

WYROK TRYBUNAŁU (trzecia izba)

z dnia 11 października 2007 r. *

W sprawie C-241/06

mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 234 WE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen (Niemcy) postanowieniem z dnia 18 maja 2006 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 30 maja 2006 r., w postępowaniu:

Lämmerzahl GmbH

przeciwko

Freie Hansestadt Bremen,

TRYBUNAŁ (trzecia izba),

w składzie: A. Rosas, prezes izby, J.N. Cunha Rodrigues (sprawozdawca), J. Klučka, P. Lindh i A. Arabadjiev, sędziowie,

* Język postępowania: niemiecki.

rzecznik generalny: E. Sharpston,
sekretarz: J. Swedenborg, administrator,

uwzględniając procedurę pisemną i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 28 marca 2007 r.,

rozważywszy uwagi przedstawione:

— w imieniu Lämmerzahl GmbH przez A. Kusa, Rechtsanwalt,

— w imieniu Freie Hansestadt Bremen przez W. Dierksa i J. van Dyka, Rechtsanwälte,

— w imieniu Republiki Litewskiej przez D. Kriauciūnasa, działającego w charakterze pełnomocnika,

— w imieniu Republiki Austrii przez M. Fruhmanna, działającego w charakterze pełnomocnika,

— w imieniu Komisji Wspólnot Europejskich przez X. Lewisa i B. Schimę, działających w charakterze pełnomocników,

po zapoznaniu się z opinią rzecznika generalnego na posiedzeniu w dniu 7 czerwca 2007 r.,

wydać następujący

Wyrok

- ¹ Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni dyrektywy Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (Dz.U. L 395, str. 33), zmienionej dyrektywą Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnoszącą się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi (Dz.U. L 209, str. 1, zwanej dalej „dyrektywą 89/665”).
- ² Wniosek ten złożony został w ramach sporu toczącego się między przedsiębiorstwem Lämmerzahl GmbH (zwanym dalej „Lämmerzahl”) a Freie Hansestadt Bremen (zwanym dalej „Bremą”) w przedmiocie postępowania przetargowego.

Ramy prawne

Prawo wspólnotowe

- ³ Artykuł 1 dyrektywy 89/665 stanowi:

„Państwa członkowskie podejmują środki niezbędne dla zapewnienia, w odniesieniu do procedur udzielania zamówień objętych dyrektywami 71/305/EWG, 77/62/EWG

i 92/50/EWG, że decyzje podjęte przez instytucje zamawiające podlegają efektywnemu oraz, w szczególności, możliwie szybkiemu postępowaniu odwoławczemu, zgodnie z warunkami określonymi w poniższych artykułach, w szczególności zgodnie z art. 2 ust. 7, z powodu naruszenia przez takie decyzje prawa wspólnotowego w dziedzinie zamówień publicznych lub krajowych przepisów wdrażających to prawo.

[...]

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”.

⁴ W myśl art. 5 ust. 1 dyrektywy Rady 93/36/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy (Dz.U. L 199, str. 1), zmienionej dyrektywą Komisji 2001/78/WE z dnia 13 września 2001 r. (Dz.U. L 285, str. 1, zwanej dalej „dyrektywą 93/36”):

„1. a) Tytuły II, III i IV oraz art. 6 i 7 mają zastosowanie do zamówień publicznych na dostawy, udzielanych przez:

i) instytucje zamawiające, określone w art. 1 lit. b), [...] w przypadku gdy wartość szacunkowa bez podatku VAT wynosi nie mniej niż równowartość w [EUR] 200 000 specjalnych praw ciągnięcia (SDR);

[...]

- b) Niniejsza dyrektywa ma zastosowanie do zamówień publicznych na dostawy, których wartość szacunkowa jest równa lub przekracza dany próg w chwili publikacji ogłoszenia zgodnie z art. 9 ust. 2.

[...]”.

- 5 Artykuł 9 ust. 4 zdanie pierwsze dyrektywy 93/36, znajdujący się w tytule III tej dyrektywy stanowi:

„Ogłoszenia są sporządzane zgodnie ze wzorami podanymi w załączniku IV i zawierają informacje wymagane w tych wzorach”.

- 6 Wzór ogłoszenia o zamówieniu zamieszczony w załączniku IV do dyrektywy 93/36 zawiera następujące pozycje:

„II.2) Wielkość lub zakres zamówienia

II.2.1) Całkowita wielkość lub zakres zamówienia (z uwzględnieniem wszystkich części i opcji, o ile dotyczy)

[...]

II.2.2) Opcje (*o ile dotyczy*). Opis i moment, w którym mogą być wykorzystane (*o ile możliwe*)

[...]

II.3) Czas trwania zamówienia lub termin wykonania

Okres w miesiącach [...] i/lub w dniach [...] (licząc od momentu udzielenia zamówienia)

lub Data rozpoczęcia [...] i/lub zakończenia [...] (*dd/mm/rrrr*)”.

7 Artykuł 10 ust. 1 i 1a dyrektywy 93/36 stanowi:

„1. W procedurach otwartych termin składania ofert ustalony przez instytucje zamawiające nie jest krótszy niż pięćdziesiąt dwa dni od daty wysłania ogłoszenia.

1a. Termin składania ofert, ustanowiony w ust. 1, może być zastąpiony terminem wystarczająco długim, aby umożliwić zainteresowanym złożenie odpowiednich ofert, i który, zgodnie z ogólną zasadą, nie jest krótszy niż trzydzieści sześć dni, ale w żadnym wypadku nie jest krótszy niż dwadzieścia dwa dni od daty ogłoszenia o zamówieniu, jeśli instytucje zamawiające przesłały ogłoszenie wstępne, przewidziane w art. 9

ust. 1, sformułowane zgodnie ze wzorem zamieszczonym w załączniku IV A (informacja wstępna), do *Dziennika Urzędowego Wspólnot Europejskich*, na co najmniej pięćdziesiąt dwa dni i co najwyżej dwanaście miesięcy przed datą przekazania do *Dziennika Urzędowego Wspólnot Europejskich* ogłoszenia o zamówieniu przewidzianego w art. 9 ust. 2, pod warunkiem że ogłoszenie wstępne zawierało przynajmniej informacje określone we wzorze ogłoszenia z załącznika IV B (procedura otwarta), o ile informacje te były dostępne w chwili publikacji ogłoszenia”.

Prawo krajowe

- 8 Artykuł 100 ust. 1 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (ustawy o zapobieganiu ograniczeniom konkurencji, zwanej dalej „GWB”) stanowi:

„Tę część ustawy stosuje się jedynie do zamówień, których wartość przekracza progi określone w rozporządzeniach, o których mowa w art. 127 (wartości progowe)”.

- 9 Art. 107 ust. 3 GWB stanowi:

„Odwołanie jest niedopuszczalne, gdy wnoszący odwołanie już w trakcie postępowania dostrzegł naruszenie przepisów, nie wnosząc na nie niezwłocznie protestu do zamawiającego. Ponadto jest ono niedopuszczalne, jeżeli naruszenie przepisów dotyczących zamówień publicznych, widoczne już na podstawie ogłoszenia, nie zostanie oprotestowane najpóźniej do chwili upływu terminu składania ofert, który określono w tym ogłoszeniu albo terminu ubiegania się o udział w postępowaniu przetargowym”.

10 Artykuł 127 pkt 1 GWB stanowi:

„Rząd federalny, za zgodą Bundesrat, może wydać w drodze rozporządzenia przepisy [...] w celu transponowania do prawa niemieckiego wartości progowych, o których mowa w dyrektywach Wspólnoty Europejskiej dotyczących koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych”.

11 Artykuł 2 pkt 3 Vergabeverordnung (rozporządzenia o udzielaniu zamówień publicznych), w wersji obowiązującej w chwili udzielenia zamówienia będącego przedmiotem sporu przed sądem krajowym, stanowił:

„Wartości progowe wynoszą:

[...]

3. dla wszystkich innych zamówień na dostawy i usługi: 200 000 EUR”.

Postępowanie przed sądem krajowym i pytania prejudycjalne

12 W marcu 2005 r. Brema ogłosiła krajowy przetarg na standardowe oprogramowanie przeznaczone do z informatyzowanej obsługi spraw z zakresu opieki społecznej dla dorosłych i pomocy ekonomicznej.

- 13 Wskazany w ogłoszeniu o zamówieniu termin składania ofert upływał w dniu 12 kwietnia 2005 r. o godz. 15.
- 14 W ogłoszeniu o zamówieniu odnoszącym się do tego przetargu nie podano żadnych informacji na temat szacunkowej wartości zamówienia ani też jego wielkości lub zakresu.
- 15 W ogłoszeniu tym wskazano, że specyfikację dotyczącą będącego przedmiotem sporu w postępowaniu przed sądem krajowym przetargu można ściągnąć ze strony internetowej Bremy i podano jej adres. Specyfikacja ta zawierała następujące stwierdzenie, zatytułowane „Ilość”:
- „W dziedzinie pomocy ekonomicznej jest około 200 pracowników rozdzielonych w sposób zdecentralizowany, w pomocy społecznej dla dorosłych jest 45 pracowników w 6 centrach pomocy społecznej, a około 65 pracowników jest w służbach centralnych”.
- 16 Natomiast formularz, za pomocą którego Brema prosiła oferentów o przedstawienie swoich cen, nie podawał całkowitej liczby licencji, które miały zostać nabyte, i wymagał jedynie, by podać jednostkową cenę poszczególnych licencji.
- 17 W odpowiedzi na pierwsze zapytanie Lämmerzahl Brema udzieliła jej pismem z dnia 24 marca 2005 r. pewnych informacji, nie podając jednak liczby poszukiwanych licencji.

- 18 W drugim zapytaniu Lämmerzahl poprosiła Bremę o udzielenie informacji, czy zamawiający pragnie nabyć w sumie 310 licencji, którą to liczbę wywnioskowała na podstawie specyfikacji, dodając do siebie podane w niej liczby, tj. 200, 45 i 65, oraz czy należy przedstawić wartość kwotową oferty z uwzględnieniem wszystkich oferowanych licencji. Pismem z dnia 6 kwietnia 2005 r. Brema odpowiedziała Lämmerzahl, że należy podać „cenę całkowitą, tj. całkowitą cenę licencji (koszty udostępnienia), koszty opieki serwisowej i usług (szkolenia)”.
- 19 W dniu 8 kwietnia 2005 r. Lämmerzahl złożyła ofertę na kwotę brutto 691 940 EUR, tj. netto 603 500 EUR.
- 20 Pismem z dnia 6 lipca 2005 r. Brema powiadomiła Lämmerzahl, że jej oferta nie może zostać wybrana, gdyż ocena złożonych ofert wykazała, że nie jest ona najkorzystniejsza z ekonomicznego punktu widzenia.
- 21 W dniu 14 lipca 2005 r. Lämmerzahl zwróciła się do instytucji zamawiającej z pismem, w którym podnosiła, po pierwsze, że nie przeprowadzono europejskiego przetargu, a po drugie, że oferowane przez nią oprogramowanie nie zostało prawidłowo przetestowane.
- 22 W dniu 21 lipca 2005 r. Lämmerzahl wniosła odwołanie do Vergabekammer der Freien Hansestadt Bremen (izby ds. zamówień publicznych), podnosząc, że powinien być zostać przeprowadzony przetarg europejski, gdyż przekroczony został próg 200 000 EUR. Utrzymywała ona, że doszła to takiego wniosku dopiero po otrzymaniu opinii prawnej dnia 14 lipca 2005 r. i że z tego względu należy uznać, że jej wniosek został złożony w terminie. Co do meritum, powoływała się ona na niewłaściwe przeprowadzenie przez instytucję zamawiającą testów.

23 Decyzją z dnia 2 sierpnia 2005 r. Vergabekammer der Freien Hansestadt Bremen odrzuciła to odwołanie jako niedopuszczalne. Uznała ona, że nawet przy założeniu przekroczenia właściwego progu, odwołanie jest niedopuszczalne na mocy art. 107 ust. 3 zdanie drugie GWB, ponieważ Lämmerzahl była w stanie stwierdzić na podstawie ogłoszenia o zamówieniu popełnienie naruszenia, na które skarżyła się w odwołaniu. Vergabekammer der Freien Hansestadt Bremen stwierdziła również, że ze względu na to, że wniosek był złożony po terminie, Lämmerzahl nie przysługuje również prawo do wystąpienia ze skargą do sądów właściwych do spraw zamówień publicznych.

24 Lämmerzahl zaskarżyła tę decyzję do Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen (sądu apelacyjnego). Na poparcie swojej skargi podniosła ona, że wbrew stanowisku Vergabekammer der Freien Hansestadt Bremen ogłoszenie o zamówieniu nie pozwalało stwierdzić, że wybrane postępowanie jest niezgodne z prawem z dziedziny udzielania zamówień publicznych. Brema odparła, że z uwagi na swe doświadczenie Lämmerzahl powinna była zdać sobie sprawę, że próg został przekroczony. Lämmerzahl podtrzymała również swe twierdzenia w przedmiocie nieodpowiednich procedur testowania i podniosła, że wybrana oferta zawierała niezgodny z prawem podział kosztów, który powinien spowodować odrzucenie tej oferty. Brema zakwestionowała zasadność obu tych zarzutów.

25 Lämmerzahl wnioskuje o przedłużenie zawieszającego skutku odwołania aż do wydania orzeczenia w przedmiocie zarzutów materialnych. Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen oddalił ten wniosek jako bezzasadny decyzją z dnia 7 listopada 2005 r. Podzielił on w tej decyzji zdanie Vergabekammer der Freien Hansestadt Bremen, iż zgodnie z terminem określonym w art. 107 ust. 3 zdanie drugie GWB Lämmerzahl powinna być traktowana, tak jakby wartość spornego zamówienia nie osiągała progu 200 000 EUR, co pozbawiało Lämmerzahl możliwości wystąpienia ze skargą.

- 26 Brema udzieliła wówczas zamówienia przedsiębiorstwu Prosoz Herten GmbH, z którym podpisała w dniach 6 i 9 marca 2006 r. umowę.
- 27 W postanowieniu odsyłającym Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen nie podaje wartości zamówienia udzielonego przez Bremę Prosoz Herten GmbH, lecz wskazuje, że „oferty złożone przez wszystkich oferentów dla pierwszego wariantu wynosiły ponad 200 000 EUR (między 232 452,80 a 887 300 EUR lub 3 218 000 EUR), a dla drugiego wariantu tylko jeden oferent z czterech dał cenę poniżej progu, wynoszącą 134 050 EUR (nie licząc kosztów licencji), podczas gdy pozostałe oferty wynosiły między 210 252,80 a 907 300 EUR lub 2 774 800 EUR [...]”.
- 28 Przed Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen Lämmerzahl utrzymywała, że przyjęte przez ten sąd w orzeczeniu z dnia 7 listopada 2005 r. stanowisko utrudnia dostęp do środków odwoławczych w sposób nieproporcjonalny i niezgodny z dyrektywą 89/665.
- 29 Sąd ten stwierdza w postanowieniu odsyłającym, że specyficzną cechą zawisłego przed nim postępowania jest to, że w przypadku naruszeń prawa zamówień publicznych dotyczących bezpośrednio wartości zamówienia, a zatem obowiązującego progu, stosowany na mocy art. 107 ust. 3 zdanie drugie GWB termin prowadzi — zgodnie z linią orzecniczą Kammergericht, przyjętą i rozwiniętą przez Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen w orzeczeniu z dnia 7 listopada 2005 r. — do ogólnego wykluczenia prawa do odwołania.
- 30 Zdaniem Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen wynika z tego, że jeżeli szacunkowa wartość zamówienia jest od początku ustalona w sposób niezgodny z prawem

na zbyt niskim poziomie, osoba, której odwołanie zostanie uznane za złożone po terminie, traci nie tylko prawo do podważenia wyboru zastosowanej procedury lub oszacowania wartości zamówienia, lecz również prawo do odwoływania się od wszelkich innych naruszeń, które samodzielnie nie byłyby objęte skutkami upływu terminu, a więc które mogłyby zostać zbadane, gdyby instytucja zamawiająca postąpiła zgodnie z przepisami.

³¹ Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen zastanawia się, czy takie stosowanie krajowych przepisów dotyczących terminów nie zagraża w praktyce skuteczności dyrektywy 89/665, a w szczególności czy jest zgodne z art. 1 tej dyrektywy.

³² W tych okolicznościach Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen postanowił zawiesić postępowanie i skierować do Trybunału następujące pytania prejudycjalne:

„1) Czy z dyrektywą 89/665/EWG, w szczególności z jej art. 1 ust. 1 i 3 zgodne jest, że oferent zostaje ogólnie pozbawiony dostępu do środków odwoławczych od decyzji instytucji zamawiającej, ponieważ nie podniósł, z własnej winy, w terminie określonym w krajowych przepisach, zarzutu naruszenia procedury przetargowej, dotyczącego:

a) wyboru trybu postępowania przetargowego

lub

- b) prawidłowości ustalenia wartości zamówienia (w sposób oczywisty błędnego oszacowania wartości, względnie niedostatecznie przejrzystego sposobu jej obliczenia),

a na podstawie prawidłowo dokonanego ustalenia wartości zamówienia możliwe byłoby ponowne zbadanie innych naruszeń procedury przetargowej, dla których, jeśli traktować je oddzielnie, termin odwołania jeszcze by nie upłynął?

- 2) Czy należy ustanowić szczególne wymogi dotyczące informacji zawartych w ogłoszeniu o zamówieniu, mających znaczenie dla określenia wartości zamówienia, tak aby z naruszenia procedury udzielania zamówienia związanego z oszacowaniem wartości zamówienia wynikało ogólne wyłączenie ochrony prawnej również wtedy, gdy prawidłowo oszacowana wartość zamówienia przekracza odnośną wartość progową?”.

W przedmiocie pytań prejudycjalnych

W przedmiocie drugiego pytania

- 33 W drugim pytaniu, które należy rozpatrzyć w pierwszej kolejności, sąd krajowy pragnie się w istocie dowiedzieć, jakie wymagania nakłada prawo wspólnotowe w zakresie, po pierwsze, informacji na temat szacunkowej wartości zamówienia, które powinny się znaleźć w ogłoszeniu o zamówieniu, a po drugie, procedur odwoławczych dostępnych w razie braku tych informacji.

Argumentacja stron

- 34 Lämmerzahl nie podaje konkretnie, jakie informacje na temat wartości zamówienia powinny się znaleźć w ogłoszeniu o zamówieniu, lecz podkreśla, że w celu zastoso-

wania terminu niedopuszczalne jest powoływanie się wobec zainteresowanego na informacje, których instytucja zamawiająca nie ujęła w ogłoszeniu o zamówieniu.

35 Rząd litewski uważa, że instytucja zamawiająca ma obowiązek podania w ogłoszeniu o zamówieniu wszelkich informacji dotyczących wielkości zamówienia, które obiektywnie pozwolą oferentom ustalić, czy wartość zamówienia nie osiąga progu określonego we wspólnotowych dyrektywach z dziedziny zamówień publicznych.

36 W podobnym kierunku zmierza Komisja Wspólnot Europejskich, która utrzymuje, że warunki, które muszą zostać spełnione zanim można będzie zastosować termin, a którym prawo krajowe poddaje postępowanie przetargowe, powinny być tak stosowane przez sąd krajowy, by nie uniemożliwiało to lub nie utrudniało nadmiernie zainteresowanym wykonywania praw przysługujących im zgodnie z dyrektywą 89/665.

37 Tezie tej przeciwstawiają się Brema i rząd austriacki, uznając, że dyrektywy wspólnotowe nie wymagają podawania szacunkowej wartości zamówienia w ogłoszeniu, gdyż nie jest to właściwe z punktu widzenia prawidłowego działania konkurencji.

Ocena Trybunału

38 Zgodnie z zawartymi w aktach sprawy informacjami wydaje się, że zamówienie będące przedmiotem sporu przed sądem krajowym jest, jeśli nie zamówieniem na dostawy, to mieszanym zamówieniem na dostawy i usługi, przy czym wartość dostaw jest przeważająca. W takim przypadku właściwe są przepisy wspólnotowych dyrektyw z zakresu zamówień publicznych na dostawy, a nie na usługi.

- 39 Ponieważ chodzi tu o zamówienia publiczne na dostawy podlegające zakresowi dyrektywy 93/36, treść ogłoszenia o zamówieniu uregulowana była, w chwili gdy miały miejsce okoliczności faktyczne sprawy zawisłej przed sądem krajowym, w art. 9 ust. 4 zdanie pierwsze oraz załączniku IV do dyrektywy 93/36, które to przepisy zostały następnie zastąpione przez art. 36 ust. 1 i załącznik VII A do dyrektywy 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, str. 114) oraz przez załącznik II do rozporządzenia Komisji (WE) nr 1564/2005 z dnia 7 września 2005 r. ustanawiającego standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w ramach procedur zamówień publicznych zgodnie z dyrektywami 2004/17/WE i 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady (Dz.U. L 257, str. 1).
- 40 Artykuł 9 ust. 4 zdanie pierwsze dyrektywy 93/36 wymaga, by ogłoszenia były sporządzane zgodnie ze wzorami podanymi w załączniku IV tej dyrektywy i zawierały wymagane w tych wzorach informacje.
- 41 Wzór ogłoszenia o zamówieniu znajdujący się we wspomnianym załączniku IV wymaga podania całkowitej wielkości lub całkowitego zakresu zamówienia (w tym, w odpowiednim przypadku, wszystkich części i opcji).
- 42 Wynika z tego, że w ogłoszeniu o zamówieniu dotyczącym zamówienia na dostawy, podlegającym zakresowi dyrektywy 93/36, należy zgodnie z tą dyrektywą podać całkowitą wielkość lub całkowity zakres zamówienia, którego to ogłoszenie dotyczy.
- 43 Jeśli w danym przypadku nie dochowano by tego obowiązku, oznaczałoby to naruszenie wspólnotowego prawa zamówień publicznych w rozumieniu art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665, mogące skutkować uprawnieniem do wystąpienia z odwołaniem, zgodnie ze wspomnianym przepisem.

- 44 Na pytanie drugie należy zatem odpowiedzieć w ten sposób, że zgodnie z art. 9 ust. 4 i załącznikiem IV do dyrektywy 93/36 w ogłoszeniu o zamówieniu dotyczącym zamówienia podlegającego zakresowi tej dyrektywy należy podać całkowitą wielkość lub całkowity zakres tego zamówienia. W przypadku braku podania tej informacji powinna istnieć możliwość odwołania na mocy art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665.

W przedmiocie pierwszego pytania

- 45 W pierwszym pytaniu sąd krajowy pragnie w istocie znaleźć rozwiązanie dwóch problemów. Po pierwsze, pragnie się dowiedzieć, w jakich okolicznościach prawo wspólnotowe dopuszcza, by prawo krajowe ograniczało terminem odwołanie w przedmiocie wyboru procedury przetargowej lub szacunkowej oceny wartości zamówienia, tj. czynności dokonywanych w początkowych fazach postępowania przetargowego. Po drugie, w przypadku gdyby taki przepis ustanawiający termin był dopuszczalny, sąd ten zastanawia się, czy prawo wspólnotowe dopuszcza, by termin ten został rozciągnięty w sposób ogólny na odwołania dotyczące decyzji instytucji zamawiającej, w tym decyzji podejmowanych w późniejszych fazach postępowania przetargowego.

Argumentacja stron

- 46 Lämmerzahl utrzymuje, że art. 107 ust. 3 GWB nakłada termin jedynie w przypadku naruszeń, które są „widoczne już na podstawie ogłoszenia”, co jej zdaniem należy interpretować wąsko. Podnosi, że w sprawie przed sądem krajowym wyciągnięcie z informacji znajdujących się w ogłoszeniu o zamówieniu wniosku, że szacunkowa wartość zamówienia przekracza próg wyznaczony we wspólnotowych dyrektywach i że w związku z tym błędnie wybrano krajową procedurę przetargową, było

niemożliwe. Przez to, że obowiązywał ją termin, chociaż z podanych przez instytucję zamawiającą informacji nie mogła wywnioskować faktu naruszenia reguł wspólnotowych, została ona pozbawiona skutecznego środka odwoławczego, co jest niezgodne z dyrektywą 89/665.

⁴⁷ Rząd litewski podkreśla podobnie, że zgodnie z tą dyrektywą należy zapewnić zainteresowanym prawo do skutecznego środka odwoławczego. Tak więc jeśli nie uzyskali oni obiektywnej i pełnej informacji na temat wielkości danego zamówienia, termin może rozpocząć bieg dopiero w chwili, gdy dowiedzą się lub będą w stanie się dowiedzieć, iż wybrana procedura jest nieodpowiednia. W razie wątpliwości, czy osiągnięty został próg obowiązujący zgodnie z dyrektywami wspólnotowymi, powinno się stosować dyrektywę 89/665.

⁴⁸ Rząd austriacki i Komisja uważają, że krajowe przepisy, takie jak przepisy będące przedmiotem sporu przed sądem krajowym, są zgodne z dyrektywą 89/665 pod pewnymi warunkami. Rząd austriacki uważa, że przepisy te są zgodne z dyrektywą wyłącznie, jeżeli ustanowiony w nich termin jest rozsądny, a instytucja zamawiająca poprzez swe zachowanie nie uniemożliwiła lub nie utrudniła nadmiernie skorzystania z prawa do odwołania. Z kolei Komisja podnosi, że takie przepisy krajowe są zgodne z prawem wspólnotowym, pod warunkiem że oferentowi przysługuje skuteczny środek odwoławczy pozwalający zaskarżyć do sądu wszelkie naruszenia podstawowych zasad wynikających z traktatu WE.

⁴⁹ Brema uważa, że dyrektywa 89/665 zgodnie z udzielaną przez Trybunał wykładnią pozwala państwom członkowskim na ustanowienie terminów obowiązujących w przypadku protestów dotyczących postępowań przetargowych. Artykuł 107 ust. 3 GWB jest zgodny z tą dyrektywą, nawet w razie gdy instytucja zamawiająca

udzieliła mylnych informacji w celu ustalenia wartości zamówienia. Zdaniem Bremy, jeżeli jest możliwe, by oferent oszacował na podstawie informacji znajdujących się w ogłoszeniu o zamówieniu bądź nawet na podstawie braku właściwych informacji, że wartość zamówienia jest wyższa, a nie wystąpił z odwołaniem, to nie wynika z tego, że co do zasady wykluczono jego prawo do środka odwoławczego.

Ocena Trybunału

- 50 Jeśli chodzi o pierwszy aspekt tego pytania, należy przypomnieć, że dyrektywa 89/665 nie stoi na przeszkodzie przepisom krajowym stanowiącym, że wszelkie odwołania od decyzji instytucji zamawiających powinny być wnoszone w określonym terminie i że na wszelkie nieprawidłowości postępowania przetargowego podnoszone na poparcie tego odwołania powinno się powoływać w tym terminie, pod rygorem jego ostatecznego upływu, po którym nie można już zakwestionować danej decyzji lub podnieść nieprawidłowości, o ile wspomniany termin jest rozsądny (wyroki z dnia 12 grudnia 2002 r. w sprawie C-470/99 *Universale-Bau i in.*, Rec. str. I-11617, pkt 79, i z dnia 27 lutego 2003 r. w sprawie C-327/00 *Santex*, Rec. str. I-1877, pkt 50).
- 51 Stanowisko to wynika stąd, że pełna realizacja celu dyrektywy 89/665 byłaby zagrożona, gdyby pozwolono kandydatom i oferentom na powoływanie się na naruszenia reguł przetargowych na dowolnym etapie postępowania przetargowego, zmuszając w ten sposób instytucję zamawiającą do powtórzenia całego postępowania w celu naprawienia tych naruszeń (ww. wyrok w sprawie *Universale-Bau i in.*, pkt 75).
- 52 Natomiast krajowe terminy, wraz ze sposobami ich stosowania, nie powinny same z siebie móc praktycznie uniemożliwić lub nadmiernie utrudnić zainteresowanemu skorzystania z praw przysługujących mu w danym przypadku na mocy prawa wspólnotowego (ww. wyrok w sprawie *Santex*, pkt 55, podobnie zob. również ww. wyrok w sprawie *Universale-Bau i in.*, pkt 73).

- 53 Należy więc zbadać, czy stosowanie takiego terminu jak termin zawarty w przepisie będącym przedmiotem sporu przed sądem krajowym można uznać za rozsądne, czy też przeciwnie, za praktycznie uniemożliwiające lub nadmiernie utrudniające korzystanie z praw, które przysługują zainteresowanemu na mocy prawa wspólnotowego.
- 54 Z akt sprawy wynika, że poprzez kolejne zapytania i podejmowane przez siebie działania Lämmerzahl starała się uzyskać potwierdzenie swoich domysłów, poczynionych na podstawie dokumentacji przetargowej i obarczonych brakiem pewności, że zamówienie dotyczy 310 licencji i działalności szkoleniowej. Mimo to nawet ostatnia odpowiedź instytucji zamawiającej, tj. pismo z dnia 6 kwietnia 2005 r., wciąż była w tym względzie niejasna, dwuznaczna i wymijająca.
- 55 Ogłoszenie o przetargu niezawierające żadnych informacji o szacunkowej wartości zamówienia, a następnie wymijające odpowiedzi instytucji zamawiającej wobec zapytań potencjalnego oferenta, jak to przedstawiono w sporze przed sądem krajowym, należy uznać, biorąc pod uwagę istnienie terminu, za nadmiernie utrudniające korzystanie przez zainteresowanego oferenta z praw, które mu przysługują we wspólnotowym porządku prawnym (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Santex, pkt 61).
- 56 Wynika z tego, że chociaż krajowy przepis ustanawiający termin taki jak ten, który znajduje się w art. 107 ust. 3 zdanie drugie GWB, można zasadniczo uznać za zgodny z prawem wspólnotowym, to jego zastosowanie do oferenta w takich okolicznościach jak okoliczności sprawy przed sądem krajowym nie spełnia wymogu skuteczności wynikającego z dyrektywy 89/665.
- 57 Należy uznać, że dyrektywa 89/665, a w szczególności art. 1 ust. 1 i 3, stoi na przeszkodzie temu, by termin ustanowiony w prawie krajowym był stosowany w ten

sposób, żeby odmówić oferentowi dostępu do środka odwoławczego w przedmiocie wyboru procedury przetargowej lub oszacowania wartości zamówienia, jeżeli instytucja zamawiająca nie wskazała jasno zainteresowanemu całkowitej wielkości lub całkowitego zakresu tego zamówienia.

58 Jeśli chodzi o drugi aspekt pierwszego pytania, należy stwierdzić, że art. 107 ust. 3 zdanie drugie GWB wyznacza jako chwilę upływu terminu upływ terminu zgłoszenia do udziału w przetargu lub składania ofert. Z tego powodu wydaje się, że przepis ten powinien obowiązywać jedynie w odniesieniu do nieprawidłowości, które można stwierdzić przed upływem tych terminów. Nieprawidłowości takie mogą obejmować nieścisłości w oszacowaniu wartości zamówienia lub błędny wybór procedury przetargowej. Nie mogą one natomiast dotyczyć sytuacji, które teoretycznie mogą się pojawić jedynie na późniejszych etapach postępowania przetargowego.

59 W postępowaniu przed sądem krajowym skarżąca podnosi — poza tym, że brakowało informacji na temat wartości zamówienia i że błędnie wybrano procedurę przetargową — nieprawidłowości dotyczące, po pierwsze, finansowej prezentacji wygrywającej oferty, a po drugie, testów prowadzonych na oferowanym przez nią oprogramowaniu. Nieprawidłowość w zakresie prezentacji finansowej jednej z ofert można zaś stwierdzić jedynie po otwarciu kopert z ofertami. Podobnie rzecz się ma w przypadku testów oferowanego oprogramowania. Tego typu nieprawidłowości mogą nastąpić dopiero po upływie terminu określonego takim przepisem jak sporny przepis w postępowaniu przed sądem krajowym.

60 Z postanowienia odsyłającego wynika, że w swym orzeczeniu z dnia 7 listopada 2005 r. Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen zastosował termin będący przedmiotem sporu przed sądem krajowym w ten sposób, że objął nim wszystkie decyzje, które mogły zostać podjęte przez instytucję zamawiającą w przeciągu całego postępowania przetargowego.

- 61 Tego rodzaju stosowanie terminu praktycznie uniemożliwia skorzystanie z przysługujących zainteresowanemu na mocy prawa wspólnotowego praw w zakresie nieprawidłowości, które mogą nastąpić dopiero po upływie terminu składania ofert. Zatem jest ono niezgodne z dyrektywą 89/665, a w szczególności z art. 1 ust. 1 i 3.
- 62 Rolą sądu krajowego jest nadanie prawu wewnętrznemu, które ma on stosować, o ile to tylko możliwe, wykładni zgodnej z celem dyrektywy 89/665 (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Santex, pkt 62 i 63).
- 63 Jeżeli taka wykładnia, zgodna z celem dyrektywy 89/665, jest niemożliwa, sąd krajowy nie powinien stosować krajowych przepisów sprzecznych z tą dyrektywą (wyrok z dnia 9 marca 1978 r. w sprawie 106/77 Simmenthal, Rec. str. 629, pkt 24, i ww. wyrok w sprawie Santex, pkt 64). Artykuł 1 ust. 1 dyrektywy 89/665 jest bowiem sformułowany w sposób bezwarunkowy i wystarczająco precyzyjny, by można było powołać się na niego przeciwko danej instytucji zamawiającej (zob. podobnie wyrok z dnia 2 czerwca 2005 r. w sprawie C-15/04 Koppensteiner, Zb.Orz. str. I-4855, pkt 38).
- 64 W świetle powyższych rozważań na pierwsze pytanie należy odpowiedzieć w ten sposób, że dyrektywa 89/665, a w szczególności art. 1 ust. 1 i 3, stoi na przeszkodzie temu, by termin nałożony przepisem prawa krajowego był stosowany w taki sposób, że odmawia się oferentowi dostępu do środka odwoławczego w przedmiocie wyboru procedury przetargowej lub oszacowania wartości zamówienia, jeżeli instytucja zamawiająca nie wskazała jasno zainteresowanemu całkowitej wielkości lub całkowitego zakresu tego zamówienia. Wspomniane przepisy tej dyrektywy stoją również na przeszkodzie temu, by podobny przepis został rozciągnięty w sposób ogólny na środki odwoławcze dotyczące decyzji instytucji zamawiającej, w tym decyzji wydanych na etapach postępowania przetargowego następujących po upływie wyznaczonego terminu.

W przedmiocie kosztów

65

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

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

- 1) Zgodnie z art. 9 ust. 4 i załącznikiem IV do dyrektywy Rady 93/36/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy, zmienionej dyrektywą Komisji 2001/78/WE z dnia 13 września 2001 r. w ogłoszeniu o zamówieniu dotyczącym zamówienia podlegającego zakresowi tej dyrektywy należy podać całkowitą wielkość lub całkowity zakres tego zamówienia. W przypadku braku podania tej informacji powinna istnieć możliwość odwołania na mocy art. 1 ust. 1 dyrektywy Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane, zmienionej dyrektywą Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnoszącą się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi.
- 2) Dyrektywa 89/665, zmieniona dyrektywą 92/50, a w szczególności art. 1 ust. 1 i 3, stoi na przeszkodzie temu, by termin nałożony przepisem prawa

krajowego był stosowany w taki sposób, że odmawia się oferentowi dostępu do środka odwoławczego w przedmiocie wyboru procedury przetargowej lub oszacowania wartości zamówienia, jeżeli instytucja zamawiająca nie wskazała jasno zainteresowanemu całkowitej wielkości lub całkowitego zakresu tego zamówienia. Wspomniane przepisy tej dyrektywy stoją również na przeszkodzie temu, by podobny przepis został rozciągnięty w sposób ogólny na środki odwoławcze dotyczące decyzji instytucji zamawiającej, w tym decyzji wydanych na etapach postępowania przetargowego następujących po upływie wyznaczonego terminu.

Podpisy