

WYROK TRYBUNAŁU (Szósta Izba) z dnia 4 grudnia 2003 r.

(Dyrektywa 93/36/EWG – Zamówienia publiczne na dostawy – Pojęcie „oferty najkorzystniejszej ekonomicznie” – Udzielenie zamówienia preferującego energię elektryczną produkowaną z odnawialnych źródeł energii - Dyrektywa 89/665/EEC – Procedury odwoławcze w zamówieniach publicznych – Decyzje niezgodne z prawem – Możliwość unieważnienia wyłącznie w przypadku istotnego wpływu na wynik procedury przetargowej – Bezprawne kryterium udzielenia zamówienia – Obowiązek anulowania zaproszenia do składania ofert)

W sprawie C-448/01

mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 234 WE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Bundesvergabeamt (Austria) w postępowaniu

EVN AG,

Wienstrom GmbH

oraz

Republiką Austrii,

podmioty trzecie:

Stadtwerke Klagenfurt AG

oraz

Kärntner Elektrizitäts-AG,

w sprawie interpretacji Artykułu 26 Dyrektywy Rady 93/36/EEC z dnia 14 czerwca 1993 koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy (Dz.U. WE 1993 seria L nr 199, poz. 1) oraz Artykułów 1 i 2(1)(b) Dyrektywy Rady 89/665/EEC z dnia 21 grudnia 1989 w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (Dz.U. WE 1989 seria L nr 395, poz. 33), zmienionych Dyrektywą 92/50/EEC z dnia 18 czerwca 1992 odnoszącą się do procedur udzielania zamówień publicznych na usługi (Dz.U. WE 1992 seria L nr 209, poz. 1),

Trybunał (Szósta Izba),

W składzie: V. Skouris (Sprawozdawca), działający jako Prezes Szóstej Izby, C. Gulmann, J.-P. Puissochet, R. Schintgen i N. Colneric, Sędziowie,

Rzecznik Generalny: J. Mischo,

Protokolant: H.A. Rühl (Główny Administrator),

Po rozpatrzeniu pisemnych stanowisk złożonych w imieniu:

- EVN AG oraz Wienstrom GmbH, przez M. Öhler, Rechtsanwalt,
- Republiki Austrii, przez A. Gerscha, Rechtsanwalt,
- Rządu Austriackiego, przez M. Fruhmann, działającego w charakterze pełnomocnika,
- Rządu Holenderskiego, przez S. Terstal, działającego w charakterze pełnomocnika,
- Rządu Szwedzkiego, przez K. Renman, działającego w charakterze pełnomocnika,
- Komisji Wspólnot Europejskich, przez M. Nolin, działającego w charakterze pełnomocnika, oraz T. Eilmansberger, Rechtsanwalt,

Uwzględniając raport wstępny sędziego sprawozdawcy

po wysłuchaniu stanowisk EVN AG i Wienstrom GmbH, Republiki Austrii, Rządu Austriackiego i Komisji na rozprawie w dniu 23 stycznia 2003 r.,

po wysłuchaniu Opinii Rzecznika Generalnego na posiedzeniu w dniu 27 lutego 2003 r.,

Wydaje następujący

Wyrok

1.

Wnioskiem z dnia 13 listopada 2001 r., który wpłynął do Kancelarii Trybunału w dniu 20 listopada 2001 r., Bundesvergabeamt (Federalny Urząd Zamówień Publicznych) zwrócił się do Sądu o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym na podstawie Artykułu 234 EC w sprawie czterech zapytań o wykładnię Artykułu 26 Dyrektywy Rady 93/36/EEC z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy (Dz.U. WE 1993 seria L nr 199, poz. 1) oraz Artykułów 1 i 2(1)(b) Dyrektywy Rady 89/665/EEC z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (Dz.U. WE 1989 seria L nr 395, poz. 33), zmienionych Dyrektywą 92/50/EEC z dnia 18 czerwca 1992 r. odnoszącą się do procedur udzielania zamówień publicznych na usługi (Dz.U. WE 1992 seria L nr 209, poz. 1), („Dyrektywa 89/665”).

2.

Powyższe pytania zostały podniesione w postępowaniu głównym pomiędzy grupą przedsiębiorstw składającą się z EVN AG oraz Wienstrom GmbH z jednej strony oraz Republiką Austrii, występującą w charakterze instytucji zamawiającej z drugiej, w sprawie udzielenia zamówienia publicznego na dostawy, w ramach którego skarżący w postępowaniu krajowym złożyli oferty.

Ramy prawne

Prawodawstwo Wspólnotowe

3.

Artykuł 26 Dyrektywy 93/36, który pojawia się w Rozdziale 3 Tytuł IV dyrektywy, zatytułowanym „Kryteria udzielenia zamówienia”, brzmi:

„1. Kryteriami, na których instytucja zamawiająca opiera się udzielając zamówień, są:

...

(b) albo, gdy udzielenie zamówienia jest dokonywane na podstawie oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, różne kryteria zgodnie z danym zamówieniem, na przykład: cena, czas realizacji dostawy, koszty bieżące, opłacalność, jakość, estetyka, funkcjonalność, wartość techniczna, serwis posprzedażny i pomoc techniczna.

2. W przypadku określonym w ust.1 lit. b), instytucja zamawiająca zamieszcza w dokumentach zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu wszystkie kryteria, które zamierza zastosować, w miarę możliwości, w kolejności przyznanego im znaczenia.”

4.

Szósty akapit/klauzula w preambule do Dyrektywy 89/665 mówi, że należy koniecznie zagwarantować istnienie, we wszystkich Państwach Członkowskich, odpowiednich procedur umożliwiających uchylenie bezprawnych decyzji oraz przyznanie odszkodowania podmiotom poszkodowanym w wyniku naruszenia.

5.

Artykuł 1 Dyrektywy 89/665 stanowi:

„1. Państwa Członkowskie podejmują środki niezbędne dla zapewnienia, w odniesieniu do procedur udzielania zamówień objętych dyrektywami 71/305/EEC, 77/62/EEC oraz 92/50/EEC ... , że decyzje podjęte przez instytucje zamawiające podlegają efektywnemu oraz, w szczególności, możliwie szybkiemu postępowaniu odwoławczemu, zgodnie z warunkami określonymi w poniższych artykułach, w szczególności zgodnie z art. 2 ust. 7, z powodu naruszenia przez takie decyzje prawa wspólnotowego w dziedzinie zamówień publicznych lub krajowych przepisów wdrażających to prawo.

...

3. Państwa Członkowskie zapewniają, że procedury odwoławcze, zgodnie ze szczegółowymi przepisami, które Państwa Członkowskie mogą wprowadzić, są dostępne, co najmniej każdemu podmiotowi, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia publicznego na dostawy lub roboty budowlane, w przypadku, gdy taki podmiot doznał uszczerbku lub zagraża mu doznanie uszczerbku w wyniku domniemanego naruszenia przepisów. W szczególności, Państwa Członkowskie mogą wymagać od podmiotu, który zamierza skorzystać ze środków odwoławczych, uprzedniego powiadomienia instytucji zamawiających o domniemanym naruszeniu przepisów oraz o zamiarze skorzystania ze środków odwoławczych.”

6.

Artykuł 2 Dyrektywy 89/665 stanowi:

„1. Państwa Członkowskie zapewnią wprowadzenie do procedur odwoławczych określonych w Artykule 1, odpowiednich środków obejmujących prawo do:

...

(b) uchylenia lub doprowadzenia do uchylenia bezprawnych decyzji, w tym usunięcia dyskryminujących warunków technicznych, ekonomicznych lub finansowych zawartych w zaproszeniu do składania ofert, specyfikacji lub we wszelkich innych dokumentach związanych z procedurą udzielania zamówienia;

...

5. Państwa Członkowskie mogą uznać, że w przypadku, gdy występuje roszczenie o odszkodowanie w związku z bezprawnym podjęciem decyzji, przedmiotowa decyzja musi być uprzednio uchylona przez organ mający niezbędne uprawnienia

6. Stosowanie uprawnień, określonych w ust. 1, do umowy podpisanej wskutek udzielenia zamówienia, określają przepisy krajowe. Ponadto Państwo Członkowskie może uznać, z wyjątkiem sytuacji, gdy decyzja musi zostać uchylona przed przyznaniem odszkodowania, że po podpisaniu umowy wskutek udzielenia zamówienia, uprawnienia organów odwoławczych są ograniczone do przyznania odszkodowań podmiotom, które doznały uszczerbku w wyniku naruszenia przepisów.”

7.

Akapit 2 w preambule do Dyrektywy 2001/77/EC Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 27 września 2001 w sprawie wspierania produkcji na rynku wewnętrznym energii elektrycznej wytwarzanej ze źródeł odnawialnych (Dz.U. WE 2001 seria L nr 283, poz. 33) stanowi:

„Wspieranie produkcji energii elektrycznej z odnawialnych źródeł energii jest dla Wspólnoty sprawą wysoce priorytetową, co znajduje odzwierciedlenie w treści białej księgi w sprawie odnawialnych źródeł energii, ... ,uzasadniającej to potrzebą lepszego zabezpieczenia i zróżnicowania dostaw energii, ochrony środowiska i zwiększenia społecznej i ekonomicznej spójności.”

8.

Akapit 18 Dyrektywy 2001/77 stanowi:

„Ważne jest wykorzystanie mechanizmów rynkowych i rynku wewnętrznego, aby energia elektryczna wytwarzana z odnawialnych źródeł energii stała się konkurencyjna na rynku i atrakcyjna dla Europejczyków.”

9.

Z Artykułu 1 Dyrektywy 2001/77 w sposób oczywisty wynika, że celem niniejszej dyrektywy jest wspieranie zwiększania udziału odnawialnych źródeł energii w produkcji energii elektrycznej na wewnętrzny rynek energii elektrycznej oraz stworzenia podstaw dla opracowania przyszłych ram Wspólnoty w omawianym przedmiocie. W tym celu Artykuł 3(1) dyrektywy wymaga, aby Państwa Członkowskie podejmowały odpowiednie działania w kierunku zwiększenia zużycia energii elektrycznej wytwarzanej z odnawialnych źródeł energii stosownie do krajowych celów indykatywnych określonych w ust. 2.

Ustawodawstwo krajowe

10.

Dyrektywy 89/665 oraz 93/36 zostały wdrożone do Austriackiego prawa przez Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (BundesvergabeGesetz) 1997 (1997 Federalne Prawo Zamówień Publicznych, BGBl. I, 1997/56; "BVergG").

11.

Paragraf 16 BVergG stanowi:

„1. Zamówienia publiczne na usługi muszą zostać udzielone w rozsądnych cenach, w drodze procedury przewidzianej stosowną ustawą, zgodnie z zasadami wolnej i uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wszystkich kandydatów i oferentów, przedsiębiorstwom, które – najpóźniej w dniu otwarcia ofert – są wykwalifikowane, kompetentne i godne zaufania.

7. W procedurze udzielania zamówienia, należy wziąć pod uwagę wpływ usług na środowisko oraz zatrudnienie osób na umowy szkoleniowe.”

12.

Paragraf 53 BVergG stanowi:

„Spośród ofert, które pozostaną po procesie eliminacji, ma zostać wybrana oferta najkorzystniejsza pod względem technicznym i ekonomicznym, zgodnie z kryteriami określonymi w zaproszeniu do składania ofert (zasada najlepszej oferty).”

13.

Paragraf 115(1) BVergG stanowi:

„Jeżeli przedsiębiorstwo twierdzi, że jest zainteresowany unieważnieniem przetargu w ramach niniejszej Ustawy Federalnej, może ubiegać się o sprawdzenie decyzji instytucji zamawiającej w postępowaniu przetargowym pod względem niezgodności z prawem, pod warunkiem, że zostało poszkodowane lub istnieje ryzyko bycia poszkodowanym poprzez domniemane naruszenie prawa.”

14.

Paragraf 117 BVergG stanowi:

“1. Bundesvergabeamt zawiesza na drodze decyzji administracyjnej, biorąc pod uwagę opinię Komitetu Pojedynczego..., każdą decyzję instytucji zamawiającej w postępowaniu przetargowym, o ile dana decyzja:

(1) jest sprzeczna z przepisami niniejszej Ustawy Federalnej lub jej rozporządzeniami wykonawczymi

oraz

(2) ma wpływ na wynik postępowania przetargowego.

...

3. Po udzieleniu zamówienia, Bundesvergabebamt określa tylko, zgodnie z warunkami określonymi w akapicie 1, czy domniemana niezgodność z prawem ma miejsce czy nie.”

Spory w postępowaniu głównym oraz przywołane pytania

15.

Pozwany w głównym postępowaniu zaprosił do składania ofert w drodze przetargu nieograniczonego na dostawę energii elektrycznej. Zamówienie, które miało zostać udzielone, składało się z umowy ramowej, której towarzyszą umowy indywidualne na dostawę energii elektrycznej do wszystkich urzędów administracyjnych Republiki Federalnej w Landzie Karyntia. Termin umowy obejmował okres od 1 stycznia 2002 do 31 grudnia 2003. Zaproszenie do składania ofert, które zostało opublikowane w *Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich* z dnia 27 Marca 2001, zawierało następujące przepisy pod hasłem „Kryteria udzielenia zamówienia”:

„Oferta najkorzystniejsza ekonomicznie, określona następującymi kryteriami: wpływ usług na środowisko, zgodnie z dokumentacją przetargową.”

16.

Oferta miała określić cenę w ATS za kilowatogodzinę (kWh). Ustalenie to miało być stosowane przez cały okres trwania umowy i nie podlegało jakiegokolwiek korekcie czy regulacji. Dostawca energii elektrycznej musiał zobowiązać się do dostarczenia do urzędów Federalnych energię elektryczną produkowaną z odnawialnych źródeł energii, z zastrzeżeniem możliwych ograniczeń technicznych, a w żadnym wypadku nie powinien świadomie dostarczać do urzędów energii elektrycznej wytwarzanej poprzez fuzję jądrową. Jednakże dostawca nie był zobowiązany do przedstawienia dowodu na pochodzenie jego źródeł energii. Instytucja zamawiająca miała prawo do rozwiązania umowy oraz prawo do odszkodowania w przypadku naruszenia któregośkolwiek z powyższych wymagań.

17.

W dokumentacji przetargowej stwierdzono, że instytucja zamawiająca jest świadoma, iż z przyczyn technicznych żaden dostawca nie może zagwarantować, iż energia elektryczna dostarczana do konkretnego klienta jest rzeczywiście produkowana ze źródeł energii odnawialnej, niemniej jednak instytucja zdecydowała się podpisać umowę z oferentami, którzy byli w stanie dostarczyć przynajmniej 22,5 gigawatogodzin (GWh) rocznie energii elektrycznej produkowanej ze źródeł odnawialnych, ponieważ roczne zużycie energii w urzędach federalnych było szacowane na około 22,5 GWh.

18.

Ponadto, zostało dookreślone, iż oferty zostaną wyeliminowane, jeśli nie będą zawierać żadnego dowodu na to, że „w przeciągu ostatnich dwóch lat i/lub w trakcie nadchodzących dwóch lat oferent produkował lub nabywał, i/lub będzie produkował lub nabywał, oraz dostarczał i/lub będzie dostarczał do konsumentów końcowych przynajmniej 22,5 GWh rocznie energii ze źródeł odnawialnych.” Określonymi kryteriami udzielenia zamówienia były cena netto za kWh, z wagą 55% oraz „energia produkowana z odnawialnych źródeł energii elektrycznej”, z wagą 45%. W stosunku do ostatniego kryterium udzielenia zamówienia określono, że „będzie brana pod

uwagę wyłącznie ilość energii elektrycznej, która może być dostarczana ze źródeł energii odnawialnej w ilości przekraczającej 22,5GWh rocznie.

19.

Cztery złożone oferty zostały otwarte w dniu 10 maja 2001 r. Oferta złożona przez grupę oferentów Kärntner Elektrizitäts-AG i Stadtwerke Klagenfurt AG ('KELAG') określała cenę 0,44 ATS/kWh oraz, zgodnie z odniesieniem do tabeli pokazującej wielkości i pochodzenie energii elektrycznej produkowanej lub dostarczanej przez te przedsiębiorstwa, zapewniała, iż byli oni w stanie dostarczyć łącznie 3 406,2 GWh energii elektrycznej pochodzącej ze źródeł odnawialnych. Energie Oberösterreich AG również złożyło ofertę, w której zaproponowało cenę 0,4191 ATS/kWh za roczne zużycie ponad 1 miliona GWh oraz, w tabeli odnoszącej się do lat 1999-2002, pokazało różne ilości energii elektrycznej pochodzącej ze źródeł odnawialnych, którą było w stanie dostarczać w każdym z lat w tamtym okresie. Najwyższą wartością wykazaną w tym zestawieniu było 5 280 GWh rocznie. BEWAG również złożył ofertę, która opiewała na kwotę 0,465 ATS/kWh. Tabela załączona do tej oferty pokazywała proporcję energii elektrycznej produkowanej lub dostarczanej przez BEWAG, pochodzącej ze źródeł energii odnawialnej, na podstawie której instytucja zamawiająca wywnioskowała, iż wartość pokazana w tym zestawieniu wynosiła 449,2 GWh.

20.

Oferta złożona przez skarżących w postępowaniu głównym określała cenę na poziomie 0,52 ATS/kWh. Skarżący nie przedstawili żadnych konkretnych wartości na ilość energii elektrycznej, którą mogli by dostarczać z takich źródeł, w zamian zaledwie oświadczyli, że mają własne instalacje do wytwarzania energii, w których są w stanie wytwarzać energię elektryczną pochodzącą z takich źródeł. Dodatkowo mieli opcje na zakup energii elektrycznej produkowanej przez elektrownie wodne należące do Österreichische Elektrizitätswirtschafts - Aktiengesellschaft oraz innych austriackich elektrowni wodnych, a inna zakupiona przez nich energia elektryczna pochodziła głównie z długoterminowych umów o współpracę z największym dostawcą energii elektrycznej certyfikowanej jako pochodząca ze źródeł energii odnawialnej. W 1999 i 2000 zakupili energię pochodzącą wyłącznie z elektrowni wodnych w Szwajcarii i w ten sposób planowali postępować dalej. Całkowita ilość energii elektrycznej pochodzącej ze źródeł odnawialnych przekraczała kilkakrotnie ilość energii określoną w zaproszeniu do składania ofert.

21.

Pozwany w postępowaniu głównym uznał, iż z czterech złożonych ofert, najlepsza należała do KELAG, i ta grupa otrzymała najwięcej punktów w każdym z dwóch kryteriów udzielania zamówienia. Skarżący w postępowaniu głównym otrzymali najmniej punktów w odniesieniu do obu kryteriów.

22.

Po poinformowaniu instytucji zamawiającej już 9 i 30 maja 2001, o uznaniu różnych klauzul w zaproszeniu do składania ofert, w tym kryterium udzielania zamówienia odnoszące się do „energii pochodzącej ze źródeł odnawialnych”, za bezprawne, skarżący w postępowaniu głównym złożyli 12 czerwca 2001 wnioski o wszczęcie postępowania pojednawczego przed Bundes-Vergabekontrollkommission (Federalna Komisja Rewizyjna ds. Zamówień), która oddaliła wniosek z uwagi na nikłe szanse jego powodzenia.

23.

Następnie skarżący w postępowaniu głównym wszczęli procedurę odwoławczą przed Bundesvergabeamt, oczekując, między innymi, unieważnienia przetargu w całości, anulowania serii poszczególnych klauzul w dokumentacji przetargowej oraz unieważnienia wielu decyzji instytucji zamawiającej. Te decyzje zawierały w szczególności, decyzję o wyłączeniu ofert w przypadku nieprzedstawienia dowodu na produkcję i zakup energii elektrycznej pochodzącej ze źródeł odnawialnych w zdefiniowanym okresie czy też brak dowodu na zakup tego typu elektryczności w przyszłości, decyzję o uczynieniu z dowodu produkcji bądź zakupu określonej ilości energii z tego typu źródeł w określonym czasie jako kryterium selekcji, decyzję aby dostępność energii elektrycznej ze źródeł odnawialnych przekraczająca 22.5 GWh rocznie stanowiła kryterium udzielenia zamówienia oraz decyzję odmawiającą unieważnienia zaproszenia do składania ofert. Dodatkowo, skarżący wystąpili o tymczasowy zakaz udzielenia zamówienia.

24.

Decyzją z dnia 16 lipca 2001, Bundesvergabeamt uznał wniosek skarżących i początkowo wstrzymał udzielenie zamówienia do dnia 10 września 2001. W związku z kolejnym wnioskiem skarżących Bundesvergabeamt decyzją z dnia 17 września 2001 wydał tymczasowe zarządzenie pozwalające instytucji zamawiającej udzielić zamówienia pod warunkiem, że zamówienie będzie unieważnione a umowa rozwiązana w przypadku gdy chociaż jeden z wniosków złożonych do tej instytucji przez skarżących w głównym postępowaniu zostanie uznany lub decyzja o udzieleniu zamówienia jednemu ze współoferentów skarżących okaże się bezprawna w wyniku jakichkolwiek innych ustaleń Bundesvergabeamt.

25.

W dniu 24 października 2001, umowa ramowa została podpisana z grupą KELAG, z zastrzeżeniem warunków przedstawionych w powyższej decyzji.

26.

Przyjmując stanowisko, iż interpretacja pewnej liczby przepisów Prawa Zamówień Publicznych była niezbędna do rozstrzygnięcia sporu toczącego się przed Bundesvergabeamt, Bundesvergabeamt zdecydował się wstrzymać postępowanie i przedstawić poniższe zapytania Trybunałowi w celu wydania orzeczenia w trybie prejudycjalnym:

„1. Czy przepisy Prawa Wspólnotowego dotyczące zamówień publicznych, w szczególności Artykuł 26 Dyrektywy 93/36/EEC, zakazują instytucji zamawiającej ustalenia kryterium udzielenia zamówienia w zamówieniu na dostawę energii elektrycznej, które ma wagę aż 45% i które wymaga od oferenta określenia, nie wiążąc tego z okresem dostaw, ile energii elektrycznej jest on w stanie dostarczyć z odnawialnych źródeł energii bliżej nieokreślonej grupie odbiorców, gdzie maksymalna liczba punktów jest przyznawana temu spośród oferentów, który przedstawi wartość największą ilość, a wielkość dostawy jest uwzględniana tylko w tej części w jakiej przekracza poziom zużycia przewidywany w kontekście zamówienia, którego dotyczy zaproszenie do składania ofert?

2. Czy przepisy Prawa Wspólnotowego odnoszące się do udzielenia zamówień publicznych, w szczególności Artykuł 2(1)(b) Dyrektywy 89/665/EEC, zakazują uzależnienia uchylenia bezprawnej decyzji w postępowaniu odwoławczym na mocy Artykułu 1 Dyrektyw 89/665/EEC od udowodnienia, że decyzja podjęta bezprawnie miała istotny wpływ na wynik procedury przetargowej?

3. Czy przepisy Prawa Wspólnotowego odnoszące się do udzielenia zamówień publicznych, w szczególności Artykuł 26 Dyrektywy 93/36/EEC, zakazują uzależnienia uchylenia bezprawnej decyzji w postępowaniu odwoławczym na mocy Artykułu 1 Dyrektyw 89/665/EEC od udowodnienia, że decyzja podjęta bezprawnie miała istotny wpływ na wynik procedury przetargowej, wówczas gdy dowód musiałby zostać uzyskany przez organ odwoławczy badający czy ranking ofert faktycznie złożonych byłby inny gdyby zostały one ponownie rozpatrzone z pominięciem bezprawnego kryterium udzielenia zamówienia ?

4. Czy przepisy Prawa Wspólnotowego odnoszące się do udzielenia zamówień publicznych, w szczególności Artykuł 26 Dyrektywy 93/36/EEC, wymagają od instytucji zamawiającej unieważnienia zaproszenia do składania ofert jeśli w ramach postępowania odwoławczego na podstawie Artykułu 1 Dyrektywy 89/665/EEC okaże się, że jedno z kryteriów udzielenia zamówienia zostało ustanowione bezprawnie?"

W przedmiocie pierwszego pytania

27.

Z wyjaśnień przedstawionych przez Bundesvergabeamt jasno wynika, że pierwsze zapytanie musi być rozumiane jako dwuczęściowe. Po pierwsze, ma na celu określenie czy prawodawstwo Wspólnotowe dotyczące zamówień publicznych, w szczególności Artykuł 26 Dyrektywy 93/36, uniemożliwia instytucji zamawiającej zastosowanie, przy wyborze oferty najkorzystniejszej ekonomicznie w zamówieniu na dostawę energii elektrycznej, kryterium zobowiązującego do dostarczania energii elektrycznej ze źródeł odnawialnych.

28.

Po drugie, jeśli na pierwszą część tego zapytania odpowie się twierdząco, Bundesvergabeamt prosi o wyjaśnienie wymagań Prawodawstwa Wspólnotowego w odniesieniu do konkretnego zastosowania takiego kryterium, biorąc pod uwagę konkretne sformułowanie kryterium, będącego przedmiotem sporu oraz, w rezultacie, druga część zapytania może zostać podzielona na kilka podpytań.

29.

Precyzując, Bundesvergabeamt jest niepewny co do spójności takiego kryterium z Prawodawstwem Wspólnotowym, biorąc pod uwagę warunki określone w punktach od (a) do (d) poniżej, że kryterium

(a) ma wagę 45%;

(b) nie towarzyszą mu warunki, które pozwalają na efektywną weryfikację informacji zawartych w ofertach, oraz nie koniecznie służą one realizacji zamierzonego celu;

(c) nie narzuca określonego terminu dostawy, oraz

(d) wymaga od oferentów określenia ile energii elektrycznej są w stanie dostarczyć do niezdefiniowanej grupy odbiorców, oraz przyznaje maksymalną liczbę punktów temu spośród oferentów, który określi największą ilość a wielkość dostawy jest uwzględniana tylko w tej części w jakiej przekracza poziom zużycia przewidywany w kontekście zamówienia, którego dotyczy zaproszenie do składania ofert.

Pierwsza część pierwszego zapytania

30.

Odnosząc się do braku jasności w sformułowaniu „oferta najkorzystniejsza ekonomicznie” użytym w Artykule 26 Dyrektywy 93/36, Bundesvergabeamt po pierwsze zadaje pytanie o regułę czy Prawodawstwo Wspólnotowe pozwala instytucji zamawiającej ustanowić kryteria, prowadzące do korzyści, którym nie można obiektywnie przypisać konkretniej wartości ekonomicznej, takich jak korzyści związane z ochroną środowiska.

31.

W tym względzie, należy zauważyć, że w wyroku wydanym po postanowieniu odsyłającym w tej sprawie, dotyczącego interpretacji Artykułu 36(1)(a) Dyrektywy 92/50, którego brzmienie jest mniej więcej jednakowe z brzmieniem Artykułu 26(1)(b) Dyrektywy 93/36, Trybunał miał okazję orzec czy i pod jakimi warunkami instytucja zamawiająca może - uwzględnić kryteria ekologiczne przy ocenie oferty najkorzystniejszej ekonomicznie.

32.

Doprecyzowując, w paragrafie 55 wyroku w Sprawie C-513/99 *Concordia Bus Finland* [2002] ECR I-7123, Trybunał orzekł, że Artykuł 36(1)(a) Dyrektywy 92/50 nie może być tak rozumiany, iż każde kryterium udzielenia zamówienia określone przez instytucję zamawiającą w celu wyłonienia oferty najkorzystniejszej ekonomicznie musi koniecznie mieć czysto ekonomiczny charakter.

33.

Niniejszym Trybunał uznał, że gdy instytucja zamawiająca decyduje o udzieleniu zamówienia oferentowi, który złoży ofertę najkorzystniejszą ekonomicznie, może uwzględnić kryteria ekologiczne, pod warunkiem, że są one powiązane z przedmiotem zamówienia, nie przyznają instytucji zamawiającej nieograniczonego prawa wyboru, są wyraźnie wymienione w dokumentach przetargowych lub w ogłoszeniu o zamówieniu, oraz są zgodne ze wszystkimi podstawowymi zasadami Prawodawstwa Wspólnotowego, w szczególności zasadą niedyskryminacji (*Concordia Bus Finland*, zacytowany powyżej, paragraf 69).

34.

Wynika z tego, iż Prawodawstwo Wspólnotowe w zakresie zamówień publicznych nie uniemożliwia instytucji zamawiającej zastosowania w celu wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie w zamówieniu na dostawę energii elektrycznej, kryterium zobowiązującego do dostarczania energii elektrycznej ze źródeł odnawialnych, pod warunkiem że kryterium jest powiązane z przedmiotem zamówienia, nie przyznaje instytucji nieograniczonego prawa wyboru, jest wyraźnie wymienione w dokumentach przetargowych lub w ogłoszeniu o zamówieniu, oraz jest zgodne ze wszystkimi podstawowymi zasadami Prawodawstwa Wspólnotowego, w szczególności zasadą niedyskryminacji.

Druga część pierwszego zapytania

Część druga, punkt (a)

35.

W postanowieniu odsyłającym, Bundesvergabeamt odnotowuje, że nawet wówczas gdy kryterium udzielenia zamówienia odnoszące się do aspektów środowiskowych, takich jak te zastosowane w postępowaniu głównym, musi być uznane jako zgodne co do zasady z przepisami Wspólnotowymi dot. udzielania zamówienia, fakt otrzymania wagi 45% mógł stworzyć kolejny problem skoro można wysunąć

zastrzeżenie, że instytucja zamawiająca nie może uwzględniać kryterium, któremu nie jest w stanie przypisać konkretnej wartości ekonomicznej, a które ma znaczący wpływ na decyzje o udzieleniu zamówienia.

36.

Pozwany w postępowaniu głównym podnosi, że ze względu na prawo do swobodnego ustalania oferty najkorzystniejszej ekonomicznie przez instytucję zamawiającą, wyłącznie ważenie, które doprowadziło do nieusprawiedliwionego przeinaczenia mogłoby zostać uznane za bezprawne. W rozpatrywanej sprawie w postępowaniu głównym jest nie tylko przedmiotowy związek pomiędzy kryterium „ceny” i „energii elektrycznej produkowanej ze źródeł odnawialnych”, ale dodatkowo pierwszeństwo jest przyznawane w wyniku czysto arytmetycznych rozważań ekonomicznych, skoro cena ma wagę o 10 punktów wyższą od tej przyznanej zdolności do dostarczania takowej energii.

37.

Należy przypomnieć, iż w nawiązaniu do obowiązującego orzecznictwa, instytucja zamawiająca ma prawo, przy wyborze oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, do wybrania kryteriów, na podstawie których udzielone zostanie zamówienie, pod warunkiem, że celem owych kryteriów jest identyfikacja najkorzystniejszej ekonomicznie oferty oraz że nie przyznają one instytucji zamawiającej nieograniczonego prawa wyboru w odniesieniu do udzielenia zamówienia oferentowi (zobacz w tym celu, Sprawa 31/87 *Beentjes* [1988] ECR 4635, paragrafy 19 i 26; Sprawa C-19/00 *SIAC Construction* [2001] ECR I-7725, paragrafy 36 i 37; oraz *Concordia Bus Finland*, paragrafy 59 i 61).

38.

Ponadto, takie kryteria muszą być stosowane zgodnie zarówno z zasadami proceduralnymi jak i podstawowymi zasadami zawartymi w prawodawstwie Wspólnotowym. (zobacz w tym celu, *Beentjes*, paragrafy 29 i 31, oraz *Concordia Bus Finland*, paragrafy 62 i 63).

39.

Wynika z tego, iż przy założeniu, że są zgodne z wymaganiami prawodawstwa Wspólnotowego, instytucje zamawiające mogą nie tylko swobodnie wybierać kryteria udzielania zamówienia, ale też określać wagę poszczególnych kryteriów, pod warunkiem że wagi pozwalają na ogólną ocenę kryteriów w nawiązaniu do wyłonienia oferty najbardziej korzystnej ekonomicznie.

40.

W odniesieniu do kryterium udzielenia zamówienia podniesionym w sporze w postępowaniu głównym, Trybunał orzekł już, że zastosowanie odnawialnych źródeł energii do produkcji energii elektrycznej jest użyteczne w ochronie środowiska w zakresie w jakim przyczynia się do redukcji emisji gazów cieplarnianych, które są jedną z głównych przyczyn zmian klimatycznych, co Unia Europejska i Państwa Członkowskie zobowiązały się zwalczać (Sprawa C-379/98 *PreussenElektra* [2001] ECR I-2099, paragraf 73).

41.

Poza tym, jak jasno wynika w szczególności z klauzuli 18 oraz Artykułów 1 i 3 Dyrektywy 2001/77, to dokładnie w tym celu dyrektywa zmierza, wykorzystując moc sił rynkowych, do promowania wzrostu udziału odnawialnych źródeł energii w produkcji energii elektrycznej na wewnętrznym rynku energii elektrycznej, który to cel, nawiązując do klauzuli 2 dyrektywy, jest jednym z priorytetów Wspólnoty.

42.

W związku z tym, uwzględniając znaczenie celu realizowanego przez sporne kryterium w postępowaniu głównym, jego waga o wartości 45% nie wydaje się nie stanowi przeszkody w ogólnej ocenie kryteriów stosowanych w celu wyłonienia oferty najkorzystniejszej ekonomicznie.

43.

W tych okolicznościach oraz z powodu braku innych dowodów na potwierdzenie naruszenia wymagania prawodawstwa Wspólnotowego, należy stwierdzić, że stosowanie wagi 45% w stosunku do spornego kryterium w postępowaniu głównym nie jest niezgodne z prawodawstwem Wspólnotowym z zakresie zamówień publicznych.

Część druga, punkt (b)

44.

Bundesvergabebamt ma również wątpliwość, czy sporne kryterium udzielenia zamówienia w postępowaniu głównym jest zgodne z prawodawstwem Wspólnotowym, skoro instytucja zamawiająca przyznała, iż nie ma technicznej możliwości sprawdzenia czy dostarczana jej energia elektryczna pochodzi rzeczywiście z odnawialnych źródeł energii i nie wymagała od oferentów dostarczenia dowodów ich aktualnych zobowiązań na dostawy czy też istniejących kontraktów na dostawę energii.

45.

Wnioskodawca zasadniczo zmierza do ustalenia, czy przepisy Wspólnotowe regulujące udzielanie zamówień publicznych uniemożliwiają instytucji zamawiającej zastosowanie kryterium udzielenia zamówienia, któremu nie towarzyszą wymagania, pozwalające na skuteczną weryfikację precyzji informacji zawartych w ofertach.

46.

W tym kontekście Bundesvergabebamt ma również wątpliwość w jakim stopniu kryterium udzielenia zamówienia celu może osiągnąć cel, do którego zmierza. Skoro nie ma planów weryfikacji, jak bardzo zwycięzca przetargu w istocie pomoże zwiększyć ilość energii elektrycznej produkowanej ze źródeł odnawialnych dzięki swojej strukturze produkcji, możliwym jest, że zastosowanie takiego kryterium może nie mieć wpływu na całkowity udział energii elektrycznej produkowanej w powyższy sposób.

47.

Należy przypomnieć, że zasada równego traktowania oferentów, która jak Trybunał wielokrotnie orzekł, leży u podstaw dyrektyw dotyczących procedur udzielania zamówień publicznych (zobacz w tym celu Sprawa C-470/99 *Universale-Bau and Others* [2002] ECR I-11617, paragraf 91, i Sprawa C-315/01 *GAT* [2003] ECR I-6351, paragraf 73) oznacza, po pierwsze, że oferenci muszą być w pozycji równości zarówno gdy formułują swoje oferty jak i w momencie gdy owe oferty są oceniane przez instytucję zamawiającą (*SIAC Construction*, paragraf 34).

48.

Dokładniej oznacza to, że podczas oceniania ofert kryteria udzielenia zamówienia muszą być stosowane obiektywnie i jednolicie w stosunku do wszystkich oferentów (*SIAC Construction*, zacytowane powyżej, paragraf 44).

49.

Po drugie, zasada równego traktowania nakłada obowiązek przejrzystości w celu umożliwienia weryfikacji, że zasada została spełniona, która to polega na

zagwarantowaniu, między innymi, kontroli bezstronności postępowań przetargowych. (zobacz w tym celu, *Universale-Bau and Others*, paragraf 91 i 92).

50.

Obiektywna i przejrzysta ocena różnych ofert zależy od instytucji zamawiającej, powołującej się na informacje oraz dowody dostarczone przez oferentów, mającej możliwość skutecznej weryfikacji czy oferty złożone przez danych oferentów spełniają kryteria udzielenia zamówienia.

51.

Jest zatem oczywiste, że gdy instytucja zamawiająca ustala kryterium udzielenia zamówienia, wskazując, że nie zamierza, ani nie jest w stanie zweryfikować dokładności informacji przedłożonych przez oferentów, narusza tym samym zasadę równego traktowania, ponieważ takie kryterium nie zapewnia przejrzystości i obiektywności postępowania przetargowego.

52.

Dlatego, kryterium udzielenia zamówienia, któremu nie towarzyszą wymagania, które pozwalają na skuteczną weryfikację informacji dostarczonych przez oferentów, jest sprzeczne z zasadami prawodawstwa Wspólnotowego w zakresie zamówień publicznych.

53.

Jeśli chodzi o zapytanie Bundesvergabeamt czy sporne kryterium udzielenia zamówienia w postępowaniu głównym narusza prawodawstwo Wspólnotowe w zakresie w jakim niekoniecznie jest w stanie przyczynić się do wzrostu ilości energii elektrycznej produkowanej ze źródeł odnawialnych, należy zaznaczyć, że jeśli rzeczywiście tak jest, to takie kryterium nie może być uważane za niezgodne z przepisami Wspólnotowymi w zakresie prawa zamówień publicznych, tylko dlatego, że niekoniecznie służy do osiągnięcia zamierzonego celu.

Część druga, punkt (c)

54.

Bundesvergabeamt uważa, że odkąd instytucja zamawiająca pominęła dookreślenie konkretnych terminów dostaw, w odniesieniu do których wielkość dostaw, miała zostać ustalona, stosowane kryterium jest niezgodne z zasadą porównywalności ofert, która wynika z wymogu przejrzystości. Jeśli chodzi o dowód wymagany do zbadania predyspozycji oferentów, był to okres obejmujący dwa lata poprzedzające zaproszenie do składania ofert oraz okres obejmujący kolejne dwa lata, które zostały określone jako istotne w odniesieniu do ilości energii elektrycznej, która w rzeczywistości będzie wymagana. Zgodnie z Bundesvergabeamt, nawet jeśli ten zapis pojawił się w kontekście kryterium udzielenia zamówienia, nie było tam zdefiniowanego okresu dostaw, pozwalającego na dokładną kalkulację wielkości, która w rzeczywistości byłaby wymagana. Przeciwnie, w okresie czterech lat mogłoby się zdarzyć, że mogłyby być dostarczane różne ilości energii elektrycznej. Byłoby nawet możliwe, że oferenci podaliby wielkości opierające się na konstrukcji elektrowni lub innych potencjalnych środków produkcji energii elektrycznej ze źródeł odnawialnych.

55.

Pozwany w postępowaniu głównym wyjaśnia, że w Austrii rynek energii elektrycznej został w pełni zliberalizowany 1 października 2001, i od tego czasu pojawiła się możliwość zakładania firm, trudniących się kupnem i sprzedażą energii elektrycznej. Ponieważ zaproszenie do składania ofert zostało opublikowane sześć miesięcy wcześniej, pozwany był zobowiązany do sformułowania kryterium

udzielenia zamówienia w sposób, który umożliwił obu firmom działającym na rynku, posiadającymi własne środki do produkcji energii elektrycznej oraz spółkom obrotu energią elektryczną, które miały tylko zezwolenie na prowadzenie działalności od 1 października 2001, na złożenie ofert. Dlatego też starał się dać przedsiębiorstwom możliwość podania ilości energii elektrycznej produkowanej z odnawialnych źródeł energii, którą wyprodukowali bądź zakupili w ciągu dwóch lat poprzedzających zaproszenie do składania ofert lub przedstawić taką informację na dwa nadchodzące lata. Ostatecznie, wszystkie przedsiębiorstwa przedstawiły w rzeczywistości tylko informację odnoszącą się do dwóch lat poprzedzających zaproszenie do składania ofert, i tam gdzie roczne wielkości były różne najkorzystniejsza oferta została ustalona na podstawie średniej.

56.

Jasno wynika z orzecznictwa Trybunału, że procedura udzielenia zamówienia publicznego musi być zgodna, na każdym etapie, zarówno z zasadą równego traktowania potencjalnych oferentów jak i zasadą przejrzystości, tak, aby zapewnić wszystkim stronom równe szanse w formułowaniu warunków ich ofert (zobacz, w tym celu, *Universale-Bau*, paragraf 93).

57.

Dokładniej, oznacza to, że kryteria udzielenia zamówienia muszą być sformułowane w dokumentacji przetargowej lub w ogłoszeniu o zamówieniu, w taki sposób by umożliwiały wszystkim dobrze poinformowanym oferentom przy zachowaniu normalnej staranności, zinterpretować je w ten sam sposób (*SIAC Construction*, paragraf 41).

58.

Zatem w spornym przypadku w postępowaniu głównym, fakt, iż w zaproszeniu do składania ofert instytucja zamawiająca pominęła zdefiniowanie okresu, w odniesieniu do którego oferenci musieli określić wielkość dostaw energii elektrycznej pochodzącej ze źródeł odnawialnych, mógł być naruszeniem zasad równego traktowania i przejrzystości, gdyby okazało się, iż przez to zaniechanie stało się trudnym bądź nawet niemożliwym dla oferentów poznanie dokładnego zakresu danego kryterium, a tym samym, aby móc je interpretować w ten sam sposób.

59.

Jako, że wymaga to rzeczowej oceny, do sądu krajowego należy ustalenie, biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności sprawy czy, poza tym pominięciem, sporne kryterium udzielenia zamówienia w postępowaniu głównym było wystarczająco jasno sformułowane, by spełnić wymagania równego traktowania i przejrzystości procedur udzielenia zamówienia publicznego.

Część druga, punkt (d)

60.

Bundesvergabebamt wyjaśnia, że sporne kryterium udzielenia zamówienia w postępowaniu głównym składa się z przyznawania punktów za ilość energii elektrycznej z odnawialnych źródeł energii, jaką oferenci będą w stanie dostarczać do nieokreślonej grupy odbiorców, gdzie wielkość dostawy jest wzięta pod uwagę tylko w takim stopniu, w jakim przekracza wielkość konsumpcji przewidzianej w kontekście zaproszenia do składania ofert. Zatem w zakresie w jakim owo kryterium dotyczy wyłącznie całkowitej ilości, którą oferent będzie mógł dostarczać ogółem, a nie ilości, którą oferent będzie dostarczać do konkretnej instytucji zamawiającej,

Bundesvergabeamt nie ma pewności, czy jest to związane z jakimikolwiek bezpośrednimi korzyściami ekonomicznymi dla zamawiającego.

- Uwagi przedstawione przed Trybunałem

61.

Skarżący w postępowaniu głównym, Rząd Holenderski oraz Komisja zgłosili, że o ile przedmiotowe kryterium odnosi się do ilości elektryczności przekraczającej przewidywane zużycie w kontekście zaproszenia do składania ofert, wymóg bezpośredniego związku z zamówieniem, które zostanie udzielone nie został spełniony w niniejszej sprawie. W ich opinii jedynym istotnym czynnikiem jest ilość energii elektrycznej pochodzącej z odnawialnych źródeł energii, która może być dostarczona do zamawiającego.

62.

Według Komisji, byłoby wystarczające gdyby instytucja zamawiająca wymagała od oferenta dostępu do pewnej ilości energii elektrycznej wytwarzanej z odnawialnych źródeł energii lub po prostu udowodnienia, że jest w stanie zapewnić pewną ilość energii elektrycznej ponad roczne zużycie, na przykład obliczając 10% rezerwę.

63.

Skarżący w postępowaniu głównym, dodatkowo wnieśli, iż przedmiotowe kryterium udzielenia zamówienia jest w istocie ukrytym kryterium kwalifikacji, jako że w rzeczywistości dotyczy możliwości oferenta w dostarczaniu tyle energii elektrycznej pochodzącej ze źródeł odnawialnych, ile tylko możliwe, co w tym rozumieniu, ostatecznie dotyczy samych oferentów.

64.

Z drugiej strony, pozwany w postępowaniu głównym oraz rząd austriacki uważają, że biorąc pod uwagę ilość energii elektrycznej pochodzącej ze źródeł odnawialnych, każdy oferent był w stanie dostarczyć więcej niż 22,5 GWh, które miały być dostarczane niezależnie od sytuacji, instytucja zamawiająca przyznała pewności w dostawach energii elektrycznej, która jest funkcją całkowitej ilości energii elektrycznej, do której przedsiębiorstwo ma dostęp, status kryterium udzielenia zamówienia. Wyjaśnili również, że skoro energii elektrycznej nie da się przechowywać, kryterium to w żaden sposób nie jest nieistotne dla wykonania usługi, bo im więcej oferent produkuje, tym mniejsze jest ryzyko, że zapotrzebowanie instytucji zamawiającej na energię elektryczną nie będzie pokryte i że będzie musiała znaleźć kosztowną alternatywę w krótkim okresie.

65.

Bardziej szczegółowo, rząd austriacki podniósł, iż mimo że produkcja energii elektrycznej z odnawialnych źródeł energii, takich jak energia wiatrowa i słoneczna, jest sezonowa, popyt jest największy w zimie. Celem spornego kryterium udzielenia zamówienia jest zapewnienie, że oferent może zadeklarować ciągłą dostawę energii elektrycznej pomimo faktu, że podaż i popyt nie są liniowe przez cały rok, i jest to rozważanie, które jednocześnie uzasadnia dużą wagę 45% przyznana temu kryterium.

- Ustalenia Trybunału

66.

Jak wspomniano w paragrafie 33 tego wyroku, kryteria ekologiczne stosowane przez instytucję zamawiającą jako kryteria udzielenia zamówienia w celu wyłonienia

oferty najkorzystniejszej ekonomicznie muszą, między innymi, być związane z przedmiotem zamówienia.

67.

W sporze w postępowaniu głównym, zastosowane kryterium udzielenia zamówienia nie odnosi się do usługi, która jest przedmiotem zamówienia, mianowicie dostaw do instytucji zamawiającej ilości energii elektrycznej odpowiadającej spodziewanemu rocznemu zużyciu określone w zaproszeniu do składania ofert, lecz do ilości energii elektrycznej, którą oferenci dostarczyli lub będą dostarczać do innych klientów.

68.

Kryterium udzielenia zamówienia, które odnosi się wyłącznie do ilości energii elektrycznej wytwarzanej z odnawialnych źródeł energii powyżej oczekiwanego rocznego zużycia, jak zostało określone w zaproszeniu do składania ofert, nie może być uznane za związane z przedmiotem zamówienia.

69.

Ponadto, fakt, iż w odniesieniu do zastosowanego kryterium udzielenia zamówienia, jest to ilość energii elektrycznej powyżej oczekiwanego rocznego zużycia, jak określono w zaproszeniu do składania ofert, co ma decydujące znaczenie, przyznaje korzyści oferentom, którzy ze względu na ich większe możliwości produkcji lub wielkość dostaw, są w stanie dostarczyć większej ilości energii niż inni oferenci. To kryterium prowadzi zatem do nieuzasadnionej dyskryminacji oferentów, których oferta jest w stanie w pełni spełnić wymagania związane z przedmiotem zamówienia. Takie ograniczenie kręgu podmiotów gospodarczych, mogących złożyć ofertę będzie mieć wpływ na niepowodzenie celu, jakim jest otwarcie rynku na konkurencję, wprowadzonego przez dyrektywy koordynujące procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy.

70.

Ostatecznie, nawet zakładając, że kryterium było odpowiedzią na potrzebę zapewnienia niezawodności dostaw - założenie, które powinno zostać zweryfikowane przez sąd krajowy - należy zauważyć, że podczas gdy pewność dostaw można, w zasadzie, zaliczyć do kryteriów udzielenia zamówienia, zastosowanych do wyłonienia oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, to zdolności oferentów do dostarczania największej możliwej ilości energii elektrycznej w wielkościach przekraczających ilość podaną w zaproszeniu do składania ofert, nie może zgodnie z prawem być nadany status kryterium udzielenia zamówienia.

71.

Wynika stąd, że w zakresie, w jakim wymaga się od oferentów określenia, ile energii pochodzącej z odnawialnych źródeł energii mogą dostarczyć do niezdefiniowanej grupy odbiorców, oraz przyznaje maksymalną liczbę punktów jakiegokolwiek oferentowi, który poda największą wartość, w przypadku gdy wielkość podaży jest brana pod uwagę tylko w takim stopniu, w jakim przekracza wielkość oczekiwanej konsumpcji, kryterium podniesione udzielenia zamówienia zastosowane w postępowaniu głównym nie jest zgodne z prawodawstwem Wspólnotowym dotyczącym zamówień publicznych.

72.

W świetle powyższego, odpowiedzią na zapytanie złożone do Trybunału musi być stwierdzenie, że Prawodawstwo Wspólnotowe dotyczące zamówień publicznych nie uniemożliwia instytucji zamawiającej zastosowania, zgodnie z własną oceną, przy wyborze oferty najkorzystniejszej ekonomicznie w zamówieniu na dostawę energii elektrycznej, kryterium udzielenia zamówienia z wagą 45%, które wymaga, iż

dostarczana energia elektryczna będzie produkowana z odnawialnych źródeł energii. Fakt, że takie kryterium niekoniecznie służy realizacji zamierzonego celu nie ma znaczenia w tym względzie.

Z drugiej strony owo prawodawstwo uniemożliwia stosowanie takiego kryterium, gdy:

- nie towarzyszą mu wymagania, które pozwalają na efektywną weryfikację dokładności informacji zawartych w ofertach,
- wymaga od oferentów określenia ile energii elektrycznej są w stanie dostarczyć z odnawialnych źródeł energii jaką oferenci będą w stanie dostarczać do nieokreślonej grupy odbiorców, oraz przyznaje maksymalną liczbę punktów jakiegokolwiek oferentowi, który poda największą wartość, w przypadku gdy wielkość podaży jest brana pod uwagę tylko w takim stopniu, w jakim przekracza wielkość oczekiwanej konsumpcji, w kontekście danego zamówienia.

W gestii sądu krajowego pozostaje ustalenie czy, mimo zaniechania przez instytucję zamawiającą wskazania określonego okresu dostaw, kryterium udzielenia zamówienia było odpowiednio jasno sformułowane by sprostać wymogom zasad równego traktowania i przejrzystości w procedurach udzielania zamówienia publicznego.

W przedmiocie drugiego i trzeciego pytania 73.

Tymi dwoma zapytaniem, które mogą być rozpatrywane razem, Bundesvergabebamt zmierza zasadniczo do ustalenia czy Artykuł 2(1)(b) Dyrektywy 89/665 umożliwia przepisom krajowym takim jak punkt 2 Paragrafu 117(1) BVergG, który stwierdza w postępowaniu odwoławczym nieważność bezprawnej decyzji instytucji zamawiającej na podstawie dowodu, iż bezprawna decyzja miała istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz czy, mając w domyśle zwłaszcza Artykuł 26 Dyrektywy 93/36, odpowiedź na to zapytanie musi się różnić, jeśli dowód tego wpływu wynika ze zbadania przez organ odwoławczy czy uszeregowanie rzeczywiście złożonych ofert byłoby inne gdyby zostały one ponownie rozpatrzone z pominięciem bezprawnego kryterium udzielenia zamówienia.

74.

Należy zauważyć na wstępie, iż zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, w ramach współpracy pomiędzy Trybunałem a sądami krajowymi, ustanowionej na podstawie Artykułu 234 EC, należy wyłącznie do sądu krajowego, przed którym toczy się spór, i na którym spoczywa odpowiedzialność za wydane orzeczenie, określenie w świetle szczególnych okoliczności sprawy, zarówno potrzeby wydania orzeczenia wstępnego jak i zasadności zapytań, które wnosi do Trybunału. Więc, gdy wniesione zapytania dotyczą prawodawstwa Wspólnotowego, Trybunał jest w zasadzie zobowiązany do wydania orzeczenia (zobacz między innymi, Sprawa C-415/93 *Bosman* [1995] ECR I-4921, paragraf 59; *PreussenElektra*, paragraf 38; Sprawa C-390/99 *Canal Satélite Digital* [2002] ECR I-607, paragraf 18; Case C-153/00 *Der Weduwe* [2002] ECR I-11319, paragraf 31, oraz Sprawa C-318/00 *Bacardi-Martini and Cellier des Dauphins* [2003] ECR I-905, paragraf 40).

75.

Jednakże, Trybunał stwierdził również że, w wyjątkowych okolicznościach, może zbadać okoliczności, w których sprawa została skierowana do niego przez sąd krajowy, w celu ustalenia, czy jest właściwym (zobacz *PreussenElektra*, paragraf 39, oraz *Canal Satélite Digital*, paragraf 19). Idea współpracy, która powinna przyświecać w ramach postępowania o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym wymaga aby sąd krajowy ze swojej strony miał na uwadze funkcję powierzoną Trybunałowi, którą jest współpraca z wymiarem sprawiedliwości w Państwach Członkowskich, a nie wydawanie opinii na pytania ogólne lub hipotetyczne (*Der Weduwe*, paragraf 32, oraz *Bacardi-Martini and Cellier des Dauphins*, paragraf 41).

76.

W związku z tym Trybunał musi odmówić wydania orzeczenia w trybie prejudycjalnym na zapytanie wniesione przez sąd krajowy, wówczas gdy jest dość oczywistym, iż interpretacja lub ocena ważności przepisów prawodawstwa Wspólnotowego poszukiwana przez ów sąd, nie ma żadnego związku ze stanem bieżącym w głównej sprawie przed sądem krajowym lub jej celem, lub gdy problem jest hipotetyczny, albo gdy Trybunałowi nie przedstawiono stanu faktycznego lub prawnego niezbędnego do udzielenia użytecznej odpowiedzi (zobacz w szczególności *Bosman*, paragraf 61; Sprawa C-437/97 *EKW and Wein & Co.* [2000] ECR I-1157, paragraf 52; Sprawa C-36/99 *Idéal Tourisme* [2000] ECR I-6049, paragraf 20, oraz *Bacardi-Martini and Cellier des Dauphins*, paragraf 42).

77.

Dokładniej, należy mieć na uwadze, że Artykuł 234 EC jest narzędziem współpracy sądowej, w rozumieniu której Trybunał dostarcza sądom krajowym wykładnię prawodawstwa Wspólnotowego, która może być użyteczna w ocenie skutków spornego przepisu prawa krajowego w postępowaniach prowadzonych przed nimi (zobacz w szczególności, Sprawa C-300/01 *Salzmann* [2003] ECR I-4899, paragraf 28).

78.

Wynika stąd, że aby Trybunał mógł wykonywać swoje zadania zgodnie z Traktatem, istotnym jest, aby sądy krajowe wyjaśniły, wówczas gdy powody nie są jasne ponad wszelką wątpliwość na podstawie akt, dlaczego uważają, że odpowiedź na ich zapytanie jest im niezbędna do wydania wyroku (zobacz w szczególności, *Bacardi-Martini and Cellier des Dauphins*, paragraf 43).

79.

W bieżącej sprawie, nie przedłożono Trybunałowi informacji o takowym wpływie.

80.

Z drugiej strony, jak zauważono w paragrafie 23 tego wyroku, przedmiotem postępowania odwoławczego wniesionego w przedmiotowej sprawie jest, między innymi, całkowite unieważnienie zaproszenia do składania ofert, unieważnienie serii poszczególnych warunków w dokumentacji przetargowej oraz unieważnienia wielu decyzji instytucji zamawiającej odnoszących się do wymagań określonych przez kryteria kwalifikacji i kryteria udzielania zamówienia w tym postępowaniu przetargowym.

81.

Dlatego, w świetle informacji zawartych w postanowieniu odsyłającym, jest oczywistym, że wszystkie decyzje, o których unieważnienie wnosi się w postępowaniu przed sądem krajowym, mają decydujący wpływ na wynik procedury przetargowej.

82.

Z drugiej strony Bundesvergabebamt nie przedstawił żadnych wyjaśnień co do dokładnych przyczyn, przez które sądził iż potrzebuje odpowiedzi na zapytanie dotyczące spójności prawodawstwa Wspólnotowego w zakresie prawa zamówień publicznych z warunkami określonymi w podpunkcie 2 Paragrafu 117(1) BVergG w celu wydania wyroku w toczącej się przed nim sprawie.

83.

Zatem, skoro Trybunał nie posiada informacji wskazujących na to, iż odpowiedź na drugie i trzecie zapytanie jest niezbędna dla rozstrzygnięcia sporu w głównym postępowaniu, owe zapytanie muszą zostać uznane za hipotetyczne i stosownie do tego niedopuszczalne.

W przedmiocie pytania czwartego

84.

Swoim czwartym zapytaniem Bundesvergabebamt zmierza zasadniczo do ustalenia czy przepisy prawodawstwa Wspólnotowego dotyczące udzielania zamówień publicznych, zwłaszcza Artykuł 26 Dyrektywy 93/36, wymagają, by instytucja zamawiająca unieważniła zaproszenie do składania ofert, jeśli okaże się podczas procedury odwoławczej, w myśl Artykułu 1 Dyrektywy 89/665, że decyzja zamawiającego odnosząca się do jednego z określonych kryteriów udzielenia zamówienia jest bezprawna.

85.

Według Bundesvergabebamt, jeśli założyć się, że rewizja skutków bezprawnej decyzji związanej z kryteriami udzielenia zamówienia jest sprzeczna z prawodawstwem Wspólnotowym, jedyną alternatywą, w przypadku niezgodnej z prawem decyzji, wydaje się unieważnienie zaproszenia do składania ofert, skoro w przeciwnym razie procedura przetargowa, zostałaby przeprowadzona na podstawie wagi kryterium, które nigdy nie zostało określone przez zamawiającego czy też znane przez oferentów.

Uwagi przedstawione przed Trybunałem

86.

Rząd austriacki wnosi, że prawodawstwo Wspólnotowe nie przyznaje wyraźnego obowiązku unieważnienia zaproszenia do składania ofert, tak samo jak dyrektywy dotyczące zamówień publicznych nie przewidują obowiązku ogłoszenia przetargu i wnioskuje, że to do Państw Członkowskich, działających zgodnie z zasadami prawodawstwa Wspólnotowego, należy określenie zasad rozstrzygających, czy, wówczas gdy decyzja dotycząca kryterium udzielenia zamówienia została uznana jako bezprawna, instytucja zamawiająca jest zobowiązana do unieważnienia zaproszenia do składania ofert.

87.

Pozwany w postępowaniu głównym wnosi, że, zgodnie z Artykułem 2(6) Dyrektywy 89/665, skutki naruszenia przepisów dotyczących udzielania zamówień publicznych, które wyniknęły po udzieleniu zamówienia, muszą być określone w zgodzie z ustawodawstwem krajowym. W jego opinii, gdy zamówienie zostało udzielone organ odwoławczy jest ograniczony zgodnie z Paragrafem 117(3) BVergG do rozpatrzenia pod względem istnienia rzekomej niezgodności z prawem. W ten sposób stwierdza, że na powyższe zapytanie należy odpowiedzieć przecząco.

88.

Z drugiej strony, skarżący w postępowaniu głównym oraz Komisja uważają, że gdyby po złożeniu lub otwarciu ofert, organ odwoławczy stwierdził bezprawność decyzji dotyczącej kryterium udzielenia zamówienia, zamówienie nie mogłoby zostać udzielone w drodze zaproszenia do składania ofert, a jedyną możliwością byłoby jego unieważnienie. Wszelkie zmiany kryteriów miałyby wpływ na ocenę ofert, natomiast oferenci nie mieliby możliwość dostosowania swoich ofert, przygotowanych w zupełnie innym czasie i w innych okolicznościach oraz na podstawie innych kryteriów. Jedyną opcją byłoby wówczas rozpoczęcie całej procedury przetargowej na nowo.

Ustalenia Trybunału

89.

Należy zauważyć, że stwierdzenie, bezprawności decyzji dotyczącej kryterium udzielenia zamówienia, nie zawsze prowadzi do unieważnienia tej decyzji.

90.

W wyniku możliwości przyznanej Państwom Członkowskim na mocy Artykułu 2(6) Dyrektywy 89/665 zapewniającej, że po zawarciu umowy o zamówienie publiczne, uprawnienia organu odpowiedzialnego za procedury odwoławcze mają być ograniczone do przyznania odszkodowań podmiotom, które doznały uszczerbku w wyniku naruszenia prawa, w przypadku gdy postępowanie odwoławcze zostało wszczęte po udzieleniu zamówienia i zainteresowane Państwa Członkowskie skorzystały z możliwości, jeżeli organ odwoławczy stwierdzi, że decyzja odnosząca się do kryterium udzielenia zamówienia jest niezgodna z prawem, może nie unieważnić decyzji, lecz wynagrodzić szkody.

91.

Jak wynika z wyjaśnień Bundesvergabebamt czwarte pytanie odnosi się do sytuacji, w której konsekwencją stwierdzenia, że decyzja odnosząca się do kryterium udzielenia zamówienia jest niezgodna z prawem, jest unieważnienie tej decyzji. Należy to zatem rozumieć jako pytanie, czy prawodawstwo Wspólnotowe dotyczące udzielania zamówień publicznych wymaga od zamawiającego unieważnienia zaproszenia do składania ofert, wówczas gdy okaże się podczas procedury odwoławczej na mocy Artykułu 1 Dyrektywy 89/665 że decyzja odnosząca się do jednego z kryteriów udzielania zamówień określonych przez ten organ jest bezprawna i tym samym unieważniona przez organ odwoławczy.

92.

W celu odpowiedzi na sformułowane pytanie, należy podkreślić, że Trybunał orzekał już, że zasady równego traktowania i przejrzystości procedur przetargowych pociągają za sobą obowiązek ze strony instytucji zamawiających do interpretacji kryteriów udzielenia zamówienia w ten sam sposób w trakcie trwania procedury (zobacz w szczególności *SIAC Construction*, paragraf 43).

93.

W odniesieniu do kryteriów udzielenia zamówienia, jest to tym bardziej oczywiste, że nie mogą być zmienione w jakikolwiek sposób w trakcie procedury przetargowej.

94.

Wynika z tego, że jeżeli organ odwoławczy uchyla decyzję w sprawie kryterium, instytucja zamawiająca nie może skutecznie kontynuować procedury przetargowej odrzucając owo kryterium, ponieważ byłoby to równoznaczne ze zmianą kryteriów mających zastosowanie do procedury.

95.

Dlatego też na czwarte pytanie czy prawodawstwo Wspólnotowe dotyczące zamówień publicznych wymaga od zamawiającego unieważnienia zaproszenia do składania ofert, jeśli okaże się w trakcie procedury odwoławczej, na mocy Artykułu 1 Dyrektywy 89/665, że decyzja odnosząca się do jednego z kryteriów ustanowionych przez ten organ jest bezprawna, odpowiedzią jest unieważnienie jej przez organ odwoławczy.

Koszty

96.

Koszty poniesione przez austriacki, holenderski i szwedzki rząd oraz przez Komisję, z tytułu wniesienia uwag do Trybunału, nie podlegają zwrotowi. Ponieważ te postępowania są dla stron postępowania głównego, krokiem w sprawie zawisłej przed sądem krajowym, decyzja w sprawie kosztów leży w gestii tego sądu.

W wyniku powyższego,

Trybunał (Szósta Izba),

W odpowiedzi na zapytania wniesione do niego przez Bundesvergabeamt na wniosek z dnia 13 listopada 2001, niniejszym postanawia:

1. Prawodawstwo Wspólnotowe dotyczące zamówień publicznych nie uniemożliwia instytucji zamawiającej zastosowania, zgodnie z własną oceną, przy wyborze oferty najkorzystniejszej ekonomicznie w zamówieniu na dostawę energii elektrycznej, kryterium udzielenia zamówienia z wagą 45%, które wymaga iż dostarczana energia elektryczna będzie produkowana z odnawialnych źródeł energii. Fakt, że takie kryterium niekoniecznie służy realizacji zamierzonego celu nie ma znaczenia w tym względzie.

Z drugiej strony owe prawodawstwo uniemożliwia stosowanie takiego kryterium, gdy

- nie towarzyszą mu wymagania, które pozwalają na efektywną weryfikację dokładności informacji zawartych w ofertach,

- wymaga od oferentów określenia ile energii elektrycznej są w stanie dostarczyć z odnawialnych źródeł energii jaką oferenci będą w stanie dostarczać do nieokreślonej grupy odbiorców, oraz przyznaje maksymalną liczbę punktów jakiegokolwiek oferentowi, który poda największą ilość, w przypadku gdy wielkość podaży jest brana pod uwagę tylko w takim stopniu, w jakim przekracza wielkość oczekiwanej konsumpcji, w kontekście zamówienia.

W gestii sądu krajowego pozostaje ustalenie czy, mimo zaniechania przez instytucję zamawiającą wskazania określonego okresu dostaw, kryterium udzielenia zamówienia było odpowiednio jasno sformułowane by sprostać wymogom zasad równego traktowania i przejrzystości w procedurach udzielania zamówienia publicznego.

2. Prawodawstwo Wspólnotowe dotyczące zamówień publicznych wymaga od instytucji zamawiającej unieważnienia zaproszenia do składania ofert jeśli okaże się w postępowaniu odwoławczym na podstawie art. 1 dyrektywy 89/665, że decyzja odnosząca się do jednego z kryteriów udzielania zamówienia określonych przez ten organ jest bezprawna i dlatego uchylona przez organ odwoławczy.

Skouris
Gulmann
Puissochet

Schintgen

Colneric

Wygłoszono na posiedzeniu jawnym w Luxemburgu dnia 4 grudnia 2003.

R. Grass

V. Skouris

Protokolant

Przewodniczący