

## OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO

CHRISTINE STIX-HACKL

przedstawiona w dniu 14 września 2006 r. <sup>1</sup>

### I — Uwagi wprowadzające

1. Niniejsze postępowanie w sprawie stwierdzenia uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego dotyczy, podobnie jak wniesione równolegle z nim inne postępowanie w sprawie stwierdzenia uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego <sup>2</sup>, kwestii, jakie wymogi można wysnuć z prawa pierwotnego w zakresie przejrzystości postępowania przetargowego. W szczególności chodzi tu o obowiązki, których istnienie można wywnioskować na podstawie podstawowych swobód i ogólnych zasad w odniesieniu do tzw. „usług niepriorytetowych”, tj. usług, dla których dyrektywa Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnosząca się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi <sup>3</sup> (zwana dalej: „dyrektywą 92/50”), zastąpiona w międzyczasie tzw. „pakietem legislacyjnym”, ustanowiła szczególny reżim, a ściślej mówiąc reżim uproszczony.

1 — Język oryginału: niemiecki.

2 — Moja opinia z dnia dzisiejszego w sprawie C-532/03 Komisja przeciwko Irlandii.

3 — Dz.U. L 209, str. 1.

2. Ponadto chodzi tu również o wykładnię i rozwój orzecznictwa Trybunału, dokonane w wyrokach w sprawie Telaustria <sup>4</sup> i w sprawie Coname <sup>5</sup>.

### II — Ramy prawne

3. Motyw dwudziesty pierwszy dyrektywy 92/50 brzmi następująco:

„[...] pełne stosowanie niniejszej dyrektywy musi być przez okres przejściowy ograniczone do zamówień na te usługi, względem których jej przepisy umożliwiają wykorzystanie wszystkich możliwości rozwoju handlu transgranicznego; [...] zamówienia na inne usługi powinny być monitorowane przez pewien okres przed podjęciem

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

5 — Wyrok z dnia 21 lipca 2005 r. w sprawie C-231/03 Coname, Zb.Orz. str. I-7287.

decyzji w sprawie pełnego stosowania niniejszej dyrektywy; [...] należy określić mechanizm takiego monitorowania; mechanizm ten powinien równocześnie umożliwić wszystkim zainteresowanym wymianę odpowiednich informacji”.

4. Zgodnie z art. 3 ust. 2 dyrektywy 92/50 instytucje zamawiające zapewniają, aby nie istniała dyskryminacja między różnymi usługodawcami.

5. Dyrektywa 92/50 zawiera w tytule II regulacje dotyczące tzw. „dwustopniowego stosowania”. Zgodnie z art. 8 zamówień, których przedmiotem są usługi wymienione w załączniku I A, udziela się zgodnie z przepisami tytułów III–VI, tj. art. 11–37. Natomiast zgodnie z art. 9 zamówień, których przedmiotem są tzw. usługi niepriorytetowe, tj. usługi wymienione w załączniku I B, udziela się zgodnie z art. 14 i 16.

6. Załącznik I B zawiera wyliczenie szeregu kategorii usług. Punkt 27 dotyczy „innych usług”.

7. Artykuł 14 zawiera postanowienia dotyczące specyfikacji technicznych, zamieszczanych w ogólnej dokumentacji lub w dokumentacji dotyczącej każdego zamówienia.

8. Artykuł 16 stanowi między innymi:

„1. Instytucje zamawiające, które udzieliły zamówienia publicznego [...], przesyłają ogłoszenie o wynikach przeprowadzonego postępowania do Urzędu ds. Publikacji Urzędowych Wspólnot Europejskich [Urzędu Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich].

[...]

3. W przypadku zamówień publicznych na usługi, wymienionych w załączniku I B, instytucja zamawiająca wskazuje w zamówieniu, czy zgadza się na jego opublikowanie.

4. Komisja opracowuje reguły dotyczące ustanowienia regularnych sprawozdań na podstawie ogłoszeń określonych w ust. 3 i dotyczące publikacji takich sprawozdań zgodnie z procedurą określoną w art. 40 ust. 3.

[...]”.

### III — Okoliczności faktyczne, postępowanie poprzedzające wniesienie skargi i przebieg postępowania przez Trybunałem

na zasadzie ad-hoc, aby nie nastąpiła przerwa w wypłacie świadczeń socjalnych.

9. W dniu 4 grudnia 1992 r. irlandzki minister do spraw społecznych zawarł bez wcześniejszego ogłoszenia umowę z An Post, pocztą irlandzką. Na mocy tej umowy beneficjenci świadczeń socjalnych mogą podejmować należne im kwoty w oddziałach poczty.

10. Pierwotnie umowa obowiązywała w okresie od 1 stycznia 1992 r. do 31 grudnia 1996 r. W maju 1997 r. została przedłużona do dnia 31 grudnia 1999 r. Właściwe władze irlandzkie zamieściły w *Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich* z dnia 16 lutego 1999 r. informację dotyczącą planowanego udzielenia zamówienia. Jednak w maju 1999 r. podjęto decyzję o przedłużeniu umowy do dnia 31 grudnia 2002 r. Decyzję tę następnie zawieszono.

11. W następstwie skargi Komisja zaczęła korespondować z władzami irlandzkimi w październiku 1999 r.

12. Na skutek interwencji Komisji Irlandia nie przedłużyła oficjalnie umowy. An Post nadal jednak świadczy tę usługę, aczkolwiek

13. W ramach postępowania w sprawie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego, wszczętego przez Komisję na podstawie art. 226 WE, zdaniem Komisji Irlandia nie zaproponowała żadnego rozwiązania zaistniałego problemu. W świetle odpowiedzi udzielonych przez Irlandię na wezwanie do usunięcia uchybienia z dnia 26 czerwca 2002 r. i na uzasadnioną opinię z dnia 17 grudnia 2002 r. Komisja postrzega działania podjęte przez Irlandię w związku z zawarciem nowej umowy jako naruszenie postanowień traktatu WE i sąd wniosła skargę do Trybunału.

14. Komisja wnosi do Trybunału o:

1) stwierdzenie, że zlecając świadczenie usług An Post bez uprzedniego ogłoszenia o zamówieniu, Irlandia uchybiła zobowiązaniom, które na niej ciążyą na mocy traktatu;

2) obciążenie Irlandii kosztami Komisji.

15. Irlandia wnosi do Trybunału o:

1) oddalenie skargi Komisji;

2) obciążenie Komisji kosztami Irlandii.

który zawiera ogólne zobowiązanie dla instytucji zamawiających, by unikały wszelkiej dyskryminacji między świadczącymi usługi. Obowiązek ten ciąży na władzach irlandzkich zarówno w odniesieniu do usług, o których mowa w załączniku I B, jak i w załączniku I A.

#### IV — Argumenty stron i interwenientów

##### A — Komisja

16. Zdaniem Komisji fakt, że rozpatrywana umowa objęta jest zakresem przedmiotowym dyrektywy 92/50, nie wyklucza zastosowania warunków sformułowanych w orzecznictwie Trybunału, które można wywieść z zakorzonych w traktacie podstawowych swobód i stosowania ogólnych zasad, które znajdują szczególny wyraz w tych właśnie podstawowych swobodach.

17. Obowiązek przestrzegania ogólnych zasad przez państwa członkowskie potwierdzony jest w samej dyrektywie w art. 3 ust. 2,

18. Interpretacja Komisji jest jej zdaniem jedyną interpretacją możliwą do pogodzenia z „traktatową logiką wewnętrznego rynku”. Zgodnie z niebudzącym wątpliwości orzecznictwem Trybunału postanowienia traktatu dotyczące swobody przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług nakładają na państwa członkowskie zobowiązania w zakresie udzielania zamówień publicznych poza zakresem przedmiotowym dyrektyw. Dotyczy to zarówno takich zamówień (jak koncesje na świadczenie usług), które nie podlegają przepisom szczególnym, jak i zamówień, które wprawdzie są uregulowane, lecz których wartość jest niższa niż ustanowione w poszczególnych dyrektywach progi.

19. Zatem byłoby całkowicie wbrew logice rynku wewnętrznego, gdyby państwa członkowskie mogły nie poddawać zamówień publicznych, których wartość przekracza progi finansowe, jakimkolwiek wymogowi ogłoszenia, jedynie z tego powodu, że dane usługi objęte są załącznikiem I B dyrektywy, gdy jednocześnie prawo wspólnotowe wymaga w takich przypadkach odpowiedniego ogłoszenia, nawet wówczas gdy zamówienie

wienia nie podlegają dyrektywie z racji swojej konstrukcji lub wartości.

20. Krajowe środki mogłyby być poddawane ocenie w świetle przepisów dyrektywy, a nie postanowień traktatu jedynie wtedy, gdyby dyrektywa dokonywała wyczerpującej harmonizacji.

21. Jeśli chodzi o argument, że zamierzony przez nią cel mógłby zostać osiągnięty jedynie przy pomocy działań prawodawczych, Komisja podnosi, że dyrektywa nie może stanowić odstępstwa od prawa pierwotnego. Obowiązki wynikające z prawa pierwotnego pokrywają również swym zakresem obowiązki wynikające z dyrektyw. Celem prawa pochodnego jest uzupełnienie prawa pierwotnego i ułatwienie osiągnięcia ustanowionych w nim celów.

22. Wreszcie Komisja podkreśla, że prawo pierwotne zawiera znacznie mniej surowe przepisy, niż dyrektywa. Wbrew temu, co sądzą interwenienci, Komisja nie wymaga ogłaszania w każdym przypadku. Komisja nie wymaga również, by Irlandia stosowała do usług niepriorytetowych przepisy obowiązujące w stosunku do usług priorytetowych.

23. Jeśli chodzi o kwestię pewności prawa, Komisja przypomina, że przestrzeganie ograniczeń nałożonych przez prawo pierwotne w dziedzinie zamówień publicznych nie jest niczym nadzwyczajnym.

B — *Irlandia*

24. Irlandia kwestionuje prawidłowość argumentacji Komisji. Z jednej strony uważa ona, że orzecznictwo, na które powołuje się Komisja, nie jest istotne w okolicznościach niniejszej sprawy i dowodzi tego, komentując poszczególne wyroki oraz argumentację Komisji w tych sprawach. Z drugiej strony środki podejmowane przez Irlandię powinny być oceniane z uwzględnieniem obowiązki w stosunku do nich dyrektywy 92/50, a nie z punktu widzenia podstawowych swobód.

25. Ponadto działanie Komisji narusza zdaniem Irlandii zasady: przejrzystości, ochrony uzasadnionych oczekiwań i pewności prawa. Zamiast przedstawić projekt odpowiedniej zmiany dyrektywy, do czego zobowiązuje ją art. 43, Komisja goni za „mglistymi koncepcjami”. W dodatku Komisja zaniebdła umieszczenia odpowiedniej zmiany

w projekcie, na podstawie którego uchwalona została w 2004 r. dyrektywa 2004/18/WE.

26. Komisja usiłuje doprowadzić do tego, by Trybunał występował w roli ustawodawcy zamiast Rady. Próbuje nałożyć na Irlandię obowiązki, które dyrektywa 92/50 wyraźnie wykluczyła. Narusza ona tym samym równowagę instytucjonalną. Jeśli z zasady równego traktowania Komisja wyprowadzi obowiązek publikowania ogłoszenia o zamówieniu, podany zostanie w wątpliwość sens istnienia dyrektywy.

### C — *Interwenienci*

27. Do udziału w postępowaniu w charakterze interwenientów po stronie Irlandii przystąpiły: Królestwo Danii, Republika Finlandii, Republika Francuska i Królestwo Niderlandów.

28. Zdaniem rządów: duńskiego, fińskiego, francuskiego i niderlandzkiego do spornych usług zastosowanie mają wyłącznie art. 14 i 16 dyrektywy 92/50. Zatem inne przepisy nie obowiązują w odniesieniu do usług

niepriorytetowych. Z orzecznictwa Trybunału również nie można wywnioskować istnienia obowiązku publikowania ogłoszenia o zamówieniu w każdym przypadku. Należy również przywołać wymogi zasady pewności prawa, którą narusza szeroka interpretacja, której broni Komisja. W tych okolicznościach podniesiono również, że naruszenie przepisów proceduralnych przez instytucje zamawiające wiąże się z koniecznością wypłacenia przez nie odszkodowania.

29. Obowiązku stosowania konkretnej procedury przetargowej nie da się wyinterpretować zdaniem rządu duńskiego ani z art. 3 dyrektywy, ani z art. 12 WE, 43 WE i 49 WE. Poddawanie usług niepriorytetowych szczegółowym przepisom proceduralnym naruszałoby ponadto zasady proporcjonalności i subsydiarności.

30. Środki krajowe należy oceniać jedynie w oparciu o przepisy harmonizujące, a nie również na podstawie prawa pierwotnego. Ponadto Komisja powinna była, logicznie rzecz biorąc, zgodnie ze swym rozumowaniem prawnym zakwestionować ważność dyrektywy.

31. Interwenienci zwracają po pierwsze uwagę na genezę i cele dyrektywy 92/50. Po drugie przypominają — po części poprzez odesłanie do obowiązku dokonania przeglądu w myśl dyrektywy 92/50 — że sama Komisja nie włączyła do swojego projektu zmiany

dyrektyw dotyczących zamówień publicznych, na podstawie którego uchwalona została między innymi dyrektywa 2004/18/WE, żadnej zmiany systemu, na podstawie którego usługi niepriorytetowe wciąż podlegają uproszczonemu reżimowi.

zamówienie podlega zakresowi dyrektywy 92/50 i czy ma do niego zastosowanie szczególny reżim, należy jeszcze wyjaśnić, które z pozostałych przepisów prawa wspólnotowego należy dodatkowo zastosować jako kryterium oceny. W przypadku skargi bezpośredniej, jaką jest skarga o stwierdzenie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego, kryteria oceny określone są we wniosku skarżącego, a więc w tym przypadku Komisji.

## V — Ocena

*A — Przedmiot niniejszego postępowania w sprawie stwierdzenia uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego*

32. Jeśli chodzi o przedmiot niniejszego postępowania o stwierdzenie uchybienia, strony nie kwestionują szeregu kwestii. Dotyczy to z jednej strony faktu, że sporne zamówienie należy do klasy 913 CPC (Central Product Classification). Należy ona do kategorii 27 „inne usługi” załącznika I B dyrektywy 92/50. Zatem należy ją zakwalifikować jako usługę niepriorytetową. Jest ponadto jasne, że w niniejszym przypadku odpowiedni próg, określony w art. 7 ust. 1 lit. a) dyrektywy 92/50, został przekroczony.

33. O ile zatem można stosunkowo łatwo udzielić odpowiedzi na pytanie, czy sporne

34. Jak wynika ze skargi, Komisja wnosi o stwierdzenie podwójnego uchybienia. Po pierwsze podnosi ona naruszenie podstawowych swobód, a w szczególności art. 43 WE i 49 WE. Po drugie podnosi ona naruszenie ogólnych zasad prawa wspólnotowego, w szczególności zaś zasady przejrzystości i równego traktowania (niedyskryminacji).

35. Ponadto w toku postępowania przed Trybunałem powołano się dodatkowo na jeszcze jeden przepis, a mianowicie art. 3 ust. 2 dyrektywy 92/50. Zgodnie z tym przepisem instytucje zamawiające zapewniają, aby nie istniała dyskryminacja między usługodawcami.

36. Komisja stara się wywieść z tego przepisu zasadę obowiązującą w stosunku do każdego rodzaju usług, a więc również w stosunku do przedmiotu niniejszego postępowania, tj. usług niepriorytetowych.

37. Jednakże Komisja nie zawarła w swojej skardze naruszenia art. 3 ust. 2 dyrektywy 92/50. Wprawdzie jest w skardze Komisji wzmianka na temat tego przepisu<sup>6</sup>, lecz to nie wystarczy. Poprzez przywołanie tego przepisu Komisja pragnęła jedynie wykazać, że nawet sama dyrektywa nakłada zakaz dyskryminacji. Komisja mogła uważać to za potwierdzenie faktu, że państwa członkowskie powinny przestrzegać odpowiednich zasad prawa. Do tego dochodzi okoliczność, że w uzasadnionej opinii Komisja wskazała jedynie na naruszenie art. 43 WE i 49 WE.

38. Jeśli chodzi o naruszenie ogólnych zasad prawa, to Komisja zajmuje się tą kwestią nie tylko w ramach oceny prawnej okoliczności faktycznych, lecz również w sekcji skargi, w której podsumowuje ona ostatecznie przepisy, które jej zdaniem zostały naruszone (pkt 56). Dotyczy to również zarzutu naruszenia art. 43 WE i 49 WE.

39. Zatem nie ma konieczności zajmowania się w dalszej części kwestią, jakie skutki prawne wywiera art. 3 ust. 2 dyrektywy 92/50 na tzw. usługi „niepriorytetowe”.

B — Czy prawo pierwotne uzupełnia dyrektywy?

40. Niniejsze postępowanie nie dotyczy wyjaśnionego już — przynajmniej co do zasady — zagadnienia, iż prawo pierwotne należy stosować poza zakresem przedmiotowym dyrektyw w sprawie zamówień publicznych. Zgodnie z orzecznictwem Trybunału<sup>7</sup> postanowienia prawa pierwotnego znajdują bowiem zastosowanie, gdy zamówienie nie podlega żadnej z dyrektyw. Tu chodzi natomiast o to, czy postanowienia prawa pierwotnego mają zastosowanie również do sytuacji podlegających zakresowi dyrektyw.

41. Ten problem prawny nie jest jednak całkowicie nowy. Przypomnijmy sobie orzecznictwo Trybunału, zgodnie z którym postanowienia prawa pierwotnego, w szczególności zaś podstawowe swobody, mają również zastosowanie do zamówień, które są objęte zakresem dyrektyw w sprawie zamówień publicznych.

42. I tak Trybunał orzekł w postępowaniu o stwierdzenie uchybienia, również dotyczącym Irlandii, „że zezwalając na zamieszczenie w dokumentacji przetargowej dotyczącej zamówienia na roboty budowlane,

6 — Punkt 43.

7 — Wyżej przywołany w przypisie 5 wyrok w sprawie C-231/03, pkt 16 i wyrok z dnia 20 października 2005 r. w sprawie C-264/03 Komisja przeciwko Francji, Zb.Orz. str. I-8831, pkt 32.



klauzuli [...], Irlandia uchybiła zobowiązaniom, które na niej ciąży na mocy art. 30 traktatu EWG”<sup>8</sup>. Podobnie orzekł Trybunał w innym postępowaniu o stwierdzenie uchybienia: w sprawie dotyczącej Storebælt Trybunał stwierdził naruszenie art. 30, 48 i 59 traktatu EWG<sup>9</sup>.

43. Do tego należy dodać bardzo świeży wyrok wydany w postępowaniu o stwierdzenie uchybienia, w którym Trybunał stwierdził naruszenie art. 49 WE. Podobnie jak w sprawie dotyczącej Storebælt chodziło o treść specyfikacji przetargowej, a w szczególności o subkryteria kryteriów udzielenia zamówienia<sup>10</sup>.

44. Zasadę wyczerpującej lub uzupełniającej interpretacji dyrektyw poprzez prawo pierwotne Trybunał potwierdził również w innych okolicznościach.

45. Cennej wskazówki udziela tu wyrok w sprawie Hospital Ingenieure. Trybunał orzekł w tej sprawie, że „choć dyrektywa 92/50 nie zawiera, poza obowiązkiem podania uzasadnienia, żadnych przepisów

szczegółowo odnoszących się do materialnych i formalnych warunków wydania decyzji o unieważnieniu przetargu, nie zmienia to faktu, że decyzja taka podlega podstawowym zasadom prawa wspólnotowego, w szczególności zaś zasadom utrwalonym w traktacie WE dotyczącym prawa przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług”<sup>11</sup>.

46. W pkt 47 tegoż wyroku Trybunał poprzestaje jedynie na ogólnym stwierdzeniu, że: „choć dyrektywa 92/50 nie reguluje w sposób szczególny szczegółowych zasad unieważnienia przetargu na zamówienie publiczne na usługi [...]”.

47. W jeszcze innym orzeczeniu<sup>12</sup> Trybunał potwierdził zasadę uzupełniającego odwołania się do prawa pierwotnego. Fakt, że w tym celu obrona została forma postanowienia pokazuje, że Trybunał uznał przynajmniej tę kwestię za rozstrzygniętą.

48. W podobny sposób Trybunał orzekł w wyroku w sprawie Makedoniko Metro, że „nawet jeżeli dyrektywy w sprawie zamówień publicznych nie zawierają *żadnych przepisów mających szczególne zastosowanie*, postępowania w sprawie udzielenia zamówień

8 — Wyrok z dnia 22 września 1988 r. w sprawie 45/87 Komisja przeciwko Irlandii, Rec. str. I-4929, pkt 27.

9 — Wyrok z dnia 22 czerwca 1993 r. w sprawie C-243/89 Komisja przeciwko Danii, Rec. str. I-3353.

10 — Wyroki z dnia 27 października 2005 r. w sprawie C-158/03 Komisja przeciwko Hiszpanii, niepublikowany w Zbiorze, Dz.U. C 330, str. I i w równoległym postępowaniu w sprawie C-234/03 Contse i in., Zb.Orz. str. I-9315.

11 — Wyrok z dnia 18 czerwca 2002 r. w sprawie C-92/00 HI, Rec. str. I-5553, pkt 42.

12 — Postanowienie z dnia 16 października 2003 r. w sprawie C-244/02 Kauppatalo Handel Oy, Rec. str. I-12139, pkt 31 i 33.

publicznych podlegają ogólnym zasadom prawa wspólnotowego”<sup>13</sup>.

49. Wprawdzie przywoływany w niniejszym postępowaniu wyrok w sprawie Unitron<sup>14</sup> dotyczył również zasady przejrzystości, lecz w postępowaniu tym chodziło o zakaz dyskryminacji ze względu na przynależność państwową, a nie o równe traktowanie jako ogólną zasadę prawa, czyli o zasadę równości.

50. Można zatem przyjąć, że zasada, zgodnie z którą prawo pierwotne ma również zastosowanie do takich zamówień, które podlegają dyrektywom w sprawie zamówień publicznych, została potwierdzona przez Trybunał. Należy jednak zbadać zakres tej zasady. I tak zgodnie z zasadą określającą stosunki między prawem pierwotnym a prawem pochodnym stosowanie prawa pierwotnego jest wykluczone, jeżeli okoliczności faktyczne są wyczerpująco uregulowane przepisami prawa pochodnego<sup>15</sup>. Istnieją zatem w prawie wspólnotowym granice uzupełniającego stosowania prawa pierwotnego.

51. O ile w międzyczasie orzecznictwo Trybunału wyjaśniło również, że treść warunków udzielenia zamówienia i warunki unieważnienia przetargu nie są wyczerpująco uregulowane w dyrektywach w sprawie zamówień publicznych, wciąż pozostaje do zbadania kwestia, jak należy oceniać uregulowania dotyczące przejrzystości w odniesieniu do usług niepriorytetowych.

*C — Czy dyrektywa 92/50 reguluje w sposób wyczerpujący obowiązek przejrzystości w odniesieniu do usług niepriorytetowych?*

52. Charakterystyczną cechą niniejszego postępowania jest to, że chodzi w nim o zastosowanie prawa pierwotnego w stosunku do udzielenia zamówienia, które podlega szczególnemu reżimowi ustanowionemu w jednej z dyrektyw w sprawie zamówień publicznych.

53. Kategoria usług niepriorytetowych nie jest zresztą jedyną kategorią zamówień, dla których przewidziano w dyrektywach w sprawie zamówień publicznych szczególnie reżim. I tak dyrektywa Rady 93/37/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. dotycząca koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane<sup>16</sup> (zwana dalej

13 — Wyrok z dnia 23 stycznia 2003 r. w sprawie C-57/01 Makedoniko Metro i Michaniki, Rec. str. I-1091, pkt 69, wyróżnienie moje.

14 — Wyrok z dnia 18 listopada 1999 r. w sprawie C-275/98 Unitron Scandinavia i 3-S, Rec. str. I-8291, pkt 30 i nast.

15 — Wyroki: z dnia 12 października 1993 r. w sprawie C-37/92 Vanacker i Lesage, Rec. str. I-4947, pkt 9; z dnia 13 grudnia 2001 r. w sprawie C-324/99 DaimlerChrysler, Rec. str. I-9897, pkt 32 i z dnia 11 grudnia 2003 r. w sprawie C-322/01 Deutscher Apothekerverband, Rec. str. I-14887, pkt 64.

16 — Dz.U. L 199, str. 54.

„dyrektywą w sprawie robót budowlanych”) zawiera uproszczony reżim dla koncesji na roboty budowlane. Podobnie jak art. 9 dyrektywy 92/50 art. 3 ust. 1 tej dyrektywy stanowi, które wymagania dyrektywy należy stosować. Inaczej niż w przypadku przepisów dyrektywy 92/50 dotyczących usług niepriorytetowych dyrektywa w sprawie robót budowlanych poddaje koncesje budowlane obowiązkowi ogłoszenia, określając minimalne wymagania co do jego zawartości (art. 11 dyrektywy 93/37).

54. Gwoli jasności należy zaznaczyć, że w niniejszym postępowaniu nie chodzi o to, czy obowiązki nałożone przez dyrektywę 92/50 w odniesieniu do usług priorytetowych obowiązują również w stosunku do usług niepriorytetowych, czyli czy należy takie wymagania stosować bezpośrednio albo chociaż per analogiam.

55. Należy również zaznaczyć, że nie chodzi o ustalenie, czy cała dyrektywa powinna zostać uznana za akt wyczerpującej harmonizacji, lecz o to, czy decydujący aspekt jest tak uregulowany. Jest zresztą cechą charakterystyczną dla prawa wspólnotowego, że dyrektywy zawierają wyczerpujące regulacje w stosunku do pewnych zagadnień, a w stosunku do innych nie<sup>17</sup>. I tak Trybunał orzekł w odniesieniu do jednej z dyrektyw w sprawie zamówień publicznych, że nie stworzyła ona jednolitej i wyczerpującej

regulacji wspólnotowej i że państwa członkowskie powinny przestrzegać wszelkich właściwych przepisów prawa wspólnotowego<sup>18</sup>.

56. Wymogi prawa pierwotnego należy stosować do zamówień na usługi niepriorytetowe w takim zakresie, w jakim w *tym względzie* nie istnieje wyczerpująca harmonizacja. Nie jest jednak warunkiem koniecznym, by dyrektywa 92/50 w odniesieniu do usług niepriorytetowych w całości nie zakładała wyczerpującej harmonizacji. W niniejszym postępowaniu należy jedynie zbadać, czy kwestie dotyczące przejrzystości są w dyrektywie 92/50 uregulowane w sposób wyczerpujący, jak twierdzą Irlandia, Francja i Niderlandy. Jeśli by tak nie było, miałyby zastosowanie przedstawione powyżej orzecznictwo Trybunału w zakresie kryteriów udzielenia zamówienia i unieważnienia przetargu.

57. Należy ponadto przywołać w związku z tym wyrok w sprawie Contse i in., w którym Trybunał wyszedł z założenia, że podstawowe swobody mają zastosowanie do usług niepriorytetowych. Na marginesie zauważę jedynie, że ze względu na odesłanie w art. 9 dyrektywy 92/50, nawet regulacje dyrektywy 92/50, które muszą zostać uzupełnione, nie mają zastosowania do usług niepriorytetowych.

17 — Zobacz na przykład wyroki: z dnia 19 marca 1998 r. w sprawie C-1/96 Compassion in World Farming, Rec. str. I-1251, pkt 55 i nast. i z dnia 14 grudnia 2004 r. w sprawie C-309/02 Radlberger Getränkegesellschaft i Spitz, Zb.Orz. str. I-11763, pkt 53 i nast.

18 — W odniesieniu do dyrektywy w sprawie robót budowlanych z 1971 r.: wyrok z dnia 9 lipca 1987 r. w sprawach połączonych od 27/86 do 29/86 SA Constructions et entreprises industrielles i in., Rec. str. 3347, pkt 15.

58. W niniejszym postępowaniu nie chodzi jednak o konstrukcję kryteriów udzielenia zamówienia czy unieważnienia, lecz o bardzo konkretny aspekt przejrzystości, a mianowicie o uprzednie ogłoszenie o zamówieniu. Kwestia, czy dyrektywa 92/50 harmonizuje w sposób wyczerpujący ten istotny aspekt obowiązku przejrzystości, należy zgodnie z orzecznictwem Trybunału rozpatrywać, biorąc pod uwagę brzmienie danego przepisu, kontekst, w jakim występuje, i cele regulacji, w skład której wchodzi<sup>19</sup>.

59. Jak już Trybunał orzekł, należy wyjść od interpretacji motywu dwudziestego pierwszego i art. 9 dyrektywy 92/50<sup>20</sup>.

60. Motyw dwudziesty pierwszy dyrektywy 92/50 stanowi, że pełne stosowanie tej dyrektywy musi być przez okres przejściowy ograniczone do zamówień na te usługi, względem których jej przepisy umożliwiają wykorzystanie wszystkich możliwości rozwoju handlu transgranicznego, natomiast dla zamówień na inne usługi stworzono jedynie mechanizm monitorowania.

61. Brzmienie centralnego przepisu, tj. art. 9 dyrektywy 92/50 jasno wskazuje, że zamówień na usługi niepriorytetowe udziela się zgodnie z wyrażnie wskazanymi przepisami. Są nimi art. 14 i 16. O ile art. 14 ustanawia „wspólne reguły w dziedzinie technicznej”, art. 16 reguluje *niektóre* aspekty zasady przejrzystości. W odniesieniu do przejrzystości w zakresie usług niepriorytetowych ustawodawca wspólnotowy nie odsyła zatem do całego tytułu V dyrektywy, zatytułowanego „Wspólne reguły dotyczące ogłoszeń”, lecz jedynie do części tego tytułu.

62. Tak więc ustawodawca wspólnotowy świadomie zdecydował, by w stosunku do usług niepriorytetowych wprowadzić jedynie niektóre obowiązki z zakresu przejrzystości. I tak art. 16 ust. 1 ustanawia obowiązek przesłania wyników przeprowadzonego postępowania do Urzędu ds. Publikacji.

63. Decyzja ustawodawcy wspólnotowego, by nie zamieścić odesłania do ważnego przepisu art. 11, ma zasadnicze znaczenie dla niniejszego postępowania. Przepis ten określa między innymi warunki, na jakich instytucja zamawiająca może wybrać procedurę negocjacyjną bez ogłoszenia o zamówieniu. Umożliwia to udzielenie tzw. zamówienia z wolnej ręki lub bezpośrednio, a zatem udzielenie zamówienia bez ogłoszenia. Warunki te nie zostały więc przyjęte również dla usług niepriorytetowych.

19 — Wyżej przywołany w przypisie 17 wyrok w sprawie C-1/96, pkt 55 i nast. i wyrok z dnia 19 października 1995 r. w sprawie C-128/94 Höfnig, Rec. str. I-3389, pkt 9.

20 — Wyrok z dnia 14 listopada 2002 r. w sprawie C-411/00 Swoboda Felix, Rec. str. I-10567, pkt 46 i nast.

64. Zgodnie z art. 16 ust. 2 przepisy art. 17–20 mają zastosowanie jedynie do usług priorytetowych. Przepisy te regulują zasadniczo wzory ogłoszeń, które należy stosować oraz terminy, których należy przestrzegać.

65. Tak więc opinia Komisji, że art. 14 i 16 dyrektywy nie regulują aspektu będącego przedmiotem niniejszego postępowania, jest słuszna. Komisja wyciąga jednak z tego pośpiesznie wniosek, że wkracza w ten sposób do gry prawo pierwotne. Natomiast należałoby najpierw zbadać, czy z faktu, że wyraźnie uregulowano jedynie konkretne aspekty, należy wnioskować, że nie ma wyczerpującej harmonizacji.

66. To jest kwestia poprzedzająca pytanie, czy w stosunku do usług niepriorytetowych choć wprawdzie nie trzeba stosować surowych przepisów dyrektywy 92/50, to czy należy stosować przynajmniej mniej surowe przepisy prawa pierwotnego.

67. W odniesieniu do tej kwestii wstępnej należy odpowiedzieć, że dyrektywa 92/50, w odniesieniu do przejrzystości w zakresie udzielania zamówień na usługi niepriorytetowe nie zawiera żadnych wyczerpujących regulacji, i że należy posłużyć się uzupełniająco prawem pierwotnym.

68. Odwrotne podejście doprowadziłoby w przeciwnym razie do tego, że zamówienia, które w ogóle nie podlegają zakresowi dyrektywy 92/50, jak na przykład koncesje na świadczenie usług, poddane by były surowszym wymogom, tj. wymogom wynikającym z orzecznictwa Telaustria i Coname, niż usługi niepriorytetowe. Alternatywne rozwiązanie mogłoby polegać na obniżeniu standardów, tj. stopnia przejrzystości, dla zamówień niewchodzących w zakres dyrektywy, oraz na stosowaniu do usług niepriorytetowych tego obniżonego standardu, lub nieco wyższego w stosunku do standardu opisanego powyżej.

*D — Konkretna treść przepisu, którego naruszenia miano się dopuścić*

69. W celu stwierdzenia naruszenia prawa wspólnotowego Trybunał musi najpierw zbadać treść przepisu, o którego naruszenie chodzi. Nie można bowiem ocenić zachowania danego państwa członkowskiego, jeśli nie określi się precyzyjnie kryterium oceny.

70. W ramach skargi bezpośredniej, takiej jak w niniejszym postępowaniu o stwierdzenie uchybienia, skarżąca, a więc w tym przypadku Komisja, musi bliżej wyjaśnić,

na czym polegało zobowiązanie pozwanego państwa członkowskiego.

71. W trakcie procedury pisemnej Komisja nie ograniczyła się wprawdzie do wskazania zobowiązań wynikających z art. 43 WE i 49 WE oraz określonych zasad, lecz przynajmniej zaznaczyła, że zgodnie z orzecznictwem Trybunału wypracowanym na podstawie tych wymogów prawa pierwotnego należy zapewnić odpowiedni stopień przejrzystości, jednak zasadniczo na tym Komisja poprzestała.

72. Komisja przywołuje w związku z tym wyrok<sup>21</sup> dotyczący dwóch postępowań o stwierdzenie uchybienia. Należy w tym względzie zauważyć, że w obu tych postępowaniach istniało jasne zobowiązanie na mocy dyrektywy 93/37. Dyrektywa ta zawierała wyraźny obowiązek publikacji ogłoszenia o zamówieniu, co do którego określona była nawet w niektórych wzorach minimalna zawartość.

73. W niniejszym postępowaniu brak jest właśnie takich zobowiązań zawartych w prawie wspólnotowym. Obowiązująca w tym zakresie dyrektywa nie przewiduje

uprzedniego ogłoszenia. Dotyczy to również orzecznictwa w przedmiocie podstawowych swobód i ogólnych zasad, na które powoływano się często w toku postępowania. Również z najświeższego precedensowego wyroku Trybunału dotyczącego omawianego problemu, tj. z wyroku w sprawie Coname można wysnuć jedynie ogólnie sformułowane zasady, a nie jakiegokolwiek konkretne zobowiązania.

74. Gdyby niniejsze postępowanie dotyczyło zgodności aktu prawa krajowego w sprawie zamówień publicznych, można by przyjąć bardziej pobłażliwy stosunek do ciężaru dowodu spoczywającego na skarżącej. W postępowaniu tym chodzi jednak o przewinę dotyczącą konkretnego zachowania, tj. konkretnego zamówienia. Wywody Komisji powinny być również odpowiednio konkretne.

75. Niniejsze postępowanie o stwierdzenie uchybienia dotyczy wprawdzie de iure pojedynczego przypadku, jednak chodzi w nim o zagadnienie prawne mające ogólne znaczenie praktyczne. Jak liczne poszczególne instytucje zamawiające i udzielające koncesji w państwach członkowskich powinny kształtować swą praktykę, jeżeli ramy prawne są tak bardzo nieokreślone i nawet Komisja, która wszczyna przeciwko państwu członkowskim postępowania o stwierdzenie uchybienia — co obejmuje również postępowania administracyjne poprzedzające wniesienie skargi — nie może lub nie chce wskazać konkretnie, których przepisów należy w szczególności przestrzegać? Okoliczność, iż jeszcze przed paroma tygodniami, wobec braku

21 — Wyrok z dnia 27 października 2005 r. w sprawach połączonych C-187/04 i C-188/04 Komisja przeciwko Włochom, niepublikowany w Zbiorze, Dz.U. C 36, str. 11.

komunikatu wyjaśniającego w tej sprawie, nie było jasne, jakie jest dokładnie stanowisko Komisji, nie może działać na niekorzyść zainteresowanych państw członkowskich. Okoliczność ta powinna była właśnie skłonić Komisję do udzielenia konkretnych wskazań w przedmiocie treści zobowiązania, którego naruszenie zarzuca.

76. Jeśli spojrzeć na to w ten sposób, stwierdzenie rzecznika generalnego Jakobsa w innym postępowaniu o stwierdzenie uchybienia można odnieść do Komisji również w tej sprawie: „[...] nie wskazała [ona] jednak, w jaki konkretnie sposób wymogi te mogą być spełniane”<sup>22</sup>.

77. Zasada, zgodnie z którą należy zachować określony stopień przejrzystości, oznacza więc co do zasady publikację ogłoszenia o zamówieniu (o przetargu). Istnieje oczywiście szereg wyjątków i uzasadnień, którymi zajmowałam się już obszernie w opinii w sprawie Coname<sup>23</sup> i w opinii z dnia dzisiejszego w równoległym postępowaniu w sprawie C-532/03<sup>24</sup>. Należy zatem zbadać w dalszej części, czy w niniejszym postępowaniu zachodzi jeden z tych wyjątków lub stosuje się jedno z uzasadnień. Ponieważ Trybunał nie rozpatruje tych kwestii z urzędu, poniższy wywód ogranicza się do istotnych argumentów podniesionych w ramach postępowania.

22 — Opinia rzecznika generalnego F.G. Jacobsa z dnia 21 kwietnia 2005 r. w sprawie C-174/03 Impresa Portuale di Cagliari, Zb.Orz. str. I-2443, pkt 77.

23 — Opinia z dnia 12 kwietnia 2005 r. w sprawie C-231/03 Coname, pkt 58 i nast.

24 — Punkt 86 i nast.

78. Należy po pierwsze zauważyć, że pozwane państwo członkowskie nie było w stanie wskazać żadnego uzasadnienia przewidzianego wyraźnie w traktacie lub uznanego w orzecznictwie. Tak samo rzecz się ma w odniesieniu do obowiązywania w tym zakresie jednego z wyjątków określonych w dyrektywie<sup>25</sup>.

79. Nie można wykluczyć, że istnieją przypadki, w których udzielenie zamówienia może się odbyć bez uprzedniego ogłoszenia, tj. bez ogłoszenia o przetargu. Takie okoliczności nie zachodziły jednak w niniejszym przypadku, a przynajmniej nie wykazano ich istnienia.

80. Nawet fakt, że stopień przejrzystości zależy od konkretnych okoliczności zamówienia, takich jak przedmiot i wartość, nie powoduje w niniejszym przypadku tego, że można było pominąć obowiązek jakiegokolwiek formy ogłoszenia.

81. Należy też zająć się argumentacją Irlandii, zgodnie z którą działania Komisji naruszają zasady uzasadnionych oczekiwań i pewności prawa. W tym względzie należy zwrócić uwagę na pewną okoliczność, o której nie

25 — Na przykład art. 11 ust. 3 dyrektywy 92/50 oraz art. 31 dyrektywy 2004/18/WE.

było mowy w toku postępowania. Pozwane państwo członkowskie przyjęło zaskarżone przez Komisję środki już w maju 1999 r., podczas gdy wyrok w sprawie Telaustria, w którym wyodrębniono zasadę prawa pierwotnego dotyczącą przejrzystości, wydany został dopiero w 2000 r.

82. Należy jednak w tym względzie przypomnieć, że wyroki w sprawie wykładni wydane w trybie prejudycjalnym, na podstawie art. 234 WE, co do zasady, działają wstecz. W wyrokach w sprawie Telaustria i Coname nie uczyniono żadnego wyjątku od tej zasady. Możliwości takiej nie przewiduje procedura postępowania o stwierdzenie uchybienia na podstawie art. 226 WE.

83. Zagadnienia prawne dotyczące oceny Trybunału w wyrokach, w których stwierdził on obowiązywanie w stosunku do państw członkowskich zasad, których dotąd się nie spodziewano, mogłyby zostać ewentualnie rozstrzygnięte w kolejnym postępowaniu o stwierdzenie uchybienia, na podstawie art. 228 WE, jednakże jedynie gdyby nie wykonano wyroku wydanego w niniejszym postępowaniu. Można by wziąć tę okoliczność pod uwagę przy ustalaniu kary pieniężnej.

84. Podsumowując, badanie stanu faktycznego, co do którego Komisja zgłaszała zastrzeżenia, doprowadziło do wniosku, że nie istniały żadne okoliczności pozwalające na świadczenie spornych usług bez jakiegokolwiek formy ogłoszenia.

## VI — Koszty

85. Zgodnie z art. 69 § 2 regulaminu kosztami zostaje obciążona strona przegrywająca sprawę. Ponieważ Komisja wniosła o obciążenie Irlandii kosztami postępowania, a Irlandia przegrała sprawę, należy obciążyć ją kosztami Komisji.

86. Królestwo Danii, Republika Finlandii, Republika Francuska i Królestwo Niderlandów brały udział w postępowaniu w charakterze interwenientów. W myśl art. 69 § 4 akapit pierwszy regulaminu interwenienci pokrywają własne koszty.



## VII — Wnioski

87. W świetle powyższych rozważań proponuję, by Trybunał:

- 1) stwierdził, że zlecając świadczenie usług An Post bez uprzedniego ogłoszenia o zamówieniu, pomimo faktu, że nie istniały żadne okoliczności pozwalające na uczynienie tego bez jakiegokolwiek formy ogłoszenia, Irlandia uchybiła zobowiązaniom, które na niej ciążyą na mocy traktatu;
- 2) obciążenie Irlandii kosztami Komisji;
- 3) stwierdzenie, że Królestwo Danii, Republika Finlandii, Republika Francuska i Królestwo Niderlandów ponoszą własne koszty.