OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
POIARESA MADURA
przedstawiona w dniu 17 grudnia 2008 r. [1]

1. Niniejsza skarga wniesiona przez Komisję Europejską przeciwko Grecji dotyczy zamówienia publicznego związanego z elektrownią na Krecie. Komisja podnosi, że organ zamawiający w ten sposób, że po pierwsze, nie opublikował zaproszenia do składnia ofert, oraz po drugie, odmówił podania w stosownym terminie powodów odrzucenia jednej z ofert, uchybił zobowiązaniom ciążącym na nim na podstawie dyrektywy Rady 93/38/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji [2].

Okoliczności faktyczne

2. W lipcu 2003 r. Dimosia Epicheirisi Ilektrismou (greckie publiczne przedsiębiorstwo energetyczne, zwane dalej „DEI"), opublikowało ogłoszenie o przetargu na sprzedaż i instalację dwóch jednostek termoelektrycznych w elektrowni w Atherinolakos na Krecie. Ponieważ DEI stwierdziło, że przedstawione oferty nie w pełni spełniają warunki ogłoszenia o przetargu, projekt został zawieszony. W maju 2004 r. opublikowano na ten sam projekt nowe zaproszenie do składania ofert, które różniło się nieznacznie od pierwszego. Wszystkie pięć ofert przedstawionych w odpowiedzi na drugie zaproszenie zostało odrzucone jako „nieodpowiednie", ponieważ nie do końca były zgodne z niektórymi specyfikacjami technicznymi, a procedura ponownie została zakończona bez wybrania oferty.

3. W dniu 14 grudnia 2004 r. bez publikowania nowego ogłoszenia o przetargu DEI skierowało pismo do pięciu uczestników drugiego przetargu, wzywając ich do przedstawienia w ciągu 15 dni ich „ostatecznej pod względem finansowym" oferty, z poprawieniem wszelkich rozbieżności, w szczególności technicznych pomiędzy wcześniejszymi ofertami a specyfikacjami projektu. W piśmie tym DEI wyjaśniło, że postanowiło odstąpić od ogłoszenia zaproszenia do składania ofert miedzy innymi z uwagi na „całościową historię sprawy", „czas potrzebny do instalacji obydwu jednostek, to jest odpowiednio 29 i 31 miesięcy"; „konieczność pilnego zaspokojenia wzrastającego od 2007 r. zapotrzebowania wyspy Krety na elektryczność", „nieprzewidziane opóźnienie w przyznaniu zamówienia wynikające z niesatysfakcjonującego rezultatu wcześniejszego zaproszenia do składania ofert". Wszyscy z pięciu oferentów uczestniczących w drugim przetargu przedstawili nowe oferty.

1 — Język oryginału: angielski.
2 — Dz.U. L 199, s. 84.

4. W dniu 7 lutego 2005 r. DEI napisało do jednego z uczestników, odrzucając jego ofertę bez podania jakichkolwiek powodów. Uczestnik ów wysłał do DEI trzy pisma, w dniach 10 i 11 lutego oraz 10 marca 2005 r., oraz dwa pisma do ministerstwa rozwoju w dniach 17 i 31 marca 2005 r., wnosząc o poinformowanie go o powodach odrzucenia oferty. DEI ostatecznie odpowiedziało w dniu 4 kwietnia 2005 r. Uczestnik wystąpił do Monomeles Protodikeio Athinon (sądu pierwszej instancji w Atenach) o wydanie środka tymczasowego, lecz jego wniosek został oddalony w dniu 7 lipca 2005 r. DEI zawarło umowę z innym oferentem w dniu 15 września 2005 r.

5. Niedopuszczony oferent wniósł skargę do Komisji Europejskiej, która stwierdzając, że postępowanie przetargowe przeprowadzone przez DEI było niezgodne z prawem wspólnotowym oraz z uwagi na dużą wartość zamówienia, wszczęła wobec Grecji postępowanie w sprawie uchybień. Nieusatysfakcjonowaną odpowiedzią greckich organów na wezwanie do usunięcia uchybień i uzasadnioną opinię, Komisja wniosła skargę do Trybunału, wnosząc o orzeczenie, iż Grecja uchybiła zobowiązaniom ciążącym na niej na podstawie art. 20 ust. 2 lit. a) dotyczącego przeprowadzenia procedury, bez uprzedniego zaproszenia do ubiegania się o zamówienie, oraz na podstawie art. 41 ust. 4 dyrektywy 93/38 dotyczącego obowiązku podania przyczyn niedopuszczonemu oferentowi.

I — Brak zaproszenia do ubiegania się o zamówienie

6. Przepisem znajdującym zastosowanie jest art. 20 ust. 2 lit. a) dyrektywy 93/38, który stanowi, że „podmioty zamawiające mogą skorzystać z danej procedury bez uprzedniego zaproszenia do ubiegania się o zamówienie […] jeżeli w toku procedury z uprzednim zaproszeniem do ubiegania się o zamówienie nie wpłynęły oferty lub wpłynęły jedynie oferty nieprawidłowe, o ile początkowe warunki zamówienia nie zostały w sposób istotny zmienione". Tak jak słusznie wskazuje rząd grecki, przepis ten upoważnia zamawiające organy o odstąpienia od wymogu zaproszenia do ubiegania się o zamówienie, jeżeli zostały spełnione trzy następujące przesłanki: i) zaproszenie już wcześniej miało miejsce, ii) nie przedstawiono żadnej oferty lub przedstawiono nieprawidłowe oferty, iii) początkowe warunki zamówienia co do istoty pozostały niezmienione.

7. Oczywiste jest, że w niniejszej sprawie została spełniona pierwsza przesłanka. Rząd grecki i Komisja nie zgadzają się co do tego, czy również druga i trzecia przesłanka zostały spełnione.

Pojęcie nieprawidłowych ofert

8. DEI odrzuciło oferty przedstawione w odpowiedzi na drugie zaproszenie do ubiegania się o zamówienie jako „nieprawid-

łowe", ponieważ nie w pełni spełniały one określone specyfikacje techniczne. Czy miało ono racje, dokonując takiej kwalifikacji tych ofert? Innymi słowy, jak należy interpretować pojęcie „nieprawidłowe"? Jest to istotne pytanie, ponieważ od odpowiedzi na nie zależy to, czy zamawiający organ mógł przyznać zamówienie bez publikacji ogłoszenia o przetargu. Jeżeli przedstawione oferty mogą zostać prawidłowo zakwalifikowane jako „nieprawidłowe", nie ma wymogu kolejnego zaproszenia do ubiegania się o zamówienie; z drugiej strony, jeżeli odrzucone oferty nie mogą zostać uznane za „nieprawidłowe", organ zamawiający ma obowiązek powtórzyć całą procedurę.

9. Komisja stoi na stanowisku, iż jedynie oferta, która wyraźnie nie może spełnić kryteriów organu zamawiającego, należy do kategorii ofert „nieprawidłowych". Inne różnice, mające mniej lub bardziej poważny charakter, mogą uzasadniać odrzucenie oferty, lecz nie mogą czynić jej „nieprawidłową", otwierając w ten sposób drogę dla organu zamawiającego do przyznania zamówienia bez przeprowadzania zwykłego postępowania przetargowego. Z kolei rząd grecki opowiada się za bardziej liberalną definicją pojęcia „nieprawidłowe". Kładąc znaczny nacisk na motyw 45 dyrektywy, który stanowi, że „zasady, które mają być stosowane przez zainteresowane podmioty, powinny stanowić układ odniesienia dla rzetelnej praktyki gospodarczej i pozostawić im maksimum elastyczności", podnosi, że organy zamawiające powinny dysponować większym zakresem swobodnego uznania przy odrzucaniu jako „nieprawidłowych" wszystkich ofert, które nie spełniają w pełni kryteriów ustanowionych w ogłoszeniu o przetargu, a następnie powinny mieć możliwość skorzystania z procedury bez nowego zaproszenia do ubiegania się o zamówienie.

10. Uważam, iż interpretacja zaproponowana przez grecki rząd jest zbyt szeroka. Przy ocenie zakresu swobodnego uznania, z jakiego korzystają podmioty zamawiające, należy wyjść od wymogów traktatu. W wyroku w sprawie Teleaustria i Telefonadress Trybunał orzekł, iż przydział usług publicznych był wykluczony z zakresu zastosowania dyrektywy o zamówieniach publicznych, jednakże stwierdził, że podmioty zamawiające przy ich przydziale były ogólnie związane z podstawowymi zasadami traktatowymi, a w szczególności z zasadą niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową, która oznacza obowiązek przejrzystości [3]. Następnie wyjaśnił, co jest treścią obowiązku przejrzystości: „ów obowiązek przejrzystości ciążący na organach zamawiających polega na zagwarantowaniu z korzyścią dla każdego potencjalnego oferenta odpowiedniego poziomu ogłaszania pozwalającego na otwarcie rynku usług dla konkurencji, a także na kontrolę bezstronności postępowania o udzielenie zamówienia" [4]. W związku z tym w dziedzinie zamówień publicznych przejrzystość jest wymogiem pierwotnego prawa wspólnotowego i wiąże się przynajmniej z pewnymi ogłoszeniami. Ogłaszanie jest ważne z dwóch powodów: po pierwsze, potencjalni oferenci są informowani o istnieniu możliwości handlowej, co z kolei może doprowadzić do zwiększenia konkurencji przy ubieganiu się o zamówienie, ponieważ zwiększa się prawdopodobieństwo złożenia większej ilości ofert; po drugie, ogłaszanie stanowi ochronę przed stronniczością i korupcją, ponieważ umożliwia

3 — Wyrok z dnia 7 grudnia 2000 r. w sprawie C-324/98, Rec. s. I-10745, pkt 60, 61.

4 — Tamże, pkt 62.

kontrolę procedury przetargowej [5]. W orzecznictwie Trybunału przejrzystość jest związana z zasadą niedyskryminacji i jest postrzegana jako mechanizm zapewniający zgodność z podstawowymi zasadami prawa wspólnotowego [6].

11. Kolejną kwestią, która ma znaczenie dla interpretacji terminu „nieprawidłowa", jest to, że jednym z celów zamówień publicznych jest rozwój rzeczywistej konkurencji na rynku. W ostatnim z wyroków w sprawie Komisja przeciwko Włochom, w której Komisja zarzucała, iż Włochy uchybiły zobowiązaniu ciążącym na nich na podstawie licznych dyrektyw, włączywszy w to dyrektywę 93/38, Trybunał orzekł, że „dyrektywy […] mają […] na celu wyeliminowanie praktyk ogólnie ograniczających konkurencję oraz ograniczających udział w przetargach podmiotów pochodzących z innych państw członkowskich, aby urzeczywistnić w szczególności swobodę przedsiębiorczości i swobodę świadczenia usług, wyrażone odpowiednio w art. 43 WE i 49 WE" [7]. Tak jak wyjaśnił Trybunał we wcześniejszym wyroku dotyczącym dyrektywy 93/37/EWG [8], „podstawowym celem dyrektywy […] jest otworzenie na konkurencję rynku zamówień publicznych. W rzeczywistości bowiem to otwarcie na konkurencję wspólnotową zgodnie z procedurami przewidzianymi przez dyrektywy gwarantuje, że organy publiczne nie posuną się do faworyzowania" [9]. Rzeczywista konkurencja usuwa zatem bariery, które uniemożliwiają nowym podmiotom wejście na rynek; jest korzystna dla organów zamawiających, które mogą wybrać spośród większej liczby oferentów, a tym samym mogą uzyskać lepszy stosunek jakości do ceny; sprzyja ona również integralności procedur przetargowych jako takich.

12. Tak jak to wynika z powyżej wymienionych wyroków, wymóg zaproszenia do ubiegania się o zamówienie ma swoje korzenie w pierwotnym prawie wspólnotowym i w sposób oczywisty powinien on być przestrzegany. Udzielenie zamówienia bez wcześniejszego ogłoszenia o przetargu może wiązać się ze szkodą nie tylko dla potencjalnych oferentów, lecz także dla obywateli, którzy poprzez podatki finansują udzielenie zamówienia, oraz może zakłócać konkurencyjny charakter sektora zamówień publicznych, umniejszając skuteczność traktatowych zasad dotyczących wspólnotowych podstawowych swobód. Z tego też powodu przepis, który pozwala zamawiającemu organowi na odstępstwo od zaproszenia do ubiegania się o zamówienie, powinien być skonstruowany w sposób ścisły. Artykuł 20 ust. 2 dyrektywy

5 — Obowiązek przejrzystości został wyraźnie nałożony na organy zamawiające przez nowe dyrektywy dotyczące zamówień publicznych. Artykuł 2 nowej dyrektywy dotyczącej „sektora publicznego" [dyrektywa 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, s. 114)] oraz art. 10 dyrektywy dotyczącej sektora użyteczności publicznej [dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2004/17/WE z dnia 31 marca 2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz.U. L 134, s. 1)] stanowi, że podmioty zamawiające „działają w sposób przejrzysty".

6 — Zobacz między innymi wyroki: z dnia 18 listopada 1999 r. w sprawie C-275/98 Unitron Scandinavia i 3-S, Rec. s. I-8291, pkt 31; z dnia 18 października 2001 r. w sprawie C-19/00 SIAC Construction, Rec. s. I-7725, pkt 41; z dnia 19 czerwca 2008 r. w sprawie C-454/06 pressetext Nachrichtenagentur, Zb.Orz. s. I-4401, pkt 32.

7 — Wyrok z dnia 21 lutego 2008 r. w sprawie C-412/04, Zb.Orz. s. I-619, pkt 2.

8 — Dyrektywa Rady z dnia 14 czerwca 1993 r. dotycząca koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (Dz.U. L 199, s. 54).

9 — Wyrok z dnia 12 lipca 2001r. w sprawie C-399/98 Ordine degli Architetti i in., Rec. s. I-5409, pkt 75. Zobacz podobnie wyroki: z dnia 27 listopada 2001 r. w sprawach połączonych C-285/99 i 286/99 Lombardini i Mantovani, Rec. s. I-9233, pkt 35; z dnia 11 stycznia 2005 r. w sprawie C-26/03 Stadt Halle i RPL Lochau, Zb.Orz. I-1, pkt 44.

93/38 jest takim przepisem. Rozpoczyna się stwierdzeniem, iż organ zamawiający może udzielić zamówienia bez wcześniejszego zaproszenia do ubiegania się o zamówienie, a następnie zawiera wyczerpujące wyliczenie przypadków, w których jest to możliwe. Trybunał orzekł już o podejściu, które należy zastosować przy interpretacji tego przepisu w sprawie Komisja przeciwko Grecji, która dotyczyła lit. c) i d) tego przepisu, a tym samym odpowiednio zamówień, które z przyczyn technicznych lub artystycznych mogą być wykonane tylko przez określonego dostawcę, oraz przypadków niezbędnej konieczności: „w tym względzie należy na wstępie przypomnieć, że jako odstępstwa od zasad odnoszących się do procedur udzielania zamówień publicznych przepisy art. 20 ust. 2 lit. c) i d) dyrektywy 93/38 powinny być interpretowane w sposób ścisły” [10]. Niniejsza sprawa powinna być rozpatrywana w świetle lit. a) (nie wpłynęły oferty lub wpłynęły oferty nieprawidłowe), która powinna być interpretowana w ten sam ścisły sposób co lit. c) i d), ponieważ brak jest czegokolwiek w treści lub założeniu lit. a) art. 20 ust. 2, lub w wyroku Trybunału w sprawie Komisja przeciwko Grecji, co uzasadniałoby inne podejście interpretacyjne.

13. W świetle powyższej analizy nie można przyjąć bronionej przez grecki rząd szerokiej interpretacji terminu „nieprawidłowe”. Zezwolenie podmiotom zamawiającym na oparcie się na najmniejszych nawet rozbieżnościach w przedstawionych ofertach w celu ich odrzucenia jako „nieprawidłowych” oznaczałoby w praktyce przyznanie im nadmiernego swobodnego uznania przy podejmowaniu decyzji o publikacji zaproszenia o ubieganie się o zamówienie. Organ zamawiający, który skłania się ku „faworyzowaniu”, używając wyrażenia, jakim posłużył się Trybunał w ww. wyroku w sprawie Ordine degli Architetti, z łatwością może znaleźć punkt, w którym przedstawiona oferta nie będzie całkowicie zgodna ze specyfikacją zamówienia, odrzucić ją, a następnie przystąpić do udzielenia zamówienia bez wcześniejszego zaproszenia o składanie nowych ofert. Dotyczy to w szczególności dużych zamówień wymagających zaawansowanych technicznych ekspertyz, w przypadku których specyfikacja zamówienia jest w zrozumiały sposób bardzo złożona. Jest to jednak niebezpieczeństwo, przed którym mają chronić wspólnotowe przepisy dotyczące zamówień publicznych, zarówno traktatowe, jak i wtórne. Z kolei wykładnia zaproponowana przez Komisję, to znaczy, że oferta może być odrzucona jako „nieprawidłowa”, a tym samym organ zamawiający może skorzystać z danej procedury bez zaproszenie do ubiegania się o zamówienie jedynie, jeżeli oferta nie może pokryć potrzeb danej jednostki, pozostawia organom zamawiającym wystarczający zakres uznania dla oceny przedstawionych ofert, przy jednoczesnym zagwarantowaniu, iż zasady dotyczące zamówień publicznych nie są obchodzone.

14. Na poparcie szerokiej interpretacji art. 20 ust. 2 lit. c) dyrektywy 93/38 rząd grecki zasadniczo opiera się na motywie 45 dyrektywy, który odnosi się do konieczności zapewnienia „maksimum elastyczności” w odniesieniu do zasad dotyczących zamówień na usługi użyteczności publicznej. Na tej podstawie rząd ten dochodzi do wniosku, że organy zamawiające w tym sektorze powinny posiadać szeroki zakres swobodnego uznania przy stosowaniu przepisów dyrektywy, włączywszy w to przepisy dotyczące „nieprawidłowych” ofert i przyznania zamówienia bez wcześniejszego zaproszenia do ubiegania się o zamówienie. Argumentowi temu można przeciwstawić dwa zarzuty.

10 — Wyrok z dnia 2 czerwca 2005 r. w sprawie C-394/02, Zb.Orz. s. I-4713, pkt 33.

15. Po pierwsze, motyw 45 nie jest autonomicznym przepisem prawa, który może przyznawać prawa lub nakładać zobowiązania. Podobnie jak wszystkie preambuły dyrektyw, pełni on raczej funkcję wyjaśniającą, to znaczy znajduje się on tam, aby pomagać osobom interpretującym dyrektywę w zrozumieniu jej celów i ducha, w jakim została ona przyjęta. W niniejszym przypadku motyw 45 wyjaśnia, dlaczego prawodawca wspólnotowy przyjął dla sektora usług użyteczności publicznej szereg zasad dotyczących udzielania zamówień publicznych, które są mniej rygorystyczne niż zasady przyjęte dla innych sektorów takich jak sektor usług i dostaw. Ponadto art. 20 ust. 2 sam jest wyrazem bardziej elastycznego podejścia stosowanego w sektorze użyteczności publicznej, ponieważ pozwala organom zamawiającym na udzielenie zamówienia bez zapraszania do ubiegania się o zamówienie w większej ilości przypadków niż na podstawie dyrektyw regulujących inne sektory [11]. Innymi słowy, to sam prawodawca wspólnotowy zadecydował, w jaki sposób zasady dotyczące sektora użyteczności publicznej powinny być bardziej elastyczne poprzez ustanowienie szczególnych przepisów dyrektywy 93/38, i błędem byłoby przyjąć, iż 45 motyw przyznaje organom zamawiającym autonomiczną elastyczność, dodatkową w stosunku do już elastycznych przepisów dyrektywy.

16. Po drugie, jak już wcześniej wskazałem, Trybunał orzekł już, że obowiązek ogłaszania jest obowiązkiem pozytywnym nałożonym na zamawiające podmioty przez traktat. Odstępstwa od tego obowiązku muszą zostać wyraźnie przewidziane przez prawo i powinny być interpretowane w sposób ścisły. Nawet jeżeli istnieje ogólna zasada elastycznej interpretacji dyrektywy 93/38, to jednak nie może ona wypierać obowiązków wynikających z pierwotnego prawa wspólnotowego.

17. Wreszcie należy wypowiedzieć się odnośnie do stosunku pomiędzy różnymi dyrektywami dotyczącymi zamówień publicznych. Rząd grecki kategorycznie opowiedział się przeciwko sugestii Komisji, iż równoległa lektura dyrektyw dotyczących sektora publicznego mogłaby pomóc przy wykładni dyrektywy 93/38. Podnosi on, że ostatnia dyrektywa wprowadza system szczególnych zasad w odniesieniu do sektora użyteczności publicznej i błędem byłoby porównywanie ich z zasadami regulującymi zamówienia na usługi lub dostawy. Nie zgadzam się z tym twierdzeniem. Bardzo rzadko zdarza się znaleźć przepisy prawne, które byłyby odizolowane. Zasady należy umieścić w kontekście; nabierają one znaczenia, gdy czytane są w szerszych ramach prawnych, niż ramy, w których są stosowane. W dziedzinie zamówień publicznych Trybunał częstokroć odsyłał do dyrektyw dotyczących zamówień publicznych jako zespołu przepisów mających wspólne cele i opierających się na wspólnych zasadach. Wspomniałem już o wyroku w sprawie Komisja przeciwko Włochom, w którym Trybunał orzekł, że dyrektywy 92/50/EWG [12], 93/36/EWG [13], 93/37 oraz

11 — Zgodnie z tym, na co wskazuje Komisja, takie podejście do „elastyczności" jako uzasadnienia charakteru zasad dotyczących zamówień publicznych zawartych w dyrektywie 93/38, zostaje potwierdzone analogicznie przez dwudziesty ósmy motyw dyrektywy dotyczącej sektora użyteczności publicznej, która zastąpiła dyrektywę 93/38. W odniesieniu do usług pocztowych stanowi on, że: „zamówienia udzielone przez podmioty zamawiające świadczące usługi pocztowe powinny podlegać zasadom niniejszej dyrektywy, łącznie z zasadami określonymi w art. 30, które, gwarantując zastosowanie zasad wymienionych w motywie 9, tworzą podstawy prawidłowej praktyki handlowej i umożliwiają większą elastyczność, niż proponuje dyrektywa 2004/18/WE […]". Nowa dyrektywa dotycząca sektora użyteczności publicznej została w tym miejscu porównana z nową dyrektywą dotycząca sektora publicznego w celu wyjaśnienia, w jakim znaczeniu przepisy pierwszej dyrektywy są bardziej elastyczne niż przepisy drugiej.

12 — Dyrektywa Rady z dnia 18 czerwca 1992 r. odnosząca się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi (Dz.U. L 209, s. 1).

13 — Dyrektywa Rady z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynująca procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy (Dz.U. L 199, s. 1).

93/38 mają wspólny cel, jakim jest usunięcie antykonkurencyjnych praktyk w zamówieniach publicznych [14]. Istnieją również inne nowsze przykłady, w których Trybunał posłużył się sformułowaniami wskazującymi na to, iż należy przyjąć systematyczne i spójne podejście do dyrektyw dotyczących zamówień publicznych [15]. Czy aby Trybunał nie zapomniał o okoliczności, iż dyrektywy regulują różne sektory zamówień publicznych oraz o tym że istnieją różnice pomiędzy ustanowionymi przez nie zasadami? Oczywiście, że nie zapomniał. Trybunał miał na myśli to, że dyrektywy, niezależnie od występujących miedzy nimi różnic, stanowią sieć zasad, których wspólnym celem jest zagwarantowanie, iż zamówienia publiczne będą uczciwe, otwarte i skuteczne.

18. Podsumowując, uważam, że poprzez zakwalifikowanie odrzuconej oferty jako „nieprawidłowej" i nieopublikowanie zaproszenia o ubiegania się o zamówienie, DEI uchybiło zobowiązaniu ciążącym na nim na mocy art. 20 ust. 2 dyrektywy 93/38.

14 — Wyżej wymieniony wyrok, pkt 2.

15 — Zobacz między innymi wyrok z dnia 27 lutego 2003 r. C-373/00 Adolf Truley, Rec. I-1931, pkt 42 („z utrwalonego orzecznictwa wynika również, że celem wspólnotowych dyrektyw koordynujących procedury udzielania zamówień publicznych jest uniknięcie zarówno ryzyka, iż preferowani będą krajowi oferenci lub ubiegający się, gdy zamówienie jest udzielane przez organ zamawiający, jak i możliwości, iż podmiot kontrolowany lub finansowany przez państwo, regionalny lub lokalny organ lub podmioty prawa publicznego, mogłyby kierować się innymi względami niż względy ekonomiczne"); zob. ww. w przypisie 6 wyrok pressetext Nachrichtenagentur, pkt 31 „Z orzecznictwa wynika, że głównym celem zasad wspólnotowych z dziedziny zamówień publicznych jest zapewnienie swobodnego przepływu usług i otwarcie na niezakłóconą konkurencję we wszystkich państwach członkowskich". Również w wyroku z dnia 17września 2002 r. w sprawie C-513/99 Concordia Bus Finland, Rec. s. I-7213, pkt 91, Trybunał potwierdził, że „nie ma powodu, aby interpretować w inny sposób dwa przepisy, które należą do tej samej dziedziny prawa wspólnotowego i zasadniczo mają to samo brzmienie". Trybunał wskazał tu, że kryterium stanowi istota przepisów, które mają być interpretowane. Jeżeli istota jest ta sama, również wykładnia powinna być ta sama.

Warunki zamówienia

19. Ponieważ nie została spełniona druga z trzech przesłanek art. 20 ust. 2 lit. a) DEI nie mogło powoływać się na ten przepis, niezależnie o tego, czy pierwotne warunki umowy pozostały niezmienione. Niemniej jednak, ażeby w sposób wyczerpujący przedstawić moje stanowisko, wyjaśnię pokrótce, dlaczego uważam, iż Komisja ma racje, twierdząc, że doszło do istotnej zmiany pierwotnych warunków.

20. Drugie zaproszenie do ubiegania się o zamówienie wykazało, że różnice pomiędzy specyfikacjami technicznymi wymaganymi przez organ zamawiający a specyfikacjami technicznymi oferowanymi przez oferentów były niedopuszczalne. Niemniej jednak oferty, które nie do końca były zgodne z owymi specyfikacjami mogły zostać przyjęte, o ile wszystkie te różnice dotyczące technicznych właściwości urządzenia, które oferent zaproponował użyć, byłyby wymienione oddzielnie w dokumentach przetargowych i nie wpływałyby na ogólną wydajność elektrowni. W takim przypadku oferent nie miał żadnego obowiązku korygowania różnic i ponoszenia dodatkowego ciężaru finansowego. Niemniej jednak w trzeciej fazie postępowania wezwano oferentów do skorygowania rozbieżności, jakie zawierały ich wcześniejsze oferty, wraz z poniesieniem związanych z tym kosztów, a także do złożenia w tym celu wiążącego oświadczenia.

21. Rząd grecki podnosi, że art. 20 ust. 2 nie zakazuje wszystkich zmian pierwotnych warunków zamówienia, lecz tylko takich, które są „istotne". Gdy na rozprawie sędzia sprawozdawca zapytał, jak rząd ten może pogodzić swoje twierdzenie, że wszystkie pięć ofert przedstawionych w drugim przetargu było ofertami „nieprawidłowymi" oraz że w trzecim etapie niedopuszczalne były żadne istotne zmiany, z faktem, że zamówienie zostało ostatecznie przyznane jednemu z pięciu oferentów, którego oferta była pierwotnie odrzucona, przedstawiciel tego rządu podniósł, że jedyna zmiana, o którą wniosło DEI w trzecim etapie, dotyczyła rozbieżności w specyfikacjach technicznych, które zostały wykryte w drugim etapie, doprowadziły do odrzucenia oferty, podczas gdy pozostałe warunki zamówienia pozostały te same.

22. Zgadzam się z rządem greckim, iż właściwym kryterium jest istotny charakter poprawek w warunkach zamówienia, ale nie jestem przekonany co do tego, że sporne poprawki były nieistotne lub nie były wystarczająco istotne w rozumieniu art. 20 ust. 2 lit. a). Nowy istotny warunek został wprowadzony na trzecim etapie: oferenci musieli skorygować różnice, pokrywając koszty z tym związane, podczas gdy zgodnie z ogłoszeniem o warunkach zamówienia w drugim etapie, takie różnice mogły być dopuszczalne. Oczywiście sam organ zamawiający uznał ów nowy obowiązek za znaczący, gdyż w przeciwnym razie nie wzywałby uczestniczących oferentów do złożenia wiążących oświadczeń w tym zakresie. Podobnie z punktu widzenia oferentów taka zmiana warunków zamówienia jest istotna, ponieważ już na wstępie wyklucza tych oferentów, którzy nie są w stanie lub nie mogą skorygować rozbieżności w ich pierwotnych ofertach i ponieść związanych z tym kosztów. Takie zmiany w pierwotnych warunkach zamówienia zawsze należy uznać za „istotne". Ponadto, tak jak już wskazałem, przepis, który pozwala organowi zamawiającemu na przyznanie zamówienia bez zaproszenia do ubiegania się o zamówienie, taki jak art. 20 ust. 2 lit. a), musi być interpretowany w sposób ścisły, ponieważ ustanawia odstępstwo od traktatowej zasady przejrzystości. W związku z tym organy zamawiające mogą odstąpić od ogłoszenia o przetargu jedynie wówczas, gdy dane zmiany w sposób oczywisty nie mogą mieć rzeczywistego lub potencjalnego wpływu na postępowanie w sprawie zamówienia. W niniejszej sprawie nie można nazwać zmiany warunków zamówienia nieistotną lub niewystarczająco istotną w rozumieniu art. 20 ust. 2 lit. a).

23. Ponieważ DEI odrzuciło pięć ofert przedstawionych w drugim etapie, gdyż nie były one w pełni zgodne z wymaganymi specyfikacjami technicznymi, praktycznie nie było możliwe udzielenie zamówienia w trzecim etapie jednemu z tych pięciu oferentów bez zmiany ich pierwotnej oferty. W ten sposób zatem DEI zmieniło warunki w trzecim etapie, aby upewnić się, że oferenci zobowiążą się do skorygowania wszystkich rozbieżności, i wezwało ich do przygotowania nowej oferty finansowej, która zawierać będzie związane z tym koszty. Najwłaściwszą procedurą byłoby

opublikowanie przez DEI nowego zaproszenia do ubiegania się o zamówienie. Zamiast tego DEI zaprosiło tylko określonych oferentów do przedłożenia ofert, pomimo tego, że pierwotne warunki zamówienia zostały istotnie zmienione. Postępując w ten sposób, DEI uchybiło zobowiązaniu ciążącemu na nim na mocy art. 20 ust. 2 lit. a) dyrektywy 93/38.

Pilny charakter

24. Artykuł 20 ust. 2 lit. d) dyrektywy 93/38 stanowi, że można skorzystać z procedury bez uprzedniego zaproszenia do ubiegania się o zamówienie, „jeżeli w sytuacji niezbędnej konieczności, ze względu na wyjątkowo pilny charakter sprawy związany z wydarzeniami, których podmioty zamawiające nie mogły przewidzieć, nie mogą być przestrzegane terminy przewidziane dla procedury otwartej lub ograniczonej". Komisja podnosi, że sposób, w jaki DEI wyjaśniło w piśmie do pięciu oferentów drugiego etapu (na przykład odwołanie się do „pilnego zapotrzebowania" Krety na energię elektryczną, „czas potrzebny do instalacji dwóch nowych jednostek", „nieprzewidziane opóźnienia"), wskazuje na to, że opierało się ono nie tylko na art. 20 ust. 2 lit. a), lecz również na art. 20 ust. 2 lit. d). Nie zgadza się z tym rząd grecki. Podnosi on, że od samego początku DEI opierało się na art. 20 ust. 2 lit. a), i wyjaśnia, że powodem, dla którego stosowało ono procedurę bez zaproszenia do ubiegania się o zamówienie, było to, że dwie wcześniejsze tury nie zakończyły się satysfakcjonującym rezultatem. To właśnie należy rozumieć przez „całą historię sprawy". Odwołanie się do pilnego charakteru było pomocnicze i wskazywało na to, że jedna z okoliczności, które DEI musi brać pod uwagę, jest to, że musi ono działać szybko.

25. Prawdą jest, że sposób, w jaki zostało sformułowane pismo z dnia 14 grudnia 2004 r., sprawia wrażenie, że DEI powołuje się na pilny charakter jako na jeden z powodów uzasadniających skorzystanie z procedury bez wcześniejszego zaproszenia do ubiegania się o zamówienie. Niemniej jednak nie jest jasne to, czy ów pilny charakter nie został użyty jako odrębne uzasadnienie oparte na art. 20 ust. 2 lit. d). W każdym razie w związku z tym, że rząd grecki nie opiera się na tej literze, Trybunał nie musi poddawać tej kwestii dalszej analizie.

II — Opóźnione uzasadnienie

26. Artykuł 41 ust. 4 dyrektywy 93/38 stanowi, co następuje: „podmioty zamawiające prowadzące jedną z działalności wymienionych w załącznikach I, II, VII, VIII oraz IX powiadamiają niezwłocznie po dacie otrzymania pisemnego wniosku niedopuszczonego kandydata lub oferenta o przyczynach odrzucenia jego wniosku lub oferty, a także każdego oferenta, który złożył dopuszczoną ofertę, o cechach i odnośnych zaletach wybranej oferty, jak również o nazwie oferenta, którego oferta została wybrana". Komisja podnosi, że dwumiesięczne opóźnienie w podaniu niedopuszczonemu kandydatowi powodów odrzucenia jego oferty nie może być uznane za

„niezwłoczne" w rozumieniu tego przepisu. Rząd grecki przyznaje, że miało miejsce pewne opóźnienie, jednakże twierdzi, że kryterium oceny uchybienia przez niego art. 41 ust. 4 powinno być to, czy oferent poniósł szkodę w wykonywaniu przez niego przysługujących mu praw wspólnotowych. Ponadto przedstawiciel rządu greckiego podczas rozprawy podniósł, że geneza art. 41 ust. 4 — Komisja pierwotnie zaproponowała 15-dniowy termin na podanie powodów, tak jak w dyrektywach dotyczących sektora publicznego, a gdy propozycja została odrzucona przez Parlament Europejski, przyjęto termin „niezwłocznie" — wskazuje na to, że należy przyznać pewien margines swobody organom zamawiającym przy rozpatrywaniu wniosku o podanie powodów odrzucenia oferty. Zdaniem greckiego rządu, w związku z tym, że w niniejszej sprawie niedopuszczony oferent mógł sam skorzystać ze środka zaskarżenia w celu kontroli zgodności z prawem decyzji organu zamawiającego, nie można twierdzić, że DEI uchybiło dyrektywie w ten sposób, że rozpatrywało wniosek przez dwa miesiące.

27. Zgadzam się z greckim rządem, iż zastosowanie wyrażenia „niezwłocznie" bez podania określonego limitu czasowego oznacza, że podejście do art. 41 ust. 4 nie powinno być zbyt ścisłe. Okoliczność, że dyrektywy dotyczące sektora publicznego wyraźnie przewidują 15-dniowy okres [16], podczas gdy dyrektywa 93/38 dotycząca sektora użyteczności publicznej — nie, oznacza, że prawodawca wspólnotowy umyślnie pozostawił kwestię, jak szybko organ zamawiający powinien odpowiedzieć, do rozstrzygnięcia w każdym poszczególnym przypadku.

28. Przy ocenie, co oznacza „niezwłoczna", odpowiedź w poszczególnej sprawie jednym z czynników, jakie należy wziąć pod uwagę, jest to, czy oferent był w stanie skorzystać ze środków zaskarżenia dostępnych dla niego w prawie wspólnotowym i krajowym, w celu sądowego skontrolowania zgodności z prawem danej decyzji. W rzeczywistości bowiem do czasu wyjaśnienia przez organ zamawiający powodów, dla których określona oferta została odrzucona, niedopuszczony oferent nie może wiedzieć, czy istnieje sens zaskarżania danej decyzji i na jakiej podstawie powinno to nastąpić.

29. Niemniej jednak zabezpieczenie interesów oferentów uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest tylko jedynym z celów art. 41 ust. 4. Przepis ten służy również zabezpieczeniu integralności i skuteczności postępowania w sprawie zamówienia publicznego jako takiego. W tym znaczeniu z przepisu tego korzystają same organy zamawiające, a wreszcie i sami podatnicy. Dlatego też przy wykładni terminu „niezwłocznie" należy mieć na uwadze to, że obowiązek podania powodów w rozsądnym terminie przeciwdziała faworyzowaniu i sprzyja zgodności z wymogami prawa wspólnotowego. Artykuł 41 ust. 4 stanowi procesową gwarancje, która pomaga zapewnić, że podane przyczyny odrzucenia oferty nie są pretekstem dla przyznania zamówienia w sposób arbitralny. Innymi

16 — Artykuł 8 ust. 1 dyrektywy 93/37; art. 7 ust. 1 dyrektywy 93/36; art. 12 ust. 1 dyrektywy 92/50.

słowy, zasada ta pełni funkcję zniechęcającą: jest mniej prawdopodobne, że organ zamawiający, który wie, że niezwłocznie po wyborze oferty zostanie wezwany do uzasadnienia swojego wyboru i wyjaśnienia, dlaczego pozostałe oferty zostały odrzucone odstąpi od wspólnotowych zasad dotyczących zamówień publicznych.

30. Ponadto nadmierne opóźnienia w odpowiedzi na wniosek o przedstawienie powodów może wiązać się z dużym kosztem w zakresie skuteczności. Na przykład w niniejszej sprawie samo DEI podkreśliło, że wyspa Kreta miała *pilne* zapotrzebowanie na dodatkowe dostawy energii elektrycznej. Niemniej jednak opóźniło ono projekt o dwa miesiące, nie odpowiadając, dlaczego wybrało jedną określoną ofertę i odrzuciło pozostałe. Rząd grecki nie podał żadnych powodów dla opóźnienia DEI, co trudno pogodzić z pilnym charakterem spornego zamówienia. Ponieważ wiele dużych projektów w różnych państwach członkowskich jest finansowanych, w pewnym stopniu, z budżetu Wspólnoty, słusznie jest oczekiwać, iż organy zamawiające będą stosować wspólnotowe zasady dotyczące zamówień publicznych w sposób, który uwzględnia potrzeby skuteczności.

31. Należy również zauważyć, iż nowa dyrektywa dotycząca sektora użyteczności publicznej, która zastąpiła dyrektywę 93/38, stanowi w art. 49 ust. 2, że podmioty zamawiające powinny poinformować niezakwalifikowanych kandydatów o powodach odrzucenia ich oferty „jak najszybciej" oraz że „czas przeznaczony na przekazanie tych informacji nie może w żadnym wypadku przekroczyć piętnastu dni od otrzymania pisemnego zapytania". Osoby redagujące dyrektywę sami ocenili, jaki jest dopuszczalny okres na podanie przyczyn i odebrali w ten sposób swobodne uznanie organom zamawiającym. Oczywiście niniejsza sprawa będzie rozstrzygana rationae temporis, na podstawie dyrektywy 93/38, a nie na podstawie dyrektywy 2004/17. Niemniej jednak nie można ignorować faktu, że prawodawca wspólnotowy postanowił o odejściu od bardziej swobodnego podejścia w tej kwestii w sektorze użyteczności publicznej, niezależnie od powodów uzasadniających takie podejście w przeszłości. Tym samym sektor użyteczności publicznej podlega obecnie tej samej, surowszej zasadzie, stosowanej do zamówień na towary, dostawy i usługi, zgodnie z którą termin 15-dniowy nie może być przekroczony w żadnych okolicznościach. Pomimo że przepis ten nie znajduje zastosowania w niniejszej sprawie, byłoby oczywiście sztuczne proponowanie Trybunałowi, aby go ignorował. Wreszcie zgodnie z dyrektywą 93/38 rozsądny termin powinien być oceniany w każdym poszczególnym przypadku, uwzględniając ogólną potrzebę szybkości postępowania w sprawie zamówienia publicznego, która nie ogranicza się jedynie do ochrony praw oferentów. W związku z tym uważam, że pojecie „niezwłocznej" odpowiedzi powinno być interpretowane w sposób zawężający, z uwzględnieniem zazwyczaj przyjmowanego limitu czasowego w innych dziedzinach zamówień publicznych. Jestem zdania, że nieprzedstawienie powodów w terminie dwóch miesięcy niedopuszczonemu oferentowi przez DEI stanowi — w braku szczególnego uzasadnienie takiego opóźnienia, które w sposób oczywisty przekracza limity czasowe stosowane w zamówieniach publicznych — naruszenie art. 41 ust. 4 dyrektywy 93/38.

III — Wnioski

32. Proponuję, aby Trybunał orzekł, iż poprzez brak opublikowania zaproszenia do ubiegania się o zamówienie oraz brak niezwłocznego podania niedopuszczonemu oferentowi powodów odrzucenia jego oferty, Grecja, za pośrednictwem DEI, uchybiła zobowiązaniom ciążącym na niej na mocy art. 20 ust. 2 oraz art. 41 ust. 4 Rady 93/38/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji.