

## OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO

JULIANE KOKOTT

przedstawiona w dniu 13 marca 2008 r.<sup>1</sup>

### I — Wprowadzenie

1. W niniejszej sprawie austriacki Bundesvergabeamt (federalny urząd zamówień publicznych) przedkłada Trybunałowi nadzwyczaj obszerny katalog pytań w przedmiocie wykładni różnych przepisów wspólnotowych z dziedziny prawa zamówień publicznych. Dotyczą one zasadniczo wykładni pojęcia „udzielania” w rozumieniu prawa zamówień publicznych. W szczególności należy wyjaśnić kwestię, na jakich warunkach zmianę istniejącej umowy należy uznać za ponowne udzielenie zamówienia publicznego na usługi, z tym skutkiem, że w danym przypadku musi zostać uprzednio przeprowadzona procedura udzielania zamówień, a nieuwzględnionym przedsiębiorstwom przysługuje ochrona prawna.

2. Tło niniejszego wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym stanowi zaciekle spór o świadczenie usług z zakresu agencji informacyjnej na rzecz austriackich urzędów federalnych, w którym presstext Nachrichtenagentur, stosunkowo nowy oferent na rynku austriackim, występuje ze środkami prawnymi przeciwko stosunkom umownym, które tradycyjnie istnieją pomiędzy Republiką Austrii a zasiedziałą

Austria Presse Agentur i które były zmieniane w latach 2000, 2001 oraz 2005.

### II — Ramy prawne

#### A — *Uregulowania wspólnotowe*

3. Prawnospólnotowe ramy niniejszej sprawy określają dwie dyrektywy z dziedziny zamówień publicznych, a mianowicie

— dyrektywa Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnosząca się do koordynacji procedur udzielania zamówień

1 — Język oryginału: niemiecki.

wień publicznych na usługi<sup>2</sup> (zwana dalej „dyrektywą 92/50”) oraz

„[Do celów niniejszej dyrektywy] procedury negocjacyjne oznaczają te krajowe procedury, w ramach których instytucje zamawiające zwracają się według swojego wyboru do usługodawców i negocjują warunki zamówienia z jednym lub kilkoma z nich”.

- 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<sup>3</sup> zmieniona dyrektywą 92/50 (zwana dalej „dyrektywą 89/665”) <sup>4</sup>.

5. Artykuł 3 dyrektywy 92/50 znajdujący się również w jej tytule I stanowi, co następuje:

„1. Instytucje zamawiające, udzielając zamówień publicznych na usługi lub organizując konkursy na projekty, stosują procedury dostosowane do przepisów niniejszej dyrektywy.

Właściwe przepisy dyrektywy 92/50

4. Wśród przepisów ogólnych zawartych w tytule I dyrektywy 92/50 art. 1 lit. f) zawiera następującą definicję:

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

2 — Dz.U. L 209, s. 1. Ta dyrektywa została uchylona i zastąpiona dyrektywą 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. L 134, s. 114). Te ostatnie zmiany prawa należało jednak transponować do prawa krajowego dopiero do dnia 31 stycznia 2006 r. Ponieważ nie zostały one przed tym terminem transponowane do prawa austriackiego, dla okoliczności sprawy przed sądem krajowym, które dotyczą lat 2000, 2001 i 2005 nie mają one znaczenia.

3 — Dz.U. L 395, s. 33.

4 — Dalsze zmiany tej dyrektywy znajdują się w dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2007/66/WE z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającej dyrektywę Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w odniesieniu do usprawnienia skuteczności procedur odwoławczych dotyczących udzielania zamówień publicznych (Dz.U. L 335, s. 31; zwanej dalej „dyrektywą 2007/06”). Ostatnie zmiany weszły jednakże w życie dopiero w dniu 9 stycznia 2008 r. i muszą zostać transponowane do dnia 20 grudnia 2009 r.; w konsekwencji dla okoliczności sprawy głównej nie mają one znaczenia.

[...]”

6. W tytule II dyrektywy 92/50 pod nagłówkiem „Dwustopniowe stosowanie” znajdują się art. 8–10, które mają następujące brzmienie:

*„Artykuł 8*

Zamówień, których przedmiotem są usługi wymienione w załączniku I A, udziela się zgodnie z przepisami tytułów III–VI.

„Instytucje zamawiające mogą udzielać zamówień publicznych na usługi w procedurze negocjacyjnej, bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu, w następujących przypadkach:

[...]

*Artykuł 9*

Zamówień, których przedmiotem są usługi wymienione w załączniku I B, udziela się zgodnie z art. 14 i 16.

- b) jeżeli z przyczyn technicznych, artystycznych lub z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych usługi mogą być świadczone jedynie przez określonego usługodawcę;

*Artykuł 10*

Zamówień, których przedmiotem są usługi wymienione zarówno w załączniku I A, jak i w załączniku I B, udziela się zgodnie z przepisami tytułów III–VI w przypadku, gdy wartość usług wymienionych w załączniku I A jest większa niż wartość usług wymienionych w załączniku I B. W przypadku gdy tak nie jest, są one udzielane zgodnie z art. 14 i 16”.

[...]”.

7. Tytuł III dyrektywy 92/50 nosi nagłówek „Wybór procedur udzielania zamówień oraz reguły przeprowadzania konkursów na projekty”. Znajduje się tam art. 11 ust. 3, który zawiera następujące uregulowanie:

8. Artykuł 31 ust. 3 dyrektywy 92/50 należący do jej tytułu VI, stanowi:

„Jeżeli z jakiegokolwiek uzasadnionej przyczyny usługodawca nie może przedstawić dokumentów wymaganych przez instytucję zamawiającą, może udowodnić swą sytuację finansową i ekonomiczną za pomocą każdego innego dokumentu, który instytucja zamawiająca uzna za odpowiedni”.

Właściwe przepisy dyrektywy 89/665

9. Artykuł 1 dyrektywy 89/665 stanowi, co następuje:

„1. Państwa członkowskie podejmują środki niezbędne do zapewnienia, aby decyzje podejmowane przez instytucje zamawiające odnośnie do procedur udzielania zamówień publicznych objętych zakresem dyrektyw 71/305/EWG, 77/62/WE i 92/50/EWG mogły być skutecznie i przede wszystkim możliwie szybko, zgodnie z warunkami określonymi w poniższych artykułach [...] podlegać odwołaniu na podstawie tego, że takie decyzje naruszyły prawo wspólnotowe w dziedzinie zamówień publicznych albo krajowe przepisy wykonujące to prawo.

2. Państwa członkowskie zapewniają, że nie istnieje dyskryminacja pomiędzy przedsiębiorstwami, które mogą wystąpić z roszczeniami z tytułu poniesionej szkody w ramach procedury udzielania zamówienia, w wyniku zawartego w niniejszej dyrektywie rozróżnienia pomiędzy przepisami krajowymi wdrażającymi prawo wspólnotowe a pozostałymi przepisami krajowymi.

3. Państwa członkowskie zapewniają, że procedury odwoławcze, zgodnie ze szczegółowymi przepisami, które państwa członkowskie mogą wprowadzić, dostępne są co najmniej każdemu podmiotowi, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia

publicznego na dostawy lub roboty budowlane, w przypadku, gdy taki podmiot doznał uszczerbku lub zagraża mu doznanie uszczerbku w wyniku domniemanego naruszenia przepisów. W szczególności, państwa członkowskie mogą wymagać od podmiotu, który zamierza skorzystać ze środków odwoławczych, uprzedniego powiadomienia instytucji zamawiających o domniemanym naruszeniu przepisów oraz o zamiarze skorzystania ze środków odwoławczych”.

10. Artykuł 2 dyrektywy 89/665 stanowi:

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

[...]

b) uchylecia lub doprowadzenia do uchylecia bezprawnych decyzji [...]

c) przyznania odszkodowania podmiotom, które doznały uszczerbku w wyniku naruszenia.

2. Uprawnienia, o których mowa w ust. 1 mogą być przyznane odrębnym organom odpowiedzialnym za poszczególne aspekty procedury odwoławczej.

„1 Jeżeli przedsiębiorca mający interes w zawarciu umowy podlegającej zakresowi zastosowania tej ustawy doznał w wyniku podnoszonego naruszenia prawa szkody, może wnieść o stwierdzenie, że

[...]

5. Państwa członkowskie mogą uznać, że w przypadku, gdy występuje roszczenie o odszkodowanie w związku z bezprawnym podjęciem decyzji, przedmiotowa decyzja musi być uprzednio uchylona przez organ mający niezbędne uprawnienia.

1. zastosowanie zamówienia bezpośredniego lub procedury udzielania zamówień bez wcześniejszego ogłoszenia było bezprawne ze względu na naruszenie niniejszej ustawy federalnej lub wydanych na jej podstawie rozporządzeń, lub ze względu na naruszenie prawa wspólnotowego mającego bezpośrednie zastosowanie, bądź

[...]”.

[...]

## B — Uregulowania krajowe

11. Spośród przepisów prawa austriackiego wskazać należy § 331 Bundesvergabegesetz (federalnej ustawy w sprawie zamówień publicznych) w wersji, która weszła w życie w dniu 1 lutego 2006 r.<sup>5</sup> (zwanej dalej „BVerG 2006”), który stanowi podstawę prawną dla procedury w przedmiocie stwierdzenia naruszenia przed Bundesvergabeamt i stanowi, co następuje:

4. udzielenie zamówienia bezpośrednio na rzecz innego przedsiębiorcy, bez udziału w procedurze dalszych przedsiębiorców, było wedle przepisów tej ustawy federalnej oczywiście niedopuszczalne”.

12. Zgodnie z § 332 ust. 2 i 3 BVerG 2006 uprawnienie do złożenia wniosku o stwierdzenie przewidziane w § 331 BVerG 2006 wygasa najpóźniej z upływem sześciu miesięcy od dnia udzielenia zamówienia.

5 — BGBl. s. I, nr 17/2006.

13. Z § 132 ust. 3 BVergG 2006 wynika, że uwzględniony wniosek prowadzi zgodnie z § 331 ust. 1 pkt 4 tej ustawy z chwilą prawomocnego stwierdzenia naruszenia do nieważności umowy.

14. Od procedury stwierdzenia naruszenia należy odróżnić powództwo o odszkodowanie, dla którego właściwy nie jest Bundesvergabeamt, lecz austriackie sądy cywilne. Zgodnie z § 341 ust. 2 BVergG 2006 powództwo o odszkodowanie jest dopuszczalne jedynie wtedy, gdy przedtem została przeprowadzona procedura w przedmiocie stwierdzenia naruszenia zakończona uwzględnieniem wniosku.

### III — Okoliczności faktyczne i postępowanie przed sądem krajowym

15. Tło niniejszej sprawy stanowią okoliczności faktyczne, które — uwzględniając informacje podane w postanowieniu odsyłającym — można streścić w sposób następujący.

#### 1. Agencje informacyjne uczestniczące w postępowaniu

16. Austria Presse Agentur (zwana dalej „APA”) została utworzona w Austrii formie spółdzielni<sup>6</sup> po zakończeniu drugiej wojny światowej<sup>7</sup>, przy czym członkami spółdzielni są niemal wszystkie austriackie dzienniki, a także austriackie radio i telewizja ORF. APA, wraz ze swymi spółkami należącymi do koncernu, jest przodującym podmiotem na rynku informacyjnym w Austrii i świadczy na rzecz Republiki Austrii tradycyjnie różne usługi z zakresu agencji informacyjnej.

17. Presstext Nachrichtenagentur GmbH (zwana dalej „PN”) prowadzi od 1999 r. działalność na austriackim rynku agencji informacyjnych, jednakże dotychczas jedynie w ograniczonym zakresie wykonywała usługi dotyczące komunikatów prasowych na rzecz urzędów federalnych. PN ma również mniej dziennikarzy niż APA i nie posiada archiwum tak dużego jak APA. W 2004 r. PN złożyła Republice Austrii ofertę świadczenia usług agencji informacyjnej. Oferta ta nie doprowadziła jednakże do zawarcia umowy.

6 — Z akt wynika, że chodzi o zarejestrowaną spółdzielnię z ograniczoną odpowiedzialnością.

7 — Organizacja będąca poprzednikiem APA, „Österreichische Correspondenz”, została utworzona już w 1849 w Wiedniu.

## 2. *Sporne stosunki umowne między APA i Republiką Austrii*

18. W 1994 r., a więc jeszcze przed przystąpieniem do Unii Europejskiej, Republika Austrii zawarła z APA tak zwaną umowę podstawową, która przewidywała świadczenie za wynagrodzeniem określonych usług<sup>8</sup>. Umowa ta zezwalała generalnie rzecz ujmując austriackim urzędowi federalnym na przeglądanie i wykorzystywanie aktualnych informacji („usługa podstawowa”), na ściąganie historycznych informacji i komunikatów prasowych z bazy danych APA zwanej „APADok” oraz na korzystanie z oferowanej przez APA usługi Originaltextservice „OTS” zarówno w celu pozyskiwania informacji, jak też w celu publikowania własnych komunikatów prasowych. Baza danych APADok zawiera dane z zakresu usługi podstawowej od 1 stycznia 1988 r. i komunikaty z zakresu OTS od 1 czerwca 1989 r.

19. Umowa podstawowa została zawarta na czas nieoznaczony, przy czym uzgodniono postanowienie o braku wypowiedzenia umowy, na podstawie którego zakończenie umowy byłoby możliwe najwcześniej w dniu 31 grudnia 1999 r. Umowa podstawowa zawierała również postanowienia dotyczące momentu pierwszych podwyżek cen, maksymalnej kwoty każdej podwyżki oraz indeksację cen na podstawie wskaźnika cen konsumenckich w roku 1986 r., przy czym wartością odniesienia był wskaźnik liczbowy ustalony dla roku 1994 r.

20. We wrześniu 2000 r. APA założyła pozostającą w 100% w jej posiadaniu spółkę zależną APA-OTS Originaltext-Service GmbH (zwaną dalej „APA-OTS”). Między obu spółkami istnieje umowa o wyłączeniu zysków i strat, z której wedle informacji APA i APA-OTS wynika, że APA-OTS jest pod względem finansowym, organizacyjnym i ekonomicznym włączona do przedsiębiorstwa APA i przy prowadzeniu swych spraw i zarządzaniu jest zobowiązana do postępowania zgodnie z poleceniami APA. APA-OTS jest ponadto zobowiązana do przekazywania na rzecz APA swych nadwyżek rocznych, podczas gdy APA w zamian za to zobowiązana jest do wyrównania ewentualnych rocznych niedoborów powstałych w APA-OTS.

21. APA powierzyła APA-OTS prowadzenie działalności w zakresie swej usługi Originaltextservice OTS. O tej zmianie Republika Austrii została poinformowana w październiku 2000 r., przy czym upoważniony do reprezentacji pracownik APA na zapytanie federalnego urzędu kanclerza zapewnił, że po wyodrębnieniu APA ponosi odpowiedzialność „solidarnie” z APA-OTS i że w „powołanej do życia całej usłudze” nic nie ulegnie zmianie. Federalny urząd kanclerza udzielił następnie wedle własnych informacji zgody na świadczenie w przyszłości usług z zakresu OTS przez APA-OTS i wynagrodzenia za te usługi były następnie przekazywane bezpośrednio do APA-OTS.

22. W 2001 r. postanowienia dotyczące wynagrodzenia w umowie podstawowej z 1994 r. zostały zmienione przez pierwszy aneks. Obok przeliczenia wynagrodzenia z austriackich szylingów na euro aneks ten określał w odniesieniu do włączenia komunikatów urzędów federalnych do OTS za lata 2002, 2003 i 2004 maksymalne

8 — Wedle informacji uczestniczącego w postępowaniu przedmiotowym federalnego urzędu kanclerza chodziło o dostosowanie stosunku umownego istniejącego już od 1946 r.

wynagrodzenia<sup>9</sup>, które jednakże nie mogły zostać podwyższone. Ponadto została dostosowana klauzula waloryzacyjna, poprzez odniesienie się do nowego wskaźnika, zastępującego wskaźnik zastosowany w umowie podstawowej.

23. W październiku 2005 r. drugi aneks, który wszedł w życie z mocą od dnia 1 stycznia 2006 r., doprowadził do dwóch kolejnych zmian umowy podstawowej zmiennej pierwszym aneksem: rabat w odniesieniu do wynagrodzenia za korzystanie w systemie on line z usług informacyjnych oferowanych przez APA został podwyższony z 15% do 25% i strony ponownie uzgodniły postanowienie o braku wypowiedzenia umowy do dnia 31 grudnia 2008 r.

### 3. Postępowania przed Bundesvergabeamt (postępowanie o stwierdzenie naruszenia)

24. PN poszukuje przed Bundesvergabeamt ochrony prawnej przed, z jej punktu widzenia, niezgodnymi z prawem zamówień publicznych działaniami związanymi z włączeniem APA-OTS w charakterze podmiotów świadczącego usługi na rzecz Republiki Austrii oraz z dwoma aneksami do umowy podstawowej pomiędzy APA i Republiką Austrii.

25. PN żąda od Bundesvergabeamt na podstawie § 331 BVerG 2006 w swych wnioskach złożonych w dniu 4 i 19 lipca 2006 r. stwierdzenia, że podział zamówienia wskutek restrukturyzacji APA w roku 2000 oraz aneksu do umowy podstawowej z 2001 r. i 2005 r. określone przez nią jako „zamówienia udzielone de facto” były niezgodne z prawem; posiłkowo żąda ona stwierdzenia, że wybór omawianych procedur udzielania zamówień był niezgodny z prawem<sup>10</sup>.

26. W odniesieniu do terminów na złożenie wniosków Bundesvergabeamt wskazuje, że kwestionowane działania miały miejsce w latach 2000, 2001 i 2005, jednakże przewidziany w prawie krajowym środek prawny przeciwko niezgodnemu z prawem udzieleniu zamówień publicznych, tzn. wniosek o stwierdzenie naruszenia skutkujący anulowaniem umowy, został wprowadzony dopiero później z mocą od dnia 1 lutego 2006 r. Termin przewidziany dla tego środka wynosi sześć miesięcy od udzielenia sprzecznego z prawem zamówienia. Bundesvergabeamt uznaje jednakże za słuszne zastosowanie § 1496 Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (kodeksu cywilnego) (ABGB), zgodnie z którym terminy przedawnienia nie mogą biec, jeżeli nakazany system ochrony prawnej nie funkcjonuje, przy założeniu że zastosowanie tego przepisu byłoby zgodne z prawem wspólnotowym.

9 — Te maksymalne wynagrodzenia znajdują zastosowanie w sytuacji, gdy komunikaty przekazywane są on line.

10 — Zgodnie z postanowieniem odsyłającym główny wniosek PN jest oparty na § 331 ust. 1 pkt 4, a wniosek posiłkowy na § 331 ust. 1 pkt 1 BVerG 2006.



**IV — Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym i postępowanie przed Trybunałem**

27. Postanowieniem z dnia 7 listopada 2006 r., wydanym w dniu 10 listopada 2006 r. i doręczonym Trybunałowi w dniu 13 listopada 2006 r. Bundesvergabeamt zawiesił postępowanie i zwrócił się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

- 1) Czy pojęcie „udzielając” zawarte w art. 3 ust. 1 dyrektywy 92/50 i pojęcie „udziela się” zawarte w art. 8 i 9 dyrektywy 92/50 należy interpretować w ten sposób, że obejmuje ono również stany faktyczne, w których instytucja zamawiająca zamierza w przyszłości pozyskiwać usługi od usługodawcy w formie spółki kapitałowej, jeżeli usługi te były wcześniej świadczone przez innego usługodawcę, który jest jedynym udziałowcem przyszłego usługodawcy i który posiada jednocześnie nad przyszłym usługodawcą władztwo w zakresie poleceń? Czy w takiej sytuacji ma znaczenie okoliczność, że dla instytucji zamawiającej nie ma pewności, czy w czasie całego okresu trwania pierwotnej umowy udziały w spółce będącej przyszłym usługodawcą nie zostaną w całości lub w części zbyte na rzecz osób trzecich i nie ma również pewności, czy w czasie całego okresu trwania pierwotnej umowy nie zmieni się skład członkowski pierwotnego usługodawcy, działającego w formie spółdzielni?
- 2) Czy pojęcie „udzielając” zawarte w art. 3 ust. 1 dyrektywy 92/50 i pojęcie „udziela się” zawarte w art. 8 i 9 dyrektywy 92/50 należy interpretować w ten sposób, że obejmuje ono również stany faktyczne, w których instytucja zamawiająca uzgadnia z usługodawcami — w czasie obowiązywania umowy o wspólne świadczenie usług zawartej z nimi na czas nieokreślony — zmianę wynagrodzenia za pewne usługi umowne i redaguje na nowo klauzulę waloryzacyjną, jeżeli zmiany te prowadzą do zmienionego wynagrodzenia i są dokonywane ze względu na wprowadzenie euro?
- 3) Czy pojęcie „udzielając” zawarte w art. 3 ust. 1 dyrektywy 92/50 i pojęcie „udziela się” zawarte w art. 8 i 9 dyrektywy 92/50 należy interpretować w ten sposób, że obejmuje ono również stany faktyczne, w których instytucja zamawiająca uzgadnia z usługodawcami — w czasie obowiązywania umowy o wspólne świadczenie usług zawartej z nimi na czas nieokreślony — poprzez zmianę umowy, z jednej strony, ponownie postanowienie o braku wypowiedzenia umowy przez trzy lata, które w chwili dokonywania nowych uzgodnień już nie obowiązywało, przy czym z drugiej strony, przy tej zmianie umowy ustanowiono ponadto wyższy niż poprzednio rabat w odniesieniu do pewnych wynagrodzeń zależnych od ilości w zakresie określonego zakresu usług?
- 4) W przypadku potwierdzenia, że zaistniało udzielenie zamówienia publicznego w rozumieniu jednego z pierwszych trzech pytań:
 

Czy art. 11 ust. 3 lit. b) dyrektywy 92/50 lub inne przepisy prawa wspólnotowego, a w szczególności zasadę przejrzystości, należy interpretować w ten sposób, że pozwalają one instytucji zamawiającej

na udzielenie zamówienia na usługi w pojedynczej umowie o świadczenie usług w drodze procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu, gdy części usług są objęte prawami wyłącznymi, o jakich mowa w art. 11 ust. 3 lit b) dyrektywy 92/50; lub czy zasada przejrzystości lub inne przepisy prawa wspólnotowego nakazują przy udzielaniu zamówienia na usługi w przeważającej mierze niepriorytetowe, aby w takim przypadku przed udzieleniem zamówienia opublikować jednak ogłoszenie w celu umożliwienia dokonania przez zainteresowane przedsiębiorstwa weryfikacji, czy przedmiotem zamówienia są rzeczywiście usługi objęte prawem wyłącznym; lub czy przepisy prawa wspólnotowego dotyczące udzielania zamówień publicznych nakazują, aby w takim przypadku zamówienie na usługi mogło być udzielone jedynie w osobnych procedurach udzielania zamówień, w zależności od tego, czy istnieje prawo wyłączne, aby przynajmniej w części umożliwić konkurencję przy udzielaniu zamówień?

- 5) W przypadku udzielenia odpowiedzi na pytanie czwarte w ten sposób, że instytucja zamawiająca może udzielić zamówienia łącznie na usługi nieobjęte prawami wyłącznymi i na usługi objęte prawami wyłącznymi w pojedynczej procedurze udzielania zamówień:

Czy przedsiębiorca niemający prawa do korzystania z danych objętych wyłącznym prawem przedsiębiorstwa mającego pozycję dominującą na rynku może w tym zakresie wykaazać swoją zdolność do pełnego wykonania usług objętych zamówieniem na rzecz instytucji zamawiającej w ten sposób, że powoła się na art. 82 WE i wynikający z tego przepisu obowiązek przedsiębiorstwa mającego pozycję dominującą na rynku państwa członkowskiego

WE, które ma prawo do korzystania z danych, do udostępnienia tych danych na stosownych warunkach?

- 6) W przypadku udzielenia odpowiedzi na pytania pierwsze, drugie i trzecie w ten sposób, że w wyniku częściowego przejęcia umowy w roku 2000 lub w wyniku jednej lub obydwu wskazanych zmian w umowie miało miejsce udzielenie nowego zamówienia, i ponadto w przypadku udzielenia odpowiedzi na pytanie czwarte w ten sposób, że przy udzielaniu zamówienia w drodze osobnej procedury na usługi nie objęte prawami wyłącznymi lub przy udzielaniu zamówienia obejmującego pełny zakres usług (tu: komunikaty prasowe, usługi podstawowe i prawa do używania APADok) instytucja zamawiająca miała obowiązek publikacji ogłoszenia w celu zachowania przejrzystości lub możliwości weryfikacji planowanego zamówienia:

Czy pojęcia „uszczerbku” zawarte w art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665/EWG lub słowa „doznały uszczerbku” zawarte w art. 2 ust. 1 lit. c) dyrektywy 89/665/EWG należy interpretować w ten sposób, że w sytuacji takiej jak niniejsza przedsiębiorca doznał uszczerbku w rozumieniu wskazanych przepisów dyrektywy 89/665/EWG, gdy została mu odebrana możliwość wzięcia udziału w procedurze udzielenia zamówienia z tego względu, że przed udzieleniem zamówienia instytucja zamawiająca nie opublikowała ogłoszenia o zamówieniu, na podstawie którego przedsiębiorca mógłby złożyć wniosek lub ofertę lub przedłożyć do weryfikacji przez właściwy urząd kontroli zamówień publicznych stwierdzenie o istnieniu praw wyłącznych?

- 7) Czy wspólnotową zasadę równoważności, wspólnotowy obowiązek zagwarantowania skutecznej ochrony prawnej lub zasadę skuteczności należy przy uwzględnieniu pozostałych przepisów prawa wspólnotowego interpretować w ten sposób, że przedsiębiorcy zostaje na tej podstawie przyznane względem państwa członkowskiego bezwarunkowe prawo podmiotowe do podjęcia przed właściwym organem krajowym środków prawnych zmierzających do uzyskania odszkodowania po udzieleniu zamówienia, ze względu na naruszenie wspólnotowych przepisów z zakresu prawa zamówień publicznych, w terminie co najmniej 6 miesięcy od możliwości powzięcia wiadomości o udzieleniu zamówienia niezgodnie z prawem zamówień publicznych, przy czym przedsiębiorca powinien dodatkowo dysponować okresem, w którym podjęcie takich środków prawnych nie było możliwe ze względu na brak krajowych podstaw prawnych, jeżeli w przypadku roszczeń odszkodowawczych wynikających z krajowych naruszeń prawa przewidziane są w prawie krajowym terminy wynoszące zwykle trzy lata od uzyskania wiadomości o sprawcy szkody i o szkodzie, a w razie braku ochrony prawnej w danej dziedzinie przedawnienie nie biegnie?

28. W postępowaniu przed Trybunałem PN, APA i APA-OTS, Republika Austrii oraz Komisja Wspólnot Europejskich przedstawiły uwagi pisemne i ustne. Ponadto pisemnie w postępowaniu udział wzięło prezydium austriackiego federalnego urzędu kanclerza w swej właściwości jako instytucja zamawiająca oraz rząd litewski; rząd francuski przedstawił uwagi ustnie.

## V — Dopuszczalność wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym

29. Zanim zajmę się merytoryczną analizą pytań prejudycjalnych, należy poczynić kilka krótkich uwag wstępnych w przedmiocie dopuszczalności wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym.

### 1. W przedmiocie uprawnienia Bundesvergabeamt do wystąpienia z pytaniami prejudycjalnymi

30. Austriacki Bundesvergabeamt jest utworzonym na mocy ustawy organem o charakterze trwałym, którego właściwość w sprawach z zakresu prawa zamówień publicznych z udziałem Federacji jako instytucji zamawiającej jest obowiązkowa<sup>11</sup>. Orzeka on w postępowaniu spornym na podstawie norm prawnych austriackiego prawa federalnego. W tym względzie stanowi o jednocześnie pierwszą i ostatnią instancją<sup>12</sup>. Jego członkowie w zakresie wykonywania powierzonych im funkcji nie są związani żadnymi poleceniami i są mianowani na okres przynajmniej pięciu lat, częściowo również na czas nieoznaczony<sup>13</sup>.

11 — Paragraf 291 BvergG 2006.

12 — Paragraf 291 ust. 2 zdanie 2 BvergG 2006.

13 — Paragraf 292 i § 295 BvergG 2006.

31. Tym samym Bundesvergabebamnt jest sądem w rozumieniu art. 234 WE<sup>14</sup> i jest uprawniony do zwrócenia się do Trybunału z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym. W związku z tym Trybunał już wielokrotnie<sup>15</sup> udzielał odpowiedzi na wnioski Bundesvergabebamnt o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym<sup>16</sup>.

2. *W przedmiocie dopuszczalności wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym w ogólności*

32. Przedstawiona przez APA i APA-OTS krytyka dotycząca złożonego i trudno zrozumiałego brzmienia wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym nie zmienia faktu, że pytania prejudycjalne są ogółem zrozumiałe. Z wyjaśnień poczynionych przez Bundesvergabebamnt w postanowieniu odsyłającym wynika dostatecznie dokładnie, w jakich faktycznych i prawnych ramach pytania te się mieszczą oraz dlaczego Bundesvergabebamnt uznaje je w niniejszej sprawie za mające znaczenie dla podjęcia rozstrzygnięcia.

14 — W odniesieniu do utrwalonego orzecznictwa w przedmiocie pojęcia sądu zob. wyroki: z dnia 17 września 1997 r. w sprawie C-54/96 Dorsch Consult, Rec. s. I-4961, pkt 23, z dnia 31 maja 2005 r. w sprawie C-53/03 Syfait i in., Zb.Orz. s. I-4609, pkt 29 oraz z dnia 18 października 2007 r. w sprawie C-195/06 Österreichischer Rundfunk, Zb.Orz. s. I-8817, pkt 19.

15 — Zobacz wyroki: z dnia 14 listopada 2002 r. w sprawie C-411/00 Felix Swoboda, Rec. s. I-10567, w szczególności pkt 25–28, z dnia 18 marca 2004 r. w sprawie C-314/01 Siemens i ARGE Telekom, Rec. s. I-2549 oraz z dnia 2 czerwca 2005 r. w sprawie C-15/04 Koppensteiner, Zb.Orz. s. I-4855. Obecna forma organizacyjna Bundesvergabebamnt na podstawie BvergG odpowiada wedle postanowienia odsyłającego zasadniczo tej formie, która miała zastosowanie w sprawie Koppensteiner.

16 — W podobny sposób Trybunał uznał za sąd uprawniony do występowania z pytaniami prejudycjalnymi Federalną Komisję Kontroli Udzielania Zamówień, która istniała swego czasu w Niemczech (zob. ww. w przypisie 14 wyrok w sprawie Dorsch Consult, pkt 38).

33. W szczególności z postanowienia odsyłającego wynika, że w drodze wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym powinno zostać wyjaśnione, czy w postępowaniu krajowym konieczne jest przeprowadzenie wyczerpującego postępowania dowodowego co do określonych faktów, czy też spór przed sądem krajowym jest dojrzały do rozstrzygnięcia bez tego postępowania dowodowego.

34. W tym względzie należy zauważyć, że do sądu krajowego należy podjęcie decyzji, w którym stadium postępowania sąd ten powinien przedłożyć Trybunałowi pytanie prejudycjalne<sup>17</sup>. Istotna jest okoliczność, że sąd krajowy w sposób wystarczający przedstawia ramy faktyczne i prawne, które przyjmuje za podstawę swego wniosku o wykładnię prawa wspólnotowego i poza tym dostarcza Trybunałowi wszelkich informacji potrzebnych do prawidłowego udzielenia odpowiedzi na ten wniosek<sup>18</sup>. Wbrew stanowisku APA i APA-OTS tak jest w niniejszym przypadku. W związku z tym nie istnieją żadne zarzuty przeciwko dopuszczalności wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym w ogólności.

17 — Zobacz wyroki: z dnia 10 lipca 1984 r. w sprawie 72/83 Campus Oil i in., Rec. s. 2727, pkt 10, z dnia 12 czerwca 2003 r. w sprawie C-112/00 Schmidberger, Rec. s. I-5659, pkt 39 oraz z dnia 17 kwietnia 2007 r. w sprawie C-470/03 AGM-COS.MET, Zb.Orz. s. I-2749, pkt 45.

18 — Zobacz ww. w przypisie 17 wyrok w sprawie Schmidberger, pkt 40 i 41.

3. W przedmiocie dopuszczalności pytania szóstego w szczególności

przepis dotyczy bezpośrednio przyznawania odszkodowania.

35. Szczególny problem dopuszczalności pojawia się jednakże w odniesieniu do szóstego pytania prejudycjalnego, mającego za przedmiot wykładnię pojęć uszczerbku i doznania uszczerbku zawartych w art. 1 ust. 3 i art. 2 ust. 1 lit. c) dyrektywy 89/665.

4. *Wnioski wstępne*

36. Bundesvergabeamt jest w postępowaniu krajowym, w procedurze stwierdzania naruszenia na podstawie § 331 BVergG 2006, właściwy jedynie do stwierdzenia ewentualnego naruszenia prawa zamówień publicznych, a nie również do przyznawania odszkodowania, które zastrzeżone jest dla austriackich sądów cywilnych<sup>19</sup>. Z tego względu nie może on przedkładać Trybunałowi pytań prejudycjalnych, które dotyczą przyznawania odszkodowania lub przesłanek w tym względzie<sup>20</sup>.

38. Niniejszy wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym jest ogółem w konsekwencji dopuszczalny, z wyjątkiem tej części pytania szóstego, która odnosi się do art. 2 ust. 1 lit. c) dyrektywy 89/665.

## VI — Merytoryczna ocena pytań prejudycjalnych

37. W tym kontekście szóste pytanie prejudycjalne jest dopuszczalne tylko w tym zakresie, w jakim dotyczy przesłanek dopuszczalności odwołania na podstawie art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665. Jednak w zakresie, w którym szóste pytanie odnosi się do art. 2 ust. 1 lit. c) dyrektywy 89/665, jest ono niedopuszczalne, ponieważ ten ostatni

39. Merytorycznie nadzwyczaj obszerny wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym zmierza zasadniczo do wyjaśnienia na jakich warunkach zmianę istniejącej umowy należy uznać za ponowne udzielenie zamówienia na usługi publiczne, ze skutkiem, że w danym przypadku musi zostać uprzednio przeprowadzona procedura udzielania zamówień, a nieuwzględnionym przedsiębiorstwom przysługuje ochrona prawna.

19 — Austria skorzystała z możliwości wskazanej w art. 2 ust. 2 dyrektywy 89/665 do powierzenia uprawnień w procedurze odwoławczej odrębnym organom.

20 — Wyrok z dnia 19 czerwca 2003 r. w sprawie C-315/01 GAT, Rec. I-6351, pkt 38.

40. Wysoce interesujące dalej idące pytanie, czy dla nawiązania bezterminowego

stosunku zobowiązaniowego o charakterze ciągłym wyznaczone są przez prawo zamówień publicznych lub inne przepisy prawa wspólnotowego jakiegokolwiek granice, nie jest przedmiotem niniejszego postępowania. Ponieważ bezterminowa umowa podstawowa z 1994 r. została zawarta jeszcze przed przystąpieniem Austrii do Unii Europejskiej<sup>21</sup>, problem ten, również jako pytanie prejudycjalne, nie wymaga bliższego omówienia<sup>22</sup>.

*A — W przedmiocie pytań pierwszego, drugiego i trzeciego*

41. W swych pierwszych trzech pytaniach Bundesvergabeamt zmierza do ustalenia kwestii, w jakich okolicznościach zmianę istniejącego stosunku umownego pomiędzy instytucją zamawiającą i usługodawcą należy uznać za udzielenie nowego zamówienia publicznego na usługi w rozumieniu dyrektywy 92/50.

21 — Zobacz w tym względzie wyrok z dnia 24 września 1998 r. w sprawie C-76/97 Tögel, Rec. s. I-5357, pkt 53 i 54. Inaczej niż obecnie sporne działania z lat 2000, 2001 i 2005, które miały miejsce w czasowym zakresie zastosowania prawa wspólnotowego, dyrektywy z zakresu prawa zamówień publicznych nie miały jeszcze zastosowania do umowy podstawowej, ponieważ Austria w 1994 r. nie była jeszcze członkiem Unii Europejskiej.

22 — W kwestii szczególnego problemu sprzężenia umowy bezterminowej z postanowieniem o braku wypowiedzenia zob. niżej w szczególności pkt 74 niniejszej opinii.

42. Problem ten nie został dotychczas w orzecznictwie sądów wspólnotowych omówiony w sposób wyczerpujący<sup>23</sup>.

1. Uwaga wstępna: kryterium istotnej zmiany umowy

43. Przede wszystkim w przypadku stosunków zobowiązaniowych o charakterze ciągłym i umów zawartych na dłuższy okres czasu może w czasie ich wykonywania stać się konieczne dostosowanie treści umowy, jeżeli postanowienia umowy — na przykład wskutek nieprzewidzianej zmiany okoliczności zewnętrznych — okażą się być już nieodpowiednie do sytuacji. Dostosowanie treści umowy do zmienionych okoliczności może przyczynić się do tego, że cel umowy zostanie lepiej zrealizowany.

44. Jeżeli jednak pierwotna umowa miała za przedmiot zamówienie publiczne, to późniejsze zmiany treści umowy nasuwają zawsze również pytanie, czy należy przeprowadzić (w danym przypadku ponowną) procedurę udzielania zamówień publicznych. W tym względzie pojawiać się będzie z reguły konflikt pomiędzy dążeniem do możliwie jak najbardziej efektywnego kontynuowania wykonywania zamówienia z jednej strony

23 — Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym niemieckiego Oberlandesgericht Rostock nie doprowadził do wydania rozstrzygnięcia przez Trybunał (sprawa C-50/03, wykreślona w dniu 9 listopada 2004 r.).



i nakazem zachowania równości szans dla wszystkich aktualnych i potencjalnych usługobiorców z drugiej strony.

wienia kierowały się innymi względami niż gospodarcze<sup>26</sup>.

45. Zasadniczo nie jest od początku wykluczone, że późniejsze zmiany treści istniejącej umowy spełniają przesłanki (w danym przypadku ponownego) udzielenia zamówienia publicznego, ze skutkiem że należy je poddać procedurze udzielania zamówień publicznych. Pojęcia prawne definiujące zakres zastosowania dyrektyw z zakresu prawa zamówień publicznych należy bowiem zgodnie z utrwalonym orzecznictwem interpretować szeroko<sup>24</sup>.

47. W związku z tym również dyrektywa 92/50 jako swój główny cel zmierza do urzeczywistnienia swobodnego przepływu usług i otwarcia rynków na niezakłóconą i w miarę możliwości szeroką konkurencję<sup>27</sup>. Wymaga to transparentnego i niedyskryminującego sposobu postępowania przy udzielaniu zamówień publicznych na usługi, co oznacza, że zachowana zostanie równość szans dla wszystkich możliwych usługodawców.

46. Ostatecznie jednakże wykładnia pojęcia udzielenia musi koncentrować się na celach danej dyrektywy. Koordynacja procedur udzielania zamówień publicznych ma na celu zniesienie przeszkód w swobodnym przepływie usług i towarów oraz ochronę podmiotów gospodarczych z innych państw członkowskich<sup>25</sup>. Należy wykluczyć, aby instytucje zamawiające traktowały w sposób uprzywilejowany rodzimych oferentów lub kandydatów i przy udzielaniu zamówień

48. W kontekście tego celu nie wszystkie nieznaczące zmiany umów dotyczących zamówień publicznych na usługi wymagają uprzedniej procedury udzielania zamówień. Tylko *istotne zmiany umowy*, które konkretnie mogą zakłócić konkurencję na danym rynku i uprzywilejowywać kontrahentów instytucji zamawiającej w stosunku do innych możliwych usługodawców, uzasadniają ponowne przeprowadzenie procedury udzielenia zamówień<sup>28</sup>.

24 — W odniesieniu do szerokiej wykładni różnych pojęć definiujących zakres zastosowania dyrektyw z zakresu prawa zamówień publicznych zob. wyroki: z dnia 27 lutego 2003 r. w sprawie C-373/00 Adolf Truley, Rec. s. I-1931, pkt 43, z dnia 8 września 2005 r. w sprawie C-129/04 Espace Trianon i Sofibail, Zb.Orz. s. I-7805, pkt 73 oraz z dnia 29 listopada 2007 r. w sprawie C-119/06 Komisja przeciwko Włochom, niepublikowany w Zbiorze, pkt 43.

25 — Zobacz wyroki: z dnia 10 listopada 1998 r. w sprawie C-360/96 BFI Holding, Rec. s. I-6821, pkt 41, z dnia 3 października 2000 r. w sprawie C-380/98 University of Cambridge, Rec. s. I-8035, pkt 16, z dnia 13 listopada 2007 r. w sprawie C-507/03 Komisja przeciwko Irlandii, Zb.Orz. s. I-9777, pkt 27 oraz z dnia 13 grudnia 2007 r. w sprawie C-337/06 Bayerischer Rundfunk i in., Zb.Orz. s. I-11173, pkt 38; zob. także drugi i szósty motyw dyrektywy 92/50.

26 — Zobacz wyroki: w sprawie University of Cambridge, ww. w przypisie 25, pkt 17, w sprawie Felix Swoboda, ww. w przypisie 15, pkt 45 oraz w sprawie Bayerischer Rundfunk i in., ww. w przypisie 25, pkt 36.

27 — Zobacz wyroki z dnia 11 stycznia 2005 r. w sprawie C-26/03 Stadt Halle i RPL Loachau, Zb.Orz. s. I-1, pkt 44 i 47 oraz w sprawie Bayerischer Rundfunk i in., ww. w przypisie 25, pkt 39.

28 — Zobacz podobnie również wyroki z dnia 5 października 2000 r. w sprawie C-337/98 Komisja przeciwko Francji, Rec. s. I-8377, pkt 46, 50 i 51 oraz z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie C-496/99 P Komisja przeciwko CAS Succhi di Frutta, Rec. s. I-3801, pkt 117, gdzie uwzględnia się *istotne* postanowienia umowy lub warunki przetargu.

49. W szczególności istotną zmianę umowy należy przyjąć zawsze wtedy, gdy nie da się wykluczyć, że pozostali usługodawcy wskutek pierwotnych, mniej korzystnych warunków, zostali zniechęceni do ubiegania się o zamówienie publiczne lub że z uwagi na nowe warunki umowy byłoby tym razem zainteresowani ubieganiem się o zamówienie publiczne, lub także że wniosek oferenta, który swego czasu został odrzucony, mógłby z uwagi na nowe warunki umowy zostać uwzględniony<sup>29</sup>.

50. Te wstępne rozważania tworzą podstawę dla mojej poniższej analizy trzech pierwszych pytań prejudycjalnych.

2. W przedmiocie pytania pierwszego

a) Pierwsza część pytania pierwszego: włączenie APA-OTS

51. W swym pierwszym pytaniu Bundesvergabeamt dąży zasadniczo do ustalenia, czy

<sup>29</sup> — Oczywiście w praktyce nie zawsze będzie całkiem łatwo dokonać rozróżnienia między istotnymi i nieistotnymi zmianami umowy, ponieważ w tym względzie konieczna jest wartościująca analiza wszystkich okoliczności danego przypadku. Zastosowania pojęć niedookreślonych wymagających interpretacji nie da się jednakże uniknąć w żadnej dziedzinie prawa. Również w prawie zamówień publicznych nie jest ono bynajmniej nieznanne.

należy uznać za ponowne udzielenie będącego już w mocy zamówienia publicznego na usługi w rozumieniu dyrektywy 92/50, jeżeli instytucja zamawiająca wyraża zgodę na to, że wykonanie części tego zamówienia zostaje przekazane spółce zależnej wykonawcy, wobec której ma on prawo wydawania poleceń i której jest on 100-procentowym udziałowcem, nawet gdy jego 100-procentowy udział nie jest zapewniony na cały okres trwania umowy.

52. Tło tego pytania stanowi dokonane przez APA w roku 2000 przeniesienie na jej spółkę zależną APA-OTS usług w zakresie OTS. Niezależnie od tego, czy w ramach grupy APA doszło do „podziału umowy”, przejęcia umowy, nowacji lub przystąpienia do długu<sup>30</sup>, pewne jest w każdym razie, że wskazane usługi był odtąd za zgodą federalnego urzędu kanclerza bezpośrednio świadczone przez APA-OTS i również wynagrodzenie za nie było przekazywane bezpośrednio do APA-OTS.

53. Tym samym doszło w roku 2000, w każdym razie w praktycznym wykonywaniu umowy, do częściowej zmiany usługodawcy.

<sup>30</sup> — Między uczestnikami postępowania przed sądem krajowym wydaje się istnieć w tym względzie brak jednomyślności. Również postanowienie odsyłające nie stosuje jednolitej terminologii. Niemniej do Bundesvergabeamt należy wyjaśnienie, jak to działanie należy kwalifikować na gruncie prawa cywilnego.



54. Zmiana usługodawcy w trakcie trwania zamówienia publicznego pozwala a priori domniemywać wystąpienie istotnej zmiany umowy, jeżeli przedsiębiorstwu, które nie musiało konkurować z innymi oferentami i którego wybór nie opiera się na porównaniu z ewentualnymi innymi oferentami, powierza się w całości lub w części wykonanie zamówienia publicznego. Tego rodzaju działanie niesie niebezpieczeństwo obejścia prawa zamówień publicznych i może zakłócić konkurencję na danym rynku oraz uprzywilejowywać nowego usługodawcę w stosunku do innych możliwych usługodawców.

55. Jednakże ze szczególnych okoliczności danego przypadku może wynikać, że zmiany po stronie usługodawcy wyjątkowo nie powodują istotnej zmiany umowy. W tym względzie w rachubę wchodzi w szczególności poniższe dwie grupy przypadków.

56. Pierwsza grupa przypadków dotyczy *włączenia podwykonawców* przez kontrahenta instytucji zamawiającej. Aby w nadmiernym stopniu nie zawężyć kręgu możliwych usługodawców, dyrektywa 92/50 przewiduje dla instytucji zamawiających wyraźnie możliwość dopuszczenia udzielenia podzamówień osobom trzecim<sup>31</sup>. Charakterystyczne dla tej grupy przypadków jest to, że główny usługodawca również po udzieleniu

podzamówienia ponosi pełną umowną odpowiedzialność za wykonanie zamówienia na usługi bądź przynajmniej jest współodpowiedzialny w tym względzie.

57. Druga grupa przypadków dotyczy *zmian organizacyjnych o charakterze czysto wewnętrznym* po stronie kontrahenta instytucji zamawiającej. Zaliczyć do nich można również włączenie jednej z jego spółek zależnych do wykonania umowy. Kwestia tego, jak ściśle musi być przy tym powiązanie wykonawcy z jego spółką zależną, nie wymaga w niniejszej sprawie wyczerpującego wyjaśnienia. W każdym razie chodzi bowiem o takie spółki zależne, którymi usługodawca kieruje w analogiczny sposób, jak własnymi działami przedsiębiorstwa. Włączenie spółki zależnej do wykonania umowy jest wówczas podobne do transakcji typu *in house*<sup>32</sup> po stronie usługodawcy, w wyniku której warunki wykonania zamówienia publicznego — w każdym razie z ekonomicznego punktu widzenia — nie zmieniają się w istotny sposób.

58. W obu wymienionych grupach przypadków jest zapewnione, że zmiana po stronie usługodawcy nie prowadzi do zakłócenia konkurencji i w konsekwencji do istotnej zmiany umowy.

31 — Zobacz art. 25 i art. 32 ust. 2 lit. c) i lit. h) dyrektywy 92/50 oraz wyrok z dnia 2 grudnia 1999 r. w sprawie C-176/98 *Holst Italia*, Rec. s. I-8607, pkt 26 i 27. Jednakże udzielenie podzamówień na wykonanie *istotnych części* zamówienia może zostać ograniczone na podstawie prawa krajowego (wyrok w sprawie *Siemens i ARGE Telekom*, ww. w przypisie 15, pkt 45).

32 — Odnosnie do przesłanek dla przyjęcia transakcji typu *in house* zob. w szczególności wyroki: z dnia 18 listopada 1999 r. w sprawie C-107/98 *Teckal*, Rec. s. I-8121, pkt 50, w sprawie *Stadt Halle i RPL Lochau*, ww. w przypisie 27, pkt 49, z dnia 13 października 2005 r. w sprawie C-458/03 *Parking Brixen*, Zb.Orz. s. I-8585, pkt 62 oraz z dnia 19 kwietnia 2007 r. w sprawie C-295/05 *Asemfo*, Zb.Orz. s. I-2999, pkt 55; odnośnie do pojęcia transakcji typu *in house* zob. moją opinię z dnia 1 marca 2005 r. w sprawie *Parking Brixen*, pkt 1 i 2.

59. Działanie takie, jak sporne w niniejszej sprawie przekazanie na rzecz APA-OTS usług w zakresie OTS w roku 2000, jest podobne przy pobieżnej analizie do udzielenia podzamówienia przez APA (pierwsza grupa przypadków). Przemawia za tym okoliczność, że dane usługi są od tego czasu świadczone przez inną osobę prawną niż APA, przy czym jednakże APA sama ponosi solidarnie odpowiedzialność za wykonanie całego zamówienia publicznego na usługi, w tym zadań przejętych przez APA-OTS.

60. Jednak przy bliższej analizie podmiot taki, jak APA-OTS w większym stopniu wykazuje cechy działu istniejącego w ramach przedsiębiorstwa APA niż cechy samodzielnego podwykonawcy APA. Działanie takie, jak włączenie APA-OTS do wykonania zamówienia publicznego w roku 2000, stanowi czysto wewnętrzną zmianę organizacji po stronie usługodawcy APA (druga grupa przypadków).

61. Wprawdzie część usług ciążących na APA świadczonych jest obecnie przez inną osobę prawną, APA-OTS. Jednakże z ekonomicznego punktu widzenia APA-OTS nie jest osobą trzecią, bowiem jest ona całkowicie kontrolowana przez swą spółkę dominującą. Nie tylko charakter APA jako 100-procentowego udziałowca, lecz również przysługujące jej prawo do wydawania poleceń oraz umowa o wyłączeniu zysków i strat zapewniają, że APA-OTS jest kierowana przez swą spółkę dominującą jak własny dział przedsiębiorstwa. Tym samym w warunkach dla wykonania zamówienia publicznego z ekonomicznego punktu widzenia nic istotnego się nie zmienia.

62. Działanie, jak to z roku 2000, nie prowadziło w rezultacie do istotnej zmiany umowy i nie powinno być w związku z tym traktowane jako (ponowne) udzielenie zamówienia publicznego na usługi.

63. Nie sprzeciwia się temu okoliczność, że 100-procentowy udział APA w APA-OTS nie był zapewniony na cały okres trwania zamówienia<sup>33</sup>. Wprawdzie APA mogłaby teoretycznie w każdym czasie zbyć udziały w APA-OTS na rzecz osób trzecich. Niemniej decydujące dla podlegającego tu analizie pytania, czy w roku 2000 doszło do istotnej zmiany umowy, a tym samym do ponownego udzielenia zamówienia publicznego na usługi, są wyłącznie wydarzenia konkretnie przewidywalne w tamtym czasie.

64. Zasada bezpieczeństwa prawnego nakazuje dokonanie oceny obowiązku przeprowadzenia procedury udzielenia zamówienia publicznego zawsze *ex ante*, a więc na chwilę dokonania czynności prawnej<sup>34</sup>. Zarówno bowiem z punktu widzenia zamawiającej instytucji publicznej oraz jej kontrahenta, jak i z punktu widzenia nieuwzględnionych konkurentów, już na chwilę zawarcia umowy musi być możliwe stwierdzenie, czy należało przeprowadzić procedurę udzielenia zamówienia publicznego czy też nie. Uwzględnienie okoliczności późniejszych możliwe jest tylko wówczas, gdy już w chwili

33 — To samo odnosi się do możliwości rozwiązania umowy o wyłączeniu zysków i strat.

34 — Zobacz w tym względzie moją opinię z dnia 1 marca 2005 r. w sprawie Parking Brixen, ww. w przypisie 32, pkt 56. Kwestia konkretnej przewidywalności zbycia udziałów na rzecz osób trzecich odgrywa decydującą rolę również w wyrokach: z dnia 10 listopada 2005 r. w sprawie C-29/04 Komisja przeciwko Austrii, Zb.Orz. s. I-9705, pkt 38–41, z dnia 6 kwietnia 2006 r. w sprawie C-410/04 ANAV, Zb.Orz. s. I-3303, pkt 30–32 oraz w sprawie Parking Brixen, ww. w przypisie 32, pkt 67 lit. c).

dokonywania danej czynności można było przewidzieć ich wystąpienie.

65. Z akt wynika, że w chwili włączenia APA-OTS do wykonania publicznego zamówienia nie istniały żadne konkretne wskazówki przemawiające za tym, że ewentualnie będzie miało miejsce zbycie udziałów przez APA. W tych okolicznościach pozostają przy mojej ocenie, że działanie takie jak to z roku 2000 nie prowadziło do istotnej zmiany umowy i w konsekwencji nie wymagało procedury udzielania zamówień.

b) Druga część pytania pierwszego: skład członkowski APA

66. Bundesvergabeamt dąży ponadto do ustalenia, czy w związku z działaniem takim jak z roku 2000 odgrywa rolę okoliczność, że krąg członków spółdzielni APA mógłby ulec zmianie w okresie trwania umowy.

67. Tego rodzaju zmiana może mieć znaczenie na gruncie prawa zamówień publicznych tylko wówczas, jeżeli jej skutkiem jest co najmniej częściowa zmiana usługodawcy i w związku z tym powinna być uznana za istotną zmianę umowy.

68. Jeżeli przykładowo w przypadku usługodawcy chodzi o zwykle konsorcjum przedsiębiorstw (Arbeitsgemeinschaft) bez własnej zdolności prawnej, to w normalnym przypadku każdy członek konsorcjum uzyskuje uprawnienia i obowiązki na podstawie umowy z instytucją zamawiającą. W takiej sytuacji zmiana w składzie konsorcjum może skutkować tym, że przedsiębiorstwu, które nie musiało konkurować z innymi oferentami i którego wybór również nie opiera się na porównaniu z ewentualnymi innymi oferentami, zostaje powierzone w całości lub w części wykonanie zamówienia publicznego. Miałaby wówczas miejsce — z zastrzeżeniem opisanych wyżej wyjątków<sup>35</sup> — istotna zmiana umowy<sup>36</sup>.

69. Jeżeli natomiast w przypadku usługodawcy chodzi o osobę prawną, to wyłącznie ona staje się kontrahentem instytucji zamawiającej, a ewentualne późniejsze zmiany w kręgu jej udziałowców nie prowadzą do istotnej zmiany umowy<sup>37</sup>.

35 — Zobacz wyżej, pkt 55–58 niniejszej opinii.

36 — Wyrok z dnia 23 stycznia 2003 r. w sprawie C-57/01 *Make-doniko Metro i Michaniki*, Rec. s. I-1091, pkt 61 wyjaśnia jedynie, że uregulowania dotyczące składu wspólnot oferentów objęte są właściwością państw członkowskich. Na państwach członkowskich spoczywa więc obowiązek uregulowania kwestii, czy zmiany w składzie wspólnot oferentów są w ogóle dopuszczalne. Od tej kwestii należy jednakże odróżnić pytanie istotne w niniejszej sprawie, czy takie zmiany *po* udzieleniu zamówienia należy uznać za istotne zmiany umowy i w związku z tym, czy ponownie wypełniają one stan faktyczny udzielenia zamówienia publicznego. Ta ostatnia kwestia jest objęta zakresem prawa wspólnotowego.

37 — Gdyby jednak zamierzano każdą zmianę w stosunkach własnościowych osoby prawnej uznać za powód do przeprowadzenia nowej procedury udzielania zamówień, to udzielenie zamówień publicznych na rzecz notowanych na giełdzie spółek akcyjnych, których akcjonariusze zmieniają się niekiedy codziennie, byłoby praktycznie niemożliwe.

70. W niniejszej sprawie z akt wynika, że APA jest „zarejestrowaną spółdzielnią z ograniczoną odpowiedzialnością”. Tym samym można założyć, że APA posiada osobowość prawną. Z zastrzeżeniem ustaleń Bundesvergabeamt w tym względzie, za kontrahentów Republiki Austrii należy więc uznać nie członków spółdzielni APA, lecz jedynie samą APA. W takim przypadku ewentualne zmiany w kręgu członków spółdzielni nie prowadzą do istotnej zmiany umowy.

odtąd w odniesieniu do nich przynany zostaje rabat podwyższony o dziesięć punktów procentowych.

72. Tło tego pytania stanowi uzgodniony w 2005 r. pomiędzy APA i Republiką Austrii drugi ankes do umowy podstawowej.

3. W przedmiocie pytania trzeciego

a) Pierwsza część pytania trzeciego: ponowne uzgodnienie postanowienia o braku wypowiedzenia umowy

71. W swym trzecim pytaniu Bundesvergabeamt dąży zasadniczo do ustalenia, czy za ponowne udzielenie zamówienia publicznego w rozumieniu dyrektywy 92/50 uznać należy sytuację, gdy instytucja zamawiająca i usługodawca zmieniają istniejącą między nimi umowę o świadczenie usług w trakcie jej obowiązywania w ten sposób, że

73. Pierwsza część pytania trzeciego dotyczy ponownie uzgodnionego w 2005 r. postanowienia o braku wypowiedzenia umowy, które w chwili dokonywania uzgodnienia już nie obowiązywało.

— uzgodnione wcześniej postanowienie o braku wypowiedzenia umowy, które już nie obowiązywało, zostaje ponownie wprowadzone do umowy na okres trzech lat oraz

— pewne wynagrodzenia odbiegają od dotychczas uzgodnionych, ponieważ

74. Na gruncie prawa zamówień publicznych problematyczne byłoby uzgodnienie w odniesieniu do bezterminowego stosunku zobowiązaniowego o charakterze ciągłym także postanowienia o braku wypowiedzenia umowy przez dłuższy okres czasu lub nawet całkowite wyłączenie możliwości wypowiedzenia umowy przez instytucję zamawiającą. Tego rodzaju uzgodnienia wyłączałyby bowiem na długi okres czasu konkurencję pomiędzy możliwymi usługodawcami i w ten sposób byłyby sprzeczne z fundamentalnymi celami dyrektyw z zakresu prawa zamówień publicznych.

75. Odmienne rzecz się ma jednakże z postanowieniem o braku wypowiedzenia umowy, jak to uzgodnione w niniejszej sprawie w 2005 r., które zostało przewidziane na okres trzech lat. Takie postanowienie o braku wypowiedzenia umowy nie może od samego początku być uznane za niedopuszczalne według prawa zamówień publicznych. Niemniej należy zbadać, czy powinno ono być zostać poddane procedurze udzielenia zamówień publicznych. Zależy to od tego, czy postanowienie o braku wypowiedzenia umowy należy uznać za istotną zmianę istniejącej umowy podstawowej<sup>38</sup>.

76. Aby zostać zakwalifikowane jako istotna zmiana umowy, postanowienie o braku wypowiedzenia umowy w terminie kilku lat musi skutkować możliwością wystąpienia zakłóceń konkurencji na danym rynku oraz uprzywilejowywać kontrahentów instytucji zamawiającej w stosunku do innych możliwości usługodawców<sup>39</sup>.

77. Może tak być jedynie wyjątkowo i to wówczas, jeżeli przy uzgadnianiu braku wypowiedzenia umowy istnieją konkretne wskazówki przemawiające za tym, że instytucja zamawiająca w czasie przewidzianego okresu obowiązywania braku wypowiedzenia umowy zwolniłaby się z istniejącej umowy. Tylko bowiem wtedy inni możliwi usługodawcy mogliby mieć uzasadnione oczekiwania na możliwość zastąpienia obecnego usługodawcy w trakcie tego okresu w całości bądź częściowo.

78. W tym względzie należy, po pierwsze, zauważyć, że na instytucjach zamawiających nie ciążył obowiązek przedterminowego zakończenia istniejącej umowy, zawartej bez naruszenia obowiązującego prawa; przystąpienie Austrii do Unii Europejskiej nie spowodowało powstania zobowiązania dla instytucji zamawiającej do wypowiedzenia istniejącej umowy podstawowej bądź nowego opublikowania ogłoszenia o zamówieniu w tym przedmiocie<sup>40</sup>. W związku z tym wypowiedzenie umowy o świadczenie usług zawartej z APA było dla Republiki Austrii od chwili upływu terminu obowiązywania pierwotnie uzgodnionego postanowienia o braku wypowiedzenia (w 1994 r.) prawnie możliwe, jednakże nie było ono w żaden sposób konieczne.

79. Po drugie, dla Republiki Austrii — z zastrzeżeniem ewentualnych ustaleń podlegających jeszcze stwierdzeniu przez Bundesvergabeamt — nie istniały w roku 2005 również żadne ekonomiczne bodźce do dokonania zmiany usługodawcy w trakcie wskazanego, stosunkowo przewidywanego okresu obowiązywania postanowienia o braku wypowiedzenia, tj. do końca roku 2008. O ile wiadomo, instytucja zamawiająca mogła racjonalnie przyjąć, że do roku 2008 nie byłyby dostępne inne równoważne oferty na korzystniejszych warunkach, które uzasadniałyby koszty zamiany.

80. W świetle przedstawionych w niniejszej sprawie informacji uzgodnione ponownie w roku 2005 postanowione o braku

38 — Zobacz pkt 48 niniejszej opinii.

39 — Zobacz pkt 48 i 49 niniejszej opinii.

40 — Zobacz podobnie wyrok w sprawie Tögel, ww. w przypisie 21, pkt 53 i 54.

wypowiedzenia umowy przez okres trzech lat nie niosło ze sobą w konsekwencji niebezpieczeństwa zakłócenia konkurencji, a tym samym nie podlega zakwalifikowaniu jako istotna zmiana umowy podstawowej.

b) Druga część pytania trzeciego: uzgodnienie wyższych rabatów

81. Druga część pytania trzeciego dotyczy uzgodnionych w roku 2005 wyższych rabatów za korzystanie z usług informacyjnych oferowanych przez APA w systemie on line. Podczas gdy umowa podstawowa przyznawała jeszcze w tym zakresie austriackim urzędom federalnym rabat w wysokości 15%, od drugiego aneksu do tej umowy obowiązuje rabat w wysokości 25%.

82. Jak już wspomniano<sup>41</sup>, o ponownym udzieleniu będącego w mocy zamówienia publicznego na usługi można mówić jedynie wtedy, gdy zostanie dokonana istotna zmiana umowy. Odnosi się to także do zmian uzgodnionych w umowie wynagrodzenia. Nawet bowiem jeżeli warunki zapłaty jako takie stanowią istotną treść umowy<sup>42</sup>, to nie każdą nieznaczną zmianę uzgodnionych postanowień dotyczących wynagrodzeń należy od razu uznać za istotną zmianę umowy.

83. W pierwszej kolejności należy zbadać, czy podwyższenie pierwotnie udzielonego rabatu o dziesięć punktów procentowych stanowi w ogóle *zmianę treści* postanowień dotyczących wynagrodzeń mających zastosowanie do zamówienia publicznego na usługi.

84. APA i APA-OTS argumentują, że przyznany rabat w wysokości 25% jest jedynie logiczną konsekwencją tego, co i tak zostało już ustalone w umowie podstawowej. Umowa podstawowa odwoływała się bowiem do stopniowej taryfy APA. Nowy, wyższy rabat należy uznać za równoważny z wprowadzeniem nowego niższego stopnia do listy cen APA.

85. W tym względzie należy zauważyć, iż konkretna ocena okoliczności faktycznych istotnych w postępowaniu przed sądem krajowym należy do Bundesvergabeamt. W postanowieniu odsyłającym, które określa ramy faktyczne wyłącznie miarodajne dla niniejszego postępowania prejudycjalnego<sup>43</sup>, zmiana liczb procentów z 15% na 25% przedstawiana jest jako „wyższy rabat niż dotychczas”. Wskazuje to na zmianę treści postanowień dotyczących wynagrodzeń.

41 — Zobacz pkt 48 i 49 niniejszej opinii.

42 — Zobacz podobnie wyrok w sprawie Komisja przeciwko CAS Suchti di Frutta, ww. w przypisie 28, pkt 117.

43 — Zobacz wyroki: z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawach C-482/01 i C-493/01 Orfanopoulos und Oliveri, Rec. s. I-5257, pkt 42 oraz z dnia 12 stycznia 2006 r. w sprawie C-246/04 Turn- i Sportunion Waldburg, Zb.Orz. s. I-589, pkt 21.



86. Za taką oceną przemawia również to, że już pierwotnie przyznany rabat w wysokości 15% odwoływał się do „najniższego poziomu taryfy”. Instytucji zamawiającej przyznany więc został już przy zawarciu umowy podstawowej w roku 1994 najbardziej korzystny przewidywalny stopień taryfowy. W tych okolicznościach jest praktycznie mało prawdopodobne, aby strony umowy w tamtej chwili planowały skok do jeszcze bardziej korzystnej klasy cenowej bądź również uznawały to za możliwe. Jeżeli więc w roku 2005 przyznany został rabat zwiększony o dziesięć punktów procentowych, który poza tym znów odwołuje się do najniższego poziomu taryfy, to wskazuje to na rzeczywistą zmianę ceny, a nie jedynie na logiczną konsekwencję obliczenia wynagrodzenia, które i tak było ustalone w umowie podstawowej.

87. Jednakże tego rodzaju zmianę ceny należy jedynie wówczas uznać za istotną *zmianę umowy*, jeżeli konkretnie może ona zakłócić konkurencję na danym rynku i uprzywilejowywać kontrahentów instytucji zamawiającej w stosunku do innych możliwych usługodawców.

88. Aby to ocenić, należy, po pierwsze, ocenić stopień zmiany cen za daną usługę, a po drugie, należy ująć tę zmianę w relacji do znaczenia danego zamówienia publicznego w jego całości.

89. Co się tyczy w pierwszej kolejności zmiany cen jako takiej, to niebezpieczeństwo zniekształcenia konkurencji jest niższe w przypadku obniżenia cen niż w przypadku podwyższenia cen. Obniżenie wynagrodzenia działa bowiem na korzyść instytucji zamawiającej i ponadto polepsza dla niego w normalnym przypadku rentowność wykonania zlecenia.

90. Niemniej jednak nie jest już na wstępie wykluczone, że również uzgodnienie niższego wynagrodzenia może oddziaływać w sposób zakłócający konkurencję. Słusznie zwrócił na to uwagę rząd litewski.

91. Decydujące jest zawsze to, jakie warunki instytucja zamawiająca mogłaby uzyskać na rynku w *chwili zmiany umowy*. Jeżeli przykładowo ceny na rynku za usługę stanowiącą przedmiot umowy powszechnie uległy zmniejszeniu od chwili pierwotnego udzielenia zamówienia publicznego, to zwykłe uzgodnienie niższego wynagrodzenia niż dotychczas nie daje rękami przestrzegania zasady konkurencji i zasady gospodarności. Należy raczej zbadać, czy inni usługodawcy mogliby zaoferować instytucji zamawiającej požądane świadczenie w chwili zmiany umowy po jeszcze bardziej korzystnej cenie niż obecny kontrahent.

92. W świetle przedstawionych informacji nie istnieją jednak żadne konkretne okoliczności przemawiające za tym, że instytucja zamawiająca mogłaby w niniejszej sprawie uzyskać w trakcie przeprowadzania

procedury udzielania zamówień publicznych jeszcze bardziej korzystną cenę za równorzędną usługę, niż udało się jej to w ramach pierwszego aneksu do umowy podstawowej z APA jako obecnym usługodawcą.

93. Co się wreszcie tyczy znaczenia dokonanej zmiany ceny w relacji do zamówienia publicznego w jego całości, to należy mieć na względzie, że podwyższony rabat został uzgodniony tylko w odniesieniu do części świadczenia — korzystania z oferowanych przez APA usług informacyjnych w systemie on line — a nie przykładowo w odniesieniu do całości podlegających wykonaniu usług APA. Nawet jeżeli rabat podwyższony o dziesięć punktów procentowych może mieć znaczenie dla danej części usługi, to w relacji do całej umowy ma on wyraźnie mniejszą wagę.

94. Ostatecznie jednak Bundesvergabeamt jest zobowiązany do dokonania koniecznych ustaleń w przedmiocie znaczenia zmiany ceny, zarówno w odniesieniu do danej części usługi, jak również w relacji do zamówienia publicznego w jego całości.

95. W oparciu o informacje przedłożone Trybunałowi nie jestem w każdym razie zdania, że zmianę ceny, tak jak wynika ona z przyznanego w drugim aneksie w roku 2005 podwyższenia rabatu, należałoby uznać za istotną zmianę umowy.

4. W przedmiocie pytania drugiego

96. W swym drugim pytaniu Bundesvergabeamt dąży zasadniczo do ustalenia, czy należy uznać za ponowne udzielenie publicznego zamówienia na usługi w rozumieniu dyrektywy 92/50 okoliczność, że instytucja zamawiająca i usługodawca zmieniają istniejącą pomiędzy nimi umowę o świadczenie usług w trakcie jej obowiązywania w ten sposób, że

- uzgodnione wynagrodzenia z uwagi na wprowadzenie nowej waluty nie będą wyrażane w walucie krajowej, lecz w euro,

- zawarta w umowie klauzula waloryzacyjna zostaje sformułowana na nowo poprzez odwołanie się do wskaźnika zastępującego wskaźnik wykorzystywany dotychczas oraz

- pewne wynagrodzenia odbiegają od dotychczas uzgodnionych.

97. Tło tego pytania stanowi uzgodniony w roku 2001 pierwszy aneks do umowy podstawowej, w którym doszło do tego rodzaju zmian postanowień dotyczących wynagrodzeń.



98. Dostosowania umowy o charakterze czysto technicznym, które nie mają decydującego wpływu na relację świadczeń pomiędzy instytucją zamawiającą i jej kontrahentem, nie stanowią w ogóle zmiany treści umowy. Tym bardziej nie można w nich dopatrywać się istotnej zmiany umowy, która wymagałaby przeprowadzenia procedury udzielenia zamówień.

99. Jeżeli istniejąca umowa została zmieniona ze względu na wprowadzenie euro w ten sposób, że uzgodnione dotychczas wynagrodzenia będą wyrażone w nowej walucie, jednak bez ich materialnego podwyższenia lub zmniejszenia, to nie chodzi o istotną zmianę umowy, lecz jedynie o techniczne dostosowanie istniejącej umowy do zmienionych okoliczności zewnętrznych<sup>44</sup>. Część tego czysto technicznego dostosowania stanowi również konieczne zaokrąglenie w górę lub w dół wyliczonych w euro kwot zgodnie z obowiązującymi przepisami.

100. Również odwołanie się do innego wskaźnika waloryzacyjnego niż pierwotnie uzgodniony może stanowić czysto techniczne

44 — W istocie dostosowanie umowy nie było bezwzględnie konieczne, ponieważ już istniejące ramy prawne zapewniały, że wszystkie kwoty przedtem wyrażone w walucie krajowej będą musiały być rozumiane jako kwoty w euro i nie będzie się z tym wiązała zmiana istniejących obowiązków umownych (zob. również art. 3 i 5 rozporządzenia Rady [WE] nr 1103/97 z dnia 17 czerwca 1997 r. w sprawie niektórych przepisów dotyczących wprowadzenia euro, Dz.U. L 162, s. 1). Niemniej, jak słusznie podnoszą APA i APA-OTS, wyraźne dostosowanie umowy w szczególności w przypadku stosunku zobowiązaniowego o charakterze ciągłym takim jak w niniejszej sprawie może być jednak celowe, aby uniknąć zwiększonych kosztów administracyjnych związanych ze stale powtarzającym się przeliczaniem walut.

dostosowanie umowy, o ile oba wskaźniki są równorzędne. Na taką równorzędność wskazuje informacja zawarta w postanowieniu odsyłającym, zgodnie z którą nowy wskaźnik zastępuje wskaźnik dotychczasowy. Bundesvergabeamt będzie jednak musiał dodatkowo upewnić się, czy działanie nowego wskaźnika jest równorzędne dotychczasowemu wskaźnikowi. W tym względzie chodzi w szczególności o to, że koszyki towarowe lub inne wielkości odniesienia, do których odnoszą się dane wskaźniki, muszą co do zasady być równorzędne.

101. Jeżeli natomiast strony wykorzystują przeliczenie na nową walutę lub konwersję wskaźnika, aby dokonać zmiany pierwotnie uzgodnionych wynagrodzeń również materialnie, to działanie to wykracza w swym rozmiarze poza czysto techniczne dostosowanie umowy. Nie jest wówczas od początku wykluczone, że ma miejsce istotna zmiana umowy oddziałująca na konkurencję między usługodawcami.

102. W niniejszej sprawie dostosowanie umowy podstawowej na podstawie pierwszego aneksu doprowadziło wedle postanowienia odsyłającego do tego, że w odniesieniu do włączenia pewnych komunikatów urzędów federalnych do zakresu usług OTS w odniesieniu do lat 2002, 2003 i 2004 obowiązywały wynagrodzenia maksymalne, które nie mogły być podwyższone.

103. Bundesvergabeamt będzie musiał zbadać, czy w wyniku tego nie została dokonana istotna zmiana w stosunku do

wynagrodzeń uzgodnionych w umowie podstawowej. Decydujące znaczenie ma w tym względzie to, jakiego kształtowania się poziomu uzgodnionych wynagrodzeń, których wysokość ustalono według wskaźników, można było przewidzieć przy obiektywnej ocenie zgodnie ze wskazówkami dostępnymi w roku 2001.

104. Jeżeli maksymalne wynagrodzenia ustalone w odniesieniu do lat 2002, 2003 i 2004 zasadniczo odpowiadają cenom, które wedle wszelkiego prawdopodobieństwa wynikłyby również przy zastosowaniu ustalonej w umowie podstawowej klauzuli waloryzacyjnej, to nie ma miejsca istotna zmiana umowy<sup>45</sup>. Jeżeli natomiast odbiegają one wyraźnie od oczekiwanego zgodnie z umową kształtowania się poziomu cen, to należy zbadać oddziaływanie tej zmiany na konkurencję, w odniesieniu do czego zastosowanie mają kryteria przedstawione wyżej w przedmiocie części drugiej pytania trzeciego<sup>46</sup>.

105. W oparciu o przedłożone Trybunałowi informacje jestem w każdym razie zdania, że zmiany cen takie, jak uzgodnione w pierwszym aneksie, mieściły się w ramach rocznych wzrostów cen, które były przewidywalne w 2001 r. i już z tego powodu nie stanowiły istotnej zmiany umowy.

45 — Maksymalne wynagrodzenia dotyczące wierszy, uzgodnione w pierwszym aneksie w odniesieniu do lat 2002, 2003 i 2004, różnią się jedynie nieznacznie. Z zastrzeżeniem dokładniejszej kontroli przez Bundesvergabeamt takie nieznaczne różnice cen wydają się mieścić rokrocznie w ramach oczekiwanego w 2001 r. ogólnego kształtowania się poziomu cen w latach następnych.

46 — Zobacz pkt 81–94 niniejszej opinii.

*B — W przedmiocie pytań czwartego i piątego*

106. Pytania czwarte i piąte, w których Bundesvergabeamt poświęca się właściwej procedurze udzielenia zamówień publicznych oraz dowodowi zdolności usługodawcy do wykonania usługi, zakładają, że działania takie, jak te z lat 2000, 2001 i 2005, mogą być w ogóle uznane za udzielenie publicznego zamówienia na usługi.

107. W oparciu o informacje przedłożone Trybunałowi jestem zdania, że żadne z tych działań nie stanowiło udzielenia takiego zamówienia<sup>47</sup>. W związku z tym badam pytania czwarte i piąte jedynie posiłkowo.

1. W przedmiocie pytania czwartego

108. W swym czwartym pytaniu Bundesvergabeamt dąży zasadniczo do ustalenia, czy zamówienie publiczne na usługi może zostać udzielone jako jedna całość w drodze procedury negocjacyjnej, bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu, jeżeli zamówienie

47 — Zobacz w tym względzie moją opinię w przedmiocie pytań pierwszego, drugiego i trzeciego (pkt 41–105 niniejszej opinii).

ma w przeważającej mierze za przedmiot usługi niepriorytetowe, a prawo wyłączne, o którym mowa w art. 11 ust. 3 lit b) dyrektywy 92/50, nie obejmuje wszystkich, lecz jedynie poszczególne podlegające wykonaniu usługi.

a) Usługi objęte i nieobjęte prawem pierwszeństwa

109. Dyrektywa 92/50 wprowadza zgodnie ze swymi art. 8–10 rozróżnienie między usługami priorytetowymi i niepriorytetowymi. Pierwsze z nich są zdefiniowane w załączniku I A do dyrektywy, a drugie w załączniku I B. Podstawę tego uregulowania stanowi okoliczność, że zamówienia dotyczące usług niepriorytetowych nie mają, ze względu na ich szczególny charakter, a *priori* znaczenia transgranicznego, mogącego uzasadniać wymóg, by udzielano ich w drodze postępowań przetargowych<sup>48</sup>.

110. Bundesvergabebamt przyjmuje w nawiązaniu do argumentacji APA i APA-OTS, że w przypadku usług z zakresu agencji informacyjnej, takich jak uzgodnione w niniejszej sprawie, chodzi o mieszankę usług priorytetowych i niepriorytetowych<sup>49</sup>, przy czym

48 — Wyrok w sprawie Komisja przeciwko Irlandii, ww. w przypisie 25, pkt 25.

49 — Zdaniem APA i APA-OTS ich usługi w zakresie dokumentacji należy przyporządkować do dziedziny działalności „Usługi bibliotek” („Library services”, numer referencyjny CPC 96311), a ich usługi w zakresie OTS dziedziny działalności „Elektroniczne usługi informacyjne” („Electronic message and information services”, numer referencyjny CPC 75232).

usługi niepriorytetowe wyraźnie przeważają pod względem ich wartości.

111. Jeżeli przyjęte zostanie założenie, że ocena ta jest prawidłowa<sup>50</sup>, to do zamówień publicznych na usługi udzielonych na rzecz APA zastosowanie ma w całości reżim usług niepriorytetowych (art. 10 dyrektywy 92/52). W konsekwencji chodzi o zamówienie publiczne, które w ogóle nie podlega szczególnej procedurze udzielania zamówień publicznych w rozumieniu tytułu III dyrektywy 92/50<sup>51</sup>.

b) Zastosowanie zasady przejrzystości

112. Również w przypadku procesu udzielania zamówień publicznych, w odniesieniu do którego dyrektywy z zakresu prawa zamówień publicznych nie przewidują szczególnej procedury udzielania zamówień, należy zgodnie z utrwalonym orzecznictwem zawsze przestrzegać podstawowych zasad traktatu WE w ogólności oraz zasadę

50 — Postanowienie odsyłające definiuje ramy faktyczne, w których należy udzielić odpowiedzi na pytania prejudycjalne; zob. w tym względzie orzecznictwo powołane w przypisie 43.

51 — Zgodnie z art. 9 w związku z art. 10 dyrektywy 92/50 do takich zamówień zastosowanie znajdują (tylko) art. 14 i 16 tej dyrektywy, które dla kwestii będących przedmiotem zainteresowania w niniejszej sprawie są bez znaczenia. Pozostałe przepisy proceduralne przewidziane w dyrektywie 92/50, w szczególności te dotyczące uprzedniej publikacji ogłoszenia, nie mają zastosowania do tych zamówień (wyrok w sprawie Komisja przeciwko Irlandii, ww. w przypisie 25, pkt 23 i 24). Jednakże zastosowanie ma zasada niedyskryminacji określona w art. 3 ust. 2 dyrektywy 92/50 (wyrok z dnia 27 października 2005 r. w sprawie C-234/03 Contse i in., Zb.Orz. s. I-9315, pkt 47).

niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową w szczególności<sup>52</sup>. To, że odnosi się to również do udzielania zamówień na usługi niepriorytetowe, Trybunał stwierdził dopiero niedawno<sup>53</sup>.

113. Jeżeli więc zamówienie na usługi niepriorytetowe ma niewątpliwie znaczenia transgraniczne, to ma do niego zastosowanie wynikająca z podstawowych swobód *zasada przejrzystości* i zamówienie nie może zostać udzielone z całkowitym wyłączeniem przejrzystości<sup>54</sup>.

114. Bundesvergabeamt będzie musiał zbadać, czy świadczenie usług z zakresu agencji informacyjnej, które są przedmiotem umowy w niniejszej sprawie, ma niewątpliwie znaczenie transgraniczne<sup>55</sup>. W tym względzie należy w szczególności uwzględnić następujące aspekty:

— na rzecz transgranicznego znaczenia przemawia okoliczność, że liczne agencje

informacyjne prowadzą działalność w skali międzynarodowej. Również pojawienie się na rynku PN w roku 1999 wskazuje na to, że rynek austriacki nie leży całkiem poza zainteresowaniem nowych oferentów.

— istniejące obecnie umowy o kooperację pomiędzy różnymi agencjami informacyjnymi, prowadzącymi działalność na swych rynkach krajowych, nie wykluczają już na wstępie, że poszczególne agencje zechcą wzmocnić swe zaangażowanie na rynku takim, jak austriacki, przez swoją obecność na miejscu.

— przeciwko transgranicznemu znaczeniu mogłaby przemawiać okoliczność, że większa część usług potrzebnych austriackim urzędom federalnym jest szczególnie związana z Austrią, a także z regionalnymi wydarzeniami w tamtejszych krajach związkowych.

52 — Wyrok w sprawie Parking Brixen, ww. w przypisie 32, pkt 46; zob. również wyroki: z dnia 7 grudnia 2000 r. w sprawie C-324/98 *Telaustria und Telefonadress*, Rec. s. I-10745, pkt 60, z dnia 21 lipca 2005 r. w sprawie C-231/03 *Coname*, Zb.Orz. s. I-7287, pkt 16, z dnia 20 października 2005 r. w sprawie C-264/03 *Komisja przeciwko Francji*, Zb.Orz. s. I-8831, pkt 33, w sprawie *ANAV*, ww. w przypisie 34, pkt 18 oraz z dnia 14 czerwca 2007 r. w sprawie C-6/05 *Medipac-Kazantzidis*, Zb.Orz. s. I-4557, pkt 33; zob. również postanowienie z dnia 3 grudnia 2001 r. w sprawie C-59/00 *Vestergaard*, Rec. s. I-9505, pkt 20.

53 — Wyrok w sprawie *Komisja przeciwko Irlandii*, ww. w przypisie 25, pkt 29.

54 — Wyrok w sprawie *Komisja przeciwko Irlandii*, ww. w przypisie 25, pkt 30; zob. w odniesieniu do zasady przejrzystości ponadto wyroki: w sprawie *Telaustria i Telefonadress*, ww. w przypisie 52, pkt 62, w sprawie *Coname*, ww. w przypisie 51, pkt 16 i 17, w sprawie *Parking Brixen*, ww. w przypisie 32, pkt 46–49 oraz w sprawie *ANAV*, ww. w przypisie 34, pkt 18 do 21.

55 — Wyrok w sprawie *Komisja przeciwko Irlandii*, ww. w przypisie 25, pkt 29 i 30; podobnie wyrok z dnia 31 stycznia 2008 r. w sprawie C-380/05 *Centro Europa 7*, Zb.Orz. s. I-349, pkt 67.

### c) Treść zasady przejrzystości

115. Co do istoty z zasady przejrzystości wynika, że należy zapewnić *odpowiedni*

*poziom jawności*<sup>56</sup>. Do tej pory dalece niejasne jest, jakie dokładnie wymogi wynikają z tego dla procesu udzielania zamówień publicznych, w odniesieniu do którego dyrektywy nie przewidują żadnych szczególnych procedur udzielania zamówień. Pewność istnieje jedynie co do tego, że z zasady przejrzystości nie wynika konieczność obowiązków opublikowania ogłoszenia o zamówieniu<sup>57</sup>.

116. Ostatecznie na instytucji zamawiającej spoczywa obowiązek zbadania w każdym przypadku, co stanowi odpowiedni poziom jawności, aby dany proces udzielania zamówień publicznych otworzyć na konkurencję i umożliwić kontrolę bezstronności postępowań przetargowych<sup>58</sup>.

117. W ogólności zasada przejrzystości nie powinna być interpretowana w ten sposób, że zawsze zastosowanie musiałaby znaleźć procedura udzielania zamówień, która we wszystkich szczegółach jest zgodna z dyrektywami z zakresu prawa zamówień publicznych<sup>59</sup>. W przeciwnym bowiem przypadku rozróżnienie pomiędzy procesami udzielania zamówień, mieszczącymi się w zakresie zastosowania tych dyrektyw, a takimi, które nie są nim objęte, byłoby bezużyteczne,

również określone przez prawodawcę wspólnotowego finansowe progi wartości byłby w znacznej mierze pozbawione sensu.

118. Z zasady przejrzystości tym bardziej nie wynikają dalej idące wymogi dla procesów udzielania zamówień, w odniesieniu do których dyrektywy z zakresu prawa zamówień publicznych odступują od szczególnych procedur udzielania zamówień publicznych, niż dla procesów udzielania zamówień, w odniesieniu do których takie procedury są zawarte w dyrektywach<sup>60</sup>. Dyrektywy z zakresu zamówień publicznych nie są bowiem niczym innym jak konkretyzacją zasady przejrzystości w odniesieniu do określonych, mających szczególne znaczenie procesów udzielania zamówień publicznych<sup>61</sup>.

119. W odniesieniu do zamówień publicznych, mających za przedmiot w całości lub w przeważającej mierze usługi niepriorytetowe, zasada przejrzystości nie może więc wymagać wyższego poziomu jawności niż w odniesieniu do zamówień, które w całości lub w przeważającej mierze mają za przedmiot usługi priorytetowe.

56 — Wyroki w sprawie Telaustria i Telefonadress, ww. w przepisie 52, pkt 62, w sprawie Coname, ww. w przepisie 52, pkt 16 i 17, w sprawie Parking Brixen, ww. w przepisie 32, pkt 49 oraz w sprawie ANAV, ww. w przepisie 34, pkt 21.

57 — Wyrok w sprawie Coname, ww. w przepisie 52, pkt 21; niejednoznacznie w tym względzie wyrok w sprawie Parking Brixen, ww. w przepisie 32, pkt 50, który w swej wiążącej niemieckiej wersji mówi o „Ausschreibung”, co mogłoby raczej wynikać z nietrafnego tłumaczenia francuskiego wyrażenia „mise en concurrence”.

58 — Zobacz wyroki: w sprawie Telaustria i Telefonadress, ww. w przepisie 52, pkt 62, w sprawie Parking Brixen, ww. w przepisie 32, pkt 49 i 50 oraz w sprawie ANAV, ww. w przepisie 34, pkt 21. Użytecznych wskazówek dostarcza w tym kontekście również komunikat Komisji w przedmiocie kwestii dotyczących wykładni prawa wspólnotowego, które ma zastosowanie do udzielania zamówień publicznych, które nie są objęte lub są jedynie częściowo objęte zakresem zastosowania dyrektyw dotyczących zamówień publicznych (Dz.U. 2006, C 179, s. 2).

59 — Zobacz w tym względzie moją opinię w sprawie Parking Brixen, ww. w przepisie 32, pkt 37.

60 — Podobnie opinia rzecznika generalnego F.G. Jacobsa z dnia 2 czerwca 2005 r. w sprawie C-525/03 Komisja przeciwko Włochom, Zb.Orz. s. I-9405, pkt 47, rzecznika generalnego C. Stix-Hackl z dnia 14 września 2006 r. w sprawie C-532/03 Komisja przeciwko Irlandii, Zb.Orz. s. I-11353, pkt 111 oraz rzecznika generalnego E. Sharpston z dnia 18 stycznia 2007 r. w sprawie C-195/04 Komisja przeciwko Finlandii, Zb.Orz. s. I-3351, pkt 76 i 77; zob. również moją opinię w sprawie Parking Brixen, ww. w przepisie 32, pkt 46.

61 — Zobacz podobnie wyrok w sprawie Komisja przeciwko Irlandii, ww. w przepisie 25, pkt 27–29; zob. również moją opinię w sprawie Parking Brixen, ww. w przepisie 32, pkt 47.

120. W odniesieniu do umów o świadczenie usług, które ze względu na ochronę praw wyłącznych<sup>62</sup> mogą być wykonywane tylko przez określonego usługodawcę, oznacza to, że mogą one być zawsze udzielone w procedurze negocjacyjnej bez uprzedniego ogłoszenia o zamówieniu, niezależnie od tego, czy chodzi o usługi priorytetowe, czy też niepriorytetowe. Jeżeli bowiem art. 11 ust. 3 lit. b) dyrektywy 92/50 zezwala na taką procedurę już w odniesieniu do usług priorytetowych, to tym bardziej dopuszczalne musi być udzielanie w tej procedurze zamówień dotyczących usług niepriorytetowych. W tym względzie kryteria ocenne znajdujące wyraz w art. 11 ust. 3 dyrektywy 92/50 mogą zostać również przeniesione na sferę usług niepriorytetowych. Tam, gdzie art. 11 ust. 3 dyrektywy 92/50 nie wymaga uprzedniego ogłoszenia o zamówieniu, również z zasady przejrzystości nie może wynikać nic innego<sup>63</sup>.

121. Odpowiedni poziom przejrzystości, który zapewnia otwarcie procesu udzielania zamówień publicznych na konkurencję i umożliwia kontrolę bezstronności postępowań przetargowych, może w przypadku usług w rozumieniu art. 11 ust. 3 dyrektywy 92/50 wystąpić również w drodze późniejszego ogłoszenia.

62 — Badanie, czy takie prawo wyłączne w niniejszej sprawie istnieje, należy do Bundesvergabeamt.

63 — Podobnie również komunikat Komisji, ww. w przypisie 58, pkt 2.1.4.

d) Udzielenie mieszanego zamówienia na usługi w drodze jednej umowy

122. Pozostaje zbadać, czy zamówienie publiczne na usługi może zostać udzielone w drodze jednej umowy w ramach procedury negocjacyjnej bez uprzedniego ogłoszenia o zamówieniu w sytuacji, gdy prawo wyłączne w rozumieniu art. 11 ust. 3 lit. b) dyrektywy 92/50 nie obejmuje wszystkich, lecz tylko poszczególne usługi podlegające wykonaniu.

123. Co do zasady zastosowanie ma reguła, że art. 11 ust. 3 dyrektywy 92/50 stanowiący wyjątek od przepisów mających zapewnić skuteczność praw przyznanych przez traktat WE w dziedzinie zamówień publicznych na usługi, należy interpretować ściśle<sup>64</sup>. W odniesieniu do procesów udzielania zamówień publicznych, które mają za przedmiot kompleks usług, przemawia to za dopuszczeniem stosowania procedury negocjacyjnej bez uprzedniego ogłoszenia o zamówieniu jedynie w odniesieniu do usług objętych konkretnie przez art. 11 ust. 3.

124. Niemniej takie oddzielne udzielenie zamówienia na usługi w rozumieniu art. 11 ust. 3 lit. b) dyrektywy 92/50 wchodzi w rachubę jedynie wówczas, jeżeli

64 — Zobacz wyroki: z dnia 10 kwietnia 2003 r. w sprawach C-20/01 i C-28/01 Komisja przeciwko Niemcom, Rec. s. I-3609, pkt 58 oraz z dnia 18 listopada 2004 r. w sprawie C-126/03 Komisja przeciwko Niemcom, Zb.Orz. s. I-11197, pkt 23. Zobacz także art. 11 ust. 4 dyrektywy 92/50, zgodnie z którym „we wszystkich innych przypadkach” zastosowanie musi znaleźć procedura otwarta lub ograniczona.



zamówienie publiczne jest w ogóle podzielne. W tym względzie znaczenie może mieć nie tylko teoretyczna podzielność zamówienia, lecz należy brać pod uwagę również cel i praktyczne korzyści usług w zależności od tego, czy są one pozyskiwane oddzielnie czy też od tego samego podmiotu.

125. W niniejszej sprawie APA i APA-OTS, Republika Austrii oraz federalny urząd kancлера w sposób przekonujący wskazały, jak ściśle są ze sobą powiązane różne usługi z zakresu agencji informacyjnej uzgodnione w umowie podstawowej. Wobec tego nie jest stosowne pozyskiwanie opracowań redakcyjnych od jednego usługodawcy i przesyłanie odpowiedzi na nie poprzez innego usługodawcę, ponieważ nie jest zapewnione, że obaj usługodawcy obsługują tych samych odbiorców końcowych. Na wypowiedź, która pojawiła się w gazecie A nie można odpowiedzieć oświadczeniem w gazecie B. Ponadto również decydujące znaczenie dla łatwości korzystania z usług ma możliwość dostępu do powiązanych ze sobą sieci baz danych w drodze jednolitego interfejsu użytkownika.

126. Za podzielnością umowy na części nie przemawia przykładowo okoliczność, że usługi z zakresu OTS są wykonywane przez APA-OTS, a nie przez APA. Jak już bowiem wspomniano, chodzi w tym przypadku o czysto wewnętrzne przekształcenie struktury organizacyjnej po stronie usługodawcy; z ekonomicznego punktu widzenia nie miała miejsce zamiana usługodawcy, przeciwnie, APA-OTS jest kontrolowana przez APA jak jej własny dział przedsiębiorstwa<sup>65</sup>. Również różne produkty są nadal ze sobą połączone

w ramach jednej sieci i można je pobierać w jednolity sposób.

127. Wszystko to — z zastrzeżeniem konkretnej oceny okoliczności faktycznych przez Bundesvergabeamt — przemawia przeciwko podzielności umowy o świadczenie usług pomiędzy Republiką Austrii i APA, a tym samym przeciwko obowiązkowi oddzielnego udzielenia zamówień na różne części umowy.

128. W tym względzie niczego nie zmienia okoliczność, że przedmiotem umowy o świadczenie usług są w niniejszej sprawie zarówno usługi priorytetowe jak i usługi niepriorytetowe. Jak wynika z art. 10 dyrektywy 92/50, nie jest w żadnym razie konieczne udzielanie zamówień oddzielnie na usługi priorytetowe i niepriorytetowe<sup>66</sup>.

129. Inaczej należałoby ocenić tę sytuację jedynie w przypadku, w którym instytucja zamawiająca zebrałaby poszczególne usługi w jedno zamówienie publiczne na usługi w sposób przypadkowy lub w celu obejścia przepisów z zakresu zamówień publicznych<sup>67</sup>. W niniejszej sprawie brak jest jednak jakichkolwiek wskazówek, które by za tym przemawiały. Przeciwnie, w świetle informacji przedłożonych Trybunałowi względy rzeczowe przemawiały za udzieleniem wszystkich spornych usług w drodze jednej umowy<sup>68</sup>.

66 — Zobacz także wyrok w sprawie Felix Swoboda, ww. w przypisie 15, pkt 56 i 60.

67 — Ibidem, pkt 57 i 60.

68 — Zobacz pkt 125 niniejszej opinii.

65 — Zobacz w tym względzie pkt 20, 61 i 62 niniejszej opinii.

## e) Wnioski wstępne

130. Podsumowując powyższe rozważania stwierdzić należy, iż w odniesieniu do pytania czwartego stosuje się, co następuje:

Zamówienie publiczne na usługi może zostać udzielone w drodze jednej umowy w ramach procedury negocjacyjnej bez uprzedniego ogłoszenia o zamówieniu, jeżeli zamówienie ma za przedmiot w przeważającej mierze usługi niepriorytetowe, a prawo wyłączne w rozumieniu art. 11 ust. 3 lit. b) dyrektywy 92/50 nie obejmuje wszystkich, lecz jedynie poszczególne usługi podlegające wykonaniu, chyba że poszczególne usługi zostały zebrane w jedno zamówienie publiczne na usługi w sposób przypadkowy lub w celu obejścia przepisów z zakresu prawa zamówień publicznych.

## 2. W przedmiocie pytania piątego

131. W swym piątym pytaniu Bundesvergabeamt dąży zasadniczo do ustalenia, czy przedsiębiorca może wykazać swoją zdolność do wykonania zamówienia publicznego na usługi poprzez zwykłe twierdzenie, że inne przedsiębiorstwo jest zobowiązane do udostępnienia mu określonych danych na stosownych warunkach na podstawie art. 82 WE.

132. Tło tego pytania stanowi okoliczność, że świadczenie usług z zakresu agencji informacyjnej, takich jak te, które w niniejszej sprawie są przedmiotem zainteresowania ze strony austriackich urzędów federalnych, zakłada dostęp do obszernego archiwum, w którym możliwe jest pobranie w szczególności informacji i tekstów historycznych. Zgodnie z danymi zawartymi w postanowieniu odsyłającym, PN nie posiada historycznego archiwum danych, które byłoby chociaż w przybliżeniu podobne do archiwum APA. APA nie udostępnia również swojego archiwum swym konkurentom, w każdym razie nie w celu późniejszego zbywania możliwych do pobrania tam danych. W tej sytuacji wyjaśnione powinno zostać, czy PN może powołać jako dowód na swą mimo to istniejącą zdolność świadczenia usługi w rozumieniu art. 31 dyrektywy 92/50 argumentację, że przysługuje jej roszczenie o udostępnienie archiwów APA, w szczególności jej bazy danych APADok.

133. W ten sposób przywołana zostaje będąca przedmiotem dyskusji w prawie konkurencji „doktryna essential facilities”. Zgodnie z właściwym orzecznictwem w ramach art. 82 WE — jednakże tylko w przypadku wystąpienia nadzwyczajnych okoliczności — może być uznana za nadużycie prawa sytuacja, gdy przedsiębiorstwo mające pozycję dominującą na rynku odmawia innemu przedsiębiorcy udostępnienia niezbędnych towarów, usług lub danych („essential facilities”) <sup>69</sup>. W takich przypadkach dla przedsiębiorstw mających pozycję dominującą na rynku może z art. 82 WE wynikać przymus zawarcia umowy.

69 — Zobacz wyroki: z dnia 6 kwietnia 1995 r. w sprawach połączonych C-241/91 P i C-242/91 P RTE i ITP przeciwko Komisji, „Magill”, Rec. s. I-743, pkt 49–57, z dnia 26 listopada 1998 r. w sprawie C-7/97 Bronner, Rec. s. I-7791, pkt 38–47 oraz z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie C-418/01 IMS Health, Rec. s. I-5039.



134. W niniejszej sprawie może jednak pozostać nierozstrzygnięte, czy baza danych, taka jak prowadzone przez APA archiwum APAdok, zawiera dane niezbędne dla jej konkurentów, a więc czy ma charakter „essential facilities” oraz czy istnieją tu nadzwyczajne okoliczności, które zobowiązywałyby APA do udostępnienia jej archiwum na stosownych warunkach.

135. Bowiem usługodawca, który mając na uwadze swoje dopuszczenie do procedury udzielania zamówień publicznych zamierza powołać się na środki innych instytucji lub przedsiębiorstw, musi wykazać, że *rzeczywiście* tymi środkami dysponuje<sup>70</sup>. W przeciwnym przypadku instytucja zamawiająca nie ma możliwości przekonującego porównania jego zdolności do świadczenia usług ze zdolnością innych możliwych usługodawców. Gdyby instytucja zamawiająca zamierzała oprzeć się jedynie na *potencjalnym* dysponowaniu przez usługodawcę danymi środkami, to narażałaby się ona na ryzyko udzielenia swych zamówień przedsiębiorcy, którego zdolność do świadczenia usług okazałaby się a posteriori — to znaczy w przypadku trudności z dostępem do potrzebnych środków — niewystarczająca. Jednocześnie odmówiłaby ona prawdopodobnie udzielenia zamówienia innemu przedsiębiorcy, zdolnemu do świadczenia takich usług. Takie postępowanie nie odpowiadałoby ani idei równości szans wszystkich możliwych usługodawców, ani zasadzie ekonomiczności w procedurze udzielania zamówień publicznych.

136. Agencja informacyjna, taka jak PN, nie może więc jedynie podnosić, że przysługuje jej roszczenie o udostępnienie archiwów APA, lecz musi konkretnie wykazać, że ten dostęp będzie jej rzeczywiście przyznany, przykładowo w formie wyraźnej promesy lub zawartej już umowy licencyjnej. W przeciwnym przypadku nie może ona skutecznie udowodnić swej efektywności w procedurze udzielania zamówień publicznych poprzez powołanie się na archiwa APA.

137. Z reguły krótkie terminy, w ciągu których w procedurze udzielania zamówień publicznych musi zostać podjęte rozstrzygnięcie, nie pozwalają na często bardzo przewlekłe wyjaśnienia trudnych kwestii prawnych związanych z art.82 WE i „doktryną essential facilities”. Ewentualny spór w tym względzie dany przedsiębiorca musi doprowadzić do rozstrzygnięcia zanim będzie ubiegał się o udzielenie zamówienia publicznego.

138. W konsekwencji w odniesieniu do pytania piątego stwierdzić pozostaje, iż przedsiębiorca nie może wykazać swej zdolności do wykonania zamówienia publicznego na usługi poprzez zwykłe twierdzenie, że inne przedsiębiorstwo jest zobowiązane do udostępnienia mu określonych danych na stosownych warunkach na podstawie art. 82 WE.

70 — Wyroki: z dnia 2 grudnia 1999 r. w sprawie Holst Italia, ww. w przepisie 31, pkt 29, w sprawie Siemens i ARGE Telekom, ww. w przepisie 15, pkt 44 oraz z dnia 18 listopada 2004 r. w sprawie Komisja przeciwko Niemcom, ww. w przepisie 64, pkt 22. Zobacz w odniesieniu do przyszłych spraw także art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18, gdzie to orzecznictwo jest obecnie skodyfikowane.

C — W przedmiocie pytań szóstego i siódmego

139. W swych szóstym i siódmym pytaniu Bundesvergabeamt domaga się informacji co do zakresu ochrony prawnej, który należy przyznać przedsiębiorstwu nieuwzględnionemu przez instytucję zamawiającą. Również te pytania konsekwentnie zakładają, że działania jak te z lat 2000, 2001 i 2005 należy generalnie uznać za udzielenie zamówienia publicznego na usługi. Przysnaje to również Bundesvergabeamt w postanowieniu odsyłającym.

140. Jak już wskazałam, w oparciu o informacje przedłożone Trybunałowi jestem zdania, że żadne z tych działań nie stanowiło udzielenia takiego zamówienia<sup>71</sup>. W związku z tym badam pytania szóste i siódme jedynie posiłkowo.

1. W przedmiocie pytania szóstego

141. Przedmiotem szóstego pytania Bundesvergabeamt jest wykładnia pojęć uszczerbku

71 — Zobacz w tym względzie moje rozważania odnośnie do pytań pierwszego, drugiego i trzeciego (pkt 41–105 niniejszej opinii).

lub doznania uszczerbku, zawartych w art. 1 ust. 3 i art. 2 ust. 1 lit. c) dyrektywy 89/665. Jak już wspomniano<sup>72</sup>, pytanie to jest dopuszczalne tylko w odniesieniu do art. 1 ust. 3 dyrektywy.

142. W swym pytaniu Bundesvergabeamt dąży zasadniczo do ustalenia, czy procedurę odwoławczą należy przeprowadzić już wtedy, gdy wnioskodawca podnosi, że ze względu na niesłuszne zaniechanie opublikowania ogłoszenia o zamówieniu nie skorzystał z możliwości wzięcia udziału w procedurze udzielenia zamówienia, bądź czy wnioskodawca powinien dodatkowo wykazać własną zdolność do wykonania danego zamówienia publicznego. Nieodzowne jest więc bliższe przeanalizowanie *uprawnienia do wniesienia środka odwoławczego*.

143. Artykuł 1 ust. 3 dyrektywy 89/665 zezwala państwom członkowskim na ograniczenie uprawnienia do wniesienia środka odwoławczego<sup>73</sup> w dwojakim względzie: po pierwsze, poprzez wymóg posiadania przez podmiot wnoszący odwołanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia publicznego, a po drugie, poprzez wymóg doznania przez podmiot wnoszący odwołanie uszczerbku lub grożącego mu uszczerbku. W ten sposób wykluczone mogą zostać skargi powszechne oraz środki odwoławcze kandydatów, którzy w sposób oczywisty nie podlegają uwzględnieniu.

72 — Zobacz w tym względzie pkt 35–37 niniejszej opinii.

73 — Wskazanie na zamówienia publiczne na dostawy i roboty budowlane musi od chwili rozszerzenia zakresu zastosowania dyrektywy 89/665 przez dyrektywę 92/50 być rozumiane w ten sposób, że obejmuje ono wszystkie zamówienia publiczne, a więc również zamówienia publiczne na usługi. Fakt, że odpowiednio dostosowany został jedynie art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665, a nie ust. 3, zdaje się wynikać z redakcyjnego niedopatrzenia, które w odniesieniu do przyszłych spraw zostało sprostowane przez dyrektywę 2007/66.

144. W tym względzie nie może jednak zostać naruszona praktyczna skuteczność dyrektywy<sup>74</sup>. Ograniczenia uprawnienia do wniesienia środka odwoławczego należy z tego względu interpretować w świetle podwójnego celu dyrektywy, z jednej strony udzielenia jednostkom *skutecznej ochrony prawnej* w związku z udzielaniem zamówień publicznych, a z drugiej strony umożliwienia odpowiedniej kontroli *legalności decyzji* instytucji zamawiających.

145. Jak bowiem wynika z jej pierwszego i drugiego motywu, dyrektywa 89/665 ma na celu wzmocnienie przepisów istniejących na poziomie krajowym i wspólnotowym dla zapewnienia rzeczywistego stosowania dyrektyw wspólnotowych w dziedzinie zamówień publicznych; w tym celu państwa członkowskie są zobowiązane zgodnie z art. 1 ust. 1 dyrektywy do zapewnienia, że sprzeczne z prawem decyzje instytucji zamawiających podlegają efektywnemu i możliwie szybkiemu postępowaniu odwoławczemu<sup>75</sup>.

146. W tych okolicznościach uprawnienie do wniesienia środka odwoławczego w procedurach odwoławczych według prawa zamówień publicznych nie może zostać nadmiernie ograniczone. W szczególności w odniesieniu

do *dopuszczalności* odwołania nie można stawiać tych samych wymogów, co w odniesieniu do jego *zasadności*<sup>76</sup>.

147. Nie można więc żądać od zainteresowanego już na etapie wnoszenia odwołania konkretnego dowodu, że doznał on uszczerbku lub że uszczerbek mu grozi. Przeciwnie, dla uprawnienia do wniesienia środka odwoławczego w procedurze odwoławczej wystarczające musi być, że zainteresowany — poza naruszeniem prawa przez instytucję zamawiającą — w *sposób przekonujący podnosi*, że ma interes w uzyskaniu spornego zamówienia oraz że istnieje *możliwość* doznania uszczerbku.

148. Możliwość doznania uszczerbku należy przyjąć, jeżeli w sposób oczywisty nie jest wykluczone, że gdyby podnoszone naruszenie prawa przez instytucję zamawiającą nie miało miejsca, podmiotowi wnoszącemu odwołanie zostałyby udzielone zamówienie. Jeżeli zamówienie publiczne — tak jak w niniejszej sprawie — zostało udzielone w drodze zamówienia bezpośredniego<sup>77</sup> bez uprzedniego ogłoszenia o zamówieniu, to już z tego — kwestionowanego jako niezgodne z prawem — odebrania możliwości wzięcia udziału w procedurze udzielenia zamówienia wynika, że podmiot wnoszący odwołanie prawdopodobnie nie uzyskał zamówienia i w ten sposób doznał uszczerbku<sup>78</sup>.

74 — Zobacz wyroki: z dnia 12 grudnia 2002 r. w sprawie C-470/99 *Universale-Bau i in.*, Rec. s. I-11617, pkt 72, z dnia 19 czerwca 2003 r. w sprawie C-410/01 *Fritsch, Chiari & Partner i in.*, Rec. s. I-6413, pkt 31 i 34 oraz z dnia 12 lutego 2004 r. w sprawie C-230/02 *Grossmann Air Service*, Rec. s. I-1829, pkt 42.

75 — Zobacz wyroki: z dnia 28 października 1999 r. w sprawie C-81/98 *Alcatel Austria i in.*, Rec. s. I-7671, pkt 33 i 34, w sprawie *Fritsch, Chiari & Partner i in.*, ww. w przypisie 74, pkt 30, w sprawie *Universale-Bau i in.*, ww. w przypisie 74, pkt 74 oraz w sprawie *Grossmann Air Service*, ww. w przypisie 74, pkt 36.

76 — Sama okoliczność, że na końcu procedury odwoławczej w danym przypadku nie da się wykazać doznanego lub grożącego uszczerbku, jako taka nie przemawia jeszcze przeciwko dopuszczalności środka odwoławczego; podobnie wyrok z dnia 19 czerwca 2003 r. w sprawie C-249/01 *Hackermüller*, Rec. s. I-6319, pkt 27.

77 — Również zwane „zamówieniem z wolnej ręki”.

78 — Tak też niemiecki *Bundesverfassungsgericht*, uchwała z dnia 29 lipca 2004 r. (2 BvR 2248/03, pkt 36 na końcu).

149. Na etapie wnoszenia środka odwoławczego nie można żądać od zainteresowanego konkretnego dowodu jego zdolności do wykonania zamówienia, ani dowodu, że gdyby naruszenie prawa nie miało miejsca, zamówienia zostałyby mu udzielone<sup>79</sup>. W przeciwnym wypadku dostęp do procedury odwoławczej zostałby mu praktycznie uniemożliwiony lub w każdym razie nadmiernie utrudniony<sup>80</sup>. W szczególności w przypadku zamówienia bezpośredniego, jak w niniejszej sprawie, wykazanie przez zainteresowanego jego zdolności do wykonania zamówienia byłoby wręcz niemożliwe, gdyż ze względu na brak wcześniejszego opublikowania ogłoszenia o zamówieniu mogłoby mu brakować dokładnych informacji dotyczących wymagań stawianych przez instytucję zamawiającą.

150. Jedynie wyjątkowo środek odwoławczy może zostać odrzucony ze względu na brakującą zdolność zainteresowanego do wykonania zamówienia już *à limine* jako niedopuszczalny, a mianowicie wówczas, gdy brak jego zdolności był już w chwili wniesienia odwołania tak oczywisty, że nie wymaga szczegółowego badania. Jednak wszelkie inne okoliczności stanowią kwestię zasadności odwołania.

151. W konsekwencji w odniesieniu do pytania szóstego stwierdzić pozostaje, że środek odwoławczy w rozumieniu art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665 jest dopuszczalny już wtedy, jeżeli podmiot wnoszący odwołanie w sposób przekonujący podnosi, że ma interes w uzyskaniu zamówienia publicznego, że istnieje wada prawna, i że ewentualnie doznał uszczerbku lub że uszczerbek mu zagraża. Jeżeli zamówienie zostało udzielone bez uprzedniego opublikowania

ogłoszenia o zamówieniu, to już z odebrania mu możliwości wzięcia udziału w procedurze udzielenia zamówienia wynika, że podmiot wnoszący odwołanie prawdopodobnie doznał uszczerbku, chyba że brak jego zdolności do wykonania zamówienia jest oczywisty.

## 2. W przedmiocie pytania siódmego

152. W swym siódmym pytaniu Bundesvergabeamt dąży zasadniczo do ustalenia, czy zgodna ze wspólnotowymi zasadami równoważności i skuteczności jest sytuacja, gdy prawo krajowe przewiduje dla wniosku o stwierdzenie naruszenia, który jest bezwzględną przesłanką dla późniejszego powództwa o odszkodowanie, termin zawity maksymalnie sześciu miesięcy od daty domniemanego udzielenia zamówienia niezgodnie z prawem zamówień publicznych. Bundesvergabeamt zadaje sobie ponadto pytanie, czy zasada równoważności nakazuje wliczenie do wymienionego terminu sześciu miesięcy okresu, w którym zgodnie z prawem krajowym nie istniał żaden skuteczny środek prawny.

153. Tło tego pytania stanowi okoliczność, że PN wniosła swe odwołania do Bundesvergabeamt dopiero w lipcu 2006 r., a więc wprawdzie w terminie sześciu miesięcy od dnia wejścia w życie nowych przepisów proceduralnych zawartych w § 331 BVergG w dniu 1 lutego 2006 r., jednakże po upływie sześciu miesięcy od spornych w niniejszej sprawie działań z lat 2000, 2001 i 2005. Zdaniem Bundesvergabeamt zamówienia bezpośrednie („zamówienia de facto”) mogą być w Austrii „skutecznie zwalczane” dopiero od wejścia w życie § 331 BVergG 2006.

<sup>79</sup> — Ibidem, pkt 26 i 29.

<sup>80</sup> — Podobnie — aczkolwiek w odniesieniu do przyznania odszkodowania — opinia rzecznika generalnego L.A. Geelhoeda z dnia 10 października 2002 r. w sprawie GAT, ww. w przypisie 20, pkt 66.

154. Dyrektywa 89/665 nie zawiera żadnego wyraźnego uregulowania dotyczącego terminów mających zastosowanie do procedur odwoławczych określonych w jej art. 1.

155. Punktem wyjścia dla udzielenia odpowiedzi na pytanie postawione Trybunałowi jest w związku z tym *zasada autonomii proceduralnej* państw członkowskich<sup>81</sup>: z utrwalonego orzecznictwa wynika, że w braku odpowiednich uregulowań wspólnotowych, do wewnętrznego porządku prawnego każdego państwa członkowskiego należy wyznaczenie właściwych organów oraz uregulowanie procedur odwoławczych do nich, mających zapewnić ochronę praw jednostek wynikających z prawa wspólnotowego w taki sposób, aby procedury te nie były mniej korzystne od procedur dotyczących podobnych środków w prawie krajowym (*zasada równoważności*) i aby nie czyniły one wykonywania praw przyznanych przez wspólnotowy porządek prawny praktycznie niemożliwym lub nadmiernie utrudnionym (*zasada skuteczności*)<sup>82</sup>. Obie zasady znajdują swój wyraz również w art. 1 dyrektywy 89/665: zasada równoważności w ust. 2 a zasada skuteczności w ust. 1.

156. *Zasada równoważności* jest wyrazem ogólnej zasady równego traktowania

i niedyskryminacji<sup>83</sup>, która wymaga, aby porównywalne sytuacje nie były traktowane w sposób odmienny, a sytuacje odmiennie nie były traktowane w sposób identyczny, chyba że jest to obiektywnie uzasadnione<sup>84</sup>.

157. Komisja oraz APA i APA-OTS słusznie wskazały w tym kontekście na cechę, która wyróżnia procedurę odwoławczą według prawa zamówień publicznych. Artykuł 1 ust. 1 dyrektywy 89/665 wymaga od państw członkowskich wprowadzenia *możliwie szybkiego postępowania odwoławczego* w zakresie naruszeń prawa zamówień publicznych. W ten sposób powinna zostać, po pierwsze, przyznana skuteczna ochrona prawna, a po drugie, powinna zostać stworzona możliwie szybko pewność co do prawa. Cele te uzasadniają wprowadzenie dla środków odwoławczych w rozumieniu dyrektywy 89/665 w danym przypadku krótszych terminów niż terminy przedawnienia, którym podlegają roszczenia odszkodowawcze zgodnie z ogólnymi przepisami krajowymi.

158. Zasada równoważności nie sprzeciwia się więc sześciomiesięcznemu terminowi zawitemu dla środków odwoławczych, takich jak przewidziane w § 332 ust. 2 i ust. 3 BvergG 2006, nawet jeśli zgodnie z prawem

81 — Wyrok w sprawie *Universale-Bau*, ww. w przepisie 74, pkt 71; odnośnie do pojęcia autonomii proceduralnej zob. wyroki: z dnia 7 stycznia 2004 r. w sprawie C-201/02 *Wells*, Rec. s. I-723, pkt 67, z dnia 4 lipca 2006 r. w sprawie C-212/04 *Adeneler e.a.*, Zb.Orz. s. I-6057, pkt 95 oraz z dnia 28 czerwca 2007 r. w sprawie C-1/06 *Bonn Fleisch*, Zb.Orz. s. I-5609, pkt 41.

82 — Zobacz wyroki: z dnia 19 grudnia 1968 r. w sprawie 13/68 *Salgoil*, Rec. s. 680, 693, z dnia 16 grudnia 1976 r. w sprawie 33/76 *Rewe-Zentralfinanz*, Rec. s. 1989, pkt 5, z dnia 14 grudnia 1995 r. w sprawie C-312/93 *Peterbroeck*, Rec. s. I-4599, pkt 12, z dnia 13 marca 2007 r. w sprawie C-432/05 *Unibet*, Zb.Orz. s. I-2271, pkt 39 i 43 oraz z dnia 7 czerwca 2007 r. w sprawie C-222/05 *Van der Weerd i in.*, Zb.Orz. s. I-4233, pkt 28.

83 — Zobacz moją opinię z dnia 9 stycznia 2008 r. w sprawie C-268/06 *Impact*, Zb.Orz. s. I-2483, pkt 67; odnośnie do zasady równego traktowania zob. utrwalone orzecznictwo, również wyroki: z dnia 12 września 2006 r. w sprawie C-300/04 *Eman i Sevinger*, Zb.Orz. s. I-8055, pkt 57, z dnia 3 maja 2007 r. w sprawie C-303/05 *Advocaten voor de Wereld*, Zb.Orz. s. I-3633, pkt 56 oraz z dnia 11 września 2007 r. w sprawie C-227/04 *P Lindorfer* przeciwko Radzie, Zb.Orz. s. I-6767, pkt 63.

84 — Podobnie również — aczkolwiek w odniesieniu do zwrotu podatków — wyrok z dnia 15 września 1998 r. w sprawie C-231/96 *Edis*, Rec. s. I-4951, pkt 37.

krajowym ogólny termin przedawnienia dla roszczeń odszkodowawczych jest dłuższy.

159. Jednakże, mając na względzie *zasadę skuteczności* należy zbadać, czy termin zawity, taki jak przewidziany w prawie austriackim dla wniosków o stwierdzenie naruszenia, nie czyni praktycznie niemożliwym lub nadmiernie utrudnionym dochodzenia później przez zainteresowanych ich praw do odszkodowania w rozumieniu art. 2 ust. 1 lit. c) dyrektywy 89/665.

160. Co do zasady ustanowienie rozsądnych terminów zawitych do wniesienia środków prawnych nie stoi w sprzeczności z zasadą skuteczności, ponieważ jest to przypadek zastosowania fundamentalnej zasady bezpieczeństwa prawnego<sup>85</sup>.

161. Rozsądnosc terminu zawitego należy przy tym oceniać w świetle rodzaju i skutków danego środka prawnego oraz praw i interesów wszystkich zainteresowanych.

162. I tak dla środków odwoławczych mających na celu uznanie za nieważne już

zawartych umów — czy to z mocą wsteczną, czy na przyszłość — restrykcyjny zawity termin sześciu miesięcy jest w zasadzie w pełni rozsądny<sup>86</sup>. Szczególnie doniosłe skutki prawne nieważności zawartej już umowy uzasadniają wprowadzenie terminu, który biegnie niezależnie od tego, czy wnioskodawca wiedział o niezgodności udzielenia zamówienia z prawem zamówień publicznych, bądź czy przynajmniej powinien być o niej wiedzieć. Zarówno dla instytucji zamawiającej, jak też dla jej kontrahentów, zachodzi oczywista i godna ochrony potrzeba bezpieczeństwa prawnego w zakresie dotyczącym ważności zawartej umowy.

163. W odniesieniu do przypadku takiego, jak rozpatrywany w niniejszej sprawie, należy jednak mieć na względzie, że restrykcyjny zawity termin sześciu miesięcy, który przewiduje § 332 ust. 2 i 3 BvergG 2006 dla wniosków o stwierdzenie naruszenia zgodnie z § 331 ust. 1 tej ustawy, dotyczy nie tylko tego, kto rzeczywiście zmierza do unieważnienia już zawartej umowy, lecz również tego, kto zamierza podjąć nieodzowne kroki proceduralne w celu późniejszego przygotowania powództwa o odszkodowanie przed austriackimi sądami cywilnymi.

164. Jeżeli więc zainteresowany dopiero po upływie sześciu miesięcy uzyska wiedzę o szkodzie, której doznał w wyniku niezgodnego z prawem udzielenia zamówienia bez uprzedniego ogłoszenia o zamówieniu

85 — Utrwalone orzecznictwo; zob. choćby wyroki: w sprawie Rewe-Zentralfinanz, ww. przypisie 82, pkt 5, w sprawie Edis, ww. w przypisie 84, pkt 20 i 35 oraz z dnia 17 czerwca 2004 r. w sprawie C-30/02 Recheio-Cash & Carry, Zb.Orz. s. I-6051, pkt 18; szczególnie w odniesieniu do dyrektywy 89/665 zob. wyroki: Universale-Bau, ww. w przypisie 74, pkt 76, z dnia 27 lutego 2003 r. w sprawie C-327/00 Santex, Zb.Orz. I-1877, pkt 50 oraz z dnia 11 października 2007 r. w sprawie C-241/06 Lämmerzahl, Zb.Orz. s. I-8415, pkt 50.

86 — Zobacz w tym względzie również art. 2 f ust. 1 lit. b) w związku z art. 2 d ust. 1 dyrektywy 89/665 w brzmieniu dyrektywy 2007/66.



(zamówienie bezpośrednio lub zamówienie de facto), to nie może on dochodzić roszczeń odszkodowawczych przed sądami cywilnymi, gdyż w tym celu na podstawie § 341 ust. 2 BvergG 2006 należałoby wcześniej wnieść wniosek o stwierdzenie naruszenia, jednakże przysługujący w tym celu termin już w tym momencie upłynął.

165. W ten sposób termin zawity określony w § 332 ust. 2 i 3 BvergG 2006 oddziałuje poza jego właściwym zakresem zastosowania również na dalsze postępowania, w odniesieniu do których jego restrykcyjność nie jest jednak rozsądna. W odniesieniu bowiem do zwykłych roszczeń odszkodowawczych nie zachodzi po stronie instytucji zamawiającej ta sama potrzeba pewności co do prawa, jak w odniesieniu do ważności zawartej umowy.

166. Jeżeli państwo członkowskie korzysta z możliwości przewidzianej w art. 2 ust. 2 i ust. 5 dyrektywy 89/665 i uzależnia wystąpienie z roszczeniami odszkodowawczymi od uprzedniego korzystnego przeprowadzenia procedury stwierdzenia naruszenia, to obowiązujące w tym zakresie terminy muszą być skonstruowane i stosowane w taki sposób, że nie czynią one faktycznego dochodzenia roszczenia o odszkodowanie praktycznie niemożliwym lub nadmiernie utrudnionym<sup>87</sup>.

167. Ogółem zasada skuteczności wymaga, aby termin na złożenie wniosku o stwierdzenie naruszenia, przy pomocy którego wnioskodawca jedynie przygotowuje dochodzenie roszczeń odszkodowawczych, nie zaczął biec przed momentem, w którym wnioskodawca uzyskał wiedzę o wystąpieniu szkody lub powinien był o niej wiedzieć. Jeżeli natomiast wnioskodawca zmierza przy pomocy takiego wniosku również do stwierdzenia nieważności umowy zawartej przez instytucję zamawiającą, to mogą być przewidziane bardziej restrykcyjne terminy, które rozpoczynają bieg niezależnie od wiedzy bądź możliwości uzyskania wiedzy o ewentualnej szkodzie.

168. Sędzia krajowy powinien dokonywać wykładni krajowych przepisów proceduralnych w miarę możliwości w taki sposób, aby zapewnione było przestrzeganie wynikającej z dyrektywy 89/665 zasady skuteczności i w razie konieczności nie powinien stosować przepisów, których zastosowanie prowadziłyby w konkretnym przypadku do rezultatu niezgodnego z prawem wspólnotowym<sup>88</sup>.

169. W odniesieniu do przypadku jak niniejszy, w którym chodzi o zamówienie bezpośrednio bez uprzedniego ogłoszenia o zamówieniu, oznacza to, że termin dla wniosku o stwierdzenie naruszenia nie może rozpocząć biegu przed momentem, w którym zainteresowany uzyskał wiedzę o domniemanym naruszeniu prawa zamówień publicznych lub powinien był o tym naruszeniu wiedzieć, o ile wniosek ten składany jest jako przesłanka konieczna dla późniejszego procesu odszkodowawczego.

87 — Znaczenie konkretnej konstrukcji i praktycznego stosowania przepisów dotyczących terminów podkreśla przykładowo wyrok w sprawie Lämmerzahl, ww. w przypisie 85, pkt 52, 56 i 61.

88 — Zobacz wyroki: w sprawie Santex, ww. w przypisie 85, pkt 62–64 oraz w sprawie Lämmerzahl, ww. w przypisie 85, pkt 62 i 63.



170. W swym postanowieniu odsyłającym Bundesvergabeamt zaznacza, że jego zdaniem w niniejszej sprawie rezultat zgodny z prawem wspólnotowym może rzeczywiście zostać uzyskany poprzez, po pierwsze, stosowanie wprowadzonego nowego środka odwoławczego określonego w § 331 ust. 1 pkt 4 BvergG 2006 do działań z okresu przed jego wejściem w życie, a po drugie, poprzez obliczanie właściwych terminów z uwzględnieniem określonych ogólnych przepisów prawa cywilnego, co oznacza, że nie rozpoczną one biegu przed momentem, w którym wnioskodawca uzyskał wiedzę o szkodzie i ulegają przedłużeniu o okres, w którym nie istniał żaden skuteczny środek prawny.

171. Podsumowując, w przedmiocie pytania siódmego zastosowanie ma, co następuje:

Zasada skuteczności wymaga wykładni art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665 w ten sposób, że w odniesieniu do środka odwoławczego, który zgodnie z prawem krajowym jest bezwzględną przesłanką dla późniejszego procesu odszkodowawczego, przysługuje rozsądny termin, który nie może rozpocząć biegu przed momentem, w którym zainteresowany uzyskał wiedzę o podnoszonym naruszeniu prawa zamówień publicznych lub powinien był o tym naruszeniu wiedzieć i który ulega przedłużeniu o okres, w którym nie istniał żaden skuteczny środek prawny. Sędzia krajowy powinien dokonywać wykładni krajowych przepisów proceduralnych w miarę możliwości w ten sposób, aby ten rezultat został osiągnięty i w razie konieczności nie powinien stosować przepisów, których zastosowanie prowadziłyby w konkretnym przypadku do rezultatu niezgodnego z prawem wspólnotowym.

## VII — Wnioski

172. W kontekście powyższych rozważań proponuję Trybunałowi udzielenie odpowiedzi tylko na trzy pierwsze pytania przedłożone mu przez austriacki Bundesvergabeamt, i to w sposób następujący:

1) Ogólnie w przedmiocie pytań pierwszego, drugiego i trzeciego:

Jeżeli w trakcie obowiązywania umowy objętej zakresem zastosowania dyrektywy 92/50 zostanie zmieniona jej treść, to nie wymaga to przeprowadzenia procedury udzielenia zamówienia publicznego, chyba że chodzi o istotną zmianę umowy.

2) W szczególności w przedmiocie pytania pierwszego:

- a) Nie należy przyjmować istotnej zmiany umowy, jeżeli instytucja zamawiająca wyraża zgodę na to, że wykonanie części zamówienia publicznego zostaje powierzone spółce zależnej, której 100-procentowym udziałowcem jest usługodawca i którą kieruje w podobny sposób jak własnym oddziałem przedsiębiorstwa. Nie stoi temu na przeszkodzie okoliczność, że usługodawca teoretycznie mógłby w późniejszym momencie zbyć udziały w spółce zależnej na rzecz osób trzecich.
  
- b) Jeżeli usługodawca jest osobą prawną, to ewentualnie następujące zmiany w kręgu jego udziałowców w trakcie obowiązywania umowy nie stanowią istotnej zmiany umowy.

3) W szczególności w przedmiocie pytań drugiego i trzeciego:

- a) Nie należy przyjmować istotnej zmiany umowy, jeżeli zostają dokonane czysto techniczne dostosowania umowy do zmienionych okoliczności zewnętrznych; zalicza się tu przeliczenie na euro wynagrodzeń uzgodnionych pierwotnie w walucie krajowej oraz powołanie się na nowy wskaźnik waloryzacyjny, zastępujący w równorzędny sposób wskaźnik stosowany dotychczas.

- b) Podobnie nie należy przyjmować istotnej zmiany umowy, jeżeli w odniesieniu do bezterminowego zamówienia publicznego na usługi zostanie uzgodnione postanowienie o braku wypowiedzenia umowy przez okres trzech lat, chyba że konkretne wskazówki przemawiają za tym, że instytucja zamawiająca jeszcze w trakcie przewidzianego okresu obowiązywania postanowienia o braku wypowiedzenia umowy zwolniłaby się z istniejącej umowy z przyczyn prawnych lub ekonomicznych.
  
- c) Okoliczność, czy materialna zmiana wynagrodzeń w odniesieniu do części podlegających wykonaniu usług stanowi istotną zmianę umowy, zależy od znaczenia zmiany danego wynagrodzenia, zarówno w odniesieniu do danej części usługi, jak też w relacji do zamówienia publicznego jako całości.