

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO

JULIANE KOKOTT

przedstawiona w dniu 29 kwietnia 2004 r.¹

I — Wprowadzenie

1. Niniejszy spór dotyczy postępowania o stwierdzenie uchybienia zobowiązaniom Państwa Członkowskiego, w którym Komisja zarzuca Republice Włoskiej, że nie przestrzegła przepisów dyrektywy Rady 93/37/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane² (zwanej dalej „dyrektywą 93/37”) przy udzielaniu trzech zamówień publicznych na roboty budowlane.

2. Zasadniczo chodzi o pytanie, czy i w jakich okolicznościach, w przypadku nowych robót budowlanych polegających na powtórzeniu wcześniejszych podobnych robót budowlanych, można przeprowadzić procedurę negocjacyjną bez uprzedniej publikacji ogłoszenia. W takim przypadku dyrektywa 93/37 przewiduje termin trzech lat, którego dokładne obliczenie jest głównym przedmiotem niniejszego postępowania o stwierdzenie uchybienia zobowiązaniom Państwa Członkowskiego. W kwestii wybranego przez nią sposobu obliczania Republika Włóska powołuje się na usprawiedliwiony błąd.

¹ — Język oryginału: niemiecki.

² — Dz.U. L 199, str. 54.

II — Ramy prawne

3. Ramy prawne niniejszego postępowania określa art. 7 ust. 3 i 4 dyrektywy 93/37. Przepisy te stanowią w skrócie, co następuje:

„3. Instytucja zamawiająca może udzielić zamówienia na roboty budowlane w procedurze negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji ogłoszenia w następujących przypadkach:

[...]

b) jeżeli z przyczyn technicznych, artystycznych lub z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych roboty budowlane mogą być wykonane tylko przez określonego wykonawcę;

c) w zakresie, w jakim jest to ściśle niezbędne, ze względu na wyjątkowo pilny charakter sprawy związany z wydarzeniami, których zainteresowane instytucje zamawiające nie mogły przewidzieć, nie mogą być dotrzymane

terminy, przewidziane dla procedur: otwartej, ograniczonej lub negocjacyjnej, o których mowa w ust. 2. Okoliczności, na które można się powoływać w celu uzasadnienia wyjątkowo pilnego charakteru sprawy, nie mogą być w żadnym przypadku wywołane przez instytucje zamawiające;

roboty budowlane w procedurze otwartej lub ograniczonej”.

4. Motywy pierwszy i drugi dyrektywy 93/37 stanowią:

[...]

- e) w przypadku nowych robót budowlanych polegających na powtórzeniu podobnych obiektów budowlanych powierzonych przedsiębiorstwu, któremu te same instytucje zamawiające udzieliły zamówienia, pod warunkiem że roboty te są zgodne z zasadniczym projektem, stanowiącym przedmiot pierwszego zamówienia, udzielonego zgodnie z procedurami określonymi w ust. 4.

„dyrektywa Rady 71/305/EWG z dnia 26 lipca 1971 r. dotycząca koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane została zmieniona w znaczący sposób i w wielu sytuacjach, dla jasności i większej zrozumiałości, wspomniana dyrektywa powinna zostać skonsolidowana; jednocześnie osiągnięcie swobody przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług w stosunku do zamówień publicznych na roboty budowlane, udzielonych w Państwach Członkowskich w imieniu państwa lub jednostek samorządu terytorialnego, lub innych podmiotów prawa publicznego, zakłada nie tylko zniesienie ograniczeń, ale także koordynację krajowych procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane”.

Możliwość zastosowania tej procedury musi być wskazana w zaproszeniu do ubiegania się o realizację pierwszego projektu, a całkowita wartość zamówienia na kolejne roboty budowlane jest uwzględniana przez instytucję zamawiającą w zakresie stosowania przez nią przepisów art. 6. Procedura ta może być stosowana wyłącznie w okresie trzech lat od chwili udzielenia pierwotnego zamówienia.

5. Motyw ósmy tej samej dyrektywy ma następujące brzmienie:

4. We wszystkich innych przypadkach instytucje zamawiające udzielają zamówień na

„procedura negocjacyjna powinna zostać uznana za wyjątkową i z tego względu mającą zastosowanie jedynie w niektórych, ograniczonych wypadkach”.

6. Pierwsze zdanie motywu dziesiątego tej dyrektywy stanowi: — roboty w celu regulacji powodzi rzeki Terdoppio — kanał Scolmatore na południowy zachód od Cerano.

„w celu zapewnienia rozwoju rzeczywistej konkurencji w dziedzinie zamówień publicznych niezbędne jest, aby ogłoszenia o zamówieniach, sporządzane przez instytucje zamawiające z Państw Członkowskich, były ogłaszane w całej Wspólnocie”.

8. Wartość tych części zamówienia wynosiła odpowiednio około 37, 21 i 19,5 mld ITL, a więc bezspornie powyżej progu 5 mln ECU ustalonego w art. 6 dyrektywy 93/37.

III — Stan faktyczny i postępowanie poprzedzające wniesienie skargi

7. W 1997 r. Magistrato per il Po di Parma, lokalny oddział ówczesnego włoskiego ministerstwa robót publicznych (obecnie ministerstwo infrastruktury i transportu) udzielił trzech zamówień publicznych na roboty budowlane³. Dotyczyły one części uzupełniających do następujących projektów w dziedzinie ochrony przeciwpowodziowej:

9. W procedurze negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji ogłoszenia realizacja robót została powierzona tym samym przedsiębiorcom, którym w latach 80. przydzielono wcześniejsze części. Te wcześniejsze części obejmowały:

- roboty wykończeniowe budowy zbiornika retencyjnego na wody powodziowe rzeki Parma w miejscowości Marano (gmina Parma),
- roboty w celu zagospodarowania i wykończenia zbiornika retencyjnego dla rzeki Enza oraz
- zamówienie na roboty budowlane dotyczące rzeki Parma na podstawie umowy z dnia 22 grudnia 1988 r.,
- zamówienie na roboty budowlane dotyczące rzeki Enza na podstawie umowy z dnia 26 października 1982 r. oraz

3 — Stosowne umowy zostały zatwierdzone przez Magistrato per il Po di Parma w trybie dekretów nr 11414 i 11416 z dnia 9 października 1997 r. oraz dekretu nr 11678 z dnia 15 października 1997 r.

- zamówienie na roboty budowlane dotyczące rzeki Terdoppio na podstawie umowy z dnia 20 maja 1988 r.

10. Pismem z dnia 27 września 2000 r. Komisja zwróciła się do władz włoskich z żądaniem szczegółowych informacji na temat procedury zastosowanej przy udzielaniu zamówień na najnowsze części z 1997 r. W odpowiedzi z dnia 19 października 2000 r. władze włoskie wyjaśniły, że zastosowały tryb procedury zawartej w art. 7 ust. 3 lit. e) dyrektywy 93/37. W przypadku przedmiotowych części chodziło o powtórzenie podobnych robót budowlanych powierzonych przez tę samą instytucję zamawiającą tym samym przedsiębiorcom, które otrzymały już pierwsze zamówienie; odpowiadały one podstawowemu projektowi, który był przedmiotem pierwszego zamówienia udzielonego na podstawie art. 7 ust. 4 dyrektywy. Już w zaproszeniu do ubiegania się o realizację pierwszego projektu została wskazana możliwość późniejszego zastosowania procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji ogłoszenia oraz uwzględniona całkowita wartość zamówienia przewidywana dla kontynuacji robót. Procedura negocjacyjna została zastosowana w ciągu trzech lat od chwili udzielenia pierwotnego zamówienia, przy czym termin rozpoczął swój bieg dopiero od chwili odbioru ówczesnych robót budowlanych.

11. W odpowiedzi na wezwanie do usunięcia uchybienia z dnia 23 kwietnia 2001 r., w którym Komisja nie zgodziła się z wykładnią władz włoskich w kwestii obliczania trzyletniego terminu, pismami z dnia 8 czerwca 2001 r. i z dnia 17 grudnia 2001 r. Republika Włoska zasadniczo potwierdziła swoje stanowisko.

12. Gdy uzasadniona opinia Komisji z dnia 21 grudnia 2001 r. pozostała bez odpowiedzi, w dniu 28 października 2002 r. na podstawie art. 226 akapit drugi WE Komisja wniosła do Trybunału niniejszą skargę przeciwko Republice Włoskiej.

IV — Żądania stron

13. Komisja wnosi do Trybunału o:

- stwierdzenie, że Republika Włoska uchybiła zobowiązaniom ciążącym na niej na mocy dyrektywy Rady 93/37/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, w szczególności art. 7 ust. 3 w ten sposób, że Magistrato per il Po di Parma, lokalny oddział ówczesnego włoskiego ministerstwa robót publicznych (obecnie ministerstwo infrastruktury i transportu) udzielił zamówień publicznych na uzupełniające części robót wykończeniowych budowy zbiornika retencyjnego na wody powodziowe rzeki Parma w miejscowości Marano (gmina Parma), robót w celu zagospodarowania i wykończenia zbiornika retencyjnego dla rzeki Enza oraz robót w celu regulacji powodzi rzeki Terdoppio — kanał Scolmatore na południowy zachód od Cerano w trybie procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji ogłoszenia, przy braku przesłanek dla zastosowania takiej procedury;

— obciążenie Republiki Włoskiej kosztami postępowania.

14. Republika Włoska nie wnosi wyraźnie o oddalenie skargi. Jednakże, bez uszczerbku dla wykładni art. 7 ust. 3 dyrektywy 93/37, zwraca się do Trybunału o stwierdzenie, że rząd włoski popełnił usprawiedliwiony błąd wynikający z włoskiej wersji językowej tego przepisu.

V — Ocena

A — Dopuszczalność

15. Według utrwalonego orzecznictwa przy wykonywaniu uprawnień przyznanych w art. 226 WE Komisja nie musi wykazywać szczególnego interesu prawnego w jej działaniu. Przepis ten nie służy bowiem ochronie własnych praw Komisji. Występującej w roli obrońcy traktatów w interesie wspólnotowym Komisji przypada raczej zadanie czuwania nad wykonaniem prawa wspólnotowego przez Państwa Członkowskie i stwierdzenia potencjalnych naruszeń w celu ich usunięcia. Mając na uwadze tę rolę, jedynie Komisja ocenia to, czy należy wszcząć postępowanie w celu stwierdzenia uchybienia oraz z powodu działania lub zaniechania. Nawet jeśli przepisy krajowe Państwa Członkowskiego są zgodne

z prawem wspólnotowym, Komisja może wnieść o stwierdzenie uchybienia zobowiązaniom polegającego na tym, iż w danym przypadku nie były przestrzegane założenia prawa wspólnotowego, przez co rezultat zamierzony przez dyrektywę nie został osiągnięty⁴.

16. W przypadku skargi wniesionej na podstawie art. 226 WE przedmiot sporu jest bowiem określony przez uzasadnioną opinię Komisji. Taka skarga jest niedopuszczalna z powodu odpadnięcia podstawy, w zakresie, w jakim zarzucane naruszenie zostało usunięte przed upływem terminu wyznaczonego przez Komisję⁵. Wówczas bowiem postępowanie o stwierdzenie uchybienia zobowiązaniom osiągnęło swój cel już na etapie postępowania poprzedzającego wniesienie skargi.

17. Jak jednak przyznaje sam rząd włoski, nie uczynił on niczego w niniejszej sprawie w celu usunięcia skutków potencjalnych uchybień w odniesieniu do opisanych przez Komisję trzech zamówień publicznych na roboty budowlane. Podczas gdy inne postę-

⁴ — Zobacz 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 29 i 30, z powołanym tam orzecznictwem.

⁵ — Utrwalone orzecznictwo, zob. np. wyrok z dnia 29 stycznia 2004 r. w sprawie C-209/02 Komisja przeciwko Austrii, Rec. str. I-1211, pkt 16–18, z powołanym tam orzecznictwem oraz powołany w przypisie 4 wyrok w sprawie Komisja przeciwko Niemcom, pkt 32 i nast., z powołanym tam orzecznictwem. W starszym orzecznictwie bywa jeszcze niekiedy używane w tym kontekście pojęcie „ochrona interesu prawnego” („Rechtsschutzinteresse”), jednakże z tym samym skutkiem: zob. także wyrok z dnia 24 marca 1988 r. w sprawie 240/86 Komisja przeciwko Grecji, Rec. str. 1835, pkt 14–16.

powania udzielania zamówień zostały unieważnione, postępowania sporne w niniejszej sprawie nie mogły być unieważnione z przyczyn technicznych oraz z powodu zagrożenia bezpieczeństwa publicznego.

18. Choć prawo zamówień publicznych nie zobowiązuje Państw Członkowskich do rozwiązania już zawartych umów, udzielenie zamówienia wbrew przepisom odnośnej dyrektywy pozostaje sprzeczne z prawem wspólnotowym⁶. Poza tym duchowi i celowi zarówno postępowania o stwierdzenie uchybienia zobowiązaniom, jak i dyrektyw dotyczących zamówień publicznych odpowiada to, że Komisja może a posteriori poddać badaniu przez sędziego wspólnotowego przestrzeganie zasad dotyczących zamówień publicznych w konkretnym przypadku. Abstrahując od rozstrzygnięcia w konkretnej sprawie, z orzeczenia stwierdzającego uchybienie zobowiązaniom Państwa Członkowskiego można wnioskować, że dane Państwo Członkowskie jako adresat dyrektywy nie przyjęło wszystkich środków w celu jej wykonania⁷.

19. Rząd włoski zapewnia, że wskutek ostatniego rozwoju włoskiego prawa zamówień publicznych i praktyki w dziedzinie zamówień publicznych na roboty budowlane prawo to opiera się wyłącznie na kryteriach konkurencji. Zatem zdarzenia, które doprowadziły do niniejszego postępowania o stwierdzenie uchybienia zobowiązaniom, nie mogą się już powtórzyć.

20. Jednakże samo wskazanie, że postępowania udzielenia zamówień są od tego momentu przeprowadzane przy uwzględnieniu kryteriów konkurencji, nie wyklucza pojawienia się błędów proceduralnych w przyszłości. Jak bowiem słusznie wywodzi Komisja, jest całkowicie możliwe, że zarzucany błąd w wykładni trzyletniego terminu może się zdarzyć także innym instytucjom zamawiającym we Włoszech, zwłaszcza że krąg potencjalnych instytucji zamawiających wyraźnie się rozszerzył wskutek przeniesienia kompetencji na instytucje regionalne i lokalne.

21. Skargę tę należy uznać za dopuszczalną chociażby w świetle samego niebezpieczeństwa powtórzenia się uchybienia⁸.

B — Zasadność

22. Skarga Komisji jest zasadna, jeżeli Republika Włoska uchybiła zobowiązaniom ciążącym na niej na mocy Traktatu (art. 228 ust. 1 WE). Z art. 10 akapit pierwszy WE w związku z art. 249 akapit trzeci WE wynika obowiązek wykonania dyrektywy 93/37, którego naruszenie Komisja zarzuca Republice Włoskiej.

6 — Powołany w przypisie 4 wyrok w sprawie Komisja przeciwko Niemcom, pkt 39.

7 — Tak również rzecznik generalny Geelhoed w powołanej w przypisie 4 opinii w sprawie Komisja przeciwko Niemcom, w szczególności jej pkt 50, 53 i 54.

8 — Zobacz w tym kontekście np. wyrok z dnia 9 lipca 1970 r. w sprawie 26/69 Komisja przeciwko Francji, Rec. str. 565, pkt 12 i 13 oraz powołana w przypisie 5 opinia rzecznika generalnego Lenza z dnia 13 stycznia 1988 r. w sprawie Komisja przeciwko Grecji, pkt 13.

1) Naruszenie dyrektywy 93/37

23. Trzy przedmiotowe zamówienia publiczne na roboty budowlane z 1997 r. zostały udzielone w trybie procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji ogłoszenia. Tymczasem zgodnie z art. 7 ust. 4 dyrektywy 93/37 w przypadku zamówienia publicznego na roboty budowlane zasadniczo należy jednak przeprowadzić postępowanie *nie* w trybie procedury negocjacyjnej, lecz procedury otwartej lub ograniczonej. Procedura negocjacyjna bez uprzedniej publikacji ogłoszenia może znaleźć zastosowanie jedynie w wyjątkowych przypadkach⁹. Przypadki te są wyczerpująco wymienione w art. 7 ust. 3 dyrektywy¹⁰. W niniejszej sprawie procedura negocjacyjna mogłaby wchodzić w grę ewentualnie na podstawie art. 7 ust. 3 lit. b), c) lub e), których możliwość zastosowania zostanie zbadana poniżej.

a) Przyczyny techniczne na podstawie art. 7 ust. 3 lit. b) dyrektywy 93/37

24. Rząd włoski powołuje się przede wszystkim na przyczyny techniczne, które wymagały ponownego udzielenia przedmiotowych trzech zamówień na roboty budowlane wykonawcom, którym już dotychczas udzie-

lono zamówień. Stąd w pierwszym rzędzie możliwe byłoby zastosowanie art. 7 ust. 3 lit. b) dyrektywy 93/37.

25. Jednakże przepis ten według jego brzmienia znajduje zastosowanie wyłącznie wówczas, gdy roboty „mogą być wykonane *tylko przez określonego wykonawcę*”¹¹. Zgodnie z orzecznictwem Trybunału chodzi o wyjątek, który należy interpretować ściśle i który znajduje zastosowanie jedynie w przypadku zaistnienia wyjątkowych okoliczności¹².

26. Dla zastosowania art. 7 ust. 3 lit. b) dyrektywy 93/37 w szczególności nie może wystarczyć fakt, że instytucja zamawiająca uważa za celowe udzielenie dalszego zamówienia dotychczasowemu kontrahentowi albo że w sposób formalny powołuje się na bliżej nieokreślone potrzeby techniczne. Musi ona szczegółowo wyjaśnić, dlaczego w konkretnym przypadku przyczyny techniczne bezwzględnie przemawiają przeciwko udzieleniu zamówienia innym wykonawcom, czyniąc absolutnie niezbędnym udzielenie

11 — Wyróżnienia pochodzą od autorki niniejszej opinii.

12 — Wyrok z dnia 18 maja 1995 r. w sprawie C-57/94 Komisja przeciwko Włochom, Rec. str. I-1249, pkt 23. Wyrok ten dotyczy wprawdzie art. 9 lit. b) dyrektywy Rady 71/305/EWG z dnia 26 lipca 1971 r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (Dz.U. L 185, str. 5, zwanej dalej „dyrektywą 71/305”), ten ostatni przepis jest jednakże identycznym w brzmieniu poprzednikiem interpretowanego tutaj art. 7 ust. 3 lit. b) dyrektywy 93/37. Zobacz także wyrok z dnia 28 marca 1996 r. w sprawie C-318/94 Komisja przeciwko Niemcom, Rec. str. I-1949, pkt 13. Podobnie rzecznik generalny Jacobs w pkt 64 opinii z dnia 23 marca 2000 r. w sprawie C-337/98 Komisja przeciwko Francji, Rec. str. I-8377, I-8379).

9 — Zobacz także motywy ósmny dyrektywy 93/37.

10 — W tym sensie także wyrok z dnia 17 września 1998 r. w sprawie C-323/96 Komisja przeciwko Belgii, Rec. str. I-5063, pkt 34.

zamówienia właśnie dotychczasowemu kontrahentowi. W przeciwnym wypadku powstałoby niebezpieczeństwo nadużywania przez instytucje zamawiające wymogów określonych w art. 7 ust. 3 lit. b) dyrektywy 93/37 w celu obejścia procedury składania ofert, wypaczając tym samym zamierzony przez dyrektywę ogólny cel rozwoju konkurencji¹³ w dziedzinie zamówień publicznych.

miotowych zamówień nie pojawił się żaden inny potencjalny wykonawca, stąd w każdym razie w tym przypadku nie została ograniczona konkurencja. Argument ten nie jest przekonujący. Sensem i celem uprzedniej publikacji ogłoszenia jest bowiem poinformowanie jak największego grona oferentów o planowanym udzieleniu zamówienia. Nie można więc wykluczyć, że w przypadku prawidłowej publikacji ogłoszenia pojawiliby się inni potencjalni wykonawcy.

27. Ciężar dowodu istnienia wyjątkowych okoliczności spoczywa na tym, kto zamierza się na nie powołać¹⁴. W niniejszej sprawie rząd włoski stwierdził jedynie, że właściwy organ pragnął zapobiec uszkodzeniu lub pogorszeniu dotychczas wykonanych robót budowlanych i uniknąć trudnych kwestii rozgraniczenia odpowiedzialności wielu wykonawców. Wszakże nawet gdyby z tej przyczyny mogło się mu wydawać celowe ponowne udzielenie zamówienia wykonawcom pierwszego projektu, to jednak nie chodziło o żadne bezwzględne przyczyny techniczne, dla których akurat temu wykonawcy należało udzielić zamówienia. Tym samym zastosowanie procedury negocjacyjnej nie mogło być oparte na art. 7 ust. 3 lit. b) dyrektywy 93/37.

b) Pilny charakter na podstawie art. 7 ust. 3 lit. c) dyrektywy 93/37

29. Rząd włoski powołuje się dalej na wyjątkowo pilny charakter sprawy, który wiązał się z udzieleniem przedmiotowych trzech zamówień na roboty budowlane i umożliwiał zastosowanie art. 7 ust. 3 lit. c) dyrektywy 93/37.

28. Na rozprawie rząd włoski uzupełniająco podniósł, że przy udzielaniu trzech przed-

30. Jednakże już na podstawie brzmienia tego przepisu powołanie się na niego jest obwarowane rygorystycznymi wymogami, skoro odwołuje się on do bezwarunkowej potrzeby, koniecznych przyczyn i braku przewidywalności określonych zdarzeń. Należy zresztą zauważyć, że przepis ten jako

13 — Zobacz zdanie pierwsze motywu dziesiątego dyrektywy 93/37.

14 — Powołany w przypisie 12 wyrok w sprawie Komisja przeciwko Włochom, pkt 23.

wyjątek należy interpretować ściśle¹⁵. Tylko w ten sposób można zapobiec nadużyciom przez instytucje zamawiające i dostosować się do zamierzonego przez dyrektywę celu rozwoju konkurencji¹⁶ w dziedzinie zamówień publicznych.

31. Jak zresztą wyraźnie stanowi art. 7 ust. 3 lit. c) zdanie drugie dyrektywy 93/37, instytucja zamawiająca nie może usprawiedliwiać pilnego charakteru sprawy okolicznościami wywołanymi przez nią samą. W niniejszej sprawie planowanie środków ochrony przeciwpowodziowej przebiegało już co najmniej od chwili udzielenia zamówień na roboty dotyczące pierwszego projektu, a więc od lat 80. Jak stwierdził sam rząd włoski, także przedmiotowe roboty były przewidziane od samego początku, zaś zamówienie na nie jedynie z przyczyn budżetowych zostało odroczone do czasu zorganizowania kolejnego odrębnego postępowania przetargowego. Dlatego nie można tego uznać za pilny charakter sprawy, lecz czysto wewnętrzne przyczyny organizacyjne instytucji zamawiającej.

15 — Wyrok z dnia 10 marca 1987 r. w sprawie 199/85 Komisja przeciwko Włochom, Rec. str. 1039, pkt 14. Wyrok ten dotyczy wprawdzie art. 9 lit. d) dyrektywy 71/305, ten ostatni przepis jest jednakże identycznym w brzmieniu poprzednikiem interpretowanego tutaj art. 7 ust. 3 lit. c) dyrektywy 93/37. Zobacz także powołany w przypisie 12 wyrok w sprawie Komisja przeciwko Niemcom, pkt 13. Podobnie rzecznik generalny Jacobs w powołanej w przypisie 12 opinii w sprawie Komisja przeciwko Francji, pkt 64.

16 — Zobacz zdanie pierwsze motywu dziesiątego dyrektywy 93/37.

32. Ciężar dowodu istnienia pilnego charakteru sprawy spoczywa na tym, kto zamierza się na niego powołać¹⁷. W niniejszej sprawie rząd włoski podniósł jedynie, że udzielenie zamówienia na roboty budowlane było pilne, gdyż należało przeciwdziałać podobno zwiększonemu zagrożeniu powodziowemu. Nie są znane powody, dla których właściwe władze nie mogły być przewidzieć tego zwiększenia zagrożenia powodziowego, skoro według ich pierwotnego planowania środki ochrony przeciwpowodziowej miały być zrealizowane w kilku etapach. Tym samym przesłanki zastosowania art. 7 ust. 3 lit. c) dyrektywy 93/37 nie są spełnione.

c) Powtórzenie podobnych robót budowlanych w okresie trzech lat na podstawie art. 7 ust. 3 lit. e) dyrektywy 93/37

33. Rząd włoski powołuje się wreszcie na art. 7 ust. 3 lit. e) dyrektywy 93/37. Bezsparnie wszystkie przesłanki tego przepisu — z wyjątkiem trzyletniego terminu — zostały spełnione przy udzielaniu trzech przedmiotowych zamówień publicznych na roboty budowlane. Sporne jest między stronami jedynie to, kiedy rozpoczyna swój bieg trzyletni termin określony w ostatnim zdaniu rzezonego przepisu. Od rozstrzygnięcia tej kwestii zaś zależy, czy instytucja zamawiająca

17 — Powołany w przypisie 15 wyrok w sprawie Komisja przeciwko Włochom, pkt 14.

mogła zastosować procedurę negocjacyjną bez uprzedniej publikacji ogłoszenia.

34. Wykładnię, według której termin ten rozpoczyna swój bieg dopiero po zakończeniu robót budowlanych w ramach pierwszego zamówienia, rząd włoski opiera w szczególności na włoskiej wersji językowej dyrektywy 93/37. Dla oznaczenia rozpoczęcia terminu jest tam użyte pojęcie „conclusionone dell'appalto iniziale”. Sformułowanie to różni się od sformułowania użytego w poprzedniej wersji aktu¹⁸, a mianowicie: „aggiudicazione dell'appalto iniziale”, które jasno odwoływało się do udzielenia pierwotnego zamówienia.

35. Jak już w przeszłości rozstrzygnął Trybunał w utrwalonym orzecznictwie¹⁹, wszystkie wersje językowe przepisu wspólnotowego należy uznać za równoprawne. Właściwy moment rozpoczęcia biegu trzyletniego terminu w art. 7 ust. 3 lit. e) dyrektywy 93/37 nie może więc zostać ustalony poprzez rozważenie tylko jednej wersji językowej w oderwaniu od pozostałych. Należy raczej opierać się na analizie porównawczej wszystkich wersji.

18 — Artykuł 5 ust. 3 lit. e) dyrektywy 71/305 w brzmieniu ustalonym dyrektywą Rady 89/440/EWG z dnia 18 lipca 1989 r. dotyczącą koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (Dz.U. L 210, str. 1).

19 — Wśród wielu innych zob. wyrok z dnia 2 kwietnia 1998 r. w sprawie C-296/95 EMU Tabac i in., Rec. str. I-1605, pkt 36 oraz wyrok z dnia 9 stycznia 2003 r. w sprawie C-257/00 Givane i in., Rec. str. I-345, pkt 36.

36. W niektórych wersjach językowych dyrektywy 93/37 użyte sformułowania nie są niestety tak jasne, jak należałoby sobie tego życzyć. Tak na przykład niemiecka wersja językowa odnosi się do „Abschluss des ersten Auftrags”, francuska mówi o „conclusion du marché initial”, a niderlandzka tylko o „oorspronkelijke opdracht”. Przeciwno wykładni prezentowanej przez rząd włoski, a za stanowiskiem Komisji jednoznacznie przemawia szereg innych wersji językowych, a mianowicie wersja angielska („conclusion of the original contract”), duńska („indgaaelsen af den oprindelige kontrakt”), hiszpańska („celebración del contrato inicial”) i portugalska („celebração do contrato inicial”).

37. Warto również zauważyć, że zmiana brzmienia art. 7 ust. 3 lit. e) dyrektywy 93/37, na którą wskazuje rząd włoski, została dokonana jedynie w włoskiej wersji językowej poprzez zastąpienie „aggiudicazione” przez „conclusionone”, podczas gdy inne wersje pozostały w tym zakresie niezmienione w stosunku do poprzedniej regulacji²⁰. Już dlatego należy dojść do wniosku, że chodzi tutaj wyłącznie o redakcyjną zmianę brzmienia włoskiego, a nie o merytoryczną nową wersję przepisu. Ten punkt widzenia wspiera

20 — Artykuł 5 ust. 3 lit. e) dyrektywy 71/305 w brzmieniu ustalonym dyrektywą 89/440.

pierwszy motyw dyrektywy 93/37, według którego chodzi o konsolidację dokonaną dla jasności i większej zrozumiałości.

38. Ostatecznie rozstrzygające jest jednakże nie samo brzmienie, lecz rozważenie danego przepisu w kontekście całej regulacji, jak również w świetle jego ducha i celu²¹.

39. Jeśli chodzi o umiejscowienie spornego przepisu określającego termin w łącznym kontekście dyrektywy 93/37, należy wskazać, że w art. 1 lit. a) tej dyrektywy w definicji zamówienia publicznego na roboty budowlane jest wyraźnie użyte pojęcie *umowy*, a nie robót budowlanych, co ma miejsce także we włoskiej wersji językowej: „gli »appalti pubblici di lavori« sono *contratti* a titolo oneroso [...]”²².

40. Ponadto z art. 7 ust. 4 dyrektywy, który określa rodzaje postępowania stosowane w normalnych przypadkach wynika, a contrario, że art. 7 ust. 3 lit. e) dyrektywy 93/37 zawiera wyjątek, który już ze swej natury powinien być interpretowany w sposób ścisły.

41. Zatem, jeśli chodzi o ratio legis trzyletniego terminu, to służy on zasadniczo osiągnięciu swobody przedsiębiorczości i swobodnego przepływu usług w dziedzinie zamówień publicznych na roboty budowlane, przyczyniając się do stworzenia większej konkurencji²³. Także z tej przyczyny mniej korzystna dla konkurentów procedura negocjacyjna powinna zostać uznana za wyjątkową i z tego względu mającą zastosowanie jedynie w niektórych, ściśle określonych wypadkach²⁴.

42. Stąd zarówno ogólny kontekst, jak również duch i cel art. 7 ust. 3 lit. e) dyrektywy 93/37 przemawiają za wąskim rozumieniem trzyletniego terminu, a tym samym za rozpoczęciem biegu terminu już od chwili *zawarcia umowy* dotyczącej pierwszego zamówienia. Rozpoczęcie biegu terminu od chwili *zakończenia* pierwszego zamówienia rozszerzyłoby natomiast zakres stosowania procedury negocjacyjnej i tym samym byłoby sprzeczne z celem stworzenia konkurencji w dziedzinie zamówień publicznych na roboty budowlane. Jak słusznie wywodzi Komisja, ten ostatni sposób obliczania terminu byłby poza tym szkodliwy dla pewności prawa. Ponieważ zakończenie obiektu budowlanego nie musi być równoznaczne z odbiorem przez inwestora, teoretycznie w grę mogłyby wchodzić również inne zdarzenia, takie jak położenie ostatniego kamienia, demontaż rusztowań, zamknięcie placu budowy lub zapłata (pozostałego)

21 — Wśród wielu innych zob. wyroki z dnia 27 lutego 2003 r. w sprawie C-373/00 Truley, Rec. str. I-1931, pkt 35, z dnia 13 listopada 2003 r. w sprawie C-294/01 Granarolo, Rec. str. I-13429, pkt 43, z dnia 27 listopada 2003 r. w sprawie C-497/01 Zita Modes, Rec. str. I-14393, pkt 34 i powołany w przypisie 19 wyrok w sprawie Givane, pkt 38 i 39.

22 — Wyróżnienia pochodzą od autorki niniejszej opinii.

23 — Zobacz motyw drugi i zdanie pierwsze motywu dziesiątego dyrektywy 93/37.

24 — Zobacz motyw ósmy dyrektywy 93/37.

wynagrodzenia za roboty. W przeciwieństwie do tego data zawarcia umowy z reguły daje się jednoznacznie ustalić.

43. Słusznie więc należy interpretować art. 7 ust. 3 lit. e) dyrektywy 93/37 w ten sposób, że określony w ostatnim zdaniu trzyletni termin rozpoczyna swój bieg już od chwili zawarcia umowy dotyczącej pierwszego zamówienia, a nie dopiero od chwili zakończenia robót budowlanych objętych pierwszym projektem. Zatem w odniesieniu do przedmiotowych trzech zamówień publicznych na roboty budowlane Republika Włoch niewłaściwie zinterpretowała i zastosowała dyrektywę 93/37.

d) Wstępne rozstrzygnięcie

44. Ponieważ nie zostały spełnione przesłanki żadnego z wyjątków określonych w art. 7 ust. 3 dyrektywy 93/37, Republika Włoch uchybiła zobowiązaniom ciążącym na niej na mocy Traktatu w ten sposób, że udzieliła przedmiotowych trzech zamówień publicznych na roboty budowlane w trybie procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji ogłoszenia.

2) Brak usprawiedliwionego błędu co do prawa

45. Rząd włoski podnosi wreszcie, że preferowana przezeń wykładnia chwili rozpoczę-

cia trzyletniego terminu określonego w art. 7 ust. 3 lit. e) dyrektywy 93/37 spowodowała, iż w świetle włoskiej wersji językowej tego przepisu instytucja zamawiająca uległa usprawiedliwionemu błędowi („errore scusabile”).

46. Rzeczywiście pojęcie usprawiedliwionego błędu nie jest całkowicie obce prawu wspólnotowemu, w szczególności w zakresie prawnospółnotowego roszczenia z tytułu odpowiedzialności państwa. Jakkolwiek wina zasadniczo nie jest przesłanką odpowiedzialności odszkodowawczej Państw Członkowskich²⁵, usprawiedliwienie lub brak usprawiedliwienia błędów co do prawa może być pomocne dla ustalenia tego, czy władze krajowe oczywiście i rażąco przekroczyły przyznany im zakres swobodnego uznania i tym samym dopuściły się wystarczająco istotnego naruszenia normy prawa wspólnotowego²⁶. Ponieważ uznaje się w dziedzinie odpowiedzialności pozaumownej, że nie każde naruszenie prawa przez Państwo Członkowskie lub instytucję wspólnotową musi koniecznie prowadzić do odpowiedzialności finansowej wobec jednostki, przesłanki przyznania odszkodowania zależą raczej od rodzaju naruszenia prawa wspólnotowego²⁷.

25 — Wyroki z dnia 5 marca 1996 r. w sprawach połączonych C-46/93 i C-48/93 Brasserie du Pêcheur i Factortame, Rec. str. I-1029, pkt 79 i 80 oraz z dnia 8 października 1996 r. w sprawach połączonych C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 i C-190/94 Dillenkofer i in., Rec. str. I-4845, pkt 28.

26 — Powołane w przypisie 25 wyroki w sprawach Brasserie du Pêcheur i Factortame, pkt 55, 56 i 78 i wyrok z dnia 30 września 2003 r. w sprawie C-224/01 Köbler, Rec. str. I-10239, pkt 53–55.

27 — Wyroki: powołany w przypisie 25 w sprawach połączonych Dillenkofer i in., pkt 20 oraz powołany w przypisie 25 w sprawach połączonych Brasserie du Pêcheur i Factortame, pkt 38.

47. Jednakże nie można przenieść tych rozważań na temat roszczenia odszkodowawczego z tytułu odpowiedzialności państwa na postępowanie o stwierdzenie uchybienia. Celem postępowania o stwierdzenie uchybienia jest bowiem zapewnienie prawidłowego i jednolitego wykonania prawa wspólnotowego we wszystkich Państwach Członkowskich, jak również dążenie do usunięcia wszelkich naruszeń²⁸. Chodzi zatem o postępowanie, w którym naruszenia prawa wspólnotowego są stwierdzane *obiektywnie*, całkowicie niezależnie od ich przyczyn, jak również rodzaju i ciężaru ich skutków²⁹.

48. Zresztą każde Państwo Członkowskie ponosi wobec Wspólnoty całkowitą odpowiedzialność za działanie każdego organu państwowego na jego terytorium w zgodzie z prawem wspólnotowym. Ta odpowiedzialność obejmuje obowiązek podejmowania wszelkich właściwych kroków w celu wykonania zobowiązań prawnospółnotowych i powstrzymania się od przyjmowania jakichkolwiek środków, które mogłyby zagrozić ich urzeczywistnieniu (art. 10 WE). Istnieje ona niezależnie od jakiegokolwiek winy.

49. W tym kontekście tego typu argumenty Państw Członkowskich w postępowaniu o stwierdzenie uchybienia zobowiązaniom

mogą być dopuszczone tylko w wąskim zakresie i po to, aby z góry wykluczyć wszelkie nadużycia. W konsekwencji z tej przyczyny w takim postępowaniu Trybunał uznaje jeden jedyny argument, który jest niezależny od winy, a mianowicie powołanie się na całkowitą niemożność wykonania zobowiązań prawnospółnotowych³⁰.

50. Błąd co do prawa nie może natomiast stanowić dopuszczalnego argumentu w postępowaniu o stwierdzenie uchybienia zobowiązaniom Państwa Członkowskiego. Przykładowo Trybunał rozstrzygnął już w przeszłości, że w celu odroczenia wykonania dyrektywy w przewidzianych terminach Państwo Członkowskie nie może się powołać na trudności związane z jej wykładnią³¹.

51. Państwo Członkowskie nie może również podnosić argumentu, iż naruszenie przez nie prawa wspólnotowego było nieznaczne lub nie spowodowało szkody³².

28 — Także ryczałt, a w szczególności okresowa kara pieniężna, których zapłatę można zasądzić od Państwa Członkowskiego (art. 228 ust. 2 WE) powinny być postrzegane w tym kontekście.

29 — Obiektywny charakter postępowania o stwierdzenie uchybienia zobowiązaniom Państwa Członkowskiego podkreśla również rzecznik generalny Tizzano w pkt 14 opinii z dnia 18 stycznia 2001 r. w sprawie C-316/99 Komisja przeciwko Niemcom, Rec. str. I-2037, I-2038.

30 — Wyroki z dnia 15 stycznia 1986 r. w sprawie 52/84 Komisja przeciwko Belgii, Rec. str. 89, pkt 16, z dnia 2 lutego 1988 r. w sprawie 213/85 Komisja przeciwko Niderlandom, Rec. str. 281, pkt 22 i z dnia 26 czerwca 2003 r. w sprawie C-404/00 Komisja przeciwko Hiszpanii, Rec. str. I-6695, pkt 45, z powołanym tam orzecznictwem.

31 — Wyroki z dnia 20 marca 2003 r. w sprawie C-135/01 Komisja przeciwko Niemcom, Rec. str. I-2837, pkt 25 i z dnia 8 marca 2001 r. w sprawie C-316/99 Komisja przeciwko Niemcom, pkt 9. Słusznie wywodzi tutaj rzecznik generalny Tizzano: „W świetle obiektywnego charakteru postępowania o stwierdzenie uchybienia zobowiązaniom Państwa Członkowskiego dobra wiara rządu danego Państwa Członkowskiego, choć użyteczna i godna aprobaty, z pewnością nie może jednak zniwelować uchybienia zobowiązaniom, gdy takie uchybienie miało miejsce” (zob. powołana w przypisie 29 opinia w sprawie C-316/99, pkt 14).

32 — Wyrok z dnia 18 grudnia 1997 r. w sprawie C-263/96 Komisja przeciwko Belgii, Rec. str. 7453, pkt 30 i powołany w przypisie 4 wyrok w sprawie Komisja przeciwko Niemcom, pkt 42.

52. Ponadto jest to zgodne z utrwalonym orzecznictwem, że wykładnia i stosowanie prawa wspólnotowego nigdy nie mogą opierać się tylko na jednej wersji językowej, jak miało to miejsce w niniejszej sprawie, lecz iż należy raczej opierać się na analizie porównawczej wszystkich wersji językowych z uwzględnieniem brzmienia, celu i kontekstu danego przepisu³³. Wszelkie wątpliwości muszą zostać zgłoszone Komisji zgodnie z zasadą lojalnej współpracy (art. 10 WE).

53. Jedynie wtedy, gdy sama Komisja — na przykład w opinii skierowanej do Państwa Członkowskiego — wzbudziła w nim uzasadnione oczekiwania co do określonego rozumienia jego praw i obowiązków wynikających z prawa wspólnotowego, wówczas mogłyby to zostać podniesione przeciwko Komisji także w postępowaniu o stwierdzenie uchybienia zobowiązaniom tego państwa. Słusznie Komisja wskazuje w tym kontekście na przypadki, w których instytucja wspólnotowa swoim zachowaniem wywołała w świadomości organu administracji błędne wrażenie albo w każdym razie decydująco się do niego przyczyniła³⁴.

54. W świetle powyższego nie jest zasadny argument rządu włoskiego, że instytucja

zamawiająca popełniła usprawiedliwiony błąd przy ustalaniu rozpoczęcia biegu terminu na podstawie art. 7 ust. 3 lit. e) dyrektywy 93/37.

3) Wnioski

55. Z powyższych rozważań wynika, że Republika Włoska uchybiła zobowiązaniom ciążącym na niej na mocy Traktatu w ten sposób, że udzieliła przedmiotowych trzech zamówień publicznych na roboty budowlane w trybie procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji ogłoszenia, mimo że nie zostały spełnione przesłanki przewidziane w dyrektywie 93/37, w tym w szczególności w jej art. 7 ust. 3.

VI — W przedmiocie kosztów

56. Zgodnie z art. 69 § 2 regulaminu kosztami zostaje obciążona, na żądanie strony przeciwnej, strona przegrzywająca sprawę. Jak wynika z powyższych rozważań, należy uwzględnić skargę Komisji. Zatem zgodnie z wnioskiem Komisji kosztami postępowania należy obciążyć Republikę Włoską, która sprawę przegrała.

33 — Zobacz m.in. wyrok z dnia 6 października 1982 r. w sprawie 283/81 CILFIT i in., Rec. str. 3415, pkt 16–20, pkt 35 niniejszej opinii oraz orzecznictwo powołane w przypisie 19.

34 — Wyrok z dnia 23 listopada 1995 r. w sprawie C-285/93 Dominikanerinnen-Kloster Altenhohenau, Rec. str. I-4069, pkt 27, z powołanym tam orzecznictwem.

VII — Wnioski

57. Na podstawie powyższych rozważań proponuję, aby Trybunał orzekł w następujący sposób:

„1) Republika Włoska uchybiła zobowiązaniom ciążącym na niej na mocy Traktatu w ten sposób, że poprzez Magistrato per il Po di Parma udzieliła w trybie procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji ogłoszenia zamówień publicznych na uzupełniające części następujących zamówień na roboty budowlane:

— na roboty wykończeniowe budowy zbiornika retencyjnego na wody powodziowe rzeki Parma w miejscowości Marano (gmina Parma),

— na roboty w celu zagospodarowania i wykończenia zbiornika retencyjnego dla rzeki Enza oraz

— na roboty w celu regulacji powodzi rzeki Terdoppio — kanał Scolmatore na południowy zachód od Cerano

przy braku przesłanek dla zastosowania takiej procedury na podstawie dyrektywy Rady 93/37/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, a w szczególności jej art. 7 ust. 3.

2) Republika Włoska zostaje obciążona kosztami postępowania”.