

## WYROK TRYBUNAŁU (czwarta izba)

z dnia 15 października 2009 r.(\*)

Procedury udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane – Postępowania rozpoczęte po wejściu w życie dyrektywy 2004/18/WE, lecz przed upływem terminu do transpozycji tej dyrektywy – Procedury negocjacyjne z publikacją ogłoszenia o zamówieniu – Obowiązek dopuszczenia minimalnej liczby odpowiednich kandydatów – Obowiązek zapewnienia rzeczywistej konkurencji

### W sprawie C-138/08

mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 234 WE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Fővárosi Ítéltábla (Węgry) postanowieniem z dnia 13 lutego 2008 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 7 kwietnia 2008 r., w postępowaniu

Hochtief AG,

Linde-Kca-Dresden GmbH

przeciwko

Közbeszerzés Tanácsa Közbeszerzési Döntőbizottság,

przy udziale:

Budapest Főváros Önkormányzata,

TRYBUNAŁ (czwarta izba),

w składzie: K. Lenaerts, prezes trzeciej izby pełniący obowiązki prezesa czwartej izby, R. Silva de Lapuerta (sprawozdawca), E. Juhász, G. Arestis i T. von Danwitz, sędziowie,

rzecznik generalny: P. Mengozzi,

sekretarz: B. Fülöp, administrator,

uwzględniając procedurę pisemną i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 12 marca 2009 r.,

rozważywszy uwagi przedstawione:

- w imieniu Hochtief AG oraz Linde-Kca-Dresden GmbH przez A. László i E. Kissa, ügyvédek,
- w imieniu Budapest Főváros Önkormányzata przez J. Molnár i G. Birkás, ügyvédek,
- w imieniu rządu węgierskiego przez J. Fazekas, R. Somssich, K. Borvölgyi i K. Mocsári-Gál, działające w charakterze pełnomocników,

- w imieniu rządu czeskiego przez M. Smolka, działającego w charakterze pełnomocnika,
- w imieniu rządu włoskiego przez I. Bruni, działającą w charakterze pełnomocnika, wspieraną przez S. Fiorentina, avvocato dello Stato,
- w imieniu Komisji Wspólnot Europejskich przez D. Kukovca, A. Siposa, B. Simona i M. Konstantinidisa, działających w charakterze pełnomocników,

podjąwszy, po wysłuchaniu rzecznika generalnego, decyzję o rozstrzygnięciu sprawy bez opinii,

wydaje następujący

### **Wyrok**

- 1 Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni art. 22 dyrektywy Rady 93/37/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (Dz.U. L 199, s. 54), zmienionej dyrektywą 97/52/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 13 października 1997 r. (Dz.U. L 328, s. 1, zwanej dalej „dyrektywą 93/37”), jak również prawnego stosunku zaistniałego przejściowo między wspomnianą dyrektywą a dyrektywą 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. L 134, s. 114).
- 2 Wniosek ten został złożony w ramach sporu pomiędzy Hochtief AG i Linde-Kca-Dresden GmbH a Közbeszerzés Tanácsa Közbeszerzési Döntőbizottság (komisją arbitrażową rady zamówień publicznych, zwaną dalej „KTKD”) w przedmiocie postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego w trybie procedury negocjacyjnej z publikacją ogłoszenia.

### **Ramy prawne**

#### *Prawo wspólnotowe*

- 3 Artykuł 1 dyrektywy 93/37 stanowi:

»Do celów niniejszej dyrektywy:

[...]

- g) „procedurami negocjacyjnymi” są te procedury krajowe, w ramach których instytucje zamawiające zwracają się według swojego wyboru do wykonawców i negocjują warunki zamówienia z jednym lub kilkoma z nich;
  - h) wykonawca składający ofertę, jest oznaczony pojęciem „oferent” zaś ubiegający się o zaproszenie do udziału w procedurze ograniczonej lub negocjacyjnej, pojęciem „kandydat”.
- 4 Artykuł 7 ust. 2 dyrektywy 93/37 stanowi:

„Instytucje zamawiające mogą udzielać zamówienia na roboty budowlane w ramach procedury negocjacyjnej z uprzednią publikacją ogłoszenia o zamówieniu oraz po dokonaniu wyboru kandydatów zgodnie z opublikowanymi kryteriami jakościowymi, w następujących przypadkach:

- a) jeżeli w toku realizacji procedury otwartej lub ograniczonej wpłynęły nieprawidłowe oferty albo wpłynęły oferty, które nie mogą być przyjęte na mocy przepisów krajowych, zgodnych z przepisami tytułu IV, o ile początkowe warunki zamówienia nie zostały istotnie zmienione. Instytucje zamawiające w takich wypadkach nie publikują ogłoszenia o zamówieniu, jeżeli procedura negocjacyjna obejmuje wszystkie przedsiębiorstwa spełniające kryteria art. 24-29, które złożyły w toku uprzedniej procedury otwartej lub ograniczonej oferty zgodne z formalnymi wymogami procedury przetargowej;
- b) gdy roboty budowlane wykonywane są wyłącznie w celach badawczych, eksperymentalnych lub rozwojowych a nie w celu osiągnięcia rentowności rynkowej lub pokrycia poniesionych kosztów badań i rozwoju;
- c) w wyjątkowych przypadkach, gdy charakter robót budowlanych lub związane z nimi ryzyka nie pozwalają na dokonanie wcześniejszej ogólnej wyceny”.

5 Artykuł 18 ust. 1 dyrektywy 93/37 stanowi:

„Zamówienie jest udzielane na podstawie kryteriów, określonych w rozdziale 3 niniejszego Tytułu, przy uwzględnieniu przepisów art. 19, po sprawdzeniu odpowiedniości wykonawców przez instytucje zamawiające, którzy nie zostali wyłączeni na mocy art. 24, zgodnie z kryteriami sytuacji ekonomicznej i finansowej oraz wiedzy i możliwości technicznych określonych w art. 26-29”.

6 Artykuł 22 tej dyrektywy stanowi:

„1. W procedurach ograniczonych i negocjacyjnych instytucje zamawiające, na podstawie informacji dotyczących sytuacji wykonawcy, jak również informacji i formalności niezbędnych do oceny, czy spełnia on minimalne wymogi ekonomiczne i techniczne, wybierają, spośród kandydatów mających kwalifikacje wymagane w art. 24-29, tych, których zapraszają do złożenia oferty lub do negocjacji.

2. W przypadku, gdy instytucje zamawiające udzielają zamówienia w procedurze ograniczonej, mogą ustalić przedział, w którym będzie się mieścić liczba zaproszonych wykonawców. W takim przypadku informację o przedziale wskazuje się w ogłoszeniu o zamówieniu. Przedział ten jest określany z uwzględnieniem charakteru wykonywanej roboty budowlanej. Przedział ten musi obejmować przynajmniej pięciu i nie więcej niż dwudziestu wykonawców.

W każdym przypadku liczba kandydatów zaproszonych do składania ofert jest wystarczająca do zapewnienia rzeczywistej konkurencji.

3. W przypadku, gdy instytucja zamawiająca udziela zamówienia w procedurze negocjacyjnej, określonej w art. 7 ust. 2, liczba kandydatów dopuszczonych do negocjacji nie może być mniejsza niż trzech, pod warunkiem, że liczba odpowiednich kandydatów jest wystarczająca.

4. Każde państwo członkowskie zapewnia, aby instytucje zamawiające zapraszały do udziału w procedurze, bez dyskryminacji, tych przedsiębiorców z innych państw

członkowskich, którzy spełniają konieczne wymagania oraz na tych samych warunkach jak swoich obywateli”.

7 Artykuł 80 ust. 1 dyrektywy 2004/18 stanowi:

„1. Państwa członkowskie wprowadzą w życie najpóźniej do dnia 31 stycznia 2006 r. przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne niezbędne do wykonania niniejszej dyrektywy i niezwłocznie powiadomią o tym Komisję.

[...]”

8 Artykuł 82 tej dyrektywy, zatytułowany „[u]chylenia” stanowi:

„Bez uszczerbku dla obowiązków państw członkowskich dotyczących przestrzegania ostatecznych terminów transpozycji i zastosowania przepisów, określonych w załączniku XI, począwszy od daty wymienionej w art. 80 uchyla się dyrektywę 92/50/EWG, z wyjątkiem jej art. 41, oraz dyrektywy 93/36/EWG i 93/37/[...]”

Odniesienia do uchylonych dyrektyw należy interpretować jako odniesienia do niniejszej dyrektywy i należy je odczytywać zgodnie z tabelą korelacji zawartą w załączniku XII”.

9 Dyrektywa 2004/18 weszła w życie w dniu 30 kwietnia 2004 r.

*Prawo krajowe*

10 Dyrektywa 93/37 została transponowana do prawa węgierskiego przez ustawę CXXIX z 2003 r. o zamówieniach publicznych (a közbeszerzésekéről szóló 2003 évi CXXIX. törvény, *Magyar Közlöny* 2003/157, zwaną dalej „Kbt”).

11 Artykuł 130 ust. 1, 2 i 7 Kbt, mającej zastosowanie do procedury negocjacyjnej z publikacją ogłoszenia stanowi:

„1) W procedurze tej instytucja zamawiająca określa bądź liczbę kandydatów, bądź przedział, w którym będzie się mieścić liczba kandydatów, którzy będą mogli złożyć oferty, tak, że liczba odpowiednich kandydatów, którzy ponadto przedstawili ważną kandydaturę i którzy zostaną zaproszeni do składania ofert może osiągnąć górną granicę przedziału lub przynajmniej wystarczającą liczbę kandydatów.

2) Minimalna liczba uczestników lub dolna granica przedziału nie mogą wynosić mniej niż trzech kandydatów. Ta liczba lub ten przedział powinny być odpowiednie do charakteru przedmiotu zamówienia i zapewniać w każdym razie rzeczywistą konkurencję.

[...]”

7) Instytucja zamawiająca zaprasza osobiście, bezpośrednio i na piśmie, o ile liczba odpowiednich kandydatów na to pozwala, wybranych kandydatów w określonej liczbie lub w liczbie mieszczącej się w określonym przedziale – w oparciu o ich finansową i ekonomiczną zdolność oraz spełnianie przez nich wymogów technicznych i profesjonalnych – do złożenia ofert. Jeżeli instytucja zamawiająca nie określiła tej liczby lub tego przedziału, zaprasza do składania ofert wszystkich odpowiednich kandydatów. Zaproszeni do składania ofert kandydaci nie mogą złożyć zbiorowej oferty”.

- 12 W chwili, gdy miały miejsce okoliczności faktyczne sprawy przed sądem krajowym dyrektywa 2004/18 nie została jeszcze transponowana do prawa węgierskiego.

### **Postępowanie przed sądem krajowym i pytania prejudycjalne**

- 13 Spór przed sądem krajowym dotyczy procedury negocjacyjnej udzielenia zamówienia publicznego na roboty budowlane na kwotę przekraczającą próg wspólnotowy. Jego jedną stroną są dwie spółki handlowe z siedzibą w Niemczech, Hochtief AG i Linde-Kca-Dresden GmbH, a drugą - KTKD. Instytucja zamawiająca w tym postępowaniu, tj. Budapest Főváros Önkormányzata (urząd miasta Budapeszt) przystąpiła do sprawy w charakterze interwenienta po stronie KTKD.
- 14 W dniu 5 lutego 2005 r. Budapest Főváros Önkormányzata opublikował w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej* zaproszenie do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu będącym przedmiotem sporu przed sądem krajowym. Przedział kandydatów, którzy mogli zostać zaproszeni do składania ofert wynosił od trzech do pięciu.
- 15 W terminie do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu zgłosiło się pięciu kandydatów, w tym konsorcjum utworzone przez skarżących w postępowaniu przed sądem krajowym. W ramach tak przedstawionych kandydatur Budapest Főváros Önkormányzata wykluczył po pierwsze kandydaturę tego konsorcjum jako niedopuszczalną ze względu na „zakaz łączenia funkcji”, a po drugie, postanowił prowadzić dalej postępowanie przetargowe przy udziale dwóch kandydatów, którzy zostali zakwalifikowani jako „odpowiedni” i skierował do nich zaproszenia do składania ofert.
- 16 Skarżące w postępowaniu przed sądem krajowym odwołały się od decyzji Budapest Főváros Önkormányzata do KTKD, podnosząc w szczególności, że zgodnie z art. 130 Kbt, ze względu na to, że liczba odpowiednich kandydatów nie osiągnęła określonego minimum, postępowanie nie może się dalej toczyć. KTKD oddaliła to odwołanie.
- 17 Następnie skarżące w postępowaniu przed sądem krajowym zaskarżyły decyzję KTKD do sądu, powołując się w szczególności na art. 22 ust. 2 i 3 dyrektywy 93/37. Ponieważ sąd, który rozpoznawał sprawę w pierwszej instancji również oddalił ich skargę, skarżące w postępowaniu przed sądem krajowym wniosły apelację do sądu krajowego.
- 18 W tych okolicznościach Fővárosi Ítéltábla postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:
- „1) Czy procedury określone w art. 44 ust. 3 dyrektywy 2004/18 [...], który zastąpił art. 22 dyrektywy 93/37 [...] mają zastosowanie, jeżeli postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia rozpoczęło się w chwili, gdy dyrektywa 2004/18 [...] weszła już w życie, lecz nie upłynął jeszcze wyznaczony państwowemu członkowskim termin dostosowania się do tej dyrektywy, tak, że nie została ona jeszcze wtedy transponowana do prawa krajowego?
- 2) W razie odpowiedzi twierdzącej na pierwsze pytanie, sąd zwraca się również z pytaniem, czy w przypadku postępowań z zastosowaniem procedury negocjacyjnej z publikacją ogłoszenia, mając na uwadze to, że art. 44 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE stanowi, iż „w każdym jednak przypadku liczba zaproszonych kandydatów powinna być wystarczająca, aby zapewnić prawdziwą

konkurencję”, ograniczenie liczby odpowiednich kandydatów należy interpretować w ten sposób, że w drugiej fazie – na etapie udzielenia zamówienia – powinna być niezmiennie obecna minimalna liczba kandydatów (trzech)?.

- 3) W razie udzielenia odpowiedzi przeczącej na pierwsze pytanie, sąd zwraca się do Trybunału Sprawiedliwości z pytaniem, czy wymóg, by „liczba odpowiednich kandydatów [była] wystarczająca” zgodnie z art. 22 ust. 3 dyrektywy 93/37 [...] należy interpretować w ten sposób, że jeżeli nie zostanie osiągnięta minimalna liczba (trzech) odpowiednich kandydatów zaproszonych do udziału w postępowaniu, nie można prowadzić dalszego postępowania polegającego na zaproszeniu do składania ofert?
- 4) Jeżeli Trybunał Sprawiedliwości udzieli przeczącej odpowiedzi na trzecie pytanie, sąd zwraca się ponadto z pytaniem, czy art. 22 ust. 2 akapit drugi dyrektywy 93/37, znajdujący się wśród przepisów dotyczących procedur ograniczonych, zgodnie z którym „w każdym przypadku liczba kandydatów zaproszonych do składania ofert jest wystarczająca do zapewnienia rzeczywistej konkurencji”, ma zastosowanie do postępowań z zastosowaniem dwuetapowej procedury negocjacyjnej, o której mowa w ust. 3?”.

## **W przedmiocie pytań prejudycjalnych**

### *Uwagi wstępne*

- 19 Zdaniem skarżących w postępowaniu przed sądem krajowym, sąd krajowy powinien był oprócz pytań, z którymi się zwrócił, zadać jeszcze jedno pytanie, dotyczące braku poszanowania przez węgierskie uregulowania zasad równego traktowania i niedyskryminacji, a także proporcjonalności, ze względu na to, że uregulowania te automatycznie wykluczają z postępowań przetargowych osoby lub przedsiębiorstwa, które brały udział w pracach przygotowawczych do przetargu, nie dając im możliwości wykazania braku naruszenia konkurencji. Zdaniem tych skarżących analogiczne środki obowiązujące w prawie krajowym innych państw członkowskich zostały uznane za niezgodne z prawem wspólnotowym w wyrokach: z dnia 3 marca 2005 r. w sprawach połączonych C-21/03 i C-34/03 *Fabricom*, Zb.Orz. s. I-1559 i z dnia 16 grudnia 2008 r. w sprawie C-213/07 *Michaniki*, dotychczas nieopublikowanym w Zbiorze.
- 20 W tym zakresie należy przypomnieć, że w ramach współpracy pomiędzy Trybunałem a sądami krajowymi przewidzianej w art. 234 WE, do sądu krajowego, przed którym postępowanie się toczy i który jest zobowiązany orzec w sprawie przed nim zawisłej, należy dokonanie oceny, z uwzględnieniem szczególnych okoliczności zawisłej przed nim sprawy, zarówno w odniesieniu do tego, czy wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym jest niezbędne do wydania wyroku w postępowaniu przed sądem krajowym, jak i w odniesieniu do oceny zasadności pytań, z którymi zwraca się on do Trybunału (zob. w szczególności wyroki: z dnia 7 stycznia 2003 r. w sprawie C-306/99 *BIAO*, Rec. s. I-1, pkt 88, z dnia 14 grudnia 2006 r. w sprawie C-217/05 *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio*, Zb.Orz. s. I-11987, pkt 16, z dnia 2 kwietnia 2009 r. w sprawie C-260/07 *Pedro IV Servicios*, dotychczas nieopublikowany w Zbiorze, pkt 28).
- 21 Wyłącznie sąd krajowy jest więc władny ustalić, jakie pytania mają być przedstawione Trybunałowi, zaś stronom nie przysługuje uprawnienie do dokonywania zmian w treści tych pytań (zob. w szczególności wyroki: z dnia 9 grudnia 1965 r. w sprawie 44/65 *Singer*, Rec. s. 1191, 1198, z dnia 17 września 1998 r. w sprawie C-412/96 *Kainuun*

Liikenne i Pohjolan Liikenne, Rec. s. I-5141, pkt 23, z dnia 6 lipca 2000 r. w sprawie C-402/98 ATB i in., Rec. s. I-5501, pkt 29).

22 Ponadto zmiana istotnej treści pytań prejudycjalnych lub udzielenie odpowiedzi na dodatkowe pytania, podniesione w uwagach przez skarżące w postępowaniu przed sądem krajowym, byłoby niezgodne z rolą powierzoną Trybunałowi w art. 234 WE oraz z obowiązkiem zapewnienia przez Trybunał rządów państw członkowskich oraz zainteresowanym możliwości przedstawienia uwag zgodnie z art. 23 statutu Trybunału Sprawiedliwości wobec tego, że na mocy tego przepisu zainteresowanym doręcza się jedynie postanowienia odsyłające (zob. podobnie w szczególności wyroki: z dnia 1 kwietnia 1982 r. w sprawach połączonych 141/81 do 143/81 Holdijk i in., Rec. s. 1299, pkt 6, z dnia 30 stycznia 1997 r. w sprawie C-178/95 Wiljo, Rec. s. I-585, pkt 30, z dnia 20 marca 1997 r. w sprawie C-352/95 Phytheron International, Rec. s. I-1729, pkt 14, ww. wyrok w sprawie Kainuun Liikenne i Pohjolan Liikenne, pkt 24).

23 Ponieważ w niniejszym przypadku sąd krajowy nie uznał ani za niezbędne, ani za istotne pytania dotyczącego powodów lub okoliczności wykluczenia skarżących w postępowaniu przed sądem krajowym ze spornego przetargu, Trybunał nie może zająć się rozpoznaniem tej kwestii.

*W przedmiocie pytania pierwszego*

24 W pierwszym pytaniu sąd krajowy zmierza w istocie do ustalenia, czy dyrektywa 2004/18 ma zastosowanie do postępowania przetargowego, które zostało wszczęte po wejściu w życie tej dyrektywy, lecz przed upływem terminu do jej transpozycji, tak, że dyrektywa ta nie została jeszcze włączona do prawa krajowego.

25 Na wstępie należy przypomnieć, że przed upływem terminu na dokonanie transpozycji dyrektywy państwom członkowskim nie można zarzucić, że nie ustanowiły jeszcze w swych porządkach prawnych środków wykonujących dyrektywę (zob. wyroki: z dnia 18 grudnia 1997 r. w sprawie C-129/96 Inter-Environnement Wallonie, Rec. str. I-7411, pkt 43, z dnia 4 lipca 2006 r. w sprawie C-212/04 Adeneler i in., Zb.Orz. s. I-6057, pkt 114).

26 I tak w sprawie będącej przedmiotem postępowania przed sądem krajowym w chwili ogłoszenia omawianego przetargu dyrektywa 2004/18 nie została jeszcze transponowana do węgierskiego porządku prawnego, ponieważ termin do transpozycji tej dyrektywy jeszcze nie upłynął, chociaż dyrektywa 93/37 znajdowała nadal zastosowanie na tym etapie postępowania.

27 Ponieważ sporny przetarg w postępowaniu przed sądem krajowym nadal był w toku w chwili upływu terminu do transpozycji dyrektywy 2004/18, pojawia się pytanie o ewentualne obowiązywanie tej dyrektywy w sprawie będącej przedmiotem postępowania przed sądem krajowym.

28 W tym względzie z informacji przekazanych przez rząd węgierski na rozprawie wynika, że decyzja instytucji zamawiającej o odrzuceniu oferty konsorcjum utworzonego przez skarżące w postępowaniu przed sądem krajowym oraz o dalszym prowadzeniu postępowania z udziałem dwóch kandydatów, których uznano za odpowiednich, podjęta została przed upływem terminu do transpozycji dyrektywy 2004/18.

29 W tych okolicznościach byłoby niezgodne z zasadą pewności prawa, gdyby przy ustalaniu, jakie przepisy mają zastosowanie w sprawie zawisłej przed sądem krajowym brać pod uwagę datę udzielenia zamówienia, skoro decyzja, w stosunku do której

podnosi się w niniejszym przypadku naruszenie prawa wspólnotowego została wydana przed datą, o której mowa w poprzednim punkcie niniejszego wyroku (zob. analogicznie wyrok z dnia 5 października 2000 r. w sprawie C-337/98 Komisja przeciwko Francji, Rec. s. I-8377, pkt 40).

- 30 W związku z tym na pytanie pierwsze należy odpowiedzieć w ten sposób, że dyrektywa 2004/18 nie ma zastosowania do decyzji wydanej przez instytucję zamawiającą w trakcie przetargu na roboty budowlane, przed upływem terminu do transpozycji tej dyrektywy.

*W przedmiocie pytania drugiego*

- 31 Ze względu na odpowiedź na poprzednie pytanie nie ma potrzeby odpowiadania na pytanie drugie.

*W przedmiocie pytania trzeciego*

- 32 W trzecim pytaniu sąd krajowy pragnie się w istocie dowiedzieć, czy art. 22 ust. 3 dyrektywy 93/37 należy interpretować w ten sposób, że postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia publicznego w trybie negocjacji nie może się toczyć w braku liczby kandydatów wystarczającej do osiągnięcia dolnej granicy trzech kandydatów, określonego w tym przepisie.

- 33 W tym względzie należy przypomnieć, że dyrektywa 93/37 zawiera wśród swych przepisów zasady dotyczące przebiegu postępowania.

- 34 I tak odnośnie do przebiegu postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego na roboty budowlane, w art. 18 dyrektywy 93/37 przewidziano przynajmniej dwa różne etapy, tj. po pierwsze, ewentualne wykluczenie oferentów lub kandydatów na podstawie art. 24 tej dyrektywy, a także sprawdzenie, według kryteriów możliwości ekonomicznych, finansowych i technicznych, o których mowa w art. 26/29 tej dyrektywy oraz określonych w ramach danego przetargu, czy oferenci lub kandydaci, którzy nie zostali wykluczeni są odpowiedni; po drugie zaś, udzielenie zamówienia na podstawie kryteriów określonych dla tego przetargu, wybranych spośród kryteriów określonych w tytule IV rozdział 3 tej dyrektywy, z uwzględnieniem przepisów art. 19 tejże dyrektywy.

- 35 W procedurze negocjacyjnej pomiędzy pierwszym ze wspomnianych wyżej etapów, a etapem udzielenia zamówienia, ma miejsce faza negocjacji między instytucją zamawiającą a dopuszczonymi do negocjacji kandydatami.

- 36 Zgodnie z art. 22 ust. 3 dyrektywy 93/37, gdy zamówienia udziela się w procedurze negocjacyjnej, liczba kandydatów dopuszczonych do negocjacji nie może być mniejsza niż trzech, pod warunkiem, że liczba odpowiednich kandydatów jest wystarczająca.

- 37 Z brzmienia tego przepisu wynika więc, że jeśli chodzi o liczbę kandydatów dopuszczonych do negocjacji, instytucje zamawiające muszą przynajmniej przestrzegać określonej w nim dolnej granicy, o ile pozwala na to liczba odpowiednich kandydatów.

- 38 W tym względzie za „odpowiedniego kandydata” w rozumieniu art. 22 ust. 3 dyrektywy 93/37 należy uznać każdego przedsiębiorcę, który zwrócił się o zaproszenie do udziału w danym postępowaniu i który, spośród tych, którzy posiadają kwalifikacje wymagane



w art. 24-29 tej dyrektywy, spełnia warunki o charakterze gospodarczym i technicznym określone dla danego postępowania.

- 39 Po pierwsze bowiem, zgodnie z definicją art. 1 lit. h) dyrektywy 93/37 „kandydat” jest to przedsiębiorca ubiegający się o zaproszenie do udziału w procedurze ograniczonej lub negocjacyjnej.
- 40 Po drugie zaś, zgodnie z art. 22 ust. 1 dyrektywy 93/37, w procedurach negocjacyjnych instytucje zamawiające, na podstawie informacji dotyczących sytuacji wykonawcy, jak również informacji i formalności niezbędnych do oceny, czy spełnia on wymogi ekonomiczne i techniczne, wybierają, spośród kandydatów mających kwalifikacje wymagane w art. 24-29 tej dyrektywy, tych, których zapraszają do złożenia oferty lub do negocjacji.
- 41 Wynika z tego, że art. 22 ust. 3 dyrektywy 93/37 należy interpretować w ten sposób, że w razie udzielania zamówienia w drodze procedury negocjacyjnej liczba dopuszczonych do negocjacji kandydatów nie może być mniejsza niż trzech, pod warunkiem, że jest wystarczająca liczba przedsiębiorców, którzy ubiegali się o zaproszenie do udziału w danym postępowaniu i którzy, spośród tych, którzy posiadają kwalifikacje wymagane w art. 24-29 tej dyrektywy, spełniają warunki o charakterze gospodarczym i technicznym określone dla danego postępowania.
- 42 Tak więc jeżeli udziela się zamówienia w drodze procedury negocjacyjnej, a liczba odpowiednich kandydatów jest mniejsza niż dolna granica ustalona dla danego postępowania, która nie może wynosić mniej niż trzech kandydatów, instytucja zamawiająca może mimo to prowadzić dalej to postępowanie, zapraszając do negocjowania warunków zamówienia odpowiedniego kandydata lub odpowiednich kandydatów.
- 43 Jak słusznie podniosła Komisja, gdyby było inaczej, społeczne zapotrzebowanie, stwierdzone i określone przez instytucję zamawiającą, które instytucja ta zamierzała zaspokoić dzięki udzieleniu danego zamówienia, nie mogłoby zostać zaspokojone nie ze względu na brak odpowiednich kandydatów, lecz przez to, że ich liczba byłaby mniejsza niż wspomniana dolna granica.
- 44 W świetle powyższego, na trzecie pytanie należy odpowiedzieć, że art. 22 ust. 3 dyrektywy 93/37 należy interpretować w ten sposób, że jeżeli udziela się zamówienia w drodze procedury negocjacyjnej, a liczba odpowiednich kandydatów jest mniejsza niż dolna granica ustalona dla danego postępowania, instytucja zamawiająca może mimo to prowadzić dalej to postępowanie, zapraszając do negocjowania warunków zamówienia odpowiedniego kandydata lub odpowiednich kandydatów.

*W przedmiocie pytania czwartego*

- 45 W czwartym pytaniu sąd krajowy pragnie się dowiedzieć, czy art. 22 ust. 2 akapit drugi dyrektywy 93/37 ma zastosowanie do postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego na roboty budowlane w drodze procedury negocjacyjnej.
- 46 W tym względzie należy stwierdzić, że z wykładni systemowej art. 22 dyrektywy 93/37 wynika, że ust. 2 akapit drugi tego artykułu dotyczy jedynie zamówień udzielanych w drodze procedury ograniczonej.
- 47 Należy jednak przypomnieć, że jak wynika z dziesiątego motywu dyrektywy 93/37, dyrektywa ta ma na celu zapewnienie rozwoju skuteczniejszej konkurencji w dziedzinie

zamówień publicznych (zob. wyroki: z dnia 16 września 1999 r. w sprawie C-27/98 Fracasso i Leitschutz, Rec. str. I-5697, pkt 26, z dnia 27 listopada 2001 r. w sprawach połączonych C-285/99 i C-286/99, Lombardini i Mantovani, Rec. str. I-9233, pkt 34, z dnia 12 grudnia 2002 r. w sprawie C-470/99 Universale-Bau i in., Rec. str. I-11617, pkt 89, z dnia 7 października 2004 r. w sprawie C-247/02 Sintesi, Zb.Orz. s. I-9215, pkt 35).

- 48 Tak więc, pragnąc osiągnąć cel, jakim jest rozwój skutecznej konkurencji, dyrektywa 93/37 dąży do takiego sposobu organizowania procedury udzielania zamówień publicznych, aby instytucja zamawiająca była w stanie dokonać porównania różnych ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej w oparciu o obiektywne kryteria (ww. wyroki: w sprawie Fracasso i Leitschutz, pkt 31, w sprawie Sintesi, pkt 37).
- 49 W związku z tym, jeżeli art. 22 ust. 2 drugi akapit dyrektywy 93/37 stanowi, że w przypadku, gdy instytucje zamawiające udzielają zamówienia w procedurze ograniczonej, w każdym przypadku liczba kandydatów zaproszonych do składania ofert musi być wystarczająca do zapewnienia rzeczywistej konkurencji, przepis ten formułuje jedynie w sposób wyraźny jeden z ogólnych celów tej dyrektywy (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Sintesi, pkt 36).
- 50 Wynika z tego, że chociaż dyrektywa 93/37 nie zawiera przepisu analogicznego do przepisu art. 22 ust. 2 akapit drugi w odniesieniu do procedury negocjacyjnej, instytucja zamawiająca stosująca te procedury w przypadkach, o których mowa w art. 7 ust. 2 tej dyrektywy, ma mimo to obowiązek zapewnienia rzeczywistej konkurencji.
- 51 W tym względzie należy przede wszystkim podkreślić, że w tych przypadkach zastosowanie procedury negocjacyjnej wymaga uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu, aby wezwać chętnych do zgłaszania kandydatur. Jak wskazano w pkt 14 niniejszego wyroku, warunek ten został w sprawie stanowiącej przedmiot postępowania przed sądem krajowym dochowany.
- 52 Idąc dalej, jeśli chodzi o etap negocjacji zamówienia, art. 22 ust. 3 dyrektywy 93/37 nakazuje instytucji zamawiającej zaproszenie do udziału w tym etapie wystarczającej liczby kandydatów. To, czy ta liczba jest wystarczająca w celu zapewnienia rzeczywistej konkurencji, czy nie, należy ustalać w zależności od charakteru i przedmiotu danego zamówienia.
- 53 Wreszcie, jeśli w takim postępowaniu liczba odpowiednich kandydatów znajduje się poniżej dolnej granicy ustalonej dla danego postępowania, która zgodnie z dyrektywą 93/37 nie może być niższa niż trzech kandydatów, należy stwierdzić, że o ile warunki o charakterze gospodarczym i technicznym właściwe dla tego postępowania zostały ustalone i zastosowanie prawidłowo, instytucja zamawiająca mimo to zapewniła rzeczywistą konkurencję.
- 54 Z całości powyższych rozważań wynika, że na czwarte pytanie należy odpowiedzieć, iż dyrektywę 93/37 należy interpretować w ten sposób, że obowiązek zapewnienia rzeczywistej konkurencji jest spełniony, jeżeli instytucja zamawiająca stosuje procedurę negocjacyjną na warunkach określonych w art. 7 ust. 2 tej dyrektywy.

#### **W przedmiocie kosztów**

- 55 Dla stron postępowania przed sądem krajowym niniejsze postępowanie ma charakter incydentalny, dotyczy bowiem kwestii podniesionej przed tym sądem, do niego zatem

należy rozstrzygnięcie o kosztach. Koszty poniesione w związku z przedstawieniem uwag Trybunałowi, inne niż poniesione przez strony postępowania przed sądem krajowym, nie podlegają zwrotowi.

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

- 1) **Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi nie ma zastosowania do decyzji wydanej przez instytucję zamawiającą w trakcie przetargu na roboty budowlane, przed upływem terminu do transpozycji tej dyrektywy.**
- 2) **Artykuł 22 ust. 3 dyrektywy Rady 93/37/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, w brzmieniu zmienionym przez dyrektywę 97/52/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 13 października 1997 r. należy interpretować w ten sposób, że jeżeli udziela się zamówienia w drodze procedury negocjacyjnej, a liczba odpowiednich kandydatów jest mniejsza niż dolna granica ustalona dla danego postępowania, instytucja zamawiająca może mimo to prowadzić dalej to postępowanie, zapraszając do negocjowania warunków zamówienia odpowiedniego kandydata lub odpowiednich kandydatów.**
- 3) **Dyrektywę 93/37 w brzmieniu zmienionym przez dyrektywę 97/52 należy interpretować w ten sposób, że obowiązek zapewnienia rzeczywistej konkurencji jest spełniony, jeżeli instytucja zamawiająca stosuje procedurę negocjacyjną na warunkach określonych w art. 7 ust. 2 tej dyrektywy.**

Podpisy

---

\* Język postępowania: węgierski.