OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
JÁNA MAZÁKA
przedstawiona w dniu 22 września 2009 r. [1]

1. W niniejszej skardze wniesionej na podstawie art. 226 WE Komisja wnosi do Trybunału o stwierdzenie, że poprzez przyjęcie i utrzymanie w mocy art. 73 i 74-IV code des marchés publics [2] (zwanych dalej „zaskarżonymi przepisami") w zakresie, w jakim przepisy te przewidują tak zwaną procedurę *marchés de définition* [3], która pozwala instytucji zamawiającej na udzielenie *marché d'exécution* (zamówienia na wykonanie robót budowlanych, dostaw i usług) jednemu z podmiotów wybranych w ramach pierwotnej procedury *marchés de définition* bez przeprowadzania nowego postępowania przetargowego lub, co najwyżej, w drodze przeprowadzenia przetargu ograniczonego do tych podmiotów, Republika Francuska uchybiła zobowiązaniom ciążącym na niej na mocy art. 2, 28 i 31 dyrektywy 2004/18//WE [4].

I — Ramy prawne

A — *Prawo wspólnotowe*

2. Artykuł 2 dyrektywy zatytułowany „Zasady udzielania zamówień" stanowi, że „instytucje zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty".

3. Artykuł 28 dyrektywy zatytułowany „Zastosowanie procedury otwartej, ograniczonej i negocjacyjnej oraz dialogu konkurencyjnego" stanowi, że:

„Podczas udzielania zamówień publicznych instytucje zamawiające stosują krajowe procedury dostosowane do celów niniejszej dyrektywy.

1 — Język oryginału: angielski.

2 — Kodeks zamówień publicznych przyjęty dekretem nr 2006-975 z dnia 1 sierpnia 2006 r. (JORF nr 179 z dnia 4 sierpnia 2006 r., s. 11627), który wszedł w życie w dniu 1 września 2006 r. (zwany dalej „CMP 2006").

3 — Jest to procedura udzielania zamówień na opracowanie parametrów, włączywszy w to cel, zamówienia publicznego na roboty budowlane, dostawy i usługi, zwana również procedurą dotyczącą „zamówienia na opracowanie rozwiązań" lub procedurą dotyczącą „zamówień na opracowanie projektu". Zaznaczam, że w niniejszej sprawie chodzi o procedurę udzielenia kilku *marchés de définition*, która ma zastosowanie, jeżeli zostały spełnione warunki wymienione w art. 73 ust. 3 CMP 2006, a nie udzielenia tylko jednego *marché de définition*.

4 — Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. L 134, s. 114) (zwana dalej „dyrektywą" lub „dyrektywą 2004/18").

Udzielają one takich zamówień publicznych, stosując procedury otwarte lub ograniczone. W szczególnych okolicznościach, jasno określonych w art. 29, instytucje zamawiające mogą udzielać zamówień w drodze dialogu konkurencyjnego; w szczególnych przypadkach i okolicznościach, o których mowa wyraźnie w art. 30 i 31, mogą one stosować procedurę negocjacyjną z publikacją ogłoszenia lub bez jego publikacji".

4. Państwa członkowskie najpóźniej do dnia 31 stycznia 2006 r. miały przyjąć przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne niezbędne dla dostosowania się do dyrektywy.

B — *Prawo krajowe*

5. CMP 2006, który wszedł w życie w dniu 1 września 2006 r., stanowi, co następuje:

„Artykuł 73

Jeżeli instytucja zamawiająca nie jest w stanie określić celu i sposobu wykonania zamówienia, techniki wykonania, wymaganych zasobów ludzkich i materiałowych, może ona zastosować procedury *marchés de définition*.

Celem takiej procedury jest zbadanie możliwości i warunków późniejszego przeprowadzenia przetargu, w razie potrzeby poprzez sporządzenie makiety lub demonstratora. Umożliwiają one również oszacowanie poziomu ceny świadczeń, sposobu jej ustalenia oraz przewidzenie poszczególnych etapów wykonania zamówienia.

W ramach tego samego postępowania wykonanie zamówienia po przeprowadzeniu kilku *marchés de définition* mających ten sam przedmiot i rozstrzyganych jednocześnie zostaje przyznane w przetargu ograniczonym podmiotom wybranym w ramach pierwotnych *marchés de définition* zgodnie z następującymi przepisami:

1) ogłoszenie o przetargu określa przedmiot przeprowadzanych jednocześnie *marchés de définition* oraz przedmiot następującego po nich *marché d'exécution*;

2) ogłoszenie o przetargu określa kryteria kwalifikacji ofert. Kryteria te uwzględ-

niają możliwości i kompetencje wymagane od kandydatów zarówno w *marchés de définition*, jak i w późniejszym *marché d'exécution*;

3) ogłoszenie o przetargu określa kryteria kwalifikacji ofert w przeprowadzanych jednocześnie *marchés de définition* oraz kryteria kwalifikacji ofert w następującym po nim *marché d'exécution*;

4) wysokość kosztów świadczeń porównywanych z progiem uwzględnia koszty prac nad opracowaniem koncepcji oraz szacowane koszty wykonania zamówienia;

5) liczba jednocześnie przeprowadzanych *marchés de définition* w ramach tego postępowania nie może być niższa niż trzy, z zastrzeżeniem wystarczającej liczby kandydatów.

Zamówienie — lub umowa ramowa — jest przyznawane przez komisje przetargową w przypadku wspólnot samorządowych lub po uzyskaniu opinii komisji przetargowej w przypadku państwa, w przypadku podmiotów publicznej służby zdrowia lub opieki społecznej.

Artykuł 74

IV. W ramach tego samego postępowania zamówienie lub umowa ramowa dotycząca wykonania zamówienia po przeprowadzeniu kilku *marchés de définition* mających ten sam przedmiot i przeprowadzonych jednocześnie może zostać udzielona w przetargu ograniczonym do podmiotów wybranych w ramach pierwotnych *marchés de définition,* na warunkach określonych w art. 73 akapit trzeci".

II — Postępowanie

6. W dniu 18 października 2004 r. Komisja wystosowała do Republiki Francuskiej pierwsze wezwanie do usunięcia uchybień, a w dniu 12 grudnia 2006 r. skierowała do niej dodatkowe wezwanie do usunięcia uchybień. Ponieważ Nieusatysfakcjonowana odpowiedzią Republiki Francuskiej, w dniu 27 czerwca 2007 r. Komisja skierowała do tego państwa uzasadnioną opinię. Następnie Komisja stwierdziła dalsze trwanie uchybień i, nieusatysfakcjonowana otrzymanymi odpowiedziami, postanowiła wnieść niniejszą skargę. Obie strony wygłosiły swoje argumenty na rozprawie, która odbyła się w dniu 10 czerwca 2009 r.

III — Ocena

A — *Główne argumenty stron*

7. Komisja twierdzi, że Francja zezwala na udzielanie zamówień z wolnej ręki lub po przeprowadzeniu przetargu ograniczonego w sytuacjach nieprzewidzianych przez dyrektywę 2004/18. Zdaniem Komisji z definicji niemożliwe jest, aby przedmiot i kryteria udzielenia zamówienia publicznego mogły zostać precyzyjnie określone w chwili, gdy nie został jeszcze określony sam projekt i nie zostały jeszcze wykonane *marchés de définition. Marché de définition* i *marché d'exécution* są dwoma całkowicie różnymi rodzajami zamówień i nie mogą być udzielane w ramach jednego postępowania. Zdaniem Komisji procedura *marchés de définition* nie jest objęta ani zakresem dialogu konkurencyjnego, ani też umowy ramowej w rozumieniu art. 29 i 32 dyrektywy i nie może być rozpatrywana jako odmiana dialogu konkurencyjnego.

8. Rząd francuski twierdzi, że sporne przepisy nie są sprzeczne z dyrektywą, która jest jedynie dyrektywą koordynującą. Jego zdaniem jest możliwe ustalenie przedmiotu i kryteriów późniejszego *marché d'exécution* w chwili wszczęcia procedury *marchés de définition*. Rząd francuski uważa ponadto, że w dyrektywie zostały przewidziane dwie procedury posiadające cechy charakterystyczne podobne do francuskiej procedury udzielania *marchés de définition*, a mianowicie umowa ramowa oraz dialog konkurencyjny. W ten sposób prawodawca wspólnotowy ustanowił złożone procedury, w których przetarg następuje na dwóch etapach, przy czym procedury te nie zostały wyliczone w sposób wyczerpujący.

B — *Ocena*

1. Uwagi ogólne

9. Komisja podnosi, że poprzez wprowadzenie rozróżnienia między *marchés de définition* i *marchés d'exécution* oraz poprzez zezwolenie w określonych okolicznościach na udzielenie *marchés d'exécution* jednemu z podmiotów wybranych w ramach pierwotnych *marchés de définition* bez przeprowadzania nowego przetargu lub co najwyżej po przeprowadzeniu przetargu ograniczonego tylko do tych podmiotów francuskie przepisy naruszają podstawowe zasady równości i przejrzystości stanowiące istotę dyrektywy. W tym zakresie wydaje się, jak należy zauważyć, że argument o nieudzieleniu *marchés de définition* w procedurze przetargowej dotyczy treści przepisów CMP 2004 [5]. Dlatego też rozpatrzę argument Komisji w zakresie, w jakim dotyczy on spornych przepisów, to znaczy CMP 2006, którego celem była transpozycja dyrektywy do prawa krajowego, jako że przepisy te udzielają *marchés d'exécution* w drodze przetargu ograniczonego tylko podmiotom wybranym w drodze pierwotnych *marchés de définition* w sytuacjach nieprzewidzianych w dyrektywie.

5 — Kodeks zamówień publicznych przyjęty dekretem nr 2004-15 z dnia 7 stycznia 2004 r. (JORF nr 6 z dnia 8 stycznia 2004 r., s. 703, zwany dalej „CMP 2004"), który następnie został zastąpiony przez CMP 2006.

2. W sprawie wyczerpującego charakteru art. 28 dyrektywy

10. W tym zakresie strony prowadziły długą dyskusję w ramach przedstawianych uwag odnośnie do tego, czy wykaz procedur udzielania zamówień publicznych zawarty w art. 28 dyrektywy ma wyczerpujący charakter, jako że nie przewiduje on wyraźnie *marchés de définition*.

11. Rząd francuski twierdzi, że zgodnie z motywem trzecim uzasadnienia dyrektywy oraz jej art. 28 dyrektywa nie miała na celu zniesienia wszystkich szczególnych procedur krajowych. Powołując się na wyrok Trybunału w sprawach połączonych CEI i Bellini [6] dotyczący dyrektywy 71/305/EWG [7] rząd francuski twierdzi, że państwom członkowskim przysługuje swoboda w utrzymaniu lub ustanowieniu przepisów materialnych i proceduralnych w dziedzinie zamówień publicznych, o ile przestrzegać będą przy tym wszystkich odnośnych przepisów prawa wspólnotowego, a w szczególności zakazów wynikających z zasad ustanowionych w traktacie w dziedzinie prawa przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług [8].

12. W rzeczywistości bowiem dosyć wyraźnie wynika z tytułu dyrektywy oraz z jej motywów drugiego i trzeciego, że ma ona na celu koordynację krajowych procedur udzielania zamówień publicznych. Tym samym nie ustanawia ona jednolitego i wyczerpującego uregulowania wspólnotowego w tej dziedzinie. W związku z tym w ramach zawartych w niej wspólnych zasad państwa członkowskie mogą utrzymać lub przyjąć materialne lub proceduralne przepisy dotyczące zamówień publicznych, o ile będą przy tym przestrzegać wszystkich przepisów prawa wspólnotowego. Niemniej jednak okoliczność, że dyrektywa nie doprowadziła do całkowitej harmonizacji przepisów regulujących procedury udzielania zamówień publicznych nie oznacza, że niektóre z tych przepisów nie powinny być postrzegane jako regulujące określone kwestie w sposób wyczerpujący.

13. Po pierwsze, wystarczy podkreślić, że rząd francuski nie może powoływać się na wyrok w sprawach połączonych CEI i Bellini, ponieważ art. 28 dyrektywy 2004/18 w sposób wyraźny różni się od art. 2 dyrektywy 71/305 — jako że prawo wspólnotowe uzupełniło art. 28 o drugi zupełnie nowy ustęp, który ma decydujące znaczenie w niniejszej sprawie.

14. Po drugie, niektóre elementy w sposób przekonujący wskazują na to, że wyliczenie procedur w art. 28 dyrektywy powinno być postrzegane jako wyczerpujące. Ogólnie mówiąc, sformułowanie ust. 2 nie wykazuje takich cech, aby mogło być uważane za

6 — Wyrok z dnia 9 lipca 1987 r. w sprawach połączonych od 27/86 do 29/86, Rec. s. 3347.

7 — Dyrektywa Rady z dnia 26 lipca 1971 r. dotycząca koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (Dz.U. L 185, s. 5).

8 — Wyżej wymieniony w przypisie 6 wyrok w sprawach połączonych CEI i Bellini, pkt 15. Zobacz również wyrok z dnia 20 września 1988 r. w sprawie 31/87 Beentjes, Rec. s. 4635, pkt 20. Francuski rząd podnosi, że orzecznictwo to może zostać transponowane na grunt dyrektywy 2004/18 w szczególności dlatego, że motyw drugi dyrektywy 71/305 stał się motywem trzecim dyrektywy 2004/18, a art. 2 dyrektywy 71/305 stał się art. 28 dyrektywy 2004/18.

otwartą listę. Przeciwnie, ustęp ten wymienia nie tylko dwie standardowe procedury, ale także dwie wyjątkowe procedury, nie pozostawiając w ten sposób miejsca dla uzupełnienia tego wykazu procedur w drodze wykładni. Również dyrektywa rozpatrywana jako całość nie zawiera żadnego przepisu, który zezwalałby na takie uzupełnienie.

15. Tak jak to wyjaśniłem poniżej, procedura udzielania *marchés de définition* w sposób wyraźny różni się od procedur określonych w dyrektywie i nie może zostać zrównana z żadnym z postanowień dyrektywy. W rzeczywistości bowiem sam rząd francuski przyznał w odpowiedzi na skargę oraz w duplice, że *marchés de définition* nie zostały przewidziane w dyrektywie.

16. Dyrektywa przewiduje następujące procedury: Tak jak to wynika z art. 28 ust. 2 dyrektywy, prawo wspólnotowe ustanowiło dwie procedury, które co do zasady powinny być stosowane przez instytucje zamawiające. Procedurami tymi są procedura otwarta i ograniczona, które można określić jako procedury standardowe. Następnie dialog konkurencyjny może zostać uznany za stanowiący specjalną lub wyjątkową procedurę, której zastosowanie i warunki zostały określone w art. 29 dyrektywy [9]. Podobnie procedura negocjacyjna z uprzednią publikacją i bez uprzedniej publikacji ogłoszenia, której warunki zostały określone w art. 30 i 31 dyrektywy, może zostać uznana za mający szczególny lub wyjątkowy charakter [10].

17. Niemniej jednak francuski rząd twierdzi, że niektóre szczególne procedury udzielania zamówień, które nie zostały wymienione w art. 28, zostały przewidziane w rozdziale V dyrektywy, zatytułowanym „Procedury". Wymienia on umowy ramowe, dynamiczne systemy zakupów oraz zamówienie publiczne na roboty budowlane: zasady szczególne dotyczące programów subsydiowanego budownictwa mieszkaniowego. Procedury te zostały przewidziane odpowiednio w art. 32, 33 oraz 34 dyrektywy.

18. W tym zakresie, po pierwsze, umowy ramowe i dynamiczne systemy zakupów stanowią szczególne formy umów i odmiany istniejących procedur. Nie stanowią one nowych form udzielania zamówień publicznych innych niż formy przewidziane w art. 28 dyrektywy. Ponadto z treści art. 32 ust. 2 oraz art. 33 ust. 2 dyrektywy wynika, że organy zamawiające są zobowiązane do przestrzegania zasad procedury przewidzianych w art. 28. Po drugie, jeżeli chodzi o przepisy dotyczące programów subsydiowanego budownictwa mieszkaniowego, tytuł art. 34 wskazuje wyraźnie, że chodzi o „zasady szczególne" a nie zasady procedury jako takie. Stanowi on raczej wyjątek od przepisów

9 — Zobacz P. Trepte, *Public procurement in the EU. A Practitioner's Guide*, 2nd edition, Oxford 2007, s. 427, przypis 187.

10 — Taką wykładnię potwierdzają *travaux préparatoires* nad dyrektywą. Projekt dyrektywy uzasadniał brzmienie art. 28 dyrektywy tym, że „dodaje się nowy ust. 2, który wyraźnie ustanawia zasadę, że standardowymi procedurami są procedura otwarta i ograniczona. Nowy ust. 3 [który ostatecznie został połączony z ust. 2] przewiduje wyjątek, jakim jest to, że zamawiające organy mogą stosować procedurę negocjacyjną tylko w określonych wypadkach i na szczególnych warunkach wymienionych w art. 29, 30 i 31".

dotyczących procedury ogólnej. W rzeczywistości bowiem samo istnienie art. 34 dyrektywy i szczególnych ustanowionych w nim zasad przemawia za stanowiskiem, że wykaz procedur w rozdziale V dyrektywy należy uznać za wyczerpujący.

19. W tym zakresie wspomnę przy okazji, że w uwagach rząd francuski również powołuje się na korzyści i na *raison d'être* procedury udzielania *marchés de définition* w szczególności w odniesieniu do złożonych zamówień, kiedy to instytucje zamawiające nie są „w stanie określić celu i sposobu wykonania zamówienia, techniki wykonania, wymaganych zasobów […] materiałowych" [11]. Z *travaux préparatoires* nad dyrektywą wynika, że prawodawca wspólnotowy zdawał sobie sprawę z tego rodzaju problemów [12]. W rezultacie prawodawca wspólnotowy włączył do procedur udzielania zamówień publicznych nową procedurę w postaci dialogu konkurencyjnego, ale nie zdecydował się na włączenie procedury *marchés de définition* [13].

20. Ponadto rząd francuski próbuje również bronić swojego stanowiska, twierdząc, że należy uznać *marchés de définition* za analogiczne do dwóch procedur przewidzianych w dyrektywie, to jest do umowy ramowej i dialogu konkurencyjnego. Jeżeli chodzi o pierwszą procedurę, to przetarg może zostać podzielony na dwa etapy, z których ostatni etap jest przetargiem ograniczonym do podmiotów wybranych w ramach pierwszego zamówienia i umożliwia dookreślenie warunków drugiego zamówienia. W odniesieniu do drugiej procedury procedura udzielenia *marchés de définition* umożliwia instytucji zamawiającej ustalenie warunków zamówienia, którego kryteria kwalifikacji zostały już ustalone. W ten sposób zdaniem rządu francuskiego prawodawca wspólnotowy ustanowił złożone procedury, w których dochodzi do przetargu na dwóch etapach, i które jednakże nie zostały wymienione w sposób wyczerpujący.

21. Nie można zgodzić się z tym argumentem. Wystarczy zauważyć, że rząd francuski nie kwestionuje tego, że procedura udzielania *marchés de définition* nie jest objęta zakresem ani dialogu konkurencyjnego, ani też zakresem umowy ramowej w rozumieniu art. 29 i 32 dyrektywy. Dialog konkurencyjny oraz umowa ramowa są formami zamówień regulowanymi przez szczególne przepisy. Uznając ich szczególny charakter, prawodawca wspólnotowy przewidział przepisy, które gwarantują, że zasady ustanowione w art. 2 dyrektywy mimo wszystko będą przestrzegane.

22. Na wypadek gdyby uznano, że wykaz w art. 28 dyrektywy ma charakter wyczerpujący, rząd francuski podnosi pomocniczo, iż procedura udzielania *marchés de définition* powinna być oceniana jako odmiana procedury dialogu konkurencyjnego. Po pierwsze, mogłoby się wydawać, że rząd francuski podnosi ten argument „pomocniczo" po raz

11 — Zobacz art. 73 CMP 2006.

12 — Projekt dyrektywy na s. 6 stanowi, że „w przypadku szczególnie złożonych zamówień […] nabywcy są doskonale świadomi swoich potrzeb, jednakże nie są w stanie przewidzieć na przyszłość […] najlepszego rozwiązania technicznego, które spełniałoby te potrzeby. W związku z tym w takich przypadkach niezbędny jest dialog pomiędzy nabywcą i dostawcą. Tymczasem procedury prawa wspólnotowego przewidziane przez dyrektywę […] pozostawiają bardzo ograniczony margines na dyskusję w trakcie procedury udzielania zamówienia i w związku z tym należy je uznać za mało elastyczne dla takiego rodzaju sytuacji".

13 — Mogłoby tak być dlatego, że włączenie *marchés de définition* nie zostało uznane za konieczne, ponieważ procedura ta ma charakter podobny do nowej procedury dialogu konkurencyjnego — transponowanej do prawa francuskiego w art. 67 CMP 2006, jako całkowicie oddzielnej procedury, która wydaje się stanowić odpowiedź na te same problemy.

pierwszy na tym etapie postępowania przed Trybunałem, podczas gdy w uwagach bronił on przeciwnego stanowiska, zgodnie z którym *marchés de définition* nie są objęte zakresem dialogu konkurencyjnego i nie zostały przewidziane przez dyrektywę. W rzeczywistości w samych tylko uwagach wykazał istnienie wielu różnic pomiędzy dwoma procedurami. W każdym razie uważam, że argument ten nie przyczynia się do obrony stanowiska rządu francuskiego. Wystarczy zauważyć, że obydwie procedury różnią się w znaczących kwestiach, w szczególności dlatego, że dialog konkurencyjny jest procedurą udzielania jednego zamówienia, podczas gdy procedura udzielania *marchés de définition* ma na celu udzielenie dwóch zamówień, z których drugie zamówienie jest udzielane w drodze przetargu ograniczonego do podmiotów wybranych w ramach przetargu na pierwotne zamówienie.

3. Traktowanie podmiotów gospodarczych na zasadzie równości, w sposób niedyskryminujący i z zachowaniem przejrzystości

23. W każdym razie, nawet gdybyśmy dopuścili w określonych warunkach możliwość dostosowania procedur wymienionych w art. 28 dyrektywy, to z uwagi na charakter i funkcjonowanie procedury udzielania *marchés de définition* należy zauważyć, że nie dość, iż procedura ta nie może zostać objęta zakresem art. 28, to ponadto jest ona sprzeczna z zasadami przywołanymi w motywie drugim i art. 2 dyrektywy [14].

24. W przeciwieństwie do tego, co twierdzi rząd francuski, moim zdaniem Komisja ma rację, podnosząc, że z definicji praktycznie niemożliwe jest, aby znać dokładnie przedmiot i kryteria przyznania zamówienia na wykonanie (*marché d'exécution*) w chwili, w której nie określono jeszcze projektu i nie wykonano jeszcze *marchés de définition. Marchés de définition* i *marché d'exécution* są dwoma całkowicie różnymi rodzajami zamówień publicznych, czemu, jak się wydaje, nigdy nie zaprzeczył rząd francuski. Każde z tych zamówień ma własny przedmiot i kryteria, i na tej podstawie obydwa zamówienia muszą spełniać postanowienia dyrektywy i nie mogą być udzielane w ramach jednego postępowania. Innymi słowy, ponieważ *marché d'exécution* ma swój własny przedmiot i własne kryteria udzielenia, powinno być ono udzielane w ramach przetargu otwartego, a nie ograniczonego do podmiotów wybranych w ramach pierwotnych *marchés de définition*.

14 — Wydaje się, że mój pogląd podziela również francuska doktryna prawna. Zobacz najnowszy przykład P.Y. Monjal, „Le droit communautaire applicable aux marchés publics locaux français: quelques interrogations en forme d'inquiétude", *Revue du Droit de l'Union européenne*, n° 4, 2008, s. 729–738. Odnośnie do marchés de définition zob. ponadto wyrok francuskiej Conseil d'Etat z dnia 3 marca 2004 r. w sprawie nr 258 272 Société Mak System.

25. Trybunał w wyroku z dnia 14 października 2004 r. w sprawie Komisja przeciwko Francji (Le Mans) [15] orzekł, że „że możliwość przyznania zamówienia, w ramach drugiego etapu, zwycięzcy konkursu na pomysł, przewidziana w ogłoszeniu […], zwalnia instytucję zamawiającą z obowiązku uprzedniej publikacji nowego ogłoszenia przed udzieleniem zamówienia". Trybunał stwierdził następnie, że „argument ten nie może zostać przyjęty. Zasada równego traktowania różnych usługodawców […] i wynikająca z niej zasada przejrzystości […] *wymagają bowiem, aby przedmiot każdego zamówienia, a także kryteria jego udzielenia były wyraźnie określone*" [16].

26. W tym samym wyroku Trybunał dodał, że „wymóg taki obowiązuje, gdy zarówno przedmiot zamówienia, jak i ustalone kryteria jego udzielenia powinny być brane pod uwagę jako istotne elementy w celu określenia, która z procedur przewidzianych w dyrektywie powinna zostać zastosowana, i w celu oceny, czy wymogi ustalone dla każdej procedury są przestrzegane". Z tego też powodu Trybunał stwierdził, że „w tym przypadku sama możliwość udzielenia zamówienia dotyczącego drugiego etapu według kryteriów przewidzianych dla innego zamówienia, a mianowicie zamówienia dotyczącego pierwszego etapu, nie jest równoznaczna z jego udzieleniem według jednej z procedur przewidzianych przez dyrektywę".

15 — Sprawa C-340/02, Zb.Orz. s. I-9845, zwany również „wyrokiem w sprawie La Chauvinière", pkt 33–36 i przytoczone tam orzecznictwo.

16 — Wyróżnienie moje.

27. W niniejszej sprawie rząd francuski sam przyznał w odpowiedzi na skargę, że w ww. wyroku „Trybunał wypowiedział się w sposób negatywny co do podobnej procedury [co do *marchés de définition*]". Moim zdaniem nie budzi wątpliwości, że co do zasady *marchés de définition* nie umożliwiają już na samym początku ustalenia przedmiotu, a także kryteriów kwalifikacji i udzielenia drugiego zamówienia (np. *marché d'exécution*) z dokładnością wystarczającą dla spełnienia wymogów określonych w ww. wyroku. Dzieje się tak dlatego, że celem pierwotnych *marchés de définition* jest właśnie ustalenie przedmiotu i warunków udzielenia późniejszego *marché d'exécution*.

28. W związku z tym procedura udzielania *marchés de définition* odbywająca się według spornych przepisów jest sprzeczna z zasadą przejrzystości ustanowioną w art. 2 dyrektywy. Procedura ta tworzy sytuację braku pewności prawa zarówno po stronie instytucji zamawiającej, jak i po stronie podmiotów gospodarczych z uwagi na wiążące się z nią ryzyko sporu sądowego.

29. Rząd francuski nie zgadza się z argumentem przedstawionym powyżej w pkt 27 i twierdzi, że celem *marchés de définition* jest jedynie określenie specyfikacji technicznej późniejszego zamówienia, a nie jego przedmiotu. Niemniej jednak wystarczy stwierdzić, że samo sformułowanie art. 73 CMP 2006 nie potwierdza tej tezy, jako że jego drugi akapit

przewiduje, iż „celem takiej procedury jest zbadanie możliwości i warunków późniejszego przeprowadzenia przetargu, w razie potrzeby poprzez sporządzenie makiety lub demonstratora". Ponadto, nawet jeżeli możliwe jest, że w niektórych przypadkach *marchés de définition* poprzestają tylko na określeniu specyfikacji technicznej, to jednak w rzeczywistości sporna procedura umożliwia uzupełnienie warunków przetargu na *marché d'exécution* a nawet na ich całkowite sporządzenie.

30. Ponadto rząd francuski twierdzi, że jest możliwe określenie przedmiotu i kryteriów późniejszego *marché d'exécution* w chwili rozpoczęcia procedury *marchés de définition*. Zgodnie z tym argumentem istnieje wiele przypadków, w których kryteria kwalifikacji kandydatów dla *marché d'exécution* są na tyle niezależne od kryteriów *marchés de définition*, że mogą one zostać określone dla *marché d'exécution* już na etapie *marchés de définition*. W uwagach do Trybunału rząd francuski przedstawia takie trzy przykłady.

31. Niemniej jednak należy zauważyć, że po pierwsze, rząd francuski przyznał na rozprawie istnienie problemów — oczywiście istnieją przypadki, w których *marchés de définition* nie służą tylko określeniu specyfikacji technicznej, lecz służą raczej uzupełnieniu lub sporządzeniu warunków przetargu na *marché d'exécution*. Komisja przedstawiła Trybunałowi trzy przykłady takiego rodzaju. Uważam, że rząd francuski nie zdołał wykazać, iż sporne przepisy umożliwiają zagwarantowanie zawsze i we wszystkich przypadkach przejrzystości i wystarczającej jasności, tak aby „przedmiot [*marché d'exécution*] oraz kryteria jego udzielenia były jasno określone" [17]. W każdym razie sama ogólna definicja taka jak „urbanistyczny rozwój dzielnicy X" — która pojawia się dość często jako jedyne stadium przetargowe dla *marchés de définition* — w sposób oczywisty nie spełnia wymogów określonych przez Trybunał w wyroku w sprawie Komisja przeciwko Francji (Le Mans) [18].

32. Wreszcie uważam, że należy zauważyć, iż procedura udzielania *marchés de définition* jest oparta na stronniczości. Podczas gdy cała dyrektywa stanowi promocję ochrony konkurencji pomiędzy podmiotami gospodarczymi, *marchés de définition* są kierowane tylko do niektórych rodzajów podmiotów gospodarczych — tych i tylko tych, które mają zarówno kwalifikacje projektowe, jak i konstrukcyjne. Ze względu na swój charakter procedura udzielania *marchés de définition* dokonuje takiej preselekcji pomiędzy potencjalnymi podmiotami gospodarczymi. Uważam, że jest to sprzeczne z duchem wspólnotowych zasad w dziedzinie zamówień publicznych.

17 — Wyżej wymieniony w przypisie 15 wyrok, pkt 34.

18 — Wyżej wymieniony w przypisie 15 wyrok. Zobacz S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, Thomson, Sweet & Maxwell, London 2005, s. 448: „Obecne dyrektywy […] nie zawierają żadnego wyraźnego wymogu dokładnej specyfikacji w procedurze otwartej lub ograniczonej. Niemniej jednak zasada przejrzystości może wiązać się z takim wymogiem. Na przykład najprawdopodobniej niedopuszczalne będzie ogłoszenie o zamówieniu na »szkołę« bez podania dokładnych wskazówek, co do, na przykład, liczby uczniów i rodzaju wymaganych instalacji. Należy dokonać rozsądnego doprecyzowania przynajmniej w chwili ogłoszenia o zamówieniu".

Oczywiste jest, że niezależnie od sposobu, w jaki będą przebiegać w danym przypadku *marchés de définition*, rozwiązanie ujęte w procedurze zawsze doprowadzi do przetargu o ograniczonym charakterze.

33. Z powyższych rozważań wynika, że sporne przepisy umożliwiają udzielenie zamówienia w przetargu ograniczonym w sytuacjach nieprzewidzianych w dyrektywie i nie mogą być uzasadnione na podstawie jakiegokolwiek z wyjątków ustanowionych w tej dyrektywie.

V — Wnioski

35. W świetle powyższych rozważań proponuję, aby Trybunał:

— stwierdził, że poprzez przyjęcie i utrzymanie w mocy art. 73 i 74-IV kodeksu zamówień publicznych przyjętego dekretem nr 2006-975 z dnia 1 sierpnia 2006 r. w zakresie, w jakim przepisy te przewidują procedurę *marchés de définition* (procedurę udzielania zamówień publicznych na opracowanie parametrów, włączywszy w to cel, zamówienia na roboty budowlane, dostawy i usługi), na podstawie której zezwala się instytucji zamawiającej na udzielenie zamówienia na roboty budowlane, dostawy lub usługi jednemu z podmiotów wybranych w ramach pierwotnego *marchés de définition* w drodze przetargu ograniczonego tylko do tych podmiotów, Republika Francuska uchybiła zobowiązaniom ciążącym na niej na

IV — W przedmiocie kosztów

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

mocy art. 2, 28 i 31 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi;

— obciążył Republikę Francuską kosztami postępowania.