

WYROK TRYBUNAŁU (pierwsza izba)
z dnia 11 stycznia 2005 r. *

W sprawie C-26/03

mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 234 WE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Oberlandesgericht Naumburg (Niemcy), postanowieniem z dnia 8 stycznia 2003 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 23 stycznia 2003 r., w postępowaniu

Stadt Halle,

RPL Recyclingpark Lochau GmbH

przeciwko

**Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage
TREA Leuna,**

* Język postępowania: niemiecki.

TRYBUNAŁ (pierwsza izba),

w składzie: P. Jann, prezes izby, J. N. Cunha Rodrigues, E. Juhász (sprawozdawca),
M. Ilešić i E. Levits, sędziowie,

rzecznik generalny: C. Stix-Hackl,
sekretarz: R. Grass,

uwzględniając procedurę pisemną,

rozważywszy uwagi przedstawione:

- w imieniu Stadt Halle przez U. Jasper, Rechtsanwältin,
- w imieniu Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna przez K. Heuvelsa, Rechtsanwalt,
- w imieniu rządu francuskiego przez G. de Bergues'a i D. Petrauscha, działających w charakterze pełnomocników,
- w imieniu rządu austriackiego przez M. Fruhmanna, działającego w charakterze pełnomocnika,

- w imieniu rządu fińskiego przez T. Pynnä, działającą w charakterze pełnomocnika,
- w imieniu Komisji Wspólnot Europejskich przez K. Wiednera, działającego w charakterze pełnomocnika,

po zapoznaniu się z opinią rzecznika generalnego na posiedzeniu w dniu 23 września 2004 r.,

wydaje następujący

Wyrok

- 1 Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni 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 dostawę i roboty budowlane (Dz.U. L 395, str. 33) w brzmieniu nadanym 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), zmienioną dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 97/52/WE z dnia 13 października 1997 r. (Dz.U. L 328, str. 1; zwanej dalej „dyrektywą 89/665”). Wniosek dotyczy również wykładni art. 1 pkt 2 i art. 13 ust. 1 dyrektywy Rady 93/38/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (Dz.U. L 199, str. 84), w brzmieniu nadanym dyrektywą 98/4/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 16 lutego 1998 r. (Dz.U. L 101, str. 1; zwanej dalej „dyrektywą 93/38”).

- 2 Wniosek ten został złożony w ramach postępowania w sporze pomiędzy Stadt Halle (miastem Halle) (Niemcy) i spółką RPL Recyclingpark Lochau GmbH (zwaną dalej „RPL Lochau”) a spółką Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna (zwaną dalej „TREA Leuna”) w kwestii zgodności z uregulowaniami wspólnotowymi zamówienia publicznego na usługi przetwarzania odpadów udzielonego z pominięciem procedury ogłoszenia o zamówieniu przez Stadt Halle spółce RPL Lochau, w której większościowe udziały posiada Stadt Halle, a mniejszościowe prywatna spółka.

Ramy prawne

Uregulowania wspólnotowe

- 3 Zgodnie z art. 1 lit. a) dyrektywy 92/50 zmienionej dyrektywą 97/52 (zwanej dalej „dyrektywą 92/50”) „zamówienia publiczne na usługi” oznaczają „umowy o charakterze odpłatnym, zawierane na piśmie pomiędzy usługodawcą a instytucją zamawiającą”. Zgodnie z art. 1 lit. b) tej dyrektywy „instytucje zamawiające” oznaczają „państwo, jednostki samorządu terytorialnego, podmioty prawa publicznego, związki zawarte przez co najmniej jedną taką jednostkę lub podmiot prawa publicznego”. Artykuł 1 lit. c) tej dyrektywy określa „usługodawcę” jako „każdą osobę fizyczną lub prawną, która oferuje usługi, włączając w to podmiot publiczny”.
- 4 Na mocy art. 8 dyrektywy 92/50 „zamówień, których przedmiotem są usługi wymienione w załączniku I A, udziela się zgodnie z przepisami tytułów III–VI”. Przepisy te zawierają w szczególności uregulowania dotyczące zaproszenia do składania ofert oraz ogłoszeń. Artykuł 11 ust. 1 tej dyrektywy stanowi, że przy

udzielaniu zamówień publicznych na usługi „instytucje zamawiające stosują procedury określone w art. 1 lit. d), e) i f), dostosowane do celów niniejszej dyrektywy”. Procedury, do których odnosi się ten przepis, to: „procedury otwarte”, „procedury ograniczone” oraz „procedury negocjacyjne”.

- 5 Kategoria nr 16 załącznika I A wspomnianej dyrektywy wymienia „usługi w dziedzinie odprowadzania ścieków i wywozu nieczystości, usługi sanitarne i podobne”.
- 6 Artykuł 7 ust. 1 lit a) dyrektywy 92/50 stanowi, że dyrektywę stosuje się do zamówień publicznych na usługi, których szacunkowa wartość bez podatku od wartości dodanej „jest nie mniejsza niż 200 000 ECU”.
- 7 Z motywów drugiego i trzeciego dyrektywy 89/665 wynika, że jej celem jest zapewnienie stosowania uregulowań wspólnotowych w zakresie zamówień publicznych za pomocą skutecznych i szybkich środków odwoławczych, w szczególności na etapie, na którym naruszenia tych przepisów mogą być skorygowane, mając na uwadze, że otwarcie rynku zamówień publicznych na konkurencję wspólnotową wymaga zasadniczego wzrostu gwarancji przejrzystości i niedyskryminacji.
- 8 W tym celu art. 1 ust. 1 i 3 dyrektywy 89/665 stanowi:

„1. Państwa Członkowskie podejmują środki niezbędne dla zapewnienia, aby decyzje podejmowane przez instytucje zamawiające odnośnie do procedur udzielania zamówień publicznych objętych dyrektywami [...], mogły skutecznie i przede wszystkim możliwie szybko, zgodnie z warunkami określonymi w poniższych

artykułach, w szczególności w art. 2 ust. 7, podlegać odwołaniu na podstawie tego, że decyzje takie naruszyły prawo wspólnotowe w dziedzinie zamówień publicznych lub krajowe przepisy, wykonujące 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 [...], 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.”

9 Zgodnie z art. 2 ust. 1 dyrektywy 89/665:

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

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

- b) uchylenia lub doprowadzenia do uchylenia bezprawnych decyzji, w tym usunięcia dyskryminujących specyfikacji technicznych, ekonomicznych lub finansowych zawartych w zaproszeniu do składania ofert, dokumentacji zamówienia lub we wszelkich innych dokumentach związanych z procedurą udzielania zamówienia;
- c) przyznania odszkodowania podmiotom, które doznały uszczerbku w wyniku naruszenia.

[...]"

¹⁰ Według art. 1 dyrektywy 93/38:

„W rozumieniu niniejszej dyrektywy:

[...]

2) »Przedsiębiorstwem publicznym« jest każde przedsiębiorstwo, na które instytucje publiczne mogą wywierać bezpośrednio bądź pośrednio dominujący wpływ poprzez bycie właścicielem, zaangażowanie finansowe lub poprzez zasady określające jego działanie. Domniemywa się istnienie dominującego wpływu ze strony instytucji publicznych wobec przedsiębiorstwa, jeżeli instytucje te bezpośrednio lub pośrednio:

— posiadają większość kapitału udziałowego tego przedsiębiorstwa

lub

- kontrolują większość głosów przypadających na akcje emitowane przez to przedsiębiorstwo

lub

- mogą powoływać ponad połowę składu organu administracji, zarządu lub nadzoru tego przedsiębiorstwa;

- 3) »Przedsiębiorstwem powiązanim« jest [...] każde przedsiębiorstwo, na które podmiot zamawiający może wywierać, bezpośrednio lub pośrednio, dominujący wpływ w rozumieniu ust. 2 [...].

[...]"

11 Artykuł 13 dyrektywy 93/38 stanowi:

„1. Niniejsza dyrektywa nie ma zastosowania do zamówień na usługi, które:

- a) podmiot zamawiający udziela przedsiębiorstwu powiązanemu;

[...]

pod warunkiem, że nie mniej niż 80 procent przeciętnych przychodów tego przedsiębiorstwa pochodzących z usług wykonywanych na terenie Wspólnoty w okresie poprzedzających trzech lat pochodzi ze świadczenia takich usług przedsiębiorstwom powiązanym.

[...]"

Uregulowania krajowe

- 12 Jak wynika z postanowienia odsyłającego, środki odwoławcze w zakresie zamówień publicznych uregulowane są w prawie niemieckim w Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (ustawie o zapobieganiu ograniczeniom konkurencji). Zgodnie z art. 102 tej ustawy „udzielanie zamówień publicznych” może podlegać zaskarżeniu. Oferentowi lub kandydatowi przysługuje podmiotowe prawo do działania w warunkach poszanowania „przepisów regulujących procedurę udzielania zamówienia”, pozwalające im dochodzić od instytucji zamawiającej praw przyznanych im w art. 97 ust. 7 tej ustawy „odnoszących się do działania lub zaniechania w ramach procedury udzielania zamówień [...]”.
- 13 Postanowienie odsyłające uściśla, że na podstawie tych przepisów, zgodnie z opinią reprezentowaną przez część orzecznictwa i doktryny w Niemczech, wniesienie środka odwoławczego w zakresie udzielania zamówienia jest możliwe wyłącznie wtedy, gdy skarżący ma na celu zmuszenie instytucji zamawiającej do określonego zachowania w ramach toczącej się formalnej procedury udzielania zamówienia, co oznacza, że wniesienie środka odwoławczego nie jest możliwe, jeżeli instytucja zamawiająca postanowiła nie publikować ogłoszenia o zamówieniu i nie wszczynać formalnie procedury udzielania zamówienia. Z opinią tą nie zgadza się jednak pozostała część orzecznictwa oraz doktryny.

Postępowanie przed sądem krajowym i pytania prejudycjalne

- 14 Z postanowienia odsyłającego wynika, że z pominięciem formalnego wszczęcia procedury udzielania zamówień Stadt Halle na podstawie uchwały rady miasta z dnia 12 grudnia 2001 r. zleciło RPL Lochau opracowanie projektu mającego na celu wstępne przetwarzanie, odzyskiwanie i unieszkodliwianie wytwarzanych przez siebie odpadów. Jednocześnie Stadt Halle podjęło decyzję, również bez zaproszenia do ubiegania się o zamówienie, o wszczęciu negocjacji z RPL Lochau zmierzających do zawarcia z tą spółką umowy dotyczącej odprowadzania odpadów komunalnych od dnia 1 czerwca 2005 r. Spółka ta miała być inwestorem przy budowie termicznego urządzenia służącego do unieszkodliwiania i odzyskiwania odpadów.
- 15 RPL Lochau jest spółką z ograniczoną odpowiedzialnością założoną w 1996 r. Jej kapitał należy, z jednej strony, w 75,1 % do spółki Stadtwerke Halle GmbH, której jedyny udziałowiec, Verwaltungsgesellschaft für Versorgungs- und Verkehrsbetriebe der Stadt Halle GmbH, należy w 100 % do miasta Halle, natomiast, z drugiej strony, w 24,9 % do prywatnej spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. Sąd krajowy kwalifikuje RPL Lochau jako „spółkę z udziałem kapitału publicznego”, podkreślając, że alokacja kapitału tej spółki została uzgodniona w ramach umowy spółki dopiero w końcu 2001 r., kiedy rozważano przyznanie wykonania wspomnianego projektu.
- 16 Sąd krajowy zwraca również uwagę, że RPL Lochau ma na celu eksploatację urządzeń do recyklingu i odprowadzania odpadów. Uchwały zgromadzenia wspólników podejmowane są zwykłą większością głosów lub większością 75 % głosów. Kierownictwo handlowe i techniczne tej spółki powierzone jest obecnie spółce trzeciej, a Stadt Halle jest uprawnione w szczególności do przeprowadzenia badania ksiąg.

- 17 Powziąwszy wiadomość o udzieleniu zamówienia poza procedurą przewidzianą przez uregulowania wspólnotowe w zakresie zamówień publicznych, TREA Leuna, również zainteresowana świadczeniem wymienionych usług, sprzeciwiła się decyzji Stadt Halle, wnosząc do izby ds. zamówień publicznych Regierungspräsidium Halle odwołanie zmierzające do zobowiązania Stadt Halle do publikacji ogłoszenia o zamówieniu.
- 18 Stadt Halle na swą obronę wskazało, że zgodnie z uregulowaniami krajowymi przedstawionymi w pkt 12 i 13 niniejszego wyroku odwołanie było niedopuszczalne, ponieważ jako instytucja zamawiająca nie wszczęło ono formalnie procedury udzielania zamówienia. Stwierdziło ponadto, że spółka RPL Lochau jest raczej jednostką organizacyjną Stadt Halle, ponieważ jest przez nie kontrolowana. Chodziłoby więc o „transakcję wewnętrzną”, do której nie znalazłyby zastosowania uregulowania wspólnotowe w zakresie zamówień publicznych.
- 19 Izba ds. zamówień publicznych przychyliła się do żądania TREA Leuna, stwierdzając, że nawet w braku procedury udzielania zamówienia decyzje instytucji zamawiającej powinny podlegać zaskarżeniu. Uznała również, że w tych okolicznościach nie można mówić o „transakcji wewnętrznej”, ponieważ prywatne udziały mniejszościowe przewyższają próg 10 %, od którego zgodnie z niemieckimi uregulowaniami dotyczącymi spółek z ograniczoną odpowiedzialnością występuje mniejszość dysponująca pewnymi określonymi uprawnieniami. Ponadto stwierdziła, że wykonywana przez RPL Lochau dla Stadt Halle działalność pozwalała zakładać z wystarczającą pewnością wykorzystanie jej mocy przerobowych jedynie w 61,25 %, tak że dla pozostałej części mocy przerobowych przedsiębiorstwo zmuszone było do uzyskania zamówień na rynku, na którym działało.

20 Oberlandesgericht Naumburg, do którego Stadt Halle wniosło odwołanie, postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

- „1) a) Czy art. 1 ust. 1 dyrektywy [89/665] nakłada na Państwa Członkowskie obowiązek zapewnienia efektywnych i możliwie szybkich postępowań odwoławczych od decyzji instytucji zamawiającej o udzieleniu zamówienia publicznego z pominięciem procedury dostosowanej do przepisów dyrektyw dotyczących udzielania zamówień publicznych?
- b) Czy art. 1 ust. 1 dyrektywy [89/665] nakłada na Państwa Członkowskie także obowiązek zapewnienia efektywnych i możliwie szybkich postępowań odwoławczych od decyzji podejmowanych przez instytucje zamawiające przed formalnym zaproszeniem do składania ofert, w szczególności od decyzji dotyczących kwestii wstępnych, zmierzających do ustalenia, czy dane zamówienie w ogóle podlega podmiotowemu lub przedmiotowemu zakresowi stosowania dyrektyw dotyczących udzielania zamówień publicznych, czy też, tytułem wyjątku, nie stosuje się w tym przypadku prawa o udzielaniu zamówień publicznych?
- c) W przypadku odpowiedzi twierdzącej na [pierwsze] pytanie [lit. a)] i odpowiedzi przeczącej na [pierwsze] pytanie [lit. b)]:

Czy Państwo Członkowskie spełnia obowiązek zapewnienia efektywnych i możliwie szybkich postępowań odwoławczych od decyzji instytucji zamawiającej o udzieleniu zamówienia publicznego z pominięciem procedury dostosowanej do przepisów dyrektyw dotyczących udzielania zamówień publicznych, jeżeli możliwość wszczęcia postępowania odwoławczego uzależniona jest od osiągnięcia w procesie udzielenia zamówienia określonego formalnego etapu, na przykład rozpoczęcia ustnych lub pisemnych negocjacji w celu zawarcia umowy z podmiotem trzecim?

- 2) a) W przypadku gdy, po pierwsze, instytucja zamawiająca, taka jak jednostka samorządu terytorialnego, ma zamiar zawrzeć z jednostką formalnie od siebie odrębną — zwaną dalej »kontrahentem« — pisemną umowę o charakterze odpłatnym dotyczącą usług objętych dyrektywą [92/50] i po drugie, umowa ta wyjątkowo nie stanowi zamówienia publicznego na usługi w rozumieniu art. 1 lit. a) dyrektywy [92/50], ponieważ kontrahenta można uznać za zależnego od administracji publicznej lub służb tej instytucji — dalej: »proces niepodlegający procedurze udzielania zamówień« — czy wykluczone jest bez wyjątku zakwalifikowanie tak zawartej umowy w ramach procesu niepodlegającego procedurze udzielania zamówień z tego tylko powodu, że udziały w jednostce będącej kontrahentem w rozumieniu prawa spółek posiada przedsiębiorstwo prywatne?
- b) W przypadku odpowiedzi przeczącej na [drugie] pytanie [lit. a)]:

W jakich okolicznościach jednostka będąca kontrahentem, w której podmiot prywatny posiada w rozumieniu prawa spółek udziały — zwana dalej »spółką z udziałem kapitału publicznego« — powinna być uważana za zależną od administracji publicznej lub służb instytucji zamawiającej?

W szczególności:

— Czy wystarczy, że spółka z udziałem kapitału publicznego jest »zdominowana« przez instytucję zamawiającą, przykładowo w rozumieniu art. 1 punkt 2 i art. 13 ust. 1 dyrektywy 93/38 [...], zmienionej aktem [dotyczącym warunków przystąpienia Republiki Austrii, Republiki Finlandii i Królestwa Szwecji oraz dostosowań w Traktatach stanowiących podstawę Unii Europejskiej (Dz.U. 1994, C 241, str. 21 i Dz.U. 1995, L 1, str. 1)] oraz dyrektywą Parlamentu

Europejskiego i Rady 98/4/WE z 16 lutego 1998 r. zmieniającą dyrektywę 93/38 (Dz.U. L 101, str. 1)], aby uważać ją za zależną od służb instytucji zamawiającej pod względem organizacji i zakresu kontroli?

- Czy każda prawna możliwość wpływania przez wspólnika prawa prywatnego w spółce z udziałem kapitału publicznego na cele strategiczne kontrahenta lub na poszczególne decyzje podejmowane w ramach zarządzania przedsiębiorstwem wyklucza uznawanie przedsiębiorstwa za zależne od służb instytucji zamawiającej?

- Czy dla uznania spółki z udziałem kapitału publicznego za zależną od służb instytucji zamawiającej pod względem organizacji i zakresu kontroli wystarczają szerokie uprawnienia zarządu dotyczące wyłącznie decyzji zmierzających do zawarcia umowy i świadczenia usług w odniesieniu do danego procesu uzyskiwania zamówienia?

- Czy dla uznania spółki z udziałem kapitału publicznego za zależną od służb instytucji zamawiającej pod względem prowadzenia swojej podstawowej działalności w związku z nią wystarczy, że 80 % średniego obrotu osiągniętego przez to przedsiębiorstwo we Wspólnocie w trzech ostatnich latach w sektorze usług pochodzi ze świadczenia tych usług na rzecz instytucji zamawiającej lub przedsiębiorstw z nią powiązanych lub od niej zależnych lub — gdy przedsiębiorstwo o charakterze mieszanym nie osiągnęło jeszcze trzech lat działalności — wystarczy, że można założyć osiągnięcie progu 80 %?”

W przedmiocie pytań prejudycjalnych

- 21 W celu udzielenia sądowi krajowemu użytecznej i spójnej odpowiedzi należy podzielić postawione pytania na dwie grupy i rozpatrzyć je odrębnie w zależności od ich treści i przedmiotu.

W przedmiocie pytania pierwszego, lit. a), b) i c)

- 22 W pierwszej serii pytań sąd krajowy dąży w istocie do ustalenia, czy art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665 należy interpretować w ten sposób, że obowiązek Państw Członkowskich zapewnienia efektywnych i możliwie szybkich postępowań odwoławczych od decyzji instytucji zamawiającej obejmuje również decyzje podjęte poza formalną procedurą udzielania zamówienia i poza formalnym zaproszeniem do ubiegania się o zamówienie, w szczególności decyzje w zakresie kwestii wstępnych zmierzających do ustalenia, czy dane zamówienie podlega podmiotowemu lub przedmiotowemu zakresowi stosowania dyrektywy 90/50 oraz od którego momentu w procesie uzyskiwania zamówienia Państwa Członkowskie są zobowiązane do stworzenia oferentowi, kandydatowi lub zainteresowanemu możliwości wszczęcia postępowania odwoławczego.
- 23 Należy przede wszystkim podkreślić, że zgodnie z jej motywami pierwszym i drugim dyrektywa 92/50 została przyjęta w ramach środków koniecznych do urzeczywistnienia rynku wewnętrznego jako obszaru bez granic wewnętrznych, na którym zapewniony jest swobodny przepływ towarów, osób, usług i kapitału. Z motywów czwartego i piątego tej dyrektywy wynika, że ponieważ jej celem jest otwarcie rynków zamówień publicznych w dziedzinie usług na warunkach równego traktowania i przejrzystości, dyrektywa powinna być stosowana przez wszystkie instytucje zamawiające.

- 24 Następnie należy odnotować, że przepisy dyrektywy 92/50 wyraźnie określają warunki, w jakich stosowanie uregulowań tytułów III–VI tej dyrektywy przez każdą instytucję zamawiającą staje się obowiązkowe, ponieważ wyjątki od stosowania tych uregulowań zostały wymienione w sposób enumeratywny w samej dyrektywie.
- 25 W rezultacie, gdy warunki te są spełnione, innymi słowy, gdy dana umowa podlega podmiotowemu i przedmiotowemu zakresowi stosowania dyrektywy 92/50, zamówienia publiczne powinny, z mocy art. 8 tej dyrektywy w związku z jej art. 11 ust. 1, być udzielane zgodnie z przepisami tytułów III–VI tej dyrektywy, czyli podlegać odpowiedniemu ogłoszeniu.
- 26 Obowiązek ten ciąży na instytucjach zamawiających bez rozróżniania między zamówieniami publicznymi udzielanymi przez nie w celu wykonania zadania zaspokojenia potrzeb interesu ogólnego i tymi, które nie mają związku z tym zadaniem (zob. podobnie wyrok z dnia 15 stycznia 1998 r. w sprawie C-44/96 Mannesmann Anlagenbau Austria i in., Rec. str. I-73, pkt 32).
- 27 W celu udzielenia odpowiedzi sądowi krajowemu należy zbadać pojęcie „decyzji podjętych przez instytucje zamawiające”, o których mowa w art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665. Ponieważ pojęcie to nie jest wyraźnie zdefiniowane w tej dyrektywie, należy wyznaczyć jego zakres na podstawie brzmienia jej właściwych przepisów oraz w odniesieniu do celu tego przepisu, jakim jest zapewnienie skutecznej i szybkiej ochrony sądowej.
- 28 Brzmienie art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665, poprzez użyte w nim określenie „w odniesieniu do procedur”, pozwala zakładać, że każda decyzja instytucji zamawiającej podlegająca uregulowaniom wspólnotowym w zakresie zamówień publicznych i mogąca im uchybić powinna podlegać kontroli sądowej, o której

mowa w art. 2 ust. 1 lit. a) i b) tej dyrektywy (zob. podobnie wyroki z dnia 18 czerwca 2002 r. w sprawie C-92/00 HI, Rec. str. I-5553, pkt 37, i z dnia 23 stycznia 2003 r. w sprawie C-57/01 Makedoniko Metro i Michaniki, Rec. str. I-1091, pkt 68). Kontrola sądowa obejmuje zatem, ogólnie rzecz biorąc, decyzje instytucji zamawiającej, bez rozróżniania ich pod względem treści lub czasu wydania.

- 29 Artykuł 2 ust. 1 lit. b) dyrektywy 89/665 przewiduje zresztą możliwość uchylenia bezprawnych decyzji instytucji zamawiających dotyczących specyfikacji technicznych i innych, zawartych nie tylko w zaproszeniu do składania ofert, lecz także we wszelkich innych dokumentach związanych z procedurą udzielania zamówienia. W rezultacie przepis ten może obejmować dokumenty zawierające decyzje podjęte przed etapem zaproszenia do składania ofert.
- 30 Takie szerokie rozumienie pojęcia decyzji instytucji zamawiającej znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Trybunału, zgodnie z którym przepis art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665 nie przewiduje żadnych ograniczeń w odniesieniu do rodzaju i treści określonych w nim decyzji (wyrok z dnia 28 października 1999 r. w sprawie C-81/98 Alcatel Austria i in., Rec. str. I-7671, pkt 35). Ograniczenia takiego nie można tym bardziej wywieść z brzmienia art. 2 ust. 1 lit. b) wspomnianej dyrektywy (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Alcatel Austria i in., pkt 32). Ponadto zawężająca wykładnia pojęcia decyzji podlegającej zaskarżeniu byłaby niezgodna z przepisem art. 2 ust. 1 lit. a) tej dyrektywy, który zobowiązuje Państwa Członkowskie do wprowadzenia zarządzeń tymczasowych w zakresie wszelkich decyzji podejmowanych przez instytucje zamawiające (ww. wyrok w sprawie HI, pkt 49).
- 31 W duchu owego szerokiego rozumienia pojęcia decyzji podlegającej zaskarżeniu Trybunał orzekł, że decyzja instytucji zamawiającej poprzedzająca zawarcie umowy, na podstawie której dokonuje ona wyboru oferenta, któremu zostanie udzielone zamówienie, powinna w każdym przypadku podlegać zaskarżeniu, niezależnie od możliwości uzyskania odszkodowania w przypadku zawarcia umowy (ww. wyrok w sprawie Alcatel Austria i in., pkt 43).

- 32 Odnosząc się do celu dyrektywy 92/50, jakim jest likwidacja przeszkód dla swobodnego przepływu usług, jak również celów, brzmienia i systematyki dyrektywy 89/665, Trybunał orzekł również, że decyzja instytucji zamawiającej o wycofaniu zaproszenia do składania ofert na zamówienie publiczne na usługi powinna podlegać postępowaniu odwoławczemu zgodnie z art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665 (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie HI, pkt 55).
- 33 W tym względzie, jak podkreśliła rzecznik generalny w pkt 23 opinii, decyzja instytucji zamawiającej o niewszczygnięciu procedury udzielania zamówienia może być uważana za odpowiednik decyzji o zakończeniu tej procedury. Jeżeli instytucja zamawiająca podejmuje decyzję o niewszczygnięciu procedury udzielania zamówienia na tej podstawie, że konkretne zamówienie nie podlega jej zdaniem zakresowi stosowania właściwych uregulowań wspólnotowych, decyzja taka jest pierwszą decyzją podlegającą kontroli sądowej.
- 34 Przez wzgląd na wspomniane orzecznictwo, jak również na cele, systematykę i brzmienie dyrektywy 89/665 i w celu zapewnienia jej skuteczności należy stwierdzić, że każda decyzja instytucji zamawiającej podjęta w związku z zamówieniem publicznym na usługi, podlegająca przedmiotowemu zakresowi stosowania dyrektywy 92/50 i mogąca wywołać skutki prawne, stanowi decyzję podlegającą zaskarżeniu w rozumieniu art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665 niezależnie od tego, czy została podjęta poza formalną procedurą udzielania zamówień, czy w jej ramach.
- 35 Nie podlegają zaskarżeniu działania stanowiące zwyczajne wstępne badanie rynku lub działania o charakterze wyłącznie przygotowawczym, które odbywają się w ramach wewnętrznych przygotowań instytucji zamawiającej, mających na celu udzielenie zamówienia publicznego.

36 Na podstawie powyższych rozważań należy odrzucić stanowisko Stadt Halle, zgodnie z którym dyrektywa 89/665 nie nakłada obowiązku zapewnienia ochrony sądowej poza formalną procedurą udzielania zamówienia, a decyzja instytucji zamawiającej o niewszczygnięciu tej procedury nie podlega zaskarżeniu, podobnie zresztą jak i decyzja zmierzająca do ustalenia, czy zamówienie publiczne podlega zakresowi stosowania właściwych uregulowań wspólnotowych.

37 Konsekwencją przyjęcia tego stanowiska byłoby w istocie uczynienie stosowania właściwych uregulowań wspólnotowych fakultatywnym, zależnym od woli każdej instytucji zamawiającej, podczas gdy stosowanie ich jest obowiązkowe, jeżeli spełnione zostaną przewidziane w nich warunki. Taka fakultatywność mogłaby doprowadzić do dalej idących naruszeń prawa wspólnotowego w zakresie zamówień publicznych ze strony instytucji zamawiającej. Osłabiałaby znacznie skuteczną i szybką ochronę sądową zamierzoną przez dyrektywę 89/665 i stanowiłaby uszczerbek dla celów dyrektywy 92/50, czyli swobodnego przepływu usług oraz wolnej i niezakłóconej konkurencji w tym zakresie we wszystkich Państwach Członkowskich.

38 Odnotować należy, że moment, w którym powstaje możliwość zaskarżenia nie jest formalnie określony w dyrektywie 89/665. Jednakże przez wzgląd na cel skutecznej i szybkiej ochrony sądowej, w szczególności w drodze środków tymczasowych, do którego zmierza ta dyrektywa, należy stwierdzić, że art. 1 ust. 1 tej dyrektywy nie upoważnia Państw Członkowskich do uzależnienia możliwości zaskarżenia od formalnego osiągnięcia przez daną procedurę udzielania zamówienia publicznego określonego etapu.

39 Przy uwzględnieniu, że zgodnie z motywem drugim wspomnianej dyrektywy przestrzeganie uregulowań wspólnotowych powinno być zapewnione w szczególności na etapie, na którym naruszenia mogą być jeszcze skorygowane,

stwierdzić należy, że przejaw woli instytucji zamawiającej pozostający w związku z zamówieniem, o którym w dowolny sposób dowiadują się zainteresowane podmioty podlega postępowaniu odwoławczemu od momentu, w którym przejaw ten wykracza poza etap określony w pkt 35 niniejszego wyroku i może wywoływać skutki prawne. Wszczęcie konkretnych negocjacji w celu zawarcia umowy z jednym zainteresowanym stanowi taki przejaw woli. Pod tym względem należałoby wspomnieć o obowiązku przejrzystości ciążącym na instytucji zamawiającej w celu umożliwienia kontroli przestrzegania uregulowań wspólnotowych (ww. wyrok w sprawie HI, pkt 45).

40 W odniesieniu do podmiotów, którym przysługuje możliwość odwołania się, stwierdzić należy, że zgodnie z art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665 Państwa Członkowskie powinny zapewnić dostępność procedury odwoławczej co najmniej każdemu podmiotowi, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia publicznego, i w przypadku gdy taki podmiot dozna uszczerbku lub zagraża mu doznanie uszczerbku w wyniku utrzymywanego naruszenia (zob. podobnie wyrok z dnia 24 czerwca 2004 r. w sprawie C-212/02 Komisja przeciwko Austrii, niepublikowany w zbiorze). Nie ma zatem wymogu, by podmiot ten występował formalnie w charakterze oferenta lub kandydata.

41 Na podstawie powyższych rozważań na pytanie pierwsze lit. a), b) i c) trzeba odpowiedzieć, że art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665 należy interpretować w ten sposób, iż obowiązek Państw Członkowskich zapewnienia efektywnych i możliwie szybkich środków odwoławczych od decyzji podjętych przez instytucje zamawiające obejmuje również decyzje podjęte poza formalną procedurą udzielania zamówień i przed formalnym zaproszeniem do ubiegania się o zamówienie, w szczególności decyzję w kwestii, czy dane zamówienie podlega podmiotowemu i przedmiotowemu zakresowi stosowania dyrektywy 92/50. Możliwość zaskarżenia przysługuje każdemu podmiotowi, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia publicznego, i w przypadku gdy taki podmiot dozna uszczerbku lub zagraża mu doznanie uszczerbku w wyniku zarzucanego naruszenia, od momentu przejawu woli instytucji zamawiającej mogącego wywołać skutki prawne. W konsekwencji Państwa Członkowskie nie są upoważnione do uzależnienia możliwości zaskarżenia od formalnego osiągnięcia przez daną procedurę udzielania zamówienia publicznego określonego etapu.

W przedmiocie pytania drugiego, lit. a) i b)

- 42 W drugiej serii pytań, które należy rozpatrzyć łącznie, sąd krajowy dąży w istocie do ustalenia, czy w sytuacji gdy instytucja zamawiająca zamierza zawrzeć ze spółką prawa prywatnego, odrębną od niej pod względem prawnym, w której kapitale ma udział większościowy i którą w pewnym stopniu kontroluje, umowę o charakterze odpłatnym, dotyczącą usług podlegających przedmiotowemu zakresowi stosowania dyrektywy 92/50, jest ona mimo wszystko zobowiązana do stosowania procedur publicznego zaproszenia do składania ofert przewidzianego w tej dyrektywie wyłącznie z tego powodu, że prywatne przedsiębiorstwo ma udziały, nawet mniejszościowe, w kapitale spółki występującej jako kontrahent. W przypadku przeczącej odpowiedzi na to pytanie, sąd krajowy zwraca się o udzielenie odpowiedzi na pytanie, na podstawie jakich kryteriów należy uznać, że instytucja zamawiająca nie podlega takiemu obowiązkowi.
- 43 Pytanie to odnosi się do szczególnej sytuacji tzw. spółki „o kapitale mieszanym”, utworzonej i działającej zgodnie z zasadami prawa prywatnego, względem obowiązku instytucji zamawiającej stosowania uregulowań wspólnotowych w zakresie zamówień publicznych, gdy spełnione są przewidziane w nich warunki.
- 44 W pierwszym rzędzie przypomnieć należy główny cel uregulowań wspólnotowych w zakresie zamówień publicznych, przywołany w ramach odpowiedzi na pytanie pierwsze, jakim jest swobodny przepływ usług oraz otwarcie na niezakłóconą konkurencję we wszystkich Państwach Członkowskich. Jego realizacja wymaga zobowiązania wszystkich instytucji zamawiających do stosowania właściwych uregulowań wspólnotowych, gdy spełnione są przewidziane w nich warunki.
- 45 Obowiązek stosowania w takim przypadku uregulowań wspólnotowych potwierdza okoliczność, że w art. 1 lit. c) dyrektywy 92/50 pojęcie usługodawcy, czyli oferenta dla

celów stosowania tej dyrektywy, obejmuje również „podmiot publiczny, który oferuje usługi” (zob. wyrok z dnia 7 grudnia 2000 r. w sprawie C-94/99 ARGE, Rec. str. I-11037, pkt 28).

46 Każdy wyjątek od tego obowiązku podlega w rezultacie wykładni zawężającej. Trybunał orzekł zatem w odniesieniu do zastosowania procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu, że art. 11 ust. 3 dyrektywy 92/50, przewidujący taką procedurę jako odstępstwo od uregulowań mających na celu zapewnienie skuteczności uprawnień przyznanych w Traktacie WE w sektorze zamówień publicznych na usługi, powinien podlegać wykładni zawężającej i na podmiocie, który zamierza z niego skorzystać, spoczywa ciężar udowodnienia rzeczywistego występowania nadzwyczajnych okoliczności uzasadniających to odstępstwo (wyrok z dnia 10 kwietnia 2003 r. w sprawach połączonych C-20/01 i C-28/01 Komisja przeciwko Niemcom, Rec. str. I-3609, pkt 58).

47 Zmierzając do otwarcia rynku zamówień publicznych na jak najszerszą konkurencję, co jest celem uregulowań wspólnotowych, Trybunał orzekł, w związku z dyrektywą Rady 93/36/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynującą procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy (Dz.U. L 199, str. 1), że dyrektywa ta znajduje zastosowanie, gdy instytucja zamawiająca zamierza zawrzeć z jednostką odrębną pod względem prawnym umowę o charakterze odpłatnym niezależnie od tego, czy ta jednostka sama jest instytucją zamawiającą (wyrok z dnia 18 listopada 1999 r. w sprawie C-107/98 Teckal, Rec. str. I-8121, pkt 50 i 51). Należy stwierdzić, że w tej sprawie kontrahentem była grupa kilku instytucji zamawiających, do której należała dana instytucja zamawiająca.

48 Władza publiczna, jaką jest instytucja zamawiająca, ma możliwość wypełniania ciężących na niej w interesie publicznym zadań własnymi środkami o charakterze administracyjnym, technicznym lub innym, bez potrzeby zwracania się do jednostek zewnętrznych nienależących do jej służb. W takim przypadku nie powstaje kwestia

umowy o charakterze odpłatnym zawieranej z jednostką odrębną od instytucji zamawiającej pod względem prawnym. Nie stosuje się zatem uregulowań wspólnotowych w zakresie zamówień publicznych.

49 Zgodnie z orzecznictwem Trybunału nie jest wykluczone wystąpienie innych okoliczności, w których zaproszenie do składania ofert nie jest obowiązkowe, mimo że kontrahent jest jednostką odrębną od instytucji zamawiającej pod względem prawnym. Może tak być w przypadku, gdy władza publiczna, jaką jest instytucja zamawiająca, sprawuje nad daną jednostką odrębną kontrolę analogiczną do tej, jaką sprawuje nad własnymi służbami i gdy ta prowadzi swoją podstawową działalność na rzecz sprawującego nad nią kontrolę organu lub organów władzy (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Teckal, pkt 50). Przypomnieć należy, że w wyżej wskazanym przypadku odrębna jednostka była w całości kontrolowana przez organy władzy publicznej. Jednakże udziały, nawet mniejszościowe, przedsiębiorstwa prywatnego w kapitale spółki, w której udziały należą również do danej instytucji zamawiającej wyklucza w każdym przypadku możliwość sprawowania przez instytucję zamawiającą kontroli analogicznej do tej, jaką sprawuje ona nad własnymi służbami.

50 Należy przede wszystkim podkreślić, że związek pomiędzy organem władzy publicznej, jakim jest instytucja zamawiająca, i jej własnymi służbami określony jest względami i wymogami wykonywania zadań leżących w interesie publicznym. Udział w przedsiębiorstwie kapitału prywatnego podlega natomiast względom interesu prywatnego i dąży do osiągnięcia celów odmiennej natury.

51 Po drugie, udzielenie zamówienia publicznego przedsiębiorstwu o charakterze mieszanym z pominięciem zaproszenia do składania ofert stanowiłoby naruszenie wolnej i niezakłóconej konkurencji oraz zasady równości traktowania zainteresowanych, o których mowa w dyrektywie 92/50, w szczególności dlatego, że taka procedura wiązałaby się z przewagą przedsiębiorstwa prywatnego obecnego w kapitale tego przedsiębiorstwa w stosunku do jego konkurentów.

- 52 W konsekwencji na drugie pytanie lit. a) i b) należy odpowiedzieć, że w przypadku gdy instytucja zamawiająca zamierza zawrzeć umowę o charakterze odpłatnym dotyczącą usług podlegających przedmiotowemu zakresowi stosowania dyrektywy 92/50 ze spółką odrębną od niej pod względem prawnym, w której kapitale ma udział wraz z jednym lub kilkoma przedsiębiorstwami prywatnymi, procedury udzielania zamówień publicznych określone w tej dyrektywie zawsze powinny być stosowane.
- 53 Z uwagi na tę odpowiedź, nie ma potrzeby udzielania odpowiedzi na pozostałe pytania postawione przez sąd krajowy.

W przedmiocie kosztów

- 54 Dla stron postępowania przed sądem krajowym niniejsze postępowanie ma charakter incydentalny w stosunku do postępowania przed sądem krajowym, zatem do niego należy rozstrzygnięcie o kosztach. Koszty poniesione w związku z przedstawieniem uwag Trybunałowi, z wyjątkiem kosztów poniesionych przez strony postępowania przed sądem krajowym, nie podlegają zwrotowi.

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

- 1) Artykuł 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, zmienioną dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 97/52/WE z dnia 13 października 1997 r., należy interpretować w ten sposób, iż obowiązek Państw Członkowskich zapewnienia efektywnych i możliwie szybkich środków odwoławczych od decyzji podjętych przez instytucje zamawiające obejmuje również decyzje podjęte poza formalną procedurą udzielania zamówień i przed formalnym zaproszeniem do ubiegania się o zamówienie, w szczególności decyzję w kwestii, czy dane zamówienie podlega podmiotowemu i przedmiotowemu zakresowi stosowania dyrektywy 92/50. Możliwość zaskarżenia przysługuje każdemu podmiotowi, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia publicznego i w przypadku gdy taki podmiot dozna uszczerbku lub zagraża mu doznanie uszczerbku w wyniku zarzucanego naruszenia, od momentu przejawu woli instytucji zamawiającej mogącego wywołać skutki prawne. W konsekwencji Państwa Członkowskie nie są upoważnione do uzależnienia możliwości zaskarżenia od formalnego osiągnięcia przez daną procedurę udzielania zamówienia publicznego określonego etapu.

- 2) W przypadku gdy instytucja zamawiająca zamierza zawrzeć umowę o charakterze odpłatnym dotyczącą usług podlegających przedmiotowemu zakresowi stosowania dyrektywy 92/50 zmienionej dyrektywą 97/52 ze spółką odrębną od niej pod względem prawnym, w której kapitale ma udział wraz z jednym lub kilkoma przedsiębiorstwami prywatnymi, procedury udzielania zamówień publicznych określone w tej dyrektywie zawsze powinny być stosowane.

Podpisy