

**Orzecznictwo
Trybunału Sprawiedliwości
Unii Europejskiej
w zakresie zamówień publicznych
w latach 2018 - 2024**

**Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej
w zakresie zamówień publicznych
w latach 2018-2024**

Wybór i opracowanie:

Mateusz Posieczek

Paulina Rypińska

Wydawca:

Urząd Zamówień Publicznych

www.gov.pl/uzp

e-mail: uzp@uzp.gov.pl

ISBN: 978-83-67800-09-9

© Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2025 r.

Mateusz Posieczek

Paulina Rypińska

**Orzecznictwo
Trybunału Sprawiedliwości
Unii Europejskiej
w zakresie zamówień publicznych
w latach 2018-2024**



Urząd Zamówień
Publicznych

Warszawa 2025

SPIS TREŚCI

1.	Zastosowanie przepisów w dziedzinie zamówień <i>ratione personae</i>.....	10
1.1.	orzeczenie z dnia 28 lutego 2019 r. w sprawie C-388/17 <i>Konkurrensverket przeciwko SJ AB</i> , ECLI:EU:C:2019:161.....	10
1.2.	orzeczenie z dnia 11 czerwca 2020 r. w sprawie C-219/19 <i>Parsec Fondazione Parco delle Scienze e della Cultura przeciwko Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti i Autorità nazionale anticorruzione (ANAC)</i> , ECLI:EU:C:2020:470.....	12
1.3.	orzeczenie z dnia 28 października 2020 r. w sprawie C-521/18 <i>Pegaso Srl Servizi Fiduciari i in. przeciwko Poste Tutela SpA</i> , ECLI:EU:C:2020:867.....	14
1.4.	orzeczenie z dnia 3 lutego 2021 r. w sprawach połączonych C-155/19 i C-156/19 <i>Federazione Italiana Giuoco Calcio (FIGC) et Consorzio Ge.Se.Av. e.a. przeciwko De Vellis Servizi Globali Srl</i> , ECLI:EU:C:2021:88.....	16
1.5.	orzeczenie z dnia 22 października 2024 r. w sprawie C-652/22 <i>Kolin İnşaat Turizm Sanayi ve Ticaret AŞ przeciwko Državna komisija za kontrolu postupaka javne nabave</i> , ECLI:EU:C:2024:910.....	19
2.	Zastosowanie przepisów w dziedzinie zamówień <i>ratione materiae</i>	23
2.1.	orzeczenie z dnia 1 marca 2018 r. w sprawie C-9/17 <i>Maria Tirkkonen przeciwko Maaseutuvirasto</i> , ECLI:EU:C:2018:142.....	23
2.2.	orzeczenie z dnia z dnia 25 października 2018 r. w sprawie C-260/17 <i>Anodiki Services EPE GNA, O Evangelismos – Ofthalmiatreio Athinon – Polykliniki, Geniko Ofgkologiko Nosokomeio Kifisias – (GONK) „Oi Agioi Anargyroi”</i> , ECLI:EU:C:2018:864	25
2.3.	orzeczenie z dnia 4 kwietnia 2019 r. w sprawie C-699/17 <i>Allianz Vorsorgekasse AG</i> , ECLI:EU:C:2019:290	27
2.4.	orzeczenie z dnia 10 września 2020 r. w sprawie C-367/19 <i>Tax-Fin-Lex d.o.o. przeciwko Ministrstvo za notranje zadeve</i> , ECLI:EU:C:2020:685.....	29
2.5.	orzeczenie z dnia 1 sierpnia 2022 r. w sprawie C-332/20 <i>Roma Multiservizi SpA, Rekeep SpA przeciwko Roma Capitale, Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato</i> , ECLI:EU:C:2022:610	31
2.6.	orzeczenie z dnia 10 listopada 2022 r. w sprawie C-486/21 <i>SHARENGO najem in zakup vozil d.o.o. przeciwko Mestna občina Ljubljana</i> , ECLI:EU:C:2022:868	33
2.7.	orzeczenie z dnia 17 października 2024 r. w sprawie C-28/23 <i>NFŠ a.s. przeciwko Slovenská republika konajúca prostredníctvom Ministerstva školstva, vedy, výskumu a športu Slovenskej republiky, Ministerstvo školstva, vedy, výskumu a športu Slovenskej republiky</i> , ECLI:EU:C:2024:893	36
3.	Zamówienia <i>quasi-wewnętrzne</i>	39
3.1.	orzeczenie z dnia 3 października 2019 r. w sprawie C-285/18 <i>Kauno miesto savivaldybė, Kauno miesto savivaldybės administracija przeciwko UAB „Irgita” i UAB „Kauno švara”</i> , ECLI:EU:C:2020:98.....	39
3.2.	postanowienie z dnia 6 lutego 2020 r. w sprawach połączonych od C-89/19 do C-91/19 <i>Rieco SpA przeciwko Comune di Lanciano i in.</i> , ECLI:EU:C:2020:87.....	43

3.3.	orzeczenie z dnia 12 maja 2022 r. w sprawie C-719/20 <i>Comune di Lerici przeciwko Provincia di La Spezia</i> , ECLI:EU:C:2022:372.....	45
3.4.	orzeczenie z dnia 22 grudnia 2022 r. w sprawach połączonych C-383/21 i C-384/21 <i>Sambre & Biesme SCRL, Commune de Farciennes przeciwko Société wallonne du logement (SWL)</i> , ECLI:EU:C:2022:1022	47
4.	Horyzontalna współpraca publiczno-publiczna	50
4.1.	orzeczenie z dnia 18 października 2018 r. w sprawie C- 606/17 <i>IBA Molecular Italy przeciwko Azienda ULSS n° 3 i in.</i> , ECLI:EU:C:2018:843.....	50
4.2.	orzeczenie z dnia 28 maja 2020 r. w sprawie C-796/18 <i>Informatikgesellschaft für SoftwareEntwicklung (ISE) mbH przeciwko Stadt Köln</i> , ECLI:EU:C:2020:395	53
4.3.	orzeczenie z dnia 4 czerwca 2020 r. w sprawie C-429/19 <i>Remondis GmbH przeciwko Abfallzweckverband Rhein-Mosel-Eifel</i> , ECLI:EU:C:2020:436.....	56
4.4.	orzeczenie z dnia 18 czerwca 2020 r. w sprawie C-328/19 <i>Porin Kaupunki e.a.</i> , ECLI:EU:C:2020:483	57
5.	Umowy ramowe.....	60
5.1.	orzeczenie z dnia 19 grudnia 2018 r. w sprawie C-216/17 <i>Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – Antitrust i Coopservice przeciwko Azienda Socio-Sanitaria Territoriale della Vallecamonica – Sebino (ASST) i in.</i> , ECLI:EU:C:2018:1034	150
5.2.	orzeczenie z dnia 17 czerwca 2021 r. w sprawie C-23/20 <i>Simonsen & Weel A/S przeciwko Region Nordjylland og Region Syddanmark</i> , ECLI:EU:C:2021:490	154
6.	Procedury udzielenia zamówienia publicznego	131
6.1.	orzeczenie z dnia 28 lutego 2018 r. w sprawach połączonych C-523/16 i C-536/16 <i>MA.T.I. SUD i in. przeciwko Associazione Cassa Nazionale di Previdenza e Assistenza in favore dei Ragionieri e Periti Commerciali (CNPR)</i> , ECLI:EU:C:2018:122	131
6.2.	orzeczenie z dnia 16 czerwca 2022 r. w sprawie C-376/21 <i>Zamestnik-ministar na regionalno razvitie i blagoustroystvo i rakovoditel na Upravlyavashtia organ na Operativna programa „Regioni v rastezh” 2014–2020 przeciwko Obshtina Razlog</i> , ECLI:EU:C:2022:472	133
6.3.	orzeczenie z dnia 15 września 2022 r. w sprawie C-669/20 <i>Veridos GmbH przeciwko Ministar na vatreshnite raboti na Republika Bulgaria, Mühlbauer ID Services GmbH – S&T</i> , ECLI:EU:C:2022:684	135
6.4.	orzeczenie z dnia 13 czerwca 2024 r. w sprawie C-737/22 <i>Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S przeciwko BibMedia A/S</i> , ECLI:EU:C:2024:495	138
7.	Opis przedmiotu zamówienia	60
7.1.	orzeczenie z dnia 25 października 2018 r. w sprawie C- 413/17 <i>Roche Lietuva</i> , ECLI:EU:C:2018:865	60
7.2.	orzeczenie z dnia 24 października 2024 r. w sprawie C-513/23 <i>Obshtina Pleven przeciwko Rakovoditel na Upravlyavashtia organ na Operativna programa „Regioni v rastezh” 2014–2020</i> , ECLI:EU:C:2024:917	63
8.	Podstawy wykluczenia	66
8.1.	orzeczenie z dnia 8 lutego 2018 r. w sprawie C-144/17 <i>Lloyd’s of London przeciwko Agenzia Regionale per la Protezione dell’Ambiente della Calabria</i> , ECLI:EU:C:2018:78.....	66

8.2.	orzeczenie z dnia 17 maja 2018 r. w sprawie C-531/16 <i>Šiaulių regiono atliekų tvarkymo centra</i> przeciwko <i>Specializuotas transportas</i> , ECLI:EU:C:2018:324	68
8.3.	orzeczenie z dnia 12 lipca 2018 r. w sprawie C-14/17 <i>VAR et ATM</i> przeciwko <i>Iveco Orecchia</i> , ECLI:EU:C:2018:568	60
8.4.	orzeczenie z dnia 24 października 2018 r. w sprawie C-124/17 <i>Vossloh Laeis</i> przeciwko <i>Stadtwerke München GmbH</i> , ECLI:EU:C:2018:855.....	72
8.5.	orzeczenie z dnia 28 marca 2019 r. w sprawie C-101/18 <i>Idi</i> przeciwko <i>Agenzia Regionale Campana Difesa Suolo (Arcadis)</i> , ECLI:EU:C:2019:267	74
8.6.	orzeczenie z dnia 2 maja 2019 r. w sprawie C-309/18 <i>Lavorgna Srl</i> przeciwko <i>Comune di Montelanico i in.</i> , ECLI:EU:C:2019:350	75
8.7.	orzeczenie z dnia 19 czerwca 2019 r. w sprawie C-41/18 <i>Meca</i> przeciwko <i>Comune di Napoli</i> , ECLI:EU:C:2019:507.....	77
8.8.	orzeczenie z dnia 3 października 2019 r. w sprawie C-267/18 <i>Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93</i> przeciwko <i>Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere</i> , ECLI:EU:C:2019:826	79
8.9.	orzeczenie z dnia 30 stycznia 2020 r. w sprawie C-395/18 <i>Tim</i> przeciwko <i>Consip SpA, Ministero dell'Economia e delle Finanze</i> , ECLI:EU:C:2020:58.....	82
8.10.	orzeczenie z dnia 3 czerwca 2021 r. w sprawie C-210/20 <i>Rad Service Srl Unipersonale, Cosmo Ambiente Srl, Cosmo Scavi Srl</i> przeciwko <i>Del Debbio SpA, Gruppo Sei Srl, Ciclat Val di Cecina Soc. Coop., Daf Costruzioni Stradali Srl</i> , ECLI:EU:C:2021:445	119
8.11.	orzeczenie z dnia 7 września 2021 r. w sprawie C-927/19 <i>Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras UAB</i> przeciwko <i>Ecoservice Klaipėda UAB, Klaipėdos autobusų parkas UAB, Parsekas UAB, Klaipėdos transportas UAB</i> , ECLI:EU:C:2021:700.....	84
8.12.	orzeczenie z dnia 15 września 2022 r. w sprawie C-416/21 <i>Landkreis Aichach-Friedberg</i> przeciwko <i>J. Sch. Omnibusunternehmen, K. Reisen GmbH</i> , ECLI:EU:C:2022:689.....	86
8.13.	orzeczenie z dnia 10 listopada 2022 r. w sprawie C-631/21 <i>Taxi Horn Tours BV</i> przeciwko <i>gemeente Weert, gemeente Nederweert, Touringcars VOF</i> , ECLI:EU:C:2022:869	89
8.14.	orzeczenie z dnia 8 grudnia 2022 r. w sprawie C-769/21 <i>AAS „BTA Baltic Insurance Company”</i> przeciwko <i>Iepirkumu uzraudzības birojs, Tieslietu ministrija</i> , ECLI:EU:C:2022:973.....	91
8.15.	orzeczenie z dnia 21 grudnia 2023 r. w sprawie C-66/22 <i>Infraestruturas de Portugal SA, Futrifer Indústrias Ferroviárias SA</i> przeciwko <i>Toscca – Equipamentos em Madeira Lda</i> , ECLI:EU:C:2023:1016	93
9.	Samoooczyszczenie (self-cleaning)	96
9.1.	orzeczenie z dnia 24 października 2018 r. w sprawie C-124/17 <i>Vossloh Laeis</i> przeciwko <i>Stadtwerke München GmbH</i> , ECLI:EU:C:2018:855.....	96
9.2.	orzeczenie z dnia 11 czerwca 2020 r. w sprawie C-472/19 <i>Vert Marine SAS</i> przeciwko <i>Premier ministre i Ministre de l'Économie et des Finances</i> , ECLI:EU:C:2020:468	98
9.3.	orzeczenie z dnia 14 stycznia 2021 r. w sprawie C-387/19 <i>RTS infra BVBA, Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel BVBA</i> przeciwko <i>Vlaams Gewest</i> , ECLI:EU:C:2021:13.....	100
10.	Kryteria kwalifikacji.....	102

10.1.	orzeczenie z dnia 11 lipca 2019 r. w sprawie C-697/17 Telecom Italia SpA przeciwko Ministero dello Sviluppo Economico, Infrastrutture e telecomunicazioni per l'Italia (Infratel Italia) SpA, ECLI:EU:C:2019:599	102
10.2.	orzeczenie z dnia 20 maja 2021 r. w sprawie C-6/20 Sotsiaalministeerium przeciwko Riigi Tugiteenuste Keskus, ECLI:EU:C:2021:402.....	104
10.3.	orzeczenie z dnia 8 lipca 2021 r. w sprawie C-295/20 „Sanresa” UAB przeciwko Aplinkos apsaugos departamentas prie Aplinkos ministerijos, ECLI:EU:C:2021:556	107
10.4.	orzeczenie z dnia 7 września 2021 r. w sprawie C-927/19 Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras UAB przeciwko Ecoservice Klaipėda UAB, Klaipėdos autobusų parkas UAB, Parsekas UAB, Klaipėdos transportas UAB, ECLI:EU:C:2021:700.....	111
10.5.	orzeczenie z dnia 31 marca 2022 r. w sprawie C-195/21 LB przeciwko Smetna palata na Republika Bulgaria, ECLI:EU:C:2022:239.....	112
10.6.	orzeczenie z dnia 26 stycznia 2023 r. w sprawie C-403/21 SC NV Construct SRL przeciwko Județul Timiș, ECLI:EU:C:2023:47	114
11.	Udostępnianie zasobów	115
11.1.	orzeczenie z dnia 25 września 2019 r. w sprawie C-63/18 Vitali SpA przeciwko Autostrade per l'Italia SpA, ECLI:EU:C:2019:787	115
11.2.	orzeczenie z dnia 27 listopada 2019 r. w sprawie C-402/18 Tedeschi et Consorzio Stabile Instant Service przeciwko C.M. Service Srl, Università degli Studi di Roma La Sapienza, ECLI:EU:C:2019:1023	117
11.3.	orzeczenie z dnia 28 kwietnia 2022 r. w sprawie C-642/20 Caruter Srl przeciwko S.R.R. Messina Provincia SCpA i in., ECLI:EU:C:2022:308	119
11.4.	orzeczenie z dnia 26 stycznia 2023 r. w sprawie C-403/21 SC NV Construct SRL przeciwko Județul Timiș, ECLI:EU:C:2023:47	123
12.	Wspólne ubieganie się o zamówienia publiczne.....	140
12.1.	orzeczenie z dnia 7 września 2021 r. w sprawie C-927/19 Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras UAB przeciwko Ecoservice Klaipėda UAB, Klaipėdos autobusų parkas UAB, Parsekas UAB, Klaipėdos transportas UAB, ECLI:EU:C:2021:700.....	140
12.2.	orzeczenie z dnia 26 stycznia 2023 r. w sprawie C-682/21 "HSC Baltic" UAB, "Mitnija" UAB, "Montuotojas" UAB przeciwko Vilniaus miesto savivaldybės administracija, ECLI:EU:C:2023:48	141
12.3.	orzeczenie z dnia 26 września 2024 r. w sprawach połączonych C-403/23 i C-404/24 Luxone Srl, Sofein SpA przeciwko Consip SpA, ECLI:EU:C:2024:805	144
13.	Kryteria udzielania zamówienia	124
13.1.	orzeczenie z dnia 20 września 2018 r. w sprawie C-546/16 Montte przeciwko Musikene, ECLI:EU:C:2018:752.....	124
13.2.	orzeczenie z dnia 17 listopada 2022 r. w sprawie C-54/21 Antea Polska S.A., Pectore-Eco sp. z o.o., Instytut Ochrony Środowiska – Państwowy Instytut Badawczy przeciwko Państwowemu Gospodarstwu Wodnemu Wody Polskie, ECLI:EU:C:2022:888.....	128
14.	Zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego	156

14.1.	orzeczenie z dnia 14 maja 2020 r. w sprawie C-263/19 <i>T-Systems Magyarország Zrt. i BKK Budapesti Közlekedési Központ Zrt. przeciwko Közbiztonsági Hatóság Közbiztonsági Döntőbizottság</i> , ECLI:EU:C:2020:373	156
14.2.	orzeczenie z dnia 3 lutego 2022 r. w sprawie C-461/20 <i>Advania Sverige AB et Kammarkollegiet przeciwko Dustin Sverige AB</i> , ECLI:EU:C:2022:72	159
14.3.	orzeczenie z dnia 7 grudnia 2023 r. w sprawach połączonych C-441/22 i C-443/22 <i>Zamestnik-ministar na regionalното razvitie i blagoustroystvoto i rakovoditel na Upravlyavashtia organ na Operativna programa „Regioni v rastezh” 2014–2020 przeciwko Obshtina Razgrad (C-441/22) i Zamestnik-ministar na regionalното razvitie i blagoustroystvoto i rakovoditel na Natsionalnia organ po Programa INTERREG V-A Rumania–Bulgaria 2014–2020 przeciwko Obshtina Balchik (C443/22)</i> , ECLI:EU:C:2023:970	161
14.4.	orzeczenie z dnia 17 października 2024 r. w sprawie C-28/23 <i>NFŠ a.s. przeciwko Slovenská republika konajúca prostredníctvom Ministerstva školstva, vedy, výskumu a športu Slovenskej republiky, Ministerstvo školstva, vedy, výskumu a športu Slovenskej republiky</i> , ECLI:EU:C:2024:893	223
15.	Scentralizowane działania zakupowe i centralne jednostki zakupujące	146
15.1.	orzeczenie z dnia 4 czerwca 2020 r. w sprawie C-3/19 <i>Asmel società consortile a r.l. przeciwko Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC)</i> , ECLI:EU:C:2020:423	146
15.2.	orzeczenie z dnia 23 listopada 2023 r. w sprawie C-480/22 <i>EVN Business Service GmbH, Elektra EOOD, Penon EOOD</i> , ECLI:EU:C:2023:918	149
16.	Zamówienia na usługi społeczne i inne szczególne usługi	165
16.1.	orzeczenie z dnia 19 kwietnia 2018 r. w sprawie C-65/17 <i>Oftalma Hospital Srl przeciwko Commissione Istituti Ospitalieri Valdesi (CIOV), Regione Piemonte</i> , ECLI:EU:C:2018:263 Błąd! Nie zdefiniowano zakładki.	
16.2.	orzeczenie z dnia 21 marca 2019 r. w sprawie C-465/17 <i>Falck Rettungsdienste GmbH i Falck A/S przeciwko Stadt Solingen</i> , ECLI:EU:C:2019:234	165
16.3.	orzeczenie z dnia 6 października 2021 r. w sprawie C-598/19 <i>Confederación Nacional de Centros Especiales de Empleo (Conacee) przeciwko Diputación Foral de Gipuzkoa</i> , ECLI:EU:C:2021:810	167
16.4.	orzeczenie z dnia 7 lipca 2022 r. w sprawach połączonych C-213/21 i C-214/21 <i>Italy Emergenza Cooperativa Sociale przeciwko Azienda Sanitaria Locale BarlettaAndriaTrani, Azienda Sanitaria Provinciale di Cosenza i in.</i> , ECLI:EU:C:2022:532	169
16.5.	orzeczenie z dnia 14 lipca 2022 r. w sprawie C-436/20 <i>Asociación Estatal de Entidades de Servicios de Atención a Domicilio (ASADE) przeciwko Consejería de Igualdad y Políticas Inclusivas</i> , ECLI:EU:C:2022:559	172
17.	Procedury odwoławcze	174
17.1.	orzeczenie z dnia 7 sierpnia 2018 r. w sprawie C-300/17 <i>Hochtief przeciwko Budapest Főváros Önkormányzata</i> , ECLI:EU:C:2018:635	174
17.2.	orzeczenie z dnia 28 listopada 2018 r. w sprawie C-328/17 <i>Amt Azienda Trasporti e Mobilità i in. przeciwko Atpl Liguria – Agenzia regionale per il trasporto pubblico locale SpA, Regione Liguria</i> , ECLI:EU:C:2018:958	176

17.3.	orzeczenie z dnia 25 października 2018 r. w sprawie C-260/17 <i>Anodiki Services EPE GNA, O Evangelismos – Ophthalmiatreio Athinon – Polykliniki, Geniko Ogkologiko Nosokomeio Kifisias – (GONK) „Oi Agioi Anargyroi”</i> , ECLI:EU:C:2018:864	179
17.4.	orzeczenie z dnia 14 lutego 2019 r. w sprawie C-54/18 <i>Cooperativa Animazione Valdocco przeciwko Consorzio Intercomunale Servizi Sociali di Pinerolo, Azienda Sanitaria Locale To3 di Collegno e Pinerolo</i> , ECLI:EU:C:2019:118	180
17.5.	orzeczenie z dnia 29 lipca 2019 r. w sprawie C-620/17 <i>Hochtief Solutions AG Magyarországi Fióktelepe przeciwko Fővárosi Törvényszék</i> , ECLI:EU:C:2019:630	182
17.6.	orzeczenie z dnia 5 września 2019 r. w sprawie C-333/18 <i>Lombardi przeciwko Comune di Auletta, Delta Lavori SpA, Msm Ingegneria Srl</i> , ECLI:EU:C:2019:675.....	187
17.7.	orzeczenie z dnia 24 marca 2021 r. w sprawie C-771/19 <i>NAMA Symvouloi Michanikoi kai Meletites A.E. – LDK Symvouloi Michanikoi A.E., NAMA Symvouloi Michanikoi kai Meletites A.E., LDK Symvouloi Michanikoi A.E. przeciwko Archi Exetasis Prodikastikon Prosfigon (AEPP) i Attiko Metro AE</i> , ECLI:EU:C:2021:232.....	189
17.8.	orzeczenie z dnia 17 czerwca 2021 r. w sprawie C-23/20 <i>Simonsen & Weel A/S przeciwko Region Nordjylland og Region Syddanmark</i> , ECLI:EU:C:2021:490	193
17.9.	orzeczenie z dnia 7 września 2021 r. w sprawie C-927/19 <i>Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras UAB przeciwko Ecoservice Klaipėda UAB, Klaipėdos autobusų parkas UAB, Parsekas UAB, Klaipėdos transportas UAB</i> , ECLI:EU:C:2021:700.....	194
17.10.	orzeczenie z dnia 21 grudnia 2021 r. w sprawie C-497/20 <i>Randstad Italia SpA przeciwko Umana SpA i in.</i> , ECLI:EU:C:2021:1037.....	197
17.11.	orzeczenie z dnia 24 lutego 2022 r. w sprawie C-532/20 <i>Alstom Transport SA przeciwko Compania Națională de Căi Ferate CFR SA, Strabag AG – Sucursala București, Swietelsky AG Linz – Sucursala București</i> , ECLI:EU:C:2022:128	199
17.12.	orzeczenie z dnia 14 lipca 2022 r. w sprawach połączonych C-274/21 i C-275/21 <i>EPIC Financial Consulting Ges.m.b.H. przeciwko Republice Austrii i Bundesbeschaffung GmbH</i> , ECLI:EU:C:2022:565	201
17.13.	orzeczenie z dnia 17 listopada 2022 r. w sprawie C-54/21 <i>Antea Polska S.A., Pectore-Eco sp. z o.o., Instytut Ochrony Środowiska – Państwowy Instytut Badawczy przeciwko Państwowemu Gospodarstwu Wodnemu Wody Polskie</i> , ECLI:EU:C:2022:888.....	208
17.14.	orzeczenie z dnia 26 stycznia 2023 r. w sprawie C-682/21 <i>"HSC Baltic" UAB, "Mitnija" UAB, "Montuotojas" UAB przeciwko Vilniaus miesto savivaldybės administracija</i> , ECLI:EU:C:2023:48.....	214
17.15.	orzeczenie z dnia 9 lutego 2023 r. w sprawie C-53/22 <i>VZ przeciwko CA</i> , ECLI:EU:C:2023:88.....	215
17.16.	orzeczenie z dnia 23 listopada 2023 r. w sprawie C-480/22 <i>EVN Business Service GmbH, Elektra EOOD, Penon EOOD</i> , ECLI:EU:C:2023:918.....	217
17.17.	orzeczenie z dnia 18 stycznia 2024 r. w sprawie C-303/22 <i>CROSS Zlín a.s. przeciwko Úřad pro ochranu hospodářské soutěže</i> , ECLI:EU:C:2024:60	218
17.18.	orzeczenie z dnia 6 czerwca 2024 r. w sprawie C-547/22 <i>INGSTEEL spol. s. r. o. przeciwko Úrad pre verejné obstarávanie</i> , ECLI:EU:C:2024:478.....	221

1. Zastosowanie przepisów w dziedzinie zamówień *ratione personae*

1.1. orzeczenie z dnia 28 lutego 2019 r. w sprawie C-388/17

***Konkurrensverket* przeciwko *SJ AB*, ECLI:EU:C:2019:161**

W sprawie, której dotyczy wniosek szwedzkiego sądu, SJ, spółka prawa handlowego należąca w całości do szwedzkiego skarbu państwa, obsługująca kolejowy ruch pasażerski, w 2012 r. zawarła dwie umowy na świadczenie usług sprzątania bez przeprowadzenia konkurencyjnego, poprzedzonego ogłoszeniem o zamówieniu, postępowania o udzielenie zamówienia. Konkurrensverket, szwedzki urząd do spraw konkurencji, ukarał spółkę SJ grzywną za naruszenie przepisów w dziedzinie zamówień publicznych. SJ odwołała się od tej decyzji, podnosząc, że nie jest podmiotem prowadzącym działalność w sektorze transportu w rozumieniu dyrektywy 2004/17/WE¹ i tym samym nie jest podmiotem zamawiającym obowiązującym do przestrzegania procedur udzielania zamówień przewidzianych tą dyrektywą. Högsta förvaltningsdomstolen, szwedzki naczelny sąd administracyjny, przed który ta sprawa trafiła, zdecydował zawiesić postępowanie i zwrócił się do Trybunału Sprawiedliwości z dwoma pytaniami prejudycjalnymi dotyczącymi stosowania dyrektywy 2004/17/WE do zamówień udzielanych przez podmioty działające w sektorze usług transportu kolejowego w kontekście przepisów dyrektywy 2012/34/UE².³

Trybunał w pierwszej kolejności zwrócił uwagę, że zgodnie z art. 5 ust. 1 akapit drugi dyrektywy 2004/17/WE „odnośnie do usług transportowych uznaje się, że sieć istnieje, jeżeli usługi są świadczone zgodnie z warunkami określonymi przez właściwy organ państwa członkowskiego, takimi jak warunki dotyczące obsługiwanego tras, zdolności przewozowej lub częstotliwości usług”, ma na celu uściślenie, że sieć transportu istnieje nie tylko wtedy, gdy istnieje infrastruktura fizyczna, taka jak torowiska dla pociągów, ale

¹ dyrektywa 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz. Urz. UE L 134 z 30.4.2004, str. 1; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne rozdz. 06, t. 7, str. 19)

² dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2012/34/UE z dnia 21 listopada 2012 r. w sprawie utworzenia jednolitego europejskiego obszaru kolejowego (Dz. Urz. UE L 343 z 14.12.2012, str. 32)

³ Högsta förvaltningsdomstolen zwrócił się do Trybunału z następującymi pytaniami:

1. Czy art. 5 ust. 1 akapit drugi dyrektywy 2004/17/WE należy interpretować w ten sposób, że istnienie sieci w obszarze usług transportowych stwierdza się, gdy usługi transportowe w zarządzanej przez państwo sieci kolejowej dla krajowego i międzynarodowego ruchu kolejowego są świadczone zgodnie z przepisami ustawodawstwa krajowego wdrażającego dyrektywę 2012/34/UE, które to przepisy przewidują alokację zdolności przepustowej infrastruktury kolejowej na podstawie wniosków przedsiębiorstw kolejowych oraz wymóg zakładający konieczność zrealizowania - w miarę możliwości - wszystkich wniosków?
2. Czy art. 5 ust. 1 akapit pierwszy dyrektywy 2004/17/WE należy interpretować w ten sposób, że działalność prowadzona przez przedsiębiorstwo kolejowe, o którym mowa w dyrektywie 2012/34/UE, obejmująca świadczenie usług transportowych dla odbiorców publicznych w sieci kolejowej, stanowi dostawę lub obsługę sieci w rozumieniu powołanego przepisu dyrektywy 2004/17/WE?

także wtedy, gdy istnieje skoordynowany system linii działający na określonych warunkach.

Tymczasem, jak w ślad za rzecznikiem generalnym wskazał Trybunał, pojęcie „obsługi sieci” odnosi się do wykonywania prawa do korzystania z infrastruktury kolejowej przez przedsiębiorstwo kolejowe w celu świadczenia usług transportowych, co różni się od „dostawy sieci”, która należy do kompetencji zarządcy infrastruktury. Rzecznik generalny podkreślił w pkt 65 swojej opinii, że dostawa sieci polega na zarządzaniu fizyczną infrastrukturą, taką jak torowiska czy tunele, co nie jest funkcją przedsiębiorstw kolejowych. W związku z tym, działalność obejmująca „obsługę sieci” odwołuje się do wykorzystywania sieci w celu świadczenia usług transportowych, podczas gdy „dostawa sieci” dotyczy zarządzania tą infrastrukturą⁴.

Z kolei, art. 27 ust. 1 i 2 dyrektywy 2012/34/UE przewiduje, że zarządca infrastruktury opracowuje i publikuje regulamin sieci, który podaje charakterystykę infrastruktury oraz zawiera informacje dotyczące warunków dostępu do infrastruktury kolejowej. Treść regulaminu sieci definiuje załącznik IV do tej dyrektywy, zgodnie z którym wspomniany regulamin zawiera zasady i kryteria alokacji zdolności przepustowej, w szczególności wymogi obowiązujące wnioskodawców, procedury, których należy przestrzegać, oraz kryteria stosowane, w przypadku gdy infrastruktura jest przepełniona, a także szczegóły ograniczeń w korzystaniu z infrastruktury. Z powyższych elementów wynika, że przyznanie uprawnień do użytkowania infrastruktury kolejowej jest uzależnione od poszanowania przez wnioskujące przedsiębiorstwa wymogów, które dotyczą zarówno ich zdolności do złożenia danego wniosku, jak również warunków, w jakich będą one obsługiwać tę infrastrukturę. Mając na względzie powyższe, Trybunał wskazał, że choć przedsiębiorstwo kolejowe cieszy się pewną swobodą w określaniu warunków prowadzenia działalności transportowej, to – biorąc pod uwagę całość ciążących na nim obowiązków i ograniczeń, w szczególności obowiązek uzyskania tras pociągów oraz spełnienia warunków z tym związanych – warunki, w jakich świadczy ono usługi transportowe, są określone przez właściwy organ państwa członkowskiego, w tym konkretnym przypadku przez urząd transportu, w postępowaniu głównym działający jako zarządca infrastruktury.

W świetle powyższych rozważań, Trybunał odpowiadając na pytanie pierwsze, orzekł, że artykuł 5 ust. 1 akapit drugi dyrektywy 2004/17/WE, należy interpretować w ten sposób, że stwierdza się istnienie sieci w obszarze usług transportu kolejowego w rozumieniu tego przepisu, gdy usługi transportowe są świadczone zgodnie z przepisami ustawodawstwa krajowego stanowiącego transpozycję dyrektywy 2012/34/UE, na infrastrukturze kolejowej zarządzanej przez organ krajowy, który dokonuje alokacji

⁴ zob. opinia rzecznika generalnego Manuela Camposa Sancheza-Bordony przedstawiona w dniu 19 września 2018 r. w sprawie C-388/17 *Konkurrensverket przeciwko SJ AB*, ECLI:EU:C:2018:738, pkt 65 i n.

zdolności przepustowej tej infrastruktury, nawet jeśli organ ten jest zobowiązany do realizacji wniosków przedsiębiorstw kolejowych dopóty, dopóki nie zostaną osiągnięte granice tej zdolności przepustowej.

Odnosząc się z kolei do pytania drugiego, Trybunał wyjaśnił, że działalność obejmująca „obsługę sieci” odwołuje się do wykonywania prawa do korzystania z sieci kolejowej w celu świadczenia usług transportowych, podczas gdy działalność obejmująca „dostawę sieci” odnosi się do zarządzania tą siecią. W konsekwencji Trybunał orzekł, że artykuł 5 ust. 1 akapit pierwszy dyrektywy 2004/17/WE należy interpretować w ten sposób, że działalność prowadzona przez przedsiębiorstwo kolejowe, które świadczy usługi transportu dla ogółu odbiorców, wykonując swoje prawo do korzystania z sieci kolejowej, stanowi „obsługę sieci” w rozumieniu tej dyrektywy.

**1.2.orzeczenie z dnia 11 czerwca 2020 r. w sprawie C-219/19 Parsec
Fondazione Parco delle Scienze e della Cultura przeciwko Ministero
delle Infrastrutture e dei Trasporti i Autorità nazionale
anticorruzione (ANAC), ECLI:EU:C:2020:470**

Parsec, fundacja prawa prywatnego o celach niezarobkowych, działająca na podstawie włoskiego kodeksu cywilnego, utworzyła obserwatorium sejsmologiczne, które świadczy usługi w zakresie zarządzania ryzykiem sejsmicznym, ochrony ludności i planowania przestrzennego na rzecz gmin i samorządów lokalnych. Aby móc uczestniczyć w postępowaniach o udzielenie zamówienia na usługi architektoniczne i inżynierskie związane z podziałem terytorium na strefy w oparciu o ryzyko sejsmiczne, Parsec złożyła wniosek o wpis do rejestru podmiotów uprawnionych do świadczenia tych usług prowadzonego przez ANAC, krajowy urząd antykorupcyjny we Włoszech. ANAC odrzucił wniosek, twierdząc, że Parsec nie spełnia wymagań dotyczących dopuszczalnych form prawnych dla wykonawców określonych w art. 46 włoskiego kodeksu zamówień publicznych. Parsec zaskarżyła tę decyzję do sądu odsyłającego, *Tribunale amministrativo regionale per il Lazio*, regionalnego sądu administracyjnego dla Lacjum. Ministerstwo infrastruktury i transportu oraz ANAC argumentowały, że brak wpisu Parsec do rejestru ANAC nie uniemożliwia jej uczestniczenia w postępowaniach o udzielenie zamówienia na usługi architektoniczne i inżynierskie. Sąd odsyłający zauważył jednak, że zgodnie z art. 46 włoskiego kodeksu zamówień publicznych, tylko określone kategorie podmiotów, w tym wykonawcy posiadający określone formy prawne, mogą brać udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia na takie usługi. Fundacje o charakterze niezarobkowym, takie jak Parsec, nie są objęte tym zakresem. Sąd odsyłający zastanawiał się nad tym, czy dyrektywa 2014/24/UE⁵ pozostawia państwom członkowskim możliwość stosowania węższych definicji w odniesieniu do usług

⁵ dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.3.2014, str. 65)

architektonicznych i inżynierskich, co skutkowałoby wykluczeniem takich podmiotów jak Parsec. W tych okolicznościach *Tribunale amministrativo regionale per il Lazio* postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z pytaniem prejudycjalnym⁶.

Odpowiadając na to pytanie, Trybunał przypomniawszy swoje wcześniejsze orzecznictwo, zgodnie z którym państwa członkowskie mogą określać kategorie wykonawców uprawnionych do świadczenia określonych usług, jednak nie mogą wykluczać podmiotów o celu niezarobkowym z udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, jeśli są one uprawnione do oferowania tych usług na rynku.⁷ Jednocześnie Trybunał zwrócił uwagę, że dyrektywa 2014/24/UE, która zastąpiła dyrektywę 2004/18/WE⁸, nie zmieniła istotnie definicji pojęcia „wykonawcy” (art. 2 ust. 1 pkt 10), co oznacza, że pojęcie to należy interpretować szeroko, obejmując wszelkie osoby lub podmioty działające na rynku, niezależnie od ich formy prawnej. W ocenie Trybunału krajowe przepisy, które ograniczają możliwość udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego do podmiotów o określonej formie prawnej, są sprzeczne z zasadami wynikającymi z dyrektywy 2014/24/UE, w tym z wymogiem szerokiej interpretacji pojęcia „wykonawcy”. Trybunał zarazem podkreślił, że rzekome domniemanie wyższej jakości usług świadczonych przez podmioty o zarobkowym charakterze, ze względu na ich większe doświadczenie i zawodowy charakter, nie znajduje uzasadnienia w prawie Unii. Tego rodzaju domniemanie, jak zaznaczył Trybunał, jest sprzeczne z zasadą równego traktowania wykonawców. Trybunał zauważył również, że prawodawca Unii miał na uwadze potrzebę zapewnienia wysokiego poziomu kwalifikacji zawodowych kandydatów i oferentów w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych. W związku z tym dyrektywa 2014/24/UE przewiduje, że instytucje zamawiające mogą wymagać od osób prawnych ujawnienia nazwisk oraz odpowiednich kwalifikacji zawodowych personelu odpowiedzialnego za realizację zamówienia (art. 19 ust. 1). Niemniej jednak dyrektywa nie różnicuje wykonawców ze względu na formę prawną, którą wybrali do prowadzenia swojej działalności.

⁶ *Tribunale amministrativo regionale per il Lazio* zadał Trybunałowi następujące pytanie:

Czy postanowienia motywu 14 w związku z art. 19 ust. 1 i art. 80 ust. 2 dyrektywy 2014/24 stoją na przeszkodzie przepisowi takiemu jak art. 46 [kodeksu zamówień publicznych], w drodze którego [Republika Włoska] dokonała transpozycji dyrektyw 2014/23, 2014/24 i 2014/25 do prawa krajowego, który to przepis zezwala jedynie wykonawcom utworzonym we wskazanej w nim formie prawnej na udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia na »usługi architektoniczne i inżynierskie«, co skutkuje wykluczeniem z udziału we wspomnianych postępowaniach wykonawców świadczących rzeczzone usługi, działających w innej formie prawnej?

⁷ por. wyrok z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie C-305/08 *Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare (CoNISMa) przeciwko Regione Marche*, ECLI:EU:C:2009:807, pkt 46-49. To stanowisko Trybunał potwierdził w kolejnych wyrokach, m.in. w sprawie C-159/11 *Azienda Sanitaria Locale di Lecce, Università del Salento przeciwko Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce i in.*, ECLI:EU:C:2012:817, pkt 27 oraz w sprawie C-203/14 *Consorzi Sanitari del Maresme przeciwko Corporació de Salut del Maresme i la Selva*, ECLI:EU:C:2015:664, pkt 35

⁸ dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. Urz. UE L 134 z 30.4.2004, str. 114; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne rozdz. 06, t. 7, str. 132)

W konsekwencji Trybunał orzekł, że artykuł 19 ust. 1 i art. 80 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE, w świetle motywu 14 tej dyrektywy należy interpretować w ten sposób, że sprzeciwiają się one przepisom krajowym, które wykluczają możliwość udziału podmiotów o celu niezarobkowym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na usługi inżynierskie i architektoniczne, o ile podmioty te są uprawnione na gruncie prawa krajowego do oferowania usług objętych danym zamówieniem.

1.3. orzeczenie z dnia 28 października 2020 r. w sprawie C-521/18 *Pegaso Srl Servizi Fiduciari i in. przeciwko Poste Tutela SpA*, ECLI:EU:C:2020:867

W sprawie, której dotyczył wniosek włoskiego sądu, spór powstał na tle ogłoszonego przez Poste Tutela, spółkę w 100% zależną od Poste Italiane, postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na usługi dozoru, recepcji i kontroli dostępu w lokalach Poste Italiane oraz innych spółek z jej grupy. Skarżący, firma Pegaso, zakwestionowała zgodność ogłoszenia z przepisami włoskiego kodeksu zamówień publicznych, co skutkowało zawieszeniem postępowania przez sąd administracyjny postanowieniem z dnia 20 października 2017 r. Poste Italiane, która od 1 marca 2018 r. połączyła się z Poste Tutela, podniosła, że sądy administracyjne nie mają właściwości do rozpoznania skargi. Wskazywała, że usługi objęte postępowaniem nie należą do szczególnych sektorów, o których mowa w dyrektywie 2014/25/UE⁹, a więc sprawa powinna być rozpoznana przez sądy powszechne. Skarżący twierdził natomiast, że usługi te są związane z sektorem pocztowym, a więc powinny być traktowane jako część szczególnych sektorów działalności, a więc sprawa należy do właściwości sądów administracyjnych. W związku z tym sąd odsyłający uznał, że konieczne jest uprzednie rozstrzygnięcie kwestii właściwości sądów administracyjnych i powszechnych, zależnie od tego, czy Poste Italiane była zobowiązana do przeprowadzenia postępowania przetargowego na usługi objęte postępowaniem. W tych okolicznościach *Tribunale amministrativo regionale per il Lazio*, regionalny sąd administracyjny dla Lacjum, postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z pytaniami prejudycjalnymi, dotyczącymi kwestii uznania tych spółek za "podmioty prawa publicznego" oraz wymagań w zakresie przeprowadzania przez nie postępowań o udzielenie zamówienia¹⁰.

⁹ dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.3.2014, str. 243)

¹⁰ *Tribunale amministrativo regionale per il Lazio* zawiesił postępowanie i zwrócił się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

1. Czy na podstawie wskazanych powyżej cech spółka [Poste Italiane] powinna zostać uznana za »podmiot prawa publicznego« w rozumieniu art. 3 ust. 1 lit. d) [kodeksu zamówień publicznych] i odnośnych dyrektyw (2014/23/UE, 2014/24/UE i 2014/25/UE)?
2. Czy wspomniana kwalifikacja obejmuje spółkę [Poste Tutela], która jest spółką zależną w 100% i wobec której podjęto już uchwałę o połączeniu z [Poste Italiane], biorąc pod uwagę motyw 46 dyrektywy [2014/23] dotyczący kontrolowanych osób prawnych [zob. także wyrok z dnia 5 października 2017 r., LitSpecMet (C-567/15, EU:C:2017:736): obowiązek przeprowadzenia procedury przetargowej przez spółki kontrolowane przez

W swoich rozważaniach Trybunał odniósł się w pierwszej kolejności do pytań dotyczących wykładni art. 13 ust. 1 dyrektywy 2014/25/UE. Trybunał zwrócił uwagę, że Poste Tutela i Poste Italiane są „przedsiębiorstwami publicznymi” w rozumieniu art. 4 ust. 2 dyrektywy 2014/25/UE, co oznacza, że podlegają one podmiotowemu zakresowi stosowania tej dyrektywy. Zgodnie z jej art. 13 ust. 1, ma ona zastosowanie do działalności związanej, po pierwsze, ze świadczeniem usług pocztowych i po drugie, usług innych niż usługi pocztowe pod warunkiem, że te inne usługi są świadczone przez podmiot, który świadczy również usługi pocztowe. Jeżeli chodzi o pojęcia „usług pocztowych” i „usług innych niż pocztowe”, zostały one zdefiniowane w art. 13 ust. 2 lit. b) i c) wskazanej dyrektywy jako oznaczające odpowiednio usługi obejmujące przyjmowanie, sortowanie, przemieszczanie i doręczanie przesyłek pocztowych oraz usługi zarządzania usługami pocztowymi, a także usługi dotyczące innych przesyłek pocztowych, takich jak bezadresowe przesyłki reklamowe. W ocenie Trybunału działalność objęta zamówieniem, której dotyczy postępowanie, nie może być uznana za działalność prowadzoną w celach innych niż prowadzenie działalności sektorowej w rozumieniu art. 19 ust. 1 dyrektywy 2014/25/UE, ponieważ usługi dozoru, recepcji i kontroli dostępu w lokalach dostawców usług pocztowych, takich jak Poste Italiane, są niezbędne do właściwego świadczenia usług pocztowych w normalnych warunkach ich prowadzenia. Zatem nawet jeśli usługi te mają charakter uzupełniający, to fakt ten nie zmienia ich kluczowego znaczenia dla realizacji działalności w sektorze pocztowym¹¹.

administrację publiczną; wyrok Consiglio di Stato (rady stanu, Włochy) nr 6211, szósta izba, z dnia 24 listopada 2011 r.].?

3. Czy wspomniane spółki są zobowiązane do przeprowadzenia postępowań o udzielenie zamówienia publicznego tylko w celu rozstrzygnięcia przetargów, które są związane z działalnością prowadzoną w sektorach specjalnych na podstawie dyrektywy [2014/25], jako [podmioty] zamawiające, wobec których należy uznać, że ich status podmiotów prawa publicznego jest ujęty w zasadach części II [kodeksu zamówień publicznych], natomiast w odniesieniu do działalności kontraktowej niezwiązanej ze wspomnianymi sektorami mają one pełną swobodę działania wyłącznie zgodnie z zasadami prawa prywatnego, biorąc pod uwagę zasady określone w motywie 21 i art. 16 dyrektywy [2014/23]?
4. Czy w odniesieniu do zamówień uznanych za niezwiązane z sektorami specjalnymi spółki te podlegają jednak – w przypadku gdy spełniają wymogi dotyczące podmiotów prawa publicznego – ogólnej dyrektywie [2014/24] (a zatem zasadom dotyczącym zamówień publicznych), nawet jeśli prowadzą – w wyniku ewolucji w stosunku do chwili ich utworzenia – głównie działalność przedsiębiorczą na zasadach konkurencji?
5. Czy też jednak, w przypadku lokali, w których jednocześnie prowadzona jest działalność związana z usługą powszechną oraz działalność niezwiązana z tą usługą, pojęcie funkcjonalnego charakteru – w odniesieniu do usługi świadczonej w określonym interesie publicznym – można uznać za wykluczone w przypadku zamówień dotyczących zwyczajnego i nadzwyczajnego utrzymania, sprzątnięcia, wyposażenia, a także usług dozoru i opieki nad lokalami?
6. Czy wreszcie, w przypadku gdyby przyjęto stanowisko [Poste Italiane], powinno się uznać, że ogłoszenie o postępowaniu przetargowym należycie opublikowane, bez dalszych zawiadomień w tym względzie, w *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana* (dzienniku urzędowym Republiki Włoskiej) oraz w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej*, [które] jest jedynie indywidualnie wiążącą decyzją, niepodlegającą wszystkim gwarancjom w zakresie przejrzystości i równego traktowania uregulowanym w kodeksie zamówień publicznych, jest sprzeczne z utrwaloną zasadą ochrony uzasadnionych oczekiwań uczestników przetargu?

¹¹ analogicznie wypowiedział się rzecznik generalny Michal Bobek w opinii przedstawionej w tej sprawie. W niniejszym przypadku trudno byłoby przyjąć, że usługi pocztowe mogą być świadczone w odpowiedni sposób bez usług dozoru, recepcji i kontroli dostępu w lokalach danego dostawcy tych usług. Zachowuje to ważność zarówno w stosunku do lokali, które są otwarte dla odbiorców usług pocztowych i są zatem otwarte dla ludności, jak i lokali wykorzystywanych dla wykonywania działalności administracyjnej. Jak zauważył, świadczenie usług pocztowych musi również obejmować zarządzanie tymi usługami i planowanie tych usług.

W konsekwencji w odpowiedzi na pytanie trzecie i piąte Trybunał stwierdził, że art. 13 ust. 1 dyrektywy 2014/25/UE znajduje zastosowanie do usług dozoru, recepcji i kontroli dostępu, ponieważ służą one wykonywaniu działalności pocztowej.

Wobec odpowiedzi udzielonej na pytania trzecie i piąte, Trybunał uznał, że nie ma potrzeby odpowiadania na pozostałe przedłożone pytania.

Z powyższych względów, Trybunał orzekł, że artykuł 13 ust. 1 2014/25/UE należy interpretować w ten sposób, że znajduje on zastosowanie do działalności obejmującej świadczenie usług dozoru, recepcji i kontroli dostępu w lokalach dostawców usług pocztowych, w sytuacji gdy działalność ta ma związek z działalnością należącą do sektora pocztowego w tym znaczeniu, że służy ona wykonywaniu tej działalności poprzez umożliwienie jej realizacji we właściwy sposób w normalnych warunkach jej prowadzenia.

1.4.orzeczenie z dnia 3 lutego 2021 r. w sprawach połączonych C-155/19 i C-156/19 *Federazione Italiana Giuoco Calcio (FIGC) et Consorzio Ge.Se.Av. e.a. przeciwko De Vellis Servizi Globali Srl*, ECLI:EU:C:2021:88

Spór w omawianych połączonych sprawach powstał na tle prowadzonego przez Federazione Italiana Giuoco Calcio, włoską federację piłki nożnej, dalej: FIGC, w trybie zapytania o cenę, postępowania o udzielenie na okres trzech lat zamówienia na usługi transportu sprzętu niezbędnego w przypadku przemieszczania się drużyn narodowych oraz do magazynu FIGC w Rzymie. Zamówienia udzielono wykonawcy Consorzio Ge.Se.Av S.c.arl, dalej: Consorzio. Spółka De Vellis Servizi Globali, również zaproszona do udziału w postępowaniu, zaskarżyła zasady przeprowadzenia procedury, podnosząc, że FIGC należy uznać za podmiot prawa publicznego objęty zakresem stosowania włoskich przepisów dotyczących udzielania zamówień publicznych. *Tribunale amministrativo regionale (TAR) per il Lazio*, regionalny sąd administracyjny dla Lacjum, orzekając w pierwszej instancji uwzględnił argumenty skarżącego i stwierdził nieważność decyzji o udzieleniu zamówienia na rzecz Consorzio. Od tego rozstrzygnięcia FIGC i Consorzio wniosły odrębne odwołania do Consiglio di Stato, włoskiego naczelnego sądu administracyjnego, który postanowił zawiesić postępowanie i wystąpił do Trybunału Sprawiedliwości z pytaniami prejudycjalnymi dotyczącymi możliwości uznania federacji sportowej za podmiot prawa publicznego, i co za tym idzie, instytucję zamawiającą w myśl regulacji art. 2 ust. 1 pkt 4 dyrektywy 2014/24/UE, w szczególności biorąc pod uwagę cechy takiej federacji, zakres i charakter wykonywanych przez nią zadań oraz fakt podlegania nadzorowi innego podmiotu prawa publicznego w postaci Comitato olimpico

nazionale italiano, włoskiego centralnego komitetu olimpijskiego, dalej: CONI, jak również międzynarodowych organizacji sportowych¹².

Trybunał zaczął od przypomnienia, że zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt 4 lit. a)–c) dyrektywy 2014/24/UE „podmiotem prawa publicznego” jest każdy podmiot, który, po pierwsze, został ustanowiony w szczególnym celu zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym, które nie mają charakteru przemysłowego ani handlowego, po drugie, posiada osobowość prawną, i po trzecie, jest finansowany w przeważającej części przez państwo, jednostki samorządu terytorialnego lub inne podmioty prawa publicznego; albo taki, którego zarząd podlega nadzorowi ze strony tych podmiotów; albo taki, w którym ponad połowa członków organu administrującego, zarządzającego lub nadzorczego została wyznaczona przez państwo, jednostki samorządu terytorialnego lub inne podmioty prawa publicznego. Zarazem zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, wskazane wyżej przesłanki muszą być spełnione łącznie, natomiast trzy kryteria wymienione w trzeciej przesłance mają charakter alternatywny¹³.

Następnie Trybunał zwrócił uwagę, że we Włoszech działalność w interesie ogólnym, jaką stanowi sport, jest prowadzona przez każdą z krajowych federacji sportowych w ramach zadań o charakterze publicznym, wyraźnie przyznanych tym federacjom mocą przepisów krajowych oraz statutu CONI, przy czym wiele z tych zadań wydaje się nie posiadać charakteru przemysłowego lub handlowego. Na tej podstawie Trybunał wywnioskował, że skoro krajowa federacja sportowa, taka jak FIGC, rzeczywiście zapewnia wykonywanie takich zadań, to można ją uznać za utworzoną w szczególnym celu zaspokajania potrzeb

¹² *Consiglio di stato* skierował do Trybunału następujące pytania prejudycjalne:

1.
 - a) Czy na podstawie cech krajowych przepisów dotyczących sportowego systemu prawnego FIGC można uznać za podmiot prawa publicznego, ponieważ została ona utworzona w szczególnym celu zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym, które nie mają charakteru przemysłowego ani handlowego?
 - b) Czy poprzez uznanie, że krajowy podmiot publiczny jest utworzony do celów sportowych, spełniony jest w szczególności wymóg celowościowy dotyczący podmiotu w stosunku do FIGC, pomimo braku formalnego aktu ustanawiającego organu administracji publicznej i pomimo okoliczności, że federacja jest stowarzyszeniem, ze względu na to, iż podlega ona systemowi prawnemu sektora (sportowego) zorganizowanemu według modeli o charakterze publicznym i jest zobowiązana do przestrzegania zasad oraz reguł opracowanych przez CONI i przez międzynarodowe organizacje sportowe?
 - c) Czy ponadto wymóg ten jest spełniony w stosunku do federacji sportowej, takiej jak FIGC, która ma zdolność samofinansowania w odniesieniu do działalności niemającej charakteru publicznego, takiej jak będąca przedmiotem sprawy, czy też należy uznać nadrzędność wymogu zapewnienia w każdym przypadku stosowania przepisów dotyczących udzielania zamówień publicznych przy udzielaniu osobom trzecim dowolnego rodzaju zamówienia przez wspomniany podmiot?
2.
 - a) Czy, biorąc pod uwagę stosunki prawne między CONI a FIGC, CONI wywiera dominujący wpływ na FIGC w świetle przewidzianych ustawą uprawnień w zakresie uznawania, że dane stowarzyszenie prowadzi działalność w celach sportowych, zatwierdzenia rocznych sprawozdań finansowych oraz nadzorowania zarządzania i prawidłowego funkcjonowania organów i zarządu komisarycznego nad podmiotem?
 - b) Czy też, wprost przeciwnie, uprawnienia te nie są wystarczające, by spełnić wymóg dominującego wpływu publicznego wywieranego przez podmiot prawa publicznego ze względu na kwalifikowany udział przewodniczących i przedstawicieli federacji sportowych w głównych organach CONI?”

¹³ zob. podobnie wyroki: z dnia 12 września 2013 r. w sprawie C-526/11 *IVD GmbH & Co. KG przeciwko Ärztekammer Westfalen-Lippe*, ECLI:EU:C:2013:543, pkt 20; a także z dnia 5 października 2017 r. w sprawie C-567/15 „*LitSpecMet*” *UAB przeciwko „Vilniaus lokomotyvų remonto depas” UAB*, ECLI:EU:C:2017:736, pkt 30 i przytoczone tam orzecznictwo

w interesie ogólnym, które nie mają charakteru przemysłowego ani handlowego. Powyższego wniosku nie podważają okoliczności, że FIGC ma formę prawną stowarzyszenia prawa prywatnego oraz że wykonuje obok rodzajów działalności w interesie ogólnym także inne rodzaje działalności, które stanowią znaczną część całej działalności i które są samofinansowane. W tym kontekście, w ślad za rzecznikiem generalnym, Trybunał zauważył, że fakt posiadania przez federację sportową zdolności samofinansowania, zwłaszcza w odniesieniu do działalności pozbawionej charakteru publicznego, nie może mieć żadnego znaczenia, ponieważ taka zdolność samofinansowania nie wpływa na powierzenie zadań o charakterze publicznym¹⁴.

Z uwagi na powyższe rozważania, na pytanie pierwsze Trybunał udzielił odpowiedzi, że art. 2 ust. 1 pkt 4 lit. a) dyrektywy 2014/24/UE należy interpretować w ten sposób, że można uznać, iż podmiot, któremu powierzono zadania publiczne zdefiniowane w sposób wyczerpujący przez prawo krajowe, został utworzony w szczególnym celu zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym, które nie mają charakteru przemysłowego ani handlowego w rozumieniu tego przepisu, nawet jeśli został on utworzony nie w formie organu administracji publicznej, lecz w formie stowarzyszenia podlegającego przepisom prawa prywatnego, a niektóre rodzaje jego działalności, w stosunku do których posiada on zdolność samofinansowania, nie mają charakteru publicznego.

Odnosząc się do tego, czy zarządzanie krajową federacją sportową należy uznać za podlegające kontroli organu władzy publicznej, takiego jak w niniejszej sprawie CONI, Trybunał uznał, że organ administracji publicznej, pełniący zasadniczo funkcję reglamentacyjną i koordynującą, do którego należy ustanawianie norm w dziedzinie sportu, kontrola ich właściwego stosowania i interweniowanie wyłącznie na poziomie organizacji zawodów i przygotowania olimpijskiego, bez regulowania organizacji i codziennej praktyki poszczególnych dyscyplin sportowych, nie może być uznany za organ hierarchiczny zdolny do kontrolowania zarządzania krajowymi federacjami sportowymi i kierowania tym zarządzaniem. Dodatkowo autonomia zarządzania przyznana włoskim federacjom sportowym wydaje się *a priori* przemawiać przeciwko aktywnemu nadzorowi CONI do tego stopnia, by komitet był w stanie wywierać realny wpływ na zarządzanie krajową federacją sportową, w szczególności w dziedzinie udzielania zamówień publicznych. Niemniej jednak Trybunał zauważył, że powyższe domniemanie może zostać obalone w sytuacji wykazania, że poszczególne uprawnienia przysługujące CONI względem FIGC skutkują powstaniem takiej podległości, w wyniku której komitet może wywierać wpływ na decyzje federacji w dziedzinie zamówień publicznych. Trybunał podkreślił jednak, że to do sądu odsyłającego należy zbadanie

¹⁴ zob. opinia rzecznika generalnego Manuela Camposa Sáncheza-Bordony przedstawiona w dniu 1 października 2020 r. w sprawach połączonych C-155/19 i C-156/19 *Federazione Italiana Giuoco Calcio (FIGC) et Consorzio Ge.Se.Av. e.a. przeciwko De Vellis Servizi Globali Srl*, ECLI:EU:C:2020:775, pkt 56

istnienia podległości o której mowa powyżej oraz dostarczył w tym względzie wskazówek stanowiących pomoc dla tego sądu w jego orzeczeniu.

Wobec powyższego Trybunał skonstatował, że drugą część alternatywy przewidzianej w art. 2 ust. 1 pkt 4 lit. c) dyrektywy 2014/24/UE należy interpretować w ten sposób, że w przypadku gdy krajowa federacja sportowa posiada na mocy prawa krajowego autonomię w zarządzaniu, zarządzanie tą federacją można uznać za podlegające kontroli organu administracji publicznej tylko wtedy, gdy z analizy wszystkich uprawnień, jakimi dysponuje ten organ wobec wspomnianej federacji, wynika, że istnieje aktywna kontrola zarządzania, która faktycznie podważa ową autonomię do tego stopnia, iż umożliwia wspomnianemu organowi wywieranie wpływu na decyzje federacji w dziedzinie zamówień publicznych. Okoliczność, że poszczególne krajowe federacje sportowe wywierają wpływ na działalność danego organu administracji publicznej ze względu na ich większościowy udział w kolegialnych organach doradczych tego organu administracji, ma znaczenie tylko wtedy, gdy można wykazać, że każda z tych federacji rozpatrywana z osobna jest w stanie wywierać znaczący wpływ na kontrolę publiczną sprawowaną przez ten organ w stosunku do niej z tym skutkiem, że kontrola ta zostaje zneutralizowana i w ten sposób taka krajowa federacja sportowa przejmuje nadzór nad swoim zarządem, i to niezależnie od wpływu innych krajowych federacji sportowych znajdujących się w analogicznej sytuacji.

1.5. orzeczenie z dnia 22 października 2024 r. w sprawie C-652/22 Kolin Inšaat Turizm Sanayi ve Ticaret AŞ przeciwko Državna komisija za kontrolu postupaka javne nabave, ECLI:EU:C:2024:910

Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym w niniejszej sprawie został złożony w wyniku sporu zaistniałego pomiędzy spółką prawa tureckiego Kolin Inšaat Turizm Sanayi ve Ticaret AŞ, dalej: Kolin, a Državna komisija za kontrolu postupaka javne nabave, chorwacką państwową komisją ds. kontroli postępowań o udzielanie zamówienia publicznego, w ramach wszczętego w dniu 7 września 2020 r. przez HŽ Infrastruktura d.o.o. postępowania o udzielenie zamówienia na budowę obiektów infrastruktury kolejowej łączącej miejscowości Hrvatski Leskovac i Karlovac. Kolin wniósł skargę o stwierdzenie nieważności ostatecznej decyzji o udzieleniu zamówienia na rzecz konsorcjum Strabag do Visoki upravni sud, apelacyjnego sądu administracyjnego, podnosząc kwestię niezgodności z prawem wezwania zwycięskiego konsorcjum do uzupełnienia wykazu zrealizowanych robot budowlanych załączonego pierwotnie do oferty oraz uwzględnienia takiego uzupełnionego wykazu przez zamawiającego, gdyż, zdaniem skarżącej spółki, doprowadziło to do istotnej zmiany oferty i naruszyło w szczególności zasadę równego traktowania. Chorwacki sąd odsyłający postanowił zawiesić postępowanie i wystąpił do Trybunału z wnioskiem prejudycjalnym dotyczącym wykładni przepisów dyrektywy 2014/25/UE w kontekście okoliczności, w jakich podmioty

zamawiające mogą, po upływie terminu przewidzianego na składanie ofert, wezwać oferentów do poprawienia bądź doprecyzowania informacji lub dokumentacji¹⁵.

Niemniej jednak, w ślad za stanowiskiem, jakie zajął rzecznik generalny Collins w opinii przedstawionej w tej sprawie, Trybunał w pierwszej kolejności zdecydował się rozstrzygnąć dwie kwestie prawne związane z dopuszczalnością tego odesłania prejudycjalnego, mianowicie: czy wykonawcy mający siedzibę w państwach trzecich, z którymi Unia Europejska nie zawarła umowy międzynarodowej w sprawie zamówień publicznych, mogą brać udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego w Unii, a jeśli tak, to czy państwa członkowskie mogą określać warunki udziału takich wykonawców w postępowaniach, czy też jest to kwestia, której rozstrzygnięcie leży wyłącznie w gestii Unii¹⁶.

W tym względzie Trybunał zaczął od tego, że w odniesieniu do niektórych państw trzecich Unia jest związana umowami międzynarodowymi, w szczególności Porozumieniem w sprawie zamówień rządowych (GPA), które gwarantują wzajemny i równy dostęp do rynków zamówień publicznych. Odzwierciedleniem tych międzynarodowych zobowiązań jest przepis art. 43 dyrektywy 2014/25/UE, który stanowi, że w zakresie, w jakim przewiduje to GPA lub inne wiążące Unię umowy międzynarodowe, zamawiający państw członkowskich przyznają sygnatariuszom wspomnianych umów traktowanie nie mniej korzystne niż wykonawcom unijnym. Natomiast co się tyczy podmiotów z państw trzecich, które nie zawarły z Unią takich umów międzynarodowych, Trybunał doszedł do wniosku, że prawo unijne sprzeciwia się umożliwieniu im powoływania się na przepisy dyrektywy 2014/25/UE w ramach udziału w postępowaniu, a co za tym idzie, żądania równego traktowania ich ofert w stosunku do ofert złożonych przez wykonawców z państw członkowskich i z państw trzecich o

¹⁵ Visoki upravni sud zadał Trybunałowi następujące pytania:

- 1) Czy art. 76 w związku z art. 36 tej dyrektywy zezwala na to, by zamawiający uwzględnił dokumenty, które oferent dostarczył po raz pierwszy po upływie terminu na złożenie ofert, a które to dokumenty nie były zawarte w pierwotnej ofercie i w których wykazano okoliczności, których oferent nie wskazywał w pierwotnej ofercie?
- 2) Jeśli odpowiedź na pytanie pierwsze jest twierdząca, to czy art. 76 w związku z art. 36 tej dyrektywy należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie temu, by po tym, jak pierwsza decyzja o udzieleniu zamówienia została unieważniona, a sprawa została przekazana zamawiającemu w celu ponownego przeprowadzenia badania i oceny ofert, zamawiający zażądał od wykonawcy dodatkowych dokumentów wykazujących spełnienie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które to dokumenty nie były zawarte w pierwotnej ofercie, takich jak wykaz wykonanych robót uzupełniony o odniesienie, którego nie zawierał pierwotny wykaz robót, czyli które nie było częścią składową pierwotnej oferty?
- 3) Czy art. 76 w związku z art. 36 tej dyrektywy należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie temu, by po tym, jak pierwsza decyzja o udzieleniu zamówienia została unieważniona, a sprawa została przekazana zamawiającemu do ponownego przeprowadzenia badania i oceny ofert, wykonawca dostarczył zamawiającemu dokumenty wykazujące spełnienie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które nie były zawarte w pierwotnej ofercie, takie jak wykaz wykonanych robót uzupełniony o odniesienie, którego nie zawierał pierwotny wykaz robót, czyli które nie było częścią składową pierwotnej oferty?

¹⁶ zob. opinia rzecznika generalnego Anthony'ego Michaela Collinsa przedstawiona w dniu 7 marca 2024 r. w sprawie C-652/22 *Kolin İnşaat Turizm Sanayi ve Ticaret AŞ przeciwko Državna komisija za kontrolu postupaka javne nabave*, ECLI:EU:C:2024:212, pkt 1

którym mowa w art. 43 tej dyrektywy. Zdaniem Trybunału objęcie zakresem zastosowania unijnych dyrektyw w dziedzinie zamówień publicznych podmiotów z państw trzecich niebędących sygnatariuszami umów i porozumień w obszarze zamówień oraz przyznanie im traktowania nie mniej korzystnego niż wykonawców unijnych, stanowiłoby naruszenie omówionego wyżej art. 43 dyrektywy, który ogranicza korzystanie z tego prawa do podmiotów wskazanych w jego treści. Jak wynika z powyższego, przyznane w treści art. 45 ust. 1 dyrektywy 2014/25/UE „każdemu zainteresowanemu wykonawcy” uprawnienie do złożenia oferty w odpowiedzi na zaproszenie do ubiegania się o zamówienie w ramach otwartej procedury udzielania zamówienia publicznego w Unii nie obejmuje wykonawców z państw trzecich, które nie zawarły takiej umowy międzynarodowej z Unią. Nie oznacza to również, że w przypadku dopuszczenia tych wykonawców do udziału w postępowaniu mają oni prawo powoływać się na tę dyrektywę.

Mając powyższe na uwadze, Trybunał uznał, że dostęp takich podmiotów do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego w Unii Europejskiej nie jest zagwarantowany i podmioty te mogą zostać z nich wykluczone. Zarazem Trybunał podkreślił, że wśród takich państw trzecich jest Republika Turcji, niebędąca stroną GPA ani żadnego innego porozumienia, które na zasadzie wzajemności przyznawałoby tureckim podmiotom prawo udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego w Unii na równych zasadach z podmiotami unijnymi. W rezultacie Trybunał skonstatował, że turecki wykonawca biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego regulowanym przepisami dyrektywy 2014/25/UE, w przypadku, gdy zamawiający zgodził się na jego udział, nie może powoływać się na art. 36 i 76 tej dyrektywy w celu zakwestionowania decyzji o udzieleniu zamówienia publicznego.

W drugiej kolejności Trybunał postanowił zbadać dopuszczalność wniosku prejudycjalnego w świetle okoliczności, w której przepisy ustawodawstwa chorwackiego dokonujące transpozycji wskazanych przepisów dyrektywy są interpretowane w ten sposób, że mają zastosowanie bez rozróżnienia do wszystkich wykonawców z Unii i państw trzecich i w związku z tym turecka spółka Kolin może się na nie powoływać.

Trybunał zaznaczył, że istotnie, dopuszczalne są wnioski prejudycjalne dotyczące wykładni przepisów prawa Unii w sytuacjach, które nie są objęte zakresem stosowania tego prawa, lecz w których takie przepisy, bez zmiany ich przedmiotu i zakresu, weszły w życie na skutek bezpośredniego i bezwarunkowego odesłania dokonanego w prawie krajowym. Niemniej jednak Trybunał zaznaczył, że nie znajdzie to zastosowania w sytuacji, gdy organy państwa członkowskiego przewidują, z naruszeniem wyłącznej kompetencji Unii, że zastosowanie mają przepisy prawa krajowego transponujące dyrektywę, co zdaniem Trybunału ma miejsce w niniejszej sprawie dotyczącej udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego wykonawców z państw trzecich, które nie zawarły z Unią umowy międzynarodowej gwarantującej równy i wzajemny dostęp do tych zamówień.

Trybunał zauważył bowiem, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem wspólna polityka handlowa, o której mowa w art. 207 TFUE¹⁷, i która na podstawie art. 3 ust. 1 lit. e) TFUE pozostaje w zakresie kompetencji wyłącznej Unii Europejskiej, odnosi się do wymiany handlowej z państwami trzecimi i obejmuje każdy akt Unii, który ma na celu wspieranie, ułatwianie lub regulację tej wymiany i wywiera na nią bezpośredni i natychmiastowy wpływ. Zasadniczo każdy akt o charakterze generalnym, którego szczególnym celem jest określenie warunków, wedle których wykonawcy z państwa trzeciego mogą uczestniczyć w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego w Unii, może wywierać bezpośredni i natychmiastowy wpływ na handel towarami i usługami między tym państwem trzecim a Unią, i w związku z tym wchodzi w zakres wyłącznej kompetencji Unii na podstawie art. 3 ust. 1 lit. e) TFUE¹⁸. Trybunał zaznaczył, że jest tak w przypadku aktów, które w braku umowy zawartej między Unią a państwem trzecim określają jednostronnie, czy – a jeśli tak, to na jakich zasadach – wykonawcy z tego państwa trzeciego mogą uczestniczyć w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego w Unii. Podobnie bowiem jak umowy, te jednostronne akty wywierają bezpośredni i natychmiastowy wpływ na handel towarami i usługami między wspomnianym państwem trzecim a Unią.

Trybunał wskazał, że wyłączna kompetencja Unii w tym zakresie znajduje swoje odzwierciedlenie w treści w art. 86 dyrektywy 2014/25/UE, zgodnie z którym w przypadku ogólnych trudności napotkanych i zgłoszonych przez wykonawców z jednego lub większej liczby państw członkowskich, które wystąpią w trakcie ich starań o udzielenie zamówienia publicznego w państwie trzecim, kompetencja zawieszenia lub ograniczenia udziału podmiotów z tego państwa trzeciego w unijnych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego należy do Unii, a nie do państw członkowskich. Wyłączną kompetencję Unii w tej dziedzinie potwierdza również rozporządzenie 2022/1031 w sprawie Instrumentu Zamówień Międzynarodowych – IZM¹⁹, które w motywie 3 preambuły wprost stanowi, że dostęp podmiotów gospodarczych z państw trzecich do rynku zamówień publicznych Unii wchodzi w zakres wspólnej polityki handlowej.

W związku z powyższym Trybunał doszedł do wniosku, że jedynie Unia jest uprawniona do przyjęcia aktu o charakterze generalnym dotyczącego dostępu do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego w Unii dla wykonawców z państwa trzeciego, które nie zawarło z Unią umowy międzynarodowej gwarantującej równy i wzajemny dostęp do zamówień publicznych, poprzez ustanowienie bądź systemu gwarantowanego dostępu do tych postępowań dla tych wykonawców, bądź systemu, który pozbawia ich go lub który przewiduje korektę wyniku porównania ich ofert z ofertami złożonymi przez innych wykonawców. Zarazem wobec braku aktów przyjętych przez Unię, to do zamawiającego

¹⁷ Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej

¹⁸ zob. podobnie opinia 2/15 (Umowa o wolnym handlu UE-Singapur) z dnia 16 maja 2017 r., EU:C:2017:376, pkt 76, 77

¹⁹ rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2022/1031 z dnia 23 czerwca 2022 r. w sprawie dostępu wykonawców, towarów i usług z państw trzecich do unijnych rynków zamówień publicznych i koncesji oraz procedur wspierających negocjacje dotyczące dostępu unijnych wykonawców, towarów i usług do rynków zamówień publicznych i koncesji państw trzecich (Dz. Urz. UE L 173 z 30.6.2022 r., str. 1)

należy ocena, czy do udziału w zamówieniach powinny zostać dopuszczone podmioty z państwa trzeciego, które nie zawarło z Unią umowy międzynarodowej gwarantującej równy i wzajemny dostęp do zamówień publicznych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz, jeżeli dopuszcza taki udział, możliwość określenia w dokumentacji zamówienia warunków traktowania, które mają odzwierciedlać obiektywną różnicę między sytuacją prawną tych wykonawców a sytuacją prawną wykonawców z Unii i z państw trzecich, które zawarły z Unią umowę w rozumieniu art. 43 dyrektywy 2014/25/UE.

Trybunał zaznaczył, że organy krajowe nie mogą interpretować przepisów krajowych dotyczących transpozycji dyrektywy w taki sposób, że mają one zastosowanie również do wykonawców z państw trzecich, które nie zawarły umowy z Unią, a na których udział w postępowaniu zamawiający wyraził zgodę, bowiem naruszony zostałby wyłączny charakter kompetencji Unii w tym zakresie. O ile zasady traktowania takich wykonawców powinny być zgodne z określonymi wymaganiami, takimi jak wymóg przejrzystości lub proporcjonalności, o tyle środek odwoławczy jednego z nich mający na celu podniesienie naruszenia takich wymogów przez podmiot zamawiający może być badany wyłącznie w świetle prawa krajowego, a nie prawa Unii. W konsekwencji wykładnia art. 36 i 76 dyrektywy 2014/25/UE nie może w żaden sposób mieć znaczenia dla rozstrzygnięcia sporu w postępowaniu głównym.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania, Trybunał uznał wniesione pytania prejudycjalne za niedopuszczalne.

2. Zastosowanie przepisów w dziedzinie zamówień *ratione materiae*

2.1. orzeczenie z dnia 1 marca 2018 r. w sprawie C-9/17 *Maria Tirkkonen przeciwko Maaseutuvirasto*, ECLI:EU:C:2018:142

W sprawie, której dotyczył wniosek fińskiego sądu odsyłającego, Maaseutuvirasto, fińska agencja ds. rozwoju obszarów wiejskich, przeprowadziła postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zawarcie umowy ramowej na świadczenie usług doradczych w ramach systemu doradztwa rolniczego Neuvo 2020 na lata 2015–2020. Wszyscy wykonawcy spełniający określone warunki udziału oraz pozytywnie zdający egzamin kwalifikacyjny zostali dopuszczeni do zawarcia umowy, przy czym po zakończeniu procedury nie przewidziano możliwości dołączenia kolejnych wykonawców. W związku z tym oferta Marii Tirkkonen została odrzucona na etapie oceny podmiotowej z uwagi na niezaakceptowanie przez nią warunków projektu umowy ramowej, co zdaniem zamawiającego, stanowiło wymóg bezwzględny. Co więcej, zamawiający nie umożliwił poprawienia tej niezgodności. Skarżąca zaskarżyła decyzję Maaseutuvirasto do Markkinaoikeus, fińskiego organu powołanego do rozstrzygania sporów w zakresie spraw dotyczących udzielania zamówień, argumentując, że postępowanie nie miało

charakteru zamówienia publicznego, lecz systemu zatwierdzeń, który podlegał Hallintolaki, fińskiej ustawie administracyjnej, przewidującej możliwość uzupełnienia oferty. W konsekwencji, w jej ocenie, nie znajdowała zastosowania Julkisista hankinnoista annettu laki, fińska ustawa o zamówieniach publicznych, która takiej możliwości nie przewiduje. Markkinaoikeus oddalił skargę, a po wniesieniu odwołania *Korkein hallinto-oikeus*, naczelny sąd administracyjny, powziął wątpliwości co do kwalifikacji przedmiotowego systemu w świetle art. 1 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2004/18/WE. W tych okolicznościach *Korkein hallinto-oikeus* postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z pytaniem prejudycjalnym²⁰.

Trybunał w pierwszej kolejności przypomniał, że system doradztwa rolniczego, w którym zawierane są umowy o charakterze odpłatnym, może odpowiadać definicji zamówienia publicznego w rozumieniu art. 1 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2004/18/WE. Podkreślił przy tym, że kluczowym elementem zamówienia publicznego jest wybór oferty wykonawcy, który będzie odpowiedzialny za realizację zamówienia. W ocenie Trybunału, instytucja zamawiająca zobowiązana jest do dokonania selekcji spośród dostępnych ofert i wskazania wykonawcy, któremu zostanie powierzone zamówienie na wyłączność. Jednocześnie Trybunał zaznaczył, że w omawianym przypadku Agencja nie przeprowadziła rzeczywistej selekcji ofert, gdyż przyjmowała wszystkich kandydatów spełniających określone wymagania. Skutkowało to brakiem kluczowego elementu, jakim jest wybór wykonawcy, co w konsekwencji prowadziło do wyłączenia zastosowania dyrektywy 2004/18/WE²¹. Jak zauważył rzecznik generalny Sánchez-Bordona w swojej opinii w tej sprawie, wybór wykonawcy stanowi element nieodłącznie związany ze sposobem ujęcia zamówień publicznych w ramy prawne tej dyrektywy²². W konsekwencji Trybunał uznał, że system doradztwa rolniczego, taki jak analizowany w postępowaniu, nie spełnia definicji zamówienia publicznego w rozumieniu art. 1 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2004/18/WE²³.

Trybunał podkreślił również, że za „kryteria udzielenia zamówienia” nie można uznać kryteriów, które nie prowadzą do wyboru najkorzystniejszej ekonomicznie oferty, lecz służą jedynie ocenie zdolności oferentów do realizacji zamówienia. Kryteria dotyczące

²⁰ *Korkein hallinto-oikeus* zwrócił się z następującym pytaniem prejudycjalnym:

Czy wykładni art. 1 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2004/18 należy dokonywać w taki sposób, że definicja »zamówień publicznych« obejmuje w rozumieniu tej dyrektywy system zamówień:

– poprzez który instytucja publiczna zamierza pozyskać na rynku usługi na z góry ograniczony okres, zawierając umowy na warunkach załączonego do ogłoszenia o przetargu projektu umowy ramowej ze wszystkimi wykonawcami, którzy spełniają ustalone szczegółowo w dokumentach przetargowych wymogi dotyczące zdolności oferenta do realizacji zamówienia i oferowanej usługi i zdadzą opisany w ogłoszeniu o przetargu egzamin, oraz

– do którego nie można już przystąpić w trakcie okresu obowiązywania umowy?

²¹ szerzej zob. A. Kowalski, *Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w zakresie zamówień publicznych w latach 2009–2017, Tom II*, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2018 r., str. 22 i n.

²² zob. opinia rzecznika generalnego Manuela Camposa Sáncheza-Bordona przedstawioną w dniu 13 grudnia 2017 r. w sprawie C-9/17 *Tirkkonen przeciwko Maaseutuvirasto*, ECLI:EU:C:2017:962.

²³ por. wyrok z dnia 2 czerwca 2016 r. w sprawie C-410/14 *Falk Pharma przeciwko DAK-Gesundheit*, ECLI:EU:C:2016:399, pkt 38

doświadczenia, kompetencji i posiadanych środków, które mają zagwarantować prawidłowe wykonanie zamówienia, zostały uznane za odnoszące się do zdolności oferentów, a nie za rzeczywiste „kryteria udzielenia zamówienia”, mimo że instytucja zamawiająca określiła je w ten sposób²⁴.

W konsekwencji Trybunał orzekł, że art. 1 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2004/18/WE należy interpretować w ten sposób, iż system doradztwa rolniczego, taki jak analizowany w postępowaniu głównym, do którego instytucja publiczna przyjmuje wszystkich wykonawców spełniających wymagane kryteria zdolności do realizacji zamówienia oraz pozytywnie zdających egzamin określony w ogłoszeniu, nawet jeśli system ten jest zamknięty dla nowych podmiotów po określonym czasie, nie stanowi zamówienia publicznego w rozumieniu tej dyrektywy.

**2.2. orzeczenie z dnia 25 października 2018 r. w sprawie C-260/17
*Anodiki Services EPE GNA, O Evangelismos – Ofthalmiatreio Athinon –
Polykliniki, Geniko Oγκολογικο Νοσοκομείο Kifisias – (GONK) „Oi Agioi
Anargyroi”, ECLI:EU:C:2018:864***

Spór w sprawie będącej przedmiotem omawianego odesłania prejudycjalnego dotyczył dwóch skarg spółki Anodiki Services EPE o stwierdzenie nieważności działań szpitali greckich, które zamiast zastosowania procedur zamówień publicznych na usługi restauracyjne, dostarczania posiłków i sprzątania, zdecydowały się na zawieranie indywidualnych umów o pracę na czas określony z osobami fizycznymi. Spółka Anodiki Services zaskarżyła te decyzje przed *Symvoulío tis Epikrateias*, radę stanu Grecji, argumentując, że powinny one podlegać procedurom zamówień publicznych zgodnie z dyrektywą 2014/24/UE. Spółka wskazała również, że wartość umów będących przedmiotem rzeczonych decyzji, a mianowicie – w przypadku decyzji podjętej przez GNA Evangelismos – od 1 894 402,56 EUR do 2 050 418,16 EUR w okresie 24 miesięcy oraz – w przypadku decyzji podjętej przez GONK Agioi Anargyroi – 550 000 EUR w okresie rocznym, przekracza progi określone w art. 4 tej dyrektywy. W świetle powyższego sąd odsyłający rozważał, czy umowy te mogą być uznane za "umowy o pracę" zgodnie z dyrektywą 2014/24/UE, co wyłączyłoby je spod zakresu jej stosowania oraz czy niezastosowanie procedur zamówień publicznych podlega kontroli sądowej na podstawie dyrektywy 89/665/EWG²⁵. W związku z tym *Symvoulío tis Epikrateias* zawiesiła postępowanie i zwróciła się do Trybunału z pytaniami prejudycjalnymi²⁶.

²⁴ por. wyrok z dnia 24 stycznia 2008 r. w sprawie C-532/06 *Lianakis i in. przeciwko Dimos Alexandroupolis i in.*, ECLI:EU:C:2008:40, pkt 30, 31

²⁵ dyrektywa Rady 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 dostawę i roboty budowlane (Dz. Urz. UE nr L 395 z 21.12.1989, str. 33)

²⁶ *Symvoulío tis Epikrateias* zwróciła się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

Trybunał w pierwszym rzędzie wskazał, że chociaż dyrektywa 2014/24/UE wyłącza z jej zakresu zamówienia publiczne na usługi obejmujące umowy o pracę, to nie precyzuje definicji tego pojęcia ani nie zawiera jednoznacznego odniesienia do prawa krajowego w tym zakresie. W konsekwencji, zgodnie z zasadą jednolitego stosowania prawa Unii, pojęcie „umów o pracę” powinno być interpretowane autonomicznie i jednolicie we wszystkich państwach członkowskich, z uwzględnieniem treści przepisu, jego kontekstu oraz celu regulacji²⁷. Trybunał podkreślił, że zgodnie z motywem 5 dyrektywy państwa członkowskie nie są zobowiązane do korzystania z usług osób trzecich ani do stosowania przepisów o zamówieniach publicznych w odniesieniu do świadczenia usług na podstawie umów o pracę. Zawieranie takich umów stanowi narzędzie umożliwiające samodzielne świadczenie usług przez władze publiczne, co uzasadnia ich wyłączenie spod zakresu dyrektywy. Ponadto wyłączenie to nie ogranicza się jedynie do usług wymienionych w ostatnim zdaniu motywu 5, ponieważ wskazane tam przykłady mają charakter wyłącznie przykładowy, a nie wyczerpujący.

Trybunał stwierdził również, że zawarcie umowy o pracę, ze względu na swój charakter, skutkuje powstaniem stosunku pracy między pracownikiem a pracodawcą. W tym kontekście, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału, stosunek pracy charakteryzuje się tym, że dana osoba przez określony czas wykonuje świadczenia na rzecz innego podmiotu i pod jego kierownictwem, otrzymując w zamian wynagrodzenie. W rezultacie, pojęcie „umów o pracę” w rozumieniu art. 10 lit. g) dyrektywy 2014/24/UE obejmuje wszystkie umowy prowadzące do zatrudnienia osób fizycznych przez organ władzy publicznej w celu samodzielnego świadczenia usług, jeśli powodują one

1. Czy w rozumieniu art. 10 lit. g) dyrektywy [2014/24] do zakwalifikowania umowy jako »umowy o pracę« wystarczy, że stanowi ona umowę o pracę (charakteryzującą się podporządkowaniem), czy umowa taka powinna mieć szczególne cechy (na przykład w odniesieniu do rodzaju pracy, warunków zawarcia umowy, kwalifikacji kandydatów i elementów procedury ich wyboru), tak że wybór każdego pracownika jest wynikiem indywidualnego osądu i subiektywnej oceny jego osobowości przez pracodawcę? Czy umowy o pracę na czas określony zawarte na podstawie obiektywnych kryteriów, takich jak okres pozostawania bez pracy przez kandydata, wcześniejsze doświadczenie lub liczba niepełnoletnich dzieci, po formalnej kontroli dokumentów poświadczających oraz według określonej z góry procedury przyznawania punktów na podstawie wspomnianych kryteriów, takie jak umowy przewidziane w art. 63 ustawy nr 4430/2016, mogą zostać uznane za »umowy o pracę« w rozumieniu art. 10 lit. g) dyrektywy [2014/24]?
2. Czy w świetle przepisów dyrektywy [2014/24] (art. 1 ust. 4, art. 18 ust. 1 i 2, art. 19 ust. 1, art. 32 i art. 57 w związku z motywem 5 tej dyrektywy), Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (art. 49 i 56) i [karty] (art. 16 i 52) oraz zasad równego traktowania, przejrzystości i proporcjonalności dozwolone jest stosowanie przez organy publiczne innych środków – w tym umów o pracę – niż zamówienia publiczne w celu wykonania spoczywających na nich zadań leżących w interesie publicznym oraz ewentualnie na jakich warunkach, w sytuacji gdy stosowanie takich środków nie ma charakteru stałej organizacji usług publicznych, lecz – jak w przypadku przewidzianym w art. 63 ustawy nr 4430/2016 – następuje na czas określony w celu stawienia czoła nadzwyczajnym okolicznościom, jak również z powodów związanych ze skutecznością konkurencji bądź zgodnością z prawem funkcjonowania przedsiębiorstw działających na rynku zamówień publicznych? Czy takie powody i okoliczności, jak niemożliwość wykonania w nieprzerwany sposób zamówienia publicznego lub osiągnięcie większej korzyści ekonomicznej w porównaniu z (tą, jaka byłaby możliwa w przypadku) zamówienia publicznego, mogą zostać uznane za nadrzędne względy interesu ogólnego, które uzasadniają przyjęcie środka ograniczającego poważnie, pod względem zakresu i czasu trwania, działalność przedsiębiorstw w sektorze zamówień publicznych?

²⁷ por. wyroki z dnia 19 grudnia 2013 r. w sprawie C-279/12, *Fish Legal i Shirley przeciwko Information Commissioner i in.* ECLI:EU:C:2013:853, pkt 42, oraz z dnia 19 czerwca 2018 r. w sprawie C-15/16 *Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht przeciwko Ewaldowi Baumeisterowi*, ECLI:EU:C:2018:464, pkt 24

powstanie stosunku pracy. Natomiast sposób zatrudnienia nie ma znaczenia dla tej definicji. Umowy o pracę mogą być zawierane na różnych podstawach, a także obejmować zatrudnienie na czas określony, o ile spełniają kryteria wynikające z dyrektywy. Ocena, czy dane umowy spełniają te warunki, należy do sądu odsyłającego²⁸.

W zakresie pytania drugiego Trybunał wskazał, że przepisy dyrektywy 2014/24/UE nie mają zastosowania do umów o pracę takich jak te będące przedmiotem postępowania głównego. Ponadto art. 49 i 56 TFUE oraz zasady równego traktowania, przejrzystości i proporcjonalności nie znajdują zastosowania do decyzji organów publicznych o zawarciu umów o pracę w celu realizacji ich zadań w interesie publicznym. W odniesieniu do art. 16 i 52 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej Trybunał zauważył, że zgodnie z art. 51 ust. 1 Karta ma zastosowanie wyłącznie w zakresie, w jakim państwa członkowskie stosują prawo Unii. Trybunał przypomniał także, że art. 51 ust. 2 Karty nie rozszerza zakresu prawa Unii ani nie zmienia kompetencji Unii określonych w traktatach, a jego zadaniem jest dokonywanie wykładni zgodnej z Kartą w granicach kompetencji Unii²⁹.

Mając na względzie powyższe, Trybunał orzekł, że artykuł 10 lit. g) dyrektywy 2014/24/UE należy interpretować w ten sposób, że pojęcie „umów o pracę”, o którym mowa w tym przepisie, obejmuje umowy o pracę takie jak te będące przedmiotem postępowania głównego, a mianowicie umowy o pracę na czas określony zawierane z wybranymi kandydatami na podstawie obiektywnych kryteriów, takich jak okres pozostawania bez pracy, wcześniejsze doświadczenie oraz liczba niepełnoletnich dzieci. Przepisy dyrektywy 2014/24/UE, zmienionej rozporządzeniem delegowanym 2015/2170, art. 49 i 56 TFUE, zasady równego traktowania, przejrzystości i proporcjonalności oraz art. 16 i 52 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej nie znajdują zastosowania do decyzji organu władzy publicznej o zawarciu umów o pracę, takich jak te będące przedmiotem postępowania głównego, w celu wykonania pewnych zadań związanych ze spoczywającym na nim obowiązkiem działania w interesie publicznym.

2.3.orzeczenie z dnia 4 kwietnia 2019 r. w sprawie C-699/17 Allianz Vorsorgekasse AG, ECLI:EU:C:2019:290

Spór w tej sprawie dotyczył wyboru zakładowego funduszu prewencyjnego przez austriackie instytucje kulturalne, zobowiązane na mocy ustawy BMSVG³⁰ do odprowadzania składek na fundusz, który zarządza zgromadzonymi środkami i wypłaca odprawy pracownikom. W 2016 r. spółki wszczęły postępowanie w celu wyboru nowego funduszu, w którym oferty złożyły Allianz i fair-finance. Po unieważnieniu postępowania

²⁸ por. wyroki z dnia 3 lipca 1986 r. w sprawie 66/85 *Lawrie-Blum przeciwko Land Baden-Württemberg*, ECLI:EU:C:1986:284, pkt 17, oraz z dnia 19 lipca 2017 r. w sprawie C-143/16 *Abercrombie & Fitch Italia przeciwko Antoninowi Bordonarowi*, ECLI:EU:C:2017:566, pkt 19 i przytoczone tam orzecznictwo

²⁹ zob. wyrok z dnia 8 listopada 2012 r. w sprawie C-40/11 *Lida przeciwko Stadt Ulm*, ECLI:EU:C:2012:691, pkt 78 i przytoczone tam orzecznictwo

³⁰ Betriebliches Mitarbeiter- und Selbständigenvorsorgegesetz, austriacka ustawa o zakładowych funduszach prewencyjnych dla pracowników i osób samozatrudnionych

spółki zawarły umowy z fair-finance bez przeprowadzenia nowego postępowania, co skłoniło Allianz do wniesienia skargi. Allianz argumentowała, że zawarcie umów bez uprzedniego ogłoszenia i przeprowadzenia postępowania narusza przepisy o zamówieniach publicznych (BVerG 2006)³¹. Po oddaleniu skargi przez Bundesverwaltungsgericht, austriacki federalny sąd administracyjny, spółka złożyła skargę kasacyjną do Verwaltungsgerichtshof, austriackiego trybunału konstytucyjnego, który zwrócił się do Trybunału z pytaniem, czy umowy o przystąpieniu do funduszy prewencyjnych podlegają unijnemu prawu zamówień publicznych, w tym dyrektywie 2014/24/UE oraz zasadom równego traktowania, niedyskryminacji i przejrzystości wynikającym z TFUE. Kluczową kwestią było ustalenie, czy wymóg zgody pracowników na wybór funduszu wyłącza te umowy spod reżimu zamówień publicznych³².

Trybunał w pierwszej kolejności przypomniał, że mimo iż dyrektywa 2014/24/UE nie ma zastosowania do omawianego zamówienia z uwagi na jego wartość, to podstawowe zasady wynikające z traktatu FUE, takie jak równe traktowanie, niedyskryminacja oraz przejrzystość, mogą mieć zastosowanie, o ile zamówienie ma charakter transgraniczny. W ocenie Trybunału, znaczenie transgraniczne zamówienia można ustalić, biorąc pod uwagę jego wartość oraz specyficzne cechy, które w omawianym przypadku zarządzania funduszem prewencyjnym mogą rzeczywiście występować. Trybunał zarazem podkreślił, że prawo współdecydowania rady zakładowej lub sprzeciw pracowników przy wyborze funduszu nie wyklucza zastosowania zasad wynikających z traktatu, w szczególności obowiązku przejrzystości. Oznacza to, że nawet jeśli zawarcie umowy wymaga zgody pracowników, to pracodawca, będący podmiotem prawa publicznego, nadal jest zobowiązany do przestrzegania tych zasad, ponieważ mają one na celu otwarcie procedury udzielania zamówień na konkurencję. Zatem obowiązek przejrzystości, wynikający z art. 49 i 56 TFUE, nakłada na instytucje zamawiające konieczność zapewnienia odpowiedniego poziomu jawności, który pozwala na rzetelną ocenę i kontrolę postępowania. W konsekwencji, wszystkie warunki i kryteria udzielenia zamówienia muszą być sformułowane w sposób jednoznaczny i zrozumiały, aby oferenci mieli równe szanse na składanie ofert, bez ryzyka uprzywilejowania jednego z nich³³. W kontekście omawianego zamówienia, Trybunał stwierdził, że zasady traktatowe obowiązują nawet wtedy, gdy rada zakładowa współdecyduje o wyborze kontrahenta, co

³¹ Bundesvergabegesetz 2006, austriacka ustawa federalna o zamówieniach publicznych z 2006 r.

³² *Verwaltungsgerichtshof* zwrócił się do Trybunału z następującym pytaniem prejudycjalnym:

Czy przepisy dyrektywy 2014/24[...] bądź art. 49 i 56 TFUE oraz wynikające stąd dla zamówień publicznych zasady równego traktowania, niedyskryminacji i przejrzystości stosuje się do zawierania umów przez instytucje zamawiające z zakładowymi funduszami prewencyjnymi dotyczącymi zarządzania składkami stanowiącymi część wynagrodzenia pracowników i inwestowania tych składek, jeżeli zawarcie umowy i tym samym wybór zakładowego funduszu prewencyjnego wymaga zgody pracowników bądź ich przedstawicieli i w związku z tym nie może zostać samodzielnie dokonane przez instytucję zamawiającą?

³³ wyrok z dnia 17 grudnia 2015 r. w sprawie C-25/14 *UNIS i Beaudout Père et Fils przeciwko Ministre du Travail*, ECLI:EU:C:2015:821, pkt 39

nie zwalnia z obowiązku zachowania zasad przejrzystości i niedyskryminacji przy zawieraniu umowy.

W związku z powyższym Trybunał orzekł, że art. 49 i 56 TFUE, zasady równego traktowania i niedyskryminacji, a także obowiązek przejrzystości należy interpretować w ten sposób, że znajdują one zastosowanie do zawarcia umowy o przystąpieniu między pracodawcą, podmiotem prawa publicznego, a zakładowym funduszem prewencyjnym, w celu zarządzania i inwestowania składek służących finansowaniu odpraw wypłacanych pracownikom tego pracodawcy, mimo że zawarcie takiej umowy nie wynika wyłącznie z woli pracodawcy, lecz wymaga zgody pracowników lub rady zakładowej.

2.4. orzeczenie z dnia 10 września 2020 r. w sprawie C-367/19 *Tax-Fin-Lex d.o.o. przeciwko Ministrstvo za notranje zadeve*, ECLI:EU:C:2020:685

Spór w sprawie, będącej przedmiotem omawianego odesłania prejudycjalnego, dotyczył odrzucenia oferty spółki Tax-Fin-Lex przez Ministerstwo Spraw Wewnętrznych Republiki Słowenii w postępowaniu o zamówienie publiczne na świadczenie usług dostępu do systemu informacji prawnej przez okres 24 miesięcy, o szacunkowej wartości 39 959,01 EUR. Spółka Tax-Fin-Lex złożyła ofertę na jedną z części zamówienia, oferując cenę równą 0 EUR. Ministerstwo odrzuciło tę ofertę, uznając, że jest ona sprzeczna z przepisami dotyczącymi udzielania zamówień publicznych, które definiują zamówienie publiczne jako umowę o charakterze odpłatnym. Z kolei spółka argumentowała, że zaoferowanie usługi bez wynagrodzenia nie powinno stanowić podstawy do odrzucenia jej oferty, ponieważ zdobycie nowego rynku i pozyskanie referencji stanowi dla niej korzyść gospodarczą, która może być traktowana jako świadczenie wzajemne. W świetle powyższych okoliczności, *Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil*, krajowa komisja ds. kontroli postępowań o udzielenie zamówień publicznych Słowenii, postanowiła zwrócić się do Trybunału z pytaniami prejudycjalnymi, dotyczącymi tego, czy zamówienie bez wynagrodzenia pieniężnego, lecz z korzyścią gospodarczą dla wykonawcy, stanowi zamówienie publiczne oraz czy dyrektywa 2014/24/UE uzasadnia odrzucenie oferty o wartości 0 EUR³⁴.

Trybunał w pierwszej kolejności zwrócił uwagę, że wartość zamówienia będącego przedmiotem postępowania głównego jest niższa niż próg określony w art. 4 lit. b) dyrektywy 2014/24/UE, co wyklucza bezpośrednie zastosowanie tej dyrektywy. Jednocześnie Trybunał przypomniał, że przepisy prawa Unii mogą mieć zastosowanie do

³⁴ Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil przedstawiła Trybunałowi Sprawiedliwości Unii Europejskiej następujące pytania prejudycjalne:

1. Czy zachodzi „odpłatność stosunku umownego” jako element zamówienia publicznego w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 5 dyrektywy 2014/24, w przypadku gdy instytucja zamawiająca nie jest wprawdzie zobowiązana do żadnego świadczenia wzajemnego, ale wykonawca, poprzez wykonanie zamówienia, uzyskuje dostęp do nowego rynku i referencji?
2. Czy jest możliwe lub konieczne dokonanie wykładni art. 2 ust. 1 pkt 5 dyrektywy 2014/24 w taki sposób, że stanowi on podstawę do odrzucenia oferty o cenie równej 0 EUR?

sytuacji nieobjętych ich zakresem, jeżeli zostały one wprowadzone do prawa krajowego w sposób bezpośredni i bezwarunkowy³⁵. W ocenie Trybunału, w sprawie rozpatrywanej przez sąd krajowy istotne jest ustalenie, czy art. 2 ust. 1 pkt 5 dyrektywy 2014/24/UE może stanowić podstawę prawną do odrzucenia oferty wyłącznie z powodu zaproponowania ceny równej 0 EUR, przy jednoczesnym braku świadczenia finansowego po stronie zamawiającego, nawet jeśli oferent uzyskałby dostęp do nowego rynku lub referencje. Trybunał przypomniał, że zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt 5 dyrektywy 2014/24/UE, „zamówienia publiczne” to umowy o charakterze odpłatnym zawierane pomiędzy co najmniej jednym wykonawcą a co najmniej jedną instytucją zamawiającą. Wzajemny charakter takiej umowy jest jej zasadniczą cechą³⁶.

W ślad za rzecznikiem generalnym Michalem Bobekiem³⁷, Trybunał podkreślił, że choć świadczenie wzajemne nie musi polegać na zapłacie pieniężnej, musi istnieć prawnie wiążące zobowiązanie po stronie zamawiającego, które może być dochodzone na drodze sądowej³⁸. W konsekwencji umowa, w której instytucja zamawiająca nie jest prawnie zobowiązana do żadnego świadczenia w zamian za świadczenie wykonawcy, nie spełnia definicji „umowy o charakterze odpłatnym” w rozumieniu dyrektywy. Trybunał zwrócił uwagę, że choć dostęp do nowego rynku lub uzyskanie referencji może mieć wartość gospodarczą dla wykonawcy, jest to wartość zbyt niepewna, aby można było uznać ją za świadczenie wzajemne w rozumieniu dyrektywy. Niemniej jednak art. 2 ust. 1 pkt 5 dyrektywy 2014/24/UE nie może stanowić podstawy prawnej do automatycznego odrzucenia oferty o cenie równej 0 EUR. Przepis ten nie pozwala bowiem na automatyczne odrzucenie oferty złożonej w ramach zamówienia publicznego, takiej jak oferta z ceną równą 0 EUR, w drodze której wykonawca, nie żądając świadczenia wzajemnego, proponuje wykonanie na rzecz instytucji zamawiającej robót budowlanych, dostaw lub usług, które instytucja ta zamierza nabyć. W tych okolicznościach, z uwagi na to, że ofertę z ceną równą 0 EUR można uznać za ofertę rażąco niską w rozumieniu art. 69 dyrektywy 2014/24/UE, instytucja zamawiająca, której tego rodzaju ofertę przedstawiono, powinna zastosować procedurę przewidzianą w tym przepisie i zażądać od oferenta wyjaśnień dotyczących wskazanej w ofercie wartości. Dopiero brak zadowalających wyjaśnień może stanowić podstawę do odrzucenia oferty.

W związku z powyższym Trybunał orzekł, że art. 2 ust. 1 pkt 5 dyrektywy 2014/24/UE należy interpretować w ten sposób, że nie stanowi on podstawy prawnej odrzucenia

³⁵ zob. podobnie wyroki: z dnia 18 października 1990 r. w sprawie C-297/88 i C-197/89 *Dzodzi przeciwko Belgii*, ECLI:EU:1990:360, pkt 36, 37, 41; oraz z dnia 24 października 2019 r. w sprawie C-469/18 i C-470/18 *IN i JM przeciwko Belgii*, ECLI:EU:C:2019:895, pkt 23

³⁶ zob. podobnie wyrok z dnia 21 grudnia 2016 r. w sprawie C-51/15 *Remondis GmbH & Co. KG Region Nord przeciwko Region Hannover*, ECLI:EU:C:2016:985, pkt 43 oraz z dnia 28 maja 2020 r. w sprawie C-796/18 *Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung (ISE) mbH przeciwko Stadt Köln*, ECLI:EU:C:2020:395, pkt 40

³⁷ zob. opinia rzecznika generalnego Michala Bobeka przedstawiona w dniu 28 maja 2020 r. w sprawie C-367/19 *Tax-Fin-Lex d.o.o. przeciwko Ministrstvo za notranje zadeve*, ECLI:EU:C:2020:400, pkt. 47 i n.

³⁸ zob. wyrok z dnia 25 marca 2010 r. w sprawie C-451/08 *Helmut Müller GmbH przeciwko Bundesanstalt für Immobilienaufgaben*, ECLI:EU:C:2010:168, pkt 60–62

oferty złożonej przez oferenta w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyłącznie ze względu na to, że zaproponowana w ofercie cena wynosi 0 EUR.

**2.5.orzeczenie z dnia 1 sierpnia 2022 r. w sprawie C-332/20 Roma
Multiservizi SpA, Rekeep SpA przeciwko Roma Capitale, Autorità Garante
della Concorrenza e del Mercato, ECLI:EU:C:2022:610**

W sprawie będącej przedmiotem omawianego odesłania prejudycjalnego miasto Rzym prowadziło w 2018 r. postępowanie, mające cel dwojakiego rodzaju, mianowicie: wybór wspólnika prywatnego w mającej powstać publiczno-prywatnej spółce akcyjnej, a następnie powierzenie tej spółce zintegrowanych usług szkolnych. Zgodnie z warunkami postępowania udział zamawiającego w mającej powstać spółce akcyjnej miał wynosić 51%, zaś pozostałe 49% powinien nabyć wspólnik prywatny, który ponadto miał ponosić całe ryzyko operacyjne. Zamawiający wykluczył z udziału w tym postępowaniu konsorcjum złożone ze spółek Roma Multiservizi s.p.a. i Rekeep s.p.a., argumentując, że spółka Roma Multiservizi należała w 51% do spółki AMA SpA, której kapitał należał w całości do miasta Rzym. Gdyby zatem konsorcjum zostało wybrane jako partner prywatny w mającej powstać spółce akcyjnej, to wówczas wysokość udziału zamawiającego, biorąc pod uwagę udział pośredni, wyniosłaby 73,5%. Wykluczone konsorcjum odwołało się od decyzji zamawiającego do *Tribunale Amministrativo Regionale (TAR) del Lazio*, regionalnego sądu administracyjnego dla Lacjum, który odwołanie oddalił. *Consiglio di Stato*, włoski naczelny sąd administracyjny, rozpatrując skargę od decyzji TAR Lazio, zawiesił toczące się przed nim postępowanie i wystąpił do Trybunału Sprawiedliwości z wnioskiem prejudycjalnym dotyczącym rozstrzygnięcia, czy sposób, w jaki zamawiający obliczył udział prywatny w mającym powstać podmiocie z kapitałem mieszanym, a następnie na tej podstawie wykluczył wykonawcę z postępowania o udzielenie zamówienia, jest zgodny z prawem unijnym³⁹.

Odpowiadając na pytania rozpatrywane łącznie, Trybunał zaczął od tego, że utworzenie przez instytucję zamawiającą i prywatnego wykonawcę wspólnego przedsiębiorstwa nie jest objęte, jako takie, przepisami prawa Unii dotyczącymi zamówień publicznych lub

³⁹ Consiglio di Stato przedłożył Trybunałowi następujące pytania prejudycjalne:

1. Czy jest zgodne z prawem [Unii] i z prawidłową wykładnią motywów 14 i 32 oraz art. 12 i 18 dyrektywy 2014/24 i art. 30 dyrektywy 2014/23, w tym z odniesieniem do art. 107 TFUE, aby celem określenia minimalnego 30% limitu udziału wspólnika prywatnego w mającej powstać spółce mieszanej publiczno-prywatnej, co stanowi limit uznany przez ustawodawcę krajowego za adekwatny do wdrożenia zasad [prawa Unii] ustalonych w tym zakresie w orzecznictwie Unii, konieczne było wzięcie pod uwagę jedynie formalnych/wynikających z dokumentacji udziałów w kapitale takiego wspólnika prywatnego, czy też organ administracji publicznej, który ogłasza postępowanie przetargowe, może – lub raczej musi – uwzględnić swój własny pośredni udział w kapitale wspólnika prywatnego będącego oferentem?
2. Na wypadek udzielenia odpowiedzi twierdzącej na pytanie pierwsze: czy wykluczenie przez administrację ogłaszającą postępowanie przetargowe z przetargu wspólnika prywatnego będącego oferentem, którego rzeczywisty udział w mającej powstać mieszanej spółce publiczno-prywatnej, w wyniku stwierdzonego bezpośredniego lub pośredniego udziału publicznego, jest w rzeczywistości mniejszy niż 30%, jest zgodne z zasadami [prawa Unii], a w szczególności z zasadami konkurencji, proporcjonalności i adekwatności?

koncesji na usługi. Zarazem Trybunał zauważył, że zasadniczym celem postępowania głównego nie było utworzenie spółki z kapitałem mieszanym, lecz sprawienie, by wspólnik miasta Rzym w ramach tej spółki ponosił całość ryzyka operacyjnego związanego ze świadczeniem usług pomocniczych w stosunku do działalności szkolnej tego miasta, przy czym spółka ta w zamyśle miała być jedynie środkiem, za pomocą którego zdaniem miasta Rzym można by zapewnić najlepszą jakość świadczeń. Wobec powyższego Trybunał wywnioskował, że dwie części umowy stanowią niepodzielną całość, a jej dominującym elementem jest powierzenie spółce z kapitałem mieszanym świadczenia usług pomocniczych w stosunku do działalności szkolnej miasta Rzym. W związku z tym reżim prawny mający zastosowanie do umowy rozpatrywanej w postępowaniu głównym, w ujęciu całościowym, to regulacja, której podlega ten aspekt.

W przedmiocie zastosowania dyrektywy 2014/24/UE Trybunał po pierwsze podkreślił, że w ramach umowy mieszanej, takiej jak będąca przedmiotem postępowania głównego, zamówienie publiczne na usługi nie stanowi, jako takie, przedmiotu postępowania przetargowego zgodnego z wymogami tej dyrektywy. W celu spełnienia tych wymogów, przy wyborze wspólnika, któremu instytucja zamawiająca powierzy działalność operacyjną i zarządzanie usługą będącą przedmiotem zamówienia publicznego, kryteria kwalifikacji nie mogą opierać się wyłącznie na wniesionym kapitale, lecz powinny umożliwić kandydatom wykazanie, oprócz ich zdolności do bycia udziałowcem, przede wszystkim zdolności technicznej do świadczenia usług oraz korzyści ekonomicznych i innych korzyści swojej oferty⁴⁰. W związku z tym, wobec faktu, że instytucja zamawiająca ustala jaki ma być podział kapitału spółki o kapitale mieszanym, która ma zostać utworzona, między nią a jej wspólnikiem, Trybunał doszedł do wniosku, że art. 58 ust. 1 i 3 dyrektywy 2014/24/UE pozwala instytucji zamawiającej wymagać od wykonawców, którzy wyrazili chęć zostania wspólnikiem i podjęcia się faktycznego wykonania umowy o świadczenie usług zawartej z utworzoną w ten sposób spółką, aby wykazali, że dysponują zdolnościami ekonomicznymi i finansowymi niezbędnymi zarówno do utworzenia tej spółki, jak i do wykonania tej umowy.

Po drugie, Trybunał zauważył, że w zakresie, w jakim posłużenie się spółką z kapitałem mieszanym wynika w szczególności z tego, że instytucji zamawiającej zależy na ograniczeniu zarówno swojej inwestycji w kapitał tej spółki, jak i związanego z tym ryzyka gospodarczego, instytucja zamawiająca powinna mieć też możliwość uwzględnienia udziału, choćby pośredniego, posiadanego przez siebie w kapitale wykonawców, którzy wyrazili chęć zostania jej wspólnikiem. Instytucja zamawiająca powinna zatem mieć możliwość, w ramach kwalifikacji podmiotowej wykonawcy mającego zostać jej wspólnikiem, wykluczenia wszystkich kandydatów, w których posiada udziały, choćby

⁴⁰ zob. analogicznie wyrok z dnia 15 października 2009 r. w sprawie C-196/08 *Acoset SpA przeciwko Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa i in.*, ECLI:EU:C:2009:628, pkt 59-60

w sposób pośredni, jeżeli udział ten prowadzi do faktycznego naruszenia podziału kapitału spółki z kapitałem mieszanym między rzeczoną instytucję zamawiającą a jej wspólnika, tak jak został on określony w dokumentacji przetargowej, a tym samym do podania w wątpliwość gospodarczej i finansowej zdolności jej wspólnika do ponoszenia, bez udziału instytucji zamawiającej, ciężących na nim zobowiązań wynikających z takiej umowy mieszanej.

Z powyższych względów Trybunał udzielił odpowiedzi, że na podstawie art. 58 dyrektywy 2014/24/UE instytucja zamawiająca może wykluczyć wykonawcę z postępowania mającego na celu, po pierwsze, utworzenie spółki z kapitałem mieszanym, a po drugie, udzielenie tej spółce zamówienia publicznego na usługi, jeżeli wykluczenie to uzasadnione jest przez fakt, iż ze względu na pośredni udział tej instytucji zamawiającej w kapitale owego wykonawcy maksymalny udział tej instytucji zamawiającej w kapitale wskazanej spółki, określony przez nią w dokumentacji przetargowej, zostałyby w rzeczywistości przekroczony, gdyby wybrała ona tego wykonawcę na swojego wspólnika, o ile takie przekroczenie skutkowałoby zwiększeniem ryzyka gospodarczego ponoszonego przez tę instytucję zamawiającą.

Natomiast odnośnie do zastosowania dyrektywy 2014/23/UE⁴¹, przy założeniu, że część umowy dotycząca udzielenia zamówienia na usługi pomocnicze w stosunku do działalności szkolnej powinna zostać zakwalifikowana jako koncesja na usługi w rozumieniu art. 5 ust. 1 lit. b) tej dyrektywy, Trybunał wskazał, że art. 38 tej dyrektywy zezwala instytucji zamawiającej na uwzględnienie jej ewentualnego pośredniego udziału w kapitale wykonawców, którzy wyrazili chęć zostania jej wspólnikiem, w celu ustalenia, czy utworzenie spółki z kapitałem mieszanym z takimi wykonawcami nie stanie na przeszkodzie temu, by faktycznie dochowała ustanowionego przez siebie samą limitu udziału w kapitale tej spółki. Przepis ten zezwala również, co do zasady, na wykluczenie z postępowania o udzielenie koncesji na usługi każdego wykonawcy, który ze względu na to, że instytucja zamawiająca posiada, choćby pośrednio, udział w jego kapitale, nie mógłby zostać wspólnikiem tej instytucji zamawiającej bez naruszenia przy tym w praktyce maksymalnego udziału w kapitale tej spółki z kapitałem mieszanym, który instytucja zamawiająca ustaliła dla siebie.

2.6. orzeczenie z dnia 10 listopada 2022 r. w sprawie C-486/21 SHARENGO najem in zakup vozil d.o.o. przeciwko Mestna občina Ljubljana, ECLI:EU:C:2022:868

W sprawie, której dotyczył wniosek słoweńskiego sądu odsyłającego, Mestna občina Ljubljana, gmina Lublana, prowadziła w 2021 r. postępowanie w formie partnerstwa

⁴¹ dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji (Dz. Urz. UE L 94 z 28.3.2014, str. 1)

publiczno-prywatnego, dotyczące udzielenia koncesji na ustanowienie publicznego systemu wynajmu i wspólnego użytkowania pojazdów elektrycznych na terytorium gminy Lublana oraz zarządzanie tym systemem. Całkowita wartość projektu została oszacowana na 14 989 000 EUR bez VAT, przy czym wkład finansowy partnera prywatnego został oszacowany na 14 570 000 EUR bez VAT, a wkład finansowy gminy został oszacowany na 36 000 EUR bez VAT. Stosownie do ustalonych przez zamawiającego kryteriów, do celów prowadzenia działalności będącej przedmiotem koncesji, wykonawca musiał być zarejestrowany w standardowej krajowej klasyfikacji działalności w klasie 77.110 (wynajem i dzierżawa samochodów osobowych i furgonetek), przy czym w przypadku oferty złożonej w ramach partnerstwa warunkiem musiał zostać spełniony przez każdego z partnerów. Spółka SHARENGO najem in zakup vozil d.o.o., wniosła do gminy Lublana odwołanie, w którym wskazała na naruszenie przepisów dotyczących zamówień publicznych oraz partnerstwa publiczno-prywatnego w zakresie ustalonych przez zamawiającego kryteriów. Gmina Lublana oddaliła wniesiony środek odwoławczy, przekazując jednocześnie dokumentację do *Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil*, słoweńskiej komisji ds. kontroli postępowań o udzielenie zamówień publicznych, która zawiesiła toczące się postępowanie i zwróciła się do Trybunału z wnioskiem prejudycjalnym zmierzającym przede wszystkim do wyjaśnień w zakresie zakwalifikowania spornej umowy jako zamówienia publicznego na usługi lub koncesji na usługi⁴².

⁴² *Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil* zadała Trybunałowi następujące pytania:

1. Czy rozporządzenie [nr 2195/2002] należy interpretować w ten sposób, że wynajem pojazdów przeznaczonych do transportu osób bez kierowcy nie jest objęty zakresem grupy 601 Wspólnego słownika zamówień (CPV), lecz zakresem grupy 341 Wspólnego słownika zamówień (CPV), kodem ze słownika uzupełniającego w celu uzupełnienia opisu, której to grupy nie dotyczy kod PB04-7 »Bez kierowcy« ze słownika uzupełniającego CPV, wobec czego z kodów z grupy 341 Wspólnego słownika zamówień (CPV) w związku z kodem PA01-7 »Wynajem« ze słownika uzupełniającego CPV wynika, że wynajem pojazdów przeznaczonych do transportu osób bez kierowcy należy uznać za zamówienie na dostawę, a nie za zamówienie na usługi, a w konsekwencji – w przypadku gdy główny element inwestycji wykonawcy w wykonanie projektu dotyczącego ustanowienia publicznego systemu wynajmu i wspólnego użytkowania pojazdów elektrycznych polega na dostawie pojazdów elektrycznych i inwestycja ta jest również większa niż inwestycja instytucji zamawiającej w wykonanie projektu – kryterium »usługi«, o którym mowa w art. 5 pkt 1 lit. b) dyrektywy [2014/23] nie jest spełnione, a zatem zamówienie na wykonanie tego projektu nie jest koncesją na usługi w rozumieniu art. 5 pkt 1 lit. b) dyrektywy 2014/23?
2. Czy zawarte w art. 5 pkt 1 lit. b) dyrektywy 2014/23/UE pojęcie »świadczenie usług [...] i zarządzanie [...] usługami« należy interpretować w ten sposób, że:
 - a) zawarte w art. 5 pkt 1 lit. b) [dyrektywy 2014/23] pojęcie »świadczenie usług« ma takie samo znaczenie jak pojęcie »świadczenie usług« zawarte w art. 2 ust. 1 pkt 9 dyrektywy [2014/24], w związku z czym zawarte w art. 5 pkt 1 lit. b) dyrektywy [2014/23] pojęcie »świadczenie usług« oznacza, że w przypadku ustanowienia publicznego systemu wynajmu i wspólnego użytkowania pojazdów elektrycznych wykonawca świadczy usługi związane z wynajmem i wspólnym użytkowaniem pojazdów elektrycznych oraz prowadzi działalność wykraczającą poza wynajem i wspólne użytkowanie pojazdów elektrycznych?
Oraz
 - b) zawarte w art. 5 pkt 1 lit. b) dyrektywy [2014/23] pojęcie »zarządzanie [...] usługami« oznacza, że wykonawca korzysta z »prawa do wykonywania usług«, o którym mowa w dalszej części, art. 5 pkt 1 lit. b) dyrektywy [2014/23], i uzyskuje dochody z takiego zarządzania usługami, w związku z czym zawarte w art. 5 pkt 1 lit. b) [dyrektywy 2014/23] pojęcie »zarządzanie usługami« oznacza, że w przypadku ustanowienia publicznego systemu wynajmu i wspólnego użytkowania pojazdów

Odpowiadając na pytania pierwsze, drugie, ósme i dziewiąte, rozpatrywane łącznie, Trybunał w pierwszej kolejności przypomniał, że koncesja na usługi różni się od zamówienia publicznego przyznaniem koncesjonariuszowi prawa do wykonywania usług będących przedmiotem koncesji, ewentualnie takiego prawa wraz z płatnością, przy czym koncesjonariusz dysponuje w ramach zawartej umowy pewnym zakresem swobody gospodarczej w określaniu warunków świadczenia usług, które zostały mu powierzone i ponosi jednocześnie ryzyko związane ze świadczeniem tych usług⁴³. W związku z powyższym, zdaniem Trybunału, już samo przeniesienie na koncesjonariusza ryzyka związanego z wykonywaniem usług wystarcza dla stwierdzenia występowania koncesji na usługi w rozumieniu art. 5 pkt 1 lit. b) dyrektywy 2014/23/UE. W tym względzie pozostaje bez znaczenia, że wkład finansowy wykonawcy nie jest taki sam jak wkład zamawiającego. Ze stanu faktycznego analizowanego postępowania wynika bowiem, że wkład zamawiającego, o którym mowa powyżej, nie może wyeliminować ryzyka gospodarczego wykonawcy, a co za tym idzie, ten ostatni będzie mógł amortyzować dokonane inwestycje i ponoszone przez siebie koszty w trakcie wykonywania usługi będącej przedmiotem postępowania głównego tylko wtedy, gdy osiągnie znaczne dochody z opłat uiszczanych przez użytkowników usługi.

elektrycznych – ze względu na świadczenie usług objętych zakresem wynajmu i wspólnego użytkowania pojazdów elektrycznych oraz prowadzenie działalności wykraczającej poza wynajem i wspólne użytkowanie pojazdów elektrycznych – wykonawca ma prawo do pobierania od użytkowników zapłaty za świadczenie usług i nie jest zobowiązany do uiszczania na rzecz gminy opłaty za parkowanie ani kosztów regularnego utrzymania miejsc parkingowych, w związku z czym jest uzasadnione, że uzyskuje on dochody na tej podstawie?

8. Czy art. 2 ust. 1 pkt 8 [dyrektywy 2014/24] należy interpretować w ten sposób, że chodzi o zamówienie publiczne na dostawę, w przypadku gdy (w zależności od wartości inwestycji wykonawcy) istotna część przyszłego stosunku umownego między gminą a wykonawcą jest związana z wynajmem i wspólnym użytkowaniem pojazdów elektrycznych przeznaczonych dla użytkowników publicznego systemu wynajmu i wspólnego użytkowania pojazdów elektrycznych, w ramach którego to stosunku umownego gmina nie inwestuje bezpośrednio w realizację projektu ustanowienia publicznego systemu wynajmu i wspólnego użytkowania pojazdów elektrycznych poprzez zapłatę środków pieniężnych na rzecz wykonawcy, lecz pośrednio poprzez zrzeczenie się opłat za parkowanie przez okres 20 lat oraz poprzez zapewnienie regularnego utrzymania miejsc parkingowych, a wartość tej inwestycji przekracza łącznie wartość, o której mowa w art. 4 lit. b) lub c) [dyrektywy 2014/24], jednakże ta inwestycja gminy jest (znacząco) niższa zarówno od całkowitej inwestycji wykonawcy w projekt ustanowienia publicznego systemu wynajmu i wspólnego użytkowania pojazdów elektrycznych, jak i od inwestycji wykonawcy w część projektu dotyczącą pojazdów elektrycznych, niezależnie od okoliczności, że użytkownicy będą płacić wykonawcy za korzystanie z pojazdów elektrycznych oraz że od popytu ze strony użytkowników zależy, czy wykonawca będzie w stanie uzyskać wystarczające dochody, aby wykazać sukces finansowy ustanowienia publicznego systemu wynajmu i wspólnego użytkowania pojazdów elektrycznych, w związku z czym wykonawca ponosi ryzyko operacyjne realizacji projektu, co stanowi cechę koncesji na usługi w rozumieniu art. 5 pkt 1 lit. b) [dyrektywy 2014/23], a nie zamówienia publicznego w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 5 [dyrektywy 2014/24]?
9. Czy art. 3 ust. 4 akapit trzeci [dyrektywy 2014/24] należy interpretować w ten sposób, że stanowi on podstawę prawną do zastosowania systemu przewidzianego w [dyrektywie 2014/24] dla celów udzielenia przyszłego zamówienia między gminą a wykonawcą, dotyczącego projektu ustanowienia publicznego systemu wynajmu i wspólnego użytkowania pojazdów elektrycznych, gdyż zamówienie to należy uznać za zamówienie mieszane, zawierające elementy zamówienia publicznego na dostawę i usługi oraz koncesji na usługi, z uwagi na to, że wartość inwestycji gminy w wykonanie tego projektu przekracza wartość, o której mowa w art. 4 lit. c) [dyrektywy 2014/24]?

⁴³ zob. podobnie wyrok z dnia 14 lipca 2016 r. w sprawach połączonych C-458/14 i C-67/15 *Promoimpresa Srl i in. przeciwko Consorzio dei comuni della Sponda Bresciana del Lago di Garda e del Lago di Idro i in.*, ECLI:EU:C:2016:558, pkt 46

Zarazem Trybunał zaznaczył, że sytuacja, w której wkład finansowy wykonawcy jest w przeważającej części przeznaczony na zakup pojazdów elektrycznych, nie może prowadzić do uznania planowanego przez gminę Lublana projektu publicznego systemu wynajmu i wspólnego użytkowania pojazdów elektrycznych za umowę mieszaną w rozumieniu art. 20 dyrektywy 2014/23/UE, ponieważ dla zastosowania wskazanego przepisu konieczne jest wykazanie istnienia zamówienia publicznego w rozumieniu dyrektywy 2014/24/UE przede wszystkim poprzez fakt, że zamawiający, który organizuje zamówienie publiczne na dostawy, sam zamierza czerpać korzyści z zakupionych, wziętych w leasing lub będących przedmiotem najmu towarów.

W świetle powyższych rozważań Trybunał orzekł, że czynność, poprzez którą zamawiający zamierza powierzyć stworzenie usługi wynajmu i wspólnego użytkowania pojazdów elektrycznych i zarządzanie tą usługą wykonawcy, którego wkład finansowy jest w przeważającej części przeznaczony na zakup tych pojazdów i w ramach której dochody tego wykonawcy będą zasadniczo pochodziły z opłat uiszczanych przez użytkowników tej usługi stanowi koncesję na usługi. Wskazane cechy mogą bowiem wykazać, że ryzyko związane z wykonywaniem powierzonych usług zostało przeniesione na tego wykonawcę.

**2.7.orzeczenie z dnia 17 października 2024 r. w sprawie C-28/23 NFŠ a.s.
*przeciwko Slovenská republika konajúca prostredníctvom Ministerstva
školsťva, vedy, výskumu a športu Slovenskej republiky, Ministerstvo
školsťva, vedy, výskumu a športu Slovenskej republiky,*
ECLI:EU:C:2024:893**

Na gruncie sprawy, w której zapadł omawiany wyrok, rząd Republiki Słowackiej w latach 2006-2013 przyjął szereg uchwał w celu wybudowania narodowego stadionu piłkarskiego, którego wykonawca miał zostać wybrany w trybie procedury otwartej. W dniu 10 lipca 2013 r. słowackie ministerstwo szkolnictwa przyjęło uchwałę nr 400/2013, w następstwie której, bez przeprowadzenia jakiegokolwiek postępowania, w dniu 11 lipca 2013 r. zawarto z wybraną spółką NFŠ a. s. (poprzednikiem prawnym strony skarżącej) memorandum określające warunki udzielenia dotacji i budowy stadionu. Zarazem dotacji udzielono z pominięciem jakichkolwiek procedur konkurencyjnych, gdyż zgodnie z treścią zaproszenia do składania wniosków, co wynika z uchwały nr 400/2013, jedynym podmiotem uprawnionym była spółka NFŠ a. s. W dniu 10 maja 2016 r. ministerstwo szkolnictwa, działając w imieniu Republiki Słowackiej, jako przyszły kupujący, zawarło ze spółką NFŠ a. s. jako przyszłym sprzedawcą przedwstępną umowę (sprzedaży), określającą warunki zawarcia przyrzeczonej umowy sprzedaży stadionu na podstawie wezwania spółki NFŠ a. s., która zawierała ponadto załączniki ze szczegółowymi specyfikacjami parametrów technicznych i materiałowych wybudowanego stadionu. Wywołanie przez umowę przedwstępną skutków prawnych

zostało uzależnione od spełnienia trzech warunków: opublikowania umowy w państwowym centralnym rejestrze umów, wydania przez Komisję Europejską decyzji dotyczącej oceny transakcji przewidzianych w umowie przedwstępnej i umowie o udzielenie dotacji z perspektywy dopuszczalności pomocy publicznej i wreszcie zajęcia stanowiska w przedmiocie zgodności transakcji przewidzianych w umowie przedwstępnej z przepisami o zamówieniach publicznych przez słowacki urząd ds. zamówień publicznych, jako krajowy organ nadzoru nad zamówieniami publicznymi. Pierwsze dwa warunki zostały spełnione, natomiast urząd nie przeprowadził kontroli ani nie zajął wiążącego stanowiska. Zaistniała sytuacja doprowadziła do powstania czterech sporów sądowych z udziałem spółki NFŠ a. s. oraz ministerstwa szkolnictwa i Republiki Słowackiej. Rozpoznający sprawę sąd odsyłający zawiesił toczące się postępowania i zwrócił się do Trybunału z czterema pytaniami prejudycjalnymi, spośród których pierwsze z nich dotyczyło ustalenia, czy umowa o udzielenie dotacji na wybudowanie budowli, która poza celami komercyjnymi, służyć będzie również publicznemu wspieraniu sportu (stadion piłkarski) i umowa przedwstępna zawarta między ministerstwem szkolnictwa (państwem) a wybranym z pominięciem procedur konkursowych podmiotem prawa prywatnego stanowią „zamówienie publiczne na roboty budowlane” w rozumieniu przepisów dyrektyw w sprawie zamówień publicznych⁴⁴.

W odpowiedzi na zadane pytanie, po wstępnym stwierdzeniu jego dopuszczalności oraz ustaleniu zastosowania *ratione temporis* dyrektywy 2004/18/WE, Trybunał przeszedł do istoty sprawy wskazując, że zbadania wymaga, czy stosownie do definicji pojęcia „zamówienia publicznego” zawartej w art. 1 ust. 2 lit. a) dyrektywy, zbiór umów rozpatrywany w postępowaniu głównym stanowi umowę o charakterze odpłatnym zawartą na piśmie pomiędzy wykonawcami a instytucją zamawiającą, a jeśli tak, to czy przedmiotem tej umowy jest realizacja obiektu budowlanego odpowiadającego wymogom określonym przez tę instytucję zamawiającą, w rozumieniu art. 1 ust. 2 lit. b) tej dyrektywy.

W pierwszym rzędzie Trybunał wskazał, że termin „umowy” zawarty w art. 1 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2004/18/WE obejmuje również uzgodnienia wyrażające wolę wynikające z kilku dokumentów, przy czym okoliczność, że zgodnie z prawem krajowym stanowią

⁴⁴ Okresný súd Bratislava III zwrócił się do Trybunału z następującym pytaniem:

Czy umowa o udzielenie dotacji i przedwstępna umowa sprzedaży zawarte między ministerstwem (państwem) a podmiotem prawa prywatnego wybranym z pominięciem procedur konkursowych stanowią „zamówienie publiczne na roboty budowlane” w rozumieniu art. 1 ust. 2 lit. b) dyrektywy 2004/18 bądź art. 2 ust. 6 lit. c) dyrektywy 2014/24, jeżeli umowa o udzielenie dotacji stanowi pomoc publiczną zatwierdzoną przez Komisję Europejską w rozumieniu art. 107 ust. 3 lit. c) TFUE, przedmiotem zobowiązań objętych umową o udzielenie dotacji jest zobowiązanie państwa do udzielenia dotacji, jak również zobowiązanie podmiotu prawa prywatnego do wybudowania budowli zgodnie z warunkami określonymi przez ministerstwo i umożliwienia organizacji sportowej korzystania z części tej budowli, a przedmiotem zobowiązań objętych umową przedwstępną jest jednostronna opcja przyznana podmiotowi prawa prywatnego w postaci zobowiązania państwa do odkupienia wybudowanej budowli, przy czym umowy te stanowią wzajemnie czasowo i przedmiotowo powiązane ramy wzajemnych zobowiązań między ministerstwem a podmiotem prawa prywatnego?

one umowy, nie stoi temu na przeszkodzie. Trybunał stwierdził, że umowa o przyznanie dotacji i umowa przedwstępna wykazują związek przedmiotowy, gdyż jedna i druga zostały zawarte w ramach projektu budowy stadionu piłkarskiego, a także związek czasowy, gdyż budowa obiektu rozpoczęła się jesienią 2016 r., czyli po zawarciu w dniu 10 maja 2016 r. aneksu nr 1 do umowy o przyznanie dotacji oraz umowy przedwstępnej. Po drugie, umowy składające się na zbiór umów, będący przedmiotem postępowania głównego, zostały zawarte na piśmie przez spółki Národný futbalový štadión w odniesieniu do umowy o przyznanie dotacji i NFŠ w odniesieniu do umowy przedwstępnej, będące wykonawcami oraz przez państwo słowackie, będące instytucją zamawiającą w rozumieniu dyrektywy. Po trzecie, w ramach analizy, czy zbiór umów rozpatrywany w postępowaniu głównym cechuje się odpłatnym charakterem, Trybunał, nawiązując do omówionego wyżej w punkcie 2.5. niniejszej publikacji wyroku w sprawie *Tax-Fin-Lex* przypomniał, że przymiot odpłatności posiada umowa, na mocy której każda ze stron zobowiązuje się do wykonania świadczenia w zamian za inne świadczenie i to właśnie ten wzajemny charakter stanowi istotną cechę zamówienia publicznego, które musi przekładać się na stworzenie dla każdej strony umowy prawnie wiążących zobowiązań, co do których powinna istnieć możliwość dochodzenia ich wykonania na drodze sądowej⁴⁵. W tym względzie Trybunał zwrócił uwagę na istnienie wzajemnych zobowiązań ministerstwa edukacji i NFŠ, zwłaszcza na okoliczność, że umowa o przyznanie dotacji nakłada na państwo obowiązek jej przyznania, a także na poprzednika prawnego NFŠ obowiązek zbudowania stadionu piłkarskiego zgodnie z warunkami określonymi przez ministerstwo edukacji oraz sfinansowania co najmniej 60% kosztów budowy.

Ponadto w ramach zamówienia publicznego na roboty budowlane instytucja zamawiająca otrzymuje świadczenie polegające na wykonaniu robót, stanowiące dla niej bezpośredni interes gospodarczy, który może zostać stwierdzony także w sytuacji, gdy przewidziano, że będzie ona miała tytuł prawny zapewniający dostępność obiektów budowlanych w celu ich przeznaczenia na cele publiczne⁴⁶. W tym miejscu Trybunał zauważył, że o ile stadion piłkarski należy do NFŠ, o tyle umowa o przyznanie dotacji ogranicza prawo do przeniesienia jego własności na osoby trzecie, w szczególności wymagając w tym celu uprzedniej pisemnej zgody państwa słowackiego. W związku z tym to państwo dysponuje zasadniczo prawem pierwokupu tego stadionu, mającym samoistną wartość ekonomiczną, zaś zobowiązując się do jego zakupu na żądanie NFŠ, wzięło na siebie całe ryzyko w przypadku gospodarczej porażki obiektu budowlanego.

Wreszcie, aby umowa stanowiła „zamówienie publiczne na roboty budowlane”, którego przedmiotem jest wykonanie obiektu budowlanego, ten obiekt budowlany musi zostać

⁴⁵ zob. podobnie wyrok z dnia 10 września 2020 r. w sprawie C-367/19 *Tax-Fin-Lex d.o.o. przeciwko Ministrstvo za notranje zadeve*, ECLI:EU:C:2020:685, pkt 25-26 i przytoczone tam orzecznictwo

⁴⁶ zob. podobnie wyrok z dnia 22 kwietnia 2021 r. w sprawie C-537/19, *Komisia przeciwko Austrii (Najem niewybudowanego jeszcze budynku)*, EU:C:2021:319, pkt 44 i przytoczone tam orzecznictwo

wykonany zgodnie z wymogami określonymi przez instytucję zamawiającą – decydujący wpływ na projekt budynku dotyczy w szczególności wpływu na jego strukturę architektoniczną, taką jak rozmiar, ściany zewnętrzne i ściany nośne⁴⁷. W tym kontekście słowacki narodowy stadion piłkarski miał zostać wybudowany zgodnie z warunkami określonymi przez ministerstwo edukacji powołujące się na przestrzeganie kryteriów regulaminu UEFA co do infrastruktury stadionów w odniesieniu do stadionów kategorii 4. Jak zaznaczył Trybunał, obowiązek przestrzegania wspomnianych kryteriów mógłby pozwolić na rozpoznanie decydującego wpływu państwa słowackiego na strukturę architektoniczną, w przypadku, gdyby ten regulamin zawierał wymogi dotyczące na przykład rozmiaru boiska, pojemności stadionu w zakresie liczby widzów lub przewidzianych miejsc parkingowych.

W świetle całości powyższych rozważań w odpowiedzi na pytanie pierwsze Trybunał orzekł, że „zamówieniem publicznym na roboty budowlane” w rozumieniu przepisu art. 1 ust. 2 lit. b) dyrektywy 2004/18/WE jest zbiór umów wiążących państwo członkowskie z wykonawcą obejmujący umowę o przyznanie dotacji i umowę przedwstępną zawarte w celu wybudowania stadionu piłkarskiego, jeżeli ten zbiór kreuje wzajemne zobowiązania pomiędzy tym państwem a tym wykonawcą, obejmujące obowiązek zbudowania tego stadionu zgodnie z warunkami określonymi przez to państwo, a także jednostronną opcję na rzecz wspomnianego wykonawcy, odpowiadającą zobowiązaniu tego państwa do zakupu tego stadionu, i przyznaje temu wykonawcy pomoc państwa uznaną przez Komisję za zgodną z rynkiem wewnętrznym.

3. Zamówienia *quasi-wewnętrzne*

3.1.orzeczenie z dnia 3 października 2019 r. w sprawie C-285/18 *Kauno miesto savivaldybė, Kauno miesto savivaldybės administracija przeciwko UAB „Irgita” i UAB „Kauno švara”, ECLI:EU:C:2020:98*

Spór w tej sprawie powstał na tle prowadzonego przez administrację rejonu kowieńskiego, postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na usługi utrzymania zieleni, parków i lasów w Kownie. Zamówienie zostało udzielone na okres trzech lat spółce UAB Irgita, przy czym zgodnie z umową, wolumen usług przewidzianych w umowie stanowił wielkość maksymalną, lecz zamawiający nie był zobowiązany do nabycia wszystkich usług, ani ich konkretnej liczby minimalnej. W przypadku, gdyby usługi wymagane przez zamawiającego przekroczyły ustalone w umowie wartości maksymalne, miało zostać przeprowadzone odrębne postępowanie o udzielenie zamówienia. Niemal w tym samym czasie zamawiający wystąpił do litewskiego urzędu właściwego w sprawach zamówień, z wnioskiem o wyrażenie zgody na zawarcie umowy na podobne usługi z kontrolowaną przez zamawiającego spółką UAB Kauno švara w

⁴⁷ *Ibidem*, pkt 53

trybie bezpośredniego udzielenia zamówienia, powołując się na wyjątek dotyczący zamówień udzielanych podmiotom wewnętrznym (zamówienia typu *in-house*). Urząd wyraził zgodę na zawarcie tej umowy z zastrzeżeniem, że w celu racjonalnego wykorzystania środków finansowych i dla zapewnienia konkurencji pomiędzy wykonawcami, zamawiający powinien ocenić możliwość pozyskania usług zgodnie z przepisami o zamówieniach publicznych i o ochronie konkurencji. Zamawiający zawarł następnie umowę ze spółką kontrolowaną na okres pięciu lat z możliwością przedłużenia. Umowa stanowiła, że usługi będą zamawiane w zależności od potrzeb zamawiającego.

Spółka UAB Irgita zaskarżyła decyzję o bezpośrednim udzieleniu zamówienia, podnosząc niezgodność spornej umowy z przepisami w zakresie zamówień publicznych i ochrony konkurencji, wynikającą z uprzywilejowanego traktowania spółki UAB Kauno švara. Sąd pierwszej instancji oddalił skargę UAB Irgita, lecz sąd drugiej instancji uwzględnił apelację. Orzeczenie sądu apelacyjnego zasadniczo zakwestionowało prawo zamawiającego do udzielenia zamówień typu *in-house*, jeżeli poza przedsiębiorstwem kontrolowanym istnieją także inni wykonawcy zdolni do świadczenia usług stanowiących przedmiot zamówienia. Od tego rozstrzygnięcia zamawiający wniósł kasację do Lietuvos Aukščiausiasis Teismas, litewskiego sądu najwyższego, który zdecydował się zawiesić postępowanie i zwrócił się do Trybunału z pytaniami prejudycjalnymi dotyczącymi zasad udzielania zamówień podmiotom wewnętrznym na gruncie dyrektyw 2004/18/WE i 2014/24/UE w świetle orzecznictwa Trybunału w tym zakresie⁴⁸.

⁴⁸ Lietuvos Aukščiausiasis Teismas skierował do Trybunału Sprawiedliwości następujące pytania:

1. Przy uwzględnieniu okoliczności rozpatrywanej sprawy, czy zamówienie typu *in-house* jest objęte zakresem stosowania dyrektywy 2004/18/WE, czy dyrektywy 2014/24/UE, w sytuacji, w której postępowanie dotyczące udzielenia spornego zamówienia *in-house*, w tym między innymi postępowanie administracyjne, zostały wszczęte, gdy dyrektywa 2004/18 wciąż obowiązywała, lecz sama umowa została zawarta w dniu 19 maja 2016 r., gdy dyrektywa 2004/18/WE nie miała już mocy obowiązującej??
2. Przy założeniu, że zamówienie typu *in-house* jest objęte zakresem stosowania dyrektywy 2004/18/WE:
 - a) czy art. 1 ust. 2 lit. a) dyrektywy (lecz bez ograniczenia się do tego przepisu), biorąc pod uwagę wyroki Trybunału Sprawiedliwości w sprawach Teckal (C-107/98), Jean Aurox i in. (C-220/05) oraz ANAV (C-410/04) oraz inne orzeczenia, należy rozumieć i interpretować w ten sposób, że pojęcie „zamówienia *in-house*” jest objęte zakresem prawa Unii oraz że na treść i stosowanie tego pojęcia nie ma wpływu prawo krajowe państw członkowskich, w tym ograniczenia dotyczące udzielania takich zamówień, na przykład obowiązek spełniania warunku, że umowy zawierane w ramach udzielania zamówień publicznych nie pozwalają na zapewnienie jakości, dostępności i ciągłości świadczonych usług?
 - b) jeżeli odpowiedź na poprzednie pytanie jest przecząca, to znaczy, jeżeli pojęcie „zamówienia *in-house*” jest objęte, w części lub w całości, zakresem prawa państw członkowskich, czy wskazany powyżej przepis dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że państwu członkowskiemu przysługuje uznanie w zakresie ustanawiania ograniczeń lub dodatkowych warunków udzielania zamówień typu *in-house* (w porównaniu z prawem Unii i interpretującym to prawo orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości), lecz mogą one skorzystać z tego uznania wyłącznie za pośrednictwem szczególnych i jasnych przepisów prawa stanowionego dotyczących zamówień publicznych?
3. Przy założeniu, że zamówienie typu *in-house* jest objęte zakresem stosowania dyrektywy 2014/24/UE:
 - a) czy przepisy art. 1 ust. 4 i art. 12 dyrektywy oraz postanowienia art. 36 karty, łącznie bądź odrębnie (lecz bez ograniczenia się do tych przepisów), biorąc pod uwagę wyroki Trybunału Sprawiedliwości w sprawach Teckal (C-107/98), Jean Aurox i in. (C-220/05) oraz ANAV (C-410/04) oraz inne orzeczenia, należy rozumieć i interpretować w ten sposób, że pojęcie „zamówienia *in-house*” jest objęte zakresem prawa Unii oraz że na treść i stosowanie tego pojęcia nie ma wpływu prawo krajowe państw członkowskich, w tym ograniczenia dotyczące udzielania

Zadając pierwsze pytanie, sąd odsyłający zmierzał w istocie do ustalenia, która z dyrektyw koordynujących procedury udzielania zamówień publicznych ma zastosowanie do spornej umowy. Jak zauważył rzecznik generalny Gerard Hogan w opinii w tej sprawie⁴⁹, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału, co do zasady, zastosowanie ma dyrektywa obowiązująca w momencie, gdy zamawiający wybiera tryb postępowania i ostatecznie rozstrzyga kwestię, czy wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia powinno być poprzedzone publikacją ogłoszenia o zamówieniu.⁵⁰ Zatem sytuacja taka jak rozpatrywana w postępowaniu przed sądem odsyłającym wchodzi w zakres stosowania dyrektywy 2014/24/UE.

Pytania drugie i trzecie miały na celu ustalenie, po pierwsze, czy w świetle regulacji unijnych państwa członkowskie mogą uzależniać możliwość udzielenia zamówienia typu *in-house* w szczególności od warunku, by umowy zawierane w ramach zamówień publicznych nie pozwalały na zapewnienie dobrej jakości, dostępności i ciągłości świadczonych usług, a po drugie, czy warunki, od których państwa członkowskie uzależniają udzielanie zamówień typu *in-house*, powinny zostać ustanowione w oparciu o precyzyjne i jasne przepisy prawa w dziedzinie zamówień publicznych. Odpowiadając na te pytania, Trybunał zwrócił uwagę, że przepis art. 12 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE skutkuje jedynie upoważnieniem państw członkowskich do wyłączenia takiego zamówienia z zakresu stosowania dyrektywy. Inaczej mówiąc, dyrektywa 2014/24/UE w przypadku zamówień udzielanych podmiotom wewnętrznym, o których mowa w art. 12

takich zamówień, na przykład obowiązek spełniania warunku, że umowy zawierane w ramach udzielania zamówień publicznych nie pozwalają na zapewnienie jakości, dostępności i ciągłości świadczonych usług?
b) jeżeli odpowiedź na poprzednie pytanie jest przecząca, to znaczy, jeżeli pojęcie „zamówienia *in-house*” jest objęte, w części lub w całości, zakresem prawa państw członkowskich, czy przepis art. 12 dyrektywy 2014/24/UE należy interpretować w ten sposób, że państwu członkowskiemu przysługuje uznanie w zakresie ustanawiania ograniczeń lub dodatkowych warunków udzielenia zamówień typu *in-house* (w porównaniu z prawem Unii i interpretującym to prawo orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości), lecz mogą one skorzystać z tego uznania wyłącznie za pośrednictwem szczególnych i jasnych przepisów prawa stanowionego dotyczących zamówień publicznych?

4. Niezależnie od tego, która z dyrektyw znajduje zastosowanie do spornego zamówienia typu *in-house*, czy zasady równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców oraz przejrzystości (art. 2 dyrektywy 2004/18/WE i art. 18 dyrektywy 2014/24/UE), ogólny zakaz dyskryminacji ze względu na przynależność państwową (art. 18 TFUE), swoboda przedsiębiorczości (art. 49 TFUE), swoboda świadczenia usług (art. 56 TFUE), możliwość przyznania przedsiębiorstwom praw wyłącznych (art. 106 TFUE) i orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości (wyroki Teckal, ANAV, Sea, Undis Servizi i inne orzeczenia) powinny być rozumiane i interpretowane w ten sposób, że zamówienie typu *in-house* udzielane przez instytucję zamawiającą na rzecz podmiotu prawnie odrębnego od tej instytucji zamawiającej - w sytuacji gdy instytucja zamawiająca sprawuje nad tym podmiotem kontrolę podobną do kontroli, którą sprawuje nad swoimi własnymi jednostkami organizacyjnymi, a działalność tego podmiotu polega głównie na działaniach wykonywanych na rzecz instytucji zamawiającej - jest samo w sobie zgodne z prawem, a w szczególności nie narusza prawa innych wykonawców do uczciwej konkurencji, nie dyskryminuje tych innych wykonawców i nie prowadzi do przyznania uprzywilejowanego traktowania kontrolowanemu podmiotowi, na rzecz którego udzielono zamówienia typu *in-house*?

⁴⁹ zob. opinia rzecznika generalnego Gerarda Hogana przedstawiona w dniu 7 maja 2019 r. w sprawie C-285/18 *Kauno miesto savivaldybė, Kauno miesto savivaldybės administracija przeciwko UAB „Irgita” i UAB „Kauno švara”*, ECLI:EU:C:2019:369, pkt 30

⁵⁰ zob. wyrok z dnia 5 października 2000 r. w sprawie C-337/98 *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Francuskiej*, ECLI:EU:C:2000:543, pkt 36 i 37; wyrok z dnia 11 lipca 2013 r. w sprawie C-576/10 *Komisja Europejska przeciwko Królestwu Niderlandów*, ECLI:EU:C:2013:510, pkt 52; wyrok z dnia 10 lipca 2014 r. w sprawie C-213/13 *Impresa Pizzarotti & C. SpA przeciwko Comune di Bari i in.*, ECLI:EU:C:2014:2067, pkt 31; wyrok z dnia 7 kwietnia 2016 r. w sprawie C-324/14 *PARTNER Apelski Dariusz przeciwko Zarządowi Oczyszczania Miasta*, ECLI:EU:C:2016:214, pkt 83

ust. 1, nie zobowiązuje państw członkowskich do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zarazem nie zobowiązując państw członkowskich do udzielania zamówień typu *in-house*, nawet jeżeli spełnione są warunki określone w tym przepisie. Co za tym idzie, w ocenie Trybunału, państwa członkowskie mogą nałożyć na zamawiających dodatkowe warunki, nieprzewidziane w art. 12 ust. 1 dyrektywy, od których będzie zależeć możliwość udzielenia zamówienia typu *in-house*. Jednocześnie Trybunał zaznaczył, że swoboda państw członkowskich w tym zakresie nie jest nieograniczona. W ocenie Trybunału państwa członkowskie muszą z niej korzystać z poszanowaniem podstawowych zasad prawa pierwotnego, a w szczególności zasad: swobodnego przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług, a także zasad z nich wynikających. Dodatkowo Trybunał wskazał, że zasada przejrzystości, jak również zasada pewności prawa, wymagają, aby warunki, od których państwa członkowskie uzależniają udzielanie zamówień typu *in-house*, zostały ustanowione w oparciu o wystarczająco dostępne, precyzyjne i przewidywalne przepisy, tak aby wyeliminować ryzyko arbitralności.

Wreszcie w swoim czwartym pytaniu sąd odsyłający zastanawiał się, czy udzielenie zamówienia typu *in-house*, które spełnia warunki określone w art. 12 ust. 1 lit. a)-c) dyrektywy 2014/24/UE, jest samo w sobie zgodne z prawem unijnym. Trybunał zwrócił uwagę, że przepis ten dotyczy jednak jedynie zakresu stosowania dyrektywy 2014/24/UE i nie może być rozumiany jako określający warunki, na jakich zamówienie publiczne może zostać udzielone w kontekście zamówienia typu *in-house*, co oznacza, że udzielenie zamówienia typu *in-house*, które spełnia warunki określone w art. 12 ust. 1 lit. a)-c) dyrektywy 2014/24, nie jest samo w sobie zgodne z prawem Unii. W sprawie będącej przedmiotem odesłania do sądu odsyłającego należy w szczególności dokonanie oceny, czy w ramach postępowania dotyczącego udzielenia zamówienia typu *in-house* rozpatrywanego w postępowaniu głównym, którego przedmiot pokrywa się z przedmiotem zamówienia publicznego znajdującego się w trakcie realizacji przez Irgitę, jako wykonawcę, instytucja zamawiająca nie naruszyła swych zobowiązań umownych wynikających z tego zamówienia, a także zasady przejrzystości, gdyby się okazało, że instytucja ta nie zdefiniowała w sposób wystarczająco jasny swoich potrzeb, w szczególności nie zapewniając świadczenia minimalnej ilości usług wybranemu oferentowi, albo też że wspomniane zamówienie stanowi istotną modyfikację ogólnej struktury umowy w sprawie zamówienia zawartej z Irgitą.

Podsumowując, Trybunał orzekł, co następuje:

- sytuacja taka jak rozpatrywana w postępowaniu głównym, w której instytucja zamawiająca udzieliła zamówienia publicznego osobie prawnej, nad którą sprawuje kontrolę podobną do tej, jaką sprawuje nad własnymi jednostkami, w ramach postępowania wszczętego w czasie, gdy dyrektywa 2004/18/WE wchodzi w zakres stosowania dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady

- 2014/24/UE, jeżeli instytucja zamawiająca ostatecznie rozstrzygnęła kwestię, czy była ona zobowiązana do ogłoszenia wcześniej przetargu w celu udzielenia zamówienia publicznego rozpatrywanego w postępowaniu głównym po tej dacie,
- artykuł 12 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE należy interpretować w ten sposób, że nie stoi on na przeszkodzie przepisowi krajowemu, na mocy którego państwo członkowskie uzależnia możliwość udzielenia zamówienia typu *in-house* w szczególności od warunku, że umowy zawierane w ramach udzielania zamówień publicznych nie pozwalają na zapewnienie dobrej jakości, dostępności i ciągłości świadczonych usług, o ile wybór konkretnego sposobu świadczenia usług, dokonany na etapie poprzedzającym udzielenie zamówienia publicznego, jest zgodny z zasadami równego traktowania, niedyskryminacji, wzajemnego uznawania, proporcjonalności i przejrzystości
 - artykuł 12 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE, w świetle zasady przejrzystości, należy interpretować w ten sposób, że warunki, od których państwa członkowskie uzależniają udzielanie zamówień *in-house*, powinny zostać ustanowione w oparciu o precyzyjne i jasne przepisy prawa dotyczące zamówień publicznych, które muszą być wystarczająco dostępne i przewidywalne w zakresie ich stosowania, tak aby uniknąć wszelkiego ryzyka arbitralności, czego ustalenie należy w niniejszej sprawie do sądu odsyłającego
 - spełnienie warunków określonych w art. 12 ust. 1 lit. a)–c) dyrektywy 2014/24/UE nie jest równoznaczne z tym, że udzielenie danego zamówienia *quasi-wewnętrznego* jest zgodne z prawem Unii.

3.2. postanowienie z dnia 6 lutego 2020 r. w sprawach połączonych od C-89/19 do C-91/19 *Rieco SpA przeciwko Comune di Lanciano i in.*, ECLI:EU:C:2020:87

W sprawach, których dotyczyły wnioski *Consiglio di Stato*, włoskiego naczelnego sądu administracyjnego, gminy San Vito Chietino, Lanciano i Ortona powierzyły zarządzanie miejskimi usługami sanitarnymi podmiotowi, nad którym wspólnie sprawowały kontrolę podobną do sprawowanej nad własnymi służbami. Rieco SpA, przedsiębiorca zainteresowany świadczeniem tego rodzaju usług na rzecz gmin, zaskarżył tą decyzję do *Tribunale amministrativo regionale (TAR) per l'Abruzzo*, regionalnego sądu administracyjnego w Abruzji, wskazując, że powierzenie usług bez przetargu naruszało przepisy o zamówieniach publicznych. Sąd oddalił skargę, a *Consiglio di Stato*, rozpatrując odwołania od rozstrzygnięć abruzyjskiego TAR, postanowił zawiesić toczące się przed nim postępowanie i zwrócił się do Trybunału Sprawiedliwości z pytaniami

prejudycjalnymi dotyczącymi zgodności przepisów włoskiego prawa krajowego w tym zakresie z przepisami prawa unijnego⁵¹.

W odpowiedzi na pytanie pierwsze, Trybunał powołał się na omówiony wyżej wyrok w sprawie C-285/18 *Irgita*⁵², w którym Trybunał dokonał wykładni postanowień art. 12 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE, w ramach którego instytucja zamawiająca sama sprawuje kontrolę wewnętrzną nad podmiotem *in-house*, a nie przepisu art. 12 ust. 3 tej dyrektywy, w ramach którego podmiot ten jest wspólnie kontrolowany przez kilka instytucji zamawiających. W związku z tym, iż jest to jedyna różnica w obu przepisach, Trybunał przypominał, że swoboda wyboru przez państwa członkowskie sposobu świadczenia usług, w ramach którego instytucje zamawiające zaspokajają własne potrzeby, pozwala im uzależnić zawarcie transakcji wewnętrznej od braku możliwości udzielenia zamówienia publicznego, a w każdym razie od wykazania przez instytucję zamawiającą szczególnych korzyści, jakie dana społeczność odnosi z wykorzystania transakcji wewnętrznej. Trybunał zwrócił również uwagę, że wykluczenie przepisów dotyczących postępowania o udzielanie zamówień publicznych przewidzianych w art. 12 ust. 3 dyrektywy 2014/24/UE jest zatem zgodnie z lit. a) tego przepisu uzależnione od warunku, by instytucja zamawiająca sprawowała wraz z innymi instytucjami zamawiającymi nad daną osobą prawną kontrolę podobną do kontroli, jaką sprawują one nad ich własnymi jednostkami. Z powyższego wynika, że art. 12 ust. 3 dyrektywy 2014/24/UE nie przewiduje żadnego wymogu dotyczącego warunków, na jakich dany organ administracyjny nabywa udziały kapitałowe w spółce, której akcjonariuszami są inne organy administracyjne.

Z powyższych względów Trybunał orzekł, że artykuł 12 ust. 3 dyrektywy 2014/24/UE należy interpretować w ten sposób, że nie sprzeciwia się on uregulowaniu krajowemu, które uzależnia zawarcie transakcji wewnętrznej, określanej również mianem „umowy *in-*

⁵¹ Consiglio di Stato przedstawił Trybunałowi Sprawiedliwości następujące pytania prejudycjalne:

1. Czy prawo Unii Europejskiej (a w szczególności zasada swobodnego administrowania przez organy władzy publicznej i zasada zasadniczej równoważności pomiędzy różnymi trybami udzielenia zamówienia zarządzania usługami w interesie organów administracji publicznej) stoi na przeszkodzie przepisowi prawa krajowego [jak ten zawarty w art. 192 ust. 2 Codice dei contratti pubblici, decreto legislativo n. 50 del 2016 (dekretu ustawodawczego nr 50/2016 - kodeks zamówień publicznych)], który stawia udzielanie zamówień *in house* w pozycji podrzędnej i stanowiącej wyjątek względem udzielania zamówień w drodze postępowania przetargowego: i) dopuszczając taki sposób udzielania zamówień jedynie w przypadku wykazania niewydolności w funkcjonowaniu odnośnego rynku oraz ii) zobowiązując w każdym przypadku, organ administracji, który zamierza udzielić zamówienia w ramach delegacji między swymi wewnętrznymi jednostkami do dostarczenia konkretnego uzasadnienia w przedmiocie korzyści dla ogółu związanych z tą formą udzielenia zamówienia?
2. Czy prawo Unii Europejskiej (a w szczególności art. 12 ust. 3 dyrektywy 2014/24/UE dotyczący udzielania zamówień *in house* w ramach reżimu sprawowanej wspólnie przez kilka organów administracji kontroli podobnej) stoi na przeszkodzie przepisowi prawa krajowego [jak ten zawarty w art. 4 ust. 1 Testo Unico delle società partecipate - decreto legislativo n. 175 del 2016 (dekretu ustawodawczego nr 175/2016 - tekst jednolity w sprawie przedsiębiorstw z udziałem podmiotów publicznych)], który zabrania organowi administracji publicznej uzyskania udziału (jakkolwiek, niegwarantującego kontroli lub prawa weta) w organizmie, w którym udziały posiadają inne organy administracji, w sytuacji, w której taki organ zamierza jednak uzyskać w przyszłości wspólną kontrolę, a zatem możliwość bezpośredniego udzielania zamówień na rzecz tego wieloudziałowego organizmu?

⁵² wyrok z dnia 3 października 2019 r. w sprawie C-285/18 *Kauno miesto savivaldybė, Kauno miesto savivaldybės administracija przeciwko UAB „Irgita” i UAB „Kauno švada”*, ECLI:EU:C:2020:98

house", od braku możliwości udzielenia zamówienia publicznego, a w każdym razie od wykazania przez instytucję zamawiającą korzyści szczególnie wiążących się dla danej społeczności z posłużeniem się transakcją wewnętrzną. Z kolei artykuł 12 ust. 3 dyrektywy 2014/24/UE należy interpretować w ten sposób, że nie sprzeciwia się on przepisom krajowym, które uniemożliwiają instytucji zamawiającej nabycie udziałów w kapitale podmiotu, którego akcjonariuszami są inne instytucje zamawiające, jeżeli udziały te nie są w stanie zagwarantować kontroli lub uprawnienia do blokowania oraz jeżeli wspomniana instytucja zamawiająca zamierza następnie uzyskać pozycję wspólnej kontroli, a w konsekwencji możliwość bezpośredniego udzielania zamówień na rzecz tego podmiotu, którego kapitał znajduje się w posiadaniu kilku instytucji zamawiających.

3.3.orzeczenie z dnia 12 maja 2022 r. w sprawie C-719/20 *Comune di Lerici przeciwko Provincia di La Spezia*, ECLI:EU:C:2022:372

W sprawie, której Trybunał wydał omawiany wyrok, spółka ACAM, za pośrednictwem spółki zależnej ACAM Ambiente S.p.a., świadczyła na rzecz gminy Lerici usługi zarządzania zintegrowanym cyklem gospodarowania odpadami, na podstawie zamówienia udzielonego jej w 2005 r. w trybie tzw. zamówienia wewnętrznego typu *in-house* bezpośrednio, czyli bez przeprowadzenia postępowania konkurencyjnego. ACAM była bowiem spółką akcyjną należącą w całości do gmin włoskiej prowincji La Spezia, w tym do gminy Lerici. W dniu 12 lipca 2013 r. spółka ACAM została zmuszona do zawarcia ze swoimi wierzycielami umowy w sprawie restrukturyzacji. W wyniku postępowania restrukturyzacyjnego spółka ACAM połączyła się z wybraną w konkurencyjnym postępowaniu, podlegającą kontroli publicznej i notowaną na giełdzie spółką IREN SpA. Jednocześnie na podstawie szczególnej umowy inwestycyjnej gminy prowincji La Spezia zbyły akcje spółki ACAM na rzecz spółki IREN oraz nabyły odpowiadającą im część akcji spółki IREN. Jednakże gmina Lerici postanowiła zaakceptować umowę jedynie w odniesieniu do zbycia posiadanych przez nią akcji w spółce ACAM na rzecz spółki IREN i faktycznie zbyła je w dniu 11 kwietnia 2018 r. Mimo to w sierpniu 2018 r. prowincja La Spezia w drodze uchwały wskazała spółkę ACAM Ambiente S.p.a., podmiot zależny spółki IREN, jako podmiot świadczący na rzecz gminy Lerici usługi zarządzania zintegrowanym cyklem gospodarowania odpadami, w drodze zamówienia wewnętrznego. Gmina Lerici zaskarżyła tę uchwałę do *Tribunale amministrativo regionale (TAR) per la Liguria*, regionalnego sądu administracyjnego w Ligurii, podnosząc, że wskutek zbycia przez nią akcji spółki IREN przesłanki udzielenia zamówienia typu *in-house* nie były spełnione. Skarga gminy Lerici została przez liguryjski TAR oddalona. *Consiglio di Stato*, włoski naczelny sąd administracyjny, rozpatrując sprawę w drugiej instancji, zawiesił toczące się przed nim postępowanie i wystąpił do Trybunału z wnioskiem prejudycjalnym dotyczącym wykładni przepisów dyrektywy 2014/24/UE w zakresie problematyki

zamówień *in-house* i spełniania przesłanek „kontroli podobnej” w następstwie połączenia przedsiębiorstw przez przedsiębiorstwo będące następcą prawnym⁵³.

Odpowiadając na zadane pytanie Trybunał w pierwszej kolejności zaznaczył, że w przypadku gdy zamówienie publiczne zostało udzielone bez przeprowadzenia postępowania przetargowego spółce z kapitałem publicznym, jako zamówienie typu *in-house*, to nabycie tej spółki przez innego wykonawcę w okresie obowiązywania tego zamówienia może stanowić zmianę podstawowego warunku zamówienia wymagającego przeprowadzenia nowego postępowania⁵⁴. Taka zmiana może bowiem, zdaniem Trybunału, prowadzić do tego, że podmiotowi, któremu udzielono zamówienia, nie można już w praktyce utożsamiać z wewnętrzną jednostką organizacyjną instytucji zamawiającej, a co za tym idzie, wykonywanie danego zamówienia publicznego nie może być kontynuowane bez przeprowadzenia postępowania, ponieważ nie można domniemywać, że owa instytucja zamawiająca korzysta z własnych środków.

W dalszej kolejności Trybunał zaznaczył, że w myśl art. 12 ust. 3 dyrektywy 2014/24/UE zamówienie publiczne może zostać udzielone bez stosowania procedur przewidzianych w tej dyrektywie, pod warunkiem że (i) instytucja zamawiająca sprawuje nad wykonawcą wspólnie z innymi instytucjami zamawiającymi kontrolę podobną do kontroli sprawowanej nad ich własnymi jednostkami organizacyjnymi, że (ii) ponad 80% działalności tej instytucji zamawiającej jest prowadzone w ramach wykonywania zadań powierzonych jej przez instytucję zamawiającą sprawującą nad nią kontrolę lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tę instytucję i wreszcie że (iii) kapitał wykonawcy nie obejmuje bezpośredniego udziału kapitału prywatnego, z wyjątkiem form udziału kapitału prywatnego o charakterze niekontrolującym i nieblokującym wymaganych na mocy krajowych przepisów ustawowych, zgodnie z traktatami, oraz niewywierających decydującego wpływu na wykonawcę.

Tymczasem, jak zauważył Trybunał, z przedłożonych akt sprawy wynikało, po pierwsze, że w dniu wydania decyzji będącej przedmiotem skargi do sądu odsyłającego gmina

⁵³ Consiglio di Stato zwrócił się do Trybunału z następującym pytaniem prejudycjalnym:

Czy art. 12 dyrektywy 2014/24 stoi na przeszkodzie obowiązywaniu uregulowania krajowego, które nakazuje dokonanie połączenia spółek świadczących lokalne usługi użyteczności publicznej o charakterze gospodarczym, w wyniku którego to połączenia wykonawca, który w następstwie zdarzeń korporacyjnych przeprowadzonych zgodnie z przejrzystymi procedurami, w tym fuzji lub przejęć, wstąpił w prawa pierwotnego koncesjonariusza, kontynuuje zarządzanie usługami aż do upływu wyznaczonych terminów, w przypadku gdy:

- a) pierwotny koncesjonariusz jest spółką, której udzielono zamówienia typu »in house« jako wykonawcy podlegającemu kontroli podobnej sprawowanej wspólnie z innymi podmiotami;
- b) wykonawca będący następcą prawnym został wybrany w drodze przetargu publicznego;
- c) w wyniku połączenia spółek wymogi dotyczące kontroli podobnej sprawowanej wspólnie z innymi podmiotami nie są już spełnione w odniesieniu do jednego z podmiotów władz lokalnych, które pierwotnie powierzyły wykonawcy daną usługę?

⁵⁴ zob. podobnie wyroki: z dnia 6 kwietnia 2006 r. w sprawie C-410/04 *Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (ANAV) przeciwko Comune di Bari i AMTAB Servizio SpA*, ECLI:EU:C:2006:237, pkt 30–32, a także z dnia 10 września 2009 r. w sprawie C-573/07 *Sea Srl przeciwko Comune di Ponte Nossa*, ECLI:EU:C:2009:532, pkt 53

Lerici nie posiadała żadnego udziału w kapitale spółki IREN, który zresztą w znacznym stopniu obejmował udziały prywatne. Po drugie, nie wydawało się, aby była ona reprezentowana w organach decyzyjnych tej spółki ani by mogła wpływać, choćby wspólnie z innymi gminami będącymi właścicielami spółki ACAM, na strategiczne cele lub istotne decyzje spółki IREN. Z akt sprawy przedłożonych Trybunałowi nie wynikało również, by spółka IREN utrzymywała z gminą Lerici stosunki takie, które mogą zostać uznane za spełnienie warunków pozwalających zakwalifikować takie zamówienie jako zamówienie typu *in-house*.

Wobec powyższego Trybunał uznał, że dalsze wykonywanie przez IREN zamówienia publicznego w postępowaniu głównym powinno zostać uznane za oparte na zmianie podstawowego warunku zamówienia wymagającej przeprowadzenia nowego postępowania przetargowego, w związku z czym regulacje dyrektywy 2014/24/UE zezwalają spółce IREN na dalsze wykonywanie tego zamówienia dopiero po tym, kiedy zostanie ona wybrana jako wykonawca tego zamówienia wskutek przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z wymogami dyrektywy.

Mając na względzie całość powyższych rozważań, Trybunał orzekł, że przepisy dyrektywy 2014/24/UE stoją na przeszkodzie uregulowaniu krajowemu lub praktyce krajowej, zgodnie z którymi wykonywanie zamówienia publicznego, udzielonego początkowo bez przeprowadzenia postępowania przetargowego wewnętrznej jednostce organizacyjnej, nad którą instytucja zamawiająca sprawowała wspólną kontrolę podobną do tej, jaką sprawuje nad własnymi jednostkami organizacyjnymi, jest automatycznie kontynuowane przez wykonawcę, który nabył ową jednostkę organizacyjną w wyniku postępowania przetargowego, w przypadku gdy instytucja zamawiająca nie sprawuje takiej kontroli nad tym wykonawcą i nie posiada udziału w kapitale tego wykonawcy.

3.4.orzeczenie z dnia 22 grudnia 2022 r. w sprawach połączonych C-383/21 i C-384/21 *Sambre & Biesme SCRL, Commune de Farciennes przeciwko Société wallonne du logement (SWL)*, ECLI:EU:C:2022:1022

W sprawach połączonych, których dotyczył wniosek belgijskiego sądu odsyłającego, spółdzielnia mieszkaniowa SLSP Sambre & Biesme wraz z gminą Farciennes postanowiły w 2015 roku zrealizować inwestycję wybudowania ekologicznego osiedla, składającego się z około 150 lokali mieszkalnych. W tym celu strony zamierzały skorzystać ze wsparcia międzygminnej spółdzielni ds. zarządzania projektami technicznymi i ekonomicznymi oraz ich realizacji pod nazwą IGRETEC, której współnikami jest ponad 70 gmin, w tym gmina Farciennes. W szczególności w ramach kapitału zakładowego IGRETEC, podzielonego na udziały pięciu kategorii, liczba udziałów kategorii A przypadających na gminy wynosiła 5 054 351, a liczba udziałów kategorii C przypadających „innym członkom prawa publicznego” wynosiła 17 126. SLSP Sambre & Biesme podjęła uchwałę o zakupie jednego udziału kategorii C w IGRETEC, celem skorzystania z jej usług,

w charakterze współnika bardzo mniejszościowego. W celu realizacji inwestycji gmina Farciennes oraz SLSP Sambre & Biesme sporządziły projekt umowy ramowej przewidujący relację *in-house*, łączącą każdą ze stron umowy ze spółdzielnią IGRETEC. Następnie SLSP Sambre & Biesme podjęła uchwały w sprawie zatwierdzenia zawarcia tej umowy ramowej oraz nieprzeprowadzania postępowania przetargowego w zakresie pierwszego etapu realizacji projektu osiedla w Farciennes. Uchwały zostały uchylone przez organ nadzorczy – SWL, walońską spółkę mieszkaniową, z uwagi na to, że jej zdaniem przesłanki trybu *in-house* nie są spełnione w relacjach między SLSP Sambre & Biesme a IGRETEC, w wyniku czego zlecenia dawane IGRETEC przez SLSP Sambre & Biesme podlegają reżimowi regulacji w dziedzinie zamówień publicznych. *Conseil d'État*, belgijska rada stanu, rozpatrując skargę na decyzję o uchyleniu uchwał, zawiesiła toczące się postępowanie i zwróciła się do Trybunału z odesłaniem prejudycjalnym dotyczącym zagadnienia przesłanki kontroli podobnej do kontroli, jaką zamawiający sprawują nad własnymi jednostkami organizacyjnymi⁵⁵.

W pierwszej kolejności Trybunał stwierdził, na podstawie utrwalonego orzecznictwa, w szczególności wyroku zapadłego w sprawie *RTS infra i Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel*⁵⁶, że przepisy art. 12 ust. 3 i 4 dyrektywy 2014/24/UE mają bezwarunkowy i wystarczająco precyzyjny charakter wymagany do tego, aby były bezpośrednio skuteczne w sporach między osobami prawnymi prawa publicznego w przedmiocie

⁵⁵ *Conseil d'État* zadała Trybunałowi następujące pytania:

1. Czy art. [12 ust. 3] dyrektywy [2014/24] należy interpretować w ten sposób, że jest on bezpośrednio skuteczny?
2. W przypadku udzielenia odpowiedzi twierdzącej na pytanie pierwsze: czy art. [12 ust. 3] dyrektywy [2014/24] należy interpretować w ten sposób, że warunek, aby instytucja zamawiająca, w tym przypadku spółka mieszkaniowa użyteczności publicznej, była reprezentowana w organach decyzyjnych kontrolowanej osoby prawnej, w tym przypadku spółki międzygminnej, jest spełniony z tego tylko względu, że osoba zasiadająca w zarządzie tej spółki międzygminnej w charakterze radnego innej uczestniczącej instytucji zamawiającej, w tym przypadku gminy, jest także – ze względu na okoliczności czysto faktyczne i bez prawnej gwarancji reprezentacji – członkiem zarządu spółki mieszkaniowej użyteczności publicznej, zaś gmina jest współnikiem (niewyłącznym) zarówno podmiotu kontrolowanego (spółki międzygminnej), jak i spółki mieszkaniowej użyteczności publicznej?
3. W przypadku udzielenia odpowiedzi przeczącej na pytanie pierwsze: czy należy uznać, że instytucja zamawiająca, w tym przypadku spółka mieszkaniowa użyteczności publicznej, »uczestniczy« w organach decyzyjnych kontrolowanej osoby prawnej, w tym przypadku spółki międzygminnej, z tego tylko względu, że osoba zasiadająca w zarządzie tej spółki międzygminnej w charakterze radnego innej uczestniczącej instytucji zamawiającej, w tym przypadku gminy, jest także – ze względu na okoliczności czysto faktyczne i bez prawnej gwarancji reprezentacji – członkiem zarządu spółki mieszkaniowej użyteczności publicznej, zaś gmina jest współnikiem (niewyłącznym) zarówno podmiotu kontrolowanego (spółki międzygminnej), jak i spółki mieszkaniowej użyteczności publicznej?
4. Czy art. [12 ust. 4] dyrektywy [2014/24] należy interpretować w ten sposób, że jest on bezpośrednio skuteczny?
5. W przypadku udzielenia odpowiedzi twierdzącej na pytanie [czwarte]: czy art. [12 ust. 4] dyrektywy [2014/24] należy interpretować w ten sposób, że pozwala on na powierzenie, bez uprzedniego przeprowadzenia postępowania przetargowego, zadań związanych ze wsparciem przy zarządzaniu inwestycją oraz świadczeniem usług prawnych i środowiskowych instytucji zamawiającej, w tym przypadku spółce międzygminnej, jeżeli zadania te wpisują się w ramy współpracy między dwiema innymi instytucjami zamawiającymi, w tym przypadku gminą i spółką mieszkaniową użyteczności publicznej, jeżeli bezsporne jest, że gmina sprawuje kontrolę typu »wspólny *in house*« nad spółką międzygminną i jeżeli gmina oraz spółka mieszkaniowa użyteczności publicznej są członkami spółki międzygminnej w sektorze »biuro ekspertyz i zarządzanie projektami oraz centralne biuro zakupów« w ramach przedmiotu działalności [tej spółki międzygminnej] dotyczącego konkretnie zadań, jakie chcą jej powierzyć, które to zadania odpowiadają działalności prowadzonej na rynku przez biura ekspertyz i zarządzania projektami specjalizujące się w opracowywaniu, realizacji i wdrażaniu projektów?

⁵⁶ wyrok z dnia 14 stycznia 2021 r. w sprawie C-387/19 *RTS infra BVBA, Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel BVBA przeciwko Vlaams Gewest*, ECLI:EU:C:2021:13, pkt 49

bezpośredniego udzielenia zamówień publicznych, gdy dane państwo członkowskie nie dokonało transpozycji tej dyrektywy do krajowego porządku prawnego w wyznaczonym terminie.

Następnie Trybunał zwrócił uwagę, że przepis art. 12 ust. 3 akapit drugi ppkt (i) wskazanej dyrektywy wymaga, aby instytucja zamawiająca sprawująca wspólnie kontrolę nad osobą prawną posiadała członka działającego w charakterze przedstawiciela tej instytucji zamawiającej w organach decyzyjnych tej osoby prawnej, przy czym członek ten może w odpowiednim wypadku reprezentować również inne instytucje zamawiające. Jak zaznaczył Trybunał, w warunku reprezentacji chodzi przede wszystkim o to, by udział instytucji zamawiającej w organach decyzyjnych osoby prawnej kontrolowanej wspólnie z innymi instytucjami zamawiającymi miał miejsce za pośrednictwem przedstawiciela samej instytucji zamawiającej. Wymóg ten nie może zatem, zdaniem Trybunału, zostać spełniony za pośrednictwem członka tych organów, który zasiada tam wyłącznie jako przedstawiciel innej instytucji zamawiającej.

W związku z powyższym Trybunał wywiódł, że w zaistniałym stanie faktycznym przesłanka dotycząca warunku reprezentacji nie została spełniona. Po pierwsze bowiem, wspólnicy kategorii C, do której należy SLSP Sambre & Biesme, nie posiadali żadnego przedstawiciela w zarządzie IGRETEC, a po drugie, mimo że dany radny zasiadał również w zarządzie SLSP Sambre & Biesme, to jednak w zarządzie IGRETEC zasiadał on wyłącznie jako przedstawiciel gminy Farciennes, czyli wspólnik kategorii A.

W świetle powyższych rozważań Trybunał doszedł do wniosku, że określony w przepisie art. 12 ust. 3 akapit drugi ppkt (i) dyrektywy 2014/24/UE wymóg, aby zamawiający był reprezentowany w organach decyzyjnych kontrolowanej osoby prawnej, nie jest spełniony przez sam fakt, że w zarządzie tej osoby prawnej zasiada przedstawiciel innego zamawiającego, który wchodzi jednocześnie w skład zarządu tego pierwszego zamawiającego.

W dalszej kolejności Trybunał poddał analizie kwestię, czy na mocy art. 12 ust. 4 dyrektywy 2014/24/UE (zob. [rozdział 4](#) dotyczący horyzontalnej współpracy publiczno-publicznej) z zakresu jej stosowania wyłączone jest zamówienie publiczne powierzające instytucji zamawiającej zadania z zakresu usług publicznych, które wpisują się w ramy współpracy między innymi instytucjami zamawiającymi.

W tym względzie Trybunał zaznaczył, że fakt istnienia relacji *in-house* między niektórymi instytucjami zamawiającymi lub to, że instytucje zamawiające udzielające danego zamówienia publicznego są wspólnikami instytucji zamawiającej, której poprzez dane zamówienie publiczne zlecono określone zadania, nie mogą same w sobie być brane pod uwagę przy ocenie, czy art. 12 ust. 4 dyrektywy 2014/24/UE obejmuje sytuację, w której realizacja zadań przez instytucję zamawiającą mieści się w ramach współpracy między innymi instytucjami zamawiającymi. Trybunał zaznaczył, że brzmienie tego

przepisu nadaje pojęciu „współpracy” decydującą rolę w określonym w nim mechanizmie wyłączenia. W rezultacie dane zamówienie publiczne powinno stanowić wynik zabiegów na rzecz współpracy podejmowanych przez uczestniczące w niej instytucje zamawiające. Ustanowienie współpracy między podmiotami należącymi do sektora publicznego obejmuje bowiem wymiar, który z samej swej natury jest nastawiony na współdziałanie, a którego brak jest w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia objętego zasadami przewidzianymi w dyrektywie⁵⁷.

Natomiast jeżeli poprzez realizację swoich zadań w ramach danego zamówienia publicznego jedna z instytucji zamawiających nie dąży do osiągnięcia celów wspólnych zarówno dla niej, jak i dla innych instytucji zamawiających, lecz przyczynia się jedynie do realizacji celów, które są wspólne tylko dla tych innych instytucji zamawiających, to wówczas należy dojść do wniosku, że dane zamówienie publiczne ma na celu wyłącznie nabycie świadczenia w zamian za zapłatę wynagrodzenia i nie może ono zostać objęte wyłączeniem określonym w art. 12 ust. 4 dyrektywy⁵⁸.

4. Horyzontalna współpraca publiczno-publiczna

4.1. orzeczenie z dnia 18 października 2018 r. w sprawie C- 606/17 IBA *Molecular Italy przeciwko Azienda ULSS n° 3 i in.*, ECLI:EU:C:2018:843

W sprawie, będącej przedmiotem odesłania prejudycjalnego, Unità Sanitaria Locale n. 12 di Venezia, lokalna jednostka służby zdrowia nr 12 w Wenecji, wraz z weneckim szpitalem im. Angelo di Mestre, zleciły Sacro Cuore, religijnemu zakładowi prawa prywatnego, dostawę fludeoksyglukozy, produktu radiofarmaceutycznego używanego w diagnostyce, obciążając odbiorców jedynie kosztami transportu. Firma IBA Molecular Italy Srl, będąca wyłącznym dystrybutorem tego produktu leczniczego we Włoszech, zakwestionowała legalność tego zamówienia przed regionalnym sądem administracyjnym (TAR) dla Lacjum, argumentując między innymi przyznanie dotacji w wysokości 700 000 EUR przez region Wenecji Euganejskiej na pokrycie kosztów dostarczania leku. IBA podniosła również kwestie dotyczące warunków umowy i sposobu jej realizacji. Sąd pierwszej instancji oddalił skargę IBA, uznając, że dostawy leku mają charakter nieodpłatny, a zawarta umowa to porozumienie między jednostkami publicznymi, które nie podlega przepisom unijnym o zamówieniach publicznych. IBA odwołała się od tego wyroku do *Consiglio di Stato*, włoskiego naczelnego sądu administracyjnego, który rozpatrując sprawę w drugiej instancji, zdecydował się zawiesić postępowanie i zwrócił się do Trybunału Sprawiedliwości z pytaniami prejudycjalnymi dotyczącymi odpłatnego charakteru spornej umowy oraz dopuszczalności wyłączenia

⁵⁷ zob. podobnie wyrok z dnia 4 czerwca 2020 r. w sprawie C-429/19 *Remondis GmbH przeciwko Abfallzweckverband Rhein-Mosel-Eifel*, ECLI:EU:C:2020:436, pkt 32

⁵⁸ *Ibidem*, pkt 36–38

takiej transakcji spod reżimu udzielania zamówień publicznych jako horyzontalnej współpracy publiczno-publicznej w rozumieniu prawa unijnego⁵⁹.

Na wstępie Trybunał przypomniiał, że termin „o charakterze odpłatnym” odnosi się do umowy, na mocy której każda ze stron zobowiązuje się do świadczenia w zamian za inne świadczenie, co oznacza, że umowa przewidująca wymianę świadczeń mieści się w zakresie pojęcia zamówienia publicznego, nawet gdy wynagrodzenie jest ograniczone do częściowego zwrotu kosztów poniesionych w celu wykonania uzgodnionej usługi⁶⁰. Zatem w rozpatrywanej sprawie, ocena odpłatnego charakteru umowy dotyczącej wytwarzania i dostaw produktu leczniczego powinna uwzględniać istnienie świadczenia wzajemnego wypłacanego dostawcy tego produktu za pomocą dotacji regionu Wenecji Euganejskiej w wysokości 700 000 EUR. Dlatego umowa taka jak ta rozpatrywana w postępowaniu głównym, w której wykonawca zobowiązuje się do wytwarzania i dostarczania produktu różnym jednostkom administracji publicznej w zamian za przyznanie mu finansowania w całości przeznaczanego na ten cel, mieści się w pojęciu umowy „o charakterze odpłatnym” w rozumieniu art. 1 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2004/18/WE, nawet jeśli koszty wytworzenia i dystrybucji tego produktu nie zostaną w całości pokryte z tej dotacji lub przez koszty dostawy, które mogą zostać naliczone tym jednostkom.

Następnie Trybunał przypomniiał, że na mocy art. 1 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2004/18/WE, aby dana umowa „o charakterze odpłatnym” stanowiła zamówienie publiczne, a w związku z tym, by znajdowały do niej zastosowanie uregulowania Unii w tej dziedzinie,

⁵⁹ Consiglio di Stato zwrócił się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

1. Czy europejskie przepisy w dziedzinie zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, a w szczególności art. 1 i 2 dyrektywy 2004/18/WE, obejmują swym zakresem stosowania również złożone czynności, w ramach których instytucja zamawiająca bezpośrednio przyznaje danemu podmiotowi gospodarczemu finansowanie na określony cel, przeznaczone wyłącznie na wytworzenie produktów, które bez dalszego postępowania przetargowego mają być przedmiotem nieodpłatnej dostawy na rzecz różnych podmiotów publicznych bez zapłaty z ich strony jakiegokolwiek wynagrodzenia temu dostawcy; czy w związku z tym cytowane przepisy europejskie stoją na przeszkodzie obowiązywaniu przepisów krajowych, które zezwalają na bezpośrednie przyznanie finansowania na określony cel przeznaczonego na wytworzenie produktów, mających być bez dalszego postępowania przetargowego przedmiotem dostawy na rzecz różnych podmiotów publicznych, zwolnionej z zapłaty jakiegokolwiek wynagrodzenia na rzecz tego dostawcy?
2. Czy europejskie przepisy w dziedzinie zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, a w szczególności art. 1 i 2 dyrektywy 2004/18/WE oraz art. 49, 56, 105 i nast. Traktatu [o funkcjonowaniu] UE, stoją na przeszkodzie obowiązywaniu przepisów krajowych, które zrównując „klasyfikowane” prywatne szpitale ze szpitalami publicznymi, poprzez uwzględnienie ich w systemie publicznego programu krajowej opieki zdrowotnej na mocy szczególnych umów, odrębnych od powszechnych stosunków akredytacji obowiązujących z innymi podmiotami prywatnymi uczestniczącymi w systemie świadczeń opieki zdrowotnej, przy braku spełnienia wymogów do uznania za podmiot prawa publicznego oraz przesłanek bezpośredniego udzielenia zamówienia według zasad *in house providing*, wyłączają te „klasyfikowane” prywatne szpitale z zakresu stosowania krajowych i europejskich przepisów w dziedzinie zamówień publicznych, także w przypadkach w których podmiotom tym powierzono wytworzenie i nieodpłatną dostawę na rzecz publicznych placówek opieki zdrowotnej produktów koniecznych do wykonywania świadczeń opieki zdrowotnej, a które to „klasyfikowane” prywatne szpitale otrzymują jednocześnie publiczne finansowanie na określony cel z przeznaczeniem na dokonanie takich dostaw?

⁶⁰ por. wyroki: z dnia 19 grudnia 2012 r. w sprawie C-159/11 *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce i in. przeciwko Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce i in.* ECLI:EU:C:2012:817, pkt 29; a także z dnia 13 czerwca 2013 r. C-386/11 *Piepenbrock przeciwko Kreis Düren*, ECLI:EU:C:2013:385, pkt 31

musi ona być zawarta z jednym lub kilkoma wykonawcami oraz z jedną lub wieloma instytucjami zamawiającymi. Ponadto, jak wynika z utrwalonego orzecznictwa, zakresem zastosowania prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych nie są objęte dwa rodzaje zamówień udzielanych przez podmioty publiczne⁶¹. W pierwszej kolejności są to umowy zawierane przez podmiot publiczny spełniający określone w art. 1 ust. 9 dyrektywy 2004/18 przesłanki, kwalifikujące go jako „instytucję zamawiającą” w rozumieniu tej dyrektywy, z odrębną od niego osobą prawną, gdy jednocześnie podmiot ten sprawuje nad tą osobą prawną kontrolę analogiczną do kontroli sprawowanej nad swoimi własnymi służbami, zaś osoba ta wykonuje zasadniczą część swej działalności wraz z podmiotem lub podmiotami, do których należy⁶². Natomiast ze stanu faktycznego wynika, że ani region Wenecji Euganejskiej, ani instytucje zamawiające nie sprawują nad Sacro Cuore kontroli analogicznej do tej, jaką sprawują nad swoimi własnymi służbami, stąd uregulowanie krajowe, takie jak to rozpatrywane w postępowaniu głównym, nie może wyłączyć spod zakresu stosowania norm dotyczących zamówień publicznych umów zawieranych między instytucją taką jak Sacro Cuore a podmiotem publicznym, opierając się na omawianym wyjątku.

W drugiej kolejności, poza zakresem stosowania prawa zamówień publicznych Unii są umowy o charakterze odpłatnym ustanawiające współpracę między podmiotami publicznymi, mającą za przedmiot zapewnienie wykonania ich wspólnego zadania z zakresu usług publicznych, pod warunkiem że umowy takie zawarte zostały wyłącznie przez podmioty publiczne, bez udziału strony prywatnej. W takim przypadku żaden prywatny wykonawca nie zyskuje uprzywilejowanej pozycji względem swoich konkurentów, a ustanowiona w nich współpraca jest podyktowana wyłącznie względami i wymogami związanymi z realizacją celów leżących w interesie publicznym⁶³. Trybunał podkreślił, że wszystkie te kryteria mają charakter kumulatywny, czyli zamówienie udzielone między podmiotami publicznymi może być wyłączone spod zakresu stosowania prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych z uwagi na ten wyjątek, wyłącznie jeśli umowa, której podlega to zamówienie, spełnia wszystkie powyższe warunki⁶⁴. W niniejszej sprawie Trybunał wskazał, że już pierwsze kryterium, dotyczące współpracy łączącej podmioty publiczne, nie zostało spełnione, a szpitale „klasyfikowane”, takie jak Sacro Cuore, są osobami prawnymi, których zarząd w aspekcie finansowania, powoływania zarządu oraz regulaminu jest nadal w pełni prywatny.

⁶¹ cyt. wyrok w sprawie C-159/11 *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce i in.*, pkt 31

⁶² por. wyrok z dnia 18 listopada 1999 r. w sprawie C-107/98 *Teckal przeciwko Comune di Viano i Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, ECLI:EU:C:1999:562, pkt 50; a także z dnia 11 stycznia 2005 r. w sprawie C-26/03 *Stadt Halle i RPL Lochau przeciwko Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, ECLI:EU:C:2005:5, pkt 49

⁶³ por. wyrok z dnia 9 czerwca 2009 r. w sprawie C-480/06 *Komisja przeciwko Republice Federalnej Niemiec*, ECLI:EU:C:2009:357, pkt 44, 47

⁶⁴ por. wyrok z dnia 13 czerwca 2013 r. w sprawie *Piepenbrock przeciwko Kreis Düren*, ECLI:EU:C:2013:385, pkt 38

W świetle powyższych rozważań Trybunał stwierdził, że artykuł 1 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2004/18/WE należy interpretować w ten sposób, że pojęcie „umowy o charakterze odpłatnym” obejmuje decyzję, na mocy której instytucja zamawiająca przyznaje określönemu wykonawcy bezpośrednio, a zatem bez przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, finansowanie przeznaczone w całości na cel wytwarzania produktów, które mają być przez niego dostarczane bezpłatnie różnym jednostkom administracji, zwolnionym z zapłaty temu dostawcy jakiegokolwiek świadczenia wzajemnego, z wyjątkiem płatności tytułem kosztów dostawy kwoty ryczałtowej wynoszącej 180 EUR od każdego transportu.

Z kolei artykuł 1 ust. 2 lit. a) i art. 2 dyrektywy 2004/18/WE należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie obowiązywaniu uregulowania krajowego takiego jak to rozpatrywane w postępowaniu głównym, które, zrównując szpitale prywatne „klasyfikowane” ze szpitalami publicznymi ze względu na ich włączenie do systemu planowania krajowej publicznej opieki zdrowotnej, uregulowane w umowach *ad hoc*, które są różne od zwykłych stosunków akredytacji, panujących w przypadku innych prywatnych podmiotów uczestniczących w systemie opieki zdrowotnej, wyłącza te szpitale spod zakresu działania krajowych i unijnych przepisów z dziedziny zamówień publicznych, w tym również w przypadkach, w których szpitalom tym zleca się wytwarzanie i dostarczanie bezpłatnie do publicznych zakładów opieki zdrowotnej specyficznych produktów niezbędnych do świadczenia usług opieki zdrowotnej w zamian za publiczne finansowanie przyznane w celu wytwarzania i dostawy tych produktów.

4.2. orzeczenie z dnia 28 maja 2020 r. w sprawie C-796/18

***Informatikgesellschaft für SoftwareEntwicklung (ISE) mbH przeciwko Stadt Köln*, ECLI:EU:C:2020:395**

Spór w tej sprawie powstał na tle odwołania przedsiębiorcy ISE od odrzucenia przez niemiecką Izbę zamówień publicznych dla Nadrenii jego wniosku o stwierdzenie nieważności dwóch umów między miastem Kolonia a landem Berlin. Umowy te dotyczyły nieodpłatnego przekazania oprogramowania IGNIS Plus oraz współpracy nad jego rozwijaniem. Niemiecka Izba zamówień dla Nadrenii odrzuciła wniosek skarżącego, uznając, że stanowiące całość pod względem prawnym dwie przedmiotowe umowy między miastem Kolonia a landem Berlin nie są zamówieniem publicznym, z uwagi na ich nieodpłatny charakter. Stwierdziła, że te umowy nie stanowią umowy dwustronnie zobowiązującej, lecz współpracę na zasadzie równości praw, w ramach której oprogramowanie jest przekazywane bezpłatnie, korzystając przy tym z wyłączenia na podstawie niemieckiego przepisu § 108 ust. 6 GBW⁶⁵ (odpowiadającego art. 12 ust. 4 dyrektywy 2014/24/UE). Izba wskazała zarazem, że w ramach tej współpracy nie

⁶⁵ niemiecka ustawa o przeciwdziałaniu ograniczeniom konkurencji z dnia 26 czerwca 2013 r.

występuje ekwiwalentność wzajemnych świadczeń, ponieważ obaj partnerzy są jednakowo uprawnieni i zobowiązani. Mając na względzie powyższe, Oberlandesgericht Düsseldorf, sąd okręgowy w Düsseldorfie, orzekając w drugiej instancji, przedstawił Trybunałowi pytania prejudycjalne dotyczące zasad wyłączenia współpracy horyzontalnej między instytucjami zamawiającymi spod reżimu przepisów prawa zamówień publicznych ⁶⁶.

Odpowiadając na pytanie pierwsze, Trybunał przypomniał, że umowy między instytucjami zamawiającymi mogą być uznane za zamówienia publiczne, jeśli spełniają kryteria wzajemności i odpłatności w rozumieniu dyrektywy 2014/24/UE. Analiza zapisów umowy o udostępnienie oprogramowania oraz umowy o współpracy wskazuje na istnienie wzajemnego zobowiązania między stronami. Nieodpłatne udostępnienie oprogramowania powoduje powstanie zobowiązania do jego rozbudowy w przypadku konieczności optymalizacji systemu zarządzania interwencjami i przystosowywania go do potrzeb, co wiąże się z finansowaniem modułów uzupełniających. Zarazem moduły te muszą być następnie bezpłatnie udostępnione drugiemu partnerowi, co wskazuje na wzajemność świadczeń. Zatem, jeżeli sąd odsyłający uzna, że stosunek umowny między stronami ma charakter wzajemny, to należy te umowy zakwalifikować jako umowy o charakterze odpłatnym w rozumieniu dyrektywy 2014/24/UE.

W odniesieniu do pytania drugiego, Trybunał podkreślił, że art. 12 ust. 4 lit. a) dyrektywy 2014/24/UE dopuszcza współpracę między instytucjami zamawiającymi, która może obejmować różne formy działalności związanej z realizacją zadań publicznych, bez konieczności wspólnego świadczenia identycznych usług publicznych. Tym samym, jak zauważył w istocie rzecznik generalny Sánchez-Bordona w opinii w tej sprawie, przepis ten odnosi się jedynie do wspólnoty celów, bez wymogu wspólnego świadczenia tej samej usługi publicznej⁶⁷. W istocie, jak wynika z motywu 33 akapit pierwszy dyrektywy 2014/24/UE, „usługi świadczone przez poszczególne uczestniczące instytucje nie muszą

⁶⁶ Oberlandesgericht Düsseldorf przedstawił Trybunałowi Sprawiedliwości Unii Europejskiej następujące pytania prejudycjalne:

1. Czy pisemna umowa dotycząca przekazania przez organ administracji publicznej oprogramowania innemu organowi administracji publicznej, która jest powiązana z umową o współpracy, stanowi „zamówienie publiczne” w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 5 dyrektywy 2014/24/UE⁶⁶ lub - przynajmniej co do zasady, z zastrzeżeniem art. 12 ust. 4 lit. a) do c) - wchodzącą w zakres zastosowania tej dyrektywy umowę w rozumieniu jej art. 12 ust. 4 w przypadku, gdy przejmujący oprogramowanie nie jest zobowiązany do zapłaty ceny ani zwrotu kosztów oprogramowania, ale powiązana z przekazaniem oprogramowania umowa o współpracy przewiduje, że każda jej strona - a tym samym również przejmujący oprogramowanie - bezpłatnie udostępni drugiej stronie wszelkie opracowane przez siebie w przyszłości rozwinięcia tego oprogramowania, nie mając jednakże obowiązku jego rozwijania?
2. Czy art. 12 ust. 4 lit. a) dyrektywy 2014/24/UE wymaga, aby współpraca uczestniczących instytucji zamawiających dotyczyła [Or. 3] usług publicznych na rzecz obywateli, które muszą być świadczone wspólnie, czy też wystarczy, aby współpraca ta dotyczyła działalności, która w równym stopniu, lecz niekoniecznie wspólnie służy w pewien sposób świadczeniu usług publicznych?
3. Czy art. 12 ust. 4 dyrektywy 2014/24/UE zawiera dorozumiany tzw. zakaz uprzywilejowanego traktowania, a jeśli tak, to o jakiej treści?

⁶⁷ zob. opinia rzecznika generalnego Manuela Camposa Sáncheza-Bordony przedstawiona w dniu 29 stycznia 2020 r. w sprawie C-796/18 *Informatikgesellschaft für SoftwareEntwicklung (ISE) mbH przeciwko Stadt Köln*, ECLI:EU:C:2020:47, pkt 71

być identyczne – mogą mieć również charakter komplementarny”, a więc nie jest to niezbędne, by działalność z zakresu usług publicznych była prowadzona wspólnie przez podmioty publiczne uczestniczące we współpracy.

Odpowiadając na pytanie trzecie, Trybunał wskazał, że wyłączenie spod reżimu przepisów dyrektywy 2014/24/UE współpracy między instytucjami zamawiającymi jest możliwe tylko wtedy, gdy współpraca ta opiera się wyłącznie na względach związanych z interesem publicznym i nie prowadzi do uprzywilejowania żadnego prywatnego wykonawcy w stosunku do jego konkurentów. Trybunał przypomniał, że zgodnie z art. 18 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE instytucje zamawiające mają obowiązek zapewnienia równego traktowania wszystkich wykonawców oraz przestrzegania zasad przejrzystości i proporcjonalności. Jednocześnie zamówienia publiczne nie mogą być przeprowadzane w sposób, który sztucznie zawęży konkurencję, na przykład poprzez faworyzowanie jednego wykonawcy kosztem innych.

Z powyższych względów Trybunał orzekł, że dyrektywę 2014/24/UE, należy interpretować w ten sposób, że umowa stanowiąca, iż instytucja zamawiająca udostępnia nieodpłatnie oprogramowanie innej instytucji zamawiającej, związana z umową o współpracy, na mocy której każda z jej stron jest zobowiązana do nieodpłatnego udostępnienia drugiej stronie wszelkich rozszerzeń tego oprogramowania, które może opracować w przyszłości, stanowi „zamówienie publiczne” w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 5 tej dyrektywy, jeżeli zarówno z warunków tych umów, jak i z mających zastosowanie przepisów krajowych wynika, że co do zasady oprogramowanie to będzie przystosowywane.

Z kolei artykuł 12 ust. 4 dyrektywy 2014/24/UE należy interpretować w ten sposób, że współpracę między instytucjami zamawiającymi można wyłączyć z zakresu stosowania przepisów dotyczących udzielania zamówień publicznych przewidzianych w tej dyrektywie, jeżeli współpraca ta dotyczy działań pomocniczych względem usług publicznych, które muszą świadczyć wszyscy uczestnicy współpracy, choćby indywidualnie, pod warunkiem że te działania pomocnicze służą faktycznemu świadczeniu tych usług publicznych. Artykuł 12 ust. 4 dyrektywy 2014/24/UE w związku z motywem 33 akapit drugi i art. 18 ust. 1 tej dyrektywy należy interpretować w ten sposób, że współpraca między instytucjami zamawiającymi nie może skutkować, zgodnie z zasadą równego traktowania, postawieniem jednego przedsiębiorstwa prywatnego w uprzywilejowanej pozycji w stosunku do jego konkurentów.

4.3. orzeczenie z dnia 4 czerwca 2020 r. w sprawie C-429/19 Remondis GmbH przeciwko Abfallzweckverband Rhein-Mosel-Eifel, ECLI:EU:C:2020:436

W tej sprawie dwa niemieckie powiaty Mayen-Koblenz i Cochem-Zell oraz miasto Koblenz powierzyły wykonanie zadania odzyskiwania i usuwania odpadów kontrolowanemu przez nie wspólnie związkowi komunalnemu. Związek komunalny, będący instytucją zamawiającą, odpowiadał za przetwarzanie odpadów resztkowych, ale nie posiadał instalacji do ich wstępnego przetworzenia, co zmusiło go do zlecenia 80% tych działań prywatnym przedsiębiorstwom. Pozostałe 20% odpadów było przetwarzane przez powiat ziemski Neuwied, na podstawie porozumienia zawartego ze związkiem komunalnym. Porozumienie to określało szczegółowo obowiązki stron: związek komunalny zobowiązuje się do dostarczania określonej ilości odpadów do instalacji w Linkenbach należącej do powiatu, który przetwarza te odpady zgodnie z ustalonymi wymaganiami, a wynagrodzenie jest ustalane na podstawie ilości przetworzonych odpadów. Firma Remondis, działająca w sektorze przetwarzania odpadów, wniosła odwołanie, twierdząc, że porozumienie stanowi niezgodne z prawem bezpośrednie udzielenie zamówienia publicznego, które powinno być przedmiotem postępowania. Vergabekammer Rheinland-Pfalz, izba ds. zamówień publicznych kraju związkowego Nadrenia-Palatynat, uznała odwołanie za niedopuszczalne, argumentując, że porozumienie to jest formą współpracy między instytucjami zamawiającymi, która jest wyłączona spod reżimu zamówień publicznych zgodnie z § 108 ust. 6 GWB (odpowiadającemu art. 12 ust. 4 dyrektywy 2014/24/UE). Firma Remondis zaskarżyła tę decyzję, podnosząc, że w omawianym przypadku brak jest rzeczywistej współpracy opartej na koncepcji współdziałania, co oznacza, że sytuacja ta powinna zostać zakwalifikowana jako zamówienie publiczne, wymagające przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia. W drugiej instancji *Oberlandesgericht Koblenz*, wyższy sąd krajowy w Koblenz, zawiesił postępowanie i zwrócił się do Trybunału z pytaniem prejudycjalnym dotyczącym interpretacji art. 12 ust. 4 lit. a) dyrektywy 2014/24/UE, w szczególności tego, czy porozumienie takie jak to będące przedmiotem sporu, stanowi formę współpracy między instytucjami zamawiającymi, wyłączoną spod zakresu przepisów dotyczących zamówień publicznych⁶⁸.

Odpowiadając na pytanie prejudycjalne, Trybunał w pierwszej kolejności przypomniał, że pojęcie „współpracy” zawarte w art. 12 ust. 4 lit. a) dyrektywy 2014/24/UE nie zostało w tej dyrektywie zdefiniowane. W ocenie Trybunału przepis ten przewiduje, że umowa

⁶⁸ *Oberlandesgericht Koblenz* zwrócił się do Trybunału z następującym pytaniem prejudycjalnym:

Czy art. 12 ust. 4 lit. a) dyrektywy 2014/24, należy interpretować w ten sposób, że współpraca ma miejsce już wtedy, gdy instytucja zamawiająca wyłącznie odpowiedzialna na podstawie prawa krajowego za usuwanie odpadów na swoim obszarze nie wykonuje sama w całości tego zadania, do którego wykonania niezbędny jest szereg działań, lecz zleca wykonanie jednego z tych niezbędnych działań za wynagrodzeniem innej, niezależnej od siebie instytucji zamawiającej, która na swoim obszarze jest również odpowiedzialna za usuwanie odpadów?

między instytucjami zamawiającymi wykracza poza zakres stosowania tej dyrektywy, jeśli ustanawia lub wdraża współpracę między nimi w celu wykonania usług publicznych, które są zobowiązane zapewnić, realizując wspólne cele. Jednocześnie Trybunał wskazał, że brzmienie tego przepisu nadaje pojęciu „współpracy” centralne znaczenie dla wyłączenia przewidzianego w tym przepisie, co potwierdza również motyw 33 dyrektywy, podkreślający konieczność oparcia współpracy na „koncepcji współdziałania”. Zarazem Trybunał podkreślił, że warunek „prawdziwej współpracy” wynika nie tylko z motywu 33 dyrektywy, ale również z natury samego pojęcia „współpracy”, która zakłada wspólny udział wszystkich stron porozumienia w realizacji usług publicznych. W związku z tym, w ocenie Trybunału, nie można uznać za współpracę sytuacji, w której jedna instytucja zamawiająca jedynie zwraca koszty drugiej instytucji za wykonanie określonego działania, ponieważ nie spełnia to kryterium wspólnego działania. Zatem, jeśli porozumienie między instytucjami zamawiającymi, takie jak to będące przedmiotem postępowania głównego, ma na celu jedynie nabycie usługi za wynagrodzeniem, a współpraca między stronami nie opiera się na wspólnym definiowaniu potrzeb i rozwiązań, to takie porozumienie nie spełnia warunków wyłączenia przewidzianego w art. 12 ust. 4 lit. a) dyrektywy 2014/24.

W świetle powyższych rozważań Trybunał orzekł, że artykuł 12 ust. 4 lit. a) dyrektywy 2014/24/UE należy interpretować w ten sposób, że nie można uznać, iż ma miejsce współpraca między instytucjami zamawiającymi, w sytuacji gdy instytucja zamawiająca wyłącznie odpowiedzialna na podstawie prawa krajowego za wykonanie zadania realizowanego w interesie publicznym na swoim obszarze nie wykonuje sama w całości tego zadania, do którego wykonania jest niezbędny szereg działań, ale zleca innej, niezależnej od siebie instytucji zamawiającej, która na swoim obszarze jest również odpowiedzialna za wykonanie tego zadania realizowanego w interesie publicznym, wykonanie jednego z niezbędnych działań za wynagrodzeniem.

4.4.orzeczenie z dnia 18 czerwca 2020 r. w sprawie C-328/19 *Porin Kaupunki e.a.*, ECLI:EU:C:2020:483

Na mocy porozumienia o współpracy, które weszło w życie 1 lipca 2012 r., miasta Pori, Harjavalta, Kokemäki, Ulvila oraz gmina Nakkila (Finlandia) przekazały miastu Pori wykonywanie niektórych zadań transportowych jako organowi lokalnemu. W ramach tego porozumienia powołano komisję publicznego transportu zbiorowego regionu Pori, która miałaby zarządzać transportem na obszarze objętym porozumieniem, a koszty miały być rozdzielane między gminy według określonych zasad. Dodatkowo miasta Pori i Ulvila oraz gmina Merikarvia zawarły 18 grudnia 2012 r. porozumienie o współpracy w zakresie organizacji i świadczenia usług społecznych i zdrowotnych. W oparciu o model "gminy odpowiedzialnej" miasto Pori przejęło zadanie organizacji tych usług na całym objętym porozumieniem terytorium. W ramach tego systemu powołano komisję ds.

zagwarantowania podstawowych praw społecznych miasta Pori, zarządzającego tymi usługami, w tym ich budżetem i zakresem. Decyzją z dnia 4 maja 2015 r. komisja ds. zagwarantowania podstawowych praw społecznych postanowiła, że transport osób niepełnosprawnych do zakładów pracy i placówek opieki na obszarze objętym porozumieniem o współpracy w zakresie usług zdrowotnych będzie realizowany przez miejską spółkę transportową Porin Linjat Oy bez przeprowadzania postępowania przetargowego. Miasto Pori uzasadniło to decyzją o zastosowaniu trybu *in-house*, uznając Porin Linjat za podmiot powiązany. Spółka Lyttilän Liikenne Oy, przedsiębiorca zainteresowany świadczeniem tego rodzaju usług transportowych, zaskarżył tę decyzję do Markkinaoikeus, sądu gospodarczego, twierdząc, że miasta Pori i Ulvila oraz gmina Merikarvia nie były uprawnione do zawarcia spornej umowy poza procedurami udzielania zamówień publicznych. *Korkein hallinto-oikeus*, fiński naczelny sąd administracyjny, rozpatrując odwołanie od rozstrzygnięcia sądu gospodarczego, postanowił zawiesić toczące się przed nim postępowania i zwrócił się do Trybunału z pytaniami prejudycjalnymi dotyczącymi zakwalifikowania spornej umowy jako jednej z form współpracy pomiędzy podmiotami publicznymi wyjętej spod unijnego reżimu udzielania zamówień publicznych⁶⁹.

Odpowiadając na pierwsze pytanie, Trybunał w pierwszej kolejności odwołał się do ustalonego orzecznictwa, zgodnie z którym przekazanie kompetencji, których podział jest chroniony na mocy art. 4 ust. 2 TUE, nie spełnia wszystkich przesłanek określonych w definicji pojęcia „zamówienia publicznego”, ponieważ nie jest to umowa o charakterze odpłatnym. Odpłatny charakter umowy oznacza, że instytucja zamawiająca, która zawarła umowę, otrzymuje w zamian za świadczenie wzajemne bezpośrednie

⁶⁹ *Korkein hallinto-oikeus* przedstawił Trybunałowi Sprawiedliwości następujące pytania prejudycjalne:

1. Czy art. 1 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2004/18AA/E Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi należy interpretować w ten sposób, że model odpowiedzialnej gminy w rodzaju rozpatrywanej w tej sprawie umowy o współpracę między gminami spełnia przesłanki przekazania kompetencji nieobjętego zakresem stosowania dyrektywy (C-51/15, Remondis) lub współpracy horyzontalnej niepodlegającej obowiązkowi organizowania przetargu (C-386/11, Piepenbrock i przytoczone tam orzecznictwo) lub stanowi inny trzeci przypadek?
2. Jeżeli model odpowiedzialnej gminy zgodnie z umową o współpracy spełnia przesłanki przekazania kompetencji: czy w przypadku udzielenia zamówień po przekazaniu kompetencji organ władzy publicznej, któremu zostały przekazane kompetencje jest uznawany za instytucję zamawiającą i czy ten organ władzy publicznej jako odpowiedzialna gmina na podstawie kompetencji przekazanych mu przez inne gminy może także udzielić zamówień na usługi podmiotowi powiązanemu z nim bez organizowania przetargu w zakresie, w jakim bez instytucji odpowiedzialnej gminy udzielenie tych zamówień na usługi byłoby, jako zadanie własne, obowiązkiem gmin, które przekazały kompetencje?
3. Jeżeli model odpowiedzialnej gminy zgodnie z umową o współpracy gminy spełnia natomiast przesłanki współpracy horyzontalnej: czy gminy zaangażowane we współpracę mogą bez organizowania przetargu udzielać zamówień na usługi gminie uczestniczącej we współpracy, która udzieliła podmiotowi powiązanemu z nią zamówienia na te usługi bez organizowania przetargu?
4. Czy w ramach oceny, czy spółka wykonuje znaczącą część swojej działalności dla gminy, która ją kontroluje, przy obliczaniu wysokości obrotu odnoszącego się do gminy uwzględnia się obrót spółki stanowiącej własność gminy, która prowadzi transport w rozumieniu rozporządzenia (WE) nr 1370/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 23 października 2007 r. dotyczącego usług publicznych w zakresie kolejowego i drogowego transportu pasażerskiego oraz uchylającego rozporządzenia Rady (EWG) nr 1191/69 i (EWG) nr 1107/70 w zakresie, w jakim spółka osiąga ten obrót z tytułu transportu, który gmina organizuje jako właściwy organ w rozumieniu rozporządzenia nr 1370/2007?

przysporzenie o charakterze gospodarczym. W ocenie Trybunału, sam fakt, że organ władzy publicznej pozbywa się kompetencji, które wcześniej były mu powierzone, powoduje utratę wszelkiego interesu gospodarczego związanego z realizacją zadań objętych tymi kompetencjami⁷⁰. Trybunał zarazem podkreślił, że aby przekazanie kompetencji między organami władzy publicznej mogło zostać uznane za czynność dotyczącą organizacji wewnętrznej, objętą zakresem art. 4 ust. 2 TUE, wymagane jest, aby organ, któremu powierzono kompetencje, miał uprawnienia do zorganizowania wykonania objętych nimi zadań oraz ustanowienia odpowiednich ram regulacyjnych, a także posiadał autonomię finansową niezbędną do finansowania tych zadań. Przekazanie kompetencji musi więc oznaczać, że nowy właściwy organ wykonuje je samodzielnie i na własną odpowiedzialność.

W świetle odpowiedzi na pytanie pierwsze Trybunał uznał, że nie ma potrzeby udzielania odpowiedzi na pytanie trzecie.

W odpowiedzi na pytania drugie i czwarte, Trybunał przypomniał, powołując się na swoje wcześniejsze rozważania, że, z zastrzeżeniem weryfikacji przez sąd odsyłający w systemie takim jak tzw. model „gminy odpowiedzialnej”, następuje przekazanie kompetencji w rozumieniu art. 4 ust. 2 TUE. Takie przekazanie kompetencji powoduje utratę właściwości przez pozostałe gminy będące stronami porozumienia na rzecz gminy odpowiedzialnej. Trybunał zwrócił uwagę, że organ, któremu przekazano wykonanie zadania, musi być przy udzielaniu zamówienia na usługi w ramach tego zadania uznany za instytucję zamawiającą i to w odniesieniu do obszaru wszystkich gmin będących stronami porozumienia, gdyż w przeciwnym razie takie przekazanie kompetencji zostałoby pozbawione skuteczności (*effet utile*). Jednocześnie odnosząc się do kwestii możliwości skorzystania z usług podmiotu *in-house*, Trybunał zauważył, że pomimo iż udzielanie zamówień wewnętrznych zostało dotychczas dopuszczone przez Trybunał w sytuacjach, w których instytucja zamawiająca posiadała w całości lub w części kapitał zakładowy podmiotu będącego wykonawcą zamówienia, to kryterium posiadania części kapitału nie może być jedynym środkiem osiągnięcia tego celu, a kontrola analogiczna do tej, jaką sprawuje instytucja zamawiająca nad własnymi służbami, może być realizowana także w inny sposób niż przez podejście kapitałowe.

Mając na względzie powyższe, Trybunał orzekł, że artykuł 1 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2004/18/WE należy interpretować w ten sposób, że porozumienie, na mocy którego będące jego stronami gminy przekazują jednej spośród siebie zadanie organizacji usług na rzecz tych gmin, jest wyłączone z zakresu stosowania tej dyrektywy ze względu na to, że stanowi przekazanie kompetencji w rozumieniu art. 4 ust. 2 TUE, zgodnie z wykładnią zawartą w wyroku z dnia 21 grudnia 2016 r. w sprawie C-51/15 *Remondis*.

⁷⁰ zob. podobnie wyrok z dnia 21 grudnia 2016 r. w sprawie C-51/15 *Remondis GmbH & Co. KG Region Nord* Przeciwno Region Hannover, ECLI:EU:C:2016:985, pkt 40-51

Z kolei artykuł 1 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że porozumienie o współpracy, na mocy którego będące jego stronami gminy przekazują jednej spośród siebie zadanie organizacji usług na rzecz tych gmin, pozwala uznać tę gminę, przy udzielaniu zamówień po tym przekazaniu, za instytucję zamawiającą, i upoważnia ją do zlecenia podmiotowi *in-house*, bez przeprowadzenia postępowania przetargowego, usług zaspokajających nie tylko jej własne potrzeby, lecz również potrzeby pozostałych gmin będących stronami tego porozumienia, podczas gdy bez tego przekazania kompetencji wspomniane gminy musiałyby same zaspokoić własne zapotrzebowanie.

5. Opis przedmiotu zamówienia

5.1. orzeczenie z dnia 12 lipca 2018 r. w sprawie C-14/17 VAR et ATM przeciwko Iveco Orecchia, ECLI:EU:C:2018:568

Spółka ATM ogłosiła przetarg na dostawę oryginalnych lub równoważnych części zamiennych do autobusów i trolejbusów marki Iveco. W specyfikacji wskazano, że części równoważne muszą posiadać homologację lub zaświadczenie potwierdzające ich zgodność z oryginałami. W postępowaniu udział wzięły dwie firmy: Iveco Orecchia oraz VAR, która została sklasyfikowana na pierwszym miejscu. Iveco Orecchia zaskarżyła decyzję o przyznaniu zamówienia spółce VAR, argumentując, że nie wykazała ona równoważności oferowanych produktów. Regionalny sąd administracyjny dla Lombardii uwzględnił odwołanie i unieważnił decyzję o udzieleniu zamówienia. Spółki VAR i ATM wniosły apelacje do *Consiglio di Stato*, włoskiego naczelnego sądu administracyjnego, który połączył sprawy, wskazując jednocześnie, że prawo krajowe oraz dokumentacja przetargowa nie wymagają przedstawienia dowodu równoważności na etapie składania ofert, a jedynie przy pierwszej dostawie. W związku z wątpliwościami dotyczącymi wykładni prawa unijnego *Consiglio di Stato* postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z pytaniami prejudycjalnymi⁷¹.

W pierwszym rzędzie, Trybunał wskazał, że przepisy dyrektywy 2004/17/WE nie wskazują ani w którym momencie, ani w jaki sposób należy udowodnić „równoważny” charakter oferowanego przez oferenta produktu. Natomiast gdy specyfikacje techniczne są określone poprzez odesłanie do pewnych norm lub poprzez wymogi w zakresie wykonania lub funkcjonalności, lub poprzez połączenie tych norm i wymogów, oferent musi udowodnić w jego ofercie, że spełnia ona wymogi z dokumentacji zamówienia.

⁷¹ *Consiglio di Stato* postanowił zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

1. Tytułem głównym – czy art. 34 ust. 8 dyrektywy 2004/17 należy rozumieć w ten sposób, że nakłada on obowiązek udowodnienia równoważności z oryginałem produktów, jakie mają zostać dostarczone, już w toku przedstawiania ofert?
2. Tytułem ewentualnym, w przypadku odpowiedzi przeczącej – w jaki sposób należy zagwarantować poszanowanie zasad równego traktowania i bezstronności, pełnej konkurencyjności i dobrej administracji, a także prawa do obrony i kontrydycyjności innych uczestników przetargu?

Wynika stąd także, iż dowód może zostać przedstawiony za pomocą „wszelkich właściwych środków”, i w tym względzie „właściwe środki mogą obejmować dokumentację techniczną producenta lub raport z testów wykonanych przez uznany organ”.

Trybunał przypomniał, że podmiot zamawiający może zastosować szczególny sposób określania treści specyfikacji technicznych, w tym odnieść się do konkretnego procesu produkcji lub pochodzenia, znaku towarowego, patentu lub rodzaju, danego pochodzenia lub danej produkcji. Musi on jednak wymagać od oferenta, który chce powołać się na możliwość zaoferowania produktów równoważnych do tych określonych poprzez odesłanie do znaku towarowego, danego pochodzenia lub danej produkcji, aby ten przedstawił już w jego ofercie dowód równoważności odnośnych produktów. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem przemawiają za tym przede wszystkim zasada równego traktowania oraz obowiązek przejrzystości, które wymagają między innymi, aby oferenci byli traktowani jednakowo zarówno na etapie przygotowywania przez nich ofert, jak i na etapie oceny tych ofert przez instytucję zamawiającą⁷². Gdyby oferent w postępowaniu, w którym specyfikacje techniczne zostały określone w sposób szczególny i stanowiący wyjątek, był uprawniony do udowodnienia równoważności jego produktów po złożeniu oferty, oferty przedłożone przez poszczególnych oferentów nie podlegałyby tym samym warunkom w momencie ich oceny.

Zarazem Trybunał zwrócił uwagę, że podmioty zamawiające powinny sprawdzić, czy oferty złożone przez zakwalifikowanych oferentów odpowiadają zasadom i wymogom mającym zastosowanie do ofert. W tym względzie podmioty zamawiające powinny być w stanie uzasadnić każdą swoją decyzję stwierdzającą brak równoważności w danym przypadku. Natomiast takie sprawdzenie, jak i ewentualne podjęcie decyzji stwierdzającej brak równoważności, mogą mieć miejsce dopiero po otwarciu ofert, na etapie ich oceny przez podmiot zamawiający i wymagają, aby podmiot ten dysponował dowodami pozwalającymi mu ocenić, czy i w jakim zakresie złożone oferty spełniają wymogi znajdujące się w specyfikacjach technicznych, w innym przypadku istnieje ryzyko naruszenia zasady równego traktowania i wystąpienia nieprawidłowości w przebiegu postępowania w sprawie udzielenia zamówienia.

Trybunał zważył, że o ile podmiot zamawiający nie może pozwolić oferentom na udowodnienie równoważności oferowanych przez nich rozwiązań po złożeniu przez nich ofert, o tyle podmiot ów dysponuje uprawnieniami dyskrecjonalnymi przy określaniu środków, jakie mogą wykorzystać oferenci w celu udowodnienia tej równoważności w ich ofertach. Uprawnienie to należy jednak wykonywać w taki sposób, aby dopuszczone przez podmiot zamawiający środki dowodowe rzeczywiście pozwalały

⁷² zob. podobnie wyroki: z dnia 24 listopada 2005 r. w sprawie C-331/04 *ATI EAC e Viaggi di Maio i in. przeciwko ACTV Venezia SpA i in.*, ECLI:EU:C:2005:718, pkt 22; a także z dnia 24 maja 2016 r. w sprawie C-396/14 *MT Højgaard i Züblin przeciwko Banedanmark*, ECLI:EU:C:2016:347, pkt 37 i przytoczone tam orzecznictwo

rzeczonemu podmiotowi dokonać użytecznej oceny przedłożonych mu ofert i aby środki te nie wykraczały poza to, co jest do tej oceny niezbędne, unikając przy tym, aby te środki dowodowe nie tworzyły nieuzasadnionych przeszkód dla otwarcia procedury zamówienia publicznego na konkurencję.

Z uwagi na odpowiedź udzieloną na pytanie pierwsze Trybunał stwierdził, że nie ma potrzeby udzielania odpowiedzi na pytanie drugie.

W związku z tym, Trybunał orzekł, że artykuł 34 ust. 8 dyrektywy 2004/17/WE należy interpretować w ten sposób, że jeżeli specyfikacje techniczne, które znajdują się w dokumentacji zamówienia, odnoszą się do znaku towarowego, danego pochodzenia lub danej produkcji, podmiot zamawiający powinien wymagać, aby oferent przedstawił już w jego ofercie dowód równoważności oferowanych przez niego produktów w stosunku do tych określonych w rzeczonych specyfikacjach technicznych.

5.2.orzeczenie z dnia 25 października 2018 r. w sprawie C- 413/17 Roche Lietuva, ECLI:EU:C:2018:865

W sprawie, której dotyczy wniosek litewskiego sądu, poliklinika w mieście Kaunas, prowadziła postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na laboratoryjny sprzęt diagnostyczny i materiały do wykonywania badań. Roche Lietuva, jeden z wykonawców zainteresowanych tym zamówieniem, zakwestionował opis przedmiotu zamówienia, argumentując, że zapisy specyfikacji faworyzują konkretnych producentów (ze względu na dopasowanie oferty do konkretnych producentów). Mimo zmian w specyfikacjach, Roche Lietuva podtrzymała swoje stanowisko. Sądy pierwszej i drugiej instancji, nie dopatrzwszy się uchybień w działaniu zamawiającego, oddaliły skargę wykonawcy. *Lietuvos Aukščiausioji Teisma*, litewski sąd najwyższy, przed który trafiła skarga kasacyjna w tej sprawie, zdecydował się zawiesić postępowanie i zwrócił się do Trybunału z następującym pytaniem prejudycjalnym dotyczącym dopuszczalności funkcjonalnego opisu przedmiotu zamówienia⁷³.

Odpowiadając na pytanie, Trybunał przypomniał, iż zgodnie z art. 42 ust. 1 akapit pierwszy dyrektywy 2014/24/UE specyfikacje techniczne zdefiniowane w pkt 1 załącznika VII do tej dyrektywy, zamieszcza się w dokumentach zamówienia i określają one wymagane cechy robót budowlanych, usług lub dostaw. Natomiast w myśl art. 42 ust. 3

⁷³ *Lietuvos Aukščiausioji Teisma* przedłożył Trybunałowi następujące pytanie prejudycjalne:

Czy przepisy art. 2 i 23 dyrektywy 2004/18 oraz załącznika VI do tej dyrektywy (łącznie bądź oddzielnie, lecz bez ograniczania się do tych przepisów) należy interpretować i rozumieć w ten sposób, że w przypadku gdy instytucja zamawiająca – zakład opieki zdrowotnej – zamierza nabyć towary (sprzęt medyczny i materiały diagnostyczne) lub określone prawa do nich w drodze postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, aby być w stanie samodzielnie wykonywać badania, zakres uznania tej instytucji zamawiającej obejmuje uprawnienie do ustanowienia w specyfikacji technicznej tylko takich wymogów dla tych towarów, które nie opisują w oderwaniu poszczególnych operacyjnych (technicznych) i użytkowych (funkcjonalnych) cech sprzętu lub materiałów, lecz określają parametry jakościowe badań, które mają być wykonywane, oraz charakterystykę funkcjonalną laboratorium badawczego, których treść powinna zostać opisana oddzielenie w specyfikacji warunków danego zamówienia publicznego?

tej dyrektywy, specyfikacje techniczne można sformułować na kilka sposobów, bądź to w kategoriach wymagań wydajnościowych lub funkcjonalnych, bądź poprzez odniesienie do specyfikacji technicznych oraz w kolejności, co do: norm krajowych przenoszących normy europejskie, europejskich ocen technicznych, wspólnych specyfikacji technicznych, norm międzynarodowych, innych systemów referencji technicznych ustanowionych przez europejskie organy normalizacyjne lub – w przypadku ich braku – do norm krajowych, krajowych aprobat technicznych lub krajowych specyfikacji technicznych dotyczących projektowania, wyliczeń i realizacji robót budowlanych oraz wykorzystania dostaw, bądź też jako kombinację tych dwóch sposobów. Tym samym, art. 42 ust. 3 dyrektywy 2014/24/UE nie wyklucza precyzyjnego określenia cech działania i stosowania sprzętu medycznego w specyfikacjach technicznych. Nie ustanawia on również hierarchii metod formułowania tych specyfikacji, dając instytucji zamawiającej szeroki zakres uznania w tym zakresie.

Trybunał podkreślił, że choć instytucje zamawiające mają szeroki zakres uznania przy formułowaniu specyfikacji technicznych, muszą przestrzegać pewnych granic określonych w dyrektywie 2014/24/UE. W szczególności specyfikacje techniczne muszą zapewniać równy dostęp wykonawców i nie tworzyć nieuzasadnionych przeszkód dla konkurencji. Zgodnie z art. 18 dyrektywy instytucje zamawiające muszą działać w sposób przejrzysty i proporcjonalny, a postępowania o udzielenie zamówienia nie mogą być organizowane w sposób mający na celu wyłączenie zamówienia z zakresu zastosowania dyrektywy lub sztuczne zawężanie konkurencji. W tym zakresie szczególnie istotne jest przestrzeganie tych wymogów w przypadku szczegółowych specyfikacji technicznych, które mogą faworyzować jednego z oferentów. Ważne jest, aby stopień szczegółowości specyfikacji był zgodny z zasadą proporcjonalności i niezbędny do osiągnięcia zamierzonych celów.

W konsekwencji Trybunał na zadane pytanie odpowiedział, że artykuły 18 i 42 dyrektywy 2014/24/UE należy interpretować w ten sposób, że przepisy te nie nakładają na instytucję zamawiającą obowiązku nadania co do zasady, przy sporządzaniu specyfikacji technicznych w przetargu na zakup wyrobów medycznych, większej wagi albo poszczególnym właściwościom urządzeń medycznych, albo wynikom działania tych urządzeń, lecz wymagają, by specyfikacje techniczne jako całość były zgodne z zasadami równego traktowania i proporcjonalności. Do sądu odsyłającego należy ocena, czy w zawisłym przed nim sporze dane specyfikacje techniczne spełniają te wymagania.

5.3.orzeczenie z dnia 24 października 2024 r. w sprawie C-513/23 *Obshtina Pleven przeciwko Rakovoditel na Upravlyavashtia organ na Operativna programa „Regioni v rastezh” 2014–2020, ECLI:EU:C:2024:917*

W dniu 10 lipca 2020 roku gmina Plewen zawarła umowę administracyjną z bułgarskim Ministerstwem Rozwoju Regionalnego i Robót Publicznych, aby otrzymać dotację w

ramach unijnego programu operacyjnego "Rozwój regionów" 2014–2020 na realizację projektu związanego ze zrównoważonym rozwojem środowiska miejskiego. W związku z tym, gmina zorganizowała przetarg na roboty budowlano-montażowe w zakresie przebudowy infrastruktury miejskiej w Plewen, podzielony na trzy części. W specyfikacji technicznej dotyczącej części pierwszej wskazano konkretne normy (BDS 624:87, BDS EN 1340:2005, EN 60332-1-2), jednak nie zawarto wyrażenia „lub równoważne”. W dniu 19 lutego 2021 r. wybrano wykonawcę dla każdej z części, a w dniu 23 marca 2021 r. podpisano umowę na część pierwszą, której wartość wynosiła 1 449 180,17 BGN (ok. 740 000 EUR bez VAT). Następnie decyzją z dnia 20 marca 2023 r. dyrektor instytucji zarządzającej programem "Rozwój regionów" nałożył na gminę Plewen korektę finansową w wysokości 25% wartości tej umowy, uznając, że postępowanie przetargowe nie zostało przeprowadzone zgodnie z przepisami krajowymi, które implementują art. 42 dyrektywy 2014/24/UE. Przepisy te wymagają, aby każda specyfikacja techniczna oparta na normie zawierała również dopisek „lub równoważne”, co ma na celu zagwarantowanie zasady uczciwej konkurencji między potencjalnymi wykonawcami. Brak takiego zapisu uznano za ograniczenie konkurencji, które mogłoby prowadzić do strat finansowych. Gmina Plewen złożyła skargę do sądu administracyjnego w Plewen, argumentując, że pominięcie zwrotu „lub równoważne” nie wpłynęło na ograniczenie konkurencji, ponieważ wymagane normy, będące tzw. normami zharmonizowanymi zgodnie z rozporządzeniem nr 305/2011⁷⁴, nie mają równoważników. Bułgarski instytut normalizacyjny potwierdził, że dla tych norm nie istnieją alternatywy, ponieważ są to standardy zharmonizowane zgodne z wymogami unijnymi i międzynarodowymi, a ich równoważność jest w praktyce pozbawiona znaczenia. W tych okolicznościach *Administrativen sad Plevna*, sąd administracyjny w Plewnie, postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z pytaniem prejudycjalnym⁷⁵.

W niniejszej sprawie sąd odsyłający zmierzał w istocie do ustalenia zgodności z prawem unijnym przepisów krajowych lub orzecznictwa krajowego określających bezwzględny obowiązek do wskazania w ogłoszeniu o zamówieniu wyrażenia „lub równoważne”, w przypadku opisanego specyfikacji technicznych zgodnie z art. 42 ust. 3 lit. b) dyrektywy 2014/24/UE, czyli przez odniesienie do norm w nim wskazanych, w szczególności w odniesieniu do europejskich norm zharmonizowanych. Zatem w pierwszej kolejności Trybunał podjął się interpretacji art. 42 ust. 3 lit. b) dyrektywy 2014/24/UE, aby ustalić, czy przepis ten wyklucza regulacje krajowe, które nakładają na instytucje zamawiające

⁷⁴ rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady 305/2011 z dnia 9 marca 2011 r. ustanawiające zharmonizowane warunki wprowadzania do obrotu wyrobów budowlanych i uchylające dyrektywę Rady 89/106/EWG (Dz. Urz. UE L 88 z 4.4.2011, str. 5–43).

⁷⁵ *Administrativen sad Plevna* zwrócił się do Trybunału z następującym pytaniem prejudycjalnym:

Czy art. 42 ust. 3 lit. b) w związku z pkt 2 załącznika VII do dyrektywy [2014/24] należy interpretować w ten sposób, że dopuszczalne są przepisy i orzecznictwo krajowe, zgodnie z którymi zamawiający jest zawsze zobowiązany do wskazania w ogłoszeniu o zamówieniu wyrażenia »lub równoważne« w odniesieniu do wymaganej normy, w tym również w przypadku gdy wymaga się zgodności ze zharmonizowaną normą, obowiązującą na podstawie rozporządzenia [nr 305/2011], odpowiednio przyjętą na podstawie uchylonej dyrektywy Rady 89/106/EWG [z dnia 21 grudnia 1988 r. w sprawie zbliżenia przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych państw członkowskich odnoszących się do wyrobów budowlanych (Dz.U. 1989, L 40, s. 12)]?

obowiązek dodawania wyrażenia „lub równoważne” we wszystkich przypadkach, gdy specyfikacje techniczne w zamówieniach publicznych odnoszą się do norm krajowych przenoszących normy europejskie, w tym norm zharmonizowanych, zgodnie z rozporządzeniem nr 305/2011.

Trybunał wskazał, że nie jest jasne, czy wartość zamówienia w sprawie przekracza próg 5 350 000 EUR, o którym mowa w art. 4 lit. a) dyrektywy 2014/24/UE, co mogłoby kwalifikować je bezpośrednio do zastosowania przepisów tej dyrektywy. Jednocześnie Trybunał zauważył, że w przypadku regulacji krajowych, które dostosowują się bezpośrednio do prawa Unii, istnieje wyraźny interes w jednolitej wykładni przepisów. W ocenie Trybunału ujednolicona interpretacja eliminuje rozbieżności oraz zapewnia równe traktowanie w sytuacjach objętych przepisami Unii oraz tych, które podlegają regulacjom krajowym⁷⁶. Trybunał podkreślił, że art. 42 ust. 3 lit. b) dyrektywy 2014/24/UE wymaga, by specyfikacje techniczne formułowane poprzez odniesienie do norm zawierały wyrażenie „lub równoważne”. Brzmienie tego przepisu jasno wskazuje, że obowiązek ten dotyczy również norm krajowych, które implementują normy europejskie, bez wyjątków dla norm zharmonizowanych w rozumieniu art. 2 pkt 11 rozporządzenia nr 305/2011.

Wymóg stosowania wyrażenia „lub równoważne” jest zgodny z pkt 2 załącznika VII do dyrektywy 2014/24/UE, który definiuje „normę” jako specyfikację techniczną przyjętą przez uznaną instytucję normalizacyjną, przy czym przestrzeganie normy nie jest obowiązkowe, a norma powinna być dostępna publicznie. Zatem krajowy wymóg dodawania wyrażenia „lub równoważne” nie jest sprzeczny z dyrektywą, nawet gdy specyfikacje techniczne odnoszą się do norm zharmonizowanych.

Odwołując się do art. 42 ust. 5 dyrektywy, Trybunał przypomniał, że oferenci mogą wykazać równoważność proponowanych rozwiązań w stosunku do specyfikacji technicznych, co wspiera otwarcie rynku zamówień publicznych na konkurencję i zróżnicowane rozwiązania techniczne. Celem dyrektywy, zgodnie z jej motywem 74, jest umożliwienie szerokiej konkurencji oraz odzwierciedlenie różnorodności dostępnych na rynku rozwiązań technicznych.

Z powyższych względów Trybunał orzekł, że artykuł 42 ust. 3 lit. b) dyrektywy 2014/24/UE należy interpretować w ten sposób, że nie stoi on na przeszkodzie uregulowaniu krajowemu, które wymaga od instytucji zamawiających dodania słów „lub równoważne” we wszystkich przypadkach, w których specyfikacje techniczne zawarte w dokumentach zamówienia formułuje się poprzez odniesienie do norm krajowych przenoszących normy europejskie, w tym normy zharmonizowane objęte rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 305/2011 z dnia 9 marca 2011 r. ustanawiającym

⁷⁶ zob. wyrok z dnia 7 grudnia 2023 r. w sprawach połączonych C-441/22 i C-443/22 *Zamestnik-ministar na regionalnoto razvitie i blagoustroystvoto i rakovoditel na Upravlyavashtia organ na Operativna programa „Regioni v rastezh” 2014–2020 przeciwko Obshtina Razgrad i Zamestnik-ministar na regionalnoto razvitie i blagoustroystvoto i rakovoditel na Natsionalnia organ po Programa INTERREG V-A Rumania–Bulgaria 2014–2020 przeciwko Obshtina Balchik*, ECLI:EU:C:2023:970, pkt 39–40

zharmonizowane warunki wprowadzania do obrotu wyrobów budowlanych i uchylającym dyrektywę Rady 89/106/EWG.

6. Podstawy wykluczenia

6.1.orzeczenie z dnia 8 lutego 2018 r. w sprawie C-144/17 *Lloyd's of London przeciwko Agenzia Regionale per la Protezione dell'Ambiente della Calabria*, ECLI:EU:C:2018:78

W tej sprawie zamawiający, Agenzia Regionale per la Protezione dell'Ambiente della Calabria, regionalny urząd ds. ochrony środowiska w Kalabrii, prowadził w procedurze otwartej postępowanie o udzielenie zamówienia na usługę ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej. W postępowaniu uczestniczyły między innymi ARCH i TOKIO MARINĘ KILN, syndykaty należące do Lloyd's of London, które złożyły oferty podpisane przez tę samą osobę, generalnego przedstawiciela Lloyd's we Włoszech. Zamawiający wykluczył z udziału w postępowaniu oba syndykaty w oparciu o przepisy prawa krajowego przewidujące wykluczenie wykonawców, którzy w stosunku do innego oferenta w tym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajdują się w sytuacji kontroli lub pozostają w jakimkolwiek związku, także faktycznym, jeżeli sytuacja kontroli lub związek ten powodują, że oferty dają się przypisać jednemu ośrodkowi decyzyjnemu. Wykluczeni wykonawcy zaskarżyli tę decyzję zamawiającego, podnosząc, że zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem krajowym jednoczesny udział różnych syndykatów należących do Lloyd's w tym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest dopuszczalny, a podpisanie ofert przez tę samą osobę, generalnego przedstawiciela w kraju, nie stanowi złamania zasad autonomii i poufności ofert. *Tribunale amministrativo regionale per la Calabria*, regionalny sąd administracyjny w Kalabrii, przed którym zawisł spór, zwrócił się do Trybunału z pytaniem prejudycjalnym dotyczącym zgodności takiej wykładni z zasadami wynikającymi z dyrektyw unijnych⁷⁷.

Trybunał w pierwszej kolejności przypomniał, że przepis art. 45 dyrektywy 2004/18/WE nie wyklucza możliwości utrzymania lub ustanowienia przez państwa członkowskie podstaw wykluczenia mających na celu w szczególności zagwarantowanie przestrzegania zasad równego traktowania wykonawców⁷⁸. Automatyczne wykluczenie kandydatów lub oferentów, którzy pozostają w stosunku kontroli lub są powiązani z innymi kandydatami,

⁷⁷ *Tribunale amministrativo regionale per la Calabria* zwrócił się do Trybunału z następującym pytaniem:

Czy zasady zawarte w przepisach prawa europejskiego w przedmiocie konkurencji, o których mowa w Traktacie o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE), jak również wywodzące się z nich zasady takie jak autonomia i poufność ofert, stoją na przeszkodzie uregulowaniu prawa krajowego, wynikającemu z wykładni dokonanej w orzecznictwie, dopuszczającemu jednoczesny udział w tym samym przetargu ogłoszonym przez zamawiającego różnych syndykatów przynależnych do Lloyd's of London, których oferty zostały podpisane przez tę samą osobę, generalnego przedstawiciela w danym kraju?

⁷⁸ por. wyrok z dnia 19 maja 2009 r. w sprawie C-538/07 *Assitur Srl przeciwko Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano*, ECLI:EU:C:2009:317, pkt 21

wychodzi poza to, co jest konieczne dla zapobiegania znikom przetargowym, a tym samym dla zapewnienia stosowania zasady równego traktowania i przestrzegania obowiązku przejrzystości. W oparciu o wcześniejsze orzecznictwo Trybunał zaznaczył, że takie automatyczne wykluczenie stanowi niewzruszalne domniemanie wzajemnego wpływu ofert złożonych w tym samym przetargu przez przedsiębiorstwa, które są powiązane poprzez stosunek kontroli lub stowarzyszenia. W ten sposób wyklucza ono możliwość wykazania przez tych kandydatów lub oferentów niezależności ich ofert, a tym samym jest sprzeczne z interesem Unii polegającym na zapewnieniu jak największego udziału wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia⁷⁹. W tym kontekście Trybunał przypomniał, iż grupy przedsiębiorstw mogą przybierać różne formy i obierać odmienne cele, a zatem nie można całkowicie wykluczyć, że kontrolowane przedsiębiorstwa będą dysponowały pewną samodzielnością w prowadzeniu swej polityki handlowej i działalności gospodarczej, zwłaszcza w dziedzinie zamówień publicznych. Trybunał zarazem podkreślił, że zasada proporcjonalności wymaga, aby instytucja zamawiająca była zobowiązana do zbadania i oceny okoliczności w celu ustalenia, czy stosunek istniejący pomiędzy dwoma podmiotami wywarł konkretny wpływ na odpowiednią treść ofert złożonych w ramach tego samego postępowania przetargowego. Stwierdzenie takiego wpływu jest wystarczające do tego, aby wspomniane przedsiębiorstwa mogły zostać wykluczone z postępowania⁸⁰. W związku z tym sama okoliczność, że oferty zostały podpisane przez tę samą osobę, nie może uzasadniać ich automatycznego wykluczenia z rozpatrywanego zamówienia publicznego.

W konsekwencji Trybunał uznał, że zasady przejrzystości, równego traktowania i niedyskryminacji wynikające z art. 49 i 56 TFUE oraz przewidziane w art. 2 dyrektywy 2004/18/WE należy interpretować w ten sposób, że nie sprzeciwiają się one uregulowaniu państwa członkowskiego, takiemu jak sporne w postępowaniu głównym, które nie pozwala na wykluczenie dwóch „syndykatów” Lloyd’s of London z uczestnictwa w tym samym przetargu publicznym na usługi ubezpieczeniowe z tego tylko powodu, że każda z ich odnośnych ofert została podpisana przez ogólnego przedstawiciela Lloyd’s of London na to państwo członkowskie, lecz umożliwia z kolei ich wykluczenie, jeżeli okaże się na podstawie jednoznacznych dowodów, że ich oferty nie zostały sformułowane w sposób niezależny.

⁷⁹ por. cyt. wyrok w sprawie C-538/07 *Assitur Sri*, pkt 29 i nast.

⁸⁰ por. cyt. wyrok w sprawie C-538/07 *Assitur Sri*, pkt 32

**6.2.orzeczenie z dnia 17 maja 2018 r. w sprawie C-531/16 *Šiaulių regiono atliekų tvarkymo centra priešingo Specializuotas transportas*,
ECLI:EU:C:2018:324**

W dniu 9 lipca 2015 r. centrum gospodarki odpadami dla regionu Szawle ogłosiło przetarg na świadczenie usług zbiórki odpadów dla miasta i ich transportu na miejsce ich przetwarzania. Oferty złożyło czterech oferentów: „Specializuotas transportas” UAB (zwany dalej „oferentem B”), „Ekonovus” UAB, „Specialus autotransportas” UAB (zwany dalej „oferentem A”) i grupa wykonawców, w skład której wchodziły VSA Vilnius UAB i „Švarinta” UAB. Oferenci A i B byli spółkami zależnymi spółki „Ecoservice” UAB, mającej w nich odpowiednio 100% i 98,12% udziałów. Członkami organów zarządu oferentów A i B były te same osoby fizyczne. Przepisy krajowe, które miały zastosowanie w chwili ogłoszenia przetargu, nie przewidywały wyraźnie obowiązku zgłoszenia przez oferenta faktu posiadania powiązań z innymi wykonawcami startującymi w tym samym przetargu ani obowiązku sprawdzenia, oceny lub brania przez instytucję zamawiającą w swoich decyzjach pod uwagę tych związków. Specyfikacja warunków zamówienia też tego nie wymagała. Oferent B z własnej inicjatywy dołączył jednak do swojej oferty oświadczenie wskazujące, że uczestniczy w przetargu samodzielnie i niezależnie od jakichkolwiek innych wykonawców, którzy mogą być z nim powiązani i zwrócił się do instytucji zamawiającej o to, by wszystkich pozostałych oferentów traktowała jako konkurencję. Ponadto zobowiązał się dostarczyć na żądanie instytucji zamawiającej wykaz powiązanych z nim wykonawców.

W dniu 24 września 2015 r. instytucja zamawiająca odrzuciła ofertę oferenta A ze względu na to, że silniki jego dwóch pojazdów służących do zbiórki odpadów nie odpowiadały wymaganej normie jakości. Oferent A nie kwestionował tej decyzji. W dniu 22 października 2015 r. instytucja zamawiająca powiadomiła oferentów o klasyfikacji ofert i o udzieleniu zamówienia oferentowi B. VSA Vilnius, która była w klasyfikacji następna po ofercie B, złożyła odwołanie do instytucji zamawiającej, podnosząc niewłaściwą ocenę złożonych przez oferentów ofert oraz naruszenia zasad równego traktowania i przejrzystości. Wskazała, że oferenci A i B działali jako grupa stowarzyszonych przedsiębiorstw, a ich oferty były ofertami alternatywnymi i że skoro ogłoszenie o zamówieniu wykluczało składanie ofert alternatywnych. Zatem skoro ogłoszenie o zamówieniu wykluczało możliwość składania ofert alternatywnych, zdaniem VSA Vilnius instytucja zamawiająca powinna była je odrzucić. W następstwie odmowy uwzględnienia odwołania przez instytucję zamawiającą, VSA Vilnius wniosła skargę do *Šiaulių apygardos teismas*, sądu okręgowego w Szawle. Wyrokiem z dnia 18 stycznia 2016 r. sąd ten stwierdził nieważność decyzji instytucji zamawiającej w przedmiocie klasyfikacji ofert i udzieleniu zamówienia oferentowi B. W dniu 5 kwietnia 2016 r. *Lietuvos apeliacinis teismas*, sąd apelacyjny Litwy, utrzymał w mocy ten wyrok. Sądy te, zarówno w pierwszej instancji, jak i w postępowaniu apelacyjnym, uznały, że instytucja zamawiająca, mimo

świadomości powiązań między oferentami A i B, nie podjęła żadnych działań w celu ustalenia wpływu tych powiązań na rzeczywisty charakter konkurencji między nimi. Choć krajowe przepisy nie przewidują takiego obowiązku, to skoro oferenci A i B wiedzieli o udziale tego drugiego oferenta w przetargu, powinni byli zgłosić instytucji zamawiającej swe powiązania. Złożone przez oferenta B oświadczenie było niewystarczające dla wykazania, że obowiązek ten został prawidłowo wykonany. W tych okolicznościach *Lietuvos Aukščiausiasis Teismas*, sąd najwyższy Litwy, postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z pytaniami prejudycjalnymi⁸¹.

⁸¹ *Lietuvos Aukščiausiasis Teismas* przedstawił Trybunałowi następujące pytania prejudycjalne:

1. Czy zasady swobodnego przepływu osób i usług, ustanowione, odpowiednio, w art. 45 i 56 TFUE, zasady równego traktowania wykonawców i przejrzystości, ustanowione w art. 2 dyrektywy 2004/18, a także wynikająca z nich zasada wolnej i uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami (rozpatrywane łącznie lub odrębnie, lecz bez ograniczenia do tych przepisów) należy rozumieć i interpretować w ten sposób, że: jeżeli oferenci powiązani, których powiązania gospodarcze, zarządcze, finansowe lub inne mogą budzić wątpliwości co do niezależności tych oferentów i ochrony informacji poufnych lub mogą (potencjalnie) stanowić przesłanki do uzyskania przez nich przewagi konkurencyjnej względem pozostałych oferentów, postanowili złożyć odrębne (niezależne) oferty w ramach tego samego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, to są oni bezwzględnie zobowiązani do ujawnienia tych powiązań instytucji zamawiającej, nawet jeżeli instytucja zamawiająca nie zwraca się do nich konkretnie w tej kwestii, niezależnie od tego, czy przepisy krajowe w dziedzinie zamówień publicznych w rzeczywistości przewidują tego rodzaju obowiązek?
2. W przypadku udzielenia na pytanie pierwsze odpowiedzi:
 - a) twierdzącej (tj. że oferenci muszą bezwzględnie ujawnić instytucji zamawiającej powiązania między nimi) – czy okoliczność, że wspomnianego obowiązku nie dopełniono w takim przypadku lub że nie dopełniono go w sposób należyty, jest wystarczająca, aby instytucja zamawiająca przyjęła stanowisko albo aby organ nadzorczy (sąd) orzekł, że oferenci powiązani, którzy złożyli odrębne oferty w ramach tego samego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, uczestniczą w nim, lecz nie pozostają w stosunku rzeczywistej konkurencji (lecz w stosunku pozornej konkurencji)?
 - b) przeczącej (tj. że na oferentach nie spoczywa żaden dodatkowy obowiązek – którego nie przewidziano w przepisach prawa lub w warunkach zamówienia – dotyczący ujawnienia wzajemnych powiązań) – czy ryzyko związane z udziałem wykonawców powiązanych oraz ryzyko konsekwencji z tego tytułu ponosi zatem instytucja zamawiająca, jeżeli nie wskazała ona w dokumentacji przetargowej, że oferenci mają obowiązek ujawnienia tych informacji?
3. Niezależnie od odpowiedzi na pytanie pierwsze, z uwzględnieniem wyroku Trybunału Sprawiedliwości z dnia 12 marca 2015 r., *eVigilo* (C-538/13, EU:C:2015:166) – czy przepisy prawa, o których mowa w pytaniu pierwszym, oraz art. 1 ust. 1 akapit trzeci dyrektywy 89/665 i art. 2 ust. 1 lit. b) tej dyrektywy należy rozumieć i interpretować (łącznie lub odrębnie, lecz bez ograniczenia do tych przepisów) w ten sposób, że:
 - a) jeżeli w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego instytucja zamawiająca poweźmie wiedzę, niezależnie od tego, w jaki sposób, o istnieniu znaczących powiązań pomiędzy określonymi oferentami, to instytucja zamawiająca musi, niezależnie od własnej oceny tego faktu lub innych okoliczności (na przykład braku podobieństwa ofert złożonych przez oferentów pod względem formalnym i merytorycznym, publicznego zobowiązania oferenta do działania w duchu uczciwej konkurencji z pozostałymi oferentami itd.), zwrócić się indywidualnie do każdego z powiązanych oferentów i zażądać od nich wyjaśnienia, czy i w jaki sposób ich sytuacja podmiotowa jest zgodna z zasadą wolnej i uczciwej konkurencji pomiędzy oferentami?
 - b) jeżeli instytucja zamawiająca ma taki obowiązek, ale go nie dopełni, to stanowi to wystarczającą podstawę do stwierdzenia przez sąd bezprawności działań tej instytucji zamawiającej z uwagi na brak zapewnienia przejrzystości i obiektywności postępowania oraz na niezwrócenie się do oferenta z żądaniem przedstawienia dowodów lub z uwagi na niepodjęcie decyzji z własnej inicjatywy odnośnie do ewentualnego wpływu sytuacji podmiotowej powiązanych podmiotów na wynik postępowania przetargowego?
4. Czy przepisy prawa, o których mowa w pytaniu trzecim, oraz postanowienia art. 101 ust. 1 TFUE należy rozumieć i interpretować (łącznie lub odrębnie, lecz bez ograniczenia do tych przepisów), w świetle wyroków Trybunału Sprawiedliwości: z dnia 12 marca 2015 r., *eVigilo*, (C-538/13, EU:C:2015:166), z dnia 21 stycznia 2016 r., *Eturas i in.* (C-74/14, EU:C:2016:42) i z dnia 21 lipca 2016 r. *VM Remonts i in.* (C-542/14, EU:C:2016:578), w ten sposób, że:

W omawianym wyroku, podobnie jak w sprawie C-538/07 *Assitur Srl*⁸², Trybunał w pierwszej kolejności, w przedmiocie pytania pierwszego i drugiego, podkreślił, że brak wyraźnego przepisu prawnego lub szczególnego postanowienia w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji określającej warunki udzielenia zamówienia publicznego, powiązani oferenci składający oddzielne oferty w tym samym przetargu nie są obowiązani z własnej inicjatywy poinformować o swoich powiązaniach instytucję zamawiającą⁸³. W tym względzie należy przede wszystkim przypomnieć, że prawo Unii, a w szczególności dyrektywa 2004/18/WE, nie zawiera ogólnego zakazu składania ofert przez przedsiębiorstwa powiązane w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Zapewnienie jak najszerszego udziału oferentów w przetargu i automatyczne wykluczenie prawa przedsiębiorstw powiązanych do udziału w tym samym postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia stałoby w sprzeczności ze skutecznym stosowaniem prawa Unii.

Należy wskazać ponadto, że w braku ciążącego na oferentach obowiązku poinformowania instytucji zamawiającej o ewentualnych powiązaniach z innymi oferentami, instytucja zamawiająca powinna przez cały czas trwania postępowania

-
- a) w sytuacji gdy oferent (skarżący) powziął wiedzę o odrzuceniu oferty o najniższej cenie złożonej przez jednego z dwóch powiązanych oferentów w ramach publicznego postępowania przetargowego (oferent A) oraz o fakcie, że drugi oferent (oferent B) został ogłoszony zwycięskim oferentem, w kontekście również innych okoliczności związanych z rzeczonymi oferentami i ich udziałem w postępowaniu przetargowym (mianowicie że oferenci A i B mają ten sam zarząd; że mają tę samą spółkę dominującą, która nie wzięła udziału w postępowaniu przetargowym; że oferenci A i B nie ujawnili instytucji zamawiającej wzajemnych powiązań i nie przedstawili odrębnych dodatkowych wyjaśnień w sprawie tych powiązań, między innymi dlatego, że nie zwrócono się do nich w tej sprawie; że oferent A podał w swojej ofercie niespójne informacje dotyczące zgodności proponowanych środków transportu (śmieciarek) z warunkiem normy Euro 5 wskazanymi w dokumentacji przetargowej; że rzeczony oferent, który złożył ofertę o najniższej cenie, odrzuconą z uwagi na wskazane w niej braki, po pierwsze, nie zaskarżył decyzji instytucji zamawiającej, oraz po drugie, wniósł odwołanie od wyroku sądu pierwszej instancji, w którym to odwołaniu wskazał on między innymi na bezprawny charakter decyzji o odrzuceniu swojej oferty itp.), i w sytuacji gdy w odniesieniu do wskazanych okoliczności instytucja zamawiająca nie podjęła żadnych działań – sama już ta informacja stanowi wystarczającą podstawę skierowanego do organu nadzorczego zarzutu, że powinien on stwierdzić bezprawność działań instytucji zamawiającej z uwagi na brak zapewnienia przejrzystości i obiektywności postępowania oraz, dodatkowo, na niezwrócenie się do skarżącej z żądaniem przedstawienia konkretnych dowodów na to, że oferenci A i B działali w sposób nieuczciwy?
 - b) oferenci A i B nie udowodnili instytucji zamawiającej, że w sposób rzeczywisty i uczciwy brali udział w publicznym postępowaniu przetargowym wyłącznie z tego względu, że oferent B dobrowolnie przedłożył oświadczenie o rzeczywistym udziale, oferent B zastosował standardy jakości zarządzania dla udziału w publicznym postępowaniu przetargowym, a ponadto że oferty przedłożone przez wspomnianych oferentów nie były identyczne pod względem formalnym i merytorycznym?
5. Czy działania wzajemnie powiązanych wykonawców (gdy obaj są podmiotami zależnymi tej samej spółki), biorących niezależnie od siebie udział w tym samym postępowaniu przetargowym, w którym wartość zamówienia sięga wartości zamówienia w ramach międzynarodowych postępowań przetargowych, w przypadku gdy siedziba instytucji zamawiającej, która ogłosiła postępowanie przetargowe, oraz miejsce świadczenia usług nie są bardzo oddalone od innego państwa członkowskiego (Republiki Łotewskiej) mogą być co do zasady oceniane – z uwzględnieniem, między innymi, dobrowolnego oświadczenia jednego z tych wykonawców o zobowiązaniu do przestrzegania reguł uczciwej konkurencji – w świetle art. 101 TFUE oraz orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości zawierającego wykładnię tych przepisów?

⁸² wyrok z dnia 19 maja 2009 r. w sprawie C-538/07 *Assitur Srl przeciwko Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano*, ECLI:EU:C:2009:317, pkt. 26, 28

⁸³ zob. A. Kowalski, *Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w zakresie zamówień publicznych w latach 2009–2017*, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2017 r., str. 26

traktować ofertę danego oferenta jako prawidłową, zgodnie z przepisami dyrektywy 2004/18/WE, dopóki nie ma przesłanek wskazujących na to, że oferty złożone przez powiązanych oferentów zostały skoordynowane lub uzgodnione.

Odpowiadając na pytania od trzeciego do piątego, Trybunał przypomniał, że art. 101 TFUE nie ma zastosowania, gdy zakazane w nim porozumienia lub praktyki stosowane są przez przedsiębiorstwa stanowiące jednostkę gospodarczą. Należy wskazać, że gdyby wspomniane spółki nie tworzyły jednostki gospodarczej, a spółka dominująca nie wywierała decydującego wpływu na swoje spółki zależne, to zasada równego traktowania, o której mowa w art. 2 dyrektywy 2004/18/WE, zostałaby w każdym wypadku naruszona, gdyby dopuszczono możliwość składania przez powiązanych oferentów skoordynowanych lub uzgodnionych ofert, czyli ofert, które nie są samodzielne i niezależne, a które mogłyby im tym samym przysporzyć bezpodstawnych korzyści względem pozostałych oferentów, bez potrzeby badania, czy złożenie takich ofert stanowi również zachowanie niezgodne z art. 101 TFUE. W zakresie odpowiedzi na pytania od trzeciego do piątego, w niniejszej sprawie nie ma potrzeby stosować i interpretować art. 101 TFUE.

W odniesieniu do obowiązków ciążących na instytucjach zamawiających na mocy art. 2 dyrektywy 2004/18/WE, Trybunał wskazał, że artykuł ten nakłada na instytucje zamawiające obowiązek aktywnego działania w zakresie przestrzegania zasad udzielania zamówień publicznych, w tym sprawdzania potencjalnych konfliktów interesów i podejmowania działań zapobiegawczych. Instytucje są zobowiązane do badania każdych okoliczności mogących wpływać na samodzielność i niezależność ofert, by uniknąć wadliwości postępowania przetargowego. Standard dowodowy umożliwia uwzględnienie nie tylko dowodów bezpośrednich, ale i poszlak, pod warunkiem ich obiektywności i spójności. W przypadku powiązanych oferentów, ich oferty muszą być całkowicie samodzielne i niezależne, aby mogły być rozpatrywane w przetargu. Sam fakt powiązań własnościowych między przedsiębiorstwami nie jest wystarczający, by automatycznie wykluczyć ich oferty, bez analizy realnego wpływu takich powiązań na treść ofert. W rozpatrywanej sprawie stwierdzenie, że powiązania między oferentami miały wpływ na treść złożonych przez nich w tym samym przetargu ofert, wystarczy co do zasady, by instytucja zamawiająca nie mogła brać tych ofert pod uwagę, gdyż kiedy oferty pochodzą od powiązanych oferentów, muszą być złożone w pełni samodzielnie i niezależnie. Natomiast samo stwierdzenie, że zainteresowane przedsiębiorstwa pozostają względem siebie w zależności z uwagi na stosunek własności lub liczbę głosów na zwyczajnym zgromadzeniu wspólników, nie wystarczy do tego, by instytucja zamawiająca mogła wykluczyć automatycznie te oferty z postępowania w sprawie udzielenia zamówienia, bez dokonania weryfikacji, czy taki stosunek miał konkretny wpływ na te oferty.

W świetle powyższego Trybunał uznał, że artykuł 2 dyrektywy 2004/18/WE należy interpretować w ten sposób, że:

- brak wyraźnego przepisu prawnego lub szczególnego postanowienia w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji określającej warunki udzielenia zamówienia publicznego powiązani oferenci składający oddzielne oferty w tym samym przetargu nie są obowiązani poinformować z własnej inicjatywy o swoich powiązaniach instytucji zamawiającej;
- gdy instytucja zamawiająca posiada informacje podające w wątpliwość samodzielny i niezależny charakter ofert przedstawionych przez określonych oferentów, jest ona zobowiązana do zbadania, żądając w razie potrzeby od oferentów dodatkowych informacji, czy oferty te faktycznie są samodzielne i niezależne. Gdyby okazało się, że te oferty nie są samodzielne i niezależne, art. 2 dyrektywy 2004/18/WE stoi na przeszkodzie udzieleniu zamówienia oferentom, którzy złożyli takie oferty.

6.3.orzeczenie z dnia 24 października 2018 r. w sprawie C-124/17 Vossloh Laeis przeciwko Stadtwerke München GmbH, ECLI:EU:C:2018:855

Zamawiający, Stadtwerke München, wprowadził system kwalifikacji zgodnie z art. 77 dyrektywy 2014/25/UE, mający na celu selekcję dostawców elementów szynowych. Vossloh Laeis, uczestnik „kartelu szynowego” został wykluczony z tego systemu po tym jak firma ta została ukarana grzywną przez Bundeskartellamt, federalny urząd antykartelowy w Niemczech. Vossloh Laeis w ramach wyjaśnienia zmowy i złagodzenia kary, podjęło współpracę z urzędem antykartelowym. Stadtwerke München, będąc jednym z podmiotów poszkodowanych przez praktyki kartelu, w odpowiedzi złożył pozew cywilny przeciwko Vossloh Laeis, domagając się odszkodowania za szkody. Co więcej, Vossloh Laeis została wykluczona ze skutkiem natychmiastowym z postępowania kwalifikacyjnego przez Stadtwerke München, która uznała, iż wyjaśnienia przedstawione przez wykonawcę nie świadczą o tym, że przedsiębiorstwo to podjęło wystarczające środki w rozumieniu przepisów krajowych. Instytucja zamawiająca domagała się przekazania jej decyzji federalnemu urzędowi antykartelowemu nakładającemu grzywnę, aby móc zbadać, a dzięki tej współpracy również wyjaśnić, popełnione przez tę spółkę naruszenie prawa dotyczącego karteli.

W odpowiedzi Vossloh Laeis wniosła skargę na decyzję o wykluczeniu do izby ds. zamówień publicznych Południowej Bawarii w Niemczech argumentując, iż instytucja zamawiająca dokonała błędnej wykładni przepisów krajowych oraz niewystarczająco uzasadniła tę decyzję, ponieważ art. 57 ust. 6 dyrektywy 2014/24/UE przewiduje jedynie współpracę z organami prowadzącymi dochodzenie, a nie z instytucją zamawiającą. Ponadto zgodnie z przepisami krajowymi wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest możliwe wyłącznie w ciągu trzech lat po zaistnieniu okoliczności stanowiących podstawę do wykluczenia a w niniejszym przypadku okoliczności te miały miejsce ponad trzy lata przed rozpatrywanym wykluczeniem. Izba

ds. zamówień publicznych Południowej Bawarii zawiesiła postępowanie i zwróciła się do Trybunału z czterema pytaniami, z których dwa dotyczyły ustalenia początku biegu terminu wykluczenia wykonawcy z procedury udzielenia zamówienia na podstawie fakultatywnej przesłanki wykluczenia określonej w art. 57 ust. 4 lit. d) dyrektywy 2014/24/UE (pytanie 3 i 4)⁸⁴.

Odpowiadając na pytania, Trybunał przede wszystkim wskazał, że spółka Vossloh Laeis twierdzi, że „odnośnym zdarzeniem” w rozumieniu art. 57 ust. 7 tej dyrektywy, od którego oblicza się maksymalny okres wykluczenia, jest zakończenie uczestnictwa w kartelu, zaś sąd odsyłający wskazał, że uzasadnienie ustawy krajowej, mającej na celu transpozycję art. 57 ust. 7, może wspierać tezę, że zdarzeniem tym jest decyzja właściwego organu ds. ochrony konkurencji. Trybunał podkreślił, że zgodnie z art. 57 ust. 7 dyrektywy 2014/24/UE państwa członkowskie ustalają maksymalny okres wykluczenia w przypadku, gdy wykonawca nie podejmie żadnych środków określonych w art. 57 ust. 6 tej dyrektywy w celu wykazania swojej rzetelności, a okres ten nie może, jeżeli okres wykluczenia nie został określony w prawomocnym wyroku w przypadkach wykluczenia, o których mowa w art. 57 ust. 4 rzeczony dyrektywy, przekraczać trzech lat od daty odnośnego zdarzenia. Choć art. 57 ust. 7 dyrektywy 2014/24/UE nie zawiera dalszych wyjaśnień co do charakteru „odnośnego zdarzenia”, ani w szczególności momentu, w którym ono następuje, przepis ten przewiduje w odniesieniu do obowiązkowych podstaw wykluczenia, o których mowa w ust. 1 tego artykułu, że jeżeli okres wykluczenia nie został określony w prawomocnym wyroku, okres pięciu lat powinien być liczony od daty skazania tym prawomocnym wyrokiem, bez względu na datę, w której miały miejsce okoliczności faktyczne leżące u podstaw tego skazania. Tym samym w odniesieniu do tych podstaw wykluczenia okres ten oblicza się od daty przypadającej niekiedy sporo po popełnieniu czynów wypełniających znamiona naruszenia. W niniejszej sprawie za zachowanie objęte odpowiednią podstawą wykluczenia została nałożona sankcja na mocy decyzji właściwego organu wydanej w ramach postępowania uregulowanego przez prawo Unii lub prawo krajowe, której celem było stwierdzenie zachowania stanowiącego naruszenie normy prawnej. W takiej sytuacji, w trosce o spójność z zasadami obliczania terminu przewidzianego dla obowiązkowych podstaw wykluczenia, lecz także o przewidywalność i pewność prawa, Trybunał uznał, że okres trzech lat przewidziany w art. 57 ust. 7 dyrektywy 2014/24/UE oblicza się od daty zapadnięcia tej decyzji a rozwiązanie to wydaje się tym bardziej uzasadnione, iż wykazanie istnienia zachowań

⁸⁴ Trzecie i czwarte pytania Izby ds. zamówień publicznych Południowej Bawarii były następujące:

3. Dla dobrowolnych podstaw wykluczenia, które uregulowano w art. 57 ust. 4 dyrektywy 2014/24, maksymalny okres lub termin dla wykluczenia wynosi zgodnie z art. 57 ust. 7 dyrektywy 2014/24 trzy lata, licząc od odnośnego zdarzenia. Czy jako „odnośne zdarzenie” należy rozumieć zaistnienie wymienionych w art. 57 ust. 4 dyrektywy 2014/24 podstaw wykluczenia, czy też chodzi tu o moment, od którego instytucja zamawiająca dysponuje pewną i potwierdzoną wiedzą o wystąpieniu podstawy wykluczenia?
4. Czy zgodnie z powyższym w przypadku spełnienia przesłanki wykluczającej wynikającej z art. 57 ust. 4 lit. d) dyrektywy 2014/24 poprzez udział wykonawcy w kartelu odnośnym zdarzeniem w rozumieniu art. 57 ust. 7 dyrektywy 2014/24 jest zaprzestanie udziału w kartelu, czy też uzyskanie przez instytucję zamawiającą pewnej i potwierdzonej wiedzy o jego udziale w kartelu?

ograniczających konkurencję może zostać uznane dopiero po wydaniu takiej decyzji, zawierającej taką kwalifikację prawną okoliczności faktycznych. Ponadto zainteresowany wykonawca nadal ma w tym okresie możliwość podjęcia środków, o których mowa w art. 57 ust. 6 dyrektywy 2014/24/UE, w celu wykazania swojej rzetelności, jeżeli mimo wszystko pragnie wziąć udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W rezultacie, zdaniem Trybunału, okres wykluczenia oblicza się nie od chwili uczestnictwa w kartelu, lecz od daty, w której to zachowanie stało się przedmiotem stwierdzenia naruszenia przez właściwy organ.

Odpowiadając na te pytania, Trybunał stwierdził, że artykuł 57 ust. 7 dyrektywy 2014/24/UE należy interpretować w ten sposób, że gdy wykonawca dopuścił się zachowania objętego podstawą wykluczenia określoną w art. 57 ust. 4 lit. d) tej dyrektywy, za które właściwy organ nałożył sankcję, maksymalny okres wykluczenia oblicza się od daty wydania decyzji tego organu.

6.4.orzeczenie z dnia 28 marca 2019 r. w sprawie C-101/18 *Idi przeciwko Agenzia Regionale Campana Difesa Suolo (Arcadis)*, ECLI:EU:C:2019:267

Spór w sprawie, której dotyczył wniosek włoskiego sądu, powstał na tle prowadzonego w 2015 r. przez Arcadis – Agenzia Regionale Campana Difesa del Suolo, kampanijską regionalną agencję ochrony gruntów, postępowania o udzielenie zamówienia na usługi kierowania robotami budowlanymi, wsparcia odbioru technicznego i innych usług powiązanych w ramach realizacji projektu rozwoju obszaru nadmorskiego Domizio. W toku postępowania jeden z wykonawców ubiegających się wspólnie z innymi wykonawcami o udzielenie tego zamówienia, spółka Tei, złożyła w sądzie wniosek o otwarcie postępowania układowego, zastrzegając sobie jednak możliwość przedstawienia w późniejszym terminie planu przewidującego kontynuowanie działalności. W tej sytuacji zamawiający podjął decyzję o jej wykluczeniu z udziału w postępowaniu. Wykluczony wykonawca odwołał się od tej decyzji zamawiającego do *Tribunale Amministrativo Regionale (TAR) per la Campania*, regionalnego sądu administracyjnego w Kampanii, który skargę oddalił, nie dopatrzwszy się uchybień w postępowaniu zamawiającego. *Consiglio di Stato*, włoski naczelny sąd administracyjny, rozpatrując sprawę w drugiej instancji, zdecydował się zawiesić postępowanie i skierował do Trybunału Sprawiedliwości pytania prejudycjalne⁸⁵.

⁸⁵ Consiglio di Stato zwrócił się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

1. Czy jest zgodne z art. 45 ust. 2 lit. a) i b) dyrektywy 2004/18/WE traktowanie za »postępowanie w toku« samego złożenia do właściwego organu sądowego wniosku o wszczęcie postępowania układowego?
2. Czy jest zgodne z wyżej wymienionym przepisem uznanie, że przyznanie przez dłużnika, iż znajduje się w stanie niewypłacalności i zamiar złożenia przez niego wniosku o wszczęcie postępowania układowego »in blanco« (którego szczególne cechy przedstawiono [w odesłaniu prejudycjalnym]) stanowi podstawę wykluczenia z procedury udzielania zamówień publicznych, przyjmując w ten sposób szeroką wykładnię pojęcia »postępowanie w toku« w rozumieniu prawa wspólnotowego (art. 45 dyrektywy) i krajowego (art. 38 decreto legislativo nr 163 z 2006 r.)?

Trybunał zdecydował się rozpatrzyć dwa pytania prejudycjalne łącznie, jednocześnie precyzując, iż poprzez te pytania sąd krajowy dążył w istocie do ustalenia, czy art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. b) dyrektywy 2004/18/WE należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie obowiązywaniu uregulowania krajowego takiego jak to rozpatrywane w postępowaniu głównym, które umożliwia wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy, który na dzień wydania decyzji o wykluczeniu złożył wnioski o otwarcie postępowania układowego, zastrzegając sobie prawo przedłożenia planu zakładającego kontynuację działalności.

W tym kontekście Trybunał stwierdził, że artykuł 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. b) dyrektywy zezwala, w celu zapewnienia wypłacalności kontrahenta instytucji zamawiającej, na wykluczenie z udziału w zamówieniu publicznym każdego wykonawcy, który jest w szczególności objęty postępowaniem układowym. Zgodnie natomiast z akapitem drugim tej dyrektywy, państwa członkowskie określają, zgodnie ze swoim prawem krajowym i z poszanowaniem prawa Unii, warunki wykonania przepisów tego ustępu. Pojęcia zawarte w art. 45 ust. 2 akapit pierwszy, w tym wyrażenie „przedmiotem postępowania układowego” mogą zostać wyjaśnione i doprecyzowane w prawie krajowym. W związku z powyższym Trybunał uznał, iż, fakt, że wykonawca jest przedmiotem postępowania układowego w rozumieniu art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. b) dyrektywy 2004/18/WE, nie uniemożliwia danemu ustawodawstwu krajowemu dopuszczenia tego wykonawcy do udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na warunkach określonych w jego przepisach.

Z powyższych względów Trybunał orzekł, że artykuł 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. b) dyrektywy 2004/18/WE należy interpretować w ten sposób, że nie stoi on na przeszkodzie obowiązywaniu uregulowania krajowego, takiego jak to rozpatrywane w postępowaniu głównym, które dopuszcza wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy, który na dzień wydania decyzji o wykluczeniu złożył wnioski o otwarcie postępowania układowego, zastrzegając sobie prawo przedłożenia planu przewidującego kontynuację działalności.

6.5.orzeczenie z dnia 2 maja 2019 r. w sprawie C-309/18 *Lavorgna Srl przeciwko Comune di Montelanico i in.*, ECLI:EU:C:2019:350

Gmina Montelanico prowadziła postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi zbiórki selektywnej, transportu komunalnych odpadów stałych i innych usług w zakresie unieszkodliwiania odpadów na okres dziewięciu lat, o wartości szacunkowej przekraczającej 2 000 000 euro. Zamawiający zdecydował o udzieleniu tego zamówienia spółce GEA s.r.l. Spółka Lavorgna Srl, która również ubiegała się o to zamówienie, zaskarżyła decyzję zamawiającego do *Tribunale amministrativo regionale (TAR) per il Lazio*, regionalnego sądu administracyjnego w Lacjum, podnosząc, że oferta spółki GEA s.r.l. powinna być zostać odrzucona, ponieważ nie zawierała wyodrębnionych kosztów

robocizny. Latyński TAR zdecydował się zawiesić postępowanie i zwrócił się do Trybunału z pytaniem prejudycjalnym dotyczącym dopuszczalności odrzucenia oferty, w której brak jest oddzielnego wskazania kosztów pracy, w świetle unijnych regulacji w dziedzinie zamówień publicznych⁸⁶.

Trybunał w pierwszej kolejności przypomniał, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, zasada równego traktowania oferentów wymaga, aby wszyscy mieli równe szanse na etapie formułowania swoich ofert. Jednocześnie Trybunał zwrócił uwagę, że obowiązek przejrzystości, będący bezpośrednim następstwem zasady równego traktowania, ma na celu wyeliminowanie ryzyka faworyzowania oraz arbitralnego traktowania przez instytucję zamawiającą. W ocenie Trybunału obowiązek przejrzystości obejmuje również konieczność, aby wszystkie warunki i zasady postępowania w sprawie udzielenia zamówienia były jasno, precyzyjnie i jednoznacznie określone w dokumentacji przetargowej, tak aby potencjalni oferenci, zachowując zwykłą staranność, mogli je zrozumieć w ten sam sposób i przygotować swoje oferty zgodnie z przyjętymi kryteriami⁸⁷. Zatem zasady równego traktowania i przejrzystości stoją na przeszkodzie wykluczeniu oferenta na podstawie obowiązku, który nie został wyraźnie określony w dokumentacji przetargowej lub w obowiązujących przepisach prawa krajowego. Jednakże, w ocenie Trybunału, jeśli obowiązek ten został jednoznacznie wskazany w dokumentacji przetargowej lub w przepisach krajowych pod rygorem wykluczenia, instytucja zamawiająca ma prawo wykluczyć oferenta i w takim przypadku nie można dopuścić do uzupełnienia braków w dokumentacji przetargowej po terminie składania ofert⁸⁸.

Dodatkowo Trybunał przypomniał, że zgodnie z zasadą proporcjonalności, uregulowanie krajowe dotyczące procedur zamówień publicznych, mające na celu zagwarantowanie

⁸⁶ *Tribunale amministrativo regionale per il Lazio* przedstawił Trybunałowi Sprawiedliwości następujące pytanie:

Czy wynikające z prawa Unii Europejskiej zasady ochrony uzasadnionych oczekiwań i pewności prawa, w związku z zasadami swobody przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług, które zostały ustanowione w [traktacie FUE], a także zasady, które z niego się wywodzą, takie jak równe traktowanie, niedyskryminacja, wzajemne uznawanie, proporcjonalność i przejrzystość, wskazane w dyrektywie [2014/24], stoją na przeszkodzie uregulowaniom prawa krajowego, takim jak uregulowania włoskie wywodzące się z postanowień [art. 95 ust. 10 w związku z art. 83 ust. 9 kodeksu zamówień publicznych], zgodnie z którymi brak oddzielnego wskazania kosztów pracy w ofercie gospodarczej w procedurze udzielenia zamówienia publicznego powoduje w każdym wypadku wykluczenie przedsiębiorstwa będącego oferentem bez możliwości skorzystania z procedury usuwania braków oferty (»soccorsu istruttorio«), także w sytuacji gdy obowiązek oddzielnego wskazania tych kosztów nie został przewidziany w załączonym formularzu służącym do składania ofert, a także niezależnie od okoliczności, że z materialnoprawnego punktu widzenia oferta w rzeczywistości spełnia wymogi w zakresie minimalnych kosztów pracy, zgodnie zresztą z oświadczeniem złożonym w tym względzie przez oferenta?

⁸⁷ zob. wyrok z dnia 2 czerwca 2016 r. w sprawie C-27/15 *Pipo Pizzo przeciwko CRGT Srl*, ECLI:EU:C:2016:404, pkt 36 i przytoczone tam orzecznictwo

⁸⁸ zob. analogicznie wyroki: z dnia 6 listopada 2014 r. w sprawie C-42/13 *Cartiera dell'Adda SpA przeciwko CEM Ambiente SpA*, ECLI:EU:C:2014:2345, pkt 46; z dnia 2 czerwca 2016 r., *Pizzo*, C-27/15, EU:C:2016:404, pkt 49

równego traktowania oferentów, nie może wykraczać poza to, co jest niezbędne dla osiągnięcia zamierzonego celu⁸⁹.

W konsekwencji Trybunał uznał, że zasady pewności prawa, równego traktowania i przejrzystości, o których mowa w dyrektywie 2014/24/UE, należy interpretować w ten sposób, że nie stoją one na przeszkodzie uregulowaniu krajowemu, takiemu jak rozpatrywane w postępowaniu głównym, zgodnie z którym brak oddzielnego wskazania kosztów pracy w ofercie gospodarczej złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego powoduje wykluczenie tej oferty bez możliwości skorzystania z procedury usuwania braków, także w sytuacji gdy obowiązek oddzielnego wskazania tych kosztów nie został przewidziany w dokumentacji przetargowej, o ile taki warunek i taka możliwość wyłączenia zostały w sposób jasny przewidziane w przepisach krajowych dotyczących zamówień publicznych, do których zawarto tam wyraźne odesłanie. Jeżeli jednak postanowienia ogłoszenia o zamówieniu nie umożliwiają oferentom wskazania tych kosztów w swoich ofertach gospodarczych, zasady przejrzystości i proporcjonalności należy interpretować w ten sposób, że nie stoją one na przeszkodzie temu, by umożliwić wykonawcom zaradzenie tej sytuacji i spełnienie przewidzianego w przepisach krajowych obowiązku w terminie wyznaczonym przez instytucję zamawiającą.

6.6.orzeczenie z dnia 19 czerwca 2019 r. w sprawie C-41/18 Meca przeciwko Comune di Napoli, ECLI:EU:C:2019:507

W niniejszej sprawie sąd odsyłający rozstrzygał skargę spółki Meca na decyzję zamawiającego, Comune di Napoli, o dopuszczeniu spółki Sirio do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na usługi żywienia w stołówkach szkolnych. Wcześniejsza umowa zawarta między gminą Neapol a spółką Sirio na świadczenie analogicznych usług w poprzednim roku szkolnym, została rozwiązana przez zamawiającego po wykryciu w serwowanych posiłkach obecności bakterii coli, które doprowadziły do zatrucia pokarmowych wśród uczniów i personelu szkolnego. Spółka Sirio zaskarżyła przed sądem cywilnym decyzję o rozwiązaniu umowy. Następnie wzięła udział w nowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w którym zamawiający dopuścił ją do udziału, powołując się na przepisy włoskiego kodeksu zamówień publicznych, które stanowią, że instytucje zamawiające mogą wykluczyć wykonawcę, jeśli wykażą, że dopuścił się poważnego wykroczenia zawodowego, które podważa jego uczciwość lub wiarygodność, w tym m.in. istotnych uchybień w realizacji wcześniejszych zamówień, skutkujących rozwiązaniem umowy, pod warunkiem, że rozwiązanie to nie zostało zaskarżone lub zostało potwierdzone w postępowaniu sądowym. Spółka Meca argumentowała, że zamawiający powinien był dokonać

⁸⁹ zob. podobnie wyrok z dnia 8 lutego 2018 r. w sprawie C-144/17 *Lloyd's of London przeciwko Agenzia Regionale per la Protezione dell'Ambiente della Calabria*, ECLI:EU:C:2018:78, pkt 32 i przytoczone tam orzecznictwo

niezależnej oceny rzetelności Sirio, uwzględniając powagę wcześniejszego naruszenia, jakim było zatrucie pokarmowe. Sam fakt zaskarżenia przez Sirio rozwiązania umowy przed sądem cywilnym nie powinien automatycznie eliminować możliwości oceny tej okoliczności przez instytucję zamawiającą. Zdaniem Meca, ograniczenie się do uznania istnienia sporu sądowego stanowiło błędne zastosowanie przepisów krajowych. Natomiast Comune di Napoli oraz Sirio utrzymywały, że zaskarżenie rozwiązania umowy przed sądem cywilnym uniemożliwiało dokonanie przez zamawiającego jakiegokolwiek oceny co do rzetelności wykonawcy. Ostatecznie, zamówienie zostało udzielone spółce Sirio.

W tych okolicznościach *Tribunale Amministrativo Regionale della Campania*, regionalny sąd administracyjny dla Kampanii, przedstawił Trybunałowi pytanie prejudycjalne dotyczące zgodności włoskiego przepisu z zasadami wynikającymi z dyrektywy 2014/24/UE oraz czy prawo Unii sprzeciwia się uregulowaniu, które automatycznie uniemożliwia instytucji zamawiającej ocenę wcześniejszych naruszeń wykonawcy jedynie na skutek wniesienia przez niego środka zaskarżenia do sądu cywilnego⁹⁰.

W pierwszej kolejności, gdy Trybunał dokonywał wykładni fakultatywnych podstaw wykluczenia, przewidzianych w art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d) lub g) dyrektywy 2004/18/WE, będących jedynymi przepisami, które nie zawierały odesłania do prawa krajowego, opierał się na art. 45 ust. 2 akapit drugi owej dyrektywy, na mocy którego państwa członkowskie określają, uwzględniając przepisy prawa Unii, warunki wykonania wskazanego ust. 2 w celu bardziej szczegółowego wyznaczenia przysługującego tym państwom zakresu uznania oraz zdefiniowania samego zakresu spornej, fakultatywnej podstawy wykluczenia⁹¹. To instytucji zamawiającej, a nie sądowi krajowemu, powierzono dokonanie oceny, czy danego wykonawcę należy wykluczyć z postępowania o udzielenie zamówienia. Zatem uprawnienie, jakim dysponuje każda instytucja zamawiająca w zakresie wykluczenia oferenta z postępowania o udzielenie zamówienia ma w szczególności na celu umożliwienie jej oceny uczciwości i rzetelności każdego z oferentów, o czym świadczy art. 57 ust. 4 lit. c) i g), a także motyw 101 dyrektywy 2014/24/UE. Jak podkreślił rzecznik generalny w swojej opinii w tej sprawie, obie te podstawy wykluczenia opierają się na podstawowym czynniku w stosunku między

⁹⁰ *Tribunale Amministrativo Regionale della Campania* przedstawił Trybunałowi Sprawiedliwości Unii Europejskiej następujące pytanie prejudycjalne:

Czy unijne zasady ochrony uzasadnionych oczekiwań i pewności prawa, o których mowa w [TFUE], i zasady, które z niego wynikają, takie jak zasady równego traktowania, niedyskryminacji, proporcjonalności i skuteczności, o których mowa w dyrektywie [2014/24], oraz art. 57 ust. 4 lit. c) i g) rzeczony dyrektywy, stoją na przeszkodzie stosowaniu uregulowania krajowego, takiego jak przepis zawarty w art. 80 ust. 5 lit. c) [kodeksu zamówień publicznych], zgodnie z którym zaskarżenie w drodze sądowej stwierdzenia znaczących niedociągnięć, do których doszło w czasie wykonywania wcześniejszego zamówienia i które doprowadziły do wcześniejszego wypowiedzenia poprzedniej umowy o udzielenie zamówienia, wyklucza dokonanie przez instytucję zamawiającą jakiegokolwiek oceny w zakresie rzetelności oferenta dopóty, dopóki nie zostanie wydane ostateczne orzeczenie sądu cywilnego, nawet jeśli przedsiębiorstwo takie nie wykazało, że przyjęło środki dostosowawcze mające na celu usunięcie naruszeń i uniknięcie ich ponownego wystąpienia?

⁹¹ zob. w szczególności wyrok z dnia 13 grudnia 2012 r. w sprawie C-465/11 *Forposta S.A., ABC Direct Contact sp. z o.o. przeciwko Poczcie Polskiej S.A.*, ECLI:EU:C:2012:801, pkt 25–31.

instytucją zamawiającą a wykonawcą, a mianowicie na rzetelności wykonawcy, stanowiącej podstawę pokładanego w nim przez instytucję zamawiającą zaufania⁹². Motyw 101 akapit pierwszy tej dyrektywy stanowi, że instytucje zamawiające mogą wykluczyć „wykonawców, którzy okazali się nierzetelni”, podczas gdy jego akapit drugi bierze pod uwagę, w ramach wykonywania wcześniejszych zamówień publicznych, „niewłaściwe zachowanie podające w poważną wątpliwość wiarygodność (rzetelność) wykonawcy”.

Jednocześnie art. 57 ust. 4 dyrektywy 2014/24/UE umożliwia instytucjom zamawiającym wykluczenie wykonawcy w trakcie postępowania, a nie tylko po wydaniu orzeczenia sądowego. Wprowadzając możliwość *self-cleaningu*, dyrektywa ma na celu zachęcenie wykonawcy do podejmowania działań naprawczych i wykazania swojej rzetelności, mimo wystąpienia poważnych nieprawidłowości. W rezultacie krajowe przepisy, które uniemożliwiają instytucjom zamawiającym ocenę rzetelności wykonawcy w nowym postępowaniu przetargowym po wypowiedzeniu umowy z powodu poważnych nieprawidłowości, są sprzeczne z dyrektywą 2014/24/UE. Jednocześnie wniesienie skargi na wypowiedzenie umowy nie powinno automatycznie uniemożliwiać oceny rzetelności wykonawcy przez instytucję zamawiającą w nowym postępowaniu.

W związku z powyższym Trybunał orzekł, że artykuł 57 ust. 4 lit. c) i g) dyrektywy 2014/24/UE, należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie uregulowaniu krajowemu, na mocy którego wniesienie sądowego środka zaskarżenia na decyzję o wypowiedzeniu umowy w sprawie zamówienia publicznego podjętą przez instytucję zamawiającą z powodu znaczących nieprawidłowości, do których doszło w czasie wykonywania tej umowy, uniemożliwia dokonanie przez instytucję zamawiającą, która organizuje nowy przetarg, jakiegokolwiek oceny, na etapie selekcji oferentów, w zakresie rzetelności wykonawcy, którego dotyczyło to wypowiedzenie.

6.7. orzeczenie z dnia 3 października 2019 r. w sprawie C-267/18 *Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93* przeciwko *Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere*, ECLI:EU:C:2019:826

Gmina Râmnicu Vâlcea udzieliła konsorcjum wykonawców, w tym Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 SA (Delta), zamówienia na roboty budowlane związane z renowacją i modernizacją obiektu rekreacyjnego. W dniu 7 czerwca 2017 r. gmina zdecydowała się rozwiązać umowę, argumentując, że Delta bez jej zgody zleciła znaczne części robót podwykonawcom, co było sprzeczne z warunkami zamówienia. O wcześniejszym rozwiązaniu umowy poinformowano publicznie na platformie elektronicznej zamówień publicznych w dniu 25 lipca 2017 r. Następnie, w dniu 27 lipca 2017 r., Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA (CNAIR),

⁹² por. opinia rzecznika generalnego Manuela Camposa Sáncheza-Bordony przedstawiona w dniu 7 marca 2019 r. w sprawie C-41/18 *Meca przeciwko Comune di Napoli*, ECLI:EU:C:2019:183, pkt 42 i 43 opinii

ogłosiła przetarg na roboty budowlane o szacowanej wartości 210 627 629 RON (46 806 139,78 EUR). Delta, wraz z innymi firmami, utworzyła nowy tymczasowy związek przedsiębiorstw (TZP2) i złożyła ofertę w przetargu, oświadczając, że nie dotyczą jej żadne podstawy wykluczenia. Komisja przetargowa CNAIR, sprawdzając system elektroniczny, dowiedziała się o wcześniejszym rozwiązaniu umowy z gminą Râmnicu Vâlcea i po wysłuchaniu obu stron, komisja przetargowa wykluczyła TZP2 z postępowania o udzielenie zamówienia, powołując się na przedterminowe rozwiązanie umowy oraz brak poinformowania o tej okoliczności, co stanowiło podstawy wykluczenia zgodnie z art. 167 ust. 1 lit. g) i h) ustawy nr 98/2016⁹³. TZP2 zażądał cofnięcia decyzji o wykluczeniu i ponownej oceny swojej oferty. Wobec braku odpowiedzi, TZP2 złożył zażalenie do krajowej rady ds. rozpatrywania zażaleń (KRRZ). KRRZ oddaliła zażalenie, uznając, że decyzja o odrzuceniu oferty była zgodna z prawem, gdyż protokół ustaleń świadczył o poważnym niewykonaniu obowiązków umownych przez TZP1, a TZP2 nie przedstawił dowodów na poparcie swojej wiarygodności zgodnie z art. 171 ustawy nr 98/2016. W dniu 16 lutego 2018 r. od decyzji KRRZ wniesiono skargę do sądu apelacyjnego w Bukareszcie. W skardze wskazano, że protokół ustaleń nie wykazywał poważnych naruszeń umownych przez Deltę i nawet gdyby takie naruszenia miały miejsce, to nie uzasadniałyby wykluczenia. W tym kontekście *Curtea de Apel București*, sąd apelacyjny w Bukareszcie przedłożył Trybunałowi pytanie prejudycjalne⁹⁴.

Odpowiadając na pytanie, Trybunał nawiązał do omówionego wyżej wyroku wydanego w sprawie C-41/18 *Meca*⁹⁵, z którego wynika, że uprawnienie do wykluczenia wykonawcy z postępowania w sprawie udzielenia zamówienia, jakim dysponuje każda instytucja zamawiająca, ma w szczególności na celu umożliwienie jej oceny uczciwości i rzetelności każdego z oferentów. Trybunał podkreślił m.in., że fakultatywna podstawa wykluczenia wskazana w art. 57 ust. 4 lit. g) dyrektywy 2014/24/UE w związku z jej motywem 101 opiera się na wiarygodności zwycięskiego wykonawcy, na którym opiera się zaufanie, jakim obdarzyła go instytucja zamawiająca. Ustanowienie stosunku opartego na zaufaniu pomiędzy instytucją zamawiającą a wybranym wykonawcą zakłada zatem, że owa instytucja zamawiająca nie jest automatycznie związana oceną dokonaną w ramach wcześniejszego zamówienia publicznego przez inną instytucję zamawiającą. Zasada ta wymaga bowiem, aby instytucja zamawiająca sama zbadała i oceniła stan faktyczny.

Trybunał przypomniał, że decyzja innej instytucji zamawiającej o rozwiązaniu wcześniejszej umowy nie może automatycznie prowadzić do wniosku, że wykonawca

⁹³ rumuńska ustawa o zamówieniach publicznych

⁹⁴ *Curtea de Apel București* przedstawił Trybunałowi następujące pytanie prejudycjalne:

Czy art. 57 ust. 4 lit. g) dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, można interpretować w ten sposób, że rozwiązanie umowy w sprawie zamówienia publicznego z tego powodu, że część robót została zlecona podwykonawcom bez zgody instytucji zamawiającej, stanowi znaczące lub uporczywe niedociągnięcie w spełnieniu istotnego wymogu w ramach wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, które prowadzi do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego?

⁹⁵ wyrok z dnia 19 czerwca 2019 r. w sprawie C-41/18 *Meca przeciwko Comune di Napoli*, ECLI:EU:C:2019:507

wykazywał znaczące lub uporczywe niedociągnięcia w rozumieniu art. 57 ust. 4 lit. g) dyrektywy 2014/24/UE. Instytucja zamawiająca musi samodzielnie ocenić zachowanie wykonawcy, biorąc pod uwagę wszystkie istotne elementy, w tym decyzję o rozwiązaniu umowy, zgodnie z zasadą proporcjonalności. W tym względzie, jak zauważył rzecznik generalny Sánchez-Bordona w swojej opinii w tej sprawie, z brzmienia art. 57 ust. 4 lit. g) dyrektywy 2014/24/UE wynika, że naruszenie popełnione przez oferenta musi być wystarczająco poważne, aby uzasadnić rozwiązanie umowy z punktu widzenia zasady proporcjonalności⁹⁶. W przypadku rozwiązania umowy z powodu zlecenia podwykonawcy części robót bez zgody instytucji zamawiającej, instytucja zamawiająca musi ocenić, czy to naruszenie miało wpływ na wykonanie istotnego zobowiązania. Powinna również zbadać, czy umowa dotycząca tego zamówienia zawierała zobowiązanie do osobistego wykonania przez zwycięskiego oferenta lub czy uzależniała skorzystanie z podwykonawcy od uzyskania uprzedniej zgody gminy, przy czym wymogi te są zgodne z art. 71 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE. Z przepisu tego wynika bowiem, że „w dokumentach zamówienia instytucja zamawiająca może zażądać albo zostać zobowiązana przez państwo członkowskie do zażądania od oferenta, aby wskazał on w swojej ofercie ewentualną część zamówienia, której wykonanie zamierza zlecić osobom trzecim w ramach podwykonawstwa, a także aby podał ewentualnych proponowanych podwykonawców”. Jak wskazał rzecznik generalny w swojej opinii w tej sprawie, instytucja zamawiająca jest w stanie ocenić, czy podwykonawca jest wiarygodny, jedynie na podstawie tych informacji. Wniosek o uprzednią zgodę instytucji zamawiającej ma w szczególności na celu umożliwienie tej ostatniej upewnienia się, że nie ma podstaw do wykluczenia podwykonawcy, z którego usług ma zamiar skorzystać zwycięski oferent⁹⁷.

Trybunał zaznaczył, że brak poinformowania o rozwiązaniu umowy może stanowić poważne wykroczenie zawodowe w rozumieniu art. 57 ust. 4 lit. h) dyrektywy 2014/24/UE. Instytucja zamawiająca musi ocenić, czy wykonawca podjął wystarczające środki naprawcze, aby uniknąć powtórzenia nieprawidłowości i wykazać swoją wiarygodność. Zlecenie podwykonawcy bez zgody instytucji zamawiającej, które doprowadziło do rozwiązania umowy, może uzasadniać wykluczenie wykonawcy z późniejszego postępowania, jeżeli instytucja zamawiająca uzna, że takie działanie prowadzi do utraty zaufania do wykonawcy. Jednak przed orzeczeniem takiego wykluczenia instytucja zamawiająca powinna umożliwić wykonawcy przedstawienie środków naprawczych zgodnie z art. 57 ust. 6 dyrektywy 2014/24/UE.

Z powyższych względów Trybunał uznał, że artykuł 57 ust. 4 lit. g) dyrektywy 2014/24/UE, należy interpretować w ten sposób, że zlecenie podwykonawcy przez wykonawcę części

⁹⁶ por. opinia rzecznika generalnego Manuela Camposa Sáncheza-Bordony przedstawiona w dniu 8 maja 2019 r. w sprawie C-267/18 *Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93* przeciwko *Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere*, ECLI:EU:C:2019:393, pkt 32

⁹⁷ cyt. opinia rzecznika generalnego, pkt 38–39

robót budowlanych w ramach wcześniejszego zamówienia publicznego, o którym to podwykonawstwie zdecydowano bez zgody instytucji zamawiającej i które doprowadziło do rozwiązania umowy dotyczącej tego zamówienia, stanowi znaczące lub uporczywe niedociągnięcie przy wykonywaniu istotnego zobowiązania związanego ze wspomnianym zamówieniem w rozumieniu rzeczonoego przepisu. W związku z tym może ono uzasadniać wykluczenie tego wykonawcy z udziału w późniejszym postępowaniu w sprawie udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli po przeprowadzeniu własnej oceny uczciwości i wiarygodności wykonawcy, którego dotyczyło rozwiązanie umowy w sprawie wcześniejszego zamówienia publicznego, instytucja zamawiająca prowadząca owo kolejne postępowanie o udzielenie zamówienia uzna, że takie podwykonawstwo prowadzi do utraty zaufania do danego wykonawcy. Trybunał podkreślił jednak, że przed orzeczeniem takiego wykluczenia instytucja zamawiająca powinna umożliwić temu wykonawcy przedstawienie środków naprawczych, które przyjął w wyniku rozwiązania umowy dotyczącej wcześniejszego zamówienia publicznego.

**6.8.orzeczenie z dnia 30 stycznia 2020 r. w sprawie C-395/18 *Tim*
przeciwko Consip SpA, Ministero dell'Economia e delle Finanze,
ECLI:EU:C:2020:58**

Consip, włoska centrala zakupów dla administracji publicznej, ogłosiła przetarg na dostawę systemu łączności światłowodowej. W odpowiedzi na to ogłoszenie spółka Tim złożyła ofertę, w której wskazała trzech podwykonawców, z których zamierzała skorzystać przy realizacji zamówienia. Jednak w trakcie postępowania instytucja zamawiająca stwierdziła, że jeden z podwykonawców nie spełniał przepisów dotyczących prawa pracy osób niepełnosprawnych, co skutkowało wykluczeniem Tim z przetargu na podstawie włoskiego kodeksu zamówień publicznych. Spółka Tim złożyła skargę, argumentując, że zgodnie z dyrektywą 2014/24/UE, sankcją za stwierdzenie podstawy wykluczenia wobec podwykonawcy powinno być jedynie jego zastąpienie, a nie całkowite wykluczenie wykonawcy. Podkreśliła przy tym, że była w stanie zapewnić innych podwykonawców spełniających wymagania, a w razie potrzeby mogła samodzielnie wykonać zamówienie. Sąd odsyłający wskazał, że wykluczenie Tim było zgodne z krajowymi przepisami, które przewidują takie sankcje, jeśli podwykonawca wskazany w ofercie nie spełniał wymagań. Mimo to sąd zastanawiał się, czy te przepisy są zgodne z dyrektywą 2014/24/UE, zwłaszcza w zakresie podstaw wykluczenia i możliwości zastępowania podwykonawców. Ponadto sąd rozważał, czy automatyczne wykluczenie wykonawcy, bez możliwości zastąpienia podwykonawcy, jest zgodne z zasadą proporcjonalności. W rezultacie *Tribunale amministrativo regionale per il Lazio*,

regionalny sąd administracyjny dla Lacjum, postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z pytaniami prejudycjalnymi⁹⁸.

Odpowiadając na pytania, Trybunał w pierwszej kolejności nawiązał do utrwalonego orzecznictwa, z którego wynika, po pierwsze, że instytucje zamawiające powinny w trakcie całego postępowania przestrzegać zasad udzielania zamówień ustanowionych w art. 18 dyrektywy 2014/24/UE, wśród których znajdują się, w szczególności, zasady równego traktowania i proporcjonalności oraz po drugie, że zgodnie z zasadą proporcjonalności, przepisy ustanawiane przez państwa członkowskie lub instytucje zamawiające w ramach wdrażania postanowień tej dyrektywy, takie jak przepisy mające na celu ustanowienie warunków wykonania art. 57 wspomnianej dyrektywy, nie powinny wykraczać poza to, co jest konieczne dla osiągnięcia celów przewidzianych przez tę dyrektywę⁹⁹. W ślad za rzecznikiem generalnym Sánchezem-Bordoną, Trybunał wskazał, że w sytuacji, gdy instytucja zamawiająca przystępuje do sprawdzenia w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia, do czego jest zobowiązana na podstawie art. 56 ust. 1 lit. b) dyrektywy 2014/24/UE w związku z motywem 40 tej dyrektywy, czy nie istnieją podstawy wykluczenia w rozumieniu art. 57 ust. 4 lit. a) wspomnianej dyrektywy, a przepisy krajowe przewidują, że ma ona prawo, a nawet obowiązek wykluczyć wykonawcę w przypadku naruszenia przez podwykonawcę obowiązków w dziedzinie prawa ochrony środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy, to w celu przestrzegania zasady równego traktowania jest ona zobowiązana do sprawdzenia istnienia jakiegokolwiek naruszenia tych obowiązków w odniesieniu nie tylko do wszystkich wykonawców, którzy złożyli ofertę, ale także w odniesieniu do wszystkich podwykonawców wskazanych przez tych wykonawców w ich ofertach¹⁰⁰.

Uregulowanie krajowe rozpatrywane w postępowaniu głównym przewiduje jednak w ogólny i abstrakcyjny sposób automatyczne wykluczenie wykonawcy, jeżeli

⁹⁸ *Tribunale amministrativo regionale per il Lazio* zwrócił się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

1. Czy art. 57 i art. 71 ust. 6 dyrektywy [2014/24] stoją na przeszkodzie przepisowi krajowemu takiemu jak przepis [...] art. 80 ust. 5 [kodeksu zamówień publicznych], przewidującego wykluczenie oferenta w przypadku stwierdzenia w toku postępowania przetargowego występowania podstawy wykluczenia jednego z trzech podwykonawców wskazanych w ofercie, zamiast zobowiązania oferenta do zastąpienia wskazanego podwykonawcy?
2. Ewentualnie, na wypadek gdyby [Trybunał] uznał, że państwo członkowskie ma możliwość wykluczenia oferenta, czy zasada proporcjonalności ustanowiona w art. 5 TUE, przywołana w motywie 101 dyrektywy [2014/24] i wskazana przez [Trybunał] jako ogólna zasada prawa Unii, stoi na przeszkodzie przepisowi krajowemu takiemu jak przepis [...] art. 80 ust. 5 [kodeksu zamówień publicznych], przewidującego w każdym przypadku stwierdzenia w toku postępowania przetargowego występowania podstawy wykluczenia dotyczącej wskazanego podwykonawcy wykluczenie wykonawcy będącego oferentem, nawet jeśli są inni niewykluczeni podwykonawcy spełniający wymagania niezbędne do wykonania usług, które mają zostać zlecone podwykonawcom, lub w przypadku gdy wykonawca będący oferentem oświadczy, że rezygnuje z podwykonawstwa, gdyż sam spełnia warunki dla wykonania usług?

⁹⁹ zob. podobnie wyroki z dnia 7 lipca 2016 r. w sprawie C-46/15 *Ambisig – Ambiente e Sistemas de Informação Geográfica SA przeciwko AICP–Associação de Industriais do Concelho de Pombal*, ECLI:EU:C:2016:530, pkt 40; zob. podobnie wyrok z dnia 8 lutego 2018 r. w sprawie C-144/17 *Lloyd's of London przeciwko Agenzia Regionale per la Protezione dell'Ambiente della Calabria*, ECLI:EU:C:2018:78, pkt 32

¹⁰⁰ por. opinia rzecznika generalnego Manuela Camposa Sáncheza-Bordony przedstawiona w dniu 11 lipca 2019 r. w sprawie C-395/18 *Tim SpA – Direzione e coordinamento Vivendi SA przeciwko Consip SpA, Ministero dell'Economia e delle Finanze*, ECLI:EU:C:2019:595, pkt 32

w odniesieniu do któregoś z podwykonawców wskazanych w ofercie tego wykonawcy zostanie stwierdzone naruszenie obowiązków z dziedziny prawa ochrony środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy, niezależnie od okoliczności leżących u podstaw tego naruszenia, ustanawiając tym samym niewzruszalne domniemanie, zgodnie z którym wykonawca musi zostać wykluczony za każde naruszenie, jakie można przypisać jednemu z jego podwykonawców, bez pozostawienia instytucji zamawiającej uprawnienia do oceny w każdym przypadku szczególnych okoliczności danej sprawy, a wykonawcy uprawnienia do wykazania swojej wiarygodności pomimo stwierdzenia naruszenia. W tych okolicznościach uregulowanie krajowe przewidujące takie automatyczne wykluczenie wykonawcy, który złożył ofertę, narusza zasadę proporcjonalności poprzez nałożenie na instytucje zamawiające obowiązku automatycznego dokonania takiego wykluczenia z powodu naruszenia dokonanego przez podwykonawcę oraz poprzez przekroczenie w ten sposób zakresu uznania, jakimi dysponują państwa członkowskie na podstawie art. 57 ust. 7 dyrektywy 2014/24/UE przy określaniu warunków wykonania podstawy wykluczenia przewidzianej w art. 57 ust. 4 lit. a) tej dyrektywy z poszanowaniem prawa Unii. Takie uregulowanie pozbawia również wykonawcę możliwości wykazania zgodnie z art. 57 ust. 6 dyrektywy 2014/24/UE jego wiarygodności pomimo istnienia naruszenia po stronie jednego z jego podwykonawców¹⁰¹.

W związku z powyższym Trybunał wskazał, że artykuł 57 ust. 4 lit. a) dyrektywy 2014/24/UE nie sprzeciwia się uregulowaniu krajowemu, na podstawie którego instytucja zamawiająca ma prawo, a nawet obowiązek wykluczyć wykonawcę, który złożył ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia, jeżeli w odniesieniu do któregoś z podwykonawców wymienionych w ofercie tego wykonawcy została stwierdzona podstawa wykluczenia przewidziana w tym przepisie. Z kolei przepis ten, w związku z art. 57 ust. 6 tej dyrektywy oraz zasada proporcjonalności sprzeciwiają się uregulowaniu krajowemu przewidującemu automatyczny charakter takiego wykluczenia.

6.9.orzeczenie z dnia 7 września 2021 r. w sprawie C-927/19 *Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras UAB przeciwko Ecoservice Klaipėda UAB, Klaipėdos autobusų parkas UAB, Parsekas UAB, Klaipėdos transportas UAB*, ECLI:EU:C:2021:700

W sprawie, w której zapadło to orzeczenie, Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras, Centrum Gospodarki Odpadami Regionu Kłajpedy, wszczęło we wrześniu 2018 r. postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi związane ze zbiorczą odpadów komunalnych w rejonie neryńskim i ich transportowaniem do zakładów

¹⁰¹ zob. analogicznie wyroki: z dnia 19 maja 2009 r. w sprawie C-538/07 *Assitur Srl przeciwko Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano*, ECLI:EU:C:2009:317, pkt 30; z dnia 13 grudnia 2012 r. w sprawie C-465/11 *Forposta S.A., ABC Direct Contact sp. z o.o. przeciwko Poczcie Polskiej S.A.*, ECLI:EU:C:2012:801, pkt 34, 35; z dnia 25 września 2019 r. w sprawie C-63/18 *Vitali SpA przeciwko Autostrade per l'Italia SpA*, ECLI:EU:C:2019:787, pkt 40, 41

utylicacji odpadów w rejonie Kłajpedy. Warunki udziału w postępowaniu zawierały wskazanie na niezbędne do realizacji zamówienia zdolności zawodowe i techniczne, a także opis sytuacji finansowej i ekonomicznej, zgodnie z którym wykonawcy musieli potwierdzić swój średni roczny obrót osiągnięty z prowadzenia działalności w zakresie zbiórki i transportu zmieszanych odpadów komunalnych za poprzednie trzy lata obrotowe w kwocie nie niższej niż 200 tys. euro. Natomiast specyfikacje techniczne przewidywały w szczególności zobowiązanie wykonawców do wykorzystywania specjalnych pojazdów zgodnych co najmniej z normą Euro 5 i wyposażonych w nadajnik GPS. Zamawiający podjął decyzję o udzieleniu zamówienia konsorcjum spółek „Klaipėdos autobusų parkas” UAB, „Parsekas” UAB i „Klaipėdos transportas UAB”. Decyzję zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej zakwestionowała spółka „Ecoservice Klaipėda” UAB, która również brała udział w tym postępowaniu i uplasowała się na drugiej pozycji w rankingu ofert. Spółka najpierw zwróciła się do zamawiającego o udzielenie jej dostępu do dokumentów postępowania, w szczególności do najkorzystniejszej oferty, a następnie wniosła odwołanie w którym podnosiła, że jeden z konsorcjantów nie prowadził działalności w zakresie gospodarowania zmieszanyimi odpadami komunalnymi, a wskazany w ofercie pojazd nie odpowiadał parametrom określonym w specyfikacji technicznej. Powyższe zarzuty zostały oddalone przez zamawiającego oraz przez sąd orzekający w pierwszej instancji. Sąd apelacyjny z kolei uchylił zarówno wyrok sądu pierwszej instancji, jak i decyzję instytucji zamawiającej ustalającą klasyfikację ofert. *Lietuvos Aukščiausioji Teisma*, sąd najwyższy Litwy, rozpatrujący skargę kasacyjną wniesioną przez zamawiającego, zawiesił postępowanie i przedłożył Trybunałowi pytania prejudycjalne, z których jedno dotyczyło ustalenia, czy art. 57 ust. 4 dyrektywy 2014/24/UE należy interpretować w ten sposób, że sąd krajowy rozpoznający spór między instytucją zamawiającą a wykonawcą, któremu nie udzielono zamówienia, może, po pierwsze, odejść od dokonanej przez tę instytucję oceny zgodności z prawem postępowania wykonawcy, któremu udzielono zamówienia, i w związku z tym w wydanym orzeczeniu wyciągnąć z tego wszelkie konieczne konsekwencje oraz, po drugie, uwzględnić z urzędu zarzut dotyczący popełnionego przez instytucję zamawiającą błędu w ocenie (pytanie 10)¹⁰².

W tym względzie Trybunał wyjaśnił, że decyzja, mocą której instytucja zamawiająca odmawia wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia w oparciu o jedną z fakultatywnych podstaw wykluczenia przewidzianych w dyrektywie, musi koniecznie podlegać zaskarżeniu, gdyż w przeciwnym razie doszłoby do naruszenia prawa do skutecznego środka prawnego. W konsekwencji Trybunał stwierdził, że sąd

¹⁰² *Lietuvos Aukščiausioji Teisma* zadał Trybunałowi następujące pytanie:

10. Czy w świetle wyroku z dnia 3 października 2019 r., *Delta Antreprizā de Construcții și Montaj 93* (C-267/18, EU:C:2019:826), podstawę wykluczenia usługodawców określoną w art. 57 ust. 4 lit. h) dyrektywy 2014/24 można zastosować w ten sposób, że sąd, badając spór między usługodawcą a instytucją zamawiającą, może z urzędu rozstrzygnąć – niezależnie od oceny instytucji zamawiającej – że dany usługodawca w wyniku działania umyślnego lub niedbalstwa przedstawił instytucji zamawiającej informacje wprowadzające w błąd, niezgodne ze stanem faktycznym, w związku z czym musi zostać wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia?

krajowy może w ramach sporu między instytucją zamawiającą a kandydatem lub oferentem, któremu nie udzielono zamówienia, przeprowadzić kontrolę dokonaną przez tę instytucję oceny tego, czy przesłanki wymagane do zastosowania jednej z fakultatywnych podstaw wykluczenia były spełnione w odniesieniu do wykonawcy, któremu udzielono zamówienia, i w konsekwencji od niej odejść. W zależności od przypadku, wspomniany sąd może orzec w ten sposób co do istoty lub przekazać w tym celu sprawę instytucji zamawiającej albo właściwemu sądowi krajowemu.

Natomiast zgodnie z zasadą równoważności sąd taki może uwzględnić z urzędu zarzut dotyczący popełnionego przez instytucję zamawiającą błędu w ocenie jedynie wówczas, gdy pozwala na to prawo krajowe.

**6.10. orzeczenie z dnia 15 września 2022 r. w sprawie C-416/21
*Landkreis Aichach-Friedberg przeciwko J. Sch. Omnibusunternehmen,
K. Reisen GmbH*, ECLI:EU:C:2022:689**

W sprawie będącej przedmiotem odesłania niemieckiego sądu, Landkreis Aichach-Friedberg, powiat Aichach-Friedberg, prowadził w 2019 r. w trybie procedury otwartej postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi autobusowego transportu publicznego. W toku procedury do zamawiającego wpłynęły między innymi dwie oferty przygotowane i podpisane przez tą samą osobę fizyczną, przy czym jedna została złożona przez tę osobę fizyczną prowadzącą jednoosobową działalność gospodarczą pod firmą J. Sch. Omnibusunternehmen, natomiast druga przez spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością K. Reisen GmbH, której dyrektorem zarządzającym i jednym udziałowcem była ta osoba fizyczna. Obydwie oferty zostały przez zamawiającego odrzucone, a wykonawcy – zarówno osoba fizyczna, jak i spółka – zostali wykluczeni z udziału w postępowaniu z powodu naruszenia zasady poufności i zakłócenia konkurencji. Wykluczeni wykonawcy wnieśli najpierw odwołanie, które zostało oddalone, a następnie skargę do *Vergabekammer Südbayern*, izby ds. zamówień publicznych Południowej Bawarii, która uwzględniła wniesioną skargę. W szczególności izba zauważyła, że w świetle wyroku Trybunału w sprawie C-531/16 *Specializuotas transportas*¹⁰³ czynności dokonane przez J. Sch. Omnibusunternehmen i K. Reisen GmbH nie stanowią naruszenia konkurencji w rozumieniu art. 101 TFUE, ponieważ wykonawcy tworzą wspólnie jednostkę gospodarczą. Zamawiający zaskarżył rozstrzygnięcie izby, podnosząc, że możliwość udziału dwóch wykonawców tworzących jednostkę gospodarczą w postępowaniu jest niezgodne z interesami pozostałych wykonawców i narusza zasadę równego traktowania oraz reguły konkurencji, zwłaszcza, że jego zdaniem tacy wykonawcy są w stanie uzgodnić swoje oferty. *Bayerisches Oberstes Landesgericht*, najwyższy sąd krajowy Bawarii, rozpatrując skargę zamawiającego,

¹⁰³ wyrok z dnia 17 maja 2018 r. w sprawie C-531/16 *Šiaulių regiono atliekų tvarkymo centra przeciwko Specializuotas transportas*, ECLI:EU:C:2018:324

zawiesił toczące się przed nim postępowanie i wystąpił do Trybunału Sprawiedliwości z wnioskiem prejudycjalnym dotyczącym wykładni przepisów dyrektywy 2014/24/UE¹⁰⁴.

Odpowiadając na pytanie pierwsze, Trybunał zaczął od wskazania, że zgodnie z treścią art. 57 ust. 4 akapit pierwszy lit. d) dyrektywy 2014/24/UE instytucje zamawiające mogą wykluczyć wykonawcę lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, jeżeli instytucja zamawiająca może stwierdzić, na podstawie wystarczająco wiarygodnych przesłanek, że wykonawca ten zawarł z innymi wykonawcami porozumienia mające na celu zakłócenie konkurencji. Trybunał doszedł zatem do wniosku, że przepis ten odnosi się do sytuacji, w których wykonawcy zawierają jakiekolwiek porozumienie antykonkurencyjne i nie można go ograniczać jedynie do porozumień między przedsiębiorstwami, o których mowa w art. 101 TFUE.

Jakkolwiek istnienie porozumienia w rozumieniu art. 101 TFUE jest objęte fakultatywną podstawą wykluczenia zawartą w art. 57 ust. 4 akapit pierwszy lit. d) dyrektywy 2014/24/UE, to jednak ten drugi przepis ma szerszy zakres, odnoszący się również do zawierania przez wykonawców porozumień antykonkurencyjnych, które nie podlegają art. 101 TFUE. W związku z tym sam fakt, że takie porozumienie między dwoma wykonawcami nie mieści się w zakresie tego postanowienia, nie stoi na przeszkodzie temu, by było ono objęte tą fakultatywną podstawą wykluczenia. Zarazem Trybunał podkreślił, że omawiany przepis dyrektywy 2014/24/UE dotyczy przypadku, w którym istnieją wystarczające przesłanki pozwalające zamawiającemu uznać, że porozumienie zostało zawarte przez dwóch lub większą liczbę wykonawców w celu zakłócenia konkurencji, co wymaga istnienia zbieżności woli co najmniej dwóch różnych wykonawców. Dlatego też, zdaniem Trybunału, w przypadku takim jak w analizowanym odesłaniu prejudycjalnym, nie można z góry uznać, że dwóch wykonawców, którzy co do zasady występują pod postacią jednej i tej samej osoby do celów podejmowania decyzji, mogło zawrzeć między sobą „porozumienie”, ponieważ nie wydaje się, aby istniały dwie odrębne wole, które mogłyby być zbieżne. Do sądu odsyłającego należy jednak zbadanie, czy z uwagi na związek pomiędzy J. Sch. Omnibusunternehmen a K. Reisen jest możliwe, by zawierali oni takie porozumienie w celu zakłócenia konkurencji. Jeśli tak nie jest, omawiana fakultatywna podstawa wykluczenia nie może mieć zastosowania w ich sytuacji.

¹⁰⁴ *Bayerisches Oberstes Landesgericht* przedłożył Trybunałowi następujące pytania prejudycjalne:

1. Czy art. 57 ust. 4 lit. d) dyrektywy 2014/24/UE należy interpretować w ten sposób, że instytucja zamawiająca musi dysponować wystarczająco wiarygodnymi przesłankami naruszenia przez wykonawców art. 101 TFUE? W przypadku udzielenia odpowiedzi twierdzącej na powyższe pytanie:
2. Czy art. 57 ust. 4 dyrektywy 2014/24/UE należy interpretować w ten sposób, że przepis ten wyczerpująco określa fakultatywne podstawy wykluczenia w tym sensie, że w przypadku złożenia ofert, które nie są ani samodzielne, ani niezależne, zasada równego traktowania (art. 18 ust. 1 tej dyrektywy) nie może stać na przeszkodzie udzieleniu zamówienia?
3. Czy art. 18 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie udzieleniu zamówienia przedsiębiorcom, którzy stanowią jednostkę gospodarczą i z których każdy złożył ofertę?

Wobec powyższego Trybunał orzekł, że art. 57 ust. 4 akapit pierwszy lit. d) dyrektywy 2014/24/UE w związku z art. 80 ust. 1 akapit trzeci dyrektywy 2014/25/UE należy interpretować w ten sposób, że fakultatywna podstawa wykluczenia określona w art. 57 ust. 4 akapit pierwszy lit. d) dotyczy sytuacji, w których istnieją wystarczająco wiarygodne przesłanki pozwalające uznać, że wykonawcy zawarli porozumienie zakazane na mocy art. 101 TFUE, lecz nie jest ograniczona jedynie do porozumień, o których mowa w tym przepisie.

Natomiast w kontekście pytania drugiego i trzeciego, które zostały rozpatrzone łącznie, Trybunał podkreślił, że art. 57 ust. 4 dyrektywy 2014/24/UE wymienia wyczerpująco fakultatywne podstawy wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia ze względów wynikających z obiektywnych okoliczności dotyczących jego cech zawodowych oraz konfliktu interesów lub zakłócenia konkurencji, które mogłyby wynikać z jego udziału w przygotowaniu tego postępowania. Niemniej jednak, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału, zamknięty charakter tego katalogu nie wyłącza uprawnienia państw członkowskich do utrzymania lub ustanowienia przepisów materialnych mających na celu, w szczególności, zagwarantowanie poszanowania zasady równego traktowania oraz wynikającej z niej zasady przejrzystości, w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia i stanowiących podstawę dyrektyw Unii dotyczących procedur udzielania zamówień publicznych, pod warunkiem przestrzegania zasady proporcjonalności¹⁰⁵. Jak wskazywał już Trybunał w cyt. wyroku w sprawie *Specializuotas transportas*, zasada równego traktowania zostałaby naruszona, gdyby wykonawcy stanowiący jednostkę gospodarczą mogli składać skoordynowane lub uzgodnione oferty, czyli oferty, które nie są samodzielne ani niezależne i w rezultacie mogące przysporzyć im nieuzasadnionych korzyści w stosunku do innych wykonawców¹⁰⁶. W tym kontekście Trybunał zwrócił uwagę, że poszanowanie zasady proporcjonalności wymaga zobowiązania zamawiającego do zbadania i oceny okoliczności faktycznych w celu ustalenia, czy stosunek istniejący między dwoma podmiotami wywarł konkretny wpływ na treść poszczególnych ofert złożonych w ramach jednego postępowania, przy czym stwierdzenie takiego wpływu w dowolnej formie wystarczy do tego, aby podmioty te mogły zostać wykluczone z postępowania¹⁰⁷.

W konsekwencji w odpowiedzi na pytania drugie i trzecie Trybunał wskazał, że art. 57 ust. 4 reguluje w sposób wyczerpujący fakultatywne podstawy wykluczenia mogące uzasadniać wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia ze względów wynikających z obiektywnych okoliczności dotyczących jego cech zawodowych oraz konfliktu interesów lub zakłócenia konkurencji, które mogłyby wynikać

¹⁰⁵ zob. analogicznie wyroki: z dnia 19 maja 2009 r. w sprawie C-538/07 *Assitur Srl przeciwko Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano*, ECLI:EU:C:2009:317, pkt 21; z dnia 8 lutego 2018 r. w sprawie C-144/17 *Lloyd's of London przeciwko Agenzia Regionale per la Protezione dell'Ambiente della Calabria*, ECLI:EU:C:2018:78, pkt 30

¹⁰⁶ zob. analogicznie cyt. wyrok w sprawie C-531/16 *Specializuotas transportas*, pkt 29

¹⁰⁷ zob. podobnie cyt. wyroki w sprawie *Assitur*, pkt 32 oraz w sprawie *Lloyd's of London*, pkt 38

z jego udziału w przygotowaniu tego postępowania. Niemniej jednak wskazany przepis nie wyklucza możliwości, by zasada równego traktowania, o której mowa w art. 36 ust. 1 dyrektywy 2014/25/UE, stała na przeszkodzie udzieleniu danego zamówienia wykonawcom, którzy tworzą jednostkę gospodarczą, a których oferty, mimo iż złożyli je oddzielnie, nie są samodzielne ani niezależne.

6.11. orzeczenie z dnia 10 listopada 2022 r. w sprawie C-631/21 *Taxi Horn Tours BV przeciwko gemeente Weert, gemeente Nederweert, Touringcars VOF*, ECLI:EU:C:2022:869

W sprawie, w której Trybunał wydał omawiane orzeczenie, gminy Weert i Nederweert prowadziły w 2019 r. postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na przewóz uczniów szkół podstawowych na zajęcia wychowania fizycznego. Zamówienia udzielono wykonawcy Touringcars VOF, będącemu spółką prawa niderlandzkiego o konstrukcji prawnej zbliżonej do spółki jawnej (*vennootschap onder firma*). Spółka Taxi Horn Tours BV odwołała się od decyzji zamawiającego podnosząc, że wybrany wykonawca złożył tylko jeden jednolity europejski dokument zamówienia, dalej: JEDZ, podczas gdy jej zdaniem każdy z dwóch wspólników spółki powinien był złożyć własny JEDZ. W tym względzie skarżący argumentował, że Touringcars należy uznać za stałe stowarzyszenie przedsiębiorstw jego dwóch wspólników, a co za tym idzie za grupę przedsiębiorstw. Rozpoznając środek odwoławczy od orzeczenia wydanego w postępowaniu w przedmiocie zastosowania środków tymczasowych *Gerechtshof 's-Hertogenbosch*, sąd apelacyjny w 's-Hertogenbosch zawiesił toczące się postępowanie i zwrócił się do Trybunału z pytaniami prejudycjalnymi dotyczącymi wykładni dyrektywy 2014/24/UE oraz rozporządzenia 2016/7¹⁰⁸ ustanawiającego standardowy formularz JEDZ, zmierzającymi do ustalenia, czy wykonawca może ograniczyć się do złożenia jednego formularza, jeżeli w skład owego wykonawcy wchodzi osoby fizyczne lub prawne będące wspólnikami¹⁰⁹.

¹⁰⁸ Rozporządzenie wykonawcze Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiające standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (Dz. Urz. UE nr L 3 z 6.1.2016, str. 16)

¹⁰⁹ *Gerechtshof 's-Hertogenbosch* przedstawił Trybunałowi następujące pytania prejudycjalne:

1. Jeżeli współpracujące ze sobą podmioty (osoby fizyczne lub prawne) prowadzą wspólne przedsiębiorstwo (w niniejszej sprawie w formie spółki jawnej):
 - to czy każdy z tych współpracujących podmiotów powinien złożyć oddzielny jednolity europejski dokument zamówienia; czy
 - jednolity europejski dokument zamówienia powinny złożyć oddzielnie wszystkie współpracujące podmioty oraz ich wspólne przedsiębiorstwo; czy
 - jednolity europejski dokument zamówienia powinno złożyć jedynie wspólne przedsiębiorstwo?
2. Czy ma przy tym znaczenie:
 - czy wspólne przedsiębiorstwo ma charakter tymczasowy, czy nie (trwały);
 - że współpracujące osoby same są przedsiębiorcami;
 - że współpracujące osoby prowadzą własne przedsiębiorstwa podobne do wspólnego przedsiębiorstwa, a w każdym razie prowadzą działalność na tym samym rynku;
 - że wspólne przedsiębiorstwo nie ma osobowości prawnej;

Odpowiadając na zadane przez sąd odsyłający pytania, rozpatrywane łącznie, w pierwszym rzędzie Trybunał zajął się ustaleniem, czy spółkę jawną w rozumieniu prawa niderlandzkiego należy rozumieć jako wykonawcę, czy też jako grupę wykonawców w rozumieniu, odpowiednio, art. 2 ust. 1 pkt 10 i art. 19 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE. W tym względzie Trybunał zauważył, że pojęcie „grupy wykonawców” nie może być ograniczone wyłącznie do stowarzyszeń tymczasowych, z wyłączeniem grup lub stowarzyszeń przedsiębiorstw o charakterze stałym. Przepis ten dotyczy bowiem „grup wykonawców, w tym tymczasowych stowarzyszeń”, z czego jasno wynika, że stowarzyszenia tymczasowe wymienione zostały jedynie tytułem przykładu. W związku z tym pojęcie „grupy wykonawców” nie może być interpretowane w ten sposób, że ma ono zastosowanie wyłącznie do stowarzyszeń czasowych, a co za tym idzie, nie należy dokonywać rozróżnienia pomiędzy grupami podmiotów gospodarczych w zależności od tego, czy mają one charakter tymczasowy, czy stały.

W dalszej kolejności Trybunał zauważył, że wśród informacji, które wykonawca wskazuje w treści dokumentu JEDZ, nie znajdują się zasoby wspólników wspólnego przedsiębiorstwa. Nie ma zatem znaczenia, że wspólnicy spółki jawnej w rozumieniu prawa niderlandzkiego prowadzą działalność w tej samej dziedzinie lub na tym samym rynku co ta spółka, ponieważ informacje te nie mogą zostać podane do wiadomości zamawiającego za pośrednictwem JEDZ wspólnego przedsiębiorstwa.

Dodatkowo, zdaniem Trybunału, dla upewnienia się, że spełnione są kryteria kwalifikacji podmiotowej, nie wystarcza istnienie odpowiedzialności solidarnej między spółką jawną a wspólnikami.

W związku z tym Trybunał doszedł do wniosku, że celem umożliwienia zamawiającemu upewnienia się co do jego uczciwości, wspólne przedsiębiorstwo, takie jak vennootschap onder firma w rozumieniu prawa niderlandzkiego, jest zobowiązane wskazać wszelkie podstawy wykluczenia obciążające każdego wspólnika lub każdą osobę zatrudnioną przez jednego z jego wspólników będącą członkiem organu administracyjnego,

-
- że wspólne przedsiębiorstwo może posiadać odrębny (od majątku wspólników) majątek (z którego odpowiada za zobowiązania);
 - czy zgodnie z prawem krajowym wspólne przedsiębiorstwo jest upoważnione do reprezentacji współpracujących osób w zakresie udzielania informacji objętych jednolitym europejskim dokumentem zamówienia;
 - że zgodnie z prawem krajowym w przypadku spółki jawnej to wspólnicy (a zatem nie sama spółka jawna) zobowiązują się do wykonania zobowiązań wynikających z zamówienia i odpowiadają solidarnie za ich wykonanie?
3. Jeżeli znaczenie ma więcej niż jeden z czynników wymienionych w pytaniu 2, to jaki jest stosunek pomiędzy nimi? Czy niektóre z czynników mają większe znaczenie niż inne lub nawet znaczenie decydujące?
 4. Czy w przypadku wspólnego przedsiębiorstwa wymaganie w każdym wypadku złożenia przez współpracującą w nim osobę oddzielnego jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia jest słuszne, gdy przy wykonywaniu zamówienia będą wykorzystywane również środki, które należą do odrębnego przedsiębiorstwa tej osoby (takie jak pracownicy lub inne zasoby przedsiębiorstwa)?
 5. Czy wspólne przedsiębiorstwo musi spełniać określone wymogi, aby można było uznać je za jednego wykonawcę? Jeżeli tak, to jakie są to wymogi?

zarządzającego lub nadzorczego wspólnego przedsiębiorstwa lub posiadającą uprawnienia do reprezentowania, podejmowania decyzji lub kontroli w tym przedsiębiorstwie.

Zarazem Trybunał uściślił, że dla celów potwierdzenia rzetelności, wspólne przedsiębiorstwo, takie jak niderlandzka *vennootschap onder firma*, powinno przedstawić instytucji zamawiającej jedynie swój własny dokument JEDZ, gdy zamierza indywidualnie uczestniczyć w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub złożyć ofertę, pod warunkiem że wykaże, iż może wykonać dane zamówienie przy wykorzystaniu jedynie własnych zasobów osobowych i materialnych. Natomiast jeżeli spółka taka uważa, że w celu wykonania zamówienia publicznego musi skorzystać z zasobów wspólników, to w takiej sytuacji należy uznać, że polega ona na zdolności innych podmiotów w rozumieniu art. 63 dyrektywy 2014/24/UE, w rezultacie czego spółka ta powinna przedstawić nie tylko własny JEDZ, ale również JEDZ każdego ze wspólników, na którego zdolnościach zamierza polegać.

6.12. orzeczenie z dnia 8 grudnia 2022 r. w sprawie C-769/21 AAS „BTA Baltic Insurance Company” przeciwko Iepirkumu uzraudzības birojs, Tieslietu ministrija, ECLI:EU:C:2022:973

W sprawie będącej przedmiotem omawianego odesłania prejudycjalnego, Tieslietu ministrija, łotewskie ministerstwo sprawiedliwości działające w charakterze instytucji zamawiającej prowadziło postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiocie nabycia polis ubezpieczenia zdrowotnego na potrzeby swoich pracowników oraz pracowników wybranych instytucji i urzędów. W ramach procedury oferty złożyło kilku wykonawców, w tym AAS BTA Baltic Insurance Company oraz przedsiębiorstwo należące do tej samej grupy, Compensa Life Vienna Insurance Group SE Latvijas filiāle (łotewski oddział Compensa Life Vienna Insurance Group SE). Oferta Compensa Life Vienna Insurance Group SE Latvijas filiāle została wybrana jako oferta najkorzystniejsza, jednakże wykonawca odmówił zawarcia umowy. W związku z tym zamawiający zwrócił się do AAS BTA Baltic Insurance Company, jako wykonawcy drugiego w kolejności, z jednoczesnym wnioskiem o przedstawienie oświadczenia i stosownych dowodów na potwierdzenie, że nie należy uważać go za tego samego uczestnika rynku, co pierwotnie wybranego wykonawcę. W odpowiedzi spółka wskazała, że obydwu wykonawców należy uznać za jednego uczestnika rynku, jednakże ich oferty przygotowane zostały w sposób samodzielny i niezależny. W tych okolicznościach zamawiający podjął decyzję o unieważnieniu postępowania. *Administratīvā rajona tiesa*, rejonowy sąd administracyjny, rozstrzygający spór w drugiej instancji, postanowił zawiesić postępowanie i wystąpił do Trybunału z wnioskiem prejudycjalnym¹¹⁰.

¹¹⁰ *Administratīvā rajona tiesa* zwrócił się do Trybunału z następującym pytaniem prejudycjalnym:

Odpowiadając na zadane pytanie Trybunał oparł się na swoim dotychczasowym dorobku orzecznictwym, w szczególności na wyroku wydanym w sprawie *Lloyd's of London*¹¹¹, omówionym w punkcie 6.1. niniejszego opracowania. Trybunał zaczął od tego, że krajowe przepisy zobowiązujące zamawiającego do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w okolicznościach takich jak w zaistniałym stanie faktycznym, mają na celu wykluczenie wszelkiej potencjalnej zмовы między uczestnikami tego samego postępowania po złożeniu przez nich ofert i zagwarantowanie w ten sposób utrzymania wystarczającego poziomu konkurencji w celu zachowania równego traktowania kandydatów oraz przejrzystości postępowania. Zgodnie z zasadą proporcjonalności takie przepisy nie powinny jednak, w myśl judykatury Trybunału, wykraczać poza to, co jest niezbędne do osiągnięcia tych celów¹¹².

W tym względzie Trybunał doszedł do wniosku, że automatyczne wykluczenie kandydatów lub oferentów, którzy pozostają w stosunku kontroli lub są powiązani z innymi kandydatami, wykracza poza to, co jest konieczne dla zapobiegania zachowaniom polegającym na zмовie, a tym samym dla zapewnienia stosowania zasady równego traktowania i przestrzegania obowiązku przejrzystości. Takie automatyczne wykluczenie oznacza bowiem niewzruszalne domniemanie wzajemnego oddziaływania ofert złożonych w tym samym przetargu przez przedsiębiorstwa, które są powiązane poprzez stosunek kontroli lub stowarzyszenia oraz wyklucza możliwość wykazania przez tych kandydatów lub oferentów niezależności ich ofert, a co za tym idzie, jest sprzeczne z interesem Unii polegającym na zapewnieniu jak najszerzego udziału oferentów w postępowaniu¹¹³.

Trybunał wskazał, że grupy przedsiębiorstw mogą przybierać różne formy i obierać odmienne cele, a zatem nie można całkowicie wykluczyć, że kontrolowane przedsiębiorstwa będą dysponowały pewną samodzielnością w prowadzeniu swej polityki handlowej i działalności gospodarczej, zwłaszcza w dziedzinie uczestnictwa w przetargach. W rzeczywistości bowiem stosunki pomiędzy przedsiębiorstwami należącymi do tej samej grupy mogą być określane na podstawie postanowień szczególnych, mogących gwarantować zarówno niezależność, jak i poufność przy opracowywaniu ofert, które zostaną złożone przez dane przedsiębiorstwa w ramach tego samego postępowania przetargowego. Zasada proporcjonalności wymaga zatem,

Czy przepisy krajowe – które nakładają na instytucję zamawiającą bezwzględnie wiążący obowiązek unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia w razie stwierdzenia, że należy uznać pierwotnie wybranego oferenta, który odmówił zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego z instytucją zamawiającą, za tego samego wykonawcę, co kolejny oferent, który złożył ofertę odpowiadającą potrzebom i wymogom instytucji zamawiającej – są zgodne z zasadami udzielania zamówień określonymi w art. 18 ust. 1 dyrektywy [2014/24], w szczególności z obowiązkiem państw członkowskich równego i niedyskryminacyjnego traktowania podmiotów gospodarczych oraz z zasadą proporcjonalności?

¹¹¹ wyrok z dnia 8 lutego 2018 r. w sprawie C-144/17 *Lloyd's of London przeciwko Agenzia Regionale per la Protezione dell'Ambiente della Calabria*, ECLI:EU:C:2018:78

¹¹² zob. cyt. wyrok z dnia 8 lutego 2018 r. w sprawie *Lloyd's of London*, pkt 31-32 i przytoczone tam orzecznictwo

¹¹³ *Ibidem*, pkt 35-36 i przytoczone tam orzecznictwo

co podkreślił Trybunał, aby zamawiający był zobowiązany do zbadania i oceny okoliczności w celu ustalenia, czy stosunek istniejący pomiędzy dwoma podmiotami wywarł konkretny wpływ na odpowiednią treść ofert złożonych w ramach tego samego postępowania przetargowego, przy czym stwierdzenie takiego wpływu w jakiegokolwiek formie jest wystarczające do tego, aby wspomniane przedsiębiorstwa mogły zostać wykluczone z postępowania¹¹⁴.

Mając na względzie powyższe, Trybunał skonstatował, że przepisy krajowe, które zobowiązują instytucję zamawiającą do unieważnienia postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, jeżeli – w przypadku wycofania się oferenta, którego pierwotnie wybrano z uwagi na złożenie przez niego oferty najkorzystniejszej ekonomicznie – oferent, który złożył następną w kolejności najkorzystniejszą ekonomicznie ofertę, i ten pierwszy oferent stanowią jednego wykonawcę, są niezgodne z zasadą proporcjonalności w rozumieniu art. 18 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE.

6.13. orzeczenie z dnia 21 grudnia 2023 r. w sprawie C-66/22
Infraestruturas de Portugal SA, Futrifer Indústrias Ferroviárias SA
przeciwko Toscca – Equipamentos em Madeira Lda, ECLI:EU:C:2023:1016

W sprawie, w której zapadło omawiane orzeczenie, spór powstał na tle prowadzonego przez spółkę *Infraestruturas de Portugal SA* w 2019 r. postępowania o udzielenie zamówienia na dostawę impregnowanych kreozotem sosnowych kołków i podkładów, przeznaczonych dla sektora infrastruktury kolejowej. Zamówienie zostało udzielone wykonawcy *Futrifer Indústrias Ferroviárias SA*, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą. Spółka *Toscca – Equipamentos em Madeira Lda*, która również ubiegała się o zamówienie, zakwestionowała decyzję zamawiającego podnosząc, że wybrany wykonawca został ukarany przez *Autoridade de Concorrência*, urząd ochrony konkurencji, grzywną za naruszenie konkurencji w ramach postępowań o udzielenie zamówienia organizowanych w latach 2014-2015, jednakże bez nakładania dodatkowej kary w postaci czasowego zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne. Sąd pierwszej instancji oddalił skargę, uznawszy, że wykluczenie wykonawcy na podstawie wskazanych przez skarżącego okoliczności ma zastosowanie jedynie w sytuacji, gdy przesłanki zakłócenia konkurencji występują w postępowaniu będącym przedmiotem sporu, natomiast *Tribunal Central Administrativo Norte*, centralny sąd administracyjny dla regionu północnego, wydał wyrok uwzględniający odwołanie i nakazał zamawiającemu udzielenie zamówienia skarżącej spółce. *Supremo Tribunal Administrativo*, najwyższy sąd administracyjny, przed którym ostatecznie zawisł spór, postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z wnioskiem prejudycjalnym mającym na celu ustalenie znaczenia, jakie należy przypisać okoliczności, że wykonawca, któremu udzielono zamówienia, został w przeszłości ukarany grzywną z powodu naruszenia

¹¹⁴ *Ibidem*, pkt 37-38 i przytoczone tam orzecznictwo

prawa konkurencji w postępowaniach o udzielenie zamówienia, a także co do zgodności krajowych przepisów w tej dziedzinie z dyrektywą 2014/24/UE¹¹⁵.

W pierwszej kolejności, w kontekście fakultatywnych podstaw wykluczenia, Trybunał zaznaczył, że zgodnie z ugruntowaną linią orzecniczą, przede wszystkim wyrokami zapadłymi w sprawach *Meca* oraz *Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93*, na państwach członkowskich spoczywa obowiązek transponowania art. 57 ust. 4 dyrektywy, gdyż przy pomocy tego przepisu prawodawca Unii zamierzał po pierwsze, powierzyć zamawiającym, i tylko im, na etapie wyboru oferentów, dokonanie oceny, czy danego kandydata lub oferenta należy wykluczyć z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a po drugie, upewnić się, że instytucje zamawiające będą miały we wszystkich państwach członkowskich możliwość wykluczenia wykonawców, których uznają za niewiarygodnych¹¹⁶.

W dalszej kolejności, odpowiadając na pytanie piąte, Trybunał przypomniał, że przy dokonywaniu wykładni przepisów prawa Unii należy brać pod uwagę nie tylko ich brzmienie, lecz także kontekst oraz cele regulacji, której część stanowią. W tym względzie Trybunał zaznaczył, w ślad za orzeczeniem w sprawie *J. Sch. Omnibusunternehmen i K. Reisen*¹¹⁷, że w odniesieniu do fakultatywnych przesłanek wykluczenia, ich celem jest upewnienie się co do uczciwości i rzetelności każdego z wykonawców. W związku z tym Trybunał doszedł do wniosku, że pojęcia rzetelności i wiarygodności, które można podać

¹¹⁵ *Supremo Tribunal Administrativo* zwrócił się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

1. Czy podstawa wykluczenia przewidziana w art. 57 ust. 4 lit. d) dyrektywy 2014/24/UE jest dziedziną zastrzeżoną dla decyzji instytucji zamawiającej?
2. Czy ustawodawca krajowy może zastąpić w całości decyzję, którą instytucja zamawiająca powinna wydać zgodnie z art. 57 ust. 4 lit. d) dyrektywy 2014/24/UE, ogólną decyzją (skutkami ogólnej decyzji) urzędu ochrony konkurencji o zastosowaniu dodatkowej kary polegającej na zakazie udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego przez określony czas, wydaną w kontekście nałożenia grzywny za naruszenie reguł konkurencji?
3. Czy decyzję instytucji zamawiającej dotyczącą „rzetelności” wykonawcy w świetle przestrzegania (lub nieprzestrzegania) przepisów prawa konkurencji poza konkretnym postępowaniem przetargowym należy rozumieć jako konieczność dokonania uzasadnionej oceny względnej zdolności tego wykonawcy, która stanowi szczególnie przejaw prawa do dobrej administracji przewidzianego w art. 41 ust. 2 lit. [c)] Karty praw podstawowych Unii Europejskiej?
4. Czy rozwiązanie przyjęte w prawie portugalskim poprzez art. 55 ust. 1 lit. f) CCP¹¹⁵ – które uzależnia wykluczenie wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia z powodu naruszenia reguł konkurencji popełnionego poza konkretnym postępowaniem o udzielenie zamówienia od decyzji wydanej przez urząd ochrony konkurencji w ramach zastosowania dodatkowej kary polegającej na zakazie ubiegania się o zamówienia publiczne, w którym to postępowaniu sam urząd ochrony konkurencji ocenia w tym kontekście stosowność podjętych środków naprawczych – można uznać za zgodne z prawem Unii, w szczególności z art. 57 ust. 4 lit. d) dyrektywy 2014/24/UE?
5. Czy rozwiązanie przyjęte w prawie portugalskim poprzez art. 70 ust. 2 lit. g) CCP – które ogranicza możliwość wykluczenia oferty ze względu na istnienie poważnych przesłanek wskazujących na działania, porozumienia, praktyki lub informacje, mogące zakłócić reguły konkurencji, do konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia, w którym praktyki te zostały stwierdzone – jest również zgodne z prawem Unii, w szczególności z art. 57 ust. 4 lit. d) dyrektywy 2014/24/UE?

¹¹⁶ zob. podobnie wyroki: z dnia 19 czerwca 2019 r. w sprawie C-41/18 *Meca przeciwko Comune di Napoli*, ECLI:EU:C:2019:507, pkt 34; z dnia 3 października 2019 r. w sprawie C-267/18 *Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 przeciwko Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere*, ECLI:EU:C:2019:826, pkt 25

¹¹⁷ wyrok z dnia 15 września 2022 r. w sprawie C-416/21 *Landkreis Aichach-Friedberg przeciwko J. Sch. Omnibusunternehmen, K. Reisen GmbH*, ECLI:EU:C:2022:689, pkt 42

w wątpliwość, trzeba rozpatrywać nie tylko w odniesieniu do udziału wykonawcy w zachowaniach antykonkurencyjnych w ramach konkretnego postępowania, ale również w przypadku udziału tego podmiotu w takich wcześniejszych zachowaniach. W rezultacie na zadane pytanie Trybunał udzielił odpowiedzi, że regulacje dyrektywy stoją na przeszkodzie przepisom krajowym, które ograniczają możliwość wykluczenia wykonawcy ze względu na istnienie poważnych przesłanek wskazujących na jego zachowania mogące zakłócać reguły konkurencji do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w ramach którego doszło do tego rodzaju zachowań.

Następnie, w ramach odpowiedzi na pytania pierwsze i drugie, Trybunał zaznaczył, że zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem, stosowanie fakultatywnych podstaw wykluczenia przez instytucje zamawiające wymaga dokonania konkretnej i zindywidualizowanej oceny zachowania danego podmiotu na podstawie wszystkich istotnych elementów, co zapewnia poszanowanie zasady proporcjonalności¹¹⁸. O ile decyzja organu, który stwierdził naruszenie prawa konkurencji i nałożył z tego powodu karę pieniężną, tym bardziej gdy sankcji tej towarzyszył tymczasowy zakaz udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, może sprawić, że instytucja zamawiająca wykluczy tego wykonawcę z postępowania, o tyle, zdaniem Trybunału, brak takiej decyzji nie może uniemożliwić instytucji zamawiającej dokonania takiej oceny, ani zwolnić jej z tego obowiązku. W konsekwencji Trybunał zauważył, że uregulowanie krajowe, które wiąże ocenę uczciwości i wiarygodności oferentów z wnioskami zawartymi w decyzji krajowego organu ochrony konkurencji, dotyczącej w szczególności przyszłego udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, narusza uprawnienia dyskrecjonalne przysługujące zamawiającym w ramach art. 57 ust. 4 akapit pierwszy dyrektywy 2014/24/UE. Z powyższych względów w ramach odpowiedzi na pytania pierwsze i drugie Trybunał skonstatował, że regulacje dyrektywy stoją na przeszkodzie przepisom krajowym, które przyznają wyłącznie krajowemu organowi ochrony konkurencji uprawnienie do decydowania o wykluczeniu wykonawców z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego z powodu naruszenia reguł konkurencji.

Wreszcie, w przedmiocie pytania trzeciego, Trybunał zauważył, że art. 57 ust. 4 akapit pierwszy lit. d) dyrektywy 2014/24/UE w związku z ogólną zasadą dobrej administracji należy interpretować w ten sposób, że decyzja instytucji zamawiającej dotycząca rzetelności wykonawcy, wydana na podstawie wykluczenia przewidzianej w tym przepisie, powinna zawierać stosowne uzasadnienie.

¹¹⁸ zob. podobnie wyroki: z dnia 3 czerwca 2021 r. w sprawie C-210/20 *Rad Service Srl Unipersonale, Cosmo Ambiente Srl, Cosmo Scavi Srl przeciwko Del Debbio SpA, Gruppo Sei Srl, Ciclat Val di Cecina Soc. Coop., Daf Costruzioni Stradali Srl*, ECLI:EU:C:2021:445, pkt 40; a także z dnia 7 września 2021 r. w sprawie C-927/19 *Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras UAB przeciwko Ecoservice Klaipėda UAB, Klaipėdos autobusų parkas UAB, Parsekas UAB, Klaipėdos transportas UAB*, ECLI:EU:C:2021:700, pkt 156-157

7. Samooczyszczenie (*self-cleaning*)

7.1. orzeczenie z dnia 24 października 2018 r. w sprawie C-124/17 *Vossloh Laeis przeciwko Stadtwerke München GmbH*, ECLI:EU:C:2018:855

W sprawie, o której była mowa wyżej w punkcie 6.3., Izba ds. zamówień publicznych Południowej Bawarii zawiesiła postępowanie i zwróciła się do Trybunału z czterema pytaniami, z których dwa dotyczyły instytucji samooczyszczenia z art. 57 ust. 6 dyrektywy 2014/24/UE (pytanie pierwsze i drugie)¹¹⁹.

W pierwszej kolejności Trybunał przypominał, iż zgodnie z brzmieniem art. 57 ust. 6 akapit drugi dyrektywy 2014/24/UE przedsiębiorca, który chce wykazać swoją rzetelność pomimo istnienia którejś z odpowiednich podstaw wykluczenia, o których mowa w art. 57 ust. 1 i 4 dyrektywy 2014/24/UE, musi udowodnić, że zrekompensował wszelkie szkody spowodowane przestępstwem lub wykroczeniem lub zobowiązał się do ich rekompensaty, wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności, aktywnie współpracując z organami śledczymi, i podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub nieprawidłowemu postępowaniu. Jeżeli wykonawca przedstawi dowody uznane za wystarczające w świetle właściwych przepisów prawa krajowego, nie podlega wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia. Natomiast zgodnie z art. 57 ust. 6 akapit trzeci dyrektywy 2014/24/UE, w przypadku uznania podjętych środków za niewystarczające, wykonawca otrzymuje uzasadnienie takiej decyzji. Co więcej, zgodnie z motywem 102 tej dyrektywy, jeżeli wykonawca wdrożył środki naprawcze mające na celu usunięcie skutków naruszenia oraz skuteczne zapobieganie ich powtórzeniu, zapewniające odpowiednie gwarancje, nie powinien być wykluczany wyłącznie na tej podstawie. Wykonawcy powinni mieć możliwość zwracania się o zbadanie środków dostosowawczych podjętych w celu ewentualnego dopuszczenia do postępowania o udzielenie zamówienia. Ponadto w tym motywie uściślono, że do państw członkowskich należy określenie szczegółowych warunków proceduralnych i merytorycznych mających zastosowanie w takich przypadkach oraz że powinny one w szczególności mieć swobodę w decydowaniu, czy zezwolić poszczególnym instytucjom zamawiającym na przeprowadzanie stosownych

¹¹⁹ Izba ds. zamówień publicznych Południowej Bawarii zawiesiła postępowanie i zwróciła się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

1. Czy przepis prawa państwa członkowskiego, według którego warunkiem skuteczności wskazania przez wykonawcę podjętych środków naprawczych jest to, że wyczerpująco wyjaśnia on fakty i okoliczności związane z przestępstwem lub wykroczeniem oraz powstałą w wyniku tego szkodą, aktywnie współpracując nie tylko z organami śledczymi, lecz również z instytucją zamawiającą, jest zgodny z postanowieniami art. 80 dyrektywy 2014/25 w związku z art. 57 ust. 6 akapit drugi dyrektywy 2014/24?
2. W przypadku odpowiedzi przeczącej na pytanie pierwsze: czy art. 57 ust. 6 akapit drugi dyrektywy 2014/24 należy w związku z tym interpretować w ten sposób, że dany podmiot gospodarczy dla uznania skuteczności podjętych przez niego środków naprawczych jest zobowiązany wobec instytucji zamawiającej do udzielenia wyjaśnień na temat stanu rzeczy w takim zakresie, aby instytucja ta mogła sama ocenić, czy podjęte środki (techniczne, organizacyjne i kadrowe, a także rekompensata szkody) są odpowiednie i wystarczające?

ocen, czy też powierzyć to zadanie innym organom na szczeblu centralnym lub niższym. Zdaniem Trybunału, dowód na podjęcie środków, o których mowa w art. 57 ust. 6 akapit drugi dyrektywy 2014/24/UE, do których należy w szczególności współpraca z organami odpowiedzialnymi za prowadzenie dochodzenia, należy więc dostarczyć, zależnie od przepisów krajowych, w ramach relacji z tą samą instytucją zamawiającą, która decyduje o wykluczeniu na podstawie art. 57 niniejszej dyrektywy. Tym samym, jeżeli państwa członkowskie zezwalają instytucji zamawiającej na przeprowadzanie stosownych ocen, to właśnie do niej należy ocena nie tylko tego, czy istnieje podstawa wykluczenia wykonawcy, ale również, w stosownych przypadkach, czy wykonawca ten rzeczywiście wykazał znów swoją rzetelność.

Trybunał podkreślił, że instytucje zamawiające mogą być zobowiązane do przeprowadzania badań i kontroli w celu zweryfikowania istnienia podstaw do wykluczenia wykonawców z postępowania. Może to nastąpić przy użyciu różnych środków dowodowych pozwalających na wykazanie naruszeń popełnionych przez wykonawców. Zadaniem organów prowadzących dochodzenia jest ustalenie odpowiedzialności za naruszenia prawne i nałożenie sankcji na sprawców, natomiast instytucje zamawiające powinny ocenić ryzyko związane z udzieleniem zamówienia wykonawcom, wobec których istnieją wątpliwości co do ich rzetelności. Wyjaśnienie faktów przez organy śledcze nie jest jednak tożsame z oceną rzetelności wykonawcy, który zobowiązany jest wykazać swoją uczciwość poprzez odpowiednie środki. Wykonawcy, którzy uczestniczyli w kartelach, mają obowiązek aktywnej współpracy z organami ds. konkurencji w celu pełnego wyjaśnienia okoliczności naruszeń. Instytucje zamawiające mogą również wymagać od wykonawców przedstawienia dowodów na wdrożenie działań zapobiegających przyszłym naruszeniom. Przekazanie przez wykonawcę decyzji stwierdzającej naruszenie prawa konkurencji, zwłaszcza jeśli została ona złagodzona dzięki współpracy z organem antymonopolowym, powinno co do zasady wystarczyć do wykazania pełnego wyjaśnienia okoliczności sprawy. Niemniej jednak, w szczególnych przypadkach wykonawca może być zobowiązany do przedstawienia dowodów potwierdzających skuteczność podjętych środków naprawczych. Instytucja zamawiająca ma prawo żądać takich dowodów, nawet jeśli były one już wymagane w toku postępowania antymonopolowego, chyba że zostały one jednoznacznie określone w innych przedłożonych dokumentach.

W odpowiedzi na powyższe dwa pytania, Trybunał uznał, że artykuł 80 dyrektywy 2014/25/UE, w związku z art. 57 ust. 6 dyrektywy 2014/24/UE, należy interpretować w ten sposób, że nie stoi on na przeszkodzie obowiązywaniu przepisu prawa krajowego, który wymaga, aby wykonawca, chcąc wykazać swą rzetelność pomimo istnienia odpowiedniej podstawy wykluczenia, w pełni wyjaśnił fakty i okoliczności związane z popełnionym przestępstwem lub wykroczeniem, aktywnie współpracując nie tylko z organem prowadzącym dochodzenie, ale również z instytucją zamawiającą, w zakresie właściwym

dla jej roli, by dowieść jej przywrócenia swojej rzetelności, pod warunkiem że ta współpraca będzie ograniczona do środków ściśle niezbędnych do tej oceny.

7.2. orzeczenie z dnia 11 czerwca 2020 r. w sprawie C-472/19 *Vert Marine SAS przeciwko Premier ministre i Ministre de l'Économie et des Finances*, ECLI:EU:C:2020:468

Vert Marine, firma specjalizująca się w zarządzaniu obiektami sportowo-rekreacyjnymi, na zlecenie jednostek samorządu terytorialnego, złożyła skargę do *Conseil d'État*, rady stanu we Francji, kwestionując domniemane odrzucenie przez premiera jej wniosku o uchylenie art. 19 i 23 dekretu nr 2016-86¹²⁰. W skardze Vert Marine podnosiła, że przepisy te, nie są zgodne z art. 38 dyrektywy 2014/23/UE, ponieważ uniemożliwiają wykonawcom wykluczonym z mocy prawa z udziału w postępowaniach o udzielenie koncesji na podstawie prawomocnego wyroku skazującego za poważne przestępstwa, możliwości przedstawienia dowodu na swoją rzetelność mimo skazania. Sąd odsyłający rozważał, czy przepisy krajowe, które uniemożliwiają wykonawcy przedstawienie takiego dowodu, są zgodne z prawem unijnym oraz czy mechanizmy sądowe przewidziane w prawie krajowym spełniają wymogi mechanizmu środków zaradczych określonego w dyrektywie 2014/23/UE. W tych okolicznościach *Conseil d'État* postanowiła zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi¹²¹.

W odpowiedzi na pytania sądu odsyłającego, Trybunał przypomniał, że zgodnie z art. 38 ust. 9 akapit pierwszy dyrektywy 2014/23/UE, każdy wykonawca znajdujący się w jednej z sytuacji, o których mowa w ust. 4 tego artykułu, może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki zaradcze są wystarczające do wykazania jego rzetelności, pomimo istnienia podstawy wykluczenia. Jeśli te dowody zostaną uznane za wystarczające, dany wykonawca nie zostaje wykluczony z postępowania o udzielenie koncesji. Przepis ten wprowadza mechanizm samooczyszczenia (*self-cleaning*), który państwa członkowskie mają obowiązek zagwarantować w swoich porządkach prawnych,

¹²⁰ francuski dekret w sprawie umów koncesji z dnia 1 lutego 2016 r.

¹²¹ *Conseil d'État* postanowiła zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

1. Czy dyrektywę 2014/23 należy interpretować w ten sposób, że stoi ona na przeszkodzie temu, aby ustawodawstwo państwa członkowskiego, w celu zapewnienia moralności zamówień publicznych, mogło nie dawać wykonawcy skazanemu prawomocnym wyrokiem za przestępstwo szczególnej wagi i podlegającemu z tego względu zakazowi udziału w postępowaniu o udzielenie koncesji przez okres pięciu lat, możliwości przedstawienia dowodów w celu potwierdzenia, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności w oczach instytucji zamawiającej pomimo istnienia tej podstawy wykluczenia?
2. Jeżeli dyrektywa 2014/23 pozwala państwom członkowskim na powierzenie innym instytucjom niż dana instytucja zamawiająca zadania dokonania oceny przeznaczonego dla wykonawców mechanizmu w zakresie zgodności, to czy takie uprawnienie umożliwia powierzenie tego mechanizmu organom sądowym? Jeśli tak, czy takie mechanizmy jak przepisy prawa francuskiego dotyczące zwolnienia, rehabilitacji sądowej i usunięcia wzmianki o skazaniu w rubryce nr 2 rejestru karnego mogą być utożsamiane z mechanizmami w zakresie zgodności w rozumieniu owej dyrektywy?

z poszanowaniem określonych w dyrektywie warunków¹²². Trybunał zwrócił jednak uwagę, że zgodnie z art. 38 ust. 9 akapit trzeci dyrektywy 2014/23/UE wykonawca, wobec którego został prawomocnie orzeczony zakaz udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia lub koncesji, nie jest uprawniony do przedstawienia dowodów na podjęcie środków zaradczych. Ograniczenie to obowiązuje przez cały okres wykluczenia określony w wyroku, w państwach członkowskich, w których wyrok ten wywołuje skutki.

W konsekwencji wyłącznie w takim przypadku wykonawca nie może skorzystać z prawa przyznanego w art. 38 ust. 9 akapit pierwszy dyrektywy 2014/23/UE. Zatem wykluczenie wynikające z przepisów krajowych, takich jak art. 39 ust. 1 rozporządzenia nr 2016-65, które automatycznie dotyczy każdego wykonawcy skazanego prawomocnym wyrokiem za jedno z przestępstw wymienionych w art. 38 ust. 4 dyrektywy 2014/23/UE, nie może być utożsamiane z wykluczeniem na mocy prawomocnego wyroku w rozumieniu art. 38 ust. 9 akapit trzeci tej dyrektywy. Wykluczenie musi bowiem bezpośrednio wynikać z wyroku odnoszącego się do konkretnego wykonawcy, a nie tylko z faktu skazania za określone przestępstwo.

W odniesieniu do pytania drugiego, Trybunał przypomniiał, że zgodnie z art. 38 ust. 9 dyrektywy 2014/23/UE, to do państw członkowskich należy określenie organu odpowiedzialnego za ocenę właściwego charakteru środków zaradczych podjętych przez wykonawcę. Motyw 71 dyrektywy 2014/23/UE przyznaje państwom członkowskim szerokie uprawnienia w zakresie oceny środków zaradczych, umożliwiając powierzenie jej różnym instytucjom, w tym sądom. Trybunał podkreślił jednak, że jeśli państwo członkowskie zdecyduje się powierzyć tę ocenę sądom, mechanizm ten musi spełniać wszystkie wymogi określone w art. 38 ust. 9 tej dyrektywy oraz zapewniać zgodność z terminami przewidzianymi dla postępowania o udzielenie koncesji. W przeciwnym razie prawo wykonawcy do przedstawienia dowodów na podjęcie środków zaradczych zostałoby pozbawione swojej istoty. W konsekwencji Trybunał podkreślił, że do sądu odsyłającego należy ocena, czy procedury sądowe przewidziane w prawie krajowym, takie jak zwolnienie z zakazu i usunięcie wzmianki o skazaniu, faktycznie spełniają wymogi i cel *self-cleaningu*, przewidzianego w art. 38 ust. 9 dyrektywy 2014/23/UE. Sąd ten musi również upewnić się, że te procedury są w stanie zagwarantować wykonawcy możliwość przedstawienia na czas dowodów na podjęcie środków zaradczych.

W związku z powyższym Trybunał orzekł, że artykuł 38 ust. 9 dyrektywy 2014/23/UE należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie obowiązywaniu przepisów krajowych, które nie przyznają wykonawcy skazanemu prawomocnym wyrokiem za jedno z przestępstw, o których mowa w art. 38 ust. 4 tej dyrektywy, i z tego powodu objętego z mocy prawa zakazem udziału w postępowaniach o udzielenie

¹²² por. wyrok z dnia 30 stycznia 2020 r. w sprawie C-395/18 *Tim przeciwko Consip SpA, Ministero dell'Economia e delle Finanze*, ECLI:EU:C:2020:58, pkt 49 i przytoczone tam orzecznictwo

koncesji, możliwości przedstawienia dowodów, że podjął środki zaradcze umożliwiające wykazanie swojej rzetelności. Tym samym przepisy art. 38 ust. 9 i 10 dyrektywy 2014/23/UE należy interpretować w ten sposób, że nie stoją one na przeszkodzie temu, by badanie właściwego charakteru środków zaradczych podjętych przez wykonawcę powierzono organom sądowym, pod warunkiem że ustanowiony w tym celu krajowy mechanizm spełnia wszystkie wymogi określone w art. 38 ust. 9 tej dyrektywy i że mające zastosowanie postępowanie jest zgodne z terminami obowiązującymi w postępowaniu o udzielenie koncesji. Ponadto przepisy art. 38 ust. 9 dyrektywy 2014/23/UE należy interpretować w ten sposób, że nie stoją one na przeszkodzie obowiązywaniu przepisów krajowych, które umożliwiają organom sądowym zwolnienie danej osoby z obowiązującego ją zakazu udziału w postępowaniach o udzielenie koncesji w następstwie wyroku karnego skazującego, uchYLENIA takiego zakazu lub usunięcia wzmianki o skazaniu z rejestru karnego, pod warunkiem że takie procedury sądowe faktycznie spełniają określone wymogi oraz cel tego mechanizmu, a w szczególności umożliwiają, w przypadku gdy wykonawca pragnie wziąć udział w postępowaniu o udzielenie koncesji, zniesienie w porę ciążącego na nim zakazu, wyłącznie w świetle właściwego charakteru środków zaradczych, na których podjęcie powołuje się ten wykonawca, ocenianych przez właściwy organ sądowy zgodnie z wymogami przewidzianymi w tym przepisie, czego weryfikacja należy do sądu odsyłającego.

7.3.orzeczenie z dnia 14 stycznia 2021 r. w sprawie C-387/19 RTS *infra* BVBA, Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel BVBA przeciwko Vlaams Gewest, ECLI:EU:C:2021:13

W 2016 r. Vlaams Gewest, belgijski region Flandrii, przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie robót budowlanych, którego przedmiotem była modernizacja węzła Nieuwe Steenweg (N60) oraz dróg dojazdowych i wyjazdowych drogi E17 w De Pinte. W toku procedury doszło do wykluczenia jednego z wykonawców, konsorcjum przedsiębiorstw Norré Behaegel-RTS *infra* BVBA, dalej: konsorcjum RTS-Norré, uzasadnionego stwierdzeniem dopuszczenia się przez jego członków poważnych wykroczeń zawodowych w ramach realizacji wcześniejszych umów, skutkujących powzięciem wątpliwości co do zdolności do zapewnienia prawidłowego wykonania zamówienia. Przedsiębiorstwa tworzące konsorcjum RTS-Norré zaskarżyły decyzję zamawiającego podnosząc, że przed dokonaniem czynności ich wykluczenia, powinny mieć możliwość obrony, poprzez wykazanie podjęcia stosownych środków naprawczych dowodzących ich rzetelności o których mowa w treści art. 57 ust. 6 dyrektywy 2014/24/UE. Ponadto, zdaniem skarżących, przepis ten znajduje bezpośrednie zastosowanie. Zamawiający zakwestionował twierdzenia skarżących oraz stanął na stanowisku, że to wykonawca powinien z własnej inicjatywy zgłosić podjęte środki

naprawcze. *Conseil d'État*, belgijska rada stanu, przed którą zawisł spór, zawiesiła postępowanie i skierowała do Trybunału pytania prejudycjalne zmierzające do wyjaśnienia, czy regulacje unijne stoją na przeszkodzie wykluczeniu wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia ze względu na poważne wykroczenie zawodowe, bez uprzedniego wezwania przez zamawiającego lub poprzez zapisy w dokumentacji do udowodnienia, że pozostaje on rzetelny pomimo tego uchybienia¹²³.

Odpowiadając na pierwsze pytanie, w odniesieniu do regulacji wprowadzającej mechanizm samooczyszczenia, Trybunał zauważył, że ani z treści art. 57 ust. 6 ani z motywu 102 dyrektywy 2014/24/UE nie wynika, w jaki sposób ani na jakim etapie postępowania należałoby przedstawić dowód podjęcia środków naprawczych. W związku z tym oraz biorąc pod uwagę zarówno cel przepisu, którym jest podkreślenie wagi przywiązywanej do rzetelności wykonawcy, jak również kontekst, w jaki się wpisuje, Trybunał wywnioskował, że pozostawiona wykonawcy możliwość przedstawienia dowodu podjęcia środków naprawczych może zostać zrealizowana zarówno z jego inicjatywy, jak i z inicjatywy instytucji zamawiającej, oraz że można z niej skorzystać zarówno w chwili składania wniosku o dopuszczenie do udziału lub oferty, jak i na późniejszym etapie prowadzonej procedury.

W dalszej kolejności Trybunał, opierając się na opinii rzecznika generalnego Sáncheza-Bordony uściślił, że w przypadku gdy państwo członkowskie przewiduje, że dowód podjęcia środków naprawczych może zostać przedstawiony przez wykonawcę z własnej inicjatywy w chwili składania wniosku o dopuszczenie do udziału lub oferty, bez możliwości przedstawienia przez tego wykonawcę takiego dowodu na późniejszym etapie postępowania, to zasady przejrzystości i równego traktowania wymagają, aby wykonawcy zostali wcześniej poinformowani w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny, o istnieniu tego obowiązku oraz aby informacja ta wynikała bezpośrednio z dokumentacji zamówienia lub z odwołania się w nich do mających zastosowanie przepisów krajowych.¹²⁴ Zarazem w myśl zasady prawa do obrony, której integralną częścią jest prawo do bycia wysłuchanym i która znajduje zastosowanie w szczególności w odniesieniu do decyzji o wykluczeniu podejmowanej w ramach postępowania o udzielenie zamówienia¹²⁵, wykonawcy celem przedstawienia w skuteczny sposób swojego stanowiska we wspomnianym wniosku lub ofercie, powinni być w stanie

¹²³ *Conseil d'État* zadała Trybunałowi następujące pytania:

1. Czy art. 57 ust. 4 lit. c) i lit. g) w związku z ust. 6 i 7 dyrektywy 2014/24/UE należy interpretować w ten sposób, że sprzeciwia się on takiemu stosowaniu, zgodnie z którym wykonawca jest zobowiązany do przedstawiania z własnej inicjatywy dowodów podjęcia środków w celu wykazania swojej rzetelności?
2. W razie udzielenia odpowiedzi twierdzącej, czy poddany takiej wykładni art. 57 ust. 4 lit. c) i g) w związku z ust. 6 i 7 dyrektywy 2014/24/UE mają skutek bezpośredni?

¹²⁴ zob. opinia rzecznika generalnego Manuela Camposa Sáncheza-Bordony przedstawiona w dniu 17 września 2020 r. w sprawie C-387/19 *RTS infra BVBA, Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel BVBA przeciwko Vlaams Gewest*, ECLI:EU:C:2020:728, pkt 66-67

¹²⁵ wyrok z dnia 20 grudnia 2017 r. w sprawie C-276/16 *Prequ' Italia przeciwko Agenzia delle Dogane e dei Monopoli*, ECLI:EU:C:2017:1010, pkt 45-46 i przytoczone tam orzecznictwo

samodzielnie określić podstawy wykluczenia, które instytucja zamawiająca może wobec nich zastosować w świetle informacji zawartych w dokumentacji zamówienia i przepisach krajowych w tym względzie¹²⁶. Wreszcie Trybunał podkreślił, że taki obowiązek ustalony przez instytucję zamawiającą musi być proporcjonalny.

W świetle powyższych rozważań Trybunał udzielił odpowiedzi, że art. 57 ust. 6 dyrektywy 2014/24/UE stoi na przeszkodzie praktyce państwa członkowskiego, zgodnie z którą wykonawca jest zobowiązany do przedstawienia w chwili składania wniosku o dopuszczenie do udziału lub oferty z własnej inicjatywy dowodu podjęcia środków naprawczych w celu wykazania swojej rzetelności pomimo istnienia względem niego fakultatywnej podstawy wykluczenia, o której mowa w art. 57 ust. 4 tej dyrektywy, w sytuacji gdy obowiązek taki nie wynika ani z mających zastosowanie przepisów krajowych, ani z dokumentacji zamówienia. Jednocześnie art. 57 ust. 6 wspomnianej dyrektywy nie stoi na przeszkodzie takiemu obowiązkowi, jeżeli został on przewidziany w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny w mających zastosowanie przepisach krajowych oraz gdy o jego istnieniu dany wykonawca został powiadomiony za pomocą dokumentacji zamówienia.

Natomiast w kwestii pytania drugiego, zmierzającego do ustalenia, czy art. 57 ust. 6 dyrektywy 2014/24/UE charakteryzuje się bezpośrednią skutecznością, Trybunał doszedł do wniosku, że w myśl utrwalonego orzecznictwa¹²⁷, niezależnie od konkretnego sposobu stosowania, przepis ten przewiduje wystarczająco precyzyjnie i bezwarunkowo, że dany wykonawca nie może zostać wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli wykaże instytucji zamawiającej w sposób zadowalający, że podjęte środki naprawcze potwierdzają jego rzetelność pomimo zaistnienia wobec niego podstawy wykluczenia. W związku z tym regulację będącą przedmiotem analizy, należy interpretować w ten sposób, że jest ona bezpośrednio skuteczna.

8. Kryteria kwalifikacji

8.1.orzeczenie z dnia 11 lipca 2019 r. w sprawie C-697/17 *Telecom Italia SpA przeciwko Ministero dello Sviluppo Economico, Infrastrutture e telecomunicazioni per l'Italia (Infratel Italia) SpA*, ECLI:EU:C:2019:599

W sprawie, której dotyczył wniosek włoskiego sądu, przedsiębiorstwo państwowe Infratel, Infrastrutture e telecomunicazioni per l'Italia SpA, działając w imieniu włoskiego ministerstwa rozwoju gospodarczego, prowadziło postępowanie o udzielenie koncesji na budowę, utrzymanie i zarządzanie publiczną ultraszerokopasmową siecią pasywną w kilku włoskich regionach. Postępowanie prowadzone było w trybie procedury

¹²⁶ cyt. opinia rzecznika generalnego, pkt 90-91

¹²⁷ wyrok z dnia 1 lipca 2010 r. w sprawie C-194/08 *Susanne Gassmayr przeciwko Bundesminister für Wissenschaft und Forschung*, ECLI:EU:C:2010:386, pkt 45 i przytoczone tam orzecznictwo

ograniczonej. W toku postępowania, między oceną wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i zaproszeniem do składania ofert a upływem terminu ich składania, w wyniku przekształceń własnościowych po stronie wykonawców zaproszonych do składania ofert, doszło do połączenia przez przejęcie jednego z tych wykonawców, Metroweb Sviluppo s.r.l., przez innego wykonawcę, Enel OpEn Fiber SpA. W rezultacie Metroweb Sviluppo s.r.l. nie złożyła odrębnej oferty w tym postępowaniu. Po dokonaniu oceny złożonych ofert, zamawiający podjął decyzję o udzieleniu zamówienia wykonawcy Enel OpEn Fiber SpA we wszystkich pięciu częściach, na jakie było podzielone zamówienie. Telecom Italia, inny wykonawca zainteresowany uzyskaniem tego zamówienia, zaskarżył decyzję zamawiającego do *Tribunale Amministrativo Regionale (TAR) del Lazio*, regionalnego sądu administracyjnego w Lacjum, podnosząc naruszenie zasady niezmienności podmiotowej wykonawców pomiędzy etapem preselekcji a składaniem ofert. TAR del Lazio, nie dopatrzwszy się uchybienia, skargę oddalił. *Consiglio di Stato*, włoski naczelny sąd administracyjny, rozpatrując sprawę w drugiej instancji, zdecydował zawiesić postępowanie i zwrócił się do Trybunału z pytaniem prejudycjalnym dotyczącym dopuszczalności zmian podmiotowych po stronie wykonawców w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego¹²⁸.

Odpowiadając na to pytanie, Trybunał w pierwszej kolejności podkreślił, że zasada równego traktowania oraz obowiązek przejrzystości oznaczają między innymi, że oferenci powinni być traktowani jednakowo zarówno na etapie przygotowywania przez nich ofert, jak i na etapie oceny tych ofert przez instytucję zamawiającą. Następnie Trybunał przypomniał, że we wcześniejszym orzeczeniu w sprawie C-396/14 *MT Højgaard i Züblin*¹²⁹ orzekł, iż w postępowaniu prowadzonym w trybie procedury negocjacyjnej, w przypadku rozwiązania wybranego w preselekcji konsorcjum wykonawców, w którego skład wchodził dwaj wykonawcy, jeden z nich może zastąpić to konsorcjum i kontynuować udział w postępowaniu bez naruszenia zasady równego traktowania, pod warunkiem że zostanie wykazane, że wykonawca ten sam spełnia wymagania określone

¹²⁸ *Consiglio di Stato* zwrócił się do Trybunału z następującym pytaniem prejudycjalnym:

Czy art. 28 ust. 2 zdanie pierwsze dyrektywy 2014/24/UE należy interpretować w taki sposób, że przepis ten wymaga pełnej tożsamości prawnej i gospodarczej pomiędzy wykonawcami wybranymi w ramach preselekcji, i tymi, którzy złożą ofertę w ramach procedury ograniczonej, i czy, w szczególności, przepis ten należy interpretować w taki sposób, że stoi on na przeszkodzie umowie zawartej pomiędzy holdingami kontrolującymi dwóch wybranych w ramach preselekcji wykonawców w czasie pomiędzy wyborem w ramach preselekcji a przedstawieniem ofert, w sytuacji kiedy:

- a) przedmiotem i skutkiem tej umowy jest (między innymi) dokonanie połączenia poprzez włączenie jednej ze spółek wybranych w ramach preselekcji do innej z nich (co stanowi transakcję zatwierdzoną, zresztą, przez Komisję Europejską);
- b) skutki transakcji połączenia nastąpiły dopiero po przedstawieniu oferty przez spółkę przejmującą (co stanowi powód, dla którego w momencie przedstawienia oferty, jej skład nie był zmieniony w stosunku do składu istniejącego w momencie preselekcji);
- c) następnie przejęta spółka (której skład nie został zmieniony w ostatnim dniu terminu do składania ofert) postanowiła jednak nie uczestniczyć w procedurze ograniczonej, prawdopodobnie, w ramach wykonania programu umownego ustalonego umową zawartą pomiędzy holdingami?

¹²⁹ por. wyrok z dnia 24 maja 2016 r. w sprawie C-396/14 *MT Højgaard i Züblin przeciwko Banedanmark*, ECLI:EU:C:2016:347

początkowo przez instytucję zamawiającą i że jego dalszy udział w tym postępowaniu nie wiąże się z pogorszeniem sytuacji konkurencyjnej innych oferentów.

Jak zauważył rzecznik generalny w opinii w tej sprawie, kluczową kwestią jest to, że art. 28 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE nie wymaga pełnej tożsamości prawnej i materialnej między wykonawcami wybranymi w preselekcji a tymi, którzy składają oferty, o ile zmiany te nie wpływają negatywnie na konkurencję w przetargu¹³⁰. W sytuacji połączenia dwóch wykonawców, którzy zostali wybrani w ramach preselekcji, ich dalszy udział w postępowaniu jest zgodny z zasadą równości, jeśli nie doszło do uzgodnionych działań między nimi w celu osiągnięcia przewagi nad innymi oferentami. Podobnie w tej sprawie Trybunał doszedł do wniosku, że pomimo braku tożsamości materialnej wykonawców wybranych w ramach preselekcji z wykonawcami, którzy złożą ofertę, można uznać, że zasada równości nie została naruszona. W konsekwencji, w ocenie Trybunału, przepisy dyrektywy 2014/24/UE nie sprzeciwiają się takim zmianom podmiotowym po stronie wykonawcy.

W związku z powyższym Trybunał orzekł, że artykuł 28 ust. 2 zdanie pierwsze dyrektywy 2014/24/UE należy interpretować w ten sposób, że przepis ten nie stoi na przeszkodzie temu, by ze względu na wymóg tożsamości prawnej i materialnej wykonawców wybranych w ramach preselekcji z wykonawcami, którzy złożą ofertę, w ramach przetargu ograniczonego na udzielenie zamówienia publicznego mógł przedstawić ofertę wybrany w ramach preselekcji kandydat, który zobowiązuje się do przejęcia drugiego kandydata wybranego w ramach preselekcji na podstawie umowy o połączeniu zawartej w okresie pomiędzy etapem preselekcji a etapem przedstawienia ofert i wykonanej po etapie przedstawienia ofert.

8.2. orzeczenie z dnia 20 maja 2021 r. w sprawie C-6/20

***Sotsiaalministeerium* przeciwko *Riigi Tugiteenuste Keskus*, ECLI:EU:C:2021:402**

W latach 2015 i 2017 Sotsiaalministeerium, ministerstwo spraw społecznych Estonii, przeprowadziło dwa postępowania o udzielenie zamówień na dostawy pomocy żywnościowej dla osób najbardziej potrzebujących. W ramach pierwszej z prowadzonych procedur, zamawiający początkowo zobowiązał potencjalnych wykonawców do posiadania i przedłożenia w chwili składania oferty, pod rygorem wykluczenia, stosownego zatwierdzenia wydanego przez Veterinaar- ja Toiduamet, estoński urząd ds. weterynarii i środków spożywczych. W toku postępowania wskazany wyżej warunek został zastąpiony obowiązkiem przedstawienia zaświadczenia o spełnieniu przewidzianych w estońskiej ustawie o środkach spożywczych wymogów w zakresie

¹³⁰ zob. opinia rzecznika generalnego w *Manuela Camposa Sáncheza-Bordony* przedstawiona w dniu 23 stycznia 2019 r. w sprawie *Telecom Italia SpA przeciwko Ministero dello Sviluppo Economico, Infrastrutture e telecomunicazioni per l'Italia (Infrastrutture Italia) SpA*, ECLI:EU:C:2019:54, pkt. 57-87

informacji i uzyskania zezwolenia, niezbędnych do wykonania tego zamówienia. Takie samo rozwiązanie zostało przyjęte w odniesieniu do drugiej procedury. W wyniku obu postępowań zawarto umowy ramowe z trzema wykonawcami, a ostatecznie zamówienie zostało udzielone spółce Sanitex OÜ. W zakresie wykonywanych przez siebie obowiązków Riigi Tugiteenuste Keskus, państwowe centrum usług wspólnych, podjęło decyzję w przedmiocie nałożenia korekty finansowej na zamawiającego podnosząc, że ustalone przez niego kryteria kwalifikacji obejmujące obowiązek posiadania zatwierdzenia wydanego przez organ estoński lub spełnienia obowiązków w zakresie informacji i uzyskania zezwolenia w Estonii doprowadziły do nadmiernego ograniczania kręgu potencjalnych wykonawców, w szczególności wykonawców zagranicznych. Tym samym centrum przychyliło się do stanowiska wyrażonego przez Rahandusministeerium, ministerstwo finansów, w końcowym sprawozdaniu, wydanym w ramach dokonanego wcześniej audytu. Zamawiający twierdził natomiast, że ustalenie kryteriów kwalifikacji związanych z ustanowionymi w ustawie o środkach spożywczych wymogami szczególnymi miało na celu zmniejszenie ryzyka niewłaściwego wykonania spornych zamówień. Co więcej, pierwsze z nich zostało już dwukrotnie ocenione i zatwierdzone przez audytorów ministerstwa finansów, a zatem zmiana z mocą wsteczną wykładni przepisów, przy okazji trzeciego z kolei audytu, byłaby niezgodna z zasadami dobrej administracji i ochrony uzasadnionych oczekiwań. Wskutek zaskarżenia decyzji o nałożeniu korekty finansowej, oddalonego przez *Riigi Tugiteenuste Keskus*, a następnie przez *Tallinna Halduskohus*, sąd administracyjny w Tallinie orzekający w pierwszej instancji, spór zawisł ostatecznie przed *Tallinna Ringkonnakohus*, sądem apelacyjnym w Tallinie, który postanowił zawiesić postępowanie i zwrócił się do Trybunału z wnioskiem prejudycjalnym dotyczącym wykładni przepisów dyrektywy 2004/18/WE¹³¹.

¹³¹ *Tallinna Ringkonnakohus* zwrócił się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

1. Czy art. 2 i 46 dyrektywy [2004/18] należy interpretować w ten sposób, że sprzeciwiają się one przepisom krajowym takim jak § 41 ust. 3 [ustawy o zamówieniach publicznych], zgodnie z którymi w przypadku gdy prawo określa wymogi szczególne dotyczące czynności, które mają być wykonywane na podstawie zamówienia publicznego, instytucja zamawiająca musi określić w ogłoszeniu o zamówieniu, jakie rejestracje lub zezwolenia na prowadzenie działalności są wymagane do zakwalifikowania oferenta, oraz musi zażądać przedłożenia dowodu posiadania zezwolenia na prowadzenie działalności lub dowodu rejestracji w celu sprawdzenia, czy spełnione są wymogi szczególne prawne zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu, a jeżeli oferent nie posiada odpowiedniego zezwolenia na prowadzenie działalności lub rejestracji, musi odrzucić go jako niekwalifikującego się do udziału?
2. Czy art. 2 i 46 dyrektywy [2004/18] należy interpretować łącznie w ten sposób, że sprzeciwiają się one temu, aby instytucja zamawiająca, w przypadku zamówienia na pomoc żywnościową przekraczającą próg międzynarodowy, ustanowiła dla oferentów kryterium kwalifikacji, zgodnie z którym wszyscy oferenci, niezależnie od ich dotychczasowego miejsca prowadzenia działalności, muszą już w chwili składania ofert posiadać zezwolenie na prowadzenie działalności lub być zarejestrowani w państwie członkowskim, w którym pomoc żywnościowa jest udzielana, nawet jeśli dany oferent nie prowadził dotychczas działalności w tym państwie członkowskim?
3. W przypadku udzielenia odpowiedzi twierdzącej na poprzednie pytanie:
 - a) czy art. 2 i 46 dyrektywy [2004/18] należy uznać za przepisy, które są na tyle jasne, że nie można powoływać przeciwko nim zasady ochrony uzasadnionych oczekiwań oraz

Na wstępie Trybunał zaznaczył, że obowiązek rejestracji wykonawców lub uzyskania przez nich zatwierdzenia, skutkujący wymogiem posiadania zakładu w Estonii, należy postrzegać jako kryterium kwalifikacji podmiotowej, nie zaś jako warunek wykonania zamówienia w rozumieniu art. 26 dyrektywy 2004/18/WE. W tym kontekście Trybunał podkreślił nadrzędne znaczenie zasady wzajemnego uznawania kwalifikacji, zgodnie z którą, celem udowodnienia zdolności do wykonania zamówienia, wykonawca może powołać się na dokumenty wydane przez właściwe organy państwa członkowskiego, w którym ma on swoją siedzibę. Zasada ta znajduje odzwierciedlenie w licznych regulacjach dyrektywy 2004/18/WE dotyczących potwierdzania kwalifikacji technicznych lub zawodowych, przestrzegania norm zapewniania jakości, jak również posiadania wpisu do urzędowego wykazu lub certyfikatu wydanego przez instytucję certyfikującą. Co więcej, Trybunał orzekł już, że uzależnienie przez państwo członkowskie świadczenia usług przez przedsiębiorstwo mające siedzibę w innym państwie członkowskim od posiadania zezwolenia na prowadzenie zakładu w tym pierwszym państwie, skutkowałoby pozbawieniem wszelkiej skuteczności (*effet utile*) art. 56 TFUE, którego celem jest usunięcie ograniczeń swobody świadczenia usług w odniesieniu do podmiotów mających siedzibę w innym państwie niż państwo, w którym świadczona jest usługa¹³².

Jednocześnie Trybunał zauważył, że postanowienie odsyłające sugeruje, że ustalony przez zamawiającego obowiązek wynika z krajowej ustawy o środkach spożywczych, która ma na celu skonkretyzowanie przepisów rozporządzenia nr 852/2004¹³³, co w takich okolicznościach mogłyby stanowić przepisy szczególne i w rezultacie odstępstwo od przepisów dotyczących udzielania zamówień publicznych. W tym względzie motyw 1 wskazanego rozporządzenia stanowi, że ma ono na celu, po pierwsze, zapewnienie wysokiego poziomu ochrony życia i zdrowia ludzkiego, dlatego też aby zapewnić bezpieczeństwo żywności w ramach całego łańcucha jej produkcji, art. 6 rozporządzenia przewiduje kontrole urzędowe, rejestracje i zatwierdzenie podmiotów prowadzących przedsiębiorstwo spożywcze w ramach jednolitych procedur zapewniających współpracę między właściwymi organami poszczególnych państw członkowskich. W okolicznościach takich jak w sprawie w postępowaniu głównym, rejestracja lub zatwierdzenie uzyskane w jednym państwie członkowskim powinny zatem umożliwiać jego posiadaczowi

-
- b) czy art. 2 i 46 dyrektywy [2004/18] należy interpretować w ten sposób, że jeśli instytucja zamawiająca w ramach zamówienia publicznego dotyczącego pomocy żywnościowej wymaga od oferentów na podstawie ustawy o środkach spożywczych posiadania zezwolenia na prowadzenie działalności już w chwili składania ofert, to sytuacja taka może zostać uznana za oczywiste naruszenie obowiązujących uregulowań, niedbalstwo lub nadużycie, które uniemożliwiają powołanie się na zasadę ochrony uzasadnionych oczekiwań?

¹³² zob. analogicznie wyrok z dnia 10 lutego 1982 r. w sprawie C-76/81 *SA Transporoute et travaux przeciwko Ministère des travaux publics*, ECLI:EU:C:1982:49, pkt 14

¹³³ rozporządzenie (WE) nr 852/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie higieny środków spożywczych (Dz.U. L 139 z 30.4.2004, s. 1–54)

dystrybucję środków spożywczych w Estonii, której organy mogą jednak w tym przypadku kontrolować tę dystrybucję i zapewnić przestrzeganie przepisów rzeczonoego rozporządzenia. Po drugie, motyw 1 rozporządzenia stanowi, że ma ono również na celu osiągnięcie swobodnego przepływu żywności w Unii, który zdaniem Trybunału zostałby naruszony, gdyby przedsiębiorcy musieli zarejestrować się lub uzyskać zezwolenie na prowadzenie działalności w każdym państwie członkowskim, w którym transportują lub przechowują swoje środki spożywcze.

Z uwagi na powyższe, odpowiadając na pytania pierwsze i drugie Trybunał orzekł, że, art. 2 i 46 dyrektywy 2004/18/WE należy interpretować w ten sposób, iż stoją one na przeszkodzie uregulowaniu krajowemu, na mocy którego instytucja zamawiająca powinna wymagać w ogłoszeniu o zamówieniu – jako kryterium kwalifikacji podmiotowej – aby oferenci przedstawili z chwilą złożenia oferty dowód, że zostali zarejestrowani lub że posiadają wymagane przez przepisy mające zastosowanie do działalności będącej przedmiotem rozpatrywanego zamówienia publicznego zatwierdzenie wydane przez właściwy organ państwa członkowskiego, w którym zamówienie ma zostać wykonane, nawet jeżeli zostali już zarejestrowani lub posiadają podobne zatwierdzenie w państwie członkowskim, w którym mają siedzibę.

Natomiast w kontekście pytania trzeciego Trybunał przypomniał, że prawo powoływania się na zasadę ochrony uzasadnionych oczekiwań przysługuje wyłącznie podmiotowi prawa, w którym organ administracyjny wzbudził nadzieje znajdujące poparcie w udzielanych mu przez ten organ precyzyjnych zapewnieniach pochodzących z uprawnionych i wiarygodnych źródeł¹³⁴. Jednakże w związku z jednolitą koncepcją państwa, która przeważa zarówno w prawie międzynarodowym publicznym, jak i w prawie Unii, wykluczona jest, co do zasady, możliwość powoływania się przez organ krajowy na zasadę ochrony uzasadnionych oczekiwań w sporze dzielącym go z inną emanacją państwa, wskutek czego Trybunał orzekł, że w ramach sporu w postępowaniu głównym ministerstwo spraw społecznych nie może powoływać się na okoliczności, że ministerstwo finansów zatwierdziło już praktykę sprzeczną z prawem Unii, w celu utrzymania tej praktyki lub przynajmniej zneutralizowania jej dotychczasowych skutków.

8.3.orzeczenie z dnia 8 lipca 2021 r. w sprawie C-295/20 „Sanresa” UAB przeciwko Aplinkos apsaugos departamentas prie Aplinkos ministerijos, ECLI:EU:C:2021:556

W sprawie, której dotyczyło omawiane odesłanie, Aplinkos apsaugos departamentas prie Aplinkos ministerijos, departament ds. ochrony środowiska przy ministerstwie

¹³⁴ zob. podobnie wyroki: z dnia 7 sierpnia 2018 r. w sprawie C-120/17 *Administratīvā rajona tiesa przeciwko Ministru kabinets*, ECLI:EU:C:2018:638, pkt 50 i przytoczone tam orzecznictwo; z dnia 5 marca 2019 r. w sprawie C-349/17 *Eesti Pagar AS przeciwko Ettevõtluse Arendamise Sihtasutuse ja Majandus- ja Kommunikatsiooniministeerium*, ECLI:EU:C:2019:172, pkt 97; a także z dnia 19 grudnia 2019 r. w sprawie C-236/18 *GRDF SA przeciwko Eni Gas & Power France SA i in.*, ECLI:EU:C:2019:1120, pkt 46

środowiska Litwy, prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług gospodarowania odpadami niebezpiecznymi. Złożona w tym postępowaniu oferta spółki Sanresa UAB, będącej liderem tymczasowego stowarzyszenia przedsiębiorstw litewskich, została odrzucona przez zamawiającego z powodu niespełnienia warunków udziału w postępowaniu, dotyczących konieczności posiadania przez wykonawców prawa do wykonywania działalności niezbędnej do realizacji zamówienia. Zamawiający uznał, że ani spółka, ani żaden z wyznaczonych w ofercie podwykonawców, nie posiadał zgody wydanej przez Aplinkos apsaugos agentura, agencję ochrony środowiska, na dokonanie międzynarodowego przemieszczenia odpadów, zgodnie z przepisami rozporządzenia nr 1013/2006¹³⁵. Pomimo wezwania do uzupełnienia oferty w tym zakresie, spółka nie dokonała czynności zgłoszenia nowych podwykonawców, którzy posiadaliby taką zgodę lub jej nie potrzebowali. Sanresa UAB zakwestionowała decyzję zamawiającego, twierdząc, że spełnia kryteria kwalifikacji określone w warunkach przetargu z uwagi na to, że nie obejmują one obowiązku dołączenia zgody organów krajowych na międzynarodowe przemieszczanie odpadów, zaś ową zgodę należy rozpatrywać w kategoriach warunku dotyczącego wykonania zamówienia, nie zaś wymogu dotyczącego kwalifikacji. Dodatkowo spółka podnosiła, że nie mogła uzyskać takiej zgody, ponieważ warunki przetargu nie określały precyzyjnie składu ani kodu odpadów niebezpiecznych, będących przedmiotem zamówienia. *Lietuvos Aukščiausiasis Teismas*, sąd najwyższy Litwy, przed który trafiła ta sprawa, zdecydował zawiesić toczące się przed nim postępowanie ze skargi kasacyjnej i zwrócił się do Trybunału z wnioskiem prejudycjalnym zmierzającym do ustalenia, czy obowiązek posiadania przez wykonawcę, zamierzającego przemieścić odpady z jednego państwa członkowskiego do innego państwa, zgody właściwych organów państw członkowskich, których dotyczy przemieszczanie tych odpadów, stanowi wymóg związany z kompetencją do prowadzenia działalności zawodowej, czy też warunek realizacji zamówienia¹³⁶.

¹³⁵ rozporządzenie (WE) nr 1013/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie przemieszczania odpadów (Dz.U. L 190 z 12.7.2006, s. 1)

¹³⁶ *Lietuvos Aukščiausiasis Teismas* zadał Trybunałowi następujące pytania prejudycjalne:

1. Czy art. 18 ust. 2, art. 56 ust. 1 akapit pierwszy lit. b), art. 56 ust. 1 akapit drugi, art. 58 ust. 1 lit. a) i art. 58 ust. 2 akapit drugi dyrektywy 2014/24, a także art. 3–6 i inne przepisy rozporządzenia nr 1013/2006 (rozpatrywane łącznie lub osobno, przy czym bez ograniczenia do tych przepisów) należy interpretować w ten sposób, że wydaną wykonawcy zgodę, która jest niezbędna do przemieszczania odpadów z jednego państwa członkowskiego do innego państwa, należy kwalifikować jako warunek realizacji zamówienia na usługi, a nie jako wymóg dotyczący prawa do wykonywania danej działalności?
2. Jeżeli wspomnianą zgodę na przemieszczanie odpadów należy uznać za kryterium kwalifikacji usługodawcy (kompetencję do prowadzenia danej działalności zawodowej), to czy zasady przejrzystości i uczciwej konkurencji ustanowione w art. 18 ust. 1 akapity pierwszy i drugi dyrektywy 2014/24, art. 58 ust. 1 lit. a), art. 58 ust. 2 akapit drugi tej dyrektywy, zasady swobodnego przepływu osób, towarów i usług zagwarantowane w art. 26 ust. 2 TFUE oraz art. 7–9 rozporządzenia nr 1013/2006 (rozpatrywane łącznie lub osobno, przy czym bez ograniczenia do tych przepisów) należy interpretować i stosować w taki sposób, że warunki zamówienia publicznego na usługi gospodarowania odpadami, w szczególności dotyczące ostatecznych terminów składania ofert, powinny umożliwiać krajowym lub zagranicznym wykonawcom, którzy zamierzają transportować odpady poza granice państw członkowskich Unii Europejskiej, pełny udział w owym przetargu na zamówienie publiczne,

W pierwszym rzędzie Trybunał zauważył, że odnoszący się do kompetencji wykonawcy do prowadzenia działalności zawodowej art. 58 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE pozwala instytucjom zamawiającym wymagać, aby wykonawcy figurowali w rejestrze zawodowym lub handlowym prowadzonym w państwie członkowskim ich siedziby, natomiast w przypadku udzielania zamówień na usługi, udowodnienia, że posiadają określone zezwolenia lub status członkowski stosownej organizacji, umożliwiające im świadczenie danej usługi w swoim państwie pochodzenia. Tymczasem obowiązku uzyskania zgody właściwych organów na przemieszczanie odpadów z jednego państwa członkowskiego do innego państwa nie można utożsamiać z powyższymi wymogami. Dlatego też, zdaniem Trybunału, nie jest on związany z kompetencjami do prowadzenia działalności zawodowej w rozumieniu przepisów dyrektywy. Taki obowiązek nie wykazuje również związku z sytuacją ekonomiczną i finansową wykonawcy oraz nie może zostać objęty zakresem pojęcia zdolności technicznej i zawodowej. Wobec powyższego Trybunał uznał, że obowiązek będący przedmiotem sporu wchodzi w zakres realizacji zamówienia. Taką interpretację potwierdza ponadto okoliczność, że ma on na celu określenie szczególnych warunków zmierzających do uwzględnienia kwestii środowiskowych, którym powinien podlegać wywóz odpadów do innego państwa, wskutek czego może on dotyczyć wyłącznie wykonawców zamierzających dokonać takiego wywozu.

W konsekwencji na pytanie pierwsze Trybunał udzielił odpowiedzi, że art. 18 ust. 2, art. 58 i 70 dyrektywy 2014/24/UE należy interpretować w ten sposób, iż w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na usługi gospodarowania odpadami obowiązek posiadania przez wykonawcę, zamierzającego przemieścić odpady z jednego państwa członkowskiego do innego państwa, zgody właściwych organów państw członkowskich, których dotyczy przemieszczanie tych odpadów, zgodnie

a w szczególności przedstawienie zgody w przypadku, gdy została ona udzielona w terminie późniejszym niż ostateczny termin składania ofert?

3. Jeżeli wspomnianą zgodę na przemieszczanie odpadów należy uznać za warunek realizacji zamówienia publicznego w rozumieniu art. 49 załącznika V część C pkt 17 i art. 70 dyrektywy 2014/24, to czy zasady udzielania zamówień publicznych ustanowione w art. 18 tej dyrektywy oraz zasady ogólne udzielania zamówień publicznych, o których mowa w art. 56 tejże dyrektywy, należy interpretować w ten sposób, że nie można odrzucić oferty uczestnika, który nie przedstawił owej zgody?
4. Czy art. 18, art. 56 ust. 1 akapit pierwszy lit. b), art. 58 ust. 1 lit. a) i art. 58 ust. 2 dyrektywy 2014/24 należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie uregulowaniu krajowemu, które umożliwia instytucjom zamawiającym określenie z wyprzedzeniem w dokumentach zamówienia procedury oceny ofert, w ramach której okoliczność, czy usługodawcy mają prawo do wykonywania działalności (kompetencję do prowadzenia danej działalności zawodowej), zostanie zweryfikowana w sposób częściowy lub nie zostanie w ogóle zweryfikowana, mimo że korzystanie z tego prawa stanowi warunek konieczny dla zgodnej z prawem realizacji zamówienia publicznego, a instytucje zamawiające mogą wiedzieć o konieczności posiadania owego prawa przed sporządzeniem dokumentów zamówienia?
5. Czy art. 18, art. 42 ust. 1 akapit pierwszy dyrektywy 2014/24, art. 2 pkt 35, art. 5 i 17 rozporządzenia nr 1013/2006 oraz inne przepisy tego rozporządzenia należy interpretować w ten sposób, że w przypadku zamówienia na usługi gospodarowania odpadami instytucje zamawiające mogą zgodnie z prawem udzielić zamówienia na tego rodzaju usługi jedynie wtedy, gdy w dokumentach zamówienia określą one w sposób jasny i precyzyjny ilość i skład odpadów oraz inne istotne warunki realizacji zamówienia (na przykład dotyczące unieszkodliwiania)?

w szczególności z art. 2 pkt 35 i art. 3 rozporządzenia nr 1013/2006, stanowi warunek realizacji tego zamówienia.

Natomiast w przedmiocie pytania trzeciego Trybunał zaznaczył, że stosownie do art. 70 dyrektywy 2014/24/UE warunki realizacji zamówienia muszą być wskazane w zaproszeniu do ubiegania się o zamówienie lub w dokumentach zamówienia, tymczasem z postanowienia odsyłającego wynika, po pierwsze, że instytucja zamawiająca nie była w stanie ocenić dokładnej ilości odpadów, a po drugie, że strony sporu nie zakwestionowały, iż żaden dokument zamówienia nie wymagał wyraźnie, aby do oferty została dołączona zgoda właściwych organów na międzynarodowe przemieszczenie odpadów. Jednakże brak takiego wskazania nie może obarczyć postępowania o udzielenie zamówienia nieprawidłowością, jeżeli warunek realizacji wynika jasno z przepisów Unii mających zastosowanie do działalności, której dotyczy zamówienie, oraz z decyzji wykonawcy o odstąpieniu od wykonania zamówienia na terytorium państwa, w którym ma siedzibę zamawiający. Tym niemniej, na gruncie stanu faktycznego analizowanego odesłania prejudycjalnego, przepisy rozporządzenia nr 1013/2006 regulujące kwestię uzyskania zgody na międzynarodowe przemieszczanie odpadów zakładały, że wykonawca dysponuje szczegółowymi informacjami na temat ilości i składu odpadów, trasy oraz środków transportu, które zostaną wykorzystane w tym celu. Co więcej, Trybunał podkreślił, że w odróżnieniu od kryteriów kwalifikacji podmiotowej, których spełnianie należy wykazać w chwili składania oferty, wykonawca może poczekać, aż zostanie mu udzielone zamówienie, by przedstawić dowód, że spełnia warunki realizacji zamówienia. Ponadto, zdaniem Trybunału, zobowiązanie wykonawców do spełnienia wszystkich warunków realizacji zamówienia w chwili składania oferty stanowi nadmierny wymóg, zniechęcający do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i tym samym prowadzi do naruszenia zasad proporcjonalności i przejrzystości.

W tych okolicznościach, odpowiadając na pytanie trzecie, Trybunał orzekł, że art. 70 dyrektywy 2014/24/UE w związku z art. 18 ust. 1 tej dyrektywy należy interpretować w ten sposób, iż stoi on na przeszkodzie odrzuceniu oferty jednego z oferentów jedynie z tego powodu, że w chwili składania oferty nie przedstawił on dowodu, iż spełnia warunek realizacji danego zamówienia.

Ze względu na odpowiedź udzieloną na pytanie pierwsze nie było potrzeby udzielania odpowiedzi na pytanie drugie oraz czwarte, natomiast pytanie piąte zostało przez Trybunał uznane za niedopuszczalne.

8.4.orzeczenie z dnia 7 września 2021 r. w sprawie C-927/19 *Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras UAB przeciwko Ecoservice Klaipėda UAB, Klaipėdos autobusų parkas UAB, Parsekas UAB, Klaipėdos transportas UAB*, ECLI:EU:C:2021:700

Jedną z kwestii, nad którymi pochylił się Trybunał w ramach opisanego w punkcie [6.9.](#) orzeczenia w sprawie *Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras*, dotyczyła ustalenia, w jaki sposób należy określić charakter niektórych wymogów dotyczących kwalifikacji wykonawców, które mogą być pojmowane zarówno jako wymagania dotyczące sytuacji finansowej i ekonomicznej, jako wymagania odnoszące się do zdolności technicznych i zawodowych, jako specyfikacje techniczne, a także jako warunki realizacji zamówienia publicznego¹³⁷.

W pierwszym rzędzie Trybunał przypomniał, że art. 58 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE wymienia trzy rodzaje kryteriów kwalifikacji, które zamawiający mogą nakładać na wykonawców w ramach wymogów dotyczące udziału w postępowaniu, a z art. 58 ust. 3 tej dyrektywy wynika, że w celu upewnienia się, iż wykonawcy posiadają zdolność ekonomiczną i finansową niezbędną do realizacji zamówienia, zamawiający mogą w szczególności wymagać osiągnięcia określonego minimalnego rocznego obrotu, w tym w obszarze objętym zamówieniem. W związku z powyższym, na pytanie pierwsze Trybunał udzielił odpowiedzi, że wymóg wykazania przez wykonawców, iż osiągają określony średni roczny obrót w obszarze działalności objętym zamówieniem, dokładnie odpowiada definicji kryterium kwalifikacji opartego na ich sytuacji ekonomicznej i finansowej w rozumieniu art. 58 ust. 3 dyrektywy 2014/24/UE, a zatem wchodzi w jego zakres.

Odpowiadając na pytanie drugie, Trybunał zauważył, że jeżeli zamawiający ustanawia wymóg, aby określony minimalny obrót został osiągnięty w obszarze działalności objętym zamówieniem, to wówczas taki wymóg realizuje podwójny cel, mianowicie udowodnienie sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy oraz przyczynienie się do wykazania jego zdolności technicznych i zawodowych i w takim przypadku sytuację ekonomiczną i finansową danego wykonawcy, podobnie jak jego zdolności techniczne i zawodowe, należy uznać za cechę dla niego właściwą i wyłączną. W konsekwencji

¹³⁷ Lietuvos Aukščiausiasis Teismas zadał Trybunałowi następujące pytania:

1. Czy warunek zamówienia, zgodnie z którym usługodawcy mają obowiązek wykazać określony poziom średniego rocznego dochodu operacyjnego uzyskanego z wykonywania działalności związanej jedynie z konkretnymi usługami (gospodarowaniem zmieszanyimi odpadami komunalnymi), wchodzi w zakres art. 58 ust. 3, czy w zakres art. 58 ust. 4 dyrektywy 2014/24?
2. Czy odpowiedź na pytanie pierwsze ma wpływ na metodę oceny zdolności usługodawcy przedstawioną przez Trybunał w wyroku z dnia 4 maja 2017 r., Esaprojekt (C-387/14, EU:C:2017:338)?
3. Czy warunek zamówienia, zgodnie z którym usługodawcy mają obowiązek wykazać, że pojazdy niezbędne do świadczenia usług [gospodarowania odpadami] spełniają konkretne wymagania techniczne, w tym wymagania dotyczące emisji zanieczyszczeń (Euro 5), posiadania nadajnika GPS, odpowiedniej ładowności itp., wchodzi w zakres art. 58 ust. 4 dyrektywy 2014/24, jej art. 42 w związku z załącznikiem VII do tej dyrektywy lub jej art. 70?

Trybunał orzekł, że w sytuacji gdy zamawiający formułuje wymóg, stosownie do którego wykonawcy musieli osiągnąć określony minimalny obrót w obszarze objętym danym zamówieniem, wykonawca w celu udowodnienia swojej sytuacji ekonomicznej i finansowej może powoływać się na dochody uzyskane przez tymczasowe konsorcjum przedsiębiorstw do którego należał, wyłącznie wtedy, gdy w ramach konkretnego zamówienia publicznego miał on rzeczywisty wkład w działalność tego konsorcjum analogiczną do działalności stanowiącej przedmiot zamówienia publicznego, w odniesieniu do którego wykonawca ten zamierza udowodnić swoją sytuację ekonomiczną i finansową.

Wreszcie, odpowiadając na pytanie trzecie, Trybunał stwierdził, że na gruncie dyrektywy 2014/24/UE możliwość pojmowania wymogów technicznych jednocześnie jako kryteriów kwalifikacji dotyczących zdolności technicznych i zawodowych, jako specyfikacji technicznych lub jako warunków realizacji zamówienia nie jest wykluczona. Jednocześnie Trybunał uściślił, że w przypadku przyjęcia tej ostatniej kwalifikacji spełnienie warunku realizacji zamówienia powinno podlegać weryfikacji na etapie realizacji zamówienia, a nie w chwili jego udzielania. Trybunał zauważył ponadto, że uznanie wspomnianych wymogów za kryteria kwalifikacji dotyczące zdolności technicznych i zawodowych wykonawców, za specyfikacje techniczne lub za warunki realizacji zamówienia nie wpływa na możliwość sprostowania i korekty złożonych ofert, ponieważ zakres prawa instytucji zamawiającej do zezwolenia wybranemu wykonawcy na późniejsze uzupełnienie lub wyjaśnienie jego pierwotnej oferty jest ograniczony koniecznością poszanowania zasad równego traktowania i przejrzystości oraz nie może prowadzić do rezultatu porównywalnego w istocie z przedstawieniem nowej oferty.

8.5.orzeczenie z dnia 31 marca 2022 r. w sprawie C-195/21 LB przeciwko Smetna palata na Republika Bulgaria, ECLI:EU:C:2022:239

W sprawie, w której zapadło omawiane orzeczenie, wniosek prejudycjalny został złożony w ramach sporu pomiędzy LB (wójtem gminy Łukowit) a Smetna palata na Republika Bulgaria, trybunałem obrachunkowym Republiki Bułgarii, dotyczącego kary administracyjnej nałożonej z powodu nieprawidłowości w przeprowadzonym w 2018 r. postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane dotyczące wzmocnienia osuwiskowego terenu na drogach prowadzących do regionalnego składowiska odpadów położonego na terenie gminy Łukowit. Warunki udziału w postępowaniu sformułowane przez zamawiającego przewidywały dysponowanie przez wykonawców odpowiednim personelem technicznym, w tym osobą kierownika technicznego budowy posiadającego kwalifikacje zawodowe „projektanta” lub „inżyniera budownictwa” i co najmniej trzyletnim doświadczeniem w swojej specjalizacji. W wyznaczonym terminie złożone zostały trzy oferty. Po uprzednim zwróceniu się do każdego z wykonawców o dodatkowe wyjaśnienia, LB na mocy decyzji z dnia 24 lipca

2018 r. udzielił zamówienia wykonawcy, który jako jedyny złożył ważną ofertę, natomiast dwaj pozostali wykonawcy zostali wykluczeni z udziału w postępowaniu z powodu niespełnienia wymogów kwalifikacji dotyczących osób proponowanych do pełnienia funkcji kierowników technicznych budowy. W dniu 18 czerwca 2020 r., w ramach prowadzonego audytu zgodności z prawem zarządzania środkami publicznymi i działalności gminy Łukowit, trybunał obrachunkowy Republiki Bułgarii stwierdził naruszenie prawa administracyjnego w odniesieniu do przeprowadzonego postępowania podnosząc, że obowiązek dysponowania kierownikiem technicznym budowy stanowił warunek bardziej rygorystyczny, niż wynika to z uregulowań krajowych ustawy o zagospodarowaniu przestrzennym, co doprowadziło do naruszenia konkurencji. Wójt gminy Łukowit wniósł sprzeciw, argumentując, że sporny wymóg kwalifikacyjny wynikał ze specyfiki i złożoności inżynierskiej przedmiotu zamówienia oraz zasad programu operacyjnego finansującego projekt oraz dodając, że kontrola *ex post* przeprowadzona przez organ zarządzający programem operacyjnym nie wykazała naruszenia zasad konkurencji. Sprzeciw oddalono, zaś spór zawisł ostatecznie przed *Rayonen sad Lukovit*, sądem rejonowym w Łukowicie, który postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału Sprawiedliwości z wnioskiem prejudycjalnym zawierającym pytanie dotyczące kwestii kryteriów kwalifikacji podmiotowej w kontekście wymogów dotyczących zdolności zawodowych personelu wykonawców¹³⁸.

Odpowiadając na zadane pytanie, Trybunał stwierdził, że odpowiedź wynika z samego brzmienia art. 58 dyrektywy 2014/24/UE. Zamawiający bowiem, w ramach ustalania kryteriów kwalifikacji, korzysta, zgodnie z ust. 1 tego artykułu, z określonej swobody przy definiowaniu takich warunków uczestnictwa w postępowaniu, jakie uzna za związane z przedmiotem zamówienia publicznego i proporcjonalne do niego oraz właściwe dla zapewnienia, że kandydat lub oferent dysponuje zdolnością prawną i finansową oraz kompetencjami technicznymi i zawodowymi koniecznymi dla wykonania udzielanego zamówienia. Przede wszystkim, zgodnie z ust. 4 tego artykułu, zamawiający swobodnie ocenia warunki udziału, jakie uważa za właściwe ze swojego punktu widzenia, zwłaszcza

¹³⁸ *Rayonen sad Lukovit* przedłożył Trybunałowi następujące pytanie prejudycjalne:

Czy art. 58 ust. 4 dyrektywy [2014/24] należy interpretować w ten sposób, że nakładane w kryteriach kwalifikacji wymogi dotyczące zdolności zawodowych personelu wykonawców w odniesieniu do wykonania specyficznego zamówienia z zakresu budownictwa mogą być bardziej rygorystyczne od minimalnych wymogów dotyczących wykształcenia i kwalifikacji zawodowych ustanowionych w szczególnym prawie krajowym [art. 163a ust. 4 Zakon za ustroystvo na teritoria (ustawy o zagospodarowaniu przestrzennym)], nie ograniczając a priori konkurencji, a w szczególności, że przewidziany warunek »proporcjonalności« ustanowionych wymogów uczestnictwa w stosunku do przedmiotu zamówienia: a) wymaga, by sąd krajowy przeprowadził taką ocenę proporcjonalności na podstawie zgromadzonych przez siebie dowodów i konkretnych parametrów zamówienia, nawet w wypadkach gdy prawo krajowe określa szeroki krąg profesjonalistów, którzy co do zasady mają kwalifikacje do wykonywania działalności określonej w zamówieniu; czy też że b) dopuszcza ograniczenie kontroli sądowej jedynie do kwestii, czy wymogi uczestnictwa są zbyt wygórowane w stosunku do ustanowionych co do zasady w szczególnym prawie krajowym?

w celu zagwarantowania wykonania zamówienia na takim poziomie jakości, jaki uzna za właściwy.

W konsekwencji Trybunał orzekł, iż artykuł 58 ust. 1 i 4 dyrektywy 2014/24/UE nie sprzeciwia się temu, aby w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego instytucja zamawiająca mogła wprowadzić tytułem kryteriów kwalifikacji dotyczących zdolności technicznych i zawodowych wykonawców bardziej rygorystyczne wymogi niż minimalne wymogi ustanowione przez uregulowanie krajowe, o ile takie wymogi będą właściwe dla zagwarantowania, iż kandydat lub oferent będzie posiadał zdolności techniczne i zawodowe konieczne dla zagwarantowania realizacji udzielanego zamówienia, o ile będą one związane z przedmiotem zamówienia oraz o ile będą one do niego proporcjonalne.

8.6.orzeczenie z dnia 26 stycznia 2023 r. w sprawie C-403/21 SC NV *Construct SRL przeciwko Județul Timiș, ECLI:EU:C:2023:47*

W sprawie, w której zapadło omawiane orzeczenie, Județul Timiș, okręg Temesz, przeprowadził w procedurze otwartej postępowanie o udzielenie zamówienia na realizację studium wykonalności i projektu technicznego dotyczącego budowy drogi łączącej lotnisko międzynarodowe Traian Vuia w Timișoarze z autostradą A1. Spółka SC NV Construct SRL, której oferta została sklasyfikowana na czwartym miejscu, zakwestionowała wynik postępowania podnosząc, że trzech wyżej sklasyfikowani wykonawcy nie spełniali kryteriów kwalifikacji wynikających z odrębnych przepisów regulujących poszczególne rodzaje czynności, które należało wykonywać na etapie realizacji zamówienia lub których wykonywanie mogło być do tego konieczne. Dodatkowo skarżąca spółka twierdziła, że zwycięską ofertę złożoną przez firmę S.C. Proiect Construct Regiunea Transilvania SRL należy uznać za niezgodną z kryteriami ze względu na to, że wybrany wykonawca nie wskazał podwykonawcy uprawnionego do świadczenia usług projektowych w zakresie adaptacji połączenia z linią kolejową, zaś właściwe przepisy prawne stanowią, iż takie usługi wykonują wyłącznie podmioty gospodarcze upoważnione przez zarządcę infrastruktury kolejowej. *Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor*, rumuńska krajowa rada rozstrzygania odwołań, rozpatrując przedmiotową sprawę, zawiesiła toczące się postępowanie i wystąpiła do Trybunału Sprawiedliwości z wnioskiem prejudycjalnym dotyczącym wykładni przepisów dyrektywy 2014/24/UE w świetle zasad proporcjonalności, odpowiedzialności i przejrzystości¹³⁹.

¹³⁹ *Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor* przedłożyła Trybunałowi następujące pytania prejudycjalne:

1. Czy zgodnie z przepisami art. 58 dyrektywy 2014/24/UE zasadę proporcjonalności i zasadę odpowiedzialności należy interpretować w ten sposób, że instytucja zamawiająca ma prawo do ustalenia kryteriów zdolności technicznej, to znaczy do dokonania oceny konieczności uwzględnienia, lub nie, w dokumentacji przetargowej kryteriów zdolności technicznej i zawodowej oraz zdolności do prowadzenia działalności technicznej i zawodowej, która wynika z przepisów ustaw szczególnych, dla czynności o nikomej wadze w ramach zamówienia?

W pierwszej kolejności Trybunał, w ślad za omówionym wyżej orzeczeniem zapadłym w sprawie *Smetna palata na Republika Bulgaria*, przypomniał o przysługującym instytucjom zamawiającym pewnym zakresie swobody w przedmiocie ustalania kryteriów kwalifikacji, mającym na celu zagwarantowanie realizacji zamówienia na subiektywnie właściwym poziomie jakości¹⁴⁰. Korzystając z tego zakresu uznania, instytucja zamawiająca może, po pierwsze, zdecydować o włączeniu do kryteriów kwalifikacji wymienionych w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji warunków zamówienia obowiązków wynikających z odrębnych przepisów mających zastosowanie do działalności, której wykonywanie może być konieczne w ramach realizacji zamówienia publicznego, a która nie ma znacznej wagi, po drugie natomiast, może wskazać te obowiązki jako warunki realizacji zamówienia, tak by wymagać ich spełnienia jedynie od wybranego wykonawcy.

W rezultacie Trybunał orzekł, że art. 58 dyrektywy 2014/24/UE w związku z zasadami proporcjonalności i przejrzystości nie stoi na przeszkodzie wskazaniu w ramach kryteriów kwalifikacji obowiązków wynikających z odrębnych przepisów, mających zastosowanie do działalności, której wykonywanie może być konieczne w ramach realizacji zamówienia publicznego, a która nie ma znacznej wagi.

W dalszej kolejności, odpowiadając na drugie z zadanych pytań, Trybunał doszedł do wniosku, że o ile nie ma utracić swojej istoty omówiony powyżej szeroki zakres uznania przysługujący instytucji zamawiającej przy określaniu kryteriów kwalifikacji, to zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, takich obowiązków wynikających z odrębnych przepisów mających zastosowanie do działalności związanej z udzielanym zamówieniem publicznym nie można z mocy samego prawa dodać, jako kryteriów kwalifikacji, do kryteriów kwalifikacji wyraźnie wymienionych w dokumentacji przetargowej.

9. Udostępnianie zasobów

9.1.orzeczenie z dnia 25 września 2019 r. w sprawie C-63/18 *Vitali SpA przeciwko Autostrade per l'Italia SpA*, ECLI:EU:C:2019:787

Spółka Autostrade per l'Italia S.p.A. prowadziła w procedurze ograniczonej postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane związane z rozbudową autostrady. Jeden z wykonawców ubiegających się o to zamówienie, spółka Vitali S.p.A. została wykluczona z udziału w postępowaniu z uwagi na przekroczenie wynikającego z

-
2. Czy zasady przejrzystości i proporcjonalności stoją na przeszkodzie uzupełnienia z mocy prawa dokumentacji przetargowej kryteriami kwalifikacyjnymi wynikającymi z przepisów szczególnych mających zastosowanie do czynności związanych z udzielanym zamówieniem które nie były przewidziane w dokumentacji przetargowej i których instytucja zamawiająca zdecydowała się nie nakładać na wykonawców?

¹⁴⁰ zob. wyrok z dnia 31 marca 2022 r. w sprawie C-195/21, *LB przeciwko Smetna palata na Republika Bulgaria*, ECLI:EU:C:2022:239, pkt 50

przepisów prawa włoskiego trzydziestoprocentowego limitu podwykonawstwa. Vitali S.p.A. odwołała się od tej decyzji do *Tribunale Amministrativo Regionale (TAR) per la Lombardia*, regionalnego sądu administracyjnego w Lombardii, podnosząc niezgodność wspomnianego ograniczenia podwykonawstwa z przepisami prawa unijnego w dziedzinie zamówień publicznych. W tej sytuacji lombardzki TAR zdecydował się zawiesić postępowanie i skierował do Trybunału Sprawiedliwości pytanie prejudycjalne dotyczące zgodności takiej regulacji krajowej z zasadami traktatowymi i z przepisami dyrektywy 2014/24/UE¹⁴¹.

Odpowiadając na przedstawione pytanie, Trybunał w pierwszym rzędzie przypomniał, że dyrektywa 2014/24/UE przewiduje możliwość korzystania przez wykonawców z podwykonawstwa, pod pewnymi warunkami określonymi w art. 63 ust. 1 i art. 71 ust. 2. Wykonawcy mogą ponadto polegać na zdolności innych podmiotów w celu spełnienia kryteriów wyboru wykonawców, a instytucje zamawiające mogą żądać wskazania części zamówienia, które zamierzają podzleczyć. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem oraz motywami dyrektywy, to w interesie Unii leży wzmocnienie otwarcia postępowania przetargowego na konkurencję, a podwykonawstwo sprzyja przystępowaniu małych i średnich przedsiębiorstw do przetargów publicznych¹⁴². Ograniczenie korzystania z podwykonawstwa jedynie do 30% wartości zamówienia, jak to miało miejsce w rozpatrywanym przypadku, wykracza poza to, co jest niezbędne do zwalczania infiltracji sektora zamówień publicznych przez przestępczość zorganizowaną i nie pozwala na ocenę indywidualnych przypadków przez instytucje zamawiające. Trybunał zwrócił uwagę, że państwa członkowskie mogą wprowadzać bardziej rygorystyczne przepisy w zakresie podwykonawstwa, jednakże w tym przypadku ograniczenie do 30% jest zbyt restrykcyjne i można osiągnąć ten cel za pomocą mniej ograniczających środków przewidzianych dyrektywą, takich jak dokładne sprawdzenie podwykonawców lub bezpośrednie płatności na ich rzecz. Trybunał uznał, że takie ograniczenie nie jest proporcjonalne do celu zwalczania przestępczości zorganizowanej.

Mając na względzie powyższe, Trybunał orzekł, że dyrektywę 2014/24/UE należy interpretować w ten sposób, że stoi ona na przeszkodzie uregulowaniu krajowemu takiemu jak rozpatrywane w postępowaniu głównym, na mocy którego część

¹⁴¹ Tribunale Amministrativo Regionale (TAR) per la Lombardia zwrócił się do Trybunału z następującym pytaniem prejudycjalnym:

Czy zasady swobody przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług zawarte w art. 49 i 56 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE), art. 71 dyrektywy 2014/24/UE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 lutego 2014 r., który nie przewiduje ograniczeń ilościowych w zakresie podwykonawstwa, oraz ustanowiona w prawie Unii zasada proporcjonalności sprzeciwiają się stosowaniu przepisów krajowych dotyczących zamówień publicznych, takich jak przepis włoski zawarty w art. 105 ust. 2 zdanie trzecie decreto legislativo nr 50 z dnia 18 kwietnia 2016 r., zgodnie z którym podwykonawstwo nie może przekroczyć 30% całkowitej wartości zamówienia na roboty budowlane, usługi lub dostawy?

¹⁴² zob. podobnie wyrok z dnia 5 kwietnia 2017 r. w sprawie C-298/15 UAB „Borta” przeciwko VĮ Klaipėdos valstybinio jūrų uosto direkcija, ECLI:EU:C:2017:266, pkt 48 i przytoczone tam orzecznictwo

zamówienia, której wykonanie wolno oferentowi podzlecić osobom trzecim, nie może przekraczać 30% całkowitej wartości zamówienia.

9.2. orzeczenie z dnia 27 listopada 2019 r. w sprawie C-402/18 *Tedeschi et Consorzio Stabile Instant Service przeciwko C.M. Service Srl, Università degli Studi di Roma La Sapienza*, ECLI:EU:C:2019:1023

Spór w niniejszej sprawie powstał na tle postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na usługi sprzątania, prowadzonego przez rzymski uniwersytet La Sapienza. W wyniku przeprowadzonego postępowania zamawiający zdecydował o udzieleniu zamówienia konsorcjum złożonemu ze spółek Tedeschi Srl i Consorzio Stabile Instant Service. Spółka C.M. Service, która również ubiegała się o to zamówienie i uplasowała się na drugim miejscu w klasyfikacji ofert, odwołała się od tej decyzji do *Tribunale amministrativo regionale (TAR) per il Lazio*, regionalnego sądu administracyjnego w Lacjum. Na poparcie swojej skargi spółka C.M. Service podniosła zarzut dotyczący naruszenia ogólnych ograniczeń przewidzianych w prawie włoskim, ponieważ część zamówienia, jaką wybrany oferent zamierzał zlecić podwykonawcom, stanowiła ponad 30% całkowitej wartości tego zamówienia publicznego. TAR uznał, że zamawiający w niedostateczny sposób zbadał zakres, w jakim wykonawca, któremu udzielono zamówienia, zamierzał korzystać z podwykonawstwa, oraz zwrócił uwagę na to, że podwykonawcy zwycięskiego wykonawcy mieli być wynagradzani przy zastosowaniu obniżenia cen przekraczającego ustanowiony we włoskich przepisach limit 20%. Zwycięski wykonawca zaskarżył rozstrzygnięcie regionalnego sądu administracyjnego do *Consiglio di Stato*, włoskiego naczelnego sądu administracyjnego. W skardze wzajemnej C.M. Service podniósł, że wykonawca, któremu udzielono zamówienia, zamierzał skorzystać z podwykonawstwa w stopniu przekraczającym ustanowiony we włoskich przepisach limit 30%. W tej sytuacji *Consiglio di Stato* postanowił zawiesić postępowanie i wystąpił do Trybunału z pytaniem prejudycjalnym dotyczącym dopuszczalności ustanowienia na poziomie krajowym ograniczeń takich jak limity ustanowione we włoskich przepisach na poziomie 30% dla podwykonawstwa i na poziomie 20% w przypadku obniżenia cen stosowanych względem podwykonawców¹⁴³.

Odpowiadając na pierwszą część pytania dotyczącego trzydziestoprocentowego ograniczenia części zamówienia, której wolno wykonawcy zlecić stronom trzecim,

¹⁴³ *Consiglio di Stato* przedstawił Trybunałowi Sprawiedliwości następujące pytanie:

Czy zasady swobody przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług zawarte w art. 49 i 56 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE), art. 25 dyrektywy 2004/18 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. i art. 71 dyrektywy 2014/24 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 lutego 2014 r., które nie przewidują ograniczeń w zakresie podwykonawstwa i obniżania cen stosowanych względem podwykonawców, oraz ustanowiona w prawie Unii zasada proporcjonalności sprzeciwiają się stosowaniu przepisów krajowych dotyczących zamówień publicznych, takich jak przepis włoski zawarty w art. 118 ust. 2 i 4 decreto legislativo nr 163 z dnia 12 kwietnia 2006 r., zgodnie z którym podwykonawstwo nie może przekroczyć 30% całkowitej wartości zamówienia, a wykonawca musi stosować w odniesieniu do usług powierzonych podwykonawcom, te same ceny jednostkowe określone w zamówieniu, z zastosowaniem obniżenia cen nie przekraczającego 20%?

Trybunał w pierwszej kolejności wskazał, że zgodnie z art. 25 akapit pierwszy dyrektywy 2004/18/WE instytucja zamawiająca może żądać lub zostać zobowiązana przez państwo członkowskie do żądania od oferenta wskazania w jego ofercie tej części zamówienia, której wykonanie zamierza on ewentualnie zlecić stronom trzecim w ramach podwykonawstwa, a także podania wszystkich proponowanych podwykonawców. Powołując się na dotychczasowe orzecznictwo, Trybunał przypomniał, że dyrektywa 2004/18/WE wprowadza możliwość korzystania przez wykonawców z podwykonawstwa w celu wykonania danego zamówienia¹⁴⁴. Jeżeli w dokumentach zamówienia wymaga się od wykonawców wskazania w ich ofertach części zamówienia, której wykonanie zamierzają powierzyć podwykonawcom, oraz proponowanym podwykonawcom, instytucja zamawiająca może zakazać korzystania przy realizacji istotnych części zamówienia z podwykonawców, których kwalifikacji nie może sprawdzić na etapie badania ofert i wyboru zwycięskiego oferenta. Jak podkreślił Trybunał, nie ma to jednak miejsca w kontekście zakresu uregulowania krajowego, takiego jak rozpatrywane w postępowaniu głównym, które nakłada ograniczenie na korzystanie z podwykonawstwa przy wykonywaniu części zamówienia określonej procentowo, w sposób abstrakcyjny i to niezależnie od możliwości sprawdzenia kwalifikacji ewentualnych podwykonawców oraz istotnego charakteru odnośnych zadań. W tym względzie instytucje zamawiające muszą przez cały czas trwania postępowania przestrzegać zasad udzielania zamówień wymienionych w motywie 2 dyrektywy 2004/18/WE, wśród których znajdują się między innymi zasady równego traktowania, przejrzystości i proporcjonalności.

Dokonując ustalenia odpowiedzi na pytanie dotyczące dwudziestoprocentowego ograniczenia w stosunku do cen określonych w zamówieniu, Trybunał powołał się również na dotychczasowe orzecznictwo, gdzie m.in. stwierdzono, że cel ochrony pracowników podwykonawców może co do zasady uzasadniać pewne ograniczenia korzystania z podwykonawstwa oraz że art. 26 dyrektywy 2004/18/WE przewiduje możliwość określenia przez instytucje zamawiające szczególnych warunków związanych z realizacją zamówienia, które mogą w szczególności dotyczyć względów społecznych, jednak, nawet jeśli wymogi w zakresie cen ustanowione w uregulowaniu krajowym rozpatrywanym w postępowaniu głównym można zakwalifikować jako „warunki szczególne związane z realizacją zamówienia”, w szczególności „względy społeczne”, które są „wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacjach” w rozumieniu art. 26 dyrektywy 2004/18/WE, to jednak zgodnie z tym ostatnim przepisem wymogi takie można nałożyć tylko wtedy, gdy są zgodne z przepisami prawnymi Unii¹⁴⁵. Tymczasem uregulowania krajowego w postępowaniu głównym nie można uważać za przynajmniej

¹⁴⁴ por. wyrok z dnia 14 lipca 2016 r. w sprawie C-406/14 *Wrocław – Miasto na prawach powiatu przeciwko Ministrowi Infrastruktury i Rozwoju*, ECLI:EU:C:2016:562, pkt 31–33

¹⁴⁵ zob. analogicznie wyrok z dnia 18 września 2014 r. w sprawie C-549/13 *Bundesdruckerei GmbH przeciwko Stadt Dortmund*, ECLI:EU:C:2014:2235, pkt 28

ochronę pracownikom, co mogłoby uzasadniać ograniczenie korzystania z podwykonawstwa, takie jak ograniczenie dwudziestoprocentowe.

W świetle powyższych rozważań, Trybunał orzekł, że dyrektywę 2004/18/WE należy interpretować w ten sposób, iż stoi ona na przeszkodzie uregulowaniu krajowemu takiemu jak rozpatrywane w postępowaniu głównym, ograniczającemu do 30% część zamówienia, której wykonanie wolno wykonawcy zlecić stronom trzecim i takiemu uregulowaniu krajowemu, ograniczającemu możliwość obniżenia cen mających zastosowanie do usług zlecanych podwykonawcom do 20% w stosunku do cen określonych w zamówieniu.

9.3.orzeczenie z dnia 3 czerwca 2021 r. w sprawie C-210/20 *Rad Service Srl Unipersonale, Cosmo Ambiente Srl, Cosmo Scavi Srl przeciwko Del Debbio SpA, Gruppo Sei Srl, Ciclat Val di Cecina Soc. Coop., Daf Costruzioni Stradali Srl*, ECLI:EU:C:2021:445

W sprawie, w której Trybunał wydał omawiany wyrok, Azienda Unità Sanitaria Locale Toscana Centro, lokalna agencja sanitarna regionu centralnej Toskanii, w 2018 r. prowadziła postępowanie o udzielenie zamówienia na roboty budowlane dotyczące wybiórczej i mechanicznej rozbiórki budynków dawnego szpitala Misericordia e Dolce w Prato. W toku procedury oferta konsorcjum złożonego ze spółek Del Debbio S.p.a., Gruppo Sei S.r.l. i Ciclat Val di Cecina Soc. Coop została odrzucona, ponieważ wykonawca, na którego zdolnościach technicznych i zawodowych polegało to konsorcjum, złożył nieprawdziwe oświadczenie w zakresie niepodlegania wykluczeniu z tytułu prawomocnego skazania. Włoski kodeks zamówień w art. 89 ust. 1 zdanie czwarte przewiduje, że w przypadku złożenia nieprawdziwych oświadczeń przez podmiot, na którego zdolnościach wykonawca polega, instytucja zamawiająca ma obowiązek wykluczenia tego wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, bez możliwości zastąpienia takiego podmiotu innym podmiotem. Wykluczony wykonawca odwołał się od decyzji zamawiającego do *Tribunale Amministrativo Regionale (TAR) per la Toscana*, regionalnego sądu administracyjnego w Toskanii, podnosząc niezgodność tej regulacji z przepisami dyrektywy 2014/24/UE. TAR Toscana uwzględnił odwołanie. *Consiglio di Stato*, włoski naczelny sąd administracyjny, rozpatrując skargę od decyzji tokańskiego TAR, zawiesił toczące się przed nim postępowanie i wystąpił do Trybunału Sprawiedliwości z wnioskiem prejudycjalnym dotyczącym zgodności włoskich przepisów krajowych art. 63 dyrektywy 2014/24/UE.¹⁴⁶

¹⁴⁶ *Consiglio di Stato* przedłożył Trybunałowi następujące pytanie prejudycjalne:

Czy art. 63 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24 z dnia 26 lutego 2014 r. dotyczący polegania na zdolności innego podmiotu, wraz z zasadami swobody przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług, o których mowa w art. 49 i 56 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE), stoi na przeszkodzie stosowaniu włoskich przepisów prawnych w zakresie polegania na zdolności innego podmiotu i wykluczania

W pierwszym rzędzie Trybunał przypominał, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem art. 63 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE przewiduje uprawnienie wykonawcy do polegania na zdolności innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań, w celu spełnienia zarówno kryteriów dotyczących zdolności ekonomicznej i finansowej, jak również kryteriów dotyczących zdolności technicznych i zawodowych¹⁴⁷ a wykonawca, który zamierza powołać się na to prawo, powinien przekazać instytucji zamawiającej, w chwili składania wniosku o dopuszczenie do udziału lub oferty, jednolity europejski dokument zamówienia, w którym stwierdza, że zarówno on sam, jak i podmioty, na których zdolności zamierza polegać, nie znajdują się w żadnej z sytuacji, o których mowa w art. 57 tej dyrektywy, która powinna lub może prowadzić do wykluczenia wykonawcy.

W rezultacie to do instytucji zamawiającej należy sprawdzenie, czy podmioty na których zdolności wykonawca zamierza polegać, spełniają odpowiednie kryteria kwalifikacji oraz czy istnieją podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 57 tej dyrektywy, dotyczące zarówno samego wykonawcy, jak i tych podmiotów. W tym względzie Trybunał podkreślił, że zgodnie z art. 63 ust. 1 akapit drugi zdanie trzecie dyrektywy 2014/24/UE instytucja zamawiająca może wymagać lub może być zobowiązana do wymagania, by dany wykonawca zastąpił podmiot, na którego zdolności zamierza polegać, a wobec którego istnieją fakultatywne podstawy wykluczenia. Z brzmienia tego ostatniego zdania Trybunał wywiódł, że nawet jeśli państwa członkowskie mogą przewidzieć, że instytucja zamawiająca ma obowiązek wymagać od tego wykonawcy takiego zastąpienia, to jednak nie mogą one pozbawić jej możliwości wymagania z własnej inicjatywy takiego zastąpienia, gdyż państwa członkowskie dysponują jedynie możliwością zastąpienia tego uprawnienia obowiązkiem instytucji zamawiającej do dokonania takiego zastąpienia.

Nawiązując do orzeczenia wydanego w sprawie *Tim*, omówionego w punkcie [6.8.](#) niniejszego opracowania, Trybunał podkreślił szczególne znaczenie zasady proporcjonalności, w sytuacji, gdy wykluczenie przewidziane przez uregulowanie krajowe dotyczy wykonawcy z powodu naruszenia popełnionego nie bezpośrednio przez niego, lecz przez podmiot, na którego zdolności zamierza on polegać i wobec którego nie

wykonawców z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zawartych w art. 89 ust. 1 zdanie czwarte kodeksu zamówień publicznych, przyjętych na mocy dekretu ustawodawczego nr 50 z dnia 18 kwietnia 2016 r., zgodnie z którymi w przypadku nieprawdziwych oświadczeń złożonych przez przedsiębiorstwo pomocnicze na temat istnienia prawomocnych wyroków skazujących w postępowaniu karnym, mogących potencjalnie świadczyć o popełnieniu poważnego wykroczenia zawodowego, instytucja zamawiająca musi zawsze wykluczyć wykonawcę z udziału w przetargu, nie wymagając od niego wskazania innego odpowiedniego przedsiębiorstwa pomocniczego, które zastąpiłoby to pierwsze, ani nie zezwalając mu na takie wskazanie, co dopuszcza się w innych przypadkach, kiedy podmioty, na których zdolności wykonawca zamierza polegać nie spełniają stosownego kryterium zdolności lub w odniesieniu do których istnieją obowiązkowe podstawy wykluczenia?

¹⁴⁷ zob. podobnie wyroki: z dnia 10 października 2013 r. w sprawie C-94/12 *Swm Costruzioni 2 SpA i Mannocchi Luigino DI przeciwko Provincia di Fermo*, ECLI:EU:C:2013:646, pkt 29, 33; z dnia 7 kwietnia 2016 r. w sprawie C-324/14 *PARTNER Apelski Dariusz przeciwko Zarządowi Oczyszczania Miasta*, ECLI:EU:C:2016:214, pkt 33, 35, 39, 49, 51; a także z dnia 2 czerwca 2016 r. w sprawie C-27/15 *Pippo Pizzo przeciwko CRGT Srl*, ECLI:EU:C:2016:404, pkt 25

dysponuje żadnym środkiem kontroli¹⁴⁸. W tym kontekście zasada proporcjonalności wymaga od instytucji zamawiającej dokonania konkretnej i zindywidualizowanej oceny postawy danego podmiotu oraz uwzględnienia środków jakimi dysponował wykonawca, aby sprawdzić istnienie uchybienia po stronie podmiotu, na którego zdolności zamierzał on polegać¹⁴⁹. W konsekwencji, zdaniem Trybunału, w okolicznościach takich jak w stanie faktycznym sprawy będącej przedmiotem odesłania prejudycjalnego, uniemożliwienie zastąpienia podmiotu objętego podstawą wykluczenia byłoby sprzeczne zasadą proporcjonalności.

Trybunał ponadto uściślił, że gdy instytucja zamawiająca jest zobowiązana na mocy swojego prawa krajowego wymagać od oferenta, aby zastąpił podmiot, na którego zdolności zamierza polegać, to stosownie do zasad przejrzystości i równego traktowania powinna ona zadbać, aby zastąpienie danego podmiotu nie doprowadziło do istotnej zmiany złożonej oferty.

W świetle powyższych rozważań Trybunał orzekł, że art. 63 dyrektywy 2014/24/UE w związku z art. 57 ust. 4 lit. h) tej dyrektywy oraz w świetle zasady proporcjonalności stoją na przeszkodzie uregulowaniu krajowemu, przewidującemu automatyczne wykluczenie wykonawcy z postępowania w przypadku gdy przedsiębiorstwo pomocnicze, na którego zdolności zamierza on polegać, złożyło nieprawdziwe oświadczenie co do istnienia prawomocnych wyroków skazujących, bez możliwości wymagania w podobnym przypadku zastąpienia takiego podmiotu, lub przynajmniej zezwolenia wykonawcy na jego zastąpienie.

9.4. orzeczenie z dnia 28 kwietnia 2022 r. w sprawie C-642/20 *Caruter Srl przeciwko S.R.R. Messina Provincia SCpA i in.*, ECLI:EU:C:2022:308

Wniosek prejudycjalny w niniejszej sprawie został przedstawiony Trybunałowi Sprawiedliwości w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia na usługi uprzątnięcia, zbiórki i transportu do unieszkodliwiania segregowanych i zmieszanych stałych odpadów komunalnych oraz na inne usługi higieny publicznej w 33 gminach prowincji Messina, przeprowadzonym przez włoską spółkę S.R.R. Messina Provincia ScPA. Zamówienie podzielono na trzy części, a ogłoszenie precyzowało wymogi dotyczące sytuacji ekonomicznej, finansowej oraz zdolności technicznej w odniesieniu do każdej części. W zakresie części drugiej, dotyczącej świadczenia usług na rzecz 11 gmin, zamówienia udzielono konsorcjum utworzonemu przez ditta individuale Pippo Pizzo, Onofaro Antonino Srl i Gial Plast Srl, dalej: ATI Pippo Pizzo, podczas gdy konsorcjum złożone z firm Caruter Srl i Gilma Srl, dalej: ATI Caruter, sklasyfikowano na drugim miejscu. Spółka Caruter Srl wniosła skargę do *Tribunale amministrativo regionale*

¹⁴⁸ zob. wyrok z dnia 30 stycznia 2020 r. w sprawie C-395/18 *Tim przeciwko Consip SpA, Ministero dell'Economia e delle Finanze*, ECLI:EU:C:2020:58, pkt 45, 48

¹⁴⁹ zob. cyt. wyrok w sprawie C-395/18 *Tim*, pkt 48, 52

(TAR) per la Sicilia, regionalnego sądu administracyjnego dla Sycylii, kwestionując decyzję o udzieleniu zamówienia na rzecz ATI Pippo Pizzo. Ta ostatnia spółka wniosła również skargę wzajemną na decyzję o dopuszczeniu ATI Caruter do udziału w postępowaniu. Sycylijski TAR, rozpatrując sprawę w pierwszej instancji, uwzględnił skargę główną i stwierdził nieważność decyzji o dopuszczeniu ATI Pippo Pizzo do udziału w postępowaniu oraz o udzieleniu mu zamówienia. Sąd wskazał, że zgodnie z art. 83 ust. 8 w związku z art. 89 włoskiego kodeksu zamówień publicznych, przedsiębiorstwo będące pełnomocnikiem grupy wykonawców może polegać na zdolnościach innych wykonawców należących do grupy, jednakże pod warunkiem, że samo spełnia warunki udziału w postępowaniu i wykonuje świadczenia w przeważającym zakresie w stosunku do innych wykonawców. Tymczasem spółka ditta individuale Pippo Pizzo nie spełniała wymogów określonych w ogłoszeniu o zamówieniu co oznacza, że nie mogła powoływać się na zdolności innych przedsiębiorstw należących konsorcjum, których była pełnomocnikiem. Orzekając w przedmiocie skargi wzajemnej, sąd ten stwierdził także nieważność decyzji o dopuszczeniu ATI Caruter do udziału w postępowaniu. Po wniesieniu odwołań sprawa zawisła przed Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, radą sądownictwa administracyjnego dla regionu Sycylii, która postanowiła zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z pytaniem prejudycjalnym dotyczącym zgodności regulacji krajowych z art. 63 dyrektywy 2014/24/UE¹⁵⁰.

Odpowiadając na pytanie zadane przez sąd odsyłający, Trybunał w pierwszej kolejności zauważył, że stosownie do art. 63 ust. 1 dyrektywy, grupa wykonawców może polegać na zdolnościach uczestników grupy lub innych podmiotów w odniesieniu do kryteriów dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej oraz kryteriów dotyczących zdolności technicznych i zawodowych. Dodatkowo omawiany przepis w treści ust. 2 precyzuje, że w przypadku pewnych rodzajów zamówień, w tym zamówień na usługi, instytucje zamawiające mogą wymagać, aby określone kluczowe zadania były wykonywane bezpośrednio przez samego oferenta lub, w przypadku oferty złożonej przez grupę wykonawców, przez uczestnika tej grupy.

Ze wskazanej wyżej regulacji wynika zatem, że to w gestii instytucji zamawiających leży ustanowienie wymogu, aby określone kluczowe zadania były wykonywane bezpośrednio przez samego oferenta lub, jeżeli oferta została złożona przez grupę wykonawców, przez uczestnika tej grupy. W tym kontekście Trybunał zauważył, że włoski ustawodawca, który

¹⁵⁰ Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana zadała Trybunałowi następujące pytanie prejudycjalne: Czy art. 63 dyrektywy [2014/24], dotyczący instytucji polegania na zdolnościach innych podmiotów, w związku z zasadami swobody przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług, o których mowa w art. 49 i 56 TFUE, stoi na przeszkodzie stosowaniu włoskiego uregulowania krajowego w dziedzinie »kryteriów kwalifikacji i uzupełnienia oferty«, zawartego w art. 83 ust. 8 zdanie [trzecie] [kodeksu zamówień publicznych], zgodnie z którym w razie polegania na zdolnościach innych podmiotów (instytucji, o której mowa w art. 89 [kodeksu zamówień publicznych]) przedsiębiorstwo będące pełnomocnikiem grupy wykonawców musi w każdym przypadku spełniać wymogi i wykonywać świadczenia w przeważającym zakresie?

w sposób horyzontalny ustanawia w odniesieniu do wszystkich zamówień publicznych obowiązek wykonania świadczeń w przeważającym zakresie przez pełnomocnika grupy wykonawców, ustanawia wymóg bardziej rygorystyczny niż ten przewidziany w dyrektywie 2014/24/UE, który ogranicza się do zezwolenia instytucji zamawiającej na przewidzenie w ogłoszeniu o zamówieniu, że określone kluczowe zadania mają być wykonywane bezpośrednio przez uczestnika grupy wykonawców. Trybunał podkreślił, że ustanowiony w taki sposób obowiązek wykracza poza celowe sformułowania użyte w art. 63 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE i tym samym narusza realizowany przez prawodawstwo Unii w tej dziedzinie cel polegający na otwarciu dziedziny zamówień publicznych na jak najszerszą konkurencję oraz ułatwieniu dostępu do tych procedur dla małych i średnich przedsiębiorstw¹⁵¹.

W świetle powyższego Trybunał udzielił odpowiedzi, że art. 63 dyrektywy 2014/24/UE stoi na przeszkodzie przepisom krajowym, stosownie do których przedsiębiorstwo będące pełnomocnikiem grupy wykonawców uczestniczącej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego musi spełniać kryteria przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu i wykonywać świadczenia objęte tym zamówieniem w przeważającym zakresie.

9.5.orzeczenie z dnia 26 stycznia 2023 r. w sprawie C-403/21 SC NV *Construct SRL przeciwko Județul Timiș*, ECLI:EU:C:2023:47

W omówionym w punkcie [8.6.](#) wyroku w sprawie *NV Construct*, w którym Trybunał rozstrzygał kwestię możliwości włączenia do kryteriów kwalifikacji wykonawców dodatkowych obowiązków wynikających z odrębnych przepisów mających zastosowanie do działalności związanej z danym zamówieniem, które to obowiązki nie zostały przewidziane jako kryterium kwalifikacji w dokumentacji przetargowej, Trybunałowi przedłożone zostały także pytania odnoszące się do możliwości wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy, ze względu na to, że nie wyznaczył on podwykonawcy, któremu zamierza powierzyć realizację wskazanych wyżej obowiązków, jeżeli wskaże on w ofercie, że wykona te obowiązki i że będzie przy tym polegać na zdolności innego podmiotu, z którym jednak nie jest związany umową o podwykonawstwo¹⁵².

¹⁵¹ zob. wyrok z dnia 2 czerwca 2016 r. w sprawie C-27/15 *Pipo Pizzo przeciwko CRGT Srl*, ECLI:EU:C:2016:404, pkt 27

¹⁵² Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor zadała Trybunałowi następujące pytania:

3.

- a) Czy art. 63 wspomnianej dyrektywy 2014/24/UE i zasada proporcjonalności stoją na przeszkodzie wykluczeniu z postępowania oferenta, który nie wyznaczył nominalnie wykonawcy jako podwykonawcy w celu wykazania, że spełnione są określone kryteria dotyczące zdolności technicznej i zawodowej oraz zdolności prowadzenia działalności technicznej i zawodowej, które wynikają z przepisów ustaw szczególnych, nieprzewidzianych w dokumentacji przetargowej, jeżeli dany oferent wybrał inną umowną formę zaangażowania specjalistów w realizację zamówienia, a mianowicie umowę na dostawę/świadczenie usług, lub złożył oświadczenie o dyspozycyjności ze ich strony?

W pierwszym rzędzie Trybunał zaznaczył, że gdyby obowiązki wynikające z odrębnych przepisów mających zastosowanie do działalności związanej z danym zamówieniem, nieprzewidziane jako kryterium kwalifikacji w dokumentacji przetargowej, zostały określone jako warunek wykonania zamówienia, a wybrany wykonawca nie spełniłby tego warunku przy udzielaniu zamówienia, brak spełnienia tych obowiązków nie miałby wpływu na zgodność udzielenia zamówienia z przepisami dyrektywy¹⁵³. Gdyby natomiast obowiązki wynikające z odrębnych przepisów mających zastosowanie do działalności związanej z danym zamówieniem i nieprzewidziane w dokumentacji przetargowej, stanowiły kryteria kwalifikacji, to Trybunał podkreślił, że art. 63 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE przyznaje każdemu wykonawcy prawo do polegania na zdolności innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków, w celu spełnienia poszczególnych kategorii kryteriów kwalifikacji, a podwykonawstwo stanowi tylko jeden ze sposobów, w jaki wykonawca może skorzystać z tego prawa i w związku z tym instytucja zamawiająca nie może mu go narzucić.

W świetle powyższego Trybunał orzekł, że regulacja art. 63 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE stoi na przeszkodzie wykluczeniu oferenta z postępowania o udzielenie zamówienia ze względu na to, że nie wyznaczył on podwykonawcy, któremu zamierza powierzyć realizację obowiązków wynikających z odrębnych przepisów mających zastosowanie do działalności związanej z danym zamówieniem, które nie zostały przewidziane w dokumentacji przetargowej, jeżeli oferent ten wskaże w ofercie, że wykona te obowiązki i że będzie przy tym polegać na zdolności innego podmiotu, z którym jednak nie jest związany umową o podwykonawstwo.

Z uwagi na fakt, że postanowienie odsyłające nie zawierało opisu stanu faktycznego i prawnego sporu w postępowaniu głównym wystarczającego do tego, by umożliwić Trybunałowi udzielenie użytecznej odpowiedzi na pytanie trzecie lit. b), Trybunał uznał je za niedopuszczalne.

10. Kryteria udzielania zamówienia

10.1. orzeczenie z dnia 20 września 2018 r. w sprawie C-546/16 *Montte przeciwko Musikene*, ECLI:EU:C:2018:752

W sprawie, której dotyczył wniosek hiszpańskiego sądu, zamawiający, hiszpańska uczelnia Musikene, prowadziła w procedurze otwartej postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na meble, instrumenty i sprzęt muzyczny, stosując następujące

-
- b) Czy prawo do określenia własnej organizacji i stosunków umownych grupy przysługuje wykonawcy i istnieje możliwość zaangażowania w zamówienie niektórych usługodawców/dostawców, biorąc pod uwagę, że taki usługodawca nie należy do podmiotów, na zdolnościach których oferent zamierza polegać celem wykazania zgodności z odpowiednimi kryteriami?

¹⁵³ zob. podobnie wyrok z dnia 7 września 2021 r. w sprawie C-927/19 *Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras UAB przeciwko Ecoservice Klaipėda UAB, Klaipėdos autobusų parkas UAB, Parsekas UAB, Klaipėdos transportas UAB*, ECLI:EU:C:2021:700, pkt 89

kryteria oceny: 50/100 pkt za opis projektu i 50/100 pkt za cenę, przy czym minimalny próg 35 pkt za projekt był warunkiem przejścia do oceny ceny. Spółka Montte zaskarżyła te postanowienia specyfikacji, podnosząc, że ograniczają one możliwość porównania ofert pod względem proponowanych cen i tym samym uniemożliwiają wybór oferty najkorzystniejszej ekonomicznie. *Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi*, organ administracyjny właściwy w sprawach odwołań od decyzji w dziedzinie zamówień publicznych Wspólnoty Autonomicznej Kraju Basków, przed którym zawisł spór, zwrócił się do Trybunału z pytaniami prejudycjalnymi dotyczącymi dopuszczalności takiego sposobu formułowania kryteriów udzielenia zamówienia na gruncie dyrektywy 2014/24/UE¹⁵⁴.

W omawianym wyroku Trybunał w pierwszej kolejności zauważył, że brzmienie art. 27 ust. 1 akapit pierwszy dyrektywy 2014/24/UE, stanowi, że w procedurze otwartej każdy zainteresowany wykonawca może złożyć ofertę w odpowiedzi na zaproszenie do ubiegania się o zamówienie. Co za tym idzie, jak zauważył rzecznik generalny Maciej Szpunar w opinii w tej sprawie, art. 27 dyrektywy nie reguluje szczegółowo przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia poza minimalnym terminem składania ofert, co umożliwia instytucjom zamawiającym pewną elastyczność w wyznaczaniu standardów technicznych¹⁵⁵. Ponadto w motywie 90 cyt. dyrektywy wskazano, że instytucje zamawiające mają swobodę ustalania odpowiednich standardów jakości przy użyciu specyfikacji technicznych lub warunków realizacji zamówienia, a w motywie 92 dyrektywy wskazano, że jej celem jest zachęcenie instytucji zamawiających do wybierania takich kryteriów udzielenia zamówienia, które umożliwią im otrzymanie wysokiej jakości robót budowlanych, dostaw i usług, optymalnie odpowiadających ich potrzebom. Z kolei art. 67 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE stanowi, że instytucje zamawiające opierają udzielanie zamówień publicznych na ofercie najkorzystniejszej ekonomicznie. Jak podkreślił rzecznik generalny, dwustopniowa ocena ofert – z zastosowaniem minimalnych wymogów technicznych na wstępnym etapie – może być

¹⁵⁴ Sąd odsyłający zwrócił się do Trybunału z następującymi pytaniami:

1. Czy jest sprzeczny z dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającą dyrektywę 2004/18/WE przepis krajowy taki jak art. 150 ust. 4 TRLCSP bądź też wykładnia czy też sposób stosowania tego przepisu, które dają instytucjom zamawiającym możliwość zawarcia w dokumentacji dotyczącej otwartego postępowania przetargowego kryteriów udzielenia zamówienia stosowanych na kolejnych etapach eliminujących te oferty, które nie uzyskają ustalonej uprzednio minimalnej ilości punktów?
2. W przypadku udzielenia negatywnej odpowiedzi na pytanie pierwsze: czy jest sprzeczny z tą dyrektywą 2014/24 przepis krajowy bądź też wykładnia czy też sposób stosowania tego przepisu, na podstawie i w ramach których ww. system kryteriów udzielenia zamówienia stosowanych na kolejnych etapach eliminujących jest wykorzystywany w taki sposób, że na ostatnim etapie postępowania przetargowego nie pozostaje liczba ofert wystarczająca do tego, aby zapewnić „prawdziwą konkurencję”?
3. W przypadku udzielenia pozytywnej odpowiedzi na pytanie drugie, czy, ze względu na niemożność zapewnienia prawdziwej konkurencji czy też udzielenia zamówienia wykonawcy, który złożył ofertę o najlepszej relacji jakości do ceny, jest sprzeczny z tą dyrektywą 2014/24/UE zawarty w dokumentacji zamówienia warunek taki jak ten rozpatrywany w niniejszym przypadku, zgodnie z którym czynnik cenowy jest oceniany jedynie w przypadku tych ofert, które uzyskały podczas oceny kryteriów technicznych 35 pkt na 50 możliwych?

¹⁵⁵ por. opinia rzecznika generalnego Macieja Szpunera przedstawiona w dniu 26 czerwca 2018 r. w sprawie C- 546/16 *Montte przeciwko Musikene*, ECLI:EU:C:2018:493, pkt 37

stosowana także w procedurach otwartych, takich jak procedura rozpatrywana w postępowaniu głównym, pod warunkiem, że zostały one wcześniej jasno określone w specyfikacji zamówienia¹⁵⁶.

Wobec powyższego Trybunał stwierdził, że instytucje zamawiające posiadają swobodę co do określenia, zgodnie z ich potrzebami, poziomu jakości technicznej, jaki oferty mają zapewniać w zależności od przedmiotu zamówienia oraz co do ustanowienia minimalnego progu, który oferty muszą osiągnąć z technicznego punktu widzenia. W tym zakresie, jak wskazała Komisja w swoich uwagach na piśmie, art. 67 dyrektywy 2014/24/UE nie stoi na przeszkodzie wykluczeniu w pierwszej fazie ofert, które nie spełniły ustalonego minimalnego poziomu punktacji technicznej.

Artykuł 67 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE przewiduje, że ofertę najkorzystniejszą ekonomicznie z punktu widzenia instytucji zamawiającej określa się na podstawie ceny lub kosztu; może ona obejmować najlepszą relację jakości do ceny, którą szacuje się na podstawie kryteriów obejmujących aspekty jakościowe, takie jak jakość i wartość techniczna. Te kryteria muszą zapewnić przestrzeganie zasad przejrzystości, niedyskryminacji i równego traktowania w celu zagwarantowania obiektywnego porównania relatywnej wartości ofert, a zatem skutecznej konkurencji. Sytuacja taka nie miałaby miejsca, gdyby kryteria przyznawały instytucji zamawiającej nieograniczoną swobodę wyboru¹⁵⁷.

Następnie Trybunał stwierdził, że instytucje zamawiające posiadają swobodę co do określenia, zgodnie z ich potrzebami, w szczególności poziomu jakości technicznej, jaki złożone oferty mają zapewniać w zależności od charakterystyki i przedmiotu danego zamówienia, oraz co do ustanowienia minimalnego progu, który oferty te muszą osiągnąć z technicznego punktu widzenia. W tym względzie, art. 67 dyrektywy 2014/24/UE nie stoi na przeszkodzie możliwości – na etapie udzielania zamówienia – wykluczenia w pierwszej fazie złożonych ofert, które nie osiągnęły ustalonej uprzednio minimalnej liczby punktów co do oceny technicznej. Dlatego oferta, która nie osiąga takiego progu, nie odpowiada co do zasady potrzebom instytucji zamawiającej i nie może zostać uwzględniona przy ustalaniu oferty najkorzystniejszej ekonomicznie. W takim wypadku, instytucja zamawiająca nie jest zatem zobowiązana do ustalenia, czy cena takiej oferty jest niższa od cen niewyeliminowanych ofert, które osiągają rzeczony próg i odpowiadają zatem potrzebom instytucji zamawiającej. W tym kontekście Trybunał zaznaczył, że gdy udzielenie zamówienia następuje po dokonaniu oceny technicznej, instytucja zamawiająca będzie musiała wziąć pod uwagę cenę ofert, które osiągnęły minimalny próg z technicznego punktu widzenia. Trybunał przypomniał także, że zaoferowana przez przepisy dyrektywy 2014/24/UE możliwość odrzucenia przez

¹⁵⁶ *Ibidem*, pkt 48

¹⁵⁷ zob. A. Kowalski, *Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w zakresie zamówień publicznych w latach 2009–2017*, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2017 r., str. 73 i n.

instytucję zamawiającą ofert, które chociaż spełniają minimalne wymogi, nie znajdują się jednak wśród najlepszych ofert, jest uzasadniona szczególnym charakterem procedur, w ramach których negocjacje lub dialog mogłyby okazać się trudne do prowadzenia, gdyby aż do końcowego etapu procedury udzielenia zamówienia utrzymana została zbyt wysoka liczba ofert lub rozwiązań. Jednak z rozpatrywanej w postępowaniu głównym specyfikacji zamówienia publicznego nie wynika, aby instytucja zamawiająca dysponowała możliwością odrzucenia ofert spełniających kryteria udzielania zamówienia i pozostawienia jedynie najlepszych ofert. Wręcz przeciwnie, zgodnie ze specyfikacją warunków zamówienia jedynymi ofertami, jakie instytucja zamawiająca może wyeliminować z oceny opartej na cenie, są te oferty, które nie spełniają minimalnych wymagań związanych z oceną techniczną, a zatem które nie odpowiadają potrzebom instytucji zamawiającej. Taki mechanizm nie ma zaś na celu ograniczenia liczby złożonych ofert przy ocenie opartej na cenie, ponieważ wszystkie przedłożone oferty mogą co do zasady spełnić te minimalne wymagania. Trybunał przypomniał również, że instytucje zamawiające muszą przez cały czas trwania postępowania przestrzegać zasad udzielania zamówień ustanowionych w art. 18 dyrektywy 2014/24/UE, wśród których znajdują się między innymi zasady równego traktowania, przejrzystości i proporcjonalności.

W zakresie pytania drugiego, Trybunał przyznał, że instytucja zamawiająca zapewniła skuteczną konkurencję. Ponadto Trybunał, powołując się na orzecznictwo, wyjaśnił, że nawet jeśli w następstwie oceny technicznej pozostanie tylko jedna oferta do rozważenia przez instytucję zamawiającą, instytucja ta nie musi w żadnym wypadku zaakceptować tej oferty¹⁵⁸.

W takich okolicznościach, jeżeli instytucja zamawiająca uważa, że procedura udzielenia zamówienia, z uwagi na szczególny charakter i przedmiot danego zamówienia, cechuje się brakiem skutecznej konkurencji, ma ona możliwość zakończenia tej procedury i w razie potrzeby wszczęcia nowej procedury z innymi kryteriami udzielenia zamówienia. Trybunał przypomniał jednak brzmienie art. 66 dyrektywy 2014/24/UE, zgodnie z którym instytucje zamawiające, w przypadku gdy korzystają z możliwości ograniczenia liczby negocjowanych ofert, jak przewidziano w art. 29 ust. 6 tej dyrektywy, lub rozwiązań do dyskusji, jak przewidziano w art. 30 ust. 4 rzeczony dyrektywy, muszą stosować w tym celu kryteria udzielenia zamówienia podane w dokumentach zamówienia w ten sposób, aby liczba uzyskana na ostatnim etapie zapewniała prawdziwą konkurencję, pod warunkiem że istnieje wystarczająca liczba kwalifikujących się ofert. Jednak sprawa w postępowaniu głównym nie jest objęta art. 66 owej dyrektywy. W związku z tym przewidziana w tym ostatnim przepisie konieczność zapewnienia prawdziwej

¹⁵⁸ zob. wyrok z dnia 16 września 1999 r. w sprawie C-27/98 *Metalmeccanica Fracasso SpA and Leitschutz Handels- und Montage GmbH v Amt der Salzburger Landesregierung für den Bundesminister für wirtschaftliche Angelegenheiten*, ECLI:EU:C:1999:420, pkt 32–34

konkurencji aż do ostatniego etapu procedury nie dotyczy procedur otwartych takich jak procedura rozpatrywana w postępowaniu głównym.

W związku z powyższym Trybunał orzekł, iż dyrektywę 2014/24/UE należy interpretować w ten sposób, że nie stoi ona na przeszkodzie stosowaniu przepisów prawa krajowego, takich jak te rozpatrywane w postępowaniu głównym, które pozwalają instytucji zamawiającej na ustanowienie w specyfikacji dotyczącej zamówienia udzielanego w trybie procedury otwartej minimalnych wymagań co do oceny technicznej, co powoduje, że złożone oferty, które nie osiągną ustalonej uprzednio minimalnej liczby punktów po zakończeniu tej oceny, są wykluczane z dalszej oceny opartej zarówno na kryteriach technicznych, jak i na cenie.

Z kolei, artykuł 66 dyrektywy 2014/24/UE należy interpretować w ten sposób, że nie stoi on na przeszkodzie stosowaniu przepisów prawa krajowego takich jak rozpatrywane w postępowaniu głównym, które pozwalają instytucji zamawiającej na ustanowienie w specyfikacji dotyczącej zamówienia udzielanego w trybie procedury otwartej minimalnych wymagań co do oceny technicznej, co powoduje, że złożone oferty, które nie osiągną ustalonej uprzednio minimalnej liczby punktów po zakończeniu tej oceny, są wykluczane z kolejnych etapów udzielania zamówienia i to niezależnie od tego, ilu oferentów pozostało.

W związku z tym, że pytanie trzecie zostało przedstawione jedynie na wypadek, gdyby Trybunał udzielił odpowiedzi twierdzącej na pytanie drugie, brak było konieczności udzielania odpowiedzi na pytanie trzecie.

10.2. orzeczenie z dnia 17 listopada 2022 r. w sprawie C-54/21 *Antea Polska S.A., Pectore-Eco sp. z o.o., Instytut Ochrony Środowiska – Państwowy Instytut Badawczy przeciwko Państwowemu Gospodarstwu Wodnemu Wody Polskie*, ECLI:EU:C:2022:888

Spór, który doprowadził do wydania wyroku w sprawie *Antea Polska i inni*, dotyczył wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym na podstawie obecnie uchylonych przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych¹⁵⁹. Niemniej jednak odpowiedzi udzielone przez Trybunał w tym orzeczeniu zawierają istotne wskazówki interpretacyjne, które zachowują aktualność również na gruncie przepisów aktualnie obowiązującej ustawy¹⁶⁰.

W sprawie, której dotyczył wniosek polskiej Krajowej Izby Odwoławczej, Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie prowadziło w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na opracowanie projektów aktualizacji planów gospodarowania wodami na pewnych obszarach dorzeczy w Polsce.

¹⁵⁹ ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 oraz z 2020 r. poz. 1086)

¹⁶⁰ ustawa z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2024 r. poz. 1320 ze zm.)

W treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazano, że oferty zostaną ocenione na podstawie trzech kryteriów, mianowicie ceny (waga 40%), koncepcji opracowania projektów (waga 42%) oraz opisu sposobu realizacji zamówienia (waga 18%), przy czym w ramach tych dwóch ostatnich kryteriów odnoszących się do jakości oferty przewidziano szereg podkryteriów. Zamówienie zostało udzielone spółce CDM Smith Sp. z o.o., której oferta została uznana przez zamawiającego za najkorzystniejszą.

Sklasyfikowane na drugim miejscu konsorcjum wykonawców Antea Polska S.A., Pectore-Eco Sp. z o.o. oraz Instytut Ochrony Środowiska – Państwowy Instytut Badawczy, wniosło do Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od wyników przeprowadzonej procedury, podnosząc w szczególności, że zamawiający bezpodstawnie nie odtajnił informacji, na podstawie których ocenione zostało spełnienie przez konkurencyjnych wykonawców kryteriów oceny ofert, i nie zweryfikował uprzednio w odpowiedni sposób, czy zastrzeżenie przez nich tajemnicy przedsiębiorstwa było skuteczne. Odwołujące konsorcjum zarzuciło również zamawiającemu dokonanie oceny ofert w sposób niezgodny z kryteriami, poprzez dowolną ich ocenę.

Krajowa Izba Odwoławcza, powziawszy wątpliwości w przedmiocie wykładni przepisów dyrektywy 2014/24/UE oraz dyrektywy 2016/943¹⁶¹ w zakresie, w jakim odnoszą się one do zasad ochrony przez zamawiającego informacji zastrzeżonych przez wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa, postanowiła zawiesić postępowanie i zwróciła się do Trybunału z wnioskiem prejudycjalnym, w ramach którego sformułowała siedem pytań, w tym dwa dotyczące kryteriów oceny ofert (pytania piąte i szóste)¹⁶².

pytanie piąte

Trybunał zauważył, że pytanie piąte opiera się na założeniu faktycznym, że w państwie członkowskim instytucje zamawiające każdorazowo uwzględniają wnioski wykonawców

¹⁶¹ dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/943 z dnia 8 czerwca 2016 r. w sprawie ochrony niejawnego know-how i niejawnych informacji handlowych (tajemnic przedsiębiorstwa) przed ich bezprawnym pozyskiwaniem, wykorzystywaniem i ujawnianiem (Dz.U. 2016, L 157, s. 1).

¹⁶² Pytania zadane przez Krajową Izbę Odwoławczą w tej sprawie brzmiały następująco:

5. Czy wyrażona w art. 18 ust. 1 dyrektywy 2014/24 zasada równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców oraz zasada przejrzystości w związku z art. 67 ust. 4 dyrektywy 2014/24 wskazującym, że kryteria udzielenia zamówienia nie mogą skutkować przyznaniem instytucji zamawiającej nieograniczonej swobody wyboru, muszą zapewniać możliwość efektywnej konkurencji i umożliwiać skuteczną weryfikację informacji przedstawianych przez oferentów, tak aby ocenić, na ile oferty spełniają kryteria udzielenia zamówienia, zezwala instytucji zamawiającej na ustanowienie danego kryterium oceny ofert, w szczególności kryterium ocenianego według indywidualnej oceny instytucji zamawiającej, chociaż już w momencie ustanawiania tego kryterium wiadome jest, że wykonawcy część oferty odnoszącą się do tego kryterium obejmą tajemnicą przedsiębiorstwa, czemu instytucja zamawiająca się nie sprzeciwia, przez co konkurujący wykonawcy, nie mogąc zweryfikować ofert konkurentów i porównać ich z własnymi ofertami, mogą odnieść wrażenie zupełnej dowolności badania i oceny ofert przez instytucję zamawiającą?
6. Czy wyrażona w art. 18 ust. 1 dyrektywy 2014/24 zasadą równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców oraz zasadą przejrzystości w związku z art. 67 ust. 4 dyrektywy 2014/24 wskazującym, że kryteria udzielenia zamówienia nie mogą skutkować przyznaniem instytucji zamawiającej nieograniczonej swobody wyboru, muszą zapewniać możliwość efektywnej konkurencji i umożliwiać skuteczną weryfikację informacji przedstawianych przez oferentów, tak aby ocenić, na ile oferty spełniają kryteria udzielenia zamówienia, można interpretować tak, że zezwala ona instytucji zamawiającej na ustanowienie takiego kryterium oceny ofert, jak w niniejszym postępowaniu kryteria »koncepcja opracowania« i »opis sposobu realizacji zamówienia«?

o zachowanie poufności zawartych w ofertach informacji, które są kluczowe w świetle kryteriów udzielenia zamówienia wybranych przez instytucję zamawiającą, wskutek czego żaden wykonawca nie jest w stanie wyrobić sobie opinii na temat jakości ofert konkurentów, a co za tym idzie, dowiedzieć się, czy udzielenie zamówienia oparto na porównaniu obiektywnym, czy też arbitralnym. W związku z faktem, że z odpowiedzi Trybunału udzielonej na pytania od drugiego do czwartego (zob. pkt [17.13](#) niniejszej publikacji) wynika, iż zawartych w ofertach informacji, o których mowa, nie można każdorazowo i w całości uznawać za poufne, Trybunał uznał, że nie ma potrzeby udzielania odpowiedzi na to pytanie.

pytanie szóste

Poprzez pytanie szóste Krajowa Izba Odwoławcza dążyła do ustalenia, czy regulacje art. 18 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE w związku z jej art. 67 ust. 4 stoją na przeszkodzie uwzględnieniu wśród kryteriów udzielenia zamówienia „koncepcji opracowania” projektów, które mają zostać zrealizowane w ramach danego zamówienia publicznego, oraz „opisu sposobu realizacji” tego zamówienia.

Odpowiadając na to pytanie, Trybunał w pierwszym rzędzie zaznaczył, powołując się na omówiony wyżej w punkcie [10.1](#) wyrok wydany w sprawie *Montte*, że w celu poszanowania zasad przejrzystości i równego traktowania, pozwalających na zagwarantowanie warunków efektywnej konkurencji, ważne jest, aby kryteria udzielenia zamówienia nie przyznawały instytucji zamawiającej nieograniczonej swobody wyboru¹⁶³. W związku z tym, jak wynika z art. 67 ust. 4 dyrektywy 2014/24/UE, do kryteriów tych muszą być dołączone specyfikacje, które umożliwiają skuteczną weryfikację informacji przedstawianych przez oferentów, tak aby ocenić, na ile oferty spełniają owe kryteria. Takie specyfikacje można podać między innymi poprzez określenie podkryteriów. Dodatkowo Trybunał wskazał, że w przypadku, gdy świadczenie będące przedmiotem zamówienia dotyczy usług polegających na opracowaniu projektów, to w ślad za utrwalonym orzecznictwem należy uwzględnić w szczególności wykształcenie i doświadczenie zawodowe członków zespołu proponowanego do wykonania danego zamówienia¹⁶⁴.

W rezultacie na pytanie szóste Trybunał odpowiedział, że przepisy art. 18 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE w związku z jej art. 67 ust. 4 nie stoją na przeszkodzie uwzględnieniu wśród kryteriów udzielenia zamówienia „koncepcji opracowania” projektów, które mają zostać zrealizowane w ramach danego zamówienia publicznego, oraz „opisu sposobu realizacji” tego zamówienia, o ile do kryteriów tych dołączone są

¹⁶³ zob. wyrok z dnia 20 września 2018 r. w sprawie C-546/16 *Montte SL przeciwko Musikene*, ECLI:EU:C:2018:752, pkt 31 i przytoczone tam orzecznictwo

¹⁶⁴ zob. podobnie wyrok z dnia 26 marca 2015 r. w sprawie C-601/13 *Ambisig – Ambiente e Sistemas de Informação Geográfica SA przeciwko Nersant – Associação Empresarial da Região de Santarém i Núcleo Inicial – Formação e Consultoria Lda*, ECLI:EU:C:2015:204, pkt 31–34

specyfikacje, które umożliwiają instytucji zamawiającej dokonanie konkretnej i obiektywnej oceny złożonych ofert.

11. Procedury udzielenia zamówienia publicznego

11.1. orzeczenie z dnia 28 lutego 2018 r. w sprawach połączonych C-523/16 i C-536/16 *MA.T.I. SUD i in. przeciwko Associazione Cassa Nazionale di Previdenza e Assistenza in favore dei Ragionieri e Periti Commerciali (CNPR)*, ECLI:EU:C:2018:122

W sprawie, której dotyczył wniosek o wydanie orzeczenia skierowany do Trybunału przez włoski sąd, zamawiający, Centostazioni S.p.a. żądał zapłaty od konsorcjum ubiegającego się o zamówienie, którego uczestnikiem była skarżąca spółka MA.T.I. Sud S.p.a., kary pieniężnej w wysokości 35 000 euro, z tytułu konieczności uzupełnienia oferty konsorcjum o oświadczenie o zobowiązaniu do udzielenia szczególnego zbiorowego pełnomocnictwa liderowi konsorcjum, oryginalnie podpisanego przez przedstawiciela prawnego spółki MA.T.I. Sud S.p.a. Wymóg przedłożenia takiego dokumentu został określony w ogłoszeniu o zamówieniu na rutynową i szczegółową konserwację i usługi energetyczne w budynkach dworców kolejowych należących do zamawiającej spółki. W ogłoszeniu wskazano też, że na podstawie art. 38 ust. 2a i art. 46 ust. 1 tiret trzecie decreto legislativo nr 163/2006¹⁶⁵, pod rygorem wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia, brak, niekompletność i każda inna zasadnicza nieprawidłowość dotycząca elementów i/lub oświadczeń złożonych w postępowaniu przetargowym, także ze strony podmiotów trzecich, w oparciu o prawo lub dokumenty przetargowe, muszą zostać na żądanie instytucji zamawiającej konwalidowane, a w przypadku skierowania do oferenta takiego żądania, oferent miał obowiązek do zapłaty na rzecz instytucji zamawiającej kary pieniężnej w wysokości 35 000 euro w odniesieniu do każdej części postępowania. W tej sytuacji *Tribunale amministrativo regionale per il Lazio*, regionalny sąd administracyjny dla Lacjum, postanowił zawiesić postępowanie i zwrócił się do Trybunału z pytaniami prejudycjalnymi¹⁶⁶.

¹⁶⁵ włoski dekret ustawodawczy nr 163 w sprawie stworzenia kodeksu zamówień publicznych na roboty budowlane, usługi i dostawy, na podstawie dyrektyw 2004/17/WE i 2004/18/WE

¹⁶⁶ *Tribunale amministrativo regionale per il Lazio* zwrócił się do Trybunału z następującymi pytaniami:

1. Czy pomimo że ustalenie odpłatności za usunięcie braków oferty stanowi uprawnienie państw członkowskich, art. 38 ust. 2 bis [kodeksu zamówień publicznych] w brzmieniu obowiązującym w dniu opublikowania ogłoszenia o przetargu – w którym przewidziana jest zapłata »kary pieniężnej« w wysokości określonej przez instytucję zamawiającą (nie niższej niż jeden promil i nie wyższej niż jeden procent wartości przetargu, a w każdym wypadku nie wyższej niż 50 000 EUR, której zapłatę zabezpiecza gwarancja tymczasowa), ze względu na jej rażąco wygórowaną kwotę i z góry określony charakter tej kary, która nie podlega stopniowaniu w zależności od faktycznej sytuacji, w której jest nakładana, lub istotności usuwalnych braków – jest sprzeczny z prawem Unii?
2. Czy, przeciwnie, przywołany art. 38 ust. 2 bis [kodeksu zamówień publicznych] jest sprzeczny z prawem Unii z tego powodu, że sama odpłatność za usunięcie braków oferty może zostać uznana za sprzeczną z zasadą maksymalnego otwarcia rynku na konkurencję, z którą to zasadą środek ten ma być zgodny, ponieważ prawo wymaga, aby komisja przetargowa działała w tym zakresie w interesie publicznym zasadzającym się na dążeniu do tegoż otwarcia rynku na konkurencję?

Trybunał w pierwszej kolejności przypomniał, że prawo Unii, zwłaszcza art. 51 dyrektywy 2004/18/WE, dopuszcza możliwość wezwania oferentów do uzupełnienia dokumentacji ofertowej w ramach zamówień publicznych, jednakże narzuca ograniczenia dotyczące sposobu i zakresu takiego uzupełnienia, a także kary pieniężnej, która musi być proporcjonalna do nieprawidłowości¹⁶⁷. Państwa członkowskie mają prawo wprowadzać dodatkowe wymagania, takie jak zapłata kary pieniężnej za uzupełnianie braków w dokumentacji, ale wymogi te muszą być zgodne z zasadami prawa Unii, w tym zasady proporcjonalności, równości i przejrzystości¹⁶⁸. Takie uzupełnienia nie mogą jednak prowadzić do faktycznego przedstawienia nowej oferty przez oferenta. Każde działanie instytucji zamawiającej, które pozwoliłoby na istotną zmianę oferty, naruszałoby bowiem zasady równego traktowania i niedyskryminacji¹⁶⁹. Jak podkreślił rzecznik generalny Sánchez-Bordona w opinii w tej sprawie, pojęcie „istotnej nieprawidłowości” nie jest zdefiniowane w przepisach krajowych, co może rodzić trudności interpretacyjne, jeśli umożliwia ono uzupełnianie dokumentacji w sposób naruszający przepisy dyrektywy¹⁷⁰. W ocenie Trybunału instytucje zamawiające powinny unikać automatycznego stosowania kar pieniężnych w przypadkach, gdy ich wysokość jest z góry ustalona bez uwzględnienia wagi nieprawidłowości. Takie podejście naruszałoby zasadę proporcjonalności, zgodnie z którą kara musi być adekwatna do stwierdzonego naruszenia. Jak wskazał rzecznik generalny w opinii w tej sprawie, kwoty sankcji ustalone automatycznie, bez uwzględnienia konkretnych okoliczności, mogą być nieproporcjonalne i w efekcie prowadzić do nadmiernych obciążeń finansowych¹⁷¹.

Mając na względzie powyższe, Trybunał stwierdził, że przepisy krajowe, które przewidują automatyczne i stałe kary pieniężne za uzupełnienie braków w dokumentacji ofertowej, są sprzeczne z zasadą proporcjonalności, o ile nie uwzględniają wagi naruszenia i indywidualnych okoliczności sprawy.

W konsekwencji na zadane pytanie Trybunał odpowiedział, że art. 51 dyrektywy 2004/18/WE, zasady dotyczące udzielania zamówień publicznych, wśród których znajdują się zasady równego traktowania i przejrzystości, o których mowa w art. 10 dyrektywy 2004/17/WE¹⁷² i w art. 2 dyrektywy 2004/18/WE, a także zasadę

¹⁶⁷ por. wyrok z dnia 29 marca 2012 r. w sprawie C-599/10 *SAG ELV Slovensko a.s. i in. przeciwko Úrad pre verejné obstarávanie*, ECLI:EU:C:2012:191, pkt 40; wyrok z dnia 11 maja 2017 r. w sprawie C-131/16 *Archus sp. z o.o. i Gama Jacek Lipik przeciwko Polskiemu Górnictwu Naftowemu i Gazownictwu S.A.*, ECLI:EU:C:2017:358, pkt 29 i przytoczone tam orzecznictwo

¹⁶⁸ wyrok z dnia 2 czerwca 2016 r. w sprawie C-410/14 *Falk Pharma GmbH przeciwko DAK-Gesundheit*, ECLI:EU:C:2016:399, pkt 34

¹⁶⁹ cyt. wyroki w sprawie C-599/10 *SAG ELV Slovensko*, pkt 40 oraz w sprawie C-131/16 *Archus i Gama*, pkt 33

¹⁷⁰ zob. opinia rzecznika generalnego Manuela Camposa Sanchez-Bordony przedstawiona w dniu 15 listopada 2017 r. w sprawach połączonych C-523/16 i C-536/16 *MA.T.I. SUD SpA przeciwko Centostazioni SpA i Duemme SGR SpA przeciwko Associazione Cassa Nazionale di Previdenza e Assistenza in favore dei Ragionieri e Periti Commerciali (CNPR)*, ECLI:EU:C:2017:868, pkt 60 i 61 opinii

¹⁷¹ *Ibidem*, pkt 74 opinii

¹⁷² dyrektywa 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz. Urz. UE L 134 z 30.4.2004, str. 1; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne rozdz. 06, t. 7, str. 19)

proporcjonalności należy interpretować w ten sposób, że co do zasady nie sprzeciwiają się one przepisom krajowym ustanawiającym mechanizm pomocy w sporządzeniu dokumentacji, na którego podstawie w ramach postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego instytucja zamawiająca może wezwać każdego oferenta, którego oferta zawiera istotne nieprawidłowości w rozumieniu tych przepisów, do uzupełnienia oferty, z zastrzeżeniem zapłaty kary pieniężnej, o ile kwota tej sankcji pozostaje zgodna z zasadą proporcjonalności, czego ustalenie należy do sądu odsyłającego. Natomiast te same przepisy i zasady należy interpretować w ten sposób, że sprzeciwiają się one przepisom krajowym ustanawiającym mechanizm pomocy w sporządzeniu dokumentacji, na podstawie którego instytucja zamawiająca może wymagać od oferenta, przy jednoczesnej zapłacie przez niego kary pieniężnej, aby uzupełnił on brak dokumentu, który według wyraźnych przepisów dokumentacji przetargowej powinien prowadzić do wykluczenia oferenta, lub aby usunął on nieprawidłowości mające wpływ na jego ofertę w ten sposób, że dokonane poprawki lub zmiany byłyby zbliżone do przedstawienia nowej oferty.

11.2. orzeczenie z dnia 16 czerwca 2022 r. w sprawie C-376/21
Zamestnik-ministar na regionalното развие i blagoustroystvoto
i rakovoditel na Upravlyavashtia organ na Operativna programa
„Regioni v rastezh” 2014–2020 przeciwko Obshtina Razlog,
ECLI:EU:C:2022:472

W sprawie, w której zapadło omawiane orzeczenie, Obshtina Razlog, Gmina Razłóg, przeprowadziła w procedurze otwartej postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę technologii, urządzeń i wyposażenia dla potrzeb zawodowego gimnazjum mechanizacji rolnictwa w mieście Razłóg, z podziałem na cztery części. Postępowanie w zakresie części nr 2 dotyczącej dostawy urządzenia do obróbki metali zostało unieważnione, wobec czego w zakresie tej części zamawiający postanowił skorzystać z procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji ogłoszenia, negocjując z wybranym przez siebie jednym wykonawcą, któremu udzielił zamówienia. Wybór tej procedury został następnie zakwestionowany przez instytucję zarządzającą, co poskutkowało wydaniem decyzji o nałożeniu korekty finansowej. Gmina Razłóg odwołała się od wyżej wymienionej decyzji do *Administrativen sad Blagoevgrad*, sądu administracyjnego w Błagojewgradzie, który uwzględnił wniesioną skargę i uchylił decyzję instytucji zarządzającej. *Varhoven administrativen sad*, bułgarski naczelny sąd administracyjny, zawiesił postępowanie kasacyjne i zwrócił się do Trybunału z pytaniem dotyczącym kwestii zastosowania procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji wyłącznie w odniesieniu do jednego wykonawcy, gdy przedmiot zamówienia publicznego

nie odróżnia się specyfiką, która obiektywnie wymagałaby jego wykonania jedynie przez zaproszonego wykonawcę¹⁷³.

Odpowiadając na zadane pytanie, Trybunał w pierwszej kolejności przypomniał, że zgodnie z treścią art. 32 ust. 2 lit. a) akapit pierwszy dyrektywy 2014/24/UE, zastosowanie procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji jest dopuszczalne, w przypadku kumulatywnego spełnienia trzech przesłanek:

- instytucja zamawiająca musi wykazać, że nie otrzymała żadnej oferty lub przynajmniej żadnej odpowiedniej oferty w ramach wcześniejszej procedury otwartej lub ograniczonej dotyczącej udzielenia zamówienia, którą z tego względu zamknęła;
- późniejsza procedura negocjacyjna bez uprzedniej publikacji nie powinna w istotny sposób zmieniać pierwotnych warunków zamówienia wskazanych w ogłoszeniu o zamówieniu opublikowanym w ramach wcześniejszej procedury otwartej lub ograniczonej;
- instytucja zamawiająca powinna być w stanie przesłać Komisji sprawozdanie, jeżeli ta tego zażąda. Trybunał zaznaczył, że ostatnia przesłanka nie jest przedmiotem sprawy, natomiast dwie pierwsze przesłanki na gruncie stanu faktycznego sprawy zostały spełnione.

Trybunał zauważył, że zwrócenie się tylko do jednego wykonawcy w ramach procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji, zorganizowanej w wyniku niepowodzenia procedury otwartej lub ograniczonej i w której zostają powtórzone bez istotnych zmian warunki pierwotnie zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu, jest zgodne z zasadami udzielania zamówień określonymi w art. 18 ust. 1 akapit pierwszy dyrektywy 2014/24/UE, nawet jeżeli przedmiot danego zamówienia obiektywnie nie wymaga zwrócenia się do tego wykonawcy. W takiej sytuacji wcześniejsza procedura konkurencyjna z jednej strony oraz późniejsza procedura negocjacyjna bez uprzedniej publikacji z drugiej strony stanowią, zdaniem Trybunału, nierozdzielalną całość, w związku z czym nie można pominąć okoliczności, iż wykonawcy potencjalnie

¹⁷³ *Varhoven administrativen sad* zadał Trybunałowi następujące pytanie:

Czy zasady przejrzystości, proporcjonalności, równego traktowania i niedyskryminacji, o których mowa w art. 160 ust. 1 rozporządzenia 2018/1046 i w art. 102 ust. 1 rozporządzenia nr 966/2012, należy interpretować w ten sposób, że dopuszczają one pełne ograniczenie konkurencji przy udzieleniu zamówienia publicznego w ramach procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji, gdy przedmiot zamówienia publicznego nie odróżnia się specyfiką, która obiektywnie wymagałaby jego wykonania jedynie przez zaproszony podmiot gospodarczy? W szczególności czy art. 160 ust. 1 i 2 w związku z art. 164 ust. 1 lit. d) rozporządzenia 2018/1046 oraz art. 102 ust. 1 i 2 w związku z art. 104 ust. 1 lit. d) rozporządzenia nr 966/2012 należy interpretować w ten sposób, że dopuszczają one krajowe uregulowanie takie jak rozpatrywane w postępowaniu głównym, zgodnie z którym po zakończeniu procedury udzielenia zamówienia publicznego ze względu na okoliczność, że jedyna złożona oferta jest nieodpowiednia, instytucja zamawiająca może skierować zaproszenie do uczestniczenia w procedurze negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji wyłącznie do danego podmiotu gospodarczego, gdy przedmiot zamówienia publicznego nie odróżnia się specyfiką, która obiektywnie wymagałaby jego wykonania jedynie przez zaproszony podmiot gospodarczy?

zainteresowani tym zamówieniem mieli sposobność złożenia oferty w ramach wcześniejszej procedury konkurencyjnej, a tym samym skorzystania w pełni z zasad równości, niedyskryminacji, przejrzystości i proporcjonalności.

Zarazem Trybunał podkreślił, że aby móc wykazać, że danego zamówienia nie zorganizowano z zamiarem jego wyłączenia z zakresu zastosowania dyrektywy lub sztucznego zawężania konkurencji, instytucja zamawiająca musi być w stanie udowodnić, że uzgodniona przez nią z wybranym wykonawcą cena odpowiada cenie rynkowej i że nie przekracza ona szacunkowej wartości zamówienia.

Mając na względzie powyższe, Trybunał udzielił odpowiedzi, że art. 32 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2014/24/UE w związku z jej art. 18 ust. 1 zezwala instytucji zamawiającej w ramach procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji zwrócić się do jednego tylko wykonawcy, gdy w procedurze tej powtórzone bez istotnych zmian pierwotne warunki zamówienia wskazane we wcześniejszej procedurze otwartej, którą zamknięto ze względu na to, że jedyna złożona oferta była nieodpowiednia, nawet jeżeli przedmiot danego zamówienia obiektywnie nie wykazuje specyfiki uzasadniającej powierzenie jego wykonania wyłącznie owemu wykonawcy. Inaczej mówiąc, jeżeli spełnione są przesłanki zastosowania procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji określone w tym przepisie, przedmiot zamówienia nie musi mieć charakteru uzasadniającego powierzenie jego wykonania konkretnemu wykonawcy.

11.3. orzeczenie z dnia 15 września 2022 r. w sprawie C-669/20 *Veridos GmbH przeciwko Ministar na vatreshnite raboti na Republika Bulgaria, Mühlbauer ID Services GmbH – S&T*, ECLI:EU:C:2022:684

W sprawie, w której Trybunał wydał omawiany wyrok, Ministerstvo na vatreshnite raboti na Republika Bulgaria, bułgarskie ministerstwo spraw wewnętrznych w 2018 r. przeprowadziło w trybie procedury ograniczonej postępowanie o udzielenie zamówienia na zaprojektowanie, utworzenie i zarządzanie systemem wydawania dokumentów tożsamości nowej generacji. Po przeprowadzeniu wstępnej selekcji, do złożenia ofert zostało zaproszonych dwóch wykonawców, a zamówienia udzielono ostatecznie konsorcjum Mühlbauer ID Services GmbH S&T. Drugi z wykonawców, spółka Veridos GmbH złożył odwołanie do *Komisija za zashtita na konkurentsia*, komisji ds. ochrony konkurencji, podnosząc, że oferta konsorcjum uznana przez zamawiającego za najkorzystniejszą, obarczona była wadą rażąco niskiej ceny. Odwołanie zostało oddalone. W ocenie komisji art. 72 bułgarskiej ustawy o zamówieniach publicznych, który reguluje kwestie związane z badaniem rażąco niskiej ceny nie miał zastosowania, ponieważ w postępowaniu złożono tylko dwie oferty, wskutek czego nie istniała możliwość obliczenia średniej wartości potrzebnej do ustalenia, czy jedna z nich zawiera rażąco niską cenę. *Wyrchoven administratiwen syd*, bułgarski naczelny sąd administracyjny, rozpatrujący skargę kasacyjną od rozstrzygnięcia komisji, podkreślił, że

sporna krajowa regulacja ustanawia generalną regułę badania rażąco niskiej ceny w sytuacji, gdy oferta jest o ponad 20% niższa od średniej wartości ofert innych uczestników w odniesieniu do tego samego elementu oceny. Z brzmienia przepisu wynika zatem, że ustawodawca bułgarski wymaga w sposób dorozumiany złożenia co najmniej trzech ofert, przy czym ocena którejkolwiek z nich powinna zostać dokonana z uwzględnieniem średniej wartości dwóch pozostałych. Sąd ten zwraca ponadto uwagę, że zamawiający nie dysponował żadnym algorytmem, opracowanym na potrzeby oceny i badania, czy nie złożono oferty z rażąco niską ceną, który byłby znany wcześniej i mógłby zostać poddany kontroli w świetle prawa Unii. W zaistniałych okolicznościach sąd odsyłający zawiesił toczące się przed nim postępowanie i wystąpił do Trybunału Sprawiedliwości z wnioskiem prejudycjalnym¹⁷⁴.

Odpowiadając na trzy pierwsze pytania bułgarskiego sądu odsyłającego, Trybunał wyszedł od tego, że mimo iż prawo Unii nie definiuje pojęcia rażąco niskiej ceny, to zarówno zakres tego pojęcia, określenie metody obliczania progu odchylenia stanowiącego taką ofertę, czy też wreszcie sposób oceny i badania rażąco niskich ofert, zostały zdefiniowane przez Trybunał w ramach wykładni dyrektyw innych, niż dyrektywa 2009/81/WE¹⁷⁵. W tym względzie Trybunał podkreślił, że w art. 38 i 49 tej dyrektywy zostały ustanowione obowiązki, którym podlega instytucja zamawiająca:

- zidentyfikowanie podejrzanych ofert;

¹⁷⁴ *Wyrcowen administratiwen syd* przedłożył Trybunałowi następujące pytania prejudycjalne:

1. Czy art. 56 w związku z art. 69 dyrektywy [Parlamentu Europejskiego i Rady] 2014/24/UE [z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE], odpowiednio art. 38 w związku z art. 49 dyrektywy [Parlamentu Europejskiego i Rady] 2009/81/WE [z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniającej dyrektywę 2004/17/WE i 2004/18/WE], należy interpretować w ten sposób, że przy obiektywnej niemożności zastosowania przyjętego w prawie krajowym kryterium oceny oferty z rażąco niską ceną i braku innego – wybranego i uprzednio ogłoszonego przez podmiot zamawiający – kryterium podmiot zamawiający nie ma obowiązku przeprowadzenia kontroli istnienia oferty z rażąco niską ceną?
2. Czy art. 56 w związku z art. 69 dyrektywy 2014/24/UE, odpowiednio art. 38 w związku z art. 49 dyrektywy 2009/81/WE, należy interpretować w ten sposób, że podmiot zamawiający ma obowiązek przeprowadzenia kontroli istnienia ofert z rażąco niską ceną wyłącznie, gdy istnieje wątpliwość w odniesieniu do którejś z ofert lub przeciwnie – podmiot zamawiający ma obowiązek zawsze upewnić się co do powagi otrzymanych ofert, wskazując odpowiednie uzasadnienie w tym względzie?
3. Czy podobny wymóg ma zastosowanie do podmiotu zamawiającego, gdy złożono wyłącznie dwie oferty w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego?
4. Czy art. 47 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej należy interpretować w ten sposób, że ocena podmiotu zamawiającego dotycząca braku wątpliwości w odniesieniu do istnienia rażąco niskiej oferty – odpowiednio jego upewnienie się co do istnienia poważnej oferty w odniesieniu do uczestnika sklasyfikowanego na pierwszym miejscu – podlega kontroli sądowej?
5. Na wypadek udzielenia odpowiedzi twierdzącej na poprzednie pytanie, czy art. 47 karty należy interpretować w ten sposób, że podmiot zamawiający w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, który nie przeprowadził kontroli istnienia oferty z rażąco niską ceną, ma obowiązek wyjaśnić i uzasadnić brak wątpliwości co do istnienia oferty z rażąco niską ceną, to jest istnienie poważnej oferty w odniesieniu do sklasyfikowanej na pierwszym miejscu oferty?

¹⁷⁵ dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniająca dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 216 z 20.8.2009, str. 76, ze zm.)

- umożliwienie składającym je wykonawcom wykazania prawidłowości ofert poprzez zwrócenie się do nich o podanie stosownych wyjaśnień;
- dokonanie oceny dostarczonych przez zainteresowane podmioty wyjaśnień;
- wydanie decyzji o dopuszczeniu bądź odrzuceniu tych ofert.

Zarazem instytucja zamawiająca musi wywiązać się ze wskazanych powyżej ciążących na niej obowiązków jedynie pod warunkiem, że wiarygodność danej oferty od samego początku budzi wątpliwości.

W odniesieniu do sposobu identyfikacji rażąco niskich ofert, Trybunał podzielił w tym zakresie stanowisko rzecznika generalnego Sáncheza-Bordony wyrażone w opinii przedstawionej w tej sprawie, zgodnie z którą instytucja zamawiająca powinna dokonywać tej czynności w świetle ogółu specyfikacji przedmiotu postępowania o udzielenie danego zamówienia, zaś porównanie z pozostałymi ofertami, mimo że w niektórych przypadkach przydatne do wykrycia odchylenia, nie może stanowić jedyne kryterium¹⁷⁶.

Co istotne, Trybunał zaznaczył również, że dyrektywa 2009/81/WE nie wyklucza badania rażąco niskiej oferty, w sytuacji złożenia tylko dwóch ofert. Zdaniem Trybunału, niemożność stosowania kryterium przewidzianego w prawie krajowym do celów oceny, czy oferta nie jest rażąco niska, nie zwalnia z obowiązku polegającego na zidentyfikowaniu podejrzanych ofert i przeprowadzeniu, w przypadku istnienia takich ofert, kontradiktoryjnego postępowania sprawdzającego.

Z powyższych względów Trybunał doszedł do wniosku, że stosownie do treści art. 38 i 49 dyrektywy 2009/81/WE, instytucje zamawiające, w przypadku podejrzenia, że oferta jest rażąco niska, są zobowiązane zweryfikować, czy oferta ma rzeczywiście taki charakter, uwzględniając wszystkie istotne elementy przetargu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia, przy czym brak możliwości zastosowania kryteriów przewidzianych w tym celu przez ustawodawstwo krajowe i liczba złożonych ofert nie mają w tym względzie znaczenia.

Z kolei w przedmiocie pytań czwartego i piątego Trybunał podkreślił, że formalne wydanie decyzji wraz z uzasadnieniem o dopuszczeniu lub odrzuceniu danej oferty może mieć miejsce wyłącznie w przypadku podejrzenia, że oferta jest rażąco niska, i po przeprowadzeniu kontradiktoryjnego postępowania sprawdzającego. Niemniej jednak w przypadku braku wszczęcia postępowania, o którym mowa powyżej, oraz braku wydania decyzji w przedmiocie rażąco niskiej ceny, wykonawcy nie mogą zostać pozbawieni skutecznego środka prawnego w odniesieniu do decyzji zamawiającego o udzieleniu zamówienia, co oznacza, że wykonawcy, którzy uważają się za

¹⁷⁶ zob. opinia rzecznika generalnego Manuela Camposa Sáncheza-Bordony przedstawiona w dniu 24 lutego 2022 r. w sprawie C-669/20 *Veridos GmbH przeciwko Ministar na vatreshnite raboti na Republika Bulgaria, Mühlbauer ID Services GmbH – S&T*, ECLI:EU:C:2022:136, pkt 38

poszkodowanych, powinni mieć możliwość wniesienia odwołania od tej decyzji, twierdząc, że wybrana oferta powinna być zostać uznana za obarczoną wadą rażąco niskiej ceny.

W świetle powyższego, na pytania czwarte i piąte Trybunał odpowiedział, że zgodnie z art. 55 ust. 2 dyrektywy 2009/81/WE w związku z art. 47 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej, jeżeli instytucja zamawiająca nie wszczęła postępowania sprawdzającego, czy dana oferta nie jest ewentualnie rażąco niska, ze względu na to, że uznała, iż żadna z przedłożonych jej ofert nie ma takiego charakteru, jej ocena może być przedmiotem kontroli sądowej w ramach odwołania od decyzji o udzieleniu danego zamówienia.

11.4. orzeczenie z dnia 13 czerwca 2024 r. w sprawie C-737/22 *Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S przeciwko BibMedia A/S*, ECLI:EU:C:2024:495

Spór w omawianej sprawie powstał na tle prowadzonego w 2020 roku przez Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S, duńską centralę zamówień publicznych dla jednostek państwowych i gminnych, postępowania o udzielenie zamówienia dotyczącego zawarcia umowy ramowej na dostawę materiałów bibliotecznych i świadczenie usług w zakresie ich przygotowywania. Wniosek prejudycjalny dotyczył dwóch części umowy ramowej, w odniesieniu do których zamawiający przewidział udzielenie zamówienia z wykorzystaniem tzw. „*modelu Wschód/Zachód*”.

Na podstawie wskazanego wyżej modelu, stosownie do treści specyfikacji warunków zamówienia, wykonawcy składają oferty na obydwie części zamówienia, lecz jednemu wykonawcy zostanie udzielone zamówienie w regionie wschodnim, a drugiemu w regionie zachodnim. Oferentowi, który złoży ofertę najkorzystniejszą, zostanie udzielone zamówienie na „Część 2.: *Duńskie książki i nuty (Zachód)*”, natomiast oferentowi, który zajmie drugie miejsce w rankingu, zostanie udzielone zamówienie na „Część 1.: *Duńskie książki i nuty (Wschód)*”, przy czym musi on zaakceptować, że udzielenie zamówienia na część „*wschodnią*” rodzi po jego stronie obowiązek dostarczania produktów i świadczenia usług objętych umową ramową dokładnie po takich samych cenach, jakie zaproponował oferent, który złożył ofertę najkorzystniejszą i który będzie dostarczał produkty i świadczył usługi w części „*zachodniej*”. W razie braku wyrażenia zgody, z takiej możliwości będzie mógł skorzystać oferent z drugą najkorzystniejszą ekonomicznie ofertą, a następnie – jeżeli także on nie wyrazi zgody – kolejny oferent z listy i tak dalej. Jeżeli wszyscy oferenci sklasyfikowani na miejscach od drugiego do ostatniego odmówią, to wówczas oferentowi, który złożył ofertę najkorzystniejszą ekonomicznie, zostaje udzielone zamówienie w zakresie obejmującym wszystkie jego części. Rozpatrująca odwołanie od wyników postępowania *Klagenævnet for Udbud*, duńska komisja odwoławcza ds. zamówień publicznych, stwierdziła naruszenie przez zamawiającego zasad równego traktowania i przejrzystości. *Østre Landsret*, sąd apelacyjny regionu

wschodniego, do którego zamawiający zaskarżył rozstrzygnięcie komisji, postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z pytaniem prejudycjalnym dotyczącym zgodności opisanego modelu udzielania zamówienia z regulacjami dyrektywy 2014/24/UE¹⁷⁷.

W pierwszej kolejności Trybunał przypomniał, że zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem, zwłaszcza na podstawie wyroków wydanych w sprawach *Casertana Costruzioni* oraz *Rad Service i inni*, zasady równego traktowania i przejrzystości stoją na przeszkodzie negocjacom między zamawiającym i wykonawcą w ramach postępowania o udzielenie zamówienia, w związku z czym, co do zasady, oferta nie może być modyfikowana po jej złożeniu ani z inicjatywy zamawiającego, ani z inicjatywy wykonawcy¹⁷⁸. Niemniej jednak Trybunał stwierdził, że tryb udzielenia zamówienia opisany w specyfikacji warunków zamówienia będącego przedmiotem odesłania prejudycjalnego, tj. „*model Wschód/Zachód*”, nie zawiera żadnego elementu negocjacji w rozumieniu wyżej wymienionego orzecznictwa.

W tym względzie Trybunał zauważył, że model gwarantuje poszanowanie kryterium najniższej ceny w odniesieniu do wszystkich części zamówienia, bez możliwości odstępstwa od tego kryterium lub wezwania do zmiany złożonej oferty, ponieważ zamawiający opiera się na cenach zaproponowanych przed upływem terminu składania ofert i przestrzega klasyfikacji wykonawców, w ramach której wykonawca z propozycją najniższej ceny zajmuje pierwsze miejsce i umowa zostanie zawarta w całości właśnie po tej cenie. Możliwość udzielenia części zamówienia wykonawcy, który przedstawi drugą najkorzystniejszą ekonomicznie ofertę, jest jedynie skutkiem tego, że został on sklasyfikowany na drugim miejscu. Dodatkowo to, czy z tej możliwości skorzysta, zależy od jego decyzji w przedmiocie zaakceptowania wykonywania danej części zamówienia po cenie wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę. Ponadto w tym kontekście Trybunał zaznaczył, że żadna z decyzji, które mogą zostać podjęte przez oferentów sklasyfikowanych na miejscach od drugiego do ostatniego, nie oznacza zmiany ofert, które złożyli przed upływem przewidzianego w tym celu terminu, ani negocjacji

¹⁷⁷ Østre Landsret zadał Trybunałowi następujące pytanie:

Czy zasady przejrzystości i równego traktowania wyrażone w art. 18 dyrektywy [2014/24] oraz wynikający z nich zakaz negocjacji stoją na przeszkodzie temu, by umożliwić oferentowi, który złożył drugą najkorzystniejszą ekonomicznie ofertę w procedurze otwartej zmierzającej do udzielenia zamówienia w oddzielnych częściach, jak wskazano w art. 27 i 46 tej dyrektywy, po upływie terminu przewidzianego na składanie ofert oraz zgodnie z warunkami uprzednio określonymi w specyfikacji, świadczenie dostaw i usług będących przedmiotem zamówienia w ramach jednej części, na takich samych warunkach jak warunki zaproponowane przez oferenta, który złożył najkorzystniejszą ekonomicznie ofertę i któremu w konsekwencji udzielono zamówienia na inną część w ramach tego samego przetargu?

¹⁷⁸ por. wyroki: z dnia 14 września 2017 r. w sprawie C-223/16 *Casertana Costruzioni Srl przeciwko Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti – Provveditorato Interregionale per le opere pubbliche della Campania e del Molise, Agenzia Regionale Campania per la Difesa del Suolo – A.R.Ca.Di.S.*, ECLI:EU:C:2017:685, pkt 34-35; a także z dnia 3 czerwca 2021 r. w sprawie C-210/20 *Rad Service Srl Unipersonale, Cosmo Ambiente Srl, Cosmo Scavi Srl przeciwko Del Debbio SpA, Gruppo Sei Srl, Ciclat Val di Cecina Soc. Coop., Daf Costruzioni Stradali Srl*, ECLI:EU:C:2021:445, pkt 43

z zamawiającym. Żaden z wykonawców nie ma bowiem możliwości zmiany, w drodze modyfikacji oferty lub jakichkolwiek negocjacji, ani swojego miejsca w klasyfikacji ani ceny, po której zostanie zawarta umowa dotycząca jakiegokolwiek części zamówienia.

Z powyższych okoliczności wynika, zdaniem Trybunału, że „*model Wschód/Zachód*” mieści się w ramach sytuacji uregulowanej mocą art. 46 dyrektywy 2014/24/UE, w której to zamawiający udziela zamówienia w postaci odrębnych części, precyzując w dokumentacji przetargowej, czy dopuszczalne jest złożenie oferty na jedną, kilka lub wszystkie części, oraz wskazując, jakie kryteria zostaną zastosowane w odniesieniu do poszczególnych części zamówienia.

W świetle powyższych rozważań Trybunał orzekł, że art. 18 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE należy interpretować w ten sposób, że zasady równego traktowania i przejrzystości określone w tym przepisie nie stoją na przeszkodzie temu, by w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego podzielonego na części oferentowi, który złożył drugą najkorzystniejszą ekonomicznie ofertę, udzielono zamówienia na jedną część zgodnie z zasadami określonymi w dokumentach zamówienia, pod warunkiem że zgodzi się on na wykonanie dostaw i usług w ramach tej części po takiej samej cenie, jaka została zaproponowana przez oferenta, który przedstawił ofertę najkorzystniejszą ekonomicznie i któremu w konsekwencji udzielono zamówienia na inną, większą część tego zamówienia.

12. Wspólne ubieganie się o zamówienia publiczne

12.1. orzeczenie z dnia 7 września 2021 r. w sprawie C-927/19

Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras UAB przeciwko Ecoservice Klaipėda UAB, Klaipėdos autobusų parkas UAB, Parsekas UAB, Klaipėdos transportas UAB, ECLI:EU:C:2021:700

We wniosku prejudycjalnym w sprawie *Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras* omówionej w punkcie [6.9.](#) jedno z pytań skierowanych przez litewski sąd odsyłający do Trybunału dotyczyło kwestii zgodności z dyrektywą 2014/24/UE uregulowania krajowego przewidującego, że w przypadku gdy wykonawca będący członkiem grupy wykonawców był winny wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji, które były wymagane do weryfikacji tego, czy nie zachodzą podstawy wykluczenia grupy lub czy grupa ta spełnia kryteria kwalifikacji, o którym to wprowadzeniu w błąd jego partnerzy nie wiedzieli, środek w postaci wykluczenia z wszelkich postępowań o udzielenie zamówienia publicznego może zostać nałożony na wszystkich członków tej grupy¹⁷⁹.

¹⁷⁹ Lietuvos Aukščiausiasis Teismas zadał Trybunałowi następujące pytanie:

11. Czy art. 57 ust. 4 lit. h) dyrektywy 2014/24 w związku z zasadą proporcjonalności określoną w art. 18 ust. 1 tej dyrektywy należy interpretować i stosować w ten sposób, że jeżeli prawo krajowe przewiduje (poza

W pierwszym rzędzie Trybunał przypomniat, że wykonawca, który polega na zdolnościach innych podmiotów, składa instytucji zamawiającej dokument JEDZ, potwierdzający, że zarówno on, jak i te podmioty, nie podlegają wykluczeniu. W razie stwierdzenia, że podmiot ten znajduje się w jednej z sytuacji, o których mowa w art. 57 ust. 1 i 4 tej dyrektywy, instytucja zamawiająca może wymagać od wykonawcy zastąpienia tych podmiotów, jednakże przed skierowaniem takiego żądania, powinna dać możliwość przedstawienia środków naprawczych, które podjął w celu usunięcia stwierdzonej nieprawidłowości. Taka interpretacja, po pierwsze, zapewnia skuteczność (*effet utile*) art. 57 ust. 6 ustanawiającego mechanizm samooczyszczenia, po drugie natomiast przyczynia się do poszanowania zasady proporcjonalności, która, jak zaznaczył Trybunał, nabiera szczególnego znaczenia w sytuacji, gdy wykluczenie przewidziane przez uregulowanie krajowe dotyczy wykonawcy z powodu naruszenia popełnionego nie bezpośrednio przez niego, lecz przez podmiot, na którego zdolności zamierza on polegać i wobec którego nie dysponuje żadnym środkiem kontroli¹⁸⁰. W tym kontekście, w ślad za orzeczeniem wydanym w sprawie *Rad Service i inni*, zasada proporcjonalności wymaga od instytucji zamawiającej dokonania konkretnej i zindywidualizowanej oceny postawy danego podmiotu oraz uwzględnienia środków jakimi dysponował wykonawca, aby sprawdzić istnienie uchybienia po stronie podmiotu, na którego zdolności zamierzał on polegać¹⁸¹.

W rezultacie powyższego Trybunał orzekł, że zgodnie z art. 63 ust. 1 akapit drugi dyrektywy 2014/24/UE w związku z art. 57 ust. 4 i 6 tej dyrektywy środek w postaci wykluczenia nie może zostać nałożony na wszystkich członków grupy wykonawców, w przypadku gdy wykonawca będący członkiem tej grupy był winny wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji, które były wymagane do weryfikacji tego, czy nie zachodzą podstawy wykluczenia grupy lub czy grupa ta spełnia kryteria kwalifikacji, o którym to wprowadzeniu w błąd jego partnerzy nie wiedzieli.

12.2. orzeczenie z dnia 26 stycznia 2023 r. w sprawie C-682/21 "HSC Baltic" UAB, "Mitnija" UAB, "Montuotojas" UAB przeciwko Vilniaus miesto savivaldybės administracija, ECLI:EU:C:2023:48

Spór w tej sprawie powstał na gruncie stosowania przepisów litewskiej ustawy o zamówieniach publicznych, przewidujących wpisanie wykonawców, z którymi została

wykluczeniem z postępowania o udzielenie zamówienia) dodatkowe kary za przedstawienie nieprawdziwych informacji, kary te można stosować wyłącznie w ramach odpowiedzialności indywidualnej, w szczególności gdy informacje niezgodne ze stanem faktycznym zostały przedłożone wyłącznie przez część grupy wykonawców występujących wspólnie w postępowaniu o udzielenie zamówienia (przykładowo przez jednego z kilku partnerów)?

¹⁸⁰ zob. podobnie wyroki: z dnia 30 stycznia 2020 r. w sprawie C-395/18 *Tim przeciwko Consip SpA, Ministero dell'Economia e delle Finanze*, ECLI:EU:C:2020:58, pkt 45, 48; a także z dnia 3 czerwca 2021 r. w sprawie C-210/20 *Rad Service Srl Unipersonale, Cosmo Ambiente Srl, Cosmo Scavi Srl przeciwko Del Debbio SpA, Gruppo Sei Srl, Ciclat Val di Cecina Soc. Coop., Daf Costruzioni Stradali Srl*, ECLI:EU:C:2021:445, pkt 35, 39

¹⁸¹ zob. cyt. wyrok w sprawie *Rad Service i inni*, pkt 40

rozwiązana umowa z powodu jej niewykonania lub nienależytego wykonania, do rejestru nierzetelnych wykonawców. W dniu 5 czerwca 2017 r. Vilniaus miesto savivaldybės administracija, urząd miasta Wilna, udzielił zamówienia na roboty budowlane w przedmiocie budowy wielofunkcyjnego centrum odnowy biologicznej na rzecz konsorcjum złożonego z firm Active Construction Management, HSC Baltic, Mitnija, Montuotojas i Axis Power UAB. Realizacja robót od początku nie przebiegała prawidłowo i nawet mimo przedłużenia terminu na ich wykonanie do dnia 28 maja 2020 r., prace wciąż ulegały opóźnieniu w stosunku do wyznaczonego harmonogramu. W dniu 28 października 2019 r. wobec lidera konsorcjum, spółki Active Construction Management UAB, zobowiązanego do wykonania 65% wartości umowy, zostało wszczęte postępowanie upadłościowe, skutkujące niemożnością dalszego wykonywania zamówienia. W zaistniałych okolicznościach, zamawiający w dniu 22 stycznia 2020 r. podjął decyzję o rozwiązaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Powództwo i apelacja skarżących w sprawie zostały oddalone, w rezultacie czego, na wniosek zamawiającego, w dniu 22 stycznia 2021 r. Viešųjų pirkimų tarnyba, litewski urząd zamówień publicznych, wpisał skarżących do rejestru nierzetelnych wykonawców. Rozpatrujący skargę kasacyjną Lietuvos Aukščiausiasis Teismas, litewski sąd najwyższy, postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z pytaniami prejudycjalnymi dotyczącymi kwestii wpisania członków konsorcjum do wykazu nierzetelnych wykonawców wskutek rozwiązania umowy w sprawie udzielonego zamówienia publicznego¹⁸².

W pierwszej kolejności Trybunał przypomniał, że art. 57 ust. 4 lit. g) dyrektywy 2014/24/UE pozwala wykluczyć z udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego każdego wykonawcę, w przypadku którego stwierdzono znaczące lub

¹⁸² Lietuvos Aukščiausiasis Teismas zadał Trybunałowi następujące pytania:

2. W przypadku udzielenia odpowiedzi twierdzącej na pytanie pierwsze – czy wyżej wymienione przepisy prawa Unii (art. 18 ust. 1, art. 57 ust. 4 lit. g) i art. 57 ust. 6 dyrektywy [2014/24] oraz art. 1 ust. 1 akapit czwarty i art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665 rozpatrywane łącznie lub oddzielnie, ale bez ograniczenia do treści tych przepisów) należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie przepisom krajowym i praktyce ich stosowania, na podstawie których: a) instytucja zamawiająca, w związku z rozwiązaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego z powodu istotnego naruszenia jej warunków, nie podejmuje formalnej (odrębnej) decyzji o wpisaniu wykonawców do wykazu nierzetelnych wykonawców; b) wykonawcy nie powiadamia się z wyprzedzeniem o mającym nastąpić wpisie do rejestru nierzetelnych wykonawców i w związku z tym nie ma on możliwości złożenia stosownych wyjaśnień, a następnie skutecznego zakwestionowania wpisu; c) zamawiający nie przeprowadza indywidualnego badania okoliczności nienależytego wykonania umowy, wobec czego jeśli umowa w sprawie zamówienia publicznego została rozwiązana zgodnie z prawem z powodu istotnego jej naruszenia, wykonawca odpowiedzialny de iure za to naruszenie zostaje automatycznie wpisany do wykazu nierzetelnych wykonawców?
3. W przypadku udzielenia odpowiedzi twierdzącej na dwa pierwsze pytania – czy przywołane powyżej przepisy prawa Unii (rozpatrywane łącznie lub oddzielnie, ale bez ograniczenia do treści tych przepisów) należy interpretować w ten sposób, że partnerzy konsorcjum (podmioty tworzące wspólnego wykonawcę), którzy wykonali umowę w sprawie zamówienia publicznego rozwiązaną zgodnie z prawem z powodu istotnego naruszenia jej warunków, mogą wykazać swoją rzetelność i tym samym mogą zostać wykreśleni z wykazu nierzetelnych wykonawców dzięki powołaniu się między innymi na wysokość (wartość) udziału w wykonanym zamówieniu, niewypłacalność partnera będącego liderem konsorcjum, działania tego partnera i przyczynienie się instytucji zamawiającej do niewykonania zamówienia?”.

uporczywe niedociągnięcia przy wykonywaniu istotnego obowiązku, który spoczywał na nim w ramach wcześniejszego zamówienia publicznego, i to w szczególności wówczas, gdy te niedociągnięcia doprowadziły do rozwiązania umowy w sprawie tego zamówienia. Stosowanie tej podstawy wykluczenia musi uwzględniać jej cechy charakterystyczne takie jak tymczasowy charakter wykluczenia oraz możliwość podejmowania środków naprawczych, a także musi być zgodne z zasadą proporcjonalności.

W tym względzie Trybunał zaznaczył, że w sytuacji gdy zamówienie zostało udzielone konsorcjum złożonemu z wykonawców, których indywidualny udział w owych niedociągnięciach i w ewentualnych wysiłkach służących usunięciu tych uchybień niekoniecznie jest jednakowy, to przed dokonaniem takiego wpisu do rejestru nierzetelnych wykonawców, w odniesieniu do wykonawcy będącego członkiem konsorcjum, należy przeprowadzić konkretną i zindywidualizowaną ocenę jego zachowania, w świetle wszystkich istotnych okoliczności przedstawionych przez tego wykonawcę. Niezależnie bowiem od odpowiedzialności solidarnej członków takiego konsorcjum, zastosowanie omawianej fakultatywnej podstawy wykluczenia powinno opierać się na zawinionym lub niedbałym charakterze tego indywidualnego zachowania.

W związku z tym Trybunał doszedł do wniosku, że w sytuacji takiej jak na gruncie zaistniałego sporu, każdy członek konsorcjum, który jest prawnie odpowiedzialny za należyte wykonanie zamówienia publicznego, musi mieć możliwość wykazania, że niedociągnięcia, które doprowadziły do rozwiązania umowy w sprawie tego zamówienia, nie miały związku z jego indywidualnym zachowaniem. W przypadku, gdy w wyniku konkretnej i zindywidualizowanej oceny zachowania danego wykonawcy w świetle wszystkich istotnych okoliczności okazuje się, że zachowanie to nie było przyczyną stwierdzonych niedociągnięć i że nie można było racjonalnie wymagać od tego wykonawcy, aby uczynił więcej, niż to zrobił w celu usunięcia tych niedociągnięć, przepisy dyrektywy 2014/24/UE sprzeciwiają się wpisaniu tego wykonawcy do wykazu nierzetelnych wykonawców.

Trybunał zwrócił ponadto uwagę, że wykonawca będący członkiem konsorcjum, któremu udzielono zamówienia publicznego, w przypadku rozwiązania umowy w sprawie tego zamówienia z powodu niewykonania istotnego zobowiązania, w celu wykazania, że wpisanie go do wykazu nierzetelnych wykonawców jest nieuzasadnione, może powołać się na każdą okoliczność, w tym na okoliczność dotyczącą osób trzecich, takich jak lider tego konsorcjum, która mogłaby wskazywać na to, że to nie działanie owego wykonawcy było przyczyną niedociągnięć, które doprowadziły do rozwiązania umowy oraz na to, iż nie można było od niego rozsądnie wymagać, aby uczynił więcej niż zrobił w celu usunięcia owych niedociągnięć.

**12.3. orzeczenie z dnia 26 września 2024 r. w sprawach połączonych
C-403/23 i C-404/24 Luxone Srl, Sofein SpA przeciwko Consip SpA,
ECLI:EU:C:2024:805**

Ogłoszeniem z dnia 21 grudnia 2015 r. zamawiający, spółka Consip SpA, wszczął podzielone na 12 części postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawę usług oświetleniowych i usług z nimi związanych. Spółki Luxone, Consorzio Stabile Energie Locali (dalej: „CSEL”), Iren Smart Solutions oraz Gi One złożyły wspólnie ofertę w odniesieniu do części 1, 8, 10 i 11 oraz wniosły wadium jako będący w trakcie tworzenia tymczasowy związek przedsiębiorstw, zobowiązując się do utworzenia takiego związku w przypadku udzielenia im zamówienia. Mimo że postępowanie powinno było zakończyć się do dnia 18 kwietnia 2017 r., było ono przez zamawiającego ośmiokrotnie przedłużane, co powodowało konieczność przedłużania terminów związania ofertą oraz wniesionych wadium. W 2020 r., w związku z siódmym i ósmym wezwaniem zamawiającego do przedłużenia terminu związania ofertą, spółki GI One i CSEL odmówiły dokonania tej czynności, ze względu na przedłużający się czas trwania postępowania oraz brak dalszej opłacalności ekonomicznej. W październiku 2020 r. zamawiający podjął decyzję o wykluczeniu z postępowania oraz decyzję o zatrzymaniu wadium w odniesieniu do konsorcjum jako całości, motywując to faktem, że wycofanie się dwóch spółek zmieniło jego pierwotny skład, a także że było niezgodne z prawem i miało na celu obejście prawa. Spółki Luxone oraz Iren Smart Solutions zaskarżyły te decyzje do regionalnego sądu administracyjnego (TAR) dla Lacjum, który oddalił wniesioną skargę, w następstwie czego spółki zwróciły się *Consiglio di Stato*, włoskiego naczelnego sądu administracyjnego, który zawiesił toczące się postępowanie i zwrócił się do Trybunału z wnioskiem prejudycjalnym dotyczącym zbadania zgodności z dyrektywą 2004/18/WE oraz z unijnymi zasadami proporcjonalności, swobody świadczenia usług i swobody przedsiębiorczości przepisów prawa krajowego przewidujących wykluczenie tymczasowego związku przedsiębiorstw (konsorcjum) z postępowania w przypadku wycofania się jednego z jego członków, przy jednoczesnym zatrzymaniu z tego tytułu wadium¹⁸³.

¹⁸³ *Consiglio di Stato* zadał Trybunałowi następujące pytania prejudycjalne:

1. Czy dyrektywa 2004/18/WE, art. 16 i 52 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej oraz przewidziane w art. 49, 50, 54 i 56 TFUE zasady proporcjonalności, konkurencji, swobody przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług stoją na przeszkodzie przepisom krajowym, które wykluczają, w przypadku upływu terminu związania ofertą pierwotnie złożoną przez będący w trakcie tworzenia tymczasowy związek przedsiębiorstw, możliwość zmniejszenia pierwotnego składu tego związku przy przedłużaniu okresu związania tą ofertą?; w szczególności, czy takie przepisy krajowe są zgodne z ogólnymi zasadami prawa Unii dotyczącymi wolności prowadzenia działalności gospodarczej i skuteczności (*effet utile*), a także z art. 16 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej?
2. Czy dyrektywa 2004/18/WE, art. 16, 49, 50 i 52 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej, art. 4 Protokołu nr 7 do europejskiej Konwencji praw człowieka – EKPC, art. 6 TUE oraz przewidziane w art. 49, 50, 54 i 56 TFUE zasady proporcjonalności, konkurencji, swobody przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług stoją na przeszkodzie przepisom krajowym, które przewidują zastosowanie sankcji w postaci zatrzymania wadium jako automatyczną konsekwencję wykluczenia podmiotu gospodarczego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na usługi, także niezależnie od tego, czy temu podmiotowi zostało udzielone zamówienie?

W pierwszej kolejności Trybunał przypomniał, że o ile przepisy dyrektywy 2004/18/WE przyznają wykonawcy możliwość polegania, po pierwsze, na zdolnościach ekonomiczno-finansowych, a po drugie, na kwalifikacjach technicznych lub zawodowych członków grupy lub innych podmiotów oraz możliwość polegania przez grupę wykonawców na zdolnościach członków tej grupy lub innych podmiotów na analogicznych warunkach, o tyle nie przewidują one zasad dotyczących w szczególności zmian w składzie grupy wykonawców będącej oferentem, w związku z czym uregulowanie takiej sytuacji należy do kompetencji państw członkowskich¹⁸⁴. Na mocy włoskich przepisów krajowych, z wyjątkiem upadłości lidera lub członka konsorcjum, jakkolwiek zmiana mająca wpływ na pierwotny skład takiego związku była zakazana, pod rygorem wykluczenia wszystkich członków tego związku z postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego.

W tym kontekście Trybunał zwrócił uwagę, że tak sformułowany zakaz zmiany konsorcjum należy oceniać w świetle ogólnych zasad prawa Unii, przy czym zwłaszcza zasada proporcjonalności wymaga, aby przepisy ustanawiane przez państwa członkowskie lub instytucje zamawiające w ramach wdrażania przepisów dyrektywy nie wykraczały poza to, co jest konieczne do osiągnięcia przewidzianych przez nią celów¹⁸⁵. Mając na względzie orzeczenie zapadłe w sprawie C-396/14 *MT Højgaard i Züblin*, z którego wynika, że członkowie tymczasowego związku przedsiębiorstw mogą, nie naruszając zasady równego traktowania, wycofać się z tego związku, pod warunkiem wykazania, że z jednej strony pozostali członkowie tego związku spełniają określone przez instytucję zamawiającą warunki udziału w postępowaniu, a z drugiej strony ich dalszy udział w tym postępowaniu nie wiąże się z pogorszeniem się sytuacji konkurencyjnej innych oferentów¹⁸⁶, to zdaniem Trybunału, ustanowienie ścisłego obowiązku zachowania tożsamości prawnej i materialnej tymczasowego związku przedsiębiorstw na podstawie regulacji włoskiego kodeksu zamówień publicznych w sposób oczywisty narusza zasadę proporcjonalności.

Na potwierdzenie swojej wykładni Trybunał wskazał, że we włoskim ustawodawstwie nie przewidziano żadnego odstępstwa, w sytuacji, gdy instytucja zamawiająca wielokrotnie wnosi o odroczenie daty ważności ofert, natomiast przepisy interpretowano w taki sposób, że nie prowadziły one do wygaśnięcia oferty z mocy prawa po upływie terminu w niej wskazanego, w rezultacie czego oferent musiał wyraźnie powołać się na uprawnienie do wycofania się ze swojej oferty. Z wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym wynikało również, że uściślenie, zgodnie z którym wycofanie się członka konsorcjum powinno być podyktowane wymogami organizacyjnymi właściwymi dla tego związku, wynika wyłącznie z orzecznictwa sądu odsyłającego, co stosownie do

¹⁸⁴ zob. analogicznie wyrok z dnia 24 maja 2016 r. w sprawie C-396/14 *MT Højgaard i Züblin przeciwko Banedanmark*, EU:C:2016:347, pkt 35

¹⁸⁵ zob. podobnie wyrok z dnia 16 grudnia 2008 r. w sprawie C-213/07 *Michaniki*, EU:C:2008:731, pkt 48; wyrok z dnia 7 września 2021 r. w sprawie C-927/19 *Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras*, EU:C:2021:700, pkt 155

¹⁸⁶ szerzej zob. A. Kowalski, *Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w zakresie zamówień publicznych w latach 2009–2017, Tom II*, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2018 r., str. 47 i n.

ugruntowanej judykatury Trybunału jest szczególnie niekorzystne dla oferentów z innych państw członkowskich, gdyż ich poziom znajomości tego prawa krajowego i jego wykładni nie może być porównywany z poziomem oferentów z danego państwa członkowskiego¹⁸⁷.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania, Trybunał orzekł, że regulacje art. 47 ust. 3 i art. 48 ust. 4 dyrektywy 2004/18/WE w związku z zasadą proporcjonalności należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie przepisom krajowym wykluczającym możliwość wycofania się pierwotnych członków będącego oferentem tymczasowego związku przedsiębiorstw z tego związku, w sytuacji gdy upłynął termin ważności oferty złożonej przez rzeczony związek, a instytucja zamawiająca wnosi o przedłużenie ważności przedłożonych jej ofert, pod warunkiem że zostanie wykazane, po pierwsze, że pozostali członkowie tego związku spełniają określone przez instytucję zamawiającą wymogi, a po drugie, że ich dalszy udział w odnośnym postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia nie wiąże się z pogorszeniem się sytuacji konkurencyjnej innych oferentów.

Natomiast w przedmiocie pytania drugiego, poprzez które włoski sąd dążył do ustalenia, czy zasady proporcjonalności i równego traktowania, a także obowiązek przejrzystości, stoją na przeszkodzie przepisom krajowym przewidującym automatyczne wykonanie tymczasowego zabezpieczenia ustanowionego przez oferenta w następstwie wykluczenia go z postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego na usługi, mimo że nie udzielono mu zamówienia na daną usługę, Trybunał stwierdził, że automatyczne wykonanie takiego z góry określonego zabezpieczenia, niezależnie od charakteru uzupełnień dokonanych ewentualnie przez niedbałego oferenta, a zatem także w braku jakiegokolwiek zindywidualizowanego uzasadnienia, nie jest zgodne z wymogami wynikającymi z poszanowania zasady proporcjonalności.

13. Scentralizowane działania zakupowe i centralne jednostki zakupujące

13.1. orzeczenie z dnia 4 czerwca 2020 r. w sprawie C-3/19 *Asmel società consortile a r.l. przeciwko Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC)*, ECLI:EU:C:2020:423

W sprawie, której dotyczył wniosek włoskiego sądu, Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC), krajowy organ antykorupcyjny, zakwestionował możliwość korzystania przez gminy z usług Asmel s.c.a.r.l., podmiotu działającego jako centralna jednostka zakupująca. ANAC argumentował, że Asmel nie spełnia wymogów przewidzianych dla

¹⁸⁷ zob. wyrok z dnia 2 czerwca 2016 r. w sprawie C-27/15 *Pippo Pizzo przeciwko CRGT Srl*, ECLI:EU:C:2016:404, pkt 46; postanowienie z dnia 13 lipca 2017 r. w sprawie C-35/17 *Saferoad Grawil sp. z o.o., Saferoad Kabex sp. z o.o. przeciwko Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Poznaniu*, ECLI:EU:C:2017:557, pkt 22

centralnych jednostek zakupujących, gdyż jest podmiotem prywatnym i jego działalność nie ogranicza się do terytorium gmin założycielskich, co jest sprzeczne z włoskimi regulacjami w zakresie zamówień publicznych. W odpowiedzi na powyższe, Asmel s.c.a.r.l. zaskarżył uchwałę ANAC do *Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio*, regionalnego sądu administracyjnego dla Lacjum, który oddalił skargę, podtrzymując tym samym stanowisko ANAC. *Consiglio di Stato*, włoski naczelny sąd administracyjny, rozpatrując odwołanie od tego orzeczenia, wskazał na możliwą sprzeczność przepisów włoskiego prawa krajowego z prawem Unii Europejskiej, szczególnie w zakresie ograniczenia form organizacyjnych dopuszczalnych dla centralnych jednostek zakupujących, co mogłoby naruszać zasady swobody świadczenia usług i otwartości na konkurencję. Wątpliwości dotyczyły także zakazu udziału podmiotów prywatnych w funkcjonowaniu tych jednostek. W związku z powyższym, *Consiglio di Stato* postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z pytaniami prejudycjalnymi dotyczącymi zgodności tych przepisów z prawem Unii¹⁸⁸.

W odpowiedzi na pierwsze i drugie pytanie prejudycjalne, Trybunał zwrócił uwagę, że z art. 11 dyrektywy 2004/18/WE w związku z art. 1 ust. 9 i 10 dyrektywy 2004/18/WE oraz z jej motywem 16 wynika, że jedynym ograniczeniem, jakie dyrektywa ta nakłada w odniesieniu do wyboru centralnej jednostki zakupującej, jest to, że taka jednostka musi mieć status „instytucji zamawiającej”. Ten szeroki zakres uznania obejmuje również ustalanie modeli organizacyjnych centralnych jednostek zakupujących, o ile tylko środki podjęte przez państwa członkowskie w celu wykonania art. 11 dyrektywy 2004/18/WE zachowują stawianą przez tę dyrektywę granicę, dotyczącą posiadania przez podmiot, z którego instytucje zamawiające zamierzają korzystać jako z centralnej jednostki zakupującej, statusu instytucji zamawiającej. Tym samym podmiot niemający statusu instytucji zamawiającej w rozumieniu art. 1 ust. 9 dyrektywy 2004/18/WE nie może zostać uznany w prawie krajowym za „centralną jednostkę zakupującą” do celów stosowania tej dyrektywy. Ponadto, powołując się na wcześniejsze orzecznictwo, Trybunał podkreślił, że o ile art. 11 ust. 2 dyrektywy 2004/18/WE zwalnia same instytucje

¹⁸⁸ *Consiglio di Stato* przedstawił Trybunałowi Sprawiedliwości następujące pytania prejudycjalne:

1. Czy przepis krajowy taki jak art. 33 ust. 3a decreto legislativo (dekretu ustawodawczego) nr 163 z dnia 12 kwietnia 2006 r., który ogranicza autonomię gmin w zakresie korzystania z centralnej jednostki zakupującej jedynie do dwóch modeli organizacyjnych, takich jak związek gmin, jeżeli już istnieje, lub konsorcjum gmin, które ma zostać utworzone, jest sprzeczny z prawem wspólnotowym?
2. Czy przepis krajowy taki jak art. 33 ust. 3a dekretu ustawodawczego nr 163 z dnia 12 kwietnia 2006 r. - który w związku z art. 3 ust. 25 dekretu ustawodawczego nr 163 z dnia 12 kwietnia 2006 r. z uwagi na model organizacyjny konsorcjum gmin wyłącza możliwość tworzenia podmiotów na podstawie prawa prywatnego, takich jak np. konsorcjum na podstawie prawa powszechnego także z udziałem podmiotów prywatnych - jest sprzeczny z prawem wspólnotowym, a w szczególności z zasadami swobodnego przepływu usług i maksymalnego otwarcia na konkurencję w zakresie zamówień publicznych na usługi?
3. Czy przepis krajowy taki jak § 33 ust. 3a - który, gdyby go interpretować w ten sposób, że zezwala konsorcjum gmin będących centralnymi jednostkami zakupującymi na prowadzenie działalności na terytorium odpowiadającym terytorium uczestniczących gmin traktowanemu jako całość, a tym samym co najwyżej w obrębie jednej prowincji, ogranicza zakres działania tych centralnych jednostek zakupujących - jest sprzeczny z prawem wspólnotowym, a w szczególności z zasadami swobodnego przepływu usług i maksymalnego otwarcia na konkurencję w zakresie zamówień publicznych na usługi?

zamawiające, które korzystają z centralnej jednostki zakupującej, w określonych w tym przepisie przypadkach, ze stosowania określonych w tej dyrektywie procedur udzielania zamówień publicznych, o tyle nakłada on jednocześnie na tę jednostkę ciążący na instytucjach zamawiających obowiązek przestrzegania określonych w tejże dyrektywie procedur¹⁸⁹. W ten sposób zapewniona jest realizacja głównego celu, któremu służą przepisy prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych, czyli swobody świadczenia usług i otwarcia na niezakłóconą konkurencję we wszystkich państwach członkowskich. Jak wskazał rzecznik generalny Sánchez-Bordona w swojej opinii w tej sprawie, że względu na ścisły związek między pojęciem „instytucji zamawiającej” a pojęciem „centralnej jednostki zakupującej”, nie można uznać, że centralne jednostki zakupujące świadczą usługi na rynku otwartym dla konkurencji przedsiębiorstw prywatnych¹⁹⁰.

W przedmiocie pytania trzeciego, co do zgodności rozpatrywanego w postępowaniu głównym ograniczenia terytorialnego, które prowadzi być może do wyłącznych stref działania centralnych jednostek zakupujących, z zasadami swobody świadczenia usług oraz jak najszerzego otwarcia na konkurencję w dziedzinie zamówień publicznych na usługi, które leżą u podstaw dyrektywy 2004/18/WE, Trybunał stwierdził, biorąc pod uwagę względy przedstawione w ramach analizy pytań pierwszego i drugiego, że przepis prawa krajowego, który ogranicza zakres działalności centralnych jednostek zakupujących do obszarów jednostek samorządu terytorialnego, które je utworzyły, nie stawia żadnego przedsiębiorstwa prywatnego w sytuacji uprzywilejowanej względem jego konkurentów, wbrew tym zasadom.

Z powyższych względów Trybunał orzekł, że art. 1 ust. 10 i art. 11 dyrektywy 2004/18/WE, należy interpretować w ten sposób, że nie stoją one na przeszkodzie obowiązywaniu przepisu prawa krajowego, który ogranicza autonomię organizacyjną małych jednostek samorządu terytorialnego w zakresie korzystania z centralnej jednostki zakupującej do tylko dwóch, czysto publicznych modeli organizacyjnych, bez udziału osób lub przedsiębiorstw prywatnych. Zarazem art. 1 ust. 10 i art. 11 nie stoją na przeszkodzie obowiązywaniu przepisu prawa krajowego, który ogranicza zakres działalności centralnych jednostek zakupujących utworzonych przez jednostki samorządu terytorialnego do ich obszaru.

¹⁸⁹ por. wyrok z dnia 8 grudnia 2016 r. w sprawie C-553/15, *Undis Servizi Srl przeciwko Comune di Sulmona*, ECLI:EU:C:2016:935, pkt 28 i przytoczone tam orzecznictwo

¹⁹⁰ por. opinia rzecznika generalnego Manuela Camposa Sáncheza-Bordony przedstawiona w dniu 2 kwietnia 2020 r. w sprawie C-3/19 *Asmel società consortile a r.l. przeciwko Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC)*, ECLI:EU:C:2020:254, pkt 70-72

13.2. orzeczenie z dnia 23 listopada 2023 r. w sprawie C-480/22 EVN Business Service GmbH, Elektra EOOD, Penon EOOD, ECLI:EU:C:2023:918

W omawianej sprawie spór powstał na tle prowadzonego w 2020 r. postępowania w sprawie udzielenia zamówienia, którego przedmiotem była umowa ramowa dotycząca wykonania instalacji elektrycznych, a także związanych z nim robót budowlanych obejmujących rozbiórkę i budowę. Zamówienie było podzielone (terytorialnie) na 36 części, a ich miejscem wykonania była Bułgaria. Stosownie do warunków postępowania, EVN Business Service GmbH, spółka prawa austriackiego z siedzibą w Austrii, występowała jako centralny zamawiający odpowiedzialny za przeprowadzenie procedury, natomiast umowa w sprawie zamówienia publicznego miała zostać zawarta z Elektrorazpredelenie YUG EAD, spółką akcyjną prawa bułgarskiego z siedzibą w Bułgarii, pełniącą funkcję sektorowego podmiotu zamawiającego. Zarazem obydwie wskazane wyżej spółki są pośrednio w 100% własnością EVN AG, która z kolei w 51% należy do kraju związkowego Dolna Austria – austriackiej jednostki władz regionalnych. Jako prawo właściwe dla prowadzonej procedury oraz wszelkich wynikających z niej roszczeń wskazano prawo austriackie, dla etapu realizacji umowy prawo bułgarskie, zaś jako organ odwoławczy *Landesverwaltungsgericht Niederösterreich*, regionalny sąd administracyjny Dolnej Austrii. W toku postępowania odwoławczego, wszczętego z inicjatywy bułgarskich wykonawców Elektra EOOD i Penon EOOD, austriacki sąd stwierdził jednakże brak swojej właściwości wskazując, że rozstrzygnięcie kwestii, czy przedsiębiorstwo bułgarskie mogło zawrzeć zamawiającym utworzonym w Bułgarii umowę podlegającą wykonaniu i na podstawie prawa obowiązującego w tym państwie stanowiłoby poważne naruszenie suwerenności i pozostawałoby w konflikcie z zasadą terytorialności, a fakt, że kraj związkowy Dolna Austria sprawował kontrolę nad zamawiającym, nie wpływał w żaden sposób na właściwość tego sądu w dziedzinie udzielania zamówień przedsiębiorstwom mającym siedzibę za granicą. Wskutek wniesionej skargi rewizyjnej spór zawisł przed *Verwaltungsgerichtshof*, austriackim trybunałem administracyjnym. W ramach postępowania skarżący przedstawili postanowienie najwyższego sądu administracyjnego Republiki Bułgarii, potwierdzające brak właściwości również bułgarskiego organu kontroli postępowań o udzielenie zamówień publicznych. Wobec powyższego sąd odsyłający zawiesił toczące się postępowanie rewizyjne i zwrócił się do Trybunału z wnioskiem prejudycjalnym¹⁹¹.

Odpowiadając na zadane pytanie, Trybunał w pierwszej kolejności wskazał, że zgodnie z art. 57 ust. 3 dyrektywy 2014/25/UE realizowanie scentralizowanych działań

¹⁹¹ *Verwaltungsgerichtshof* postanowił zadać Trybunałowi następujące pytania prejudycjalne:

1. Czy art. 57 ust. 3 dyrektywy 2014/25 należy interpretować w ten sposób, że realizowanie scentralizowanych działań zakupowych przez centralną jednostkę zakupującą »znajdującą się w innym państwie członkowskim« ma miejsce wtedy, gdy podmiot zamawiający – niezależnie od kwestii przypisania wywierania na ten podmiot dominującego wpływu – znajduje się w innym państwie członkowskim niż centralna jednostka zakupująca?

zakupowych przez centralną jednostkę zakupującą znajdującą się w innym państwie członkowskim przebiega zgodnie z przepisami krajowymi państwa członkowskiego, w którym ta jednostka się znajduje.

Następnie Trybunał zauważył, że sąd odsyłający zastanawia się nad łącznikiem podmiotu zamawiającego z państwem członkowskim na potrzeby stosowania regulacji dyrektywy. Trybunał podzielił zdanie stron w kwestii tego, że łącznikiem powinno być miejsce, w którym znajduje się podmiot zamawiający, i że w tym kontekście nie ma znaczenia, czy i ewentualnie w jaki sposób i w jakim stopniu podmiot ten jest własnością innego podmiotu, który znajduje się w innym państwie członkowskim.

W tym względzie Trybunał zaznaczył, że zarówno centralna jednostka zakupująca, jak i podmiot, który prowadzi postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, są instytucjami zamawiającymi w rozumieniu dyrektywy 2014/25/UE, co oznacza, iż łącznik z państwem członkowskim nie może być różny dla obu tych podmiotów.

W związku z tym, w przypadku takim jak rozstrzygany w ramach odesłania prejudycjalnego, gdzie centralna jednostka zakupująca i podmiot zamawiający znajdują się w różnych państwach członkowskich, Trybunał doszedł do wniosku, że ma do czynienia z zamówieniem transgranicznym, które jest udzielane za pośrednictwem centralnej jednostki zakupującej.

W rezultacie Trybunał orzekł, że stosownie do art. 57 ust. 3 dyrektywy 2014/25/UE scentralizowane działania zakupowe w ramach wspólnego udzielania zamówień przez podmioty zamawiające z różnych państw członkowskich są realizowane przez centralną jednostkę zakupującą znajdującą się w innym państwie członkowskim, w sytuacji gdy podmiot zamawiający znajduje się w innym państwie członkowskim niż państwo członkowskie centralnej jednostki zakupującej, niezależnie od miejsca, stosownie do okoliczności, w którym znajduje się podmiot trzeci sprawujący kontrolę nad jednym lub drugim z tych podmiotów.

14. Umowy ramowe

14.1. orzeczenie z dnia 19 grudnia 2018 r. w sprawie C-216/17 *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – Antitrust i Coopservice przeciwko Azienda Socio-Sanitaria Territoriale della Vallecamonica – Sebino (ASST) i in.*, ECLI:EU:C:2018:1034

W sprawie, której dotyczył wniosek włoskiego sądu, Azienda Socio-Sanitaria Territoriale, ASST, terytorialny zakład socjalno-sanitarny, udzielił konsorcjum Markas Sri i Zanetti Arturo & C. Sri zamówienia na usługi specjalistycznego sprzątania i dezynfekcji oraz usuwania i utylizacji odpadów na okres dziewięciu lat. Zawarta umowa przewidywała możliwość przystąpienia do niej w trakcie jej obowiązywania innych, wymienionych

w załączniku zakładów ASST, w oparciu o porozumienie pomiędzy zakładem udzielającym zamówienia a innymi placówkami szpitalnymi. W 2016 r. ASST w Valcamonica skorzystał z tej możliwości i zawarł ze wspomnianym konsorcjum umowę na usługi utrzymania czystości bez przeprowadzania konkurencyjnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ta decyzja ASST w Valcamonica została zaskarżona przez innego wykonawcę zainteresowanego tym zamówieniem, Coopservice S. coop. a r.l. i Autorità garante della concorrenza e del mercato – Antitrust, do regionalnego sądu administracyjnego (TAR) w Mediolanie, który obie skargi oddalił. *Consiglio di Stato*, włoski naczelny sąd administracyjny, rozpatrując apelacje od rozstrzygnięć mediolańskiego TAR, powziął wątpliwość, co do zgodności przepisów prawa krajowego z prawem unijnym i zwrócił się do Trybunału z pytaniami prejudycjalnymi dotyczącymi wykładni dyrektyw 2004/18/WE i 2014/24/UE w zakresie umów ramowych¹⁹².

Na wstępie Trybunał przypomniał, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, co do zasady, zastosowanie ma dyrektywa obowiązująca w chwili, gdy instytucja zamawiająca dokonywała wyboru trybu postępowania oraz ostatecznie rozstrzygała, czy istnieje obowiązek wcześniejszego ogłoszenia przetargu w celu udzielenia zamówienia publicznego. Nie znajdują natomiast zastosowania przepisy dyrektywy, której termin transpozycji upłynął po tej dacie¹⁹³.

Trybunał wyjaśnił, że zgodnie z art. 32 ust. 2 akapitem drugi dyrektywy 2004/18/WE, udzielenie zamówień opartych na umowach ramowych odbywa się zgodnie z procedurami określonymi w ust. 3 i 4 tego artykułu, które stosuje się wyłącznie pomiędzy instytucjami zamawiającymi i wykonawcami, którzy byli stronami umowy ramowej od samego początku¹⁹⁴. Celem tego przepisu jest umożliwienie instytucji zamawiającej udostępnienia innym instytucjom zamawiającym dostępu do umowy

¹⁹² *Consiglio di Stato* zwrócił się do Trybunału z następującymi pytaniami:

1. Czy art. 1 ust. 5 i art. 32 dyrektywy 2004/18/WE i art. 33 dyrektywy 2014/24/UE należy interpretować w taki sposób, że zezwalają one na zawarcie umowy ramowej, w której:
 - instytucja zamawiająca działa na swoją rzecz i na rzecz innych wyraźnie określonych instytucji zamawiających, które jednak nie biorą bezpośredniego udziału w podpisaniu samej umowy ramowej;
 - nie jest określona ilość świadczeń, których wykonania będą mogły żądać instytucje zamawiające niebędące sygnatariuszami przy zawieraniu przez nie późniejszych umów przewidzianych przez samą umowę ramową?
2. W wypadku odpowiedzi przeczącej na pytanie pierwsze:
 - Czy art. 1 ust. 5 i art. 32 dyrektywy 2004/18/WE i art. 33 dyrektywy 2014/24/UE należy interpretować w taki sposób, że zezwalają one na zawarcie umowy ramowej, w której:
 - instytucja zamawiająca działa na swoją rzecz i na rzecz innych wyraźnie określonych instytucji zamawiających, które jednak nie biorą bezpośredniego udziału w podpisaniu samej umowy ramowej;
 - ilość świadczeń, których wykonania będą mogły żądać instytucje zamawiające niebędące sygnatariuszami przy zawieraniu przez nie późniejszych umów przewidzianych przez samą umowę ramową, jest określona poprzez odwołanie do ich zwyczajnego zapotrzebowania?

¹⁹³ zob. cyt. wyroki: z dnia 10 lipca 2014 r. w sprawie C-213/13 *Impresa Pizzarotti przeciwko Comune di Bari i in.*

ECLI:EU:C:2014:2067, pkt 31; z dnia 7 kwietnia 2016 r. w sprawie C-324/14 *Partner Apelski Dariusz przeciwko Zarządowi Oczyszczania Miasta*, ECLI:EU:C:2016:214, pkt 83

¹⁹⁴ zob. opinia rzecznika generalnego Manuel Camposa Sánchez–Bordony przedstawiona w dniu 3 października 2018 r. w sprawie C-216/17 *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – Antitrust i Coopservice przeciwko Azienda Socio-Sanitaria Territoriale della Vallecmonica – Sebino (ASST) i in.*, ECLI:EU:C:2018:797, pkt 62

ramowej, którą zamierza zawrzeć z wykonawcami będącymi początkowo stronami tej umowy¹⁹⁵. Wymóg ten ma zastosowanie wyłącznie do wykonawców. Instytucja zamawiająca, która przystępuje do umowy ramowej w późniejszym terminie, nie musi brać udziału w jej podpisaniu, aby później móc udzielić zamówienia. Wystarczy, aby została wskazana jako potencjalny beneficjent tej umowy od daty jej zawarcia, będąc wyraźnie wymieniona w dokumentacji przetargowej. Informacja ta, może być zawarta w samej umowie ramowej lub w innym dokumencie, pod warunkiem spełnienia zasady przejrzystości.

W przedmiocie możliwości nieokreślenia przez instytucje zamawiające niebędące sygnatariuszami umowy ramowej ilości świadczeń, których wykonania będą one mogły żądać przy zawieraniu przez nie kolejnych umów, lub określania ilości tych świadczeń poprzez odniesienie do swojego zwyczajnego zapotrzebowania, Trybunał podkreślił, że celem umowy ramowej, zgodnie z art. 1 ust. 5 dyrektywy 2004/18/WE, jest określenie warunków dotyczących zamówień, które zostaną udzielone w danym czasie, zwłaszcza w odniesieniu do ceny oraz, jeśli ma to zastosowanie, przewidywanych danych ilościowych. Trybunał nie zgodził się z przyjętą przez sąd odsyłający interpretacją pojęcia „w stosownych przypadkach” i wskazał na:

- jak wynika z kilku innych przepisów dyrektywy 2004/18/WE, umowa ramowa powinna określać od dnia jej zawarcia maksymalną ilość dostaw i usług, które będą mogły stanowić przedmiot kolejnych zamówień. W szczególności art. 9 ust. 9 tej dyrektywy, który określa między innymi metody obliczania szacunkowej wartości umów ramowych, stanowi, że uwzględnieniu podlega maksymalna szacunkowa wartość bez VAT wszystkich zamówień, których udzielenie przewiduje się przez cały okres obowiązywania umowy ramowej. Co się tyczy pkt 6 lit. c), zatytułowanego „Zamówienia publiczne na usługi”, znajdującego się w tytule „Ogłoszenia o zamówieniach” załącznika VII A do dyrektywy 2004/18/WE, wymaga on również, by ogłoszenie o zamówieniu związane z taką umową określało szacunkową całkowitą wartość usług zaplanowanych na cały okres obowiązywania umowy ramowej oraz, w miarę możliwości, wartość i częstotliwość udzielania zamówień. Mimo iż instytucja zamawiająca będąca początkowo stroną umowy ramowej podlega jedynie zobowiązaniu do starannego działania jeżeli chodzi o wskazanie wartości i częstotliwości każdego z kolejnych udzielanych zamówień, powinna ona jednak koniecznie określać ogólną ilość, która będzie obejmować kolejne zamówienia;
- zgodnie z art. 32 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE, w przypadku gdy umowę ramową zawiera się z jednym wykonawcą, zamówień opartych na takiej umowie udziela się na warunkach w niej określonych. Wynika stąd, że instytucja zamawiająca będąca początkowo stroną umowy ramowej może podejmować działania na

¹⁹⁵ por. wyrok z dnia 17 listopada 1983 r. w sprawie C-292/82 *Merck przeciwko Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, ECLI:EU:C:1983:335, pkt 12

własny rachunek oraz na rzecz innych potencjalnych instytucji zamawiających, które zostały wyraźnie określone w tej umowie, wyłącznie w ramach określonego limitu zamówień, i gdy limit ten zostanie osiągnięty, rzeczona umowa przestanie wywoływać skutki prawne,

- taka wykładnia jest w stanie zapewnić poszanowanie podstawowych zasad, które regulują udzielanie zamówień publicznych mających zastosowanie w momencie zawarcia umowy ramowej, zgodnie z art. 32 ust. 2 akapit pierwszy dyrektywy 2004/18/WE. Zasady przejrzystości i równego traktowania wykonawców zainteresowanych umową ramową, ustanowione w art. 2 dyrektywy 2004/18/WE, mogą zostać naruszone, jeśli instytucja zamawiająca początkowo strony umowy ramowej nie określi ogólnej liczby zamówień objętych umową. Brak tej informacji może prowadzić do sztucznego podziału zamówienia, co byłoby sprzeczne z zasadami przejrzystości i równości traktowania. Ponadto, zakładając, że zwykłe potrzeby instytucji zamawiających zostały jasno określone w umowie ramowej, nie można zakładać, że taka jasność wystarczy dla wykonawców z innych państw członkowskich. Dlatego ważne jest, aby ogólna ilość świadczeń odpowiadających zwykłym potrzebom instytucji zamawiających była powszechnie znana i uwzględniona w umowie ramowej lub innej dokumentacji, tak aby zapewnić przejrzystość i równość traktowania wszystkich oferentów,
- ustanowienie względem instytucji zamawiającej, która była początkowo stroną umowy ramowej, wymogu, by określiła w umowie ramowej ilość oraz kwotę świadczeń, których będzie dotyczyć umowa, konkretyzuje ustanowiony w art. 32 ust. 2 akapit piąty dyrektywy 2004/18/WE zakaz stosowania umów ramowych w sposób nieodpowiedni czy też wykluczający, ograniczający lub zakłócający konkurencję.

Mając na uwadze powyższe, Trybunał udzielił następującej odpowiedzi na pytanie sądu odsyłającego, iż artykuł 1 ust. 5 i art. 32 ust. 2 akapit czwarty dyrektywy 2004/18/WE należy interpretować w ten sposób, że:

- instytucja zamawiająca może działać na swoją rzecz i na rzecz innych, wyraźnie wskazanych instytucji zamawiających, które nie są bezpośrednio stronami umowy ramowej, o ile spełnione są wymogi dotyczące jawności i pewności prawa, a w konsekwencji przejrzystości; oraz
- nie jest dopuszczalne, by instytucje zamawiające niebędące sygnatariuszami tej umowy ramowej nie określiły ilości świadczeń, których wykonania będą mogły żądać przy zawieraniu przez nie umów dotyczących wykonania tejże umowy, lub by określały ilość tych świadczeń poprzez odniesienie do swojego zwyczajnego zapotrzebowania, pod rygorem naruszenia zasady przejrzystości i równego traktowania wykonawców zainteresowanych zawarciem tej umowy.

**14.2. orzeczenie z dnia 17 czerwca 2021 r. w sprawie C-23/20 *Simonsen & Weel A/S przeciwko Region Nordjylland og Region Syddanmark*,
ECLI:EU:C:2021:490**

W sprawie, której dotyczy wniosek duńskiego sądu, region Jutlandii Północnej prowadził postępowanie, którego celem było zawarcie na okres czterech lat umowy ramowej z jednym wykonawcą na dostawy zestawów do karmienia przez sondę dla pacjentów korzystających z opieki pielęgnacyjnej przebywających w domu oraz w zakładach opieki. Jednocześnie region Danii Południowej deklarował możliwość korzystania z tej umowy ramowej „w drodze opcji”. W ogłoszeniu o zamówieniu pola dotyczące wartości szacunkowej oraz maksymalnej wartości umowy ramowej i zamówień objętych umową ramową nie zostały wypełnione. Wprawdzie w dokumentach zamówienia wskazano przewidywane roczne zużycie dla obu regionów, jednak załączony do dokumentacji postępowania projekt umowy ramowej przewidywał, że zamawiający będą uprawnieni do nabywania zestawów sond w zależności od konkretnego zapotrzebowania. Umowy ramowej nie można było również uznać za umowę na wyłączność, w związku z czym regiony mogły nabywać podobne produkty u innych dostawców zgodnie z przepisami regulującymi zamówienia publiczne. Zamawiający zdecydowali o zawarciu umowy ze spółką Nutricia A/S, której ofertę uznali za najkorzystniejszą. Decyzja zamawiających została zakwestionowana przez spółkę Simonsen & Well A/S, która argumentowała, że postępowanie podlegało unieważnieniu z uwagi na nieokreślenie przez zamawiających ani szacunkowej ilości, ani szacunkowej wartości zamówień objętych umową ramową. Regiony twierdziły natomiast, że obowiązek wskazania w ogłoszeniu o zamówieniu zakresu lub wartości nie znajduje zastosowania w odniesieniu do umów ramowych. *Klagenævnet for Udbud*, duńska komisja odwoławcza ds. zamówień publicznych, przed którą zawisł spór, zdecydowała zawiesić toczące się przed nią postępowanie i zwróciła się do Trybunału z pytaniami prejudycjalnymi dotyczącymi wymagań w tym zakresie na gruncie przepisów dyrektywy 2014/24/UE¹⁹⁶.

¹⁹⁶ *Klagenævnet for Udbud* zwróciła się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

1.
 - a) Czy zasady równego traktowania i przejrzystości określone w art. 18 ust. 1 [dyrektywy 2014/24] i w art. 49 [dyrektywy 2014/24] w związku z pkt 7 i pkt 10 lit. a) znajdującymi się w części C załącznika V do dyrektywy 2014/24 należy interpretować w ten sposób, że w takim przypadku jak niniejsze ogłoszenie o zamówieniu musi zawierać informację o szacunkowej ilości bądź szacunkowej wartości dostaw na podstawie umowy ramowej, której dotyczy przetarg?
 - b) W wypadku udzielenia odpowiedzi twierdzącej na niniejsze pytanie wnosi się do Trybunału o wypowiedzenie się w kwestii tego, czy powyższe przepisy należy interpretować w ten sposób, że informacja ta musi zostać podana w odniesieniu do umowy ramowej a) jako całości czy b) w odniesieniu do pierwotnej instytucji zamawiającej, która potwierdziła wolę zawarcia umowy na podstawie złożonej oferty (w niniejszym przypadku: region Jutlandii Północnej), czy też c) w odniesieniu do pierwotnej instytucji zamawiającej, która jedynie potwierdziła, że uczestniczy w jednej opcji [zamówienia] (w niniejszym przypadku: region Danii Południowej).
- 2.

W pierwszej kolejności Trybunał przypominał, że zgodnie z art. 33 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE umowa ramowa oznacza umowę zawartą pomiędzy co najmniej jedną instytucją zamawiającą a co najmniej jednym wykonawcą, której celem jest określenie warunków dotyczących zamówień, które zostaną udzielone w danym okresie, w szczególności w odniesieniu do ceny oraz, w stosownych przypadkach, przewidywanych ilości. Instytucje zamawiające mogą zawierać umowy ramowe, pod warunkiem że stosują procedury przewidziane w tej dyrektywie. Natomiast ogłoszenia o zamówieniu są wykorzystywane jako sposób zaproszenia do ubiegania się o zamówienie w odniesieniu do wszystkich procedur, zawierają informacje określone w części C załącznika V do tej dyrektywy i są publikowane zgodnie z treścią jej art. 51. Wynika z tego, co zaznaczył Trybunał, że art. 49 dyrektywy 2014/24/UE, a tym samym część C załącznika V do tej dyrektywy, mają zastosowanie do umów ramowych. W tym względzie Trybunał zauważył, że niektóre przepisy dyrektywy 2014/24/UE, rozpatrywane odrębnie, mogą sprawiać wrażenie, że instytucjom zamawiającym przysługuje pewien zakres uznania co do możliwości wskazania w ogłoszeniu o zamówieniu maksymalnej ilości lub wartości produktów, które mają być dostarczone w ramach umowy ramowej. Niemniej jednak, na podstawie ugruntowanego orzecznictwa, zwłaszcza omówionego powyżej wyroku w sprawie C-216/17 *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – Antitrust i Coopservice*, zasad równego traktowania i przejrzystości, ogólnej systematyki dyrektywy, jak również jej przepisów przewidujących konieczność określenia treści umowy ramowej, nie można dopuścić, by w ogłoszeniu o zamówieniu instytucja zamawiająca zaniechała wskazania maksymalnej wartości produktów, które mają zostać dostarczone na mocy takiej umowy.

W rezultacie powyższego, na pytanie pierwsze lit. a) i pytanie drugie lit. a) Trybunał udzielił odpowiedzi, że na podstawie art. 49 dyrektywy 2014/24/UE, pkt 7 i 8 oraz pkt 10 lit. a) części C załącznika V do tej dyrektywy w związku z art. 33 tej dyrektywy oraz zasadami równego traktowania i przejrzystości, o których mowa w jej art. 18 ust. 1 w ogłoszeniu o zamówieniu należy podać szacunkową ilość lub wartość, jak również

-
- a) Czy zasady równego traktowania i przejrzystości określone w art. 18 ust. 1 [dyrektywy 2014/24] oraz w art. 33 i 49 [dyrektywy 2014/24] w związku z pkt 7 i pkt 10 lit. a) znajdującymi się w części C załącznika V do dyrektywy 2014/24 należy interpretować w ten sposób, że ogłoszenie o zamówieniu bądź specyfikacja warunków zamówienia muszą określać maksymalną ilość bądź maksymalną wartość dostaw na podstawie umowy ramowej, której dotyczy przetarg, a gdy limit ten zostanie osiągnięty, rzeczona umowa przestanie wywoływać skutki prawne?
 - b) W wypadku udzielenia odpowiedzi twierdzącej na niniejsze pytanie wnosi się do Trybunału o wypowiedzenie się w kwestii tego, czy te przepisy należy interpretować w ten sposób, że powyższy maksymalny limit musi zostać wskazany w odniesieniu do umowy ramowej a) jako całości czy b) w odniesieniu do pierwotnej instytucji zamawiającej, która potwierdziła wolę zawarcia umowy na podstawie złożonej oferty (w niniejszym przypadku: region Jutlandii Północnej), czy też c) w odniesieniu do pierwotnej instytucji zamawiającej, która jedynie potwierdziła, że uczestniczy w jednej opcji [zamówienia] (w niniejszym przypadku: region Danii Południowej).

maksymalną ilość lub wartość produktów, które mają zostać dostarczone na podstawie umowy ramowej, a po osiągnięciu wskazanego limitu skutki umowy ramowej ustają.

Następnie, odpowiadając na pytanie pierwsze lit. b) oraz pytanie drugie lit. b), Trybunał wskazał, że informacje dotyczące szacunkowej ilości lub wartości, jak również maksymalnej ilości lub wartości produktów, które mają zostać dostarczone na podstawie umowy ramowej należy ująć całościowo w ogłoszeniu o zamówieniu, gdyż takie ich wskazanie jest wystarczające dla zapewnienia poszanowania zasad przejrzystości i równego traktowania. Tym niemniej, zdaniem Trybunału, regulacje dyrektywy nie stoją na przeszkodzie temu, aby instytucja zamawiająca, w celu dostarczenia oferentom wyczerpujących informacji i ułatwienia im dokonania oceny, czy powinni złożyć ofertę, określiła również dalsze wymagania oraz rozbiła ujętą całościowo szacunkową ilość lub wartość towarów, które mają zostać dostarczone na podstawie umowy ramowej, aby szczegółowo określić potrzeby pierwotnej instytucji zamawiającej, która zamierza zawrzeć umowę ramową, oraz potrzeby pierwotnych instytucji zamawiających, które wyraziły chęć udziału w umowie ramowej w sposób opcjonalny. Podobnie instytucja zamawiająca może wyodrębnić w ogłoszeniu o zamówieniu szacunkową ilość lub wartość, a także maksymalną ilość lub wartość produktów, które mają zostać dostarczone na podstawie umowy ramowej dla każdej z instytucji zamawiających, niezależnie od tego, czy mają one zamiar zawrzeć umowę ramową, czy też przysługuje im opcja.

15. Zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego

15.1. orzeczenie z dnia 14 maja 2020 r. w sprawie C-263/19 *T-Systems Magyarországi Zrt. i BKK Budapesti Közlekedési Központ Zrt. przeciwko Közbeszerzési Hatóság Közbeszerzési Döntőbizottság*, ECLI:EU:C:2020:373

BKK Budapesti Közlekedési Központ Zrt., budapeszteńska miejska spółka transportowa, zawarła w 2013 r. z T-Systems Magyarországi Zrt. umowę w sprawie zamówienia na produkcję, transport, instalację i pełną obsługę automatów do sprzedaży biletów. Umowa była następnie wielokrotnie zmieniana, wskutek czego jej zakres przedmiotowy został znacząco rozszerzony. Z tego tytułu *Közbeszerzési Hatóság Közbeszerzési Döntőbizottság*, komisja arbitrażowa węgierskiego urzędu zamówień publicznych, nałożyła zarówno na zamawiającego, jak i wykonawcę kary finansowe. *Fővárosi Törvényszék*, sąd okręgowy w Budapeszcie, rozpatrując odwołanie od tych decyzji, postanowił zawiesić toczące się przed nim postępowania i zwrócił się do Trybunału

Sprawiedliwości z pytaniami prejudycjalnymi dotyczącymi zgodności przepisów węgierskiego prawa krajowego z przepisami prawa unijnego¹⁹⁷.

Odpowiadając na pytania pierwsze i drugie, Trybunał przypomniał, że o ile dyrektywy 89/665/EWG i 92/13/EWG¹⁹⁸ wymagają istnienia środków odwoławczych przysługujących przedsiębiorstwom, które mają lub miały interes w uzyskaniu danego zamówienia i które poniosły lub mogą ponieść szkodę w wyniku zarzucanego naruszenia, o tyle nie można uznać, że dokonują one pełnej harmonizacji, a zatem dotyczą wszystkich możliwych środków odwoławczych w dziedzinie zamówień publicznych¹⁹⁹. Z tego wynika, że art. 2e dyrektywy 89/665/EWG i art. 2e dyrektywy 92/13/EWG odnoszą się wyłącznie do środków odwoławczych wniesionych przez przedsiębiorstwa, które mają lub miały interes w uzyskaniu danego zamówienia i które poniosły lub mogą ponieść szkodę w wyniku domniemanego naruszenia. Ponadto Trybunał zwrócił uwagę, iż motyw 19–21 dyrektywy 2007/66/WE²⁰⁰, która dodała art. 2e do dyrektyw 89/665/EWG i 92/13/EWG, nie podważają takiej wykładni. Ani z art. 1 ust. 2 dyrektywy 2014/25/UE, ani z motywu 12

¹⁹⁷ *Fóvarosi Törvényesek* przedstawił Trybunałowi Sprawiedliwości następujące pytania prejudycjalne:

1. Czy art. 41 ust. 1 i art. 47 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej, a także motyw 10, 29, 107, 109 i 197 oraz art. 1 ust. 2 i art. 72 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych oraz uchylającej dyrektywę 2004/18/WE sprzeciwiają się obowiązywaniu przepisu krajowego lub praktyki dotyczącej wykładni i stosowania tego przepisu, które, biorąc pod uwagę umowny stosunek prawny między umawiającymi się stronami, stanowią, że naruszenia z tytułu bezprawnego zaniechania przeprowadzenia postępowania przetargowego (z naruszeniem przepisów regulujących zmiany umów) oraz z tytułu nieprzestrzegania przepisów regulujących zmiany w umowach, dopuszcza się nie tylko instytucja zamawiająca, ale również wykonawca, który zawarł z nią umowę, na tej podstawie, że niezgodna z prawem zmiana umów wymaga wspólnego działania stron?
2. W przypadku udzielenia odpowiedzi przeczącej na pytanie pierwsze, biorąc pod uwagę postanowienia art. 41 ust. 1 i art. 47 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej, a także motyw 10, 29, 107, 109 i 111 oraz art. 1 ust. 2 i art. 72 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych oraz uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, czy motyw 19, 20 i 21 dyrektywy 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającej dyrektywę Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych, a także art. 2 ust. 2 dyrektyw Rady 89/665/EWG 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 oraz dyrektywy Rady 92/13/EWG z dnia 25 lutego 1992 r. koordynującej przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne odnoszące się do stosowania przepisów wspólnotowych w procedurach zamówień publicznych podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji, sprzeciwiają się obowiązywaniu przepisu krajowego lub praktyki dotyczącej wykładni i stosowania tego przepisu, które pozwalają na zastosowanie kary (grzywny) — innej niż skrócenie okresu obowiązywania umowy — z tytułu niezgodnego z prawem zaniechania przeprowadzenia postępowania przetargowego oraz nieprzestrzegania przepisów dotyczących zmiany umów również w stosunku do wykonawcy, który zawiera umowę z instytucją zamawiającą?
3. W wypadku udzielenia odpowiedzi przeczącej na dwa pierwsze pytania, sąd odsyłający zwraca się do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z wnioskiem o udzielenie mu wskazówek co do tego, czy w celu określenia wysokości kary (grzywny) wystarczająca jest okoliczność istnienia umownego stosunku prawnego między stronami, bez konieczności badania działania i wkładu stron, które doprowadziły do zmiany umowy?

¹⁹⁸ dyrektywa Rady 92/13/EWG z dnia 25 lutego 1992 r. koordynująca przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne odnoszące się do stosowania przepisów wspólnotowych w procedurach zamówień publicznych podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (Dz. Urz. WE L 76 z 23.3.1992, str. 14, z późn. zm.; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 6, t. 1, str. 315)

¹⁹⁹ por. wyrok z dnia 26 marca 2020 r. w sprawach połączonych C-496/18 i C-497/18 *HUNGEOD i in., przeciwko Közbeszerzési Hatóság Közbeszerzési Döntőbizottság*, ECLI:EU:C:2020:240, pkt 71 i przytoczone tam orzecznictwo

²⁰⁰ dyrektywa 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniająca dyrektywę Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych (Dz. Urz. UE L 335 z 20.12.2007, str. 31)

tej dyrektywy nie można wnioskować, że wykonawcy, którym udzielono zamówienia publicznego, nie są objęci przepisami prawa zawartymi w tej dyrektywie. Z kolei art. 89 ust. 5 tej dyrektywy nakłada obowiązek przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia w odniesieniu do modyfikacji warunków zamówienia publicznego innych niż te przewidziane w ust. 1 i 2 tego artykułu²⁰¹. Wynika z tego, że przeprowadzenie nowego postępowania o udzielenie zamówienia wymagane jest w przypadku zmian o treści w sposób istotny odbiegającej od warunków pierwotnego zamówienia, które mogą wskazywać na wolę ponownego negocjowania przez strony podstawowych ustaleń tego zamówienia.

W przedmiocie ostatniego pytania Trybunał wskazał, że z uwagi na jego zakres konieczne jest określenie wymogów wynikających z zasady proporcjonalności, których należy przestrzegać, gdy w ramach postępowania odwoławczego z urzędu ustala się kwotę grzywny nałożonej na wykonawcę zamówienia publicznego. Zgodnie z zasadą proporcjonalności normy ustanawiane przez państwa członkowskie lub instytucje zamawiające podczas stosowania dyrektyw w sprawie zamówień publicznych nie powinny wykraczać poza to, co jest niezbędne do osiągnięcia celów określonych w tych dyrektywach. O ile to do sądu odsyłającego należy ocena, czy kwota nałożonej grzywny jest proporcjonalna do celów ustawy o zamówieniach publicznych, o tyle organ nadzorczy lub sąd odsyłający nie mogą ustanowić takiej kwoty, której ustalenie zależy od zachowania lub poczynań stron danej umowy w sprawie zamówienia publicznego w okresie, w którym zamierzały one zmienić tę umowę.

Mając na względzie powyższe, Trybunał orzekł, że art. 2e ust. 2 dyrektywy 89/665/EWG, art. 2e ust. 2 dyrektywy 92/13/EWG, motywy 19–21 dyrektywy 2007/66, a także motywy 12, 113, 115 i 117, art. 1 ust. 2 i art. 89 dyrektywy 2014/25/UE, należy interpretować w ten sposób, że nie stoją one na przeszkodzie obowiązywaniu uregulowania krajowego, które w ramach postępowania odwoławczego wszczętego z urzędu przez organ nadzorczy pozwala przypisać naruszenie i wymierzyć grzywnę nie tylko instytucji zamawiającej, lecz również wykonawcy zamówienia, w przypadku gdy przy zmianie umowy o udzielenie zamówienia w trakcie realizacji tego zamówienia pominięto w sposób niezgodny z prawem zasady udzielania zamówień publicznych. Jeżeli jednak przepisy krajowe przewidują taką możliwość, procedura odwoławcza musi być zgodna z prawem Unii, w tym z jego zasadami ogólnymi, jeżeli dane zamówienie publiczne samo wchodzi w zakres przedmiotowy stosowania dyrektyw w sprawie zamówień publicznych, czy to *ab initio*, czy też w następstwie jego niezgodnej z prawem zmiany.

²⁰¹ por. wyroki: z dnia 19 czerwca 2008 r. w sprawie C-454/06 *pressetext Nachrichtenagentur przeciwko Republice Austrii i in.*, ECLI:EU:C:2008:351, pkt 34; z dnia 29 kwietnia 2010 r. w sprawie C-160/08 *Komisja Europejska przeciwko Republice Federalnej Niemiec*, ECLI:EU:C:2010:230, pkt 99

Natomiast wysokość grzywny za niezgodną z prawem zmianę umowy o udzielenie zamówienia publicznego zawartej między instytucją zamawiającą a wykonawcą należy ustalać z uwzględnieniem indywidualnego zachowania każdej ze stron.

**15.2. orzeczenie z dnia 3 lutego 2022 r. w sprawie C-461/20 *Advania Sverige AB et Kammarkollegiet przeciwko Dustin Sverige AB*,
ECLI:EU:C:2022:72**

W sprawie, w której zapadło omawiane orzeczenie, Kammarkollegiet, szwedzka agencja ds. usług prawnych, finansowych i administracyjnych, prowadziła postępowanie w trybie procedury ograniczonej w celu zawarcia umów ramowych na dostawę sprzętu komputerowego, w szczególności komputerów, monitorów i tabletów. W wyniku przeprowadzonej procedury zawarto umowy ramowe z sześcioma wykonawcami, w tym ze spółką Misco oraz spółką Dustin. Po pewnym czasie spółka Misco ogłosiła upadłość, a syndyk masy upadłościowej dokonał cesji czterech umów ramowych, zatwierdzonej następnie przez zamawiającego, na rzecz spółki Advania. Decyzja ta została zakwestionowana przez spółkę Dustin, która twierdziła, że dokonana w taki sposób cesja nie stanowi dozwolonej modyfikacji umów ramowych niewymagającej przeprowadzenia nowego postępowania konkurencyjnego. Dustin argumentował, że w zaistniałych okolicznościach nie można mówić o wstąpieniu przez Advanię w prawa i obowiązki pierwotnego wykonawcy w wyniku restrukturyzacji w rozumieniu przepisu art. 72 ust. 1 lit. d) ppkt (ii) dyrektywy 2014/24/UE, ponieważ wraz z cesją umów ramowych, dokonaną po ogłoszeniu upadłości, nie doszło do przeniesienia chociażby części działalności spółki Misco, mianowicie, działalności umożliwiającej wykonanie tych umów ramowych. Spór zawisł ostatecznie przed *Högsta förvaltningsdomstolen*, najwyższym szwedzkim sądem administracyjnym, który postanowił zawiesić toczące się postępowanie i wystąpił do Trybunału Sprawiedliwości z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym²⁰².

Odpowiadając na pytanie sądu odsyłającego, Trybunał w pierwszej kolejności przypomniał, że zgodnie z dyrektywą 2014/24/UE, nowy wykonawca może, bez przeprowadzania nowego postępowania, zastąpić wykonawcę, któremu instytucja zamawiająca pierwotnie udzieliła zamówienia, w wyniku sukcesji uniwersalnej lub częściowej w prawa i obowiązki pierwotnego wykonawcy, w następstwie restrukturyzacji, w tym przejęcia, połączenia, nabycia lub upadłości, przez innego wykonawcę, który spełnia pierwotnie ustalone kryteria kwalifikacji podmiotowej, pod warunkiem że nie

²⁰² *Högsta förvaltningsdomstolen* zadał Trybunałowi następujące pytanie:

Czy z okoliczności, że nowy wykonawca przejął prawa i obowiązki pierwotnego wykonawcy wynikające z umowy ramowej, po tym jak ogłoszono upadłość pierwotnego wykonawcy, a syndyk masy upadłościowej dokonał cesji tej umowy, wynika, iż nowy wykonawca wstąpił w prawa i obowiązki pierwotnego wykonawcy w okolicznościach takich jak te, o których mowa w art. 72 ust. 1 lit. d) ppkt (ii) dyrektywy o zamówieniach publicznych?

pociąga to za sobą innych istotnych modyfikacji umowy i nie ma na celu obejścia stosowania owej dyrektywy.

Następnie, Trybunał pochylił się nad kwestią, czy warunek sukcesji uniwersalnej lub częściowej pierwotnego wykonawcy w następstwie upadłości jest spełniony, gdy nowy wykonawca przejmuje jedynie prawa i obowiązki wynikające z umowy ramowej zawartej z instytucją zamawiającą i nie przejmuje całości lub części działalności pierwotnego wykonawcy objętej zakresem owej umowy ramowej. W tym kontekście, w ślad za rzecznikiem generalnym Saugmandsgaardem Øem, Trybunał zaznaczył, że pojęcie „sukcesji” może oznaczać przejęcie przez nowego wykonawcę całości lub tylko części majątku pierwotnego wykonawcy, a zatem jedynie przeniesienie zamówienia publicznego lub umowy ramowej wchodzącej w skład majątku pierwotnego wykonawcy²⁰³.

Trybunał zauważył, że chociaż trzy pierwsze sytuacje „restrukturyzacji” wymienione tytułem przykładu w art. 72 ust. 1 lit. d) ppkt (ii) dyrektywy 2014/24/UE, czyli: przejęcie, połączenie i nabycie, mogą oznaczać utrzymanie co najmniej części działalności pierwotnego wykonawcy, to jednak przepis ten wymienia również upadłość, która może prowadzić do rozwiązania niewypłacalnej spółki. Jednakże biorąc pod uwagę, że w treści przepisu nie ma żadnej wskazówki, że upadłość należałoby rozumieć jako ograniczoną wyłącznie do sytuacji, w których działalność pierwotnego wykonawcy umożliwiającą wykonanie zamówienia publicznego jest, przynajmniej w części, kontynuowana oraz wykładnię mającą na celu zachowanie skuteczności (*effet utile*), Trybunał doszedł do wniosku, że pojęcie „restrukturyzacji” obejmuje zmiany strukturalne pierwotnego wykonawcy, w tym upadłość, która prowadzi do likwidacji niewypłacalnej spółki. Trybunał podkreślił, że taka wykładnia językowa jest zgodna z głównym celem realizowanym przez art. 72 dyrektywy 2014/24/UE, czyli doprecyzowaniem warunków, w jakich modyfikacje umowy w trakcie jej realizacji wymagają przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia, z uwzględnieniem stosownego orzecznictwa Trybunału oraz zasad równego traktowania i przejrzystości.

W świetle powyższych rozważań Trybunał orzekł, iż art. 72 ust. 1 lit. d) ppkt (ii) dyrektywy 2014/24/UE należy interpretować w ten sposób, że wykonawcę, który w związku z postawieniem w stan upadłości pierwotnego wykonawcy prowadzącej do jego likwidacji, przejął jedynie jego prawa i obowiązki wynikające z umowy ramowej zawartej z instytucją zamawiającą, należy uznać za wstępującego, w wyniku sukcesji częściowej, w prawa i obowiązki owego pierwotnego wykonawcy, w następstwie restrukturyzacji, w rozumieniu tego przepisu.

²⁰³ zob. opinia rzecznika generalnego Henrika Saugmandsgaarda Øego przedstawiona w dniu 9 września 2021 r. w sprawie C-461/20 *Advania Sverige AB et Kammarkollegiet przeciwko Dustin Sverige AB*, ECLI:EU:C:2021:729, pkt 43

15.3. orzeczenie z dnia 7 grudnia 2023 r. w sprawach połączonych C-441/22 i C-443/22 *Zamestnik-ministar na regionalното развitie i blagoustroystvoto i rakovoditel na Upravlyavashtia organ na Operativna programa „Regioni v rastezh” 2014–2020 przeciwko Obshtina Razgrad (C-441/22) i Zamestnik-ministar na regionalното развitie i blagoustroystvoto i rakovoditel na Natsionalnia organ po Programa INTERREG V-A Rumania–Bulgaria 2014–2020 przeciwko Obshtina Balchik (C443/22), ECLI:EU:C:2023:970*

Przedmiotem obu połączonych spraw, których dotyczy wnioszek *Varhoven administrativen sad*, najwyższego bułgarskiego sądu administracyjnego, były odwołania od decyzji wiceministra rozwoju regionalnego i robót publicznych oraz kierownika administracji programów operacyjnych dotyczących zastosowania wobec zamawiających, odpowiednio Obshtina Razgrad, gmina Razgrad i Obshtina Bałczik, gmina Bałczik, korekty finansowej w wysokości 25% wynikających z umowy o udzielenie zamówienia publicznego kosztów kwalifikowalnych, pozyskanych z europejskich funduszy strukturalnych i inwestycyjnych (ESIF). Przedmiotem zamówienia udzielonego przez gminę Razgrad była budowa hali sportowej przy zawodowej szkole średniej, natomiast gmina Bałczik udzieliła zamówienia na przebudowę promenady przybrzeżnej. W przypadku obydwu zamówień roboty budowlane były wykonywane przez okres dłuższy niż określony w ogłoszeniu o zamówieniu oraz złożonych ofertach, ze względu na niekorzystne warunki pogodowe oraz wynikający z odrębnych przepisów zakaz wykonywania prac budowlanych i instalacyjnych w krajowych stacjach kąpielowych na wybrzeżu Morza Czarnego w sezonie turystycznym. Niemniej jednak zamawiający odebrali roboty bez zgłaszania zastrzeżeń i nie dochodzili kar umownych za nieterminową realizację zamówienia. W związku z powyższym kierownik organu administracji stwierdził naruszenie przepisów w postaci niezgodnej z prawem modyfikacji umowy o wykonanie zamówienia publicznego. Od wyroków sądu administracyjnego została złożona skarga kasacyjna do sądu odsyłającego, który zawiesił toczące się postępowanie i zwrócił się do Trybunału z pytaniami prejudycjalnymi dotyczącymi wykładni przepisów dyrektywy 2014/24/UE, mającymi przede wszystkim na celu ustalenie, czy możliwe jest uznanie, że miała miejsce niezgodna z prawem istotna modyfikacja umowy o zamówienie publiczne nawet wtedy, gdy strony nie zawarły pisemnego porozumienia o modyfikacji umowy, ale istnieją inne rodzaje komunikacji między nimi, które mają swój ślad na piśmie i z których można wnioskować, że doszło do modyfikacji istotnych warunków umowy.²⁰⁴

²⁰⁴ *Varhoven administrativen sad* skierował do Trybunału następujące pytania:
w sprawie C-441/22 *Obshtina Razgrad*:

1. Czy art. 72 ust. 1 lit. e) w związku z ust. 4 lit. a) i b) dyrektywy 2014/24/UE dopuszcza regulację krajową lub praktykę wykładni i stosowania tej regulacji, zgodnie z którymi naruszenie przepisów dotyczących istotnej modyfikacji zamówienia publicznego można przyjmować tylko wtedy, gdy strony podpisały pisemne porozumienie/aneks zmieniający umowę?
2. Na wypadek udzielenia odpowiedzi przeczącej na pytanie pierwsze: czy art. 72 ust. 1 lit. e) w związku z ust. 4 lit. a) i b) dyrektywy 2014/24/UE dopuszcza regulację krajową lub praktykę wykładni i stosowania tej regulacji, zgodnie z którymi niezgodna z prawem modyfikacja umowy o udzielenie zamówienia publicznego może nastąpić nie tylko poprzez podpisanie przez strony pisemnego porozumienia, ale także poprzez wspólne działania stron sprzeczne z zasadami modyfikacji umów, wyrażone w komunikacji i jej pisemnych śladach (takich jak w postępowaniu głównym), z których można wywnioskować, że istniał zgodny zamiar dokonania modyfikacji?
3. Czy art. 72 ust. 1 lit. e) w związku z ust. 4 lit. a) i b) dyrektywy 2014/24/UE dopuszcza krajową regulację lub praktykę wykładni i stosowania tej regulacji, zgodnie z którymi w przypadku takim jak w postępowaniu głównym, (w którym maksymalny termin i najpóźniejsza data realizacji zamówienia zostały określone w dokumentach zamówienia; termin ten jest również wskaźnikiem w ramach metodologii oceny ofert; rzeczywista realizacja zamówienia nastąpiła z przekroczeniem maksymalnego terminu i najpóźniejszej daty, które zostały podane w dokumentach, przy czym nie wystąpiły żadne niemożliwe do przewidzenia okoliczności; zamawiający odebrał zrealizowane zamówienie bez zastrzeżeń i nie dochodził kary za opóźnienie), wykonanie umowy z naruszeniem warunków dokumentów zamówienia i umowy w części dotyczącej terminów – przy braku niemożliwych do przewidzenia okoliczności i braku zastrzeżeń zamawiającego – interpretuje się wyłącznie jako rodzaj nienależytego wykonania umowy, a nie jako niezgodną z prawem istotną modyfikację umowy w części dotyczącej terminu realizacji?

w sprawie C-441/22 *Obshtina Balczik*:

1. Czy art. 72 ust. 1 lit. e) w związku z ust. 4 lit. a) i b) dyrektywy 2014/24/UE dopuszcza regulację krajową lub praktykę wykładni i stosowania tej regulacji, zgodnie z którymi naruszenie przepisów dotyczących istotnej modyfikacji zamówienia publicznego można przyjmować tylko wtedy, gdy strony podpisały pisemne porozumienie/aneks zmieniający umowę?
2. Na wypadek udzielenia odpowiedzi przeczącej na pytanie pierwsze: czy art. 72 ust. 1 lit. e) w związku z ust. 4 lit. a) i b) dyrektywy 2014/24/UE dopuszcza regulację krajową lub praktykę wykładni i stosowania tej regulacji, zgodnie z którymi niezgodna z prawem modyfikacja umowy o udzielenie zamówienia publicznego może nastąpić nie tylko poprzez podpisanie przez strony pisemnego porozumienia, ale także poprzez wspólne działania stron sprzeczne z zasadami modyfikacji umów, wyrażone w komunikacji i jej pisemnych śladach (takich jak w postępowaniu głównym), z których można wywnioskować, że istniał zgodny zamiar dokonania modyfikacji?
3. Czy pojęcie „starannego przygotowania [...] udzieleni[a] zamówienia” w rozumieniu motywu 109 dyrektywy 2014/24/UE, w części dotyczącej terminu realizacji czynności, obejmuje również ocenę ryzyka wynikającego ze zwykłych warunków atmosferycznych, które mogłyby mieć negatywny wpływ na terminową realizację zamówienia, jak również ocenę zakazów ustawowych dotyczących realizacji czynności w danym okresie, który mieści się w okresie realizacji zamówienia?
4. Czy pojęcie „niemożliwych do przewidzenia okoliczności” w rozumieniu dyrektywy 2014/24/UE obejmuje wyłącznie okoliczności, które powstały po udzieleniu zamówienia (tak jak to przewidziano w przepisie krajowym § 2 pkt 27 *Dopolnitelni razporedbi na Zakona za obshtestvenite porachki* (przepisów uzupełniających do ustawy o udzielaniu zamówień publicznych) i których nie można było przewidzieć nawet pomimo odpowiednio starannego przygotowania, które nie są wynikiem działań lub zaniechań stron, ale uniemożliwiają realizację zamówienia na uzgodnionych warunkach? Czy też zgodnie z dyrektywą nie jest konieczne, aby okoliczności te powstały po udzieleniu zamówienia?
5. Czy zwykłe warunki atmosferyczne, które nie są „niemożliwymi do przewidzenia okolicznościami” w rozumieniu 109 motywu dyrektywy 2014/24/UE, oraz ogłoszony przed udzieleniem zamówienia ustawowy zakaz realizacji robót budowlanych w pewnym okresie stanowią obiektywne uzasadnienie niewykonania zamówienia w terminie? Czy w tym kontekście uczestnik ma obowiązek (przy zachowaniu należytej staranności i działaniu w dobrej wierze) uwzględnienia przy obliczaniu oferowanego terminu zwykłych ryzyk mających znaczenie dla terminowej realizacji zamówienia?
6. Czy art. 72 ust. 1 lit. e) w związku z ust. 4 lit. a) i b) dopuszcza krajową regulację lub praktykę wykładni i stosowania tej regulacji, zgodnie z którymi może dojść do niezgodnej z prawem modyfikacji umowy o zamówienie publiczne w przypadku takim jak w postępowaniu głównym, w którym realizacja zamówienia w określonym przedziale czasu stanowi warunek udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia (a uczestnik zostaje wykluczony w razie niedotrzymania tego warunku); realizacja zamówienia nie nastąpiła w terminie z powodu zwykłych warunków atmosferycznych oraz ogłoszonego przed udzieleniem zamówienia ustawowego zakazu realizacji czynności objętych przedmiotem i okresem realizacji zamówienia, które nie stanowią niemożliwych do przewidzenia okoliczności; odbiór zrealizowanego zamówienia nastąpił bez zastrzeżeń dotyczących terminu i nie dochodzono kary za opóźnienie, w związku z czym doszło do modyfikacji istotnego

Odpowiadając na pytania pierwsze i drugie w sprawach C-441/22 i C-443/22, które rozpatrywano łącznie, Trybunał w pierwszej kolejności wskazał, że art. 72 dyrektywy 2014/24/UE nie przewiduje w odniesieniu do modyfikacji umowy w sprawie zamówienia, które jest w trakcie wykonywania, aby taka modyfikacja mogła zostać zakwalifikowana jako „istotna” w rozumieniu ust. 1 lit. e) i ust. 4 tego artykułu tylko wtedy, gdy zostanie ona stwierdzona w drodze pisemnego porozumienia dotyczącego zmiany umowy, a tym samym, aby nie można było wywnioskować takiego stwierdzenia na podstawie pisemnych dowodów sporządzonych w trakcie komunikowania się stron. Dodatkowo Trybunał zauważył, że na podstawie motywu 107 dyrektywy 2014/24/UE zmiany w umowie uznaje się za istotne, jeżeli wskazują na zamiar stron dotyczący renegotjacji istotnych warunków tej umowy, zaś zamiar ten może zostać ujawniony w formie innej niż pisemne porozumienie. Natomiast wykładnia, zgodnie z którą stwierdzenie istotnej zmiany jest uzależnione od istnienia pisemnego porozumienia, zdaniem Trybunału, ułatwiłaby obejście przewidzianych w tym przepisie przepisów dotyczących zmiany obowiązujących zamówień, pozwalając stronom umowy na zmianę według ich woli warunków jej wykonania, podczas gdy warunki te zostały określone w sposób przejrzysty w dokumentach dotyczących zamówień publicznych i miały mieć zastosowanie w równym stopniu do wszystkich potencjalnych oferentów w celu zapewnienia uczciwej i niezakłóconej konkurencji na rynku.

Wskutek powyższych rozważań, na pytania pierwsze i drugie w sprawach C-441/22 i C-443/22 Trybunał udzielił odpowiedzi, że art. 72 ust. 1 lit. e) i art. 72 ust. 4 dyrektywy 2014/24/UE należy interpretować w ten sposób, że do celów zakwalifikowania modyfikacji umowy w sprawie zamówienia publicznego jako „istotnej” w rozumieniu tego przepisu strony umowy nie muszą podpisywać pisemnego porozumienia mającego za przedmiot tę modyfikację, ponieważ wspólną wolę dokonania danej modyfikacji można wywieść również w szczególności z innych pisemnych dokumentów pochodzących od tych stron.

W kwestii pytań od trzeciego do piątego w sprawie C-443/22, które również rozpatrzono łącznie, Trybunał podkreślił, że pojęcie niemożliwych do przewidzenia okoliczności odnosi się do okoliczności, których nie można było przewidzieć pomimo odpowiednio starannego przygotowania pierwotnego postępowania o udzielenie zamówienia przez instytucję zamawiającą, z uwzględnieniem dostępnych jej środków, charakteru i cech tego konkretnego projektu, dobrych praktyk w danej dziedzinie oraz konieczności zagwarantowania odpowiedniej relacji pomiędzy zasobami wykorzystanymi na przygotowanie postępowania a jego przewidywalną wartością. Trybunał wywiódł zatem, że zwykłych warunków meteorologicznych oraz opublikowanych wcześniej regulacyjnych

warunku w dokumentach zamówienia, określającego zasady konkurencji, i do zachwiania równowagi ekonomicznej zamówienia na korzyść wykonawcy?

zakazów wykonywania robót budowlanych mających zastosowanie do okresu realizacji zamówienia nie można uznać za okoliczności, których działająca z należytą starannością instytucja zamawiająca nie mogła przewidzieć, w rozumieniu przepisów art. 72 ust. 1 lit. c) ppkt (i) dyrektywy 2014/24/UE w związku z jej motywem 109. Takich warunków meteorologicznych i zakazów regulacyjnych nie można również uznać na innej podstawie za uzasadniające przekroczenie wyraźnego terminu wykonania robót określonego w dokumentach postępowania i w pierwotnej umowie w sprawie tego zamówienia. Trybunał zaznaczył, że jeżeli istnieją okoliczności możliwe do przewidzenia przez instytucję zamawiającą, działającą z należytą starannością, to może ona zgodnie z art. 72 ust. 1 lit. a) dyrektywy 2014/24/UE powołać się na możliwość wyraźnego przewidzenia w dokumentach zamówienia i w pierwotnej umowie klauzul przeglądowych, na mocy których warunki wykonania tej umowy mogą zostać dostosowane w przypadku zaistnienia takiej czy innej szczególnej okoliczności, co pozwala na wprowadzenie zmian, które w przeciwnym razie wymagałyby przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie tego art. 72. Zgodnie bowiem z utrwalonym orzecznictwem, przewidując wyraźnie uprawnienie do zmiany tych warunków i ustalając w tych dokumentach szczegółowe zasady jego stosowania, gwarantuje się, że wszyscy zainteresowani wykonawcy wiedzieli o nim od samego początku i znajdują się w ten sposób na równej pozycji w chwili składania oferty²⁰⁵.

Mając na względzie powyższe, Trybunał orzekł, że zgodnie z art. 72 ust. 1 lit. c) ppkt (i) dyrektywy 2014/24/UE staranność, jaką powinna wykazać instytucja zamawiająca w celu powołania się na ten przepis, wymaga w szczególności, by instytucja ta wzięła pod uwagę przy przygotowywaniu danego zamówienia publicznego ryzyko przekroczenia terminu wykonania tego zamówienia wynikające z dających się przewidzieć przyczyn zawieszenia, takich jak zwykłe warunki meteorologiczne, a także regulacyjne zakazy wykonywania robót budowlanych, opublikowane z wyprzedzeniem i mające zastosowanie w okresie objętym realizacją tego zamówienia, ponieważ takie warunki meteorologiczne i zakazy regulacyjne nie mogą uzasadniać, jeżeli nie zostały przewidziane w dokumentach regulujących postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, wykonania robót budowlanych po upływie terminu określonego w tych dokumentach oraz w pierwotnej umowie w sprawie zamówienia publicznego.

W świetle odpowiedzi udzielonych na pytania pierwsze i drugie w sprawie C-441/22 oraz na pytania od pierwszego do piątego w sprawie C-443/22 Trybunał wskazał, że nie było

²⁰⁵ zob. podobnie wyrok z dnia 7 września 2016 r., w sprawie C-549/14- *Finn Frogne A/S przeciwko Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation*, ECLI:EU:C:2016:634, pkt 30, 36--37

potrzeby udzielania odpowiedzi na pytanie trzecie w sprawie C-441/22 i pytanie szóste w sprawie C-443/22.

16. Zamówienia na usługi społeczne i inne szczególne usługi

16.1. orzeczenie z dnia 21 marca 2019 r. w sprawie C-465/17 *Falck Rettungsdienste GmbH i Falck A/S przeciwko Stadt Solingen*, ECLI:EU:C:2019:234

W marcu 2016 r. miasto Solingen postanowiło udzielić bez uprzedniej publikacji zamówienia na usługi ratownictwa na okres 5 lat. Projekt zamówienia przewidywał używanie komunalnych karetek pogotowia, z jednej strony dla celów ratownictwa, oraz z drugiej strony dla celów transportu sanitarnego, z głównym zadaniem udzielenia pomocy i opieki pacjentom przez sanitariusza, wspieranego przez pomocnika ratowniczego. Zamawiający wezwał do składania ofert cztery „organizacje pomocowe”, w tym trzech interwenientów, a następnie udzielił po jednej części zamówienia dwóm z tych organizacji, będącym regionalnymi jednostkami działającymi na terytorium całych Niemiec prywatnych organizacji pomocowych, które zgodnie z prawem niemieckim są uznane za organizacje działające w dziedzinie obrony cywilnej i ochrony ludności.

Falck i in. wnieśli skargi do *Vergabekammer Rheinland*, izby ds. zamówień publicznych Nadrenii Północnej-Westfalii, domagając się stwierdzenia naruszenia ich praw przez miasto Solingen, twierdząc, że w przypadku utrzymania decyzji o udzieleniu zamówienia, musiałoby to być zgodne z procedurą przewidzianą przez prawo Unii. Gdy ich skargi zostały odrzucone jako niedopuszczalne, wnieśli apelację do *Oberlandesgericht Düsseldorf*, sądu okręgowego w Düsseldorfie, zarzucając *Vergabekammer Rheinland* niewłaściwą wykładnię przepisów niemieckiego prawa o zamówieniach publicznych. Zgodnie z niemieckim prawem, organizacje użyteczności publicznej działające w dziedzinie obrony cywilnej i ochrony ludności są zwolnione z procedur przetargowych. Falck i in. argumentowali jednak, że usługi ratownicze nie podlegają temu wyłączeniu, ponieważ nie dotyczą one zapobiegania masowym zagrożeniom, lecz świadczeniu pomocy osobom znajdującym się w nagłych, zagrażających sytuacjach zdrowotnych. Ponadto zwrócili uwagę na to, że niemieckie przepisy traktujące trzech interwenientów jako organizacje niekomercyjne mogą naruszać wymogi prawa Unii, które określają bardziej rygorystyczne kryteria dla kwalifikacji organizacji jako niekomercyjnych. W tych okolicznościach *Oberlandesgericht Düsseldorf* postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z czterema pytaniami prejudycjalnymi²⁰⁶.

²⁰⁶ *Oberlandesgericht Düsseldorf* postanowił zawiesić postępowanie i zwrócił się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

1. Czy udzielanie w karetce pogotowia ratunkowego przez ratownika medycznego lub sanitariusza ratownictwa medycznego pomocy i opieki pacjentom dotkniętym nagłym przypadkiem oraz udzielanie w pojeździe

Odpowiadając na pytania prejudycjalne, Trybunał w pierwszej kolejności podkreślił, że udzielanie pomocy w sytuacjach pilnych pacjentom przez ratownika lub sanitariusza oraz kwalifikowany transport sanitarny nie należą do "usług w dziedzinie obrony cywilnej" ani "usług w dziedzinie ochrony ludności". Zgodnie z dyrektywą 2014/24/UE pojęcie "zapobiegania niebezpieczeństwom" obejmuje zarówno niebezpieczeństwa zbiorowe, jak i indywidualne. W odniesieniu do interpretacji „zapobiegania niebezpieczeństwom” jak zauważył rzecznik generalny Sánchez-Bordona w opinii w tej sprawie, gdyby prawodawca uznał, że usługi transportu sanitarnego pacjentów nie należą do tego zakresu, usługi te byłyby automatycznie objęte wyłączeniem w ramach art. 10 lit. h dyrektywy 2014/24/UE.²⁰⁷ Zatem udzielanie pomocy medycznej oraz kwalifikowany transport sanitarny są częścią tego pojęcia. Natomiast wyjątek od stosowania procedur zamówień publicznych dotyczy usług ratunkowych objętych kodami CPV wskazanymi w art. 10 lit. h dyrektywy 2014/24/UE, świadczonych przez organizacje niekomercyjne. Jednakże by usługa ta podlegała temu wyjątkowi, musi istnieć ryzyko pogorszenia się stanu zdrowia pacjenta podczas transportu, co wymaga obecności odpowiednio przeszkolonego personelu medycznego. Z powyższych względów transport sanitarny może być uznany za "usługi transportu sanitarnego" objęte wyjątkiem od procedur zamówień publicznych, tylko jeśli jest wykonywany przez personel przeszkolony w zakresie pierwszej pomocy i dotyczy pacjenta, u którego istnieje ryzyko pogorszenia się stanu zdrowia podczas transportu²⁰⁸.

Trybunał stwierdził, że przepisy krajowe zdają się nie gwarantować tego, że podmioty o statusie „organizacji ochrony ludności i obrony cywilnej” nie mogą mieć celu komercyjnego, ostatecznie jednak uznał, że do sądu odsyłającego należy dokonanie oceny, czy art. 107 ust. 1 pkt 4 zdanie 2 GWB²⁰⁹ może być interpretowany w sposób zgodny z wymogami wynikającymi z art. 10 lit. h) dyrektywy 2014/24/UE. Trybunał stwierdził także, że nie ma równoważności między art. 10 lit. h) dyrektywy 2014/24/UE,

sanitarnym przez sanitariusza ratownictwa medycznego lub pomocnika ratowniczego pomocy i opieki pacjentom stanowią »usług[i] w dziedzinie obrony cywilnej, ochrony ludności i zapobiegania niebezpieczeństwom« w rozumieniu art. 10 lit. h) dyrektywy [2014/24], objęte następującymi kodami CPV: 75252000-7 (służby ratownicze) oraz 85143000-3 (usługi transportu sanitarnego)?

2. Czy art. 10 lit. h) dyrektywy [2014/24] może być interpretowany w ten sposób, że »organizacj[ami] lub stowarzyszenia[mi] o charakterze niekomercyjnym« są w szczególności takie organizacje pomocowe, które zgodnie z prawem krajowym są uznane za organizacje działające w dziedzinie obrony cywilnej i ochrony ludności?
3. Czy »organizacj[ami] lub stowarzyszenia[mi] o charakterze niekomercyjnym« w rozumieniu art. 10 lit. h) dyrektywy [2014/24] są takie organizacje, których celem jest wykonywanie zadań użyteczności publicznej, nieprowadzące działalności w celach zarobkowych i reinwestujące ewentualne zyski, aby osiągnąć cel danej organizacji?
4. Czy transport pacjenta pojazdem sanitarnym w przypadku udzielania opieki przez sanitariusza ratownictwa medycznego lub pomocnika ratowniczego (tzw. kwalifikowany transport medyczny) stanowi »usług[ę] transportu sanitarnego pacjentów« w rozumieniu art. 10 lit. h) dyrektywy [2014/24], która nie jest objęta zakresem wyłączenia i do której ma zastosowanie dyrektywa [2014/24]?

²⁰⁷ zob. opinia rzecznika generalnego Manuela Camposa Sáncheza-Bordony przedstawiona w dniu 14 listopada 2018 r. w sprawie C-465/17 *Falck Rettungsdienste GmbH i Falck A/S przeciwko Stadt Solingen*, ECLI:EU:C:2018:907, pkt 48

²⁰⁸ *Ibidem*, pkt 64

²⁰⁹ *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, niemiecka ustawa o zwalczaniu ograniczeń konkurencji

który wyłącza niektóre rodzaje działalności organizacji lub stowarzyszeń o charakterze niekomercyjnym z zakresu dyrektywy, a art. 77 tej dyrektywy, który oddaje niektóre działania organizacji opartych na udziale pracowników lub aktywnym udziale pracowników w zarządzaniu i istniejących organizacji, takich jak spółdzielnie, uproszczonemu systemowi przewidzianemu w art. 74-77 dyrektywy 2014/24/UE.

W związku z powyższym Trybunał orzekł, że artykuł 10 lit. h) dyrektywy 2014/24/UE, należy interpretować w ten sposób, że przewidziany w nim wyjątek od stosowania reguł udzielania zamówień publicznych obejmuje udzielanie pomocy w sytuacjach pilnych pacjentom przez ratownika lub sanitariusza w karetce pogotowia ratunkowego w ramach kodu CPV 75252000-7 (służby ratownicze), a także kwalifikowany transport sanitarny, obejmujący poza świadczeniem przewozu udzielanie pomocy w pojeździe sanitarnym przez sanitariusza wspieranego przez pomocnika ratowniczego w ramach kodu 85143000-3 (usługi transportu sanitarnego), o ile ów kwalifikowany transport sanitarny jest faktycznie wykonywany przez personel odpowiednio przeszkolony w zakresie pierwszej pomocy i dotyczy pacjenta, w przypadku którego istnieje ryzyko pogorszenia się jego stanu zdrowia podczas tego transportu.

Poza tym artykuł 10 lit. h) dyrektywy 2014/24/UE należy interpretować w ten sposób, że z jednej strony sprzeciwia się on temu, by stowarzyszenia pożytku publicznego uznane przez prawo krajowe za organizacje obrony cywilnej i ochrony ludności były uważane za „organizacje lub stowarzyszenia o charakterze niekomercyjnym” w rozumieniu tego przepisu, w zakresie, w jakim uznawanie statusu stowarzyszenia pożytku publicznego nie jest na mocy prawa krajowego uzależnione od dążenia do osiągnięcia celu niekomercyjnego, a z drugiej strony, że organizacje lub stowarzyszenia o celu wykonywania zadań społecznych i niekomercyjnym, reinwestujące ewentualne zyski, by osiągnąć cel organizacji lub stowarzyszenia, stanowią „organizacje lub stowarzyszenia o charakterze niekomercyjnym” w rozumieniu tego przepisu.

16.2. orzeczenie z dnia 6 października 2021 r. w sprawie C-598/19
Confederación Nacional de Centros Especiales de Empleo (Conacee)
przeciwko Diputación Foral de Gipuzkoa, ECLI:EU:C:2021:810

W sprawie, której dotyczy wniosek hiszpańskiego sądu, Confederación Nacional de Centros Especiales de Empleo (CONACEE), krajowa konfederacja specjalnych ośrodków zatrudnienia, wniosła skargę administracyjną w przedmiocie stwierdzenia nieważności decyzji Consejo de Gobierno de la Diputación Foral de Guipúzcoa, zarządu prowincji Gipuzkoa. Decyzja zatwierdzała instrukcje dla instytucji zamawiających dotyczące zastrzeżenia prawa do uczestnictwa w procedurach udzielania zamówień publicznych lub w niektórych ich częściach na rzecz specjalnych ośrodków zatrudnienia z inicjatywy społecznej oraz przedsiębiorstw społecznych zajmującym się integracją zawodową, a także wykonania szeregu takich umów w ramach programów zatrudnienia chronionego.

Wskazane instrukcje dotyczyły postępowań o udzielenie zamówień na podstawie hiszpańskich przepisów transponujących art. 20 dyrektywy 2014/24/UE. Zarazem w ramach określenia przedmiotowego zakresu zastosowania takich zamówień zastrzeżonych ustanawiały dodatkowe przesłanki dla uznania podmiotu za specjalny ośrodek zatrudnienia z inicjatywy społecznej w postaci braku nastawienia na zysk lub spełniania określonych kryteriów odnośnie do struktury właścicielskiej oraz zobowiązania do reinwestowania całości osiągniętych zysków. CONACEE stanęło na stanowisku, że takie dodatkowe wymogi skutkują wykluczeniem znacznej części hiszpańskich specjalnych ośrodków zatrudnienia działających z inicjatywy gospodarczej z udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia zastrzeżonego, nawet w sytuacji, kiedy zatrudniają one więcej niż 30% pracowników niepełnosprawnych lub w inny sposób defaworyzowanych, co świadczy o niezgodności z prawem Unii oraz prowadzi do naruszenia zasad równości i niedyskryminacji. *Tribunal Superior de Justicia del País Vasco*, wyższy trybunał sprawiedliwości Kraju Basków rozpatrujący wniesioną skargę postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z pytaniem prejudycjalnym dotyczącym zgodności regulacji krajowych z przepisem art. 20 dyrektywy 2014/24/UE.²¹⁰

Odpowiadając na pytanie sądu odsyłającego, Trybunał zauważył, że przy dokonywaniu wykładni przepisu prawa Unii należy uwzględniać nie tylko jego brzmienie, lecz także cele uregulowania, którego jest on częścią, jak również genezę tego uregulowania. W tym względzie, w ślad za rzecznikiem generalnym Tanchevem²¹¹, Trybunał w pierwszej kolejności zaznaczył, że art. 20 dyrektywy 2014/24/UE przyznaje państwom członkowskim uprawnienie i określa przesłanki, które wskazują z pewną dozą ogólności i w sposób niedookreślony rodzaje przedsiębiorstw lub wykonawców, dla których można zastrzec prawo udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego oraz minimalny odsetek pracowników niepełnosprawnych lub pracowników defaworyzowanych zatrudnionych przez te przedsiębiorstwa lub przez tych wykonawców. Z brzmienia przepisu wynika zatem, że przy podejmowaniu decyzji o zastrzeżeniu dla niektórych podmiotów prawa do udziału w procedurach udzielania zamówień publicznych na podstawie tego przepisu państwa członkowskie dysponują pewną swobodą przy wdrażaniu wymienionych w nim przesłanek.

²¹⁰ *Tribunal Superior de Justicia del País Vasco* zwrócił się do Trybunału Sprawiedliwości z następującym pytaniem:

Czy art. 20 dyrektywy [2014/24] należy interpretować w ten sposób, że nie można ograniczyć przewidzianego w nim podmiotowego zakresu zastrzeżenia w zamówieniach publicznych w taki sposób, aby wyłączyć z zakresu jego stosowania przedsiębiorstwa lub wykonawców, którzy mogą wykazać, że co najmniej 30% ich pracowników stanowią osoby niepełnosprawne oraz że realizują cel integracji społecznej i zawodowej tych osób, poprzez ustanowienie dodatkowych wymogów dotyczących tworzenia, charakteru i celów tych podmiotów, ich działalności lub inwestycji, lub innego rodzaju wymogów?

²¹¹ zob. opinia rzecznika generalnego Evgeniego Tancheva przedstawiona w dniu 29 kwietnia 2021 r. w sprawie C-598/19 *Confederación Nacional de Centros Especiales de Empleo (Conacee) przeciwko Diputación Foral de Gipuzkoa*, ECLI:EU:C:2021:349, pkt 42

W drugiej kolejności, powyższą wykładnię potwierdza cel realizowany przez omawiany przepis, którym jest wspieranie poprzez zatrudnienie i pracę integracji osób niepełnosprawnych lub defaworyzowanych w społeczeństwie. Trybunał podkreślił, że w obowiązującym stanie prawnym państwa członkowskie dysponują szerokim zakresem uznania przy określaniu środków mogących służyć realizacji określonego celu w dziedzinie polityki społecznej i zatrudnienia²¹², w ramach którego mają one możliwość przyjęcia dodatkowych przesłanek, które muszą spełniać podmioty, o których mowa w tym przepisie, aby mogły one uczestniczyć w procedurach zastrzeżonych na podstawie tego przepisu, o ile te dodatkowe przesłanki przyczyniają się do realizacji zamierzonych w nim celów polityki społecznej i zatrudnienia.

Wreszcie po trzecie, ani z dyrektywy 2014/24/UE, ani z jej genezy nie wynika, by unijny prawodawca miał na celu doprowadzenie do tego, by wykonawcy, o których mowa w tym przepisie, zatrudniający mniejszy odsetek osób niepełnosprawnych lub defaworyzowanych, wyparli wykonawców spełniających bardziej rygorystyczne wymogi art. 19 ust. 1 poprzednio obowiązującej dyrektywy 2004/18/WE. Taki rezultat byłby bowiem sprzeczny z opisanym wyżej celem.

W świetle powyższych rozważań Trybunał skonstatował, że art. 20 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE należy interpretować w ten sposób, że nie stoi on na przeszkodzie temu, by państwo członkowskie ustanawiało przesłanki dodatkowe w stosunku do przesłanek określonych w tym przepisie, wyłączając tym samym z procedur udzielania zastrzeżonych zamówień publicznych niektórych wykonawców spełniających przesłanki przewidziane w tym przepisie, pod warunkiem poszanowania przez to państwo członkowskie zasad równego traktowania i proporcjonalności. Jednocześnie Trybunał zaznaczył, że zbadanie zgodności przepisów krajowych ze wskazanymi zasadami należy do sądu krajowego.

16.3. orzeczenie z dnia 7 lipca 2022 r. w sprawach połączonych C-213/21 i C-214/21 *Italy Emergenza Cooperativa Sociale przeciwko Azienda Sanitaria Locale BarlettaAndriaTrani, Azienda Sanitaria Provinciale di Cosenza i in.*, ECLI:EU:C:2022:532

W sprawach połączonych C-213/21 i C-214/21 *Italy Emergenza* kwestią sporną były decyzje, na mocy których włoskie urzędy ochrony zdrowia, które prowadziły w 2020 r. postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na usługi transportu sanitarnego w nagłych i wyjątkowo nagłych przypadkach na podległych im obszarach, zdecydowały o bezpośrednim udzieleniu tego zamówienia organizacjom wolontariackim i Croce Rossa

²¹² zob. podobnie wyrok z dnia 19 września 2018 r. w sprawie C-312/17 *Surjit Singh Bedi przeciwko Bundesrepublik Deutschland i Bundesrepublik Deutschland in Prozessstandschaft für das Vereinigte Königreich von Großbritannien und Nordirland*, ECLI:EU:C:2018:734, pkt 59 i przytoczone tam orzecznictwo

italiana, włoskiemu Czerwonemu Krzyżowi. Italy Emergenza Cooperativa Sociale, spółdzielnia socjalna prowadząca działalność w zakresie świadczenia usług zwykłego i medycznego transportu sanitarnego, która była zainteresowana uzyskaniem tego zamówienia, zaskarżyła te decyzje podnosząc, że przepis art. 57 dekretu ustawodawczego nr 117/2017²¹³ zezwalający na bezpośrednie powierzenie w drodze umowy zadania świadczenia usług transportu w nagłych i wyjątkowo nagłych przypadkach wyłącznie organizacjom wolontariackim, wykluczając tym samym spółdzielnie socjalne, jest niegodny z art. 10 lit. h) dyrektywy 2014/24/UE w związku z jej motywem 28. Skarga została oddalona ze względu na fakt, że po pierwsze, usługa będąca przedmiotem udzielanego zamówienia stanowi „kwalifikowaną” usługę transportu sanitarnego, objętą wyjątkiem przewidzianym w art. 10 lit. h) wspomnianej dyrektywy, po drugie natomiast, wyłączenie spółdzielni socjalnych z zakresu stosowania tego wyjątku jest zgodne z prawem Unii, ponieważ spółdzielnie realizują cel gospodarczy, uzasadniający odmienne traktowanie w stosunku do organizacji lub stowarzyszeń wolontariackich, które nie mają charakteru komercyjnego. W niniejszym przypadku, co się tyczy Italy Emergenza, wyłączenie to było uzasadnione w świetle art. 5 statutu tej spółdzielni socjalnej, przewidującego możliwość wypłaty dywidendy w ograniczonej wysokości. *Consiglio di Stato*, włoski naczelny sąd administracyjny, przed który sprawa trafiła w drugiej instancji, postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z pytaniami prejudycjalnymi dotyczącymi zakresu zastosowania dyrektywy 2014/24/UE do zamówień na usługi transportu sanitarnego²¹⁴.

W pierwszym rzędzie Trybunał zaznaczył, że art. 10 lit. h) dyrektywy 2014/24/UE wyłącza z zakresu jej stosowania zamówienia publiczne na usługi, których przedmiotem są usługi objęte wymienionymi w tym przepisie kodami CPV i które są świadczone przez „organizacje lub stowarzyszenia o charakterze niekomercyjnym”. Dyrektywa nie definiuje przy tym pojęcia takich organizacji lub stowarzyszeń, jednakże mając na względzie zarówno przeciwstawienie ich podmiotom komercyjnym utworzonym w celu osiągnięcia zysku, jak też konieczność ścisłej interpretacji odstępstw od stosowania dyrektywy, Trybunał wywiódł, że w kontekście analizowanego przepisu to pojęcie powinno

²¹³ Decreto legislativo n. 117 – Codice del Terzo settore, włoski dekret ustawodawczy nr 117

²¹⁴ *Consiglio di Stato* przedłożył Trybunałowi następujące pytanie:

Czy art. 10 lit. h) dyrektywy [2014/24] – a wraz z nim motyw 28 tej dyrektywy – stoi na przeszkodzie przepisom krajowym, które przewidują, że świadczenie usług w zakresie transportu sanitarnego w nagłych i wyjątkowo nagłych przypadkach może zostać powierzone w drodze umowy, na zasadzie pierwszeństwa, jedynie organizacjom wolontariackim – z zastrzeżeniem, że są one od co najmniej sześciu miesięcy wpisane do jednolitego krajowego rejestru trzeciego sektora, a także należą do sieci stowarzyszeń i są akredytowane zgodnie z regionalnymi przepisami sektorowymi (o ile takie istnieją), oraz pod warunkiem że takie powierzenie gwarantuje wykonanie usługi w systemie skutecznego przyczyniania się do realizacji celu społecznego i dążenia do osiągnięcia celów solidarności, w warunkach efektywności ekonomicznej i adekwatności, a także zgodnie z zasadami przejrzystości i niedyskryminacji – bez uwzględniania wśród ewentualnych wykonawców innych organizacji o charakterze niekomercyjnym, a w szczególności spółdzielni socjalnych, jako przedsiębiorstw społecznych o celu niezarobkowym, w tym spółdzielni socjalnych, które dokonują rozdzielenia między członków refundacji związanych z działalnością prowadzoną w interesie ogólnym, w rozumieniu art. 3 ust. 2 bis dekretu ustawodawczego [nr 112/2017]?”.

ograniczać się do organizacji i stowarzyszeń o szczególnym charakterze, czyli takich, które nie mają żadnego komercyjnego celu i które nie mogą przynosić żadnych zysków, nawet pośrednich, swoim członkom.

W dalszej kolejności Trybunał przypomniał, że na gruncie omówionego wyżej w punkcie [16.1.](#) orzeczenia w sprawie C-465/17 *Falck* objął tym pojęciem także organizacje lub stowarzyszenia działające w celu wykonywania zadań społecznych, które nie mają celu komercyjnego, reinwestujące ewentualne zyski, aby osiągnąć cel danej organizacji lub danego stowarzyszenia²¹⁵. Jednocześnie, ustanawiając wymóg, aby ewentualne zyski były reinwestowane na cele danej organizacji lub danego stowarzyszenia, Trybunał, po pierwsze, uznał, że zyski te powinny być przeznaczane na realizację misji społecznej realizowanej przez tę organizację lub przez to stowarzyszenie, a po drugie, wykluczył możliwość, by zyski te były wypłacane akcjonariuszom lub członkom wspomnianych organizacji lub stowarzyszeń. Z powyższych rozważań wynika, że jeżeli członkowie stowarzyszenia lub organizacji mogą osiągnąć zysk, nawet pośredni, związany z działalnością tego stowarzyszenia lub tej organizacji, wspomniane stowarzyszenie lub wspomniana organizacja nie mogą być objęte wyjątkiem ustanowionym w art. 10 lit. h) dyrektywy 2014/24/UE.

Jak zauważył Trybunał, w omawianej sprawie, bez uszczerbku dla analizy przepisów krajowych i statutu organizacji rozpatrywanych w postępowaniu głównym, której dokonanie należy do sądu odsyłającego, z art. 3 ust. 2 bis dekretu ustawodawczego nr 112/2017 w związku z art. 34 statutu Włoch *Emergenza* wynika, że walne zgromadzenie może postanowić o przydziale refundacji poszczególnym członkom, dlatego też z racji tego, że refundacje stanowią instrument pozwalający na przyznanie korzyści członkom spółdzielni, istnienie takiej możliwości podziału „zysków” powinno stanowić przeszkodę dla zakwalifikowania spółdzielni socjalnej, takiej jak Włochy *Emergenza*, jako organizacji lub stowarzyszenia o charakterze niekomercyjnym w rozumieniu art. 10 lit. h) dyrektywy 2014/24/UE.

W konsekwencji Trybunał orzekł, że wskazany wyżej przepis nie stoi na przeszkodzie uregulowaniu krajowemu, które przewiduje, że zamówienia na usługi transportu sanitarnego w nagłych i wyjątkowo nagłych przypadkach można udzielić w drodze umowy na zasadzie pierwszeństwa wyłącznie organizacjom wolontariackim, a nie spółdzielniom socjalnym, które mogą dokonywać refundacji na rzecz swoich członków w związku ze swoją działalnością.

²¹⁵ zob. podobnie wyrok z dnia 21 marca 2019 r. w sprawie C-465/17 *Falck Rettungsdienste GmbH i Falck A/S przeciwko Stadt Solingen*, ECLI:EU:C:2019:234, pkt 59

**16.4. orzeczenie z dnia 14 lipca 2022 r. w sprawie C-436/20 *Asociación Estatal de Entidades de Servicios de Atención a Domicilio (ASADE)* przeciwko *Consejería de Igualdad y Políticas Inclusivas*,
ECLI:EU:C:2022:559**

W sprawie, w której zapadło omawiane orzeczenie, Asociación Estatal de Entidades de Servicios de Atención a Domicilio, państwowe stowarzyszenie podmiotów świadczących usługi w zakresie opieki domowej, dalej: „ASADE”, będące stowarzyszeniem branżowym zrzeszającym przedsiębiorstwa prywatne, wniosło skargę administracyjną o stwierdzenie nieważności przepisów krajowych przewidujących możliwość świadczenia przez podmioty o celu niezarobkowym (nie tylko przez organizacje wolontariackie) usług publicznych w zamian za wynagrodzenie bez konieczności przeprowadzania postępowania konkurencyjnego. *Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana*, wyższy trybunał sprawiedliwości wspólnoty autonomicznej Walencji, rozpatrując wniesioną przez ASADE skargę, zawiesił toczące się przed nim postępowanie i wystąpił do Trybunału Sprawiedliwości UE z wnioskiem prejudycjalnym dotyczącym wykładni przepisów dyrektywy 2014/24/UE²¹⁶.

Odpowiadając na pytania pierwsze i drugie, rozpatrywane łącznie, w pierwszej kolejności Trybunał zaznaczył, że ze względu na specyfikę systemu ustanowionego mocą art. 74-77 dyrektywy, charakteryzującego się szerokim zakresem uznania, nie można uznać, że art. 77 tej dyrektywy obejmuje w sposób wyczerpujący przypadki, w których zamówienia

²¹⁶ *Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana* przedłożył Trybunałowi Sprawiedliwości następujące pytania prejudycjalne:

1. Czy art. 49 TFUE oraz art. 76 i 77 [dyrektywy 2014/24] (w związku z art. 74 tej dyrektywy i załącznikiem XIV do niej) należy interpretować w ten sposób, że sprzeciwiają się one przepisom krajowym, które zezwalają instytucjom zamawiającym na zawieranie porozumień z podmiotami prywatnymi niemającymi celu zarobkowego (nie tylko ze stowarzyszeniami wolontariackimi) dotyczących świadczenia wszelkiego rodzaju usług społecznych na rzecz osób w zamian za zwrot kosztów bez stosowania procedur przewidzianych w tej dyrektywie i niezależnie od ich wartości szacunkowej, w oparciu o samo tylko zakwalifikowanie wspomnianych porozumień jako niepodlegających zasadom dotyczącym zamówień publicznych?
2. W wypadku gdyby odpowiedź na powyższe pytanie była przecząca, a zatem gdyby opisana w nim sytuacja była możliwa – czy art. 49 TFUE oraz art. 76 i 77 [dyrektywy 2014/24] (w związku z art. 74 tej dyrektywy i załącznikiem XIV do niej) należy interpretować w ten sposób, że zezwalają one instytucjom zamawiającym na zawieranie porozumień z podmiotami prywatnymi niemającymi celu zarobkowego (nie tylko z organizacjami wolontariackimi) dotyczących świadczenia wszelkiego rodzaju usług społecznych na rzecz osób w zamian za zwrot kosztów bez stosowania procedur przewidzianych w tej dyrektywie i niezależnie od wartości szacunkowej, w oparciu o samo tylko zakwalifikowanie wspomnianych porozumień jako niepodlegających zasadom dotyczącym zamówień publicznych, w przypadku gdy ponadto rzeczzone przepisy krajowe nie zawierają wyraźnie przesłanek ustanowionych w art. 77 wspomnianej dyrektywy, lecz odsyłają do dalszych przepisów wykonawczych, nie przewidując wyraźnie wśród wytycznych dla owych przepisów wykonawczych wymogu, aby przepisy te przejęły dokładnie przesłanki ustanowione w art. 77 wspomnianej dyrektywy?
3. W wypadku gdyby odpowiedź na powyższe pytanie również była przecząca, a zatem gdyby opisana w nim sytuacja była możliwa – czy art. 49 i 56 TFUE oraz art. 76 i 77 [dyrektywy 2014/24] (w związku z art. 74 tej dyrektywy i załącznikiem XIV do niej), a także art. 15 ust. 2 [dyrektywy 2006/123] należy interpretować w ten sposób, że przy dokonywaniu wyboru podmiotu o celu niezarobkowym (nie tylko stowarzyszeń wolontariackich), z którym zawarte zostanie porozumienie dotyczące świadczenia wszelkiego rodzaju usług społecznych na rzecz osób – poza usługami wymienionymi w art. 2 ust. 2 lit. j) [dyrektywy 2006/123] – zezwalają one instytucjom zamawiającym na uwzględnienie wśród kryteriów wyboru posiadania siedziby w miejscowości, w której świadczona będzie usługa?

publiczne mające na celu świadczenie usługi określonej w załączniku XIV do wspomnianej dyrektywy, mogą być zastrzeżone dla określonych kategorii wykonawców. W związku z tym Trybunał postanowił zbadać zaskarżone przepisy krajowe w świetle zasad równego traktowania i przejrzystości.

W tym względzie Trybunał zaznaczył, że zastrzeżenie prawa do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówień publicznych na usługi społeczne w zakresie pomocy na rzecz osób dla podmiotów prywatnych niemających celu zarobkowego, w tym dla tych, które nie są wolontariuszami w ścisłym tego słowa znaczeniu, jest zgodne z zasadą równego traktowania wykonawców, o ile z jednej strony ewentualne zyski wynikające z wykonania tych zamówień zostaną ponownie zainwestowane przez te podmioty w celu osiągnięcia celu leżącego w społecznym interesie ogólnym, a z drugiej strony jeżeli takie zastrzeżenie jest uzasadnione zarówno zasadami powszechności i solidarności, właściwymi dla systemu pomocy społecznej, jak i względami efektywności gospodarczej i adekwatności podmiotów, które nie kierują się względami czysto handlowymi²¹⁷. Ponadto takie zastrzeżenie powinno rzeczywiście przyczyniać się do realizacji celu społecznego oraz celów solidarności i efektywności budżetowej, na których system ten się opiera²¹⁸.

Natomiast w kontekście zasady przejrzystości, zamawiający, którzy zamierzają udzielić zamówienia publicznego na usługi wymienione w załączniku XIV do dyrektywy 2014/24/UE, powinni co do zasady przedstawić swój zamiar w ogłoszeniu o zamówieniu lub we wstępnym ogłoszeniu informacyjnym opublikowanym zgodnie z art. 51 tej dyrektywy przez Urząd Publikacji Unii Europejskiej lub, w stosownych przypadkach, dla wstępnego ogłoszenia informacyjnego – na swoich profilach nabywców.

W rezultacie Trybunał skonstatował, że art. 76 i 77 dyrektywy 2014/24/UE nie sprzeciwiają się uregulowaniu krajowemu, które zastrzega dla prywatnych podmiotów niemających celu zarobkowego, uprawnienie do zawierania w drodze przetargu umów, na mocy których podmioty te świadczą usługi społeczne na rzecz osób w zamian za zwrot poniesionych przez te podmioty kosztów, bez względu na szacunkową wartość tych usług, nawet jeśli podmioty te nie spełniają wymogów przewidzianych w owym art. 77, o ile z jednej strony ramy prawne i umowne, w których prowadzona jest działalność wspomnianych podmiotów, rzeczywiście przyczyniają się do celu społecznego oraz do realizacji celów solidarności i efektywności budżetowej, na których opiera się owo uregulowanie, a z drugiej strony przestrzegana jest zasada przejrzystości, która została określona w art. 75 owej dyrektywy.

²¹⁷ zob. analogicznie wyrok z dnia 28 stycznia 2016 r. w sprawie C-50/14 *Consorzio Artigiano Servizio Taxi e Autonoleggio (CASTA) i inni przeciwko Azienda sanitaria locale di Ciriè, Chivasso e Ivrea (ASL TO4) i Regione Piemonte*, ECLI:EU:C:2016:56, pkt 57

²¹⁸ zob. analogicznie wyroki: z dnia 11 grudnia 2014 r. w sprawie C-113/13 *Azienda sanitaria locale n. 5 „Spezzino” i in. przeciwko San Lorenzo Soc. coop. Sociale oraz Croce Verde Cogema cooperativa sociale Onlus*, ECLI:EU:C:2014:2440, pkt 60; a także cyt. wyrok w sprawie *CASTA i inni*, pkt 63

Z kolei odpowiadając na pytanie trzecie, Trybunał przypomniał, że kryterium lokalizacji musi być zgodne z zasadą równego traktowania wykonawców. Wprawdzie odmienne traktowanie może być zgodne ze wspomnianą zasadą, jednakże tylko wtedy, gdy jest uzasadnione zgodnym z prawem celem. W sprawie będącej przedmiotem odesłania ustalone kryterium mające na celu w szczególności zapewnienie bliskości i dostępności usług społecznych będących przedmiotem umowy w sprawie uzgodnionego działania jest zdaniem Trybunału w oczywisty sposób nieproporcjonalne do realizacji założonego celu. Nawet bowiem przy założeniu, że posiadanie siedziby przez wykonawcę na terytorium miejscowości, w której ma on świadczyć dane usługi społeczne, jest niezbędne dla zapewnienia bliskości i dostępności tych usług, to cel taki mógłby w każdym wypadku zostać osiągnięty w równie skuteczny sposób poprzez zobowiązanie tego wykonawcy do spełnienia tego warunku dopiero na etapie realizacji danego zamówienia publicznego.

17. Procedury odwoławcze

17.1. orzeczenie z dnia 7 sierpnia 2018 r. w sprawie C-300/17 *Hochtief przeciwko Budapest Főváros Önkormányzata*, ECLI:EU:C:2018:635

W niniejszej sprawie zamawiający ogłosił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na realizację robót budowlanych w trybie negocjacji z uprzednią publikacją ogłoszenia. W postępowaniu wzięło udział pięć podmiotów, w tym konsorcjum HOLI, na którego czele stała spółka Hochtief.

W lipcu 2005 r. zamawiający poinformował konsorcjum o odrzuceniu jego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu z powodu ryzyka konfliktu interesów. Konsorcjum mianowało na stanowisko kierownika projektu eksperta, który wcześniej uczestniczył w przygotowaniu postępowania po stronie instytucji zamawiającej. Odwołanie wniesione przez konsorcjum zostało oddalone przez komisję arbitrażową, która uznała, że wyznaczenie eksperta nie było jedynie pomyłką administracyjną. Skarga konsorcjum została również oddalona przez sąd w Budapeszcie w 2006 r., zaś w 2008 r. Komisja Europejska stwierdziła, że zamawiający naruszył przepisy dotyczące zamówień publicznych, wykluczając konsorcjum bez umożliwienia mu wykazania, iż wyznaczenie eksperta nie zakłócało konkurencji.

Po wydaniu wyroku przez Trybunał w sprawie *Hochtief i Linde-Kca-Dresden*²¹⁹, sąd apelacyjny w Budapeszcie utrzymał w mocy wcześniejsze orzeczenia, nie uwzględniając zarzutów Hochtief dotyczących naruszenia prawa do obrony. Hochtief argumentował, że

²¹⁹ zob. wyrok z dnia 15 października 2009 r. w sprawie *Hochtief AG, Linde-Kca-Dresden GmbH przeciwko Közbeszerzési Tanácsa Közbeszerzési Döntőbizottság*, ECLI:EU:C:2009:627 i przytoczone tam orzecznictwo

zakaz łączenia funkcji, na który powołał się zamawiający, stanowił nieproporcjonalne ograniczenie prawa do udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne.

Spółka Hochtief, opierając się na ustaleniach Komisji, wniosła powództwo o odszkodowanie za koszty poniesione w związku z udziałem w postępowaniu. Zarówno sąd pierwszej instancji, jak i sąd apelacyjny oddaliły to powództwo. W odpowiedzi na skargę kasacyjną, *Kúria*, węgierski sąd najwyższy, zawiesił postępowanie i skierował do Trybunału pytania prejudycjalne dotyczące możliwości dochodzenia odszkodowania bez uprzedniego uchylenia decyzji wykluczającej z postępowania²²⁰.

W pierwszej kolejności Trybunał przypominał, iż zgodnie z dyrektywą 89/665/EWG państwa członkowskie mogą przewidzieć, że w przypadku gdy wystąpiono z roszczeniem o odszkodowanie w związku z bezprawnie podjętą decyzją, przedmiotowa decyzja musi być uprzednio uchylona przez organ mający niezbędne uprawnienia. Z samego brzmienia tego przepisu wynika, że państwa członkowskie dysponują, co do zasady, uprawnieniem przyjęcia krajowego przepisu proceduralnego, który uzależnia możliwość dochodzenia roszczenia cywilnego, opartego na naruszeniu przepisów dotyczących zamówień publicznych, od spełnienia przesłanki, by komisja arbitrażowa taka jak w postępowaniu głównym w drodze ostatecznej decyzji lub – w ramach kontroli sądowej decyzji wydanej przez taką komisję arbitrażową – sąd w drodze prawomocnego orzeczenia stwierdził, że nastąpiło naruszenie tych przepisów²²¹.

Trybunał podkreślił także, że dyrektywa 89/665/EWG ustanawia jedynie minimalne warunki, jakie muszą spełniać procedury odwoławcze ustanowione w krajowych porządkach prawnych w celu zapewnienia poszanowania prawa Unii w dziedzinie

²²⁰ *Kúria* zawiesił postępowanie i zwrócił się do Trybunału z pytaniami prejudycjalnymi:

1. Czy prawo Unii stoi na przeszkodzie obowiązywaniu przepisu proceduralnego państwa członkowskiego, uzależniającego możliwość dochodzenia dowolnego roszczenia cywilnego, u którego podstaw leży naruszenie przepisów z dziedziny zamówień publicznych, od spełnienia przesłanki, by komisja arbitrażowa w drodze ostatecznej decyzji lub – w ramach kontroli sądowej decyzji komisji arbitrażowej – sąd w drodze prawomocnego orzeczenia stwierdził, że nastąpiło naruszenie tych przepisów?
2. Czy przepis państwa członkowskiego, który dla tego, by można było dochodzić roszczenia odszkodowawczego, wprowadza wymóg uprzedniego stwierdzenia w drodze ostatecznej decyzji komisji arbitrażowej lub – w ramach kontroli sądowej decyzji komisji arbitrażowej – sąd w drodze prawomocnego orzeczenia, że nastąpiło naruszenie przepisów, może zostać zastąpiony innym przepisem na podstawie prawa Unii? A zatem czy istnieje możliwość, by poszkodowany wykazał innymi środkami naruszenie przepisów?
3. Czy w ramach sporu o uzyskanie odszkodowania przepis proceduralny państwa członkowskiego, zezwalający na zaskarżenie przed sądem decyzji administracyjnej jedynie na podstawie argumentów prawnych podniesionych w postępowaniu przed komisją arbitrażową, mimo że poszkodowany, jako podstawę naruszenia uregulowania, które podnosi, może jedynie podnieść niezgodność z prawem swojego wykluczenia w oparciu o istnienie konfliktu interesów zgodnie z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, przez co spowoduje, że zostanie wykluczony z postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego na innej podstawie, zgodnie z uregulowaniami właściwymi procedurze negocjacyjnej, przez to, że zostaną wprowadzone zmiany do jego kandydatury, jest niezgodny z prawem Unii, a w szczególności z zasadami skuteczności i równoważności, lub może wywołać skutek niezgodny z tym prawem i tymi zasadami?

²²¹ por. opinia rzecznika generalnego Melchiora Watheleta przedstawiona w dniu 7 czerwca 2018 r. w sprawie C-300/17 *Hochtief AG przeciwko Budapest Főváros Önkormányzata*, ECLI:EU:C:2018:405, pkt 39

zamówień publicznych²²². Do państw członkowskich należy określenie zasad regulujących procedury odwoławcze, których celem jest zapewnienie ochrony uprawnień przyznanych przez prawo Unii kandydatom i oferentom poszkodowanym wskutek decyzji zamawiających.

W konsekwencji Trybunał odpowiedział na zadane pytania w ten sposób, że artykuł 2 ust. 6 dyrektywy 89/665/EWG, zmienionej dyrektywą 2014/23/UE, należy interpretować w ten sposób, że nie stoi on na przeszkodzie obowiązywaniu krajowego uregulowania proceduralnego, takiego jak rozpatrywane w postępowaniu głównym, które uzależnia możliwość dochodzenia roszczenia cywilnego, opartego na naruszeniu przepisów dotyczących zamówień publicznych i postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, od spełnienia przesłanki, by komisja arbitrażowa w drodze ostatecznej decyzji lub – w ramach kontroli sądowej decyzji owej komisji arbitrażowej – sąd w drodze prawomocnego orzeczenia stwierdziły, że nastąpiło naruszenie tych przepisów.

Z kolei przepisy art. 1 ust. 1 i 3 dyrektywy 89/665/EWG w związku z art. 47 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej należy interpretować w ten sposób, że w przypadku powództwa o odszkodowanie prawo to nie stoi na przeszkodzie krajowemu przepisowi proceduralnemu takiemu jak rozpatrywany w postępowaniu głównym, który ogranicza kontrolę sądową decyzji wydanej przez komisję arbitrażową, zobowiązaną do kontroli w pierwszej instancji decyzji przyjętych przez zamawiających w ramach postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, do zbadania jedynie zarzutów podniesionych przed tą komisją.

**17.2. orzeczenie z dnia 28 listopada 2018 r. w sprawie C-328/17 *Amt Azienda Trasporti e Mobilità i in. przeciwko Atpl Liguria – Agenzia regionale per il trasporto pubblico locale SpA, Regione Liguria*,
ECLI:EU:C:2018:958**

W sprawie, której dotyczył wniosek włoskiego sądu, Agenzia regionale per il trasporto pubblico locale, regionalna agencja lokalnego transportu publicznego, wszczęła postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi transportowe na całym terenie regionu Ligurii. Zgodnie z warunkami zamówienia, zamawiający nie dopuszczał składania ofert częściowych, opierając się w tym zakresie na przepisach ustawy regionalnej, na mocy której udzielanie zamówień na usługi transportowe powinno ograniczać się tylko do jednej części obejmującej cały region. Wykonawcy, którzy dotychczas świadczyli te usługi na poziomie prowincji i niższym, zaskarżyli postanowienia ogłoszenia o zamówieniu do *Tribunale Amministrativo Regionale (TAR) per la Liguria*, regionalnego sądu administracyjnego w Ligurii, podnosząc niekonstytucyjność przepisów ustawy

²²² zob. w szczególności wyrok z dnia 15 września 2016 r. w sprawach połączonych C-439/14 i C-488/14 *SC Star Storage SA i in. przeciwko Institutul Național de Cercetare-Dezvoltare în Informatică (INCI) i in.*, ECLI:EU:C:2016:688, pkt 42 i przytoczone tam orzecznictwo

regionalnej oraz naruszenie traktatowych swobód przedsiębiorczości i świadczenia usług. Liguryjski TAR najpierw zwrócił się do *Corte costituzionale*, włoskiego sądu konstytucyjnego, o zbadanie konstytucyjności kwestionowanych przepisów regionalnych. Sąd konstytucyjny uznał wniosek TAR za niedopuszczalny ze względu na brak interesu po stronie skarżących. W ocenie włoskiego sądu konstytucyjnego wykonawca, który nie brał udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, nie ma interesu w jego uzyskaniu i tym samym nie jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej. W tych okolicznościach *Tribunale amministrativo regionale per la Liguria* postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującym pytaniem prejudycjalnym²²³.

Trybunał wyjaśnił, iż państwa członkowskie muszą zapewnić dostępność określonych w dyrektywie 89/665/EWG procedur odwoławczych „przynajmniej” dla każdego podmiotu, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia i który poniósł szkodę lub może ponieść szkodę w wyniku domniemanego naruszenia prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych lub krajowych przepisów transponujących to prawo²²⁴. W związku z tym państwa członkowskie nie są zobowiązane do udostępnienia tych procedur każdemu podmiotowi ubiegającemu się o zamówienie publiczne, lecz mogą wymagać, aby wykazał on rzeczywistą lub potencjalną szkodę wynikającą z zarzucanego naruszenia²²⁵. W świetle art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665/EWG, udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia stanowi zasadniczą przesłankę, aby wykazać interes lub ryzyko poniesienia szkody z powodu nieprawidłowej decyzji o przyznaniu zamówienia. Bez złożenia oferty, podmiotowi trudno jest wykazać swoje zainteresowanie w zakwestionowaniu decyzji lub poniesienie szkody związanej z udzieleniem zamówienia²²⁶. W sytuacji, gdy przedsiębiorca nie złożył oferty z powodu dyskryminujących go specyfikacji, co uniemożliwiłoby mu zrealizowanie żądanych świadczeń, byłoby nierealistyczne oczekiwanie, aby najpierw złożył ofertę, zanim mógłby skorzystać z procedur odwoławczych przewidzianych w dyrektywie 89/665/EWG. W takim przypadku, szanse na uzyskanie zamówienia są zerowe z powodu istnienia tych specyfikacji²²⁷. Trybunał odwołał się do orzecznictwa włoskiej Rady Stanu i wyroku włoskiego Trybunału Konstytucyjnego, wskazującego, że wykonawca, który nie złożył

²²³ *Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria* zwrócił się do Trybunału z następującym pytaniem:

Czy art. 1 ust. 1, 2 i 3 oraz art. 2 ust. 1 lit. b) dyrektywy nr 89/665/EWG sprzeciwiają się przepisom krajowym przyznającym możliwość zaskarżenia czynności przetargowych wyłącznie przedsiębiorcom, którzy złożyli wniosek o dopuszczenie do udziału w przetargu, także wówczas gdy w skardze zakwestionowano same podstawy procedury przetargowej, w zakresie w jakim przepisy przetargowe powodują, że nieuzyskanie zamówienia jest wysoce prawdopodobne?

²²⁴ por. wyroki: z dnia 12 lutego 2004 r. w sprawie C-230/02 *Grossmann Air Service przeciwko Austrii*, ECLI:EU:C:2004:93, pkt 25; z dnia 5 kwietnia 2016 r. w sprawie C-689/13 *Puligienica Facility Esco SpA (PFE) przeciwko Airgest SpA*, ECLI:EU:C:2016:199, pkt 23

²²⁵ por. wyroki: z dnia 19 czerwca 2003 r. w sprawie C-249/01 *Hackermüller przeciwko Bundesimmobiliengesellschaft i in.*, ECLI:EU:C:2003:359, pkt 18; z dnia 12 lutego 2004 r. w sprawie C-230/02 *Grossmann Air Service przeciwko Austrii*, ECLI:EU:C:2004:93, pkt 26

²²⁶ cyt. wyrok w sprawie *Grossmann Air Service*, pkt 27

²²⁷ *Ibidem*, pkt. 28, 29

oferty, może posiadać interes prawny w przypadku braku przeprowadzenia przetargu, braku ogłoszenia o zamówieniu lub gdy warunki ogłoszenia prowadzą do jego bezpośredniego wykluczenia bądź nakładają nieproporcjonalne obciążenia. Na tej podstawie Trybunał uznał, że wymogi dyrektyw 89/665/EWG i 92/13/EWG są spełnione i umożliwiają wykonawcy, który nie złożył oferty, wniesienie skargi, gdy uznaje, że specyfikacje przetargowe uniemożliwiają mu sporządzenie oferty.

Trybunał jednak zaznaczył, że chociaż wykonawca, który nie złożył oferty, może w wyjątkowych sytuacjach mieć prawo do wniesienia skargi, to zgodnie z dyrektywami 89/665/EWG i 92/13/EWG nie powinno mieć to miejsca po wydaniu decyzji o udzieleniu zamówienia. Ponadto wymaganie od wykonawcy, który nie złożył oferty, udowodnienia, że warunki przetargu uniemożliwiają samo sporządzenie oferty, nie jest przesadne. W szczególnych okolicznościach może dojść do naruszenia prawa do środka odwoławczego, wynikającego zarówno z dyrektywy 89/665/EWG, jak i 92/13/EWG, gdy stosowanie tego wymogu stanie się nieproporcjonalne.

Trybunał podkreślił, że sąd odsyłający powinien dokładnie zbadać, czy zastosowanie włoskich przepisów dotyczących legitymacji procesowej może wpłynąć na prawo do skutecznej ochrony sądowej skarżących w postępowaniu głównym, uwzględniając wszystkie istotne elementy kontekstu sprawy. Trybunał udzielił też wskazówek, zaznaczając, że Amt i inni wykonawcy świadczyli usługi transportu publicznego na szczeblu regionalnym przed ogłoszeniem przetargu, a lokalne przepisy nakładały obowiązek organizacji tych usług na poziomie regionu. Sąd odsyłający powinien zatem zbadać uzasadnienie decyzji regionu o centralizacji usług transportowych na poziomie regionalnym, np. z uwagi na oszczędności dzięki efektowi skali.

Podsumowując, w wyroku w tej sprawie Trybunał orzekł, że zarówno art. 1 ust. 3 dyrektywy Rady 89/665/EWG jak i art. 1 ust. 3 dyrektywy Rady 92/13/EWG, należy interpretować w ten sposób, że nie stoją one na przeszkodzie obowiązywaniu przepisów krajowych, takich jak te rozpatrywane w postępowaniu głównym, które nie zezwalają na zaskarżenie przez wykonawców decyzji instytucji zamawiającej dotyczących postępowania przetargowego, w którym postanowili oni nie brać udziału, ponieważ przepisy mające zastosowanie do tego postępowania sprawiały, że udzielenie tym wykonawcom zamówienia było bardzo mało prawdopodobne. Jednak to właściwy sąd krajowy powinien szczegółowo ocenić, biorąc pod uwagę wszystkie istotne elementy charakteryzujące kontekst, w jaki wpisuje się zawisła przed nim sprawa, czy zastosowanie w tym konkretnym przypadku tych przepisów nie może mieć wpływu na prawo do skutecznej ochrony sądowej zainteresowanych wykonawców.

**17.3. orzeczenie z dnia 25 października 2018 r. w sprawie C-260/17
*Anodiki Services EPE GNA, O Evangelismos – Ofthalmiatreio Athinon –
Polykliniki, Geniko Oγκολογικο Νοσοκομείο Kifisias – (GONK) „Oi Agioi
Anargyroi”, ECLI:EU:C:2018:864***

W sprawie, o której była mowa wyżej w punkcie 2.2., Symvoulío tis Epikrateias zawiesiła postępowanie i zwróciła się do Trybunału z pytaniem prejudycjalnym dotyczącym zakresu ochrony sądowej przewidzianej w dyrektywie 89/665/EWG w przypadku decyzji instytucji zamawiającej o zawarciu umowy bez zastosowania procedury udzielania zamówień publicznych, podjętej na podstawie założenia, że dana umowa nie podlega przepisom dyrektywy 2014/24/UE (pytanie trzecie)²²⁸.

W kontekście pytania trzeciego Trybunał wyjaśnił, że zgodnie z art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665/EWG każda decyzja instytucji zamawiającej, mogąca naruszać przepisy prawa Unii dotyczące zamówień publicznych, podlega kontroli sądowej. Przepisy dyrektywy nie rozróżniają decyzji instytucji zamawiającej pod względem ich treści czy momentu przyjęcia, co oznacza, że wszystkie decyzje mogące wywoływać skutki prawne w obszarze zamówień publicznych muszą podlegać kontroli sądowej²²⁹. Trybunał przypomniał również, że każda decyzja instytucji zamawiającej podjęta w związku z zamówieniem publicznym na usługi, podlegająca przedmiotowemu zakresowi stosowania dyrektywy 2014/24/UE i mogąca wywołać skutki prawne, stanowi decyzję podlegającą zaskarżeniu w rozumieniu art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665/EWG niezależnie od tego, czy została podjęta poza formalną procedurą udzielania zamówień, czy w jej ramach²³⁰. Zatem jeżeli instytucja zamawiająca podejmuje decyzję o niewszczygnięciu postępowania o udzielenie zamówienia na tej podstawie, że konkretne zamówienie nie podlega jej zdaniem zakresowi stosowania właściwych przepisów prawa Unii, decyzja taka jest decyzją podlegającą kontroli sądowej²³¹. Jeśli dyrektywa 89/665/EWG nie nakładałaby obowiązku zapewnienia ochrony sądowej poza formalną procedurą zamówień publicznych, to decyzje instytucji zamawiających w sprawie niewszczygnięcia takiej procedury lub ustalania, czy zamówienie publiczne podlega przepisom prawa Unii, nie mogłyby być zaskarżone. To uczyniłoby stosowanie przepisów prawa Unii

²²⁸ Trzecie pytanie Symvoulío tis Epikrateias było następujące:

3. Czy w przypadku decyzji organu publicznego – takiej jak uchwały zaskarżone w postępowaniu głównym – która zdaniem tego organu dotyczy umowy niewchodzącej w zakres stosowania dyrektywy 2014/24 (na przykład, ponieważ jest to »umowa o pracę«), wyłączona jest ochrona sądowa przewidziana w art. 1 dyrektywy [89/665] [...], w sytuacji gdy skargę wnosi podmiot gospodarczy, który ma uzasadniony interes w tym, by zostało mu udzielone zamówienie publiczne o takim samym przedmiocie, i który twierdzi, że niezgodnie z prawem dyrektywa [2014/24] nie została zastosowana z uwagi na przekonanie, że nie znajduje ona zastosowania?

²²⁹ por. wyrok z dnia 5 kwietnia 2017 r. w sprawie C-391/15 *Marina del Mediterráneo i in.* przeciwko *Agencia Pública de Puertos de Andalucía*, ECLI:EU:C:2017:268, pkt 26 i przytoczone tam orzecznictwo

²³⁰ por. wyrok z dnia 11 stycznia 2005 r. w sprawie C-26/03 *Stadt Halle i RPL Lochau przeciwko Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, ECLI:EU:C:2005:5, pkt 34

²³¹ *Ibidem*, pkt. 33

fakultatywnym, zależnym od decyzji instytucji zamawiających, mimo że ich stosowanie jest obowiązkowe, jeśli spełnione zostaną odpowiednie warunki²³².

Mając na względzie powyższe, Trybunał orzekł, że art. 1 ust. 1 dyrektywy Rady 89/665/EWG należy interpretować w ten sposób, że decyzja instytucji zamawiającej o zawarciu z osobami fizycznymi umów o pracę dotyczących świadczenia pewnych usług bez konieczności stosowania procedury udzielania zamówień publicznych zgodnie z dyrektywą 2014/24/UE, zmienioną rozporządzeniem delegowanym 2015/2170, podjęta z tego względu, że – zdaniem rzeczonoj instytucji zamawiającej – umowy te nie są objęte zakresem zastosowania tej dyrektywy, może być przedmiotem skargi wniesionej na podstawie wspomnianego przepisu przez podmiot gospodarczy, który ma uzasadniony interes w tym, by uczestniczyć w realizacji zamówienia publicznego o takim samym przedmiocie jak wspomniane umowy i według którego wchodzą one w zakres stosowania tej dyrektywy.

17.4. orzeczenie z dnia 14 lutego 2019 r. w sprawie C-54/18
Cooperativa Animazione Valdocco przeciwko Consorzio Intercomunale Servizi Sociali di Pinerolo, Azienda Sanitaria Locale To3 di Collegno e Pinerolo, ECLI:EU:C:2019:118

W sprawie, której dotyczył wniosek włoskiego sądu, Consorzio intercomunale servizi sociali di Pinerolo, międzygminny związek usług socjalnych w Pinerolo prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia na usługę opieki domowej. Zamówienie zostało udzielone tymczasowemu konsorcjum przedsiębiorstw Cilte, Coesa i La Dua Valadda. Cooperativa Animazione Valdocca, inny wykonawca zainteresowany uzyskaniem tego zamówienia, zaskarżył decyzję zamawiającego do *Tribunale Amministrativo Regionale (TAR) per il Piemonte*, regionalnego sądu administracyjnego w Pemoncie, podnosząc, że konsorcjum, któremu udzielono zamówienia, powinno było zostać wykluczone z udziału w postępowaniu z uwagi na niespełnianie warunków udziału. Jako że to odwołanie zostało wniesione po upływie trzydziestodniowego terminu liczonego od dnia opublikowania na profilu nabywcy oraz przekazania wykonawcom przez zamawiającego zawiadomienia o wynikach kwalifikacji podmiotowej, zgodnie z włoskimi regulacjami powinno zostać odrzucone jako wniesione po terminie. W tej sytuacji piemoncki TAR zdecydował się zawiesić postępowanie i skierował do Trybunału Sprawiedliwości pytania prejudycjalne dotyczące zgodności regulacji krajowych w tym zakresie między innymi z przepisami dyrektywy 89/665/EWG²³³.

²³² *Ibidem*, pkt. 36 i 37

²³³ Piemoncki sąd administracyjny zwrócił się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

1. Czy przepisy prawa europejskiego w przedmiocie prawa do obrony, sprawiedliwego procesu i znacznej skuteczności ochrony, w szczególności art. 6 i 13 EKPC, art. 47 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej oraz art. 1 ust. 1 i 2 dyrektywy 89/665/EWG, stoją na przeszkodzie przepisowi prawa krajowego, takiemu jak art. 120

W pierwszej kolejności Trybunał wskazał, że zgodnie z art. 2c dyrektywy 89/665/EWG państwa członkowskie mogą ustanowić terminy do wniesienia odwołań na decyzje instytucji zamawiającej wydane w toku procedury udzielania zamówienia wchodzącego w zakres zastosowania dyrektywy 2014/24/UE. Jednak terminy nie powinny być krótsze niż minimalne terminy wskazane w ww. przepisie dyrektywy. Przepis dyrektywy precyzuje ponadto, iż terminy te powinny być liczone - w zależności od zastosowanego środka komunikacji - od dnia następującego po dniu, w którym decyzja zamawiającego została wysłana oferentowi czy kandydatowi lub od dnia następującego po dniu otrzymania decyzji instytucji zamawiającej. Ten sam przepis wskazuje także, że decyzja instytucji zamawiającej jest przekazywana każdemu oferentowi lub kandydatowi, wraz ze streszczeniem istotnych przyczyn. Trybunał podkreślił również znaczenie ustanowienia terminu zawitego do wniesienia środka odwoławczego jako realizacji postulatu szybkości postępowania, o którym mowa w dyrektywie 89/665/EWG. Zobowiązują one podmioty gospodarcze do natychmiastowego kwestionowania środków przygotowawczych lub decyzji tymczasowych podjętych w trakcie procedury udzielenia zamówienia, co jest istotne dla skuteczności kontroli sądowej. Trybunał przypomniał, że skuteczność kontroli sądowej gwarantowanej w art. 47 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej wymaga, aby zainteresowana strona miała możliwość zapoznania się z powodami decyzji wydanej wobec niej.

Trybunał zauważył, że pełna realizacja celu dyrektywy 89/665/EWG byłaby zagrożona, gdyby pozwolono kandydatom i oferentom na powoływanie się na naruszenia reguł przetargowych na dowolnym etapie procedury przetargowej, co zmuszałoby instytucję zamawiającą do powtarzania całego postępowania w celu naprawienia tych naruszeń. Z tego powodu przepisy krajowe przewidujące prekluzję nie są sprzeczne z art. 2c dyrektywy 89/665/EWG. Trybunał zaznaczył, że w szczególnych okolicznościach lub z uwagi na niektóre aspekty, stosowanie tych przepisów może naruszać uprawnienia jednostek przyznane przez prawo Unii, w szczególności prawo do skutecznego środka prawnego i dostępu do bezstronnego sądu, przewidziane w art. 47 Karty.

Co więcej, Trybunał przypomniał, że wykładnia dyrektywy 89/665/EWG musi zapobiegać sytuacjom, w których przepisy prawa krajowego uniemożliwiają oferentowi wniesienie

ust. 2a Codice del processo amministrativo (włoskiego kodeksu postępowania administracyjnego), który nakłada na podmiot biorący udział w procedurze przetargowej obowiązek zaskarżenia dopuszczenia/niewykluczenia innego podmiotu w terminie 30 dni od poinformowania o rozstrzygnięciu, w którym podejmuje się decyzję co do dopuszczenia/wykluczenia uczestników?

2. Czy przepisy prawa europejskiego w przedmiocie prawa do obrony, sprawiedliwego procesu i znacznej skuteczności ochrony, w szczególności art. 6 i 13 EKPC, art. 47 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej oraz art. 1 ust. 1 i 2 dyrektywy 89/665/EWG, stoją na przeszkodzie przepisowi prawa krajowego, takiemu jak art. 120 ust. 2a Codice del processo amministrativo, który wyklucza możliwość podniesienia przez podmiot gospodarczy, po zakończeniu postępowania, także w odwołaniu wzajemnym, zarzutu niezgodności z prawem aktu dopuszczenia innych podmiotów, w szczególności zwycięskiego oferenta lub głównego odwołującego się, bez uprzedniego zaskarżenia aktu dopuszczenia we wskazanym wyżej terminie?

skutecznego środka odwoławczego przeciwko decyzji niezgodnej z prawem, gdyż mógł on dowiedzieć się o tej niezgodności dopiero po upływie terminu zawitego.

W konsekwencji Trybunał uznał, że wykładni dyrektywy Rady 89/665/EWG, a w szczególności jej art. 1 i 2c w związku z art. 47 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej należy dokonywać w ten sposób, że nie stoją one na przeszkodzie przepisom krajowym takim jak rozpatrywane w postępowaniu głównym, które przewidują, że środki odwoławcze od decyzji instytucji zamawiających w przedmiocie dopuszczenia lub wykluczenia z udziału w procedurach udzielania zamówień publicznych należy wnosić – pod rygorem upływu terminu zawitego – w terminie 30 dni od dnia przekazania tych decyzji zainteresowanym stronom, pod warunkiem że przekazane w ten sposób decyzje zawierają streszczenie ich istotnych przyczyn, gwarantujące, że strony wiedziały lub powinny były wiedzieć o domniemanym naruszeniu prawa Unii.

Z kolei wykładni dyrektywy 89/665/EWG, zmienionej dyrektywą 2014/23/UE, a w szczególności jej art. 1 i 2c w związku z art. 47 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej należy dokonywać w ten sposób, że nie stoją one na przeszkodzie przepisom krajowym takim jak rozpatrywane w postępowaniu głównym, które przewidują, że brak wniesienia środka odwoławczego od decyzji instytucji zamawiających w przedmiocie dopuszczenia oferentów do udziału w procedurach udzielenia zamówienia publicznego w terminie zawitym 30 dni od przekazania tych decyzji zainteresowanym stronom wyłącza możliwość podniesienia zarzutu niezgodności z prawem przywołanych decyzji w ramach środka odwoławczego wniesionego przeciwko aktom późniejszym, w szczególności przeciwko decyzji o udzieleniu zamówienia publicznego, z zastrzeżeniem, że tego rodzaju termin zawity może obowiązywać zainteresowane strony wyłącznie wówczas, gdy strony te wiedziały lub powinny były się wiedzieć w wyniku przekazania rzeczowej decyzji o jej domniemanej niezgodności z prawem.

**17.5. orzeczenie z dnia 29 lipca 2019 r. w sprawie C-620/17 *Hochtief Solutions AG Magyarországi Fióktelepe przeciwko Fővárosi Törvényszék*,
ECLI:EU:C:2019:630**

W sprawie, której dotyczył wniosek węgierskiego sądu, dykcja ds. ochrony środowiska i zasobów wodnych Północnego Kraju Zadunajskiego ogłosiła w Dzienniku Urzędowym UE przetarg w trybie przyspieszonym na roboty budowlane w centrum intermodalnym portu Győr-Gönyű. Warunki udziału wykluczały wykonawców lub podwykonawców, którzy w ciągu trzech lat dwukrotnie wykazali ujemny bilans finansowy. Hochtief Solutions, niespełniający tego kryterium, zaskarżył je do komisji arbitrażowej, zarzucając dyskryminację i brak związku z rzeczywistą zdolnością finansową wykonawców. Komisja uwzględniła odwołanie częściowo, nakładając grzywnę na zamawiającego, lecz nie

uznała kryterium za sprzeczne z prawem. Spółka skierowała sprawę do sądu dla Budapesztu, który podtrzymał legalność wymogu. Następnie wniosła apelację do sądu apelacyjnego, który zawiesił postępowanie i skierował pytanie prejudycjalne do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, który uznał, że instytucja zamawiająca może nakładać minimalne wymogi dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej, posługując się konkretnymi elementami bilansu, pod warunkiem że są one odpowiednie do oceny zdolności wykonania zamówienia²³⁴. *Fővárosi Törvényszék*, sąd dla Budapesztu, uwzględniając wyrok Trybunału, utrzymał w mocy wyrok sądu pierwszej instancji i uznał, że kryterium zastosowane przez instytucję zamawiającą nie było dyskryminujące. Hochtief Solutions, po oddaleniu jego skargi kasacyjnej, konstytucyjnej oraz wniosku o rewizję wyroku, wystąpił z powództwem odszkodowawczym przeciwko sądowi dla Budapesztu, zarzucając naruszenie prawa unijnego. W tych okolicznościach *Székesfehérvári Törvényszék*, sąd w Székesfehérvár, postanowił zawiesić postępowanie i zwrócił się do Trybunału z pytaniami prejudycjalnymi, które w istocie dążyły do ustalenia kwestii dopuszczalności nadzwyczajnego środka, jakim jest rewizja prawomocnego wyroku sądowego oraz przesłanek odpowiedzialności odszkodowawczej państwa z tytułu naruszenia prawa Unii przez sądy krajowe²³⁵.

²³⁴ zob. wyrok z dnia 18 października 2012 r. w sprawie C-218/11 *Édukovázig i Hochtief Construction przeciwko Közbeszerzési Tanácsa Közbeszerzési Döntőbizottság*, ECLI:EU:C:2012:643

²³⁵ *Székesfehérvári Törvényszék* zwrócił się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

1. Czy podstawowe zasady oraz przepisy prawa Unii (a w szczególności art. 4 ust. 3 TUE oraz wymóg jednolitej wykładni) należy interpretować tak, jak uczynił to Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku C 224/01 *Köbler*, to znaczy w ten sposób, że orzeczenie o odpowiedzialności sądu państwa członkowskiego rozstrzygającego sprawę w ostatniej instancji za wyrok, który narusza prawo Unii Europejskiej, może opierać się wyłącznie na prawie krajowym lub na kryteriach ustanowionych przez prawo krajowe, a jeśli nie to czy podstawowe zasady i przepisy prawa Unii, a w szczególności trzy kryteria ustanowione przez TSUE w w/w wyroku dla stwierdzenia odpowiedzialności „państwa” należy interpretować w ten sposób, że spełnienie przesłanek odpowiedzialności państwa z tytułu naruszenia prawa Unii przez sądy wspomnianego państwa powinno być oceniane na podstawie prawa krajowego?
2. Czy przepisy i podstawowe zasady prawa Unii (a w szczególności art. 4 ust. 3 TUE oraz wymóg skutecznej ochrony sądowej), zwłaszcza wyroki Trybunału Sprawiedliwości w dziedzinie odpowiedzialności państwa członkowskiego C6/90 i C 9/90, *Francovich i in.*, C 46/93 i C 48/93 *Brasserie du pêcheur i Factortame*, C 224/01 *Köbler*, należy interpretować w ten sposób, że powaga rzeczy osądzonej wyroków naruszających prawo Unii wydanych przez sądy państwa członkowskiego rozstrzygające w ostatniej instancji wyłącza stwierdzenie odpowiedzialności państwa członkowskiego za szkody i krzywdy?
3. Czy w świetle dyrektywy [89/89] i dyrektywy [92/13] mają znaczenie w rozumieniu prawa Unii postępowanie odwoławcze w zakresie zamówień publicznych dotyczące zamówień publicznych o wartości przekraczającej progi wspólnotowe oraz kontrola decyzji administracyjnej wydanej w tym postępowaniu, a jeśli tak, to czy mają znaczenie prawo Unii i orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości w sprawie C 453/00 *Kühne & Heitz*, C 234/04 *Kapferer* a zwłaszcza wyrok w sprawie C 213/13 *Impresa Pizzarotti* w odniesieniu do konieczności dopuszczenia rewizji jako nadzwyczajnego środka zaskarżenia, która wynika z prawa krajowego w związku z sądową kontrolą decyzji administracyjnej przyjętej we wspomnianym postępowaniu odwoławczym w dziedzinie zamówień publicznych?
4. Czy dyrektywy w sprawie postępowań odwoławczych w dziedzinie zamówień publicznych należy interpretować w ten sposób, że jest z nimi zgodne uregulowanie krajowe, zgodnie z którym sądy krajowe rozpoznające sprawę w postępowaniu głównym mogą nie uwzględnić okoliczności, którą należy ocenić zgodnie z wyrokiem Trybunału Sprawiedliwości – wydanym w postępowaniu w sprawie odesłania prejudycjalnego w ramach postępowania odwoławczego w dziedzinie zamówień publicznych okoliczności, której ponadto nie uwzględniają sądy krajowe orzekające w postępowaniu wszczętym w wyniku skargi rewizyjnej wniesionej przeciwko decyzji wydanej w sprawie głównej?

W przedmiocie pytań pierwszego, drugiego, ósmego i dziesiątego, sąd odsyłający dążył w istocie do ustalenia, czy zasady te należy interpretować w ten sposób, po pierwsze, że odpowiedzialność danego państwa członkowskiego należy oceniać na podstawie prawa krajowego, po drugie, że zasada powagi rzeczy osądzonej wyklucza możliwość ustalenia powstania odpowiedzialności państwa członkowskiego, po trzecie, że zachodzi wystarczająco istotne naruszenie prawa Unii, jeżeli sąd orzekający w ostatniej instancji

-
5. Czy art. 1 ust. 1 i 3 dyrektywy 89/665 oraz art. 1 i 2 dyrektywy 92/13, należy interpretować – w świetle wyroków C 2/06 Kempter, C 243/08 Pannon GSM, C 453/00 Kühne & Heitz, C 234/04 Kapferer, C 213/13 Impresa Pizzarotti, – w ten sposób, że jest zgodne ze wspomnianymi dyrektywami oraz z wymogiem skutecznej ochrony sądowej, a także z zasadami równoważności i skuteczności uregulowanie krajowe, zgodnie z którym, pomimo że wyrok Trybunału Sprawiedliwości wydany w postępowaniu w trybie prejudycjalnym przed wydaniem wyroku w drugiej instancji ustanawia stosowaną wykładnię przepisów prawa Unii, sąd rozpoznający sprawę oddala ją z powodu braku zastosowania w czasie, a następnie sąd, który rozpoznaje skargę rewizyjną, uznaje rewizję za niedopuszczalną?
 6. Czy jeżeli na podstawie prawa krajowego należy dopuścić rewizję w ramach przywrócenia konstytucyjności na podstawie nowego orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego, to czy nie należy dopuścić rewizji zgodnie z zasadą równoważności i zasadą ustanowioną w wyroku w sprawie C 118/08 Transportes Urbanos y Servicios Generales, w przypadku, gdy nie można było uwzględnić wyroku TS w postępowaniu głównym z powodu postanowień prawa krajowego w dziedzinie terminów procesowych?
 7. Czy art. 1 ust. 1 i 3 dyrektywy 89/665, oraz art. 1 i 2 dyrektywy 92/13, należy interpretować w świetle wyroku w sprawie C 2/06 Kempter, zgodnie z którym jednostka nie musi powołać się specjalnie na orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości, rozumiane w ten sposób, że postępowania odwoławcze w dziedzinie zamówień publicznych regulowane przez wspomniane dyrektywy mogą zostać wszczęte tylko w drodze odwołania, które będzie zawierało wyraźny opis powoływanego naruszenia w dziedzinie zamówień publicznych, a ponadto będzie wskazywało w precyzyjny sposób naruszony przepis z dziedziny zamówień publicznych – konkretny artykuł i ustęp – to znaczy, że w postępowaniu odwoławczym w dziedzinie zamówień publicznych mogą być oceniane jedynie naruszenia, które skarżący wskazał poprzez powołanie się na naruszony przepis z dziedziny zamówień publicznych – konkretny artykuł i ustęp – podczas gdy w każdym innym postępowaniu administracyjnym i cywilnym wystarczające jest, aby jednostka przedstawiła okoliczności faktyczne i dowody na ich poparcie, a organ lub sąd rozstrzygnie odwołanie zgodnie z jego treścią?
 8. Czy przesłankę opisania naruszenia w wystarczający sposób ustanowioną w wyrokach w sprawach C-224/01 Köbler oraz C-173/03 Traghetti del Mediterraneo, należy interpretować w ten sposób, że do takiego naruszenia nie dochodzi, gdy sąd orzekający w ostatniej instancji, naruszając w sposób otwarty utrwalone i przytoczone w szczegółowy sposób orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości – które opiera się ponadto na różnych opiniach prawnych – odmawia uznania wniosku podmiotu prywatnego skierowania pytania prejudycjalnego odnośnie do dopuszczalności rewizji, opierając się na absurdalnym uzasadnieniu, że uregulowanie Unii – w tym przypadku w szczególności dyrektywy [89/665] i [92/13] – nie zawierają przepisów regulujących rewizję, pomimo że w tym zakresie równie szczegółowo przytoczono stosowane orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości, w tym również wyrok w sprawie C-213/13 Impresa Pizzarotti, które wyraźnie stwierdza konieczność rewizji w stosunku do postępowania w sprawie zamówień publicznych? Z uwagi na wyrok w sprawie 283/81 Cilfit i in., w jakim stopniu szczegółowości sąd krajowy powinien uzasadnić niedopuszczenie rewizji, kiedy odchodzi on od mającej wiążący charakter wykładni prawnej ustalonej przez Trybunał Sprawiedliwości?
 9. Czy zasady skutecznej ochrony sądowej i równoważności z art. 19 TUE i art. 4 ust. 3 TUE, swobodę przedsiębiorczości i swobodę świadczenia usług ustanowionych w art. 49 TFUE, a także dyrektywę [93/93] oraz dyrektywy [89/665], [92/13] i [2007/66] należy interpretować w ten sposób, że [nie sprzeciwiają się one] temu, aby właściwe sądy, w oczywisty sposób naruszając właściwe prawo Unii, odrzucały jeden za drugim środki zaskarżenia wnoszone przez skarżącą, dotyczące uniemożliwienia jej uczestnictwa w postępowaniu w sprawie zamówienia publicznego, przy czym w przypadku owych środków zaskarżenia konieczne jest przygotowanie w tym przypadku licznych dokumentów, co wymaga poświęcenia dużej ilości czasu i pieniędzy lub uczestniczenia w rozprawach, i pomimo iż wiadomo, że istnieje teoretycznie możliwość stwierdzenia odpowiedzialności za szkody wyrządzone przy sprawowaniu funkcji sądowniczych, to właściwe uregulowanie pozbawia skarżącą możliwości dochodzenia przed sądem odszkodowania za szkody poniesione w konsekwencji owych bezprawnych środków?
 10. Czy zasady ustanowione w wyrokach w sprawach C-224/01 Köbler, C-173/03 Traghetti del Mediterraneo, 199/82 San Giorgio należy interpretować w ten sposób, że nie można wypłacić odszkodowania za szkodę wyrządzoną tym, iż naruszając utrwalone orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości, sąd państwa członkowskiego orzekający w ostatniej instancji nie dopuścił wniesionej we właściwym czasie przez prywatny podmiot rewizji, w ramach której podmiot ten mógł dochodzić odszkodowania za spowodowane wydatki?

odmówi przedłożenia Trybunałowi pytania dotyczącego wykładni prawa Unii, które zostało podniesione przed tym sądem, a po czwarte, że stoją one na przeszkodzie normie prawa krajowego, która wyłącza spośród szkód mogących być przedmiotem odszkodowania koszty poniesione przez stronę z racji rozpatrywanego orzeczenia sądowego.

W pierwszej kolejności, Trybunał przypomniiał, że w odniesieniu do przesłanek powstania odpowiedzialności państwa członkowskiego za szkody wyrządzone jednostkom wskutek naruszenia prawa Unii, które można mu przypisać, Trybunał wielokrotnie orzekał, że poszkodowane jednostki mają prawo do odszkodowania, jeśli spełnione są trzy przesłanki, mianowicie: naruszony przepis prawa Unii przyznaje prawa jednostkom, naruszenie jest wystarczająco istotne oraz istnieje bezpośredni związek przyczynowy między tym naruszeniem a szkodą poniesioną przez te jednostki²³⁶. Zatem odpowiedzialność państwa członkowskiego za szkody spowodowane orzeczeniem sądu orzekającego w ostatniej instancji, które narusza przepis prawa Unii, jest oparta na tych samych przesłankach. W ocenie Trybunału zasada powagi rzeczy osądzonej nie wyklucza możliwości uznania odpowiedzialności państwa członkowskiego za naruszenie prawa Unii przez sąd krajowy orzekający w ostatniej instancji. Trybunał zarazem podkreślił, że stwierdzenie takiego naruszenia wymaga konkretnej i indywidualnej oceny przez sądy krajowe. Jednocześnie naruszenie prawa Unii jest wystarczająco istotne, jeżeli miało miejsce w związku z oczywistym naruszeniem orzecznictwa Trybunału w danej dziedzinie. W odniesieniu do niniejszej sprawy, sąd odsyłający powinien ocenić, czy doszło do takiego naruszenia. Niemniej jednak Trybunał wskazał, że jeżeli przesłanki odpowiedzialności są spełnione, naprawienie szkody powinno nastąpić zgodnie z krajowym prawem odszkodowawczym, przy czym warunki te nie mogą być mniej korzystne niż w przypadku podobnych, krajowych środków prawnych (zasada równoważności) ani nie mogą nadmiernie utrudniać uzyskania odszkodowania (zasada skuteczności). Przepis krajowy, który wyłącza z zakresu szkody podlegającej naprawieniu koszty poniesione na skutek orzeczenia sądu, może w praktyce nadmiernie utrudniać lub uniemożliwiać uzyskanie adekwatnego odszkodowania.

W przedmiocie pytań od trzeciego do szóstego, sąd odsyłający dążył do ustalenia, czy prawo Unii, w szczególności zaś dyrektywa 89/665/EWG i dyrektywa 92/13/EWG, a także zasady równoważności i skuteczności, należy interpretować w ten sposób, że nie stoi ono na przeszkodzie obowiązywaniu uregulowania państwa członkowskiego niedopuszczającego rewizji wyroku mającego powagę rzeczy osądzonej wydanego przez sąd tego państwa członkowskiego, który orzekł w przedmiocie skargi o stwierdzenie

²³⁶ zob. podobnie w szczególności wyroki: z dnia 5 marca 1996 r. w sprawie C-46/93 i C-48/93, *Brasserie du Pêcheur SA przeciwko Bundesrepublik Deutschland i The Queen przeciwko Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd i in.*, ECLI:EU:C:1996:79, pkt 51; z dnia 30 września 2003 r. w sprawie C-224/01, *Köbler przeciwko Austrii*, ECLI:EU:C:2003:513, pkt 51; z dnia 28 lipca 2016 r. w sprawie C-168/15 *Milena Tomášová przeciwko Slovenská republika – Ministerstvo spravodlivosti SR i Pohotovosť s.r.o.* ECLI:EU:C:2016:602, pkt 22

nieważności decyzji instytucji zamawiającej, bez rozpatrzenia kwestii, której zbadanie przewidywał wcześniejszy wyrok Trybunału, wydany w odpowiedzi na wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony w ramach postępowania w przedmiocie tej skargi o stwierdzenie nieważności.

Trybunał przypomniał, że celem dyrektyw 89/665/EWG i 92/13/EWG jest zapewnienie skutecznych i szybkich środków odwoławczych przeciwko decyzjom instytucji zamawiających, które naruszają prawo Unii w dziedzinie zamówień publicznych lub przepisy krajowe transportujące to prawo. Wskazane dyrektywy mają na celu ochronę wykonawców przed arbitralnością instytucji zamawiających oraz zagwarantowanie skutecznego stosowania zasad unijnych na etapie, na którym naruszenia te można jeszcze skorygować. W tym względzie Trybunał zwrócił uwagę, że dyrektywy te nie regulują konkretnie warunków, na jakich środki odwoławcze mogą być wnoszone, lecz jedynie określają minimalne standardy, jakie powinny spełniać krajowe procedury odwoławcze. W związku z tym prawo Unii nie zobowiązuje sądów krajowych do odstąpienia od stosowania krajowych norm proceduralnych, które nadają orzeczeniom powagę rzeczy osądzonej, nawet gdyby umożliwiło to wyeliminowanie sytuacji niezgodnej z prawem Unii. Trybunał zarazem podkreślił, że zasada powagi rzeczy osądzonej jest kluczowa zarówno w prawie Unii, jak i w krajowych porządkach prawnych, aby zapewnić stabilność prawa i stosunków prawnych oraz prawidłowe administrowanie wymiarem sprawiedliwości, dlatego prawo Unii nie wymaga, by sąd krajowy co do zasady był zobowiązany do zmiany swojego orzeczenia mającego powagę rzeczy osądzonej w celu uwzględnienia wykładni prawa Unii dokonanej przez Trybunał. Jednakże jeśli krajowe normy proceduralne przewidują możliwość rewizji prawomocnego wyroku w celu doprowadzenia do zgodności z prawem Unii, zgodnie z zasadami równoważności i skuteczności, możliwość ta powinna być stosowana na takich samych warunkach, jakie obowiązują w przypadku naruszeń prawa krajowego. Zatem jednostki nie mogą być pozbawione możliwości pociągnięcia państwa do odpowiedzialności za naruszenia prawa Unii przez sąd orzekający w ostatniej instancji, co pozwala na uzyskanie sądowej ochrony ich praw.

Pytanie siódme i dziewiąte Trybunał uznał za niedopuszczalne z powodu braku związku z przedmiotem postępowania głównego.

W konsekwencji w zakresie pytań pierwszego, drugiego, ósmego i dziesiątego, Trybunał orzekł, że odpowiedzialność państwa członkowskiego za szkody spowodowane orzeczeniem sądu krajowego orzekającego w ostatniej instancji, które narusza przepis prawa Unii, podlega przesłankom określonym przez Trybunał, w szczególności w pkt 51 wyroku z dnia 30 września 2003 r. w sprawie C-224/01 *Köbler*, co nie wyklucza możliwości powstania odpowiedzialności państwa na podstawie mniej restrykcyjnych przesłanek na gruncie prawa krajowego. Odpowiedzialności tej nie wyłącza fakt nabrania przez to orzeczenie powagi rzeczy osądzonej. W ramach stosowania zasad tej

odpowiedzialności sąd krajowy, do którego wniesiono o naprawienie szkody, powinien ocenić, biorąc pod uwagę wszelkie czynniki charakteryzujące rozpatrywaną sytuację, czy sąd krajowy orzekający w ostatniej instancji dopuścił się wystarczająco istotnego naruszenia prawa Unii, w sposób oczywisty naruszając mające zastosowanie prawo Unii, w tym właściwe orzecznictwo Trybunału. Prawo Unii stoi natomiast na przeszkodzie obowiązywaniu przepisu prawa krajowego, który w takim wypadku wyłącza w sposób ogólny z zakresu podlegającej naprawieniu szkody koszty poniesione przez stronę na skutek wyrządzającego szkodę orzeczenia sądu krajowego.

Z kolei w przedmiocie pytań od trzeciego do szóstego Trybunał orzekł, że prawo Unii, w szczególności dyrektywa 89/665/EWG i dyrektywa 92/13/EWG, a także zasady równoważności i skuteczności, należy interpretować w ten sposób, że nie stoją one na przeszkodzie obowiązywaniu uregulowania państwa członkowskiego niedopuszczającego zmiany mającego powagę rzeczy osądzonej wyroku sądu tego państwa członkowskiego, który orzekł w przedmiocie skargi o stwierdzenie nieważności aktu instytucji zamawiającej, bez rozpatrzenia kwestii, której zbadanie przewidywał wcześniejszy wyrok Trybunału, wydany w odpowiedzi na wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony w ramach postępowania w przedmiocie tej skargi o stwierdzenie nieważności. Jednakże jeśli obowiązujące krajowe normy proceduralne obejmują możliwość dokonania przez sąd krajowy zmiany orzeczenia mającego powagę rzeczy osądzonej, aby doprowadzić do zgodności sytuacji stworzonej wskutek tego wyroku z wcześniejszym prawomocnym krajowym orzeczeniem sądowym, które było już znane sądowi wydającemu ten wyrok, jak również stronom w postępowaniu zakończonym tym wyrokiem, wówczas rozwiązanie to zgodnie z zasadami równoważności i skuteczności, stosowane na takich samych warunkach, musi przeważać, aby doprowadzić do zgodności sytuacji z prawem Unii w wykładni nadanej wcześniejszym wyrokiem Trybunału.

17.6. orzeczenie z dnia 5 września 2019 r. w sprawie C-333/18
Lombardi przeciwko Comune di Auletta, Delta Lavori SpA, Msm
Ingegneria Srl, ECLI:EU:C:2019:675

Gmina Auletta w prowincji Salerno prowadziła postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na projekt i wykonanie robót hydrogeologicznych w historycznym centrum Auletty. Zamawiający zdecydował o udzieleniu tego zamówienia spółce Delta Lavori s.p.a., która jako projektanta wskazała spółkę MSM Ingegneria s.r.l. Spółka Lombardi s.r.l., która również ubiegała się o to zamówienie i uplasowała się na trzecim miejscu w ostatecznej klasyfikacji ofert, odwołała się od decyzji zamawiającego o dopuszczeniu do udziału w postępowaniu zarówno wykonawcy, któremu udzielono zamówienia, jak i wykonawcy, który zajął drugie miejsce, do *Tribunale amministrativo regionale (TAR) per la Campania*, regionalnego sądu administracyjnego w Kampanii. W ocenie spółki Lombardi

s.r.l. wykonawca, któremu udzielono zamówienia, powinien być zostać wykluczony z uwagi na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu przez spółkę wskazaną przez niego jako projektant robót stanowiących przedmiot zamówienia. Natomiast wykonawca, który zajął drugą pozycję w rankingu ofert, zdaniem odwołującego, powinien być zostać wykluczony ze względu na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu przez podmioty trzecie, na których zdolności ten wykonawca się powoływał. Wobec powyższego wykonawca, któremu udzielono zamówienia, wniósł odwołanie wzajemne, argumentując, że to spółka Lombardi s.r.l. powinna być zostać wykluczona, ponieważ w toku postępowania utraciła wymagane zdolności i przestała spełniać warunki udziału w postępowaniu.

Kampański TAR, rozpatrzywszy w pierwszej kolejności odwołanie wzajemne, uwzględnił je, zaś odwołanie główne, uznał w tej sytuacji za niedopuszczalne. To rozstrzygnięcie zostało zaskarżone przez spółkę Lombardi s.r.l. do *Consiglio di Stato*, włoskiego naczelnego sądu administracyjnego, który zdecydował się zawiesić postępowanie i zwrócił się do Trybunału z pytaniem prejudycjalnym dotyczącym zgodności z prawem unijnym utrwalonej w orzecznictwie włoskich sądów administracyjnych reguły pierwszeństwa rozpatrzenia odwołania wzajemnego²³⁷. Włoski sąd odsyłający w istocie chciał się dowiedzieć, czy w świetle przepisów dyrektywy 89/665/EWG powinien rozpoznać zarówno odwołanie wzajemne, jak i odwołanie główne, także w sytuacji gdy w spornym postępowaniu o udzielenie zamówienia brali udział również inni wykonawcy, których oferty nie są przedmiotem odwołania.

W pierwszej kolejności Trybunał przypomniał że dyrektywa 89/665/EWG ma na celu zapewnienie skutecznych mechanizmów odwoławczych przeciwko decyzjom instytucji zamawiających, które naruszają prawo Unii, szczególnie na etapie, na którym naruszenia mogą być jeszcze skorygowane²³⁸. W ocenie Trybunału, odwołanie powinno być dostępne dla każdego podmiotu, który ma interes w uzyskaniu zamówienia i który poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku domniemanego naruszenia. Jeśli dwóch wykonawców wnosi skargi o wzajemne wykluczenie, każdy z nich ma interes w uzyskaniu

²³⁷ Consiglio di Stato przedstawił Trybunałowi Sprawiedliwości następujące pytanie:

Czy art. 1 ust. 1 akapit trzeci i ust. 3 dyrektywy Rady 89/665/EWG 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 dostawę i roboty budowlane w brzmieniu zmienionym przez dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2007/66/WE z dnia 11 grudnia 2007 r., może być interpretowany w ten sposób, że zezwala on, w przypadku, gdy w przetargu brało udział więcej spółek, które nie zostały pozwane (a w każdym razie w stosunku do ofert niektórych z nich nie złożono żadnego odwołania), aby sąd, na mocy przyznanej państwom członkowskim autonomii procesowej, dokonał oceny istnienia interesu podniesionego w odwołaniu głównym przez konkurenta, przeciwko któremu skierowane zostało wyłączone odwołanie wzajemne, uznane za zasadne, wykorzystując narzędzia procesowe udostępnione przez system prawny i harmonizując w ten sposób ochronę rzeczzonej subiektywnej sytuacji względem skonsolidowanych zasad krajowych w przedmiocie żądania strony (art. 112 kodeksu postępowania cywilnego), dowodu stwierdzonego interesu (art. 2597 kodeksu cywilnego), subiektywnych granic powagi rzeczy osądzonej, która powstaje wyłącznie między stronami procesowymi i nie może dotyczyć sytuacji podmiotów nieuczestniczących w sporze (art. 2909 kodeksu cywilnego)?

²³⁸ por. wyrok z dnia 5 kwietnia 2017 r. w sprawie C-391/15 *Marina del Mediterráneo SL i in. przeciwko Agencia Pública de Puertos de Andalucía*, ECLI:EU:C:2017:268, pkt 30

zamówienia, gdyż wykluczenie jednego może prowadzić do uzyskania zamówienia przez drugiego²³⁹. Trybunał podkreślił, że skarga wzajemna wybranego wykonawcy nie powinna prowadzić do uznania skargi wykonawcy odrzuconego za niedopuszczalną, gdyż każdy z nich ma uzasadniony interes w wykluczeniu pozostałych ofert, co może doprowadzić do stwierdzenia, że żadna z ofert nie jest prawidłowo złożona. Ponadto, nawet gdyby skarga odrzuconego wykonawcy została uznana za zasadną, instytucja zamawiająca mogłaby unieważnić przetarg i ogłosić nowy, jeśli pozostałe oferty nie spełniają oczekiwań²⁴⁰. Natomiast w kontekście zasady autonomii procesowej, Trybunał przypomniał, że zasada ta nie może uzasadniać przepisów krajowych, które utrudniają lub uniemożliwiają wykonywanie praw przyznanych przez prawo Unii.

W świetle powyższych rozważań, Trybunał orzekł, że artykuł 1 ust. 1 akapit trzeci i art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665/EWG należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie temu, by skarga główna wniesiona przez oferenta, który ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i który został lub może zostać poszkodowany w wyniku zarzucanego naruszenia prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych lub przepisów transponujących to prawo, która to skarga zmierza do wykluczenia innego oferenta, została uznana za niedopuszczalną na podstawie krajowych norm lub praktyk procesowych, które dotyczą rozpatrywania skarg wzajemnych o wykluczenie, niezależnie od liczby uczestników przetargu, a także liczby uczestników, którzy wnieśli skargi.

**17.7. orzeczenie z dnia 24 marca 2021 r. w sprawie C-771/19 NAMA
Symvouloi Michanikoi kai Meletites A.E. – LDK Symvouloi Michanikoi A.E.,
NAMA Symvouloi Michanikoi kai Meletites A.E., LDK Symvouloi
Michanikoi A.E. przeciwko Archi Exetasis Prodikastikon Prosfigon (AEPP) i
Attiko Metro AE, ECLI:EU:C:2021:232**

Ogłoszeniem opublikowanym w dniu 24 stycznia 2018 r. spółka Attiko Metro AE wszczęła postępowanie w trybie przetargu otwartego na usługi doradztwa technicznego w zakresie projektu rozbudowy metra w Atenach. Zgodnie z warunkami zamówienia, pierwszy etap postępowania obejmował weryfikację spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz dokonanie oceny technicznej oferty polegającej na sprawdzeniu minimalnych kwalifikacji i doświadczenia zawodowego wymaganego personelu, podczas gdy na drugim jego etapie miało nastąpić otwarcie propozycji cenowych i przeprowadzenie łącznej oceny, celem wyłonienia oferty najkorzystniejszej ekonomicznie. Do udziału w drugim etapie mogli zostać dopuszczeni wyłącznie wykonawcy, którzy spełnili warunki i pomyślnie przeszli ocenę techniczną na etapie pierwszym. Oferty złożyło czterech wykonawców, w tym konsorcjum złożone ze spółek

²³⁹ zob. podobnie wyrok z dnia 5 kwietnia 2016 r. w sprawie C-689/13, *Puligienica Facility Esco SpA (PFE) przeciwko Airgest SpA*, ECLI:EU:C:2016:199, pkt 27

²⁴⁰ zob. podobnie wyrok z dnia 11 maja 2017 r. w sprawie C-131/16 *Archus sp. z o.o. i Gama Jacek Lipik przeciwko Polskiemu Górnictwu Naftowemu i Gazownictwu S.A.*, ECLI:EU:C:2017:358, pkt 5

NAMA Symvouloi Michanikoi kai Meletites AE i LDK Symvouloi Michanikoi AE, dalej: NAMA, którego oferta została odrzucona na pierwszym etapie w ramach oceny technicznej, gdyż trzech ze zgłoszonych do realizacji zamówienia członków kierownictwa jego grupy roboczej nie posiadało doświadczenia wymaganego w specyfikacji warunków zamówienia. NAMA wniosło odwołanie do Archi Exetasis Prodikastikon Prosfigon (AEPP), greckiego organu odwoławczego w dziedzinie zamówień publicznych, kwestionując zarówno odrzucenie swojej oferty, jak i dopuszczenie do drugiego etapu oferty złożonej przez konkurenta. Odwołanie zostało uwzględnione jedynie w części dotyczącej potwierdzenia doświadczenia jednego z członków kierownictwa grupy roboczej, zaś w pozostałym zakresie oddalone. W związku z tym NAMA zwróciło się do *Symvoulio tis Epikrateias (Epitropi Anastolon)*, komisji ds. zawieszenia wykonania działającej w ramach greckiej rady stanu, z wnioskiem o zawieszenie wykonania decyzji podjętej przez zamawiającego, a także przez AEPP w ramach postępowania odwoławczego, oraz o zapewnienie tymczasowej ochrony interesów w ramach dalszego prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia. Powziąwszy wątpliwości w kwestii możliwości podniesienia przez NAMA zarzutów wobec decyzji o dopuszczeniu konkurencyjnej oferty, sąd odsyłający postanowił zawiesić postępowanie i skierował do Trybunału pytania prejudycjalne, zmierzające do ustalenia zgodności krajowej praktyki sądowej dotyczącej ustalania interesu wykonawcy we wniesieniu środka zaskarżenia z dorobkiem orzecznictwem Trybunału²⁴¹.

²⁴¹ *Symvoulio tis Epikrateias (Epitropi Anastolon)* zwrócił się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

1.
 - a) Czy art. 1 ust. 3, art. 2 ust. 1 lit. a) i b) oraz art. 2a ust. 2 dyrektywy [92/13], interpretowane w świetle wniosków zawartych w wyrokach [z dnia 4 lipca 2013 r.] *Fastweb* (C-100/12 [EU:C:2013:448]), [z dnia 5 kwietnia 2016 r.] *PFE* (C-689/13 [EU:C:2016:199]), [z dnia 11 maja 2017 r.] *Archus i Gama* (C-131/16 [EU:C:2017:358]) i [z dnia 5 września 2019 r.] *Lombardi* (C-333/18 [EU:C:2019:675]), należy interpretować w ten sposób, że stoją one w sprzeczności z krajową praktyką sądową, zgodnie z którą, jeżeli – nie w końcowej fazie udzielania zamówienia, ale we wcześniejszej fazie procedury przetargowej (na etapie analizy ofert technicznych) – na podstawie uchwały podmiotu zamawiającego zostanie wykluczony jeden z oferentów, a zostanie dopuszczona inna zainteresowana strona (konkurent), wówczas podmiot wykluczony, w przypadku gdy właściwy sąd odrzuci jego wniosek o zawieszenie wykonania w części dotyczącej jego wykluczenia z przetargu, zachowuje uzasadniony interes, by w tym samym wniosku o zawieszenie wykonania zakwestionować dopuszczenie drugiego oferenta, twierdząc jedynie, że został on dopuszczony z naruszeniem zasady równego traktowania ofert?
 - b) W przypadku odpowiedzi twierdzącej na pytanie pierwsze lit. a) – czy powyższe przepisy należy interpretować w ten sposób, że podmiot wykluczony w świetle powyższego jest uprawniony do wskazywania we wniosku o zawieszenie wszelkich uchybień w udziale konkurenta w procedurze przetargowej, to znaczy podniesienia zarzutów obejmujących również inne wyraźne nieprawidłowości w ofercie konkurenta, inne niż nieprawidłowość, w związku z którą została wykluczona jego własna oferta, aby przede wszystkim zawieszono kontynuowanie przetargu i udzielanie zamówienia konkurentowi, na mocy aktu, który powinien zostać przyjęty na dalszym etapie postępowania, a następnie, w przypadku skuteczności głównego środka zaskarżenia (wniosku o stwierdzenie nieważności), wykluczono takiego konkurenta, odstąpiono od udzielenia zamówienia i ewentualnie, w związku z tym, wszczęto nową procedurę przetargową, w której weźmie udział wykluczony wnioskodawca?
2. Czy dla celów udzielenia odpowiedzi na poprzednie pytanie ma znaczenie fakt, że prawo do tymczasowej (ale także ostatecznej) ochrony sądowej jest uzależnione od uprzedniego odrzucenia skargi przez niezależny organ krajowy rozpatrujący skargi administracyjne, również w świetle wniosków zawartych w wyroku [z dnia

W pierwszej kolejności, odpowiadając na pytania pierwsze i drugie rozpatrywane łącznie, Trybunał zaznaczył, że wykładnia przepisu art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665/EWG dokonana w ramach odesłania prejudycjalnego w sprawie *Fastweb*²⁴², ustanawia zasadę prawną w myśl której, w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy, o których wykluczenie się wnosi, mają równoważny uzasadniony interes w wykluczeniu ofert innych wykonawców w celu uzyskania zamówienia²⁴³. Wynika to z faktu, że po pierwsze, wykluczenie jednego z wykonawców może doprowadzić do tego, że drugi z nich uzyska bezpośrednio zamówienie w ramach tego samego postępowania, a po drugie, w przypadku wykluczenia obu wykonawców i wszczęcia nowej procedury, każdy z nich mógłby w nim uczestniczyć, i, pośrednio, w ten sposób otrzymać zamówienie. Jednocześnie liczba uczestników postępowania o udzielenie zamówienia, podobnie jak liczba jego uczestników wnoszących odwołanie, a także rozbieżności w podnoszonych przez nich zarzutach, pozostają w tym względzie bez znaczenia²⁴⁴.

Zdaniem Trybunału, o ile omówiona powyżej zasada, wypracowana na gruncie uregulowań dyrektywy 89/665/EWG, znajduje zastosowanie także w systemie ochrony sądowej ustanowionym dyrektywą 92/13/EWG, o tyle wymaga zbadania, czy można ją stosować także w sytuacji, gdy zgodność z prawem decyzji o dopuszczeniu oferty jednego z wykonawców jest kwestionowana na etapie poprzedzającym udzielenie zamówienia przez wykonawcę, którego oferta została wykluczona. W tym względzie Trybunał zauważył, że dyrektywa 92/13/EWG nie określa etapu, na którym należałoby wnieść środek odwoławczy od takiej decyzji zamawiającego. Niemniej jednak Trybunał orzekł już, że założony w tej dyrektywie cel w postaci skutecznej i szybkiej ochrony sądowej, w szczególności w drodze środków tymczasowych, nie upoważnia państw członkowskich do uzależnienia skorzystania z prawa do wniesienia odwołania od wymogu, aby dane postępowanie formalnie osiągnęło określony etap²⁴⁵. Natomiast uregulowanie krajowe, wymagające w każdym wypadku, by oferent oczekiwał na decyzję o udzieleniu danego zamówienia zanim będzie mógł wnieść środek odwoławczy od decyzji o dopuszczeniu innego oferenta, naruszałoby przepisy dyrektywy 92/13/EWG²⁴⁶.

21 grudnia 2016 r.] *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich* (C-355/15 [EU:C:2016:988])?

3. Czy dla celów udzielenia odpowiedzi na pierwsze pytanie ma znaczenie fakt, że w przypadku przyjęcia zarzutów podmiotu wykluczonego względem udziału konkurenta w procedurze przetargowej (a) zorganizowanie nowego postępowania o udzielenie zamówienia może być niemożliwe lub (b) powód wykluczenia skarżącego uniemożliwia jego udział w ewentualnej nowej procedurze przetargowej?"

²⁴² zob. wyrok z dnia 4 lipca 2013 r. w sprawie C-100/12 *Fastweb SpA przeciwko Azienda Sanitaria Locale di Alessandria*, ECLI:EU:C:2013:448, pkt 33

²⁴³ szerzej zob. A. Kowalski, *Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w zakresie zamówień publicznych w latach 2009–2017*, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2017, s. 81-83

²⁴⁴ wyrok z dnia 5 kwietnia 2016 r. w sprawie C-689/13 *Puligenica Facility Esco SpA (PFE) przeciwko Airgest SpA*, ECLI:EU:C:2016:199, pkt 27, 29

²⁴⁵ zob. analogicznie wyrok z dnia 11 stycznia 2005 r. w sprawie C-26/03 *Stadt Halle i RPL Recyclingpark Lochau GmbH przeciwko Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, ECLI:EU:C:2005:5, pkt 38; a także wyrok z dnia 5 kwietnia 2017 r. w sprawie C-391/15 *Marina del Mediterráneo SL i inni przeciwko Agencia Pública de Puertos de Andalucía*, ECLI:EU:C:2017:268, pkt 31

²⁴⁶ cyt. orzeczenie w sprawie *Marina del Mediterráneo i in.*, pkt 34

Z kolei w odniesieniu do katalogu możliwych do podnoszenia zarzutów, wskazana wyżej dyrektywa nie przewiduje innego wymogu niż ten określony w jej art. 1 ust. 1, zgodnie z którym wykonawca w ramach postępowania odwoławczego może podnosić zarzuty dotyczące naruszenia prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych lub krajowych przepisów transponujących to prawo.

Mając powyższe na uwadze, Trybunał doszedł do wniosku, że wykluczony wykonawca może wnieść środek odwoławczy od decyzji zamawiającego dopuszczającej ofertę jednego z jego konkurentów, niezależnie od etapu postępowania, na którym została wydana ta decyzja, a w ramach takiego środka odwoławczego dysponuje prawem podnoszenia wszelkich zarzutów wobec decyzji o dopuszczeniu innego wykonawcy, w tym także niezwiązanych z okolicznościami będącymi podstawą wykluczenia swojej własnej oferty. Tym niemniej, podkreślenia wymaga, że taka możliwość istnieje jedynie w przypadku, kiedy wykluczenie wykonawcy nie zostało utrzymane w mocy orzeczeniem korzystającym z powagi rzeczy osądzonej²⁴⁷. Powyższych wniosków Trybunału nie podważa okoliczność, że prawo krajowe zobowiązuje odrzuconego wykonawcę do wniesienia odwołania w trybie administracyjnym zanim będzie mógł wnieść sprawę do sądu odsyłającego, ponieważ art. 2 ust. 9 dyrektywy 92/13/EWG zezwala na powierzenie zadania rozstrzygania w pierwszej instancji w przedmiocie środków odwoławczych organom, które nie mają charakteru sądowego. Nie podważa jej również przywołany przez sąd odsyłający wyrok wydany przez Trybunał w sprawie *Technische Gebäudebetreuung i Caverion Österreich*²⁴⁸, gdyż w sprawie, która doprowadziła do wydania tego wyroku, decyzja o wykluczeniu wykonawcy została potwierdzona orzeczeniem sądu, które nabyło powagę rzeczy osądzonej, a zatem wykonawca ten powinien być uznany za ostatecznie wykluczonego z postępowania w sprawie udzielenia zamówienia²⁴⁹.

Mając na względzie całość powyższych rozważań, na przedłożone pytania pierwsze i drugie Trybunał udzielił odpowiedzi, że art. 1 ust. 1 i 3, art. 2 ust. 1 lit. a) i b) oraz art. 2a ust. 2 dyrektywy 92/13/EWG należy interpretować w ten sposób, że oferent wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na etapie poprzedzającym etap udzielenia tego zamówienia, którego wniosek o zawieszenie wykonania decyzji wykluczającej go z tego postępowania został oddalony, może powołać się w złożonym jednocześnie wniosku o zawieszenie wykonania decyzji o dopuszczeniu oferty innego oferenta na wszelkie zarzuty oparte na naruszeniu prawa Unii w dziedzinie zamówień

²⁴⁷ zob. podobnie wyroki: z dnia 11 maja 2017 r. w sprawie C-131/16 *Archus sp. z o.o. i Gama Jacek Lipik przeciwko Polskiemu Górnictwu Naftowemu i Gazownictwu S.A.*, ECLI:EU:C:2017:358, pkt 57-58; a także z dnia 5 września 2019 r. w sprawie C-333/18 *Lombardi Srl przeciwko Comune di Auletta i in.*, ECLI:EU:C:2019:675, pkt 31-32

²⁴⁸ wyrok z dnia 21 grudnia 2016 r. w sprawie C-355/15 *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung GesmbH und Caverion Österreich GmbH przeciwko Universität für Bodenkultur Wien i VAMED Management und Service GmbH & Co KG in Wien*, ECLI:EU:C:2016:988

²⁴⁹ zob. podobnie cyt. wyrok w sprawie *Lombardi*, pkt 31

publicznych lub krajowych przepisów transponujących to prawo, w tym na zarzuty niezwiązane z nieprawidłowościami będącymi podstawą wykluczenia jego oferty. Na uprawnienie to nie wpływa okoliczność, że odwołanie w trybie administracyjnym do niezależnego organu krajowego, które na mocy prawa krajowego oferent ten musiał uprzednio wnieść od decyzji o swoim wykluczeniu, zostało oddalone, o ile rozstrzygnięcie w przedmiocie tego oddalenia nie nabyło powagi rzeczy osądzonej.

Natomiast pytanie trzecie, wobec faktu, że sąd odsyłający nie wskazał, w jaki sposób okoliczności sprawy w postępowaniu głównym odpowiadają jednemu z dwóch opisanych tam przypadków, Trybunał uznał za niedopuszczalne.

**17.8. orzeczenie z dnia 17 czerwca 2021 r. w sprawie C-23/20 *Simonsen & Weel A/S przeciwko Region Nordjylland og Region Syddanmark*,
ECLI:EU:C:2021:490**

W sprawie *Simonsen & Well*, o której była mowa w punkcie [14.2.](#) niniejszej publikacji, poprzez trzecie z pytań prejudycjalnych skierowanych do Trybunału duński sąd odsyłający dążył do ustalenia, czy na podstawie art. 2d ust. 1 lit. a) dyrektywy 89/665/EWG unieważnieniu podlega postępowanie, w którym ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, jednakże, po pierwsze, szacunkowa ilość lub wartość produktów, które mają zostać dostarczone na podstawie planowanej umowy ramowej, wynika nie z ogłoszenia o zamówieniu, lecz ze specyfikacji warunków zamówienia, a po drugie, ani w ogłoszeniu o zamówieniu, ani w specyfikacji warunków zamówienia nie podano maksymalnej ilości lub wartości produktów, które mają zostać dostarczone na podstawie tej umowy ramowej²⁵⁰.

Trybunał zaczął od tego, że artykuł 2d został dodany do pierwotnej wersji dyrektywy 89/665/EWG przez dyrektywę 2007/66/WE. Ze wskazanego przepisu, w związku z motywami 13 i 14 dyrektywy 2007/66/WE wynika, zdaniem Trybunału, że przyjmując wskazaną dyrektywę, prawodawca unijny zamierzał wprowadzić surową sankcję, której stosowanie powinno jednak ograniczać się do najpoważniejszych przypadków naruszenia prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych, a mianowicie tych, w których

²⁵⁰ *Klagenævnet for Udbud* zadała Trybunałowi następujące pytanie:

3. Czy art. 2d ust. 1 lit. a) [dyrektywy 92/13] w związku z art. 33 i 49 [dyrektywy 2014/24] oraz w związku z pkt 7 i pkt 10 lit. a) znajdującymi się w części C załącznika V do tej dyrektywy należy interpretować w ten sposób, że przesłanka »podmiot zamawiający udzielił zamówienia bez uprzedniej publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej« obejmuje swoim zakresem przypadek taki jak niniejszy, w którym instytucja zamawiająca opublikowała ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dotyczące przewidywanej umowy ramowej, jednakże:
 - a) ogłoszenie o zamówieniu nie spełnia wymogu wskazania szacunkowej ilości lub szacunkowej wartości dostaw na podstawie umowy ramowej, której dotyczy przetarg, gdyż szacunkowa ilość bądź szacunkowa wartość zostały określone w specyfikacji warunków zamówienia, oraz
 - b) instytucja zamawiająca uchybiła wymogowi określenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji warunków zamówienia maksymalnej ilości lub maksymalnej wartości dostaw na podstawie umowy ramowej?"

zamówienie zostało udzielone bezpośrednio bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

Wobec powyższego Trybunał doszedł do wniosku, że nieproporcjonalne byłoby rozszerzenie zakresu tego przepisu na sytuację taką jak rozpatrywana w postępowaniu głównym, w której regiony Jutlandii Północnej i Danii Południowej opublikowały ogłoszenie o zamówieniu i udostępniły specyfikację warunków zamówienia bez wskazania w tym ogłoszeniu lub tej specyfikacji warunków zamówienia szacunkowej ilości lub wartości oraz maksymalnej ilości lub wartości produktów, które mają zostać dostarczone na podstawie tej umowy ramowej. Uchybienie przez instytucję zamawiającą obowiązkowi poinformowania o zakresie umowy ramowej jest bowiem w takim przypadku wystarczająco dostrzegalne, aby mogło zostać wykryte przez wykonawcę, który zamierzał złożyć ofertę i którego w związku z tym należy uznać za poinformowanego.

Trybunał skonstatował zatem, że w zaistniałym stanie faktycznym naruszenie art. 49 dyrektywy 2014/24/UE w związku z pkt 7 i 8 oraz pkt 10 lit. a) części C załącznika V do tej dyrektywy nie jest na tyle poważne, by wymagało zastosowania tak daleko idącej sankcji, jak ta określona w art. 2d ust. 1 lit. a) dyrektywy 89/665/EWG.

17.9. orzeczenie z dnia 7 września 2021 r. w sprawie C-927/19

Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras UAB przeciwko Ecoservice Klaipėda UAB, Klaipėdos autobusų parkas UAB, Parsekas UAB, Klaipėdos transportas UAB, ECLI:EU:C:2021:700

W ramach sporu, który doprowadził do wydania wyroku w sprawie *Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras*, spółka „Ecoservice Klaipėda” UAB zarówno w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji, jak i przed odsyłającym sądem kasacyjnym wniosła o udzielenie dostępu do oznaczonych jako poufne informacji zawartych w ofercie zwycięskiego konsorcjum, czemu sprzeciwiał się zamawiający, czynnie broniąc prawa zwycięzcy postępowania do ochrony tych informacji. Zdaniem sądu odsyłającego, w takich okolicznościach pojawia się problem wyważenia ochrony informacji dostarczonych przez danego wykonawcę oraz skuteczności prawa do obrony pozostałych wykonawców uczestniczących w postępowaniu, wobec czego skierował do Trybunału pytania prejudycjalne dotyczące dokładnej treści obowiązków w zakresie ochrony poufności informacji przekazywanych zamawiającym przez wykonawców oraz związku między tymi obowiązkami a obowiązkiem zapewnienia skutecznej ochrony sądowej wykonawcom, którzy wnieśli skargę²⁵¹.

²⁵¹ Lietuvos Aukščiausiasis Teismas zwrócił się do Trybunału z następującymi pytaniami:

4. Czy art. 1 ust. 1 akapit [czwarty] dyrektywy 89/665, w którym określono zasadę skuteczności procedur odwoławczych, art. 1 ust. 3 i 5 tej dyrektywy, art. 21 dyrektywy 2014/24 i dyrektywę 2016/943, a w szczególności

W pierwszym rzędzie, w ramach poczynionych uwag wstępnych, Trybunał zaznaczył, że dokona wykładni odpowiednich przepisów dyrektyw 2014/24/UE i 89/665/EWG, które określają w szczególności mające zastosowanie względem instytucji zamawiających i sądów krajowych zasady szczególne w przedmiocie ochrony poufności dokumentów przedkładanych im w ramach postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.

W dalszej kolejności, odpowiadając na pytania od piątego do siódmego, Trybunał zwrócił przede wszystkim uwagę na swoją ugruntowaną linię orzeczniczą, z której wynika, że pojęcie „decyzji podjętych przez instytucje zamawiające” należy interpretować możliwie szeroko, bez rozróżnienia ze względu na treść, chwilę przyjęcia, czy charakter takich decyzji²⁵², wobec czego Trybunał uznał, że decyzja, w której instytucja zamawiająca odmówiła przekazania danemu wykonawcy zawartych w zgłoszeniu lub w ofercie innego wykonawcy informacji uznanych za poufne, stanowi akt, który może być przedmiotem skargi. W tym kontekście, w ślad za rzecznikiem generalnym Sánchezem-Bordoną,

motyw 18 i art. 9 ust. 2 akapit trzeci tejże dyrektywy (rozpatrywane łącznie lub oddzielnie, przy czym bez ograniczenia do tych przepisów), należy interpretować w ten sposób, że jeżeli w przepisach krajowych regulujących zamówienia publiczne przewidziano obowiązkową procedurę rozstrzygania sporów poprzedzającą wniesienie skargi:

- a) instytucja zamawiająca musi przedstawić usługodawcy, z którego inicjatywy wszczęto procedurę odwoławczą, wszystkie szczegółowe informacje dotyczące oferty innego usługodawcy (niezależnie od ich poufnego charakteru), jeżeli przedmiotem procedury jest konkretnie zgodność z prawem oceny oferty innego usługodawcy, a usługodawca, z którego inicjatywy wszczęto procedurę, wprost zwrócił się do instytucji zamawiającej o ich przedstawienie przed rozpoczęciem procedury;
 - b) niezależnie od odpowiedzi na poprzednie pytanie, instytucja zamawiająca, odrzucając odwołanie usługodawcy dotyczące zgodności z prawem oceny oferty jego konkurenta, musi w każdym razie udzielić jasnej, kompleksowej i konkretnej odpowiedzi, niezależnie od ryzyka ujawnienia poufnych informacji przetargowych, których jej udzielono?
5. Czy art. 1 ust. 1 akapit [czwarty], art. 1 ust. 3 i 5 oraz art. 2 ust. 1 lit. b) dyrektywy 89/665, art. 21 dyrektywy 2014/24 i dyrektywę 2016/943, w szczególności jej motyw 18 (rozpatrywane łącznie lub oddzielnie, przy czym bez ograniczenia do tych przepisów), należy interpretować w ten sposób, że decyzja instytucji zamawiającej o nieprzekazaniu usługodawcy poufnych szczegółowych informacji na temat oferty innego usługodawcy jest decyzją, którą można zaskarżyć w odrębnym postępowaniu przed sądem?
 6. Jeżeli odpowiedź na poprzednie pytanie jest twierdząca, czy art. 1 ust. 5 dyrektywy 89/665 należy interpretować w ten sposób, że usługodawca musi złożyć do instytucji zamawiającej odwołanie od takiej wydanej przez nią decyzji i w razie konieczności wnieść skargę do sądu?
 7. Jeżeli odpowiedź na poprzednie pytanie jest twierdząca, czy art. 1 ust. 1 akapit [czwarty] i art. 2 ust. 1 lit. b) dyrektywy 89/665 należy interpretować w ten sposób, że w zależności od zakresu dostępnych informacji na temat treści oferty innego usługodawcy usługodawca może wnieść do sądu skargę dotyczącą wyłącznie odmowy przekazania mu informacji, nie kwestionując przy tym zgodności z prawem innych decyzji instytucji zamawiającej?
 8. Niezależnie od odpowiedzi na poprzednie pytania, czy art. 9 ust. 2 akapit trzeci dyrektywy 2016/943 należy interpretować w ten sposób, że po otrzymaniu wniosku strony skarżącej o nakazanie drugiej stronie sporu przedstawienia dowodów i o udostępnienie ich stronie skarżącej sąd ma obowiązek uwzględnić taki wniosek niezależnie od działań podjętych przez instytucję zamawiającą w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia lub procedury odwoławczej?
 9. Czy art. 9 ust. 2 akapit trzeci dyrektywy 2016/943 należy interpretować w ten sposób, że po oddaleniu wniosku strony skarżącej o ujawnienie informacji poufnych drugiej strony sporu sąd powinien z urzędu dokonać oceny znaczenia danych, o których ujawnienie się wnosi, i skutków tych danych dla zgodności z prawem postępowania o udzielenie zamówienia?

²⁵² zob. podobnie wyrok z dnia 5 kwietnia 2017 r w sprawie C-391/15 *Marina del Mediterráneo i in.* przeciwko *Agencia Pública de Puertos de Andalucía*, ECLI:EU:C:2017:268, pkt 26, 27 i przytoczone tam orzecznictwo

Trybunał podkreślił, że taka wykładnia potwierdza cele skuteczności i szybkości, o których mowa w art. 1 ust. 1 akapit czwarty dyrektywy 89/665/EWG²⁵³.

Wreszcie Trybunał zaznaczył, że jeżeli państwo członkowskie, na którego terytorium toczy się postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, przewidziało – z poszanowaniem zasad równoważności i skuteczności – że każda osoba, która zamierza zakwestionować decyzję podjętą przez instytucję zamawiającą, jest zobowiązana do wniesienia odwołania administracyjnego przed wniesieniem skargi do sądu, wspomniane państwo członkowskie może również przewidzieć, że sądowy środek zaskarżenia od tej decyzji, w której instytucja zamawiająca odmówiła przekazania podanych przez innego wykonawcę informacji uznanych za poufne, również musi być poprzedzony przedsądowym odwołaniem administracyjnym.

Następnie, w przedmiocie pytań czwartego, ósmego i dziewiątego, na podstawie regulacji dyrektywy oraz ugruntowanej linii orzeczniczej, w szczególności wyroku w sprawie *Varec*²⁵⁴, Trybunał doszedł do wniosku, że instytucja zamawiająca, do której zwrócono się z wnioskiem o przekazanie uznanych za poufne informacji zawartych w ofercie konkurenta, któremu udzielono zamówienia, nie jest zobowiązana do przekazania tych informacji, jeżeli prowadziłoby to do naruszenia przepisów prawa Unii dotyczących ochrony informacji poufnych, nawet jeżeli wniosek wykonawcy został złożony w ramach wniesionego przez niego odwołania administracyjnego dotyczącego zgodności z prawem oceny, jakiej instytucja zamawiająca dokonała w odniesieniu do oferty konkurenta. Jednakże, zaznaczenia wymaga, co zauważył w istocie rzecznik generalny Sánchez-Bordona, że instytucja zamawiająca nie może być związana wyłącznie twierdzeniem wykonawcy o poufności przekazanych przez niego informacji²⁵⁵.

Wykonawca taki musi bowiem wykazać, że informacje, których ujawnieniu się sprzeciwia, mają rzeczywiście poufny charakter, przykładowo poprzez dowiedzenie, że obejmują one tajemnice techniczne lub handlowe, ich treść mogłaby zostać wykorzystana w celu zakłócenia konkurencji lub że ich ujawnienie mogłoby przynieść mu szkodę.

Trybunał stwierdził również, że w przypadku gdy instytucja zamawiająca odmawia przekazania takich informacji, w tym w ramach oddalenia wniesionego przez wykonawcę odwołania administracyjnego dotyczącego zgodności z prawem oceny oferty danego konkurenta, to wówczas jest ona zobligowana do wyważenia prawa wnioskodawcy do dobrej administracji oraz prawa jego konkurenta do ochrony informacji poufnych w taki sposób, aby decyzja odmowna lub oddalająca była należycie uzasadniona, oraz aby prawo do skutecznego środka prawnego, z którego korzysta wykonawca, nie zostało

²⁵³ zob. opinia rzecznika generalnego Manuela Camposa Sáncheza-Bordony przedstawiona w dniu 15 kwietnia 2021 r. w sprawie C-927/19 *Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras UAB przeciwko Ecoservice Klaipėda UAB, Klaipėdos autobusų parkas UAB, Parsekas UAB, Klaipėdos transportas UAB*, ECLI:EU:C:2021:295, pkt 77-78

²⁵⁴ wyrok z dnia 14 lutego 2008 r. w sprawie C-450/06 *Varec SA przeciwko państwu belgijskiemu*, ECLI:EU:C:2008:91, pkt 34-36

²⁵⁵ zob. cyt. opinia rzecznika generalnego w sprawie C-927/19 *Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras*

pozbawione skuteczności (*effet utile*). Instytucja zamawiająca może przekazać – w neutralnej formie, na ile to możliwe, oraz przy zachowaniu ich poufnego charakteru – kluczową treść. W tym celu może ona w szczególności przekazać w formie streszczenia niektóre elementy zgłoszenia lub oferty oraz ich charakterystykę techniczną w sposób uniemożliwiający identyfikację informacji poufnych. Może także zwrócić się do wykonawcy, którego oferta została wybrana, o dostarczenie jawnej wersji dokumentów zawierających informacje poufne.

Odnosnie do zakresu obowiązków spoczywających na właściwym sądzie krajowym w ramach rozpoznawania sądowego środka zaskarżenia od decyzji instytucji zamawiającej o oddaleniu wniosku o udzielenie dostępu do informacji przekazanych przez wykonawcę, którego oferta została wybrana, lub w ramach rozpoznawania skargi na decyzję instytucji zamawiającej o oddaleniu odwołania administracyjnego od takiej decyzji odmownej, Trybunał orzekł, że sąd ten jest zobowiązany do wyważenia prawa wnioskodawcy do skutecznego środka prawnego oraz prawa jego konkurenta do ochrony informacji poufnych i tajemnic przedsiębiorstwa. Jak wskazuje Trybunał, wspomniany sąd musi zweryfikować, czy instytucja zamawiająca słusznie uznała, że informacje, których przekazania odwołującemu odmówiła, były poufne. W tym celu powinien dokonać analizy wszystkich istotnych okoliczności faktycznych i prawnych, co wymaga dysponowania informacjami poufnymi i tajemnicami przedsiębiorstwa, by móc orzec z pełną znajomością rzeczy w przedmiocie tego, czy informacje te mogą zostać przekazane²⁵⁶. Powinien także sprawdzić, czy uzasadnienie decyzji, na mocy której instytucja zamawiająca odmówiła ujawnienia poufnych informacji, lub oddaliła odwołanie administracyjne od wcześniejszej decyzji odmownej, jest wystarczające. Wreszcie wspomniany sąd powinien mieć możliwość uchylenia decyzji, o których mowa powyżej, jeżeli są one bezprawne, a w razie potrzeby – przekazania sprawy instytucji zamawiającej do ponownego rozpoznania, względnie możliwość samodzielnego wydania nowej decyzji, jeżeli prawo krajowe mu na to zezwala.

17.10. orzeczenie z dnia 21 grudnia 2021 r. w sprawie C-497/20 *Randstad Italia SpA przeciwko Umana SpA i in.*, ECLI:EU:C:2021:1037

W sprawie, w której zapadło omawiane orzeczenie, Azienda USL Valle d'Aosta, lokalna jednostka służby zdrowia w regionie Doliny Aosty we Włoszech, wszczęła postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w celu wyłonienia agencji pracy, która miała udostępniać tymczasowo pracowników. Zapisy dokumentacji przetargowej przewidywały wynoszący 48 punktów próg dopuszczający dla ofert technicznych wraz z informacją, że oferty uczestników przetargu, które uzyskają niższą liczbę punktów, zostaną odrzucone. Jednym z wykonawców, który został wykluczony z powodu nieosiągnięcia wskazanego wyżej progu była spółka Randstad Italia SpA, która następnie

²⁵⁶ cyt. wyrok w sprawie *Varec*, pkt 53

zaskarżyła do *Tribunale amministrativo regionale (TAR) della Valle d'Aosta*, regionalnego sądu administracyjnego dla Doliny Aosty, czynność swojego wykluczenia, jak również prawidłowość przeprowadzonego postępowania. Skarga została uznana za dopuszczalną, lecz oddalona co do istoty. Jednakże w dalszej kolejności, rozpoznający odwołanie *Consiglio di Stato*, włoski naczelny sąd administracyjny, uznał, że należało stwierdzić niedopuszczalność zarzutów kwestionujących prawidłowość procedury, ponieważ skarżąca spółka, wobec potwierdzenia zasadności wykluczenia jej z przetargu, nie miała w postępowaniu przed TAR legitymacji procesowej do podnoszenia zarzutów innych, niż dotyczących jej wykluczenia. W rezultacie *Consiglio di Stato* zmienił w tym zakresie wyrok wydany w pierwszej instancji. *Corte suprema di cassazione*, najwyższy włoski sąd kasacyjny, przed którym ostatecznie zawisł spór, zwrócił się do Trybunału z pytaniami prejudycjalnymi, spośród których jedno dotyczyło kwestii interesu prawnego wykluczonego wykonawcy w zaskarzaniu czynności niezwiązanych bezpośrednio z jego wykluczeniem²⁵⁷.

W pierwszym rzędzie Trybunał przypomniał, powołując się na swoje dotychczasowe orzecznictwo, że dopuszczalność środków prawnych, o których mowa w art. 1 dyrektywy 89/665/EWG, nie może być uzależniona od przedstawienia przez skarżącego dowodu na to, że uwzględnienie odwołania doprowadzi do powtórzenia postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego – w tym względzie wystarczy bowiem istnienie takiej możliwości²⁵⁸.

Następnie Trybunał zaznaczył, że skarga może zostać wniesiona wyłącznie przez oferenta, który nie został jeszcze ostatecznie wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia, zaś w myśl regulacji art. 2a ust. 2 dyrektywy 89/665/EWG, wykluczenie oferenta ma charakter ostateczny jedynie, jeśli został on o nim powiadomiony i jeżeli

²⁵⁷ Corte suprema di cassazione skierował do Trybunału następujące pytanie:

3. Czy zasady ustalone przez [Trybunał] w wyrokach: z dnia 5 września 2019 r., *Lombardi* (C-333/18, EU:C:2019:675), z dnia 5 kwietnia 2016 r., *PFE* (C-689/13, EU:C:2016:199) i z dnia 4 lipca 2013 r., *Fastweb* (C-100/12, EU:C:2013:448) w związku z art. 1 ust. 1 i 3 oraz art. 2 ust. 1 [dyrektywy 89/665], zmienionej [dyrektywą 2007/66], mają zastosowanie w przypadku będącym przedmiotem postępowania głównego, w którym, po zakwestionowaniu przez spółkę jej wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia i udzielenia zamówienia innej spółce *Consiglio di Stato* (rada stanu) rozpatruje co do istoty wyłącznie ten zarzut odwołania, w którym wykluczona spółka kwestionuje przyznanie jej ofercie technicznej punktacji niższej niż »próg dopuszczający«, i w pierwszej kolejności rozpatruje odwołania wzajemne instytucji zamawiającej i przedsiębiorstwa, któremu udzielono zamówienia, uwzględniając je i odrzucając jako niedopuszczalne (bez rozpatrzenia co do istoty) inne zarzuty odwołania głównego, kwestionujące wynik przetargu z innych powodów (ze względu na niejednoznaczność kryteriów oceny ofert w dokumentacji przetargowej, brak uzasadnienia przyznanych ocen, bezprawne powołanie i skład komisji przetargowej), przy zastosowaniu krajowej praktyki orzeczniczej, zgodnie z którą spółka wykluczona z przetargu nie ma prawa do podnoszenia zarzutów w celu zakwestionowania udzielenia zamówienia przedsiębiorstwu konkurencyjnemu, nawet poprzez unieważnienie procedury przetargowej, ponieważ należy ocenić, czy pozbawienie przedsiębiorstwa prawa skierowania do rozpatrzenia przez sąd każdej podstawy zakwestionowania wyniku przetargu jest zgodne z prawem Unii w sytuacji, w której wykluczenie go nie zostało ostatecznie potwierdzone i w której każdy uczestnik przetargu może powołać się na ten sam uzasadniony interes w odrzuceniu ofert pozostałych uczestników, co może doprowadzić instytucję zamawiającą do stwierdzenia niemożności dokonania wyboru prawidłowej oferty i wszczęcia nowej procedury udzielania zamówienia, w której mógłby uczestniczyć każdy z oferentów?

²⁵⁸ zob. podobnie wyrok z dnia 5 września 2019 r. w sprawie C-333/18 *Lombardi Srl przeciwko Comune di Auletta i in.*, ECLI:EU:C:2019:675, pkt 29

zostało ono uznane za zgodne z prawem przez niezależny organ odwoławczy lub nie może już podlegać procedurze odwołania. W rezultacie Trybunał podkreślił, że to nieostateczny jeszcze charakter decyzji o wykluczeniu decyduje w odniesieniu do tych oferentów o tym, czy mają oni legitymację procesową do zaskarżenia decyzji o udzieleniu zamówienia, przy czym legitymacji tej nie osłabiają inne, nieistotne elementy, takie jak chociażby klasyfikacja odrzuconej oferty czy liczba uczestników postępowania²⁵⁹. Natomiast na gruncie stanu faktycznego omawianego odesłania, zarówno w chwili, gdy spółka Randstad Italia SpA wносиła skargę do regionalnego sądu administracyjnego dla Doliny Aosty, jak również w chwili wydania przez ten sąd rozstrzygnięcia, decyzja zamawiającego o wykluczeniu z postępowania nie została jeszcze uznana za zgodną z prawem przez wskazany wyżej sąd lub inny niezależny organ odwoławczy.

W świetle powyższych rozważań Trybunał stwierdził, że orzeczenie *Consiglio di Stato*, wskazujące na konieczność stwierdzenia niedopuszczalności podnoszonych w pierwszej instancji zarzutów narusza omówioną wyżej zasadę, a dokonanie czynności zmiany wyroku regionalnego sądu administracyjnego dla Doliny Aosty jest niezgodne z prawem do skutecznego środka prawnego gwarantowanym w art. 1 ust. 1 i 3 dyrektywy 89/665/EWG w związku z art. 2a ust. 2 tej dyrektywy. Z tego powodu wyrok *Consiglio di Stato* nie jest również zgodny z art. 47 akapit pierwszy karty praw podstawowych.

17.11. orzeczenie z dnia 24 lutego 2022 r. w sprawie C-532/20 *Alstom Transport SA przeciwko Compania Națională de Căi Ferate CFR SA, Strabag AG – Sucursala București, Swietelsky AG Linz – Sucursala București*, ECLI:EU:C:2022:128

W sprawie, której dotyczył wniosek rumuńskiego sądu, *Companie Națională de Căi Ferate CFR SA*, rumuńska spółka kolejowa, prowadziła postępowanie o udzielenie zamówienia na roboty budowlane związane z remontem linii kolejowej, w ramach którego oferty złożyły konsorcjum RailWorks, na czele którego stała firma Alstom Transport SA oraz konsorcjum BraSig. W następstwie wydania prawomocnego orzeczenia zamawiający dokonał czynności ponownej oceny ofert, w wyniku której pismem z dnia 19 czerwca 2019 r. konsorcjum RailWorks zostało poinformowane o uznaniu swojej oferty za najkorzystniejszą. Zarazem zawiadomienie nie zawierało żadnych informacji dotyczących zasad według których dokonano oceny konkurencyjnej oferty złożonej przez konsorcjum BraSig. W związku z tym w dniu 20 czerwca 2019 r. spółka Alstom Transport SA wystąpiła do zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie dokumentacji postępowania, którą otrzymała w dniu 25 czerwca 2019 r., natomiast w dniu 5 lipca 2019 r. wniosła nową skargę do *Tribunalul București*, sądu okręgowego

²⁵⁹ zob. podobnie wyroki: z dnia 11 maja 2017 r. w sprawie C-131/16 *Archus sp. z o.o. i Gama Jacek Lipik przeciwko Polskiemu Górnictwu Naftowemu i Gazownictwu S.A.*, ECLI:EU:C:2017:358, pkt 57-58; cyt. wyrok w sprawie *Lombardi*, pkt 29-32

w Bukareszcie, żądając, w szczególności, stwierdzenia nieważności decyzji CFR uznającej ofertę BraSig za dopuszczalną i zgodną z wymogami, a także dostępu do protokołu z postępowania oraz wszystkich aktów odnoszących się do zasad oceny tej oferty. Wyrokiem z dnia 8 sierpnia 2019 r. sąd odrzucił skargę jako wniesioną po terminie, uznawszy, że dziesięciodniowy termin przewidziany rumuńskimi przepisami krajowymi rozpoczynał bieg nie od dnia, w którym spółka Alstom Transport zapoznała się z treścią protokołu z postępowania o udzielenie zamówienia, lecz od dnia, w którym poinformowano ją o wyniku tego postępowania. *Curtea de Apel București*, sąd apelacyjny w Bukareszcie, rozpatrując apelację, zawiesił toczące się przed nim postępowanie i wystąpił do Trybunału Sprawiedliwości z wnioskiem prejudycjalnym dotyczącym wykładni przepisów dyrektywy 92/13/EWG²⁶⁰.

W pierwszym rzędzie Trybunał przypomniał, że zagwarantowanie skutecznych środków odwoławczych w razie naruszenia przepisów obowiązujących w zakresie udzielania zamówień publicznych może mieć miejsce wyłącznie wówczas, gdy bieg terminów wyznaczonych na wniesienie takich środków odwoławczych rozpoczyna się od dnia, w którym skarżący dowiedział się lub powinien był dowiedzieć się o podnoszonym naruszeniu tych przepisów. W celu zapewnienia, by zainteresowani wykonawcy powzięli lub mogli powziąć wiedzę o ewentualnym naruszeniu przepisów mających zastosowanie do procedur udzielania zamówień, zarówno decyzjom zamawiających doręczanym poszczególnym wykonawcom, jak i decyzjom podlegającym publikacji, powinno towarzyszyć zwięzłe uzasadnienie zawartego w niej rozstrzygnięcia. W odniesieniu do stanu faktycznego sprawy będącej przedmiotem wniosku, Trybunał zaznaczył, że o ile uzasadnienie decyzji o dopuszczeniu konsorcjum BraSig do udziału w postępowaniu mogło zostać wywiedzione z treści protokołu z postępowania o udzielenie zamówienia, który zgodnie z prawem rumuńskim powinien zostać udostępniony do wglądu zainteresowanym oferentom, o tyle tego rodzaju prawna gwarancja dostępu do uzasadnienia nie jest równoznaczna z jego podaniem do wiadomości wykonawców, w momencie publikacji lub doręczenia tych decyzji.

W świetle powyższych rozważań na przedstawione pytanie Trybunał odpowiedział, że art. 1 ust. 1 akapit czwarty, art. 1 ust. 3 i art. 2c dyrektywy 92/13/EWG należy interpretować w ten sposób, że termin, w którym wyłoniony w postępowaniu o udzielenie zamówienia oferent może odwołać się od decyzji podmiotu zamawiającego

²⁶⁰ Curtea de Apel București przedłożył Trybunałowi następujące pytanie prejudycjalne:

Czy art. 1 ust. 1 akapit trzeci, art. 1 ust. 3 i art. 2c dyrektywy Rady 92/13/EWG z dnia 25 lutego 1992 r. koordynującej przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne odnoszące się do stosowania przepisów wspólnotowych w procedurach zamówień publicznych podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji należy interpretować w ten sposób, że termin na wniesienie przez oferenta wybranego w ramach postępowania o udzielenie zamówienia odwołania od decyzji instytucji zamawiającej stwierdzającej dopuszczalność oferty złożonej przez oferenta sklasyfikowanego na niższym miejscu w kolejności oferentów należy obliczać w odniesieniu do dnia, w którym powstaje interes wybranego oferenta w wyniku złożenia przez oferenta, którego oferta nie została wybrana, środka odwoławczego od decyzji stwierdzającej wynik postępowania o udzielenie zamówienia?

uznającej za dopuszczalną, w ramach decyzji o udzieleniu tego zamówienia, ofertę złożoną przez innego oferenta, która ostatecznie nie została wybrana, może zostać obliczony w odniesieniu do dnia, w którym ów zwycięski oferent otrzymał tę decyzję o udzieleniu zamówienia, nawet jeśli w tym dniu ten drugi oferent nie zaskarżył lub nie zdążył jeszcze zaskarżyć owej decyzji. Jeżeli natomiast w chwili doręczenia lub publikacji rzeczony decyzji do wiadomości tego zwycięskiego oferenta nie podano, zgodnie ze wskazanym art. 2c, zwięzłego przedstawienia istotnych powodów tej decyzji, takich jak informacje dotyczące zasad oceny owej oferty, termin ten powinien zostać obliczony w odniesieniu do dnia, w którym tego rodzaju uzasadnienie zostało przekazane zwycięskiemu oferentowi.

17.12. orzeczenie z dnia 14 lipca 2022 r. w sprawach połączonych C-274/21 i C-275/21 EPIC Financial Consulting Ges.m.b.H. przeciwko Republice Austrii i Bundesbeschaffung GmbH, ECLI:EU:C:2022:565

Pod koniec 2020 roku Republika Austrii, za pośrednictwem federalnej spółki Bundesbeschaffung GmbH, pełniącej rolę centralnego zamawiającego, zawarła 21 umów ramowych o wartości 3 mln euro każda, na dostawę testów antygenowych na obecność koronawirusa. W dniu 1 grudnia 2020 r. skarżący, spółka EPIC Financial Consulting dalej: EPIC, wniósł do *Bundesverwaltungsgericht*, federalnego trybunału administracyjnego, skargę w przedmiocie legalności wybranego trybu postępowania, względnie postępowań o udzielenie zamówień, zaproszeń do składania ofert w ramach procedur negocjacyjnych bez uprzedniej publikacji, jak również dalszych planowanych zaproszeń do ubiegania się o zamówienie na podstawie umów ramowych zawartych przez Bundesbeschaffung GmbH, a także o stwierdzenie nieważności innych decyzji austriackiej instytucji zamawiającej. Jednocześnie skarżący złożył do sądu odsyłającego wniosek o zastosowanie środków tymczasowych, zmierzający w istocie do tymczasowego zakazania kontynuowania postępowania, względnie postępowań o udzielenie zamówienia na dostawę testów antygenowych, których zgodność z prawem zakwestionował. Wskazany sąd wezwał następnie do uzupełnienia braków w zakresie zidentyfikowania konkretnych, podlegających odrębnemu zaskarżeniu decyzji w rozumieniu dyrektywy 89/665/EWG, których unieważnienia domagał się EPIC oraz postępowań o udzielenie zamówienia, których dotyczył wniosek o zastosowanie środków tymczasowych. W piśmie z dnia 5 stycznia 2021 r. EPIC sprecyzował, że zaskarża wyłącznie wezwania na podstawie umów ramowych skierowane do wskazanych przedsiębiorstw S. i I., w okresie od dnia 20 listopada 2020 r., które w jego ocenie mogły przekraczać maksymalną wartość zakupów przewidzianą w umowach ramowych zawartych z tymi przedsiębiorstwami i w związku z tym stanowić bezpośrednie udzielenie zamówienia. Dodatkowo, zdaniem skarżącego, przepisy krajowe zobowiązujące do wskazania dokładnej liczby i nazwy trybu postępowania, względnie postępowań o udzielenie zamówień, jak również oznaczenia decyzji zamawiającego,

które podlegają zaskarżeniu, bez możliwości zapoznania się z nimi z powodu braku przejrzystości działań zamawiającego, naruszają prawo do skutecznej ochrony sądowej. *Bundesverwaltungsgericht* postanowił zawiesić toczące się postępowanie i zwrócił się do Trybunału z pytaniami prejudycjalnymi dotyczącymi zgodności austriackich uregulowań krajowych z prawem unijnym, w szczególności z dyrektywą 89/665/EWG²⁶¹.

²⁶¹ Austriacki federalny trybunał administracyjny przedstawił Trybunałowi Sprawiedliwości następujące pytania prejudycjalne:

1. Czy przewidziane w art. 2 ust. 1 lit. a) dyrektywy 89/665/EWG w brzmieniu nadanym dyrektywą 2014/23/UE postępowanie w przedmiocie wydania zarządzenia tymczasowego, które w Austrii jest przewidziane również przed *Bundesverwaltungsgericht* (federalnym sądem administracyjnym) i w którym to postępowaniu możliwe jest również np. uzyskanie tymczasowego zakazu zawierania umów ramowych lub zawierania umów dostawy, stanowi spór dotyczący sprawy cywilnej i handlowej w rozumieniu art. 1 ust. 1 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1215/2012 z dnia 12 grudnia 2012 r. w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wykonywania w sprawach cywilnych i handlowych (zwanego dalej „rozporządzeniem w sprawie jurysdykcji”)? Czy takie postępowanie w przedmiocie wydania zarządzenia tymczasowego, o którym mowa w poprzednim pytaniu, stanowi przynajmniej sprawę cywilną w rozumieniu art. 81 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE)? Czy postępowanie w przedmiocie wydania zarządzenia tymczasowego na podstawie art. 2 ust. 1 lit. a) dyrektywy 89/665/EWG w brzmieniu nadanym dyrektywą 2014/23/UE jest postępowaniem o zastosowanie środków tymczasowych na podstawie art. 35 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1215/2012 z dnia 12 grudnia 2012 r. w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wykonywania w sprawach cywilnych i handlowych („rozporządzenia w sprawie jurysdykcji”)?
2. Czy zasadę równoważności, przy uwzględnieniu pozostałych przepisów prawa Unii, należy interpretować w ten sposób, że przynajmniej ona jednostkom prawa podmiotowe wobec państwa członkowskiego i stoi na przeszkodzie stosowaniu austriackich przepisów krajowych, zgodnie z którymi sąd – przed rozstrzygnięciem wniosku o wydanie zarządzenia tymczasowego przewidzianego w art. 2 ust. 1 lit. a) dyrektywy 89/665/EWG w brzmieniu nadanym dyrektywą 2014/23/UE – musi ustalić rodzaj postępowania o udzielenie zamówienia i (szacunkową) wartość zamówienia oraz sumę podlegających odrębnemu zaskarżeniu decyzji, które zaskarżono w ramach określonych postępowań, względnie ewentualnie również etap danego postępowania o udzielenie zamówienia, aby następnie wydać ewentualnie za pośrednictwem przewodniczącego właściwej izby orzekającej sądu zarządzenie w sprawie uzupełnienia braków poprzez dopłatę do wniesionej opłaty, a w przypadku nieuiszczenia opłaty nałożyć te opłaty procesowe przez izbę orzekającą sądu właściwą w sprawie wniosku o wszczęcie postępowania odwoławczego – przed lub najpóźniej w tym samym momencie, kiedy nastąpiło odrzucenie wniosku o wydanie zarządzenia tymczasowego z powodu nieuiszczenia dodatkowej opłaty, gdyż w przeciwnym wypadku roszczenie o opłaty wygaśnie, gdy w (pozostałych) sprawach cywilnych w Austrii jest inaczej, jak np. w przypadku powództw o odszkodowanie lub zaniechanie z tytułu naruszenia konkurencji, gdzie nieuiszczenie opłat nie stanowi przeszkody dla rozstrzygnięcia powiązanego wniosku o wydanie zarządzenia tymczasowego, niezależnie od kwestii należnych w jakimkolwiek zakresie opłat sądowych, nieuiszczenie opłat ryczałtowych nie stanowi także zasadniczo przeszkody dla rozstrzygnięcia wniosku o wydanie zarządzenia tymczasowego złożonego w sprawie cywilnej oddzielnie od pozwu; a także dla porównania nieuiszczenie w Austrii opłat od odwołania od decyzji administracyjnych czy też opłat od skargi lub rewizji do trybunału konstytucyjnego lub trybunału administracyjnego, stanowiących środki odwoławcze przeciwko orzeczeniom sądów administracyjnych, nie prowadzi do odrzucenia danego środka odwoławczego z powodu nieuiszczenia opłat i przykładowo nie prowadzi też do tego, że wnioski o zawieszenie w tych postępowaniach ze skargi czy rewizji podlegają koniecznie odrzuceniu?
- 2.1. Czy zasadę równoważności, przy uwzględnieniu pozostałych przepisów prawa Unii, należy interpretować w ten sposób, że stoi ona na przeszkodzie stosowaniu austriackich przepisów krajowych, zgodnie z którymi przed rozstrzygnięciem wniosku w sprawie wydania zarządzenia tymczasowego, tak jak w przypadku przewidzianym w art. 2 ust. 1 lit. a) dyrektywy 89/665/EWG w brzmieniu nadanym dyrektywą 2014/23/UE, przewodniczący izby orzekającej jako jedyny sędzia wydaje zarządzenie w sprawie uzupełnienia opłat z powodu nieuiszczenia wystarczającej kwoty opłaty ryczałtowej i ten sędzia musi odrzucić wniosek o wydanie zarządzenia tymczasowego z powodu braku uiszczenia opłaty, gdy w przypadku powództw cywilnych w Austrii, w razie wniosku o wydanie zarządzenia tymczasowego składanego razem z pozwem nie są zgodnie z *Gerichtsgebührengesetz* (ustawą o kosztach sądowych) należne żadne dodatkowe ryczałtowe opłaty sądowe oprócz opłaty od pozwu w pierwszej instancji i również w przypadku wniosków o zawieszenie wykonania decyzji, które zostały złożone łącznie z odwołaniem od decyzji do sądu administracyjnego lub łącznie z rewizją od decyzji do trybunału administracyjnego, względnie ze skargą na decyzję do trybunału konstytucyjnego

i które funkcjonalnie mają taki sam lub podobny cel w zakresie ochrony prawnej, jak wniosek o wydanie zarządzenia tymczasowego, nie są należne żadne odrębne opłaty za te akcesoryjne wnioski o zawieszenie wykonania?

3. Czy wymóg zawarty w art. 2 ust. 1 lit. a) dyrektywy Rady 89/665/EWG 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. L 395 z dnia 30.12.1989, s. 33), w brzmieniu nadanym dyrektywą 2014/24/UE, przedsięwzięcia, w możliwie najkrótszym terminie, w drodze postanowienia, środków tymczasowych w celu naprawy domniemanego naruszenia lub zapobieżenia dalszym szkodom wobec podmiotów, których to dotyczy, należy, przy uwzględnieniu pozostałych przepisów prawa Unii, interpretować w ten sposób, że ten wymóg niezwłoczności przyznaje prawo podmiotowe do niezwłocznego rozstrzygnięcia wniosku o wydanie zarządzenia tymczasowego i stoi on na przeszkodzie stosowaniu austriackich przepisów krajowych, zgodnie z którymi, sąd nawet w przypadku nietransparentnych postępowań o udzielenie zamówień publicznych, w każdym przypadku przed rozstrzygnięciem wniosku o wydanie zarządzenia tymczasowego, mającego na celu uniemożliwienie dalszych zamówień publicznych przez instytucję zamawiającą musi ustalić, nawet przy braku znaczenia dla rozstrzygnięcia, rodzaj postępowania o udzielenie zamówienia i (szacunkową) wartość zamówienia oraz sumę podlegających odrębnemu zaskarżeniu decyzji, które zaskarżono lub które mogą zostać zaskarżone w ramach określonych postępowań, względnie ewentualnie również etap danego postępowania o udzielenie zamówienia, aby następnie, ewentualnie wydać za pośrednictwem przewodniczącego właściwej izby orzekającej sądu zarządzenie w sprawie uzupełnienia braków poprzez dopłatę do wniesionej opłaty, a w przypadku nieuiszczenia opłaty nałożyć na skarżącego opłaty procesowe przez izbę orzekającą sądu właściwą w sprawie rozstrzygnięcia wniosku o wszczęcie postępowania odwoławczego – przed lub najpóźniej w tym samym momencie, kiedy nastąpiło odrzucenie wniosku o wydanie zarządzenia tymczasowego z powodu nieuiszczenia dodatkowej opłaty – gdyż w przeciwnym wypadku roszczenie o opłaty wobec skarżącego wygaśnie?
4. Czy prawo do rzetelnego procesu przed sądem zgodnie z art. 47 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej [(2012/C 326/02)DE 26.10.2012 Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej C 326/391], przy uwzględnieniu pozostałych przepisów prawa Unii, należy interpretować w ten sposób, że przyznaje ono jednostkom prawa podmiotowe i stoi na przeszkodzie stosowaniu austriackich przepisów krajowych, zgodnie z którymi sąd musi, nawet przy braku znaczenia dla rozstrzygnięcia i nawet w przypadku nietransparentnych postępowań o udzielenie zamówień publicznych przed rozstrzygnięciem wniosku w sprawie wydania zarządzenia tymczasowego, mającego na celu uniemożliwienie dalszych zamówień publicznych przez instytucję zamawiającą ustalić rodzaj postępowania o udzielenie zamówienia i (szacunkową) wartość zamówienia oraz sumę podlegających odrębnemu zaskarżeniu decyzji, które zaskarżono w ramach określonych postępowań, względnie ewentualnie również etap danego postępowania o udzielenie zamówienia, aby następnie, ewentualnie wydać za pośrednictwem przewodniczącego właściwej izby orzekającej sądu zarządzenie w sprawie uzupełnienia braków poprzez dopłatę do wniesionej opłaty, a w przypadku nieuiszczenia opłaty nałożyć na skarżącego opłaty procesowe przez izbę orzekającą sądu właściwą w sprawie rozstrzygnięcia wniosku o wszczęcie postępowania odwoławczego – przed lub najpóźniej w tym samym momencie, kiedy nastąpiło odrzucenie wniosku o wydanie zarządzenia tymczasowego z powodu nieuiszczenia dodatkowej opłaty – gdyż w przeciwnym wypadku roszczenie o opłaty wygaśnie?
5. Czy zasadę równoważności, przy uwzględnieniu pozostałych przepisów prawa Unii, należy interpretować w ten sposób, że przyznaje ona jednostkom prawa podmiotowe w stosunku do państwa członkowskiego i stoi na przeszkodzie stosowaniu austriackich przepisów krajowych, zgodnie z którymi w przypadku nieuiszczenia ryczałtowych opłat za wniosek o wydanie zarządzenia tymczasowego w rozumieniu dyrektywy 89/665/EWG w obowiązującym brzmieniu (jedynie) izba orzekająca sądu administracyjnego jako organ właściwy do rozstrzygnięcia może nałożyć opłaty ryczałtowe (z konsekwentnie wynikającym z tego ograniczeniem ochrony prawnej dla strony zobowiązanej do uiszczenia opłat), jeżeli w przypadku opłaty od pozwu, opłaty od wniosku o wydanie zarządzenia tymczasowego i opłaty od środka odwoławczego w postępowaniu przed sądem cywilnym są one, w razie braku uiszczenia, nakładane decyzją zgodnie z *Gerichtliches Einbringungsgesetz* (ustawą o wnoszeniu opłat sądowych), a opłaty od przewidzianych w prawie administracyjnym środków odwoławczych w postaci skargi do sądu administracyjnego lub do trybunału konstytucyjnego, względnie w postaci rewizji do trybunału administracyjnego, w przypadku nieuiszczenia tych opłat, są co do zasady nakładane w drodze decyzji organu właściwego w sprawach opłat, od której (to znaczy od decyzji o nałożeniu opłat) zawsze można wnieść środek odwoławczy do sądu administracyjnego, a następnie od niego rewizję do trybunału administracyjnego lub skargę do trybunału konstytucyjnego?
6. Czy art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665/EWG w brzmieniu nadanym dyrektywą 2014/23/UE w świetle innych przepisów prawa Unii należy interpretować w ten sposób, że zawarcie umowy ramowej z jednym wykonawcą zgodnie z art. 33 ust. 3 dyrektywy 2014/24/UE stanowi zawarcie umowy zgodnie z art. 2a ust. 2 dyrektywy 89/665/EWG w brzmieniu nadanym dyrektywą 2014/23/UE?
 - 6.1. Czy sformułowanie zawarte w art. 33 ust. 3 dyrektywy 2014/24/UE: „zamówienia oparte na takiej umowie [ramowej]” należy interpretować w ten sposób, że zamówienie oparte na umowie ramowej

W pierwszej kolejności Trybunał stwierdził, że ze względu na brak występowania elementu zagranicznego na gruncie stanu faktycznego niniejszej sprawy, nie ma potrzeby udzielania odpowiedzi na pytanie, czy pojęcie „spraw cywilnych i handlowych” w rozumieniu art. 1 ust. 1 rozporządzenia nr 1215/2012²⁶² obejmuje także postępowania o zastosowanie środków tymczasowych i skargi, o których mowa w art. 2 ust. 1 lit. a) i b) dyrektywy 89/665/EWG.

występuje wówczas, gdy instytucja zamawiająca udziela pojedynczego zamówienia z wyraźnym odniesieniem do zawartej umowy ramowej? Czy też cytowany fragment „zamówienia oparte na takiej umowie [ramowej]” należy interpretować w ten sposób, że nie chodzi już o zamówienie oparte na pierwotnie zawartej umowie ramowej, jeżeli ogólna liczba zamówień umowy ramowej w rozumieniu wyroku Trybunału w sprawie C-216/17, pkt 64, została już wyczerpana?

7. Czy prawo do rzetelnego procesu przed sądem zgodnie z art. 47 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej [(2012/C 326/02)DE 26.10.2012 Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej C 326/391], przy uwzględnieniu pozostałych przepisów prawa Unii, należy interpretować w ten sposób, że stoi ono na przeszkodzie stosowaniu przepisu, zgodnie z którym instytucja zamawiająca wskazana w sporze dotyczącym zamówień publicznych powinna w postępowaniu o wydanie zarządzenia tymczasowego udzielić wszystkich wymaganych informacji i przedstawić wszystkie wymagane dokumenty – w każdym razie z możliwością wydania w przeciwnym wypadku na jej niekorzyść zaocznego orzeczenia – jeżeli członkowie jej organów lub pracownicy tej instytucji zamawiającej, którzy są zobowiązani do udzielenia tych informacji w imieniu instytucji zamawiającej, są w ten sposób niekiedy narażeni na ryzyko, że będą musieli ewentualnie nawet sami ponieść przez to odpowiedzialność karną na skutek udzielenia informacji lub przedstawienia dokumentów?
8. Czy wymóg zawarty w art. 1 ust. 1 dyrektywy Rady 89/665/EWG 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. Urz. UE L 395 z dnia 30.12.1989, s. 33), w brzmieniu nadanym dyrektywą 2014/24/UE, by procedury odwoławcze w zakresie udzielania zamówień publicznych były przeprowadzane możliwie skutecznie, zważywszy dodatkowo na prawo do skutecznego środka prawnego, o którym mowa w art. 47 karty, przy uwzględnieniu pozostałych przepisów prawa Unii, należy interpretować w ten sposób, że przepisy te przyznają prawa podmiotowe i stoją na przeszkodzie stosowaniu przepisów krajowych, zgodnie z którymi na poszukującym ochrony prawnej skarżącym ubiegającym się o wydanie zarządzenia tymczasowego spoczywa obowiązek wskazania we wniosku o wydanie zarządzenia tymczasowego konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia i konkretnej decyzji instytucji zamawiającej, nawet jeśli skarżący ten w przypadku postępowania o udzielenie zamówienia bez uprzedniej publikacji nie będzie co do zasady wiedział, ile nietransparentnych postępowań o udzielenie zamówień przeprowadziła instytucja zamawiająca i ile decyzji o udzieleniu zamówienia zostało już wydanych w ramach nietransparentnych postępowań o udzielenie zamówień?
9. Czy wymóg rzetelnego procesu przed sądem, o którym mowa w art. 47 karty, przy uwzględnieniu pozostałych przepisów prawa Unii, należy interpretować w ten sposób, że przepis ten przyznaje prawa podmiotowe i stoi na przeszkodzie stosowaniu przepisów krajowych, zgodnie z którymi na poszukującym ochrony prawnej skarżącym spoczywa obowiązek wskazania we wniosku o wydanie zarządzenia tymczasowego konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia i konkretnej oddzielnie zaskarżalnej, a także zaskarżonej decyzji instytucji zamawiającej, nawet jeśli skarżący ten w przypadku nietransparentnego dla niego postępowania o udzielenie zamówienia bez uprzedniej publikacji nie może co do zasady wiedzieć, ile nietransparentnych postępowań o udzielenie zamówień przeprowadziła instytucja zamawiająca i ile decyzji o udzieleniu zamówienia zostało już wydanych w ramach nietransparentnych postępowań o udzielenie zamówień?
10. Czy wymóg rzetelnego procesu przed sądem, o którym mowa w art. 47 karty, przy uwzględnieniu innych przepisów prawa Unii, należy interpretować w ten sposób, że przepis ten przyznaje prawa podmiotowe i stoi na przeszkodzie stosowaniu przepisów krajowych, zgodnie z którymi na poszukującym ochrony prawnej skarżącym ubiegającym się o wydanie zarządzenia tymczasowego spoczywa obowiązek uiszczenia ryczałtowych opłat w wysokości, której nie może on wcześniej przewidzieć, ponieważ skarżący ten w przypadku nietransparentnego dla niego postępowania o udzielenie zamówienia bez uprzedniej publikacji nie może co do zasady wiedzieć, czy instytucja zamawiająca przeprowadziła, a jeśli tak, to ewentualnie ile nietransparentnych postępowań o udzielenie zamówień, o jakiej szacunkowej wartości zamówienia, a także nie będzie co do zasady wiedział, ile odrębnie zaskarżalnych decyzji o udzieleniu zamówienia zostało już wydanych w ramach nietransparentnych postępowań o udzielenie zamówień?

²⁶² rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1215/2012 z dnia 12 grudnia 2012 r. w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wykonywania w sprawach cywilnych i handlowych (wersja przekształcona) (Dz.U.UE L z dnia 20 grudnia 2012 r.)

Następnie, odpowiadając na pytanie szóste, Trybunał zaznaczył, że regulacja art. 1 ust. 1 akapit trzeci dyrektywy 89/665/EWG przewiduje wyraźnie, że pojęcie „umów” w rozumieniu tej dyrektywy obejmuje także umowy ramowe, dlatego też, zdaniem Trybunału, zawarcie umowy ramowej z jednym wykonawcą na podstawie art. 33 ust. 3 dyrektywy 2014/24/UE stanowi zawarcie umowy zgodnie z art. 2a ust. 2 dyrektywy 89/665/EWG, przy czym zawarcie takiej umowy nie może nastąpić przed upływem okresu zawieszenia typu *standstill*. W dalszej kolejności, pochyłając się nad kwestią, czy wskazany wyżej art. 33 ust. 3 dyrektywy 2014/24/UE należy interpretować w ten sposób, że instytucja zamawiająca w celu udzielenia nowego zamówienia może nadal opierać się o umowę ramową, której maksymalna ilość lub maksymalna wartość określonych robót budowlanych, dostaw lub usług została już osiągnięta, Trybunał przypomniał, że ugruntowane orzecznictwo, zwłaszcza omówiony w punkcie [14.2.](#) niniejszej publikacji wyrok w sprawie *Simonsen & Weel*, stanowi, że zawarcie umowy ramowej umożliwia zaciąganie zobowiązań jedynie w granicach maksymalnej ilości lub maksymalnej wartości danych robót budowlanych, dostaw lub usług, wobec czego po osiągnięciu tego limitu skutki tej umowy ustają. W związku z tym, na podstawie umowy ramowej, której limit został przekroczony i która w związku z tym jest bezskuteczna, nie może już zostać udzielone zgodnie z prawem żadne zamówienie na mocy art. 33 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE, chyba że udzielenie zamówienia nie zmienia w istotnym stopniu tej umowy w rozumieniu art. 72 ust. 1 lit. e) tej dyrektywy²⁶³.

W przedmiocie pytania drugiego, pytania drugiego pkt 1 oraz pytania piątego, zmierzających do ustalenia, czy zasada równoważności stoi na przeszkodzie przepisom krajowym przewidującym, w odniesieniu do wniosków o zastosowanie środków tymczasowych i skarg związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, inne przepisy proceduralne niż te, które mają zastosowanie w szczególności do postępowań w sprawach cywilnych, Trybunał zauważył, że w tej materii na gruncie austriackich przepisów krajowych mamy do czynienia z trzema głównymi zasadami:

- dopuszczalność wniosku o zastosowanie środków tymczasowych lub skargi jest uzależniona od zapłaty sądowej opłaty ryczałtowej, wobec czego rozpoznanie co do istoty owego wniosku lub skargi może mieć miejsce tylko wtedy, gdy opłata ta została wcześniej uiszczona;
- wniosek o zastosowanie środków tymczasowych złożony w tym samym czasie co skarga co do istoty skutkuje pobraniem szczególnej opłaty ryczałtowej;
- sądowa opłata ryczałtowa nie jest nakładana w drodze decyzji administracyjnej, w związku z czym owa opłata nie może być kwestionowana przed sądem posiadającym nieograniczone prawo orzekania.

²⁶³ zob. wyrok z dnia 17 czerwca 2021 r. w sprawie C-23/20 *Simonsen & Weel A/S przeciwko Region Nordjylland og Region Syddanmark*, ECLI:EU:C:2021:490, pkt 68-70

Zdaniem Trybunału, okoliczność, że sądowa opłata ryczałtowa uiszczana przez podmiot prawa w dziedzinie zamówień publicznych jest wyższa niż opłata należna w ramach postępowań w sprawach cywilnych, sama w sobie nie może wykazać naruszenia zasady równoważności. Zasada ta ma bowiem oznaczać równe traktowanie skarg opartych na naruszeniu prawa krajowego i podobnych skarg opartych na naruszeniu prawa Unii, nie zaś równoważność krajowych zasad proceduralnych mających zastosowanie do sporów o charakterze innym niż cywilne z jednej strony i administracyjne z drugiej strony, lub do sporów należących do dwóch różnych dziedzin prawa²⁶⁴. Zasady równoważności nie można zatem interpretować tak, że zobowiązuje państwo członkowskie do rozciągnięcia najkorzystniejszego systemu wewnętrznego na wszystkie skargi wnoszone w danym obszarze prawa²⁶⁵.

Co się tyczy odpowiedzi na pytania ósme i dziewiąte, Trybunał zaznaczył, że w sytuacji braku uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu lub ogłoszenia o udzieleniu zamówienia, podmiot prawa nie jest w stanie określić rodzaju danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ani liczby zaskarżalnych decyzji. Z tego powodu, jak wywnioskował Trybunał, przepisy krajowe, nakładające w takim przypadku obowiązek wskazania tego rodzaju informacji we wniosku o zastosowanie środków tymczasowych i w skardze, stanowią zagrożenie dla skuteczności (*effet utile*) dyrektywy 89/665/EWG oraz są sprzeczne z prawem do skutecznego środka prawnego zagwarantowanym w art. 47 karty.

Z kolei pytania trzecie i czwarte dotyczyły austriackiego uregulowania krajowego zobowiązującego sąd, celem obliczenia wysokości sądowej opłaty ryczałtowej, do określenia rodzaju postępowania, szacunkowej wartości zamówienia oraz liczby podlegających odrębnemu zaskarżeniu decyzji, w przypadku postępowania bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu oraz gdy w chwili wniesienia skargi ogłoszenie o udzieleniu zamówienia publicznego nie zostało jeszcze opublikowane, przed wydaniem rozstrzygnięcia w sprawie wniosku o zastosowanie środków tymczasowych lub skargi pod rygorem ich oddalenia. W tym względzie Trybunał zauważył, że w ramach postępowania zorganizowanego w sposób nieprzejrzysty prawo ubiegania się o ochronę tymczasową ma zasadnicze znaczenie. Motyw piąty dyrektywy 89/665/EWG stanowi ponadto, że z uwagi na krótki czas trwania procedur właściwe organy odwoławcze muszą, między innymi, być upoważnione do podjęcia środków tymczasowych mających na celu zawieszenie takich procedur lub wykonania jakichkolwiek decyzji podejmowanych przez instytucję zamawiającą oraz że krótki czas trwania procedur oznacza, że wszelkie naruszenia przepisów dotyczących udzielania

²⁶⁴ zob. analogicznie wyrok z dnia 6 października 2015 r. w sprawie C-61/14 *Orizzonte Salute – Studio Infermieristico Associato przeciwko Azienda Pubblica di Servizi alla persona San Valentino – Città di Levico Terme i in.*, ECLI:EU:C:2015:655, pkt 66-67

²⁶⁵ zob. podobnie wyroki: z dnia 15 września 1998 r. w sprawie C-231/96 *Edilizia Industriale Siderurgica Srl (Edis) przeciwko Ministero delle Finanze*, ECLI:EU:C:1998:401, pkt 36 oraz z dnia 26 stycznia 2010 r. w sprawie C-118/08 *Transportes Urbanos y Servicios Generales SAL przeciwko Administración del Estado*, ECLI:EU:C:2010:39, pkt 34

zamówień publicznych muszą być eliminowane w trybie pilnym. Trybunał podkreślił, że w przypadku takich postępowań prawo do tymczasowej ochrony mogłoby zostać unicestwione, jeżeli sąd rozpatrujący wniosek o zastosowanie środków tymczasowych, zanim orzeknie o zastosowaniu takiego środka i wyłącznie w celu obliczenia wysokości sądowej opłaty ryczałtowej, byłby zobowiązany określić rodzaj postępowania, szacunkową wartość zamówienia oraz ustalić wszystkie decyzje podjęte przez instytucję zamawiającą w ramach tego postępowania. W takich sytuacjach jest bardzo prawdopodobne, że sąd będzie musiał przeprowadzić długie i skomplikowane badanie, podczas którego nie będzie miał możliwości zawieszenia kwestionowanych przez skarżącego zakupów dokonywanych przez instytucję zamawiającą.

W takich okolicznościach Trybunał stwierdził, że uregulowanie krajowe, które uniemożliwia sądowi rozpatrującemu wniosek o zastosowanie środków tymczasowych wydanie rozstrzygnięcia w jego przedmiocie do czasu, po pierwsze, uzyskania informacji dotyczących rodzaju postępowania, szacunkowej wartości zamówienia oraz liczby zaskarżalnych decyzji, a po drugie, w konsekwencji, do czasu uiszczenia przez wnioskodawcę sądowej opłaty ryczałtowej, narusza zarówno art. 2 ust. 1 lit. a) dyrektywy 89/665/EWG, jak i art. 47 karty. Natomiast wymóg szybkości postępowania nie jest tak surowy w sytuacji, gdy podmiot prawa wnosi do sądu krajowego skargę o stwierdzenie nieważności podlegającej odrębnemu zaskarżeniu decyzji instytucji zamawiającej. W związku z tym, zdaniem Trybunału, uregulowanie krajowe takie jak uregulowanie austriackie, które wymaga przekazania wskazanych wyżej informacji, w ramach postępowania mającego na celu stwierdzenie nieważności podlegającej odrębnemu zaskarżeniu decyzji instytucji zamawiającej, nie jest sprzeczne z prawem Unii.

Wreszcie, w odpowiedzi na pytanie dziesiąte Trybunał orzekł, że uregulowanie krajowe, które zobowiązuje podmiot prawa składający wniosek o zastosowanie środków tymczasowych lub skargę, do uiszczenia sądowej opłaty ryczałtowej w wysokości, której nie może on wcześniej przewidzieć, w przypadku postępowania o udzielenie zamówienia bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu lub, w stosownych przypadkach, bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o udzieleniu zamówienia – w związku z czym ów podmiot prawa może nie być w stanie uzyskać wiedzy o szacunkowej wartości zamówienia oraz o liczbie podlegających odrębnemu zaskarżeniu decyzji wydanych przez instytucję zamawiającą, na podstawie których obliczono ową opłatę, czyni praktycznie niemożliwym lub nadmiernie utrudnionym skorzystanie z przysługującego mu prawa do skutecznego środka prawnego, a w konsekwencji narusza art. 47 karty, także wówczas, gdy kwota ta stanowi jedynie znikomy ułamek wartości danego zamówienia lub zamówień.

Natomiast w kontekście pytania siódmego Trybunał wskazał na jego hipotetyczny charakter i w rezultacie uznał je za niedopuszczalne.

17.13. orzeczenie z dnia 17 listopada 2022 r. w sprawie C-54/21 Antea Polska S.A., Pectore-Eco sp. z o.o., Instytut Ochrony Środowiska – Państwowy Instytut Badawczy przeciwko Państwowemu Gospodarstwu Wodnemu Wody Polskie, ECLI:EU:C:2022:888

W sprawie *Antea Polska i inni*, opisanej w punkcie [13.2.](#) niniejszej publikacji, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła się do Trybunału z wnioskiem prejudycjalnym, w ramach którego sformułowała cztery pytania bezpośrednio dotyczące problematyki zakresu informacji, jakie mogą zostać zastrzeżone przez wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa (pytania od pierwszego do czwartego)²⁶⁶. Ponadto, mając na względzie, że spółka Antea

²⁶⁶ Krajowa Izba Odwoławcza postanowiła zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

1. Czy wyrażona w art. 18 ust. 1 dyrektywy [2014/24] zasada równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców oraz zasada przejrzystości zezwala na taką interpretację art. 21 ust. 1 dyrektywy 2014/24 i art. 2 pkt 1 dyrektywy [2016/943], w szczególności zawartych w nich określeń »jako całość lub w szczególnym zestawie i zbiorze ich elementów nie są ogólnie znane lub łatwo dostępne« i »mają wartość handlową dlatego, że są objęte tajemnicą« oraz wskazania, że »instytucja zamawiająca nie ujawnia informacji oznaczonych przez wykonawców jako poufne«, w konsekwencji której wykonawca może zastrzec jako tajemnicę przedsiębiorstwa dowolną informację, z tego powodu, że nie chce jej ujawniać konkurującemu z nim wykonawcom?
2. Czy wyrażona w art. 18 ust. 1 dyrektywy 2014/24 zasada równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców oraz zasada przejrzystości zezwala na taką interpretację art. 21 ust. 1 dyrektywy 2014/24 i art. 2 pkt 1 dyrektywy 2016/943, w konsekwencji której wykonawcy ubiegający się o zamówienie publiczne mogą zastrzec dokumenty wskazane w art. 59 i 60 dyrektywy 2014/24 oraz w załączniku XII do dyrektywy 2014/24, w całości lub w części, jako tajemnicę przedsiębiorstwa, w szczególności w odniesieniu do wykazu posiadanego doświadczenia, referencji, wykazu osób proponowanych do wykonania zamówienia i ich kwalifikacji zawodowych, nazw i potencjału podmiotów, na których potencjał się powołują, lub podwykonawców, jeśli dokumenty te są wymagane w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub dla oceny według kryteriów oceny ofert lub stwierdzenia zgodności oferty z innymi wymaganiami instytucji zamawiającej zawartymi w dokumentacji postępowania (ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia)?
3. Czy wyrażona w art. 18 ust. 1 dyrektywy 2014/24 zasada równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców oraz zasada przejrzystości w związku z art. 58 ust. 1, art. 63 ust. 1 i art. 67 ust. 2 lit. b) dyrektywy 2014/24 zezwala na równoczesne przyjęcie przez instytucję zamawiającą deklaracji wykonawcy, iż dysponuje wymaganymi przez instytucję zamawiającą lub deklarowanymi samodzielnie zasobami osobowymi, podmiotami, na których zasobach chce polegać, lub podwykonawcami, co zgodnie z przepisami musi udowodnić instytucji zamawiającej, oraz deklaracji, że już samo ujawnienie konkurującemu z nim wykonawcom danych dotyczących tych osób lub podmiotów (nazwisk, nazw, doświadczenia, kwalifikacji) może spowodować ich »podkupienie« przez tych wykonawców, przez co niezbędne jest objęcie tych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa? W związku z powyższym, czy tak nietrwałą więź pomiędzy wykonawcą a tymi osobami i podmiotami można uznać za udowodnienie dysponowania tym zasobem, a w szczególności przyznać wykonawcy dodatkowe punkty w ramach kryteriów oceny ofert?
4. Czy wyrażona w art. 18 ust. 1 dyrektywy 2014/24 zasada równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców oraz zasada przejrzystości zezwala na taką interpretację art. 21 ust. 1 dyrektywy 2014/24 i art. 2 pkt 1 dyrektywy 2016/943, w konsekwencji której wykonawcy ubiegający się o zamówienie publiczne mogą zastrzec jako tajemnicę przedsiębiorstwa dokumenty wymagane w celu badania zgodności oferty z wymaganiami zamawiającego zawartymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (w tym w opisie przedmiotu zamówienia) albo w celu oceny oferty w ramach kryteriów oceny ofert, w szczególności jeśli dokumenty te odnoszą się do spełnienia wymagań instytucji zamawiającej zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w przepisach prawa lub w innych dokumentach powszechnie dostępnych lub dostępnych zainteresowanym, w szczególności, jeśli ocena ta nie przebiega według obiektywnie porównywalnych schematów oraz mierzalnych i porównywalnych matematycznie lub fizycznie wskaźników, lecz według indywidualnej oceny instytucji zamawiającej? W konsekwencji, czy art. 21 ust. 1 dyrektywy 2014/24 i art. 2 pkt 1 dyrektywy 2016/943 można interpretować tak, że za tajemnicę przedsiębiorstwa danego wykonawcy można uznać złożoną przez niego w ramach oferty deklarację wykonania danego przedmiotu zamówienia według wskazań instytucji zamawiającej zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, kontrolowanych i ocenianych przez instytucję zamawiającą pod względem zgodności z tymi wymaganiami, nawet jeśli to do wykonawcy należy wybór metod zmierzających do osiągnięcia wymaganego przez instytucję zamawiającą efektu (przedmiotu zamówienia)?

żądała uchylenia decyzji o udzieleniu zamówienia, podnosząc między innymi argument, że po wydaniu tej decyzji nie uzyskała dostępu do informacji, jakie jej konkurenci, w tym wybrany wykonawca, przekazali instytucji zamawiającej, Izba zadała Trybunałowi pytanie odnośnie do możliwości przywrócenia terminu na wniesienie odwołania (pytanie siódme)²⁶⁷.

pytanie pierwsze

Poprzez pytanie pierwsze Krajowa Izba Odwoławcza dążyła do ustalenia, czy art. 18 ust. 1 i art. 21 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE sprzeciwiają się przepisom krajowym, które wymagają, aby – z jedynym wyjątkiem tajemnic przedsiębiorstwa – informacje przekazywane przez oferentów instytucjom zamawiającym były w całości publikowane lub podawane do wiadomości pozostałych oferentów, a także praktyce instytucji zamawiających polegającej na każdorazowym uwzględnianiu wniosków o zachowanie poufności ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odpowiadając na to pytanie Trybunał oparł się na swoim dotychczasowym orzecznictwie, w tym zwłaszcza wyrokach zapadłych w sprawie *Varec*²⁶⁸ oraz w sprawie *Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras*²⁶⁹, podkreślając potrzebę wyważenia zasady przejrzystości działań zamawiających, określonej w art. 18 dyrektywy 2014/24/UE, z potrzebą zapewnienia niezakłóconej konkurencji, opartej na stosunku zaufania między zamawiającymi a wykonawcami, w tym zakazu naruszania poufności informacji, określonego w art. 21 ust. 1 tej dyrektywy oraz ogólnej zasady dobrej administracji, z której wynika obowiązek uzasadniania, będący elementem prawa do skutecznego środka prawnego.

Trybunał podzielił stanowisko rzecznika generalnego Sáncheza-Bordony, zgodnie z którym ochrona poufności przewidziana w dyrektywie 2014/24/UE ma szerszy zakres niż ochrona rozciągająca się wyłącznie na tajemnicę przedsiębiorstwa²⁷⁰. Zarazem Trybunał

²⁶⁷ Siódme pytanie zadane przez Krajową Izbę Odwoławczą w tej sprawie brzmiało następująco:

7. Czy art. 1 ust. 1 i 3 [dyrektywy 89/665], nakazujący państwom członkowskim zapewnienie wykonawcom możliwości skutecznego odwołania od decyzji podjętych przez instytucje zamawiające oraz dostępności procedur odwoławczych dla podmiotu, który ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i który poniósł szkodę lub może ponieść szkodę w wyniku domniemanego naruszenia, należy tak tłumaczyć, że stwierdzenie przez organ orzekający, że zastrzeżone przez wykonawców w danym postępowaniu dokumenty nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, co skutkuje nakazaniem ich ujawnienia przez instytucję zamawiającą i udostępnienia konkurującym wykonawcom – jeżeli taki skutek nie wynika wprost z przepisów prawa – powoduje dla organu orzekającego obowiązek wydania rozstrzygnięcia o treści umożliwiającej temu wykonawcy ponowne wniesienie odwołania – w zakresie wynikającym z treści tych dokumentów, której wcześniej nie znał i z którego to powodu nie mógł skutecznie skorzystać ze środka ochrony prawnej – wobec czynności, co do której odwołanie by nie przysługiwało ze względu na upływ terminu do jego wniesienia, na przykład poprzez unieważnienie czynności badania i oceny ofert, których dotyczą przedmiotowe dokumenty zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa?

²⁶⁸ wyrok z dnia 14 lutego 2008 r. w sprawie C-450/06 *Varec SA przeciwko państwu belgijskiemu*, ECLI:EU:C:2008:91

²⁶⁹ wyrok z dnia 7 września 2021 r. w sprawie C-927/19 *Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras UAB przeciwko Ecoservice Klaipėda UAB, Klaipėdos autobusų parkas UAB, Parsekas UAB, Klaipėdos transportas UAB*, ECLI:EU:C:2021:295

²⁷⁰ zob. opinia rzecznika generalnego Manuela Camposa Sáncheza-Bordony przedstawiona w dniu 12 maja 2022 r. w sprawie C-54/21 *Antea Polska S.A., Pectore-Eco sp. z o.o., Instytut Ochrony Środowiska – Państwowy Instytut Badawczy przeciwko Państwowemu Gospodarstwu Wodnemu Wody Polskie*, ECLI:EU:C:2022:385, pkt 34-35

przypomniął, że zgodnie z tą dyrektywą zakaz ujawniania informacji przekazanych jako poufne ma zastosowanie o tyle, o ile nie przewidziano inaczej w przepisach krajowych, wskutek czego każde państwo członkowskie może dokonać wyważenia między poufnością, o której mowa w tej dyrektywie, a przepisami prawa krajowego mającymi na celu realizację innych uzasadnionych interesów celem zapewnienia jak największej przejrzystości postępowań.

Niemniej jednak, zdaniem Trybunału, w celu zapewnienia skuteczności (*effet utile*) państwo członkowskie musi powstrzymać się od wprowadzania zasad, które nie gwarantują niezakłóconej konkurencji, które utrudniają dokonanie wyważenia między zakazem ujawniania informacji poufnych a ogólną zasadą dobrej administracji, z której wynika obowiązek uzasadnienia, aby zapewnić poszanowanie przysługującego odrzuconym oferentom prawa do skutecznego środka prawnego, lub które zniekształcają reguły podawania do wiadomości publicznej informacji o udzielonych zamówieniach oraz reguły informowania kandydatów i oferentów.

Tymczasem, jak zauważył Trybunał, regulacje krajowe wymagające podania do wiadomości publicznej wszelkich informacji, jakie zostały przekazane instytucji zamawiającej przez wszystkich oferentów, w tym wybranego oferenta, z jedynym wyjątkiem informacji objętych pojęciem tajemnicy przedsiębiorstwa, mogą uniemożliwić instytucji zamawiającej podjęcie decyzji o nieujawnianiu niektórych informacji ze względu na interesy lub cele wymienione w przepisach dyrektywy, w sytuacji gdy informacje te nie byłyby objęte zakresem pojęcia tajemnicy przedsiębiorstwa.

W świetle powyższych rozważań Trybunał orzekł, że regulacje dyrektywy 2014/24/UE stoją na przeszkodzie przepisom krajowym w dziedzinie udzielania zamówień publicznych, które wymagają, aby – z jedynym wyjątkiem tajemnic przedsiębiorstwa – informacje przekazywane przez oferentów instytucjom zamawiającym były w całości publikowane lub podawane do wiadomości pozostałych o, a także praktyce instytucji zamawiających polegającej na każdorazowym uwzględnianiu wniosków o zachowanie poufności ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa.

Na marginesie trzeba wspomnieć, że Trybunał, odpowiadając na pytanie pierwsze, oparł swoje stanowisko na błędnym założeniu, że przepisy polskiej ustawy z 2004 r. wymagały podania do wiadomości publicznej wszelkich informacji, jakie zostały przekazane instytucji zamawiającej przez wszystkich oferentów, z jedynym wyjątkiem w postaci tajemnicy przedsiębiorstwa. Tymczasem na gruncie ustawy – Prawo zamówień publicznych z 2004 r., tajemnica przedsiębiorstwa nie była jedynym wyjątkiem od zasady jawności postępowania, albowiem przykładowo, w ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia zamawiający mógł nie ujawniać niektórych informacji, jeżeli ich ujawnienie mogłoby utrudnić stosowanie prawa lub byłoby sprzeczne z interesem publicznym, lub mogłoby

naruszyć uzasadnione interesy gospodarcze wykonawców, lub mogłoby zakłócić konkurencję pomiędzy nimi.

pytania od drugiego do czwartego

W ramach tych pytań, które Trybunał rozpatrywał łącznie, Krajowa Izba Odwoławcza chciała się dowiedzieć, czy stosownie do regulacji art. 18 ust. 1, art. 21 ust. 1 i art. 55 dyrektywy 2014/24/UE instytucja zamawiająca powinna umożliwić wykonawcy, którego dopuszczalna oferta została odrzucona, dostęp do przedstawionych przez pozostałych wykonawców informacji odnoszących się do ich stosownego doświadczenia i związanych z nim referencji, do tożsamości i kwalifikacji zawodowych osób proponowanych do wykonania zamówienia lub podwykonawców oraz do koncepcji projektów, które mają zostać zrealizowane w ramach zamówienia, i sposobu jego realizacji, czy też, przeciwnie, powinna ona odmówić mu dostępu do tych informacji.

W tym względzie Trybunał wyjaśnił, że na potrzeby podjęcia decyzji o odmowie dostępu do wskazanych wyżej informacji, instytucja zamawiająca musi ocenić, czy informacje te mają wartość handlową, która nie ogranicza się do danego zamówienia, gdyż ich ujawnienie mogłoby zaszkodzić uzasadnionym interesom handlowym lub uczciwej konkurencji. Ponadto, instytucja zamawiająca może odmówić udzielenia dostępu do tych informacji, jeżeli ich ujawnienie mogłoby utrudnić egzekwowanie prawa lub byłoby sprzeczne z interesem publicznym, przy czym, jak wskazał Trybunał, w razie odmowy pełnego dostępu do informacji, należy udzielić dostępu do ich zasadniczej treści, tak aby zapewnić poszanowanie prawa do skutecznego środka prawnego.

W kwestii stosownego doświadczenia oferentów i referencji potwierdzających to doświadczenie i ich zdolności, Trybunał uznał, że takich informacji nie można uznać w całości za poufne, w związku z czym oferenci powinni mieć dostęp przynajmniej do zasadniczej treści informacji przekazanych przez każdego z nich instytucji zamawiającej i dotyczących ich doświadczenia oraz potwierdzających to doświadczenie referencji.

W dalszej kolejności, co się tyczy informacji odnoszących się do osób fizycznych lub prawnych, w tym podwykonawców, na zdolnościach których oferent będzie polegać przy realizacji zamówienia, Trybunał dokonał rozróżnienia między danymi umożliwiającymi identyfikację tych osób a danymi dotyczącymi wyłącznie ich kwalifikacji. Jeżeli chodzi o dane identyfikacyjne, Trybunał nie wykluczył konieczności odmowy dostępu do tych danych, o ile prawdopodobne jest, że oferent oraz jego eksperci lub podwykonawcy stworzyli synergii o wartości handlowej. Instytucja zamawiająca musi zatem ustalić, uwzględniając wszystkie istotne okoliczności, czy ujawnienie tych danych identyfikacyjnych może narazić oferenta na naruszenie ochrony poufności. Jednakże Trybunał zauważył, że co do zasady, nie można odmówić ujawnienia tych informacji, jeżeli nie mają one żadnej wartości handlowej w szerszym kontekście działalności tych wykonawców. Natomiast co się tyczy danych nieidentyfikacyjnych, Trybunał stwierdził, że

zasadnicza treść danych takich jak kwalifikacje lub zdolności zawodowe osób wskazanych do realizacji zamówienia, liczebność i struktura utworzonej w ten sposób kadry lub część zamówienia, której realizację oferent zamierza powierzyć podwykonawcom, powinna być dostępna dla wszystkich oferentów.

Wreszcie, w odniesieniu do koncepcji projektów, które mają zostać zrealizowane w ramach zamówienia, oraz opisu sposobu realizacji zamówienia, Trybunał wskazał, że do instytucji zamawiającej należy zbadanie, czy stanowią one elementy lub zawierają elementy, mogące podlegać ochronie na podstawie prawa własności intelektualnej, w szczególności prawa autorskiego, co skutkuje podstawą odmowy ujawnienia informacji związanej z egzekwowaniem prawa. Zarazem Trybunał zaznaczył, że zgodnie z dotychczasowym orzecnictwem, ochrona ta jest zastrzeżona wyłącznie dla elementów stanowiących wyraz własnej twórczości intelektualnej ich autora, odzwierciedlającej jego osobowość²⁷¹. Dodatkowo, Trybunał zauważył, że niezależnie od badania powyższej kwestii, opublikowanie koncepcji i opisu, które posiadają wartość handlową, może spowodować zakłócenie konkurencji, zwłaszcza poprzez ograniczenie zdolności danego wykonawcy do wyróżnienia się przy wykorzystaniu tej samej koncepcji i tego samego opisu w przyszłych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. O ile zatem może zaistnieć konieczność odmowy pełnego dostępu do informacji dotyczących koncepcji projektów oraz opisu sposobu realizacji zamówienia, o tyle, zdaniem Trybunału, zasadnicza treść tej części ofert musi być jednak dostępna.

pytanie siódme

Poprzez pytanie siódme Krajowa Izba Odwoławcza dążyła do ustalenia, czy art. 1 ust. 1 i 3 dyrektywy 89/665/EWG należy interpretować w ten sposób, że w przypadku stwierdzenia, w toku rozpatrywania odwołania od decyzji o udzieleniu zamówienia publicznego, że instytucja zamawiająca ma obowiązek ujawnić odwołującemu się informacje, w odniesieniu do których niesłusznie zachowano poufność, stwierdzenie to musi również prowadzić do wydania przez tę instytucję zamawiającą ponownej decyzji o udzieleniu zamówienia, aby umożliwić odwołującemu się ponowne wniesienie odwołania.

W ślad za orzeczeniem w sprawie *Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras*, omówionym w punkcie [8.11.](#) niniejszej publikacji, Trybunał zaznaczył, że w celu zapewnienia poszanowania prawa do skutecznego środka prawnego, sąd krajowy rozpatrujący odwołanie musi zweryfikować, czy instytucja zamawiająca słusznie uznała, że informacje, których przekazania odwołującemu odmówiła, były poufne. W tym celu sąd ten powinien dokonać pełnej analizy wszelkich istotnych okoliczności faktycznych i prawnych, co wymaga dysponowania wszystkimi wymaganymi informacjami, w tym także

²⁷¹ zob. podobnie wyrok z dnia 29 lipca 2019 r. w sprawie C-469/17, *Funke Medien NRW GmbH przeciwko Bundesrepublik Deutschland*, ECLI:EU:C:2019:623, pkt 19 i przytoczone tam orzecznictwo

informacjami poufnymi²⁷². Jeżeli w wyniku tej weryfikacji sąd krajowy stwierdzi, że w odniesieniu do niektórych informacji niesłusznie zachowano poufność, powinien on mieć możliwość uchylecia decyzji instytucji zamawiającej o odmowie ich ujawnienia oraz, w stosownym przypadku, decyzji o oddaleniu odwołania administracyjnego od tej decyzji odmownej, a także, jeżeli prawo krajowe mu na to zezwala, wydania nowej decyzji w tym przedmiocie²⁷³.

Natomiast w kwestii skutków nieujawnienia wspomnianych informacji dla zgodności z prawem postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym dla decyzji o udzieleniu zamówienia, Trybunał stwierdził, że przepisy dyrektywy 89/665/EWG nie pozwalają na określenie, według jakich szczegółowych przepisów proceduralnych sąd krajowy powinien zbadać te skutki, określenie tych przepisów należy bowiem do poszczególnych państw członkowskich. W związku z tym to do sądu krajowego należy zbadanie, czy informacje te rzeczywiście powinny być zostać ujawnione, a jeżeli tak – dokonanie oceny, czy ich nieujawnienie pozbawiło wykonawcę możliwości wniesienia skutecznego środka prawnego w odniesieniu do decyzji o udzieleniu zamówienia.

Trybunał podkreślił również, że do sądu krajowego należy następnie zapewnienie, by usunięto wszelkie ewentualnie stwierdzone naruszenia prawa do skutecznego środka prawnego. W tym kontekście Trybunał zwrócił uwagę, że do sądu krajowego należy w szczególności uwzględnienie utrwalonego orzecznictwa Trybunału, zgodnie z którym wyznaczony w art. 1 dyrektywy 89/665/EWG cel polegający na zagwarantowaniu skutecznych środków odwoławczych w przypadkach naruszeń przepisów obowiązujących w dziedzinie udzielania zamówień publicznych może zostać osiągnięty wyłącznie wówczas, gdy bieg terminu na wniesienie odwołania od danej decyzji rozpoczyna się dopiero w dniu, w którym wnoszący odwołanie dowiedział się lub powinien był się dowiedzieć o zarzucanym naruszeniu rzeczonych przepisów²⁷⁴.

Biorąc pod uwagę powyższe, na pytanie siódme Trybunał udzielił odpowiedzi, że w myśl regulacji art. 1 ust. 1 i 3 dyrektywy 89/665/EWG, w przypadku stwierdzenia w toku rozpatrywania odwołania od decyzji o udzieleniu zamówienia publicznego, że instytucja zamawiająca ma obowiązek ujawnić odwołującemu się informacje, w odniesieniu do których niesłusznie zachowano poufność, oraz że ze względu na nieujawnienie tych informacji naruszono prawo do skutecznego środka prawnego, stwierdzenie to nie musi koniecznie prowadzić do wydania przez tę instytucję zamawiającą ponownej decyzji o udzieleniu zamówienia, o ile krajowe prawo proceduralne pozwala sądowi rozpatrującemu sprawę na zastosowanie w toku postępowania środków

²⁷² cyt. wyrok w sprawie *Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras*, pkt 129-130

²⁷³ *Ibidem*, pkt 136

²⁷⁴ zob. wyroki: z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie C-406/08 *Uniplex (UK) Ltd przeciwko NHS Business Services Authority*, ECLI:EU:C:2010:45, pkt 32; z dnia 8 maja 2014 r. w sprawie C-161/13 *Idrodinamica Spurgo Velox srl i in. przeciwko Acquedotto Pugliese SpA*, ECLI:EU:C:2014:307, pkt 37; a także postanowienie z dnia 14 lutego 2019 r. w sprawie C-54/18 *Cooperativa Animazione Valdocco S.C.S. Impresa Sociale Onlus przeciwko Consorzio Intercomunale Servizi Sociali di Pinerolo i Azienda Sanitaria Locale To3 di Collegno e Pinerolo*, ECLI:EU:C:2019:118, pkt 45

przywracających poszanowanie prawa do skutecznego środka prawnego lub na uznanie, że odwołujący się może ponownie wnieść odwołanie od już podjętej decyzji o udzieleniu zamówienia. Bieg terminu na wniesienie takiego odwołania może rozpocząć się dopiero w dniu, w którym ów odwołujący się uzyskał dostęp do wszystkich informacji, w odniesieniu do których niesłusznie zachowano poufność.

17.14. orzeczenie z dnia 26 stycznia 2023 r. w sprawie C-682/21 "HSC Baltic" UAB, "Mitnija" UAB, "Montuotojas" UAB przeciwko Vilniaus miesto savivaldybės administracija, ECLI:EU:C:2023:48

W orzeczeniu zapadłym w omawianej w punkcie [12.2.](#) niniejszej publikacji sprawie, w ramach jednego z zadanych pytań prejudycjalnych, litewski sąd odsyłający zmierzał do ustalenia, czy od decyzji instytucji zamawiającej o wpisaniu wykonawcy do wykazu nierzetelnych wykonawców z powodu dopuszczenia się istotnego naruszenia umowy zawartej z tą instytucją zamawiającą, wykonawcy przysługują środki ochrony prawnej²⁷⁵.

Odpowiadając na pytanie, Trybunał w pierwszym rzędzie przypominał, że z regulacji art. 1 ust. 1 oraz ust. 3 dyrektywy 89/665/EWG wynika, że państwa członkowskie muszą przyjąć niezbędne środki, aby zagwarantować, by decyzje podjęte przez instytucje zamawiające mogły być przedmiotem skutecznych i możliwie szybkich środków odwoławczych dostępnych dla każdej osoby, która ma lub miała interes w uzyskaniu danego zamówienia i która poniosła szkodę lub może ponieść szkodę w wyniku zarzucanego naruszenia. W kontekście powyższego Trybunał podkreślił, że jeżeli na podstawie utrwalonego orzecznictwa, pojęcie „decyzji podjętych przez instytucje zamawiające” należy interpretować możliwie szeroko, bez rozróżnienia ze względu na treść, chwilę przyjęcia, czy charakter takich decyzji²⁷⁶, to również sformułowanie „każdego podmiotu, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia i który poniósł szkodę lub może ponieść szkodę w wyniku domniemanego naruszenia” będzie podlegało analogicznej, szerokiej interpretacji, tak, aby zasady zawarte we wspomnianej dyrektywie miały zastosowanie do wszystkich osób, których interes w uzyskaniu takiego zamówienia został naruszony w wyniku podjętej przez instytucję zamawiającą decyzji.

Z uwagi na powyższe Trybunał orzekł, że art. 1 ust. 1 i 3 dyrektywy 89/665/EWG należy interpretować w ten sposób, że państwo członkowskie, które przewiduje w ramach ustalania warunków stosowania przewidzianej w art. 57 ust. 4 lit. g) dyrektywy

²⁷⁵ Lietuvos Aukščiausiasis Teismas zadał Trybunałowi następujące pytanie:

1. Czy art. 18 ust. 1, art. 57 ust. 4 lit. g) i art. 57 ust. 6 dyrektywy [2014/24] oraz art. 1 ust. 1 akapit czwarty i art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665 (rozpatrywane łącznie lub oddzielnie, ale bez ograniczenia do treści tych przepisów) należy interpretować w ten sposób, że decyzja instytucji zamawiającej o wpisaniu danego wykonawcy do wykazu nierzetelnych wykonawców, a tym samym o ograniczeniu na pewien czas jego zdolności do uczestnictwa w ogłoszonych później postępowaniach o udzielenie zamówienia z tego powodu, że ów wykonawca dopuścił się istotnego naruszenia umowy zawartej z tą instytucją zamawiającą, jest aktem, który może podlegać zaskarżeniu do sądu?

²⁷⁶ zob. podobnie wyrok z dnia 5 kwietnia 2017 r. w sprawie C-391/15 *Marina del Mediterráneo i in. przeciwko Agencia Pública de Puertos de Andalucía*, ECLI:EU:C:2017:268, pkt 26, 27 i przytoczone tam orzecznictwo

2014/24/UE fakultatywnej podstawy wykluczenia, że członkowie konsorcjum, któremu udzielono zamówienia publicznego, w przypadku rozwiązania umowy w sprawie tego zamówienia z powodu braku wykonania istotnego zobowiązania zostają wpisani do wykazu nierzetelnych wykonawców, a przez to czasowo zostają co do zasady wykluczeni z uczestnictwa w nowych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, powinno zagwarantować owym wykonawcom prawo do wniesienia skutecznego środka odwoławczego od wpisania ich do tego wykazu.

**17.15. orzeczenie z dnia 9 lutego 2023 r. w sprawie C-53/22 VZ
przeciwko CA, ECLI:EU:C:2023:88**

W sprawie, w której zapadło omawiane orzeczenie, instytucja zamawiająca CA wszczęła w 2018 r. w trybie procedury otwartej postępowanie o udzielenie zamówienia na świadczenie usług ratownictwa śmigłowcowego na rzecz podmiotów regionalnej służby zdrowia regionów Lombardia i Liguria. W celu wykazania zdolności technicznej i zawodowej CA wymagała od wykonawców posiadania szczególnego zaświadczenia. Spółka VZ, nieposiadająca wskazanego zaświadczenia, zaskarżyła ogłoszenie o zamówieniu w zakresie powyższego wymogu. Skarga została oddalona wyrokiem regionalnego sądu administracyjnego w pierwszej instancji, utrzymanym następnie w mocy przez Consiglio di Stato, włoski naczelny sąd administracyjny, w rezultacie czego spółka została skutecznie wykluczona z postępowania. W międzyczasie Autorità garante della concorrenza e del mercato, włoski urząd ochrony konkurencji i rynku, stwierdził, że w okresie poprzedzającym wszczęcie tego postępowania, niektóre przedsiębiorstwa biorące w nim udział, dopuściły się poważnego naruszenia art. 101 TFUE, polegającego między innymi na porozumieniu mającym na celu ustalanie cen usług śmigłowcowych, w konsekwencji czego nałożył na nie kary pieniężne, przy czym nie stwierdził istnienia porozumienia ograniczającego konkurencję. W związku z tym, w dniu 2 marca 2020 r. udzielono zamówienia składającego się z trzech części poszczególnym wykonawcom, którzy następnie wnieśli do regionalnego sądu administracyjnego skargę na nałożone na nich kary. Skargi zostały oddalone. Natomiast w dniu 1 czerwca 2020 r. spółka VZ poinformowała instytucję zamawiającą o jednym z wyroków regionalnego sądu administracyjnego oraz wykazała, że od października 2019 r. znajdowała się w posiadaniu zaświadczenia wymagane do udziału w postępowaniu, wnosząc jednocześnie o uchylenie decyzji o udzieleniu zamówienia publicznego. Rozpoznając sprawę *Tribunale amministrativo regionale (TAR) per la Lombardia*, regionalny sąd administracyjny dla Lombardii, zawiesił toczące się postępowanie i zwrócił się do Trybunału z pytaniami prejudycjalnymi, dotyczącymi wykładni przepisów dyrektywy 89/665/EWG w zakresie

możliwości posiadania legitymacji procesowej do wniesienia odwołania przez wykonawcę ostatecznie wykluczonego z postępowania o udzielenie zamówienia²⁷⁷:

Odpowiadając na zadane pytania rozpatrywane łącznie, Trybunał w pierwszej kolejności zauważył, że zgodnie z dotychczasowym orzecznictwem, państwa członkowskie nie są zobowiązane do uczynienia procedur odwoławczych dostępnymi dla każdego, kto chce uzyskać zamówienie publiczne, lecz mogą wymagać, by dany podmiot poniósł szkodę lub by groziło mu poniesienie szkody z racji podnoszonego naruszenia prawa unijnego w dziedzinie zamówień publicznych lub krajowych przepisów transponujących to prawo²⁷⁸. Następnie Trybunał wskazał, że w świetle art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665/EWG, udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia może stanowić przesłankę, której spełnienie jest wymagane do wykazania, że dany podmiot ma interes w uzyskaniu zamówienia lub że grozi mu poniesienie szkody z racji podnoszonej niezgodności z prawem decyzji o udzieleniu tego zamówienia. Wobec tego, w razie braku złożenia oferty, taki wykonawca nie może wykazać, że ma interes w zakwestionowaniu decyzji lub że poniósł szkodę, lub może ją ponieść z racji udzielenia tego zamówienia²⁷⁹. Niemniej jednak Trybunał przypominał, że w przypadku, gdy wykonawca nie złożył oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia, ze względu na to, że w dokumentacji przetargowej znajdowały się wymogi, których nie mógł spełnić, przesadą byłoby żądać od niego uprzedniego złożenia oferty celem wszczęcia procedury odwoławczej w przedmiocie zaskarżenia tych wymogów²⁸⁰.

Niemniej jednak, co podkreślił Trybunał, odesłanie prejudycjalne dotyczyło przypadku wykonawcy, który nie złożył oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia, ponieważ nie spełniał przewidzianego w ogłoszeniu o zamówieniu warunku udziału, i który mógł zakwestionować uwzględnienie tego warunku w nowym ogłoszeniu poprzez wniesienie na to ogłoszenie skargi, oddalonej następnie orzeczeniem, które uzyskało powagę rzeczy osądzonej przed wydaniem decyzji o udzieleniu zamówienia. W takiej sytuacji, zdaniem

²⁷⁷ Pytania zadane przez *Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia* brzmiały następująco:

1. Czy art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665 stoi na przeszkodzie temu, by oferentowi, który został ostatecznie wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia, odmówiono możliwości wniesienia skargi na odmowę uchylecia decyzji o udzieleniu zamówienia, jeżeli zamierza on wykazać, że zwycięski oferent i wszyscy pozostali oferenci, którzy spełnili wymagania, dopuścili się poważnego wykroczenia zawodowego polegającego na zawarciu porozumień antykonkurencyjnych, stwierdzonego w postępowaniu sądowym dopiero po wykluczeniu tego oferenta, aby uzyskać możliwość udziału w ponownym postępowaniu przetargowym?
2. Czy art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665 i zasady prawa Unii Europejskiej dotyczące ochrony konkurencji stoją na przeszkodzie temu, by sąd administracyjny nie mógł rozpatrzyć skargi wniesionej przez oferenta, który został ostatecznie wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia, na odmowę dokonania samokontroli przez instytucję zamawiającą w stosunku do decyzji o dopuszczeniu do przetargu i udzieleniu zamówienia oferentom, którzy zawarli stwierdzone w postępowaniu sądowym porozumienia antykonkurencyjne w tym samym sektorze co sektor będący przedmiotem postępowania?

²⁷⁸ por. wyrok z dnia 28 listopada 2018 r. w sprawie C-328/17 *Amt Azienda Trasporti e Mobilità SpA i in. przeciwko Atpl Liguria – Agenzia regionale per il trasporto pubblico locale SpA i Regione Liguria*, ECLI:EU:C:2018:958, pkt 45 i przytoczone tam orzecznictwo

²⁷⁹ por. wyrok z dnia 12 lutego 2004 r. w sprawie C-230/02 *Grossmann Air Service, Bedarfsluftfahrtunternehmen GmbH & Co. KG przeciwko Republik Österreich*, ECLI:EU:C:2004:93, pkt 27; a także cyt. wyrok w sprawie *Amt Azienda Trasporti e Mobilità i in.*, pkt 46

²⁸⁰ zob. podobnie cyt. wyrok w sprawie *Amt Azienda Trasporti e Mobilità i in.*, pkt 47 i przytoczone tam orzecznictwo

Trybunału, nie można uznać takiego wykonawcy za podmiot, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia i który poniósł szkodę lub może ponieść szkodę w wyniku domniemanego naruszenia w rozumieniu przepisów dyrektywy.

W tym względzie Trybunał zauważył, że w sytuacji, gdy przed wydaniem decyzji o udzieleniu zamówienia publicznego oferent został ostatecznie – decyzją instytucji zamawiającej utrzymaną w mocy orzeczeniem sądowym, które zyskało powagę rzeczy osądzonej – wykluczony z udziału w postępowaniu o udzielenie danego zamówienia, to zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem, art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665/EWG nie stoi na przeszkodzie temu, by owemu oferentowi odmówiono dostępu do umożliwiającego zakwestionowanie zawarcia umowy odwołania od decyzji o udzieleniu odnośnego zamówienia publicznego²⁸¹. Jak orzekł bowiem Trybunał, między innymi na gruncie omówionej w punkcie 17.10. niniejszego opracowania sprawy *Randstad Italia*, o tym, czy oferent ma legitymację procesową do zaskarżenia decyzji o udzieleniu zamówienia decyduje nieostateczny jeszcze charakter decyzji o wykluczeniu²⁸². Zgodnie zaś z brzmieniem art. 2a ust. 2 dyrektywy 89/665/EWG, wykluczenie oferenta z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia ma charakter ostateczny, jeśli został on o nim powiadomiony i jeżeli zostało ono uznane za zgodne z prawem przez niezależny organ odwoławczy lub nie może już podlegać procedurze odwołania. Wykonawca znajdujący się w takiej sytuacji, zdaniem Trybunału, nie różni się od żadnego innego wykonawcy, który potencjalnie mógł złożyć ofertę, co nie wystarcza do uzasadnienia objęcia takiego wykonawcy zakresem pojęcia „podmiotu, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia i który poniósł szkodę lub może ponieść szkodę w wyniku domniemanego naruszenia” w rozumieniu art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665/EWG.

17.16. orzeczenie z dnia 23 listopada 2023 r. w sprawie C-480/22 EVN Business Service GmbH, Elektra EOOD, Penon EOOD, ECLI:EU:C:2023:918

W ramach odesłania prejudycjalnego w sprawie *EVN Business Service*, Trybunał udzielił odpowiedzi na pytanie dotyczące mających zastosowanie regulacji procesowych, oraz właściwości austriackiego organu odwoławczego w sytuacji, gdy sektorowy podmiot zamawiający znajdujący się w Bułgarii, na który austriacka jednostka władz regionalnych pośrednio wywiera dominujący wpływ, realizuje działania zakupowe poprzez centralną jednostkę zakupującą znajdującą się w Austrii²⁸³.

²⁸¹ zob. wyroki: z dnia 21 grudnia 2016 r. w sprawie C-355/15 *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung GesmbH und Caverion Österreich GmbH przeciwko Universität für Bodenkultur Wien i VAMED Management und Service GmbH & Co KG in Wien*, ECLI:EU:C:2016:988, pkt 35-36; z dnia 11 maja 2017 r. w sprawie C-131/16 *Archus sp. z o.o. i Gama Jacek Lipik przeciwko Polskiemu Górnictwu Naftowemu i Gazownictwu S.A.*, ECLI:EU:C:2017:358, pkt 57-59; a także z dnia 24 marca 2021 r. w sprawie C-771/19 *NAMA Symvouloi Michanikoi kai Meletites A.E. – LDK Symvouloi Michanikoi A.E. i in. przeciwko Archi Exetasis Prodikastikon Prosfigon (AEPP) i Attiko Metro AE*, ECLI:EU:C:2021:232, pkt 42

²⁸² wyrok z dnia 21 grudnia 2021 r. w sprawie C-497/20 *Randstad Italia SpA przeciwko Umana SpA i in.*, ECLI:EU:C:2021:1037, pkt 73-74

²⁸³ *Verwaltungsgerichtshof* zwrócił się do Trybunału z następującym pytaniem:

Odpowiadając na zadane pytanie, Trybunał zauważył, że mając na względzie nie tylko samo brzmienie przepisu art. 57 ust. 3 dyrektywy 2014/24/UE, lecz także kontekst, w jakim został on umieszczony, cele regulacji, której stanowi on część, jak również treść motywu 78 i 82 wspomnianej dyrektywy, należy uznać, że obejmuje ona nie tylko przepisy, które regulują przeprowadzanie postępowań w sprawie udzielenia zamówień transgranicznych, lecz także procedury odwoławcze, w tym sądowe, które mogą być następstwem takiego postępowania w sprawie udzielenia zamówienia. Zdaniem Trybunału taka wykładnia jest zgodna z celem dyrektywy 2014/25/UE, jakim jest ustanowienie jednolitego systemu w dziedzinie transgranicznych scentralizowanych działań zakupowych oraz podporządkowana regule ustanowionej w art. 1 ust. 1 akapit czwarty dyrektywy 92/13/EWG, na podstawie której państwa członkowskie przyjmują niezbędne środki, aby zapewnić możliwość skutecznego, a zwłaszcza możliwie szybkiego, odwołania od decyzji podjętych przez podmioty zamawiające z powodu naruszenia przez te decyzje prawa unijnego w dziedzinie zamówień publicznych lub naruszenia krajowych przepisów transponujących to prawo.

Wobec powyższego, Trybunał udzielił odpowiedzi, że art. 57 ust. 3 dyrektywy 2014/25/UE w związku z motywami 78 i 82 tej dyrektywy należy interpretować w ten sposób, że norma kolizyjna ustanowiona w tym przepisie, na mocy której scentralizowane działania zakupowe centralnej jednostki zakupującej są realizowane zgodnie z przepisami krajowymi państwa członkowskiego, w którym znajduje się ta centralna jednostka zakupująca, ma zastosowanie również do wynikających z tych działań procedur odwoławczych w rozumieniu dyrektywy 92/13/EWG w zakresie, w jakim rzeczona centralna jednostka zakupująca była odpowiedzialna za przeprowadzenie postępowania w sprawie udzielenia zamówienia.

**17.17. orzeczenie z dnia 18 stycznia 2024 r. w sprawie C-303/22 CROSS
Zlín a.s. przeciwko Úřad pro ochranu hospodářské soutěže,
ECLI:EU:C:2024:60**

W sprawie, której dotyczył wniosek czeskiego sądu odsyłającego, miasto Brno wszczęło w 2019 roku w trybie przetargu otwartego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na rozbudowę funkcji centrali kontroli ruchu systemu sygnalizacji świetlnej. Oferty złożyło dwóch wykonawców, mianowicie spółki CROSS Zlín a.s. oraz Siemens Mobility s.r.o. W dniu 6 kwietnia 2020 r. zamawiający wykluczył wykonawcę CROSS Zlín z powodu niespełnienia warunków udziału w postępowaniu i wybrał jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez spółkę Siemens Mobility. Wykluczona spółka

-
2. W przypadku odpowiedzi twierdzącej na pytanie pierwsze:
Czy norma kolizyjna zawarta w art. 57 ust. 3 dyrektywy 2014/25, zgodnie z którą »realizowanie scentralizowanych działań zakupowych« przez centralną jednostkę zakupującą znajdującą się w innym państwie członkowskim odbywa się zgodnie z przepisami krajowymi tego państwa członkowskiego, w którym znajduje się centralna jednostka zakupująca, obejmuje również przepisy prawne dotyczące procedury odwoławczej oraz właściwości organu odpowiedzialnego za procedury odwoławcze w rozumieniu [dyrektywy 92/13]?

zakwestionowała decyzję zamawiającego, początkowo składając do niego protest, a następnie odwołanie od czynności zamawiającego z żądaniem uchylenia zawiadomienia o wykluczeniu i wyboru wykonawcy do Úřad pro ochranu hospodářské soutěže, czeskiego urzędu ochrony konkurencji. W postępowaniu toczącym się przed urzędem w dniu 3 lipca 2020 r. zastosowano środek tymczasowy polegający na zakazaniu zamawiającemu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego do czasu prawomocnego zakończenia postępowania administracyjnego. Decyzja prezesa urzędu oddalająca odwołanie stała się prawomocna w dniu 13 listopada 2020 r., w rezultacie czego w dniu 18 listopada 2020 r. zamawiający zawarł umowę w sprawie zamówienia publicznego z wykonawcą Siemens Mobility. W dniu 13 stycznia 2021 r. spółka CROSS Zlín wniosła skargę na decyzję prezesa urzędu do Krajský soud v Brně, sądu okręgowego w Brnie, wnosząc jednocześnie o nadanie skardze skutku suspensywnego i zastosowanie środka tymczasowego polegającego na zakazaniu instytucji zamawiającej zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, ewentualnie zakazaniu wykonywania tej umowy. Postanowieniem z dnia 11 lutego 2021 r. sąd ten oddalił wniosek spółki jako bezprzedmiotowy, a następnie zawiesił toczące się postępowanie i zwrócił się do Trybunału z pytaniem prejudycjalnym dotyczącym zgodności czeskich regulacji krajowych z dyrektywą 89/665/EWG²⁸⁴.

W pierwszej kolejności Trybunał wskazał na konieczność przeformułowania pytania oraz zbadania przedłożonego wniosku prejudycjalnego wyłącznie w świetle decyzji o udzieleniu zamówienia. Następnie Trybunał zaznaczył, że z brzmienia art. 2 ust. 3 dyrektywy 89/665/EWG wynika, że w przypadku gdy organ pierwszej instancji, niezależny od instytucji zamawiającej, rozpatruje odwołanie od decyzji o udzieleniu zamówienia, instytucja zamawiająca nie może zawrzeć tej umowy przed wydaniem przez ten organ pierwszej instancji rozstrzygnięcia w przedmiocie wniosku o zastosowanie środków tymczasowych lub w przedmiocie tego odwołania. Trybunał zauważył, po pierwsze, że przepis ten przewiduje skutek zawieszający względem podpisania umowy odwołania od decyzji o udzieleniu zamówienia publicznego w trakcie postępowania przed organem pierwszej instancji, do którego wniesiono odwołanie, lub przynajmniej do czasu wydania przez ten organ rozstrzygnięcia w przedmiocie ewentualnego wniosku o zastosowanie środków tymczasowych. Po drugie, Trybunał zwrócił uwagę, że chociaż przepis ten wymaga, aby organ ten był niezależny od instytucji zamawiającej, nie zawiera on żadnej wskazówki, z której wynikałoby, że organ ten powinien mieć charakter sądowy.

²⁸⁴ *Krajský soud v Brně* przedstawił Trybunałowi następujące pytanie:

Czy czeska regulacja prawna, która umożliwia instytucji zamawiającej zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego przed wniesieniem skargi do sądu właściwego do badania zgodności z prawem decyzji w przedmiocie wykluczenia oferenta, wydanej w drugiej instancji przez czeski urząd ochrony konkurencji gospodarczej, pozostaje w zgodzie z art. 2 ust. 3 i art. 2a ust. 2 dyrektywy 89/665/EWG interpretowanych w świetle art. 47 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej?

W związku z powyższym, w przypadku gdy państwo członkowskie zdecyduje się przyznać taką kompetencję organowi pierwszej instancji, który nie ma charakteru sądowego, wyrażenie „organ odwoławczy” zawarte w art. 2 ust. 3 dyrektywy 89/665/EWG jak najbardziej odnosi się do tego organu. W takim przypadku państwa członkowskie powinny przewidzieć zawieszenie zawarcia danej umowy w sprawie zamówienia publicznego z mocy prawa do czasu wydania przez ten organ rozstrzygnięcia w przedmiocie odwołania, albo przynajmniej do czasu wydania przez niego rozstrzygnięcia w przedmiocie wniosku o zastosowanie środków tymczasowych zmierzających do takiego zawieszenia. Natomiast regulacje art. 2 ust. 3 w związku z ust. 9 dyrektywy 89/665/EWG nie wymagają, aby zawieszenie to trwało po zakończeniu postępowania przed takim niesądowym organem odwoławczym, na przykład do czasu wydania przez organ sądowy rozstrzygnięcia w przedmiocie skargi, która może zostać wniesiona na decyzję tego niesądowego organu odwoławczego.

Trybunał zarazem zauważył, że za pomocą przepisów dyrektywy 89/665/EWG prawodawca unijny zmierza do pogodzenia interesów odrzuconego oferenta z interesami instytucji zamawiającej i wybranego oferenta, co prowadzi do wykładni, zgodnie z którą zawieszenie zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego trwa najpóźniej do dnia, w którym organ pierwszej instancji rozstrzygnie w przedmiocie odwołania wniesionego od decyzji o udzieleniu tego zamówienia, bez względu na to, czy organ ten ma charakter sądowy, czy też nie.

Zdaniem Trybunału takiej wykładni nie podważa orzeczenie zapadłe w sprawie *Randstad Italia*, w którym Trybunał dokonał interpretacji pojęcia niezależnego organu odwoławczego w rozumieniu art. 2a ust. 2 akapit drugi dyrektywy 89/665/EWG jako odnoszącego się do niezawisłego i bezstronnego sądu ustanowionego uprzednio na mocy ustawy w rozumieniu art. 47 karty²⁸⁵. W tym kontekście Trybunał wskazuje, że wyraźnie ograniczył tę ostatnią wykładnię, wyjaśniając, że ma ona zastosowanie „do celów ustalenia, czy wykluczenie oferenta stało się ostateczne” w rozumieniu tego art. 2a ust. 2 akapit drugi. Po drugie natomiast, takie rozważania i tak nie znajdują zastosowania do organu odwoławczego pierwszej instancji, o którym mowa w art. 2 ust. 3 dyrektywy 89/665/EWG, ponieważ wówczas prawo do skutecznej ochrony sądowej jest zapewnione przez przewidziany w tym art. 2 ust. 9 wymóg, by wszystkie rozstrzygnięcia takiego niesądowego organu odwoławczego mogły być przedmiotem skargi do sądu.

W świetle powyższych rozważań Trybunał skonkludował, że regulacje art. 2 ust. 3 i art. 2a ust. 2 dyrektywy 89/665/EWG nie stoją na przeszkodzie przepisom krajowym, które zakazują instytucji zamawiającej zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego jedynie do dnia, w którym organ pierwszej instancji w rozumieniu tego art. 2 ust. 3 wyda

²⁸⁵ wyrok z dnia 21 grudnia 2021 r. w sprawie C-497/20 *Randstad Italia SpA przeciwko Umana SpA i in.*, ECLI:EU:C:2021:1037, pkt 73

rozstrzygnięcie w przedmiocie odwołania od decyzji o udzieleniu tego zamówienia, przy czym nie ma w tym względzie znaczenia, czy ten organ odwoławczy ma charakter sądowy, czy też nie.

17.18. orzeczenie z dnia 6 czerwca 2024 r. w sprawie C-547/22 INGSTEEL spol. s. r. o. przeciwko Úrad pre verejné obstarávanie, ECLI:EU:C:2024:478

W 2013 r. Słowacki Związek Piłki Nożnej wykluczył konsorcjum, w skład którego wchodziło przedsiębiorstwo INGSTEEL, z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na przebudowę, modernizację i budowę 16 stadionów piłkarskich. Powodem wykluczenia było niespełnienie wymogów dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej. Po wniesieniu sprawy do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej i wydaniu przez niego orzeczenia, słowacki Sąd Najwyższy uchylił decyzję o wykluczeniu konsorcjum z postępowania. W międzyczasie postępowanie o udzielenie zamówienia zostało zakończone, a umowa ramowa została zawarta z jedynym oferentem, który pozostał w przetargu. W związku z tym INGSTEEL, wniósł do sądu rejonowego w Bratysławie powództwo o odszkodowanie za szkodę poniesioną wskutek bezprawnego wykluczenia konsorcjum z postępowania. Sąd ten zwrócił się do Trybunału z pytaniem, czy dyrektywa w sprawie środków odwoławczych w dziedzinie zamówień publicznych stoi na przeszkodzie słowackim przepisom krajowym lub praktyce krajowej, które wydają się wyłączać możliwość uzyskania przez oferenta bezprawnie wykluczonego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego odszkodowania za szkodę poniesioną w wyniku utraty szansy udziału w tym postępowaniu w celu uzyskania danego zamówienia²⁸⁶.

Poprzez swoje dwa pytania, które Trybunał rozpatrzył łącznie, sąd odsyłający dążył w istocie do ustalenia, czy art. 2 ust. 1 lit. c) dyrektywy 89/665/EWG należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie krajowym przepisom lub praktyce, które wyłączają możliwość uzyskania przez oferenta wykluczonego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z powodu bezprawnej decyzji instytucji zamawiającej odszkodowania za szkodę poniesioną w wyniku utraty szansy udziału w tym postępowaniu w celu uzyskania danego zamówienia.

²⁸⁶ Okresný súd Bratislava II zwrócił się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

1. Czy praktyka sądu krajowego rozpatrującego spór, którego przedmiotem jest roszczenie o naprawienie szkody wyrządzonej oferentowi niezgodnie z prawem wykluczonemu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stosownie do której odmawia się przyznania odszkodowania z tytułu utraconej szansy (*loss of opportunity*), jest zgodna z art. 2 ust. 1 lit. c) [dyrektywy 89/665] w związku z art. 2 ust. 6 i 7 [tej dyrektywy]?
2. Czy praktyka sądu krajowego rozpatrującego spór, którego przedmiotem jest roszczenie o naprawienie szkody wyrządzonej oferentowi niezgodnie z prawem wykluczonemu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stosownie do której częścią roszczenia odszkodowawczego nie jest roszczenie z tytułu utraconych korzyści spowodowanych udaremnieniem możliwości udziału w zamówieniu publicznym, jest zgodna z art. 2 ust. 1 lit. c) [dyrektywy 89/665] w związku z art. 2 ust. 6 i 7 [tej dyrektywy]?

Odpowiadając na te pytania, Trybunał stwierdził, że art. 2 ust. 1 lit. c) dyrektywy 89/665/EWG jest sformułowany szeroko i przewiduje, że państwa członkowskie muszą zapewnić odszkodowanie podmiotom, które doznały uszczerbku w wyniku naruszenia prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych, niezależnie od rodzaju szkody, w tym szkody wynikającej z utraty szansy udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Trybunał zauważył, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, osoby poszkodowane w wyniku naruszenia prawa Unii mają prawo do odszkodowania, jeśli spełnione są trzy przesłanki: (i) naruszony przepis przyznaje prawa jednostkom, (ii) naruszenie jest wystarczająco istotne oraz (iii) istnieje bezpośredni związek przyczynowy między naruszeniem a szkodą. Następnie Trybunał wskazał, że odszkodowanie powinno być adekwatne do poniesionej szkody i obejmować pełne naprawienie rzeczywiście poniesionych strat²⁸⁷.

W ocenie Trybunału, procedury odwoławcze przewidziane w dyrektywie 89/665/EWG muszą być dostępne dla podmiotów mających interes w uzyskaniu zamówienia, którzy ponieśli lub mogą ponieść szkodę w wyniku naruszenia²⁸⁸. W szczególności, odszkodowanie przewidziane w art. 2 ust. 1 lit. c) dyrektywy powinno być dostępne dla bezprawnie wykluczonych oferentów, którzy z powodu zakończenia przetargu nie mogą skorzystać z innych środków odwoławczych.

Jednocześnie Trybunał podkreślił, że taka szkoda może być wynikiem nie tylko utraty zamówienia, ale również utraty możliwości jego uzyskania. Odwołując się do wcześniejszego orzecznictwa, Trybunał wskazał, że wykluczenie możliwości uzyskania odszkodowania za utratę szansy byłoby niezgodne z zasadą skuteczności (*effet utile*) prawa Unii, zwłaszcza w kontekście gospodarczym, gdzie taka utrata mogłaby całkowicie uniemożliwić uzyskanie odszkodowania²⁸⁹.

W konsekwencji Trybunał orzekł, że dyrektywa stoi na przeszkodzie krajowym przepisom lub praktyce, które wyłączają co do zasady możliwość uzyskania przez oferenta bezprawnie wykluczonego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego odszkodowania za szkodę poniesioną w wyniku utraty szansy udziału w tym postępowaniu w celu uzyskania danego zamówienia.

²⁸⁷ por. wyrok z dnia 29 lipca 2019 r. w sprawie C-620/17 *Hochtief Solutions Magyarország Fióktelepe przeciwko Fővárosi Törvényszék*, ECLI:EU:C:2019:630

²⁸⁸ por. wyrok z dnia 14 lipca 2022 r. w sprawach połączonych C-274/21 i C-275/21, *EPIC Financial Consulting Ges.m.b.H. przeciwko Republice Austrii i Bundesbeschaffung GmbH*, ECLI:EU:C:2022:565, pkt 88

²⁸⁹ por. wyrok z dnia 5 marca 1996 r. w sprawach połączonych C-46/93 i C-48/93 *Brasserie du pêcheur przeciwko Factortame*, ECLI:EU:C:1996:79, pkt 87

**17.19. orzeczenie z dnia 17 października 2024 r. w sprawie C-28/23 NFŠ
a.s. proti Slovenská republika konajúca prostredníctvom
Ministerstva školstva, vedy, výskumu a športu Slovenskej republiky,
Ministerstvo školstva, vedy, výskumu a športu Slovenskej republiky,
ECLI:EU:C:2024:893**

W sprawie C-28/23 NFŠ, poprzez pytania od drugiego do czwartego słowacki sąd odsyłający zmierzał do ustalenia, czy przepisy dyrektywy 89/665/EWG lub dyrektywy 2014/24/UE należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie stosowaniu, ze względu na podniesiony przez instytucję zamawiającą zarzut nieważności, przepisów krajowych przewidujących, że umowa zawarta z naruszeniem przepisów dotyczących udzielania zamówień publicznych jest dotknięta bezwzględną nieważnością *ex tunc*²⁹⁰.

Trybunał zauważył, że mając na względzie krąg osób uprawnionych do wniesienia odwołania oraz decyzje, od których przysługuje środek odwoławczy, należy dojść do wniosku, że dyrektywa 89/665/EWG nie ma na celu ustanowienia procedur ani środków odwoławczych na rzecz instytucji zamawiających. Nawiązując do omówionego wyżej wyroku w sprawie *TSystems -Magyarország*, Trybunał zaznaczył, że art. 2d dyrektywy 89/665/EWG dotyczy jedynie środków prawnych wniesionych przez przedsiębiorstwa, które mają lub miały interes w uzyskaniu danego zamówienia i które poniosły szkodę lub mogą ponieść szkodę w wyniku domniemanego naruszenia, wobec czego zarzutu nieważności, podniesionego przez instytucję zamawiającą, nie można objąć zakresem stosowania dyrektywy 89/665/EWG²⁹¹. Z kolei co się tyczy dyrektywy 2014/24/UE, to ustanawia ona, jak zauważył Trybunał, przepisy mające zastosowanie do procedur udzielania zamówień publicznych, nie reguluje zaś konsekwencji ich naruszenia. Mimo że art. 83 tej dyrektywy przewiduje zasady dotyczące monitorowania jej stosowania, to jednak nie oznacza to, że nakłada on na państwa członkowskie obowiązek lub zakaz przyjęcia przepisów krajowych przewidujących możliwość podniesienia przez instytucję zamawiającą, w sporze dotyczącym umowy, bezwzględnego zarzutu nieważności *ex tunc*

²⁹⁰ Pytania przedłożone Trybunałowi brzmiały następująco:

2. Czy art. 1 ust. 2 lit. b) dyrektywy 2004/18 bądź art. 2 ust. 6 lit. c) dyrektywy 2014/24 sprzeciwiają się uregulowaniu w prawie krajowym państwa członkowskiego, zgodnie z którym bezwzględnie nieważna (tj. od początku/*ex tunc*) jest czynność prawna, która swoją treścią lub celem sprzeciwia się ustawie lub stanowi obejście ustawy lub jest niezgodna z dobrymi obyczajami, jeżeli to naruszenie ustawy polega na istotnym naruszeniu zasad udzielania zamówień publicznych?
3. Czy art. 2d ust. 1 lit. a) i art. 2d ust. 2 dyrektywy 89/665 sprzeciwiają się uregulowaniu w prawie krajowym państwa członkowskiego, zgodnie z którym bezwzględnie nieważna (tj. od początku/*ex tunc*) jest czynność prawna, która swoją treścią lub celem sprzeciwia się ustawie lub stanowi obejście ustawy lub jest niezgodna z dobrymi obyczajami, jeżeli to naruszenie ustawy polega na istotnym naruszeniu (obejściu) zasad udzielania zamówień publicznych, jak to ma miejsce w postępowaniu głównym?
4. Czy art. 1 ust. 2 lit. b) dyrektywy 2004/18 bądź art. 2 ust. 6 lit. c) dyrektywy 2014/24 należy interpretować w ten sposób, że przepisy te sprzeciwiają się *ex tunc* przyjęciu, iż przedwstępna umowa sprzedaży, taka jak będąca przedmiotem postępowania głównego, wywołała skutki prawne?

²⁹¹ wyrok z dnia 14 maja 2020 r. w sprawie C-263/19 *T-Systems Magyarország Zrt. i BKK Budapesti Közlekedési Központ Zrt. przeciwko Közbiztonsági Hatóság Közbiztonsági Döntőbizottság*, ECLI:EU:C:2020:373, pkt 54

opartego na naruszeniu przepisów w dziedzinie zamówień publicznych. Natomiast w sytuacji, kiedy taka procedura odwoławcza zostanie przewidziana, będzie ona objęta zakresem stosowania prawa Unii, o ile zamówienia publiczne będące przedmiotem takiego odwołania objęte są przedmiotowym zakresem stosowania dyrektyw dotyczących zamówień publicznych. W związku z tym, zgodnie z orzecznictwem Trybunału, taka procedura musi być zgodna z prawem Unii, w tym z jego zasadami ogólnymi²⁹².

W rezultacie Trybunał orzekł, że regulacje dyrektyw 89/665/EWG i 2014/24/UE nie stoją na przeszkodzie stosowaniu, ze względu na podniesiony przez instytucję zamawiającą zarzut nieważności, przepisów krajowych przewidujących, że umowa zawarta z naruszeniem przepisów dotyczących udzielania zamówień publicznych jest dotknięta bezwzględną nieważnością *ex tunc*, pod warunkiem że w odniesieniu do zamówienia publicznego objętego zakresem przedmiotowym dyrektywy 2014/24/UE przepisy przewidujące taką nieważność są zgodne z prawem Unii, w tym z ogólnymi zasadami tego prawa.

²⁹² wyrok z dnia 26 marca 2020 r. w sprawach połączonych C-496/18 i C-497/18 *Hungeod i in.*, EU:C:2020:240, pkt 85-86



ISBN: 978-83-67800-09-9

Urząd Zamówień
Publicznych
