

KOMISJA v DANIA
OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
TESAURO

wydana dnia 17 listopada 1992 r.*

Panie Prezesie,

Członkowie Trybunału,

1. W niniejszej sprawie Komisja dąży do uzyskania oświadczenia Trybunału, że w procedurze zapraszania do składania ofert przetargowych na budowę mostu przez zachodni kanał Storebaelt (Wielki Bełt) Królestwo Danii nie wywiązało się ze swoich zobowiązań w ramach Artykułów 30, 48 i 59 Traktatu o EWG i Dyrektywy Rady 71/305/EWG z dnia 26 lipca 1971 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane.¹ Komisja kwestionuje dwa aspekty procedury udzielania zamówienia: a) włączenie do ogólnych warunków przetargu klauzuli, która zaprasza do składania ofert przetargowych z zastrzeżeniem największego możliwego wykorzystania duńskich materiałów, towarów konsumpcyjnych oraz siły roboczej i sprzętu (zwanej dalej "klauzulą o duńskiej zawartości"); b) fakt, że negocjacje z wybranym konsorcjum przeprowadzono na podstawie oferty, która nie spełniała ogólnych warunków przetargu.

2. Fakty oraz postępowanie przedsądowe są opisane szczegółowo w Sprawozdaniu na Rozprawę, do którego włączono odniesienia. W tym miejscu pozwolę sobie tym samym wyłącznie streścić, w zakresie niezbędnym w celu ułatwienia kolejnych uwag, istotne aspekty tej kwestii.

Zamówienie na budowę mostu nad zachodnim kanałem Storebaelt zostało udzielone Europejskiej Grupie Storebaelt (zwanej dalej "ESG"), jednemu z pięciu międzynarodowych konsorcjów, które zostały zaproszone do składania ofert przetargowych w ramach ograniczonego przetargu ogłoszonego przez Aktieselskabet Storebaeltsforbindelsen (zwanej dalej "Storebaelt"), spółkę kontrolowaną w całości przez Państwo Duńskie oraz instytucji zamawiającej dla przedmiotowych robót. Storebaelt, która sporządziła trzy różne projekty jako podstawę ofert przetargowych, rozpoczęła rozmowy z wcześniej wybranymi konsorcjami a następnie przeprowadziła negocjacje z ESG, które skorzystało z opcji przewidzianej w Warunku 3, Klauzula 3, ogólnych warunków przetargu, dotyczącej złożenia oferty alternatywnej; negocjacje te zakończyły się podpisaniem umowy dnia 26 czerwca 1989 r.

3. Dnia 18 maja 1989 r. Komisja skontaktowała się z Władzami Danii i wyraziła swoje wątpliwości co do zgodności z Prawem Wspólnotowym zarówno klauzuli

¹ *OJ, English Special Edition 1971 (II), s*
() Język oryginału: włoski. 682.*

o duńskiej zawartości, jak i faktu, iż negocjacje z ESG przeprowadzono na podstawie oferty, która nie spełniała Warunku 3, Klauzuli 3 ogólnych warunków przetargu. Nieusatysfakcjonowana wyjaśnieniami przekazanymi przez Rząd Danii Komisja przesłała pismo z formalnym powiadomieniem dnia 21 czerwca 1989 r., żądając, między innymi, odroczenia podpisania umowy. W odpowiedzi na to pismo Władze Danii poinformowały Komisję, że nie uważają, aby odroczenie podpisania umowy było odpowiednie, ale że, pismem z dnia 21 czerwca, zażądały od Storebaelt usunięcia klauzuli o duńskiej zawartości tak, aby nie pojawiła się ona w końcowej umowie.

Biorąc pod uwagę, że popełniono naruszenie oraz że usunięcie przedmiotowej klauzuli po udzieleniu zamówienia nie naprawiło niewywiązania się ze zobowiązań, Komisja, telexem z dnia 14 lipca 1989 r., przekazała Danii uzasadnioną opinię, w której, między innymi, oznajmiła, że, z uwagi na to, że umowa została już podpisana, jedynym sposobem naprawy zaistniałej sytuacji było poproszenie Storebaelt o anulowanie umowy z ESG i ponowne otwarcie procedury przetargowej.

Gdy Królestwo Danii nie dostosowało się do uzasadnionej opinii, Komisja wszczęła postępowanie w ramach Artykułu 169 oraz wystąpiła o tymczasowe środki zgodnie z Art.186 Traktatu, ale tylko wobec swojego sprzeciwu wobec klauzuli o duńskiej zawartości.

4. Podczas rozprawy dotyczącej wniosku o tymczasowe środki dnia 22 września 1989 r. Rząd Danii oznajmił, że uznaje, że klauzula o duńskiej zawartości stanowiła naruszenie podstawowej zasady niedyskryminacji chronionej w Traktacie o EWG i zobowiązał się (a) unikać jakiegokolwiek klauzuli lub praktyki dyskryminującej w stosunku do przyszłych zamówień publicznych na roboty lub dostawy, (b) zapewnić wypłatę odszkodowania za szkody poniesione przez oferentów pod warunkiem, że byliby w stanie wykazać, że ich roszczenia odszkodowawcze są dobrze uzasadnione w prawie duńskim, i (c) w każdym wypadku zapewnić odzyskanie kosztów przetargu w drodze arbitrażu, przy czym te spółki nie musiałyby ustalać, że brak udzielenia zamówienia był spowodowany dyskryminującym efektem klauzuli o duńskiej zawartości.

Po tym oświadczeniu Komisja wycofała wniosek o tymczasowe środki, ale kontynuowała postępowanie w ramach Artykułu 169, jako jednej z podstaw skargi, na której oparto wniosek o tymczasowe środki. Jakkolwiek, następnie Komisja, która, w swoim wniosku wszczynającym postępowanie, zastrzegła sobie prawo uzupełnienia i rozwinięcia w terminie późniejszym podstaw swojego wniosku, zażądała i, w większości, uzyskała od Rządu Danii różne dokumenty dotyczące procedury przetargowej i wersji końcowej umowy, na podstawie której następnie przytoczyła, w formie odpowiedzi, nowe powody dla wsparcia swojego wniosku. Ten krok skłonił Rząd Danii do podniesienia, w swojej odpowiedzi na pozew, szeregu wstępnych zastrzeżeń odnośnie do niedopuszczalności, dotyczących zarówno podstawy wniosku dotyczącego klauzuli o duńskiej zawartości oraz negocjacji, które miały miejsce między

Storebaelt i ESG. Te zastrzeżenia Rządu Danii zostaną teraz rozpatrzone wraz z dwiema podstawami wniosku, na których opiera się Komisja.

(a) Klauzula o duńskiej zawartości

5. Rząd Danii sprzeciwia się, aby Komisja rozszerzała spór o klauzule ogólnych warunków przetargu inne niż te wspomniane w piśmie z formalnym zawiadomieniem lub w uzasadnionej opinii gdyż, w przedmiocie sprawy, muszą być wprowadzone tym samym nowe podstawy prawne, które są zawarte i rozwinięte tylko w odpowiedzi.

W istocie, w trakcie postępowania przedsądowego Komisja powoływała się jedynie na klauzulę o duńskiej zawartości wyznaczoną w Warunku 6, Klauzuli 2 ogólnych warunków przetargu; jakkolwiek w swoim wniosku, a zwłaszcza w odpowiedzi, odrzuciła różne pozostałe klauzule, które były zawarte w takich samych warunkach przetargu lub wprowadzone po raz pierwszy w końcowej wersji umowy z takim skutkiem, że warunek duńskiej zawartości jest nadal w umowie, szczególnie w postaci wymagań dotyczących materiałów.

Komisja dąży do uzasadnienia tego kroku, twierdząc, że w postępowaniu przedsądowym jej celem było ogólne zakwestionowanie klauzuli o duńskiej zawartości oraz że, tym samym, przedłożenia zawarte w odpowiedzi należy rozumieć jako po prostu wzmacnianie tej bardziej ogólnej podstawy wniosku i nie stanowią one nowych, oddzielnych podstaw prawnych. W istocie, nie można zaprzeczyć, że klauzule przywołane przez Komisję zarówno w pierwotnym wniosku, jak i w odpowiedzi, nie są w istocie niczym więcej niż poszczególnymi przypadkami warunku duńskiej zawartości przedstawionego w Warunku 6, Klauzuli 2 ogólnych warunków przetargu.

6. Wobec powyższego, należy wskazać, że, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem,² zakres wniosku w ramach Artykułu 169 Traktatu wyznacza postępowanie przedsądowe przewidziane w tym artykule oraz inne żądania strony skarżącej, i zarówno uzasadniona opinia, jak i wniosek muszą opierać się na takich samych przesłankach i podstawach prawnych. Chociaż Trybunał pozwala na podnoszenie nowych kwestii faktycznych w trakcie pozwu lub jeżeli są one "tego samego rodzaju jak te, na które powoływała się uzasadniona opinia i stanowiły one takie same podstępowanie",³ te fakty musiały, mimo to, zgodnie z Artykułem 42 ust. 2 Reguł Postępowania, nastąpić po doręczeniu uzasadnionej opinii lub, w każdym wypadku, wnioskodawca nie mógł mieć świadomości ich istnienia w momencie składania wniosku.

Wówczas, w zakresie, w jakim zastrzeżenia podniesione po raz pierwszy przez Komisję we wniosku i w odpowiedzi dotyczą klauzul ogólnych warunków przetargu i tym samym klauzul, które istniały w momencie przesłania pisma z formalnym zawiadomieniem, nieuchronny wniosek zgodnie z utrwalonym

² Patrz najnowszy wyrok w *Sprawie C-52/90 Komisja przeciw Danii* [1992] ECR

³ Patrz wyrok w *Sprawie 42/82 Komisja przeciw Francji* [1983] ECR 1013 oraz w *Sprawie 113/86 Komisja przeciw Włochom* [1988] ECR 607.

orzecnictwem jest taki, że Komisja powinna była lub przynajmniej mogła o nich wiedzieć.

Wynika z tego, że te "dyskryminujące" klauzule nie mogą być wzięte pod uwagę w niniejszym postępowaniu: tym samym musi zostać podtrzymana wstępna skarga o stwierdzeniu nieważności podniesiona przez Rząd Danii.

Mimo to, muszę dodać, że, w tym aspekcie, kwestia jest wyłącznie formalna. Mam na myśli to, że, jeżeli klauzula duńskiej zawartości jest niezgodna z Prawa Wspólnotowym, co jest faktem bezspornym, wydaje mi się, że Państwo niewywiązujące się ma obowiązek w każdym przypadku przyjąć oczywiste konsekwencje, czyli usunąć wszystkie te postanowienia, które obejmują warunek duńskiej zawartości. Ewidentne jest, że Rząd Danii był tego świadomy, zarówno z jego odpowiedzi na uzasadnioną opinię, w której zapewnia, że końcowa wersja zawartej umowy nie zawiera klauzul analogicznych do warunku zawartości duńskiej, oraz z jego oświadczenia o tym, że, ponieważ musiał usunąć warunek zawartości duńskiej przed podpisaniem umowy i dlatego miał mało czasu na działanie, nie zwrócił uwagi na niektóre określone instrukcje w zakresie wykorzystania materiałów duńskich, gdyż po prostu działał w pośpiechu.⁴

7. Następnie, w odniesieniu do tych klauzul, które zostały ujęte po raz pierwszy w końcowej wersji umowy i które, według Komisji, także stanowiły specyfikacje zawartości duńskiej, należy przede wszystkim zauważyć, że żądanie Komisji względem przedmiotowej podstawy prawnej dotyczy tylko bezprawności procedury udzielenia zamówienia. Tym samym, w odróżnieniu od "dyskryminujących" klauzul w ogólnych i szczególnych warunkach przetargu, te, które zostały dodane do wersji końcowej umowy, nie mogą mieć jakiegokolwiek wpływu na prowadzenie tego postępowania.⁵ A zatem, mówiąc dokładnie, te klauzule mogły służyć jako podstawa odrębnego pozwu, ponieważ, jeżeli są bezprawne, oczywiście stanowiłyby trwające naruszenie Prawa Wspólnotowego, gdyż budowa mostu jest w trakcie realizacji.

Oczywiście, można twierdzić, że uwzględnienie, dla celów postępowania, wymagań w tych klauzulach, które są ewentualnie bezprawne, z małym prawdopodobieństwem może prowadzić do jakiegokolwiek istotnej zmiany przedmiotu pozwu, ponieważ przyczyny skargi mają taki sam charakter jak te w uzasadnionej opinii i dotyczą tego samego postępowania. Ponadto, jeżeli wersja końcowa umowy została de facto sporządzona przed doręczeniem uzasadnionej opinii, instytucja wnioskująca, która, ponadto, nie może zostać oskarżona o opóźnienie lub zaniedbanie biorąc pod uwagę niezwykle szybkość wszczęcia niniejszego postępowania (pomiędzy rozpoczęciem postępowania

⁴ Patrz strona 44 odpowiedzi na pozew. W istocie Rząd Danii wyraźnie uznał, że niektóre postanowienia Umowy, opisane jako o drugorzędym znaczeniu, nadal zawierają specyfikacje dotyczące duńskiej zawartości.

⁵ Oczywiście, poczynione przeze mnie uwagi są prawdziwe także w tym przypadku: byłoby co najmniej nielogiczne, gdyby Rząd Danii, uznawszy niekompatybilność klauzuli duńskiej zawartości z Prawem Wspólnotowym i tym samym zażądawszy jej usunięcia, pozwolił następnie na ujęcie niezgodnych z prawem wymagań tego samego rodzaju w końcowej wersji umowy.

przedsądowego a złożeniem wniosku upłynął mniej niż miesiąc) pozyskała o tym wiedzę rzeczywistą dopiero po wniesieniu pozwu.

Jakkolwiek, w świetle restrykcyjnego podejścia Trybunału do kwestii rozszerzenia przedmiotu pozwu o fakty, których wnioskodawca był nieświadomy w momencie dostarczenia uzasadnionej opinii, proponuję, mając na względzie zasady postępowania w ramach Artykułu 169, aby wstępna skarga o stwierdzenie nieważności wniesiona przez Rząd Danii była dopuszczalna także w tym względzie.

8. Obecnie, gdy już ustalono, że przedmiot rozpatrywanej podstawy prawnej jest ograniczony do klauzuli zawartości duńskiej, przedstawionej w Warunku 6, Klauzuli 2 ogólnych warunków przetargu, i pamiętając o tym, że niezgodność tej klauzuli z Artykułami 30, 48 i 59 Traktatu nie jest sporna, pierwszym punktem do rozpatrzenia jest to, czy Rząd Danii, usuwając przedmiotową klauzulę, spełnił uzasadnioną opinię. W istocie, jak zostanie to przywołane, ta klauzula została usunięta przed podpisaniem umowy (26 czerwca) i tym samym zanim Komisja dostarczyła uzasadnioną opinię do Rządu Danii (14 lipca). Dokładnie w świetle powyższych okoliczności Rząd Danii twierdzi, że wniosek powinien być uznany za nie do przyjęcia lub co najmniej oddalony przez analogię z decyzją Trybunału w Sprawie C-362/90 Komisja przeciwko Włochom.⁶ W takim wypadku muszę wskazać natychmiast, że, moim zdaniem, rozpatrywana sprawa nie jest porównywalna z dopiero co wspomnianą sprawą.

W Sprawie C-362/90 zaskarżone naruszenie wywarło już wszystkie swoje skutki do czasu doręczenia uzasadnionej opinii. Ponadto Trybunał skrytykował w szczególności Komisję za brak "działania w odpowiednim czasie, aby zapobiec, przy pomocy dostępnych jej procedur, skutkom naruszenia, a także, że nawet nie przywołała istnienia okoliczności, co nie pozwoliło jej na zakończenie postępowania przedsądowego określonego w art. 169 Traktatu przed ustaniem naruszenia".⁷

9. Sytuacja w tej sprawie jest zupełnie inna. Jak już wspomniałem, w swoim piśmie z formalnym zawiadomieniem Komisja nie tylko zażądała wyjaśnień w ciągu siedmiu dni, ale także odroczenia podpisania umowy w tym okresie. Spełniając żądania Komisji, Rząd Danii mógł tym samym uniknąć "skonsumowania" niewywiązania się ze swoich zobowiązań; zamiast tego, ogłosił, w trakcie postępowania z tytułu naruszenia Traktatu, w swojej odpowiedzi na pismo z formalnym zawiadomieniem, że Storebaelt już podpisała umowę. Taki krok wykluczył ponowne otwarcie procedury udzielenia zamówienia, i dlatego, w jego uzasadnionej opinii, wnioskodawca zażądał, jako jedyne go sposobu zabezpieczenia zgodności z Prawem Wspólnotowym, uchylecia umowy i ponownego otwarcia postępowania przetargowego. Co za tym idzie, w zakresie, w jakim zawarto umowę na podstawie nieprawidłowego postępowania przetargowego, wydaje mi się, że, biorąc pod uwagę

⁶ Patrz wyrok Komisja przeciw Włochom [1992] ECR I-2353.

⁷ Patrz wyrok w Sprawie C-362/90, przytaczany powyżej, ustęp 12.

niekwestionowaną bezprawność warunku zawartości duńskiej, nie można zaprzeczyć istnieniu naruszenia.

Oczywiste jest, że naruszenie mogłoby być wyeliminowane wyłącznie w drodze nowego postępowania przetargowego, ponieważ procedura została przeprowadzona ze skandalicznym naruszeniem Prawa Wspólnotowego. Innymi słowy, z faktu, iż klauzula zawartości duńskiej miała wpływ na złożenie ofert przetargowych, wynika niewątpliwie, że jej późniejsze usunięcie, nawet przed podpisaniem umowy, nie mogło w żadnym wypadku naprawić takiej poważnej wady postępowania przetargowego.

Co więcej, sądzę, że mało prawdopodobne jest, aby Rząd Danii mógł polegać na oświadczeniu Komisji, że na tym etapie nie można już zabezpieczyć pełnej zgodności z Prawem Wspólnotowym, twierdząc, że żądanie Komisji dotyczące jej sprzeciwu wobec klauzuli zawartości duńskiej przestaje być odpowiednie. W istocie, byłoby to co najmniej niespotykane, gdyby Państwo Członkowskie, które byłoby w stanie zapobiec definitywnym skutkom naruszenia, mogło później polegać na fakcie, że doszło już do naruszenia zobowiązań w celu uniknięcia oświadczenia, zgodnie z Artykułem 171, że miało już miejsce. Celem orzeczenia Trybunału w tej sprawie nie jest oświadczenie, że Storebaelt powinna była ponownie otworzyć postępowanie przetargowe, ale, po prostu, oświadczenie, że dane postępowanie zostało przeprowadzone z naruszeniem odpowiednich postanowień Prawa Wspólnotowego.

Podsumowując, przyjęcie twierdzenia pozwanego, że klauzula zawartości duńskiej została usunięta już przed wydaniem uzasadnionej opinii oraz że, co za tym idzie, formalny sprzeciw wobec tej klauzuli przestał być odpowiedni po podpisaniu umowy, byłoby równoznaczne z przyznaniem faktu, iż, mimo że postępowaniu z tytułu naruszenia Traktatu były już w toku, "skonsumowano" naruszenie zobowiązań.

Jeszcze jedna końcowa obserwacja w tym zakresie. Moim zdaniem, jasne jest, że, jeżeli Trybunał miałby przyjąć argument Rządu Danii, całe *raison d'être* postępowania z tytułu naruszenia Traktatu byłoby nieważne w przypadku dość specyficznego niewywiązania się ze swoich zobowiązań, czyli, gdzie istnieje niebezpieczeństwo, że niewywiązanie zostanie już "skonsumowane" podczas postępowania przedsądowego oraz ewentualnie przed dostarczeniem uzasadnionej opinii. Ponadto, oczywiście istnieje ryzyko, które powstaje prawie zupełnie naturalnie w sektorze takim jak zamówienia na roboty publiczne. Co za tym idzie, o ile procedura w ramach Artykułu 169 w zakresie naruszenia zobowiązań przedmiotowego rodzaju może być pozbawiona znaczenia i zdewaluowana, nie ma zbyt wiele sensu poleganie na twierdzeniu Trybunału, że "kwestia można być wniesiona przed Trybunałem Sprawiedliwości tylko wtedy, gdy przedmiotowe Państwo nie spełniło uzasadnionej opinii"⁸, ani nie można utrzymywać, jak w Sprawie C-362/90, do której nawiązałem wcześniej, że "w dniu wygaśnięcia okresu podanego w uzasadnionej opinii Komisji... , zaskarżone naruszenie nie miało już miejsca", gdyż już wywarło wszystkie

⁸ Patrz wyrok w Sprawie 121/84 Komisja przeciw Włochom [1986] ECR 107, ustęp 10.

swoje skutki. W niniejszym przypadku Komisja zainicjowała postępowanie z tytułu naruszenia Traktatu w odpowiednim czasie, aby zapobiec temu, by zaskarżone naruszenie wywarło skutki, ponieważ końcowa umowa nie została jeszcze podpisana i przedmiotowe państwo mogło ponownie otworzyć postępowanie przetargowe.

10. Wobec powyższego, trzeba teraz ustalić czy, i jeżeli tak, w jakim stopniu, oświadczenie Rządu Danii z dnia 22 września 1989 r. w postępowaniu dotyczącym tymczasowych środków ma związek z tym postępowaniem. W tamtym wypadku Rząd Danii utrzymuje, że, przez oświadczenie nie tylko uznał istnienie naruszenia, ale także uznał własną odpowiedzialność finansową wobec oferentów tak, aby oświadczenie było równoważne w efekcie do orzeczenie Trybunału stwierdzającego definitywnie, że dokonano naruszenia.

Chociaż Rząd Danii uznał naruszenie i zapewnił o przekazaniu odszkodowania za szkody poniesione przez oferentów, w rzeczywistości nie eliminuje to interesu w przeprowadzeniu postępowania. Fakt, iż dane oświadczenie spowodowało, że wnioskująca instytucja wycofała swój wniosek o tymczasowe środki, jest wyłącznie wynikiem porozumienia stron dotyczącego tylko postępowań dotyczących tymczasowych środków tak, aby rozstrzygnąć szczególnie te postępowania. Niemniej jednak, nie wydaje mi się właściwe wywodzić z postępowania Komisji, że pozew jest niedopuszczalny lub nieuzasadniony. W przeciwnym razie, zostałaby ustalona zasada, że Komisja musi zaniechać pozwu za każdym razem, gdy, w trakcie postępowania, naruszenie zobowiązań przestaje być kwestionowane i jednocześnie potwierdzi się, że odszkodowanie powinno zostać zapłacone za jakiegokolwiek szkody doznane przez osoby z tytułu naruszenia.

11. Ponadto, z utrwalonego orzecznictwa wynika w tej sprawie, w której Trybunał okresowo wyraźnie wskazywał, że interes dotyczący pozwu może leżeć w ustaleniu podstawy odpowiedzialności, jaką państwo członkowskie może ponieść wskutek jego niewywiązania się,⁹ że w każdym przypadku należy domniemywać, że Komisja ma interes w pozwie zainicjowanym w ramach Artykułu 169, nawet tam, gdzie naruszenie zobowiązań nie jest kwestionowane.¹⁰

Krótko mówiąc, jak uznał Trybunał,¹¹ Komisja nie musi wykazać interesu w podjęciu działania dla zainicjowanego pozwu. Jako "opiekun" Traktatów, Komisja ma w każdym przypadku interes w uzyskaniu oświadczenia Trybunału, że państwo członkowskie nie wywiązało się ze swoich zobowiązań: w tym celu jedynym ważnym czynnikiem jest to, że przedmiotowe państwo nie doprowadziło zaskarżonego naruszenia do końca w okresie podanym w uzasadnionej opinii. Z drugiej strony, fakt, iż przedmiotowe naruszenie zostało

⁹ Patrz, najnowszy wyrok w *Sprawie C-29/90 Komisja przeciw Grecji* [1992] ECR I-1971, ustęp 12.

¹⁰ W tym miejscu wystarczy zauważyć, że Trybunał nigdy nie podważał interesu Komisji w uzyskaniu oświadczenia, że państwo członkowskie nie wywiązało się ze swoich zobowiązań, nawet gdy przedmiotowe niewywiązanie się zostało w pełni uznane przez państwo członkowskie i gdy nie było żadnego problemu w zakresie odszkodowania za szkodę.

¹¹ Patrz wyrok w *Sprawie 167/73 Komisja przeciw Francji* [1974] ECR 359, ustęp 15.

potwierdzone przed dostarczeniem uzasadnionej opinii jest, wbrew twierdzeniu Rządu Danii, całkowicie nieistotne.

W świetle powyższego, uważam, że, z uwagi na to, że Storebaelt udzieliła zamówienia na roboty publiczne na podstawie klauzuli, w której zapraszano do składania ofert przetargowych z zastrzeżeniem możliwie największego zastosowania duńskich materiałów i siły roboczej, Królestwo Danii nie wywiązało się ze swoich zobowiązań w ramach Artykułów 30, 48 i 59 Traktatu.

(b) Negocjacje przeprowadzono na podstawie oferty przetargowej, która nie spełniała ogólnych warunków przetargu

12. W związku z tym powodem wniosku, Rząd Danii wniósł ponownie szereg skarg o stwierdzenie nieważności, dotyczących zarówno dodatkowych faktów dodanych przez Komisję w odpowiedzi w celu wsparcia przedmiotowej podstawy i, przede wszystkim, rzekomej zmiany żądania strony skarżącej, poszerzającej jego zakres.

W odniesieniu do faktów wymienionych przez Komisję po raz pierwszy w jej odpowiedzi, czyli "domniemanych" negocjacji pomiędzy Storebaelt i ESG, które rzekomo doprowadziły do końcowej umowy zawierającej postanowienia niezgodne z warunkami przetargu,¹² obowiązują takie same względy jak te względem podstawy dotyczącej warunku zawartości duńskiej. Z utrwalonego orzecznictwa, już wspomnianego, jasno wynika, że Komisja nie może opierać przedmiotowej podstawy na faktach, które nie zostały zakwestionowane w trakcie postępowania przedsądowego.

Jednakże, kwestia ponownego sformułowania żądania strony skarżącej jest bardziej delikatna. Pierwotnie, Komisja zaprzeczała faktowi, że Storebaelt negocjowała z ESG na podstawie oferty przetargowej, która nie spełniała Warunku 3, Klauzuli 3 ogólnych warunków przetargu. Następnie w swojej odpowiedzi Komisja ponownie sformułowała żądanie, utrzymując, że, na podstawie oferty przetargowej, która nie spełniała ogólnych warunków przetargu, Storebaelt negocjowała z ESG z takim rezultatem, że końcowa umowa zawierała zmiany warunków zaproszenia do składania ofert przetargowych faworyzujące wyłącznie danego oferenta oraz dotyczące w szczególności czynników cenowych. Ponadto Komisja dodała jednoznaczne odniesienie do zasady równego traktowania jako podstawy Dyrektywy 71/305, natomiast żądanie w oryginalnym wniosku odnosi się w szczególności do Tytułu IV tej dyrektywy.

Rząd Danii utrzymuje, że przez ponowne sformułowanie żądania w tym zakresie zostało ono poszerzone; wskazuje utrwalone orzecznictwo w zakresie, wedle którego strona nie może zmienić przedmiotu sporu w trakcie postępowania, i utrzymuje, co za tym idzie, że korzyści pozwu muszą być

¹² W swojej odpowiedzi Komisja nie powoływała się więcej wyłącznie na negocjacje dotyczące zastrzeżenia ESG względem Warunku 3, Klauzuli 3 ogólnych warunków przetargu, ale również powoływała się na rzekomo przeprowadzone negocjacje ceny jednostkowej piasku nasypowego, kar i nadrabiania opóźnień, wkładu na rzecz wsparcia dla rynku zatrudnienia, formuły korekty cen, itp.

ocenione tylko w zakresie żądania we wniosku wszczynającym postępowanie.¹³ Pozwany dalej utrzymuje, że żądanie, w obecnym przeformułowaniu, ma nową podstawę prawną, czyli zasadę równego traktowania, która leży u podstaw Dyrektywy. Taki krok jest niedopuszczalny na tyle, na ile oznacza naruszenie prawa do obrony, ponieważ pozwany nie miał jakiegokolwiek możliwości przedłożenia swoich uwag odnośnie tych kwestii w odpowiednim czasie oraz w zalecany sposób.

13. Nie mogę przyjąć tego argumentu. W pierwszej kolejności, jak Rząd Danii sam uznał, ponowne sformułowanie żądania jest dopuszczalne, jeżeli wyznacza, w znaczeniu "ogranicza" formalne roszczenie. Moim zdaniem, tzn. wedle stanowiska w niniejszej sprawie, na tyle, na ile Komisja nie polegała już ogólnie na fakcie, iż negocjacje były prowadzone na podstawie oferty przetargowej, która nie spełniała ogólnych warunków przetargu, ale raczej na fakcie, iż przedmiotem tych negocjacji była klauzula ogólnych warunków przetargu, która nie była otwarta dla derogacji oraz że doprowadziły one do skutków wyraźnie niezgodnych z fundamentalną zasadą dyrektywy 71/305, czyli, równego traktowania oferentów, są w końcu zasadniczo określone i ograniczyły zakres zarzutu przedstawionego w uzasadnionej opinii.

W odniesieniu do argumentu, że zasada równego traktowania stanowi nową podstawę prawną, przede wszystkim zauważyłbym, że, chociaż taka zasada została faktycznie ujęta w żądaniu po raz pierwszy w odpowiedzi, Komisja podjęła już tę kwestię z Rządem Danii podczas wstępnego postępowania przedsądowego dotyczącego naruszenia tej zasady. W szczególności, chciałbym przypomnieć Trybunałowi, że Komisja wyraźnie ustaliła w swojej uzasadnionej opinii, że fakt odbycia negocjacji na podstawie oferty przetargowej, która nie spełniała ogólnych warunków przetargu, "naruszał zasadę równego traktowania wszystkich wykonawców, która to zasada leży u podstawy tak samo praw krajowych w dziedzinie zamówień publicznych, jak i Dyrektywy Rady 71/305". Wynika zatem, co jest jasne zarówno z odpowiedzi do uzasadnionej opinii i z obrony, że Rząd Danii miał możliwość przedłożenia swoich uwag w tym zakresie.

14. Wobec powyższego pozwolę sobie przejść do rozważenia treści podstawy wniosku. Odpowiednim jest, aby, przede wszystkim, zbadać Warunek 3, Klauzuli 3 ogólnych warunków przetargu, czyli brzmienie klauzuli, której nie spełniło ESG w trakcie przedkładania swojej oferty przetargowej.

Zgodnie z tym postanowieniem, cena za alternatywną ofertę musi obejmować koszty projektu wykonawczego przedsięwzięcia złożonego przez oferenta do zatwierdzenia przez instytucję zamawiającą; ponadto oferent musi przyjąć pełną odpowiedzialność za przedsięwzięcie i jego wykonanie, w tym ryzyka zmiany ilości, na których opiera się alternatywna oferta przetargowa. Warunek 3, Klauzuli 3 stanowi także, że oferent musi wycenić obniżoną cenę przedsięwzięcia w przypadku, gdy instytucja zamawiająca zdecyduje się bezpośrednio zająć projektem wykonawczym. W tym przypadku,

¹³ Patrz, na przykład, wyrok w *Sprawie 278/85 Komisja przeciw Danii* [1987] ECR 4069.

odpowiedzialność za planowanie przedsięwzięcia i ryzyko zmian ilości, na ile wynikają one z projektu wykonawczego przedsięwzięcia, ma ponosić instytucja zamawiająca.

Alternatywna oferta przetargowa złożona przez ESG na most żelbetowy stanowiła w ust. 6.1 (faktyczna oferta przetargowa), że instytucja miała podjąć się projektu wykonawczego przedsięwzięcia i przyjąć pełną odpowiedzialność za jego wykonywanie, a także ryzyko zmian ilości. W ust. 6.2 oferty przetargowej ESG zaproponowało dalszą opcję, w której podjęłoby się zaprojektowania przedsięwzięcia za dodatkowy koszt 42 mln DKR; jednakże nawet w ramach takiego układu oferent uznał, że to instytucja zamawiająca powinna przyjąć odpowiedzialność za wykonanie przedsięwzięcia i ryzyko zmian ilości, ryzyko dotyczące szacunkowej kwoty 5 mln EUR.

15. Moim zdaniem, z brzmienia ust. 6.2 wyraźnie wynika, że oferta przetargowa określona na tych warunkach nie spełnia Warunku 3, Klauzuli 3 ogólnych warunków przetargu. Argumentowi wysuniętemu przez Rząd Danii, zgodnie z którym instytucja zamawiająca jest jedyna, która ma ponosić odpowiedzialność za wykonanie przedsięwzięcia i za ryzyka zmian ilości w przypadku, gdy podejmuje się zaprojektowania przedsięwzięcia, zaprzeczyła ponadto sama Storebaelt w wyraźnym powiadomieniu z dnia 21 czerwca 1989 r. załączonym do odpowiedzi Rządu Danii na prośbę Komisji o wyjaśnienie.¹⁴

Komisja pierwotnie twierdziła, że, z uwagi na to, że oferta przetargowa nie spełniała ogólnych warunków przetargu, sam fakt, iż Storebaelt uwzględniła ją i rozpoczęła negocjację na jej podstawie, stanowił naruszenie zasady równego traktowania, wyraźnie wyznaczonej w Tytule IV Dyrektywy 71/305.

W szczególności, chociaż Komisja uznaje, że oferenci mogą przedstawiać zastrzeżenia w swoich ofertach przetargowych, uważa, że dostępność takiej opcji jest ograniczona do podstawowych wymagań zawartych w ogólnych warunkach przetargu, czego Warunek 3, Klauzula 3 jest z pewnością przykładem. Wynika z tego, że Storebaelt nie podjęła się obiektywnego porównania ofert przetargowych przedłożonych na identycznych warunkach, co z kolei oznacza, że ostatni etap procedury przetargowej nie został przeprowadzony we właściwy sposób w zakresie dotyczącym innych oferentów. Jak już wspomniałem, następnie Komisja wzmocniła skargę w swojej odpowiedzi, utrzymując, że negocjacje pomiędzy ESG i Storebaelt były niezgodne z Prawem Wspólnotowym, gdyż miały wpływ na ceny.

16. W istocie, jak już wyjaśniłem, ESG podjęło się sporządzenia projektu wykonawczego za ustaloną kwotę 42 mln DKR, ale nie podjęło się ponieść odpowiedzialności za przedsięwzięcie lub związane z nim ryzyka. Tym samym

¹⁴ *W celu wykazania, że oferta złożona przez ESG w formie opisanej w ustępie 6.2 nie wpłynęła w żaden sposób na wynik negocjacji, Storebaelt stanowi w tej nocie, że nie przyjęła propozycji przedłożonej przez ESG, względem której instytucja zamawiająca ponosiłaby le risque lié à la conception du projet et aux quantités, même si l'entrepreneur effectuait cette conception (ryzyko związane z projektem przedsięwzięcia oraz ilościami, nawet jeżeli ubiegająca się o zamówienie firma podjęła projekt).*

te warunki musiały być przedmiotem negocjacji, podobnie jak ryzyka zmian ilości.

Mając na względzie odmowę Rządu Danii w zakresie przekazania Komisji dokumentów dotyczących przedmiotowych negocjacji¹⁵ nie można powiedzieć, w jaki sposób Storebaelt uwzględniła zastrzeżenia i ustaliła odpowiadające ceny. Pozostaje jednak faktem, że niektóre warunki zawarte w ogólnych warunkach przetargu zostały zmienione w trakcie negocjacji, z takim rezultatem, że, mając na względzie charakter tych warunków, podana w ofercie cena umowna uległa zmianie.

Ponadto, z dokumentów złożonych przez Komisję wynika, że umowa zawarta z ESG stanowi, że jego odpowiedzialność ma być ograniczona do 300 mln DKR i trwać nie dłużej niż sześć lat, co jest jednoznacznie sprzeczne nie tylko z Warunkiem 3, Klauzuli 3 ogólnych warunków przetargu, w ramach którego wykonawca musi przyjąć pełną odpowiedzialność za przedsięwzięcie i jego wykonanie, ale także, i przede wszystkim, z zasadą równego traktowania: faktycznie wyraźne jest, że pozostali oferenci, ustalając cenę umowną, brali pod uwagę fakt, iż przyjmą pełną odpowiedzialność za pracę. Jeśli chodzi o ryzyka zmiany ilości, umowa przewiduje wyznaczoną kwotę 5 mln DKR, która odpowiada szacunkom ESG dotyczącą wyceny zmian w jego ofercie przetargowej: widać więc, że przedmiotowe negocjacje w istocie miały wpływ na ceny.

Mając na względzie wszystkie te fakty, nie można uniknąć wniosku, że warunki przetargu, określone w dokumentach umowy (i, w odpowiednim zakresie, w Warunku 3 Klauzuli 3) zostały zmienione na korzyść określonego oferenta. Wynika z tego, że warunki konkurencji pomiędzy oferentami były tym samym zniekształcone oraz że, co za tym idzie, naruszono zasadę równego traktowania oferentów.

17. Mimo to Rząd Danii utrzymuje, że wzrost ceny był dość proporcjonalny do całkowitych kosztów przedmiotowych robót oraz że, w każdym przypadku, fakty zaskarżone przez Komisję nie są regulowane Prawem Wspólnotowym; w szczególności, możliwość przyjęcia ofert, które zawierają zastrzeżenia i prawo instytucji zamawiającej do negocjacji z oferentami to kwestie regulowane przepisami prawa krajowego. Tym samym Rząd Danii utrzymuje, że Dyrektywa 71/305 nie reguluje limitów, w ramach których mogą odbywać się negocjacje oraz że odpowiednie prawo krajowe było zastosowane bez żadnego rodzaju dyskryminacji pomiędzy różnymi oferentami.

W tej kwestii mogę powiedzieć wprost, iż nie sądzę, aby oświadczenie Rządu Danii, że "on ne peut inférer de la directive 71/305 une règle imposant aux Etats membres des obligations supérieures aux exigences du droit danois en matière de marchés publics en ce qui concerne le fait de ne pas prendre en considération une offre comportant une réserve ou de s' abstenir absolument de toute

¹⁵ *Podstawami do odrzucenia było to, że (a) przedmiotowe dokumenty były poufne oraz (B) Storebaelt nie miała obowiązku, w jakimkolwiek przypadku, ustalać ceny przedmiotowych zastrzeżeń.*

négociation ("nie można wywieść z Dyrektywy 71/305 istnienia reguły poddającej państwa członkowskie zobowiązaniom, które są nadrzędne wobec wymagań prawa duńskiego odnośnie zamówień publicznych na roboty budowlane w przedmiocie nieuwzględnienia oferty przetargowej zawierającej zastrzeżenie lub w pełni unikającej negocjacji") wymagało jakiegokolwiek komentarza.¹⁶ Oczywistym jest, że w zakresie, w jakim zasady duńskie są niezgodne z Prawem Wspólnotowym, ma ono pierwszeństwo.

Po drugie, nie dostrzegam punktu skargi Rządu Danii, że Komisja zinterpretowała Dyrektywę jako opartą na zasadzie równego traktowania. Co najmniej dziwne byłoby przyjąć pogląd mówiący, iż, z uwagi na to, że przedmiotowa zasada nie jest wyraźnie zakodowana w którymkolwiek z postanowień przedmiotowej Dyrektywy, jest ona zewnętrzna wobec przedmiotowej Dyrektywy, gdy samym celem Dyrektywy jest, przede wszystkim, zabezpieczenie równości wszystkich tych, którzy biorą udział w procedurze przetargowej.

18. Prawdą jest, że Dyrektywa 71/305 nie zawiera żadnej określonej zasady dotyczącej zastrzeżeń, ani nie kodyfikuje wyraźnie zasady równego traktowania. Nie oznacza to jednak, że wszystkie sprawy związane z zamówieniami publicznymi mogą być regulowane przez prawo krajowe bez uwzględnienia takiej podstawowej zasady. Mówiąc szczerze, jestem zadziwiony, że strony poświęciły tyle energii na wykazanie lub zaprzeczenie, że zasada równego traktowania jest podstawą Dyrektywy 71/305. W tej sprawie, nie jest wcale konieczne wskazanie, że, tam gdzie ma być udzielone zamówienie, odbywa się to właśnie dlatego, że procedura jest konkursem, w którym należy zapewnić równe szanse wszystkim uczestnikom: w przeciwnym razie, nie będzie to publiczna procedura przetargowa, ale prywatne negocjacje. Podsumowując, równe traktowanie leży u podstaw jakiegokolwiek zbioru reguł regulujących procedury udzielania zamówień publicznych, gdyż stanowi istotę takich procedur.

Ponadto zarówno preambuła do Dyrektywy 71/305, jak i jej postanowienia, traktowane jako całość, są bardziej orientacyjne w tym zakresie. Wystarczy stwierdzić, że podano wyraźnie, iż ustalenie obiektywnych kryteriów uczestnictwa stanowi jedną z podstawowych zasad, których przestrzeganie musi być zapewnione przez całość procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (trzeci paragraf wstępny); że oferty przetargowe powinny być składane zgodnie w warunkami zawartymi w powiadomieniu o zamówieniu, aby zapewnić "rozwój skutecznej konkurencji", tym bardziej w kontekście ograniczonych procedur (przedostatni paragraf wstępny).

19. Jeśli chodzi o wspólne oświadczenie z lipca 1989 r.¹⁷ dołączone do Dyrektywy Rady 89/440/EWG¹⁸ które w przetargach nieograniczonych i

¹⁶ Patrz strona 54 odpowiedzi Rządu Danii na pozew.

¹⁷ OJ 1989 L 210, s. 22.

¹⁸ Dyrektywa z dnia 18 lipca 1989 r. zmieniająca Dyrektywę 71/305/EWG dotyczącą koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (OJ 1989 L 210, s. 1).

ograniczonych wyklucza wszystkie negocjacje z oferentami w zakresie fundamentalnych aspektów umów, których zmiany mogą przyczynić się do naruszenia konkurencji, a w szczególności w zakresie cen nie wydaje się możliwe przyjęcie poglądu Rządu Danii, że przedmiotowe oświadczenie nie ma konsekwencji prawnych oraz że, w każdym przypadku, ze względu na to, że ma miejsce później niż przedmiotowe zdarzenia, nie ma znaczenia w niniejszym postępowaniu.

Nie uważam też, mając na uwadze powyższe uwagi, że Rząd Danii może opierać się na oświadczeniu Trybunału w wyroku Antonissen¹⁹, zgodnie z którym zasadność oświadczenia zależy od jego treści i od tego, czy jest do niego odniesienie w brzmieniu przedmiotowego postanowienia. Moim zdaniem, bezspornym jest, że przywołane oświadczenie jest wyłącznie deklaratywne, z uwagi na to, że zasada równego traktowania oferentów, której celem w tym szczególnym kontekście jest, w szczególności, zagwarantowanie, że konkurencja pomiędzy osobami biorącymi udział w procedurze przetargowej nie zostanie zniekształcona, leży u samej podstawy reguł uwzględnianych w tej sprawie.

Ostatnia kwestia. Twierdzenie pozwanego Rządu, że prawo krajowe regulujące udzielanie zamówień publicznych było zastosowane bez żadnej dyskryminacji względem wszystkich osób biorących udział w procedurze przetargowej, podnosi pytanie czy, można uznać, że naruszono zakaz dyskryminacji podany w Dyrektywie 71/305. Mogę odpowiedzieć bez wahania, że, jeśli, jak w tym przypadku, duńskie reguły regulujące udzielanie zamówień publicznych są takie, że, nawet jeśli są stosowane bez dyskryminacji, są sprzeczne z zasadą równego traktowania wyznaczoną w Dyrektywie 71/305 i ustanowioną w oświadczeniu z lipca 1989 r., wówczas prawo krajowe musi być uznane za niezgodne z Prawem Wspólnotowym.

20. W świetle powyższego proponuję, aby Trybunał podtrzymał wniosek i nakaz, aby pozwane Państwo zapłaciło koszty.

¹⁹ Wyrok w Sprawie C-292/89 Antonissen [1991] ECR I-745.