

## WYROK TRYBUNAŁU (druga izba)

z dnia 21 lutego 2008 r.(\*)

Uchybienie zobowiązaniom państwa członkowskiego – Zamówienia publiczne na roboty budowlane, dostawy i usługi – Dyrektywy 92/50/EWG, 93/36/EWG, 93/37/EWG i 93/38/EWG – Przejrzystość –Równość traktowania – Zamówienia wyłączone ze względu na swoją wartość spod zakresu przedmiotowego tych dyrektyw

### W sprawie C-412/04

mającej za przedmiot skargę o stwierdzenie, na podstawie art. 226 WE, uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego, wniesioną w dniu 24 września 2004 r.,

Komisja Wspólnot Europejskich, reprezentowana przez X. Lewisa i K. Wiednera, działających w charakterze pełnomocników, wspieranych przez G. Bambarę, avvocato, z adresem do doręczeń w Luksemburgu,

strona skarżąca,

przeciwko

Republice Włoskiej, reprezentowanej przez I. M. Braguglię, działającego w charakterze pełnomocnika, wspieranego przez M. Fiorilliego, avvocato dello Stato, z adresem do doręczeń w Luksemburgu,

strona pozwana,

popieranej przez:

Republikę Francuską, reprezentowaną przez G. de Berguesa, działającego w charakterze pełnomocnika,

Królestwo Niderlandów, reprezentowane przez H. G. Sevenster i M. de Gravego, działających w charakterze pełnomocników,

Republikę Finlandii, reprezentowaną przez A. Guimaraes-Purokoski, działającą w charakterze pełnomocnika, z adresem do doręczeń w Luksemburgu,

interwencji,

**TRYBUNAŁ (druga izba),**

w składzie: C. W. A. Timmermans, prezes izby, L. Bay Larsen, K. Schiemann, J. Makarczyk (sprawozdawca), i J.-C. Bonichot, sędziowie,

rzecznik generalny: D. Ruiz-Jarabo Colomer,

sekretarz: R. Grass,

uwzględniając procedurę pisemną,

po zapoznaniu się z opinią rzecznika generalnego na posiedzeniu w dniu 8 listopada 2006 r.,

**wydaje następujący**

### **Wyrok**

1 Komisja Wspólnot Europejskich wnosi w skardze do Trybunału o stwierdzenie, że przyjmując przepisy:

– art. 2 ust. 1 i 5, art. 17 ust. 12, art. 27 ust. 2, art. 30 ust. 6a, art. 37b i 37c ust. 1 ustawy nr 109, ustawy ramowej o zamówieniach publicznych na roboty budowlane (legge quadro in materia di lavori pubblici) z dnia 11 lutego 1994 r. (dodatek zwykły do GURI nr 41 z dnia 19 lutego 1994 r.), zmienionej przez ustawę nr 166 z dnia 1 sierpnia 2002 r. (dodatek zwykły do GURI nr 181 z dnia 3 sierpnia 2002 r., zwanej dalej „ustawą nr 109/1994”),

– art. 28 ust. 4 ustawy nr 109/1994 w związku z art. 188 dekretu prezydenta republiki nr 554 w sprawie rozporządzenia wykonawczego do ustawy ramowej o zamówieniach publicznych na roboty budowlane z dnia 11 lutego 1994 r., nr 109 z jego późniejszymi zmianami (regolamento di attuazione della legge quadro in materia di lavori pubblici 11 febbraio 1994, n. 109, e successive modificazioni) z dnia 21 grudnia 1999 r. (dodatek zwykły do GURI nr 98, z dnia 28 kwietnia 2000 r., zwanego dalej „DPR nr 554/1999”) i art. 3 ust. 3 dekretu z mocą ustawy nr 157 w sprawie wykonania dyrektywy 92/50/EWG w zakresie zamówień publicznych na usługi (attuazione della direttiva 92/50/CEE in materia di appalti pubblici di servizi) z dnia 17 marca 1995 r. (dodatek zwykły do GURI nr 104 z dnia 6 maja 1995 r., zwanego dalej „dekretem z mocą ustawy nr 157/1995”),

Republika Włoska uchybiła zobowiązaniom, które na niej ciążyą na mocy dyrektywy Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnoszącej się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi (Dz.U. L 209, str. 1), dyrektywy Rady 93/36/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy (Dz.U. L 199, str. 1), dyrektywy Rady 93/37/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (Dz.U. L 199,

str. 54), zmienionej dyrektywą 97/52/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 13 października 1997 r. (Dz.U. L 328, str. 1, zwanej dalej „dyrektywą 93/37”), dyrektywy Rady 93/38/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (Dz.U. L 199, str. 84) oraz na mocy art. 43 WE i 49 WE, a także zasad przejrzystości i równego traktowania, których są one wyrazem.

## **Ramy prawne**

### **Uregulowania wspólnotowe**

2 Dyrektywy 92/50, 93/36, 93/37 i 93/38 przyjęto w ramach ustanawiania rynku wewnętrznego, rozumianego jako obszar bez granic wewnętrznych, na którym zapewniony jest swobodny przepływ towarów, osób, usług i kapitału. Mają one na celu wyeliminowanie praktyk ogólnie ograniczających konkurencję oraz ograniczających udział w przetargach podmiotów pochodzących z innych państw członkowskich, aby urzeczywistnić w szczególności swobodę przedsiębiorczości i swobodę świadczenia usług, wyrażone odpowiednio w art. 43 WE i 49 WE.

3 W myśl motywu szesnastego dyrektywy 92/50 zamówienia publiczne na usługi mogą niekiedy obejmować pewne roboty budowlane, a z dyrektywy Rady 71/305/EWG z dnia 26 lipca 1971 r., dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (Dz.U. L 185, str. 5) wynika, że, aby zamówienie stanowiło zamówienie publiczne na roboty budowlane, jego celem musi być wykonanie obiektu budowlanego. W zakresie, w jakim te roboty budowlane mają charakter dodatkowy i nie przesądzają o celu zamówienia, nie stanowią podstawy do kwalifikowania danego zamówienia jako zamówienia publicznego na roboty budowlane.

4 Z art. 8 dyrektywy 92/50 wynika, że zamówień, których przedmiotem są usługi wymienione w załączniku I A do tej dyrektywy udziela się zgodnie z przepisami jej tytułów III–VI. Tytuł III poświęcony jest wyborowi procedur udzielania zamówień oraz regułom przeprowadzania konkursów na projekty.

5 W kategorii 12 załącznika I A do dyrektywy 92/50 mowa jest w szczególności o usługach architektonicznych, inżynierskich, urbanistycznych i architektury krajobrazu oraz związanych z nimi usługach konsultacji naukowych i technicznych oraz usługach badań i analiz technicznych.

6 Artykuł 15 dyrektywy 93/38 stanowi, że zamówienia, których przedmiotem są usługi wymienione w załączniku XVI A do tej dyrektywy są udzielane zgodnie z przepisami tytułów III - V. Tytuł IV poświęcony jest procedurom udzielania zamówień.

7 Kategoria 12 wspomnianego załącznika XVI A pokrywa się z kategorią 12 załącznika I A do dyrektywy 92/50.

8 Zgodnie z art. 1 lit. a) dyrektywy 93/37 „zamówieniami publicznymi na roboty budowlane» są umowy o charakterze odpłatnym, zawierane na piśmie między wykonawcą a instytucją zamawiającą, określoną w lit. b), których przedmiotem jest albo wykonanie, albo zarówno wykonanie jak i zaprojektowanie robót budowlanych, związanych z jedną z działalności określonych w załączniku II lub obiektu budowlanego, określonego w lit. c), albo wykonanie, za pomocą jakichkolwiek środków, obiektu budowlanego odpowiadającego wymogom określonym przez instytucję zamawiającą”.

9 Artykuł 6 ust. 1 tej dyrektywy określa jej zakres przedmiotowy względem szacunkowej wartości poszczególnych zamówień publicznych na dane roboty budowlane. Z art. 6 ust. 3 wynika, że w przypadku gdy obiekt budowlany jest podzielony na kilka części, z których każda stanowi przedmiot odrębnego zamówienia, wartość każdej z tych części jest uwzględniana przy obliczaniu wartości, określonej w ust. 1 tego artykułu, a w przypadku gdy łączna wartość części jest nie mniejsza niż wartość określona w ust. 1, przepisy tego ustępu mają zastosowanie zasadniczo do wszystkich części.

### **Uregulowania krajowe**

10 Zamówienia publiczne na roboty budowlane reguluje ustawa nr 109/1994 i będący aktem wykonawczym do niej DPR nr 554/1999.

11 Artykuł 2 ust. 1 ustawy nr 109/1994 stanowi, że roboty budowlane na zamówienie publiczne są to zlecone przez podmioty określone w ust. 2 tego artykułu budowa, rozbiórka, odzyskiwanie, przebudowa, remont i konserwacja obiektów budowlanych i instalacji. Przepis ten obejmuje zakresem ustawy 109/1994 zamówienia mieszane na roboty budowlane, dostawy i usługi, jak również zamówienia na dostawy lub usługi zawierające dodatkowe roboty budowlane wyceniane na ponad 50% całkowitej wartości danego zamówienia.

12 Artykuł 3 ust. 3 dekretu z mocą ustawy nr 157/1995 stanowi, że w odniesieniu zarówno do zamówień mieszanych na roboty budowlane i usługi, jak i do zamówień na usługi wiążące się z dodatkowymi robotami budowlanymi przepisy ustawy nr 109/1994 mają zastosowanie w przypadku, gdy roboty budowlane stanowią powyżej 50% całkowitej wartości danego zamówienia.

13 Artykuł 2 ust. 5 ustawy nr 109/1994 wyłącza z zakresu przedmiotowego tej ustawy roboty prowadzone bezpośrednio przez podmioty prywatne w ramach odliczeń od opłat należnych z tytułu pozwoleń w zakresie działalności budowlanej oraz wynikające z obowiązków przewidzianych w art. 28 ust. 5 ustawy nr 1150 o urbanistyce (legge urbanistica) z dnia 17 sierpnia 1942 r. (GURI nr 244 z dnia 16 października 1942 r.) z późn. zm. (zwanej dalej „ustawą nr 1150/1942”). Przepis ten przewiduje również wyłączenie robót analogicznych do wyżej wymienionych. Stanowi on, że jeżeli wartość obiektów budowlanych, liczona dla każdego z nich oddzielnie, przekracza progi wspólnotowe, podmioty prywatne muszą udzielać zamówień zgodnie z procedurami określonymi w dyrektywie 93/37.

14 W tym względzie z art. 1 i 31 ustawy nr 1150/1942 oraz art. 3 i 11 ustawy nr 10 w sprawie norm w dziedzinie zabudowy terenu (norme in materia di edificabilità dei suoli) z dnia 28 stycznia 1977 r. (GURI nr 27 z dnia 29 stycznia 1977 r.) z późn. zm. (zwanej dalej „ustawą nr 10/1977”) wynika, że posiadacz pozwolenia na budowę może sam prowadzić roboty budowlane z zakresu rozwoju infrastruktury miejskiej, odliczając ich koszt, w całości lub w części, od należnych opłat.

15 Poza zamówieniami publicznymi na roboty budowlane ustawa nr 109/1994 reguluje niektóre zamówienia publiczne na usługi.

16 A zatem art. 17 ust. 12 tej ustawy zezwala instytucjom zamawiającym na udzielenie zamówień publicznych na usługi, których przedmiot stanowią projektowanie i kierowanie robotami budowlanymi o szacunkowej wartości poniżej 100.000 EUR, za pośrednictwem podmiotu odpowiedzialnego za postępowanie, podmiotom określonym w ust. 1 lit. d) - g) tego artykułu, które darzą zaufaniem, po upewnieniu się co do doświadczenia i kwalifikacji zawodowych tych podmiotów, i po uzasadnieniu tego wyboru.

17 Zgodnie z art. 27 ust. 2 ustawy nr 109/1994 w razie gdy instytucja zamawiająca nie może podjąć się sama kierowania robotami budowlanymi, musi powierzyć je, w podanej kolejności, innemu organowi administracji publicznej, projektantowi odpowiedzialnemu za dany projekt zgodnie z art. 17 ust. 4 tej ustawy lub innym podmiotom, wyznaczonym wcześniej zgodnie z krajowymi przepisami transponującymi przepisy wspólnotowe w tej dziedzinie.

18 W myśl art. 28 ust. 4 ustawy nr 109/1994 badania powierza się jednemu, dwóm lub trzem technikom, posiadającym wysokie kwalifikacje w danej konkretnej dziedzinie, w zależności od rodzaju, stopnia złożoności i wartości robót. Są oni wybierani przez instytucję zamawiającą spośród osób należących do jej struktury, chyba że podmiot odpowiedzialny

za postępowanie stwierdzi i poświadczy, że brak jest tego rodzaju zatrudnionych specjalistów.

19 Artykuł 30 ust. 6a tejże ustawy stwarza tę samą możliwość w przypadku kontroli realizacji robót, które zasadniczo powierza się biurom technicznym instytucji zamawiających lub instytucjom kontrolnym określonym w lit. a) tego ustępu.

20 Z art. 188 ust. 1, 3, 8, 9, 11, 12 i 13 DPR nr 554/1999 wynika ponadto, że w ciągu trzydziestu dni od zakończenia robót lub od chwili oddania ich w przypadku będących w toku badań, instytucja zamawiająca powierza kontrolę realizacji wykonanych robót swym współpracownikom, w zależności od rodzaju, kategorii, stopnia złożoności i wartości robót, a także na podstawie wcześniej ustalonych kryteriów.

21 W przypadku gdy personel nie spełnia wymaganych warunków, zwraca się ona do zewnętrznych specjalistów wpisanych na listy ministerstwa robót budowlanych na zamówienie publiczne, regionów lub prowincji autonomicznych.

22 W braku tego rodzaju list, instytucji zamawiającej przysługuje swoboda zlecenia zadań kontroli wedle własnego uznania osobom, które w każdym razie posiadają wymagane kwalifikacje i spełniają wymagane warunki.

23 Artykuły 37a - 37c ustawy nr 109/1994 dotyczą udzielania zamówień publicznych na roboty budowane w całości lub w części finansowane przez podmioty prywatne.

24 Artykuł 37a zezwala podmiotom prywatnym na przedstawianie instytucjom zamawiającym propozycji wykonania robót budowlanych na zamówienie publiczne lub robót budowlanych użyteczności publicznej i zawieranie na nie umów, w których przewidziane jest finansowanie i zarządzanie robotami budowlanymi.

25 Artykuł 37b tej ustawy określa procedurę wyboru dewelopera. Przewiduje zatem ocenę przez instytucje zamawiające wykonalności przedstawionych im propozycji pod kątem różnych aspektów: budownictwa, urbanistyki, środowiska, jakości projektu, funkcjonalności, użyteczności, publicznej dostępności, opłacalności, kosztów zarządzania i utrzymania, czasu trwania koncesji, terminów realizacji robót, cen, metod ich rewizji i wartości ekonomicznej i finansowej planów i treści projektu porozumienia. Instytucje muszą upewnić się, że nie istnieją przeszkody w realizacji tych propozycji, a po ich zbadaniu i porównaniu oraz po wysłuchaniu deweloperów, którzy tego zażądadają, wskazują, która z propozycji leży w interesie publicznym.

26 Wówczas, zgodnie z art. 37c ustawy 109/1994 stosuje się procedurę przetargu ograniczonego, aby uzyskać złożenie kolejnych dwóch ofert. Koncesji udziela się następnie

poprzez procedurę negocjacji, w której rozważa się pierwotnie wybraną propozycję dewelopera i dwie pozostałe. W trakcie tego postępowania deweloper może dostosowywać swoją propozycję do propozycji najbardziej odpowiedniej w opinii instytucji zamawiającej. Gdy tego dokona, koncesja zostaje udzielona właśnie jemu.

### **Postępowanie poprzedzające wniesienie skargi**

27 Otrzymawszy szereg skarg w przedmiocie skutków ustawy nr 109/94 w jej pierwszej wersji Komisja śledziła proces legislacyjny prowadzący do jej zmiany.

28 Po przyjęciu ustawy nr 166 z dnia 1 sierpnia 2002 r. zmieniającej ustawę nr 109/1994 Komisja skierowała do Republiki Włoskiej w dniu 19 grudnia 2002 r. wezwanie do usunięcia uchybienia, wskazując, że niektóre z przepisów ustawy 109/1994 nadal wydają się niezgodne z prawem wspólnotowym.

29 Pismem z dnia 26 czerwca 2003 r. Republika Włoska uznała większość zarzutów Komisji i poinformowała ją o zamiarze wprowadzenia w związku z tym zmian do odpowiednich przepisów.

30 Ponieważ jednak Republika Włoska nie wprowadziła zapowiadanych zmian, w dniu 15 października 2003 r. Komisja skierowała do niej uzasadnioną opinię, wzywając do podjęcia działań niezbędnych do zastosowania się do tej opinii w terminie dwóch miesięcy od jej doręczenia.

31 Uznawszy stanowisko Republiki Włoskiej wyrażone w piśmie z dnia 22 kwietnia 2004 r. za niezadowolające, Komisja wniosła, zgodnie z art. 226 akapit drugi WE, skargę w niniejszej sprawie.

32 Postanowieniem prezesa Trybunału z dnia 6 kwietnia 2005 r. Republika Francuska, Królestwo Niderlandów i Republika Finlandii zostały dopuszczone do niniejszego postępowania w charakterze interwenientów popierających zadania Republiki Włoskiej. Jedynie Królestwo Niderlandów i Republika Finlandii przedłożyły uwagi.

### **W przedmiocie skargi**

33 Skarga w niniejszej sprawie opiera się na sześciu zarzutach.

W przedmiocie zarzutu pierwszego

34 Zarzut pierwszy dotyczy uregulowań w przedmiocie zamówień mieszanych, zawartych w ustawie nr 109/1994.

35 Z przepisów art. 2 ust. 1 tej ustawy, który ma na celu określenie zakresu pojęcia robót budowlanych na zamówienie publiczne wynika, że obejmuje ono prace polegające na budowie, rozbiórce, odzyskiwaniu, przebudowie, remoncie i konserwacji obiektów i instalacji, jeżeli zlecają je podmioty, o których mowa w ust. 2 tego artykułu. Ustęp 1 stanowi, że zamówienia mieszane na roboty budowlane, dostawy i usługi, jak również zamówienia na dostawy lub usługi zawierające dodatkowe roboty budowlane podlegają przepisom ustawy nr 109/1994, jeżeli te roboty budowlane stanowią ponad 50% całkowitej wartości danego zamówienia.

36 Podobnie art. 3 ust. 3 dekretu z mocą ustawy nr 157/1995 stanowi, że w odniesieniu zarówno do zamówień mieszanych na roboty budowlane i usługi, jak i do zamówień na usługi wiążących się z dodatkowymi robotami budowlanymi przepisy ustawy nr 109/1994 mają zastosowanie w przypadku, gdy roboty budowlane stanowią powyżej 50 % całkowitej wartości danego zamówienia.

### **Argumentacja stron**

37 Komisja utrzymuje, że to, jakim regulacjom podlegają zamówienia mieszane powinno zależeć od głównego przedmiotu zamówienia, ustalanego między innymi, ale nie wyłącznie, w oparciu o wartość poszczególnych świadczeń.

38 W tym względzie Komisja podnosi, że poddając regulacjom dotyczącym zamówień publicznych na roboty budowlane zamówienia, w których część, którą stanowią roboty budowlane przeważa z punktu widzenia ekonomicznego, chociaż roboty te mają przy tym charakter dodatkowy względem innych świadczeń, włoskie ustawodawstwo powoduje wyłączenie szeregu zamówień na usługi i dostawy, których szacunkowa wartość przekracza progi obowiązujące dla dyrektyw 92/50 i 93/36, lecz pozostaje niższa, niż próg zastosowania dyrektywy 93/37, spod zakresu przedmiotowego właściwych przepisów wspólnotowych.

39 Republika Włoska odpira, iż w oczekiwaniu na zmianę odpowiednich krajowych aktów prawnych, do której przystąpiła w reakcji na zastrzeżenia Komisji, wydany został okólnik nr 2316 ministerstwa infrastruktury i transportu w sprawie uregulowania zamówień mieszanych w zakresie zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (*disciplina dei contratti misti negli Appalti pubblici di lavori, forniture e servizi*) z dnia 18 grudnia 2003 r. (GURI nr 79 z dnia 3 kwietnia 2004 r., str. 26), w którym wezwano instytucje zamawiające do przestrzegania zasady, iż w przypadku zamówień mieszanych należy brać pod uwagę, w celu ustalenia właściwych przepisów, główny przedmiot zamówienia, tak, by aspekt ekonomiczny nie miał już w tym względzie przeważającego charakteru.



40 Ustawa nr 62 wprowadzająca przepisy w celu wykonania zobowiązań wypływających z przynależności Włoch do Wspólnot Europejskich – Ustawa wspólnotowa 2004 (disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee. Legge comunitaria 2004) z dnia 18 kwietnia 2005 r. (dodatek zwykły do GURI nr 96 z dnia 27 kwietnia 2005 r., zwana dalej „ustawą wspólnotową 2004”) usankcjonowała to rozwiązanie.

41 Republika Finlandii uważa, że wartość ekonomiczna jest decydującym kryterium przy ocenie głównego przedmiotu zamówienia, a stosowanie tej metody należy wyłączyć jedynie w wyjątkowych sytuacjach, czyli wówczas, gdy użycie kryterium wartości ekonomicznej ma stać na przeszkodzie zastosowaniu prawa wspólnotowego.

### **Ocena Trybunału**

42 Na wstępie należy przypomnieć, że w świetle utrwalonego orzecznictwa, wystąpienie uchybienia należy oceniać na podstawie sytuacji państwa członkowskiego, jaka miała miejsce w chwili upływu terminu wyznaczonego w uzasadnionej opinii (zob. w szczególności wyroki z dnia 10 kwietnia 2003 r. w sprawie C-114/02 Komisja przeciwko Francji, Rec. str. I-3783, pkt 9 i z dnia 14 lipca 2005 r. w sprawie C-433/03 Komisja przeciwko Niemcom, Zb.Orz. str. I-6985, pkt 32).

43 W związku z tym nie można brać pod uwagę przyjęcia przepisów ustawowych, wykonawczych lub administracyjnych po upływie tego terminu.

44 Zatem w przedmiocie ewentualnego zaistnienia uchybienia zarzucanego w ramach niniejszego zarzutu należy orzekać względem ustawodawstwa, które obowiązywało w dniu 15 października 2003 r., kiedy to upłynął dwumiesięczny termin wskazany w uzasadnionej opinii z dnia 15 października 2003 r., zwracając uwagę na fakt, że wówczas ani okólnik, o którym mowa w pkt 39 niniejszego wyroku, ani krajowe przepisy wskazane w pkt 40 nie zostały jeszcze wydane.

45 Jeśli chodzi o pojęcie „zamówienia publiczne na roboty budowlane” w rozumieniu art. 1 lit. a) dyrektywy 93/37, należy zauważyć, że oznacza ono umowy o charakterze odpłatnym, zawierane na piśmie między wykonawcą a instytucją zamawiającą, określoną w lit. b) tego artykułu, których przedmiotem jest albo wykonanie, albo zarówno wykonanie jak i zaprojektowanie robót budowlanych, związanych z jedną z działalności określonych w załączniku II do tej dyrektywy lub obiektu budowlanego, określonego w lit. c) tego artykułu, albo wykonanie, za pomocą jakichkolwiek środków, obiektu budowlanego odpowiadającego wymogom określonym przez instytucję zamawiającą.

46 Ponadto z motywu szesnastego dyrektywy 92/50 w związku z art. 1 lit. a) dyrektywy 93/37 wynika, że zamówienie można uznać za zamówienie publiczne na roboty budowlane, jedynie gdy jego przedmiot odpowiada podanej w poprzednim punkcie definicji, a roboty budowlane mające charakter dodatkowy i niestanowiące przedmiotu zamówienia nie mogą uzasadniać zakwalifikowania go jako zamówienia publicznego na roboty budowlane.

47 Ponadto z orzecznictwa Trybunału wynika, że w przypadku gdy zamówienie zawiera zarówno elementy związane z zamówieniem publicznym na roboty budowlane, jak i elementy związane z innym rodzajem zamówienia, to główny przedmiot zamówienia jest decydujący dla ustalenia, którą z dyrektyw wspólnotowych z dziedziny zamówień publicznych należy co do zasady zastosować (zob. wyrok z dnia 18 stycznia 2007 r. w sprawie C-220/05 Auroux i in., Zb.Orz. str. I-385, pkt 37).

48 Tak więc, w szczególności, zakres przedmiotowy dyrektywy 93/37 związany jest z głównym przedmiotem zamówienia, który należy ustalić w ramach obiektywnego badania całego zamówienia publicznego, którego dotyczy dana umowa.

49 Ustalenie to należy przeprowadzić w świetle zasadniczych zobowiązań, przeważających w tych zamówieniach, a jako takie je cechujących to zamówienie, przeciwstawiając je zobowiązaniom, które mają jedynie dodatkowy lub uzupełniający charakter, a wymaga ich sam przedmiot zamówienia, przy czym wartość poszczególnych występujących w nim świadczeń jest w tym względzie jedynie jednym z szeregu kryteriów, które należy brać pod uwagę do celów tego ustalenia.

50 Z powyższego wypływa wniosek, jak to wskazał rzecznik generalny w pkt 38 i 74 opinii, że wartość robót budowlanych nie może stanowić w każdych okolicznościach wyłącznego kryterium mogącego spowodować zastosowanie ustawy nr 109/1994 do zamówienia mieszanego, podczas gdy te roboty budowlane mają jedynie dodatkowy charakter, chyba że zachodzi naruszenie wymogów dyrektywy 93/37.

51 Zasada ujęta w art. 2 ust. 1 ustawy nr 109/1994 skutkuje również naruszeniem wymogów dyrektyw 92/50 i 93/36 w zakresie, w jakim jej zastosowanie może prowadzić do wyłączenia spod określonych w nich procedur niektórych zamówień mieszanych, a mianowicie takich, w których wartość robót budowlanych, choć są one dodatkowe, stanowi ponad 50 % całkowitej wartości, a wartość ta jest niższa niż określony w dyrektywie 93/37 próg, chociaż osiąga progi przyjęte dla dyrektyw 92/50 i 93/36.

52 W związku z tym należy stwierdzić, że przyjmując art. 2 ust. 1 ustawy nr 109/1994 Republika Włoska uchybiła zobowiązaniom, które na niej ciążyą na mocy dyrektyw 92/50, 93/36 i 93/37.

## **W przedmiocie zarzutu drugiego**

53 Zarzut drugi odnosi się do udzielania z wolnej ręki zamówienia na roboty budowlane lub wykonanie obiektów budowlanych posiadaczowi pozwolenia na budowę lub zatwierdzonego planu zagospodarowania osiedla, jeżeli wartość tych robót lub obiektów jest niższa od progu określonego w dyrektywie 93/37.

54 Zgodnie z art. 2 ust. 5 ustawy nr 109/1994 roboty prowadzone bezpośrednio przez podmioty prywatne w ramach odliczeń od opłat należnych z tytułu pozwoleń w zakresie działalności budowlanej oraz wynikające z obowiązków przewidzianych w art. 28 ust. 5 ustawy nr 1150/1942, a także roboty analogiczne do tych dwóch kategorii robót nie podlegają przepisom ustawy nr 109/1994. Artykuł 2 ust. 5 stanowi jednak, że jeżeli wartość obiektów budowlanych, liczona dla każdego z nich oddzielnie, przekracza progi ustalone w mających zastosowanie przepisach wspólnotowych, zamówień udzielać należy zgodnie z procedurami określonymi w dyrektywie 93/37.

55 Z art. 1 i 31 ustawy nr 1150/1942 oraz art. 3 i 11 ustawy nr 10/1977 wynika również, że posiadacz pozwolenia może sam prowadzić roboty budowlane z zakresu rozwoju infrastruktury, odliczając ich koszt, w całości lub w części, od należnych opłat z tytułu urbanizacji.

## **Argumentacja stron**

56 Komisja podnosi po pierwsze, że przepisy ustawy 109/1994 w związku z właściwymi przepisami ustaw nr 1150/1942 i 10/1977, dopuszczają udzielanie z wolnej ręki zamówień na roboty budowlane lub obiekty budowlane stanowiące zamówienia publiczne na roboty budowlane w rozumieniu art. 1 lit. a) dyrektywy 93/37 posiadaczowi pozwolenia na budowę lub zatwierdzonego planu zagospodarowania osiedla, nie gwarantując przy tym w wyraźnie sformułowanych przepisach przestrzegania zasad przejrzystości i równości traktowania zapisanych w traktacie WE, których przestrzegać należy nawet wówczas, gdy szacunkowa wartość jest niższa niż próg obowiązywania tej dyrektywy.

57 Z drugiej strony twierdzi, że w celu ustalenia, czy próg ten został osiągnięty, należy obliczyć całkowitą wartość robót budowlanych lub obiektów budowlanych, objętych porozumieniem zawartym między podmiotem prywatnym a organem administracji, a te roboty lub obiekty budowlane należy uznać za różne części jednego i tego samego zamówienia publicznego. Fakt, że zgodnie z krajowym ustawodawstwem procedury przetargowe mają zastosowanie tylko wtedy, gdy porozumienie to dotyczy obiektów budowlanych, których szacunkowa wartość, liczona oddzielnie dla każdego z nich, przekracza próg obowiązywania wspólnotowych przepisów z tego zakresu narusza zatem

wymogi dyrektywy 93/37, wyłączając z zakresu przedmiotowego krajowych przepisów transponujących te przepisy zamówienia, których całkowita wartość przekracza ten próg, z racji niewystarczającej wartości poszczególnych świadczeń objętych tymi zamówieniami.

58 Zdaniem Republiki Włoskiej, w odniesieniu po pierwsze do obiektów budowlanych z zakresu infrastruktury o wartości poniżej progu obowiązywania przepisów wspólnotowych, realizowanych przez posiadacza pozwolenia na budowę lub zatwierdzonego planu zagospodarowania osiedla, przy transpozycji nie ma konieczności czynienia konkretnych odniesień do postanowień traktatu dotyczących ogłaszania i konkurencji, ani do odnoszącego się do nich orzecznictwa Trybunału.

59 Po drugie Republika Włoska zwraca uwagę na specyfikę działalności z zakresu urbanistyki, gdzie deweloperzy zastępują władze lokalne i na cechy porozumień w sprawie tworzenia osiedli zawieranych między władzami lokalnymi a tymi deweloperami.

60 Porozumienia te wymagają jedynie ze strony odpowiednich władz lokalnych wydania pozwolenia na budowę, a deweloper jest odpowiedzialny za wykonanie robót zagospodarowania danego obszaru, w oparciu o projekty, których zatwierdzenie zastrzegają dla siebie te władze.

61 Fakt, że jednemu deweloperowi powierza się realizację większej liczby obiektów, ze swej natury niejednorodnych, nie może rodzić, z tego tylko powodu, że deweloper ten jest właścicielem danych gruntów, obowiązku zsumowania tych obiektów do celów stosowania dyrektywy 93/37. Republika Włoska zwraca w tym względzie uwagę, że w wyroku z dnia 12 lipca 2001 r. w sprawie C-399/98 Ordine degli Architetti i in. (Rec. str. I 5409), Trybunał orzekł w przedmiocie sytuacji innej, niż w niniejszym przypadku, ponieważ chodziło tam o realizację obiektu o jednoznacznie jednorodnym charakterze.

62 Zdaniem Królestwa Niderlandów zamówienia publiczne, których wartość jest niższa niż określone progi obowiązywania dyrektyw w tej dziedzinie nie podlegają zasadzie przejrzystości. Dodaje ono, że dyrektywy same wyraźnie przewidują niektóre wyjątki, gdyż w tych przypadkach ustawodawca wspólnotowy postanowił w ten sposób postawić na pierwszym miejscu inne interesy niż przejrzystość.

63 Republika Finlandii utrzymuje, że zamówienia, których wartość jest niższa niż ustalone w tych dyrektywach progi, choć są z tego powodu wyłączone spod ich zakresu przedmiotowego, to podlegają z mocy prawa postanowieniom traktatu dotyczącym swobodnego przepływu towarów i usług oraz swobody przedsiębiorczości.

64 W związku z tym ustawodawstwo krajowe nie powinno, w odniesieniu do tychże zamówień, ustanawiać konkretnego obowiązku ogłaszania lub poddania postępowaniu przetargowemu.

### **Ocena Trybunału**

65 Po pierwsze należy stwierdzić, że ustawodawca wspólnotowy w sposób wyraźny i zasadniczy postanowił pozostawić zamówienia poniżej danego progu poza wprowadzonym przez siebie systemem ogłaszania, nie nakładając zatem w ich względzie żadnych konkretnych obowiązków.

66 Ponadto jeżeli zostanie stwierdzone, że takie zamówienie stanowi niewątpliwie przedmiot zainteresowania o charakterze transgranicznym, udzielenie tego zamówienia, przy całkowitym braku przejrzystości, przedsiębiorstwu znajdującemu się w państwie członkowskim instytucji zamawiającej stanowi przejaw różnego traktowania na niekorzyść przedsiębiorstw, dla których zamówienie to mogłoby być interesujące, a które znajdują się w innym państwie członkowskim. O ile takie zróżnicowanie traktowania, które poprzez wykluczenie wszystkich przedsiębiorstw znajdujących się w innym państwie członkowskim działa głównie na ich niekorzyść, nie jest uzasadnione obiektywnymi okolicznościami, stanowi ono przejaw dyskryminacji pośredniej ze względu na przynależność państwową, zakazanej na mocy art. 43 WE i 49 WE (zob. podobnie, w odniesieniu do dyrektywy 92/50, wyrok z dnia 13 listopada 2007 r. w sprawie C-507/03 Komisja przeciwko Irlandii, dotychczas niepublikowany w Zbiorze, pkt 30 i 31 oraz przywołane w nim orzecznictwo).

67 Ponieważ z jednej strony, jak zwraca uwagę rzecznik generalny w pkt 56 opinii, zgodnie z art. 249 WE dyrektywy wiążą każde państwo członkowskie, do którego są skierowane, co do rezultatu, który ma być osiągnięty, a z drugiej strony ustawodawca wspólnotowy wyłączył, w szczególności poprzez ustanowienie progów, niektóre zamówienia spod zakresu przedmiotowego dyrektywy 93/37, państwa członkowskie nie mają obowiązku przyjmowania w swoich przepisach stanowiących transpozycję tej dyrektywy przepisów przypominających o obowiązku przestrzegania art. 43 WE i 49 WE, które mają zastosowanie jedynie na warunkach przywołanych w poprzednim punkcie niniejszego wyroku.

68 Zaś fakt, że włoski ustawodawca poniechał tego w odniesieniu do zamówień publicznych dotyczących obiektów budowlanych z zakresu infrastruktury o wartości niższej niż próg obowiązywania dyrektywy 93/37, realizowanych przez posiadacza pozwolenia na budowę lub zatwierdzonego planu zagospodarowania osiedla, w przypadku wykazania istnienia niewątpliwego zainteresowania o charakterze transgranicznym nie stoi na przeszkodzie stosowaniu do tych zamówień art. 43 WE i 49 WE.

69 W związku z tym zarzut drugi, w zakresie w jakim opiera się na naruszeniu podstawowych zasad traktatu, powinien zostać odrzucony.

70 Po drugie, jeśli chodzi o zakres przedmiotowy art. 2 ust. 5 ustawy nr 109/1994 względem przepisów dyrektywy 93/37, należy po pierwsze przypomnieć, że zgodnie z orzecznictwem Trybunału okoliczność, że przepis prawa krajowego przewidujący wykonanie bezpośrednio przez posiadacza pozwolenia na budowę lub zatwierdzonego planu zagospodarowania osiedla obiektu budowlanego z zakresu rozwoju infrastruktury, przy zaliczeniu całości lub części tych robót na poczet właściwej opłaty z tytułu pozwolenia na budowę stanowi część zbioru regulacji w zakresie urbanistyki, które mają własne cechy i szczególne cele, inne niż dyrektywa 93/37, nie jest wystarczająca by wyłączyć tę bezpośrednią realizację spod jej zakresu przedmiotowego, jeżeli spełnione są kryteria wymagane do tego, by jej podlegała (zob. ww. wyrok w sprawie Ordine degli Architetti i in., pkt 66).

71 Ta realizacja również musi być poddana procedurom określonym w dyrektywie 93/37, jeżeli spełnia określone w niej przesłanki kwalifikujące ją jako zamówienie publiczne na roboty budowlane, a w szczególności jeżeli obecny jest charakter umowny wymagany w art. 1 lit. a) tej dyrektywy, a wartość obiektu budowlanego jest równa progowi ustalonemu w art. 6 ust. 1 lub wyższa od niego.

72 Ponadto z art. 6 ust. 3 dyrektywy 93/37 wynika, że w przypadku gdy obiekt budowlany jest podzielony na kilka części, z których każda stanowi przedmiot odrębnego zamówienia, wartość każdej z tych części jest uwzględniana przy obliczaniu wartości, określonej w ust. 1 tego artykułu, zgodnie z którym ustala się, czy dyrektywa ta powinna być zastosowana do wszystkich części. Co więcej, zgodnie z jej art. 6 ust. 4 żaden obiekt budowlany ani żadne zamówienie nie mogą być dzielone z zamiarem uniknięcia stosowania tej dyrektywy.

73 W związku z tym, jak zwraca uwagę rzecznik generalny w pkt 88 opinii, jeżeli porozumienie zawarte między podmiotem prywatnym, będącym właścicielem gruntów pod zabudowę, a organem administracji lokalnej spełnia kryteria definicji pojęcia „zamówienie publiczne na roboty budowlane” w rozumieniu art. 1 lit. a) dyrektywy 93/37, przytoczone w pkt 45 niniejszego wyroku, szacunkowa wartość, którą zasadniczo należy brać pod uwagę w celu stwierdzenia, czy osiągnięto ustalony w dyrektywie próg i czy w związku z tym przy udzielaniu zamówienia należy przestrzegać ustanowionych w niej zasad ogłaszania, może zostać obliczona jedynie względem całkowitej wartości poszczególnych robót i obiektów budowlanych, poprzez zsumowanie wartości poszczególnych części.

74 Ponieważ postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia zgodne z przepisami dyrektywy 93/37 przewidziano jedynie w przypadku, gdy szacunkowa wartość każdej z części, liczona oddzielnie dla każdej z nich, przekracza próg obowiązywania tej dyrektywy, ustawodawstwo włoskie jest niezgodne z dyrektywą.

75 W związku z powyższym art. 2 ust. 5 ustawy nr 109/1994 narusza wymogi dyrektywy 93/37 ograniczając niesłusznie zastosowanie ustanowionych w niej procedur.

### **W przedmiocie zarzutu trzeciego**

76 Zarzut trzeci dotyczy powierzania zadań polegających na projektowaniu, kierowaniu i kontrolowaniu w dziedzinie robót budowlanych w ramach zamówień publicznych na usługi, których wartość jest niższa niż progi obowiązywania przepisów wspólnotowych w tej dziedzinie.

77 Zgodnie z art. 17 ust. 12 i art. 30 ust. 6a ustawy nr 109/1994 zamówień publicznych na usługi, których przedmiot stanowią projektowanie i kierowanie robotami budowlanymi oraz zadania kontroli realizacji tych robót, o szacunkowej wartości niższej niż próg obowiązywania dyrektywy 92/50, można udzielać podmiotom, które instytucje zamawiające darzą zaufaniem.

### **Argumentacja stron**

78 Komisja krytykuje przepisy zezwalające na stosowanie metody udzielania zamówień publicznych na rzeczony usługi wykluczającej jakąkolwiek formę ogłoszenia, ze względu na to, że jeśli zamówienia te nie są objęte zakresem przedmiotowym dyrektywy 92/50, wciąż podlegają postanowieniom traktatu z dziedziny swobody świadczenia usług i swobody przedsiębiorczości, a także zasadom niedyskryminacji, równego traktowania, proporcjonalności i przejrzystości.

79 Republika włoska podnosi, że wszelkie przepisy prawa pochodnego należy interpretować w oparciu o ogólne zasady traktatu i że jakakolwiek wykładnia z nimi rozbieżna jest niezgodna z prawem. Ewentualny brak zgodności z prawem może w każdym razie wynikać jedynie z niewłaściwego zastosowania reguły do danego przypadku. Wobec tego na etapie transpozycji ustawodawstwa wspólnotowego nie może istnieć obowiązek czynienia konkretnych odniesień do postanowień traktatu.

80 Republika włoska dodaje, że ministerialny okólnik zwrócił uwagę instytucji zamawiających na wymóg przestrzegania ogólnych zasad niedyskryminacji, równego traktowania i przejrzystości, i że w każdym razie udzielenie tych zamówień z wolnej ręki zaufanym podmiotom może nastąpić wyłącznie po sprawdzeniu ich doświadczenia i kwalifikacji zawodowych.

## **Ocena Trybunału**

81 Bezsporny jest fakt, jak wskazano w pkt 66 niniejszego wyroku, że zamówienia publiczne na usługi leżące poza zakresem przedmiotowym dyrektywy 92/50, a co do których zostanie wykazane, że stanowią niewątpliwy przedmiot zainteresowania o charakterze transgranicznym, podlegają wciąż podstawowym swobodom zapisanym w traktacie na warunkach określonych w przywołanym w tym punkcie orzecznictwie.

82 Ponieważ także obowiązki wynikające z prawa pierwotnego dotyczące równego traktowania i przejrzystości obowiązują w pełni w przypadku tych zamówień, choć są one wyłączone z zakresu przedmiotowego tej dyrektywy ze względu na ich wartość, o ile przesłanki określone w tym orzecznictwie zostaną spełnione, nie można wymagać, by prawo krajowe transponujące tę dyrektywę wyraźnie się na nie powoływało.

83 W konsekwencji zarzut trzeci należy odrzucić.

## **W przedmiocie zarzutów czwartego i piątego**

84 Zarzut czwarty dotyczy przepisów art. 27 ust. 2 ustawy nr 109/1994, zgodnie z którymi wówczas, gdy instytucje zamawiające nie mogą się podjąć kierownictwa robót, które zasadniczo należy do zadań ich biur technicznych, czynności te powierza się projektantowi odpowiedzialnemu za projekt w rozumieniu art. 17 ust. 4 tej ustawy.

85 Zarzut piąty odnosi się do powierzania zadań dotyczących badania i kontroli realizacji robót budowlanych na zamówienie publiczne, określonego w art. 28 ust. 4 ustawy nr 109/1994 i art. 188 DPR nr 554/1999. Z treści pierwszego z tych przepisów w związku z drugim wynika, że choć zadania te zasadniczo należą do biur technicznych instytucji zamawiających, w razie braku personelu, stwierdzonego i poświadczonego przez podmiot odpowiedzialny za postępowanie, organ administracji może powierzyć je osobom trzecim, wpisanym na listy sporządzonych w tym celu przez ministerstwo robót budowlanych na zamówienie publiczne, bez poddania ich postępowaniu przetargowemu.

## **Argumentacja stron**

86 Komisja uważa, że przepisy art. 27 ust. 2 i art. 28 ust. 4 ustawy nr 109/1994, pozwalając na udzielanie rzeczonych zamówień na usługi z wolnej ręki bez przetargu, naruszają, w zależności od wartości tych zamówień, bądź to dyrektywy 92/50 i 93/38, bądź art. 43 WE i 49 WE.



87 Republika włoska odpira, że przyjęła ona do wiadomości uwagi krytyczne Komisji i w następstwie tego dokonała zmian w ustawodawstwie poprzez przyjęcie ustawy wspólnotowej 2004.

### **Ocena Trybunału**

88 Na wstępie należy zwrócić uwagę, że zgodnie z przywołanym w pkt 42 niniejszego wyroku orzecznictwem, w ramach oceny zarzutów Komisji pod uwagę należy brać jedynie przepisy krajowe obowiązujące na dzień 15 grudnia 2003 r.

89 Należy po pierwsze podkreślić, że jedynymi dopuszczalnymi wyjątkami od stosowania dyrektyw 92/50 i 93/38 są te, które zostały w niej wyraźnie i w sposób wyczerpujący wskazane (zob. analogicznie wyroki z dnia 18 listopada 1999 r. w sprawie C-107/98 Teckal, Rec. str. I-8121, pkt 43 i z dnia 11 maja 2006 r. w sprawie C-340/04 Carbotermo i Consorzio Alisei, Zb.Orz. str. I-4137, pkt 45).

90 Tymczasem, jak podnosi rzecznik generalny w pkt 101 opinii, kierowanie i zadania kontroli realizacji robót mieszczą się w kategorii 12 zarówno załącznika I A do dyrektywy 92/50, jak i załącznika XVI A do dyrektywy 93/38.

91 W tym względzie z jednej strony z art. 8 dyrektywy 92/50 wynika, że zamówień, których przedmiotem są usługi wymienione w załączniku I A tej dyrektywy udziela się w szczególności zgodnie z przepisami jej tytułu III, który poświęcony jest wyborowi procedur udzielania zamówień, a z drugiej strony, z art. 15 dyrektywy 93/38 wynika, że zamówienia na dostawę i roboty budowlane, jak również zamówienia, których przedmiot stanowią usługi wymienione w załączniku XVI A tej dyrektywy są udzielane w szczególności zgodnie z przepisami tytułu IV, poświęconego procedurom udzielania zamówień.

92 W rezultacie, w zakresie w jakim powierzenie czynności kierowania robotami powinno być dokonane zgodnie z regułami określonymi w dyrektywach 92/50 i 93/38, takie zamówienie z wolnej ręki udzielone projektantowi, wynikające z art. 27 ust. 2 ustawy nr 109/1994 narusza te dyrektywy w odniesieniu do zamówień podlegających, ze względu na swą wartość, ich zakresowi.

93 Podobnie, jeżeli powierzenie czynności kontroli realizacji robót powinno być dokonane zgodnie z regułami określonymi w dyrektywach 92/50 i 93/38, takie zamówienie z wolnej ręki udzielone osobom trzecim na warunkach określonych w art. 28 ust. 4 ustawy nr 109/1994 i art. 188 DPR nr 554/1999 narusza te dyrektywy w odniesieniu do zamówień objętych ich zakresem.

94 Po drugie, jeśli chodzi o zamówienia, w przypadku których wartość tych usług jest niższa niż próg obowiązywania dyrektyw 92/50 i 93/38, brak we właściwych krajowych przepisach wyraźnej wzmianki dotyczącej zastosowania do nich obowiązków wynikających z traktatu nie może oznaczać, jak to już zostało powiedziane w pkt 68 i 82 niniejszego wyroku, że nie ma obowiązku przestrzegania zasady równego traktowania i obowiązku przejrzystości przy udzielaniu tych zamówień, o ile spełnione są przesłanki określone w orzecznictwie przywołanym w pkt 66 niniejszego wyroku.

95 W związku z tym zarzuty czwarty i piąty, w zakresie, w jakim dotyczą naruszenia art. 43 WE i 49 WE należy odrzucić, lecz są one zasadne co do pozostałej części.

### **W przedmiocie zarzutu szóstego**

96 Zarzut szósty dotyczy art. 37a i nast. ustawy nr 109/1994, na mocy których organy administracji mogą zezwolić podmiotom trzecim na realizację robót budowlanych na zamówienie publiczne, mogących być przedmiotem eksploatacji handlowej, na podstawie szczególnego postępowania przetargowego. Na pierwszym etapie podmioty trzecie występujące w charakterze deweloperów zaprasza się do składania propozycji w celu udzielenia koncesji, przy czym koszty mają ponosić częściowo lub w całości ci deweloperzy. Po przeprowadzeniu oceny propozycji, te z nich, które zostaną uznane za leżące w interesie publicznym wybiera się w trakcie drugiego etapu, w którym dla każdej z wybranych propozycji ogłasza się przetarg ograniczony w celu dokonania wyboru dwóch ofert.

97 Następnie instytucja zamawiająca uruchamia procedurę negocjacji z deweloperem i z innymi podmiotami trzecimi, które przedstawiły dwie najlepsze oferty w ramach tego przetargu, przy czym deweloper ma możliwość dostosowywania swojej propozycji do propozycji najbardziej odpowiedniej w opinii instytucji zamawiającej.

### **Argumentacja stron**

98 Komisja podnosi, że przepisy te mogą stanowić naruszenie zasady równego traktowania.

99 Zdaniem Komisji sposób prowadzenia przetargu na koncesję daje bowiem podwójną przewagę deweloperowi w stosunku do wszystkich innych potencjalnych konkurentów.

100 A zatem po pierwsze, deweloper jest automatycznie zapraszany do udziału w procedurze negocjacyjnej mającej na celu udzielenie koncesji, bez względu na jakiegokolwiek porównanie jego propozycji z ofertami złożonymi przez uczestników przetargu.

101 Po drugie, deweloper ma możliwość wnoszenia do swojej propozycji zmian w trakcie procedury negocjacyjnej w celu dostosowania jej do oferty najbardziej odpowiedniej w opinii instytucji zamawiającej. Ta przewaga jest w istocie równoważna z uznaniem, na korzyść tego dewelopera, prawa pierwszeństwa przy udzielaniu koncesji.

102 Republika włoska informuje, że w ustawie wspólnotowej 2004, o której mowa w pkt 40 niniejszego wyroku, uwzględniono zastrzeżenia Komisji.

### **Ocena Trybunału**

103 Z art. 38 § 1 lit. c) regulaminu Trybunału, jak i z odnoszącego się do niego orzecznictwa wynika, że skarga wszczynająca postępowanie musi wskazywać przedmiot sporu oraz zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, zaś owo przedstawienie przedmiotu sporu i zarzutów musi być wystarczająco zrozumiałe i precyzyjne, tak aby pozwalało stronie pozwanej na przygotowanie obrony, a Trybunałowi na dokonanie kontroli. Z powyższego wynika, że istotne okoliczności faktyczne i prawne, na których opiera się skarga, muszą wynikać w sposób spójny i zrozumiały z tekstu samej skargi oraz że żądania w niej zawarte powinny być sformułowane w sposób pozbawiony dwuznaczności w celu uniknięcia orzekania przez Trybunał ultra petita lub z pominięciem któregoś zarzutu (wyrok z dnia 26 kwietnia 2007 r. w sprawie C-195/04 Komisja przeciwko Finlandii, Zb.Orz. str. I-3351, pkt 22 i przywołane w nim orzecznictwo).

104 W niniejszym przypadku skarga Komisji w odniesieniu do niniejszego zarzutu nie spełnia tych warunków.

105 W skardze Komisji chodzi bowiem o stwierdzenie, że Republika Włoska uchybiła niektórym zobowiązaniom nałożonym na nią przez dyrektywy 92/50, 93/36, 93/37 i 93/38 oraz art. 43 WE i 49 WE. Tymczasem w ramach tego zarzutu Komisja nie podaje, które z tych dyrektyw lub postanowień traktatu miałyby konkretnie naruszyć Republika Włoska dopuszczając się naruszenia zasady równego traktowania.

106 Co więcej, jeśli chodzi o art. 43 WE i 49 WE, nie zawierają one ogólnego obowiązku równego traktowania, lecz zawierają, jak to wynika z orzecznictwa przywołanego w pkt 66 niniejszego wyroku, zakaz dyskryminacji ze względu na przynależność państwową. Zaś Komisja nie udzieliła żadnych wskazówek w przedmiocie ewentualnego istnienia tego rodzaju dyskryminacji w ramach niniejszego zarzutu.

107 Zatem zarzut szósty należy uznać za niedopuszczalny.

108 Na podstawie całości powyższych rozważań należy stwierdzić, że przyjmując:

- art. 2 ust. 1 ustawy nr 109/1994, Republika Włoska uchybiła zobowiązaniom, które na niej ciążyą na mocy dyrektyw 92/50, 93/36 i 93/37,
- art. 2 ust. 5 tej ustawy, Republika Włoska uchybiła zobowiązaniom, które na niej ciążyą na mocy dyrektywy 93/37 oraz
- art. 27 ust. 2 i art. 28 ust. 4 tej ustawy, Republika Włoska uchybiła zobowiązaniom, które na niej ciążyą na mocy dyrektyw 92/50 i 93/38.

### **W przedmiocie kosztów**

109 Na podstawie art. 69 § 3 regulaminu, w razie częściowego tylko uwzględnienia żądań Trybunał może postanowić, że koszty zostaną podzielone, albo że każda ze stron poniesie swoje własne koszty. Ponieważ Komisja przegrała sprawę w zakresie części zarzutów drugiego, czwartego i piątego oraz w zakresie zarzutu trzeciego, a Republika Włoska przegrała sprawę w zakresie zarzutu pierwszego oraz części zarzutów drugiego, czwartego i piątego, należy orzec, że każda z nich pokrywa swoje własne koszty.

110 Zgodnie z art. 69 § 4 regulaminu państwa członkowskie, które przystąpiły do sprawy w charakterze interwenienta, pokrywają własne koszty.

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

#### **1) Przyjmując:**

- **art. 2 ust. 1 ustawy nr 109, ustawy ramowej o zamówieniach publicznych na roboty budowlane (legge quadro in materia di lavori pubblici) z dnia 11 lutego 1994 r., zmienionej ustawą nr 166 z dnia 1 sierpnia 2002 r., Republika Włoska uchybiła zobowiązaniom, które na niej ciążyą na mocy dyrektywy Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnoszącej się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi, dyrektywy Rady 93/36/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy i dyrektywy Rady 93/37/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, zmienionej dyrektywą 97/52/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 13 października 1997 r.,**
- **art. 2 ust. 5 tej ustawy z późn. zm., Republika Włoska uchybiła zobowiązaniom, które na niej ciążyą na mocy dyrektywy 93/37 z późn. zm oraz**

– art. 27 ust. 2 i art. 28 ust. 4 tej ustawy z późn. zm., Republika Włoska uchybiła zobowiązaniom, które na niej ciążyą na mocy dyrektyw Rady 92/50 i 93/38/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji.

2) W pozostałym zakresie skarga zostaje oddalona.

3) Komisja Wspólnot Europejskich oraz Republika Włoska pokrywają swoje własne koszty.

4) Republika Francuska, Królestwo Niderlandów oraz Republika Finlandii pokrywają swoje własne koszty.

Podpisy

-----

\* Język postępowania: włoski.