OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
CHRISTINE STIX-HACKL
przedstawiona w dniu 12 kwietnia 2005 r. [1]

I — Uwagi wprowadzające

1. Niniejsze postępowanie o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy znaczenia prawa pierwotnego w dziedzinie zamówień publicznych. W szczególności chodzi tu o kwestię, jakie obowiązki wynikają dla zamawiającego z podstawowych swobód. Niniejsze postępowanie stwarza jednocześnie sposobność, aby skonkretyzować orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości, w szczególności wyrok w sprawie Telaustria i Telefonadress [2].

II — Ramy prawne

A — *Uregulowania wspólnotowe*

2. Z wtórnego prawa wspólnotowego w dziedzinie udzielania zamówień należy przywołać następujące akty prawne (zwane dalej dyrektywami), które w międzyczasie zostały zastąpione przez nowe dyrektywy (tzw. pakiet legislacyjny):

— należącą do tzw. klasycznych dyrektyw dyrektywę Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnoszącą się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi [3] (zwaną dalej dyrektywą w sprawie udzielania zamówień publicznych) oraz

— dyrektywę Rady 93/38/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynującą procedury udzielania zamówień publicznych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji [4] (zwaną dalej dyrektywą sektorową)

1 — Język oryginału: niemiecki.

2 — Wyrok z dnia 7 grudnia 2000 r. w sprawie C-324/98 Telaustria i Telefonadress, Rec. str. I-10745.

3 — Dz.U. L 209, str. 1, ze zmianami.

4 — Dz.U. L 199, str. 84, ze zmianami.

B — Uregulowania krajowe

3. Artykuł 22 ust. 3 ustawy nr 142 z dnia 8 czerwca 1990 r. o ustroju samorządu terytorialnego [5] zezwalał gminom i prowincjom na świadczenie lokalnych usług publicznych, należących ustawowo do ich kompetencji, w sposób określony w lit. a)–e),:

a) bezpośrednio przez samą jednostkę publiczną, gdy ze względu na niewielkie rozmiary bądź szczególny charakter usług bezzasadne jest tworzenie odrębnej instytucji lub przedsiębiorstwa;

b) poprzez koncesję („concessione") na rzecz osoby trzeciej, gdy przemawiają za tym względy techniczne, ekonomiczne bądź społeczne;

c) przez wyspecjalizowane przedsiębiorstwa, również w odniesieniu do świadczenia większej liczby usług o znaczeniu gospodarczym lub komercyjnym;

d) przez instytucje w odniesieniu do świadczenia usług o charakterze społecznym niemających znaczenia komercyjnego;

e) za pośrednictwem spółek akcyjnych lub z ograniczoną odpowiedzialnością z przewagą publicznego kapitału lokalnego, założonych przez jednostkę lub z udziałem jednostki, która zapewnia funkcjonowanie usług publicznych.

III — Stan faktyczny, postępowanie przed sądem krajowym i pytanie prejudycjalne

4. Consorzio Aziende Metano (zwane dalej „Co.Na.Me.") zawarło z gminą Cingia de' Botti „umowę na świadczenie usług utrzymania, zarządzania i nadzoru sieci dystrybucji metanu" na okres od dnia 1 stycznia 1999 r. do dnia 31 grudnia 2000 r.

5. Pismem z dnia 30 grudnia 1999 r. gmina Cingia de' Botti poinformowała Co.Na.Me., że uchwałą z dnia 21 grudnia 1999 r. rada gminy zatwierdziła „porozumienie z Padania Acque SpA dotyczące zarządzania instalacjami gazowymi i ich utrzymania". W tej samej uchwale rada gminy zatwierdziła projekt umowy pomiędzy Padania Acque SpA (zwaną dalej „Padania") a gminą Cingia de' Botti.

6. Padania jest spółką z przewagą kapitału publicznego, utworzoną przez przeniesienie własności dawnego Consorzio per l'acqua

5 — GURI nr 135 z dnia 12 czerwca 1990 r. Ustawa ta została przekształcona w art. 113 decreto legislativo nr 267 z dnia 18 sierpnia 2000 r. Przepis ten został później zmieniony przez art. 35 ust. 1 ustawy nr 448 z dnia 28 grudnia 2001 r. (legge finanziaria na rok 2002).

potabile (konsorcjum wody pitnej) na rzecz gmin prowincji Cremona. Prawie wszystkie gminy tej prowincji mają w niej swoje udziały, w tym również gmina Cingia de' Botti, mająca w kapitale tej spółki udział w wysokości 0,97%, oraz prowincja Cremona.

7. Z uwagi na typ przedsiębiorstwa powierzono mu wykonywanie spornych usług bezpośrednio, na podstawie art. 22 ust. 3 lit. e) ustawy nr 142.

8. Co.Na.Me. odwołała się do Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia — Sezione staccata di Brescia i wniosła w szczególności o stwierdzenie nieważności uchwały gminy. Tribunale Amministrativo Regionale zwrócił się do Trybunału Sprawiedliwości z następującym pytaniem prejudycjalnym:

„Czy powierzenie w sposób bezpośredni, to znaczy bez przetargu, świadczenia usług publicznych w zakresie dystrybucji gazu spółce z udziałem publicznego kapitału gminnego, w sytuacji gdy wysokość tego udziału nie pozwala sprawować kontroli nad zarządzaniem spółką, a co za tym idzie, nie można, jak w niniejszym przypadku, przy udziale w wysokości 0,97%, uznać tych usług za świadczone »in house«, jest sprzeczne z art. 43 [WE], 49 [WE] i 81 WE, zabraniającymi, odpowiednio, stosowania ograniczeń w swobodzie prowadzenia działalności gospodarczej przez podmioty z państw członkowskich na terytorium innych państw członkowskich oraz w swobodnym świadczeniu usług przez podmioty z państw członkowskich na terytorium Wspólnoty, a także praktyk handlowych i działań przedsiębiorstw mogących uniemożliwić, ograniczyć lub zakłócić konkurencję w Unii Europejskiej?".

IV — W przedmiocie dopuszczalności

9. Niniejszy wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym powoduje powstanie kilku kwestii dotyczących jego dopuszczalności.

A — *W przedmiocie art. 81 WE*

10. Wątpliwości w przedmiocie dopuszczalności pytania prejudycjalnego istnieją w odniesieniu do art. 81 WE.

11. Jak wynika z utrwalonego orzecznictwa Trybunału, sąd krajowy musi wskazać dokładne powody, które doprowadziły do powstania wątpliwości w przedmiocie wykładni prawa wspólnotowego i uznania

za konieczne przedłożenia pytań prejudycjalnych Trybunałowi [6]. Trybunał orzekł, że niezbędne jest, aby sąd krajowy przedstawił minimum wyjaśnień dotyczących przyczyn wyboru przepisów wspólnotowych, o których wykładnię się zwraca, oraz związku, jaki dostrzega on między tymi przepisami a ustawodawstwem krajowym znajdującym zastosowanie w sprawie [7].

12. Ponadto Trybunał orzekł, że nie jest właściwy do wydania orzeczenia w przedmiocie pytania prejudycjalnego, jeśli oczywiste jest, że wykładnia prawa wspólnotowego, o którą wnosi sąd krajowy, nie ma żadnego związku ze stanem faktycznym czy przedmiotem sporu w postępowaniu przed sądem krajowym [8].

13. W odniesieniu do sformułowanych przez orzecznictwo Trybunału wyszczególnionych wyżej wymogów w odniesieniu do dopuszczalności pytań prejudycjalnych należy stwierdzić, że zawarte w postanowieniu odsyłającym rozważania dotyczące art. 81 WE, abstrahując od powtórzenia jego brzmienia, ograniczają się do tego, że swobodna konkurencja stanowi ogólną zasadę prawa wspólnotowego, a jej ograniczenie stanowi szczególny wyjątek, który jest dopuszczalny tylko pod określonymi warunkami.

14. Tym samym pod względem uzasadnienia wniosku o dokonanie wykładni przepisu prawa wspólnotowego, o którą zwraca się do Trybunału sąd krajowy, postanowienie odsyłające nie spełnia warunków wyżej przytoczonego orzecznictwa.

15. Ponadto zgodnie z utrwalonym orzecznictwem pytania prejudycjalne są dopuszczalne tylko wówczas, gdy postanowienie odsyłające zawiera wystarczające informacje w przedmiocie stanu faktycznego postępowania toczącego się przed sądem krajowym [9].

16. Przy tym w dziedzinie prawa konkurencji, do którego należy również art. 81 WE dotyczący zakazu zawierania porozumień kartelowych przez przedsiębiorstwa, stosować należy szczególnie surowe wymagania [10].

17. W odniesieniu do art. 81 WE postanowienie odsyłające nie spełnia również wymogów w zakresie informacji dotyczących stanu faktycznego. W postanowieniu odsyłającym brak bowiem w szczególności informacji o odnośnych przedsiębiorstwach i czynnościach, które zgodnie z poglądem sądu krajowego należą do zakresu zastosowania art. 81 WE.

6 — Postanowienia z dnia 12 marca 2004 r. w sprawie C-54/03 Austroplant-Arzneimittel, dotychczas nieopublikowane w Zbiorze, pkt 11, z dnia 25 czerwca 1996 r. w sprawie C-101/96 Italia Testa, Rec. str. I-3081, pkt 6, z dnia 30 kwietnia 1998 r. w sprawach połączonych C-128/97 i C-137/97 Testa i Modesti, Rec. str. I-2181, pkt 15, i z dnia 8 lipca 1998 r. w sprawie C-9/98 Agostini, Rec. str. I-4261, pkt 6.

7 — Postanowienia w sprawie Austroplant-Arzneimittel, ww. w przypisie 6, pkt 11, z dnia 7 kwietnia 1995 r. w sprawie C-167/94 Grau Gomis i in., Rec. str. I-1023, pkt 9, i z dnia 28 czerwca 2000 r. w sprawie C-116/00 Laguillaumie, Rec. str. I-4979, pkt 16.

8 — Postanowienie w sprawie Austroplant-Arzneimittel, ww. w przypisie 6, pkt 12, i wyroki z dnia 13 marca 2001 r. w sprawie C-379/98 PreussenElektra, Rec. str. I-2099, pkt 39, i z dnia 22 stycznia 2002 r. w sprawie C-390/99 Canal Satélite Digital, Rec. str. I-607, pkt 19

9 — Wyrok z dnia 26 stycznia 1993 r. w sprawach połączonych od C-320/90 do C-322/90 Telemarsicabruzzo i in., Rec. str. I-393, pkt 6, oraz postanowienia z dnia 19 marca 1993 r. w sprawie C-157/92 Banchero, Rec. str. I-1085, pkt 4, w sprawach połączonych Testa i Modesti, ww. w przypisie 6, pkt 5, w sprawie Agostini, ww. w przypisie 6, pkt 4, i w sprawie Austroplant-Arzneimittel, ww. w przypisie 6, pkt 10.

10 — Wyrok z dnia 13 kwietnia 2000 r. w sprawie C-176/96 Lehtonen i Castors, Rec. str. I-2681, pkt 22, i postanowienia w sprawie Banchero, ww. w przypisie 9, pkt 5, w sprawie Laguillaumie, ww. w przypisie 7, pkt 19, i z dnia 11 lutego 2004 r. w sprawach połączonych C-438/03, C-439/03, C-509/03 i C-2/04 Cannito i in., Rec. str. I-1605, pkt 6.

18. W związku z tym w odniesieniu do art. 81 WE postanowienie odsyłające nie spełnia warunków dopuszczalności pytania prejudycjalnego.

B — *W przedmiocie podstawowych swobód*

19. Wątpliwości dotyczące dopuszczalności pytania prejudycjalnego istnieją również w odniesieniu do kwestii podstawowych swobód (art. 43 WE i 49 WE)

20. Trybunał uznał, że wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym pochodzący z tego samego państwa członkowskiego oraz dotyczący zamówień publicznych był niedopuszczalny, gdyż przedsiębiorstwo, które powątpiewało w zgodność z prawem wyboru dokonanego przez gminę, miało swoją siedzibę we Włoszech i prowadziło działalność na rynku włoskim, nie powołując się na swobodę przedsiębiorczości ani swobodę świadczenia usług. Trybunał doszedł do wniosku, że w związku z tym stan faktyczny nie ma żadnego związku z hipotezą norm prawa wspólnotowego obowiązujących w dziedzinie swobodnego przepływu osób i usług. Podstawowe swobody nie znajdują zastosowania, jeżeli w danym przypadku żaden element stanu faktycznego nie wykracza poza granice jednego państwa członkowskiego i w związku z tym nie ma żadnego związku z hipotezą norm prawa wspólnotowego obowiązujących w dziedzinie swobodnego przepływu osób i usług. Trybunał doszedł do takiego wniosku w sprawie RI. SAN [11].

21. Jednakże Trybunał uznawał wnioski o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym za dopuszczalne oraz udzielał odpowiedzi zawierających wskazówki w przedmiocie wykładni i stosowania prawa pierwotnego, również gdy wnioski te dotyczyły stanu faktycznego związanego wyłącznie z jednym państwem [12]. Z zakresu udzielania zamówień publicznych należy w tym kontekście przywołać sprawę Telaustria i Telefonadress [13], w której w postępowaniu przed sądem krajowym obie strony pochodziły z tego samego państwa członkowskiego. Ponadto należy przywołać sprawę Buchhändler-Vereinigung [14], w której zastosowano zasady rozwinięte w sprawie Telaustria i Telefonadress. Również w tej sprawie wszystkie strony postępowania pochodziły z tego samego państwa członkowskiego. To samo dotyczy sprawy ARGE, w której Trybunał udzielił jednak odpowiedzi na pytanie prejudycjalne dotyczące wykładni podstawowej swobody [15].

22. Powstaje zatem pytanie, dlaczego mimo podobieństwa stanów faktycznych w tych sprawach do stanu faktycznego w sprawie

11 — Wyrok z dnia 9 września 1999 r. w sprawie C-108/98 RI.SAN., Rec. str. I-5219, pkt 21 i nast.

12 — Zobacz również wyrok z dnia 5 marca 2002 r. w sprawach połączonych C-515/99, od C-519/99 do C-524/99 i od C-526/99 do C-540/99 Reisch i in., Rec. str. I-2157, pkt 24 i nast., który jednak nie dotyczy prawa zamówień publicznych.

13 — Wyrok ww. w przypisie 2.

14 — Postanowienie z dnia 30 maja 2002 r. w sprawie C-358/00 Buchhändler-Vereinigung, Rec. str. I-4685.

15 — Wyrok z dnia 7 grudnia 2000 r. w sprawie C-94/99 ARGE, Rec. str. I-11037, w szczególności w odniesieniu do trzeciego pytania prejudycjalnego.

RI.SAN., w tych trzech sprawach dotyczących udzielania zamówień publicznych Trybunał orzekł w przedmiocie wniosków o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym co do istoty. Możliwe jest, iż wynika to z tego, że w sprawach Telaustria i Telefonadress i Buchhändler-Vereinigung pytania prejudycjalne wyraźnie odnosiły się do wykładni dyrektyw. W odróżnieniu od tego w niniejszym postępowaniu pytanie prejudycjalne odnosi się do prawa pierwotnego, w szczególności do dwóch podstawowych swobód.

23. Z tego można wnioskować, że dopuszczalność pytania prejudycjalnego zależy od tego, do czego się ono odnosi, tzn. czy dotyczy prawa pierwotnego, czy też prawa wtórnego [16].

24. Za dopuszczalnością pytania prejudycjalnego, także w niniejszym postępowaniu, dotyczącym wskazanych podstawowych swobód, przemawiają dwa względy: pierwszy o charakterze proceduralnym i drugi o charakterze materialnoprawnym.

25. Z punktu widzenia procedury należy mieć na uwadze, że w postępowaniu dotyczącym wydania orzeczenia w trybie prejudycjalnym Trybunał zmierza do udzielenia sądowi krajowemu odpowiedzi, która byłaby dla tego sądu użyteczna. W niektórych przypadkach skłania to Trybunał nawet do przeformułowania pytań prejudycjalnych. W niniejszym postępowaniu jest to jednak niemożliwe, gdyż pytanie wyraźnie odnosi się do wykładni prawa pierwotnego, a nie dyrektyw, co sąd krajowy potwierdził w piśmie przesłanym w odpowiedzi na stosowne pytanie Trybunału.

26. Nierozstrzygnięte może pozostać wreszcie pytanie, czy w postępowaniu przed sądem krajowym chodzi o udzielenie koncesji, czy też o udzielenie zamówienia publicznego w rozumieniu prawa wspólnotowego, ponieważ dla Trybunału wystarczające jest już samo zaistnienie pytań prejudycjalnych, które są dla niego „okazją do udzielenia wskazówek w zakresie wykładni, które mogą okazać się przydatne do rozstrzygnięcia sporu zawisłego przed sądem krajowym" [17]. Okoliczność, czy wskazówki te zostaną rzeczywiście zastosowane do konkretnego stanu faktycznego postępowania toczącego się przed sądem krajowym, nie może mieć żadnego znaczenia.

27. Z materialnoprawnego punktu widzenia ostrzega się przed dogmatyzacją rozwiązania przyjętego w sprawie RI.SAN. Właśnie w prawie zamówień publicznych, nastawionym na otwarcie rynków krajowych, nie może mieć znaczenia okoliczność, czy w konkretnej procedurze udzielania zamówienia publicznego lub w krajowej procedurze odwoławczej wszyscy uczestnicy pochodzą z tego samego państwa członkowskiego co zamawiający [18], ponieważ mogłoby to stanowić wskazówkę, że procedura udzielenia zamówienia nie została ogłoszona

16 — Zobacz przeciwny pogląd wyrażony w wyroku z dnia 5 grudnia 2000 r. w sprawie C-448/98 Guimont, Rec. str. I-10663. W tej sprawie pytanie prejudycjalne odnosiło się do wykładni prawa pierwotnego.

17 — Wyrok w sprawie Telaustria i Telefonadress, ww. w przypisie 2, pkt 59; podkreślenie moje.

18 — Zobacz np. również konstelację okoliczności faktycznych w wyroku w sprawie ARGE, ww. w przypisie 15.

w należyty sposób i z tego powodu żaden z zagranicznych przedsiębiorców nie mógł w niej uczestniczyć. Dotyczy to nie tylko dyrektyw z zakresu zamówień publicznych, lecz również rozpatrywanych podstawowych swobód. Ochroną objęte są nie tylko przedsiębiorstwa uczestniczące w procedurze udzielania zamówienia, lecz również potencjalni oferenci. Potencjalne zainteresowanie przedsiębiorstw z innych państw członkowskich jest wystarczające, by mówić o transgranicznym stanie faktycznym, a tym samym aby spełniony został warunek stosowania podstawowych swobód.

28. Powyższe względy przemawiają za dopuszczalnością pytania prejudycjalnego, w zakresie w jakim dotyczy ono podstawowych swobód ustanowionych przez art. 43 WE i 49 WE.

V — W przedmiocie zasadności

29. W zakresie w jakim pytanie prejudycjalne jest dopuszczalne, dotyczy ono zasadniczo zakresu zastosowania art. 43 WE i 49 WE, a mianowicie wynikających z tych przepisów nakazów lub zakazów w odniesieniu do procedury udzielania zamówień publicznych.

30. Tym samym pytanie prejudycjalne odnosi się do zasadniczej części wymogów, nazywanych przez Trybunał „podstawowymi zasadami traktatu, w ogólności, a w szczególności zasadami niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową"[19].

A — *Uwagi wstępne dotyczące przepisów podlegających zastosowaniu*

31. Nawet jeżeli pytanie prejudycjalne odnosi się wyraźnie do wykładni określonych przepisów prawa pierwotnego, to nie oznacza to samo w sobie, że przepisy te rzeczywiście mają zastosowanie.

32. Ich zastosowanie zależy od tego, czy konkretna procedura zamówień publicznych, której dotyczy postępowanie przed sądem krajowym, spełnia warunki stosowania tych przepisów prawa pierwotnego.

33. Nie jest przy tym decydujące, że sąd krajowy określił procedurę zamówień publicznych jako „concessione", ponieważ takie określenie mogłoby odnosić się do prawa krajowego znającego to pojęcie. Takie pojęcie prawa krajowego nie musi jednak być koniecznie równoznaczne z pojęciem prawa wspólnotowego. Tymczasem nawet jeżeli sąd

19 — Wyrok w sprawie Telaustria i Telefonadress, ww. w przypisie 2, pkt 60, potwierdzony — choć innym sformułowaniem — w postanowieniu z dnia 3 grudnia 2001 r. w sprawie C-59/00 Vestergaard, Rec. str. I-9505, pkt 20.

krajowy miał na myśli wspólnotowe pojęcie koncesji, nie oznacza to jeszcze, że taka kwalifikacja jest również trafna w postępowaniu toczącym się przed sądem krajowym.

34. Nawet jeżeli warunki dla zastosowania prawa wtórnego byłyby spełnione, pozostaje jeszcze jedna niejasność, a mianowicie kwestia tego, która z dyrektyw znajdzie zastosowanie do konkretnego stanu faktycznego. Należy przy tym zauważyć, że konkretne okoliczności faktyczne nie są znane Trybunałowi we wszystkich mających znaczenie szczegółach.

35. Ponieważ gminy jako jednostki samorządu terytorialnego są instytucjami zamawiającymi zarówno w rozumieniu klasycznej dyrektywy w sprawie udzielania zamówień publicznych, jak i w rozumieniu dyrektywy sektorowej, należałoby zatem wyjaśnić cel udzielenia zamówienia. Od tego celu zależy, która z dyrektyw znajduje zastosowanie [20].

36. Nawet jeśli zostałoby stwierdzone, że nie należy stosować dyrektywy sektorowej, która w stosunku do innych dyrektyw ma charakter przepisów szczególnych, to nie jest jeszcze jednak pewne, która z klasycznych dyrektyw w sprawie udzielania zamówień publicznych znajduje zastosowanie do tego zamówienia. Decydujące znaczenie ma przy tym przedmiot zamówienia, a mianowicie to, czy zamówienie dotyczy dostawy towarów, np. dostawy energii, czy też świadczenia usług, np. zaopatrzenia. Jeżeli chodzi o zamówienie mieszane, tzn. takie, którego przedmiotem są zarówno dostawy, jak i usługi, jego zaklasyfikowanie zależy, zgodnie z art. 2 dyrektywy w sprawie udzielania zamówień publicznych, od wartości poszczególnych świadczeń objętych zamówieniem.

37. Na podstawie akt sprawy nie można wprawdzie stwierdzić, czy w postępowaniu przed sądem krajowym chodzi o takie mieszane zamówienie publiczne, jednakże jak się wydaje, nie można tego wykluczyć z uwagi na praktykę stosowaną w danym państwie członkowskim, jak pokazuje również inne orzeczenie Trybunału wydane w postępowaniu w sprawie wydania orzeczenia w trybie prejudycjalnym [21].

38. Podobnie jak w sprawie RI.SAN., Trybunał nie może zweryfikować prawidłowości informacji udzielonych przez sąd krajowy, zgodnie z którymi spór przed nim zawisły nie dotyczy udzielenia zamówienia publicznego na usługi [22].

39. Nawet przy założeniu, że konkretne zamówienie spełnia zasadniczo wszystkie wymogi stosowania jednej z dyrektyw, konkretna procedura udzielenia zamówienia mogłaby znaleźć się poza zakresem zastosowania tej konkretnej dyrektywy. W niniejszym przypadku, obok jednego z wyjątków wyraźnie przewidzianych w dyrektywach, jak np. art. 13 dyrektywy sektorowej, zastosowa-

20 — Zobacz w tej kwestii wyroki z dnia 10 kwietnia 2003 r. w sprawach połączonych C-20/01 i C-28/01 Komisja przeciwko Niemcom, Rec. str. I-3609, i z dnia 18 listopada 2004 r. w sprawie C-126/03 Komisja przeciwko Niemcom, Zb.Orz. str. I-11195.

21 — Postanowienie z dnia 14 listopada 2002 r. w sprawie C-310/01 Comune di Udine i AMGA, nieopublikowany w Zbiorze.

22 — Wyrok w sprawie RI.SAN., ww. w przypisie 11, pkt 20.

nie mógłby mieć również jeden z niepisanych wyjątków rozwiniętych w orzecznictwie Trybunału, jak wyjątek sformułowany w sprawie Teckal [23] i zinterpretowany w wyroku w sprawie Stadt Halle i RPL Lochau [24], dotyczący tzw. udzielenia zamówienia quasi-in-house. W takim przypadku zastosowanie znalazłoby ponownie prawo pierwotne.

40. Mogłoby to być powodem ograniczenia pytania prejudycjalnego przez sąd krajowy do zapytania o wykładnię prawa pierwotnego.

41. Zatem jeśli żadna z dyrektyw nie znajduje w rzeczywistości zastosowania, to dla rozstrzygnięcia niniejszego przypadku istotne znaczenie mogłyby mieć podstawowe swobody, nakładające na państwa członkowskie w szczególności obowiązek równego traktowania oraz obowiązek przejrzystości procedury udzielania zamówienia w stosunkach z uczestnikami rynku pochodzącymi z innych państw członkowskich.

B — *Podstawowe swobody i pozytywne obowiązki*

42. Niniejsze postępowanie, w którym chodzi o określenie, jakie obowiązki podmiotów zamawiających można wywieść z podstawowych swobód określonych w art. 43 WE i 49 WE, dotyczy podstawowej kwestii, a mianowicie tego, czy podstawowe swobody określają nie tylko zakazy w formie ograniczeń dla działań państw członkowskich, lecz także pozytywne obowiązki, a jeśli tak to jakie.

43. Niektóre zakazy wywodzone z podstawowych swobód pozwalają się łatwo zaklasyfikować jako ograniczenia, które nota bene były również przedmiotem niezliczonych postępowań przed Trybunałem. W zakresie zamówień publicznych wystarczy przywołać zakaz wywodzony ze swobody przepływu towarów, zgodnie z którym „instytucji zamawiającej zabrania się zawarcia w specyfikacji kryteriów udzielenia zamówienia, załączonej do umowy na udzielenie zamówienia publicznego, klauzuli wymagającej, aby dla wykonania zamówienia użyty został materiał określonej marki, jeżeli klauzula ta nie zawiera dodatkowego sformułowania »bądź takiego samego rodzaju«" [25].

44. Jednakże okoliczności tamtej sprawy i jej ocena przez Trybunał pokazują wyraźnie, że zakaz zaniechania pewnej czynności, a mianowicie zaniechania zamieszczenia określonego sformułowania dodatkowego, można rozumieć także jako nakaz wykonania pewnej czynności, a mianowicie użycia określonego sformułowania dodatkowego.

23 — Wyrok z dnia 18 listopada 1999 r. w sprawie C-107/98 Teckal, Rec. str. I-8121.

24 — Wyrok z dnia 11 stycznia 2005 r. w sprawie C-26/03 Stadt Halle i RPL Lochau, Zb.Orz. str. I-1.

25 — Postanowienie w sprawie Vestergaard, ww. w przypisie 19, pkt 24.

45. Odniesione do konstelacji okoliczności faktycznych występującej w postępowaniu zawisłym przed sądem krajowym w niniejszym postępowaniu w sprawie wydania orzeczenia w trybie prejudycjalnym powyższe rozważania oznaczają, że okoliczności faktyczne mogą być rozumiane przynajmniej dwojako. Po pierwsze można badać, czy podstawowe swobody — rozumiane jako ograniczenia — ustanawiają zakaz udzielania zamówień z wolnej ręki lub bezpośrednio. Po drugie można badać, czy podstawowe wolności zobowiązują do zapewnienia określonego stopnia jawności lub do podania ogłoszenia do wiadomości publicznej w określony sposób. W zależności od tego, czy za punkt wyjścia przyjęte zostanie zaniechanie czy też aktywne działanie dochodzi się zatem do stwierdzenia istnienia bądź nieistnienia pozytywnego obowiązku.

46. W celu udzielenia odpowiedzi na pytanie prejudycjalne w niniejszej sprawie analiza problematyki pozytywnych obowiązków jest absolutnie niezbędna również z innego powodu.

47. Otóż niniejsza konstelacja okoliczności faktycznych może być również oceniana z tak zwanego defensywnego punktu widzenia. Zachowanie podmiotu zamawiającego lub podmiotu udzielającego koncesji może być bowiem postrzegane jako ingerencja w prawa osób trzecich, a mianowicie jako ingerencja w prawa przedsiębiorstw do uczestniczenia w procedurze udzielania zamówienia lub do złożenia oferty. Państwa członkowskie oraz publicznoprawne instytucje zamawiające i instytucje udzielające koncesji są zobowiązane do poszanowania tego prawa, którego źródłem jest prawo wspólnotowego.

48. Celem uzupełnienia należy wreszcie zauważyć, że niniejszą konstelację okoliczności faktycznych można by również poddać analizie, biorąc pod uwagę, czy wywołuje ona powstanie obowiązku danej jednostki samorządu terytorialnego do zapewnienia ochrony czy też udzielenia gwarancji. W każdym przypadku bezsporne jest, że państwo członkowskie, a na równi z nim należy traktować będącą przedmiotem postępowania jednostkę samorządu terytorialnego, jest zobowiązane do zagwarantowania podstawowych swobód, w tym przypadku przedsiębiorstwom, tzn. potencjalnym oferentom.

49. Dla udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy podstawowe swobody ustanawiają w ogóle *pozytywne obowiązki*, a jeśli tak, to jaką mają one treść, istotny punkt odniesienia stanowi orzecznictwo Trybunału w przedmiocie wzajemnego uznawania orzeczeń.

50. Z orzecznictwa Trybunału można istotnie wywieść zobowiązanie państw członkowskich do uregulowania i zastosowania określonego postępowania. Nakaz aktywnego działania jest skierowany tak do ustawodawcy, jak i do administracji oraz sądownictwa. Wymogi mające źródło w podstawowych swobodach dotyczą w szczególności elementów postępowania, np. dokonania określonej oceny. Z punktu widzenia procedury ocena ta podlega dalszej specyfikacji poprzez wyznaczenie jej celu i metody, mianowicie ocena ta następuje poprzez porównanie określonych dokumentów. Ponadto orzeczenia muszą być uzasadniane

i podlegają weryfikacji w ramach kontroli instancyjnej [26].

51. Takie wymogi można również zidentyfikować w dziedzinie prawa zamówień publicznych, w którym również chodzi o przestrzeganie określonych zasad proceduralnych. Tym samym z dotychczasowego orzecznictwa w przedmiocie wzajemnego uznawania orzeczeń można wywieść, że podstawowe swobody jak najbardziej nakładają na państwa członkowskie również określone *nakazy* o charakterze proceduralnym.

52. Obok podstawowych swobód kolejnym źródłem nakazów o charakterze proceduralnym jest art. 10 WE. Jego pierwszy akapit ewidentnie zawiera nakaz działania zaadresowany do państw członkowskich („Państwa członkowskie podejmują wszelkie właściwe środki [...]"). Z tego ogólnego i bardzo podstawowego przepisu można wywnioskować co najmniej nakaz uregulowania postępowania, a tym samym również procedury udzielania zamówienia, w taki sposób, aby państwa członkowskie wykonały spoczywające na nich zobowiązania wynikające z materialnoprawnych przepisów prawa wspólnotowego.

53. W stopniu, w jakim z prawa wspólnotowego, a w niniejszym postępowaniu z podstawowych swobód, wynikają określone zobowiązania, państwa członkowskie wraz z jednostkami samorządu terytorialnego powinny podejmować odpowiednie działania również w dziedzinie udzielania zamówień publicznych i przyznawania koncesji, mianowicie przestrzegać określonych terminów lub dokonywać stosownych ogłoszeń.

54. Z art. 10 WE związane są rozwinięte na jego podstawie zasady prawa wspólnotowego, mianowicie zasada równoważności i zasada skuteczności, które prawu procesowemu państw członkowskich, włącznie z przepisami regulującymi procedury udzielania zamówień, wyznaczają określone granice. Wymogi te dotyczą nie tylko ochrony prawnej, lecz już etapu poprzedzającego skorzystanie z niej, a mianowicie przebiegu procedury udzielania zamówienia. W tym względzie z pewnością należy zbadać każdy przypadek „mając na uwadze pozycję tego przepisu w całej procedurze, jej przebieg i jej cechy szczególne" [27].

55. Te mające swoje źródło w prawie pierwotnym wymogi, które uzupełniają zobowiązania państw członkowskich wynikające z podstawowych swobód, odgrywają szczególną rolę właśnie poza zakresem zastosowania dyrektyw dotyczących udzielania zamówień publicznych.

56. Wreszcie należy wskazać na ogólne zasady prawa, z których dla krajowego prawa procesowego mogą również wynikać ograni-

26 — Wyrok z dnia 7 maja 1991 r. w sprawie C-340/89 Vlassopoulou, Rec. str. I-2357, pkt 16 i nast.

27 — Wyrok z dnia 27 lutego 2003 r. w sprawie C-327/00 Santex, Rec str. I-1877, pkt 56, i z dnia 10 kwietnia 2003 r. w sprawie C-276/01 Steffensen, Rec. str. I-3735, pkt 66.

czenia i które mogą też odgrywać rolę w procedurze udzielania zamówień publicznych. Dotyczy to w szczególności ogólnej zasady równości (zasady równego traktowania), która wykracza poza zasadę niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową.

C — Obowiązki wynikające z podstawowych swobód w dziedzinie zamówień publicznych

1) Ograniczony zakres stosowania podstawowych swobód

57. Nawet jeśli potwierdzona zostałaby możliwość stosowania co do zasady podstawowych swobód w odniesieniu do publicznoprawnych instytucji zamawiających i udzielających koncesji, nie oznacza to w żadnym wypadku, że tym samym każda procedura udzielania zamówień publicznych jest objęta zakresem podstawowych swobód.

58. W ten sposób nie jest wykluczone, że podmiot zamawiający lub podmiot udzielający koncesji słusznie powołują się na jeden z licznych względów uzasadniających niestosowanie podstawowych swobód. Wchodzą tutaj w grę nie tylko kwestie wyraźnie uregulowane w traktacie, jak np. bezpieczeństwo publiczne [28], lecz również względy interesu ogólnego w rozumieniu wyroku w sprawie Cassis de Dijon.

59. Zasadniczą możliwość powoływania się na względy uzasadniające nierespektowanie podstawowych swobód w dziedzinie udzielania koncesji uznała również Komisja w jednym ze swoich komunikatów [29]. Oczywiście również w dziedzinie udzielania zamówień publicznych spełnione muszą być wymogi obowiązujące w stosunku do względów uzasadniających niestosowanie podstawowych swobód, jak np. proporcjonalność środka krajowego, które w tym miejscu nie będą dokładniej omawiane.

60. Do względów uzasadniających niestosowanie podstawowych swobód dochodzą jeszcze wyjątki uregulowane wyraźnie w traktacie. Również te wyjątki mogą znaleźć zastosowanie w odniesieniu do udzielania koncesji, czego skutkiem jest niezwiązanie podmiotu udzielającego koncesję wymogami wynikającymi z podstawowych swobód.

61. W szczególności wchodzą tu w grę przepisy odnoszące się do różnych aspektów bezpieczeństwa wewnętrznego i zewnętrznego, na które wskazano również podczas

28 — W odniesieniu do swobody przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług są to art. 45 WE i 55 WE.

29 — Komunikat Komisji w sprawie problemów interpretacyjnych w dziedzinie udzielania koncesji w prawie wspólnotowym (Dz.U. 2000, C 121, nr 3.1).

rozprawy. Artykuł 296 ust. 1 lit. b) WE zezwala państwom członkowskim na podjęcie środków, jakie uważają one za konieczne w celu ochrony podstawowych interesów swojego bezpieczeństwa. W dziedzinie udzielania zamówień publicznych dotyczy to zamówień na określone towary wykorzystywane na potrzeby obronności państwa. Wprawdzie sektor ten niekoniecznie nadaje się do udzielania koncesji, jednakże w świetle prawa wspólnotowego nie jest to wykluczone.

62. Z kolei art. 297 WE zezwala państwom członkowskim na podjęcie stosownych środków w przypadku określonych sytuacji kryzysowych. Również ten przepis jest co do zasady stosowany w odniesieniu do udzielania zamówień publicznych.

63. Jak wynika przede wszystkim z art. 298 WE, uprawnienia państw członkowskich przy stosowaniu obu wymienionych przepisów traktatu nie są nieograniczone i podlegają w szczególności kontroli Komisji i Trybunału.

64. Wreszcie należy wskazać kolejny przepis prawa pierwotnego, który wprawdzie nie jest dopasowany do konstrukcji podstawowych swobód, jednakże może mimo to funkcjonować jako wyjątek od nich. Artykuł 86 ust. 2 WE stanowi mianowicie, że „norm[y] niniejszego traktatu", tzn. również podstawowe swobody, obowiązują „w granicach, w jakich ich stosowanie nie stanowi prawnej lub faktycznej przeszkody w wykonywaniu poszczególnych zadań [im] powierzonych". Do tego dochodzi kolejny wymóg, aby rozwój obrotu handlowego nie był naruszony w określonym wymiarze. Jednakże adresatami tego przepisu są — w odróżnieniu od stosowania go do państw członkowskich w związku z art. 10 WE — tylko przedsiębiorstwa i do tego tylko takie, które są zobowiązane do zarządzania usługami określonego rodzaju lub mające charakter monopolu skarbowego. W związku z tym przepis ten znajduje zastosowanie tylko względem takich podmiotów udzielających koncesji, które stanowią tego rodzaju przedsiębiorstwa.

65. W odniesieniu do niniejszego postępowania w sprawie wydania orzeczenia w trybie prejudycjalnym należałoby tym samym zbadać, czy podmiot udzielający koncesji zalicza się do jednej z określonych kategorii przedsiębiorstw i czy sposób, w jaki nastąpiło udzielenie zamówienia, był konieczny dla umożliwienia mu wykonania zadań leżących w interesie ogółu w warunkach akceptowalnych z gospodarczego punktu widzenia [30]. Naturalnie jest również możliwe, że aby uzasadnić przeniesienie praw na przedsiębiorstwo zainteresowane państwo członkowskie powoła się na art. 86 WE [31].

66. Na zakończenie należy odnieść się do orzecznictwa przywoływanego w sprawach Teckal [32] i Stadt Halle i RPL Lochau [33], jak i do wyjątku uregulowanego w art. 13 dyrektywy sektorowej, dotyczącego określonych zamówień udzielanych przedsiębiorstwom powiązanym.

30 — Wyrok z dnia 19 maja 1993 r. w sprawie C-320/91 Corbeau, Rec. str. I-2533, pkt 16, i z dnia 25 października 2001 r. w sprawie C-475/99 Ambulanz Glöckner, Rec. str. I-8089, pkt 57.

31 — Wyrok z dnia 23 października 1997 r. w sprawie C-157/94 Komisja przeciwko Niderlandom, Rec. str. I-5699, pkt 32.

32 — Wyrok ww. w przypisie 23.

33 — Wyrok ww. w przypisie 24.

67. To orzecznictwo względnie ten przepis zezwalają w dokładnie określonych warunkach na niestosowanie klasycznych dyrektyw w sprawie udzielania zamówień publicznych, względnie dyrektywy sektorowej. Udzielanie zamówień wchodzących w zakres jednego z tych wyjątków nie podlega zatem przepisom prawa wtórnego dotyczącym udzielania zamówień publicznych. Jednakże tym samym automatycznie otwiera się zakres stosowania prawa pierwotnego, włącznie z podstawowymi swobodami, które są przedmiotem niniejszego postępowania.

68. Jednakże ani przywołane orzecznictwo, ani wyraźny przepis dyrektywy sektorowej nie prowadzą do niestosowania prawa pierwotnego. Dla tak daleko idącego wyjątku od prawa wspólnotowego brak mianowicie podstawy tak w prawie pierwotnym, jak i w orzecznictwie. Jeśli więc do udzielenia zamówienia w postępowaniu przed sądem krajowym stosuje się prawo pierwotne, nie powstaje już pytanie o znaczenie przywołanego orzecznictwa ani przepisu dyrektywy sektorowej, ponieważ dotyczą one wyjątków od stosowania prawa wtórnego.

2. Gradacja w obrębie prawa pierwotnego czy jednolity system zasad regulujących udzielanie zamówień publicznych?

69. Nawet jeśli ustalone zostanie, że w odniesieniu do konkretnego zamówienia publicznego zastosowanie ma prawo pierwotne, tak jak podstawowe swobody, to w następnej kolejności należy wyjaśnić, jakie konkretne obowiązki spoczywają na podmiocie zamawiającym lub udzielającym koncesji. Chodzi zatem o ustalenie systemu wymogów dotyczących udzielania zamówień publicznych, który ewentualnie wynikałyby z podstawowych swobód.

70. W tym względzie przede wszystkim sporne jest, czy podstawowe swobody ustanawiają system wymogów, a tym bardziej jednolity system wymogów, to znaczy taki, że dla wszystkich objętych nim zamówień publicznych obowiązują takie same wymogi. Na wyższym poziomie uogólnienia może być to nawet prawdziwe. I tak podmiot zamawiający i podmiot udzielający koncesji, traktowane jako przejawy działania państw członkowskich, zobowiązane są do poszanowania zasady niedyskryminacji i określonych ograniczeń swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług.

71. Jednakże już sama okoliczność, że z podstawowych swobód nie można wywieść wymogów nawet w przybliżeniu tak konkretnych jak z dyrektyw przemawia przeciwko temu, aby dla wszystkich zamówień publicznych obowiązywały te same przepisy proceduralne, np. przepisy dotyczące rodzaju i treści publikacji ogłoszeń.

72. Prawdą jest, że gdyby istniał system wymogów dotyczących udzielania zamówień publicznych wywodzący się z prawa pierwotnego lub przynajmniej kilka innych takich systemów, byłoby to w interesie zrozumiałości i pewności prawa, z których korzystałyby podmioty zamawiające

i udzielające koncesji oraz przedsiębiorstwa jako potencjalni oferenci. W ten sposób można by uniknąć w praktyce problemów powstających w związku z tym, że w ramach procedury udzielania koncesji udzielenie zamówienia staje się zleceniem dopiero na etapie negocjacji [34].

73. Z drugiej jednak strony dla udzielania zamówień publicznych korzystne jest, jeżeli uczestnikom pozostawia się do dyspozycji także pewną swobodę. I tak już dyrektywy przewidują cały szereg opcji. Podobne rozwiązania musiałoby tym bardziej istnieć w zakresie zastosowania prawa pierwotnego.

74. Problem polega tylko na tym, aby określić kategorie zamówień publicznych, dla których w danym momencie obowiązuje określony system wymogów. Jednakże kryteria rozgraniczenia różnych grup (kategorii) zamówień nie wynikają ani z brzmienia traktatu, ani z orzecznictwa dotyczącego podstawowych swobód, a w szczególności nie z orzecznictwa dotyczącego udzielania zamówień publicznych. Już z samej zasady proporcjonalności wynika, że konieczne jest przeprowadzenie gradacji.

75. Co prawda można by również w tym przypadku oprzeć się na wyjątkach sformułowanych w wyrokach w sprawach Teckal i Stadt Halle i RPL Lochau, jak i w art. 13 dyrektywy sektorowej uznając, że ujęte tam rodzaje zamówień podlegają systemowi łagodniejszych wymogów. Analogicznemu zastosowaniu tych wyjątków jako kryterium rozgraniczającego stoi jednak na przeszkodzie brak jednolitego systemu zasad regulujących udzielanie zamówień publicznych w prawie pierwotnym, od którego można by odstąpić.

76. Właściwe byłoby zatem zastosowanie tych kryteriów, którymi w celu określenia kategorii zamówień publicznych posługują się również dyrektywy.

77. Istotne kryterium w tym zakresie stanowi oszacowana wartość zamówienia [35]. Do tego dochodzi przedmiot zamówienia, a zatem stwierdzenie, czy chodzi o usługę, dostawę, czy robotę budowlaną. Również w obrębie usług można by różnicować według zbliżonej treści, podobnie jak czynią to dyrektywy, które rozróżniają pomiędzy wyłączonymi usługami niepriorytetowymi i priorytetowymi. Ponadto należałoby wziąć pod uwagę stopień złożoności zamówień, a więc to, czy chodzi o towary standardowe, czy też o całościowe projekty infrastrukturalne, których warunki techniczne, prawne i finansowe nie mogą w żaden sposób zostać określone na początku procedury udzielania zamówienia publicznego.

34 — Zielona księga nt. partnerstwa publiczno-prywatnego oraz prawa wspólnotowego w zakresie zamówień publicznych i koncesji, COM(2004) 327 wersja ostateczna, pkt 34 i nast.

35 — W tym zakresie wspólnotowy prawodawca był zdania, że postępowania przewidziane przez dyrektywy nie są odpowiednie dla zamówień o małej wartości (postanowienie w sprawie Vestergaard, ww. w przypisie 19, pkt 19).

78. Podstawę systemu tworzenia kategorii usług, który został zastosowany w dyrektywach, stanowi ogólna koncepcja związana z udzielaniem zamówień publicznych, a mianowicie uznanie, że pewne zamówienia mają większe znaczenie dla rynku wewnętrznego aniżeli inne, to znaczy cieszą się zainteresowaniem większego kręgu przedsiębiorstw, i to nawet przedsiębiorstw z innych państw członkowskich. Ten aspekt powinien mieć szczególne znaczenie dla stosowania podstawowych swobód, ponieważ przesłankę ich stosowania stanowi właśnie element transgraniczny.

79. Ponadto w celu odgraniczenia od siebie kategorii usług, to znaczy przyporządkowania określonego zamówienia do określonej kategorii, a tym samym również do określonego systemu wymogów, tak jak w dyrektywach, można by wziąć pod uwagę także pewne okoliczności, jak istnienie praw wyłączności lub też przypadków nagłej potrzeby. W ten sposób określone zamówienia publiczne, należące do zakresu zastosowania podstawowych swobód, mogłyby zostać zwolnione od obowiązku publikacji ogłoszenia o przetargu nawet w całości.

80. Jednakże w ekstremalnym przypadku system obejmujący wszystkie zamówienia — i składający się z wielu kategorii, dla których istnieją określone systemy wymogów — sprowadzałby się do mającego swoje źródło w prawie pierwotnym wielowarstwowego systemu wymogów dotyczących udzielania zamówień wzorowanego na dyrektywach, a właściwie do wielu systemów. Jednakże przywoływana w niniejszym postępowaniu w sprawie wydania orzeczenia w trybie prejudycjalnym przejrzystość przedstawia tylko jeden z wielu zakresów uregulowania.

81. Wreszcie należy przywołać zasadę skuteczności, która również znajduje zastosowanie do procedury udzielania zamówień publicznych. Zgodnie z tą zasadą należy uwzględnić całą konkretną procedurę, jej przebieg i jej cechy szczególne [36].

3) Wymogi wynikające z prawa pierwotnego

82. Jako punkt wyjścia należy przyjąć, że w ramach prawa pierwotnego nie należy stosować tego samego systemu wymogów dotyczących udzielania zamówień jak system obowiązujący w zakresie zastosowania dyrektyw. Przeciw tak daleko idącej transpozycji przemawiają przede wszystkim dwa względy.

83. Przede wszystkim w takim przypadku system wymogów sformułowanych tylko dla udzielania zamówień objętych zakresem zastosowania dyrektyw obowiązywałby nawet poza ich zakresem obowiązywania, i to bez ustanowienia ich w ramach procesu prawotwórczego przewidzianego w prawie pierwotnym. Oznaczałoby to obejście wspólnotowego procesu prawotwórczego. Po drugie obchodzone byłyby same dyrektywy, które zawierają przepisy dotyczące tylko określonych zamówień.

36 — Wyrok w sprawie Steffensen, ww. w przypisie 27, pkt 66, i — specjalnie dla prawa zamówień publicznych — wyrok w sprawie Santex, ww. w przypisie 27, pkt 56.

84. Jednakże należy przypomnieć w pierwszej kolejności, że wymogi wynikające z podstawowych swobód dotyczą co do zasady po pierwsze wszystkich aspektów zamówień publicznych, tzn. aspektów materialnoprawnych, obejmujących opis przedmiotu usługi (np. za pomocą specyfikacji technicznych lub wskazania okresu ważności koncesji), kryteria wyboru oferty (przede wszystkim kwalifikacje) i przybicie oferty, w odniesieniu do którego w szczególności przestrzegać należy zasady wzajemnego uznawania, a po drugie wymogi te dotyczą również aspektów formalnoprawnych, a więc procedury udzielania zamówienia sensu stricto, jak np. wybór rodzaju procedury, do którego należy również podanie do wiadomości publicznej ogłoszenia o wszczęciu procedury, i terminy (np. data wpłynięcia wniosku o dopuszczenie do udziału w procedurze lub data wpłynięcia oferty).

85. Obok będącego przedmiotem postępowania nakazu przejrzystości, jako wymogi, które obowiązują również w zakresie zastosowania prawa pierwotnego, przytoczyć można ponadto związane z nim zasadę równego traktowania [37], zasadę konkurencyjności oraz zasadę proporcjonalności.

86. Z zasady równego traktowania można na przykład wywieść, że wybór koncesjonariusza musi być obiektywy. Oznacza to również, że spełnione muszą zostać warunki określone na początku procedury udzielania zamówienia publicznego i że ich spełnienie musi być egzekwowane w jednakowym stopniu od wszystkich uczestników procedury.

87. Jednakże ponieważ niniejsze postępowanie w sprawie wydania orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy jedynie nakazu przejrzystości, poniższe rozważania ograniczają się do tego aspektu.

a) Przejrzystość

88. Przede wszystkim należy wyjaśnić, że zgodnie z dyrektywami zakres wymogu przejrzystości jest szerszy aniżeli tylko aspekty związane z jawnością konkretnej procedury udzielania zamówienia. Jawność procedury obejmuje inter alia różne rodzaje ogłoszeń: zarówno ogłoszenie zaproszenia do udziału w procedurze jak i ogłoszenie o przetargu, np. wezwanie do składania ofert.

89. Ponadto dyrektywy ustanawiają również inne obowiązki związane z ogłaszaniem, jak na przykład obowiązek ogłoszenia zawiadomienia o udzieleniu zamówienia. Ponadto dyrektywy przewidują obowiązki prowadzenia przez instytucje zamawiające zapisów

37 — Wyrok z dnia 18 listopada 1999 r. w sprawie C-275/98 Unitron Scandinavia i 3-S, Rec. str. I-8291, pkt 31, i w sprawie Telaustria i Telefonadress, ww. w przypisie 2, pkt 61.

rachunkowych, np. w formie adnotacji lub przechowywania określonej dokumentacji [38]. Obowiązki te mogłyby również zostać przeniesione do dziedziny prawa pierwotnego.

90. Co więcej, zasada przejrzystości stanowi zasadę przewodnią dla całej procedury udzielania zamówień. Zasada ta obejmuje na przykład wymóg zrozumiałości decyzji zamawiającego i ogólnie obiektywnego postępowania podczas procedury udzielania zamówienia.

91. W niniejszym postępowaniu Trybunał został poproszony o dalsze skonkretyzowanie swojego orzecznictwa dotyczącego obowiązku ogłaszania. W sprawie Telaustria i Telefonadress Trybunał orzekł mianowicie, że „zamawiający [musi] zapewnić potencjalnym oferentom *odpowiedni stopień* jawności, który otwiera rynek usług na wolną konkurencję i umożliwia przeprowadzenie kontroli, czy procedury udzielania zamówień zostały przeprowadzone bezstronnie" [39].

92. Punktem wyjścia dla określenia „odpowiedniego stopnia jawności" jest cel zasady przejrzystości, o której wykładnie wnosi sąd krajowy. Istotnie, zasada, iż przejrzystość procedury gwarantuje niezakłóconą konkurencję i przyczynia się do otwarcia krajowych rynków, obowiązuje tak w zakresie zastosowania dyrektyw, jak i w zakresie zastosowania prawa pierwotnego.

93. „Odpowiedni stopień jawności" procedury udzielenia zamówienia dotyczy po pierwsze kwestii, czy w ogóle ma dojść do jej ogłoszenia. W związku z tym nie można wykluczyć, że mogą mieć miejsce przypadki, w których zamówienie może być udzielone z wolnej ręki, tzn. bez wcześniejszego ogłoszenia procedury udzielania zamówienia. Rozwiązania dopuszczalne w świetle dyrektyw muszą być tym bardziej dopuszczalne w zakresie stosowania prawa pierwotnego. Dla uniknięcia zatarcia różnicy pomiędzy dyrektywami a prawem pierwotnym nieproporcjonalne byłoby dopuszczenie przeprowadzenia procedury udzielania zamówienia publicznego bez jej ogłoszenia tylko w warunkach określonych przez dyrektywy, to znaczy wyłącznie z tam wymienionych względów. Tak samo nieproporcjonalne byłoby uzależnienie dopuszczalności takiej procedury od wymogu, aby wszyscy potencjalni oferenci zostali o niej poinformowani. Jeżeli jednak podmiot zamawiający lub udzielający koncesji uczyniłby jednak w ten sposób, wymogi zasady przejrzystości zostałyby na pewno spełnione [40].

94. Oczywiście zapobiec należy odwrotnej sytuacji, w której podmiot zamawiający lub udzielający koncesji nadużywają przyznanego im swobodnego uznania. Dlatego

38 — Zobacz art. 12 dyrektywy w sprawie udzielania zamówień publicznych oraz art. 41 dyrektywy sektorowej.

39 — Wyrok w sprawie Telaustria i Telefonadress, ww. w przypisie 2, pkt 62; podkreślenie moje.

40 — Takie stanowisko zajmuje rzecznik generalny Fennelly w opinii dotyczącej postępowania zawisłego przed sądem krajowym w sprawie Telaustria i Telefonadress (pkt 43), w odniesieniu do sytuacji, gdy nie wszyscy lub nie prawie wszyscy oferenci mają siedziby w tym samym państwie co zamawiający.

można by wyjść z założenia, że prawo pierwotne ustanawia co do zasady obowiązek ogłoszenia, od którego dopuszcza szereg wyjątków. W związku z tym do obowiązków podmiotu zamawiającego lub udzielającego koncesji należałoby uzasadnienie, dlaczego w danym przypadku odstąpił od zasady ogłoszenia procedury udzielania zamówienia.

95. Jednakże nawet jeśli przyjąć, że co do zasady istnieje obowiązek ogłoszenia procedury udzielenia zamówienia, nierozstrzygniętych pozostaje jeszcze innych kwestii.

96. I tak powstaje kwestia nośnika ogłoszenia. Po pierwsze chodzi o aspekt geograficznego rozpowszechniania, tzn. poziom lokalny, regionalny, krajowy lub europejski. Po drugie chodzi o rodzaj samego nośnika. Obok klasycznych nośników w formie drukowanej, jak dzienniki urzędowe, codzienne gazety lub publikacje danego sektora gospodarczego, wchodzą w grę również fora elektroniczne, jak internet. Ewentualnie można nawet sięgnąć do takiej archaicznej formy, jaką jest wywieszenie obwieszczenia [41].

97. Sposób dokonania ogłoszenia stanowi jednak tylko jeden aspekt. Ponadto ważne jest, aby podmiot zamawiający lub udzielający koncesji wiedział, jakie wymogi dotyczące minimalnej treści ogłoszenia ustanawiają podstawowe swobody. Generalnie za standard uważa się podanie do wiadomości takiej ilości informacji, jakiej potrzebują przedsiębiorstwa dla podjęcia decyzji o uczestnictwie w procedurze udzielania zamówienia publicznego lub o złożeniu oferty. Jednakże z podstawowych swobód nie sposób jest wywieść dostatecznej ilości szczegółowych zasad, obowiązujących we wszystkich przypadkach, które łącznie ustanawiałyby wzorzec ogłoszenia, tak jak to czynią dyrektywy. Zgodnie z zasadą, która obowiązuje również odnośnie do minimalnego zakresu treści ogłoszenia, podstawowe swobody nie wymagają we wszystkich przypadkach podania informacji, które są wymagane zgodnie z wzorcem ogłoszenia określonym przez prawo wtórne.

98. Jednakże zarówno sposób ogłoszenia jak i treść ogłoszenia zależą od ww. kryteriów stosowanych przez prawo pierwotne dla tworzenia kategorii zamówień i wynikającej z tego ich gradacji.

99. W świetle okoliczności, iż z akt sprawy, w szczególności z postanowienia odsyłającego, nie wynikają niezbędne informacje, które umożliwiłyby określenie odpowiedniego stopnia jawności dla postępowania toczącego się przed sądem krajowym, oraz w świetle zasady, iż w postępowaniu w sprawie wydania orzeczenia w trybie prejudycjalnym według art. 234 WE nie jest zadaniem Trybunału, aby stosować przepisy prawa wspólnotowego do konkretnego stanu

41 — W komunikacie, ww. w przypisie 29, również Komisja uznaje to za dopuszczalne.

faktycznego, do sądu krajowego należy rozstrzygnięcie, czy w postępowaniu przed sądem krajowym wymóg przejrzystości został spełniony [42].

100. Dokonując tej oceny sąd krajowy powinien przeprowadzić analizę rynkową i wziąć pod uwagę przedsiębiorstwa, które, uwzględniając potencjalną konkurencję, są zainteresowane planowanym zamówieniem, przy czym wartość i przedmiot zamówienia odgrywają decydującą rolę.

b) Wyjątek dotyczący udzielania niektórych zamówień quasi-in-house

101. Jak już wyżej przedstawiono, ani wyroki w sprawach Teckal i Stadt Halle i RPL Lochau ustanawiające wyjątki w dziedzinie prawa wtórnego, ani wyjątek przewidziany przez art. 13 dyrektywy sektorowej nie mogą prowadzić do niestosowania prawa pierwotnego, tzn. również tych podstawowych swobód, które mają zastosowanie w niniejszej sprawie.

42 — W przedmiocie takiego rozwiązania zob. wyrok w sprawie Telaustria i Telefonadress, ww. w przypisie 2, pkt 63.

102. Jeżeli w postępowaniu przed sądem krajowym udzielenie zamówienia należy zaklasyfikować rzeczywiście jako udzielenie koncesji na świadczenie usług i na tej podstawie nie znajdują do niego zastosowania przepisy dyrektyw, zbytecznym jest pytanie, czy dyrektywy nie znajdują zastosowania do tego konkretnego zamówienia na podstawie innej okoliczności, np. w związku z wyjątkiem ustanowionym przez orzecznictwo lub w związku z wyjątkiem przewidzianym przez dyrektywę sektorową. W takim przypadku mianowicie prawo pierwotne znajduje zastosowanie z innego powodu.

103. Ponadto nie jest zadaniem Trybunału w ramach wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym na podstawie art. 234 stosowanie przepisów wspólnotowych do konkretnego stanu faktycznego. Trybunał podkreślał to już wielokrotnie w orzeczeniach dotyczących prawa zamówień publicznych [43]. Co więcej, to do sądu krajowego należy zbadanie, czy w postępowaniu toczącym się przed sądem krajowym spełnione są kryteria określone przez Trybunał względnie warunki ustanowione przez dyrektywę sektorową. W pierwszej kolejności należy jednak zbadać, czy w danej sprawie jedna z dyrektyw w ogóle znajdzie zastosowanie.

104. Jeżeli przedmiotem postępowania jest koncesja na świadczenie usług i w związku z tym dyrektywy nie znajdują zastosowania, wykluczone jest w każdym razie zastosowanie któregokolwiek z dwu wyjątków dotyczących udzielania zamówień quasi-in-house.

43 — Zobacz wyroki w sprawie Telaustria i Telefonadress, ww. w przypisie 2, pkt 63, z dnia 22 maja 2003 r. w sprawie C-18/01 Korhonen i in., Rec. str. I-5321, z dnia 4 grudnia 2003 r. w sprawie C-448/01 EVN AG i Wien-Strom, Rec. str. I-14527; postanowienie w sprawie Comune di Udine i AMGA, ww. w przypisie 21.

VI — Wnioski

105. Mając na uwadze powyższe rozważania, proponuję, aby Trybunał orzekł w następujący sposób:

„Artykuł 43 WE i 49 WE należy interpretować w ten sposób, że ustanawiają one zasadniczo obowiązek przejrzystości. Artykuł 43 WE i 49 WE nie stoją jednak w każdym wypadku na przeszkodzie bezpośredniemu udzieleniu zamówienia, tzn. bez ogłoszenia zamówienia lub bez wezwania do składania ofert. Dokonując oceny, czy w procedurze udzielania zamówienia, takiej jak ta stanowiąca przedmiot postępowania przed sądem krajowym, bezpośrednie udzielenie zamówienia jest dopuszczalne, sędzia sądu krajowego powinien przeprowadzić analizę rynkową i wziąć pod uwagę przedsiębiorstwa, które, uwzględniając potencjalną konkurencję, są zainteresowane planowanym zamówieniem, przy czym wartość i przedmiot zamówienia odgrywają decydującą rolę".