WYROK SĄDU (piąta izba)

z dnia 20 maja 2010 r. *

W sprawie T-258/06

Republika Federalna Niemiec, reprezentowana przez M. Lummę oraz C. Schulze-Bahr, działających w charakterze pełnomocników,

strona skarżąca,

popierana przez:

Republikę Francuską, reprezentowaną początkowo przez G. de Bergues'a, a następnie przez G. de Bergues'a i J.C. Gracię, a ostatecznie przez G. de Bergues'a i J.S. Pilczera, działających w charakterze pełnomocników,

przez

Republikę Austrii, reprezentowaną przez M. Fruhmanna, C. Pesendorfer i C. Mayra, działających w charakterze pełnomocników,

* Język postępowania: niemiecki.

przez

Rzeczpospolitą Polską, reprezentowaną początkowo przez E. Ośniecką-Tamecką, później przez T. Nowakowskiego, potem przez M. Dowgielewicza, następnie przez M. Dowgielewicza, K. Rokicką i K. Zawiszę, a ostatecznie przez M. Szpunara, działających w charakterze pełnomocników,

przez

Królestwo Niderlandów, reprezentowane początkowo przez H. Sevenster, następnie przez C. Wissels i M. de Gravego, a ostatecznie przez C. Wissels, M. de Gravego i Y. de Vriesa, działających w charakterze pełnomocników,

przez

Parlament Europejski, reprezentowany przez U. Rössleina i J. Rodriguesa, działających w charakterze pełnomocników,

przez

Republikę Grecką, reprezentowaną przez D. Tsagkaraki i M. Tassopoulou, działające w charakterze pełnomocników

i przez

Zjednoczone Królestwo Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej, reprezentowane początkowo przez Z. Bryanston-Cross, a następnie przez L. Seeborutha, działających w charakterze pełnomocników,

interwenienci,

przeciwko

Komisji Europejskiej, reprezentowanej przez X. Lewisa i B. Schimę, działających w charakterze pełnomocników,

strona pozwana,

mającej za przedmiot stwierdzenie nieważności komunikatu wyjaśniającego Komisji dotyczącego prawa wspólnotowego obowiązującego w dziedzinie udzielania zamówień, które nie są lub są jedynie częściowo objęte dyrektywami w sprawie zamówień publicznych (Dz.U. 2006, C 179, s. 2),

SĄD (piąta izba),

w składzie: M. Vilaras, prezes, M. Prek i V.M. Ciucă (sprawozdawca), sędziowie,

sekretarz: T. Weiler, administrator,

uwzględniając procedurę pisemną i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 29 kwietnia 2009 r.,

wydaje następujący

Wyrok

Okoliczności faktyczne leżące u podstaw sporu

1 W dniu 23 czerwca 2006 r. Komisja Wspólnot Europejskich wydała komunikat wyjaśniający dotyczący „prawa wspólnotowego obowiązującego w dziedzinie udzielania zamówień, które nie są lub są jedynie częściowo objęte dyrektywami w sprawie zamówień publicznych" (zwany dalej „komunikatem"). Jeśli chodzi o udzielanie zamówień publicznych, Wspólnota Europejska przyjęła w 2004 r. dyrektywę 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującą procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz.U. L 134, s. 1) oraz dyrektywę 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), ustanawiające szczegółowe przepisy dotyczące procedur przetargowych (zwane dalej łącznie „dyrektywami w sprawie zamówień publicznych").

2 Jednakże niektóre zamówienia nie są lub są jedynie częściowo objęte powyższymi dyrektywami. Z treści komunikatu wynika, że dotyczy on zamówień opiewających na kwoty nieprzekraczające progów, powyżej których zastosowanie mają dyrektywy w sprawie zamówień publicznych oraz zamówień wskazanych w załączniku II B do dyrektywy 2004/18/WE i w załączniku XVII B do dyrektywy 2004/17/WE, opiewających na kwoty przekraczające progi, od których zastosowanie mają dyrektywy w sprawie zamówień publicznych (zwanych dalej „zamówieniami II B").

3 Ponadto komunikat przypomina, że zgodnie z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości zasady rynku wewnętrznego mają również zastosowanie do zamówień nieobjętych zakresem dyrektyw w sprawie zamówień publicznych**.** Komisja w komunikacie przedstawia własną interpretację orzecznictwa Trybunału i proponuje szereg najlepszych praktyk mających wspomóc państwa członkowskie w czerpaniu pełnych korzyści z rynku wewnętrznego. Niemniej komunikat wyjaśnia, że nie ustanawia on żadnych nowych przepisów prawnych.

4 Komunikat przypomina podstawowe normy dotyczące udzielania zamówień publicznych, które są zaczerpnięte bezpośrednio z postanowień i zasad traktu WE, zgodnie z ich wykładnią wypracowaną przez Trybunał.

5 Komunikat dokonuje więc podziału zamówień publicznych na zamówienia nieistotne dla rynku wewnętrznego, do których nie mają zastosowania wywodzące się z traktatu WE normy, oraz na zamówienia, które są wystarczająco powiązane z funkcjonowaniem rynku wewnętrznego i które muszą być zgodne z powyższymi normami. To, czy dane zamówienie jest istotne z punktu widzenia rynku wewnętrznego, powinno podlegać, dla każdego przypadku oddzielnie, ocenie instytucji zamawiających. Jeżeli analiza zamówienia publicznego wykaże, że ma ono znaczenie z punktu widzenia rynku wewnętrznego, jego udzielenie musi być zgodne z podstawowymi normami prawa wspólnotowego.

6 Punkt 2 komunikatu poświęcony jest podstawowym normom dotyczącym udzielania zamówień mających znaczenie dla rynku wewnętrznego. Komisja opisuje w nim obowiązek przejrzystości, który wyprowadza z orzecznictwa Trybunału, a który polega jej zdaniem na zagwarantowaniu ogłoszenia na odpowiednią skalę, umożliwiającego otwarcie rynku na konkurencję. Komisja wnioskuje z powyższego, w pkt 2.1.1 komunikatu, że jedynym sposobem na spełnienie wymogów ustanowionych przez orzecznictwo Trybunału jest publikacja wystarczająco dostępnego ogłoszenia przed udzieleniem zamówienia. Ponadto komunikat zawiera w pkt 2.1.2 propozycję dotyczącą pewnej liczby konkretnych, a przy tym odpowiednich i powszechnie stosowanych, form publikacji. W tym względzie w komunikacie mowa jest o Internecie, krajowych dziennikach urzędowych, krajowych dziennikach specjalizujących się w ogłoszeniach o zamówieniach publicznych, gazetach o zasięgu krajowym lub regionalnym lub publikacjach specjalistycznych, a także o lokalnych środkach publikacji i o *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej*/TED [dostępnym w Internecie przez bazę danych europejskich zamówień publicznych TED (Tenders Electronic Daily)].

7 Co do udzielania zamówień publicznych, komunikat wyjaśnia w pkt 2.2, że należy go dokonywać zgodnie z postanowieniami i zasadami zawartymi w traktacie WE, co oznacza w szczególności poszanowanie zasad niedyskryminacji i przejrzystości. Najpełniejsze osiągnięcie ogłoszenia na odpowiednią skalę, umożliwiającego otwarcie rynku na konkurencję oraz kontrolę bezstronności postępowań w sprawie udzielenia zamówienia mogą zapewnić: niedyskryminacyjny opis przedmiotu zamówienia, równy dostęp dla podmiotów gospodarczych ze wszystkich państw członkowskich, wzajemne uznawanie dyplomów, świadectw i innych dokumentów potwierdzających posiadanie kwalifikacji, odpowiednie terminy, a także przejrzyste i obiektywne podejście.

8 Wreszcie komunikat podkreśla w pkt 2.3 znaczenie ochrony prawnej, dającej kontrolę nad bezstronnością procedur przetargowych.

Postępowanie

9 Pismem złożonym w sekretariacie Sądu w dniu 12 września 2006 r. Republika Federalna Niemiec wniosła skargę w niniejszej sprawie.

10 W dniu 19 grudnia 2006 r. Republika Francuska wniosła o dopuszczenie jej do niniejszej sprawy w charakterze interwenienta po stronie Republiki Federalnej Niemiec. Postanowieniem z dnia 9 marca 2007 r. prezes pierwszej izby Sądu dopuścił jej interwencję. W dniu 14 czerwca 2007 r. Republika Francuska przedłożyła swoje uwagi.

11 W dniu 5 stycznia 2007 r. Republika Austrii wniosła o dopuszczenie jej do niniejszej sprawy w charakterze interwenienta po stronie Republiki Federalnej Niemiec. Postanowieniem z dnia 9 marca 2007 r. prezes pierwszej izby Sądu dopuścił jej interwencję. W dniu 14 czerwca 2007 r. Republika Austrii przedłożyła swoje uwagi.

12 W dniu 10 stycznia 2007 r. Rzeczpospolita Polska wniosła o dopuszczenie jej do niniejszej sprawy w charakterze interwenienta po stronie Republiki Federalnej Niemiec. Postanowieniem z dnia 9 marca 2007 r. prezes pierwszej izby Sądu dopuścił jej interwencję. W dniu 12 czerwca 2007 r. Rzeczpospolita Polska przedłożyła swoje uwagi.

13 W dniu 18 stycznia 2007 r. Królestwo Niderlandów wniosło o dopuszczenie go do niniejszej sprawy w charakterze interwenienta po stronie Republiki Federalnej Niemiec. Postanowieniem z dnia 9 marca 2007 r. prezes pierwszej izby Sądu dopuścił jego interwencję. W dniu 13 czerwca 2007 r. Królestwo Niderlandów przedłożyło swoje uwagi.

14 W dniu 22 stycznia 2007 r. Parlament Europejski wniósł o dopuszczenie go do niniejszej sprawy w charakterze interwenienta po stronie Republiki Federalnej Niemiec.

Postanowieniem z dnia 9 marca 2007 r. prezes pierwszej izby Sądu dopuścił jego interwencję. W dniu 13 czerwca 2007 r. Parlament przedłożył swoje uwagi.

15 W dniu 27 marca 2007 r. Republika Grecka wniosła o dopuszczenie jej do niniejszej sprawy w charakterze interwenienta po stronie Republiki Federalnej Niemiec. Postanowieniem z dnia 14 maja 2007 r. prezes pierwszej izby Sądu dopuścił jej interwencję, zezwalając na przedstawienie przez nią uwag w toku procedury ustnej, zgodnie z art. 116 § 6 regulaminu postępowania przed Sądem.

16 W dniu 13 sierpnia 2007 r. Zjednoczone Królestwo Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej wniosło o dopuszczenie go do niniejszej sprawy w charakterze interwenienta po stronie Republiki Federalnej Niemiec. Postanowieniem z dnia 8 października 2007 r. prezes pierwszej izby Sądu dopuścił jego interwencję, zezwalając na przedstawienie przez nie uwag w toku procedury ustnej, zgodnie z art. 116 § 6 regulaminu postępowania.

17 Komisja przedłożyła swoje uwagi w sprawie pism interwencyjnych Republiki Francuskiej, Republiki Austrii, Rzeczypospolitej Polskiej, Królestwa Niderlandów i Parlamentu w dniu 18 września 2007 r. Republika Federalna Niemiec nie przedstawiła uwag do pism interwencyjnych.

18 Ze względu na to, iż skład izb Sądu został zmieniony z dniem 25 września 2007 r., sędzia sprawozdawca został przydzielony do piątej izby, której w konsekwencji przydzielono niniejszą sprawę.

19 Na podstawie sprawozdania sędziego sprawozdawcy Sąd (piąta izba) postanowił otworzyć procedurę ustną. Na rozprawie w dniu 29 kwietnia 2009 r. wysłuchano wystąpień stron i ich odpowiedzi na zadane przez Sąd pytania. Zjednoczone Królestwo Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej nie było obecne na rozprawie.

Żądania stron

20 Republika Federalna Niemiec wnosi do Sądu o:

— stwierdzenie nieważności komunikatu,

— obciążenie Komisji Europejskiej kosztami postępowania.

21 Republika Francuska, Republika Austrii i Królestwo Niderlandów wnoszą do Sądu o:

— stwierdzenie nieważności komunikatu,

— obciążenie Komisji kosztami postępowania.

22 Parlament i Rzeczpospolita Polska wnoszą do Sądu o stwierdzenie nieważności komunikatu.

23 Komisja wnosi do Sądu o:

— odrzucenie skargi jako niedopuszczalnej,

— obciążenie Republiki Federalnej Niemiec kosztami postępowania.

W przedmiocie dopuszczalności

A — *Uwagi wstępne*

24 Nie zgłaszając formalnego zarzutu niedopuszczalności, Komisja kwestionuje dopuszczalność skargi ze względu na to, że komunikat nie stanowi aktu zaskarżalnego w trybie skargi o stwierdzenie nieważności. Komunikat jest jej zdaniem komunikatem wyjaśniającym, czyli aktem, który ze względu na swą formę przynależy do kategorii zaleceń i opinii, które to akty na mocy postanowień traktatu WE nie mają mocy wiążącej. W związku z powyższym fakt obrania tej formy prawnej prowadzi natychmiast do wniosku, że wspomniany akt nie ma na celu wywarcia wiążących skutków prawnych. Komisja tłumaczy, że komunikat wyjaśniający ma zwykle na celu jasne wyrażenie praw i obowiązków wynikających z prawa wspólnotowego, z uwzględnieniem orzecznictwa Trybunału, jeśli takowe istnieje. Wynika z tego, zdaniem Komisji, że komunikat wyjaśniający ze swej natury nie jest aktem mogącym wywoływać wiążące skutki prawne wobec osób trzecich, zaskarżalnym w trybie skargi o stwierdzenie

nieważności. Komisja utrzymuje również, że z brzmienia komunikatu wynika, iż nie ma on na celu ustanowienia wiążących norm prawnych, tylko przeciwnie, sposób sformułowania komunikatu wykazuje, że komunikat ten bądź to stanowi powtórzenie orzecznictwa Trybunału, bądź to przekazuje w formie niewiążących zaleceń jej własne wnioski w przedmiocie tego orzecznictwa.

25 Należy przypomnieć, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem skarga o stwierdzenie nieważności może zostać skierowana przeciwko wszelkim przepisom wydanym przez instytucje, bez względu na ich charakter lub formę, jeżeli tylko rodzą one skutki prawne (zob. wyrok Trybunału z dnia 20 marca 1997 r. w sprawie C-57/95 Francja przeciwko Komisji, Rec. s. I-1627, pkt 7 i przytoczone tam orzecznictwo).

26 W niniejszym przypadku chodzi o komunikat, który został wydany przez Komisję i opublikowany w całości w serii C Dziennika Urzędowego. Jak wynika z akt sprawy, akt ten ma na celu podanie do powszechnej wiadomości ogólnego podejścia Komisji do stosowania całokształtu podstawowych norm dotyczących udzielania zamówień publicznych, zaczerpniętych bezpośrednio z postanowień i zasad traktatu WE, a w szczególności zasad niedyskryminacji i przejrzystości, do udzielania zamówień, które nie są lub są jedynie częściowo objęte dyrektywami w sprawie zamówień publicznych.

27 Aby ocenić, czy komunikat zmierza do wywarcia nowych skutków prawnych w stosunku do skutków wynikających ze stosowania podstawowych zasad traktatu WE, należy więc zbadać jego treść (zob. podobnie wyroki Trybunału: z dnia 9 października 1990 r. w sprawie C-366/88 Francja przeciwko Komisji, Rec. s. I-3571, pkt 11; z dnia 13 listopada 1991 r. w sprawie C-303/90 Francja przeciwko Komisji, Rec. s. I-5315, pkt 10; ww. w pkt 25 wyrok z dnia 20 marca 1997 r. Francja przeciwko Komisji, pkt 9).

28 Należy więc ocenić, czy komunikat poprzestaje na jasnym wyrażeniu postanowień dotyczących swobodnego przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości, swobody świadczenia usług, zasad niedyskryminacji i równego traktowania oraz proporcjonalności, a także reguł przejrzystości i wzajemnego uznawania znajdujących zastosowanie do zamówień, które nie są lub są jedynie częściowo objęte dyrektywami w sprawie zamówień publicznych, czy też ustanawia on szczególne lub nowe obowiązki w stosunku do wymienionych postanowień, zasad i reguł (zob. podobnie wyrok Trybunału z dnia 16 czerwca 1993 r. w sprawie C-325/91 Francja przeciwko Komisji, Rec. s. I-3283, pkt 14; ww. w pkt 25 wyrok z dnia 20 marca 1997 r. w sprawie Francja przeciwko Komisji, pkt 13).

29 Zatem sama tylko okoliczność, że, jak podnosi Komisja, ze względu na swą formę, swój charakter lub swoje brzmienie komunikat wyjaśniający nie występuje w postaci aktu mającego wywoływać skutki prawne, nie jest wystarczająca, by stwierdzić, że komunikat wyjaśniający nie wywołuje wiążących skutków prawnych.

30 Republika Federalna Niemiec przyznaje wprawdzie, że istnieją komunikaty Komisji o charakterze niewiążącym, które są opublikowane. Uważa ona jednak, że w niniejszym przypadku publikacja komunikatu stanowi okoliczność, której nie można lekceważyć przy ocenie skutków prawnych komunikatu. Publikacja jest bowiem niezbędną przesłanką istnienia normy prawnej, a komunikat miał w zamierzeniu wywoływać skutki na zewnątrz, podobnie jak norma prawna.

31 W tym względzie, jak wspomniano powyżej, jeśli badanie treści komunikatu wykaże, że ustanawia on szczególne lub nowe obowiązki, skargę należało będzie uznać za dopuszczalną, bez potrzeby badania, czy miała miejsce publikacja komunikatu. Natomiast przy braku określonych powyżej obowiązków, sama tylko publikacja komunikatu nie jest wystarczająca do tego by stwierdzić, że komunikat stanowi akt zaskarżalny w trybie skargi o stwierdzenie nieważności.

B — *W przedmiocie treści komunikatu*

32 Na poparcie swojej skargi Republika Federalna Niemiec, popierana przez interwenientów, podnosi w istocie, że komunikat jest aktem wiążącym, gdyż zawiera nowe reguły udzielania zamówień publicznych, wykraczające poza obowiązki wynikające z istniejącego prawa wspólnotowego oraz wywołujące skutki prawne dla państw członkowskich, co w konsekwencji oznacza, że Komisja nie miała kompetencji do przyjęcia takich przepisów.

33 W tym względzie Republika Federalna Niemiec i interwenienci utrzymują w istocie, że po pierwsze, komunikat ustanawia, w szczególności w pkt 2.1, jeśli chodzi o zamówienia publiczne o wartości poniżej progów określonych w dyrektywach w sprawie zamówień publicznych oraz o zamówienia II B, obowiązek uprzedniego ogłoszenia (ex ante), którego nie przewidują podstawowe zasady traktatu WE, zgodnie z ich wykładnią wypracowaną przez Trybunał. Po drugie, Republika Federalna Niemiec twierdzi, że obowiązki zawarte w pkt 2.2 komunikatu znacząco wykraczają poza to, co wynika z wykładni podstawowych zasad traktatu WE przez Trybunał. Po trzecie, Republika Federalna Niemiec zgłasza zastrzeżenia do zwykłego przeniesienia określonych w dyrektywach w sprawie zamówień publicznych wyjątków dotyczących udzielania zamówień bez uprzedniej publikacji ogłoszenia na grunt zamówień niepodlegających zakresowi zastosowania dyrektyw w sprawie zamówień publicznych, o czym mowa jest w pkt 2.1.4 komunikatu. Wreszcie, Republika Federalna Niemiec twierdzi, że pkt 1.3 komunikatu rodzi skutek prawny, gdyż przewiduje wszczęcie postępowania o stwierdzenie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego w trybie art. 226 WE w razie zachowania niezgodnego z komunikatem. Zdaniem Republiki Federalnej Niemiec i interwenientów, wszystkie te elementy prowadzą do konkluzji, że komunikat ma w zamierzeniu wywoływać skutki prawne.

1. *W przedmiocie pierwszego zarzutu, dotyczącego istnienia obowiązku uprzedniego ogłoszenia (pkt 2.1.1 komunikatu)*

a) Argumenty stron

Republika Federalna Niemiec

34 Republika Federalna Niemiec utrzymuje, że komunikat ustanawia, w szczególności w pkt 2.1.1, leżący po stronie państw członkowskich zasadniczy obowiązek uprzedniego ogłoszenia wszystkich planowanych zamówień, a zatem zamówień publicznych o wartości poniżej progów określonych w dyrektywach w sprawie zamówień publicznych i zamówień II B. Tymczasem z orzecznictwa Trybunału, na którego podstawie wydano komunikat, nie da się wyprowadzić obowiązku uprzedniego ogłoszenia, a w konsekwencji przejrzystości ex ante. Z podstawowych zasad traktatu WE czy też z ich wykładni udzielanej przez Trybunał nie wynika zatem obowiązek ex ante.

35 W tej kwestii Republika Federalna Niemiec dodała w swoich wystąpieniach ustnych, że chociaż pewne wyroki Trybunału, które zapadły po wydaniu komunikatu, odnosiły się do obowiązku uprzedniego ogłoszenia, taka ewolucja orzecznictwa nie może z mocą wsteczną uzasadnić omawianego obowiązku.

36 Zdaniem Republiki Federalnej Niemiec, orzecznictwo Trybunału, na którego podstawie wydano komunikat, a w szczególności wyroki: z dnia 7 grudnia 2000 r. w sprawie C-324/98 Telaustria i Telefonadress, Rec. s. I-10745, zwany dalej „wyrokiem

w sprawie Telaustria"; z dnia 21 lipca 2005 r. w sprawie C-231/03 Coname, Zb.Orz. s. I-7287; z dnia 13 października 2005 r. w sprawie C-458/03 Parking Brixen, Zb.Orz. s. I-8585, ma zastosowanie wyłącznie do koncesji na usługi, czyli do dziedziny nieobjętej zakresem zastosowania komunikatu.

37 Ponadto koncesje na usługi odróżnia od wspomnianych zamówień publicznych o wartości poniżej progów ich gospodarcze znaczenie, ponieważ zazwyczaj przekraczają one europejskie progi i zbliżone są przez to do zamówień podlegających dyrektywom w sprawie zamówień publicznych. Stąd też, o ile obowiązek przejrzystości może być właściwy w dziedzinie koncesji na usługi, nie jest tak z pewnością w przypadku zamówień będących przedmiotem komunikatu. Zdaniem Republiki Federalnej Niemiec, nie jest tym samym możliwe bezpośrednie przeniesienie orzecznictwa dotyczącego koncesji na usługi na zamówienia o wartości poniżej odpowiednich progów.

38 Ponadto Republika Federalna Niemiec podnosi, że oba pozostałe przytoczone w komunikacie orzeczenia dotyczące zamówień o wartości poniżej progów (postanowienie Trybunału z dnia 3 grudnia 2001 r. w sprawie C-59/00 Vestergaard, Rec. s. I-9505 i wyrok Trybunału z dnia 20 października 2005 r. w sprawie C-264/03 Komisja przeciwko Francji, Zb.Orz. s. I-8831) też nie mogą uzasadnić obowiązku uprzedniego ogłoszenia. Zdaniem Republiki Federalnej Niemiec, w żadnym wyroku Trybunał nie orzekał w przedmiocie jakiegokolwiek obowiązku przejrzystości, lecz poprzestawał na stwierdzeniu, że w danym przypadku zastosowanie znajduje zasada niedyskryminacji (ww. postanowienie w sprawie Vestergaard, pkt 20, 24 i ww. wyrok w sprawie Komisja przeciwko Francji, pkt 32, 33). Wymóg przejrzystości ex ante nie został więc przeniesiony na zamówienia, których dotyczy komunikat.

39 W każdym razie Republika Federalna Niemiec jest zdania, że zamówienia publiczne o wartości poniżej progów, ogólnie rzecz ujmując, mają bardzo niewielkie znaczenie gospodarcze i nie zagrażają zatem rozpatrywanym podstawowym swobodom, ponieważ skutki dla tych swobód są raczej przypadkowe i pośrednie (ww. w pkt 20 wyrok w sprawie Coname, pkt 36). Znajduje to również potwierdzenie w opinii rzecznika

generalnego E. Sharpston w sprawie C-195/04 Komisja przeciwko Finlandii (wyrok Trybunału z dnia 26 kwietnia 2007 r.), Zb.Orz. s. I-3351, I-3353, pkt 83, 85.

40 Ponadto komunikat wykracza poza istniejące prawo w zakresie zamówień II B, ponieważ zamówienia te mają zazwyczaj lokalną specyfikę i niski potencjał z punktu widzenia transakcji ponadgranicznych, co tłumaczyłoby, dlaczego wspólnotowy prawodawca poddał je jedynie obowiązkowi przejrzystości ex post, a nie ex ante, jak obecnie przewiduje komunikat.

41 Ponadto, zdaniem Republiki Federalnej Niemiec, obowiązek uprzedniego ogłoszenia w celu udzielenia zamówień może być rozsądny i skuteczny jedynie wówczas, gdy stosuje się go w taki sposób, że służy on celowi otwarcia zamówień. Tymczasem nie jest tak, w przypadku gdy oferenci zagraniczni, którzy mogą być potencjalnie zainteresowani takimi zamówieniami jak zamówienia objęte komunikatem, nie istnieją lub gdy są oni bardzo nieliczni. W tym względzie Trybunał przypomniał w ww. w pkt 36 wyroku w sprawie Coname, że istnieją zamówienia, których skutki dla danych swobód podstawowych zaczerpniętych z traktatu WE są zbyt nieokreślone i pośrednie, ażeby dało się stwierdzić ewentualne naruszenie tych swobód. Punkt 1.3 komunikatu ujawnia, że Komisja jest świadoma, iż niewielkie znaczenie gospodarcze niektórych zamówień sprawia, że są one mało atrakcyjne z punktu widzenia zagranicznych przedsiębiorców, co uzasadnia brak obowiązku uprzedniego ogłoszenia w takich przypadkach.

42 Tymczasem, ustanawiając progi stosowania dyrektyw w sprawie zamówień publicznych, prawodawca wspólnotowy wyraźnie określił, że poniżej tych wartości należy zasadniczo założyć, że skutki dla rynku wewnętrznego są raczej „przypadkowe lub pośrednie" i stwierdzić brak ich znaczenia dla zagranicznych oferentów. Komisja powinna była uszanować tę ocenę prawodawcy. Republika Federalna Niemiec podkreśla, że rzecznik generalny E. Sharpston również jest tego zdania w swojej ww. w pkt 39 opinii w sprawie Komisja przeciwko Finlandii, pkt 85, 96. Ponadto, zdaniem Republiki Federalnej Niemiec, nie można w rozsądny sposób wymagać od instytucji

zamawiających, by w każdym przypadku badały istotne znaczenie danego zamówienia względem rynku wewnętrznego, jak stanowi pkt 1.3 komunikatu, a przeciwnie, wspomniane instytucje zamawiające powinny móc się szybko zorientować, jakie obowiązki w zakresie przejrzystości na nich ciążą. Na rozprawie Republika Federalna Niemiec dodała, że konkretne i indywidualne podejście, prezentowane w pkt 1.3 komunikatu, jest w szczególności wbrew wyrokowi Trybunału z dnia 15 maja 2008 r. w sprawach połączonych C-147/06 i C-148/06 SECAP, Zb.Orz. s. I-3565, w którym Trybunał dopuścił abstrakcyjną i ogólną definicję istotnego znaczenia zamówienia publicznego dla rynku wewnętrznego.

43 Nie można również żądać od instytucji zamawiających, by w każdym pojedynczym przypadku badały, czy zamówienie II B lub zamówienie o wartości poniżej progu ma istotne znaczenie dla rynku wewnętrznego. Zasada pewności prawa wymaga bowiem, by krajowe organy były w stanie szybko stwierdzić, jakie obowiązki związane z ogłaszaniem mają do nich zastosowanie. Ustalone progi oraz wykaz zamówień II B odzwierciedlają właśnie tę zasadę.

44 Republika Federalna Niemiec jest w dalszej kolejności zdania, że określony w komunikacie obowiązek uprzedniego ogłoszenia wykracza poza zakaz stosowania dyskryminacji w toku postępowań w sprawie udzielenia zamówienia (na przykład poprzez faworyzowanie oferentów niemieckich w porównaniu z oferentami zagranicznymi). Obowiązek ten skutkuje nałożeniem na instytucje zamawiające nakazu działania w celu stwarzania możliwości i zachęt dla ofert transgranicznych.

45 Zdaniem Republiki Federalnej Niemiec, ogłaszanie, które komunikacie uznaje się za niezbędne, jest zbliżone do norm ustanowionych w dyrektywach w sprawie zamówień publicznych, i jest czasochłonne i kosztowne. W oparciu o ww. w pkt 39 opinię rzecznika generalnego E. Sharpston w sprawie Komisja przeciwko Finlandii, Republika Federalna Niemiec uważa również, że określenie sposobów stosowania zasady przejrzystości należy do państw członkowskich. Podobnie, z ww. w pkt 39 opinii

rzecznika generalnego E. Sharpston w sprawie Komisja przeciwko Finlandii, pkt 98, wynika, że kwestia, co stanowi ogłoszenie na odpowiednią skalę dla zamówień o niskiej wartości, należy do prawa krajowego.

46 W odniesieniu do powyższego Republika Federalna Niemiec wyjaśniła podczas rozprawy, że kwestionuje ona w szczególności zobowiązanie instytucji zamawiających do dokonania wyboru najwłaściwszych środków ogłaszania ich zamówień, przewidziane w pkt 2.1.2 akapit pierwszy komunikatu. Kierując się do pojedynczych instytucji zamawiających, Komisja przyjęła podejście konkretne i indywidualne, niewynikające z orzecznictwa Trybunału. W tym względzie, Republika Federalna Niemiec dodała, że nie kwestionuje ona przykładowego wyliczenia odpowiednich sposobów ogłaszania, zawartego w pkt 2.1.2 komunikatu.

47 Tym samym Republika Federalna Niemiec jest zdania, że zamówienia, których dotyczy komunikat, właśnie nie są objęte jakimkolwiek ogólnym obowiązkiem przejrzystości wynikającym z prawa wspólnotowego. Obowiązek uprzedniego ogłoszenia, wynikający z komunikatu, wykracza więc znacznie poza to, co wynika z dokonywanej przez Trybunał wykładni podstawowych zasad traktatu WE.

Interwenienci

48 Zdaniem Republiki Francuskiej, należy zbadać, czy komunikat poprzestaje na jasnym wyrażeniu postanowień i zasad traktatu WE dotyczących udzielania zamówień publicznych, czy też ustanawia nowe obowiązki w stosunku do tych postanowień i zasad. Zaś jej zdaniem komunikat dodaje nowe elementy do istniejącego prawa.

49 W tym względzie, Republika Francuska podnosi w szczególności, że w ww. w pkt 38 postanowieniu w sprawie Vestergaard Trybunał nie ustanowił żadnego ogólnego obowiązku zapewnienia odpowiedniego ogłaszania na odpowiednią skalę w odniesieniu do zamówień o wartości poniżej progów, tylko że powyższe postanowienie dotyczy stosowania zasady niedyskryminacji, a nie obowiązku przejrzystości. Trybunał uznał w pkt 20 ww. w pkt 38 postanowienia w sprawie Vestergaard, że chociaż niektóre zamówienia wyjęte są spod zakresu przedmiotowego wspólnotowych dyrektyw z dziedziny zamówień publicznych, to instytucje zamawiające, które ich udzielają, muszą przestrzegać podstawowych zasad traktatu WE, a następnie Trybunał wyprowadził z powyższego, że art. 28 WE stoi na przeszkodzie temu, by instytucja zamawiająca umieszczała w specyfikacji warunków danego zamówienia klauzulę wymagającą stosowania do celów wykonania omawianego zamówienia produktu określonej marki, nie dodając przy tym wyrażenia „lub równoważny" (ww. w pkt 38 postanowienie w sprawie Vestergaard, pkt 24).

50 Wspomniany ogólny obowiązek odpowiedniego ogłoszenia w odniesieniu do zamówień o wartości poniżej progów nie wynika również z ww. w pkt 38 wyroku w sprawie Komisja przeciwko Francji. W pkt 32 wymienionego wyroku Trybunał uznał bowiem, że chociaż niektóre zamówienia wyjęte są spod zakresu przedmiotowego wspólnotowych dyrektyw z dziedziny zamówień publicznych, to instytucje zamawiające, które ich udzielają, muszą przestrzegać podstawowych zasad traktatu WE, a zasady niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową w szczególności. Jednakże, zdaniem Trybunału, wynikało z tego jedynie, że sporny przepis francuski stanowił ograniczenie swobody świadczenia usług w rozumieniu art. 49 WE, ponieważ skutkował zastrzeżeniem pełnienia funkcji inwestora zastępczego dla zamkniętego kręgu osób prawnych prawa francuskiego (ww. w pkt 38 wyrok w sprawie Komisja przeciwko Francji, pkt 68).

51 Ponadto Republika Francuska uważa, że jakkolwiek w ww. w pkt 36 wyroku w sprawie Telaustria Trybunał mówił o obowiązku odpowiedniego ogłoszenia, to uczynił tak dlatego, że chodziło tam o koncesję o znacznej wartości gospodarczej. Wniosek ten potwierdza ww. w pkt 36 wyrok w sprawie Coname, dotyczący, a contrario, koncesji mających znikome znaczenie gospodarcze.

52 W każdym razie Republika Francuska podnosi, że jeśli należałoby jednak przyjąć, że obowiązek odpowiedniego ogłoszenia wynika z orzecznictwa Trybunału, nie mógłby on w każdym razie polegać na obowiązku uprzedniej publikacji, czego wymaga komunikat w pkt 2.1.1.

53 Ponadto Republika Francuska utrzymuje, że z ww. w pkt 39 opinii rzecznika generalnego E. Sharpston w sprawie Komisja przeciwko Finlandii oraz z opinii rzecznika generalnego N. Fennelly'ego w ww. w pkt 36 sprawie Telaustria, Rec. s. I-10747, wynika, że obowiązek przejrzystości nie oznacza obowiązku publikacji, co przewiduje pkt 2.1.2 komunikatu.

54 Jeśli chodzi o zamówienia II B, Republika Francuska jest zdania, że decyzja Rady o tym, by nie poddawać ich obowiązkowi uprzedniego ogłoszenia, wynika jasno z motywów osiemnastego i dziewiętnastego dyrektywy 2004/18. Z tego wniosek, że zamówienia II B nie podlegają całościowemu zastosowaniu dyrektywy, tj. w szczególności obowiązkowi uprzedniego ogłoszenia, tylko nadzorowi, który powinien być tak skonstruowany, by umożliwić zainteresowanym dostęp do informacji w tej dziedzinie.

55 Republika Francuska uważa tym samym, że w dyrektywie 2004/18 Rada jasno wyraziła zamiar objęcia zamówień II B, w zakresie ogłaszania, szczególnym i wyczerpującym systemem, będącym uproszczonym systemem udzielania zamówień.

56 Republika Austrii również uważa, że komunikat jest aktem wywołującym skutki prawne, ponieważ wprowadza ogólny obowiązek ogłaszania ex ante, który nie wynika ani z traktatu WE, ani z orzecznictwa Trybunału.

57 W tym względzie Republika Austrii dorzuca do argumentacji Republiki Federalnej Niemiec to, że opinie przedstawione odpowiednio przez rzeczników generalnych

C. Stix-Hackl i E. Sharpston w sprawach C-507/03 Komisja przeciwko Irlandii (wyrok Trybunału z dnia 13 listopada 2007 r.), Zb.Orz. s. I-9777, I-9780 i ww. w pkt 39 sprawie Komisja przeciwko Finlandii pokazują, że status prawny stosowania obowiązku przejrzystości do udzielania zamówień niepodlegających lub podlegających częściowo dyrektywom w sprawie zamówień publicznych jest niepewny i budzący liczne kontrowersje. O ile rzecznik generalny C. Stix-Hackl doszła do wniosku, że udzielanie zamówień na usługi nieprioritetowe wymaga publikacji ogłoszenia o zamówieniu, przynajmniej co do zasady, o tyle rzecznik generalny E. Sharpston zaprzeczyła z kolei istnieniu ogólnego obowiązku przejrzystości ex ante w odniesieniu do zamówień o wartości poniżej progów. W czasie, gdy ukazywał się komunikat, Trybunał nie wydał jeszcze orzeczeń w omawianych dwóch sprawach. Stąd też Komisja, ustanawiając w swoim komunikacie obowiązek uprzedniego ogłoszenia dla wszystkich zamówień tego rodzaju (tj. zarówno dla usług nieprioritetowych, jak i dla zamówień o niewielkiej wartości) wywołała nowe skutki prawne.

58 Obowiązki nałożone na instytucje zamawiające w pkt 1.3, 2.1.2 komunikatu są, zgodnie z tym, co utrzymywała Republika Austrii na rozprawie, niezgodne z ww. w pkt 42 wyrokiem w sprawach połączonych SECAP, ponieważ komunikat nie uwzględnia możliwości instytucji zamawiającej, o czym mowa jest w pkt 32 przytoczonego wyroku.

59 Republika Austrii jest również zdania, że ogłoszenie na odpowiednią skalę, umożliwiające otwarcie rynku usług na konkurencję oraz kontrolę bezstronności postępowań w sprawie udzielenia zamówienia, w postaci omówionej w ww. w pkt 36 wyroku w sprawie Telaustria, nie musi oznaczać uprzedniej publikacji. Z trwających prac w sprawie zmiany dyrektyw dotyczących środków odwoławczych w dziedzinie zamówień publicznych (zob. dokument 2006/0066/COD oraz nowe art. 2d–2f dyrektywy Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane [Dz.U. L 395, s. 33], które znalazły się w tym projekcie) wynika bowiem, że ochrona sądowa a posteriori – bez uprzedniego ogłoszenia zamówienia – również mogłaby umożliwić skuteczną kontrolę bezstronności postępowania w sprawie udzielenia zamówienia.

60 Ponadto, mimo braku idealnej symetrii, de facto i de iure, między prawem zamówień publicznych a prawem dotyczącym pomocy państwa, Republika Austrii powołuje się na zasadę de minimis, znajdującą zastosowanie w prawie dotyczącym pomocy państwa, zgodnie z którą pomoc poniżej określonych progów nie może wpłynąć w znaczący sposób na wymianę handlową między państwami członkowskimi i nie zakłóca konkurencji ani nie grozi jej zakłóceniem. Z punktu widzenia Republiki Austrii, jeśli porówna się obie sytuacje, nie jest wcale niedorzeczne założenie, że zamówienia publiczne o wartości poniżej progów są pozbawione istotnego znaczenia dla rynku wewnętrznego, które by uzasadniało konieczność wprowadzenia obowiązku uprzedniego ogłoszenia w celu otwarcia rynku na konkurencję. Z pomocy korzystają bowiem bezpośrednio przedsiębiorstwa, gdy tymczasem progi obowiązujące w dziedzinie zamówień publicznych są zależne od wartości zamówienia, a zysk przedsiębiorstwa (który w tym względzie można przyrównać do pomocy) stanowi w tych przypadkach jedynie mały ułamek tejże wartości.

61 Republika Austrii powołuje się wreszcie na motyw 19 dyrektywy 2004/18, który jej zdaniem w sposób domyślny daje do zrozumienia, że prawodawca wspólnotowy nie uznał za niezbędne, by przy zamówieniach na usługi nieprioritetowe (zamówienia II B) stosowano wszelkie możliwe sposoby wzmacniania ponadgranicznej wymiany handlowej. Jedynym powodem mogącym uzasadnić taką różnicę w traktowaniu jest fakt, że omawiane zamówienia, wyłączone spod pełnego zakresu zastosowania dyrektywy, nie są uważane za na tyle istotne dla rynku wewnętrznego, by uzasadnić zastosowanie wszelkich możliwych sposobów wzmocnienia ponadgranicznej wymiany handlowej, do których należy ogólny obowiązek uprzedniego ogłoszenia zamówienia.

62 Królestwo Niderlandów podnosi, że Komisja stosuje wykładnię prawa wspólnotowego wykraczającą poza orzecznictwo, gdyż tworzy wyczerpujący system prawny, nakładający na państwa członkowskie obowiązek przejrzystości ex ante w odniesieniu do wszystkich zamówień publicznych, których dotyczy komunikat, chociaż Trybunał nie wydał jeszcze w tej kwestii orzeczenia.

63 Królestwo Niderlandów jest również zdania, powołując się na zasadę pewności prawa, że to, czy komunikat tworzy nowe obowiązki, należy rozstrzygać na podstawie stanu orzecznictwa z chwili wydania komunikatu. Tymczasem z późniejszego orzecznictwa wynika, że komunikat w oczywisty sposób wyprzedzał rozwój orzecznictwa.

Komisja

64 Jeśli chodzi o konkretną treść komunikatu i elementy o charakterze legislacyjnym podnoszone przez Republikę Federalną Niemiec, a mianowicie zasadniczo o obejście progu zastosowania dyrektyw w sprawie zamówień publicznych i obowiązek uprzedniego ogłoszenia, Komisja zaprzecza temu, by powyższe elementy komunikatu ustalały nowe normy prawne. Komunikat poprzestaje, zgodnie z art. 211 WE, na jasnym wyrażeniu postanowień i zasad traktatu WE, zgodnie z ich wykładnią wypracowaną przez Trybunał.

65 Komisja kwestionuje twierdzenie Republiki Federalnej Niemiec i interwenientów, iż komunikat stanowi obejście decyzji prawodawcy, aby przepisy dotyczące ogłaszania ustanowić wyłącznie dla zamówień publicznych, które osiągają określone progi. W tym względzie Komisja podnosi, że jeśli prawodawca uznał za niezbędne ustalenie szczegółowych zasad jedynie powyżej progów zastosowania dyrektyw, to poniżej tych progów przyjął, że stosowanie postanowień i zasad traktatu WE jest wystarczające. Jednakże prawodawca nie chciał – ani nie mógł – wyłączyć za pomocą tych dyrektyw zastosowania omawianych postanowień i zasad traktatu WE do zamówień publicznych o wartości poniżej progu.

66 Powyższe wynika z orzecznictwa Trybunału, a konkretnie z w ww. w pkt 36 wyroku w sprawie Telaustria i z ww. w pkt 38 wyroku w sprawie Komisja przeciwko Francji. Zdaniem Komisji, Trybunał w ww. w pkt 36 wyroku w sprawie Teleaustria stwierdził, że instytucje zamawiające, które udzielają zamówień nieobjętych dyrektywami w sprawie zamówień publicznych, muszą jednak przestrzegać podstawowych zasad traktatu WE w ogóle, a zasady niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową w szczególności (ww. w pkt 36 wyrok w sprawie Telaustria, pkt 60). Taki tok rozumowania znajduje poparcie w ww. w pkt 38 wyroku w sprawie Komisja przeciwko Francji, pkt 33. Podobnie, w ww. w pkt 36 wyroku w sprawie Coname Trybunał potwierdził, że umowy nieobjęte zakresem zastosowania dyrektywy, takie jak umowy koncesyjne, nadal objęte są ogólnymi zasadami traktatu WE. Przyjmując dyrektywy w sprawie zamówień publicznych, prawodawca europejski uwzględnił to orzecznictwo w motywie 9 dyrektywy 2004/17.

67 Trybunał nadał również, zdaniem Komisji, konkretną treść obowiązkowi przejrzystości, stwierdzając, że przedsiębiorcy mający siedzibę w innym państwie członkowskim powinni mieć dostęp do odpowiednich informacji dotyczących koncesji przed jej udzieleniem, tak, by mieć możliwość wyrażenia ewentualnego zainteresowania jej otrzymaniem (ww. w pkt 36 wyrok w sprawie Coname, pkt 21).

b) Ocena Sądu

68 Republika Federalna Niemiec i interwenienci podnoszą, że pkt 2.1.1 komunikatu wprowadza po stronie państw członkowskich zasadniczy obowiązek uprzedniego ogłoszenia wszystkich planowanych zamówień, co stanowi nowy obowiązek w stosunku do zasad traktatu WE.

69 Jeśli chodzi o postanowienia i zasady traktatu WE (pkt 1.1 komunikatu) mające zastosowanie do udzielenia zamówienia publicznego mającego znaczenie dla rynku wewnętrznego, pkt 2.1 komunikatu określa podstawowe normy mające zastosowanie w zakresie ogłaszania. W tym względzie, pkt 2.1.1 nosi tytuł „Obowiązek zagwarantowania odpowiedniego upublicznienia informacji [ogłoszenia]" i stanowi, co następuje:

„Zgodnie z [Trybunałem], zasady równego traktowania i niedyskryminacji pociągają za sobą obowiązek przejrzystości, który polega na zagwarantowaniu wszystkim potencjalnym oferentom odpowiedniego poziomu upublicznienia informacji [ogłoszenia na odpowiednią skalę] umożliwiającego rynkowi otwarcie na konkurencję.

Obowiązek przejrzystości oznacza, iż przedsiębiorstwo z siedzibą w innym państwie członkowskim ma dostęp do odpowiednich informacji odnoszących się do zamówienia przed jego udzieleniem i w konsekwencji jest w stanie wyrazić swoje ewentualne zainteresowanie otrzymaniem takiego zamówienia.

Według Komisji, praktyka kontaktowania się z licznymi potencjalnymi oferentami [z pewną liczbą potencjalnych oferentów] nie jest wystarczająca w tym zakresie, nawet jeżeli podmiot zamawiający zwraca się do przedsiębiorstw z innych państw członkowskich lub próbuje nawiązać kontakt z wszystkimi potencjalnymi dostawcami. Stosując tego rodzaju selektywne podejście nie można wykluczyć dyskryminacji względem potencjalnych oferentów z innych państw członkowskich, w szczególności nowych uczestników rynku. To samo odnosi się do wszystkich form »biernej« publikacji, w przypadku której podmiot zamawiający nie upublicznia informacji [dokonuje ogłoszenia] w sposób aktywny, lecz udziela odpowiedzi na pytania wnioskodawców, którzy sami dowiedzieli się o planowanym udzieleniu zamówienia. Podobnie, zwykłe odniesienie do pojawiających się w mediach doniesień, debat parlamentarnych lub politycznych lub wydarzeń takich jak kongresy jako źródła informacji nie stanowi odpowiedniego upublicznienia [ogłoszenia].

Dlatego też jedynym sposobem na spełnienie wymogów ustanowionych przez [Trybunał] jest publikacja wystarczająco dostępnego ogłoszenia przed udzieleniem zamówienia. Takie ogłoszenie powinno być opublikowane przez podmiot zamawiający w celu otwarcia udzielania zamówień na konkurencję".

70 Punkt 2.1.1 akapity pierwszy i drugi komunikatu stanowią powtórzenie orzecznictwa Trybunału zawartego w ww. w pkt 36 wyrokach w sprawach Telaustria, Coname i Parking Brixen, i nie zostały zakwestionowane ani przez Republikę Federalną Niemiec, ani przez żadnego z interwenientów. Ponadto pkt 2.1.1 akapit trzeci komunikatu nie został zakwestionowany w trakcie procedury pisemnej. W pkt 2.1.1 akapit czwarty komunikat zawiera wniosek, iż istnieje obowiązek zapewnienia odpowiedniego ogłoszenia, polegającego na rozpowszechnieniu wystarczająco dostępnego ogłoszenia przed udzieleniem zamówienia.

71 Republika Federalna Niemiec, popierana przez interwenientów, podnosi w istocie, że przytoczony punkt komunikatu ustanawia dla zamówień publicznych, których dotyczy, obowiązek uprzedniego ogłoszenia, który w żaden sposób nie wynika z zasad i z orzecznictwa Trybunału, przywołanych w tymże punkcie. Stanowi to tym samym nowy obowiązek, który nadaje rzeczonemu komunikatowi charakter aktu wywołującego wiążące skutki prawne, który to akt jest zaskarżalny w trybie skargi o stwierdzenie nieważności.

72 Należy zatem zbadać, czy komunikat poprzestaje na jasnym wyrażeniu wspomnianego obowiązku, który wynika dla państw członkowskich z podstawowych zasad traktatu WE, czy też ustanawia nowe obowiązki, jak utrzymują Republika Federalna Niemiec i interwenienci.

73 W tym względzie należy wskazać, że szczególne i rygorystyczne procedury ustanowione we wspólnotowych dyrektywach w sprawie koordynacji procedur udzielania

zamówień publicznych mają zastosowanie wyłącznie do zamówień, których wartość przekracza próg wyraźnie przewidziany w każdej z tych dyrektyw (ww. w pkt 38 postanowienie w sprawie Vestergaard, pkt 19 i ww. w pkt 38 wyrok w sprawie Komisja przeciwko Francji, pkt 33). W związku z tym, przepisy tych dyrektyw nie mają zastosowania do zamówień, których wartość nie osiągnęła określonego w nich progu.

74 Jednak nie oznacza to, że te ostatnie z wymienionych zamówień są wyłączone z zakresu stosowania prawa wspólnotowego (ww. w pkt 38 postanowienie w sprawie Vestergaard, pkt 19). Zgodnie bowiem z utrwalonym orzecznictwem Trybunału w zakresie dotyczącym udzielania zamówień, które ze względu na swoją wartość nie są objęte procedurami przewidzianymi w regulacjach wspólnotowych, instytucje zamawiające są jednak zobowiązane do przestrzegania podstawowych zasad traktatu WE w ogóle (ww. w pkt 38 postanowienie w sprawie Vestergaard, pkt 20 i ww. w pkt 38 wyrok w sprawie Komisja przeciwko Francji, pkt 32), a zasady niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową w szczególności (zob. podobnie wyrok Trybunału z dnia 18 listopada 1999 r. w sprawie C-275/98 Unitron Scandinavia i 3-S, Rec. s. I-8291, pkt 29; ww. w pkt 36 wyrok w sprawie Telaustria, pkt 62; ww. w pkt 36 wyrok w sprawie Coname, pkt 16; ww. w pkt 36 wyrok w sprawie Parking Brixen, pkt 46; wyrok z dnia 6 kwietnia 2006 r. w sprawie C-410/04 ANAV, Zb.Orz. s. I-3303, pkt 18).

75 Znajduje to zresztą potwierdzenie w motywie 9 dyrektywy 2004/17, zgodnie z którym: „dla zamówień publicznych, których wartość jest niższa od wartości zobowiązującej do stosowania koordynujących przepisów wspólnotowych, wskazane jest odwołanie się do orzecznictwa wypracowanego przez Trybunał […], zgodnie z którym zastosowanie mają wymienione wyżej reguły i zasady traktatów [to znaczy zasada równego traktowania, której zasada niedyskryminacji jest jedynie szczególnym wyrażeniem, zasada wzajemnego uznawania, zasada proporcjonalności, jak również zasada przejrzystości]", a także w motywach 1 i 2 dyrektywy 2004/18, w których mowa jest o stosowaniu tych samych zasad do udzielania wszystkich zamówień w państwach członkowskich, o wartości poniżej lub powyżej progów.

76 Zasady równego traktowania i niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową pociągają za sobą, jak Trybunał orzeka w sposób niezmienny, między innymi obowiązek przejrzystości, który pozwala publicznej instytucji zamawiającej na upewnienie się, że zasady te są przestrzegane (ww. wyroki Trybunału: w pkt 31 w sprawie Unitron Scandinavia i 3-S, pkt 74, pkt 31; w pkt 36 w sprawie Telaustria, pkt 61; wyrok z dnia 18 czerwca 2002 r. w sprawie C-92/00 HI, Rec. s. I-5553, pkt 45; ww. w pkt 36 wyrok w sprawie Parking Brixen, pkt 49; ww. w pkt 74 wyrok w sprawie ANAV, pkt 21), a obowiązek ten potwierdzają motywy: 9 dyrektywy 2004/17 i 2 dyrektywy 2004/18. Z powyższego wynika, że państwa członkowskie oraz ich instytucje zamawiające powinny przestrzegać tegoż obowiązku przejrzystości, zgodnie z jego wykładnią wypracowaną przez Trybunał, do celów udzielania wszystkich zamówień publicznych.

77 Trybunał wyjaśnił następnie, że wspomniany obowiązek przejrzystości, ciążący na instytucji zamawiającej, polega na zapewnieniu, na rzecz wszystkich potencjalnych oferentów, ogłoszenia na odpowiednią skalę, umożliwiającego otwarcie rynku usług na konkurencję, a także kontrolę bezstronności postępowań w sprawie udzielenia zamówienia (ww. w pkt 36 wyrok w sprawie Telaustria, pkt 62; ww. w pkt 36 wyrok w sprawie Parking Brixen, pkt 49; ww. w pkt 74 wyrok w sprawie ANAV, pkt 21).

78 W opinii Trybunału obowiązek przejrzystości ciążący na instytucjach zamawiających oznacza w szczególności wymogi pozwalające przedsiębiorstwu znajdującemu się na terytorium innego państwa członkowskiego niż zainteresowane państwo członkowskie na uzyskanie dostępu do odpowiednich informacji na temat danego zamówienia publicznego, zanim zostanie ono udzielone, tak aby, gdyby wspomniane przedsiębiorstwo tego pragnęło, było ono w stanie wyrazić swoje zainteresowanie uzyskaniem tego zamówienia (zob. podobnie ww. w pkt 36 wyrok w sprawie Coname, pkt 21).

79 Z przytoczonego orzecznictwa wynika, że obowiązek przejrzystości rozumiany jako odpowiednie ogłoszenie zawiera więc w sobie jakąś formę ogłoszenia przed udzieleniem danego zamówienia publicznego, czyli, innymi słowy, uprzedniego ogłoszenia. Zatem, oraz wbrew temu, jak argumentują Republika Federalna Niemiec i interwenienci, komunikat, tam gdzie jest w nim mowa o „wystarczająco dostępnym

ogłoszeniu przed udzieleniem zamówienia" nie stworzył nowego obowiązku ciążącego na państwach członkowskich, lecz poprzestano w nim na przypomnieniu istniejącego obowiązku wynikającego z prawa wspólnotowego mającego zastosowanie do zamówień publicznych, których rzeczony komunikat dotyczy, zgodnie z jego wykładnią wypracowaną przez sąd wspólnotowy.

80 Powyższe potwierdza zresztą, co przyznała Republika Federalna Niemiec na rozprawie, orzecznictwo Trybunału, które pojawiło się po publikacji komunikatu. Zgodnie z orzecznictwem Trybunału, z jednej strony, obowiązki wynikające z prawa pierwotnego dotyczące równego traktowania i przejrzystości automatycznie znajdują bowiem zastosowanie do zamówień publicznych, które jakkolwiek są wyłączone z zakresu zastosowania dyrektyw w sprawie zamówień publicznych, to posiadają niewątpliwe transgraniczne znaczenie [zob. podobnie, odnośnie do dyrektywy Rady 93/36/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy (Dz.U. L 199, s. 1) oraz zamówienia o wartości poniżej progu określonego w tej dyrektywie, wyrok Trybunału z dnia 14 czerwca 2007 r. w sprawie C-6/05 Medipac-Kazantzidis, Zb.Orz. s. I-4557, pkt 33; odnośnie do dyrektywy Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnoszącej się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi (Dz.U. L 209, s. 1) oraz zamówienia II B, ww. w pkt 57 wyrok w sprawie Komisja przeciwko Irlandii, pkt 30, 31 i 32; a odnośnie do dyrektyw i dyrektywy Rady 93/37/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. dotyczącej koordynacji proc 92/50, 93/36 (Dz.U. L 199, s. 54) oraz dyrektywy Rady 93/38/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (Dz.U. L 199, s. 84), wyrok Trybunału z dnia 21 lutego 2008 r. w sprawie edur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane C-412/04 Komisja przeciwko Włochom, Zb.Orz. s. I-619, pkt 66, 81 i 82]. Z drugiej strony, zdaniem Trybunału, ogłoszenie ex post nie może zapewnić odpowiedniego ogłoszenia w rozumieniu ww. w pkt 36 orzecznictwa Telaustria i Coname, co oznacza, że obowiązek przejrzystości wynikający z zasad traktatu WE wymaga uprzedniego ogłoszenia o zamówieniu, przed jego udzieleniem (ww. w pkt 57 wyrok w sprawie Komisja przeciwko Irlandii, pkt 30, 32).

81 Konstatacji, iż obowiązek uprzedniego ogłoszenia, o którym mowa w pkt 2.1.1 komunikatu, nie wykracza poza wykładnię podstawowych zasad traktatu WE wypracowaną

przez Trybunał, nie mogą podważyć rozmaite argumenty Republiki Federalnej Niemiec i interwenientów.

82 Po pierwsze, Republika Federalna Niemiec podnosi w istocie, że ww. w pkt 36 wyroki w sprawach Telaustria, Coname i Parking Brixen dotyczą zamówień w zakresie koncesji na usługi, które, jakkolwiek nie są objęte zakresem zastosowania dyrektyw w sprawie zamówień publicznych, ze względu na swą wartość są porównywalne z zamówieniami publicznymi podlegającymi wspomnianym dyrektywom, i że w związku z tym orzecznictwo oparte na tych wyrokach nie znajduje zastosowania do zamówień publicznych, których dotyczy komunikat.

83 W tym względzie należy zauważyć, że z orzecznictwa, na którym opiera się Republika Federalna Niemiec na poparcie swojej argumentacji, wynika, że Trybunał orzekł już, w odniesieniu do umów koncesyjnych, że nawet jeśli udzielenie takiej koncesji nie podlega żadnej z dyrektyw w sprawie zamówień publicznych, w stosunku do umowy tego rodzaju wciąż obowiązują ogólne zasady traktatu WE (zob. podobnie ww. w pkt 36 wyrok w sprawie Coname, pkt 16, potwierdzony w ww. w pkt 38 wyroku w sprawie Komisja przeciwko Francji, pkt 33). Należy również stwierdzić, że zgodnie z przywołanym orzecznictwem obowiązek przejrzystości wypływa bezpośrednio z ogólnych zasad traktatu, a w szczególności z zasad równego traktowania i niedyskryminacji (ww. w pkt 36 wyroki w sprawach Telaustria, pkt 61 i Parking Brixen, pkt 49) i że rzeczony obowiązek przejrzystości sam w sobie oznacza obowiązek uprzedniego ogłoszenia (zob. podobnie ww. w pkt 36 wyrok w sprawie Coname, pkt 21). Natomiast okoliczność, iż zamówienia, o których była mowa w omawianych wyrokach, były z punktu widzenia swej wielkości porównywalne do zamówień publicznych, do których zastosowanie mają dyrektywy w sprawie zamówień publicznych, w ogóle nie została podniesiona w tych wyrokach na uzasadnienie obowiązku odpowiedniego ogłoszenia, a w szczególności ogłoszenia uprzedniego. Z powyższego wynika, wbrew temu, co utrzymuje Republika Federalna Niemiec, że niniejsze orzecznictwo może zostać przeniesione na grunt zamówień publicznych, których dotyczy komunikat, do których również stosuje się, jak już zostało podniesione, zasada równego traktowania i wypływający z niej obowiązek przejrzystości.

84 Uzupełniająco należy zwrócić uwagę, iż powyższe znajduje zresztą potwierdzenie w orzecznictwie Trybunału, które pojawiło się po opublikowaniu komunikatu. W pkt 33 ww. w pkt 80 wyroku w sprawie Medipac-Kazantzidis Trybunał nawiązał bowiem, w odniesieniu do zamówienia na roboty budowlane, do utrwalonego orzecznictwa, zgodnie z którym nawet jeśli wartość zamówienia będącego przedmiotem przetargu jest niższa niż próg uzasadniający zastosowanie dyrektyw, w których ustawodawca wspólnotowy uregulował kwestie udzielania zamówień publicznych, i jeśli dane zamówienie nie jest objęte zakresem zastosowania tych dyrektyw, instytucje zamawiające, udzielając zamówienia, są jednak zobowiązane do przestrzegania ogólnych zasad prawa wspólnotowego, takich jak zasada równego traktowania i wynikający z niej obowiązek zachowania przejrzystości oraz przywołał w tym miejscu, jako utrwalone orzecznictwo, ww. w pkt 36 wyroki w sprawach Telaustria, Coname i Parking Brixen. W taki oto sposób Trybunał rozciągnął rozwiązania wypracowane w odniesieniu do sposobów zawierania umów koncesyjnych na usługi publiczne na reguły udzielania zamówień o wartości ekonomicznej nieprzekraczającej progów zastosowania dyrektyw (ww. w pkt 80 wyrok w sprawie Medipac-Kazantzidis, pkt 33).

85 Po drugie, jeśli chodzi o argument Republiki Federalnej Niemiec streszczony w pkt 38, iż ww. w pkt 38 postanowienie w sprawie Vestergaard oraz wyrok w sprawie Komisja przeciwko Francji dotyczą jedynie zasady niedyskryminacji i nie mogą w związku z tym uzasadnić obowiązku uprzedniego ogłoszenia, wystarczy zauważyć, że obowiązek przejrzystości, w szczególności pod postacią odpowiedniego ogłoszenia, wynika właśnie, zgodnie z orzecznictwem przytoczonym w pkt 76, z zasad równego traktowania i niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową. Zważywszy iż z orzeczeń tych wynika, że podstawowe zasady traktatu WE mają zastosowanie do wszystkich zamówień publicznych, nawet jeśli nie dotyczą ich dyrektywy w sprawie zamówień publicznych (ww. w pkt 38 postanowienie w sprawie Vestergaard, pkt 19 i wyrok w sprawie Komisja przeciwko Francji, pkt 32, 33), Komisja słusznie powołała się w komunikacie na powyższe postanowienie i wyrok.

86 Po trzecie, argumentacja, zgodnie z którą prawodawca wspólnotowy, ustanawiając progi zastosowania dyrektyw w sprawie zamówień publicznych, wyraźnie wskazał, że

poniżej tych wartości zasadniczo należałoby przyjąć, iż skutki dla rynku wewnętrznego są raczej „przypadkowe lub pośrednie" i stwierdzić brak ich znaczenia dla zagranicznych oferentów, też nie może zostać uwzględniona.

87 W tym względzie należy wyjaśnić, że jedynie na podstawie faktu, iż dane zamówienie publiczne ma wartość poniżej progów zastosowania dyrektyw w sprawie zamówień publicznych, nie można domniemywać, że skutki tego zamówienia dla rynku wewnętrznego są niemal bez znaczenia. Tezie tej przeczy orzecznictwo przytoczone w pkt 73, 74, zgodnie z którym tego rodzaju zamówienia nie są wyłączone z zakresu zastosowania prawa wspólnotowego. Tymczasem jeśliby można było z góry wykluczyć jakikolwiek wpływ tych zamówień na rynek wewnętrzny, prawo wspólnotowe nie znajdowałoby zastosowania.

88 Wprawdzie, jak uznał Trybunał, można sobie doskonale wyobrazić, że z powodu szczególnych okoliczności, na przykład niewielkiego znaczenia gospodarczego, można by racjonalnie utrzymywać, że przedsiębiorstwo znajdujące się w innym państwie członkowskim niż to, do którego należy instytucja zamawiająca, nie byłoby zainteresowane danym zamówieniem, a zatem, że skutki dla swobód podstawowych należałoby uznać za zbyt przypadkowe i pośrednie, ażeby pozwalały na stwierdzenie ewentualnego ograniczenia tych swobód (zob. podobnie ww. w pkt 36 wyrok w sprawie Coname, pkt 20 i przytoczone tam orzecznictwo), lecz wniosek o braku naruszenia swobód podstawowych można wysnuć jedynie na podstawie oceny konkretnych okoliczności danego przypadku, a nie na podstawie samego tylko faktu, że wartość spornego zamówienia nie przekracza określonego progu.

89 Stąd też właśnie pkt 1.3 komunikatu stanowi, co następuje:

„[p]oszczególne podmioty zamawiające są odpowiedzialne za wskazanie, czy zamówienie, które ma być udzielone, może budzić zainteresowanie podmiotów

gospodarczych z innych państw członkowskich. Według Komisji, taka decyzja musi zostać oparta na ocenie konkretnych okoliczności odnoszących się do danego przypadku, takich jak przedmiot zamówienia, jego szacowana wartość, specyfika danego sektora (rozmiar i struktura rynku, praktyki handlowe, itd.) oraz geograficzna lokalizacja miejsca wykonania zamówienia. Jeżeli podmiot zamawiający uzna, że dane zamówienie jest istotne dla rynku wewnętrznego, jego udzielenie musi być zgodne z podstawowymi normami zaczerpniętymi z prawa wspólnotowego".

90 Po czwarte, Republika Federalna Niemiec utrzymuje jednak, że wymagając od instytucji zamawiających, by w każdym przypadku oceniały istotne znaczenie danego zamówienia dla rynku wewnętrznego w celu ustalenia, w szczególności, czy ma zastosowanie obowiązek uprzedniego ogłoszenia, o którym mowa w pkt 2.1.1 komunikatu, tenże komunikat stworzył nowy obowiązek i tym samym wywołuje wiążące skutki prawne.

91 Tymczasem orzecznictwo Trybunału przewiduje już, w odniesieniu do zamówienia publicznego nieobjętego zakresem dyrektyw w sprawie zamówień publicznych, leżący po stronie instytucji zamawiającej obowiązek oceny, pod kontrolą właściwych sądów, szczególnych cech danego zamówienia z punktu widzenia odpowiedniego charakteru postępowania przetargowego (zob. podobnie ww. w pkt 36 wyrok w sprawie Parking Brixen, pkt 49, 50). Nie można więc twierdzić, że pkt 1.3 w związku z pkt 2.1.1 komunikatu, stwarzają nowy obowiązek ciążący na państwach członkowskich.

92 Republika Federalna Niemiec i Republika Austrii dodały w tej kwestii podczas rozprawy, iż ocena o konkretnym charakterze, o której mowa w pkt 1.3 komunikatu, jest niezgodna z ww. w pkt 42 wyrokiem w sprawach połączonych SECAP, pkt 30–32, w którym brano pod uwagę abstrakcyjną i ogólną definicję istotnego znaczenia zamówienia publicznego dla rynku wewnętrznego.

93 W tym względzie należy stwierdzić, że pkt 30 ww. w pkt 42 wyroku w sprawach połączonych SECAP potwierdza wniosek przedstawiony w pkt 91 powyżej, iż przed ustaleniem treści ogłoszenia o zamówieniu ocena ewentualnego transgranicznego znaczenia zamówienia, którego szacowana wartość jest niższa niż próg przewidziany w przepisach wspólnotowych, należy co do zasady do danej instytucji zamawiającej, przy czym oczywiście ocena ta może zostać poddana kontroli sądowej.

94 Ponadto należy zauważyć, że nie ma sprzeczności między komunikatem, a w szczególności pkt 1.3 komunikatu, a ww. w pkt 42 wyrokiem w sprawach połączonych SECAP. Komunikat nie wyklucza bowiem takiej możliwości, że uregulowania na szczeblu krajowym lub lokalnym określą obiektywne kryteria wskazujące na istnienie niewątpliwego znaczenia transgranicznego, co przewiduje pkt 31 ww. w pkt 42 wyroku w sprawach połączonych SECAP. Instytucje zamawiające, które będą stosować tego rodzaju przepisy krajowe, muszą jednakże przestrzegać podstawowych zasad traktatu WE, a także, w szczególności, zasady niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową (ww. w pkt 42 wyrok w sprawach połączonych SECAP, pkt 29).

95 Jeśli chodzi o pkt 32 ww. w pkt 42 wyroku w sprawach połączonych SECAP należy stwierdzić, że on również nie jest sprzeczny z pkt 1.3 i 2.1.2 komunikatu. Punkty te dotyczą bowiem automatycznego wyłączenia niektórych ofert ze względu na ich nienormalnie niski charakter, nawet gdy istnieje niewątpliwe transgraniczne znaczenie, i przez to mają zastosowanie w innej fazie postępowania przetargowego niż faza związana z ustaleniem, czy zamówienie publiczne potencjalnie ma znaczenie dla podmiotów gospodarczych znajdujących się w innych państwach członkowskich, o którym mowa w pkt 1.3 komunikatu, lub z wyborem najwłaściwszego środka dla zapewnienia ogłoszenia, o którym mowa w pkt 2.1.2 komunikatu. W każdym razie należy podkreślić, że przytoczone punkty komunikatu nie wykluczają tego, by zostały wzięte pod uwagę administracyjne możliwości instytucji zamawiającej, a zatem nie mogą one tworzyć nowego obowiązku względem państw członkowskich lub ich instytucji zamawiających.

96 Po piąte, wbrew temu, co podnosi Republika Federalna Niemiec (zob. pkt 46 powyżej), pkt 2.1.2 komunikatu, który brzmi: „[d]ecyzja o wyborze najwłaściwszych środków

upubliczniania informacji o zamówieniach [ogłaszania zamówień] należy do podmiotów zamawiających", nie jest nie do pogodzenia z ustanowieniem w krajowych przepisach ogólnych kryteriów, które powinny decydować o tym wyborze, z zastrzeżeniem, że stosowanie tych kryteriów nie może zagrozić przestrzeganiu podstawowych zasad traktatu WE, a wśród nich w szczególności zasady niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową. Jak bowiem stwierdzono już w pkt 91 powyżej, zadaniem organu władzy publicznej udzielającego zamówienia jest przeprowadzenie, pod kontrolą właściwego sądu, oceny odpowiedniego charakteru postępowania przetargowego pod kątem szczególnych cech danego zamówienia. Zgodnie z orzecznictwem Trybunału komunikat powierza więc instytucjom zamawiającym zadanie ustalenia skali i formy odpowiedniego ogłoszenia (zob. podobnie ww. w pkt 36 wyrok w sprawie Parking Brixen, pkt 49, 50). Komunikat słusznie zatem wskazuje, w pkt 2.1.2, że „[d]ecyzja o wyborze najwłaściwszych środków upubliczniania informacji o zamówieniach [ogłaszania zamówień] należy do podmiotów zamawiających". Dlatego też komunikat nie stwarza nowego obowiązku prawnego po stronie instytucji zamawiających.

97 Ponadto, odpowiadając na argumenty Republiki Austrii dotyczące porównania progów zastosowania dyrektyw w sprawie zamówień publicznych z zasadą de minimis stosowaną do pomocy państwa, wystarczy zauważyć, że ze wspomnianych dyrektyw nie wynika w żaden sposób, by omawiane progi ustalone zostały na podstawie analogicznych względów, jak względy uzasadniające zasadę de minimis w dziedzinie pomocy państwa.

98 Po szóste, jeśli chodzi o argumentację Republiki Francuskiej, zgodnie z którą komunikat wprowadza w pkt 2.1.2 obowiązek publikacji, polegający na posługiwaniu się nośnikiem pisemnym w celu zapewnienia ogłoszenia omawianych zamówień, należy zauważyć, że argumentacja ta wychodzi z błędnego założenia. Nigdzie bowiem w komunikacie nie ma mowy o obowiązku odpowiedniego ogłoszenia polegającego na posługiwaniu się pisemnym nośnikiem w celu zapewnienia ogłoszenia zamówień publicznych, których on dotyczy. Z jednej strony, pkt 2.1.3 akapit pierwszy komunikatu przywołuje orzecznictwo, zgodnie z którym obowiązek przejrzystości nie musi

oznaczać obowiązku przeprowadzenia formalnego przetargu (ww. w pkt 36 wyrok w sprawie Coname, pkt 21). Z drugiej strony, pkt 2.1.2 akapit trzeci stwierdza, że:

„Odpowiednie i powszechnie stosowane środki publikacji [ogłaszania] obejmują:

— Internet, […]"

Jak zresztą przyznaje Republika Federalna Niemiec i interwenienci, chodzi tu o wyliczenie przykładowe, które w żaden sposób nie wyklucza innych odpowiednich form ogłoszenia.

99 Po siódme, odnośnie do argumentacji Republiki Federalnej Niemiec oraz Republiki Francuskiej, iż wyłączenie praktyki polegającej na kontaktowaniu się z potencjalnymi oferentami, nawet gdy instytucja zamawiająca zwraca się do przedsiębiorstw w innych państwach członkowskich i dokłada starań, by nawiązać kontakt ze wszystkimi potencjalnymi dostawcami, przez obowiązek przejrzystości wprowadzony komunikatem (pkt 2.1.1 akapit trzeci komunikatu) jest elementem ustanawiającym szczególne obowiązki w stosunku do zasad traktatu WE, należy podkreślić, że argumentacja ta dotyczy części komunikatu, która nie była wcale kwestionowana w skardze ani w piśmie interwencyjnym. W tym względzie należy zauważyć, że jakkolwiek art. 48 § 2 regulaminu postępowania przed Sądem dopuszcza w pewnych okolicznościach podniesienie nowych zarzutów w toku postępowania, to przepisu tego w żadnym wypadku nie można rozumieć w ten sposób, że pozwala on stronie skarżącej na wniesienie do Sądu nowych żądań i w ten sposób na zmianę przedmiotu sporu (zob. wyrok Sądu z dnia 12 lipca 2001 r. w sprawie T-3/99 Banatrading przeciwko Radzie, Rec. s. II-2123, pkt 28 i przytoczone tam orzecznictwo). Wynika z tego, że rozpatrywana argumentacja jest niedopuszczalna, gdyż zmierza do rozszerzenia przedmiotu sporu poprzez włączenie części komunikatu, której nie dotyczyła skarga wszczynająca postępowanie.

100 W każdym razie należy stwierdzić, że komunikat nie wyklucza opisanej praktyki w sposób bezwzględny i ostateczny. Jak stanowią pkt 2.2.2 i 2.1.3 komunikatu, instytucje zamawiające mają możliwość ograniczenia liczby kandydatów zaproszonych do składania ofert do odpowiedniego poziomu. Komunikat wymaga jednak w tym względzie, by przestrzegano zasady niedyskryminacji i obowiązku przejrzystości (pkt 2.2.2 komunikatu) w celu zapewnienia wystarczającej konkurencji. Ponadto, aby można było sprawować kontrolę bezstronności postępowań w sprawie udzielenia zamówienia, Sąd uważa, że z obowiązku przejrzystości wynika, iż aktywne rozpowszechnianie informacji przez instytucje zamawiające jest niezbędne, podobnie jak do instytucji zamawiających należy ustalenie z góry odpowiedniego charakteru postępowania przetargowego (ww. w pkt 36 wyrok w sprawie Parking Brixen, pkt 50). Dlatego też treść pkt 2.1.1 akapit trzeci komunikatu, w formie, w jakiej kwestionują go Republika Federalna Niemiec i Republika Francuska, nie stwarza szczególnych obowiązków.

2. *W przedmiocie drugiego zarzutu, dotyczącego specyfikacji obowiązków dotyczących ogłaszania (pkt 2.2 komunikatu)*

a) Argumenty stron

Republika Federalna Niemiec

101 Republika Federalna Niemiec podnosi, że obowiązki płynące z pkt 2.2 komunikatu wykraczają znacznie poza to, co wynika z wykładni podstawowych zasad traktatu WE dokonywanej przez Trybunał. Zdaniem Republiki Federalnej Niemiec,

Komisja najpierw uznała w pkt 2.2 komunikatu, że zamówień należy udzielać zgodnie z podstawowymi zasadami traktatu WE, aby zapewnić uczciwe warunki konkurencji wszystkim zainteresowanym oferentom, a następnie wyprowadziła z tego ogólnego obowiązku szereg konkretnych obowiązków dotyczących ogłaszania zamiaru udzielenia zamówienia.

102 Republika Federalna Niemiec utrzymuje w szczególności, że zgodnie z pkt 2.2 komunikatu państwa członkowskie powinny tak opisać przedmiot zamówienia, aby wszyscy potencjalni oferenci mogli go rozumieć w ten sam sposób, gwarantując przy tym równy dostęp podmiotów gospodarczych z wszystkich państw członkowskich. Ponadto, jeżeli wymagane jest, by oferenci złożyli dokumenty na piśmie, instytucje zamawiające powinny akceptować również dokumenty wystawione w innych państwach członkowskich. Wyznaczone terminy powinny umożliwiać oferentom z innych państw członkowskich ich dotrzymanie. I wreszcie, postępowanie powinno być przejrzyste dla wszystkich jego uczestników. Powyższy katalog zasad uzupełniony został przepisami proceduralnymi, skierowanymi do państw członkowskich zamierzających ustalić ograniczoną liczbę kandydatów zaproszonych do składania ofert w danym przetargu (pkt 2.2.2 komunikatu), a także regułami mającymi zastosowanie do decyzji w sprawie udzielenia zamówienia (pkt 2.2.3 komunikatu).

103 O ile obowiązek niedyskryminacyjnego opisu przedmiotu zamówienia opisany w tiret pierwszym katalogu zawartego w pkt 2.2.1 komunikatu mógłby ewentualnie wynikać z orzecznictwa Trybunału przedstawionego w ww. w pkt 38 postanowieniu w sprawie Vestergaard, pkt 24, pozostałe obowiązki określone w pkt 2.2.1 komunikatu zawierają konkretne instrukcje, które nie są zaczerpnięte z obowiązującego prawa wspólnotowego. Komisja potwierdziła powyższe, stwierdzając, że przytoczone wyżej reguły mogą w praktyce zagwarantować poszanowanie podstawowych zasad traktatu WE (pkt 1.2 komunikatu). Nie chodzi więc tu o opis orzecznictwa Trybunału, lecz raczej o nowe reguły udzielania zamówień. Republika Federalna Niemiec kwestionuje

tym samym w istocie poszczególne środki, o których mowa w pkt 2.2.1 komunikatu, wprowadzające, jej zdaniem, nowe obowiązki.

Interwenienci

104 W odniesieniu do specyfikacji obowiązków dotyczących ogłaszania, zawartej w pkt 2.2 komunikatu, Republika Austrii podnosi, że niektóre poruszone tam aspekty, takie jak wymóg wystarczająco długich terminów oraz liczby kandydatów wyłonionych w przetargu ograniczonym, w przypadku zamówień niepodlegających lub podlegających częściowo dyrektywom w sprawie zamówień publicznych, zmierzają również do wywołania nowych wiążących skutków prawnych. Tymczasem takich obowiązków nie da się wyprowadzić z orzecznictwa Trybunału.

105 Parlament przyłącza się do wniosków Republiki Federalnej Niemiec dotyczących pkt 2.2 komunikatu, lecz zwraca również uwagę na szereg dodatkowych aspektów, wzmacniając przez to argumentację Republiki Federalnej Niemiec. Zdaniem Parlamentu, Komisja ustanawia w przytoczonym punkcie szczegółowe reguły w przedmiocie treści i detali przetargów, ewentualnej procedury wstępnego wyboru oferentów oraz ochrony sądowej.

106 Rzeczpospolita Polska podnosi, że wskazując sposoby ogłaszania oraz zawartość ogłoszeń, a także ustanawiając reguły dotyczące terminów w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, Komisja na poparcie swojego stanowiska nie podaje żadnych orzeczeń Trybunału. Tymczasem w opinii Komisji komunikat ma na celu wyjaśnienie orzecznictwa Trybunału w tym względzie. To tłumaczy, dlaczego deklaracja Komisji, jakoby komunikat podsumowywał orzecznictwo, nie znajduje oparcia w jego treści.

Komisja

107 Komisja odrzuca argumentację Republiki Federalnej Niemiec i interwenientów wysuwaną przeciw kryteriom określonym w pkt 2.2.1 komunikatu. Według niej, zasady równego dostępu dla podmiotów gospodarczych ze wszystkich państw członkowskich oraz wzajemnego uznawania dyplomów, świadectw i innych dokumentów potwierdzających kwalifikacje, a także wymóg odpowiednich terminów oraz przejrzystego i obiektywnego podejścia są zasadami wynikającymi z traktatu WE. W żadnym razie nie chodzi o nowe reguły udzielania zamówień, lecz o przeniesienie ogólnych zasad prawa wspólnotowego na dziedzinę zamówień publicznych.

b) Ocena Sądu

108 Przedmiotem pkt 2.2 komunikatu jest „udzielenie zamówienia".

109 W tym względzie pkt 2.2.1 komunikatu stanowi:

„Zasady

[Trybunał] stwierdził w wyroku w sprawie Telaustria, że obowiązek przejrzystości polega na zagwarantowaniu wszystkim potencjalnym oferentom odpowiedniego

poziomu upublicznienia informacji [ogłoszenia] umożliwiającego rynkowi otwarcie na konkurencję oraz kontrolę bezstronności procedur przetargowych. Zagwarantowanie uczciwych i bezstronnych procedur jest koniecznym następstwem obowiązku zapewnienia przejrzystości upublicznienia informacji [ogłoszenia].

Wynika z tego, że zamówienie musi być udzielone zgodnie z postanowieniami i zasadami zawartymi w traktacie WE, tak aby zapewnić uczciwe warunki konkurencji wszystkim podmiotom gospodarczym, wyrażającym zainteresowanie zamówieniem. W praktyce, najpełniejsze osiągnięcie takich rezultatów zapewniają:

— Niedyskryminacyjny opis przedmiotu zamówienia

Opis cech charakterystycznych produktu lub usługi nie powinien odnosić się do określonego wyrobu lub źródła, szczególnych sposobów postępowania lub znaków towarowych, patentów, rodzajów lub specyficznego pochodzenia, chyba że takie odniesienie jest uzasadnione przedmiotem zamówienia i towarzyszą mu słowa »lub równoważne«. W każdym przypadku zaleca się wykorzystanie ogólnego opisu dotyczącego wykonania lub zastosowania.

— Równy dostęp dla podmiotów gospodarczych ze wszystkich państw członkowskich

Podmioty zamawiające nie powinny nakładać wymogów powodujących bezpośrednią lub pośrednią dyskryminację względem potencjalnych oferentów w innych państwach członkowskich, takich jak wymóg, aby przedsiębiorstwa

zainteresowane zamówieniem musiały posiadać siedzibę w tym samym państwie członkowskim lub regionie co podmiot zamawiający.

— Wzajemne uznawanie dyplomów, świadectw i innych dokumentów potwierdzających posiadanie kwalifikacji

Jeżeli wymaga się od wnioskodawców lub oferentów przedłożenia świadectw, dyplomów lub innych form pisemnych dowodów, dokumenty z innych państw członkowskich dające równoważną gwarancję muszą być akceptowane zgodnie z zasadą wzajemnego uznawania dyplomów, świadectw i innych dokumentów potwierdzających posiadanie kwalifikacji.

— Odpowiednie terminy

Terminy dotyczące wyrażenia zainteresowania i złożenia ofert powinny umożliwić przedsiębiorstwom z innych państw członkowskich dokonanie wnikliwej oceny oraz przygotowanie oferty.

— Przejrzyste i obiektywne podejście

Wszyscy uczestnicy muszą być w stanie zapoznać się z obowiązującymi przepisami z wyprzedzeniem oraz muszą być pewni, że przepisy te stosują się w ten sam sposób do wszystkich".

Uwagi wstępne

110 Na wstępie należy zauważyć, że argumentacja Republiki Federalnej Niemiec oparta jest na założeniu, że zamówienia, których dotyczy komunikat, nie podlegają żadnym wynikającym z prawa wspólnotowego ogólnym obowiązkom przejrzystości. Należy jednak stwierdzić, że, jak podniesiono już powyżej (zob. pkt 68–100), jest to założenie błędne.

111 Sąd pragnie następnie zauważyć, że pkt 2.2.1 komunikatu ma na celu zapewnienie, po pierwsze, spełnienia obowiązku odpowiedniego ogłoszenia, o którym mowa w pkt 2.1 komunikatu, a po drugie, udzielania zamówień z poszanowaniem postanowień i zasad traktatu WE. W tym celu komunikat przyjmuje za podstawę orzecznictwo Trybunału, zgodnie z którym postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia publicznego powinno być prowadzone z poszanowaniem, na każdym z jego etapów, a w szczególności na etapie wyboru kandydatów w ramach procedury ograniczonej, zarówno zasady równego traktowania potencjalnych oferentów, jak i obowiązku przejrzystości, po to, by wszyscy mieli równe szanse przy sporządzaniu wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofert (zob. podobnie w odniesieniu do etapu porównania ofert, wyroki Trybunału: z dnia 25 kwietnia 1996 w sprawie C-87/94 Komisja przeciwko Belgii, Rec. s. I-2043, pkt 54 i z dnia 12 grudnia 2002 r. w sprawie C-470/99 Universale-Bau i in., Rec. s. I-11617, pkt 93).

112 Ponadto należy zauważyć, że zgodnie z orzecznictwem Trybunału zasada równego traktowania, której szczególnym wyrazem są art. 43 WE, 49 WE, zakazuje nie tylko otwartej dyskryminacji ze względu na przynależność państwową, lecz także wszelkich ukrytych form dyskryminacji, które, poprzez stosowanie innych kryteriów odróżniających, prowadzą do tego samego rezultatu (wyroki Trybunału: z dnia 29 października 1980 r. w sprawie 22/80 Boussac Saint-Frères, Rec. s. 3427, pkt 7 i z dnia 5 grudnia 1989 r. w sprawie C-3/88 Komisja przeciwko Włochom, Rec. s. 4035, pkt 8), tak aby zamówienia publiczne w różnych państwach członkowskich były dostępne dla wszystkich przedsiębiorców we Wspólnocie. Wreszcie, Trybunał przyjął zasadę równego traktowania oferentów (wyrok Trybunału z dnia 22 czerwca 1993 r.

w sprawie C-243/89 Komisja przeciwko Danii, Rec. s. I-3353, pkt 23 i ww. w pkt 111 wyrok w sprawie Komisja przeciwko Belgii, pkt 51). Należy więc zbadać poszczególne środki, o których mowa w pkt 2.2.1 komunikatu, w świetle powyższych rozważań.

W przedmiocie pkt 2.2.1 komunikatu

— W przedmiocie pkt 2.2.1 tiret pierwsze komunikatu

113 W pkt 2.2.1 tiret pierwsze komunikatu mowa jest o niedyskryminacyjnym opisie przedmiotu zamówienia. Należy stwierdzić, jak przyznaje sama Republika Federalna Niemiec, że wymóg ten wynika już z ww. w pkt 38 postanowienia w sprawie Vestergaard. W stosunku do udzielania zamówień cel ten płynie bowiem z zasady równego traktowania, której szczególnym wyrazem są swobody podstawowe. Stąd też Trybunał w swoim orzecznictwie stwierdził, że zgodność z prawem zamieszczonej w specyfikacji warunków zamówienia klauzuli dotyczącej zamówienia o wartości poniżej określonego w dyrektywie 93/37 progu, które nie podlega więc zakresowi zastosowania tejże dyrektywy, należy oceniać w świetle podstawowych zasad traktatu WE, w których skład wchodzi swobodny przepływ towarów, ujęty w art. 28 WE (ww. w pkt 38 postanowienie w sprawie Vestergaard, pkt 21).

114 W odniesieniu do wyjaśnienia udzielonego w pkt 2.2.1 tiret pierwsze komunikatu, Sąd pragnie zauważyć, że, zgodnie z orzecznictwem, w dziedzinie zamówień publicznych na dostawy fakt niezamieszczenia wyrażenia „lub równoważny" po wskazaniu

w specyfikacji warunków zamówienia określonego produktu może nie tylko zniechęcić podmioty gospodarcze stosujące analogiczne do tego produktu systemy do złożenia oferty w przetargu, lecz również stanowić przeszkodę w przepływie przywozowym w ramach wewnątrzwspólnotowej wymiany handlowej, w sposób niezgodny z art. 28 WE, poprzez zastrzeżenie zamówienia wyłącznie dla oferentów zamierzających zastosować konkretnie wskazany produkt (wyroki Trybunału: z dnia 22 września 1988 r. w sprawie 45/87 Komisja przeciwko Irlandii, Rec. s. 4929, pkt 22; z dnia 24 stycznia 1995 r. w sprawie C-359/93 Komisja przeciwko Niderlandom, Rec. s. I-157, pkt 27; ww. w pkt 38 postanowienie w sprawie Vestergaard, pkt 24).

115 W związku z tym treść pkt 2.2.1 tiret pierwsze komunikatu zgadza się z wykładnią Trybunału w zakresie podstawowych zasad traktatu WE.

— W przedmiocie pkt 2.2.1 tiret drugie komunikatu

116 Jeśli chodzi o pkt 2.2.1 tiret drugie komunikatu, czyli o równy dostęp dla podmiotów gospodarczych ze wszystkich państw członkowskich, Sąd uważa, że wskazany cel, zmierzający do zapewnienia podmiotom gospodarczym bez względu na ich pochodzenie równoprawnego dostępu do organizowanych przetargów, wynika z poszanowania zasad swobody przedsiębiorczości i świadczenia usług, a także wolnej konkurencji [zob. w tym względzie opinię rzecznika generalnego P. Légera w sprawie C-44/96 Mannesmann Anlagenbau Austria i in. (wyrok Trybunału z dnia 15 stycznia 1998 r.), Rec. s. I-73, I-77, pkt 47, powtórzoną w opinii rzecznika generalnego J. Mischo w sprawie C-237/99 Komisja przeciwko Francji (wyrok Trybunału z dnia 1 lutego 2001 r.), Rec. s. I-939, I-941, I-941, pkt 49], a w szczególności zasady równego traktowania (zob. pkt 112 powyżej) wyrażonej w zakazie dyskryminacji ze względu na przynależność państwową, zawartym w art. 12 WE.

117 Naturalnie zasada niedyskryminacji zabrania tego, by instytucja zamawiająca narzuciła warunek powodujący bezpośrednią lub pośrednią dyskryminację, jak stanowi pkt 2.2.1 tiret drugie komunikatu. Zgodnie z orzecznictwem Trybunału ogólne warunki specyfikacji przetargowej muszą uwzględniać wszystkie istotne przepisy prawa wspólnotowego, a w szczególności zakazy wynikające z ustanowionych w traktacie WE zasad w dziedzinie prawa przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług, a także zasadę niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową (zob. podobnie wyroki Trybunału: z dnia 9 lipca 1987 r. w sprawach połączonych od 27/86 do 29/86 CEI i Bellini, Rec. s. 3347, pkt 15 i z dnia 20 września 1988 r. w sprawie 31/87 Beentjes, Rec. s. 4635, pkt 29, 30).

118 W związku z tym, zasada równego traktowania oferentów obejmuje treść pkt 2.2.1 tiret pierwsze i drugie komunikatu.

— W przedmiocie pkt 2.2.1 tiret trzecie komunikatu

119 Punkt 2.2.1 tiret trzecie komunikatu wprowadza zasadę wzajemnego uznawania, pozwalającą zapewnić swobodny przepływ towarów i usług bez konieczności dokonywania harmonizacji ustawodawstw krajowych państw członkowskich (wyrok Trybunału z dnia 20 lutego 1979 r. w sprawie 120/78 Rewe-Zentral, Rec. s. 649). W tym względzie należy przypomnieć że organy władzy państwa członkowskiego są zobowiązane do wzięcia pod uwagę wszystkich dyplomów, świadectw i innych dokumentów potwierdzających posiadanie kwalifikacji, a także istotnego doświadczenia zainteresowanego, poprzez porównanie, z jednej strony, kompetencji, o których zaświadczają powyższe dokumenty potwierdzające posiadanie kwalifikacji i doświadczenia, a z drugiej strony, wiedzy i kwalifikacji wymaganych przez przepisy krajowe (zob. analogicznie w szczególności w odniesieniu do zawodów, wyroki Trybunału: z dnia 7 maja 1991 r. w sprawie C-340/89 Vlassopoulou, Rec. s. I-2357, pkt 16, 19 i 20; z dnia 9 lutego 1994 r. w sprawie C-319/92 Haim, Rec. s. I-425, pkt 27, 28; z dnia 14 września

2000 r. w sprawie C-238/98 Hocsman, Rec. s. I-6623, pkt 23; z dnia 22 stycznia 2002 r. w sprawie C-31/00 Dreessen, Rec. s. I-663, pkt 24).

120 Trybunał podkreślił, że powyższe wyroki są jedynie wyrazem, jaki w orzecznictwie znajduje zasada nierozerwalnie związana z podstawowymi swobodami traktatu WE i że owa zasada nie może tracić części swej wagi prawnej z racji przyjęcia dyrektyw dotyczących wzajemnego uznawania dyplomów (ww. w pkt 119 wyroki: w sprawie Hocsman, pkt 24, 31 i w sprawie Dreessen, pkt 25), oraz że z tego wynika, iż państwa członkowskie powinny przestrzegać swych obowiązków w zakresie wzajemnego uznawania, zgodnie z wypracowaną przez Trybunał wykładnią art. 43 WE i 47 WE (zob. analogicznie w szczególności w odniesieniu do dostępu do zawodów, ww. w pkt 119 wyrok w sprawie Dreessen, pkt 27 i przytoczone tam orzecznictwo). W tym względzie Trybunał orzekał już, że wzajemne uznawanie powinno pozwolić władzom krajowym na obiektywne upewnienie się, że zagraniczny dyplom potwierdza, iż jego właściciel ma wiedzę i kwalifikacje, jeśli nie identyczne, to przynajmniej równoważne z wiedzą i kwalifikacjami potwierdzonymi dyplomem krajowym (zob. podobnie wyrok Trybunału z dnia 15 października 1987 r. w sprawie 222/86 Heylens i in., Rec. s. 4097, pkt 13).

121 Z powyższego wynika, że cel zamierzony w pkt 2.2.1 tiret trzecie komunikatu nie stwarza nowych obowiązków po stronie państw członkowskich.

— W przedmiocie pkt 2.2.1 tiret czwarte komunikatu

122 Jeśli chodzi o wymóg odpowiednich terminów w celu umożliwienia przedsiębiorcom z innych państw członkowskich dokonania należytej oceny oraz przygotowania oferty, należy przypomnieć, że instytucje zamawiające powinny przestrzegać zasady swobody świadczenia usług i zasady niedyskryminacji, które mają na celu ochronę

interesów podmiotów gospodarczych mających siedzibę w danym państwie członkowskim, które zamierzają przedstawić ofertę w zakresie swych towarów lub usług instytucjom zamawiającym mającym siedzibę w innym państwie członkowskim (wyroki Trybunału: z dnia 3 października 2000 r. w sprawie C-380/98 University of Cambridge, Rec. s. I-8035, pkt 16; ww. w pkt 116 wyrok z dnia 1 lutego 2001 r. w sprawie Komisja przeciwko Francji, pkt 41; ww. w pkt 76 wyrok w sprawie HI, pkt 43; ww. w pkt 111 wyrok w sprawie Universale-Bau i in., pkt 51). Celem wspomnianych zasad jest uniknięcie ryzyka preferencyjnego traktowania krajowych oferentów lub kandydatów przy udzielaniu zamówień publicznych przez instytucje zamawiające (zob. podobnie ww. w pkt 111 wyrok w sprawie Universale-Bau i in., pkt 52 i przytoczone tam orzecznictwo).

123 W związku z tym, cel pkt 2.2.1 tiret czwarte komunikatu, zmierzający do zapobieżenia temu, by instytucja zamawiająca była w stanie, przy pomocy wyznaczanych oferentom terminów, wykluczyć udział podmiotu gospodarczego z siedzibą w innym państwie członkowskim, wypływa z zasad traktatu WE, co oznacza, że omawiana część komunikatu również nie wprowadza nowego obowiązku.

— W przedmiocie pkt 2.2.1 tiret piąte komunikatu

124 Jeśli chodzi o treść pkt 2.2.1 tiret piąte komunikatu, Sąd uważa, że jak już zwracał uwagę Trybunał, zapewnienie poszanowania zasad równego traktowania oferentów i przejrzystości zmierza właśnie do podania do wiadomości wszystkich potencjalnych oferentów, zanim sporządzą oni swoje oferty, kryteriów udzielenia zamówienia, którym oferty te muszą odpowiadać, a także stosunkowej wagi tych kryteriów [odnośnie do art. 27 ust. 2 dyrektywy Rady 90/531/EWG z dnia 17 września 1990 r. w sprawie procedur udzielania zamówień publicznych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (Dz.U. L 297, s. 1),

sformułowanego zasadniczo w sposób identyczny jak art. 30 ust. 2 dyrektywy 93/37, zob. ww. w pkt 111 wyroki: w sprawie Komisja przeciwko Belgii, pkt 88, 89; w sprawie Universale-Bau i in., pkt 99]. Tym samym pkt 2.2.1 tiret piąte komunikatu zmierza do zapewnienia, by wszyscy potencjalni oferenci mieli takie same szanse przy sporządzaniu swoich wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofert, zgodnie z orzecznictwem Trybunału.

125 W świetle powyższego, Sąd uważa, że środki prowadzące do osiągnięcia uczciwych warunków konkurencji, określone w poszczególnych tiretach pkt 2.2.1 komunikatu służą zarówno przestrzeganiu zasady równego traktowania potencjalnych oferentów, jak i obowiązku przejrzystości, a także poszanowaniu swobody świadczenia usług przy udzielaniu zamówień, zgodnie z orzecznictwem Trybunału (ww. w pkt 111 wyroki: w sprawie Komisja przeciwko Belgii, pkt 54 i w sprawie Universale-Bau i in., pkt 93) oraz że nie wprowadzają wobec tego nowych obowiązków.

W przedmiocie pkt 2.2.2 komunikatu

126 Punkt 2.2.2 komunikatu stanowi, co następuje:

„Ograniczenie liczby wnioskodawców [kandydatów] zaproszonych do składania ofert

Podmioty zamawiające mogą podjąć środki w celu ograniczenia liczby wnioskodawców [kandydatów] do właściwego poziomu, pod warunkiem, że dokonują tego w sposób przejrzysty i niedyskryminacyjny. Przykładowo mogą wykorzystać obiektywne czynniki, takie jak doświadczenie wnioskodawców [kandydatów] w danym sektorze,

rozmiar i infrastruktura przedsiębiorstwa, techniczne i zawodowe zdolności lub inne czynniki. Mogą nawet odwołać się do losowania jako jedynego mechanizmu selekcji lub w połączeniu z innymi kryteriami. W każdym przypadku liczba wnioskodawców [kandydatów], którzy zostali dopuszczeni do ostatniego etapu selekcji powinna uwzględniać potrzebę zapewnienia odpowiedniego poziomu konkurencji.

Podmioty zamawiające mogą również rozważać zastosowanie systemów kwalifikacyjnych, w przypadku których wykaz zakwalifikowanych podmiotów gospodarczych jest sporządzany w drodze wystarczająco upublicznionej, przejrzystej i otwartej procedury. Na późniejszym etapie, w celu udzielenia konkretnych zamówień objętych zakresem tego systemu, podmiot zamawiający może w sposób niedyskryminujący wybrać podmioty gospodarcze, które zostaną zaproszone do złożenia oferty, z wykazu zakwalifikowanych podmiotów gospodarczych (np.: poprzez wybór w kolejności z listy)".

127 Punkt 2.2.2 komunikatu dotyczy ograniczenia liczby kandydatów zaproszonych do składania ofert do odpowiedniego poziomu oraz podaje instytucjom zamawiającym przykładowe rozwiązania polegające na skorzystaniu z określonych sposobów i możliwości, pod warunkiem, że uczynią to w sposób przejrzysty i niedyskryminacyjny, w celu zapewnienia wystarczającej konkurencji. Omawiany punkt komunikatu wymaga w szczególności stosowania obiektywnych kryteriów i wystarczająco przejrzystego i otwartego postępowania, które zostało odpowiednio ogłoszone.

128 W tym względzie należy stwierdzić, że wskazane wymogi są całkowicie zgodne z zasadami traktatu WE oraz orzecznictwem Trybunału. Wynikają one w szczególności z orzecznictwa Trybunału, zgodnie z którym postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia publicznego musi być zgodne na wszystkich jego etapach, a w szczególności na etapie wyboru kandydatów w ramach postępowania ograniczonego, zarówno z zasadą równego traktowania potencjalnych oferentów, jak i z zasadą przejrzystości, aby wszyscy mieli takie same szanse przy sporządzaniu swoich wniosków

o dopuszczenie do udziału w przetargu lub ofert (zob. podobnie, odnośnie do etapu porównania ofert, ww. w pkt 111 wyroki: w sprawie Komisja przeciwko Belgii, pkt 54 i w sprawie Universale-Bau i in., pkt 93).

W przedmiocie pkt 2.2.3 komunikatu

129 Punkt 2.2.3 komunikatu brzmi następująco:

„Decyzja o udzieleniu zamówienia

Ważnym jest aby ostateczna decyzja o udzieleniu zamówienia była zgodna z zasadami proceduralnymi ustanowionymi na samym początku oraz aby w pełni przestrzegano zasad niedyskryminacji i równego traktowania. Ma to szczególne znaczenie w przypadku procedur, w których przewidziano negocjacje z oferentami dopuszczonymi do ostatniego etapu selekcji. Wymienione negocjacje powinny być zorganizowane w sposób dający wszystkim oferentom dostęp do tych samych informacji i wykluczający nieuzasadnione uprzywilejowanie konkretnego oferenta".

130 Punkt 2.2.3 komunikatu stanowi, że ostateczna decyzja o udzieleniu zamówienia musi zostać podjęta z poszanowaniem zasad niedyskryminacji i równego traktowania. Cel ten, podobnie jak i treść, nie wykraczają poza zasady, które leżą u podstaw omawianego punktu.

131 Z powyższego wynika, że katalog środków zamieszczony w pkt 2.2 komunikatu, dotyczącego udzielenia zamówienia, ma na celu zapewnienie, zgodnie z orzecznictwem Trybunału, poszanowania zasady równego traktowania potencjalnych oferentów, obowiązku przejrzystości oraz zasad swobody świadczenia usług (ww. w pkt 111 wyroki: w sprawie Komisja przeciwko Belgii, pkt 54 i w sprawie Universale-Bau i in., pkt 93) oraz wolnej konkurencji (ww. w pkt 116 wyrok z dnia 1 lutego 2001 r. w sprawie Komisja przeciwko Francji, pkt 49), a zatem nie stwarza nowych obowiązków, które mogą zostać zaskarżone w trybie skargi o stwierdzenie nieważności.

3. *W przedmiocie trzeciego zarzutu, dotyczącego wyjątków od uprzedniego ogłoszenia (pkt 2.1.4 komunikatu)*

a) Argumenty stron

132 Republika Federalna Niemiec utrzymuje, że Komisja ustanowiła w pkt 2.1.4 komunikatu nowe obowiązki prawne poprzez przeniesienie systemu wyjątków, określonego w dyrektywach w sprawie zamówień publicznych dla zamówień bez uprzedniej publikacji ogłoszenia, na zamówienia o wartości poniżej progów zastosowania, chociaż stosowanie wyjątków określonych w dyrektywie wymaga przekroczenia wspomnianych progów.

133 Ponadto Republika Federalna Niemiec kwestionuje argument Komisji, iż obejmując wyjątkami od obowiązku odpowiedniego ogłoszenia określonymi w dyrektywach w sprawie zamówień publicznych zamówienia publiczne nieobjęte zakresem

zastosowania tych dyrektyw, przeprowadziła ona jedynie dopuszczalną analogię, która uzasadnia taką wykładnię podstawowych zasad traktatu WE. Zdaniem Republiki Federalnej Niemiec, aby powyższa analogia była dopuszczalna, musiałaby istnieć bowiem luka w przepisach, a tak nie jest w niniejszym przypadku, ponieważ poprzez przyjęcie progów ustawodawca wyraźnie podjął decyzję, aby omawiane wymogi ogłaszania nie były stosowane do określonych zamówień.

134 Republika Federalna Niemiec wyjaśniła na rozprawie, że jej zdaniem wyjątki określone w pkt 2.1.4 komunikatu mają charakter wyłączny i że w związku z tym inne wyjątki nie są możliwe. Komunikat zawiera zatem jej zdaniem bardzo ścisłą koncepcję o wyłącznym charakterze, dotyczącą możliwych wyjątków, sprzeczną w tym punkcie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału w przedmiocie swobód podstawowych, jako możliwe uzasadnienie odmiennego traktowania obiektywnymi okolicznościami. W związku z pkt 2.1.1 komunikatu, ustanawia on tym samym bezwarunkowy obowiązek uprzedniego ogłoszenia i wyłącza jakiekolwiek inne formy zachowania przejrzystości.

135 Zdaniem Republiki Federalnej Niemiec, brzmienie pkt 2.1.4 komunikatu, w szczególności zaś jego pierwszego zdania, ustanawia jasny związek z wyjątkami wynikającymi z dyrektyw w sprawie zamówień publicznych, ograniczając w ten sposób odstępstwa od obowiązku uprzedniego ogłoszenia do tych właśnie wyjątków. Zatem inne odstępstwa wynikające z prawa pierwotnego zostały przez komunikat wykluczone. Taka koncepcja wyjątków o charakterze wyłącznym jest sprzeczna z ww. w pkt 42 wyrokiem w sprawach połączonych SECAP, który stanowi, że uwzględnione mogą zostać również inne wyjątki.

136 W stosunku do wyjątków od zasady uprzedniego ogłoszenia, określonych w pkt 2.1.4 komunikatu, Parlament podnosi, że Komisja rozciąga wyjątki przewidziane w dyrektywach w sprawie zamówień publicznych w odniesieniu do procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji ogłoszenia na zamówienia, których wartość jest niższa niż progi zastosowania tych dyrektyw. Na tym przykładzie szczególnie jasno widać, że Komisja ustanowiła w swoim komunikacie autonomiczne reguły udzielania zamówień, nie biorąc pod uwagę faktu, że przesłanki, których zaistnienie jest wymagane

zanim dokona się takiej analogii, tj. niezamierzona przez prawodawcę luka poza obszarem zastosowania dyrektyw w sprawie zamówień publicznych, nie zostały w niniejszym przypadku spełnione.

137 Komisja utrzymuje, że proponowana w komunikacie analogia, polegająca na rozciągnięciu wyjątków od obowiązku odpowiedniego ogłoszenia określonych w dyrektywach w sprawie zamówień publicznych na zamówienia nieobjęte tymi dyrektywami odzwierciedla jedynie wykładnię podstawowych zasad traktatu WE, którą Komisja proponuje, i nie ustala reguły prawnej. Ponadto Komisja jest zdania, że pkt 2.1.4 komunikatu nie ma charakteru ograniczającego, lecz przeciwnie, wskazuje jedynie najważniejsze wyjątki w niewyczerpujący sposób. Poprzez zajęcie stanowiska w przedmiocie szczególnej kwestii stosowania wyjątków od obowiązku uprzedniego ogłoszenia określonych w dyrektywach w sprawie zamówień publicznych do zamówień, których dotyczy komunikat, Komisja nie miała zamiaru dać do zrozumienia, że jakiekolwiek inne odstępstwo od obowiązku uprzedniego ogłoszenia, dające się pogodzić z przytoczonymi wyżej zasadami, nie jest dopuszczalne.

b) Ocena Sądu

138 Zgodnie z tytułem pkt 2.1.4 komunikatu ma zastosowanie do „[p]rocedur bez uprzedniej publikacji ogłoszenia". Stanowi on, co następuje:

„Dyrektywy w sprawie zamówień publicznych zawierają konkretne odstępstwa umożliwiające, pod pewnymi warunkami, zastosowanie procedur bez uprzedniej publikacji ogłoszenia. Najważniejsze przypadki dotyczą wystąpienia pilnej konieczności spowodowanej nieprzewidywalnymi wydarzeniami oraz zamówień, które z przyczyn technicznych bądź artystycznych lub związanych z ochroną praw wyłącznych mogą zostać wykonane jedynie przez określony podmiot gospodarczy.

Według Komisji, odpowiednie odstępstwa mogą mieć zastosowanie do udzielania zamówień nieobjętych tymi dyrektywami. Dlatego też podmioty zamawiające mogą udzielać takich zamówień bez uprzedniej publikacji ogłoszenia, pod warunkiem, że spełniają one warunki ustanowione we wskazanych dyrektywach w odniesieniu do jednego z odstępstw".

139 Sąd uważa, po pierwsze, że wbrew temu, co podnosi Republika Federalna Niemiec, pkt 2.1.4 komunikatu wcale nie wyklucza możliwości zaistnienia innych odstępstw od obowiązku uprzedniego ogłoszenia. Jak przypomina się bowiem zresztą w pkt 1.1 i 1.2 komunikatu, państwa członkowskie oraz ich instytucje zamawiające są zobowiązane do przestrzegania postanowień i zasad zawartych w traktacie WE. Zatem w zakresie, w jakim z powyższymi postanowieniami i zasadami wiążą się wyjątki od obowiązku uprzedniego ogłoszenia, państwa członkowskie lub ich instytucje zamawiające udzielające zamówienia, którego dotyczy komunikat, mają pełne prawo powoływać się na takie wyjątki.

140 W tym względzie, należy w szczególności zauważyć, że na zasady traktatu WE nie ma wpływu, jeżeli państwo członkowskie lub instytucja zamawiająca mogą powołać się na postanowienie traktatu WE, które w ogólny sposób wyłącza zastosowanie prawa pierwotnego, jak np. art. 86 ust. 2 WE lub art. 296 WE czy też 297 WE, lub jeżeli znajduje zastosowanie uzasadnienie przewidziane wyraźnie w traktacie (zob. np. względy porządku publicznego i zdrowia, wynikające z art. 46 WE i 55 WE, oraz wykonywania władzy publicznej, wnikające z art. 45 WE i 55 WE), lub jeżeli spełnione są przesłanki uzasadnienia uznanego w orzecznictwie (zob. w odniesieniu do nadrzędnego względu interesu ogólnego wyrok Trybunału z dnia 27 października 2005 r. w sprawie C-158/03 Komisja przeciwko Hiszpanii, niepublikowany w Zbiorze, pkt 35 i przytoczone tam orzecznictwo). W związku z tym, w tego rodzaju sytuacjach, obowiązek odpowiedniego ogłoszenia przewidziany w komunikacie, a wynikający z zasad traktatu, nie ma zastosowania do udzielenia zamówienia publicznego.

141 Ponadto, należy podkreślić, że pkt 2.1.4 komunikatu ma jedynie w zamierzeniu umożliwienie instytucjom zamawiającym powoływanie się na wyjątki od obowiązku odpowiedniego ogłoszenia, określone w dyrektywach w sprawie zamówień publicznych, z poszanowaniem przesłanek ich podniesienia, określonych w tychże dyrektywach, chociaż wspomniane dyrektywy nie mają zastosowania do zamówień,

których dotyczy komunikat. Jak zauważono w opinii rzecznika generalnego F.G. Jacobsa w sprawie C-525/03 Komisja przeciwko Włochom (wyrok Trybunału z dnia 27 października 2005 r.), Zb.Orz. s. I-9405, I-9407, pkt 46–49, jeżeli warunki odstępstwa zostaną spełnione i procedura negocjacyjna bez uprzedniej publikacji ogłoszenia jest w ten sposób uzasadniona, wówczas ogłoszenie może nie być wymagane. Zasady wynikające z traktatu WE nie mogą narzucać wymogu ogłoszenia w wypadkach, gdy dyrektywy wyraźnie dopuszczają odstępstwo, gdyż inaczej odstępstwo to byłoby bezprzedmiotowe (zob. również podobnie opinię rzecznika generalnego C. Stix Hackl w ww. w pkt 36 sprawie Coname, Rec. s. I-7289, pkt 93.

142 Z powyższego wynika, że pkt 2.1.4 komunikatu nie tylko nie stwarza nowych obowiązków ciążących na państwach członkowskich, ale wręcz jest dla nich raczej korzystny, w takim sensie, że pozwala im, w sytuacji, gdy spełnione są przesłanki jego zastosowania, na nieprzestrzeganie obowiązku uprzedniego ogłoszenia.

143 Jeśli chodzi o argument Republiki Federalnej Niemiec oparty na ww. w pkt 42 wyroku w sprawach połączonych SECAP (zob. pkt 135), należy stwierdzić, że argument ten bierze się z błędnego założenia, ponieważ pkt 2.1.4 komunikatu nie wyklucza innych możliwości odstępstwa.

4. *W przedmiocie czwartego zarzutu, dotyczącego postępowania w sprawie stwierdzenia uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego (pkt 1.3 komunikatu)*

a) Argumenty stron

144 Republika Federalna Niemiec, popierana przez interwenientów, podnosi wreszcie, że zapowiedź Komisji zawarta w pkt 1.3 komunikatu, iż będzie ona wszczynać

postępowanie w sprawie uchybienia w razie nieprzestrzegania określonej procedury, pokazuje, że akt ten ma w zamierzeniu stwarzać obowiązki ciążące na państwach członkowskich. Potwierdza to postępowanie w sprawie uchybienia nr 2005/4043 przeciwko Republice Federalnej Niemiec, dotyczące udzielenia zamówienia II B, które nie zostało ogłoszone z wyprzedzeniem: powoływano się w nim na komunikat, jakby chodziło tu o uzupełniającą podstawę prawną. Ponadto Komisja prowadziła już postępowania w sprawie uchybienia przeciwko kilku państwom członkowskim, w celu wyegzekwowania stosowania zasad, które potem zostały sformułowane w komunikacie w stosunku do zamówień nieobjętych zakresem zastosowania dyrektyw w sprawie zamówień publicznych. W tym względzie Republika Federalna Niemiec przytacza ww. w pkt 39 sprawę Komisja przeciwko Finlandii i ww. w pkt 57 sprawę Komisja przeciwko Irlandii (wyrok z dnia 13 listopada 2007 r.). Zatem wywołanie skutków prawnych przez komunikat wynika z pkt 1.3 i z jego powiązania z postępowaniem w sprawie stwierdzenia uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego.

145 Ponadto, zdaniem Republiki Federalnej Niemiec, skutki komunikatu płynące z jego pkt 1.3 nie są jedynie natury informacyjnej, lecz wyznaczają również reguły zachowania i są zatem skutkami prawnymi. Komisja przyznała, że tak jest, gdyż według niej komunikat skutkuje ustaleniem pewnych wytycznych zachowania. Wiążący skutek komunikatu wynika więc z ogłoszonego przez Komisję zamiaru oparcia swoich praktyk w dziedzinie postępowania w sprawie stwierdzenia uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego na komunikacie.

146 Ponadto, w stosunku do pkt 1.3 komunikatu, Parlament utrzymuje, że Komisja, jako autor komunikatu, pełni również funkcję centralnego organu wykonawczego Wspólnoty oraz strażniczki traktatów. Tym samym instytucje zamawiające państw członkowskich powinny zastosować się do treści komunikatu, aby uniknąć skargi o stwierdzenie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego, z którą Komisja wystąpiłaby na podstawie reguł ustanowionych w swoim własnym komunikacie.

147 Rzeczpospolita Polska dodaje, że należy spodziewać się, iż wytyczne zawarte w komunikacie najprawdopodobniej będą stanowić punkt odniesienia dla audytorów Komisji kontrolujących postępowania o udzielenie zamówień publicznych współfinansowanych z budżetu Unii Europejskiej, w tym środków strukturalnych. W przypadku ewentualnych niezgodności przeprowadzonych procedur z wytycznymi zawartymi

w komunikacie audytorzy będą skłonni odmówić zakwalifikowania kosztów do zwrotu z funduszy unijnych. Jest bowiem całkowicie naturalne, że urzędnicy Komisji i osoby działające na jej zlecenie, wykonując swoje obowiązki będą sięgali do komunikatu, jako wytycznych właściwych praktyk wydanych przez właściwą komórkę Komisji. W ten sposób, wbrew twierdzeniu na wstępie komunikatu, zawarte w nim wytyczne będą stosowane „jak prawo". Mając zaś na uwadze doniosłość pomocy finansowej z budżetu Unii Europejskiej w Polsce, taka postawa audytorów będzie wystarczającą okolicznością, aby wytyczne były postrzegane jako bezwzględnie obowiązujące.

148 Wbrew argumentacji Republiki Federalnej Niemiec, iż pkt 1.3 komunikatu wywołuje skutek prawny, Komisja podnosi, że możliwy wpływ komunikatu na politykę Komisji w dziedzinie uchybień nie stwarza skutków prawnych wobec osób trzecich, lecz rodzi konsekwencje dla samej tylko Komisji. Komisja nie ma bowiem władzy by określać, poprzez stosowaną przez siebie politykę w postępowaniach w sprawie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego, obowiązków ciążących na państwach członkowskich. Dopiero na etapie Trybunału, w ramach postępowania w sprawie stwierdzenia uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego, zakres praw i obowiązków państw członkowskich ustala się w sposób prawnie wiążący.

b) Ocena Sądu

149 Ostatni akapit pkt 1.3 komunikatu stanowi:

„W momencie, gdy Komisja zda sobie sprawę z potencjalnego naruszenia podstawowych norm dotyczących udzielania zamówień publicznych nieobjętych dyrektywami w sprawie zamówień publicznych, dokona ona oceny znaczenia danego zamówienia dla rynku wewnętrznego w zależności od okoliczności każdego indywidualnego

przypadku. Postępowanie w sprawie naruszenia przepisów prawa na mocy art. 226 traktatu WE zostanie wszczęte wyłącznie w przypadkach, gdy uzna to za stosowne ze względu na ciężar naruszenia i jego wpływ na rynek wewnętrzny".

150 W tym względzie należy zauważyć, że wszczęcie przez Komisję postępowania w sprawie stwierdzenia uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego w trybie art. 226 WE przeciwko państwu członkowskiemu jest jak najbardziej możliwe w sytuacji, gdy rzeczone państwo nie będzie przestrzegać obowiązków instytucji zamawiających państw członkowskich płynących, przy udzielaniu zamówień publicznych, z postanowień i zasad figurujących w traktacie WE. W związku z tym sam fakt, że w pkt 1.3 komunikatu wspomina się o możliwości wszczęcia takiego postępowania nie stanowi, wbrew temu, co podnosi Republika Federalna Niemiec, żadnego dowodu na to, że wspomniany komunikat stwarza nowe obowiązki po stronie państw członkowskich przy udzielaniu zamówień publicznych i przez to jest aktem wywołującym wiążące skutki prawne.

151 Wprawdzie omawiany punkt komunikatu może zwrócić uwagę państwa członkowskiego na fakt, że rzeczywiście grozi mu wszczęcie postępowania w sprawie stwierdzenia uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego w razie nieprzestrzegania jego obowiązków wynikających z pierwotnego prawa wspólnotowego, przypomnianych w komunikacie, lecz jest to jedynie faktyczna konsekwencja, a nie wiążący skutek prawny (zob. podobnie wyroki Trybunału: z dnia 11 listopada 1981 r. w sprawie 60/81 IBM przeciwko Komisji, Rec. s. 2639, pkt 19 i z dnia 1 grudnia 2005 r. w sprawie C-301/03 Włochy przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. I-10217, pkt 30).

152 Argumentacja podnoszona przez Republikę Federalną Niemiec jest bezskuteczna tym bardziej, że wszczęcie postępowania w sprawie stwierdzenia uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego na mocy art. 226 WE nie stanowi aktu o skutku wiążącym lub przymusowym. W ramach takiego postępowania, jego część poprzedzająca wniesienie skargi do Trybunału ma na celu wezwanie państwa członkowskiego do zastosowania się do swoich obowiązków, a Komisja podaje do wiadomości swoje stanowisko w postaci opinii dopiero po wezwaniu państwa członkowskiego do przedstawiania uwag. Etap poprzedzający wniesienie skargi nie zawiera, zgodnie z orzecznictwem Trybunału, jakiegokolwiek aktu Komisji posiadającego moc wiążącą

(wyrok w sprawie Trybunału z dnia 1 marca 1966 r. w sprawie 48/65 Lütticke i in. przeciwko Komisji, Rec. s. 27, 39).

153 Ponadto, zgodnie z systemem określonym w art. 226 WE–228 WE, ustalenie praw i obowiązków państw członkowskich oraz osąd ich zachowania mogą być jedynie wynikiem wyroku Trybunału (zob. podobnie wyroki Trybunału: z dnia 27 maja 1981 r. w sprawach połączonych 142/80 i 143/80 Essevi i Salengo, Rec. s. 1413, pkt 15, 16; z dnia 29 września 1998 r. w sprawie C-191/95 Komisja przeciwko Niemcom, Rec. s. I-5449, pkt 45). Z tego wniosek, że wbrew argumentacji Republiki Federalnej Niemiec, wyłącznie wyrok Trybunału może mieć w tej materii skutek wiążący.

154 W związku z tym należy odrzucić argumentację Republiki Federalnej Niemiec i interwenientów, opartą na wiążącym skutku wynikającym z wszczęcia postępowania w sprawie stwierdzenia uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego w razie braku poszanowania procedury określonej w komunikacie.

155 Słuszności tego wniosku nie umniejsza argument Republiki Federalnej Niemiec wysnuty na podstawie pkt 6 opinii rzecznika generalnego G. Tesauro w ww. w pkt 28 sprawie Francja przeciwko Komisji (wyrok z dnia 16 czerwca 1993 r.) Rec. s. I-3292, który opowiadał się za wyraźnym uznaniem wiążących skutków prawnych wywoływanych groźbą wszczęcia postępowanie w sprawie uchybienia.

156 Otóż, odwrotnie niż ma to miejsce w niniejszym przypadku, Komisja nigdy, w toku całej procedury leżącej u podstaw ww. w pkt 28 wyroku z dnia 16 czerwca 1993 r. w sprawie Francja przeciwko Komisji, nie poddała w wątpliwość wiążącego charakteru spornego aktu. Wychodząc z tego założenia, rzecznik generalny G. Tesauro zinterpretował wszczęcie postępowania w sprawie stwierdzenia uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego jako dodatkową wskazówkę służącą temu, by zasugerować Trybunałowi, aby nie stwierdzał z urzędu, iż skarga jest niedopuszczalna, lecz zbadał jej treść [opinia rzecznika generalnego G. Tesauro w ww. w pkt 28 sprawie Francja przeciwko Komisji (wyrok z dnia 16 czerwca 1993 r.), pkt 6]. Ponadto należy

zauważyć, że Trybunał w powyższym wyroku nie podążył za tym tokiem rozumowania, które obecnie posłużyło za podstawę argumentu Republiki Federalnej Niemiec.

157 W świetle spostrzeżeń poczynionych w pkt 150–153 powyżej, argument Republiki Federalnej Niemiec, Królestwa Niderlandów i Rzeczypospolitej Polskiej, zmierzający do wykazania samoograniczenia się przez Komisję poprzez komunikat, należy również odrzucić jako co najmniej bezskuteczny. Dodatkowo z brzmienia pkt 1.3 komunikatu wynika, że Komisja nie zamierza wszczynać postępowania w sprawie stwierdzenia uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego w każdym przypadku uchybienia, o którym się dowie, lecz że będzie wszczynać postępowania w sprawie stwierdzenia uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego, uwzględniając okoliczności każdego przypadku, kierując się przy tym dwoma głównymi kryteriami, wagą naruszenia i skutkami naruszenia dla rynku wewnętrznego.

158 Wreszcie, jeśli chodzi o argument Republiki Federalnej Niemiec, iż Komisja odwoływała się do komunikatu jako do aktu prawnego, a nawet prowadziła szereg postępowań w sprawie uchybienia, aby wyegzekwować stosowanie zasad tego komunikatu, należy stwierdzić, że argumentu tego nie można przyjąć.

159 Jeśli chodzi o postępowanie w sprawie uchybienia nr 2005/4043, na które powołuje się Republika Federalna Niemiec, należy stwierdzić, że Komisja odnosi się rzeczywiście w pkt 7 uzasadnionej opinii do komunikatu. Jednakże wbrew temu, co twierdzi Republika Federalna Niemiec, komunikat nie pojawia się tam jako podstawa prawna, lecz pod koniec wskazanego punktu, jako zwykłe odesłanie w nawiasie. Podstawą sentencji uzasadnionej opinii są art. 43 WE i 49 WE oraz zasady równego traktowania, niedyskryminacji i przejrzystości.

160 To samo odnosi się również do dwóch spraw, na które się Republika Federalna Niemiec powołuje, tj. ww. w pkt 39 sprawy Komisja przeciwko Finlandii i ww. w pkt 57 sprawy Komisja przeciwko Irlandii (wyrok z dnia 13 listopada 2007 r.). W tym względzie należy zauważyć, że w ww. w pkt 39 sprawie Komisja przeciwko Finlandii Trybunał stwierdził niedopuszczalność skargi Komisji, ponieważ przyjmując za podstawę skargi określone podstawowe zasady traktatu WE, a w szczególności zasadę niedyskryminacji, oznaczającą obowiązek przejrzystości, Komisja nie dostarczyła Trybunałowi wystarczających elementów, które pozwoliłyby mu na właściwe zrozumienie zakresu zarzucanego pozwanemu państwu członkowskiemu naruszenia prawa wspólnotowego (ww. w pkt 39 wyrok w sprawie Komisja przeciwko Finlandii, pkt 32). W odniesieniu do ww. w pkt 57 sprawy Komisja przeciwko Irlandii (wyrok z dnia 13 listopada 2007 r.) stwierdzić należy, że z wyroku w tej sprawie wynika, iż ogłoszenie ex post nie może zapewnić odpowiedniego ogłoszenia i że rzeczony wyrok potwierdza istnienie obowiązku uprzedniego ogłoszenia, co przyznała Republika Federalna Niemiec na rozprawie.

161 Jeśli chodzi o argument podnoszony przez Rzeczpospolitą Polską, iż komunikat uświadamia państwom członkowskim, że grozi im odmowa wspólnotowego finansowania niektórych z dokonanych wydatków, należy stwierdzić, że chodzi tu znowu o zwykłą konsekwencję faktyczną, a nie wiążący skutek prawny tegoż komunikatu (zob. pkt 151).

162 Z ogółu powyższych rozważań wynika, że komunikat nie zawiera nowych reguł udzielania zamówień publicznych wykraczających poza obowiązki płynące z istniejącego prawa wspólnotowego. W tych okolicznościach nie można uznać, że komunikat wywołuje wiążące skutki prawne mogące wpłynąć na sytuację prawną Republiki Federalnej Niemiec ani interwenientów, a skargę należy odrzucić jako niedopuszczalną.

W przedmiocie kosztów

163 Zgodnie z art. 87 § 2 regulaminu postępowania przed Sądem kosztami zostaje obciążona, na żądanie strony przeciwnej, strona przegrywająca sprawę. Ponieważ Republika Federalna Niemiec przegrała sprawę, należy – zgodnie z żądaniem Komisji – obciążyć ją kosztami poniesionymi przez Komisję.

164 Zgodnie z art. 87 § 4 akapit pierwszy regulaminu postępowania przed Sądem państwa członkowskie, które przystąpiły do sprawy w charakterze interwenienta, pokrywają własne koszty. W niniejszym przypadku interwenienci występujący po stronie Republiki Federalnej Niemiec ponoszą własne koszty.

Z powyższych względów

SĄD (piąta izba)

orzeka, co następuje:

1) Skarga zostaje odrzucona jako niedopuszczalna.

2) Republika Federalna Niemiec pokrywa własne koszty oraz koszty poniesione przez Komisję Europejską.

3) Republika Francuska, Republika Austrii, Rzeczpospolita Polska, Królestwo Niderlandów, Parlament Europejski, Republika Grecka i Zjednoczone Królestwo Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej ponoszą własne koszty.

Vilaras Prek Ciucă

Wyrok ogłoszono na posiedzeniu jawnym w Luksemburgu w dniu 20 maja 2010 r.

Podpisy

Spis treści

Okoliczności faktyczne leżące u podstaw sporu ..... II - 2036

Postępowanie ..... II - 2039

Żądania stron ..... II - 2041

W przedmiocie dopuszczalności ..... II - 2042

A — Uwagi wstępne ..... II - 2042

B — W przedmiocie treści komunikatu ..... II - 2045

1. W przedmiocie pierwszego zarzutu, dotyczącego istnienia obowiązku uprzedniego ogłoszenia (pkt 2.1.1 komunikatu) ..... II - 2046

a) Argumenty stron ..... II - 2046

Republika Federalna Niemiec ..... II - 2046

Interwenienci ..... II - 2050

Komisja ..... II - 2055

b) Ocena Sądu ..... II - 2056

2. W przedmiocie drugiego zarzutu, dotyczącego specyfikacji obowiązków dotyczących ogłaszania (pkt 2.2 komunikatu) ..... II - 2069

a) Argumenty stron ..... II - 2069

Republika Federalna Niemiec ..... II - 2069

Interwenienci ..... II - 2071

Komisja ..... II - 2072

b) Ocena Sądu ..... II - 2072

Uwagi wstępne ..... II - 2075

W przedmiocie pkt 2.2.1 komunikatu ..... II - 2076

— W przedmiocie pkt 2.2.1 tiret pierwsze komunikatu ..... II - 2076

— W przedmiocie pkt 2.2.1 tiret drugie komunikatu ..... II - 2077

— W przedmiocie pkt 2.2.1 tiret trzecie komunikatu ..... II - 2078

— W przedmiocie pkt 2.2.1 tiret czwarte komunikatu ..... II - 2079

— W przedmiocie pkt 2.2.1 tiret piąte komunikatu ..... II - 2080

W przedmiocie pkt 2.2.2 komunikatu ..... II - 2081

W przedmiocie pkt 2.2.3 komunikatu ..... II - 2083

3. W przedmiocie trzeciego zarzutu, dotyczącego wyjątków od uprzedniego ogłoszenia (pkt 2.1.4 komunikatu) ..... II - 2084

a) Argumenty stron ..... II - 2084

b) Ocena Sądu ..... II - 2086

4. W przedmiocie czwartego zarzutu, dotyczącego postępowania w sprawie stwierdzenia uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego (pkt 1.3 komunikatu) ..... II - 2088

a) Argumenty stron ..... II - 2088

b) Ocena Sądu ..... II - 2090

W przedmiocie kosztów ..... II - 2095