OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
ELEANOR SHARPSTON
przedstawiona w dniu 7 czerwca 2007 r. [1]

1. Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Hanseatisches Oberlandesgericht (sąd okręgowy) w Bremie (Niemcy) dotyczy w istocie pytania do Trybunału o rozstrzygnięcie, czy prawo wspólnotowe sprzeciwia się stosowaniu wobec oferenta generalnego wyłączenia z prawa przewidzianego w dyrektywie 89/665 [2] odwołania się od decyzji w sprawach procedury przetargowej, ze względu na to, że nie zakwestionował on w terminie wyznaczonym przez prawo krajowe decyzji, za pomocą której błędnie wyłączono to postępowanie przetargowe spod zakresu tej dyrektywy.

2. Skarżąca w postępowaniu przed sądem krajowym przegrała przetarg na oprogramowanie, który został przeprowadzony zgodnie z procedurą krajową. Następnie zarzuciła ona po pierwsze, że należało zastosować wspólnotową procedurę przetargową, ponieważ odpowiednia kwota progowa została przekroczona, oraz po drugie, że podjęta w konsekwencji decyzja o udzieleniu zamówienia była niezgodna z prawem. Zarzuty zostały uznane za niedopuszczalne, ponieważ upłynął termin do zaskarżenia wyboru procedury, w związku z czym procedura odwoławcza dla zamówień publicznych wchodzących w zakres prawa wspólnotowego nie była dostępna.

3. Sąd krajowy wzywa Trybunał do przeprowadzenia analizy okoliczności, w jakich nałożenie terminów do zaskarżenia decyzji podjętych w procedurach zamówień publicznych może naruszać zasadę skuteczności, która leży u podstaw dyrektywy 89/665.

Ramy prawne

Dyrektywa 89/665

4. Celem dyrektywy 89/665 jest zapewnienie, że procedury udzielania zamówień

1 — Język oryginału: angielski.

2 — Dyrektywa Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (Dz.U. L 395, str. 33), w brzmieniu nadanym przez dyrektywę Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnoszącą się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi (Dz.U. L 209, str. 1).

publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi określone w odpowiednich dyrektywach wspólnotowych są rzeczywiście stosowane. Realizuje to przez ustanowienie systemu procedur odwoławczych i środków prawnych stosowanych w przypadku naruszeń.

5. Dla niniejszej sprawy istotne są następujące motywy preambuły dyrektywy 89/665:

„[1] dyrektywy Wspólnoty dotyczące zamówień publicznych, w szczególności […] dyrektywa Rady 77/62/EWG z dnia 21 grudnia 1976 r. koordynująca procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy[3] […] nie zawierają szczególnych przepisów zapewniających ich skuteczne stosowanie;

[2] istniejące przepisy, zarówno na poziomie krajowym, jak i wspólnotowym, dla zapewnienia stosowania wspomnianych dyrektyw nie zawsze są odpowiednie, by zapewnić zgodność z odpowiednimi przepisami prawa wspólnotowego, w szczególności na etapie, na którym naruszenia tych przepisów mogą być skorygowane;

[3] otwarcie rynku zamówień publicznych na konkurencję wspólnotową wymaga zasadniczego wzrostu gwarancji przejrzystości i braku dyskryminacji; dla uzyskania wymiernych efektów należy udostępnić skuteczne i szybkie środki odwoławcze, w przypadkach naruszenia prawa Wspólnoty w dziedzinie zamówień publicznych lub też krajowych przepisów wykonujących to prawo;

[4] […]

[5] […] krótki czas trwania procedur oznacza, że wszelkie naruszenia, o których mowa powyżej, muszą być eliminowane w trybie pilnym;

[…]”.

6. Artykuł 1 dyrektywy 89/665 stanowi:

„1. Państwa członkowskie podejmują środki niezbędne dla zapewnienia, w odniesieniu do procedur udzielania zamówień objętych

3 — Dz.U. L 13, str. 1. Dyrektywa ta została uchylona i zastąpiona dyrektywą Rady 93/36/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynującą procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy (Dz.U. L 199, str. 1), zmienioną dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 97/52/WE z dnia 13 października 1997 r. (Dz.U. L 328, str. 1) oraz dyrektywą Komisji 2001/78/WE z dnia 13 września 2001 r. (Dz.U. L 285, str. 1). Dyrektywa 93/36 była z kolei jedną z dyrektyw uchylonych i zastąpionych przez dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2004/18/WE z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. L 134, str. 114).

dyrektywami [...] 77/62/EWG oraz 92/50/EWG[4], że decyzje podjęte przez instytucje zamawiające podlegają efektywnemu oraz, w szczególności, możliwie szybkiemu postępowaniu odwoławczemu, zgodnie z warunkami określonymi w poniższych artykułach, w szczególności zgodnie z art. 2 ust. 7, z powodu naruszenia przez takie decyzje prawa wspólnotowego w dziedzinie zamówień publicznych lub krajowych przepisów wdrażających to prawo.

zamierza skorzystać ze środków odwoławczych, uprzedniego powiadomienia instytucji zamawiających o domniemanym naruszeniu przepisów oraz o zamiarze skorzystania ze środków".

7. Artykuł 2 dyrektywy 89/665 dotyczy środków, które powinny być dostępne w związku z postępowaniem odwoławczym. Artykuł 2 ust. 7 stanowi, że „[p]aństwa członkowskie zapewniają efektywne wykonywanie decyzji podjętych przez organy odwoławcze".

2. [...]

3. Państwa członkowskie zapewniają, że procedury odwoławcze, zgodnie ze szczegółowymi przepisami, które państwa członkowskie mogą wprowadzić, dostępne są co najmniej każdemu podmiotowi, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia publicznego na dostawy [...], w przypadku gdy taki podmiot doznał uszczerbku lub zagraża mu doznanie uszczerbku w wyniku domniemanego naruszenia przepisów. W szczególności państwa członkowskie mogą wymagać od podmiotu, który

Dyrektywa 93/36[5]

8. Artykuł 10 dyrektywy 93/36 określa w szczególności minimalne terminy składania ofert w postępowaniach otwartych, których wartość przewyższa wartość progową dla stosowania przepisów wspólnotowych. Artykuł 10 ust. 1 stanowi, że takie postępowania muszą pozostać otwarte przez okres nie krótszy niż pięćdziesiąt dwa dni od daty wysłania ogłoszenia o zamówieniu. Jeśli opublikowano wstępne ogłoszenie informacyjne zgodnie z art. 10 ust. 1a, okres ten może zgodnie z ogólną zasadą zostać skrócony do

4 — Zobacz przypis 2. Dyrektywa 92/50 została zmieniona dyrektywami 93/36, 97/52 i 2001/78 i uchylona, z zachowaniem brzmienia art. 41 (który zmienił brzmienie art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665), przez dyrektywę 2004/18 (zobacz przypis 3 powyżej). Na mocy art. 2 dyrektywy 92/50 (a następnie art. 1 ust. 2 lit. d) akapit drugi dyrektywy 2004/18) zamówienie obejmujące zarówno dostawy, jak i usługi, uznaje się za zamówienie publiczne na usługi, jeżeli wartość tych usług przekracza wartość produktów objętych dostawą. Omawiane w niniejszym przypadku zamówienie obejmuje zarówno dostawę (licencje na oprogramowanie), jak i usługę (szkolenie i opiekę serwisową), których odpowiednie wartości nie wynikają jasno z dokumentacji zawartej w aktach sprawy. Zatem nie jest pewne, czy zamówienie należy zaklasyfikować jako zamówienie na dostawę, czy jako zamówienie na usługę. Jakkolwiek, wartość progowa skutkująca podleganiem zamówienia zakresowi dyrektywy 89/665 jest taka sama w obu przypadkach.

5 — Zobacz przypis 3. Podobne przepisy do art. 10 ust. 1 i ust. 1a dyrektywy 93/36 znajdują się, w odniesieniu do zamówień publicznych na usługi, w art. 18 ust. 1 i 2 dyrektywy 92/50. Przepisy te zostały następnie zastąpione art. 38 ust. 2 i 4 dyrektywy 2004/18.

36 dni, lecz w żadnym wypadku nie może być krótszy niż 22 dni.

„Odwołanie jest niedopuszczalne, gdy wnoszący odwołanie już w trakcie postępowania dostrzegł naruszenie przepisów, nie wnosząc na nie niezwłocznie protestu do zamawiającego. Ponadto jest ono niedopuszczalne, jeżeli naruszenie przepisów dotyczących zamówień publicznych, widoczne [9] już na podstawie ogłoszenia, nie zostanie oprotestowane najpóźniej do chwili upływu terminu składania ofert, który określono w tym ogłoszeniu, albo terminu ubiegania się o udział w postępowaniu przetargowym".

Prawo niemieckie [6]

9. Część czwarta niemieckiej Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (ustawy o zapobieganiu ograniczeniom konkurencji, zwanej dalej „GWB") dotyczy udzielania zamówień publicznych [7]. Artykuł 100 ust. 1 stanowi, że „[t]ę część ustawy stosuje się jedynie do zamówień, których wartość przekracza progi określone w art. 127 (wartości progowe)" [8].

11. Vergabeverordnung (rozporządzenie o udzielaniu zamówień publicznych zwane dalej „VgV") [10] w szczególności wskazuje wartości progowe, do których odsyła art. 127 ust. 1 GWB [11]. W chwili gdy miały miejsce okoliczności faktyczne niniejszej sprawy art. 2 VgV stanowił:

10. Artykuł 107 GWB dotyczy odwołań wnoszonych do izby ds. zamówień publicznych. Artykuł 107 ust. 3 GWB określa terminy składania odwołań do izby ds. zamówień publicznych w zakresie zarzucanych naruszeń przepisów dotyczących zamówień publicznych i stanowi:

„Wartości progowe wynoszą:

[…]

6 — Tłumaczenia przywołanych tytułów i przepisów prawa niemieckiego są autorstwa własnego.

7 — Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen z dnia 26 sierpnia 1998 r., BGB1. I 1998, str. 2521. Część czwarta obejmuje art. 97–129. Podzielona jest na trzy sekcje, z których druga (art. 102–124) dotyczy procedur odwoławczych.

8 — Artykuł 127 ust. 1 GWB upoważnia rząd federalny, za zgodą Bundesrat (izby wyższej parlamentu federalnego), do transponowania do prawa niemieckiego mocą rozporządzenia przewidzianych wartości progowych w dyrektywach wspólnotowych koordynujących procedury udzielania zamówień publicznych.

9 — „[E]rkennbar" w oryginale niemieckim.

10 — Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge z dnia 9 stycznia 2001 r., BGB1 I 2001, str. 110.

11 — Zobacz przypis 8 powyżej.

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

12. Część A Verdingungsordnung für Leistungen (procedury postępowania przy udzielaniu zamówień publicznych na dostawy i usługi) (zwane dalej „VOL/A") [12] zawiera dodatkowe regulacje dotyczące udzielania zamówień na dostawy i usługi. Artykuł 17 dotyczy między innymi zawartości ogłoszenia o zamówieniu. Artykuł 17 ust. 1 pkt 2 lit. c) stanowi:

„Ogłoszenie o zamówieniu powinno zawierać przynajmniej następujące elementy:

[…]

c) wskazanie charakteru i zakresu towarów lub usług objętych zamówieniem […]" [13].

12 — Wersja z dnia 17 września 2002 r., Bundesanzeiger nr 216a. Sekcje 1 i 2 dotyczyły udzielania zamówień odpowiednio poniżej i powyżej progu wspólnotowego. Odpowiadające sobie artykuły w każdej sekcji noszą tę samą numerację. W każdej sekcji brzmienie art. 17 ust. 1 pkt 2 lit. c) jest identyczne.

13 — „Diese Bekanntmachung soll mindestens folgende Anaben enthalten: […] Art und Umfang der Leistung" w oryginale niemieckim.

Postępowanie przed sadem krajowym i pytania prejudycjalne

13. W dniu 21 marca 2005 r. lub przed tym dniem pozwane przed sądem krajowym Wolne Miasto Hanzeatyckie Brema (zwane dalej „miastem Brema") opublikowało „ogłoszenie o zamówieniu krajowym zgodnie z VOL/A" na dostawę oprogramowania [14]. Dzień 12 kwietnia 2005 r. był ostatecznym terminem składania ofert. Ogłoszenie o zamówieniu nie zawierało oznaczenia zakresu ani wartości zamówienia. W części zatytułowanej „Menge und Umfang" (ilość i zakres) ogłoszenie stwierdzało:

„W imieniu Senatora Bremy ds. Zatrudnienia, Kobiet, Zdrowia, Młodzieży i Spraw Społecznych zgłasza się zapotrzebowanie na standardowe oprogramowanie dla SGB XII (opieka społeczna — pomoc dla dorosłych i pomoc ekonomiczna) do obsługi spraw przy pomocy komputerów osobistych, zgodne z warunkami określonymi w dokumentacji przetargowej. Dokumentację przetargową można pobrać bezpłatnie ze strony www.vergabe.bremen.de […]".

14 — Tłumaczenia fragmentów ogłoszenia o zamówieniu i dokumentacji przetargowej są autorstwa własnego.

14. Lämmerzahl GmbH (zwana dalej „Lämmerzahl"), występująca w postępowaniu przed sądem krajowym w charakterze strony skarżącej, jest spółką z ograniczoną odpowiedzialnością specjalizującą się w oprogramowaniu dla instytucji publicznych. Pobrała ona dokumentację przetargu, na którą składały się następujące trzy dokumenty:

15. Po pierwsze, dokument zatytułowany „arkusz cen/szczegółowe zestawienie cen 1" (zwany dalej „dokumentem dotyczącym cen") nałożył na oferentów, zgodnie z sekcją zatytułowaną „zamówienie na licencje", obowiązek przedstawienia jednostkowych cen za licencje pełne w zależności od różnych możliwych zakresów ilości, które należałoby dostarczyć (11–50, 51–100, 101–200, 201–500 licencji). Zamieszczono również alternatywny wniosek o cenę za licencje tylko do odczytu (1–5, 6–10, 11–50, 51–100 licencji). Jako kolejną ewentualność zadano pytanie o cenę za „Landeslizenz" (licencję dla landu) [15]. Sekcja zatytułowana „zamówienie na świadczenie usług" wymagała od oferentów przedstawiania ceny za szkolenie około 300 pracowników i 10 administratorów. Dokumentacja nie określała w żadnym miejscu rzeczywistej liczby potrzebnych licencji.

15 — W swoim piśmie z dnia 6 kwietnia 2005 r. (zobacz pkt 20 poniżej) miasto Brema stwierdziło, że licencja dla landu miałaby obejmować nieograniczoną liczbę licencji na użytek w Bremie i Bremerhaven.

16. Po drugie, dokument określający przedmiot ogłoszenia o zamówieniu („dokument dotyczący przedmiotu zamówienia") wskazywał, że około 200 pracowników w dziale pomocy ekonomicznej, 45 w opiece społecznej i 65 w obsłudze jednostek centralnych ma pracować na tym oprogramowaniu.

17. Po trzecie, „tabela towarów i usług" wskazywała „wielkość minimalną lub szacunkową" jednej jednostki. Ponownie nie wskazała ona całkowitej liczby wymaganych licencji.

18. Lämmerzahl przedstawiła cztery pytania odnoszące się do specyfikacji przetargu, na które miasto Brema odpowiedziało pismem z dnia 24 marca 2005 r. Na tym etapie Lämmerzahl nie zwróciła się o podanie liczby licencji, ani wielkości czy wartości zamówienia.

19. Następnie, w dniu 4 kwietnia 2005 r., Lämmerzahl zwróciła się drogą elektroniczną do miasta Brema o przedstawienie dalszych wyjaśnień dotyczących specyfikacji przetargu. Pierwsze pytanie dotyczyło kwestii, czy łączne ceny, których wskazania zażądano w dokumencie dotyczącym oferty oraz tabeli towarów i usług, odnosiły się do „sumy cen podanych w arkuszu cen dla zamówienia na licencje obejmującego 310 licencji (310

pracowników wymienionych w [dokumencie dotyczącym przedmiotu zamówienia])", czy też inne ceny (m.in. koszty opieki serwisowej i obsługi) powinny być uwzględnione. Trzy z pozostałych pytań podniesionych w korespondencji elektronicznej Lämmerzahl odnosiły się do „wyżej wymienionych 310 licencji".

20. Miasto Brema odpowiedziało pismem z dnia 6 kwietnia 2005 r. W odpowiedzi na pierwsze pytanie stwierdziło, że w ofercie należy zamieścić całkowitą cenę oferty (całkowitą cenę licencji, kosztów opieki serwisowej i obsługi). W żadnym z wyjaśnień miasta Brema nie wspomniano, ani też nie odniesiono się w sposób wyraźny do liczby 310 licencji, którą Lämmerzahl zawarła w swoich pytaniach.

21. Następnie Lämmerzahl złożyła ofertę na 310 licencji, zawierającą koszty szkolenia i opieki serwisowej, na kwotę netto 603 500 EUR. Oferta ta została wybrana do etapu testów wraz z konkurencyjnym oferentem, spółką PROSOZ Herten GmbH (zwaną dalej „PROSOZ").

22. W dniu 6 lipca 2005 r. miasto Brema wystosowało do Lämmerzahl pismo, informując ją, że przegrała przetarg, ponieważ jej oferta nie była ekonomicznie najbardziej korzystna.

23. W dniu 14 lipca 2005 r. Lämmerzahl wystosowała pisemny protest do miasta Brema, a w dniu 21 lipca 2005 r. wniosła odwołanie w sprawie procedury przetargowej. Twierdziła ona, że powzięła ona wiadomość w związku z udzieloną jej w dniu 14 lipca 2005 r. poradą prawną, że miasto Brema powinno było ogłosić ogólnowspólnotowe, a nie krajowe, zaproszenie do składania ofert, ponieważ wartość zamówienia przewyższała wartość progową 200 000 EUR. Zarzuciła ona także, że jej oprogramowanie nie zostało prawidłowo przetestowane.

24. W dniu 2 sierpnia 2005 r. trzecia izba ds. zamówień publicznych miasta Brema (zwana dalej „izbą ds. zamówień publicznych") oddaliła skargę. Stwierdziła ona, że nawet jeżeli wartość progowa została przekroczona, a zatem zastosowano niewłaściwą procedurę przetargową, takie naruszenie było widoczne w zaproszeniu do składania ofert. W tych okolicznościach zarzuty Lämmerzahl zostały podniesione po terminie w rozumieniu art. 107 ust. 3 zdanie drugie GWB.

25. Lämmerzahl odwołała się do sądu krajowego. Po pierwsze twierdziła ona, że naruszenie polegające na wyborze procedury nie było dostrzegalne w ogłoszeniu o zamówieniu. Po drugie skarżąca powtórzyła swoje zarzuty co do procedury sprawdzania i wyboru, twierdząc, że oferta PROSOZ była w sposób oczywisty niekompletna i zawierała niezgodny z prawem podział kosztów, co powinno skutkować jej odrzuceniem („zarzuty merytoryczne").

26. Decyzją w przedmiocie środków tymczasowych z dnia 7 listopada 2005 r. sąd krajowy odmówił przedłużenia skutku zawieszającego odwołania, ponieważ uważał, że nie miało ono szans powodzenia. Podzielił on zdanie izby ds. zamówień publicznych, że na podstawie terminu, o którym mowa w art. 107 ust. 3 zdanie drugie GWB, Lämmerzahl zaskarżyła wybór procedury krajowej oraz dokonane przez miasto Brema oszacowanie wartości zamówienia po terminie. Wobec tego pozbawiono spółkę możliwości wniesienia odwołania w ramach przewidzianej w GWB procedury, która jest wyłącznie dostępna w stosunku do procedur, których wartość przewyższa wartość progową.

27. Następnie miasto Brema udzieliło zamówienia spółce PROSOZ.

28. W postanowieniu odsyłającym sąd krajowy wydaje się uznawać, że wartość zamówienia przekroczyła wartość progową 200 000 EUR [16]. Jednakże uważa on, że na mocy art. 107 ust. 3 zdanie drugie GWB upływ terminu uniemożliwia Lämmerzahl skorzystanie z procedury odwoławczej przewidzianej w GWB.

29. Dochodząc do tego wniosku, sąd krajowy nie rozstrzygnął ostatecznie w przedmiocie kwestii, czy w prawie krajowym zwrot „widoczne już na podstawie ogłoszenia" oznacza, że naruszenie musi być widoczne tylko w ogłoszeniu o zamówieniu. Sąd krajowy twierdzi, że jeżeli ten zwrot obejmuje inne dokumenty, to Lämmerzahl powinna była wywnioskować ze szczegółowych zapisów w dokumentacji przetargu, że wartość progowa została przekroczona. W każdym razie powinna ona dostrzec to w oparciu o własne kalkulacje. Jeśli natomiast naruszenie musi być widoczne w samym ogłoszeniu o zamówieniu, to brak jakiegokolwiek wskazania zakresu zamówienia sam przez się stanowiłby dostrzegalne naruszenie, ponieważ pominięcie tego wskazania byłoby sprzeczne z art. 17 ust. 1 pkt 2 lit. c) VOL/A [17]. Uniemożliwiłby on również oferentowi kontrolę wyboru procedury i w razie konieczności, jego zakwestionowanie.

30. Niemniej sąd krajowy ma zastrzeżenia co do tego, czy jego rozstrzygnięcie z dnia 7 listopada 2005 r. mogło pozbawić oferentów prawa do skutecznego środka prawnego w zakresie domniemanych naruszeń prawa wspólnotowego, wbrew art. 1 dyrektywy 89/665. Uważa on, że ograniczenie

16 — Wydaje się, że miasto Brema zastosowało krajową procedurę przetargową na skutek (dokonanego w 2004 r.) oszacowania wartości na 150 000 EUR przyjętego w oparciu o 150 zamiast 310 licencji.

17 — Lämmerzahl powołuje się na ten przepis VOL/A jako „nieobligatoryjny". Jednak sąd krajowy twierdzi, że wyraz „soll" („powinien") generalnie wskazuje obowiązek, w razie braku nadrzędnych względów przeciwnych. Zobacz pkt 12 powyżej oraz tamże przypis. Sąd krajowy wywodzi swoją wykładnię wyrazu „soll" („powinien") z sekcji „Uwagi Ogólne" zamieszczonej na końcu VOL/A.

określone w art. 107 ust. 3 zdanie drugie GWB co do zasady, w świetle orzecznictwa Trybunału [18], jest zgodne z dyrektywą. Jednakże, w przypadku błędnego oszacowania wartości zamówienia poniżej wartości progowej, brak skargi w terminie pozbawia oferenta możliwości odwołania nie tylko w zakresie tego naruszenia, lecz także jego zarzutów merytorycznych. Jeśli instytucja zamawiająca może pozbawić nieroztropnego oferenta przedmiotowej ochrony przez dopuszczenie się dostrzegalnego naruszenia, to istnieje możliwość nadużyć.

31. Sąd krajowy zastanawia się, czy drakońskie konsekwencje ograniczeń nie powinny być stosowane tylko w przypadku, gdy oferent może ustalić w sposób jednoznaczny na podstawie ogłoszenia o zamówieniu, że instytucja zamawiająca przyjmuje, że zamówienie nie osiągnie wartości progowej.

32. Z powyższych względów sąd krajowy postanowił zawiesić postępowanie i zwrócił się do Trybunału z dwoma pytaniami prejudycjalnymi:

„1 Czy z dyrektywą Rady 89/665/EWG, w szczególności z jej art. 1 ust. 1 i 3, zgodne jest, że oferent zostaje ogólnie pozbawiony dostępu do środków odwoławczych od decyzji instytucji zamawiającej, ponieważ nie podniósł, z własnej winy, w terminie określonym w krajowych przepisach, zarzutu naruszenia procedury przetargowej, dotyczącego:

a) wyboru trybu postępowania przetargowego

lub

b) prawidłowości ustalenia wartości zamówienia (w sposób oczywisty błędnego oszacowania wartości, względnie niedostatecznie przejrzystego sposobu jej obliczenia),

a na podstawie prawidłowo dokonanego ustalenia wartości zamówienia możliwe byłoby zbadanie innych naruszeń procedury przetargowej, dla których, jeśli traktować je oddzielnie, termin odwołania jeszcze by nie upłynął?

2. Czy należy ustanowić szczególne wymogi dotyczące informacji zawartych w ogłoszeniu o zamówieniu, mających znaczenie dla określenia wartości zamówienia, tak aby z naruszenia procedury udzielania zamówienia związanego

18 — Trybunał orzekł, że określenie rozsądnych terminów na wniesienie skargi jest zgodne z art. 1 dyrektywy 89/665: wyrok z dnia 12 grudnia 2002 w sprawie C-470/99 Universale-Bau i in., Rec. str. I-11617, pkt 75–79.

z oszacowaniem wartości zamówienia wynikało wyłączenie ochrony prawnej przewidzianej przez pierwotne prawo wspólnotowe również wtedy, gdy prawidłowo oszacowana wartość zamówienia przekracza odnośną wartość progową?".

33. Lämmerzahl, miasto Brema, Republika Austrii, Republika Litwy oraz Komisja przedstawiły uwagi na piśmie. Lämmerzahl, miasto Brema oraz Komisja przedstawiły również swe dodatkowe uwagi podczas rozprawy w dniu 28 marca 2007 r.

W przedmiocie dopuszczalności

34. Miasto Brema podnosi, że warunki w zakresie pytań prejudycjalnych na podstawie art. 234 WE nie zostały spełnione. Chodzi tu o szczególny przypadek stosowania przepisu krajowego, którego zgodność z prawem wspólnotowym nie budzi żadnych wątpliwości.

35. Nie podzielam tego argumentu. Tym, co kryje się za pierwszym pytaniem sądu krajowego, jest kwestia, czy art. 1 dyrektywy 89/665 sprzeciwia się stosowaniu generalnego wyłączenia spod prawa do odwołania w okolicznościach takich jak te w postępowaniu przed sądem krajowym.

36. Co się zaś tyczy drugiego pytania sądu krajowego, prawdą jest, że Trybunał nie może przedstawić dokładnej listy tego, co powinno być zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu [19]. Jednakże do kompetencji Trybunału należy wykładnia odpowiednich zasad i przepisów prawa wspólnotowego w tym celu, aby pomóc sądowi krajowemu rozstrzygnąć, czy zostały one naruszone w konkretnym przypadku.

37. Zatem wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym jest dopuszczalny.

W przedmiocie pytań

Uwagi wstępne

38. Powyższe dwa pytania zadane przez sąd krajowy można przeformułować w następujący sposób:

1. Jeśli oferent nie zakwestionował w określonym przez prawo krajowe terminie

19 — Ustawodawca europejski nałożył konkretne ujednolicone wymagania w odniesieniu do zamówień, których wartość przewyższa odpowiednie progi: zob. przypis 3 powyżej.

decyzji nieprawidłowo sytuującej zamówienie publiczne poza zakresem ochrony wspólnotowej, to czy dyrektywa 89/665 sprzeciwia się stosowaniu wobec oferenta wyłączenia z przewidzianego w tej dyrektywie prawa do odwołania od jakichkolwiek późniejszych decyzji w procedurze przetargowej?

2. Jakie szczegółowe dane powinny znaleźć się w ogłoszeniu o zamówieniu, aby można było na tej podstawie stwierdzić, że wartość zamówienia została błędnie oszacowana, jako nieprzekraczająca progu decydującego o ochronie przewidzianej w dyrektywie 89/665?

39. Drugie pytanie sądu krajowego dotyczy możliwości dostrzeżenia danego naruszenia. Pytanie to ma zasadnicze znaczenie dla rozstrzygnięcia kwestii zgodności z prawem wspólnotowym terminu przewidzianego dla zaskarżenia tego naruszenia. Zbadam zatem powyższe dwa pytania prejudycjalne łącznie. Także większość uczestników postępowania przyjęła w znacznym stopniu takie podejście.

Uwagi

40. Lämmerzahl podkreśla, że o ile termin zawarty w art. 107 ust. 3 zdanie drugie GWB jest co do zasady zgodny z dyrektywą 89/665, to ma on charakter wyłączenia od prawa do odwołania. Wobec powyższego zwrot „widoczne już na podstawie ogłoszenia" należy interpretować w sposób wąski. Wykładnia nie może rozciągać się na stwierdzenie przeoczenia, którego zakwestionowanie prowadziłoby z kolei do stwierdzenia błędu miasta Brema w oszacowaniu wartości zamówienia. Błąd ten — a zatem błędny wybór procedury — nie mógł być dostrzeżony w ogłoszeniu o zamówieniu. Zatem skorzystanie przez Lämmerzahl z przysługujących jej uprawnień wspólnotowych było niemożliwe lub nadmiernie utrudnione.

41. Republika Litwy uważa, że w przypadku, gdy bieg terminu rozpoczyna się w dniu publikacji ogłoszenia o zamówieniu, uprawnienia oferentów wynikające z prawa wspólnotowego podlegają skutecznej ochronie, tylko gdy z tą chwilą oferentom dostępna jest pełna i obiektywna informacja o zakresie przetargu. W przeciwnym przypadku bieg terminu powinien rozpocząć się dopiero wówczas, gdy wiedzą oni o danym błędzie proceduralnym lub są w stanie go dostrzec.

42. Miasto Brema twierdzi, że art. 107 ust. 3 zdanie drugie GWB jest zgodny z dyrektywą 89/665. Kryterium możliwości dostrzeżenia zapewnia, że wykonywanie uprawnień wspólnotowych oferenta nie jest niemożliwe ani nadmiernie utrudnione. Wskazanie szacunkowej wartości zamówienia w ogłoszeniu o zamówieniu mogłoby zakłócić konkurencję.

Wystarczające jest, aby przeciętnie doświadczony uczestnik rynku mógł wyliczyć wartość zamówienia na podstawie dostarczonych informacji. Podczas rozprawy miasto Brema wskazało, że nawet wobec braku prawa do odwołania wynikającego z dyrektywy 89/665, ogólne środki odwoławcze są dostępne z mocy prawa krajowego. Jednakże przyznało ono, że są one mniej skuteczne niż procedura przewidziana w GWB.

45. Również zdaniem Komisji podstawowe zasady traktatu WE, takie jak zasada równości i przejrzystości, stosują się nawet do zamówień o wartości nieosiągającej progu wspólnotowego [20].

Ocena

43. Republika Austrii twierdzi, że generalne wyłączenie ze wspólnotowej procedury odwoławczej, jako skutek braku zaskarżenia danego naruszenia w terminie, jest zgodne z dyrektywą 89/665, pod warunkiem że stosowanie danego terminu nie narusza zasady skutecznej ochrony.

46. Wspólnotowa zasada skuteczności stanowi sedno ochrony ustanowionej dyrektywą 89/665. Jak od dawna głosi Trybunał w swym orzecznictwie, zasada ta wymaga, by wykonywanie praw przyznanych przez wspólnotowy porządek prawny nie było faktycznie niemożliwe lub nadmiernie utrudnione [21].

44. Komisja zajmuje podobne stanowisko. Twierdzi ona, że sankcja wykluczenia zapewnia zaskarżanie naruszeń w możliwie najkrótszym terminie. Jest to pożądane z perspektywy ewentualnych konsekwencji w postaci konieczności ponownego uruchomienia procedury przetargowej. W trakcie rozprawy Komisja stwierdziła, że brak zaskarżenia naruszenia w terminie powinien prowadzić do wykluczenia tylko w przypadku, gdy oferent mógł dostrzec to naruszenie albo powinien je dostrzec, gdyby działał z zachowaniem dbałości oczekiwanej od doświadczonego i starannego przedsiębiorcy.

47. Zatem pierwsze trzy motywy dyrektywy 89/665 podkreślają, że celem tej dyrektywy jest zapewnienie rzeczywistego stosowania dyrektyw wspólnotowych z dziedziny

20 — W mojej opinii w sprawie C-195/04 Komisja przeciwko Finlandii (Zb.Orz. str. I-3351) wyczerpująco zajęłam się tym twierdzeniem.

21 — Zobacz na przykład wyrok z dnia 14 grudnia 1995 r. w sprawie C-312/93 Peterbroeck, Rec. str. I-4599, pkt 12 wraz z przywołanym orzecznictwem, oraz wyrok z dnia 13 marca 2007 r. w sprawie C-432/05 Unibet, Zb.Orz. str. I-2271, pkt 43 wraz z przywołanym orzecznictwem.

zamówień publicznych, poprzez stworzenie systemu środków odwoławczych w przypadkach „naruszenia prawa Wspólnoty w dziedzinie zamówień publicznych lub też krajowych przepisów wykonujących to prawo". Artykuł 1 ust. 1 określa wymogi skutecznego postępowania odwoławczego od decyzji instytucji zamawiających. Artykuł 2 ust. 7 przewiduje efektywne wykonywanie decyzji podjętych przez organy odwoławcze.

48. Jednak motywy drugi i piąty podkreślają, że procedury udzielania zamówień publicznych cechują się krótkim czasem trwania. Zatem jakiekolwiek naruszenia muszą być załatwiane w trybie pilnym, na etapie, na którym mogą one być skorygowane. Szybkość środków odwoławczych jest zatem uważana za przejaw skuteczności i jest wyraźnie wskazana w trzecim motywie oraz w art. 1 ust. 1.

49. Dyrektywa 89/665 przewiduje zatem możliwość odwołania się od decyzji, nawet zanim spowoduje ona rzeczywistą szkodę. Na podstawie art. 1 ust. 3 środki odwoławcze dostępne są „każdemu podmiotowi, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia publicznego na dostawy […], w przypadku gdy taki podmiot doznał uszczerbku lub *zagraża mu* doznanie uszczerbku w wyniku domniemanego naruszenia przepisów" (podkreślenie własne). W tym samym duchu art. 1 ust. 3 zezwala państwom członkowskim na wymaganie od zainteresowanego podmiotu uprzedniego powiadomienia instytucji zamawiającej o swoim zamiarze skorzystania z kontroli sądowej, podkreślając potrzebę rozstrzygnięcia kwestii spornych możliwie szybko.

50. Dyrektywa nie zezwala wprost na stosowanie terminów odwołania od decyzji instytucji zamawiających. Terminy wynikające z krajowych przepisów transponujących są jednakże co do zasady zgodne z wymogami szybkiej procedury odwoławczej, ponieważ odwołanie takiej decyzji staje się w krótkim czasie bezużyteczne. Ponadto Trybunał już dawno uznał, że rozsądne terminy stanowią przejaw zastosowania podstawowej zasady pewności prawa [22].

51. W wyroku w sprawie Universale-Bau [23] Trybunał orzekł, że dyrektywa 89/665 nie sprzeciwia się ustanowieniu przez prawo krajowe rozsądnych terminów do wniesienia odwołania od decyzji instytucji zamawiającej. Termin jest rozsądny, jeśli spełnia wymogi

22 — Zobacz wyrok z dnia 16 maja 2000 r. w sprawie C-78/98 Preston i in., Rec. str. I-3201, pkt 33 wraz z przywołanym orzecznictwem.

23 — Przywołany w przypisie 18 powyżej.

zarówno ustanowionej w dyrektywie zasady skuteczności, jak i zasady pewności prawa [24].

52. Konieczność wyważenia tych dwóch zasad odróżnia terminy od przepisów zawierających wyłączenia, z którymi Lämmerzahl stara się je zrównać. W prawie wspólnotowym istnieje wiele rodzajów wyłączeń, uzasadnionych różnymi względami. Często takie wyłączenia są wyjątkami od praw, które przyznaje traktat WE lub od innych zasad ogólnych. Co do zasady, są one dozwolone, gdy istnienie konieczność ochrony szczególnych interesów. W celu zapewnienia skuteczności nadrzędnym zasadom, wyłączenia należy zazwyczaj interpretować wąsko. Z drugiej strony terminy mają na celu wyważenie praw jednostki i szerszego interesu ogólnego. Ponieważ terminy te mimo wszystko ograniczają prawa, należy je dokładnie zbadać, w celu ustalenia, czy ich stosowanie rzeczywiście narusza zasadę skutecznej ochrony.

53. Trybunał podjął się takiej oceny w wyroku w sprawie Santex [25]. Tamże doprecyzował on wyrok w sprawie Universale-Bau oraz zastosował kryteria ustanowione w uprzednim orzecznictwie [26] do kwestii rozsądnego charakteru terminów w ramach dyrektywy 89/665. Trybunał orzekł, że analiza przepisu dotyczącego terminu „uwzględniać musi miejsce tego przepisu w całym postępowaniu, tryb tego postępowania i jego szczególne cechy". Zatem jeśli nawet termin sam w sobie nie narusza zasady skuteczności, jego zastosowanie w okolicznościach konkretnej sprawy może sprawić, że ją naruszy [27].

54. W wyroku w sprawie Grossmann Air Service Trybunał wskazał, że cele dyrektywy 89/665 dotyczące szybkości i skuteczności zobowiązują zainteresowaną stronę, która wie o istnieniu naruszenia, do jego zakwestionowania [28], oraz że nieprzychylnie odnosi się do skarżącego, który zwleka aż do decyzji o udzieleniu zamówienia, zanim zaskarży domniemaną niezgodność z prawem ogłoszenia o zamówieniu [29].

55. Kryterium wiedzy o istnieniu naruszenia lub świadomości jego istnienia po stronie oferenta leży u podstaw nie tylko sprawy

24 — Wyrok w sprawie Universale-Bau, pkt 76 i 77.

25 — Wyrok z dnia 27 lutego 2003 r. w sprawie C-327/00 Santex, Rec. str. I-1877, pkt 49–66.

26 — Wyrok w sprawie Peterbroeck (przywołany w przypisie 20 powyżej), pkt 14.

27 — Przywołany wyżej wyrok w sprawie Santex, pkt 56 i 57.

28 — Wyrok z dnia 12 lutego 2004 r. w sprawie C-230/02 Grossmann Air Service, Rec. str. I-1829, pkt 37.

29 — Skarżący w powyższym przypadku uważał, że specyfikacja ogłoszenia o zamówieniu jest dla niego dyskryminująca. Przed wydaniem decyzji o udzieleniu zamówienia publicznego ani nie zaskarżył tej specyfikacji, ani nie złożył swojej oferty. Trybunał orzekł, że odmowa uznania interesu skarżącego w zdobyciu konkretnego zamówienia w okolicznościach tego przypadku nie pozbawia skuteczności dyrektywy 89/665.

Grossmann, lecz także innych spraw. Jeśli termin do zaskarżenia naruszenia zaczyna biec, zanim oferent wiedział, lub jeśli niekorzystne dla oferenta skutki niewniesienia odwołania następują w sytuacji, w której nie wiedział i nie mógł wiedzieć o naruszeniu, zasada skuteczności zostaje naruszona. W wyroku w sprawie Santex oferent nie znał stosowanej przez instytucję zamawiającą wykładni spornej klauzuli do czasu upływu odpowiedniego terminu [30], a zatem nie wolno go było pozbawić możliwości odwołania z uwagi na upływ terminu. W wyroku w sprawie GAT, w której termin nie wchodził w zakres sporu, Trybunał stwierdził, że skarżącemu nie można odmówić prawa do dochodzenia odszkodowania za straty spowodowane decyzją z uwagi na to, że uprzednia decyzja była niezgodna z prawem. W powyższej sprawie uprzednia decyzja nie została zaskarżona, a zatem skarżący nie musiał wiedzieć o istnieniu tego naruszenia [31].

56. Z wyżej przywołanego orzecznictwa Trybunału wynika, że ustanowienie w prawie krajowym terminu wniesienia odwołania przewidzianego dyrektywą 89/665 jest zgodne z prawem wspólnotowym, pod warunkiem że taki termin nie sprawia, że korzystanie z tych praw jest praktycznie niemożliwe lub nadmiernie utrudnione. Aby rozstrzygnąć, czy tak jest, należy zbadać nie tylko długość terminu, lecz również czynniki charakteryzujące procedurę odwoławczą, z którą związany jest ten termin. Świadomość stanowi czynnik kluczowy. Podczas gdy cele szybkości i skuteczności w dyrektywie zobowiązują zainteresowaną stronę do zaskarżenia naruszenia, którego istnienia jest ona świadoma, to taka strona nie może zostać pozbawiona swojego prawa do wniesienia odwołania z powodu terminu, którego bieg się rozpoczął z powodu czegoś, czego nie mogła racjonalnie być świadoma.

57. Czy termin może nadal być zgodny z prawem wspólnotowym, jeśli brak zaskarżenia naruszenia w terminie pozbawia oferenta również możliwości zaskarżenia jakichkolwiek późniejszych naruszeń procedury przetargowej? Jest to z pewnością sankcja drastyczna. Czy jest ona dopuszczalna?

58. Bezsporny jest fakt, że w następstwie braku zaskarżenia w terminie wyboru procedury krajowej, zgodnie z ogólnymi

30 — Przywołany wyżej wyrok w sprawie Santex, pkt 60.

31 — Wyrok z dnia 19 czerwca 2003 r. w sprawie C-315/01 GAT, Rec. str. I-6351, pkt 53 i 54, zob. także pkt 46 opinii rzecznika generalnego Geelhoeda.

zasadami prawnymi, procedura ta pozostaje ważna, a zatem przetarg nie podlega dyrektywie. Tę sytuację należy odróżnić od okoliczności występujących w sprawie GAT, w której Trybunał orzekł, że skoro każda decyzja podjęta przez instytucję zamawiającą w postępowaniu przetargowym podlega środkom odwoławczym na podstawie dyrektywy 89/665, to oferent nie może zostać pozbawiony prawa do żądania odszkodowania z powodu domniemanej bezprawności decyzji o udzieleniu zamówienia publicznego z tego względu, że uprzednia decyzja spowodowała, że przetarg był obarczony błędem (jakkolwiek nie sytuując jej poza zakresem dyrektywy) [32].

59. Jedną z możliwości byłoby wprowadzenie wyjątku od zasady określonej w wyroku w sprawie Universale-Bau i stwierdzenie, że możliwość zaskarżenia decyzji, która wydaje się błędnie sytuować konkretne postępowanie przetargowe poza zakresem ochrony wspólnotowej, nie może być ograniczona terminem. Nie wydaje mi się to rozsądnym rozwiązaniem. Po pierwsze, naruszyłoby to równowagę między zasadą skuteczności a zasadą pewności prawa, do której zachowania dąży się w dyrektywie 89/655. Po drugie, oferent mógłby odczuwać pokusę zaniechania skarżenia postępowania (co ostatecznie mogłoby okazać się korzystne dla niego z uwagi na ograniczenie konkurencji), o ile, lub do czasu kiedy by nie stwierdził, z uwagi na decyzję o udzieleniu zamówienia, że jednak prawo do odwołania przewidziane w dyrektywie 89/665 ma dla niego znaczenie.

60. Sugestia, że powinien obowiązywać dłuższy termin w przypadkach, gdy następstwa wystąpienia z odwołaniem po terminie są drakońskie, wydaje się budzić nie mniej wątpliwości.

61. Uważam zatem, że termin do zaskarżenia decyzji w postępowaniu przetargowym jest nadal zgodny z zasadą skuteczności, w połączeniu z koniecznością zachowania szybkości i pewności prawnej, nawet jeśli następstwa braku zaskarżenia naruszenia w terminie pozbawiają oferenta ochrony wynikającej z procedury odwoławczej, jaką daje dyrektywa 89/665.

62. Przechodzę do analizy terminu, mając na względzie jego charakterystyczne cechy w niniejszej sprawie.

63. Termin określony w art. 107 ust. 3 zdanie drugie GWB biegnie od chwili

32 — Wyrok w sprawie GAT (przywołany w przypisie 31 powyżej), pkt 51–54.

opublikowania ogłoszenia o zamówieniu do terminu składania ofert. W niniejszym przypadku wydaje się, że okres ten wynosił co najmniej dwadzieścia trzy dni [33]. Biorąc pod uwagę, że europejski ustawodawca uznał okres minimalny 22 dni za wystarczający do przygotowania i złożenia oferty [34], trudno byłoby zaprzeczyć, że dwadzieścia trzy dni są wystarczające do zaskarżenia zarzucanego naruszenia. Zatem taki termin odwołania co do zasady nie wydaje się naruszać zasady skuteczności leżącej u podstaw dyrektywy 89/665, zwłaszcza w związku z podkreślaną w tej dyrektywie koniecznością zapewnienia szybkiej procedury odwoławczej [35].

64. Jednakże cechą szczególną terminu określonego w art. 107 ust. 3 zdanie drugie GWB jest to, że zaczyna on biec, jeżeli to zarzucane naruszenie jest widoczne już na podstawie ogłoszenia o zamówieniu.

33 — Zobacz pkt 13 powyżej.

34 — Zobacz pkt 8 powyżej.

35 — Badanie przeprowadzone przez odpowiednie wydziały Trybunału wskazuje, że takie terminy do zaskarżenia ogłoszenia o zamówieniu mieszczą się w zakresie terminów przyjętych przez państwa członkowskie. W państwach, w których przeprowadzono badanie, stosuje się następujące terminy dotyczące, uznanego za czynność podlegającą zaskarżeniu, ogłoszenia o zamówieniu i przewidujące odwołanie od takiego ogłoszenia w procedurze odrębnej albo w ramach ogólnej procedury odwoławczej: 7 albo 14 dni w zależności od procedury (Austria, Polska), 14 dni (Finlandia), 15 dni (Węgry), miesiąc (Portugalia), ostateczny termin składania ofert (Słowenia), dwa miesiące (Grecja, Hiszpania), trzy miesiące (Irlandia, Zjednoczone Królestwo). We Francji i Luksemburgu nie przewidziano żadnych terminów. W Danii, Niderlandach i Szwecji ogłoszenie o zamówieniu można zaskarżyć nawet po podpisaniu umowy.

65. Zatem, jaki jest stopień lub charakter wiedzy o naruszeniu, którą można przypisać oferentowi bez naruszenia zasady skuteczności leżącej u podstaw dyrektywy 89/665?

66. Wydaje się, że wymóg faktycznej lub subiektywnej wiedzy po stronie oferenta byłby sprzeczny z zasadą pewności prawa. Co więcej, w okolicznościach takich, jak w niniejszej sprawie, trudne byłoby wykazanie, że oferent miał faktyczną wiedzę o naruszeniu, a wymóg przeprowadzenia takiego dowodu byłby trudny do pogodzenia z koniecznością zapewnienia szybkiej procedury odwoławczej.

67. Zatem właściwe wydaje mi się ujęcie oceny z punktu widzenia kryterium domniemanej lub obiektywnej wiedzy. Trybunał zastosował już obiektywne kryterium w odniesieniu do możliwości interpretacji przez oferenta kryteriów udzielania zamówienia wobec równości traktowania w zamówieniach publicznych, mianowicie możliwości „przeciętnie poinformowanego i wykazującego zwykłą staranność oferenta” [36]. To samo ujęcie wydaje się być właściwe w odniesieniu do tego, jaką wiedzę

36 — Wyrok z dnia 18 października 2001 r. w sprawie C-19/00 SIAC, Rec. str. I-7725, pkt 42. Odmienne ujęcie, z punktu widzenia ochrony uzasadnionych oczekiwań, sprowadza się do „rozsądnego i przezornego podmiotu gospodarczego”: zobacz na przykład wyrok Trybunału z dnia 22 czerwca 2006 r. w sprawach połączonych C-182/03 i C-217/03 Belgia i Forum 187 przeciwko Komisji, Zb.Orz. str. I-5479. Miasto Brema oraz Komisja sugerowały dalsze ewentualne ujęcia (pkt 42 i 44 powyżej).

o naruszeniu w postępowaniu przetargowym można racjonalnie domniemywać, że oferent posiada.

68. Można domniemywać, że „przeciętnie poinformowany i wykazujący zwykłą staranność oferent" ma doświadczenie w składaniu ofert w swojej konkretnej dziedzinie. Można również oczekiwać ogólnej wiedzy i zrozumienia kluczowych zagadnień prawnych dotyczących rynków, na których prowadzi on działalność. W niniejszym postępowaniu pociągałoby to za sobą ogólną znajomość krajowych i wspólnotowych procedur przetargowych i odpowiednich wartości progowych, w tym możliwości odwołania od decyzji w ramach obu procedur oraz terminów przewidzianych do wniesienia takich środków odwoławczych.

69. Jakie informacje muszą być dostępne, aby umożliwić takiemu oferentowi, w okolicznościach takich jak w niniejszej sprawie, stwierdzenie, że dokonano błędnego wyboru procedury?

70. Nie zgadzam się ze stanowiskiem miasta Brema, że opublikowanie szacunkowej wartości zamówienia prowadziłoby do zakłóceń konkurencji. Przecież to wspólnotowe prawo o zamówieniach publicznych, którego istotnym celem jest wspieranie konkurencji, wymaga w pewnych przypadkach publikowania szacunkowych wartości zamówień [37].

71. Ponieważ wybór procedury jest zależny od szacunkowej całkowitej wartości zamówienia, informacja musi umożliwiać oferentowi obliczenie tej wartości. Wartość ta obejmowałaby nie tylko dokonanie dostawy, lecz także koszty jakiegokolwiek wsparcia, szkolenia lub opieki serwisowej objętych zakresem zamówienia. Przyjmuję w tym względzie stanowisko Litwy, a mianowicie, że tylko jasne i pełne ujawnienie zakresu lub wartości przedsięwzięcia umożliwi oferentowi, w oparciu o jego własne doświadczenie i znajomość warunków rynkowych, obliczenie szacunkowej wartość całkowitej.

72. Istnienie takiego wymogu informacji połączone z zastosowaniem kryteriów wiedzy i doświadczenia przypisywanych przeciętnie poinformowanemu i wykazującemu zwykłą staranność oferentowi powinno rozwiać wątpliwości sądu krajowego odnośnie do potencjalnego nadużycia w zakresie możliwości wykorzystania przez instytucję

37 — Zobacz załącznik VII A do dyrektywy 2004/18 (przypis 3 powyżej), który wszedł w życie po tym, jak miały miejsce okoliczności faktyczne będące przedmiotem niniejszego postępowania. W ogłoszeniu o zamówieniu szacunkowa całkowita wartość prac, dostaw lub usług w umowach ramowych musi zostać ujawniona. We wstępnym ogłoszeniu informacyjnym dla zamówień publicznych na dostawy musi zostać określona albo ilość, albo wartość towarów objętych dostawą.

zamawiającą braku roztropności po stronie oferenta [38].

73. Nie sądzę, że ta informacja musi koniecznie zostać zamieszczona w samym ogłoszeniu o zamówieniu. Zasadnym jest oczekiwanie, że oferent będzie działał w oparciu o odesłania do innych dokumentów, znajdujące się w ogłoszeniu, o ile w sposób wyraźny wskazano, gdzie można je uzyskać. W tej kwestii Trybunał już stwierdził, że kryteria udzielenia zamówienia publicznego są zgodne z zasadą równego traktowania, jeśli zostały one wymienione w dokumentacji przetargowej lub ogłoszeniu o zamówieniu [39]. Jeśli niezbędna informacja wyznaczająca zakres zamówienia została zawarta w tych dokumentach, to termin do zaskarżenia naruszenia zaczyna biec już z chwilą, gdy oferent miał możliwość ich uzyskania, lub mógłby je uzyskać, gdyby działał bezzwłocznie.

74. Jednakże nie uważam, żeby sam brak wskazania zakresu lub szacunkowej wartości zamówienia w pierwotnym ogłoszeniu o zamówieniu był wystarczający, aby zwrócić uwagę oferenta na fakt, że instytucja zamawiająca błędnie oszacowała wartość zamówienia. Nawet jeśli ten brak stanowi sam przez się naruszenie zobowiązujące oferenta do zaskarżenia go w celu wyjaśnienia, czy skrywa ono dalsze naruszenie mogące niekorzystnie wpłynąć na uprawnienia oferenta, to wydaje mi się, że wykonywanie tych praw jest nadmiernie utrudnione, w szczególności ze względu na termin. Tym bardziej, jeśli nierozstrzygnięta jest kwestia, czy zastrzeżony w art. 17 ust. 2 pkt 2 lit. c) VOL/A warunek ogłaszania zakresu zamówienia ma charakter obligatoryjny [40].

75. Do sądu krajowego, jako jedynego uprawnionego do badania okoliczności faktycznych, należy rozstrzygnięcie, kiedy (jeśli w ogóle) przeciętnie poinformowany i wykazujący zwykłą staranność oferent powinien dostrzec, że zastosowano błędną procedurę. Niemniej niniejsze uwagi mogą być użyteczne.

76. W niniejszym przypadku dokumentację do przetargu z łatwością można było pobrać ze strony internetowej miasta Brema. Wygląda jednak na to, że ani ogłoszenie o zamówieniu, ani dokumentacja przetargowa nie określiły zakresu ani wartości przedsięwzięcia.

77. Należy stwierdzić, że w istocie, w części „zamówienie na świadczenie usług" dokumentu dotyczącego cen, wspomniano

38 — Zobacz pkt 30 powyżej.

39 — Zobacz wyrok w sprawie SIAC (przywołany w przypisie 36 powyżej), pkt 40 i 42.

40 — Zobacz pkt 29 powyżej in fine.

o szkoleniu dla około 300 pracowników i 10 administratorów, oraz że dokument dotyczący przedmiotu zamówienia wskazywał, że około 310 pracowników będzie pracowało na tym systemie. Jednakże wymóg wskazania cen jednostkowych dla różnej liczby licencji w części „zamówienie na licencje" dokumentu dotyczącego cen można było racjonalnie interpretować jako sugerujący możliwość brania pod uwagę mniejszej liczby licencji lub to, że nie podjęto jeszcze decyzji co do ostatecznej liczby licencji (pomijając kwestię liczby licencji pełnych w stosunku do licencji tylko do odczytu) [41].

78. Lämmerzahl kontaktowała się z miastem Brema co najmniej dwa razy, aby dowiedzieć się więcej szczegółów o ogłoszeniu o zamówieniu. W swoim drugim zestawie pytań skarżąca jasno wyraziła się, że uważa ona, że zamówienie dotyczy 310 licencji. Lecz nie zostało to nigdy w sposób wyraźny potwierdzone przez miasto Brema. Co najwyżej można powiedzieć, że miasto Brema, nie zaprzeczając tej liczbie w swojej odpowiedzi z dnia 6 kwietnia 2005 r., milcząco potwierdziło założenie przyjęte przez Lämmerzhal, że przedmiotem zamówienia jest około 310 licencji.

41 — Braku zbieżności między różnymi zakresami liczby licencji a liczbą 310 pracowników nie można w pełni wyjaśnić kombinacją możliwości w zakresie licencji pełnych i licencji tylko do odczytu. Maksymalna liczba licencji tylko do odczytu, dla których żądano podania ceny, wynosiła 100; a trzy pierwsze zakresy ilościowe licencji pełnych, dla których żądano podania ceny, pozostają poniżej sumy (210) wymaganej do tego, by ostateczny wynik wyniósł 310.

79. A zatem, jak widać, ani ogłoszenie o zamówieniu i dokumentacja, ani informacje, jakich miasto Brema następnie udzieliło, nie wskazały w sposób wyraźny, ile licencji jest objętych zamówieniem. Prawdą jest jednak również, że Lämmerzahl złożyła następnie ofertę, której wartość była trzy razy wyższa od wartości progowej dla przetargów ogólnowspólnotowych.

80. W tych okolicznościach do sądu krajowego należy rozstrzygnięcie, czy zważywszy na wszystkie okoliczności, stosowanie art. 107 ust. 3 zdanie drugie GWB zapewnia skuteczną ochronę. Miałoby to miejsce, gdyby informacje zamieszczone w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentacji umożliwiały przeciętnie poinformowanemu i wykazującemu zwykłą staranność oferentowi dostrzeżenie, że zastosowano błędną procedurę. W przypadku niemożności dokonania wykładni tego przepisu w sposób zgodny z art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665, przepis GWB nie powinien być stosowany [42], a należałoby zastosować przepis dyrektywy, mający bezpośrednią skuteczność [43].

42 — Zobacz wyrok w sprawie Santex (przywołany w przypisie 25 powyżej), pkt 63–65 wraz z przywołanym orzecznictwem.

43 — Zobacz wyrok z dnia 2 czerwca 2005 r. w sprawie C-15/04 Koppensteiner, Zb.Orz. str. I-4855, pkt 38.

Wnioski

81. W konsekwencji wnoszę, aby Trybunał połączył te dwa pytania prejudycjalne i udzielił na nie następującej odpowiedzi:

Jeśli oferent nie zaskarżył w określonym przez prawo krajowe terminie wyboru procedury, nieprawidłowo sytuującej przetarg poza zakresem ochrony wspólnotowej, dyrektywa Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane nie sprzeciwia się stosowaniu wobec oferenta wyłączenia z przewidzianego w tej dyrektywie prawa do odwołania się od dalszych decyzji w postępowaniu przetargowym, pod warunkiem że zastosowanie terminów nie czyni, w niniejszych okolicznościach, zaskarżenia wyboru procedury praktycznie niemożliwym lub nadmiernie utrudnionym. Miałoby to miejsce, gdyby informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentacji przetargowej były niewystarczające do stwierdzenia przez przeciętnie poinformowanego i wykazującego zwykłą staranność oferenta, że zastosowano błędną procedurę. Zbadanie powyższego w niniejszej sprawie należy do sądu krajowego.