

WYROK TRYBUNAŁU (druga izba)
z dnia 3 marca 2005 r.*

W sprawach połączonych C-21/03 i C-34/03

mających za przedmiot wnioski o wydanie, na podstawie art. 234 WE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożone przez Conseil d'État (Belgia), postanowieniami z dnia 27 grudnia 2002 r., które wpłynęły do Trybunału odpowiednio w dniach 29 i 22 stycznia 2003 r., w postępowaniach:

Fabricom SA

przeciwko

Państwu belgijskiemu,

TRYBUNAŁ (druga izba),

w składzie: C. W. A. Timmermans, prezes izby, (sprawozdawca), C. Gulmann, J.-P. Puissochet, N. Colneric i J. N. Cunha Rodrigues, sędziowie,

rzecznik generalny: P. Léger,
sekretarz: R. Grass,

* Język postępowania: francuski.

uwzględniając procedurę pisemną,

rozważywszy uwagi przedstawione:

- w imieniu Fabricom SA przez adwokatów J. Vanden Eynde i J.-M. Wolter,
- w imieniu rządu austriackiego przez M. Fruhmanna, działającego w charakterze pełnomocnika,
- w imieniu rządu fińskiego przez T. Pynnę, działającą w charakterze pełnomocnika,
- w imieniu Komisji Wspólnot Europejskich przez K. Wiednera i B. Stromsky'ego, działających w charakterze pełnomocników,

po zapoznaniu się z opinią rzecznika generalnego na posiedzeniu w dniu 11 listopada 2004 r.,

wydaje następujący

Wyrok

- 1 Wnioski o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczą wykładni 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, str. 1), zmienionej dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 97/52/WE z dnia 13 października 1997 r. (Dz.U. L 328, str. 1, zwanej dalej „dyrektywą 92/50”), w szczególności jej art. 3 ust. 2; dyrektywy Rady 93/36/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy (Dz.U. L 199, str. 1), zmienionej dyrektywą 97/52 (zwanej dalej „dyrektywą 93/36”), a w szczególności jej art. 5 ust. 7; dyrektywy Rady 93/37/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (Dz.U. L 199, str. 54), zmienionej dyrektywą 97/52 (zwanej dalej „dyrektywą 93/37”), w szczególności jej art. 6 ust. 6; jak również 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, str. 84), zmienionej dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 98/4/WE z dnia 16 lutego 1998 r. (Dz.U. L 101, str. 1, zwanej dalej „dyrektywą 93/38”), w szczególności jej art. 4 ust. 2, w związku z zasadą proporcjonalności, wolnością handlu i przemysłu oraz z ochroną prawa własności. Wnioski te dotyczą ponadto wykładni 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, str. 33), w szczególności jej art. 2 ust. 1 lit. a) oraz art. 5, jak również dyrektywy Rady 92/13/EWG z dnia 25 lutego 1992 r. koordynującej przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne odnoszące się do stosowania przepisów wspólnotowych w procedurach zamówień publicznych podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (Dz.U. L 76, str. 14), w szczególności jej art. 1 i 2.

- 2 Wnioski te zostały złożone w ramach postępowań między Fabricom S.A. (zwaną dalej „Fabricom”) a państwem belgijskim w kwestii legalności przepisów krajowych, które w pewnych okolicznościach nie dopuszczają uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego osoby odpowiedzialnej za wykonanie prac przygotowawczych w ramach danego zamówienia publicznego lub przedsiębiorstwa z nią powiązanego.

Ramy prawne

Uregulowania wspólnotowe

- 3 Artykuł VI ust. 4 Porozumienia w sprawie zakupów rządowych, załączonego do decyzji Rady 94/800/WE z dnia 22 grudnia 1994 r. dotyczącej zawarcia w imieniu Wspólnoty Europejskiej w dziedzinach wchodzących w zakres jej kompetencji porozumień, będących wynikiem negocjacji wielostronnych w ramach Rundy Urugwajskiej (1986–1994) (Dz.U. L 336, str. 1, zwanego dalej „porozumieniem w sprawie zakupów rządowych”), stanowi:

„Podmioty zamawiające nie mogą w sposób powodujący naruszenie zasad konkurencji uzyskiwać ani wykorzystywać wskazówek, które mogą znaleźć zastosowanie w trakcie przygotowywania specyfikacji odnoszącej się do konkretnego zamówienia ze strony spółki mogącej mieć w tym zamówieniu interes gospodarczy.”

- 4 Zgodnie z art. 3 ust. 2 dyrektywy 92/50:

„Instytucje zamawiające zapewniają, aby nie istniała dyskryminacja między różnymi usługodawcami.”

- 5 Artykuł 5 ust. 7 dyrektywy 93/36 stanowi:

„Instytucje zamawiające zapewniają, że wszyscy dostawcy traktowani są w niedyskryminujący sposób.”

6 Artykuł 6 ust. 6 dyrektywy 93/37 stanowi:

„Instytucje zamawiające zapewniają, że wszyscy dostawcy traktowani będą w niedyskryminujący sposób.”

7 Zgodnie z art. 4 ust. 2 dyrektywy 93/38:

„Podmioty zamawiające są zobowiązane zagwarantować, że nie ma dyskryminacji pomiędzy różnymi dostawcami, wykonawcami lub usługodawcami.”

8 Motyw 10 dyrektywy 97/52, którego brzmienie jest w głównych zarysach powtórzone w motywie 13 dyrektywy 98/4 precyzuje:

„Instytucje zamawiające mają możliwość uzyskiwania i wykorzystywania wskazówek, które mogą być przydatne w ramach sporządzania specyfikacji dotyczących konkretnego zamówienia, pod warunkiem, że taka wskazówka nie narusza zasad konkurencji”.

9 Artykuł 2 dyrektywy 89/665 stanowi:

„1. Państwa Członkowskie zapewnią wprowadzenie do procedur odwoławczych określonych w art. 1, odpowiednich środków obejmujących prawo do:

- a) podjęcia, w możliwie najkrótszym terminie, w drodze zarządzenia tymczasowego, środków tymczasowych w celu naprawy domniemanego naruszenia lub zapobieżenia dalszym szkodom wobec podmiotów, których to dotyczy, w tym zawieszenia lub doprowadzenia do zawieszenia procedury udzielania zamówienia publicznego lub wykonania decyzji podjętych przez instytucje zamawiające;

[...]"

- 10 Zgodnie z art. 1 dyrektywy 92/13:

„1. Państwa Członkowskie podejmują konieczne środki w celu zapewnienia, że decyzje podjęte przez podmioty zamawiające mogą być przedmiotem skutecznego oraz, w szczególności, możliwie jak najszybszego odwołania, zgodnie z warunkami określonymi w poniższych artykułach, w szczególności w art. 2. ust. 8, na takiej podstawie, że decyzje te naruszyły prawo wspólnotowe w dziedzinie zamówień lub przepisy krajowe wdrażające to prawo w zakresie:

- a) procedur udzielania zamówień objętych zakresem dyrektywy 90/531/EWG

oraz

- b) zgodności z art. 3. ust. 2 lit. a) niniejszej dyrektywy, w przypadku podmiotów zamawiających, do których przepis ten się stosuje.

2. Państwa Członkowskie zapewniają, że nie ma dyskryminacji między przedsiębiorstwami, mogącymi wystąpić z roszczeniami odszkodowawczymi w związku z procedurą udzielania zamówień w wyniku rozróżnienia dokonanego za pomocą niniejszej dyrektywy między przepisami krajowymi wdrażającymi prawo wspólnotowe, a pozostałymi przepisami krajowymi.

3. Państwa Członkowskie zapewniają, że procedury odwoławcze są dostępne, w ramach szczegółowych przepisów, które Państwa Członkowskie mogą ustanowić, co najmniej dla każdej osoby, która ma lub miała interes w uzyskaniu danego zamówienia i która została poszkodowana lub jest zagrożona poszkodowaniem w wyniku domniemanego naruszenia. W szczególności, Państwa Członkowskie mogą wymagać od osoby ubiegającej się o zastosowanie takiej procedury uprzedniego powiadomienia podmiotu zamawiającego o domniemanym naruszeniu przepisów i o zamiarze wniesienia odwołania.”

11 Artykuł 2 dyrektywy 92/13 stanowi:

„1. Państwa Członkowskie zapewniają, że środki podjęte w zakresie procedur odwoławczych określonych w art. 1, obejmują uprawnienia do:

albo

a) podjęcia, w najbliższym możliwym terminie w drodze zarządzenia tymczasowego, środków tymczasowych w celu skorygowania domniemanego naruszenia lub zapobieżenia dalszym naruszeniom w stosunku do zainteresowanych podmiotów, włącznie ze środkami mającymi na celu zawieszenie lub zapewnienie zawieszenia procedury udzielenia zamówienia lub wykonania jakiegokolwiek decyzji podjętej przez podmiot zamawiający

oraz

- b) uchylecia lub zapewnienia uchylecia bezprawnych decyzji, w tym usunięcia dyskryminujących specyfikacji technicznych, ekonomicznych lub finansowych zawartych w ogłoszeniu o zamówieniu, okresowych ogłoszeniach informacyjnych, ogłoszeniu w sprawie istnienia systemu kwalifikacji, zaproszeniu do składania ofert, dokumentacji zamówienia lub w jakimkolwiek innym dokumencie związanym z procedurą udzielenia danego zamówienia;

albo

- c) podjęcia, w jak najkrótszym terminie, jeżeli to możliwe w drodze zarządzenia tymczasowego i jeżeli to konieczne w drodze ostatecznej procedury przedmiotowej, środków innych niż przewidziane w lit. a) i b), w celu skorygowania wykrytego naruszenia i zapobieżeniu szkodom wobec podmiotów, których to dotyczy; w szczególności nakazaniu wypłaty określonej kwoty w przypadkach, gdzie naruszenie nie zostało skorygowane albo mu nie zapobieżono.

Państwa Członkowskie mogą dokonać tego wyboru albo w odniesieniu do wszystkich podmiotów zamawiających, albo w stosunku do kategorii podmiotów zdefiniowanych na podstawie obiektywnych kryteriów, w każdym przypadku zachowując skuteczność ustanowionych środków, w celu zapobieżenia szkodzi powstałej wobec podmiotów, których to dotyczy;

[...]"

Uregulowania krajowe

- 12 Artykuł 32 dekretu królewskiego z dnia 25 marca 1999 r. zmieniającego dekret królewski z dnia 8 stycznia 1996 r. w sprawie zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi oraz koncesji na roboty budowlane (*Moniteur belge* z dnia 9 kwietnia 1999 r., str. 11690, zwanego dalej „dekretem królewskim z dnia 25 marca 1999 r. zmieniającego dekret królewski z dnia 8 stycznia 1996 r.”) stanowi:

„[...]

1. Nie dopuszcza się do złożenia wniosku o uczestnictwo lub złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane, dostawy lub usługi przez osobę, na której spoczywał obowiązek wykonania prac o celach badawczych, eksperymentalnych, naukowych lub rozwojowych w zakresie tych robót budowlanych, dostaw i usług.

2. Przedsiębiorstwo powiązane z osobą, o której mowa w ust. 1 nie jest dopuszczane do złożenia wniosku o udział lub złożenia oferty, chyba że wykáže, iż z tego tytułu nie odniosło nieuzasadnionej korzyści mogącej zniekształcić normalne warunki konkurencji.

W rozumieniu niniejszego artykułu »przedsiębiorstwo powiązane« oznacza każde przedsiębiorstwo, na które osoba wymieniona w ust. 1 może wywierać, bezpośrednio lub pośrednio, dominujący wpływ lub przedsiębiorstwo, które może wywierać dominujący wpływ na tę osobę lub każde przedsiębiorstwo, które samo podlega dominującemu wpływowi innego przedsiębiorstwa w wyniku stosunku własności, udziału finansowego lub zasad określających jego status. Domniemywa się, że

przedsiębiorstwo pozostaje pod dominującym wpływem innego przedsiębiorstwa, jeżeli to drugie przedsiębiorstwo w sposób bezpośredni lub pośredni:

- 1° posiada większość subskrybowanego kapitału tego przedsiębiorstwa lub
- 2° dysponuje większością głosów przypadających na udziały tego przedsiębiorstwa lub
- 3° może powoływać ponad połowę członków organu administracyjnego, zarządzającego lub nadzorczego tego przedsiębiorstwa.

Przed ewentualnym odrzuceniem kandydatury danego przedsiębiorstwa z powodu domniemanej nieuzasadnionej korzyści instytucja zamawiająca wezwie listem poleconym do przedstawienia w terminie dwunastu dni kalendarzowych, chyba że w konkretnym przypadku wezwanie dopuszcza dłuższy termin, dowodów dotyczących w szczególności jego powiązań, stopnia niezależności, i wszelkich okoliczności pozwalających na stwierdzenie, że dominujący wpływ nie występuje lub że jest on bez konsekwencji dla danego zamówienia.

3. Ustępów 1 i 2 nie stosuje się:

- 1° do zamówień publicznych obejmujących jednocześnie opracowanie projektu i jego wykonanie;
- 2° do zamówień publicznych udzielanych w drodze procedury negocjacyjnej z pominięciem ogłoszeń przy wszczynaniu procedury w rozumieniu art. 17 ust. 2 ustawy.”

- 13 Artykuł 26 dekretu królewskiego z dnia 25 marca 1999 r., zmieniającego dekret królewski z dnia 10 stycznia 1996 r. w sprawie zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (*Moniteur belge* z dnia 28 kwietnia 1999 r., str. 14144, zwany dalej „dekretem królewskim z dnia 25 marca 1999 r. zmieniającym dekret królewski z dnia 10 stycznia 1996 r.”) jest w głównych zarysach powtórzeniem art. 32 dekretu królewskiego z dnia 25 marca 1999 r., zmieniającego dekret królewski z dnia 8 stycznia 1996 r.

Postępowania przed sądem krajowym i pytania prejudycjalne

- 14 Fabricom jest przedsiębiorstwem budowlanym, które regularnie przedkłada oferty w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych, w szczególności w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji.

Sprawa C-21/03

- 15 W drodze skargi wniesionej do Conseil d'État w dniu 25 czerwca 1999 r. Fabricom zwróciła się o stwierdzenie nieważności art. 26 dekretu królewskiego z dnia 25 marca 1999 r., zmieniającego dekret królewski z dnia 10 stycznia 1996 r.
- 16 Fabricom twierdzi, że przepis ten jest w szczególności sprzeczny z zasadą równego traktowania oferentów, zasadą skuteczności środka odwoławczego zagwarantowaną w dyrektywie 92/13, zasadą proporcjonalności, z wolnością handlu i przemysłu, a także z ochroną prawa własności, o której mowa w art. 1 Protokołu nr 1 do Europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, podpisanej w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r.

- 17 Państwo belgijskie zaprzecza zarzutom podniesionym przez Fabricom.
- 18 W odniesieniu do art. 26 dekretu królewskiego z dnia 25 marca 1999 r., zmieniającego dekret królewski z dnia 10 stycznia 1996 r., Conseil d'État wskazuje, że zgodnie z preambułą wspomnianego dekretu królewskiego oraz poprzedzającego ją sprawozdania wyjaśniającego przepis ten ma na celu uniemożliwienie osobie ubiegającej się o udzielenie zamówienia publicznego uzyskania w sposób sprzeczny z zasadami wolnej konkurencji korzyści z prac o celach badawczych, eksperymentalnych, naukowych lub rozwojowych związanych z tym zamówieniem.
- 19 Zdaniem Conseil d'État, przepis ten w formie zasady ogólnej i bez rozróżnień nie dopuszcza do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub do złożenia oferty osób, na których ciążył obowiązek wykonania tych prac o celach badawczych, eksperymentalnych, naukowych lub rozwojowych, a w konsekwencji przedsiębiorstw uważanych za powiązane z tą osobą. Przepis ten ponadto nie umożliwia tej osobie, w przeciwieństwie do przedsiębiorstwa powiązanego, udowodnienia, że w danym przypadku nie mogła ona uzyskać poprzez jedno z tych działań korzyści mogącej doprowadzić do nierówności między oferentami. Przepis ten nie zobowiązuje wyraźnie instytucji zamawiającej do wypowiedzenia się w wyznaczonym terminie w przedmiocie przedstawionych przez przedsiębiorstwo powiązane dowodów wskazujących, że dominujący wpływ nie występuje lub że jest on bez konsekwencji dla danego zamówienia.
- 20 Conseil d'État, zważywszy, że rozstrzygnięcie zawisłego przed nią sporu wymagało dokonania wykładni niektórych przepisów dyrektyw z zakresu zamówień publicznych, postanowiła zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:
- „1) Czy przepisy dyrektywy 93/38 [...], w szczególności jej art. 4 ust. 2, oraz dyrektywy 98/4 [...] w związku z zasadą proporcjonalności, wolnością handlu i przemysłu oraz z poszanowaniem prawa własności, zagwarantowanym

w szczególności przez Protokół nr 1 z dnia 20 marca 1952 r. do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, stoją na przeszkodzie niedopuszczeniu do złożenia wniosku o udział lub złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane, dostawy lub usługi przez osobę, na której spoczywał obowiązek wykonania prac o celach badawczych, eksperymentalnych, naukowych lub rozwojowych w zakresie tych robót budowlanych, dostaw i usług, bez umożliwienia tej osobie wykazania, że w danym przypadku zdobyte przez nią doświadczenia nie mogły zakłócić konkurencji?

- 2) Czy odpowiedź udzielona na poprzednie pytanie byłaby inna w przypadku, gdyby wyżej wymienione dyrektywy w związku z tymi samymi zasadami, wolnościami oraz przepisami, były interpretowane jako dotyczące wyłącznie przedsiębiorstw prywatnych lub wykonujących świadczenia odpłatnie?

- 3) Czy dyrektywa 92/13 [...], w szczególności jej art. 1 i art. 2 może być interpretowana w ten sposób, że podmiot zamawiający może, aż do zakończenia procedury rozpatrywania ofert, odmówić uczestnictwa w postępowaniu lub złożenia oferty przedsiębiorstwu powiązanemu z osobą, na której spoczywał obowiązek wykonania prac o celach badawczych, eksperymentalnych, naukowych lub rozwojowych w zakresie tych robót budowlanych, dostaw i usług, kiedy przesłuchane w tym względzie przez instytucję zamawiającą przedsiębiorstwo twierdzi, że z tego tytułu nie odniosło nieuzasadnionej korzyści mogącej zakłócić normalne warunki konkurencji?"

Sprawa C-34/03

²¹ W drodze skargi wniesionej w dniu 8 czerwca 1999 r. Fabricom zwróciła się do Conseil d'État o stwierdzenie nieważności art. 32 dekretu królewskiego z dnia 25 marca 1999 r., zmieniającego dekret królewski z dnia 8 stycznia 1996 r.

- 22 Zarzuty podniesione przez Fabricom są w głównych zarysach takie same jak podniesione w sprawie C-21/03. Informacje przedstawione przez Conseil d'État w odniesieniu do wspomnianego art. 32 są jednakowe z przedstawionymi w sprawie C-21/03 w odniesieniu do art. 26 dekretu królewskiego z dnia 25 marca 1999 r., zmieniającego dekret królewski z dnia 10 stycznia 1996 r.
- 23 W tych okolicznościach Conseil d'État postanowiła zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:
- „1) Czy przepisy dyrektywy 92/50 [...], w szczególności jej art. 3 ust. 2, dyrektywy 93/36 [...], w szczególności jej art. 5 ust. 7, dyrektywy 93/37 [...], w szczególności jej art. 6 ust. 6 oraz dyrektywy 97/52 [...], w szczególności jej art. 2 ust. 1 lit. b) i art. 3 ust. 1 lit. b) w związku z zasadą proporcjonalności, wolnością handlu i przemysłu oraz poszanowaniem prawa własności, zagwarantowanym w szczególności przez Protokół nr 1 z dnia 20 marca 1952 r. do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, stoją na przeszkodzie niedopuszczeniu do złożenia wniosku o udział lub złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane, dostawy lub usługi przez osobę, na której spoczywał obowiązek wykonania prac o celach badawczych, eksperymentalnych, naukowych lub rozwojowych w zakresie tych robót budowlanych, dostaw i usług, bez umożliwienia tej osobie wykazania, że w danym przypadku zdobyte przez nią doświadczenia nie mogły zakłócić konkurencji?
 - 2) Czy odpowiedź udzielona na poprzednie pytanie byłaby inna w przypadku, gdyby wyżej wymienione dyrektywy w związku z tymi samymi zasadami, wolnościami oraz przepisami, były interpretowane jako dotyczące wyłącznie przedsiębiorstw prywatnych lub wykonujących świadczenia odpłatnie?
 - 3) Czy dyrektywa 89/665 [...], w szczególności jej art. 2 ust. 1 lit. a) i art. 5 może być interpretowana w ten sposób, że podmiot zamawiający może, aż do

zakończenia procedury rozpatrywania ofert, odmówić uczestnictwa w postępowaniu lub złożenia oferty przedsiębiorstwu powiązanemu z osobą, na której spoczywał obowiązek wykonania prac o celach badawczych, eksperymentalnych, naukowych lub rozwojowych w zakresie tych robót budowlanych, dostaw i usług, kiedy przesłuchane w tym względzie przez instytucję zamawiającą przedsiębiorstwo twierdzi, że z tego tytułu nie odniosło nieuzasadnionej korzyści mogącej zakłócić normalne warunki konkurencji?”

- 24 Postanowieniem Prezesa Trybunału z dnia 4 marca 2003 r., sprawy C-21/03 i C-34/03 zostały połączone do celów procedury pisemnej, procedury ustnej i do wydania wyroku.

W przedmiocie pytań prejudycjalnych

W przedmiocie pierwszego pytania postawionego w sprawach połączonych C-21/03 i C-34/03

- 25 W pierwszym z pytań postawionych w sprawach połączonych C-21/03 i C-34/03 sąd krajowy dąży w istocie do ustalenia, czy powołane przezeń przepisy prawa wspólnotowego stoją na przeszkodzie zasadzie przewidzianej w art. 26 dekretu królewskiego z dnia 25 marca 1999 r., zmieniającego dekret królewski z dnia 10 stycznia 1996 r. oraz art. 32 dekretu królewskiego z dnia 25 marca 1999 r., zmieniającego dekret królewski z dnia 8 stycznia 1996 r., zgodnie z którą nie dopuszcza się do złożenia wniosku o udział lub złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane, dostawy lub usługi przez osobę, na której spoczywał obowiązek wykonania prac o celach badawczych, eksperymentalnych, naukowych lub rozwojowych w zakresie tych robót budowlanych, dostaw i usług, bez umożliwienia tej osobie wykazania, że w danym przypadku zdobyte przez nią doświadczenia nie mogły zakłócić konkurencji (zwanej dalej „zasadą będącą przedmiotem postępowania przed sądem krajowym”).

- 26 W tym względzie przypomnieć należy, że obowiązek przestrzegania zasady równego traktowania jest zgodny z celami dyrektyw z zakresu zamówień publicznych, służących wspieraniu rozwoju skutecznej konkurencji w dziedzinach podlegających odpowiednio ich zakresom stosowania i które formułują kryteria udzielania zamówień zmierzające do zagwarantowania takiej konkurencji (wyrok z dnia 17 września 2002 r. w sprawie C-513/99 Concordia Bus Finland, Rec. str. I-7213, pkt 81 oraz powołane tam orzecznictwo).
- 27 Ponadto, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, zasada równego traktowania zakłada, że porównywalne sytuacje nie mogą być traktowane w odmienny sposób, a odmiennie sytuacje nie mogą być traktowane jednakowo, chyba że takie traktowanie jest uzasadnione z obiektywnego punktu widzenia (wyrok z dnia 14 grudnia 2004 r. w sprawie C-434/02 Arnold André, Zb.Orz. str. I-11825, pkt 68 i powołane tam orzecznictwo, jak również wyrok w sprawie C-210/03 Swedish Match, Zb.Orz. str. I-11893, pkt 70 i powołane tam orzecznictwo).
- 28 Tak więc osoba, na której spoczywał obowiązek wykonania prac o celach badawczych, eksperymentalnych, naukowych lub rozwojowych związanych z zamówieniem publicznym na roboty budowlane, dostawy lub usługi (zwana dalej „osobą wykonującą niektóre prace przygotowawcze”) niekoniecznie znajduje się, w odniesieniu do udziału w postępowaniu o udzielenie tego zamówienia, w jednakowej sytuacji z osobą, która takich prac nie wykonywała.
- 29 Wobec tego, osoba uczestnicząca w wykonywaniu niektórych prac przygotowawczych może, po pierwsze, znajdować się w korzystniejszej sytuacji przy sporządzaniu swojej oferty z powodu informacji, które mogła uzyskać w przedmiocie danego zamówienia publicznego w trakcie wykonywania wspomnianych prac przygotowawczych. Wszyscy oferenci powinni mieć jednakowe szanse przy sporządzaniu treści ich ofert (zob. podobnie wyrok z dnia 25 kwietnia 1996 r. w sprawie C-87/94 Komisja przeciwko Belgii, Rec. str. I-2043, pkt 54).

- 30 Po drugie, wspomniana osoba może się znaleźć w sytuacji mogącej spowodować konflikt interesów w tym znaczeniu, że — jak słusznie podkreśla Komisja Wspólnot Europejskich — osoba ta będąc oferentem w danym zamówieniu publicznym może, nawet w sposób niezamierzony, wyrzucić wpływ na jego warunki w sensie dla niej korzystnym. Sytuacja taka prowadziłaby do zakłócenia konkurencji pomiędzy oferentami.
- 31 Biorąc zatem pod uwagę sytuację, w jakiej mogłaby się znaleźć osoba wykonująca niektóre prace przygotowawcze, nie można podtrzymać twierdzenia, że zasada równego traktowania zobowiązuje do traktowania jej tak samo jak każdego innego oferenta.
- 32 Fabricom, jak również rządy austriacki oraz fiński twierdzą jednak zasadniczo, że różnica traktowania ustanowiona przez zasadę taką jak zasada będąca przedmiotem postępowania przed sądem krajowym, polegająca na zakazaniu we wszystkich okolicznościach osobie wykonującej niektóre prace przygotowawcze udziału w postępowaniu o udzielenie konkretnego zamówienia publicznego nie jest uzasadniona z obiektywnego punktu widzenia. Zakaz taki miałby w istocie nieproporcjonalny charakter. Ich zdaniem równe traktowanie wszystkich oferentów jest zapewnione również wtedy, gdy istnieje procedura, w której ocenia się w każdym konkretnym przypadku, czy fakt wykonywania niektórych prac przygotowawczych przyniósł osobie je wykonującej przewagę konkurencyjną względem innych oferentów. Taki przepis byłby mniej surowy dla osoby wykonującej niektóre prace przygotowawcze.
- 33 Pod tym względem należy stwierdzić, że zasada taka jak zasada będąca przedmiotem postępowania przed sądem krajowym nie pozostawia osobie, która wykonała niektóre prace przygotowawcze żadnej możliwości wykazania, że w jej szczególnym przypadku nie zaistniały problemy, o których mowa w pkt 29 i pkt 30 niniejszego wyroku.
- 34 W konsekwencji podobna zasada wykracza poza to, co jest konieczne do osiągnięcia celu równego traktowania oferentów.

35 Konsekwencją stosowania wspomnianej zasady może być bowiem wykluczenie osób wykonujących niektóre prace przygotowawcze z procedury przetargowej, mimo tego, że ich uczestnictwo w niej nie stanowi żadnego niebezpieczeństwa dla konkurencji między oferentami.

36 W tych okolicznościach na pierwsze z pytań, postawionych w sprawach połączonych C-21/03 i C-34/03, należy udzielić odpowiedzi, że dyrektywa 92/50, w szczególności jej art. 3 ust. 2, dyrektywa 93/36, w szczególności jej art. 5 ust. 7, dyrektywa 93/37, w szczególności jej art. 6 ust. 6, jak również dyrektywa 93/38, w szczególności jej art. 4 ust. 2, stoją na przeszkodzie zasadzie przewidzianej w art. 26 dekretu królewskiego z dnia 25 marca 1999 r. zmieniającego dekret królewski z dnia 10 stycznia 1996 r. oraz art. 32 dekretu królewskiego z dnia 25 marca 1999 r. zmieniającego dekret królewski z dnia 8 stycznia 1996 r., zgodnie z którą nie dopuszcza się do złożenia wniosku o udział lub złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane, dostawy lub usługi przez osobę, na której spoczywał obowiązek wykonania prac o celach badawczych, eksperymentalnych, naukowych lub rozwojowych w zakresie tych robót budowlanych, dostaw i usług, bez umożliwienia tej osobie wykazania, że w danym przypadku zdobyte przez nią doświadczenia nie mogły zakłócić konkurencji.

W przedmiocie drugiego pytania postawionego w sprawach połączonych C-21/03 i C-34/03

37 W drugim z pytań postawionych w sprawach połączonych C-21/03 i C-34/03 sąd krajowy dąży w istocie do ustalenia, czy odpowiedź udzielona na pytanie pierwsze byłaby inna w przypadku, gdyby dyrektywy 92/50, 93/36, 93/37 i 93/38, w związku z zasadą proporcjonalności, wolnością handlu i przemysłu oraz ochroną prawa własności, były interpretowane jako dotyczące wyłącznie przedsiębiorstw prywatnych lub wykonujących świadczenia odpłatnie.

- 38 Należy stwierdzić, że pytanie to oparte jest na założeniu, którego nie można podtrzymać.
- 39 We wspomnianych dyrektywach nie ma bowiem podstaw do interpretacji, że zakres ich stosowania względem przedsiębiorstw uczestniczących lub zamierzających uczestniczyć w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ogranicza się wyłącznie przedsiębiorstw prywatnych lub wykonujących świadczenia odpłatnie. Ponadto zasada równego traktowania stoi na przeszkodzie temu, aby wyłącznie przedsiębiorstwa prywatne lub wykonujące świadczenia odpłatnie, które wykonały niektóre prace przygotowawcze podlegały takiej zasadzie, jak zasada będąca przedmiotem postępowania przed sądem krajowym, podczas gdy nie dotyczyłoby to przedsiębiorstw niespełniających tego kryterium, które również wykonywały wspomniane prace przygotowawcze.
- 40 Udzielenie odpowiedzi na drugie z pytań postawionych w sprawach połączonych C-21/03 i C-34/03 jest zatem bezprzedmiotowe.

W przedmiocie trzeciego pytania postawionego w sprawach połączonych C-21/03 i C-34/03

- 41 W trzecim z pytań postawionych w sprawach połączonych C-21/03 i C-34/03 sąd krajowy dąży w istocie do ustalenia, czy dyrektywa 89/665, a w szczególności jej art. 2 ust. 1 lit. a) i art. 5, jak również dyrektywa 92/13, a w szczególności jej art. 1 i 2, stoją na przeszkodzie temu, aby podmiot zamawiający mógł aż do zakończenia procedury rozpatrywania ofert odmówić uczestnictwa w postępowaniu lub złożenia oferty przedsiębiorstwu powiązanemu z osobą wykonującą niektóre prace przygotowawcze, kiedy przesłuchane w tym względzie przez instytucję zamawiającą przedsiębiorstwo twierdzi, że z tego tytułu nie odniosło nieuzasadnionej korzyści mogącej zakłócić normalne warunki konkurencji.

- 42 W tym względzie przypomnieć należy, że skoro przedmiotem sporu są przepisy dotyczące procedury odwoławczej przed sadem, których celem jest zapewnienie ochrony przyznanych przez prawo wspólnotowe kandydatom i oferentom praw naruszonych wskutek decyzji instytucji zamawiających, nie powinny one stanowić zagrożenia dla skuteczności dyrektywy 89/665 (wyrok z dnia 12 grudnia 2002 r. w sprawie C-470/99 *Universale-Bau i in.*, Rec. str. I-11617, pkt 72).
- 43 Ponadto przepisy dyrektyw 89/665 i 92/13, których celem jest ochrona oferentów przed arbitralnością instytucji zamawiającej, służą wzmocnieniu istniejących mechanizmów w celu zapewnienia skutecznego stosowania uregulowań wspólnotowych w zakresie udzielania zamówień publicznych, w szczególności na etapie, na którym naruszenia mogą być jeszcze skorygowane. Ochrona taka jest nieskuteczna, jeżeli oferent nie może powołać się na te uregulowania wobec instytucji zamawiającej (wyrok z dnia 24 czerwca 2004 r. w sprawie C-212/02 Komisja przeciwko Austrii, nieopublikowany w Zbiorze, pkt 20 oraz powołane tam orzecznictwo).
- 44 Tak więc możliwość wstrzymania się przez instytucję zamawiającą z podjęciem decyzji w przedmiocie dopuszczenia do udziału w postępowaniu lub złożenia oferty przez przedsiębiorstwo powiązane z osobą, która wykonała niektóre prace przygotowawcze, aż do daleko zaawansowanego etapu postępowania, mimo dysponowania przez tę instytucję wszystkimi informacjami koniecznymi do podjęcia tej decyzji, pozbawia to przedsiębiorstwo możliwości powołania się na uregulowania wspólnotowe w zakresie udzielania zamówień publicznych wobec instytucji zamawiającej w okresie pozostającym w sferze jej dyskrecyjnych uprawnień, mogących w danym przypadku trwać do chwili, w której naruszeń nie można już skutecznie skorygować.
- 45 Sytuacja taka mogłaby stanowić zagrożenie dla skuteczności dyrektyw 89/665 i 92/13, ponieważ prowadziłaby do nieuzasadnionego odwlekania w czasie możliwości wykonywania przez zainteresowanych uprawnień przyznanych im przez prawo wspólnotowe. Oprócz tego jest ona sprzeczna z ustanowionym w dyrektywach 89/665 i 92/13 celem polegającym na ochronie oferentów względem instytucji zamawiającej.

- 46 Na trzecie z postawionych pytań postawionych w sprawach połączonych C-21/03 i C-34/03 należy więc udzielić odpowiedzi, że dyrektywa 89/665, a w szczególności jej art. 2 ust. 1 lit. a) i art. 5, jak również dyrektywa 92/13, a w szczególności jej art. 1 i 2, stoją na przeszkodzie temu, aby podmiot zamawiający mógł aż do zakończenia procedury rozpatrywania ofert odmówić udziału w postępowaniu lub złożenia oferty przedsiębiorstwu powiązanemu z osobą, na której spoczywał obowiązek wykonania prac o celach badawczych, eksperymentalnych, naukowych lub rozwojowych w zakresie robót publicznych, dostaw lub usług, kiedy przesłuchane w tym względzie przez instytucję zamawiającą przedsiębiorstwo twierdzi, że z tego tytułu nie odniosło nieuzasadnionej korzyści mogącej zakłócić normalne warunki konkurencji.

W przedmiocie kosztów

- 47 Dla stron postępowania przed sądem krajowym niniejsze postępowanie ma charakter incydentalny, dotyczy bowiem kwestii podniesionej przed tym sądem; do niego zatem należy rozstrzygnięcie o kosztach. Koszty poniesione w związku z przedstawieniem uwag Trybunałowi, inne niż poniesione przez strony postępowania przed sądem krajowym, nie podlegają zwrotowi.

Z powyższych względów Trybunał (druga izba) orzeka, co następuje:

- 1) Dyrektywa Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnosząca się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi, zmieniona dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 97/52/WE z dnia 13 października 1997 r., a w szczególności jej artykuł 3 ust. 2, dyrektywa Rady 93/36/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynująca procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy, zmieniona dyrektywą 97/52/WE, a w szczególności jej art. 5 ust. 7, dyrektywa Rady 93/37/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. dotycząca koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, zmieniona dyrektywą 97/52/WE, a w szczególności jej art. 6 ust. 6, jak również dyrektywa Rady 93/38/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynująca procedury udzielania zamówień publicznych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji, zmieniona dyrektywą

Parlamentu Europejskiego i Rady 98/4/WE z dnia 16 lutego 1998 r., a w szczególności jej art. 4 ust. 2, stoją na przeszkodzie zasadzie przewidzianej w art. 26 dekretu królewskiego z dnia 25 marca 1999 r., zmieniającego dekret królewski z dnia 10 stycznia 1996 r. w sprawie zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji oraz art. 32 dekretu królewskiego z dnia 25 marca 1999 r., zmieniającego dekret królewski z dnia 8 stycznia 1996 r., zgodnie z którą nie dopuszcza się do złożenia wniosku o udział lub złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane, dostawy lub usługi przez osobę, na której spoczywał obowiązek wykonania prac o celach badawczych, eksperymentalnych, naukowych lub rozwojowych w zakresie tych robót budowlanych, dostaw i usług, bez umożliwienia tej osobie wykazania, że w danym przypadku zdobyte przez nią doświadczenia nie mogły zakłócić konkurencji.

- 2) Dyrektywa 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, a w szczególności jej art. 2 ust. 5 lit. a) oraz art. 5, jak również dyrektywa Rady 92/13/EWG z dnia 25 lutego 1992 r. koordynująca przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne odnoszące się do stosowania przepisów wspólnotowych w procedurach zamówień publicznych podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji, a w szczególności jej art. 1 i 2 stoją na przeszkodzie temu, aby podmiot zamawiający mógł aż do zakończenia procedury rozpatrywania ofert odmówić udziału w postępowaniu lub złożenia oferty przedsiębiorstwu powiązanemu z osobą, na której spoczywał obowiązek wykonania prac o celach badawczych, eksperymentalnych, naukowych lub rozwojowych w zakresie robót publicznych, dostaw lub usług, kiedy przesłuchane w tym względzie przez instytucję zamawiającą przedsiębiorstwo twierdzi, że z tego tytułu nie odniosło nieuzasadnionej korzyści mogącej zakłócić normalne warunki konkurencji.

Podpisy