mannesmann Anlagenbau Austria AG i Innymi

a Strohal Rotationsdruck GesmbH

odnośnie interpretacji art. 1 pkt (b) Dyrektywy Rady 93/37/EEC z dnia 14 czerwca 1993 r. o koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (OJ 1993 L 199, str. 54) oraz art. 7 ust. 1 Rozporządzenia Rady 2081/93/ (EEC) z dnia 20 lipca 1993 r. zmieniającego Rozporządzenie 2052/88/EEC dotyczące zadań Funduszy Strukturalnych i ich skuteczności oraz koordynacji działalności pomiędzy nimi oraz operacji Europejskiego Banku Inwestycyjnego i innych istniejących instrumentów finansowych (OJ 1993 L 193, str. 5),

TRYBUNAŁ,

W składzie: G.C. Rodriguez Iglesias, Przewodniczący, C. Gulmann, M. Wathelet i R. Schintgen (Przewodniczący Izby), G.F. Mancini, J.C. Moitinho de Almeida, P.J.G. Kapteyn (Sekretarz), J.L. Murray, D.A.O. Edward, J.P. Puissochet, G. Hirsch, P. Jann i L. Sevon, Sędziowie, Rzecznik Generalny: P. Leger,

Sekretarz: H.A. Ruhl, Naczelny Administrator,

po rozpatrzeniu pisemnych uwag złożonych w imieniu:

- Mannesmann Anlagenbau Austria AG i innych, przez M. Winischhofer z Izby Adwokackiej w Wiedniu,
- Strohal Rotationsdruck GembH, przez W. Wiedner z Izby Adwokackiej w Wiedniu,
- Rząd Holandii, przez A. Bos, Radcę Prawnego Ministerstwa Spraw Zagranicznych, występującego jako pełnomocnik,
- Rząd Austrii, przez W. Okresek, Ministerialrat w Bundeskanzleramt-Verfassungsdient, występującego jako pełnomocnik,
- Komisję Wspólnot Europejskich, przez H. van Lier, Radcę Prawnego i C. Schmidta ze Służby Prawnej, występujących jako pełnomocnicy,

biorąc pod uwagę protokół z przesłuchania,

po wysłuchaniu ustnych uwag Mannesmann Anlagenbau Austria AG i Innych, reprezentowanych przez M. Winischhofer'a; Strohal Rotationsdruck GembH, reprezentowanego przez W. Wiedner'a; Rządu Francji, reprezentowanego przez P. Lalliot'a, Sekretarza w Dyrektoracie Prawnym Ministerstwa Spraw Zagranicznych, występujących jako pełnomocnicy; Rządu Holandii, reprezentowanego przez M. Fierstra, Asystenta Rady Prawnego Ministerstwa Spraw Zagranicznych, występującego jako pełnomocnik; oraz opinii rzecznika generalnego na posiedzeniu 16 września 1997 r.,

niniejszym wydaje następujące

orzeczenie

Podstawy orzeczenia

1. We wniosku z 2 lutego 1996 r. otrzymanym przez Trybunał 14 lutego 1996 r., Bundesvergabeamt (Federalny Urząd Zamówień Publicznych) zwrócił się do Trybunału z siedmioma pytaniami dotyczącymi interpretacji art. 1 pkt (b) Dyrektywy Rady 93/37/EEC z dnia 14 czerwca 1993 o koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (OJ 1993 L 199, str. 54) oraz art. 7 ust. 1 Rozporządzenia Rady 2081/93/ (EEC) z dnia 20 lipca 1993 r. zmieniającego Rozporządzenie 2052/88/EEC dotyczące zadań Funduszy Strukturalnych i ich skuteczności oraz koordynacji działalności pomiędzy nimi oraz operacji Europejskiego Banku Inwestycyjnego i innych istniejących instrumentów finan-

sowych (OJ 1993 L 193, str. 5) i poprosił o wydanie wstępnego orzeczenia ma podstawie art. 177 Traktatu WE.

2. Pytania zostały postawione w sprawie wniesionej do sądu przez Mannesmann Anlagenbau Austria AG i Innych przeciwko Strohal Rotationsdruck GesmbH (zwanym dalej „SRG”) w sprawie zastosowania austriackiej legislacji dotyczącej zamówień publicznych przy rozpoczynaniu procedury udzielania zamówień publicznych.

Oдноśne postanowienia Wspólnoty

Dyrektywa 93/37

3. Art. 1 Dyrektywy 93/37, który konsoliduje Dyrektywę Rady 71/305/EEC z dnia 26 lipca 1971 r. dotyczącą koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (OJ, 1971 (II), str. 682) zmienionej przez Dyrektywę Rady 90/531/EEC z dnia 17 września 1990 r. koordynującą procedury udzielania zamówień publicznych przez podmioty działające w sektorach wodnym, energetycznym, transportu i telekomunikacyjnym (OJ 1990 L 297, str. 1) stanowi:

„W rozumieniu niniejszej dyrektywy:

(a) „zamówieniami publicznymi na wykonanie robót budowlanych” są umowy o charakterze majątkowym, zawierane w formie pisemnej pomiędzy wykonawcą a zamawiającym, zdefiniowanym poniżej w punkcie b), których przedmiotem jest albo wykonanie, albo zarówno wykonanie, jak i zaprojektowanie robót związanych z jedną z prac wymienionych w załączniku II lub obiektu budowlanego, zdefiniowanego poniżej w punkcie c) albo wykonanie obiektu budowlanego odpowiadającego wymogom określonym przez zamawiającego;

(b) „zamawiającym” jest organ państwowy, samorządowy, instytucja prawa publicznego lub stowarzyszenie złożone z jednego lub większej liczby takich organów lub instytucji prawa publicznego.

„Instytucją prawa publicznego” jest każdy podmiot:

- ustanowiony w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, nie mających charakteru przemysłowego ani handlowego,
- posiadający osobowość prawną oraz
- finansowany, w przeważającej części, przez organy państwowe, organy samorządowe lub inne instytucje prawa publicznego albo taki, którego zarząd podlega nadzorowi ze strony tych podmiotów lub w którym ponad połowę składu organu kierowniczego, zarządzającego lub nadzorczego stanowią osoby mianowane przez organy państwowe, samorządowe lub inne instytucje prawa publicznego.

Listy, instytucji prawa publicznego i kategorii instytucji spełniających kryteria określone w zdaniu drugim, zawiera załącznik I...”.

Dyrektywa 89/665

4. Dyrektywa Rady 89/665/EEC z dnia 21 grudnia 1989 r. koordynująca przepisy i regulacje administracyjne, dotyczące stosowania procedur odwoławczych w udzielaniu zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (OJ 1989 L 395, str. 33) wymaga od Krajów Członkowskich podjęcia „środków koniecznych dla zapewnienia... że decyzje podjęte

przez zamawiających podlegają efektywnemu i, przede wszystkim, możliwie szybkiemu postępowaniu odwoławczemu zgodnie z warunkami określonymi w poniższych artykułach, a w szczególności zgodnie z art. 2 ust. 7, na podstawie, że decyzje te naruszyły prawo wspólnotowe w dziedzinie zamówień publicznych lub krajowych przepisów wdrażających to prawo”. Zgodnie z art. 5 działania te miały zostać podjęte przed 21 grudnia 1991.

Rozporządzenie 2052/88

5. Art. 7 ust. 1 Rozporządzenia 2052/88/ EEC zmieniony przez Rozporządzenie 2081/93/EEC stanowi:

„Działania finansowane przez Fundusze Strukturalne lub otrzymujące pomoc z EBI lub z innego istniejącego instrumentu finansowego winny być zgodne z postanowieniami Traktatów, z instrumentami przyjętymi na ich podstawie oraz z zasadami przyjętymi przez Wspólnotę w tym z zasadami dotyczącymi przepisów o konkurencji, udzielaniu zamówień publicznych i ochronie środowiska oraz zastosowaniu zasady równych szans dla kobiet i mężczyzn”.

Legislacja Austriacka

6. Art. 1 Bundesgesetz uber die Osterreichische Staatsdruckerei (Staatsdruckereigesetz) z dnia 1 lipca 1991 r. (Federalna Ustawa dotycząca Austriackiego Urzędu Drukarskiego, Bundesgesetzblatt fur die Republik Osterreich 340/1981; zwanego dalej „StDrG”) stanowi:

„Podmiot gospodarczy „Osterreichische Staatsdruckerei” Ust. 1.

(1) Ustanawia się niezależny podmiot gospodarczy o nazwie „Osterreichische Staatsdruckerei” (zwany dalej „Staatsdruckerei”). Podmiot ma siedzibę w Wiedniu i posiada osobowość prawną.

(2) W rozumieniu kodeksu handlowego Staatsdruckerei jest kupcem. Wymaga zarejestrowania w Sekcji A Rejestru Handlowego Wiedeńskiego Trybunału Handlowego.

(3) Działalność Staatsdruckerei jest prowadzona zgodnie z zasadami regulującymi działalność handlową”.

7. Zadania realizowane przez Osterreichische Staatsdruckerei (zwane dalej OS) zostały zdefiniowane w art. 2 StDrG. Zgodnie z art. 2 pkt (1) zadania te obejmują w szczególności produkcję druków dla administracji federalnej wymagających poufności lub środków bezpieczeństwa, takich jak paszporty, prawa jazdy, dowody osobiste, federalny dziennik urzędowy, federalne sprawozdania z ustaw i orzeczeń, formularze i Wiener Zeitung. Działalność tę określa się łącznie jako „zobowiązania w zakresie służby publicznej”.

8. Działalność, za którą zgodnie z art. 2 pkt (3) OS jest wyłącznie odpowiedzialna, jest na mocy art. 13 pkt (1) StDrG, monitorowana przez państwowe służby kontrolne. Na mocy art. 12 Ustawy ceny z tytułu przedmiotowych zamówień są ustalane – zgodnie z zasadami handlowymi i z uwzględnieniem w szczególności potrzeby zachowania dostępności mocy produkcyjnych – na wniosek Dyrektora Generalnego OS, przez radę gospodarczą, która na mocy art. 8 pkt (2) składa się z 12 członków, z których ośmiu jest powoływanych przez Kancelarię Federalną lub różne ministerstwa a czterech przez radę ds. robót. Zgodnie z art. 5 pkt (2) StDrG Dyrektor Generalny jest powoływany przez radę gospodarczą.

9. Ponadto zgodnie z art. 15 pkt (6) StDrG, OS podlega nadzorowi Trybunału Rewidencyjnego.
10. Zgodnie z art. 2 pkt (2) StDrG, OS może prowadzić inną działalność taką jak produkcja innych druków oraz publikacja i dystrybucja książek, gazet itp. Zgodnie z art. 3 Ustawy OS może nabywać udziały w przedsiębiorstwach.

Spór w postępowaniu zasadniczym

11. W lutym 1995 r. OS przejęło Strohal Gessellschaft mbH, którego działalność obejmowała druk rotacyjny w oparciu o proces „heatset”. 11 października 1995 r. Strohal założył spółkę SRG, w której posiada 99,9% kapitału udziałowego w celu produkcji druków z wykorzystaniem wyżej wymienionego procesu w zakładzie drukarskim w Mullendorf.
12. W celu zredukowania czasu oczekiwania przed uruchomieniem zakładu podczas, gdy SRG była nadal na etapie organizacji, 18 października 1995 r. OS rozpoczęła procedurę przetargową dla inwestycji obejmującej wykonanie instalacji technicznych. W tym zakresie w każdym zamówieniu na roboty spółka zawarła klauzulę zastrzegającą prawo do przekazywania w dowolnym czasie wszelkich praw i obowiązków wynikających z umowy wybranej przez siebie stronie trzeciej. W rezultacie procedury koncyliacyjnej przed Bundesvergabekontrollkommission (Federalną Komisją ds. Rewizji Zamówień), która doprowadziła do rozwiązania ugodowego wspomniane zaproszenie do składania ofert zostało wycofane. Po rozpoczęciu nowej procedury przetargowej OS poinformowała oferentów, iż firmą odpowiedzialną za zaproszenie do składania ofert i udzielanie zamówień jest SRG.
13. Następnie została wszczęta procedura koncyliacyjna na wniosek Verband der Industriellen Gebaudetechnikunternehmen Osterreichs (Stowarzyszenie Przedsiębiorstwa Budownictwa Przemysłowego w Austrii) celem określenia czy procedura przetargowa powinna być przeprowadzona zgodnie z krajową legislacją dotyczącą zamówień publicznych na roboty. W przeciwieństwie do Stowarzyszenia, SRG i OS kwestionowały zastosowanie rzeczony legislacji i twierdziły, że ponieważ w przedmiotowej sprawie nie istnieje podmiot zamawiający, nie ma zamówienia publicznego na roboty.
14. Bundesvergabekontrollkommission wydała orzeczenie na ich korzyść i stwierdziła, że kwestia nie podlega jej jurysdykcji. Nie wyklucza to jednak istnienia konieczności zastosowania się do Dyrektywy 89/665, jeżeli podmiot udzielający zamówienia otrzymał fundusze Wspólnoty zgodnie z art. 7 pkt (1) Rozporządzenia 2081/93.
15. Ponieważ nie osiągnięto rozwiązania polubownego Mannesmann Anlagebau i Inni wszczęli postępowanie odwoławcze przed Bundesvergabeamt.
16. Bundesvergabeamt nie miała pewności co do interpretacji prawa Wspólnoty i złożyła wniosek o wydanie orzeczenia wstępnego dotyczącego następujących pytań:
 1. „1. Czy przepis prawa krajowego taki jak art. 3 Staatsdruckereigesetz w obecnej sprawie, który przyznaje szczególne i wyłączne prawa przedsiębiorstwu, może stanowić, że takie przedsiębiorstwo realizujące potrzeby o charakterze powszechnym, nie ma charakteru przemysłowego ani handlowego w rozumieniu art. 1 pkt (b) Dyrektywy 93/37/EEC i spowodować, że przedsiębiorstwo, jako całość podlega zakresowi dy-

- rektywy, nawet jeżeli działalność ta stanowi jedynie część działalności przedsiębiorstwa a przedsiębiorstwo dodatkowo uczestniczy w rynku jako przedsiębiorstwo komercyjne?
2. Jeżeli przedmiotowe przedsiębiorstwo podlega zakresowi Dyrektywy 93/37/EEC tylko w zakresie przekazanych mu szczególnych i wyłącznych praw, czy takie przedsiębiorstwo jest zobligowane do podjęcia działań organizacyjnych mających na celu niedopuszczenie do przekazywania środków finansowych, uzyskanych z przychodów ze wspomnianych szczególnych i wyłącznych praw do innych sektorów działalności?
 3. Jeżeli podmiot zamawiający rozpoczyna inwestycję i inwestycja ta jest w rezultacie klasyfikowana jako zamówienie publiczne na roboty budowlane w rozumieniu Dyrektywy 93/37/EEC to czy interwencja strony trzeciej, która *prima facie* nie podlega zakresowi podmiotowemu dyrektywy, może mieć wpływ na zmianę klasyfikacji inwestycji, jako zamówienia publicznego na roboty, czy też takie postępowanie można uznać za uchylenie się od zakresu podmiotowego dyrektywy i niezgodne z celami dyrektywy?
 4. Jeżeli podmiot zamawiający ustanawia przedsiębiorstwa do realizacji działalności handlowej i posiada w nich większościowy udział, który daje mu kontrolę ekonomiczną nad przedmiotowymi przedsiębiorstwami to czy klasyfikacja, jaką ma podmiot zamawiający ma zastosowanie również do tych zrzeszonych przedsiębiorstw?
 5. Jeżeli podmiot zamawiający przekazuje środki, które uzyskał z tytułu szczególnych i wyłącznych praw mu przekazanych, na przedsiębiorstwa czysto komercyjne, w których posiada udział większościowy, to czy w rezultacie, niezależnie od pozycji prawnej przedsiębiorstwa stowarzyszonego, przedsiębiorstwo jako całość musi być traktowane i zachowywać się jak podmiot zamawiający w rozumieniu Dyrektywy 93/37/EEC?
 6. Jeżeli podmiot zamawiający, który zaspokaja zarówno potrzeby o charakterze powszechnym nie mające charakteru przemysłowego ani handlowego oraz prowadzi działalność komercyjną i buduje instalacje operacyjne, które mogą służyć obydwu celom, to czy zamówienie na budowę takich instalacji operacyjnych należy zaklasyfikować jako zamówienie publiczne na roboty budowlane w rozumieniu Dyrektywy 93/37/EEC lub czy prawo Wspólnoty zawiera kryteria, według których takie instalacje można zaklasyfikować albo jako służące potrzebom powszechnym albo jako służące działalności komercyjnej a jeżeli tak to jakie to są kryteria?
 7. Czy art. 7 ust. 1 Rozporządzenia Rady 2081/93/EEC z dnia 20 lipca 1993 r. zmieniającego Rozporządzenie 2052/88/EEC dotyczące zadań Funduszy Strukturalnych i ich skuteczności oraz koordynacji działalności pomiędzy nimi oraz operacji Europejskiego Banku Inwestycyjnego i innych istniejących instrumentów finansowych powoduje podleganie odbiorców dotacji Wspólnoty procedurom odwoławczym w rozumieniu Dyrektywy 89/665/EEC, nawet jeżeli nie są sami podmiotami zamawiającymi w rozumieniu art. 1 Dyrektywy 93/37/EEC?"

Pytanie pierwsze i szóste

17. W pytaniu pierwszym i szóstym sąd krajowy pyta zasadniczo, czy podmiot taki jak OS winien być uważany za instytucję prawa publicznego w rozumieniu drugiego akapitu art. 1 pkt (b) Dyrektywy 93/37, a więc za podmiot zamawiający w rozumieniu pierwszego akapitu powołanego postanowienia. Jeżeli tak, sąd dalej zapytuje, to czy wszystkie zamówienia na roboty budowlane, niezależnie od ich charakteru, udzielane przez zamawiającego są zamówieniami publicznymi na roboty budowlane w rozumieniu art. 1 pkt (a) dyrektywy.
18. Według składających wnioski w postępowaniu zasadniczym, Komisję i rząd francuski, art. 1 pkt (a) Dyrektywy 93/37 stosuje się do wszystkich zamówień na roboty budowlane udzielanych przez osobę taką jak OS, która prowadzi zarówno działalność mającą na celu zaspokajanie potrzeb o charakterze powszechnym, nie mających charakteru przemysłowego czy handlowego jak i działalność komercyjną.
19. Z drugiej strony SRG oraz rządu Austrii i Holandii są zdania, że instytucja taka jak OS nie spełnia kryteriów określonych w akapicie pierwszym art. 1 pkt (b) Dyrektywy 93/37, a więc nie powinna być uważana za instytucję prawa publicznego w rozumieniu tego przepisu.
20. Na mocy drugiego akapitu art. 1 pkt (b) Dyrektywy 93/37 instytucja prawa publicznego oznacza instytucję ustanowioną w celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, nie mających charakteru przemysłowego ani handlowego, która posiada osobowość prawną i jest ściśle zależna od państwa, władz regionalnych lub lokalnych lub innych instytucji prawa publicznego.
21. Z powołanego postanowienia jasno wynika, że wymienione trzy warunki powinny być spełnione łącznie.
22. Jeśli chodzi o pierwszy warunek należy zaznaczyć, że OS zostało ustanowione w celu produkowania, na zasadzie wyłączności, oficjalnych dokumentów administracyjnych, z których część takich jak paszporty, prawa jazdy oraz dowody tożsamości, wymaga tajności i środków bezpieczeństwa, podczas, gdy inne służą do rozpowszechniania prawnych, regulacyjnych i administracyjnych dokumentów państwa.
23. Ponadto ceny druków, jakie ma produkować OS są ustalane przez ciało składające się głównie z członków powoływanych przez Kancelarię Federalną lub różne ministerstwa a państwowa służba kontrolna jest odpowiedzialna za monitorowanie druków podlegających środkom bezpieczeństwa.
24. Dlatego też zgodnie ze stosowną legislacją podmiot został ustanowiony w celu realizacji potrzeb o charakterze powszechnym nie mających charakteru przemysłowego czy handlowego. Dokumenty, jakie OS musi produkować są ściśle powiązane z zamówieniami publicznymi i instytucjonalną działalnością państwa i wymagają gwarantowanych dostaw i warunków produkcji, które zapewniają spełnianie standardów poufności i bezpieczeństwa.
25. Ponadto z art. 1 pkt (1) i z art. 2 pkt (1) StDrG jasno wynika, że OS zostało ustanowione w konkretnym celu realizacji wymienionych potrzeb o charakterze powszechnym. W tym zakresie nieistotny jest fakt, że podmiot taki ma możliwość prowadzenia innej działalno-

- ści oprócz wyznaczonego zadania, takiego jak produkcja druków i publikacja i dystrybucja książek. Podniesiony przez rząd austriacki w uwagach pisemnych fakt, iż realizacja potrzeb o charakterze powszechnym stanowi jedynie stosunkowo mały procent działalności prowadzonej przez OS, również nie ma znaczenia, pod warunkiem, że podmiot w dalszym ciągu będzie realizował potrzeby, które ma obowiązek zaspokajać.
26. Warunek określony w pierwszym akapicie art. 1 pkt (b) dyrektywy, stanowiący, iż przedmiotowa instytucja powinna być ustanowiona w „szczególnym” celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, nie mających charakteru przemysłowego ani handlowego, nie oznacza, że należy jej powierzać wyłącznie zaspokajanie tych potrzeb.
 27. Jeśli chodzi o drugi warunek, określony w pierwszym akapicie art. 1 pkt (b) Dyrektywy 93/37 należy zaznaczyć, że według prawa krajowego OS posiada osobowość prawną.
 28. Jeśli chodzi o trzeci warunek, należy zaznaczyć, że Dyrektor Generalny OS jest powoływany przez organ składający się członków powoływanych przez Kancelarię Federalną lub różne ministerstwa. Ponadto podlega nadzorowi Trybunału Rewidencyjnego a za monitorowanie druków podlegających środkom bezpieczeństwa odpowiedzialne są służby kontrolne państwa. I wreszcie według oświadczenia SRG złożonego na rozprawie większość udziałów w OS jest nadal własnością Państwa Austriackiego.
 29. Wynika z tego, że podmiot taki jak OS należy zaklasyfikować jako instytucję prawa publicznego w rozumieniu art. 1 pkt (b) Dyrektywy 93/37, a więc uznać go za podmiot zamawiający w rozumieniu tegoż przepisu.
 30. Rządy Austrii i Holandii sprzeciwiają się możliwości pominięcia faktu, iż ogólna działalność podmiotu takiego jak OS jest zdominowana przez działalność prowadzoną w celu realizacji potrzeb mających charakter przemysłowy lub handlowy.
 31. W tym przedmiocie należy przypomnieć, że tak jak zostało nadmienione w paragrafie 26 powyżej, treść art. 1 pkt (b) Dyrektywy 93/37 nie wyklucza możliwości prowadzenia przez podmiot zamawiający innej działalności, oprócz wykonywania szczególnego zadania zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym nie mających charakteru przemysłowego czy handlowego.
 32. W odniesieniu do tej działalności należy zaznaczyć, po pierwsze, iż art. 1 pkt (a) dyrektywy nie wprowadza rozróżnienia pomiędzy zamówieniami publicznymi na roboty budowlane udzielanymi przez podmiot zamawiający celem zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym a działalnością, która z tym zadaniem nie jest związana.
 33. Fakt, że nie wprowadzono takiego rozróżnienia wyjaśnia cel Dyrektywy 93/37 – unikanie ryzyka preferencyjnego traktowania oferentów lub kandydatów krajowych przy udzielaniu zamówień przez podmioty zamawiające.
 34. I wreszcie interpretowanie art. 1 pkt (b) Dyrektywy 93/37 w taki sposób, że jego zastosowanie byłoby zróżnicowane, w zależności od relatywnego udziału działalności prowadzonej w celu zaspokajania potrzeb nie mających charakteru przemysłowego czy handlowego, byłoby sprzeczne z zasadą pewności prawnej, która wymaga od przepisów Wspólnoty, aby były jasne a ich zastosowanie przewidywalne przez wszystkie zainteresowane strony.
 35. Odpowiedź na pierwsze i szóste pytanie postawione przez sąd krajowy winna więc brzmieć następująco: podmiot taki jak OS należy uznać za instytucję prawa publicznego

w rozumieniu art. 1 pkt (b) Dyrektywy 93/37, a więc za podmiot zamawiający w rozumieniu tegoż przepisu a zamówienia na roboty budowlane, niezależnie od ich charakteru, udzielane przez ten podmiot należy uważać za zamówienia publiczne na roboty budowlane w znaczeniu art. 1 pkt (a) dyrektywy.

Pytanie drugie

36. W świetle odpowiedzi udzielonej na pytanie pierwsze i szóste nie ma potrzeby odpowiadania na pytanie drugie.

Pytanie czwarte i piąte

37. W swoim czwartym i piątym pytaniu sąd krajowy zasadniczo pyta, czy przedsiębiorstwo, które prowadzi działalność komercyjną i w którym podmiot zamawiający posiada udział większościowy, powinno być uznawane za podmiot zamawiający w rozumieniu art. 1 pkt (b) Dyrektywy 93/37, jeżeli przedsiębiorstwo zostało ustanowione przez podmiot zamawiający w celu prowadzenia działalności komercyjnej lub jeżeli podmiot zamawiający przekazuje mu środki pochodzące z działalności prowadzonej w celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym nie mających charakteru przemysłowego ani handlowego.
38. Jak zaznaczyliśmy w paragrafie 21 powyżej z treści art. 1 pkt (b) Dyrektywy 93/37 jasno wynika, że trzy wymienione w nim warunki powinny być spełnione łącznie.
39. Nie wystarczy więc, że przedsiębiorstwo zostało ustanowione przez podmiot zamawiający lub, że jego działalność jest finansowana ze środków pochodzących z działalności prowadzonej przez podmiot zamawiający, ażeby można go było uważać za podmiot zamawiający. Musi być również spełniony pierwszy warunek określony w art. 1 pkt (b) Dyrektywy 93/37, przewidujący, iż powinna to być instytucja ustanowiona w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, nie mających charakteru przemysłowego czy handlowego.
40. Jeżeli ten warunek nie jest spełniony, przedsiębiorstwo takie, jak to do którego odnosi się sąd krajowy, nie może być uznawane za podmiot zamawiający w rozumieniu art. 1 pkt (b) dyrektywy.
41. Odpowiedź na czwarte i piąte pytanie podstawione przez sąd krajowy musi więc brzmieć: przedsiębiorstwo, które prowadzi działalność komercyjną i w którym podmiot zamawiający ma udział większościowy, nie jest uważane za instytucję prawa publicznego w rozumieniu art. 1 pkt (b) Dyrektywy 93/37, a więc za podmiot zamawiający w rozumieniu tegoż przepisu, wyłącznie na podstawie faktu, iż przedsiębiorstwo zostało ustanowione przez podmiot zamawiający lub że podmiot zamawiający przekazuje mu środki pochodzące z działalności prowadzonej w celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym nie mających charakteru przemysłowego ani handlowego.

Pytanie trzecie

42. W trzecim pytaniu sąd krajowy wnosi o potwierdzenie, czy inwestycja, która musi być zaklasyfikowana jako zamówienie publiczne na roboty budowlane w rozumieniu art. 1 pkt (a) Dyrektywy 93/37, w dalszym ciągu podlega postanowieniom dyrektywy, jeżeli

przed zakończeniem robót podmiot zamawiający przekazuje swoje prawa i obowiązki w kontekście zamówienia na rzecz przedsiębiorstwa, które nie jest podmiotem zamawiającym w rozumieniu art. 1 pkt (b) dyrektywy.

43. W tym zakresie z art. 1 pkt (a) Dyrektywy 93/37, jasno wynika, że zamówienie, które spełnia warunki określone w powołanym postanowieniu, nie przestaje być zamówieniem publicznym na roboty budowlane, jeżeli prawa i obowiązki podmiotu zamawiającego są przekazywane przedsiębiorstwu, które nie jest podmiotem zamawiającym. Cel Dyrektywy 93/37, który obejmuje efektywną realizację swobody zakładania przedsiębiorstw i swobody świadczenia usług w zakresie zamówień publicznych na roboty budowlane, zostałby podważony, gdyby zastosowanie postanowień dyrektywy można było wykluczyć wyłącznie na podstawie przesłanki, że prawa i obowiązki podmiotu zamawiającego w kontekście zamówienia są przekazywane przedsiębiorstwu, które nie spełnia warunków określonych w art. 1 pkt (b) Dyrektywy 93/37.
44. Przeciwna interpretacja była prawdziwa, wyłącznie w sytuacji, gdy możliwe byłoby ustalenie, iż od samego początku cała przedmiotowa inwestycja mieściła się w zakresie przedsiębiorstwa, a zamówienia na roboty budowlane, dotyczące inwestycji były zawierane przez podmiot zamawiający w imieniu tego przedsiębiorstwa.
45. Interpretacja stanu rzeczy w tym zakresie należy do sądu krajowego.
46. Odpowiedź na pytanie trzecie zadane przez sąd krajowy musi więc brzmieć: zamówienie publiczne na roboty budowlane nie podlega postanowieniom Dyrektywy 93/37, kiedy dotyczy inwestycji, która od początku mieści się w zakresie działalności przedsiębiorstwa, które nie jest podmiotem zamawiającym i kiedy umowy na roboty budowlane dotyczące przedmiotowej inwestycji zostały udzielone przez podmiot zamawiający w imieniu przedsiębiorstwa.

Pytanie siódme

47. W swoim siódmym pytaniu sąd krajowy zasadniczo wnosi o potwierdzenie, czy art. 7 ust. 1 Rozporządzenia 2052/88 zmienionego przez Rozporządzenie 2081/93 należy interpretować w następujący sposób: finansowanie przez Wspólnotę inwestycji obejmującej roboty budowlane jest zależne od przestrzegania przez odbiorców procedur odwoławczych określonych w Dyrektywie 89/665, nawet jeżeli nie są oni podmiotami zamawiającymi w rozumieniu art. 1 pkt (b) Dyrektywy 93/37.
48. Jak zaznaczył rzecznik generalny w punkcie 105 swojej opinii, z treści art. 7 ust. 1 Rozporządzenia 2052/88 jasno wynika, że wymóg zgodności przedmiotowych działań z prawem Wspólnoty zakłada, że działania te podlegają zakresowi odnośnej legislacji Wspólnoty.
49. Odpowiedź na pytanie siódme postawione przez sąd krajowy musi więc brzmieć: art. 7 ust. 1 Rozporządzenia 2052/88 zmienionego przez Rozporządzenie 2081/93 należy interpretować następująco: finansowanie inwestycji obejmujących roboty budowlane ze środków Wspólnoty nie zależy od przestrzegania przez odbiorców procedur odwoławczych w rozumieniu Dyrektywy 89/665, jeżeli nie są oni podmiotami zamawiającymi w rozumieniu art. 1 pkt (b) Dyrektywy 93/37.

Decyzja dotycząca kosztów

Koszty

50. Koszty poniesione przez rządy Austrii, Francji i Holandii oraz Komisję Wspólnot Europejskich, które złożyły w sądzie swoje uwagi, nie podlegają zwrotowi. Ponieważ postępowanie jest dla stron postępowania zasadniczego etapem w postępowaniu toczącym się przed sądem krajowym, decyzja odnośnie kosztów należy do sądu krajowego.

Sentencja orzeczenia

Na podstawie powołanych przesłanek,

TRYBUNAŁ

w odpowiedzi na pytania postawione przez Bundesvergabeamt w dniu 2 lutego 1996 r. niniejszym postanawia:

1. Podmiot taki jak Österreichische Staatsdruckerei należy uważać za instytucję prawa publicznego w rozumieniu art. 1 pkt (b) Dyrektywy Rady 93/37/EEC z dnia 14 czerwca 1993 r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane a więc jako podmiot zamawiający w rozumieniu tegoż przepisu a co za tym idzie zamówienia publiczne na roboty budowlane, niezależnie od ich charakteru, udzielane przez ten podmiot należy uważać za zamówienia publiczne na roboty budowlane w rozumieniu art. 1 pkt (a) dyrektywy.
2. Przedsiębiorstwo, które prowadzi działalność komercyjną i w którym podmiot zamawiający posiada większościowy udział nie jest uważane za instytucję prawa publicznego w rozumieniu art. 1 pkt (b) Dyrektywy 93/37 a więc za podmiot zamawiający w rozumieniu tegoż przepisu wyłącznie na podstawie przesłanki, że przedsiębiorstwo zostało powołane przez podmiot zamawiający lub że podmiot zamawiający przekazał mu środki, które uzyskał z działalności prowadzonej w celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym nie mających charakteru przemysłowego ani handlowego.
3. Zamówienie publiczne na roboty budowlane nie podlega postanowieniom Dyrektywy 93/37, kiedy dotyczy inwestycji, która od początku mieści się w zakresie działalności przedsiębiorstwa, które nie jest podmiotem zamawiającym i kiedy zamówienia na roboty budowlane dotyczące przedmiotowej inwestycji zostały udzielone przez podmiot zamawiający w imieniu przedsiębiorstwa.
4. Art. 7 ust. 1 Rozporządzenia Rady 2081/93/EEC z dnia 20 lipca 1993 r. zmieniającego Rozporządzenie 2052/88/EEC dotyczące zadań Funduszy Strukturalnych i ich skuteczności oraz koordynacji działalności pomiędzy nimi oraz operacji Europejskiego Banku Inwestycyjnego i innych istniejących instrumentów finansowych (OJ 1993 L 193, str. 5 należy interpretować następująco: finansowanie inwestycji obejmujących roboty budowlane ze środków Wspólnoty nie jest zależne od przestrzegania przez odbiorców procedur odwoławczych w rozumieniu Dyrektywy Rady 89/665/EEC z dnia 21 grudnia 1989 r. koordynującej przepisy i regulacje administracyjne, dotyczące zastosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane, jeżeli nie są podmiotami zamawiającymi w rozumieniu art. 1 pkt (b) Dyrektywy 93/37.

3.25 ORZECZENIE TRYBUNAŁU (SZÓSTEJ IZBY)

Z DNIA 17 WRZEŚNIA 1998 R. W SPRAWIE C-323/96

Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Królestwu Belgii.

Niedopełnienie zobowiązań przez państwo członkowskie – Zamówienia publiczne na roboty budowlane – Dyrektywy 89/440/EEC i 93/37/EEC – Niedopełnienie obowiązku publikacji ogłoszenia o zamówieniu publicznym – Nieuzasadnione zastosowanie procedury negocjacyjnej.

Sprawa C-323/96

Sprawozdania Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości 1998 str. 0000 (jeszcze nie publikowane)

Strony

W sprawie C-323/96,

Komisja Wspólnot Europejskich, reprezentowana przez Hendrika van Liera, radcę prawnego, działającego jako pełnomocnik, prowadzącego działalność w Luksemburgu w biurze Carlosa Gómeza de la Cruz, zarejestrowanego w Wagner Centre, w Kirchbergu,
powód,
przeciwko

Królestwu Belgii, reprezentowanemu przez Michela Flamée, członka izby adwokackiej w Brukseli, działającego jako pełnomocnik, prowadzącego działalność w Luksemburgu przy Ambasadzie Belgijskiej, 4 Rue des Girondins,
pozwanemu

WNIOSEK o wydanie orzeczenia, że poprzez niedopełnienie obowiązku publikacji ogłoszenia o zamówieniu publicznym w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich, dotyczącego zarówno całości projektu budowy siedziby Vlaamse Raad jak i każdego z jego etapów, oraz poprzez niezastosowanie procedur przetargowych określonych w Dyrektywie Rady 89/440/EEC z dnia 18 lipca 1989 r., zmieniającej Dyrektywę 71/305/EEC o koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (OJ 1989 L 210, p.1) oraz w Dyrektywie Rady 93/37/EEC z dnia 14 czerwca 1993 r. o koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (Official Journal 1993 L 199, p. 54), a dokładnie poprzez nieuzasadnione udzielenie zamówienia na realizację Etapu nr 4 w procedurze negocjacyjnej, Królestwo Belgii nie dopełniło swoich obowiązków wynikających z tych dyrektyw, a w szczególności z art. 7 i 11 Dyrektywy 93/37.

TRYBUNAŁ

(Szósta Izba)

w składzie: H. Ragnemalm, Prezes Izby, G.F. Mancini, P.J.G. Kapteyn, J.L. Murray oraz K.M. Ioannou (Sędzia-Sprawozdawca), Sędziowie,

Rzecznik Generalny: S. Alber,

Sekretarz: H. von Holstein, Zastępca Sekretarza,

biorąc pod uwagę sprawozdanie z przesłuchania, po wysłuchaniu ustnej argumentacji stron na rozprawie w dniu 5 lutego, podczas której Komisja reprezentowana była przez Henrika van Liera zaś Rząd Belgijski przez Philippe Colle i Katelijne Ronse, z Izby Brukselskiej.

po wysłuchaniu opinii rzecznika generalnego na posiedzeniu w dniu 19 marca 1998 r.,
wydaje następujące
orzeczenie

Podstawy orzeczenia

1. Poprzez złożenie wniosku w Sekretariacie Trybunału w dniu 2 października 1996 r. Komisja Wspólnot Europejskich wszczęła postępowanie z Art. 169 Traktatu o EWG o stwierdzenie, że:
 - poprzez niedopełnienie obowiązku publikacji ogłoszenia o zamówieniu publicznym w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich (zwanym dalej ‘Dz.U.WE’), dotyczącego zarówno całości projektu budowy siedziby Vlaamse Raad jak i każdego z jego etapów, oraz
 - poprzez nie zastosowanie procedur udzielania zamówień publicznych, określonych w Dyrektywie Rady 89/440/EEC z dnia 18 lipca 1989 r., zmieniającej Dyrektywę 71/305/EEC dotyczącą koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (OJ 1989 L 210, p. 1) oraz w Dyrektywie Rady 93/37/EEC z dnia 14 czerwca 1993 r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (OJ 1993 L 199, p. 54) a w szczególności, poprzez nieuzasadnione udzielenie zamówienia na realizację Etapu nr 4 w procedurze negocjacyjnej, Królestwo Belgii nie dopełniło swoich obowiązków wynikających z tych dyrektyw, a w szczególności art. 7 i 11 Dyrektywy 93/37.

Fakty

1. Jak wynika z dokumentów złożonych przed Trybunałem, w 1993 r. Vlaamse Raad, Parlament Flamandzki w systemie federacyjnym Belgii, podjął decyzję w sprawie budowy własnej siedziby w Brukseli.
2. Celem budowy nowej siedziby Vlaamse Raad zastosował procedurę ograniczoną, do udziału w której zaproszono 32 wykonawców. Żadne ogłoszenie nie zostało opublikowane w Dz.U. WE, ani dotyczące całości projektu ani żadnego z jego etapów, pomimo tego, że wartość każdego etapu przekraczała próg określony przepisami Wspólnoty.
3. Zamówienie na wykonanie Etapu nr 4 (prace wykończeniowe i instalacje sanitarne) została udzielone w trybie ograniczonej procedury krajowej, która rozpoczęła się 17 lutego 1994 r., bez uprzedniej publikacji ogłoszenia w Dz.U. WE. Po dokonaniu oceny 14 ofert na podstawie kryterium udzielenia zamówienia, jakim była najniższa cena, Régie des Bâtiments wybrało ofertę przedsiębiorstwa, wobec którego w międzyczasie ogłoszono upadłość.
4. Decyzją z dnia 19 maja 1994 r., administracja Vlaamse Raad anulowała procedurę przetargową i zastosowała tryb zamówienia z wolnej ręki, znów bez uprzedniego opublikowania ogłoszenia o przetargu w Dz.U. WE.

Procedura pisemna

5. Teleksem z dnia 17 czerwca 1994 r. Komisja poinformowała władze belgijskie, że procedura zastosowana przez Vlaamse Raad stanowiła wyraźne i oczywiste naruszenie zasad Wspólnoty, dotyczących zamówień publicznych na roboty budowlane oraz zasady równo-

- go traktowania kandydatów, która jest podstawą tych zasad. W związku z tym zażądała, aby władze belgijskie natychmiast anulowały procedurę odnoszącą się do Etapu nr 4.
6. Z uwagi na brak jakiegokolwiek decyzji, pomimo zobowiązania władz belgijskich na spotkaniu w dniu 1 czerwca 1994 r. do podjęcia tak szybko jak to tylko możliwe decyzji dotyczącej procedury udzielenia zamówienia na realizację Etapu 4, Komisja wszczęła postępowanie z mocy art. 169 Traktatu, wystosowując do Rządu Belgijskiego formalne upomnienie w dniu 28 lipca 1994 r.
 7. W piśmie z dnia 31 sierpnia 1994 r., Rząd Belgijski odpowiedział, iż przepisy belgijskie w zakresie zamówień publicznych mają zastosowanie tylko do władz wykonawczych, to znaczy administracji Państwa, Wspólnot i Regionów, tak więc, dopóki zakres przepisów Dyrektywy 93/37 nie został w sposób właściwy rozszerzony na władzę ustawodawczą, od tej ostatniej nie wymagało się przestrzegania prawa Wspólnoty. Ustosunkowując się konkretnie do Etapu Nr 4 Rząd Belgijski poinformował Komisję, że administracja *Vlaamse Raad* odmówiła unieważnienia procedury przetargowej.
 8. W piśmie z dnia 16 listopada 1995 r. Komisja przedstawiła swoją uzasadnioną opinię wzywającą Królestwo Belgii do podjęcia kroków koniecznych do zastosowania się do jej wytycznych w ciągu 30 dni od przyjęcia jej do wiadomości.
 9. W piśmie z dnia 15 grudnia 1995 r., Stałe Przedstawicielstwo Belgii przy Unii Europejskiej przedstawiło list do Komisji, datowany 14 grudnia 1995 r., w którym Przewodniczący *Vlaamse Raad* wskazał na fakt, że *Vlaamse Raad* jako instytucja parlamentarna nie ma w prawodawstwie krajowym zapewnionej niezależności przy udzielaniu zamówień publicznych na roboty budowlane. Ponadto w piśmie tym stwierdzono, że w przygotowaniu były projekty specjalnych środków zaradczych oraz, że *Vlaamse Raad* dyskutowała tę sprawę z władzami federalnymi.
 10. Następnie, w swoim piśmie z dnia 10 kwietnia 1996 r, Stałe Przedstawicielstwo Belgii przy Unii Europejskiej przedstawiło Komisji następne pismo, z dnia 25 lutego 1996 r., podpisane przez Przewodniczącego *Vlaamse Raad*, w którym stwierdzono, iż ze względu na to, że nie było już dłużej możliwe oczekiwanie na opinię władz federalnych, *Vlaamse Raad* przygotowała dekret dotyczący wdrożenia przepisów dyrektyw, o których mowa oraz informowała, że wkrótce prześle Komisji dalsze informacje.
 11. Ze względu na brak jakiegokolwiek korespondencji od tego czasu, Komisja wszczęła postępowanie.

Dyrektywa 93/37

12. Dyrektywa 93/37, jak jasno wynika z jej preambuły, ma na celu, dla potrzeb przejrzystości i lepszego zrozumienia, konsolidację postanowień Dyrektywy Rady 71/305/EEC z dnia 26 lipca 1971 r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (OJ 1971 (II), str. 682) z jej późniejszymi zmianami.
13. Art. 1 Dyrektywy 93/37 stanowi:
„W rozumieniu niniejszej dyrektywy:
„b) „zamawiającym” jest organ państwowy, samorządowy, instytucja prawa publicznego lub stowarzyszenie złożone z jednego lub większej liczby takich organów lub instytucji prawa publicznego;
(...)”

- (e) „procedurami otwartymi” są procedury poszczególnych państw, w ramach których oferty mogą składać wszyscy zainteresowani wykonawcy;
- (f) „procedurami ograniczonymi” są procedury poszczególnych państw, w ramach których oferty mogą składać tylko wykonawcy zaproszeni przez zamawiającego;
- (g) „procedurami negocjacyjnymi” są procedury poszczególnych państw, w ramach których zamawiający wybiera wykonawców i negocjuje warunki umowy z jednym lub kilkoma spośród nich,

14. Art. 6 ust. 1 i 3 Dyrektywy 93/37 stanowią:

„1. Dyrektywę stosuje się do zamówień publicznych na roboty budowlane, których szacunkowa wartość bez podatku od towarów i usług (VAT) jest nie mniejsza niż 5.000.000 ECU;

(...)

3. Jeżeli obiekt budowlany jest podzielony na kilka części, z których każda stanowi przedmiot odrębnego zamówienia, wartość każdej tych części powinna być uwzględniana przy obliczaniu wartości, o której mowa w ust. 1. Jeżeli łączna wartość części jest nie niższa niż wartość określona w ust. 1, ustęp ten stosuje się do wszystkich części. Zamawiający może odstąpić od stosowania tego ustępu w odniesieniu do tych części, których szacunkowa wartość, bez podatku od towarów i usług, jest niższa niż 1.000.000 ECU, pod warunkiem, że łączna wartość szacunkowa tych części nie przekracza 20 procent łącznej wartości wszystkich części.

16. Art. 7 Dyrektywy 93/37 stanowi:

„1. Przy udzielaniu zamówień publicznych na roboty budowlane, zamawiający zobowiązani są stosować procedury, o których mowa w art. 1 ust. e) , f) oraz g), w formie dostosowanej do niniejszej dyrektywy.

2. Zamawiający mogą udzielać zamówienia na roboty budowlane w ramach procedury negocjacyjnej, po uprzednim opublikowaniu ogłoszenia o zamówieniu publicznym oraz wyborze kandydatów zgodnie ze znanymi kryteriami, w następujących przypadkach:

(...)

3. Zamawiający może udzielać zamówienia na roboty budowlane w ramach procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji ogłoszenia, w następujących przypadkach:

a) jeżeli w toku procedury otwartej lub ograniczonej nie wpłynęły lub wpłynęły jedynie nieprawidłowe oferty, o ile początkowe warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione. Na wniosek Komisji należy przekazać jej sprawozdanie;

b) jeżeli z przyczyn technicznych, artystycznych lub z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, roboty budowlane mogą być wykonane tylko przez określonego przedsiębiorcę;

c) jeżeli w sytuacji niezbędnej konieczności, ze względu na wyjątkowo pilny charakter sprawy związany z wydarzeniami, których zamawiający nie mogli przewidzieć, nie mogą być przestrzegane terminy, przewidziane dla procedur otwartej, ograniczonej lub negocjacyjnej, o której mowa w ust. 2. Okoliczności,

- na które można się powoływać dla uzasadnienia wyjątkowo pilnego charakteru sprawy nie mogą być w żadnym przypadku wywołane przez zamawiającego;
- d) w przypadku dodatkowych robót budowlanych, nie włączonych do rozważanego początkowo projektu ani nie objętych udzielonym uprzednio zamówieniem, których wykonanie, z powodu nieprzewidzianych okoliczności, stało się jednak konieczne w celu wykonania robót budowlanych objętych tą umową, o ile zamówienie zostanie udzielone przedsiębiorcy, który wykonuje te roboty budowlane oraz:
- jeżeli robót tych nie można, z przyczyn technicznych lub gospodarczych, oddzielić od głównego zamówienia bez poważnych trudności dla zamawiającego lub
 - jeżeli te roboty budowlane można wprawdzie oddzielić od wykonania głównego zamówienia, jednakże są one niezbędnie konieczne dla jego wykonania
- Łączna wartość zamówień na dodatkowe roboty budowlane nie może przekraczać 50 procent wartości zamówienia głównego;
- a) w przypadku nowych robót budowlanych, polegających na powtórzeniu podobnych prac powierzonych przedsiębiorstwu, któremu ten sam zamawiający udzielił uprzednio zamówienia, o ile roboty te odpowiadają podstawowemu projektowi, który był przedmiotem pierwszego zamówienia udzielonego zgodnie z procedurami, o których mowa w ust. 4.

Możliwość zastosowania tej procedury winna być wskazana już w chwili ogłaszania przetargu na pierwszy projekt budowlany; Zamawiający zobowiązany jest uwzględnić całkowitą wartość zamówienia na późniejsze roboty budowlane stosując przepisy art. 6. Procedura ta może być stosowana wyłącznie w okresie trzech lat od chwili udzielenia pierwotnego zamówienia.

17. Wreszcie, art. 11 ust. 1 i 9 Dyrektywy 93/37 stanowi:
1. Zamawiający zobowiązani są podać do wiadomości, w ogłoszeniu o planowanych zamówieniach zasadnicze cechy zamówień na roboty budowlane, których zamierzają udzielić, jeżeli ich wartość nie jest niższa od wartości progowej ustalonej w art. 6 ust. 1.
(...)
 9. Ogłoszenia wymienione w ust. 2, 3 oraz 4 publikuje się w całości w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich oraz w bazie danych TED, w językach oryginałów. Streszczenie ważniejszych elementów wszystkich ogłoszeń publikuje się w pozostałych językach urzędowych Wspólnoty, przy czym autentyczny jest jedynie tekst w języku oryginału.
18. Zgodnie z art. 36 ust.1 Dyrektywy 93/37, Dyrektywa 71/305 została uchylona, łącznie z jej późniejszymi zmianami, bez naruszenia zobowiązań państw członkowskich dotyczących terminów uwzględnienia w prawie krajowym i wprowadzenia w życie.
19. Dyrektywa 89/440 jest jedną z dyrektyw wprowadzających zmiany do Dyrektywy 71/305 przed przyjęciem Dyrektywy 93/37.
20. Z wyjątkiem kilku różnic na etapie projektu, postanowienia Dyrektywy 71/305 ze zmianami wprowadzonymi przez Dyrektywę 89/440 dotyczące definicji podmiotów zama-

wiających (art. 1 pkt (b)), definicji zakresu przedmiotowego (art. 4 pkt (a)), procedur jakie powinny być stosowane przez zamawiających (art. 5) oraz szczegółowych zasad dotyczących publikacji ogłoszeń, których powinny one przestrzegać, w szczególności w stosunku do procedury negocjacyjnej (art. 12 ust. 2 i 9) były identyczne z odpowiadającymi im postanowieniami Dyrektywy 93/37, przywołanymi w paragrafach 14 do 17 powyżej.

Wniosek

21. Przede wszystkim należy zauważyć, że w swoim wniosku Komisja twierdzi, że Królestwo Belgii postąpiło niezgodnie z Dyrektywami 89/440 i 93/37. Z dokumentów złożonych przed Trybunałem wynika wyraźnie, że Dyrektywa 89/440 obowiązywała, gdy rozpoczęto pierwsze postępowanie przetargowe, oraz że Dyrektywa 93/37 obowiązywała, kiedy rozpoczęto procedurę w związku z Etapem Nr 4. Ponadto, należy przypomnieć, że Dyrektywa 93/37 uchylila i zastąpiła Dyrektywę 71/305, uwzględniając przepisy, które ją zmieniały, między innymi te zawarte w Dyrektywie 89/440.
22. Zdaniem Komisji, w omawianej sprawie, ze względu na zastosowanie procedur ograniczonych, bez zawiadomienia o przetargu i bez opublikowania go w Dzienniku Urzędowym WE, Rząd Belgii postąpił niezgodnie z Dyrektywą 89/440 oraz art. 11 ust. 2 oraz 9 Dyrektywy 93/37.
23. Komisja wskazuje również na fakt, że aby można było udzielić zamówienia procedurze negocjacyjnej, muszą być spełnione warunki określone w art. 7 Dyrektywy 93/37. Tak więc, zamawiający może udzielić zamówienia w procedurze negocjacyjnej bez wcześniejszego opublikowania ogłoszenia, kiedy spełnione są warunki określone w art. 7 ust. 3 tejże dyrektywy.
24. Dlatego też, stosując procedurę negocjacyjną w drugiej części dotyczącej Etapu Nr 4, pomimo tego, że nie spełniony był żaden z uzasadniających taki tryb warunków, określonych w art. 7 Dyrektywy 93/37, Królestwo Belgii naruszyło to postanowienie.
25. Aby rozstrzygnąć spór rozpatrywany właśnie przez Trybunał, trzeba najpierw rozważyć, czy Vlaamse Raad jest zamawiającym w rozumieniu art. 1 pkt b Dyrektywy 71/305 z poprawkami wniesionymi przez art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/440, oraz w rozumieniu art. 1 ust. 1 pkt b Dyrektywy 93/37.
26. Definicja zamawiającego, która jest identyczna w obu dyrektywach, stanowi, iż dla celów określonych w każdej z nich, „zamawiającym” jest organ państwowy, samorządowy lub instytucja prawa publicznego, lub stowarzyszenie złożone z jednego lub większej liczby takich organów lub instytucji prawa publicznego’.
27. Termin „organ państwowy”, do którego odnosi się to postanowienie jednoznacznie obejmuje wszelkie organy, które sprawują władzę prawodawczą, wykonawczą lub sądowniczą. To samo dotyczy organów, które w państwie federalnym sprawują taką władzę na stopniu federalnym.
28. Ponadto, w Sprawie 31/87 Beentjes [1988] ECR 4635, paragrafy 11 do 13, Trybunał, po stwierdzeniu, że termin „organ państwowy” w znaczeniu art. 1 pkt b Dyrektywy 71/305 powinien być interpretowany funkcjonalnie stwierdził, że lokalny komitet konsolidacji

- gruntów mieści się w zakresie tej definicji pomimo tego, że formalnie nie stanowi integralnej części administracji państwowej. Niekonsekwentnym byłoby utrzymywanie, że ciało ustawodawcze nie mieści się w zakresie definicji organu państwowego dla celów dyrektyw Wspólnoty dotyczących zamówień publicznych na roboty budowlane, gdy organ nie będący formalnie integralną częścią administracji państwowej został uznany za podlegający takiej definicji dla celów zastosowania jednej z takich dyrektyw.
29. Wynika stąd, że organ prawodawczy, taki jak Vlaamse Raad należy uznać jako mieszczący się w zakresie definicji organu państwowego, a tym samym stanowiący podmiot zamawiający w znaczeniu art. 1 pkt b Dyrektywy 71/305 ze zmianami wniesionymi przez art. 1 ust. 1 Dyrektywy 89/440, oraz w znaczeniu art. 1 pkt (b) Dyrektywy 93/37.
 30. Ponadto, niezaprzeczalnym jest fakt, że każdy z etapów będących przedmiotem zamówień publicznych na roboty budowlane udzielanych przez Vlaamse Raad przekraczał próg określony przez art. 4 pkt (a) Dyrektywy 71/305 ze zmianami wynikającymi z art. 1 ust. 6 Dyrektywy 89/440, oraz art. 6 Dyrektywy 93/37.
 31. W takiej sytuacji, zamówienia udzielane przez Vlaamse Raad podlegały postanowieniom Dyrektywy 71/305, ze zmianami wniesionymi przez Dyrektywę 89/440 i Dyrektywę 93/37 i dlatego też powinny zostać udzielone zgodnie z określonymi tam zasadami.
 32. Wśród tych zasad, art. 12 ust. 2 i 9 Dyrektywy 71/305, ze zmianami wniesionymi przez art. 1 ust. 12 Dyrektywy 89/440 przewiduje, że podmioty zamawiające pragnące udzielić zamówienia publicznego na roboty budowlane w procedurach otwartych, ograniczonych, lub negocjacyjnych, o których mowa w art. 5 ust. 2 są zobowiązane poinformować o swoich zamiarach publikując ogłoszenie w Dzienniku Urzędowym WE.
 33. Podobnie, art. 11 ust. 2 i 9 Dyrektywy 93/37 stanowi, że podmioty zamawiające pragnące udzielić zamówienia publicznego na roboty budowlane w procedurach otwartych, ograniczonych lub negocjacyjnych, o których mowa w art. 7 ust. 2, są zobowiązane poinformować o swoich zamiarach publikując ogłoszenie w Dzienniku Urzędowym WE.
 34. Z postanowień tych wynika, że obowiązek publikacji ogłoszenia nie powstaje tylko w przypadku, gdy podmioty zamawiające zamierzają udzielić zamówienia publicznego na roboty budowlane w procedurze negocjacyjnej, o której mowa w art. 5 ust. 3 Dyrektywy 71/305, ze zmianami wniesionymi przez Dyrektywę 89/440, lub w art. 7 ust. 3 Dyrektywy 93/37.
 35. W rozpatrywanym przypadku, Rząd Belgijski nie podważa faktu, że ogłoszenie nie zostało opublikowane w Dz. U. WE, ani faktu, że warunki określone w art. 5 ust. 3 Dyrektywy 71/305, ze zmianami wniesionymi przez Dyrektywę 89/440, oraz art. 7 ust. 3 Dyrektywy 93/37 dotyczące udzielania zamówienia w drodze procedury negocjacyjnej bez uprzedniego opublikowania ogłoszenia, nie zostały spełnione.
 36. Jednakże, na przesłuchaniu, Rząd Belgijski odwołał się do art. 4 Dyrektywy 93/37 na poparcie swojego stanowiska, że w pewnych okolicznościach państwo członkowskie może być zgodnie z prawem zwolnione z zobowiązań określonych w tej dyrektywie.
 37. Przepis ten przewiduje, że Dyrektywa 93/37 nie ma zastosowania w odniesieniu do:
 - (a) zamówień udzielanych w dziedzinach, o których mowa w art. 2, 7, 8 i 9 Dyrektywy 90/531/EEC lub spełniających warunki określone w art. 6 ust. 2 tej dyrektywy;

- (b) zamówień na roboty budowlane, uznane za tajne lub wykonaniu których muszą towarzyszyć szczególne środki ostrożności zgodnie z ustawami oraz rozporządzeniami lub przepisami administracyjnymi obowiązującymi w państwie członkowskim, którego sprawa dotyczy, lub gdy wymaga tego ochrona podstawowych interesów bezpieczeństwa takiego Kraju Członkowskiego.
38. W oderwaniu od zagadnienia spóźnionej natury tego uzasadnienia, które Rząd Belgijski podniósł po raz pierwszy na przesłuchaniu nie podając żadnego ważnego powodu na uzasadnienie opóźnienia, należy zauważyć, że Rząd Belgijski nie przedstawił żadnych dowodów na to, że w przypadku któregośkolwiek z zamówień publicznych na roboty budowlane udzielanych przez Vlaamse Raad miała miejsce jedna z sytuacji określonych w Artykule 4.
 39. Z tego też powodu uzasadnienie to musi zostać odrzucone.
 40. Rząd Belgijski stwierdził również, że na poziomie krajowym, ustawa z dnia 14 lipca 1976 r., która obowiązywała w rozważanym okresie, a której art. 2 ust. 1 stanowi, że „Każdy Minister jest upoważniony, w ramach swoich uprawnień, podejmować decyzje dotyczące zawarcia i realizacji zamówień udzielanych przez państwo i organów które podlegają jego władzy hierarchicznej”, nie stosowało się organów legislacyjnych, między innymi dlatego, że niezależność i supremacja władzy ustawodawczej w Konstytucji Belgii uniemożliwiała podleganie przez władzę prawodawczą, a tym samym Vlaamse Raad, władzy wykonawczej.
 41. Przede wszystkim należy zauważyć, że uzasadnienie to, oparte na prawie krajowym, nie wpływa ani na fakt uznania Vlaamse Raad za stanowiącą podmiot zamawiający w znaczeniu art. 1 pkt (b) Dyrektywy 71/305 ze zmianami wniesionymi przez art. 1 ust. 1 Dyrektywy 89/440, oraz w znaczeniu art. 1 pkt (b) Dyrektywy 93/37, ani wynikający z tego obowiązek przestrzegania postanowień tych dyrektyw odnośnie publikacji i procedur udzielania zamówienia.
 42. Zgodnie z ustalonym orzecznictwem, kraj członkowski nie może opierać się na postanowieniach, praktykach i uwarunkowaniach istniejących w jego wewnętrznym porządku prawnym aby uzasadnić niedopełnienie przez siebie zobowiązań i terminów określonych w dyrektywie (patrz, szczególnie, Sprawa C-144/97 Komisja przeciwko Francji [1998] ECR I-613, ustęp 8).
 43. Dlatego też uzasadnienie to również nie może zostać przyjęte.
 44. Mając na uwadze powyższe okoliczności należy uznać, iż
 - poprzez niespełnienie obowiązku opublikowania ogłoszenia o przetargu w Dz. U. WE dotyczącego tak całości projektu jak i każdego z jego etapów dotyczącego budowy siedziby Vlaamse Raad, oraz
 - poprzez niespełnienie obowiązku zastosowania procedur udzielania zamówień określonych w Dyrektywie 71/305, ze zmianami wniesionymi przez Dyrektywę 89/440, oraz Dyrektywę 93/337 a dokładnie poprzez nieuzasadnione udzielenie zamówienia na realizację Etapu Nr 4 w trybie negocjacji,Królestwo Belgii nie wypełniło swoich zobowiązań wynikających z tych dyrektyw, a dokładnie, z art. 7 i 11 ust. 2 i 9 Dyrektywy 93/37.

Decyzja dotycząca kosztów

Koszty

45. Zgodnie z art. 69 ust. 2 Zasad procesowych, strona przegrywająca jest zobowiązana do zapłaty kosztów. Ponieważ Królestwo Belgii sprawę przegrało, musi ono ponieść koszty postępowania.

Sentencja orzeczenia

Na tej podstawie,

TRYBUNAŁ

(Szósta Izba)

niniejszym:

1. Orzeka, iż:

- poprzez niedopełnienie obowiązku opublikowania ogłoszenia o przetargu w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich dotyczącego całości projektu oraz jego poszczególnych etapów związanych z budową siedziby Vlaamse Raad, oraz
- poprzez niedopełnienie obowiązku zastosowania procedur określonych w Dyrektywie Rady 71/305/EEC z dnia 26 lipca 1971 r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, zgodnie ze zmianami wniesionymi przez Dyrektywę Rady 89/440/EEC z dnia 18 lipca 1989 r. oraz Dyrektywę Rady 93/37/EEC z dnia 14 lipca 1993 r. o koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, a w szczególności, poprzez nieuzasadnione udzielenie zamówienia na realizację Etapu Nr 4 w trybie, Królestwo Belgii nie dopełniło swoich zobowiązań wynikających z tych dyrektyw, a dokładnie z art. 7 oraz 11 ust. 2 i 9 Dyrektywy 93/37;

2. Nakazuje Królestwu Belgii zapłacić koszty postępowania.