

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
PAOLA MENGOZZIEGO
przedstawiona w dniu 20 października 2009 r.¹

1. Rola i znaczenie koncesji w prawie wspólnotowym stanowią w powszechnej opinii delikatny temat, a przepisy ich dotyczące były dotychczas nieliczne. Koncesje na roboty budowlane, których dotyczy niniejsza sprawa, były jednak przedmiotem wyraźnych działań ze strony prawodawcy wspólnotowego², który w niedawno przyjętej dyrektywie 2004/18/WE³ poświęcił im cały tytuł⁴.

powinna być jednak badana w oparciu o ramy prawne wynikające z wyżej wskazanej dyrektywy. Z chronologicznego punktu widzenia do zdarzeń będących przedmiotem niniejszego sporu zastosowanie znajduje dyrektywa 93/37/EWG⁵. W tym tekście prawnym koncesje na roboty budowlane były uregulowane w sposób dużo bardziej ograniczony i zasadniczy niż w obecnie obowiązujących przepisach.

2. Sytuacja, w przedmiocie której ma się wypowiedzieć w tym przypadku Trybunał, nie

3. W niniejszej skardze o stwierdzenie uchylenia zobowiązaniom państwa członkowskiego Komisja zarzuca Królestwu Hiszpanii między innymi naruszenie przepisów wspólnotowych w przedmiocie koncesji na roboty budowlane w związku z udzieleniem koncesji w szczególności na budowę i eksploatację dwóch nowych odcinków autostrady A6 łączących Madryt z La Coruña.

1 — Język oryginału: włoski.

2 — Natomiast koncesje na usługi nie są dotychczas przedmiotem szczególnych przepisów z wyjątkiem kilku ważnych zasad potwierdzonych w orzecznictwie Trybunału. W szczególności z utrwalonego orzecznictwa wynika, że koncesje na usługi, mimo iż nie są przedmiotem wyraźnych przepisów, muszą zachować podstawowe zasady traktatów, w szczególności zasadę niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową. Zobacz w odniesieniu do usług będących przedmiotem dyrektywy 93/38/EWG wyrok z dnia 7 grudnia 2000 r. w sprawie C-324/98 Telaustria i Telefonadress, Rec. s. I-10745, pkt 60. W odniesieniu natomiast do usług, o których mowa w dyrektywie 92/50/EWG, zob. wyrok z dnia 13 października 2005 r. w sprawie C-458/03 Parking Brixen, Zb.Orz. s. I-8585, pkt 46 i przytoczone tam orzecznictwo).

3 — Dyrektywa 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).

4 — Chodzi o tytuł III, obejmujący art. 56–65.

5 — Dyrektywa Rady 93/37/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. dotycząca koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (Dz.U. L 199, s. 54).

I — Ramy prawne

obiekty budowlanego odpowiadającego wymogom określonym przez instytucję zamawiającą;

4. Istotne w niniejszej sprawie przepisy zawarte są, jak zaznaczono, w dyrektywie 93/37/EWG (zwanej dalej „dyrektywą”). W szczególności, motyw piąty tej dyrektywy stanowi, że „w związku z rosnącym znaczeniem koncesji w dziedzinie robót budowlanych i ich szczególnym charakterem zasady dotyczące ich ogłaszania powinny zostać włączone do niniejszej dyrektywy”. Wolą prawodawcy wspólnotowego było zatem uregulowanie niektórych zasadniczych zagadnień związanych z koncesjami na roboty budowlane, pozostawiając organom publicznym w pozostałych kwestiach szerszy zakres swobody niż w przypadku zamówień publicznych.

[...]

d) »koncesja na roboty budowlane« jest zamówieniem, tego samego typu, jak to wskazane w lit. a) z wyjątkiem faktu, że wynagrodzeniem za roboty budowlane, które mają być wykonane, jest albo wyłącznie prawo do eksploatacji obiektu budowlanego, albo takie prawo wraz z płatnością;

5. Artykuł 1 dyrektywy stanowi, co następuje:

[...]”:

„Do celów niniejszej dyrektywy:

a) »zamówieniami publicznymi na roboty budowlane« są umowy o charakterze odpłatnym, zawierane na piśmie między wykonawcą a instytucją zamawiającą, określoną w lit. b), których przedmiotem jest albo wykonanie, albo zarówno wykonanie, jak i zaprojektowanie robót budowlanych, związanych z jedną z działalności określonych w załączniku II lub obiektu budowlanego, określonego poniżej w lit. c), albo wykonanie, za pomocą jakichkolwiek środków,

6. Zgodnie z art. 3 dyrektywy:

„Jeżeli instytucje zamawiające zawierają umowę dotyczącą koncesji na roboty budowlane, reguły dotyczące ogłoszeń, określone w art. 11 ust. 3, 6, 7 i 9–13 oraz w art. 15, mają zastosowanie do tej umowy, gdy jej wartość jest nie mniejsza niż 5 000 000 [EUR].

[...]"

niż te, o których mowa w art. 26 i 27, przy żądaniu informacji dotyczących standardów ekonomicznych i technicznych, których wymagają od wykonawców przy ich wyborze (załącznik IV część B, pkt 11; załącznik IV część C, pkt 10 oraz załącznik IV część D, pkt 9).

7. Artykuł 3 wskazuje jako znajdujące zastosowanie do koncesji na roboty budowlane następujące części art. 11:

„[...]

7. Instytucje zamawiające przesyłają ogłoszenia, określone w ust. 1–5, tak szybko jak to możliwe i w najbardziej odpowiedni sposób, do Urzędu Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich. W przypadku procedury przyspieszonej, określonej w art. 14, ogłoszenie przesyła się teleksem, telegraficznie lub telefaksem.

3. Instytucje zamawiające, które zamierzają udzielić koncesji na roboty budowlane, informują o swym zamiarze w ogłoszeniu.

[...]

[...]

6. Ogłoszenia, o których mowa w ust. 1–5, są sporządzone zgodnie ze wzorami określonymi w załącznikach IV, V i VI i zawierają informacje wymagane w tych wzorach.

9. Ogłoszenia określone w ust. 2, 3 oraz 4 zostają opublikowane w całości w *Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich* oraz w bazie danych TED w językach oryginałów. Streszczenie ważniejszych elementów każdego ogłoszenia zostaje opublikowane w językach urzędowych Wspólnoty, przy czym autentyczny jest jedynie tekst w języku oryginału.

Instytucje zamawiające nie mogą wymagać spełnienia jakichkolwiek warunków innych

10. Urząd Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich publikuje ogłoszenia nie później niż po dwunastu dniach od daty ich wysłania. W przypadku procedury przyspieszonej, określonej w art. 14, termin ten ulega skróceniu do pięciu dni.

II — Prawo krajowe i okoliczności faktyczne będące u podstaw sporu

A — Prawo krajowe

11. Ogłoszenia nie są publikowane w dziennikach urzędowych lub w prasie kraju instytucji zamawiającej przed datą wysłania do Urzędu Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich; przy publikacji należy podać tę datę. Ogłoszenie nie zawiera informacji innych niż te opublikowane w *Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich*.

8. La Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión (ustawa nr 8 z dnia 10 maja 1972 r. w sprawie budowy, utrzymania i eksploatacji autostrad na podstawie koncesji, zwana dalej „Ley de Autopistas”), w brzmieniu obowiązującym od 1996 r. stanowi w szczególności w art. 8 ust. 2 akapit drugi:

12. Instytucje zamawiające muszą być w stanie udowodnić datę wysłania.

„[...] przedmiot działalności koncesjonariusza oprócz działań wymienionych w poprzednim akapicie stanowią roboty budowlane w zakresie budowy infrastruktury drogowej inne niż te będące przedmiotem koncesji, lecz związane z nią, które są realizowane w obszarze oddziaływania autostrady lub konieczne dla organizacji ruchu drogowego, których projekt i wykonanie lub wyłącznie wykonanie są wymagane od koncesjonariusza jako wynagrodzenie [...]”.

13. Koszty publikacji ogłoszeń w *Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich* ponoszą Wspólnoty. Tekst ogłoszenia nie przekracza jednej strony Dziennika Urzędowego lub około 650 wyrazów. Każde wydanie Dziennika Urzędowego zawierające jedno albo więcej ogłoszeń odtwarza wzór ogłoszenia lub wzory, według których publikowane ogłoszenie jest sporządzane”.

9. Dekret królewski nr 597 z dnia 16 kwietnia 1999 r. określił, że obszar oddziaływania autostrady wynosi 20 km.

B — *Okoliczności faktyczne*

warunków zamówienia”) w odniesieniu do koncesji obejmującej:

10. Okoliczności faktyczne będące u podstaw sporu odnoszą się do odcinka autostrady A6 między miejscowościami Villalba na południu oraz Adanero na północy. Jest to płatny odcinek autostrady o kluczowym znaczeniu, charakteryzujący się ruchem o stałym dużym natężeniu. Odcinek autostrady A6 znajdujący się bezpośrednio na południe od niego, między Madrytem i Villalba, jest bezpłatny i zarządzany przez państwo.

- wybudowanie dwóch przyłączy z miast Ávila i Segowia z autostradą A6 oraz eksploatację tych odcinków autostrady przez okres od 25 do 40 lat;

11. Od 1968 r. odcinek autostrady Villalba–Adanero jest eksploatowany na podstawie koncesji przez spółkę Ibérica de Autopistas, SA (zwaną dalej „Iberpistas”). Koncesja ta, w okresie istotnym dla zdarzeń będących podstawą sporu, miała wygasnąć w 2018 r.

- eksploatację odcinka Villalba–Adanero autostrady A6 od 2018 r., czyli po wygaśnięciu aktualnej koncesji Iberpistas, przez okres, który zostanie określony na podstawie średniej liczby pojazdów przejeżdżających tym odcinkiem autostrady;

12. Niniejszy spór wynika z decyzji rządu hiszpańskiego o wybudowaniu dwóch nowych odcinków autostrady w celu połączenia z autostradą A6 dwóch miast Ávili i Segowii, które znajdują się odpowiednio na zachodzie i na wschodzie od odcinka Villalba–Adanero.

- wybudowanie obwodnicy w Guadarrama, na odcinku autostrady A6 Villalba–Adanero (w przybliżeniu w połowie drogi między dwoma miastami);

13. Dekret ministerialny z dnia 4 czerwca 1999 r., opublikowany w *Boletín Oficial del Estado* (hiszpańskim dzienniku urzędowym, zwanym dalej „BOE”) w dniu 8 czerwca tego roku, zawierał specyfikację warunków zamówienia (zwaną dalej „pierwszą specyfikacją

- rozbudowę (wybudowanie czwartego pasa ruchu w każdym kierunku) odcinka między Madrytem i Villalba: chodzi,

jak zauważyłem, o bezpłatny odcinek, zarządzany przez państwo.

jak wskazano w pierwszej specyfikacji warunków zamówienia, z tą różnicą, że czas obowiązywania koncesji wynosił obecnie od 22 do 37 lat;

14. Odpowiednie ogłoszenie zostało opublikowane w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej* w dniu 16 czerwca 1999 r.

15. Jednakże w dniu 7 lipca 1999 r. została zatwierdzona nowa specyfikacja warunków zamówienia (zwana dalej „drugą specyfikacją warunków zamówienia”), opublikowana dwa dni później w BOE. Ta specyfikacja warunków zamówienia zastąpiła poprzednią.

— eksploatacja odcinka Villalba–Adanero autostrady A6 od 2018 r., jak wskazano w pierwszej specyfikacji warunków zamówienia, z uwzględnieniem również pewnych zmian co do czasu obowiązywania koncesji.

16. W szczególności dekret ministerialny zatwierdzający drugą specyfikację warunków zamówienia stanowił, że „ze względów technicznych należy wprowadzić zmiany we wskazanej specyfikacji warunków zamówienia w celu ponownego zdefiniowania przedmiotu przetargu i wprowadzenia pewnych zmian w odniesieniu do czasu trwania koncesji”.

18. Druga specyfikacja warunków zamówienia nie przewiduje, jak widać, obowiązku wybudowania obwodnicy w Guadarrama oraz czwartego pasa ruchu na odcinku Madryt–Villalba.

17. Przedmiotem drugiej specyfikacji warunków zamówienia było w szczególności:

19. Zarówno w pierwszej, jak i drugiej specyfikacji warunków zamówienia w art. 5 zawarte były następujące punkty:

— wybudowanie odcinków autostrady łączących Ávilę i Segowię z autostradą A6, „[...]”

13. Oferenci wyraźnie wskazują w przedłożonych ofertach działania, jakie zamierzają podjąć w związku ze skutkami wynikającymi z koncesji w odniesieniu do ogólnej sieci dróg, walorów turystycznych tego obszaru oraz promocji zabytków historycznych i artystycznych, jak też ochrony i zachowania krajobrazu oraz ochrony przyrody, z zachowaniem obowiązujących w tym przedmiocie przepisów.

[...]

16. Oferenci informują organy administracji o działaniach proponowanych w związku z odpowiednim zarządzaniem ruchem między miastami na obszarach, których dotyczy budowa dróg objętych koncesją, wskazując, które z nich oferent zamierza przeprowadzić na własny koszt. Oryginalność i możliwość zrealizowania tych propozycji zostaną pozytywnie ocenione przy udzielaniu zamówienia, uwzględniając wysoki poziom natężenia ruchu w obszarach, na które drogi będące przedmiotem koncesji będą oddziaływać”.

20. Kryteria przyznania koncesji zostały określone w art. 10 drugiej specyfikacji warunków zamówienia, który odpowiadał zresztą art. 10 pierwszej specyfikacji warunków

zamówienia. W szczególności jedno z tych kryteriów dotyczyło oceny „proponowanych działań w związku z zarządzaniem ruchem i ochroną środowiska”. Waga tego kryterium została określona jako 150 punktów na 1 250 punktów ogółem możliwych.

21. Artykuł 29 powielony również w pierwszej i drugiej specyfikacji warunków zamówienia stanowił:

„W odniesieniu do odcinków wskazanych w art. 2 ust. 1 i 2 niniejszej specyfikacji warunków zamówienia koncesjonariusz jest zobowiązany zapewnić, że na żadnym z odcinków autostrady nie zostanie przekroczony poziom [ruchu] D [...], jest też zobowiązany do wykonania na własny koszt koniecznych w tym celu poszerzeń, bez wysuwania żadnych roszczeń i z odpowiednim wyprzedzeniem”.

22. Odcinki wskazane w art. 29, a zatem te, o których mowa w art. 2 ust. 1 i 2 specyfikacji warunków zamówienia, to przyłącza z autostradą A6 z Avili i Segowii.

23. W przetargu udział wzięli trzej oferenci, w tym Iberpistas, która w chwili wystąpienia zdarzeń będących przedmiotem niniejszej

sprawy była już, jak zauważono, koncesjonariuszem odcinka autostrady A6 między Villalba i Adanero. Żaden z oferentów nie przedstawił jednej propozycji: wszyscy przedstawili kilka wariantów. W szczególności Iberpistas przedstawiła dziewięć różnych wariantów.

24. Dekretem królewskim nr 1724 z dnia 5 listopada 1999 r. koncesja została przyznana Iberpistas, na podstawie przedstawionego przez nią wariantu „VT-B, TGE”.

25. W szczególności wybrana oferta przedstawiona przez Iberpistas obejmowała szereg dodatkowych obiektów budowlanych w stosunku do tych wyraźnie wymaganych w drugiej specyfikacji warunków zamówienia:

- wybudowanie dodatkowego pasa ruchu w każdym z kierunków na odcinku autostrady A6 między Madrytem i Villalba (zatem na bezpłatnym odcinku autostrady A6, pozostającym w zakresie kompetencji państwa);

- wybudowanie dodatkowego pasa ruchu i nowego tunelu na autostradzie A6 na odcinku Valle de los Caídos-San Rafael, znajdującym się na północ od Villalba (zatem na odcinku autostrady A6, na

którym Iberpistas posiadała już koncesje do końca 2018 r.);

- wybudowanie dodatkowego pasa ruchu w każdym kierunku na autostradzie A6, na odcinku Villalba-Valle de los Caídos (a zatem również na odcinku autostrady A6, na którym Iberpistas posiadała już koncesję do końca 2018 r.).

26. Dekret o przyznaniu koncesji był w Hiszpanii przedmiotem dwóch odrębnych skarg wniesionych odpowiednio, po pierwsze, przez grupę parlamentarzystów oraz, po drugie, związek zawodowy i stowarzyszenie ekologiczne. W dwóch orzeczeniach Tribunal Supremo, wydanych w 2003 r., pierwsza skarga została uznana za niedopuszczalną, a druga została oddalona jako bezzasadna.

III — Postępowanie poprzedzające wniesienie skargi

27. Postępowanie poprzedzające wniesienie skargi w niniejszej sprawie było w pewnym stopniu złożone. Pierwsze wezwanie do usunięcia uchybienia przekazane przez Komisję władzom hiszpańskim w dniu 30 kwietnia 2001 r. oparte było bowiem na założeniu, że część opisanych okoliczności faktycznych,

a w szczególności poszerzenie bezpłatnego odcinka autostrady A6 między Madrytem i Villalba zarządzanego przez państwo nie stanowiło koncesji, lecz zamówienie na roboty budowlane, z uwagi na brak ryzyka po stronie wykonawcy. W rezultacie zarzuty sformułowane przez Komisję dotyczyły zarówno przepisów w zakresie koncesji, jak i przepisów odnoszących się do zamówień publicznych: w obydwóch przypadkach zarzuty Komisji miały związek z niezachowaniem zasad ogłaszania ustanowionych w art. 11 dyrektywy.

28. Królestwo Hiszpanii odpowiedziało pismem z dnia 27 czerwca 2001 r., kwestionując wszystkie twierdzenia Komisji i podnosząc między innymi konieczność uznania, że wszystkie prace, łącznie z tymi na bezpłatnym odcinku A6 były objęte koncesją.

29. Pomimo spotkania z władzami hiszpańskimi, które przedstawiły dodatkowe dokumenty, Komisja w dniu 18 lipca 2002 r. sporządziła uzasadnioną opinię. W uzasadnionej opinii Komisja zgodziła się z uwagami Królestwa Hiszpanii dotyczącymi konieczności stosowania wyłącznie przepisów w zakresie koncesji, a nie przepisów odnoszących się do zamówień publicznych, w pozostałym zakresie jednak Komisja potwierdziła zarzuty odnoszące się do naruszenia zasad ogłaszania przewidzianych w dyrektywie.

30. Władze hiszpańskie odpowiedziały na uzasadnioną opinię pismami z dnia 20 września 2002 r. oraz z dnia 13 marca 2003 r.

31. W dniu 25 lipca 2003 r. Komisja przekazała Królestwu Hiszpanii dodatkowe wezwanie do usunięcia uchybienia dotyczące zarzucanego naruszenia podstawowych zasad traktatu, w szczególności zasad równego traktowania i niedyskryminacji.

32. Władze hiszpańskie odpowiedziały na to nowe wezwanie do usunięcia uchybienia w dniu 28 października 2003 r. Ponieważ otrzymana odpowiedź nie była dla Komisji zadowalająca, w dniu 24 grudnia 2004 r. sporządziła ona dodatkową uzasadnioną opinię, na którą Królestwo Hiszpanii udzieliło odpowiedzi pismem z dnia 3 marca 2005 r.

IV — Postępowanie przed Trybunałem i żądania stron

33. Uznając, że uchybienie zobowiązaniom państwa członkowskiego nie zostało usunięte, Komisja wniosła niniejszą skargę, która wpłynęła do sekretariatu w dniu 13 września 2007 r.

34. Po dokonaniu wymiany uwag na piśmie strony przedstawiły swoje stanowiska na rozprawie w dniu 9 września 2009 r.

36. Królestwo Hiszpanii wnosi do Trybunału o:

- odrzucenie skargi jako niedopuszczalnej lub, ewentualnie, o jej oddalenie jako bezzasadnej;

35. Komisja wnosi do Trybunału o:

- obciążenie Komisji kosztami postępowania.

- stwierdzenie, że nie włączając do robót budowlanych, które stanowią przedmiot koncesji w ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji warunków zamówienia dotyczących przyznania koncesji na budowę, utrzymanie i eksploatację przyłączy autostrady A6 z Segowią i Avilą oraz utrzymanie i eksploatację odcinka tej autostrady Villalba–Adanero od 2018 r., robót, na które zostało następnie udzielone zamówienie w ramach koncesji, do których należą niektóre roboty na bezpłatnym odcinku autostrady A6, Królestwo Hiszpanii uchybiło zobowiązaniom, które ciążyą na nim na mocy art. 3 i art. 11 ust. 3, 6, 7, 11 i 12 dyrektywy oraz na podstawie zasad traktatu WE, w szczególności zasad równego traktowania i niedyskryminacji;

V — W przedmiocie dopuszczalności skargi

37. Królestwo Hiszpanii twierdzi, że skarga jest niedopuszczalna z dwóch powodów. Po pierwsze, Komisja nie wykazała, że adwokat, który wraz z pełnomocnikiem Komisji sporządził skargę, był uprawniony do reprezentowania jej przed sądem. Po drugie, przedmiot skargi jest nieokreślony, gdyż skarga nie wskazuje szczegółowo przepisów, które zostały naruszone przez państwo członkowskie, którego skarga dotyczy.

- obciążenie Królestwa Hiszpanii kosztami postępowania.

38. Obydwa zarzuty podniesione przez Królestwo Hiszpanii są bezzasadne. Jeśli chodzi o zarzut pierwszy, wystarczy zauważyć, że

Komisja załączyła do skargi kopię legitymacji adwokata. Taki dokument, zgodnie ze wskazówkami dla pełnomocników stron, opublikowanymi przez sekretariat Trybunału, spełnia wymóg ustanowiony w art. 38 § 3 regulaminu. Należy ponadto zauważyć, że Komisja jest reprezentowana również przez jej pełnomocnika. Jeśli chodzi o drugi zarzut, Komisja wyraźnie i jednoznacznie wskazała przepisy, które jej zdaniem zostały naruszone. Królestwo Hiszpanii odniosło się do każdego z nich w swoich pismach procesowych przedstawionych w ramach prowadzonej obrony. Nie występuje zatem jakikolwiek problem dopuszczalności. Należy wyłącznie zbadać co do istoty zarzuty podniesione przez Komisję.

39. Skarga jest zatem dopuszczalna.

VI — W przedmiocie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego

A — Stanowiska stron

40. Komisja twierdzi, że Hiszpania uchybiła zobowiązaniom wynikającym z prawa wspólnotowego z dwóch powodów. Po pierwsze, doszło do naruszenia art. 3 i art. 11 ust. 3, 6, 7, 11 i 12 dyrektywy. Po drugie, przyznanie

koncesji Iberpistas było niezgodne z podstawowymi zasadami traktatu, a w szczególności z zasadami równego traktowania i niedyskryminacji.

1. Argumenty Komisji

41. Główny argument Komisji podniesiony na poparcie naruszenia dyrektywy oparty jest na fakcie, że w wybranej ofercie zawarte były roboty budowlane, nieprzewidziane w specyfikacji warunków zamówienia: całkowita wartość tych robót była w szczególności nieznacznie niższa niż wartość robót budowlanych, których wykonanie było wyraźnie wymagane.

42. Komisja zauważa ponadto, że treść specyfikacji warunków zamówienia wymagająca w ogólny sposób od oferentów przedstawienia możliwych rozwiązań problemu ruchu drogowego nie pozwalała uczestnikom postępowania na uznanie, że możliwe było zaproponowanie dodatkowych obiektów budowlanych, których waga i lokalizacja byłyby porównywalne z dodatkowymi obiektami zaproponowanymi przez Iberpistas. W szczególności, jako że w drugiej specyfikacji warunków zamówienia jedyne wskazane obiekty budowlane, które należało wykonać, były dwa przyłączenia z autostradą A6 z Segowii i Avili, również działania,

jakie oferty mogłyby zaproponować w celu zmniejszenia ruchu, były wyłącznie działaniami bezpośrednio związanymi z tymi dwoma odcinkami. Nie było zatem możliwe przyjęcie ofert, które tak jak wybrana oferta obejmowały obiekty budowlane zlokalizowane w innym miejscu, takie jak poszerzenie odcinka Villalba–Adanero autostrady A6 zaproponowane przez Iberpistas.

43. Komisja odrzuca argumenty rządu hiszpańskiego, zgodnie z którymi decyzja o unieważnieniu pierwszej specyfikacji warunków zamówienia i zastąpieniu jej drugą specyfikacją warunków zamówienia, w której nie było już wyraźnej wzmianki o niektórych obiektach budowlanych, jakie należało wykonać, powodowała, że oczywiste było, iż uczestnicy powinni byli zaproponować alternatywne rozwiązania w odniesieniu do tych przewidzianych w pierwotnej specyfikacji warunków zamówienia, a następnie pominiętych. Zdaniem Komisji żaden zapis w drugiej specyfikacji warunków zamówienia nie pozwalał na taką jej interpretację. Ponadto inni uczestnicy postępowania zaproponowali wyłącznie warianty dotyczące dwóch przyłączy autostrady A6 z miastami Ávila i Segowia.

44. Zdaniem Komisji wreszcie działania Królestwa Hiszpanii naruszały także podstawowe zasady traktatu, w szczególności zasady równego traktowania i niedyskryminacji.

2. Stanowisko rządu hiszpańskiego

45. Królestwo Hiszpanii zdecydowanie kwestionuje podniesione zarzuty; w szczególności Komisja nie tylko nie wykazała występowania jakiegokolwiek uchybienia zobowiązaniom, ale również w wypaczony sposób przedstawiła fakty.

46. Rząd hiszpański podkreśla, po pierwsze, wagę problemów związanych z ruchem na autostradzie A6 w chwili publikacji ogłoszenia. Waga tych problemów nie tylko była powszechnie znana ze względu na wielokrotne publikacje w prasie, lecz została również jasno wskazana i opisana w dokumentach urzędowych administracji hiszpańskiej, w tym w dokumentach, które były podstawą omawianego postępowania przetargowego.

47. Zgodnie z podstawową tezą rządu hiszpańskiego, mimo że specyfikacja warunków zamówienia wskazywała wyraźnie jedynie wybudowanie przyłączy z autostradą A6 z miast Ávila i Segowia, ze względu na powszechną znajomość problemu związanego z natężeniem ruchu oczywiste było, iż oferty mogły zaproponować działania wpływające na zmniejszenie ruchu drogowego zlokalizowane na odcinku Villalba–Adanero

autostrady A6, który od 2018 r. miał być objęty koncesją przyznaną zwycięzcy przetargu, jak też na odcinku autostrady A6 między Madrytem i Villalba. Jeśli chodzi w szczególności o ten ostatni odcinek, który, jak wskazano, jest bezpłatny i zarządzany przez państwo, rząd hiszpański twierdzi, że możliwość podjęcia działań na tym odcinku była zagwarantowana w przepisach krajowych. W szczególności Ley de Autopistas pozwalała na realizację działań w celu zmniejszenia ruchu także poza tzw. „obszarem oddziaływania” autostrady. W każdym razie taki obszar oddziaływania wynosi obecnie 20 km, co oznacza, że również odcinek autostrady A6 na południe od Villalba należałby również do obszaru oddziaływania odcinka autostrady A6 Villalba–Adanero, który wyraźnie jest przedmiotem koncesji.

48. Zdaniem Królestwa Hiszpanii w szczególności możliwość zaproponowania przez oferentów takich działań w celu kontroli ruchu wynikałaby ponadto z art. 5 ust. 13 i 16 specyfikacji warunków zamówienia.

49. Decyzja o unieważnieniu pierwszej specyfikacji warunków zamówienia i zastąpienia jej drugą wynikała z chęci pozostawienia większego pola dla oryginalności oferentów, jeśli chodzi o proponowane rozwiązania w odniesieniu do problemu związanego z ruchem. Fakt, że dekret zatwierdzający nową specyfikację warunków zamówienia ograniczał się do wskazania, że nowa wersja była konieczna z ogólnych powodów natury

technicznej, bez żadnego odniesienia do konieczności zastąpienia przez oferentów obiektów budowlanych usuniętych z pierwszej specyfikacji warunków zamówienia własnymi rozwiązaniami, wynikałby ze zwyczajowo związłego charakteru wszystkich dekretów ministerialnych zatwierdzających specyfikacje warunków zamówienia.

50. Rząd hiszpański podkreśla wyraźnie fakt, że argumenty przedstawione Trybunałowi zostały przyjęte przez sądy krajowe, w szczególności przez Tribunal Supremo. Ponieważ chodzi o ocenę natury faktycznej a nie prawnej, Trybunał powinien oprzeć się, w szczególności w odniesieniu do kwestii interpretacji specyfikacji warunków zamówienia, na dokonanych w tej kwestii ustaleniach sądu krajowego: nawet jeśli w duplice rząd hiszpański przyznał, że wnioski Tribunal Supremo nie są wiążące dla Trybunału.

51. Królestwo Hiszpanii zauważa ponadto, że Iberpistas nie przystąpiła bezpośrednio do wykonania przewidzianych robót, lecz ogłosiła przetarg w tym zakresie: tak więc wymogi dotyczące ogłaszania i związane z przestrzeganiem zasad równego traktowania i niedyskryminacji również zostały zachowane, przynajmniej na dalszym etapie wykonania robót. W związku z tym rząd hiszpański

odwołuje się w szczególności do wyroku w sprawie *Ordine degli architetti*⁶, w którym Trybunał uznał, że sytuacja, w jakiej przetarg ogłosiły nie organy publiczne, lecz podmiot prywatny, któremu organ publiczny powierzył wykonanie robót budowlanych, jest zgodna z prawem wspólnotowym w zakresie zamówień publicznych.

53. Zakres ograniczeń i wymogów w prawie wspólnotowym jest dużo mniejszy w przedmiocie koncesji niż w przedmiocie zamówień publicznych. W szczególności, jak zauważono przy przedstawieniu ram prawnych, spośród ogółu przepisów w zakresie zamówień publicznych do koncesji zastosowanie znajdują wyłącznie przepisy dotyczące ogłoszeń.

B — Ocena

1. Uwagi wstępne

52. Sytuacja będąca przedmiotem niniejszej skargi stanowi z prawnego punktu widzenia koncesję na roboty budowlane. Jak zauważono, przepisy wspólnotowe definiują koncesję na roboty budowlane jako umowę mającą te same cechy co zamówienie publiczne na roboty budowlane, z tą istotną różnicą, że wynagrodzeniem za roboty budowlane jest prawo do eksploatacji wykonanego obiektu budowlanego. Takie prawo do eksploatacji może być również połączone z zapłatą ceny koncesjonariuszowi, przy czym cena ta nie może jednak stanowić zasadniczego elementu wynagrodzenia, ponieważ w takim przypadku chodziłoby nie o koncesję, ale o zamówienie publiczne⁷.

54. Tak jak nie ulega wątpliwości w niniejszym przypadku, że stan faktyczny kwalifikowany jest jako koncesja na roboty budowlane, a nie zamówienie publiczne, równie oczywiste jest, że omawiane roboty budowlane powinny być poprzedzone publikacją szczególnego ogłoszenia, gdyż nie można ich uznać jedynie za naturalne „rozszerzenie” posiadanej przez Iberpistas koncesji na odcinek autostrady A6 między Villalba i Adanero⁸. Tego założenia nie kwestionuje zresztą żadna ze stron postępowania.

2. Elementy pozbawione znaczenia

55. Przed przystąpieniem do badania kwestii prawnych mających zasadnicze znaczenie w niniejszej sprawie konieczne jest moim

6 — Wyrok z dnia 12 lipca 2001 r. w sprawie C-399/98 *Ordine degli Architetti* i in., Rec. s. I-5409.

7 — W pewnych konkretnych przypadkach rozróżnienie między zamówieniem publicznym i koncesją może być dość trudne. Jest to zadanie, które ostatecznie należy do sądu krajowego: zob. ww. w przypisie 2 wyrok z dnia 13 października 2005 r. w sprawie *Parking Brixen*, pkt 32.

8 — Zobacz w tym względzie wyrok z dnia 27 października 2005 r. w sprawach połączonych C-187/04 i C-188/04 Komisja przeciwko Włochom, pkt 23.

zdaniem wyjaśnienie kilku kwestii, które były szeroko omawiane przez strony, lecz które w rzeczy samej nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia sporu.

a) Orzeczenia Tribunal Supremo

56. Przede wszystkim nie są istotne odniesienia poczynione przez Królestwo Hiszpanii do orzeczeń Tribunal Supremo, na mocy których oddalono dwie skargi wniesione na szczeblu krajowym na decyzję o przyznaniu koncesji. Jak uznał rząd hiszpański w ramach prowadzonej obrony w duplice i podczas rozprawy, orzecznictwo Trybunału, które przyznaje wyłącznie sądowi krajowemu kompetencje w zakresie oceny okoliczności faktycznych i ogranicza działania sądów wspólnotowych jedynie do kwestii prawnych, odnosi się wyłącznie do postępowania w trybie prejudycjalnym, w którym ostateczne rozstrzygnięcie sprawy przed sądem krajowym jest wynikiem współpracy między sądami krajowymi i wspólnotowym. Natomiast w postępowaniu w sprawie ewentualnego uchybienia przez państwo członkowskie zobowiązaniom wynikającym z prawa wspólnotowego, Trybunał może dokonać oceny wszystkich okoliczności przedłożonych mu pod rozagę, które mają znaczenie dla przedmiotu postępowania.

57. Ponadto w celu wydania orzeczenia w kwestii ewentualnego uchybienia

zobowiązaniom państwo jest jedynym podmiotem, do którego odnosi się Trybunał, i jest ono odpowiedzialne za wszystkie naruszenia prawa wspólnotowego, które można mu przypisać, nawet jeśli w rzeczywistości spowodowane są one przez niezależne z konstytucyjnego punktu widzenia podmioty. W takim ujęciu nawet wykładnia przyjęta przez sąd najwyższy jednego z państw członkowskich została uznana przez Trybunał za stanowiącą naruszenie prawa wspólnotowego⁹. W rezultacie oczywiste jest, że schemat oparty na idei współpracy między sądem krajowym i sądem wspólnotowym, które działałyby wspólnie w celu rozstrzygnięcia sporu, nie znajduje zastosowania do postępowania w sprawie uchybienia zobowiązaniom. Należy dodać, że nie oznacza to w żadnym razie braku szacunku lub uznania dla roli sądów krajowych: nie odgrywają one jedynie aktywnej roli w postępowaniu na podstawie art. 226 WE.

58. Należy również dodać, że w niniejszej sprawie nie jest wcale łatwe wyznaczenie linii oddzielającej ocenę okoliczności faktycznych od rozważań natury prawnej. Odwołując się do twierdzeń Tribunal Supremo dotyczących zgodności ogłoszeń o przetargu z prawem wspólnotowym, Królestwo Hiszpanii odwołuje się jak najbardziej do wniosków natury prawnej wyrażonych przez ten sąd, a nie do oceny okoliczności faktycznych.

9 — Wyrok z dnia 9 grudnia 2003 r. w sprawie C-129/00 Komisja przeciwko Włochom, Rec. s. I-14637, pkt 29–32.

b) Tożsamość podmiotów, które wszczęły postępowanie decyzyjny o wniesieniu skargi o uchybienie zobowiązaniom nie mają żadnego znaczenia¹⁰.

59. Podobnie bez znaczenia jest tożsamość podmiotów, których skarga, zdaniem Królestwa Hiszpanii, była podstawą skargi wniesionej przez Komisję. W szczególności chodziłoby o te same podmioty, które wniosły skargi oddalone na szczeblu krajowym przez Tribunal Supremo. Przyznając nawet, że chodzi rzeczywiście o te same podmioty, nie ulega wątpliwości, że nie ma to żadnego znaczenia w ramach postępowania przed Trybunałem.

60. Fakt, że nie chodzi o uczestników postępowania w sprawie przyznania koncesji, lecz o niektórych członków parlamentu, związek zawodowy i stowarzyszenie o celach ekologicznych, może z pewnością wskazywać, że motywy decyzji o wniesieniu skargi lub złożeniu doniesienia miały charakter raczej polityczny lub ideowy a nie ekonomiczny. Niemniej jednak jedynym celem postępowania w sprawie naruszenia jest ustalenie z obiektywnego punktu widzenia, czy państwo członkowskie uchybiło zobowiązaniom ciążącym na nim na mocy prawa wspólnotowego. Dokonywanie oceny osobistych powodów skargących, których działania doprowadziły do wszczęcia postępowania, nie jest zadaniem Trybunału, tym bardziej że decyzja o wniesieniu skargi o uchybienie zobowiązaniom państwa członkowskiego jest podejmowana wyłącznie przez Komisję w sposób wolny i w pełni niezależny. W tej kwestii z utrwalonego orzecznictwa Trybunału wynika nie tylko, że Komisja nie musi wykazać istnienia interesu prawnego, ale również, że motywy

c) Zorganizowanie przetargu przez Iberpistas

61. Pozbawiony znaczenia jest również fakt, na który powołuje się Królestwo Hiszpanii w ramach przyjętej obrony, że Iberpistas po otrzymaniu koncesji postanowiła, że nie przystąpi bezpośrednio do wykonania dodatkowych obiektów budowlanych, skorzysta natomiast z postępowania przetargowego, jak przewidziane zostało zresztą w takim przypadku w art. 20 specyfikacji warunków zamówienia.

62. Podstawą tej argumentacji, rozwiniętej w rzeczywistości przez Królestwo Hiszpanii raczej w postępowaniu poprzedzającym wniesienie skargi, a nie w uwagach przedstawionych Trybunałowi, jest możliwość zastosowania orzecznictwa wynikającego z ww. wyroku w sprawie Ordine degli Architetti¹¹.

10 — Zobacz np. wyrok z dnia 8 grudnia 2005 r. w sprawie C-33/04 Komisja przeciwko Luksemburgowi, Zb.Orz. s. I-10629, pkt 65–67 i przytoczone tam orzecznictwo.

11 — Zobacz przypis 6.

63. W wyroku tym Trybunał przyznał w szczególności, że w przypadku realizacji robót budowlanych w zakresie rozwoju infrastruktury przez dewelopera, który zawarł umowę zagospodarowania z administracją gminy, skuteczność (effet utile) dyrektywy jest zagwarantowana również wtedy, gdy procedury przewidziane w dyrektywie są stosowane nie przez organy administracji gminy, lecz przez dewelopera¹².

64. Należy jednak zauważyć, że sytuacja rozważana przez Trybunał w sprawie Ordine degli Architetti jest zupełnie inna niż ta będąca przedmiotem niniejszego postępowania. W cytowanym wyroku chodziło bowiem o wykładnię niektórych przepisów prawa włoskiego, które umożliwiały ograniczenie lub w niektórych sytuacjach zniesienie części kosztów związanych z budową obiektów infrastruktury należnych w przypadku wydania pozwolenia na budowę. W szczególności taka możliwość była przyznana podmiotom, które zobowiązywały się do wykonania bezpośrednio obiektów infrastruktury.

65. Trybunał, uznając, że obniżenie kwoty do zapłacenia w zamian za bezpośrednie wykonanie obiektów budowlanych z zakresu infrastruktury stanowi tym samym

wynagrodzenie za takie wykonanie, orzekł, że dyrektywa znajduje zastosowanie i stwierdził przy tym, jak zauważono, że jej skuteczność może być zachowana również wtedy, gdy stosowana jest nie przez organy administracji gminy, lecz przez dewelopera wykonującego obiekty budowlane z zakresu infrastruktury.

66. Decydującym elementem w sprawie Ordine degli Architetti był, jak widać, fakt, że organy administracji gminy *nie miały możliwości dokonania wyboru wykonawcy*, gdyż siłą rzeczy takim wykonawcą był podmiot, który złożył wniosek o pozwolenie na budowę. W rezultacie przyznanie, że podmiotem stosującym dyrektywę był deweloper, było w tym przypadku jedynym sposobem na zapewnienie realizacji celów założonych przez prawodawcę wspólnotowego w przedmiocie zamówień publicznych.

67. W niniejszej sprawie natomiast Iberpiastas, która z pewnością nie jest narzuconym rządowi hiszpańskiemu wykonawcą, została wybrana i otrzymała koncesję w wyniku pomyślnego zakończenia postępowania przetargowego. Jest zatem jasne, że w niniejszym przypadku przepisy wspólnotowe dotyczące wyboru wykonawcy mogły być stosowane już na pierwszym etapie postępowania, a zatem przy wyborze koncesjonariusza. Sytuacja

12 — Ibidem, pkt 100.

ta nie jest zatem porównywalna z sytuacją rozważaną w wyroku w sprawie Ordine degli Architetti, który nie może zatem znaleźć zastosowania w niniejszym przypadku, nawet w drodze analogii¹³.

d) Wartość dodatkowych obiektów budowlanych

68. Królestwo Hiszpanii i Komisja różnią się istotnie w kwestii wartości dodatkowych obiektów budowlanych w stosunku do całkowitej wartości koncesji.

69. Komisja w skardze obliczyła w szczególności, że wartość dodatkowych obiektów budowlanych wynosiła 87% wartości zasadniczych obiektów budowlanych, czyli tych wyraźnie wskazanych w ogłoszeniu o przetargu. Królestwo Hiszpanii ze swej strony kwestionuje te obliczenia, podkreślając w szczególności konieczność uwzględnienia przy obliczaniu wartości zasadniczych obiektów budowlanych wartości eksploatacji od 2018 r. odcinka Villalba–Adanero autostrady A6. Zdaniem Królestwa Hiszpanii wartość dodatkowych obiektów budowlanych proponowanych przez Iberpistas w wybranej ofercie przekraczała nieznacznie 27% wartości zasadniczych obiektów budowlanych.

13 — Zobacz w odniesieniu do szczególnego charakteru orzecznictwa w sprawie Ordine degli Architetti i niemożności zastosowania go w sytuacji, gdy możliwy jest wybór wykonawcy, wyrok z dnia 20 października 2005 r. w sprawie C-264/03 Komisja przeciwko Francji, Zb.Orz. s. I-8831, pkt 57.

70. Uważam jednak, że dokładne określenie wartości dodatkowych robót budowlanych w odniesieniu do głównego przedmiotu koncesji nie jest konieczne dla potrzeb wydania orzeczenia.

71. Po pierwsze, odwołanie się stron do art. 61 nowej dyrektywy wspólnotowej w przedmiocie zamówień publicznych, czyli dyrektywy 2004/18/WE, nie ma znaczenia. Przepis ten stanowi, że w granicach 50% kwoty początkowych robót budowlanych będących przedmiotem koncesji i w pewnych szczególnych okolicznościach przepisy dotyczące ogłoszeń dla koncesji na roboty budowlane nie znajdują zastosowania „wobec dodatkowych robót budowlanych, nieuwzględnionych ani w pierwotnie rozważanym objętym koncesją projekcie, ani w pierwotnym zamówieniu, które jednak z uwagi na nieprzewidziane wydarzenia stały się niezbędne do wykonania określonego w nich obiektu budowlanego, zleconego koncesjonariuszowi przez instytucję zamawiającą [...]”.

72. Przede wszystkim, jak już zauważono, dyrektywa 2004/18/WE nie znajduje zastosowania ratione temporis do okoliczności faktycznych niniejszej sprawy. Ponadto, nawet jeśli należałoby uznać, że przepis ten stanowi jedynie potwierdzenie obowiązującej zasady prawnej (co, nawiasem mówiąc, wydaje mi się wątpliwym zabiegiem interpretacyjnym), to niemniej jednak art. 61 tej dyrektywy odwołuje się do robót budowlanych które

„z uwagi na nieprzewidziane wydarzenia stały się niezbędne do wykonania określonego [...] obiektu budowlanego”. Chodzi jednak bez wątpienia o sytuację, która nie występuje w niniejszym przypadku. Artykuł 61 odnosi się do nieprzewidzianych wydarzeń, które wystąpiły po przyznaniu koncesji, a nie do zdarzeń zachodzących przed jej przyznaniem.

miałyby zostać naruszone. W szczególności Komisja zarzuca w skardze Królestwu Hiszpanii, oprócz naruszenia postanowień traktatu, naruszenia art. 3, jak też w ogólności art. 11 ust. 3, 6, 7, 11 i 12 dyrektywy.

73. Po drugie, pomijając różnice w kwestii szczegółowego obliczenia wartości dodatkowych obiektów budowlanych, sądzę, że można uznać, iż Komisja i Królestwo Hiszpanii zgadzają się co do istotnego faktu: w ogólnym rozrachunku w kontekście okoliczności faktycznych poddanych Trybunałowi pod rozagę znaczenie dodatkowych obiektów budowlanych było istotne i z pewnością nie marginalne czy drugorzędne w odniesieniu do podstawowego przedmiotu koncesji.

75. W wyniku zarzutów podniesionych przez Królestwo Hiszpanii w ramach prowadzonej obrony Komisja stwierdziła w replice, że w tym przypadku należy uznać, iż skarga odnosi się do art. 3 ust. 1 i w rezultacie do przepisów art. 11, do których wskazany artykuł czyni odniesienie.

3. Skarga Komisji: uwagi wstępne

74. Chociaż, jak zauważyłem powyżej, skarga Komisji nie jest niedopuszczalna, zawiera ona jednak pewne nieścisłości, w szczególności jeśli chodzi o wskazanie przepisów, które

76. W szczególności, biorąc pod uwagę, że Komisja nie kwestionuje faktu opublikowania ogłoszenia ani momentu i warunków tej publikacji, należy uznać, że przepisy dyrektywy, które zostały naruszone, to zasadniczo art. 11 ust. 3 i 6. Ścisłe mówiąc, naruszenie polegałoby na istotnej rozbieżności między przedmiotem opublikowanego ogłoszenia i przedmiotem koncesji faktycznie przyznanej Iberpistas. Innymi słowy, Królestwu Hiszpanii zarzucono, że opublikowane zostało niepełne ogłoszenie lub też że nie zostało opublikowane ogłoszenie w zakresie wszystkich robót budowlanych objętych koncesją

przyznaną Iberpistas, lecz nie wymienionych w ogłoszeniu.

wymogi te zostały spełnione w niniejszym przypadku.

77. Należy również zauważyć, że przepisy dyrektywy powinny być postrzegane jako praktyczne zastosowanie w zakresie zamówień publicznych i koncesji na roboty budowlane zasad traktatu, w szczególności zakazu dyskryminacji i obowiązku równego traktowania¹⁴. W rezultacie zarzuty Komisji w stosunku do Królestwa Hiszpanii dotyczące naruszenia dyrektywy i naruszenia traktatu mogą być rozważane łącznie.

4. Wymogi dotyczące ogłoszeń w przedmiocie koncesji

79. Pierwszy aspekt, który należy wyjaśnić, dotyczy zatem ogólnych wymogów, jakie musi spełniać ogłoszenie w przedmiocie koncesji na roboty budowlane.

78. Po tych uwagach wstępnych można obecnie zająć się zasadniczym problemem, jakim jest zarzucany niepełny charakter specyfikacji warunków zamówienia opublikowanej przez władze hiszpańskie. W tym celu konieczne jest określenie, po pierwsze, szczegółowych wymogów w zakresie ogłoszeń dotyczących koncesji na roboty budowlane. Po ustaleniu tej kwestii należałoby rozstrzygnąć, czy

80. Nie ulega wątpliwości, że ogłoszenie o zamówieniu na roboty budowlane powinno zawierać pełny opis wszystkich robót budowlanych, które mają być wykonane. Stanowi to naturalne następstwo zarówno faktu, że oferty powinny móc zaproponować cenę za wykonanie robót budowlanych – co zakłada oczywiście dokładną ich znajomość – jak i bardziej ogólnej zasady, na którą powołałem się powyżej, zgodnie z którą przepisy dyrektywy stanowią szczególną realizację zasad traktatu w zakresie równego traktowania i zakazu dyskryminacji. Trybunał potwierdził zresztą, że właśnie w celu zachowania zasady równego traktowania oferentów wszystkie

14 — Zobacz wyroki: z dnia 22 czerwca 1993 r. w sprawie C-243/89 Komisja przeciwko Danii, zwany „wyrokiem w sprawie Storebaelt”, Rec. s. I-3353, pkt 33; z dnia 18 października 2001 r. w sprawie C-19/00 SIAC Construction, Rec. s. I-7725, pkt 33. Wyroki te odnoszą się do poprzednio obowiązującej dyrektywy 71/305/EWG, lecz uzasadnienie przepisów pozostaje oczywiście bez zmian. Zobacz również np. wyrok z dnia 25 kwietnia 1996 r. w sprawie C-87/94 Komisja przeciwko Belgii, zwany „wyrokiem w sprawie Walońskie autobusy”, Rec. s. I-2043, pkt 51, 52, oraz w bardziej ogólny sposób ww. w przypisie 2 wyrok w sprawie Parking Brixen, pkt 48.

oferty powinny być zgodne z wymogami specyfikacji warunków zamówienia¹⁵.

do istotnego ograniczenia skuteczności ram prawnych stosowanych do koncesji.

81. Moim zdaniem ta podstawowa zasada dotycząca ogłoszeń powinna znaleźć zastosowanie także do koncesji, których ogłoszenia powinny zatem wskazywać w sposób szczegółowy wszystkie roboty budowlane będące przedmiotem koncesji. Przemawiają za tym różne względy.

82. Po pierwsze, chodzi o oczywiste względy związane z przejrzystością i równym traktowaniem. Te dwie zasady, jak zauważono, wpływają bezpośrednio z traktatu i Trybunał uznał, że w sposób ogólny znajdują zastosowanie do wszystkich koncesji, również tych, które nie są przedmiotem szczególnych przepisów¹⁶.

83. Po drugie, dyrektywa przewiduje, że spośród przepisów dotyczących zamówień publicznych do koncesji zastosowanie znajdują wyłącznie te dotyczące ogłaszania lub przynajmniej część z tych przepisów. Uznanie, że także te nieliczne przepisy dotyczące zastosowanie do koncesji powinny być przedmiotem innej i bardziej restrykcyjnej wykładni niż ta wymagana w przypadku zamówień publicznych, prowadziłyby moim zdaniem

84. Fakt, że wzór ogłoszenia o koncesji (załącznik VI do dyrektywy) jest znacznie bardziej syntetyczny niż wzór ogłoszenia o zamówieniach (załącznik V do dyrektywy) nie oznacza, że opis obiektów budowlanych, które należy wykonać, może zostać przedstawiony w istotnie różny sposób. Ponadto obydwa wzory ogłoszeń są praktycznie identyczne w części, w której wymagany jest opis przedmiotu zamówienia i koncesji (zob. sekcja II każdego z dwóch wzorów).

85. W samym orzecznictwie Trybunału znajdują się sformułowania, które równoważą, bez wskazywania jakiegokolwiek różnicy, przepisy dotyczące ogłoszeń w odniesieniu do zamówień publicznych i w odniesieniu do koncesji¹⁷.

86. Fakt nałożenia wymogu, aby ogłoszenie o przetargu opisywało w pełny sposób obiekty budowlane, które należy wykonać, nie

15 — Wyżej wymieniony w przypisie 14 wyrok w sprawie Komisja przeciwko Danii, pkt 37.

16 — Zobacz przypis 2.

17 — Wyżej wymieniony w przypisie 8 wyrok z dnia 27 października 2005 r. w sprawie Komisja przeciwko Włochom, pkt 19.

oznacza naturalnie wykluczenia wszelkiego rodzaju oryginalności i swobody w przedkładanych ofertach. Jednakże zachowanie zasady równego traktowania nakazuje, aby w takim przypadku potencjalni oferenci mogli znać zarówno istnienie takiej swobody, jak i jej granic. W tym względzie należy zacytować fragment komunikatu wyjaśniającego Komisji dotyczącego koncesji w prawie wspólnotowym¹⁸ (zwanego dalej „komunikatem wyjaśniającym”), który, jak uważam, jest w pełni słuszny i uzasadniony:

„Ponadto, jeżeli w niektórych przypadkach organ udzielający koncesji nie może zdefiniować swoich potrzeb w sposób wystarczająco precyzyjny z technicznego punktu widzenia, odwoła się on do alternatywnych ofert mogących proponować odmienne rozwiązania w stosunku do problemu ujętego w ogólny sposób. Jednakże w takich przypadkach specyfikacja warunków zamówienia dla zagwarantowania prawidłowej i skutecznej konkurencji musi w sposób niedyskryminacyjny i obiektywny przedstawiać wymagania stawiane kandydatom i przede wszystkim sposób, w jaki mają przygotować swoje oferty. W związku z tym każdy oferent wie z wyprzedzeniem, że może zaproponować różne techniczne rozwiązania. W ogólności specyfikacja warunków zamówienia nie może zawierać elementów sprzecznych ze wskazanymi przepisami i zasadami traktatu. Potrzeby organu udzielającego koncesję mogą również być określone we współpracy z przedsiębiorstwami z danego sektora, pod warunkiem że

nie powoduje to ograniczenia konkurencji” (pkt 3.1.1, ust. 9).

87. Ponadto w dziedzinie zamówień publicznych art. 19 dyrektywy przewiduje wyraźnie, poprzez dopuszczenie wariantów, możliwość pozostawienia oferentom pewnego stopnia swobody przy przedstawianiu ich ofert. Jednakże w wyroku w sprawie Traunfellner Trybunał w celu zachowania zasady równego traktowania oferentów dokonał raczej restrykcyjnej wykładni tego artykułu, wykluczając na przykład, że dla zachowania wymogu przewidzianego w art. 19 ust. 2 dyrektywy – który nakazuje instytucjom zamawiającym określenie w specyfikacji warunków zamówienia minimalnych wymogów, jakie mają spełniać warianty – wystarczające jest odwołanie się w specyfikacji warunków zamówienia do przepisu krajowego¹⁹.

88. Argument Królestwa Hiszpanii, zgodnie z którym ww. orzecznictwo w sprawie Traunfellner nie znajduje zastosowania w niniejszym przypadku, gdyż odnosi się ono do wariantów a nie dodatkowych obiektów budowlanych, nie wydaje mi się przekonujący. Po pierwsze, przyznając nawet, że rozróżnienie między wariantami oraz dodatkowymi obiektami budowlanymi jest uzasadnione, podstawą orzecznictwa w sprawie Traunfellner jest zasadniczy cel w postaci

18 — Dz.U. 2000, C 121, s. 2.

19 — Wyrok z dnia 16 października 2003 r. w sprawie C-421/01 Traunfellner, Rec. s. I-11941, pkt 27–29.

zagwarantowania równego traktowania oferentów i taki cel nie może być uznany za mniej istotny w zakresie dodatkowych robót budowlanych niż w zakresie wariantów. W każdym razie orzecznictwo to w zakresie, w jakim odnosi się do art. 19 dyrektywy, czyli przepisu nieznajdującego zastosowania do koncesji na roboty budowlane, nie jest bezpośrednio stosowane w niniejszej sprawie i powinno być raczej uznane za wskazówkę lub wytyczną, jakkolwiek wyjątkowo przekonywającą.

89. Kolejna bardzo przydatna wskazówka, znajdująca zasadniczo zastosowanie w drodze analogii, może być zaczerpnięta z orzecznictwa Trybunału, który również dla potrzeb stosowania zasady równego traktowania oferentów podkreślił, że wskazane kryteria udzielenia zamówienia muszą pozostać bez zmian w toku całego postępowania²⁰.

90. Podsumowując, ogłoszenie o przyznaniu koncesji na roboty budowlane musi w sposób wyczerpujący wskazywać obiekty budowlane będące przedmiotem koncesji. Ewentualne warianty i dodatkowe obiekty budowlane są dopuszczalne, jeżeli taka możliwość jak też granice, w jakich można z niej korzystać, są określone w samym ogłoszeniu.

5. W przedmiocie wykładni drugiej specyfikacji warunków zamówienia

91. Wyjaśnwszy zatem wymogi, którym musi odpowiadać ogłoszenie o koncesji na roboty budowlane w celu spełnienia obowiązków w zakresie ogłoszeń ustanowionych w prawie wspólnotowym, należy sprawdzić, czy w niniejszym przypadku specyfikacja warunków zamówienia badanej koncesji jest zgodna z tymi wymogami.

92. Uważam, że należy odpowiedzieć w sposób przeczący i że treść drugiej specyfikacji warunków zamówienia nie odpowiada w wystarczającym stopniu robotom budowlanym przyznanym w koncesji na rzecz Iberpistas.

93. Po pierwsze, jak zauważono, rząd hiszpański twierdzi, że decyzja o zastąpieniu pierwszej specyfikacji warunków zamówienia drugą specyfikacją była uzasadniona chęcią pozostawienia większego pola działania dla swobodnej inicjatywy oferentów, w celu znalezienia odpowiednich rozwiązań problemu związanego z ruchem. Rząd ten twierdzi ponadto, że potencjalni uczestnicy przetargu

20 — Wyżej wymieniony w przypisie 14 wyrok w sprawie Komisja przeciwko Belgii, pkt 88, 89 oraz ww. w przypisie 14 wyrok w sprawie SIAC, pkt 41–43.

mogli z łatwością to zrozumieć. Argumenty te są jednak nie do przyjęcia.

94. Należy bowiem zauważyć, że we wstępie do drugiej specyfikacji warunków zamówienia stwierdzono jedynie, że „ze względów technicznych należy wprowadzić zmiany we wskazanej specyfikacji warunków zamówienia w celu ponownego zdefiniowania przedmiotu przetargu i wprowadzenia pewnych zmian w odniesieniu do czasu trwania koncesji”. Jest to sformułowanie dość szerokie, które z pewnością nie wskazuje w precyzyjny sposób szczegółowego powodu prowadzącego do zmiany specyfikacji warunków zamówienia (z wyjątkiem zmiany czasu trwania koncesji). Jeżeli powodem decyzji o unieważnieniu poprzedniej specyfikacji warunków zamówienia była chęć pozostawienia większego pola działania dla swobodnej inicjatywy oferentów w zakresie rozwiązania problemów związanych z ruchem, to przynajmniej mogło i powinno to być zostać zaznaczone w sposób wyraźny. Nie miało to jednak miejsca.

95. Podobnie nie można uznać argumentów rządu hiszpańskiego, zgodnie z którymi możliwość zaproponowania dodatkowych obiektów budowlanych takich jak te przedstawione przez Iberpistas wynikałaby z niektórych postanowień specyfikacji warunków zamówienia. Chodzi w szczególności o art. 5 pkt 13 i 16 oraz art. 29 ogłoszenia.

96. Tymczasem, jeśli chodzi o art. 29, wystarczy zauważyć, że odnosi się on w wyraźny sposób wyłącznie do dwóch przyłączy autostrady A6 z Ávilą i Segowią²¹.

97. Podobną uwagę można poczynić w odniesieniu do art. 5 pkt 16 specyfikacji warunków zamówienia, który wskazuje wyraźnie, że działania w zakresie zarządzania ruchem, które mogły być zaproponowane organom administracji, odnosiły się do „obszarów, których dotyczy budowa dróg objętych koncesją”. Odwołanie się do „budowy” rzeźbionych dróg ogranicza zatem w jasny sposób obszar, do którego odnosi się ten przepis, do przyłączy autostrady A6 z Ávilą i Segowią.

98. Jeśli chodzi następnie o art. 5 pkt 13, należy zauważyć, że odnosi się on w sposób ogólny do działań, których podjęcie oferenci mogli byli zaproponować w związku z szeregiem czynników, jakie zazwyczaj należy uwzględnić przy wykonywaniu robót drogowych: a zatem nie tylko ruch, lecz również możliwe oddziaływanie na krajobraz, środowisko, turystykę itp. Oczywiście jest, że nie można uznać, iż taki ogólny przepis, który

21 — Zobacz pkt 21, 22 powyżej.

odnosi się do działań o *całkowicie dodatkowym charakterze* względem robót wskazanych w specyfikacji warunków zamówienia, w dostatecznym stopniu wskazuje jako przedmiot specyfikacji warunków zamówienia szereg obiektów *budowlanych* o istotnym, również z gospodarczego punktu widzenia, znaczeniu, znajdujących się poza obszarami budowy wyraźnie wskazanymi w ogłoszeniu.

alternatywnych propozycji w stosunku do tych „usuniętych” robót.

99. Ponadto wskazany pkt 13 odwołuje się do „skutków” wynikających z koncesji w odniesieniu do ogólnego problemu ruchu, lecz nie czyni odniesienia do miejsca, w którym należy podjąć działania w celu ograniczenia tego problemu. Nie można zatem pominąć argumentu Komisji, zgodnie z którym w świetle treści specyfikacji warunków zamówienia uczestnicy postępowania mogli uznać, że takie działania odnoszą się wyłącznie do obszaru obiektów budowlanych, których wykonanie zostało wyraźnie przewidziane.

101. Jeśli chodzi następnie o dodatkowe argumenty podniesione przez Królestwo Hiszpanii dotyczące możliwości interpretacji drugiej specyfikacji warunków zamówienia w świetle innych istotnych przepisów prawa hiszpańskiego, które pozostawiałyby szerokie pole dla swobody i oryginalności oferentów, chciałbym zauważyć, co następuje:

102. Po pierwsze, z powodów wskazanych powyżej uważam, że zasady wynikające z orzecznictwa Trybunału w odniesieniu do ogłoszeń w zakresie zamówień publicznych znajdują zasadniczo zastosowanie również do koncesji. W tym kontekście, jak zauważono, wykluczono zgodność z prawem ogłoszenia, które w odniesieniu do dopuszczalności wariantów zawierało *wyraźne* odesłanie do przepisów krajowych²².

100. Wreszcie nie można pominąć faktu, że wskazane postanowienia były identyczne w pierwszej i drugiej specyfikacji warunków zamówienia. W rezultacie nie można przyjąć, że w ich świetle potencjalny uczestnik postępowania mógł uznać, że decyzja władz hiszpańskich o unieważnieniu pierwszego ogłoszenia i usunięciu z niego niektórych robót budowlanych wynikała z chęci uzyskania

103. Po drugie, przyjmując nawet absurdalne założenie, sprzeczne całkowicie z orzecznictwem Trybunału, że możliwe jest włączenie

²² — Wyżej wymieniony w przypisie 19 wyrok w sprawie Traunfellner.

do ogłoszenia o przetargu dodatkowych *do rozumianych* elementów opartych na prawie krajowym, to niemniej jednak art. 8 Ley de Autopistas nie potwierdza, moim zdaniem, stanowiska Królestwa Hiszpanii. Przepis ten, odległy od przyznania potencjalnym oferentom szerokiej swobody twórczej dla potrzeb przedstawienia ofert, czyni odniesienie do robót budowlanych, które chociaż nie zostały przewidziane w początkowym przedmiocie koncesji, „są wymagane od koncesjonariusza jako wynagrodzenie”. Innymi słowy, chodzi o roboty budowlane, których wykonania wyraźnie żąda się od koncesjonariusza, a nie o roboty, które są przez niego proponowane i wykonywane z jego inicjatywy. W rezultacie wydaje się, że nie jest konieczne badanie, czy w rozumieniu przepisów krajowych wszystkie dodatkowe obiekty budowlane proponowane przez Iberpistas dotyczą obszaru oddziaływania obiektów wyraźnie wskazanych jako będące przedmiotem koncesji.

104. Również komunikat wyjaśniający nie może dostarczyć argumentów na poparcie stanowiska rządu hiszpańskiego. W szczególności, jak już zauważono, nawet jeżeli w dokumencie tym Komisja uznaje możliwość przyznania oferentom szerokiego zakresu swobody i oryginalności w przedkładanych przez nich ofertach, przypomina ona także w sposób wyraźny, że [specyfikacja warunków zamówienia] „musi w sposób niedyskryminacyjny i obiektywny przedstawiać wymagania stawiane kandydatom”²³.

23 — Zobacz pkt 86 powyżej.

105. Co więcej, Komisja wykazała, w sposób raczej przekonujący, mimo przeciwnych argumentów Królestwa Hiszpanii, że inni oferenci nie dokonali interpretacji zapisów dotyczących konieczności zaproponowania działań zmierzających do ograniczenia ruchu w podobny sposób, jak uczyniła to Iberpistas. W szczególności inni oferenci zaproponowali rozwiązania, które w całości związane były z wykonaniem dodatkowych obiektów budowlanych ściśle związanych z obiektami budowlanymi, których wykonanie było wyraźnie wymagane w specyfikacji warunków zamówienia. Chodzi oczywiście o fakt, który ze swej natury nie jest rozstrzygający, gdyż ocena specyfikacji warunków zamówienia dokonana przez innych oferentów nie jest z pewnością wiążąca dla Trybunału. Ponadto nie można wykluczyć, że inni oferenci dokonali błędnej interpretacji specyfikacji warunków zamówienia. Jest to jednak okoliczność, która może być wzięta pod uwagę w celu dokonania pełnego opisu okoliczności faktycznych w niniejszej sprawie.

106. Wreszcie ostatnia uwaga dotyczy praktycznych aspektów wynikających z interpretacji specyfikacji warunków zamówienia przyjętej przez Iberpistas i potwierdzonej przez Królestwo Hiszpanii. Na podstawie wybranej oferty spółka Iberpistas wykonała, oprócz przyłączenia autostrady A6 z miastami Ávila i Segowia, szereg dodatkowych obiektów budowlanych na odcinku Villalba–Adanero tej autostrady, który w chwili prowadzenia omawianego przetargu był objęty koncesją, przyznaną do końca 2018 r. Iberpistas. Tymczasem wydaje mi się, że trudno byłoby przyjąć,

że oferent inny niż Iberpistas mógłby rzeczywiście zaproponować z własnej inicjatywy, bez żadnej wzmianki w tej kwestii w specyfikacji warunków zamówienia, wykonanie robót budowlanych na odcinku autostrady eksploatowanym przez tę spółkę.

VII — Wnioski

107. Na podstawie powyższych rozważań proponuję, aby Trybunał orzekł, co następuje:

„1) Nie włączając do robót budowlanych, które stanowią przedmiot koncesji, wymienionych w specyfikacji warunków zamówienia dotyczącej przyznania koncesji na budowę, utrzymanie i eksploatację przyłączy autostrady A6 z Segowią i Avilą oraz od 2018 r. utrzymanie i eksploatację odcinka Villalba–Adanero tej autostrady, robót, na które zostało następnie udzielone zamówienie, Królestwo Hiszpanii uchybiło zobowiązaniom, które ciążyą na nim na mocy dyrektywy 93/37/EWG dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane oraz na mocy zasad traktatu dotyczących równego traktowania i niedyskryminacji.

2) Królestwo Hiszpanii zostaje obciążone kosztami postępowania”.