

## **Orzeczenie Trybunału z dnia 17 listopada 1993 r.**

### **Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Królestwu Hiszpanii**

Postępowanie wszczęte przeciwko państwom członkowskim o zaniechanie - zamówienia publiczne na roboty budowlane i dostawy

#### **Sprawa C-71/92**

Sprawozdania Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z 1993 roku, str. I-5923

#### **Streszczenie**

Państwo członkowskie, które:

wyłącza z zakresu krajowych przepisów o zamówieniach publicznych, umowy zawierane przez władze administracyjne z osobami prywatnymi, dotyczące towarów lub praw, którymi obrót jest ograniczony przez przepisy prawne, lub produktów objętych kontrolą, monopolem lub zakazanych, a takie wyłączenie nie stanowi wyjątku wyraźnie dozwolonego dyrektywą 77/62, a specyficzny charakter takiej umowy w żadnym wypadku nie daje podstaw do pozostawiania jej poza zakresem przepisów dotyczących udzielania zamówień publicznych;

wyłącza z zakresu stosowania przepisów o zamówieniach publicznych, zamówienia wyraźnie określone w przepisach krajowych, podczas gdy przywołane dyrektywy zawierają jasno określone i wyczerpujące listy dopuszczalnych wyjątków od ich stosowania, i jeśli wdrożenie dyrektyw powinno być zgodne z wymogami jasności i precyzji, jakich nie można osiągnąć poprzez sformułowania które sprawiają wrażenie, że poza wyjątkami dopuszczalnymi w tych dyrektywach i wdrożonymi do prawodawstwa krajowego, są inne dopuszczalne wyjątki;

dopuszcza udzielenie zamówienia z wolnej ręki w przypadkach innych niż wyraźnie przewidziane w dyrektywach lub ucieka się do stosowania procedur negocjacyjnych, podlegających warunkom mniej surowym niż przewidziane w przywołanych dyrektywach;

zaleca szczególne metody przedstawiania dowodu zdolności prawnej oferentów, które nie są przewidziane w przedmiotowych dyrektywach;

nakazuje przedsiębiorstwom z innych państw członkowskich, które wybrały jeden ze sposobów udowodnienia kwalifikacji, przewidziany dyrektywą 71/305, zastosowanie się do warunków nie przewidzianych w tejże dyrektywie;

dla celów klasyfikacji przedsiębiorstw powoduje, że preferuje się ocenę środków materialnych, finansowych i zasobów ludzkich dostępnych dla nich na ich terytorium w przypadku gdy dyrektywa 71/305 nie uprawnia do wprowadzania takich kryteriów;

nie uznaje, inaczej niż przepisy dyrektyw, zaświadczeń o zdolności przedsiębiorstw, wydanych przez władze innych państw członkowskich;

zwalnia z obowiązku przedstawiania zabezpieczenia jedynie przedsiębiorstwa, których zdolność jest poświadczona poprzez ich wpis na listy kwalifikacyjne tego kraju;

nie uwzględnia, w przypadku specyfikacji technicznych, określonych w zamówieniach na dostawę, hierarchii standardów, określonej w dyrektywie 77/62;

nie spełnia obowiązków, wynikających z przepisów dyrektyw 71/305 i 77/62, koordynujących procedury udzielania zamówień publicznych odpowiednio na roboty budowlane i dostawy.

Z odniesienia w art. 1 lit. (a) dyrektywy 71/305, definiującej zamówienia publiczne na roboty budowlane, których dotyczy, do art. 2 dyrektywy 71/304 dotyczącej zniesienia ograniczeń dla wolności świadczenia usług w odniesieniu do zamówień publicznych na roboty budowlane oraz udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane wykonawcom działającym za pośrednictwem agencji lub oddziałów wynika, że przepisy tejsze dyrektywy nie stosują się do zamówień dotyczących instalacji przemysłowych w branży mechanicznej, elektrycznej lub energetycznej, z wyjątkiem tych ich części, jakie można zaliczyć do dziedziny inżynierii budowlanej lub lądowej lub do wykopalisk, kopania szybów, prac pogłębieniowych i utylizacji odpadów przeprowadzanych w związku z wydobywaniem minerałów (wydobycie i kamieniołomy (odkrywkowe)).

Strony

## **W sprawie C-71/92,**

Komisja Wspólnot Europejskich, reprezentowana początkowo przez Rafaela Pellicera, z Biura Prawnego Komisji, potem przez Hendrika Van Liera, radcę prawnego, i Marię Blanca Rodriguez Galindo, z Biura Prawnego Komisji, działających jako pełnomocnicy, z siedzibą w Luksemburgu w biurze Nicola Anecchino, z Biura Prawnego Komisji, Wagner Centre, Kirchberg, powód

przeciwko

Królestwu Hiszpanii, reprezentowanemu przez Albergo Jose Navarro Gonzaleza, Dyrektora Generalnego ds Koordynacji spraw prawnych, instytucjonalnych i wspólnotowych, i Miguela Bravo-Ferreer Delgado, Abogado del Estado, Departament Spraw Prawnych Wspólnoty, działających jako agenci, z siedzibą w Luksemburgu przy Ambasadzie Hiszpanii, 4-6, Boulevarda Emmanuela Servaisa, pozwanemu,

Wniosek o stwierdzenie, że poprzez utrzymanie w mocy niektórych postanowień przewidujących wyjątki od stosowania krajowych przepisów o zamówieniach publicznych, niektórych przepisów pozwalających na udzielanie zamówień z wolnej ręki, niektórych przepisów dotyczących uczestnictwa i kryteriów kwalifikacji, niektórych przepisów dotyczących standardów technicznych oraz niektórych przepisów dotyczących kryteriów udzielania zamówień, Królestwo Hiszpanii nie dopełniło obowiązków wynikających z artykułów 30 i 59 Traktatu EWG, dyrektywy Rady 71/305/EWG z 26 lipca 1971 r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (OJ 1971 (II) str. 682), i dyrektywy Rady 77/62/EWG z 21 grudnia 1976 r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na dostawy (OJ 1977 L 13, str.1),

TRYBUNAŁ

w składzie:

G.F. Mancini, przewodniczący Drugiej i Szóstej Izby, pełniący rolę przewodniczącego,

J.C. Moitinho de Almeida i Diez de Velasco (Przewodniczący Izby),

C. N. Kakouris, F.A. Schockweiler, F. Grevisse, M. Zuleeg, P.J.G. Kapteyn i J. L. Murray, sędziowie,

Rzecznik Generalny: C, Gulmann,

Sekretrarz: L. Hewlett, Administrator,

uwzględniając protokół z przesłuchania,

po wysłuchaniu ustnych argumentów stron na posiedzeniu w dniu 5 maja 1993 r.

po wysłuchaniu opinii Rzecznika Generalnego na posiedzeniu w dniu 30 czerwca 1993 r,

## **wydaje następujące orzeczenie**

### **Podstawy orzeczenia**

Wnioskiem złożonym w Sekretariacie Trybunału w dniu 6 marca 1992 r. Komisja Wspólnot Europejskich wszczęła postępowanie w oparciu o artykuł 169 Traktatu EWG w celu stwierdzenia, że poprzez utrzymanie w mocy niektórych postanowień przewidujących wyjątki od stosowania krajowych przepisów o zamówieniach publicznych, niektórych przepisów pozwalających na udzielanie zamówień z wolnej ręki, niektórych przepisów dotyczących uczestnictwa i kryteriów kwalifikacji, niektórych przepisów dotyczących standardów technicznych oraz niektórych przepisów dotyczących kryteriów udzielania zamówień, Królestwo Hiszpanii nie dopełniło obowiązków wynikających z artykułów 30 i 59 Traktatu EWG, dyrektywy Rady 71/305/EWG z 26 lipca 1971 r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (OJ 1971 (II) str. 682), i dyrektywy Rady 77/62/EWG z 21 grudnia 1976 r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na dostawy (OJ 1977 L 13, str.1).

W Hiszpanii dyrektywy 71/305 i 77/62 zostały wdrożone do prawa krajowego królewskim dekretem prawnym 931/1986 z 2 maja 1986 r. zmieniającym Ustawę o Zamówieniach Publicznych (Ley de Contratos del Estado, dalej zwana "LCE", OE 114 z 13 maja 1986 r., str. 16920) oraz królewskim dekretem 2528/1986 z 28 listopada 1986 roku, zmieniającym ogólne prawo o udzielaniu zamówień publicznych (Reglamento General de Contratacion del Estado, dalej zwane "RGCE", DOE 297 z 12 grudnia 1986 r., str. 40546).

Zdaniem Komisji niektóre przepisy LCE i RGCE, razem z innymi przepisami, które mogą mieć wpływ na system zamówień publicznych w Hiszpanii, zawarte w poprawionej wersji lokalnych rozporządzeń (Królewski Dekret Prawny 781/1986 z 18 kwietnia 1986 r, BOE 96 i 97 z 22 i 23 kwietnia 1986 r), Ustawa z 24 listopada 1939 r. w sprawie Organizacji i protekcji przemysłu krajowego (Jefatura del Estado, BOE z 15 grudnia 1939, dalej zwane "Ustawą z 24 listopada 1939") oraz królewski dekret 946/1978 z 14 kwietnia 1978 r. dotyczący procedury oceny i kontroli usług farmaceutycznych (BOE 108 z 8 maja 1978, dalej zwany "królewskim dekretem 946/1978") są sprzeczne z art. 30 lub 59 Traktatu i/lub dyrektywami

71/305 lub 77/62. Komisja wszczęła przeciwko Królestwu Hiszpanii postępowanie, na podstawie art. 169 Traktatu i w konsekwencji przekazała sprawę do Trybunału.

Podczas postępowania przed Trybunałem, Komisja wycofała część wniosku dotyczącą Ustawy z 24 listopada 1939 r., i artykułu 11 królewskiego dekretu 946/1978 z uzasadnieniem, że zostały one uchylone.

Tak więc przepisy ustawodawstwa krajowego, w związku z którymi Trybunał został poproszony o wydanie orzeczenia obejmują:

art. 2 pkt 3, LCE i art. 2, pkt 3 RGCE, które wyłączają z zakresu przepisów krajowych o zamówieniach publicznych na dostawy, a więc z przepisów dyrektywy 77/62, niektóre umowy zawarte przez władze administracyjne z podmiotami prywatnymi;

artykuł 2 punkt 8 LCE i artykuł 2 punkt 8 RGCE, które wyłączają z zakresu krajowych przepisów w sprawie zamówień publicznych na roboty budowlane i dostawy, a więc z zastosowania obu tych dyrektyw "zamówienia, wyłączone z mocy prawa";

artykuł 29 bis, ustęp 1 punkty 1 i 3, LCE i artykuł 93 ter RGCE, które zwalniają niektóre zamówienia z wymogu publikacji w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich, o którym mowa w dyrektywie 71/305;

różne przepisy prawodawstwa krajowego dotyczące zamówień negocjowanych prywatnie, które są uważane za sprzeczne z przepisami obu dyrektyw, czyli art. 37 ustęp 1 punkty 1, 2, 7 i 8 oraz art. 87, ustęp 4 punkt 1, 2, i 5 LCE, art. 117 i 247 RGCE oraz art. 120 zmienionego tekstu lokalnych regulacji;

niektóre przepisy ustawodawstwa krajowego ustalające, sprzeczne z obiema dyrektywami oraz art. 30 lub 59 Traktatu, kryteria kwalifikacji i reguły uczestnictwa przedsiębiorstw w zamówieniach publicznych, czyli art. 24, ustęp 1 punkt 1, art. 25, ustęp 1 punkty 1 i 3, art. 284 ustęp 5, i art. 341 RGCE;

artykuł 244 RGCE, ustalający niektóre reguły techniczne, sprzeczne z art. 7 dyrektywy 77/62.

Z odniesień do protokołu z przesłuchania w celu uzyskania pełniejszego obrazu sprawy, procedur i wniosków oraz argumentów stron, o których mowa poniżej, skorzystano tylko w zakresie, w jakim są one niezbędne dla postępowania Trybunału.

Ad. art. 2 punkt 3 LCE i art. 2 punkt 3 RGCE.

W opinii Komisji, w wyniku wyłączenia z zakresu krajowych przepisów o zamówieniach publicznych umów zawieranych przez władze administracyjne z osobami fizycznymi, dotyczących towarów lub praw, co do których transakcje objęte są przepisami prawnymi ("mediatizado"), lub produktów kontrolowanych ("intervenidos") ze względu na monopol ("estancados") lub zabronionych ("prohibidos"), art. 2, punkt 3 LCE i art. 2 punkt 3 RGCE są sprzeczne z dyrektywą 77/62 z dwóch powodów. Po pierwsze, przepisy te są tak ogólne a ich sformułowanie tak niejasne, że stwarzają niejasność z prawnego punktu widzenia i nie są zgodne z wymogiem, według którego dyrektywy należy wdrażać do prawodawstwa krajowego w sposób właściwy. Po drugie, niezgodnie z przepisami tej dyrektywy, przepisy, o których mowa wyłączają zamówienia publiczne na dostawy z zakresu jej działania.

Aby udowodnić zgodność kwestionowanych przepisów z dyrektywą 77/62 rząd Hiszpanii argumentuje, że art. 2 punkt 3 LCE i odpowiedni przepis RGCE są przepisami - odniesieniami, które można stosować i pociągają za sobą konsekwencje prawne jedynie w wypadku przepisów prawnych, do których się odnoszą. Przeciwnie do twierdzenia Komisji, celem tych przepisów jest zwiększenie pewności prawnej o tyle, o ile podają one jak najbardziej wyczerpującą listę zamówień wyłączonych z zakresu ich zastosowania i wymagają podstawy prawnej w celu ich wyłączenia.

Powyższe argumenty należy odrzucić.

Z dziewiątego akapitu preambuły do dyrektywy 77/62 wynika, że " ... należy uwzględnić wyjątkowe przypadki, w których nie trzeba stosować środków koordynacji procedur; przypadki te należy jednak wyraźnie ograniczyć".

Wynika z tego, że jedynymi dozwolonymi wyjątkami od stosowania przepisów dyrektywy 77/62 są jedynie przypadki wyraźnie wymienione w treści tej dyrektywy.

Art. 2 ust. 2 i 3 dyrektywy 77/62, w których mowa o zamówieniach publicznych na dostawy, które nie są objęte przepisami tej dyrektywy, nie zawierają wzmianki o produktach, o których mowa w art. 2 punkt 3 LCE i art. 2 punkt 3 RGCE. Ponadto, jak Komisja prawidłowo podkreśliła, żaden z tych wyjątków dopuszczalnych w dyrektywie nie jest zdefiniowany przez

odniesienie do rodzaju lub przepisów prawnych dotyczących danego produktu, w przeciwieństwie do kwestionowanych przepisów hiszpańskiego ustawodawstwa.

W tych okolicznościach należy uznać, że przepisy te nie są prawidłowym wdrożeniem dyrektywy 77/62 do prawodawstwa krajowego. Stwierdzenie to uzasadnia fakt, że rząd Hiszpanii, bez cytowania szczególnych ustaw podkreślił, że z mocy kwestionowanych przepisów zamówienia dotyczące produktów takich jak produkty medyczne, znaczki pocztowe, papier firmowy, tytoń, elektryczność i gaz są wyłączone z zakresu przepisów o zamówieniach publicznych.

Po drugie, rząd Hiszpanii argumentuje, że kwestionowane przepisy są uzasadnione w świetle innych przepisów prawa Wspólnoty, zwłaszcza art. 36, 90 ust. 2 i 223 Traktatu.

Argument ten także należy odrzucić.

Prawdą jest, że przepisy krajowe dotyczące handlu niektórymi produktami, zgodne z prawodawstwem Wspólnoty z mocy wyżej wymienionych przepisów Traktatu, muszą być także przestrzegane w związku z udzielaniem zamówień publicznych na dostawy. Jednakże fakt ten nie uzasadnia a priori ogólnego niestosowania przepisów dotyczących udzielania takich zamówień w związku z tymi produktami.

Po trzecie rząd Hiszpanii argumentuje, że wyłączenie niektórych zamówień, o których mowa w art. 2 punkt 3 LCE i odnośnym przepisie RGCE można uzasadnić art. 6 ust. 1 lit. (b) dyrektywy 77/62, zgodnie z którym władze udzielające zamówień mogą udzielić zamówień na dostawy bez stosowania procedur otwartych lub ograniczonych, o których mowa w art. 4 ust. 1 i 2 w przypadku "gdy z przyczyn technicznych lub artystycznych, lub z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, dostarczane towary mogą być wytwarzane lub dostarczane tylko przez określonego dostawcę".

W tym względzie wystarczy zauważyć, że zamówienia objęte tym przepisem, nawet jeśli nie wymagają ich udzielenia zgodnie z procedurami otwartą lub ograniczoną, nie są wyłączone z zakresu stosowania tej dyrektywy, ale podlegają, zgodnie z art. 4 ust. 3 tejże dyrektywy, przepisom art. 7 dotyczącego wspólnych przepisów dotyczących specyfikacji technicznych.

Z powyższego wynika, że skargę Komisji dotyczącą art. 2 punkt 3 LCE i art. 2 punkt 3 RGCE należy uznać za uzasadnioną.

Ad. art. 2 punkt 8, LCE i art. 2 punkt 8 RGCE

W opinii Komisji art. 2 punkt 8 LCE i art. 2 punkt 8 RGCE, które wyłączają z zakresu przepisów krajowych o zamówieniach publicznych "zamówienia, co do których przepis prawa przewiduje wyraźne wyłączenie", są innymi wyłączeniami natury ogólnej, które są sprzeczne z obiema dyrektywami 71/305 i 77/62.

Z kolei rząd Hiszpanii argumentuje, że kwestionowane przepisy są jedynie przepisami - odwołaniami, które same w sobie nie są sprzeczne z prawodawstwem Wspólnoty.

Argument ten należy odrzucić.

Po pierwsze, jak stwierdził Trybunał w pkt 10 orzeczenia, jedynymi dozwolonymi wyjątkami od stosowania przepisów dyrektywy 77/62 są wyjątki wyraźnie w niej wymienione. Mają one zastosowanie w równym stopniu do dyrektywy 71/305, w preambule której siódmy akapit jest identyczny z dziewiątym preambuły dyrektywy 77/62, cytowanym wcześniej.

Ponadto, jak Trybunał konsekwentnie utrzymuje (zobacz zwłaszcza orzeczenie w sprawie C-131/88 Komisja przeciwko Niemcom [1991] ECR I-825, pkt 6), wdrożenie dyrektywy do prawodawstwa krajowego niekoniecznie wymaga, by jej przepisy były wdrożone dosłownie do właściwego ustawodawstwa; ogólny kontekst prawny może być w tym celu właściwy, w zależności od treści dyrektywy pod warunkiem, że zagwarantuje na pewno pełne zastosowanie przepisów dyrektywy w sposób wystarczająco jasny i precyzyjny, ażeby w przypadkach, w których ta dyrektywa ma być podstawą prawną dla osób fizycznych, osoby te mogły korzystać w pełni ze swoich praw, a we właściwych przypadkach, opierać się na nich przed sądami krajowymi. Wymagania dotyczące jasności i precyzji są jeszcze większe, jeśli tak jak w tej sprawie, wyjątki lub zwolnienia od przepisów określonych przez dyrektywę mają być wdrożone do ustawodawstwa krajowego.

Ponadto, jak wskazała Komisja bez zastrzeżeń rządu Hiszpanii, wszystkie wyjątki wyraźnie i jasno określone w dyrektywach 71/305 i 77/62 zostały wdrożone dosłownie do szczególnych przepisów LCE lub RGCE. W konsekwencji, przepisy pozwalające na zastosowanie wyjątków z mocy innego prawodawstwa może spowodować niejasną sytuację prawną, uniemożliwiając osobom, których dotyczy, pewną obronę swoich praw.

W tych okolicznościach, ogólny wyjątek, o którym mowa w art. 2, punkt 8 LCE i w art. 2 punkt 8 RGCE poprzez odniesienie do innych nie wymienionych przepisów prawa, nie jest wdrożeniem do prawodawstwa krajowego, w pełni zgodnym z wymogami jasności i pewności



w kwestiach prawnych, do których te dyrektywy mają być stosowane (zobacz zwłaszcza orzeczenie w Sprawie 102/79 Komisja przeciwko Belgii [1980] ECR 1473, pkt 11).

Z powyższego wynika, że skargę Komisji odnośnie tych przepisów także należy uznać za uzasadnioną.

Art. 29 bis, ustęp 1 punkty 1 i 3 LCE i art. 93 ter RGCE

W opinii Komisji, dyrektywa 71/305 nie zawiera wyjątków w rodzaju określonym przez art. 29 bis, ustęp 1 punkty 1 i 3 LCE i art. 93 ter RGE, zwalniających z wymogu publikacji w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich, o którym mowa w art. 2 dyrektywy 71/305, zamówienia "dotyczące instalacji przemysłowych natury mechanicznej, elektrycznej czy energetycznej, z wyjątkiem części takich instalacji, zaliczanych do dziedziny budownictwa lub inżynierii lądowej" oraz "związane z wydobywaniem, kopaniem szybów, robotami związanymi z pogłębianiem i usuwaniem zanieczyszczeń, prowadzonymi w połączeniu z wykopywaniem minerałów (przemysł górniczy) i odkrywki (kamieniołomy)". W świetle wyczerpującej listy wymienionych wyjątków, przepisy krajowego ustawodawstwa są więc niezgodne z dyrektywą 71/305.

Rząd Hiszpanii zaprzecza, jakoby zamówienia, o których mowa, były objęte zakresem stosowania dyrektywy 71/305. W tym względzie argumentuje w szczególności, że takie zamówienia nie są "zamówieniami publicznymi na roboty budowlane" w rozumieniu art. 1 lit. (a) tejże dyrektywy.

Ten wniosek należy podtrzymać.

Z art. 1 lit. (a) dyrektywy 71/305 wynika, że "zamówienia publiczne na roboty budowlane" w rozumieniu tej dyrektywy to takie, "których przedmiotem jest jedna z działalności, o których mowa w art. 2 dyrektywy Rady" (71/304/EEWG) "z 26 lipca 1971 r. dotyczącej zniesienia ograniczeń dla wolności świadczenia usług w odniesieniu do zamówień publicznych na roboty budowlane oraz udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane wykonawcom działającym za pośrednictwem agencji lub oddziałów, zamówień publicznych na roboty budowlane wykonawcom działającym przez agencje lub filie (OJ 1971 (II) str. 678). Zgodnie z art. 2 ust. 2 tej ostatniej, nie stosuje się ona do robót wymienionych w kwestionowanych przepisach ustawodawstwa hiszpańskiego.

Jednakże Komisja argumentuje, że odniesienie do art. 2 dyrektywy 71/304, zawarte w art. 1 lit. (a) dyrektywy 71/305, należy uważać za dotyczące wyłącznie ustępu 1 tego przepisu.

Komisja jest zdania, że dyrektywa 71/304, która podkreśla fundamentalną zasadę zniesienia ograniczeń dla wolności świadczenia usług, ustanowioną art. 59 Traktatu, w żadnym wypadku nie może zawęzić zakresu stosowania dyrektywy 71/305, w szczególności ponieważ od upływu okresu przejściowego art. 2 ust. 2 dyrektywy 71/304 jest praktycznie pozbawiony mocy prawnej z uwagi na to, że art. 59 Traktatu, jak uznał Trybunał, stosuje się bezpośrednio.

Ten argument także należy odrzucić.

Jak twierdzi Rzecznik Generalny w pkt 27 swojej opinii, chociaż zakaz ograniczania wolności świadczenia usług, ustanowiony Traktatem, stosuje się w zasadzie do wszystkich dziedzin prawodawstwa wspólnotowego, w gestii Rady leży uzupełnienie tego zakazu, zgodnie i bezpośrednio z przepisami Traktatu, o przepisy koordynujące lub harmonizujące przepisy ustawodawstwa krajowego, które nie są sprzeczne z zakazem, i w konsekwencji określanie zakresu stosowania tych przepisów.

Z powyższego wynika, że skargę Komisji dotyczącą art. 29 bis, ustęp 1 punkty 1 i 3 LCE i art. 93 ter RGCE należy odrzucić.

Art. 37, ustęp 1 punkty 1, 2, 7, i 8 oraz art. 87, ustęp 4 punkty 1, 2, i 5 LCE, Art. 117 i 247 RGCE i art. 120 zmienionych regulacji lokalnych.

W opinii Komisji różne przepisy prawodawstwa hiszpańskiego uznające udzielanie prywatnie negocjowanych zamówień, czyli dotyczące zamówień publicznych na roboty budowlane, art. 37, ustęp 1 punkty 1, 2, 7 i 8 LCE i art. 117, ustęp 1 punkty 1, 2, 7 i 8 RGCE oraz dotyczące zamówień publicznych na dostawy: art. 87 ustęp 4 punkty 1, 2 i 5 LCE, art. 247, ustęp 4 punkty 1, 2, i 5 RGCE i art. 120, ustęp 1 punkty 1, 2 i 6 zmienionych regulacji lokalnych, są sprzeczne odpowiednio z art. 9 dyrektywy 71/305 i art. 6 dyrektywy 77/62, ponieważ przypadki, których dotyczą, nie są zgodne, lub są nie do końca zgodne, z przypadkami wymienionymi w przepisach tych dwóch dyrektyw.

Po pierwsze należy podkreślić, że przepisy art. 9 dyrektywy 71/305 i art. 6 dyrektywy 77/62, przewidujące wyjątki od przepisów, których celem jest zapewnienie mocy prawnej przepisom Traktatu w dziedzinie zamówień publicznych na roboty budowlane i dostawy, należy interpretować ściśle (zob. art. 9 dyrektywy 71/305, orzeczenie w sprawie 199/85 Komisja przeciwko Włochom [1987] ECR 1039, ustęp 14). Z tych samych powodów, wyżej wymienione przepisy, określające przypadki, w których można udzielać prywatnie negocjowanych zamówień należy uznać za wyczerpujące.

Z porównania kwestionowanych przepisów ustawodawstwa hiszpańskiego z odpowiednimi przepisami dyrektyw Wspólnoty, sporządzonego przez Rzecznika Generalnego w pkt 37 do 59 jego opinii wynika, że hiszpańskie przepisy dopuszczają udzielanie prywatnie negocjowanych zamówień w przypadkach nie przewidzianych dyrektywami lub uwarunkowują procedurę prywatnie negocjowanych zamówień od mniej surowych wymogów niż wynikające z odpowiednich przepisów dyrektyw unijnych.

Wynika z tego, że skarga Komisji dotycząca kwestionowanych przepisów ustawodawstwa hiszpańskiego dopuszczającego udzielanie prywatnie negocjowanych zamówień jest uzasadniona.

Art. 24, ustęp 1 punkt 1, art. 25 ustęp 1 punkty 1 i 3 RGCE.

Komisja twierdzi, że wymogi dowodowe przewidziane w art. 25 ustęp 1 punkt 1 3 RGE w celu zbadania, według wymogów art. 24 ustęp 1 punkt 1 tejsze, celem stwierdzenia zdolności prawnej i zdolności oferentów do zawierania umów i przyjęcia obowiązków nie są określone w dyrektywach 71/305 i 77/62, a więc nie mogą uzasadnić wykluczenia oferentów, którzy ich nie spełniają. Ponadto Komisja jest zdania, że o ile te przepisy dotyczą zamówień na roboty budowlane, są one także sprzeczne z art. 59 Traktatu, jeśli stosują się jedynie do przedsiębiorstw zagranicznych lub nakładają na nie ciężary dodatkowe prócz tych, które już ponoszą w swoim kraju i które nie są uzasadnione jakimkolwiek celem związanym z interesem publicznym.

Trybunał stwierdza, że ta skarga w zasadzie odnosi się jedynie do art. 25 ustęp 1 punkty 1 i 3 RGCE o tyle, o ile przepisy te określają szczególne metody sprawdzania zdolności prawnej oferentów. Ponadto, Komisja wyraźnie przyznała w trakcie rozprawy, że nie zaprzeczyła, że wymóg, zgodnie z którym oferenci powinni mieć zdolność prawną jest sam w sobie zgodny z ustawodawstwem Wspólnoty.

W związku z tak wyjaśnioną skargą, należy wskazać, że już w swoim orzeczeniu w sprawie 76/81 Transporoute przeciwko Ministrowi Robót Publicznych ([1982] ECR 417, pkt. 9), Trybunał stwierdził, że dyrektywa 71/305 nie pozwala państwom członkowskim na badanie informacji innych niż te wyraźnie wymienione w dyrektywie, z wyjątkiem oceny sytuacji finansowej i ekonomicznej wykonawców, o czym mowa w art. 25 tejsze. To stwierdzenie stosuje się także przez analogię do dyrektywy 77/62, której odpowiednie przepisy są zgodne z przepisami dyrektywy 71/305.

Jednakże zadaniem dokumentacji przewidzianej w tym względzie w art. 25 ustęp 1, punkty 1 i 3, RGE nie jest potwierdzenie finansowej i ekonomicznej sytuacji przedsiębiorstw, nie jest

ona także częścią informacji, jakie mogą być wymagane innymi odpowiednimi przepisami tych dwóch dyrektyw.

Tak więc skargę zarzucającą naruszenie przepisów dyrektyw 71/305 i 77/62 należy uznać za uzasadnioną, co w konsekwencji pozwala na zakończenie dalszego badania mającego na celu stwierdzenie, czy kwestionowane przepisy są także naruszeniem art. 59 Traktatu.

### **Art. 284, ustęp 5, RGCE**

Komisja uważa, że wymagając od wykonawców z innych państw członkowskich, którzy chcą dostarczyć inny dowód swojej zdolności niż wpis na hiszpańską listę oficjalnie uznanych wykonawców, o której mowa w art. 28 ust. 1 dyrektywy 71/305, okazania zaświadczenia wydanego przez Komitet Doradczy do Spraw Zamówień Publicznych w celu potwierdzenia, że nie są wpisani lub że ich wpis nie został zawieszony lub odwołany, art. 284 ust. 5 RGVE nakłada na wykonawcę, który zechce dostarczyć innych dowodów, warunek który nie jest przewidziany w dyrektywie 71/305, a więc sprzeczny z nią. Ten warunek jest także sprzeczny z art. 59 Traktatu, ponieważ nakłada na wykonawcę administracyjny ciężar, uniemożliwiając skorzystanie z prawa do udowodnienia swojej zdolności w sposób inny niż poprzez wpis.

Po pierwsze, należy podkreślić, że art. 28 dyrektywy 71/305 nie zawiera sformułowania, podtrzymującego punkt widzenia, że wpis na oficjalną listę wykonawców uznanych w kraju, w którym zamówienie ma być udzielone, może stanowić wymóg stawiany wykonawcom z siedzibą w innych państwach członkowskich. Wręcz przeciwnie, art. 28 ust. 3 uprawnia wykonawców wpisanych na oficjalną listę w każdym państwie członkowskim do wykorzystania wpisu, w ramach ograniczeń ustanowionych tym przepisem, jako alternatywnego sposobu udowodnienia instytucji udzielającej zamówień w innym państwie członkowskim, że spełniają oni kryteria kwalifikacji, o których mowa w art. 23 do 26 tejże dyrektywy (porównaj orzeczenia w *Transporoute*, pkt 12 i 13, oraz połączone sprawy 27 do 29/86 CEI przeciwko *Association Intercommunale pour les Autoroutes des Ardennes* [1987] ECR 3347, ustęp 24). Przedsiębiorstwa mogą więc wybrać, czy przedstawić dowód ich zdolności w formie takiego wpisu czy w formie środków i dokumentów przewidzianych w art. 23 do 26.

Ponadto, dyrektywa 71/305 nie warunkuje tego wyboru w żaden sposób, przewidziany w art. 284, ust. 5 RGCE i nie wymienia zaświadczenia, o którym mowa w tym przepisie jako jednego z dokumentów, do którego przedstawienie można wezwać przedsiębiorstwo mające zamiar przedstawić inny dowód swojej zdolności niż wpis na oficjalną listę uznanych wykonawców.

Wynika z tego, że skargę Komisji o naruszeniu przepisów dyrektywy 71/305 należy uważać za uzasadnioną, co w konsekwencji czyni zbędnym dalsze badanie, czy dany przepis kwestionowany jest także sprzeczny z art. 59 Traktatu.

### **Artykuł 287, ustęp 2 RGCE**

Według Komisji, art. 287 ustęp 2 RGCE jest sprzeczny z dyrektywą 71/305 i art. 59 Traktatu jako, że zawiera stwierdzenie, że dla celów klasyfikacji wykonawców w Hiszpanii "badane będą przede wszystkim zasoby ludzkie, materialne i finansowe, jakimi przedsiębiorstwo dysponuje w sposób ciągły na terytorium, na którym ma siedzibę".

Należy podkreślić, że art. 28 ust. 4 dyrektywy 71/305 stanowi, że "dla celów wpisu wykonawców z innych państw członkowskich na tę listę" (oficjalną listę uznanych wykonawców) nie można wymagać przedstawiania innych dowodów i zaświadczeń poza wymaganymi przez prawo krajowe, a w każdym przypadku poza tymi, o których mowa w art. 23 do 26".

Po drugie, przepisy te nie przewidują przedstawienia dowodu lub zaświadczeń dotyczących spraw, o których mowa w art. 287, ustęp 2 RGCE. W związku z art. 26 lit. c) i d) dyrektywy 71/305, na których opiera się rząd Hiszpanii, należy podkreślić, że chociaż przepis ten dopuszcza wymóg przedstawienia danych o narzędziach oraz wyposażeniu zakładu i wyposażeniu technicznym dostępnym wykonawcy do przeprowadzenia prac oraz o średnim rocznym zatrudnieniu w firmie oraz liczbie członków zarządu z ostatnich trzech lat, nie stanowi o tym, czy wszystko to powinno się znajdować na terytorium kraju, w którym zamówienie ma być udzielone.

Wynika stąd, że zarzut naruszenia przepisów dyrektywy 71/305 należy uznać za uzasadniony, co czyni niepotrzebnym dalsze badanie, czy art. 287 ustęp 2 RGCE jest niezgodny z art. 59 Traktatu.

### **Artykuł 312, ustęp 2 i art. 320, ustęp 3 punkt 5 RGCE.**

Jeśli chodzi o art. 312, ustęp 2 RGCE, wystarczy stwierdzić, że rząd Hiszpanii nie zaprzecza, że ten przepis, który określa dowodową wartość w Hiszpanii zaświadczeń klasyfikacyjnych wydanych przez inne państwo członkowskie, nie uwzględnia przepisów art. 26 lit. (b) i (d) dyrektywy 71/305 i z tego względu jest sprzeczny z pierwszym akapitem art. 28 ust. 3 tejże dyrektywy.

To samo dotyczy art. 320, ustęp 3 punkt 5 RGVE, który stanowi, że techniczną zdolność dostawców można sprawdzić na podstawie zaświadczeń o jakości produktu wydanych przez

hiszpańskie instytucje państwowe lub agencje. Rząd Hiszpanii przyznaje, że przepis ten jest sprzeczny z art. 23 ust. 1 lit. (e) dyrektywy 77/62, który dopuszcza wymóg, by takie zaświadczenia były przedstawiane przez daną osobę, lecz nie wymóg, aby były one sporządzane przez agencję kraju, w którym zamówienie ma być udzielone.

W tych okolicznościach, zarzut dotyczący art. 312, ustęp 2 i art. 320 ustęp 3 punkt 5 RGVE należy uznać za uzasadniony, co w konsekwencji nie wymaga dalszego badania, czy art. 320 ustęp 3 punkt 5 jest także sprzeczny z art. 30 Traktatu, jak twierdzi Komisja.

### **Artykuł 341 RGCE**

Komisja uważa, że art. 341 RGCE, który upoważnia rząd do zwalniania wykonawców, którzy uzyskali wpis do klasyfikacji w Hiszpanii z przedstawiania tymczasowego zabezpieczenia w przypadku ofert na zamówienia na roboty budowlane, jest niezgodny z dyrektywą 71/305 i z art. 59 Traktatu, ponieważ zwolnienie to stwarza bodziec finansowy związany z uzyskaniem wpisu i w praktyce ogranicza prawo do udziału w przetargu bez posiadania wpisu.

Należy mieć na uwadze, że jak Trybunał stwierdził w pkt 45 swojego orzeczenia, dyrektywa 71/305 uprawnia wykonawców do przedstawienia dowodu ich zdolności albo wykorzystując środki, o których mowa w art. 23 do 26 dyrektywy lub w postaci ich wpisu na oficjalną listę uznanych wykonawców, niekoniecznie w państwie, w którym zamówienie ma być udzielone. Egzekucja tego prawa jest utrudniona takimi przepisami jak np. art. 341 RGCE, który umożliwia zwolnienie z przedstawiania tymczasowego zabezpieczenia jedynie wykonawców wpisanych na listę.

Jednakże rząd Hiszpanii twierdzi, że tymczasowe zabezpieczenie spełnia funkcję porównywalną z wymogiem klasyfikacji samej w sobie, czyli gwarantuje wykonanie udzielonego zamówienia, co w rezultacie powoduje, że nie można zwalniać wykonawców, którzy dostarczyli dowód ich zdolności inny niż wpis na listę.

Ten argument należy odrzucić.

Jak Komisja prawidłowo stwierdziła, lit. (d) i (g) pierwszego ustępu art. 23 dyrektywy 71/305, które umożliwiają wykluczenie z udziału w postępowaniu o zamówienie wykonawcy, który jest winien wykroczenia zawodowego lub poważnego fałszerstwa w związku z kryteriami kwalifikacji, dostarczając zamawiającym wystarczających instrumentów aby dopilnować, równie skutecznie, jak w przypadku samego wpisu lub groźby jego zawieszenia, wykonania udzielonego zamówienia. Nie ma więc potrzeby ograniczać przyznawania rzeczowego zwolnienia do tych wykonawców, którzy dostarczyli dowodu swojej zdolności w postaci wpisu na listę w Hiszpanii.

Z powyższego wynika, że zarzut Komisji odnośnie art. 341 RGVE jest uzasadniony i w konsekwencji nie ma potrzeby dalszego badania, czy wyżej kwestionowany przepis jest także sprzeczny z art. 59 Traktatu.

### **Artykuł 244 RGVE**

Po pierwsze należy zauważyć, że rząd Hiszpanii uznał, że przepis ten w sposób nieprawidłowy wdraża do ustawodawstwa krajowego hierarchię, kolejność stosowania standardów, na podstawie których mają być definiowane specyfikacje techniczne w zamówieniach publicznych na dostawy, zgodnie z art. 7 ust. 1 dyrektywy 77/62. Fakt, wskazany przez rząd Hiszpanii, że przepis ten jest istotnie zmieniony dyrektywą Rady 88/295/EWG z 22 marca 1988 r. zmieniającą dyrektywę 77/62/EWG koordynującą procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy i uchylającą niektóre przepisy dyrektywy 80/767/EWG (OJ 1980 L 127, str. 1), przyznającej Królestwu Hiszpanii dodatkowy okres na jej wdrożenie, nie uzasadnia, że uznał on fakt niedopełnienia tych obowiązków. W każdym przypadku okres wyznaczony na wdrożenie do prawa hiszpańskiego dyrektywy 88/295 upłynął 1 marca 1992 r.

Ponadto art. 244, ustęp 2 RGVE wymaga, by słowa "lub równoważny" były dodane jedynie w przypadku wskazania znaków towarowych, patentów czy rodzajów, podczas gdy art. 7 ust. 2 dyrektywy 77/62 wymaga dodania tych słów także w przypadkach, w których techniczne specyfikacje wymieniają towary specyficznego pochodzenia lub marki.

W tych okolicznościach skargę Komisji dotyczącą art. 244 RGVE należy uznać za uzasadnioną.

W świetle wszystkich powyższych rozważań należy stwierdzić, że Królestwo Hiszpanii nie dopełniło, w sposób żądany przez Komisję, swoich obowiązków wynikających z dyrektyw 71/305 i 77/62, z wyjątkiem tego, co dotyczy Ustawy z 24 listopada 1939 roku, art. 11 królewskiego dekretu 946/1978, art. 29 bis, ustęp 1 punkt 1 i 3, LCE i art. 24 ustęp 1 punkt 1 oraz art. 93 ter RGCE.

### **Decyzja o kosztach**

Koszty

Według art. 69 ust. 2 Zasad procesowych, koszty pokrywa strona przegrywająca. Ponieważ Królestwo Hiszpanii jest stroną przegrywającą, musi zapłacić koszty postępowania.

**Sentencja orzeczenia**

**Na tej podstawie**

**Trybunał**

**niniejszym**

**Orzeka, co następuje**

**poprzez utrzymanie w mocy niektórych przepisów wyłączających z zakresu krajowego prawodawstwa o zamówieniach publicznych, ściślej biorąc art. 2 punkty 3 i 8, Ustawy o zamówieniach krajowych i art. 2 punkty 3 i 8, Ogólnych przepisów w sprawie udzielania zamówień krajowych;**

**poprzez utrzymanie w mocy niektórych przepisów pozwalających na udzielanie zamówień z wolnej ręki, ściślej biorąc art. 37 ustęp 1 punkty 1, 2, 7 i 8, art. 87 ustęp 4 punkty 1, 2 i 5, Ustawy o Zamówieniach krajowych, artykułów 117 i 247 Ogólnych przepisów w sprawie udzielania zamówień publicznych oraz art. 120 zmienionych regulacji lokalnych;**

**poprzez utrzymanie w mocy niektórych przepisów dotyczących reguł uczestnictwa i kryteriów kwalifikacji, ściślej biorąc art. 25, ustęp 1 punkty 1 i 3, art. 284, ustęp 5, art. 287 ustęp 2, art. 312 ustęp 2, art. 320 ustęp 3 punkt 5 i art. 341 Ogólnych przepisów w sprawie udzielania zamówień publicznych;**

**poprzez utrzymanie w mocy niektórych przepisów dotyczących standardów technicznych, ściślej biorąc art. 244 ogólnych przepisów dotyczących udzielania zamówień publicznych;**

**Królestwo Hiszpanii nie dopełniło swoich obowiązków wynikających z dyrektywy Rady 71/305EWG z 26 lipca 1971 r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień**



**publicznych na roboty budowlane i dyrektywy Rady 77/62/EWG z 21 grudnia 1976 r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na dostawy.**

**Oddala pozostałe części wniosku;**

**Nakazuje Królestwu Hiszpanii zapłacenie kosztów postępowania.**